

**בבית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים**

ה"ע 466/95

בפני:

כבוד השופט יונתן עדיאל – המשנה לאב בית הדין
ד"ר ליאורה מרידור (חברה)
מר נחמיה חסיד (חבר)

המבקשות:

1. עידן חברה לכבלים בע"מ
2. מערכות תקשורת בכבלים בע"מ
3. ערוצי זהב ושות'
4. תבל תשדורת בינלאומית לישראל בע"מ
5. אי.סי.פי. – חברת התוכניות לכבלים

ע"י ב"כ:

2. עו"ד עמיהוד בן-פורת
- 1, 3-5. ש' הורוביץ ושות'

נגד

המשיבים:

1. הממונה על ההגבלים העסקיים
2. מיכאל שוילי
3. אס-פילם בע"מ
4. רשות השידור
5. איגוד מפיקי סרטים וטלוויזיה בישראל
6. סאט/קום ישראל בע"מ
7. התאחדות ענף הקולנוע
8. זאונד בע"מ
9. זאונד סחר (1994) בע"מ
10. זיו סידי
11. ג.ג. – אולפני ישראל ירושלים
12. איגוד במאי הקולנוע והטלוויזיה בישראל
13. איגוד התסריטאים

ע"י ב"כ:

- 1-2. עו"ד ד. אלדור
3. אהרון שייר
4. עו"ד עמית שכטר
5. עו"ד רוני מזרחי
- 6-10. עוה"ד חגי נצר ואמיר איבצן
11. עוה"ד ראובן דוד-רביד
- 12-13. ע"י עוה"ד י. פישר ואח'

אזכורי חקיקה:

חוק הגבלים העסקיים	חוק הבזק
חוק הגבלים העסקיים (1)3	חוק הבזק 6
חוק חובת המכרזים	חוק הבזק 6מ'
חוק יסוד : חופש העיסוק	חוק הבזק 6לד
חוק יסוד : חופש העיסוק 4	חוק הבזק 6ה(5)(ב)
כללי הבזק (שידורי בעל זיכיון)	חוק הבזק 6כ
תקנות הבזק (זיכיונות)	חוק הבזק 1כ6

אזכורי פסיקה:

בג"צ 1255/94
ע"א 249/91

פסק-דין

השופט עדיאל וחבר בית הדין נחמיה חסיד:

1. הבקשה – כללי

המבקשות 1-4 הן בעלות זיכיון לשידורי הטלוויזיה בכבלים בהתאם לסעיף 6 לחוק הבזק תשמ"ב-1982. (להלן: "הזכייניות"). המבקשות הקימו במשותף את חברת ICP, היא המבקשת 5, לשם רכישה משותפת של זכויות שידור, סרטים ותכניות שאינם מהפקה ישראלית ורכישת שירותים נלווים כגון, תרגום ודיבוב לתכניות הנרכשות.

בנוסף לשירותים אלה ICP עורכת ומשבצת את התכניות הנרכשות על ידה בערוצים השונים במערך כלל ארצי של 4 ערוצים אותם היא מוכרת לבעלות הזיכיון לשם שידורם בכבלים. כיום אין עוד חולק על כך ששיתוף פעולה זה הינו בגדר הסדר כובל כמשמעו בחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, (להלן: "החוק") ובקשת הזכייניות היא לאשרו. במהלך הדיונים שונה ההסדר. השינוי התבטא בעיקרו בכך ש-3 ערוצים: 5 (ערוץ הספורט), 6 (ערוץ

הילדים), 8 (ערוץ מדע ודעת), יועברו להפקה משותפת באמצעות מפיקים עצמאיים, האמורים להפיק ערוצים אלה בשלמותם ולספקם לזכייניות לשידור, ואילו ערוצים 3 (ערוץ המשפחה) ו-4 (ערוץ הסרטים) יישארו בידי ICP, אשר תפעילם באופן מלא. בהמשך נתאר את ההסדר לפרטיו.

2. הסדר כובל

למרות שבעקרון אין עוד חולק על כך כי ההסדר נשוא הבקשה הינו הסדר כובל, מן הראוי להתייחס בקצרה למהות הכבילות שבהסדר.

על-פי סעיף 2 לחוק "הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר".

ברור כי לפנינו הסדר בין בני אדם המנהלים עסקים. אשר להפחתת התחרות בעסקים, זו באה לידי ביטוי, הן ברכישת התשומות והן במוצר הסופי.

ברכישת התשומות בא ההסדר לידי ביטוי בעיקר בשתי התשומות העיקריות הנרכשות על-ידי הזכייניות: תכניות מיובאות לצריכה בישראל, ושירותים נלווים הנרכשים בישראל כגון, שרותי דיבוב, תרגום ואריזת התוכניות.

מבחינת המוצר הסופי - התכניות המשודרות - מתבטאת ההפחתה בתחרות בכך שבמקום להתחרות ביניהן על עינו של הצופה, חוברות הזכייניות יחדיו להפקת מוצר זהה ומכירתו.

3. השתלשלות הדברים שקדמה להליך הנוכחי

ביום 12/12/89 קבע הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן-"הממונה") כי ההסדר של שיתוף הפעולה האמור בין הזכייניות לחברת ICP הוא הסדר כובל כמשמעו בחוק ההגבלים העסקיים.

המבקשות הגישו ערר על הקביעה האמורה בפני בית הדין להגבלים עסקיים (ערר 1/90). במהלך הדיונים בערר זה הגיעו הממונה והמבקשות לידי פשרה לפיה הסכים הממונה לאשר את ההסדר בכפוף למספר תנאים. בית הדין נתן להסדר זה תוקף של צו ביניים וכן נתן למבקשות היתר זמני לנהוג על-פי ההסדר הכובל. מאז, הוארך תוקף ההיתר הזמני מפעם לפעם עד ליום 10/1/94 שבו ניתן על-ידי ביה"ד להגבלים עסקיים (בהרכב אחר, בראשותה של אב בית הדין, כב' השופטת מרים נאור) פסק-דין שדחה את הבקשה כפי שעמדה אז בפני בית הדין. לנימוקים שעמדו ביסוד הדחייה נתייחס בהמשך.

המבקשות הגישו ערעור על פסק הדין האמור לבית המשפט העליון. במסגרת ערעור זה הורה ביהמ"ש העליון על עיכוב ביצועו של פסק הדין עד למתן פס"ד בערעור, ובינתיים המשיכו הזכייניות לנהוג על-פי ההסדר הכובל מכח החלטת עיכוב הביצוע. כאשר הגיע מועד הדיון בערעור, הסתבר כי באותו מועד נותרו חודשים ספורים בלבד עד תום תקופת ההסדר, שנקבעה אז ל-3 שנים. הואיל ובתום אותה תקופה היה אמור ההסדר ממילא לבוא לדיון חדש בפני הממונה ובעקבותיו הייתה אמורה להינתן החלטה חדשה באשר לאישורו של ההסדר החדש, החליט בית המשפט העליון, כי בנסיבות אלה אין עוד טעם לדון בערעור וכי על כן יש להחזיר את הנושא כולו לממונה על מנת שישקול ויחליט אם לאשר את הבקשה החדשה שתוגש על-ידי המבקשות לאישור ההסדר הכובל, וממנו, בנסיבות מתאימות, לבית הדין עצמו. אגב כך, הוסיף בית המשפט העליון וקבע:

"למותר לציין, כי בית הדין ידון בתביעה החדשה שתוצג בפניו על בסיס התשתית העובדתית החדשה שתראה לו בעת מתן החלטתו, בלא לראות עצמו קשור בהחלטותיו הקודמות ובלא לראות עצמו חייב לסטות מהן".

4. הבקשה הנוכחית

בסמוך לאחר ביטול הערעור, הגישו המבקשות בקשה חדשה לאישור ההסדר הכובל, היא הבקשה העומדת לפנינו כיום, בשינויים הנובעים מתיקונה. הבקשה הנוכחית הייתה דומה במקורה להסדר הקודם, אותו סירב ביה"ד בפסק דינו הקודם לאשר, וגם היא התייחסה להסדר שבין המבקשות ל-ICP לרכישת תכניות זרות, קבלת שירותי תרגום ודיבוב והכנת התכניות לשידור תוך שיבוץ התכניות הנרכשות בתכנית שידורים כלל ארצית.

הממונה גילה נכונות להמליץ על אישור ההסדר המוצע, כפוף לתנאים מסויימים עליהם נוהל מו"מ בינו לבין המבקשות.

בסופו של דבר, הודיע הממונה לבית הדין כי הוא ממליץ לאשר את ההסדר, כפוף לתנאים שהעיקריים שבהם הינם התנאים הבאים:

א. יוקם ערוץ חדש בתחום הבידור העממי שיופעל על-ידי גורם מסחרי עצמאי. עלות

הפעלתו של ערוץ זה, בסכום של 8.5 מיליון דולר לשנה, תמומן על-ידי המבקשות;

ב. המבקשות תקצנה סכום שנתי של 1.8 מיליון דולר לעידוד הפקות ישראליות

מקוריות. כן תקצנה המבקשות סכום נוסף של 3.5 מיליון דולר לשידורי ערוץ מדע

ודעת (ערוץ 8), ומיליון דולר נוספים לעיבוי השידורים המקומיים;

ג. העלאת דמי המנוי בעתיד תוגבל לדמי המנוי הנגבים כיום בתוספת הצמדה והעלאה

ריאלית שלא תעלה על 1.9% לשנה;

ד. לפחות 15% מכלל רכישת ICP ו-25% מכל הרכישות של תכניות ערוץ הילדים

תיעשה באמצעות סוכנים מקומיים;

ה. ICP תיענה לדרישת מי מן הזכייניות ליצור "חלונות" לשם שיבוץ תכניות אשר לא

נרכשו באמצעות ICP.

הממונה המליץ על אישור ההסדר הכובל לתקופה של 4 שנים, בכפוף לבחינת ההסדר בשנית, אם, תותר פרסומת מסחרית בטל"כ.

בניגוד לבקשות הקודמות אשר לא "זכו" בתחילת דרכן לכל התנגדות, כאשר גם בהליך האחרון שהסתיים בפסק הדין הקודם של בית הדין, הוגשה רק התנגדות אחת מטעם הרשות השנייה (הפועלת מכח חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990), "זכתה" הבקשה הנוכחית להתעניינות ציבורית גדולה יותר, ובהתאם, אף להתנגדויות מצד חלק גדול מהגופים הפועלים בתחום שידורי הטלוויזיה בישראל.

לבקשה המקורית הוגשו התנגדויות מטעם רשות השידור, הרשות השנייה, שידורי קשת בע"מ (אחת מזכייניות הערוץ השני), איגוד מפיקי סרטים וטלוויזיה בישראל, מר מיכאל שוילי (מפיץ סרטים

פרטי) וחברת אס-פילם בע"מ (גם היא חברת הפצת סרטים פרטית).
ביום 20/8/95, בעוד ההליך מצוי בעיצומו, בקשו הזכייניות לתקן את הבקשה ולשנות את ההסדר הכובל. השינוי העיקרי בהסדר התבטא, כפי שכבר ציינו, בכך ששניים מבין ארבעת הערוצים המופעלים על-ידי ICP, ערוצים 5 ו-6, אמורים לעבור להפקה באמצעות ספק עצמאי (בנוסף לערוץ 8) ואילו ערוצים 3 ו-4 יישארו בידי ICP. פרטי ההסדר יתוארו בהמשך.

