

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב

תיק: ה"פ 109/90

בפני כב' השופט א. גורן

המבקשות: הוצאת עתון הארץ בע"מ ואח'
ע"י ב"כ עו"ד י. מוריץ

המשיבים: 1. שירותי פרסומת בשידור בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד א' אמיר
2. רשות השידור

החלטה

1. המבקשות הגישו תובענה בדרך של המרצת-פתיחה להצהיר כי המשיבה 1, שרותי פרסומת בשידור בע"מ (להלן - המשיבה), חייבת לפרסם מודעה של המבקשות (שנוסחה מופיע בתובענה).

תמצית העובדות תובא להלן:

2. המבקשת 1 הינה מוציאה לאור של עיתון יומי, ואילו המשיבה הינה בעלת זיכיון בלעדי לפרסומת בשידורי הרדיו.
המשיבה 2 הינה תאגיד הפועל על-פי חוק רשות השידור, תשכ"ה - 1965, וצורפה לתובענה לשם זהירות.

3. באמצע חודש ינואר 1990 העבירו המבקשות למשיבה הזמנה לפרסום מודעה ברדיו בנוסח המפורט להלן:

"רק בלוח העיר תוכל לפרסם מודעת מילים תמורת ארבעים ותשעה שקלים בלבד, ארבעים ותשעה שקלים לחודש ימים.
כדי לסגור ענין בגוש דן אל תפרסם מודעה ארצית ואל תשלם מאות שקלים - כמו שדורשים ממך שני הלוחות האחרים. פרסם בלוח העיר - רק ארבעים ותשעה שקלים למודעת מילים לחודש ימים".
המשיבה סירבה לפרסם את המודעה בנוסחה האמור בנימוק שמדיניותה היא שלא לאפשר למפרסם להתייחס במודעתו למתחריו או לפרסם פרסום השוואתי. על רקע זה הוגשה התובענה.

4. המבקשות משתיתות את עילתן על עובדת היות המשיבה בעלת הזכיון הבלעדי לפרסומת בשידורי רדיו בישראל דבר ההופך אותה לבעלת מונופולין וכפועל יוצא מכך חלות עליה הוראות חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988, שעל פיו אין המשיבה רשאית לסרב סירוב בלתי סביר ליתן שרות או למכור מוצר. מובן מכאן, כי המבקשות טוענות כי סירובה של המשיבה לפרסם את המודעה הינו סירוב בלתי סביר בהיותו נוגד את רוח החוק ומטרותיו.

5. בישיבת קדם-המשפט שנערכה ביום 8.5.90 טען פרקליט המשיבה כי יש למחוק את התובענה על הסף, שכן, המבקשות מבססות את עילת תביעתן על היותה של המשיבה מונופולין, אולם לטענתו סעיף 29 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988, האוסר על בעל מונופולין לסרב סירוב בלתי סביר לספק שירות אינו חל עליה כי אינה כלל בעלת מונופולין. לכן טוען הוא כי דין התובענה להימחק וזאת אף מבלי להיכנס לתוכן המודעה ולעצם שאלת סבירותו של הסירוב.

לטענתו, לשם יצירת מונופולין, הרי על הממונה להכריז על- פי סעיף 26 לחוק על קיומו של מונופולין, ובהעדר הכרזה כזו אין המשיבה מהווה מונופולין.

6. אין חולק על כך כי הממונה לא הכריז על המשיבה כבעלת מונופולין, אף על פי שהממונה גילה דעתו שבכוונתו לעשות כן, ומכאן שהשאלה העיקרית היא - האם ההכרזה לפי סעיף 26 (א) לחוק היא קונסטיטוטית או דקלרטיבית.

סעיף 26 (א) לחוק מגדיר "מונופולין":
לענין חוק זה יראו כמונופולין ריכוז של יותר ממחצית מכלל נכסים או מכלל רכישתם, או של יותר ממחצית מכלל מתן שירותים, או מכלל רכישתם, בידיו של אדם אחד (להלן - בעל המונופולין). על קיומו של מונופולין כאמור יכריז הממונה בהודעה ברשומות. על הכרזה כאמור יחולו הוראות סעיף 43 (ב) עד (ה), כאילו היתה קביעה לפי סעיף 43 (א).
טוען ב"כ המשיבה כי הרישא של הסעיף קובעת את התנאים הכלכליים לקיומו של מונופולין ואילו הסיפא קובעת אימתי וכיצד קם ונוצר מונופולין - כאמור בהכרזת הממונה בהודעה ברשומות.

