

בבית הדין להגבלים עסקיים בירושלים

תיק הגבלים עסקיים 445

1. אי. סי. אס. מערכות כבלים בישראל בע"מ
 2. מערכות תקשורת בכבלים (סי.אס.אס.) בע"מ
 3. ערוצי זהב ושות'
 4. "תבל" תשדורת בינלאומית לישראל בע"מ
 5. אי. סי. פי חברת בתכניות לכבלים בישראל בע"מ
- נגד
1. הממונה על ההגבלים העסקיים

[10.1.94]

לפני השופטת מ' נאור (אב"ד) והחברים א' אביבי, נ' ארניה, ו' לוסטהויז, ש' פוריס

פסק – דין

א. הבקשה שלפנינו הינה לאישור הסדר כובל, כאמור בסעיף 7 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, כפי שיפורט מדובר בהסדר בין ארבע מתוך חמש זכייניות של הטלוויזיה בכבלים.

לתיק הנוכחי ישנה "היסטוריה" - הליך אותו נקט הממונה על ההגבלים העסקיים בערר 1/90 של בית הדין להגבלים עסקיים (אז, בשבתו לדין בבית המשפט המחוזי בתל אביב יפו), הממונה טען, כי ההסדר שבין המבקשות הינו הסדר כובל.

באותו הליך הגיעו הממונה והמבקשות להסדר פשרה, לו ניתן תוקף של צו ביניים על ידי בית הדין, עיקרו של הסדר הפשרה היה שיירשם הסדר כובל בין הצדדים. הסדר כובל זה יהיה כפוף לתנאים שקבע הממונה. כך אמנם נעשה.

נקודת המוצא של ההליך הנוכחי היא, שהמדובר הוא - אכן - בהסדר כובל והשיקולים הצריכים לפנים הם אך ורק, אם ראוי לאשרו. השאלה השנויה במחלוקת בהליך הקדם - המדובר בהסדר כובל - אינה צריכה עוד לפני בהליך זה.

ההסדר שאישורו נתבקש הינו, כאמור, הסדר בין ארבע זכייניות לשידורי טלוויזיה בכבלים (המבקשות 1-4) לבין המבקשת החמישית - אי. סי. פי. - חברת התכניות לכבלים בישראל בע"מ. בסעיף 6 לבקשה תוארו הכבילות שבהסדר:

1. רכישות משותפות של זכויות, תכניות ושירותים.
2. עריכה משותפת של ערוצי שידור בטלוויזיה בכבלים.

הממונה הקודם להגבלים עסקיים, מר גלמור, הסכים להסדר על פי "תנאי הממונה לאישור הסדר כובל", תנאים, אשר הושגו כחלק מפשרה בהליך הקודם. תנאי הממונה יובא - כאן כלשונם:

1. יירשם הסדר כובל שיהיה תקף למשך שלוש שנים ושהצדדים לו יהיו אי.סי.פי, תבל, מת"ב, ערוצי זהב ואי.סי.אם.
2. כל אחד שמבעלי הזיכיון שהינו צד להסדר יתחייב לשדר, בתוך שישה חודשים מיום אישור ההסדר, לפחות שני ערוצים נוספים שאי.סי.פי או כל התאגדות של שניים או יותר מבעלי הזיכיון או של בעלי העניין בבעלי הזיכיון כאמור, במישרין, או בעקיפין (כהגדרתם בחוק ניירות ערך) לא השתתפו ברכש או בעריכה (LINE UP) שלהם ושיאשרו על ידי הממונה על ההגבלים העסקיים. הממונה על ההגבלים העסקיים יתייעץ עם הרשות המנהלית המתאימה לפני מתן אישורו כאמור, לפי הצעת הצדדים להסדר, הערוצים הנוספים יהיו מהסוגים המנויים להלן:
 - (א) מדע דעת ותרבות.
 - (ב) ים תיכוני.
3. מחיר המנוי לצרכן לא יעלה בעקבות הוספת ערוצים כאמור לעיל.
4. (א) אי.סי.פי תפרסם מחירון לסרטים ולתכניות, אשר היא מוכרת. המחיר אותה תגבה אי.סי.פי. יהיה אחיד לכל רוכש (לרבות מתחרי אי.סי.פי שיכינו ערוץ אחר כאמור לעיל) ובהתאם לאמור במחירון הנ"ל.
 - (ב) אי.סי.פי תמציא לממונה, בתום כל שנת כספים העתקים מהמחירונים ודו"ח מכירות וכן דו"ח על עלויות התכניות המצויות בבעלותה, כשהם מאושרים על ידי רואה חשבון. הדוחות יישמרו על ידי הממונה בסודיות.
5. לפחות 15% מכל רכישותיה של אי.סי.פי ולפחות 25% מרכישותיה של תכניות לערוץ הילדים, ייעשו מסוכנים מקומיים.
6. כל אחד מהצדדים, שהוא בעל זיכיון, מתחייב לא לתת לאי.סי.פי בלעדיות על רכישת סרטים ותכניות עבורו, ויהא רשאי לרכוש סרטים ותכניות גם ממקורות אחרים.
7. בכפוף לאמור לעיל תהיה לצדדים הזכות לרכישה משותפת ועריכה משותפת (LINE UP).
8. הצדדים להסדר מאשרים כי לפי תנאי זיכיונותיהם קביעה או שינוי של המחיר לצרכנים על ידיהם טעונים אישור מראש של הרשות המנהלית. הצדדים להסדר ידווחו לממונה על כל שינוי במחיר לצרכנים, לאחר אישור הרשות כאמור.
9. במועד סביר לפי שילובם של שידורי פרסומת בטלוויזיה בכבלים יודיעו הצדדים לממונה על נקיטת צעד כלשהוא, אם יינקט לשיתוף פעולה ביניהם בתחום זה.
10. הפעלת שידורים מסוג PEY TV או PEY PER VIEW, שיעשו בתיאום בין הצדדים להסדר, או ייעשו, אישור הממונה והרשות המנהלית.
11. (א) בקביעת העריכה המשותפת תתייעץ אי.סי.פי לפחות אחת לשלושה חודשים, עם כל אחד מבעלי הזיכיון - לרבות אלה שאינם בעלי מניותיה.

(ב) במסגרת ההתייעצות כאמור תיענה אי. סי. פי לדרישת מי מבעלי הזיכיון ליצור "חלונות" (משבצות שידור) עבורו לשם שיבוץ תכניות להפקה עצמית או מהפקה מקורית או תכניות אחרות שנרכשו על ידיו, וזאת ללא כל תמורה נוספת שהיא מאת בעל הזיכיון.

תחילת ההליך הנוכחי הייתה, כאמור, בפני ההרכב הקודם של בית הדין להגבלים עסקיים הראשות כבוד השופטת לח' אבנור. ביום 10.2.92 ניתן על ידי כבוד השופטת אבנור כאב בית הדין, אישור להיתר זמני בכפוף לתנאי הממונה בתוקף עד לדיון והחלטה בבית הדין. ב - 21.1.93 הוגשה בקשה להיתר זמני נוסף; ביני לביני הועתק בית הדין אל בית המשפט המחוזי בירושלים, הבקשה הובאה לפני אב בית הדין של מותב, השופטת מ' נאור, רק בחודש מאי 93.

בדיון במעמד באי כוח הצדדים ביום 20.5.93, ולאחר שהצדדים הסבירו מה שהסבירו לעניין עיכובים שונים, בגינם לא נתבקש בינתיים הסדר קבוע, הוארך ההסדר הזמני עד ליום 31.10.93 ונקבע שלקראת סיום מועד זה ידווח הממונה על התפתחויות ומסר בדיווחיו את הרקע הנוגע להסדר, גם המבקשות הגישו "נייר עמדה", אך הוא נמשך בהסכמה; ואולם בהמשך הדברים, וכפי שתואר, ניתנה למבקשות הזדמנות להגיש תצהירים ועיקרי טיעון.