תיקון ההסדר חייב את פרסומו החדש על-פי סעיף 16 לחוק, וכך נעשה.
לאחר תיקון הבקשה הודיעו הרשות השנייה ושידורי קשת בע"מ על הסרת התנגדותן. רשות השידור משכה את תצהירה, שהוגש בתמיכה להתנגדותה וצמצמה את נימוקי התנגדותה. גם איגוד מפיקי סרטים וטלוויזיה בישראל הסירו את התנגדותם לאחר שהגיעו להסדר עם המבקשות. אס-פילם בע"מ ומיכאל שוילי, הגם שלא הודיעו פורמאלית על זניחת התנגדותם, לא הופיעו מאז בפני בית הדין ואף לא הגישו סיכומים.

מנגד, הצטרפו להליך מתנגדים חדשים: סאט/קום ישראל בע"מ, זאונד בע"מ, זאונד סחר (1994) בע"מ, זיו סידי, ג.ג. - אולפני ישראל ירושלים בע"מ והתאחדות ענף הקולנוע בישראל. לקראת סיום הדיונים הצטרפו להליך גם איגוד במאי הקולנוע והטלוויזיה בישראל ואיגוד התסריטאים, הגם שאלה האחרונים ביקשו למעשה לתמוך בבקשה (בתנאים מסויימים), ולא להתנגד לה.

5. שינויי החקיקה מיום 1.5.96

לאחר תום דיוני בית הדין וקודם למתן פסק הדין נפל דבר בענייננו, כאשר הכנסת קיבלה ביום 1.5.1996, בקריאה שנייה ושלישית, את חוק הבזק (תיקון מס' 13) ואת החוק לעידוד ההפקה של יצירה ישראלית מקורית בשידורי הטלוויזיה (תיקוני חקיקה) התשנ"ו-1996.

חוקים אלה חשובים ביותר לענייננו, ובאשר לתיקון חוק הבזק ניתן לומר, כי לידתו ועילת חקיקתו נעוצה במידה רבה בקשיים שהתעוררו במהלך הדיונים בפנינו ובפני בית הדין במותבו הקודם, אשר חלקם שימשו כאבן נגף בפני אישור ההסדר המבוקש.

החידוש העיקרי שבחוק לעידוד ההפקה של יצירה ישראלית מקורית בשידורי הטלוויזיה (תיקוני חקיקה), התשנ"ו-1996 (להלן: "החוק לעידוד ההפקה המקורית"), הוא בחיוב הזכייניות (ובשינויים מסויימים – גם בחיוב רשות השידור – הערוץ הראשון) להקצות 10% לפחות מזמן השידור להפקות מקומיות אשר תופקנה במיוחד לצורך שידורן בטל"כ. מתוך מכסה זו - 55% מההפקות צריך שתהיינה מהפקות מקומיות קנויות, דהיינו, הפקות מקומיות אותן אין הזכייניות רשאיות להפיק בעצמן.

כדי לאפשר יישומו של חוק זה ביטל המחוקק את הוראת סעיף 6מ' לחוק הבזק, אשר אסרה על קיומו של הסדר כובל לגבי הפקה מקומית, ואיפשר לזכייניות להתקשר ביניהן בהתקשרות משותפת לצורך ביצוע הפקה מקומית.

חוק הבזק (תיקון מס' 13), התשנ"ו-1996 (להלן: "התיקון לחוק הבזק") קבע אף הוא מספר הוראות בעלות חשיבות לענייננו.

ההוראה הראשונה היא ההוראה המאפשרת לזכייניות, בכפוף לאישור המועצה לשידורים בכבלים (להלן: "המועצה"), לשדר את שידוריהם במסך ארצי, היינו לשדר בלוחות משדרים אחידים בכל

הארץ.

שידורים אלה יופקו ויבוצעו, על-פי התיקון, בחלקם במתכונת הקיימת, על-ידי הזכייניות עצמן (היינו באמצעות ICP) וחלקם במתכונת של ערוץ משותף שיופק בידי מפיק עצמאי.

בד בבד הבהיר המחוקק כי השידורים אינם חייבים להיות רק בעלי אופי אזורי, וכי על בעל הזיכיון לשדר שידורים בעלי אופי כללי הכוללים מגוון סרטים ותכניות, בתחומי הבידור, המוזיקה, האמנות, החברה, המדע, החינוך התרבות והספורט, ובהם גם שידורים שיש בהם ביטוי לנושאים ולצרכים ייחודיים של איזור הרישיון.

בעקבות שינויי החקיקה האמורים, התקינה המועצה ביום 12/6/96 את כללי הבזק (שידורי בעל זיכיון) (תיקון מס' 2), התשנ"ו-1996, כללים אלה הסדירו את ההפקה המשותפת של הערוצים על-ידי הזכייניות, הן בעצמן, והן באמצעות מפיק ערוץ. כן נקבעו בכללים תנאי הכשירות של מפיק הערוץ. על תכנם של כללים אלה נעמוד בהמשך.

6. ההסדר הכובל

אלה הוראות ההסדר הכובל לפרטיו:

- 1) במרכזו של ההסדר עומד שיתוף הפעולה שבין הזכייניות בהפקה ועריכה לשידור של ערוצי השידור. הפקה ושידור משותפים אלה יבוצעו, על-פי ההסדר, חלקם בידי הזכייניות עצמן, היינו, כפי שהיה עד היום באמצעות ICP, וחלקן באמצעות ספקים עצמאיים.
- 2) הפקה ושידור עצמיים באמצעות ICP: על-פי ההסדר תפעלנה הזכייניות בעצמן, באמצעות ICP, את הערוצים 3 (משפחה) ו-4 (סרטים) באופן שוטף ומלא.
- 3) הפקת ערוצים באמצעות מפיק עצמאי: ערוצים 5 (ספורט) 6 (משפחה) ו-8 (מדע ודעת) יועברו על-ידי הזכייניות להפקה בידי ספקים עצמאיים. ההפקה בידי הספקים העצמאיים תיעשה בהתאם לכללים הבאים:

א. כשירותו של הספק: על "הספק" להיות "אדם בעל מיומנות מקצועית בהפקת ועריכת תוכניות טלוויזיה". הספק לא יוכל להיות "בעל זיכיון לשידורי טלוויזיה על-פי כל דין", או "בעל עניין בבעל זיכיון כאמור במישרין או בעקיפין, ובעל זיכיון כאמור או בעל עניין בבעל זיכיון כאמור אינו יכול להיות בעל עניין בספק, במישרין או בעקיפין. למונחים 'במישרין או בעקיפין' ו'בעל עניין' תינתן המשמעות הקבועה להם בסעי' 1 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, תש"ן-1990, ולצורך חישוב החזקות, תצטרפה ביחד החזקותיהם של כל בעלי זיכיון כאמור ושל כל בעלי עניין בבעלי זיכיון כאמור, ושל כל אדם שבעל זיכיון כאמור או בעל עניין בבעל זיכיון כאמור הינו בעל עניין בו, ותיראנה כהחזקותיו של אדם אחד. לצורך הגדרה זו של 'הספק', ייחשב גם בעל זכות שימוש על-פי סעיף 6לד לחוק הבזק, תשמ"ב-1982, כבעל זיכיון".

- ב. תקציב הערוצים: תקציב הערוצים המועברים להפקת הספקים העצמאיים לא יפחת מתקציבם לשנת 1995 בתוספת הפרשי הצמדה.

ג. מספר הערוצים המופקים על-ידי כל ספק: ניתן יהיה להעביר לספק אחד את ערוצים 6 ו-8 ולספק אחר את ערוץ 5.

ד. הסכם ההתקשרות עם הספקים: הסכם ההתקשרות עם הספקים יקבע כי הספק יפיק את הערוץ למיטב שיקול דעתו, בהתאם למוסכם מראש, והכל בהתאם להוראות כל דין לרבות הוראות חוק הבזק. ההסכם יפרט את טיב הערוצים (סוגי התכניות, ותק, סוג האריזה ומאפיינים נוספים), ויכיל מנגנון קנס/פרס, היינו, מנגנון המתגמל את הספק על הצלחה וקונס אותו על כשלון. משך תקופת ההתקשרות הראשונה לא תעלה על 3 שנים, עם אפשרות להפסקת ההסכם בהודעה מוקדמת של שנה, וכן בהתראה קצרה יותר, במקרה שתותר פרסומת מסחרית.

4) העברת חלק הוגן מהתועלות שמפיקות הזכייניות מההסדר לציבור: לעניין זה התחייבו הזכייניות כדלקמן:

"כל זכיינית תקצה מדי שנה, לפי חלקה היחסי בסך כל המנויים בתום השנה הקודמת, סכום מצרפי השווה בשקלים חדשים לסך נטו של 8.55 מיליון דולר ארה"ב (שמונה מיליון וחמש מאות חמישים אלף) (כולל עלות הפקת ערוץ 8), שיוקצו כדלקמן:

(א) 4.55 מיליון דולר ארה"ב (ללא תקורה) יופקו בידי מפיקים עצמאיים שאינם קשורים במישרין או בעקיפין בזכייניות או בבעל עניין בהן, שישובצו בערוצים 3 ו-4. מחצית מהסכום האמור תוקצה להפקת דרמות וסרטי קולנוע, אלא אם כן יקבע אחרת בכללים שיתוקנו על-ידי המועצה לשידורי כבלים.

(ב) 4 מיליון דולר ארה"ב יוקצו להפקת ערוץ 8, אשר סכום שלא יעלה על 2 מיליון דולר יוקצה להפקת הערוץ ורכש תוכניות, ויתרת התקציב בסך 2 מיליון דולר, תוקדש כולה (ללא תקורות) להפקות מקור שיופקו בידי מפיקים עצמאיים שאינם קשורים במישרין או בעקיפין בזכייניות או בספק של הערוץ או בבעל עניין בהם, מחצית מהסכום תיועד לסרטי תעודה ומחציתו האחרת למגזינים ומופעי תרבות ואמנות, אלא אם כן יקבע אחרת בכללים שיתוקנו על-ידי המועצה לשידורי כבלים. כל התוכניות כאמור לעיל יהיו בקשת הנושאים שבתחום עיסוקו של הערוץ. לתקופה של שנה מתחילת ההסדר תשמש תבל, שלא על בסיס בלעדיות, כספקית החומר המיובא של מדע ודעת לערוץ 8 לספק של הערוץ במחירי עלות.

(ג) על אף האמור לעיל, החליטו הזכייניות ... כי הזכויות וההתחייבויות להפקת ערוצים 6 ו-8 יהיו בידי שני ספקים נפרדים, יהא הסכום האמור בסעיף קטן (א) לעיל 4 מיליון דולר ארה"ב, והסכום האמור בסעיף קטן

(ב) לעיל 4.55 מיליון דולר (והסכומים של 2 מיליון דולר המאוזכרים בסעיף 6 לעיל יוגדלו בהתאם ל- 2.275 מיליון דולר כ"א)".

את האמור לעיל יש לסייג בכך ש"המחויבויות על פי ההסדר חופפות – ולא מצטברות – למחויבויות בחוק הבזק - כפי שתוקן בחוק הבזק (תיקון מס' 13), התשנ"ו-1996 ובחוק לעידוד ההפקה של יצירה ישראלית מקורית בשידורי הטלוויזיה (תיקוני חקיקה), התשנ"ו-1996 באופן שהזכייניות תשאנה בחיוב הגבוה בלבד".

על-פי הסייג האחרון חופפות מחויבויות הזכייניות על-פי ההסדר (למעט 2 מיליון דולר עבור ערוץ 8 את המחויבויות שהוטלו עליהן מכח החוק לעידוד היצירה הישראלית.

סייג זה, השנוי במחלוקת בין הצדדים, מקורו בהשקפה שכיום, לאור שינויי החקיקה, נקבע מחיר ההסדר, או החלק ההוגן של תועלות ההסדר אותו על הזכייניות להעביר לטובת הציבור, בחוק. לפיכך, אין בהסדר כדי להוסיף על החובות שהוטלו על הזכייניות בחוק, אלא במידה שהסכומים הקבועים בהסדר (8.55 מיליון דולר) עולים על עלות ההפקות בהן חויבו הזכייניות מכח החוק.