לטענתו, ההכרזה ברשומות הינה אקט קונסטיטוטיובי אשר מקימה את המונופולין לצורך החוק ובלעדיה אין.

את מסקנתו זו משתית הוא גם על דברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד - 1983, בסעיפים 26-27 להצעה בעמ' 53-54:

"הסעיף המוצע מתקן הגדרה זו במספר נקודות:

ד. מוצע שהחוק יחול על מונופולין רק לאחר שהממונה קבע זאת והודיע על כך לבעל המונופולין. זאת משום שהמבחנים לקיום מונופולין אינם בכל מקרה חד-משמעיים וגלויים לעין".

טוען הפרקליט, כי מטרת החוק היא כי ההכרזה מראש של הממונה תמנע את אי-הודאות הקיימת בטבעם של מבחנים כלכליים הבאים לבחון את קיומו של מונופולין.

7. עוד טוען הפרקליט, כי החוק נושא עמו בסעיף 47 סנקציה פלילית של קנס ומאסר על כל העובר על הוראותיו. משכך חייב החוק להיות וודאי ובהיר וכי בין מספר חלופות פרשניות אפשריות יש להעדיף את זו המצמצמת את תחום תחולת האיסור ובמיוחד כאשר לשון החוק ומטרתו תומכים בדרך זו.

עוד מפנה הפרקליט המלומד לחוק הקודם, סעיף 30 שבו, אשר דרש מתן צו של השר כתנאי לקיומו של מונופולין ולתחולת הוראת החוק.

8. טענה אחרת של פרקליט המשיבה הינה, כי אין בסמכותו של בית המשפט להחליף את הממונה ולהפעיל במקומו את סמכותו על פי סעיף 26 לחוק ולהכריז על המשיבה כבעלת מונופולין. שכן סעיף 76 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב) התשמ"ד - 1984, מסמיך את בית המשפט להכריע בגררה בענין הנתון לסמכותו של בית משפט אחר, אולם אין הסעיף מסמיך את בית המשפט לשים עצמו במקומה של הרשות המבצעת ולהפעיל את שיקול הדעת והסמכות המסורים לה בדין.

לגירסתו, ביקש המחוקק (בסעיף 26) להתגבר על בעיית אי-הוודאות ולפיכך הוא היתנה את קיום המונופולין בהכרזתו המוקדמת של הממונה. אומנם מודה הוא, כי ישנם מקרים בהם העובדות הן כה ברורות שפלוני הוא בעל מונופולין דה-פקטו מבלי שיהיה כל צורך בהכרזה של הממונה בכדי להבין את קיומו של מונופולין. אולם ממשיך הוא וטוען כי הטעם בהכרזת הממונה באה לפתור את הבעיה הכלכלית אותה ביקש המחוקק לפתור.

מה גם, שאם יחליף בית המשפט את הממונה הרי שתשלל זכות הערעור של המשיבה לבית-הדין בהתאם להוראות סעיף 43 (ג) לחוק על הכרזתה כבעל מונופולין.

9. עוד ב"כ המשיבה טוען כי מבלי לגרוע מטענתו כי בירור הדברים צריך להיעשות בפני הממונה, הרי כי בכל מקרה אין המשיבה בעלת המונופולין דה פקטו, זאת על שום שלא התגבשו התנאים להכרזתה כבעלת מונופולין.

שכן "השוק" וה"שירות" הנכונים לענין זה הם הפירסום בכל אמצעי התקשורת, הטלוויזיה על כל ערוציה, הרדיו על כל רשתותיו והעתונות. זאת ועוד, הזיכיון של המשיבה הינו זכיון בעל תוקף סטטוטורי מכח סעיף 26 לחוק רשות השידור, תשכ"ה-1965, ואין להכריז על בעל זכיון סטטוטורי כבעל מונופולין לצורך חוק ההגבלים העסקיים.

10. מכל האמור לעיל, טוען פרקליט המשיבה, כי המשיבה אינה בעלת מונופולין ולפיכך אין למבקשות כל עילת תביעה נגד המשיבה ולכן על בית המשפט להפעיל את סמכותו על-פי תק' 101(א)(3) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד - 1984, ולדחות את התובענה על הסף. לחילופין, למחוק את התובענה על הסף על-פי תקנה 100(1) לתקנות, מהטעם שאין כתב התביעה מראה עילת תביעה.