כפי שתואר על ידי הממונה בדין וחשבון שהגיש ב - 8.10.93, למבקשות 1-4 הוענקו זיכיונות לשידור טלוויזיה בכבלים באזורים גיאוגרפיים שונים בארץ, מכוח פרק ב 1 לחוק הבזק, התשמ"ב-1982. המבקשת 5 נוסדה על ידי המבקשות 1-4, שהן בעלי מניותיה, דרכה מתאמות המבקשות הנזכרות רכש משותף של זכויות, תכניות ושירותים, ועריכה משותפת של ערוצי שידור הטלוויזיה בכבלים.

עם השירותים הנרכשים על ידי אי. סי. פי, או המתבצעים על ידיה, נמנים תרגומים, דיבובים, הפקת קטעי קישור, כותרות ועריכה.

ישנה זכיינית נוספת - "גוונים טלוויזיה בכבלים בע"מ (להלן: "גוונים"), אשר לא נטלה חלק בהסדר הכובל. עם זאת נציין, שמוסכם על הצדדים היום, כי "גוונים" רוכשת מאי. סי. פי שידורים במתכונת דומה לזו של המשיבות 1-4.

ההודעה על רישום ההסדר הכובל פורסמה עוד ב - 20.2.92, ולא הוגשו התנגדויות להסדר. ממש בסמוך לקיום הדיון בבקשה בפני המותב, הוגשו שתי בקשות הצטרפות: האחת של חברת "סטקום ישראל בע"מ", אשר ביטלה בסופו של דבר את בקשתה (ולכן לא נתעכב עוד על טענותיה); השנייה - של הרשות השנייה, הפועלת מכוח חוק רשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990.

בעוד ההליך בפני המותב תלוי ועומד, החלה הרשות השנייה בשידוריה (ביום 4.11.93) בקשת הצטרפות שלה הוגשה ממש לפני הדיון הראשוני בפני המותב. למרות השיהוי הניכר בו לקחה בקשת ההצטרפות. החלטתנו, בישיבה מיום 12.10.93, על צירופה להליך הנוכחי.

בישיבה הנזכרת נוכחנו לדעת כי התשתית העובדתית המונחת לפנינו הינה תשתית דלה. סביר הוא שהדבר נבע מכך שהבקשה הייתה מסוכמת על הממונה, ולא היו לה מתנגדים. הצדדים חזרו והפנו בישיבה זו לראיות שאינן חלק מההליך הנוכחי, אלא הוגשו במסגרת ההליך הקודם, שהשאלה שהייתה טעונה הכרעה בו הייתה - כאמור - אחרת.

היעדר תשתית עובדתית הולמת ובהירה בשאלה בה אנו מצווים להחליט, הביאה אותנו לכך שבישיבה הראשונה של המותב ב - 12.10.93 נתנו החלטה כדלקמן:

"הבקשה שלפנינו מוסכמת על המבקשות ועל הממונה על ההגבלים העסקיים פרט לעניינים שוליים יחסית, אך דווקא בשל תשתית עובדתית עדכנית הולמת המאפשרת הכרעה בבקשה.

התשתית, ככל שישנה בגלגולים ההיסטוריים של התיק (כפי שהתנהל ב'סיבוב' הקודם) אינה תשתית עדכנית: בין השאר, אין היא מביאה בחשבון את דבר קיומה של הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו. זהו עניין שעל בית הדין לשקול על אף שהרשות השנייה הנזכרת 'חטאה' בכך שהגישה בקשת הצטרפות רק יום לפני מועד הדיון. אין גם נתונים עדכניים בשאלת היחד בין טובת הציבור וההסדר המוצע.

בהמשך הדברים קבעו לוח מועדים קצר להגשת תצהירים.

ב. שידורי טלוויזיה - הגופים הפועלים

שלושה גופים פועלים על פי חוק בתחום שידורי הטלוויזיה הדוף הראשון הוא הטלוויזיה הממלכתית, הפועלת מכוח חוק רשות השידור, תשכ"ה-1965. הטלוויזיה הממלכתית גובה אגרה מכל בעל מקלט טלוויזיה (ראה: ע"א 474/89), והיא פועלת שנים רבות. הגוף השני הן זכייניות שידורי הטלוויזיה בכבלים למינניים [המבקשות 1-4 ו"גוונים"]. הזכייניות פועלות מכוח פרק 12 לחוק הבזק, כפי שתוקן בשנים תשמ"ו, תשמ"ח ותשמ"ט. הזכייניות גובות מהמנויים דמי מנוי: נכון לעכשיו, אין בכבלים שידורי פרסומת, והשידורים ממומנים באמצעות דמי המנוי בנוסף על כך נגבים דמי התקנה חד פעמיים. מהדיונים למדנו לדעת, כי בשאלת הפרסומת בכבלים תלויה ועומדת עתירה בבית המשפט הגבוה לצדק. פעולתן של הזכייניות מוסדרת כאמור בחוק הבזק; בכוח חוק זה התקין שר התקשורת את תקנות הבזק (מכרזים), התשמ"ח-1987, ואת תקנות הבזק (זיכיונות), התשמ"ח-1987. הותקנו גם תקנות נוספות שאין אנו רואים צורך להתעכב עליהן (ראה בקובץ התקנות 5064 מיום 12.11.87).

התקנות הנזכרות בעניין זיכיונות קבעו, בתוספת ראשונה, 31 אזורי זיכיון, כמתואר בגבולות המפורטים בתוספת זו. תקנה 4 לתקנות הזיכיונות קובעת שהמועצה לשידורי כבלים, שהתמנתה מכוח החוק (להלן: המועצה), רשאית לצרף מספר אזורים במסגרת מכרז למתן זיכיון לשידורי טלוויזיה בכבלים. מפי הצדדים למדנו שהמועצה צירפה יחדיו אזורים מסוימים (אזורים שהיה צפוי שיהיו רווחים עם אזורים שהיה צפוי כי יהיו רווחיים פחות). בסופו של דבר, חולקה הארץ לחמישה אזורים בלבד: הארבעה אזורים המקשות 1-4 הינן בעלות הזיכיון, ובאזור החמישי - "גוונים".

המועצה קבעה בכללי הבזק (שידורי בעל הזיכרון), התשמ"ח-1987, כללים המסדירים, בין השאר את תוכן השידורים והיקפם.

הגוף השלישי הינו הרשות השנייה, הפועלת מכוח חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו התש"ן-1990. מסיבות שונות החלו השידורים של הרשות השנייה רק לאחרונה, בעוד הליך זה תלוי ועומד. כאמור, ביקשה רשות זו להצטרף להליך בשלב מאוחר (ערב הישיבה הראשונה בפני המותב) והיתרנו את צירופה.

ברשות השנייה מותרים שידורי פרסומת, ושידורי הפרסומת הינם מקור הכנסה של הזכייניות הפועלות במסגרת רשות זו. כדי לצפות בשידורי רשות השידור והרשות השנייה אין צורך ב"התחברות". כל בעל מקלט טלוויזיה מסוגל, עקרונית, לקלוט את השידורים. לכבלים יש - כאמור - צורך להתחבר.

ג. גדר הספקות

נקודת המוצא בהליך זה הינה, איסור הסדר כובל (סעיף 4 לחוק ההגבלים העסקיים). זהו בכלל ואילו סעיף 9 קובע חריג לכלל ומאפשר לבית הדין לאשר הסדר כובל, אם הוא סבור כי הדבר "לטובת הציבור". סעיף 10 לחוק מונה רשימת שיקולים בלתי ממצה בשאלה האם לאשר את ההסדר הכובל. אלה הם שיקולים מאזנים, במסגרתם יש לשקול את התועלת הצפויה לציבור אל מול הנזק העלול להיגרם לציבור או לחלק ממנו, או למי שאינו צד להסדר כפי שנאמר בבג"צ 47/83, בעמ' 178 :

"גישתו של המחוקק היא, אפוא, כי לא כל הסדר כובל פסול הוא. עשויים להיות הסדרים כובלים שהם לטובת הכלל. לשם בחינתם של אלה הוקמה המועצה, המנותקת מן המנגנון הממשלתי, והמתפתחת לעצה מומחית וקווי מדיניות, והקובעת על פי שיקול דעתה באילו נסיבות הסדר כובל לטובת הכלל, ובאילו נסיבות אין הוא לטובת הכלל".