כעולה מדברי חבר הכנסת דדי צוקר בעת שהביא בפני הכנסת את תיקוני החקיקה בקריאה שנייה ושלישית, עומדת עלות הפקות המקור בהן חויבו הזכייניות מכוח החוק על סכום של כ-19-20 מיליון דולר לשנה. (מתוך פרוטוקול דברי הכנסת מיום 1.5.96, עמ' 630) על יסוד נתון זה עולה, כי אין בהוראות ההסדר לעניין זה כדי להוסיף על החובות שהוטלו על הזכייניות מכוח החוק לעידוד ההפקה המקורית.

5) הגבלה על העלאת דמי המנוי: העלאת דמי המנוי הוגבלה באופן שלא תעלה ביותר משיעור ההצמדה בתוספת ריאלית של 1.9% לשנה.

6) רכישות מסוכנים מקומיים: לפחות 15% מכל רכישותיה של ICP יעשו מסוכנים מקומיים.

7) "חלונות" שידור: ICP תענה לדרישת מי מבדלי הזיכיון ליצור "חלונות" (משבצות שידור) עבורו, לשם שיבוץ תוכניות להפקה עצמית או מהפקה מקורית או תוכניות אחרות שנרכשו על ידו, וזאת ללא כל תמורה נוספת שהיא מאת בעל הזיכיון.

8) נגישות הערוצים העצמיים למערך השידורים: הערוצים העצמיים ייהנו מנגישות ללא תמורה למערך שידורי הטלוויזיה בכבלים, בדרך של שידורי Promo ו-Cross Promo, על בסיס הדדיות.

9) הכספים שנצברו עד לשינוי תנאי ההיתר הזמני בחשבון הנאמנות, לרבות הסכום של 3 מיליון דולר שאושר לשחרור על-ידי בית הדין, יוקצו להפקות מקור בערוצים 3, 4, 5, 6, ו-8 בפריסה על פני שלוש שנים ביחס של 3/5 לערוצים 6 ו-8 ו-2/5 לערוצים 3 ו-4, אלא אם כן יקבע אחרת בכללים שיותקנו על-ידי המועצה לשידורי כבלים. הסכומים מחשבון הנאמנות יוקצו לאחר שינוי תנאי ההיתר הזמני, אך הסכומים עבור ערוצים 6 ו-8 יוקצו רק לאחר שהוצאו מגדר פעילות ICP בפועל.

10) הזכייניות יהיו רשאיות לשתף את "גוונים" בהסדר זה, על בסיס שווה.

11) תקופת אישור בית הדין תהא לשלוש שנים, או עד ליום שבו תותר פרסומת מסחרית

בשידורים עצמיים (לרבות ערוצים 3,4,5, 6 ו-8), לפי המוקדם מבין השניים.

12) אחת לראשית שנה ימציאו בעלי הזיכיון לממונה דו"ח מבוקר בידי רואה חשבון בדבר קיום התחייבויותיהם האמורות.

7. השפעת תיקוני החקיקה וכללי הבזק על ההסדר

בבקשה זו אנו מתבקשים להחליט האם לאשר את ההסדר, לשון אחר, האם ההסדר, על כבילותיו ותנאיו האחרים, הינו לטובת הציבור. ואולם, דומה כי מרחב שיקול הדעת הפתוח בפנינו בעניין זה צומצם בעקבות תיקוני החקיקה הנזכרים לעיל.

יש להבהיר כי אין אנו דנים בהקשר זה בשאלה האם יש בשינויי החקיקה האמורים כדי להפוך את ההסדר להסדר שכל כבילותיו נקבעו על-פי דין, שאז, על-פי סעיף 3(1) לחוק, אין ההסדר נחשב עוד להסדר כובל, וחוק ההגבלים העסקיים אינו חל עליו. החלטנו שלא לדון בסוגיה זו הואיל ואיש מהצדדים לא העלה בפנינו טיעון זה. להיפך, המתנגדים והממונה היו סבורים כי אין בשינויי החקיקה כדי להוציא את ההסדר מתחולת החוק, וב"כ הזכייניות פסח בעניין זה על שתי הסעפים, אך גם הוא לא ביקש למשוך את הבקשה על יסוד נימוק זה.

ואולם, גם בהנחה שלא כל כבילותיו של ההסדר הינן על-פי דין, ומדובר בהסדר מעורב שרק חלק מכבילותיו נקבעו על-פי דין, שאז אין הוא עונה על תנאי סעיף 3 לחוק ואין לנהוג על-פיו ללא אישור בית הדין. ואפילו נניח שגם הכבילות שנקבעו על-פי התיקון לחוק הבזק או מכוחו אינן מוציאות את סמכות האישור של בית הדין מזווית הראיה של דיני ההגבלים העסקיים, גם אז, אין אנו רשאים להתעלם מכוונת המחוקק כפי שבאה לידי ביטוי בשינויי החקיקה האמורים. מתן תוקף לכוונה זו מצמצם לכאורה במידה ניכרת את מרחב שיקול הדעת הפתוח בפנינו שלא לאשר את ההסדר, לפחות בכל הנוגע לאלה מהוראותיו שנקבעו מכוח הדין. על רקע דברים אלה נבחן את הוראות ההסדר שלפנינו.

8. המסך הארצי

כאמור, שתיים הן הכבילות שבמרכזו של ההסדר: הפקה משותפת ועריכה משותפת לשידור. סוגיית המסך הארצי מקורה בכבילה השנייה, דהיינו, עריכה משותפת לשידור ושידורן של אותן תוכניות המתבצע בו-זמנית על-ידי כל הזכייניות בכל אזורי הזיכיון. משמעות הדבר היא כי שידורי הטלוויזיה בכבלים, במקום שיעשו במתכונת אזורית, מתבצעים הלכה למעשה במתכונת כלל ארצית. הזכייניות - במקום שתשדרנה כל אחת באיזור הזיכיון שלה, הופכות למעשה לחלק מרשות שידור כלל ארצית המשדרת לכל ארץ. זכיינית אשר הוקנה לה זיכיון לגבי חמישית משטח המדינה, הופכת על-פי הסדר המסך הארצי לבעלת חמישית מרשות שידור המשדרת לכל המדינה. חשוב לציין כי קודם לשינויי החקיקה האחרונים התעוררה השאלה האם קיומו של מסך ארצי עולה בקנה אחד עם חוק הבזק כנוסחו הקודם. בפסק דינו הקודם השיב בית הדין על שאלה זו בשלילה. כלשונו:

"אנו סבורים, כי ההסדר הכובל אותו אנו מתבקשים לאשר, אינו עולה בקנה אחד עם מטרת המחוקק בחוק הבזק. כוונת המחוקק, כפי שהיא משתקפת בחוק הבזק והתקנות שהותקנו מכוחו, הייתה ליצור רשתות

שידור בכבלים אזוריות, ולא כפי שמתקבל על-ידי ההסדר הכובל, רשת
שידור ארצית (שיש בה 'חלונות' מקומיים). כוונה זו מסוכלת על-ידי
ההסדר הכובל."

אולם בינתיים, כאמור, הסיר המחוקק מכשול זה שעמד על דרך אישור הבקשה והתיר את קיומו של
המסך הארצי, בכפוף לכללים שיקבעו על-ידי המועצה לשידורים בכבלים. כך נקבע בסעיף 6(ה5)(ב)
לחוק הבזק (כפי שתוקן בתיקון מס' 13 הנ"ל):

"6.ה.ואלה תפקידי המועצה:

(5) לקבוע כללים - (א) (ב) בדבר לוחות משדרים אחידים שלבעלי
הזיכיונות, כולם או חלקם".

בד בבד דאג המחוקק להסיר מכשול נוסף על דרך אישורו של המסך הארצי שנבע מניסוחו של סעיף
6כ לחוק הבזק. על-פי סעיף 6כ, כנוסחו קודם לתיקון, הותר לזכייניות לשדר:

"מגוון סרטים ותכניות בתחומי הבידור, המוסיקה, האומנות וזאת,
תוך מתן ביטוי נאות לנושאים ולצרכים הייחודיים של האזור".

לאור ניסוח זה נטען בשעתו, כי המחוקק צמצם את השידורים שהותר לזכייניות לשדר, לענייני האזור
בלבד ("תוך מתן ביטוי נאות לנושאים ולצרכים הייחודיים של האזור"), מה שאינו מתיישב עם קיומו
של מסך ארצי. על רקע זה טרח המחוקק והבהיר בתיקון לחוק הבזק כי שידור תכניות כאמור, יכלול
"גם שידורים שיש בהם ביטוי לנושאים ולצרכים ייחודיים של האזור", כאשר הדגש בהקשר זה מוסב
על המילה "גם", ללמדך, כי אין בשידורים האזוריים כדי למלא את המסך ולשלול שידורים בעלי אופי
כלל ארצי. לאלה נוסף סעיף 1כ6 לחוק הבזק (כפי שהוסף בתיקון מס' 13) המתיר שידור ערוצים
משותפים על-ידי הפקה משותפת של בעלי הזיכיון, בעצמם (ICP) או באמצעות מפיק ערוץ.
על-פי התיקון לחוק הבזק הותנתה הנהגת לוח משדרים אחיד, או מסך ארצי, באישור המועצה, אלא
שהמועצה הקדימה את המחוקק הראשי והתקינה עוד ביום 28.7.1994 את סעיף 8א לכללי בזק
(שידורי בעל זיכיון, תשמ"ח-1987) שנוסחו כדלקמן:

"8א.

(א) בעל זיכיון רשאי לקבוע לוח תכניות אחיד לשידוריו העצמיים
באזורים שיש לו זיכיונות לגביהם וכן רשאי בעל זיכיון לקבוע לוח תכניות
זהה ללוח תכניות שקבע בעל זיכיון אחר.

(ב) על אף האמור בסעיף קטן(א), בעל זיכיון יקבע משבצים בלוח תכניות
לגבי כל איזור זיכיון, לשם שידור משדרים בענייני האזור, לרבות חדשות
מקומיות, בהיקף שלא יפחת מן המתחייב מהוראות סעיפים 21(א), 22,

(ג) לעניין סעיף קטן(ב), 'איזור' - לרבות אזורים צמודים שניתן לגביהם היתר מהשר לפי תקנה 3(ב) לתקנות הבזק (תקנים ומפרטים של רשתות כבלים), התשמ"ח-1988).

כלל זה, המתיר במפורש לקבוע לוח משדרים כלל ארצי, נקבע על-ידי המועצה בסמוך לאחר מתן פסק הדין הקודם במגמה ליתן תשובה לשלילת חוקיותו של המסך הארצי. אולם חקיקת משנה זו, לא היה בכוחה לגבור על הוראותיו של החוק הראשי עצמו, אם אמנם יש לפרש את חוק הבזק כשולל את המסך הארצי. על רקע זה בא לעולם תיקון מס' 13 בחוק הבזק. כך גם הוסבר הרקע לתיקון החוק על-ידי יו"ר ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת, חבר הכנסת דדי צוקר:

"...על-פי החוק הקיים - מאחר ויש לנו כמה פרשנויות נוצר סבך חוקי שנדון בבתי - המשפט ומתגלגל שם זמן רב מדי - על-פי החוק הקיים אפשר לטעון שלבעלי הזיכיונות אין רשות לשדר במשותף בערוצים הארציים. כאמור, בית-הדין להגבלים עסקיים נדרש לעניין הזה והוא עוסק בשאלה האם התשתית החוקית שקיימת היום, לפני התיקונים שאנו מציעים, מאפשרת שידורים משותפים על בסיס על-אזורי לזכיינים. הצעות החוק גם התיקון בחוק הבזק וגם התיקון שלנו - קובעות ומאפשרות שיתוף פעולה בין בעלי הזיכיונות ושידור בערוצים ארציים. אנחנו מתירים את ההפקה ואת העבודה המשותפת שלהם... כאמור, אנחנו מתקנים את חוק הבזק גם ב - 6' וגם ב6' מ, מסירים ספקות באשר למצב המשפטי המהווה את הבסיס לפעולות בעלי הזיכיונות בשידורי הכבלים, ומאפשרים הפקה משותפת...."