11. טענה אחרת של המשיבה הינה, כי תובענת המבקשות אינה מגלה כל עילת תביעה נגד רשות השידור, שכן גם רשות השידור לא הוכרזה כמונופולין על-פי סעיף 26 לחוק. מה עוד שהחוק אינו חל על מונופולין סטטוטורי ועל סמכות מונופוליסטית שהוענקה בחוק אחר ובפרט אין הם חלים על רשויות סטטוטוריות המפעילות מונופולין לפי חוק המסמך אותן, שכן לא יתכן כי את שהתיר המחוקק ביד אחת שולל הוא בידו השניה.

עוד טוען הוא, כי ספק אם בסמכותו של בית משפט זה לדון בתובענה נגד רשות השידור שכן ענינים מינהלים נגד רשויות סטטוטוריות נידונים בבג"צ ולא בבית משפט מחוזי.

12. טענה אחרת היא בקשר לעיתונים המתחרים אשר לטענת המשיבה שמשלא צורפו, פסק-דין אם ינתן יהיה עשוי להתבטל על ידי אותם צדדים שלישיים אשר לא צורפו ולכן על בית המשפט להמנע מלתת פסקי-דין עקרים.

13. סיבה נוספת לתמיכה בבקשה למחיקה על-הסף לטענתו, הינה בגין מניעות חוזית של המבקשות מלתבוע, שכן בכתב ההזמנה של המודעה הסכימו המבקשות לכוף עצמם לתקנון רשות השידור אשר קובע כי מנכ"ל הרשות יהיה רשאי שלא לאשר שידורן של פרסומות מסוימות וכי שיפוטו זה יהיה סופי ומוחלט. המנכ"ל מצידו הודיע במכתב כי הוא אוסר את שידורן של פרסומות השוואתיות. יוצא מכך שאין המבקשות יכולות כעת לתבוע את המשיבה לפעול בניגוד לכך.

בנוסף טוען פרקליט המשיבה, כי החלטת מנכ"ל רשות השידור מחייבת מעצם טיבה כפי שעולה מבג"צ 421/71 יפ-אורה ואח' נ' רשות השידור פ"ד כה (2) 743/741.

14. מאידך גיסא, טוען פרקליט המבקשות, כי אין חולקין על כך כי הממונה עדין לא הכריז על המשיבה כבעלת מונופולין אולם האחרון גילה דעתו כי הוא עומד לעשות כן.

טוען הפרקליט כי ההכרזה והפרסום למעשה רק מודיעים על קיום המונופולין אולם אין הם יוצרים אותו. לטענתו, המונופולין נוצר מעצם טבעו בעת שמתמלאות דרישות הסעיף.

15. אכן מקובלת עלי דעתו של פרקליט המבקשות, שכן כפי שציין הרי לשון הסעיף קובעת כי הממונה יכריז דהיינו אקט דקלרטיבי ולא כתוב שם יקבע או ייצור.

מה גם, טוען הפרקליט כי דברי ההסבר להצעת החוק שונים מלשון הסעיף שכן בהצעת החוק נכתב כי:

"לענין חוק זה יראו כמונופולין ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת טובין או מכלל רכישתם, או של יותר ממחצית מכלל מתן שירותים, או מכלל רכישתם, בידיו של אדם אחד (להלן בעל המונופולין), אם הממונה קבע זאת לפי סעיף 43 (א) (4)".

לכן ברור הוא, כי המחוקק לא אימץ את נוסח הצעת החוק, אשר הסמיך את הממונה להכריע מהו מונופולין ומה לא, אלא הגדיר מונופולין באופן מושגי ומכאן מתחייבת המסקנה כי המילים שנכתבו לאחר ההגדרה - "על קיומו של מונופולין כאמור יכריז הממונה בהודעה ברשומות" אינן אלא דקלרטיביות ולא קונסטיטויטיות.

כמו כן נאמר בסעיף כי - "על קיומו של מונופולין כאמור יכריז הממונה בהודעה...."

דהיינו ראשית נקבע קיומו של מונופולין על-פי הקריטריונים המופיעים ברישא לסעיף 26(א) ורק אם קיים מונופולין על-פי הרישא לסעיף כי אז יכריז על כך הממונה ויפרסם זאת ברשומות.