הדברים אמורים היום בבית הדין להגבלים עסקיים.

בית הדין אמור לשקול את "טובת הציבור". מיהו ה"ציבור" הרלוואנטי? בעת שנתן הממונה הקודם את הסכמתו להסדר, הוא ראה, מן הסתם, לנגד עיניו בעיקר את ציבור הצופים שבערותי הכבלים. לא נשמעה כל טענה מצד רשות השידור שההסדר גרם לה, או עלול לגרום לה, נזק כלשהוא. קולה של הרשות השנייה טרם נשמע ופעולתה טרם החלה.

ההסדר נושא הדיון שלפנינו היה מקובל על הממונה בגלגולו הקודם של ההליך. בהליך שלפנינו, פרט לרשות השנייה א היו מתנגדים להסדר. לעניין זה ודאי שיש משקל נכבד, משום שחזקה על מי שנפגע, או העלול להיפגע מאישורו של הסדר כובל, שישמיע קולו בפני בית הדין וידאג להצגת זוויות הראיה של האינטרסים שלו.

הממונה התנה את הסכמתו לאישור ההסדר בכמה תנאים שהייתה בהם משום הטבה לצופי הכבלים, על ההטבות הללו נעמוד בהמשך הדברים.

כאמור, בינתיים נפל דבר, והחלה פעולתן של זכייניות הרשות השנייה. בפנינו התייצבה הרשות השנייה ; הזכיינים של רשות זו לא התייצבו. בא כוח הרשות השנייה. עו"ד קרניאל, לא הסתיר, בתשובה לשאלתנו, כי ישנן "בעלויות צולבות" (בגבולות המותרים בחוק), בין זכייני הרשות השנייה לבין זכייניות הכבלים וכי הוא מתייצב לבדו, כמייצג של הרשות הציבורית. הוא

הביע דאגה, והדברים עוד יפורטו, ל"ציבור אחר". המדובר בציבור הצופים שאינו מחובר לכבלים והנהנה רק משידורי רשות השידור והרשות השנייה. הטענה בקליפת אגוז היא שבשל ההסדר הכובל ייפגע ציבור זה.

ציינו, כי יש ליתן משקל לעמדת הממונה על ההגבלים העסקיים בפני בית הדין. כך ככלל, אך בנסיבות העניין החלטנו, על אף עמדתו, שלא לאשר את ההסדר הכובל המוצע לנו.

ד. חלוקת אזורי השידור וזמני השידור

יש להבחין בין חלוקת פלחי השידור בכבלים, לבין חלוקת פלחי השידור ברשות השנייה. לטלוויזיה בכבלים ישנן חמש זכייניות, והן פועלות בו זמנית באזור הגיאוגרפי מסוים ונפרד. מן הדיונים למדנו, כאמור, כי מלכתחילה הייתה הכוונה לחלק את הארץ למספר רב של אזורים - 31 במספר; לאור מספר הניגשים למכרז לא עלו כוונות אלה יפה, והארץ מחולקת למעשה לחמישה אזורי שידור בלבד. הרעיון המקורי לחלק את הארץ לאזורי משנה רבים התנפץ, כנראה, אל סלע המציאות.

אף שהארץ אמורה להיות מחולקת לכמה אזורים, הרי הלכה למעשה קובעת אי.סי.פי תכנית שידורים ארצית כאשר בכל הארץ ניתן לצפות, בדרך כלל, באופן סימולטאני באותם המשדרים, ולכל זכין וזכין יוצרת אי.סי.פי - על פי בקשתו - "חלונות". "חלונות" אלה - יהא היקפם המדויק אשר יהיה - ממולאים על ידי הזכיינים השונים בשידורים בעלי אופי מקומי, או בתכניות אחרות על פי בחירתם. ה"חלונות" הן חלק מתנאי הממונה, שצוטטו לעיל. התמונה הכוללת היא, עם זאת, ברוב הזמן השידור הוא כלל ארצי. החלוקה לאזורים שונים תופסת - הלכה למעשה - קטע מצומצם ממגוון השידורים הארצי. השידור ה"ארצי" המשותף הינו פועל יוצא מההסדר שאישורו מתבקש לפנינו.

ברשות השנייה החלוקה בין הזכייניות אינה חלוקה לאזורים גיאוגרפיים אלא חלוקה במישור הזמן, כאשר לכל אחת משלוש הזכייניות ימי שידור נפרדים.

ה. הוראות סטטוטוריות רלוואנטיות

ישנם הבדלים נוספים בין הטלוויזיה בכבלים לבין הרשות השנייה, הנובעים מתחולתן של הוראות סטטוטוריות שונות. סעיף 6מ לחוק הבזק אוסר על בעל זיכיון להיות צד להסדר כובל, כמשמעותו בחוק ההגבלים, לעניין הפקה מקומית של תכניות לשידורי טלוויזיה בכבלים, לרבות הזמנת כל עבודה הנחוצה לצורך הפקה כאמור.

ניתן לתמונה מדוע היה צורך בהוראה ספציפית זו, האוסרת על בעל זיכיון להיות צד להסדר כובל, שהרי חוק ההגבלים עצמו אוסר ממליא על הסדרים כאלה. נראה לנו, כי משמעות האיסור שבסעיף 6 מ הנזכר היא שלעניין הפקות מקומיות - על כל הכרוך בהן - אף בית הדין אינו מוסמך לאשר הסדר כובל. הסעיף קובע איסור מוחלט של הסדר כובל בעניין הפקה מקומית. כאן נעיר, כי הרשות השנייה טוענת שאיסור זה מופר על ידי "קטעי קישור" בין התכניות השונות בערוצי הכבלים, המהוות, למעשה, "הפקות מקומיות" קצרות.

הסדר אחר נקבע בחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, אליו הוספה בשנת תשנ"ב

הוראת סעיף 62 א שזו לשונה:

"62 א איסור התקשרות

א. בעל זיכיון לא יתקשר, במישרין או בעקיפין, בהסכם עם בעל זיכיון אחר לעניין שידור, רכישה, או הפקה של תכניות או שידורים אחרים, לרבות תשדירי פרסומת.

ב. על אף האמור בסעיף קטן (א), רשאית המועצה לאשר מעת לעת, התקשרות מסוימת בין בעלי זיכיונות בעניין שידורם הפקתם או רכישתם, של משדרי ספורט, תעודה או תכניות אחרות, אם שוכנעה כי יש חשיבות בהבטחת רצף תכני בשידורים בין יחידות השידור של בעלי הזיכיון כולם או חלקם, וכן רשאית היא, במקרים מיוחדים, לאשר התקשרות כאמור בשים לב לחשיבותה וייחודיותה של ההפקה או הרכישה המשותפת.

ג. הוראות סעיף זה לא יחולו על חברת החדשות ואין בהן כדי לגרוע מהאמור בסעיף 51 (ג) או מהוראות חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988.

הביטוי "בעל זיכיון" מוגדר בסעיף זה באופן רחב על ידי המילים: "לרבות בעל עניין בו, ולרבות תאגיד בשליטתו של בעל זיכיון אחד או יותר, או של בעלי העניין בבעל זיכיון, יחד או לחוד". הביטוי "רכישה" מוגדר במילים: "לרבות זכויות שידור או זכויות הבאה לשידור".