לאור זה, נפתרה סוגיה זו על-ידי המחוקק ואין עוד להטיל ספק בכך שחוק הבזק אינו אוסר על קיומו של מסך ארצי, להיפך, החוק מתיר למועצה לאשר מסך ארצי וזו, כפי שראינו, אכן קבעה כללים המאשרים באופן מפורש קיומו של מסך כזה. מכאן, שלגבי הכבילה של המסך הארצי קיים כיום הסדר שלם ומלא המתיר לזכייניות לשדר שידורים כלל ארציים בלוחות משדרים זהים. הסדר זה אף לא סווג בסייג של "בכפוף לכל דין" (שבו ראה הממונה אות לכת שהסדר עדיין כפוף לאישורנו), כפי שסויגו סעיפים 16 ו- 6' לחוק הבזק המתוקן.

על רקע הדברים האמורים נראה כי שלילה עקרונית של המסך הארצי, ולו גם משיקולים של דיני התחרות, אינה עולה בקנה אחד עם כוונת המחוקק. על כל פנים, ההתחשבות ברצון המחוקק (לרבות מחוקק המשנה) שאנו מחויבים בה גם כאשר אנו שוקלים את אישור ההסדר מכוח דיני ההגבלים העסקיים, מצמצמת את מרחב שיקול הדעת הפתוח בפנינו, ככל שמדובר בסירוב לאשר את ההסדר. בכך אין, כמובן, כדי לפגוע בסמכותנו להתנות בהסדר תנאים שמטרתם לצמצם את הפגיעה בתחרות.

9. ההפקה המשותפת

הכבילה הנוספת שבהסדר היא ההפקה המשותפת. ההסדר עצמו לא הגדיר "הפקה" מהי, אך מונח זה

הוגדר על-ידי המחוקק בתיקון מס' 13 לחוק הבזק, וזו כוללת: "הפקה, רכישה ועריכה של משדרים לערוץ, הפקת קטעי קישור וכן ביצוע הפעולות הכרוכות בהבאתו של ערוץ לשידור". בעקבות תיקוני החקיקה שנסקרו לעיל, כוללת ההפקה המשותפת גם הפקות מקור. העיון בהוראות תיקון מס' 13 הנ"ל מעלה כי גם בסוגיה זו בחר המחוקק שלא לקבוע את אישור ההפקה המשותפת בחוק, אלא הסמיך את המועצה לאשר הפקה משותפת כזו, בכללים או באישור שינתן על ידה לזכייניות.

עם זאת, קבע המחוקק באילו דרכים יכול שתבוצע הפקה זו (על-פי אישור שינתן על-ידי המועצה). כך נקבעו התנאים הבסיסיים שבהם תותנה ההפקה המשותפת בחוק. בין אלה קבע המחוקק כי ההפקה המשותפת תיעשה, בחלקה על-ידי הזכייניות עצמן וחלקה בידי מפיק ערוץ תוך קביעת חלק הערוצים (2/5) שיופקו על-ידי הזכייניות עצמן (כלומר, על-פי ההסדר, באמצעות ICP) וחלק הערוצים שיופקו על-ידי ספקי הערוץ. עוד נקבע בחוק כי אותו מפיק לא יוכל להפיק יותר משני ערוצים. במסגרת אותו תיקון הסמיך המחוקק את המועצה לקבוע כללים גם באשר לכשירויות הנדרשות מהמפיק העצמאי, ובמיוחד באשר למעורבותו של המפיק בתחום תעשיית הטלוויזיה במגמה להביא לריבוי הגורמים הפועלים בענף. כך נקבע בסעיף 136 לתיקון מס' 13 כי:

"המועצה רשאית לקבוע כללים לעניין סעיף זה ובכלל זה רשאית היא, מתוך מגמה להביא לריבוי הגורמים המעורבים בשידורים לציבור, או לחלק ממנו לקבוע הגבלות על החזקת אמצעי שליטה במפיק ערוץ, לרבות בידי מי שמשדר שידורים לפי כל דין, או בעל עניין בו, והכל במישרין או בעקיפין".

אין ספק כי הוראה אחרונה זו כוונה לתנאי כשירות המפיק המופיעים בהסדר שהוגש לאישורו. עם זאת, המחוקק, כאמור, לא ראה לקבוע את תנאי הכשירות בחוק עצמו, והותיר עניין זה למועצה.

ביום 12.6.96 התקינה המועצה, בעקבות תיקון מס' 13 לחוק הבזק, את תיקון מס' 2 לכללי הבזק (שידורי בעל זיכיון) הנזכר לעיל, אשר השלים את פרטי ההסדר לשיתוף פעולה בהפקות הערוצים כפי שנקבעו בחוק כדלקמן:

א. נקבעו כשירויות המפיק מבחינת הידע, המיומנות המקצועית, הניסיון וכיו"ב [סעיף 39א(א)(1)].

ב. נאסר על אדם או תאגיד להיות מפעיל ערוץ אם הורשע בעבירה שיש עמה קלון.

ג. עוד קבעה המועצה בכללים כי לא יהא מפיק ערוץ מי שהוא, ב"מישרין או בעקיפין, בעל זיכיון לשידורי כבלים, או בעל זכות שימוש כמשמעותם בחוק או בעל זיכיון לשידורים ברשות השנייה, ... (וכן) מי שבעל זיכיון אחר לשידורים מחזיק בו בזכות כלשהי... (וכן) כל מי שהוא בעל עניין, במישרין או בעקיפין, בבעל זיכיון אחר לשידורים". על בעל הזיכיון הוטל לדווח למועצה על כל שינוי שחל בזכויות של כל בעל זכות במפיק ובזכויות שהוא מחזיק

בתאגיד כלשהו.

ד. כן נקבע כי אם תאושר פרסומת בשידורים העצמיים של בעלי הזיכיון לפי סעיף 6 כד לחוק, רשאית המועצה לשקול שינוי האישור, לרבות צמצום מספר הערוצים שיופקו בידי מפיק ערוץ אחד לפי סעיף 39ב או בידי בעלי זיכיונות לפי סעיף 39ג. מכאן עולה כי גם ההפקה המשותפת של הערוצים הוסדרה, לפחות חלקית, בחוק ובכללים.

מכאן עדיין לא עולה שלילת מעורבותו של מערך ההגבלים העסקיים בתהליך ההפקה המשותפת, למשל, על-ידי קביעת תנאים שיבטיחו הפחתת הפגיעה בתחרות. אולם, דחייה עקרונית של כבילת ההפקה המשותפת, ספק אם היא מתיישבת עם לשון החוק ותכלית חקיקתו.

מסקנה זו עולה גם בעקבות אישור המסך הארצי, שכן השידור המשותף או עריכת לוחות המשדרים הזחים של הזכיינים שהותר במפורש בכללי הבזק, עולה בקנה אחד עם קיום רכישות משותפות, שהרי קשה לחשוב על ביצוע שידורים משותפים וזהים אם לא יותר לזכייניות גם לרכוש את זכויות השידור ולערוך אותן במשותף לשידור? אם נחליט כי רכישה משותפת אינה תואמת את טובת הציבור ולא נתירה, הרי שבכך נשלול בהכרח גם את השידור המשותף במסך ארצי, מה שיסכל את ההיתר המפורש שניתן לכך, כפי שראינו, בדין.

מסקנה דומה עולה מהזיקה הקיימת בין החוק לעידוד ההפקה המקורית, לתיקון מס' 13 לחוק הבזק. מסתבר, ששני החוקים הינם חוקים שלובים בעלי זיקה הדדית. כך הסביר חה"כ דדי צוקר בהביאו תיקוני חקיקה אלה לקריאה שנייה ושלישית בפני הבית:

"יש לראות את שתי הצעות החוק המובאות היום לפני הבית כמשלימות זו את זו, שכן, הצעת החוק הפרטית שלנו - ... עוסקת בשאלה של מכסות המינימום בכבלים ומכסות המינימום ברשות השידור, אבל היא נכנסת לעניין שנגע בו גם התיקון הממשלתי לחוק הבזק והוא למי מותר להפיק, לייצר סרט, באיזה תנאים ובאילו נסיבות למי מותר לעשות את זה כאשר מדובר בהפקה מקורית - לזכיון, למפיקי חוץ לרשות השידור? כיצד העניין מתייחס לחוק ההגבלים העסקיים? בכל השאלות האלה דנה גם הצעת החוק שלנו וגם הצעת החוק הממשלתית, שכאמור יש לראות אותם כשני חציים המשלימים זה את זה. כפי שאמרתי, הדבר הזה יעלה כסף לזכיינים. בזמן הדיונים ובמליאת הועדה קיבלנו נתונים. המשמעות היא, שהזכיינים, חברות הכבלים, ישקיעו מדי שנה - זאת תרומה משמעותית ויש להודות להם, לא שהם סובלים, תכף נראה שהם קיבלו תמורה על כך - כ- 19-20 מיליון דולר שלא היו עד עכשיו. מדובר בתרומה משמעותית לתעשייה המקומית המייצרת כאן, מדובר באלפי עובדים המתפרנסים היום מיצירה בטלוויזיה וזו תוספת משמעותית".

תמורה זו פורטה בהמשך דבריו של חה"כ צוקר:

"על-פי החוק הקיים אפשר לטעון שלבעלי הזיכיונות אין אפשרות לשדר במשותף בערוצים הארציים... הצעות החוק - גם התיקון בחוק הבזק וגם התיקון שלנו - קובעות ומאפשרות שיתוף פעולה בין בעלי הזיכיונות ושידור בערוצים הארציים. אנו מתירים את ההפקה ואת העבודה המשותפת שלהם..."

משמע, הזכיניות תשקענה כ- 19-20 מיליון דולר בשנה בהפקות המקור בהן חויבו על-פי החוק לעידוד ההפקה המקורית, ועל כך הן מקבלות תמורה בתיקון לחוק הבזק המתיר להם הפקה ושידור משותפים.

מסקנה זו עולה גם מהפרוטוקולים של דיוני ועדת הכנסת. כך ציינה הגב' רפאלי - יו"ר המועצה בדבריה בפני ועדת הכלכלה של הכנסת ביום 13/3/96 :

"הצעת החוק הזאת היא הצעה טובה וראויה. נגזרת ממנה הצעה נוספת, שעומדת להכניס בין 18-20 מיליון דולר להפקות מקוריות בתעשייה הזאת על-ידי בעלי הזיכיונות, ואלמלא הכלים שאנו נותנים בחוק הזה, לא יכולנו לעשות זאת".

ובהמשך דבריה ציינה :

"...בנוסף לזה, כל ההסדרים שקיימים היום, אם זה הסדר ICP ואם זה הסדר ICP החדש, מעלים את זה בעוד כ- 8 ואין ספק שגם זה ייכלל. ה-10% יכול את כל הדברים האלה, זה כולל את הכל".

הדגיש דברים אלה בישיבה משותפת של ועדות החינוך והכלכלה של הכנסת מיום 7/3/96 גם נציג חברות הכבלים, מר אביטל :

"...ההצעה מדברת על מהלך שיש בו שני רכיבים. כמובן של כל העניין מותנה מבחינת חברות הכבלים בכך שיהיה שהיישום הסדר לגבי רכש תוכניות ולגבי הפקות מקור וכו".

הצגה זו של הדברים קיבלה חיזוק בדבריו של היו"ר - ח"כ דדי צוקר :

"אתה יכול להעריך כמה כסף תחסוך לכם ההפקה המשותפת וההסדרים שיהיו בתיקון מס' 14? זה מקוץ אחד את השני".