יתר על כן בסעיף 43 (א) לחוק נקבע כי "הממונה רשאי לקבוע אם קבוצת ריכוז הוא בעל מונופולין".

עוד סימוכין לגירסה לפיה הרישא לסעיף 26 היא הקובעת מי הוא בעל המונופולין ניתן למצוא בסעיף 26(א) שם לאחר המילים המגדירות מהו מונופולין נאמר - "(להלן - בעל המונופולין)" דהיינו, אדם העונה על ההגדרה הוא בעל מונופולין. וכל פעם שהחוק מטיל חובה על בעל המונופולין היא חלה על מי שההגדרה מתאימה לו, גם ללא הכרזת הממונה. רק לאחר מכן נכתב כי על קיומו של מונופולין יכריז הממונה ומכאן כי ההכרזה איננה תנאי לקיומו של מונופולין.

16. אשר לטענה כי אין בית המשפט יכול להחליף את הממונה ולקבוע כי המשיבה הינה בעלת מונופולין, לטענה זו אין כל מקום. משקבעתי כי הכרזת הממונה הינה דקלרטיבית בלבד הרי אין כל צורך בהכרזה מוקדמת של בית המשפט על מנת שתוכשר הקרקע לתביעה כנגד בעל מונופולין.

אשר לטענה כי על-ידי החלפת הממונה על-ידי בית המשפט תישלל מהמשיבה זכות הערעור בפני בית הדין בהתאם לסעיף 43 (ג) לחוק, הרי התשובה היא כפולה:

- א. קביעת מונופולין היא קביעה של החוק ולא של הממונה.
- ב. על פסק-דין של בית משפט זה ניתן לערער.

17. אשר לטענת המשיבה כי אין המשיבה בעלת מונופולין בפועל הרי אין לדון בה בשלב זה. טענה ממין זה ראויה להישמע בשלב ההוכחות ולא בשלב זה שכן היא טענה ראיות.

למרות טענותיה של המשיבה כי אין היא בפועל בעלת מונופולין, הרי לפחות לכאורה הונחה תשתית ראיתית כי היא אכן בעלת מונופולין כזה, מכל מקום אין זו העת לדון בנושא זה.

אשר לטענה כי למשיבה יש זכיון סטטוטורי ולכן לא חל עליה חוק ההגבלים העסקיים, יש לציין, כי המשיבה איננה תאגיד סטטוטורי אלא תאגיד מסחרי לכל דבר והיא בעלת הזכיון לפרסם מודעות ברדיו. אין לקבל את טענת ב"כ המשיבה כי תאגיד ממין זה יוכל לפעול תוך הפטר מן החובות וההגבלות המוכתבות על-ידי חוק ההגבלים העסקיים.

19. אשר לטענה כי היה על המבקשות לצרף את רשות השידור לתובענה הרי שדבר זה נעשה על-ידי המבקשות למרות שאין למבקשות כל יריבות ישירה עם רשות השידור שכן הסירוב לפרסם הוא של המשיבה ולא של רשות השידור, זאת גם על-פי התקנון של המשיבה עצמה ומהווה חלק של מתנאי החוזה בין הצדדים.
20. מקובלת עלי טענתו של פרקליט המבקשות לפיה אין המשיבה שלוחה של רשות השידור אלא בעלת זכיון ומכאן כי טענת המשיבה כי פסק-דין נגדה יהיה חסר ערך נוכח סירובה העקרוני של רשות השידור לשדר פרסומת השוואתית אינה יכולה להישמע, שכן הדבר תלוי בתנאי הזכיון של המשיבה. ההנחה היא כי רשות השידור חייבת לשדר כל מודעה שבעל הזכיון הסכים לפרסם כל עוד שהמודעה אינה סותרת הוראות התקנון.
21. מכל האמור לעיל החלטתי לדחות את הבקשה לדחיה או מחיקה על הסף של התובענה, והדיון בתובענה יימשך.
- המשיבה תשלם הוצאות הבקשה בסך 4,000 ש"ח (בצירוף מע"מ כדין) כשסכום זה נושא ריבית והפרשי הצמדה.

למזכירות:

1. נא לקבוע מועד לקדם משפט נוסף.
2. להעביר עותק החלטתי זו לפרקליטי הצדדים, עו"ד מוריץ ואמיר.

ניתן בלשכתי היום 2.9.90 בהעדר הצדדים.

א. גורן, שופט