סעיף 51 (ג) לחוק, שהוזכר לעיל, מאפשר לבעלי הזיכיונות להתאגד לשם העברת שידוריהם לתחנות שידור ראשיות, ומותר להם להתקשר עם הרשות לצורך זה. הסעיף אף קובע מפורשות, כי התאגדות או התקשרות כאמור לא ייראו כהסדר כובל לעניין חוק ההגבלים. העולה מן הקובץ הוא שהתאגדות לשם העברת שידורים לתחנות שידור, כאמור בסעיף 51 (ג) פטורה לחלוטין מתחולת חוק ההגבלים לעניין חוק הרשות השנייה. לעומת זאת, קיים איסור של המחוקק בחוק הרשות השנייה אפילו על התאגדויות מוגבלות בהיקפן ללא אישור המועצה. בלא אישור כזה, אף בית הדין להגבלים עסקיים אינו מוסמך לאשר התאגדויות של זכיינים. אם ניישם את הדברים לענייננו, המחוקק אסר מפורשות בחוק הרשות השנייה, על התאגדויות מסוג ההסדר הכובל שלפנינו.

ו. ה"הטבות" הגלומות בהסדר הכובל

אחוזי החדירה של זכייניות הכבלים הינם אחוזים גבוהים היום - כשלוש שנים לאחר שהחלו הזכייניות בפעולתן - מחוברים לכבלים - יכולים, כעיקרון, לצפות רק בשידורי רשות השידור והרשות השנייה, אשר אינם מצריכים - כאמור - "התחברות".

בתצהירים השונים המונחים לפנינו נמנו היתרונות שהפיק ציבור צופי הטלוויזיה בכבלים מהסדר הכובל. אכן סביר הוא, כשאשר נעשות רכישות מרוכזות של סרטים בחו"ל מביא הדבר להוזלה של עלות הרכישה. תוארו בתצהירים הקשיים שמתמודד בהם המבקש של החברות הגדולות, הינה למכור זכויות בהיקף ארצי. (ראה סעיף 11 לתצהירים של מר אהוד מירון, מנהל אי.סי.פי, וכן חלק מתצהירו של מר לפיד בהליך הקודם, אשר הוגש כראיה).

גם הכנת מערך השידורים באופן רציף על ידי אי. סי.פי לרבות תרגומים, עריכה וקטעי קישור, מוזילה במידה מסוימת את עלות השידורים. חיסכון זה בעלות השידורים בודאי מיטיב את מצבן של המבקשות. אין המבקשות חולקות על כך כי רווחיהן הן רווחים נאים; מערך הפריסה שלהן, בשים לב לזמן פעולתן בשטח, הינו נרחב. לטענתן, בשל קיומה של אי. סי.פי איכות השידורים טובה יותר, עלויות הרכש נמוכות יותר וישנו חיסכון, הכול כמפורט בהרחבה בתצהירים.

הטענה בקליפת אגוז היא שבזכות ההסדר - המשפר עקב החיסכון את רווחיות המבקשות

1-4 - נהנה הצרכן. ההנאה מתבטאת בכמה עניינים:

1. המחיר הנגבה ממנויי הטלוויזיה בכבלים נמוך בממוצע בשיעור 15% ממחירי המקסימום על פי תנאי הזיכיונות. מחירי המקסימום עצמם מבוססים על המחירים שנצפו על ידי המבקשות כשניגשו למכרז הטלוויזיה, לפי הקמתה של אי. סי.פי (ראה נספח א' לתצהירו של מר אברהם אלקלעי, מנהל השירות לטלוויזיה בכבלים ולמנויים במשרד התקשורת).

2. המבקשות התחייבו לשדר בממוצע 24 ערוצים, והן משדרות בפועל 33 ערוצים בממוצע (סעיף 15 לתצהירו של מר אלקלעי, לעיל).

3. בתנאי הממונה הוגדר היקף השירותים המוצעים לצרכן על ידי המבקשות לשדר לפחות שני ערוצים נוספים שימומנו על ידך, מבלי שמחיר המנוי לצרכן יעלה בעקבות הוספתם. כבר יצא לדרך ערוץ אחד, הוא ערוץ המדע, תרבות ודעת, שהוכן על ידי המבקשת 4, ושידורי הוחל בדצמבר 92 (סעיף 21 לתצהירו של מר אלקלעי). הערוץ השני (הים-תכוני) טרם יצא אל הפועל, אך הוסכם בין המבקשות לבין הממונה ליתן "פיצוי" רטרואקטיבי חד פעמי בסך מילון ושלוש מאות אלף דולר (1,300,000) במקום ערוץ זה.

4. המבקשות הוסיפו את ערוץ "ההצגה השנייה", שהוא מעין "סינמטק" טלוויזיוני שאינו מגדר מחייבות המבקשות (סעיף 7 לתצהירה של מיכל רפאלי, יו"ר המועצה לשידורים בכבלים).

5. שעות השידור על פני היממה מרובות מן השעות המתייחסות במסגרת הזיכיון (סעיף 8 לתצהיר גב' רפאלי).

6. כפי שמסביר מר אלקלעי בתצהירו (סעיף 14), מקובל בחלק ניכר ממערכות הטלוויזיה בכבלים בחו"ל לחלק את הערוצים לשידורי BASIC, שהם חבילת שידורים מצומצמת עבורה חייב הצרכן לשלם, ותוספות של ערוצים, עבורם משלם הצרכן הנפרד על פי בחירתו החופשית. בשלב המכרזים הציעו המבקשות לתת שירות SUPER BASIC, הכולל ארבעה ערוצים, המחיר אחד - מחיר אשר הוצע במקור לבי שירות ה - BASIC בלבד, ללא שניתנה לצרכן אפשרות בחירה. מר אלקלעי מציין שקיים ויכוח מקצועי לגבי התועלת שבשיטה זו, אך מבלי לקבוע מסמרות בדבר הוא יכול להעיד שכתוצאה מקיום ההסדר הצרכן מקבל יותר ערוצים, עבורו אותו תשלום שהיה אמור לשלם בתמורה לחבילה מצומצמת של BASIC.

ז. האם קיים קשר בין ההטבות לבין ההסדר

נטען לפנינו על ידי המבקשות, כי קיים קשר ישיר בין קיומו של א.ס.פי לבין העובדה שהצרכן מקבל שירותים טובים יותר, בעלי איכות גבוהה יותר ובמחיר נמוך יותר ממה שהתחייבו לו הזכייניות במכרז. תצהירים מטעם הממונה על ההגבלים העסקיים נקטו בתצהירים לשון זהירה יותר.

כך, ציינה הגב' רפאלי בתצהירה (סעיף 5):

"אקדים ואומר כי אין ביכולתי לקבוע החלטית שקיום ההסדר הוא הגורם לאיכויות שידורי המבקשות 1-4. כמו כן אין תצהירי זה מתיימר לקבוע אם רמת האיכות של שירותי המבקשות מקסימאלית אם לאו וזאת מהעדר נקודות השוואה לצורות התארגנות שונות פרט להסדר".

גם מר אברהם אלקלעי מציין בתצהירו (סעיף 6):

"תצהיר זה אינו מתיימר ואינו מסוגל להשיב על שאלת השאלות אם ההסדר המונח בפני ביה"ד תורם ישירות לרווחת הצרכן, שכן אין בנמצא נקודת השוואה דרכה ניתן היה לאמוד את תועלתה מול רכש ועריכה שונות".

בעניין המחיר למנוי, למשל, מציין מר אלקלעי (סעיף 8):

"אני רואה חובה לעצמי להוסיף מילת אזהרה, תוך הדגשה שקשה להצביע על קשר ישיר בין מחירים אלה לקיום ההסדר, שכן הורדת מחירים תיתכן מתוך שיקולים שיווקיים גרידא".

אם נסכם את האמור, ניתן לקבוע שבעניינים שונים שפורטו ושיכונו להלן "ההטבות לצרכן", נותנות המבקשות לצרכן יותר ממה שהתחייבו לו על-פי תנאי המכרז. עניין זה הוא עניין שבעובדה. השאלה, אם הדבר נובע מן ההסדר או משיקולים מסחריים, אינה ברורה מאלה.

נטען שהחלוקה לאזורים מונעת ממילא כל תחרות בין ארבע המבקשות הראשונות. אדם אינו יכול להחליט שהוא מבקש להתחבר - למשל - למבקשת 1, למרות שהוא מצוי באזור הזיכיון של המבקשת 4 דווקא. לציבור הצרכנים אין בחירה חופשית בין המבקשות (שלכל אחת מהן רשת כבלים אזורית נפרדת). אין לדבר אפוא ממליא על תחרות אפשרית בין המבקשות, במובן זה שמי שתיתן שירות טוב יותר תזכה ליותר מנויים על חשבון חברתה.