בהמשך דבריו מתעניין היו"ר ב"נטו של המעמסה הנוספת" המוטלת על חברות הכבלים, היינו,

במעמסה המוטלת מכח החוק לעידוד ההפקה, בניכוי הרווח הצומח לזכייניות מאישור ההפקה והשידור המשותפים מכוח חוק הבזק.

מדברים אלה עולה בבירור כי מדובר בשני חוקים שלובים המשלימים האחד את השני, כאשר החוק האחד (תיקון מס' 13) נועד לפצות את הזכייניות על החיובים המוטלים עליהן מכח החוק השני. ההסדר המשולב שנקבע על-ידי המחוקק בשני החוקים הינו אפוא הסדר שלם, וכל התערבות בו תפגע במרקם העדין שיצר המחוקק בין האינטרסים השונים המעורבים בנושא. המסקנה העולה מכך היא, שאם נדחה את הבקשה לאישור ההסדר הכולל, יהא בכך כדי לפגוע באיזון שקבע המחוקק בין שני ההסדרים הסטטוטוריים. לשון אחר, אם לא נאשר את השידור וההפקה המשותפים, הרי שבכך נשלול מהזכייניות את אותה תמורה שנתן להם המחוקק בגין החובות שהטיל עליהם בחוק לעידוד הפקת היצירה הישראלית.

10. טובת הציבור

באמור לעיל, אין כדי לפטור אותנו מלדון בשאלה האם ההסדר הינו לטובת הציבור. בחינתה של טובת הציבור, מחייבת עריכה של מאזן הרווח וההפסד הצומח לציבור מההסדר, או, כלשון המחוקק: "אם התועלת הצפויה לציבור תעלה באופן ממשי על הנזק העלול להיגרם לציבור או לחלק ממנו או למי שאינו צד להסדר" (סעיף 10 לחוק). לאור הראיות שבאו בפנינו הגענו לכלל מסקנה שבמאזן הרווח וההפסד הכולל, התועלת הטמונה לציבור בהסדר עולה באופן ממשי על הנזק הכרוך בו. לשון אחר, ההסדר הינו לטובת הציבור. ואלה שיקולינו לעניין זה:

ראשית, אין להתעלם מהתועלת שתצמח מן ההסדר לזכייניות עצמן והמתבטאת ביעול פעולותיהן ובהוזלת הוצאותיהן עקב יתרונות לגודל. שיקול זה היה מוסכם על דעת שני המומחים שהעידו בפנינו, והמחלוקת היחידה ביניהם בעניין זה נסבה על שיעור החיסכון שיושג עקב שיתוף הפעולה, כאשר ד"ר שיינין העריך חסכון זה ב-7 מיליון דולר בשנה ומר גדיש ב-10 מיליון דולר בשנה.

החיסכון בהוצאות ויעול הליכי ההפקה אמורים, בעקרון, לפעול להפחתת דמי המנוי. מסתבר שהזכייניות גובות בפועל דמי מנוי נמוכים יותר מדמי המנוי שהן זכאיות לגבות על-פי הזיכיונות. אמנם אין בפנינו הוכחה לכך שהחיסכון בהוצאות וההתייעלות הנובעים מפעולתה של ICP, היא שהביאה בפועל להפחתת דמי המנוי, ולא מן הנמנע כי הדבר נבע משיקולי שיווק או שיקולים אחרים. אולם, ככלל, מאפשרת הפחתת ההוצאות מיתון בגובה דמי המינוי.

היתרון העיקרי הצומח משיתוף הפעולה, יבוא לידי ביטוי בהוזלת העלויות מה שיביא להעלאת רמת השידורים, איכות וטיב התכניות הנרכשות על-ידי הזכייניות.

תוצאה זו הינה פועל יוצא של שני גורמים: ראשית, המקורות שיעמדו לרשות הזכייניות לצורך רכישה והפקה של תכניות והסיכונים שתוכלנה ליטול יעלו במידה ניכרת על אלה העומדים לרשות כל אחת בנפרד. תכניות טובות, מטבע הדברים, גם יקרות יותר.

להסדר תהא אף השפעה על איכות ומגוון החומר הנרכש, שכן מדיניות השיווק של חברות ההפצה הגדולות ("חברות המיג'ורס") המקיימות בידן שליטה על שוק תכניות הטלוויזיה והסרטים, היא למכור זכויות שידור בהיקף ארצי. מדיניות זו מונעת למעשה מהזכייין הבודד לרכוש תכניות מחברות אלה, לפחות ככל שמדובר בחומר מבוקש ועדכני המיועד להקרנה ראשונה. זכייין בודד המעוניין לרכוש תכנית עבור אזור, לא יוכל לעמוד במחיר של זכות שידור כלל ארצית, אלא אם יגיע להסכם

מוקדם עם הזכייניות האחרות על שיתופן ברכישת זכות השידור תוך נשיאה משותפת בעלותה. אולם, לעניין זה מקובלת עלינו עמדת הממונה כי הסכם כזה, גם הוא בגדר הסדר כובל. מקובלת עלינו עמדת המועצה כי השוק המקומי קטן מדי כדי לאפשר את פיצולו. מסתבר אפוא שהשוק הבינלאומי מכתוב למעשה רכישה בהיקף כלל ארצי. קשה לראות כיצד זכיון מקומי יוכל להתמודד בהצלחה בשוק הבינלאומי התחרותי ולהשיג עבור צופיו את המיטב והמירב. מובן ששני היתרונות האמורים (החיסכון בהוצאות והעלאת רמת התכניות המשודרות) פועלים בסופו של דבר לטובת צופי הטל"כ. ציבור זה אמנם אינו מקיף את כלל ציבור צופי הטלוויזיה, אך הוא מונה כיום כ-63% מבתי האב בישראל (שתשתית הכבלים זמינה להם) וטובתו מהווה חלק חשוב בטובת כלל הציבור.

בפסק הדין הקודם נדון החשש לפגיעה בציבור שאינו נמנה על צופי הטל"כ והנאלץ להסתפק בקליטת שידורים מהאוויר, היינו צופי הערוץ הראשון והשני. החשש בהקשר זה היה כי חיזוק כוחה של הטל"כ יביא להחלשת כושר התחרות של הערוצים האחרים להתחרות בטל"כ ברכישת תכניות בשווקי חוץ, מה שיביא לפגיעה באיכות התכניות המשודרות ועקב כך, לפגיעה בציבור צופיהם. הרשות הראשונה לא יוצגה באותו דיון, ולפיכך ניתן אז משקל מיוחד לעמדת ב"כ הערוץ השני. ערוץ זה, חשוב להזכיר, היה באותה עת בראשית דרכו וההגנה על "הרך הנולד" היוותה שיקול נכבד בשיקולי בית הדין.

גם בפנינו הגישו נציגי הערוץ השני התנגדות לבקשה, אלא שזו הוסרה על ידם לאחר שינוי ההסדר ותיקון הבקשה. לאור כך, ולאור הנתונים שהובאו בפנינו לגבי התפתחותו והצלחתו של הערוץ השני איננו מתרשמים כי אישור ההסדר יפגע בערוץ זה ובצופיו.

אשר לערוץ הראשון - נציגיו אמנם הגישו (שלא כבהליך הקודם) התנגדות לבקשה שבה נטען לפגיעה הצפויה בערוץ זה ובצופיו עקב אישור ההסדר, כתוצאה מהגברת התחרות בשווקי חוץ, תחרות, שהערוץ הראשון מתקשה לעמוד בה מול הערוץ השני וערוצי הכבלים.

ואולם, בהמשך הדיון ולאחר שינוי ההסדר ותיקון הבקשה הודיע ב"כ הרשות הראשונה כי הוא מוותר על התצהיר שצורף לבקשתו ושעליו בוססה טענת הפגיעה וצמצם את סיכומיו לטיעונים משפטיים הקשורים לכך שההסדר אינו תואם את חוק הבזק. בינתיים שונה חוק הבזק וטיעונים אלה ירדו מעל הפרק.

כתוצאה מכל אלה אין בפנינו כיום תשתית ראייתית לביסוס החשש בדבר הפגיעה בציבור הצופים שאינו נמנה על מנויי הטל"כ. לאור הסרת התנגדות הערוץ השני וזניחת הטענה על-ידי הרשות הראשונה, דומה, כי אנו רשאים להניח כי פגיעה כזו אינה קיימת, או שהיקפה מצומצם. בכל מקרה, איננו מקבלים את ההנחה כי ההגנה על התחרות מחייבת החלשת כוחה של הטל"כ, העמדת זכייניה במצב בו יתקשו להתמודד בשווקים הבינלאומיים על רכישת תכניות ופגיעה בציבור המנויים שלהם, המהווה חלק כה נכבד מתוך כלל צופי הטלוויזיה.

נהפוך הוא, אנו סבורים כי דווקא חיזוקה של הטל"כ יגביר את התחרות בין שלושת הגורמים הדומיננטיים בתחום זה, שכן הם פועלים בשוק שאינו תחרותי, מה שיביא בסופו של דבר להעשרת המסך ולהגדלת רווחתם של כלל הצופים. אכן, כפי שמציין ב"כ הממונה, אחת הדרכים למנוע ממתחרים להתייעל ולשפר את מוצריהם הינה על-ידי שימוש מוטעה בדיני ההגבלים העסקיים אשר

במקום להגן על התחרות, מנוצלים על-ידי מתחרים כדי להגן על עצמם מפני תחרות. יש לציין בהקשר זה כי השקפת בית הדין בפסק הדין הקודם על החלק הראוי לזכייני הטל"כ בעולם התקשורת בישראל בוססה, כדברי בית הדין, על "אותו עולם, בו חלוקת פלחי השידור וממילא האיזון המסחרי ביניהם, נעשים בעיקרו על-ידי המחוקק" ועל נקודת המוצא המקובלת כמובן גם עלינו, כי בית הדין חייב "לתת משקל לתמונה הכוללת כפי שצפה אותה המחוקק". מסקנת בית הדין באותו פסק דין בוססה לא רק על הפרשנות המילולית של חוק הבזק, אלא בעיקר על ההנחה שחוק הבזק יצר בהוראותיו את האיזון הראוי בעיני המחוקק בתחום המדיה הטלוויזיונית, וכי אישור ההסדר הכובל המוצע יש בו משום פגיעה "באותו איזון כולל שיצר המחוקק...", (מה שיגרום) לשבש את מפת התקשורת בישראל כפי שנצפתה ותוכננה על-ידי המחוקק... (ויפגע) באיזון העדין בין הגופים השונים כפי שנצפה על-ידי המחוקק".

המצב החוקי בעניין זה שונה (ויש הטוענים כי רק הובהר) כיום מן היסוד. עמדתנו הנוכחית של המחוקק בדבר חלוקת פלחי השידור והאיזון המסחרי בין הגופים הפועלים במדיה הטלוויזיונית והשקפתו על מפת התקשורת בישראל, תומכים במסקנה שיש לאשר את ההסדר.

מהאמור לעיל עולה, כי מבחינת תשומת הייצור העיקרית של הזכייניות – תכניות השידור הנרכשות בחו"ל - אין בהסדר משום פגיעה בתחרות. להיפך, גם על-פי טענות המתנגדים (המקוריות) שבינתיים נזנחו, אין מדובר בפגיעה בתחרות, אלא בהגברתה. תוצאה זו משקפת את העובדה כי הסדר של רוכשים, אין בו בדרך כלל משום פגיעה בתחרות כאשר הרכישות מתבצעות מחוץ לישראל.

אשר לניצול הכוח המונופסוניסטי כלפי הספקים המקומיים: תשומות הייצור האחרות בהן משתמשות הזכייניות, כמו שאר הגופים הפועלים בשוק זה, הם גורמי הייצור המקומיים, בעיקר נותני שירותים, כמו במאים, מפיקים, תסריטאים, צלמים, מתרגמים, מדובבים וכיו"ב שירותים הדרושים להכנת התכניות הנרכשות לשידור, וכיום בעקבות ביטול סעיף 6מ' לחוק הבזק והסרת האיסור על הסדר כובל לגבי הפקה מקומית, גם להפקות מקור. ואולם, אף אחד מכל אותם גורמים לא הגיש בפנינו התנגדות להסדר (פרט לג.ג. ולסאט/קום שביקשו להתחרות על הזכות לשמש כמפיקי ערוץ במכרז). להיפך, אותם גורמים שהופיעו בפנינו, איגוד במאי הקולנוע והטלוויזיה בישראל, איגוד התסריטאים ואיגוד המפיקים תמכו (בתנאים מסוימים) בהסדר. לא יהא מיותר להזכיר כאן את התלאות שעברה יו"ר איגוד המפיקים הגב' אלונה אבט בניסיונה לעניין חמישה מנהלי חברות (בנפרד) בהפקת תכנית.

האיסור על הסדר כובל לגבי הפקה מקומית שכפי שנקבע בסעיף 6מ' לחוק הבזק, מסתבר, החטיא את מטרת המחוקק והביא נזק לענף. כפי שנאמר בעניין זה בהצעת חוק הבזק (תיקון מס' 14) הצ"ח 2463 מיום 20/12/95: "הניסיון שנצבר במשך השנים העלה שהעדר אפשרות לרכז משאבים להפקות משותפות במספר אזורים היה בעוכרי תעשיות ההפקות ומנע הפקתן של הפקות בעלות רמה ותוכן ראוי בשידורי טל"כ".

לאור כך, אכן בוטל ס' 6מ' לחוק הבזק. משמע, המחוקק הכיר בכך שקיום הסדר כובל לגבי הפקה מקומית, יש בו כדי לעודד הפקות מקומיות ולהביא תועלת לציבור. דומה כי כוחה של מסקנה זו יפה גם לגבי רכישת תכניות שלא מהפקה מקומית (שלגביהן לא ראה המחוקק מלכתחילה להטיל איסור מפורש בחוק הבזק), ואכן, המחוקק דאג להתיר גם את אלה.

מבחינת התחרות על המוצר הסופי, היינו, תחרות בין הזכיינים על איכות התכניות ועל עינו של הצופה, ברור כי ההסדר מפחית את התחרות. עם זאת, יש להביא בחשבון כי מדובר, גם אלמלא ההסדר, בתחרות מוגבלת, הנשלטת על-ידי מונופול טבעי, שהוא יציר המחוקק והכורח הכלכלי שמנע מתן זיכיונות מקבילים והנחת תשתיות כפולות לביתו של כל מנוי. הנחת רשת כפולה של כבלים הייתה אמנם מונעת יצירת מונופול, מה שהיה מאפשר תחרות בין בעלי הכבלים, אך שכרה, כפי שמציין מר גדיש, היה יוצא בהפסדה עקב בזבוז המשאבים הכרוך בכך. יתר על כן, העלויות הכרוכות בהנחת רשת כבלים הינן כה גבוהות, עד כי ספק רב אם היו נמצאים יזמים שהיו מקבלים על עצמם השקעה מסוכנת כזו, בהעדר בלעדיות.

דרך אחרת עליה דובר רבות במהלך הדיונים, ואשר אליבא כל הגורמים שהופיעו בפנינו היה ראוי לילך בה, הייתה להפריד בין בעלי התשתיות (Carrier) לבין ספקי התכניות (Programmers), מה שהיה יוצר שוק תחרותי בין ספקי התכניות. אולם המחוקק לא הלך בדרך זו וראה להעניק לבעלות התשתית גם את הזיכיון לביצוע השידורים עצמם.

מצב הדברים האמור של מונופול טבעי מגביל מראש את התחרות בין הזכייניות, שכן, כל עוד אין עומדת בפני המנויים היכולת להתחבר לרשת חלופית או לערוצי טל"כ אחרים, לא יכולה להתקיים תחרות ישירה בין הזכייניות, שכן לכל אחת בלעדיות באספקת המוצר באזור, ואין להניח קיומה של ניידות בין האזורים המושפעת מאיכות המוצר.

מצב דברים זה אמנם אינו מוציא מכלל אפשרות קיומה של תחרות בלתי ישירה בין האזורים. מדובר בתחרות השוואתית, כאשר רמת תוכניות ורמת מחירים נמוכה באזור פלוני תביא ללחץ ציבורי להעלות רמת התכניות או הקטנת המחיר באזורים האחרים. ואולם, ברור כי תחרותיות כזו הינה מוגבלת ומצומצמת בהיקפה לעומת התחרות הישירה שהייתה מתאפשרת בהעדר מונופול טבעי.

לאור אלה מקובלת עלינו מסקנת הממונה כי במצב זה של מונופול טבעי, נזקו של ההסדר בהפחתת התחרות, הינו נזק מוגבל ומצומצם מלכתחילה. יתר על כן, במצב דברים כזה אפשרית גם תוצאה הפוכה, שהייתה מתבטאת בכך שהזכייניות היו בוחרות, בהיעדר מסך ארצי, את המכנה המשותף הנמוך ביותר מבחינת רמת ואיכות השירות, מכנה שהוא מטבע הדברים גם הזול ביותר. מצב זה כמוכן ישונה מן הקצה אם וכאשר תונהג פרסומת מסחרית בטל"כ. מסיבה זו הוגבל תוקפו של ההסדר עד להנהגת פרסומת בכבלים. בעקבות שינוי ההסדר ופיצול ההפקות בין ICP למפיקים העצמאיים, שינוי שקיבל כאמור גם את ברכת המחוקק, נוצרה מציאות חדשה. מציאות זו תביא בעקבותיה בהכרח להקטנת כוחה של ICP החולשת מעתה על שני ערוצים בלבד, ותגרום לביזור הענף והפחתת הריכוזיות בהפקת הערוצים. שינוי זה עשוי להביא בכנפיו גם ראשיתה של הפרדה בין בעלי התשתיות וספקי התוכנה, מגמה שהיא רצויה, כאמור, אליבא דכל הגורמים שהופיעו בפנינו. להפחתת הריכוזיות חשיבות מיוחדת בענף התקשורת המחייב, במשטר דמוקרטי, פלורליזם של דעות שיבואו לידי ביטוי באמצעי התקשורת.

גם לעניין זה נשמעו מצד המתנגדים טענות בדבר המלאכותיות שבהסדר החדש והועלתה הטענה שמדובר באותה הגברת בשינוי אדרת. טענות אלה בססו המתנגדים על כך שמר אודי מירון, מי שהיה מנהל ICP, יעסוק מעתה בהפקת אותם ערוצים במסגרת אולפני הרצלייה שהיא המועמדת לשמש

כמפיקת ערוצים 6 ו-8, וכן על הסכמי מכירת המלאי שבין ICP למפיק שיביאו לטענת המתנגדים לכפייתו של המפיק לשדר משך תקופה ארוכה את המלאי שהצטבר במחסני הזכייניות.

אין לנו ספק כי אין מדובר בהפרדה מוחלטת בין הזכייניות לבין הספק. ברור גם כי הספק יהיה תלוי במידה רבה בזכייניות אשר מהן הוא מקבל את תקציבי ההפקה ובהן הוא תלוי לפרנסתו. אולם, בכל אלה אין כדי לפגוע בעובדה שגם אם לא נוצר במסגרת ההסדר גוף עצמאי לחלוטין, הרי שיש במהלך כזה משום תרומה לביזור הענף והפחתת הריכוזיות שבו, ואין להשוות מצב דברים זה למצב של איחוד ההפקה של כל הערוצים בידי גורם אחד. עובדה היא כי גם נציגי הרשות הראשונה, שבהם אין המתנגדים חושדים בשיתוף פעולה עם הזכייניות, ראו במהלך זה מהלך בכיוון הנכון, הגם לשיטתם אינו מספיק, וצמצמו לאור כך את נימוקי התנגדותם להסדר. לאלה יש להוסיף את תרומת ההסדר להעברת ה"חלק ההוגן" מהתועלות שמפיקות הזכייניות מההסדר לציבור. רעיון זה הועלה עוד בפסק הדין הקודם, אלא ששם לא תמכו הזכייניות את ההסדר בחוות דעת ותחשיבים, מה שלא איפשר לבית הדין להשתכנע כי תרומת ההסדר לציבור אכן משקפת, חלק הוגן מהתועלות הצומחות למבקשות מההסדר.

לפיכך, צירפו המבקשות לבקשה הנוכחית חוות דעת כלכלית מפורטת מטעם ד"ר שיינין שהעריך את החיסכון הצפוי בעקבות ריכוז הרכישות ועריכת התכניות ביד המבקשות ב-7 מיליון דולר, ואילו מר גדיש, המומחה הכלכלי מטעם הממונה, העריך את החיסכון הישיר שיצמח לזכייניות מההסדר בסכום של כ-10 מיליון דולר. עם זאת, הוסיף מר גדיש וציין כי קיימות תועלות נוספות לזכייניות שאינן ניתנות לכימות כספי.

עם זאת, נושא זה הפך כיום, במידה רבה לתיאורטי, לאור העובדה שהחלק ההוגן המוקצה בהסדר להפקות מקור, נבלע ממילא על-ידי מחויבויות הזכייניות על-פי החוק לעידוד ההפקה המקורית. בעניין זה התעוררה מחלוקת בין הצדדים, באשר ל"קונקלוסיביות" של המחיר שנקבע בחוק, דהיינו, האם המחויבות שהוטלה על הזכייניות מכח החוק לעידוד היצירה המקורית חופפת, ליתר דיוק, בולעת את מחויבויותיהן שעל פי ההסדר, כפי שטוענות הזכייניות, או שהיא באה בנוסף עליהן, כפי שטוענים המתנגדים.

הממונה לא נקט עמדה מפורשת בסוגיה זו וציין כי מדובר בשאלה פרשנית. לדעת המועצה לשידורים בכבלים, מכסה החובה שהוטלה על הזכייניות בחוק גם את מחיר ההסדר.

לנו נראה, כפי שכבר צוין לעיל, כי המחיר עבור ההסדר נקבע כיום בתיקוני החקיקה. אפילו טעינו בפרשנות החוק, גם אז, בהתחשב בנטל שהושת על הזכייניות על-פי החוק לעידוד היצירה המקורית, ובהתחשב בהיתר שניתן כיום בחוק למסך הארצי ולהפקה המשותפת (גם בהנחה שהוא כפוף לאישורנו על-פי חוק ההגבלים העסקיים), איננו סבורים כי נכון יהיה להטיל על הזכייניות נטל או מחיר נוסף.

אין דומה מחיר עבור הסדר שאינו מעוגן בחוק, למחיר עבור הסדר המעוגן בחוק והנתפס על-ידי המחוקק כהסדר ראוי. למותר לציין כי גביית החלק ההוגן אינה תנאי סטטוטורי לאישור ההסדר. כן לא יהא למותר להזכיר את דברי ההסבר להצעת החוק לעידוד ההפקה המקורית המציינים כי:

"לדעת המציעים, אף אם יש בהצעת חוק זה משום פגיעה בבעלי

הזיכיונות, עקב הוצאות כבדות נוספות, הרי שנראה שפגיעה זו הינה לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש" [ה.ח. 2511 מיום 27/2/96].