תחרות בין מבקשות, בינן לבין עצמן, יכולה להתבטא עם זאת על-ידי "הצבעה ברגליים": מנוי שייווכח לדעת שהתמורה שהוא משלם (דמי מנוי) עבור שידורי כבלים באחד האזורים נמוכה מזו שמקבל חברו במחובר לכבלים באזור האחר, עשוי להפסיק את המנוי בכל רגע. לפני "הצבעה ברגליים" עשויים הצרכנים גם להעלות דרישות בפני הזכיון המקומי.

התחרות האפשרית בין המבקשות, בינן לבין עצמן, מוגבלת אפוא על ידי מצב החלוקה לאזורים, אך אין פירוש הדברים שאין כל תחרות אפשרית. מקובל עלינו שבעת עשיית ההסדר, בגלולה הקודם של הפרשה, הצליחו הממונה והמועצה להשיג מן המבקשות הטבות לציבור שאפשר, אך אין זה מחויב המציאות, שלא היו מתקבלות אלמלא ביקשו המבקשות את "תמיכתו" של הממונה להסדר כובל. "הטבות" אלו הן מעבר למה שהמבקשות מחויבות בו.

ח. ההסדר בשלב עשייתו ושינוי הנסיבות

תנאי הממונה מבטיחים לא רק את ה"הטבות" שפורטו לצד 5 הכבלים, אלא גם שיבוץ תכניות להפקה עצמית והפקה מקורית (סעיף 11 (ב) לתנאי הממונה), ורכישה של אחוזים מסוימים מסוכנים מקומיים, כמפורט בסעיף 5. בכך דאג הממונה לאינטרסים נוספים פרט לאינטרסים של צופי הכבלים.

אין אנו רואים צורך להיכנס למחלוקת - שלא נתבררה עד תום - והיא, אם עמדו המבקשות, הלכה למעשה, בהתחייבויותיהן לעניין הפקות מקור. אם זו הייתה הבעיה בהסדר, ניתן היה לאשרו בכפוף לכך שהמבקשות יעמדו בהתחייבויותיהן. כרגע עומדת על הפרק בקשה לאשר את ההסדר כהסדר קבוע לתקופה מוגבלת. הצדדים הבהירו זאת עוד בישיבה הראשונה שהתקיימה לפנינו ביום 12.10.93. כפי שהבהיר הממונה עצמו בדיון הנזכר, הוא סומך ידו על ההסדר לתקופה מוגבלת. מאז עשיית ההסדר חלפו כבר שנה ו - 8 חודשים, (נכון ליום 12.10.93) לשנה ו - 4 חודשים נוספים בלבד.

מאז ניתנה הסכמת הממונה וההסדר קיבל תוקף של צו-ביניים, נפל דבר, שאין אנו רשאים להתעלם ממנו, והוא תחילת פעולתה של הרשות השנייה. חוק הרשות השנייה הינו, כאמור משנת תש"ן. בעת שהודיעו הצדדים על הפשרה במסגרת התיק הקודם (בחודש דצמבר 91), כבר היה החוק הנזכר בתוקפו. דא-עקא, שהפעלת הרשות השנייה הלכה למעשה נתעכבה כאמור. כפי שכבר צוין, החלו שידורי הרשות השנייה במתכונתם הנוכחית רק בתחילת נובמבר שנה זו, ורק סמוך לפני הישיבה הראשונה של המותב, שנקבעה ל - 12.10.93, הוגשה בקשת ההצטרפות.

ט. שיקולים כלכלית בעניין אישור ההסדר, ואינטרס ההסתמכות

קיומם או היעדרם של מתנגדים לבקשה לאישור הסדר כובל הוא נתון כבד משקל בשיקולי בית הדין. היעדרם של מתנגדים ותמיכת הממונה, אמנם אינם קונקלוסיביים לגבי החלטת בית הדין, אך ללא ספק אלה נתונים כבדי משקל ביותר, ובפרט בהצטרבם זה לזה. ככלל, חזקה על הממונה ששקל היטב את טובת הציבור, וחזקה על מי שעלול להיפגע מהסדר כובל שיימצא את דרכו לבית הדין, כדי שזה ישקול את האינטרסים השונים המתנגשים זה בזה וימצא את האיזון הראוי ביניהם במסגרת סעיף 10 לחוק ההגבלים.

אין עניין קונקלוסיבי, מפני שההליך בפני בית הדין להגבלים עסקיים, אינו הליך אדברסרי, במובנו המקובל (וראה בג"צ 570/78, בעמ' 69 ג-ד), אך אלה שיקולים כבדי משקל. לעניין המשקל שיש לתת לעמדת הממונה ניתן למתוח, בגבולות מסוימים, גזירה שווה מן הפסיקה בנושא עסקות הטיעון (ראה, למשל, ר"ע 486/86, בעמ' 474). בדרך כלל, ייתן בית הדין משקל רב (אך לא מכריע) לעמדתו של הממונה.

ציינו לעיל, כי בישיבה מיום 12.10.93 אפשרנו לבעלי הדין להגיש תצהירים בשאלה מדוע ההסדר הכובל הוא לטובת הציבור. הסיבה לצעד זה שנקטנו אותו היא, שהנחנו שהמבקשות - אשר "משכו" את נייר העמדה שהגישו, מתוך הנחה שהבקשה ממליא מוסכמת - לא ראו חשיבות בהעלאה מסודרת של טענותיהן. הנחנו שיתכן והמבקשות סברו (ובפרט, לפני בקשת ההצטרפות של הרשות השנייה), שמבוקשן יינתן להן כמעט בדרך השגרה להן במעט בדרך כאמור הן הגישו תצהירים, ומאוחר יותר - תצהירים נוספים בתגובה לעמדת הרשות השנייה ועיקרי טיעון.

בענייננו, קשה היה שלא להתרשם שהממונה הנוכחי, ד"ר טורבוביץ, נמצא ב"מלכוד" שאין ממנו לרשות מנהלית מוצא. כזכור, הגיעו הממונה הקודם והמבקשות להסכם שלפני בית הדין, בגלולה הקודם של הפרשה. במסגרת אותו הסכם עלה בידי הממונה להשיג הישגים מסוימים לטובת הציבור (אותן "הטבות" לציבור מנויי הכבלים שהוזכרו לעיל). לא בנקל יראה הממונה עצמו בן חורין "להשתחרר" מאותה הסכמה שנתן, ובפרט שניתנה לה תמורה על ידי המבקשות (השווה בג"צ 218/85). יש לזכור גם שעברה למעלה ממחצית התקופה והדיון לפנינו התמקד בגורלו של ההסדר לתקופה קצרה.

דומה, שהד מסוים "למלכוד" הנזכר נמצא בקטעים שצוטטו מתצהיריהם של גב' רפאלי ומר אלקלעי - תצהירים שהוגשו מטעם הממונה. כזכור, בתצהירים אלה לא הייתה הבעת דעה נחרצת שקיומו של ההסדר הוא הגורם לאיכויות השידור ולהטבות שניתנו על ידי המבקשות 1-4. אף זאת נוסף ונאמר שגם אנו, כבית הדין להגבלים עסקיים, רחוקים מלזלזל באינטרס ההסתמכות של המבקשות. כפי שיפורט בהמשך הדברים, נקבע בהחלטתנו זו, משום אותו אינטרס הסתמכות, "הוראות מעבר" בעניין ההסדר, אף שלא נאשר אותו.

במהלך הדברים הרגיל, אנו מבקשים להדגיש, על צד להסדר כובל שקיבל היתר זמני בלבד, לכלכל צעדיו באופן, שאם לא יינתן ההיתר הקבוע על ידי מותב בית הדין הוא לא ימצא עצמו בסבך של התקשרויות ארוכות טווח, המבוססות על ההנחה, שאם ניתן היתר זמני - יינתן גם יינתן היתר קבוע. מקל וחומר - מי שיוצר שלא כדין הסדר כובל ואינו מבקש את אישורו, אל לו לצפות ל"הוראות מעבר".

בענייננו, ניתן ההיתר הזמני במסגרת פשרה בהליך לפני המותב הקודם של בית הדין. ההסדר פורסם ולא היו לו מתנגדים. הממונה תמך בו. כל אלה הם גורמים שאין אנו מתעלמים מהם. אנו נביא אותם בחשבון כשנקבע - בסיום החלטתנו זו - "הוראות מעבר".

לא היינו קובעים "הוראות מעבר", כפי שיקבעו להלן בהחלטה זו, אלמלא הצטברות הנסיבות אותן תיארו לעיל. אלמלא הצטברות נסיבות אלה, היו המבקשות עלולות למצוא עצמן - כאמור - בסבך של התקשרויות קיימות.

י. השיקולים בעניין אישור ההסדר הכובל

תיארו לעיל שבתחום שידורי הטלוויזיה פועלות שלוש רשויות מכוח חוק. שתיים מהן פועלות באמצעות זכיינים. חוק הרשות השנייה נתן דעתו למצב הדברים זה כשקבע (ראה סעיפים 111-113) שתוקם ועדה לתיאום פעילותן של שלוש הרשויות הנזכרות. תפקידה של ועדת התיאום הם הגבלה ברכישת תכניות מספקים מחוץ לארץ, כאמור בסעיף 62 לחוק; מניעת שידורן של תכניות דומות או זהות שהופקו או שהוחל בהפקתן בידי הרשות השנייה, רשות השידור הטלוויזיה הלימודית, או בעלי הזיכיונות לפי חוק הרשות השנייה, או לפי חוק הבזק; וכן כל פעולת תיאום אחרת שתטיל עליה הממשלה. על החלטות ועדות התיאום יכול חבר בוועדה, באמצעות השר שמינהו, לערור לממשלה.

ועדת התיאום הנזכרת לא הוקמה עניים. ברור, עם זאת, שגם לכשתוקם ותתחיל בפעולתה, היא תהא חייבת לפעול באותן מגבלות שקבע המחוקק בחוקים השונים הנוגעים לשידורי הטלוויזיה, הכול כפי שפורט לעיל.

בתצהירו של מר נחמן שי, מנהל הרשות השנייה, נאמר, בין השאר :

"לקראת תחילת שידוריו של ערוץ שניים החדש, יש חשיבות רבה לכך כי שידורי הכבלים יהיו במתכונת הקבועה להם בחוק. המתכונת הקיימת, שכאמור אינה עולה בקנה אחד עם כוונת המחוקק, החוק והכללים, משבשת את מפת התקשורת בישראל. מתכונת זו, היוצרת כאמור ערוצים כלל ארציים המשדרים שידורים כלליים, פוגעת בסיכויו של ערוץ שניים החדש לעמוד על רגליו ולזכות בשידורי צפייה כלל ארציים בהיקף הנדרש שיאפשר מימון שידורי הערוץ ממכירת פרסומות".

עוד עומד מר שי על מה שמכונה בפיו "התחרות בלתי הוגנת מצד ערוצי הכבלים". לדבריו, ידיהם של בעלי הזיכיון שבערוץ השני כבולות בשל הוראה סעיף 62א לחוק הרשות השנייה, והוא מביע את החשש שהפגיעה בערוץ השני תפגע בחלקים נרחבים מהאוכלוסייה שידם אינה משגת לשלם את דמי המנוי לכבלים והם מצפים לטלוויזיה ישראלית חדשה המשודרת חינם.

אין ביכולתנו לקבוע ממצאים בשאלה, אם אותם 35% מאוכלוסיית בעלי מקלטי הטלוויזיה שלא התחברו לכבלים, לא עשו כן מחמת שאין ידם משגת, או בשל כך שלא מצאו עניין בהתחברות כזו, או מסיבה אחרת (כגון, היעדר תשתית באזורים מסוימים להתחברות בכבלים).

אין אנו יוצאים מהנחה מוקדמת, לפיה לכבלים מחוברות דווקא אוכלוסיות מבוססות, ומי שאינו מחובר לכבלים נמנה עם אוכלוסיות דלות אמצעים. החלטנו זו אינה מבוססת על החתך הסוציו-אקונומי של המחוברים לכבלים, ושל אלו שאינם מחוברים לכבלים. לדידנו ישנה משמעות רק לעובדה האובייקטיבית, שחלקו של הציבור הרלוואנטי (בעלי מקלטי טלוויזיות) צופה בכבלים, חלקו שהאחר אינו צופה בהם.

החשיבות של קיומו של ציבור שאינו צופה בכבלים היא, שבמסגרת סעיף 10 לחוק ההגבלים העסקיים, וכשבוחנים את טובת הציבור, יש לשקול - בין השאר - אם התועלת הצפויה לציבור "תעלה באופן ממשי על הנזק העלול לציבור או לחלק ממנו, או למי שאינו צד להסדר". יש ליתן את הדעת, אפוא, במסגרת סעיף זה, גם לעניינו של הציבור בכללו, וגם לעניינם של חלקים מן הציבור.

עמדנו על כך שבמסגרת ההסדר ניתנות לציבור הצופים בטלוויזיה בכבלים הטבות מסוימות, אותן פירטנו, וכי נטען גם שהרכישות המשותפות מאפשרות השגת תכניות איכותיות. אנו מבקשים עתה להעמיד את עניין ה"הטבות" בפרופורציה הראויה.

מקובל עלינו, שפעולה משותפת של זכייניות הכבלים מביאה להוזלת עלויות. לא הוגש לנו תחשיב כלכלי מסודר המראה איזה אחוזי מהחיסכון המוזג זורם לזכייניות עצמן, ואיזה אחוז ניתן כ"הטבה" לציבור הצופים בכבלים. בא-כוח המבקשות, עו"ד בכר, שטען למבקשות בטוב טעם ודעת, היפנה את תשומת ליבנו להחלטה בעניין E.B.U. שניתנה על ידי הוועדה האירופאית, לפי דיני הקהילה האירופאית, ביוני 1993 (נספח 5 לעיקרי הטיעון מטעמו). הוועדה הנזכרת אישרה בהחלטה זו רכישה משותפת על ידי רשתות שידור אירופאיות של זכויות לשידור אירועי ספורט, וכן תכנון ערוצי ספורט.

בין השאר, הובאו בהחלטה זו בחשבון ההוזלות הנובעות מרכישה משותפת. ההחלטה עוסקת בהסדר בין גופים הפועלים שלא למטרת רווח (בדומה לרשות השידור שלנו). בפסקה 68 להחלטה נאמר:

"Fair Share of the Resulting for Consumers, i.e. the television viewers, benefit from the Eurovision System in that the System enables the members to have more, and higher-quality, sports programs - both widely popular sports and minority sports - then they would be able to do without the advantages of Eurovision. The Eurovision System enables in particular national members from smaller countries to provide their chair viewers with a broad range of international sports events with a commentary in their own language and tailored to their specific national interests. **Moreover, given that vast majority of members are non-profit-making public institutions, it is Likely that the cost-savings they achieve are passed on to their viewers in that they use the money they save for the acquisition of other attractive programs.**

הדיון של הועדה האירופאית הוא במסגרת סעיף 85 לאמנת ה- E.E.C (רומא, 1957). הביטוי "Fair Share" המופיע בפסקה 68 להחלטה שצוטט לעיל, לקוח מסעיף 85 (3) לאמנה המאפשר אישור הסדרים כובלים, האסורים ככלל, בין השאר, במקרה של:

"Any concerted practice or category of concerted practices, which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit..."