לאור דברים אלו, לא נראה לנו כי ראוי להרחיב את אותה פגיעה. בנוסף, יש לציין כי גם כך תובע ההסדר מהזכייניות מחירים נוספים, הבאים לידי ביטוי, הן בהגבלה על העלאת דמי המנוי (שתדון להלן) המונעת מהזכייניות, לפחות בתקופת ההסדר, ל"טפס" חזרה לדמי המנוי שנקבעו בזיכיונות, הן במכסה שהוטלה עליהן לגבי רכישות מסוכנים מקומיים, והן בהקצאת סכום של 2 מיליון דולר (מתוך 4 מיליון) להעשרת ערוץ 8. יש להדגיש כי חפיפה זו, אינה חלה על התחייבות הזכייניות להקצות 2 מיליון דולר (מתוך 4 מיליון) להעשרתו של ערוץ 8, שהוא התחייבות נוספת על המחויבויות שעל-פי החוק לעידוד ההפקה המקורית. כן, אין חפיפה זו חלה על כספי הנאמנות.

11. הגבלת דמי המנוי

על-פי תנאי ההסדר התבקש בית הדין לקבוע כי דמי המנוי לא יועלו בתקופת ההסדר מעבר לדמי המנוי הנוכחיים בתוספת ריאלית של 1.9%. לעניין זה יש להבהיר כי דמי המנוי אינם נקבעים על-ידי מערך ההגבלים העסקיים, וגם לא על-ידי בית הדין, אלא בזיכיונות שהוצאו למבקשות על-ידי המועצה ומכח תקנות הבזק (זיכיונות) התשמ"ח-1987. בפועל, מסתבר שהזכייניות קבעו, משיקוליהן הן, דמי מנוי נמוכים מאלה שהותר להם לגבות על-פי הזיכיונות, (בשיעור ממוצע שבין 10% ל-15% מדמי המנוי הקבועים בזיכיונות).

התנאי שהוצב לעניין זה על-ידי הממונה, כפי שהוסבר לנו על-ידי ב"כ הממונה, עו"ד גושן, לא נועד לקבוע את דמי המנוי, גם לא לאשר העלאה בדמי המנוי, אלא למנוע את האפשרות שהזכייניות תגלגלנה על הציבור את מחיר ההסדר, היינו למנוע מצב בו תגבנה הזכייניות מהציבור את עלות ה"חלק ההוגן" של תועלות ההסדר אותו הן אמורות להעביר לטובת הציבור בדרך של העלאת דמי המנוי.

לצורך כך בדק הממונה את העלאות דמי המנוי כפי שבוצעו משך 3 השנים שקדמו להגשת הבקשה ומצא ששיעור העלאה הריאלית באותן שנים עמד בממוצע על 1.9%. לפיכך, הניח הממונה כי שיעור העלאה זה, אם יבוצע גם בעתיד, לא ינבע מניסיון של הזכייניות לספוג מהציבור את מחיר ההסדר, שכן שיעור זה נהג גם בעבר ובטא התנהגות כלכלית שאינה מושפעת מהכורח לשתף את הציבור בתועלות ההסדר.

נציין מיד שיש לנו ספיקות באשר לתקיפותה, שלא לדבר על מידת דיוקה, של אמת מידה זו לקביעת דמי המנוי המנטרלים את האפשרות לגלגול מחיר ההסדר על המנויים. עם זאת, יש להדגיש שאין מדובר בהיתר להעלאת דמי המנוי אלא בהצבת מגבלת גג על העלאתם. לשון אחר, מערך ההגבלים העסקיים אינו קובע את דמי המנוי, הוא גם אינו מעלה אותם.

העלאת דמי הזיכיון כשלעצמה נקבעת על-פי תקנות הבזק (זיכיונות) התשמ"ח-1987, ומטרת ההגבלה המוצעת בהסדר היא רק למתן העלאה אפשרית בדמי המנוי, העלאה שאלמלא מגבלה זו עשויה להיות חריפה יותר.

שקלנו את ההצעה היותר דרסטית, היינו, למנוע כל העלאה ריאלית בדמי המנוי, ואולי אף להפחיתם, ובעניין זה נחלקו חברי ההרכב בדעותיהם, משמעותה של מניעת העלאה כזו הינה, בעצם, הקפאה של דמי המנוי ברמה הנמוכה בכ- 10-15 אחוזים מדמי המנוי הקבועים בזיכיונות. הצעה זו מתעלמת מכל מה שאירע בעבר בהיותו בלתי רלבנטי לגבי העתיד, ומבוססת על ההנחה שדמי המנוי שנקבעו בזיכיונות משקפים כוח מונופוליסטי קטן יותר מזה המוקנה לחברות הכבלים כיום.

אנו סבורים שלא ניתן להתעלם מכל מה שאירע בעבר, לרבות המכרזים והזיכיונות שהוצאו מכוחם. לדעתנו, תוצאה כזו היא בה משום התעלמות מזכויות שהוקנו לזכייניות כדן, ומה גם שאלה השקיעו בגין רכישתן של זכויות אלה סכומי עתק המוערכים במאות מיליוני דולרים ונטלו עליהן סיכונים כלכליים לא מבוטלים.

הקפאת המחיר כמוצע מניחה שהעלאת המחיר מעבר לעליית המדד (אך לא יותר מ- 1.9% לשנה), יש בה משום שימוש לרעה בהסדר, היינו, ניצול כוח מונופוליסטי שלא היה בידי הזכייניות אלמלא ההסדר. אין בפנינו ראיה כזו. להיפך, עובדה היא כי דמי המנוי שהוצעו במכרזים, (על בסיס אזורי), היו גבוהים מדמי המנוי שנקבעו בזיכיונות וגם אלה האחרונים גבוהים מדמי המנוי שגובות כיום הזכייניות בפועל.

הובאו בפנינו חוות דעת לגבי התועלות שהוקנו לזכייניות מכח ההסדר. על פי חוות דעת אלה, החיסכון הישיר שמפיקות הזכייניות מכח ההסדר עומד על סכום שבין 7 מיליון דולר (אליבא ד"ר שיינן) ל-10 מיליון דולר (לשיטתו של מר גדיש). מרמת חסכון זו ביקשו הזכייניות לגזור את החלק ההוגן שאותו יעמידו לרשות הציבור אם יאושר ההסדר.

ואולם, תועלות הסדר לציבור אינן מתמצות רק באלה. כפי שכבר ציינו כאשר דנו בסוגיית המסך הארצי, אישור המסך הארצי הפך את הזיכיונות, למעשה, מזיכיונות אזוריים לזיכיונות כלל ארציים. אין ספק כי שינוי זה טומן בחובו, מבחינת הזכייניות, תועלות בעלות משמעות רבה ביותר, ויתכן שהוא מגלם בתוכו אף כוח מונופוליסטי מוגבר.

עם זאת, אין בידינו אמת מידה ברורה להערכת ערכן של תועלות אלה וגם המומחים שהופיעו בפנינו לא יכולים היו למדוד אותן. בנוסף, בזיכיונות עצמם צוין כי הזכייניות רשאיות, בכפוף לאישור הממונה על ההגבלים העסקיים, להקים תאגיד רכש לשם רכישה ועריכה של תכניות לשידור. מכאן, שקו פעולה כזה כבר הובא בחשבון בעת מתן הזיכיונות, מה שמקשה על הטענה כי מדובר בתנאים חדשים המצדיקים התעלמות מתנאי הזיכיון ביחס לדמי המנוי. יתר על כן, כיום מעוגנת זכותן של הזכייניות להפקה משותפת ולשידור במסך ארצי, כפי שראינו, בתיקון לחוק הבזק ובכללי הבזק. ספק בעינינו אם יש מקום לדרוש מהזכייניות מחיר נוסף עבור הסדר שאושר למעשה על-ידי המחוקק. ומה גם שכאשר ביקש המחוקק לגבות מחיר עבור מתן הכשר זה הוא עשה כן במפורש.

למען הסר ספק, הדברים דלעיל אמורים מזווית הראיה של דיני ההגבלים העסקיים בלבד, ואין בהם משום נקיטת עמדה לגבי שיקולי הרשויות המוסמכות מכוח חוק הבזק ותקנותיו. לאור כך, מקובלת עלינו תניית ההסדר בנושא דמי המנוי.

12. תנאי הכשירות

על-פי תנאי הכשירות שנקבעו בהסדר לא יוכל לשמש ספק ערוץ מי שהוא בעל זיכיון לשידורי טלוויזיה או שהוא בעל עניין בבעל זיכיון כאמור. לעניין זה יראו בעל זכות שימוש כבעל זיכיון.

על-פי מגבלה זו לא תוכל ג.ג. אולפני ישראל ירושלים בע"מ (להלן: "ג.ג.") לשמש כמפיק ערוץ בהיותה בעלת עניין בבעל זכות שימוש - הוא מפעיל ערוץ הקניות.

ג.ג. מבקשת כי לא נאשר מגבלה זו על כשירותו של ספק הערוץ, וזאת משני נימוקים עיקריים. ראשית, לטענתה, לבית הדין להגבלים עסקיים אין סמכות לאשר תנאי מעין זה הפוגע בחופש העיסוק שלה. שנית, וזאת לגופו של עניין, המגבלה פוגעת בחופש העיסוק שלה, ולפיכך סותרת את חוק יסוד: חופש העיסוק ועל כן, אין לאשרה.

הטענה על שני היבטיה אינה מקובלת עלינו.

חוק ההגבלים העסקיים כשלעצמו, יש בו משום פגיעה בחופש העיסוק. כך, האיסור על הסדר כובל יש בו פגיעה בחופש העיסוק, בין של הצדדים להסדר עצמו ובין של צדדים הזרים להסדר, והוא הדבר בהוראות אחרות שבחוק המגבילות פעילויות כלכליות מסוימות (מונופולין, מיזוג וכיו"ב) ככל שיש בהן משום פגיעה בתחרות.

בית הדין להגבלים עסקיים מוסמך על-פי החוק לאשר הסדרים כובלים. אישור הסדר כובל, כמו גם האיסור עצמו, יכול שיפגע בחופש העיסוק, וכאמור, לא רק בחופש העיסוק של הצדדים להסדר הכובל אלא אף בחופש העיסוק של צדדים שלישיים. טול לדוגמא הסדר שבו מתחייב צד אחד להסדר כי לא ינהל עסקים אלא עם פלוני או אלמוני, או עם סוג מסוים של בני אדם בלבד. הסדר זה חזקה מן הדין כי הוא הסדר כובל (ראה סעיף 2(ב) לחוק). הסדר זה כולל על-פי הגדרתו פגיעה בחופש העיסוק של מי שאינו צד להסדר, אך לא יכול להיות חולק על כך שבית הדין מוסמך לאשרו. הוא הדין במקרה בפנינו. מגבלת כשירותו של ספק הערוץ אף אינה סותרת את חוק יסוד: חופש העיסוק. סעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק קובע:

"אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או על-פי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

הפגיעה בחופש העיסוק נעשתה "על-פי חוק", כפי שעולה מתיקון מס' 13 לחוק הבזק, ומהכללים שהותקנו בינתיים על-ידי המועצה, מכוח אותו תיקון. היא גם נעשתה "לתכלית ראויה", שכן מטרתה של ההוראה המגבילה את כשירותו של מפיק הערוץ להביא לביזור בענף המדיה, ופתיחת השוק בפני מפיקים נוספים שאינם קשורים כיום בזכייניות. להפחתת הריכוזיות בענף חשיבות רבה לשם הגברת התחרות בכלל, ובענף התקשורת, המצריך במדינה דמוקרטית פלורליזם של דעות, בפרט. פתיחת ענף מענפי המשק בפני תחרות הינה תכלית ראויה [ראה בג"צ 1255/94 בזק נ' שרת התקשורת (טרם פורסם)].

הפגיעה גם "אינה עולה על הנדרש", שכן לא נפגעת זכותה של ג.ג. לעסוק במקצועה ובעיסוקה. ג.ג. רשאית להמשיך ולקיים את עיסוקה בהפקת תכניות טלוויזיה וסרטים, והיא אף רשאית לבצע עבודות עבור ICP ועבור מפיקי הערוצים שייבחרו על-ידי הזכייניות, כמו גם עבור הערוץ הראשון והשני. וכמובן רשאית היא להמשיך ולעסוק בעיסוקיה האחרים, כמו הפעלת ערוץ הקניות או בתי הקולנוע שבבעלותה.

בנסיבות אלה איננו סבורים כי הפגיעה בעיסוקה של ג.ג. חורגת מהמידה הראויה והנדרשת או שיש בה כדי לאיים על מעמדה ומקצועה בענף שאין חולק כי היא נמנית על המובילות בו.

13. עריכת מכרז

המתנגדים מבקשים כי בית הדין יחייב את הזכייניות להוציא את הפקת הערוץ למפיקים החיצוניים בדרך של מכרז. איננו מוצאים מקום להיענות לדרישה זו. חוק חובת המכרזים חל על המדינה ועל תאגידים ממשלתיים. המבקשות אינן נמנות על אחד מאלה. גם תיקון מס' 13 לחוק הבזק אשר איפשר הוצאת ערוצים להפקה בידי מפיק עצמאי, לא הציב דרישה זו של עריכת מכרז, זאת לעומת הסדרים אחרים בחוק הבזק, בהם נקבעה דרישה למכרז. גם הניסיון לחייב את המבקשות לערוך מכרז מכוח עקרון השוויון אליו כפופים גופים ציבוריים, נועד לכישלון. המבקשות אמנם נהנות מזיכיון שהעניק להן החוק, אך אין בעובדה זו כשלעצמה כדי להפוך את המבקשות לגופים ציבוריים או "מעין ציבוריים", עמד על כך כב' השופט ברק (כתוארו אז):

"אין בהענקת הרישיון כדי להפוך את פעילותו של אותו גוף לפעילות בתחומי המשפט הציבורי, שאם לא כן יתביא לתוצאה המשונה, שלפיה כל אדם או גוף, הפועל על-פי היתר (כגון נהג מונית, קבלן הבונה בנין, סוחר במטבע זר וכיוצא בהם) ממלא תפקיד על-פי דין..." [ע"א 249/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום פ"ד מו(2) 464, 517].

באותו עניין לא היה מוכן כב' השופט ברק להחיל את עקרונות המשפט הציבורי על חברת קדישא בשל כך בלבד שלצורך פעולתה נזקקת היא לרישיון מאת שר הדתות, ואף לא בשל כך שהמדובר בגוף הפועל שלא למטרת רווח ונותן שירות למען הציבור. את עקרונות המשפט הציבורי בעניין זה החיל כב' השופט ברק רק משמצא כי לחברת קדישא הוענקו גם סמכויות מכוח הדין (שם, 518). ואילו כב' הנשיא שמגר, בעניין קסטנבאום הנ"ל, ראה בחברת קדישא גוף ציבורי בשל כך שהשירות אותו מעניקה החברה הינו שירות ציבורי חיוני כלשונו:

"הקבורה היא פעולה שחברה איננה יכולה בלעדיה, שהרי אין חברה מתוקנת ובת קיימא, אשר מתיה מוטלים ברחובותיה של עיר או בבתיה ואין מי שמביאם אל העפר ממנו באו. חברה תרבותית רואה בקבורה פעולה ציבורית חיונית, אשר עולה - מבחינת אופייה הציבורי - על פעולות ההספקה של מצרכים, כגון חשמל, גז או מים, המעוגנות במידה רבה בתחום הכלכלי. החברה קדישא אינה פועלת למטרות רווח אלא למען קיום מצווה או חובה ציבורית, הכל לפי תפיסתו של כל פרט, וחיוניותה המפליגה היא המקנה לה את דמותה ואת מהותה הציבורית" [שם, 484, ההדגשה שלי - י. ע.].

במקרה שבפנינו, המבקשות הן גופים פרטיים בבעלות פרטית (פרט למבקשת 2 שהיא חברה בורסאית), אשר פועלות למען רווח. למבקשות לא הוענקו סמכויות סטטוטוריות כלשהן, והשירות

אותו מעניקות הן לציבור, אינו בגדר שירות חיוני במובן האמור. גם לגופו של עניין, איננו רואים סיבה לכפות על המבקשות לבחור את ספקי הערוצים דווקא בדרך של מכרז. זיכיון הטלוויזיה בכבלים ניתן למבקשות. גם לאחר הוצאת הערוצים למפיקים חיצוניים, האחריות להפקה ולשידור הערוצים על-פי הזיכיונות עדיין מוטלת עליהן. כל מעידה בהפקה תגרום למבקשות נזקים כבדים. המבקשות הן הראשונות שתפגענה עקב כשלון בהפקה, הן גם הראשונות הצריכות להיות מעוניינות להבטיח את רמתם ואיכותם של הערוצים המופקים, ואיננו רואים סיבה להתערב בשיקול דעתם בבחירת המפיקים, מעבר למה שנקבע בחוק ובכללים. מעבר לאמור, אין טענה כי המפיקים שנבחרו אינם ראויים לביצוע המשימה, שהרי מדובר בשניים מבין שלושת בעלי האולפנים הגדולים בארץ (השלישי הוא ג.ג.).

14. חלוקת ההפקות המקומיות בין הערוצים והז'אנרים השונים

במהלך הדיון עלה גם נושא חלוקת הכספים המיועדים להפקות המקומיות בין הערוצים והז'אנרים השונים. גם לעניין זה מקובלת עלינו הצעת המבקשות, הנתמכת על-ידי הממונה, לגבי החלוקה בין הז'אנרים השונים כמפורט בהצעת ההסדר. כמו כן, לאור העובדה שהגוף בעל המומחיות והידע לעניין זה, הוא המועצה, מקובל עלינו כי קביעה זו תיסוג מפני כללים שיותקנו, אם יותקנו, בעניין זה על-ידי המועצה, ואם יקבע בהם אחרת.

15. כספי הנאמנות

נושא נוסף שעלינו להכריע בו הוא, מה ייעשה בכספים שהופקדו על-ידי הזכייניות בתקופה בה פעלו הזכייניות על-פי ההסדר (הקודם) מכוח ההיתר הזמני. כספים אלו שהופקדו מכוח תנאי ההיתר הזמני, נועדו להבטיח כי הזכייניות יעבירו לציבור את החלק ההוגן בתועלות שצמחו להן מן ההסדר בתקופת ההיתר הזמני.

מדובר, כך אנו מבינים, בסכום של כ-15 מיליון דולר, אשר יוקדש, על-פי הבקשה, להפקות מקור. הצעה זו מקובלת עלינו והיא אף עולה בקנה אחד עם מטרתו של החוק לעידוד היצירה המקורית. כן מקובלת עלינו הצעת המבקשות באשר לחלוקת הכספים בין הערוצים, וזאת, בכפוף לכך, ולעניין זה אנחנו מקבלים את הסתייגותו של ב"כ הבימאים והתסריטאים, כי גם כספים אלה יחולקו בין הז'אנרים השונים על-פי החלוקה שנקבעה לגבי הכספים המוקצבים לערוצים אלה על-פי סעיף 6(א)(ב) להסדר, והכל כפוף, כמוצע בהסדר, לכללים שיקבעו, אם יקבעו בעניין זה, על-ידי המועצה.

16. דיווח לממונה

הדיווח לממונה יבוצע כקבוע בסעיף 14 להסדר, פרט לכספי הנאמנות אשר לגביהם ימציאו הזכייניות לממונה, אחת לארבעה חודשים, דיווח ובו פירוט מלא של הפעולות שנעשו על ידן, והכספים שהוצאו על ידן לשם מימוש הוראות ההסדר בנוגע לכספים אלה.

17. במהלך הדיון נטען כי הזכייניות אינן רשאיות לעסוק בשידור (Programmers) אלא בתשתית

(Carriers) בלבד. כן נטען כי המבקשות אינן רשאיות לשרד ביותר מאפיק שידורים אחד ובמתכונת בסיסית. כל אלה נשללו על-ידי המחוקק בתיקון לחוק הבזק מה שמייתר את הדיון בהן.

18. לאור האמור, יש לדעתנו לאשר את ההסדר הכובל המבוקש בהתאם לתנאים שפורטו בבקשה

ובכפוף לאמור בפסק דין זה לעיל.

תוקפו של האישור למשך 3 שנים מהיום, או עד ליום שבו תותר פרסומת מסחרית בשידורים עצמאיים (בערוצים 3, 4, 5, 6 ו-8) לפי המוקדם מבין השניים.

חברת בית הדין, ד"ר ליאורה מרידור:

המסגרת המוסדית והחוקית שקבעו הרשויות, יצרו מצב שבו ענף הטלוויזיה בכבלים אינו תחרותי וחברות הכבלים הן בעלי כוח מונופוליסטי רב. לו היו הרשויות נוקטות בגישה שונה, המפרידה את הבעלות על התשתית של מערכת הכבלים לבין הבעלות על השידורים, היה ניתן להביא ליתר תחרותיות בענף זה. אולם במצב שנוצר, לא ניתן להקטין את כוחן המונופוליסטי של חברות הכבלים מבלי לפגוע באופן משמעותי באיכות השידורים. על רקע זה אני מצטרפת לפסק הדין של כב' השופט יונתן עדיאל וחבר בית הדין מר נחמיה חסיד. עם זאת, אני מסתייגת מהנאמר בפסק הדין בסעיף 11 - הגבלת דמי המנוי.

על רקע המסגרת המוסדית והחוקית, הדרך היחידה האפשרית להגבלת הכוח המונופוליסטי של חברות הכבלים ומניעת התרחבותו, היא באמצעות לחץ מתמיד עליהן מצד הרשויות המפקחות להתייעלות מתמשכת, שאמורה ל"חקות" מצב תחרותי היפותטי. דרך זו מחייבת למנוע מחברות הכבלים להעלות את מחיריהן באופן ריאלי (מעבר לעליית מדד המחירים לצרכן), ונראה שיש אף צורך בירידה ריאלית מסוימת של כאחוז עד שניים מדי תקופה (שנה), כפי שמקובל בחברות הנמצאות בתחרות מתמדת. (כך גם מקובל בחברות בעלות מונופול, הנמצאות תחת פיקוח ממשלתי.)

הנוסחה שעליה מתבקש בית הדין לסמוך את ידיו, מאפשרת לחברות הכבלים להעלות את דמי המנוי בשיעור של 1.9 אחוזים מעבר לעליית מדד המחירים לצרכן מדי שנה. נוסחה זו אינה מקובלת עלי. מצד אחד, הנימוקים שהביאו אלה שתמכו בה נראים לי בלתי רלבנטיים לגבי העתיד, שכן הם משקפים את ההתפתחויות עד כה. מצד שני, גובה דמי המנוי שנקבע בזיכיונות, שהוא גבוה מדמי המנוי היום, אף הוא לא יכול לשמש מודד לרמה הנאותה של דמי המנוי, שכן בזיכיון היה גלום כוח מונופוליסטי קטן יותר לחברות הכבלים ממה שקיים היום בפועל.

חישוב מלא של הרמה הנאותה של דמי המנוי הוא חישוב סבוך, ובכל מקרה לא הובא בפני בית הדין. לפיכך לא ניתן לקבוע רמה זו, וכל שניתן לקבוע הוא הגבלה על קצב עליית דמי המנוי השנתיים. לאור זאת נראה לי כי אין להתיר לחברות הכבלים להעלות את דמי המנוי, ויש צורך אף לדרוש מהן להוזילו ריאלית בלפחות אחוז אחד מדי שנה, ורק בתנאי זה ניתן לאשר את ההסדר הכובל.

הוחלט כאמור בפסק דינם של השופט עדיאל וחבר בית הדין נחמיה חסיד.

ניתן היום, 30.06.1996, והודיע.