נזכיר גם כי האישור שניתן שם, היה למטרה מוגבלת של שידורי ספורט. כאשר מדובר, כמו בהחלטה הנזכרת, בפעולה משותפת של גופים הפועלים ללא מטרת רווח, אך טבעי הוא שהחיסכון המושג זורם, במישרין או בעקיפין, לטובת הציבור הצופה בטלוויזיה. בענייננו לא כך הוא. אין אצלנו דרישה סטטוטורית לכך שמתוך הוזלות התפעול המוזגות באמצעות הסדר כובל ייחנה הציבור מ - "Fair Share"; אך זהו נתון שניתן להביאו בחשבון באיזון הכולל. כאמור, לא הוגש לנו תחשיב כלכלי לעניין זה, אך ניתן ללקט כמה נתונים כלכליים מדברים שנאמרו במהלך הדיון, בתשובה לשאלות שהצגנו לצדדים.

מתוך התצהירים למדנו שהמבקשת השנייה יצאה בתשקיף זמן קצר לפני הדיון. בישיבה מיום 31.10.93 ביקשנו לעיין בתשקיף, והוא נמסר לנו. מנתוני התשקיף עלה שהשווי הנקי של חברה זו הינה למעלה משש מיליון ש"ח (עמ' 2 לפרוטוקול מיום 31.10.93) אין לנו נתונים לעניין חברות האחרות, אך לא הייתה מחלוקת על כך שגם אם נתונין שונים, רווחיותן נאה (ראה עמ' 13-14 לפרוטוקול הנזכר). עוד למדנו לדעת שאי.סי.פי. השקיעה בציוד וברכוש קבוע קרוב למיליון דולר (101-102 לפרוטוקול הנזכר). נמסר לנו גם שתקציב הרכש הישיר, לרכישת זכויות על ידי אי.סי.פי. הוא שישה מיליון דולר, ותקציבה הכולל הוא תשעה עשר מיליון דולר (פרוטוקול מיום 21.11.93, עמ' 2).

אין לנו ספק, שההוזלות המוזגות על ידי ההסדר פועלות לטובת החברות המבקשות ורווחיהן. אין לנו גם ספק שניתנות הטבות מסוימות לציבור הצופים בהסדר. בשאלה האם הטבות אלו. אכן מהוות "חלק הוגן" מן החיסכון, אין נתונים מדויקים מעבר למה שצינו לעיל. אין אנו קובעים שהייתה חובה על המבקשות להראות, בדרך של הערכה כלכלית, מהו השיעור הכספי של ההטבות לציבור ביחס לחיסכון המושג על ידי ההסדר. חובה כזו אינה קיימת בדיון, אך הנטל לשכנע במכלול הנתונים שההסדר הוא לטובת הציבור - מוטל על המבקשות. כאמור, הבהרנו בדיון שאין עניינו צר, חלילה, בכך שזכייניות הכבלים מפיקות רווחים נאים. ענייננו שלנו הוא בטובת הציבור. אך את נושא ההטבות הניתנות לציבור במסגרת ההסדר יש לראות בפרופורציה הראויה על יסוד מכלול הנתונים.

לנתונים שהובאו לעיל, יש רלוואנטיות בהקשר נוסף. עמדנו על כך שבתצהירים שהוגשו על יד גב' רפאלי ומר אלקלעי אין תשובה חדה ל"שאלת השאלות" - השאלה האם ל"הטבות" יש קשר סיבתי עם ההסדר הכובל. אכן, אי-אישורו של ההסדר יביא מן הסתם את הזכייניות לערכית חשבון כלכלי-מסחרי. במסגרת חשבון זה תבחן כל אחת מן הזכייניות - כך יש להניח - את השאלה האם היא תמשיך לתת את ה"הטבות" שאינה חייבת בהן (בלא ההסדר) במשקפיים של רווח מול הפסד. מדובר בחברות שרווחיותן, כאמור, גבוהה. גם הצרכנים יעשו לעצמם, בעולם של תחרות חופשית, את חשבון הכיס, וכל אחד מהם ישקול בוודאי האם "להצביע ברגליים" במקרה שהזכייניות או מי מהן תחלטנה "לקצץ בהטבות".

על כף המאזניים ניצבים, אפוא, יתרונותיו של ההסדר המוצע לצרכני הטלוויזיה בכבלים: נגישות טובה יותר לשווקי חו"ל (ראה תצהירו של מר לפיד) המושגת על ידי פנייתו של גורם מרכזי-ארצי, והאפשרות להשיג בדרך זו תכניות באיכות טובה יותר, והכול תוך הוזלת עלויות שחלק בלתי ידוע מהן משרת את הצרכן.

על כף השנייה מונחים החסרונות שבהסדר. חסרון שהועלה לפנינו נוגע לתחרות בין זכייניות הטלוויזיה בכבלים לבין זכייניות הרשות השנייה על רכישות בשווקי חו"ל. לזכייניות הרשות השנייה אין אפשרות משפטית, בדרך כלל, ובכפוף לחריגים בסעיף 62א' לחוק הרשות השנייה, ליצור "אי.סי.פי" משלהן, בשל ההוראות השונות בחוקים הרלוואנטיים עליהם עמדנו. זכייניות הכבלים יכולות לבקש - וכך הן עושות בהליך שלפנינו - יצירת מנגנון לרכישה משותפת; זכייניות הרשות השנייה אינן יכולות, כעיקרון, לעשות כן. להסדרים לרכישה משותפת ישנם - כמפורט - יתרונות; אך מצב בו רק חלק מן הגופים הרלוואנטיים יכולים או רשאים להתאגד לרכישה כזו הינו מצב בלתי-בריא, מבחינת כללי התחרות החופשית. לעיתים, צדדים להסדר כובל לרכישה משותפת אינם רוצים לצרף אליהם אחד או אחדים ממתחריהם משיקולים עסקיים. מצב דברים כזה עשוי למנוע אישור הסדר כובל ממנו עלול להיפגע מי שאינו צד להסדר, אשר גם את האינטרסים שלו צריך להביא בחשבון, כזכור, במסגרת סעיף 10 לחוק ההגבלים (השווה: Joel Davidow, "Antitrust, Foreign Policy, and International Buying Cooperation" Yale L.J. (1974) 268, 284-285).

בענייננו, אפשרות של רכישה משותפת בשווקי חו"ל על ידי כלל זכייניות הטלוויזיה אינה אפשרית ממליא בשל הגבלות סטטוטוריות ואינה עומדת על הפרק. המצב המתחייב מן הדין הוא, שבדרך כלל זכייניות הרשות השנייה תעמודנה כמתמודדות על שווקי חו"ל - כל אחת בפני עצמה. אם נציב מולן (על ידי אישור ההסדר הכובל) גוף מרכזי ארצי אחד, עלולה ידן של זכייניות הרשות השנייה להיות על התחתונה בתחרות; זכייניות אלה עשויות להיתקל בכל אותם קשיים עליהם עמד מר לפיד בתצהירו, ומולן יעמוד בתחרות גוף מרכזי גדול. מצב דברים כזה עלול לפגוע באיכות השידורים של הרשות השנייה בהשוואה לכבלים.

כפי שהזכרנו, זכייניות הרשות השנייה, להבדיל מן הרשות עצמה, לא ביקשו להצטרף לדיון שבפנינו. הזכרנו לעניין זה קיומן של "בעלויות צולבות", בגבולות המותרים על פי חוק. השיקול החשוב מבחינתו אינו, בנסיבות אלה, השפעת אישור ההסדר על רווחיותן של זכייניות הרשות השנייה, להבדיל מן הרשות עצמה, לא ביקשו להצטרף לדיון שבפנינו. הזכרנו לעניין זה קיומן של "בעלויות צולבות", בגבולות המותרים על פי חוק. השיקול החשוב מבחינתו אינו, בנסיבות אלה, השפעת אישור ההסדר על רווחיותן של זכייניות הרשות השנייה. פגיעה בתחרות והשפעת הדבר על רווחיותם של צדדים אחרים הינה כעיקרון שיקול רלוואנטי. אך הנוגעות בדבר - וטעמיהן מן הסתם עימן - לא ביקשו מאיתנו "לאזן" בשאלת אישור ההסדר או אי-אישורו את השפעתו על רווחיותן. אנו משווים - עם זאת - לגד ענינו את השפעתו השלילית של ההסדר על אותם חלקים של הציבור אשר בחרו (ויהיו אשר יהיו טעמיהם לכך) להסתפק בצפייה בערוץ הראשון ובערוץ השני. הפרת האיזון בין הגופים השונים ברכישה בשווקי חו"ל עלולה לפגוע - ללא הצדקה מספקת - בצופים אלה.

מכאן נגיע לעניין נוסף, שבית הדין חייב ליתן עליו את הדעת כשהוא שוקל את "טובת הציבור". את שאלת "טובת הציבור" יש לבחון בראש ובראשונה בעיניו של המחוקק עצמו.

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.

על כוונת המחוקק ניתן ללמוד מדו"ח הועדה לטלוויזיה בכבלים שהוגש לנו, וכן מהחוק עצמו והתקנות שעל פיו, בעניין חלוקה לאזורים. נטען בפנינו, כי המכנה המשותף ש צופי הטלוויזיה באילת ובמטולה הוא גדול, ורב המשותף על המפריד. לכן- די ב"חלונות" אזוריים.

משמעותה של טענה זו, למעשה, הוא כי ראוי ליצור (כפי שיצרו המבקשות בפועל בכפוף לאותם "חלונות") - רשת שידור ארצית בכבלים. טענה זו קוראת לנו לשים את עצמנו במקומו של המחוקק. המחוקק היה מעוניין ברשתות כבלים אזוריות דווקא ואילו אנו, אם נקבל את הטענה, נביע בכך את דעתנו שהמחוקק שגה בקונספציה אותה שיווה לנגד עיניו.

עשויה להיטען בהקשר זה הטענה, כי יש מי שמופקד על שמירת כוונת המחוקק בעניין הטלוויזיה בכבלים ומי שמופקד על כך הוא המועצה שהוקמה על פי חוק הבזק ולא בית הדין; המועצה אינה מתנגדת לפנינו לאישור ההסדר הכובל לתקופה מוגבלת, ולא נקטה גם מצידה (ככל הידוע לנו) צעדים למנוע את ההסדר.

על טיעון אפשרי כזה נשיב שלקביעותיו של המחוקק בעניין "פלחי השידור", ישנה השלכה ישירה על הנושאים עליהם אנו מוקפדים. כזכור, המחוקק "חילק" את נושא שידורי הטלוויזיה בין שלוש רשויות. הוא הטיל הגבלות שונות בחוקים שונים. אין אנו עוסקים בעולם של תחרות חופשית מלאה, אלא בעולם שחלק מחוקיו מוכתבים בהוראות סטטוטוריות.

בדיון שבפנינו התייצבו מן הצד האחד זכייניות הכבלים ומן הצד האחר הרשות השנייה כל אחד מהצדדים הציג בפנינו את היתרונות והחסרונות המסחריים היחסיים במסגרת התחרות שבין זכייניות הכבלים לזין זכייניות הרשות השנייה. באותו עולם, בו חלוקת פלחי השידור וממילא האיזון המסחרי ביניהם, נעשים בעיקרו על ידי המחוקק, אנו חייבים ליתן משקל לתמונה הכוללת כפי שצפה אותה המחוקק. במסגרת תמונה זו פועלות רשות ארצית אחת שהיא רשות השידור, רשות ארצית שנייה שהיא הרשות השנייה וזכייניות אזוריות של טלוויזיה בכבלים.

מה שמבקשים מאיתנו עתה, הוא לפגוע באותו איזון כולל שיצר המחוקק, או, בלשון תצהירו של מר שי שצוטט לעיל, לשבש את מפת התקשורת בישראל כפי שנצפתה ותוכננה על ידי המחוקק. עתה, כשכל הגופים השונים המעניקים שידורי טלוויזיה לצופים, פועלים באופן סימולטאני (מצב שלא היה בעת שנעשה ההסדר הכובל) ישנה חשיבות מרובה לשמירת האיזון בין הגופים השונים כפי שנצפה על ידי המחוקק.

על כל אלה נוסיף ונזכיר כמה שיקולים נוספים המונחים על כף המאזניים, נגד אישורו של ההסדר הכובל:

להערכתנו יצירת גוף רב עוצמה כמו אי.סי.פי, יש בו כדי להנציח לשנים רבות את שליטת המבקשות בענף שידורי הכבלים, לרבות התחומים הנלווים לכך, נכון הוא, שנתרו שנים רבות עד לסיום תקופת הזיכיונות. הממונה המליץ בפנינו לאשר את ההסדר לתקופה מוגבלת, אך אם ההסדר ראוי לאישור היום, הוא יהיה ראוי לאישור גם בעוד כשנה.

אין אנו רואים הבדל בין השיקולים שאנו שוקלים היום, לבין השיקולים שנצטרך לשקול בעוד כשנה, אן נאשר היום את ההסדר הכובל. אם נאשר את ההסדר היום, נתבקש מן הסתם בעוד שנה לחזור ולאשרו לשלוש שנים נוספות, עם או בלי תמיכת הממונה.

אנו רואים בחרדה את פעולתם המשותפת של גופים רבי עוצמה, החולשים על פלח נכבד של השוק. קיומם של גופים כאלה, יש בו כדי להרתיע אחרים מלנסות ולהתמודד (כשיפקע תוקף הזיכיונות) על אותו פלח שוק.

ועוד: ההסדר מבטיח אמנם לכל אחת מן הזכייניות אפשרות לתכנון נפרד במסגרת ה"חלונות". בשים לב להשקעות המשותפות ולאינטרסים הכלכליים המשותפים, אין זה סביר להניח שהמבקשות 1-4 ידאגו לחלונות אזוריים מעבר למה שהן מחויבות על פי הכללים שקבעה המועצה. סביר יותר ליתן משקל בתכנון למשותף ולא לנפרד, והכול בתחומי החיובים שבכללים. למרות היעדר מגבלות פורמאליות, אין זה סביר בנסיבות אלה שהמבקשות 1-4, יפעלו באופן מרבי כדי להתאים את המשדרים לצרכים ולדרישות של אזורי הזיכיון.

אנו רואים גם טעם רב בטענתה של הרשות השנייה לעניין הפרת הוראת סעיף 6 מ' לחוק הבזק; הבהרנו לעיל, כי משמעותו של סעיף זה היא איסור מוחלט על ההסדר הכובל בעניין הפקה מקומית. "קטעי הקישור" ככל שהם בגדר הפקת מקור בין התכניות השונות, כשהם מצטרפים זה לזה, הינם בסופו של דבר, הפקות מקוריות של שעות רבות. וודאי שאנו כבית דין להגבלים עסקיים, לא נתיר הפרה של הוראה של המחוקק, הוראה השוללת אפילו את סמכותנו שלנו להתיר הסדר כובל.

לסיכום: בית הדין אכן מוסמך לאשר הסדר כובל, והחלטה על אישור הסדר כזה היא החלטה "מאזנת" בין שיקולים שונים. להסדר המוצע לנו, יש בוודאי ליתרונות רבים למבקשות 1-4 עצמן, ויתרונות מסוימים לצרכני הטלוויזיה בכבלים. יתרונות אלה אינם שקולים לדעתנו כנגד ה"רעות" שבהסדר הכובל, הכול כפי שפורט לעיל, ואנו מחליטים שלא לאשרו.

הבהרות א.

החלטתנו זו אינה מחייבת שבכל דבר ועניין, תוציא כל אחת מהזכייניות הוצאות נפרדות. כך, למשל, הביע הממונה עמדתו בתשובה לשאלתנו, שאין הוא רואה שום פסול מבחינת חוק ההגבלים העסקיים, בכך שכל אחת מן הזכייניות (או גורמים אחרים) ירכשו בעצמן סרטים בחו"ל לאחר תיאום מוקדם (Pre - Sale) עם זכייניות אחרות.

החלטתנו זו, אינה מונעת פעולה כזו. למדנו למשל לדעת מן הדיונים, שאחת המבקשות רוכשת את ערוץ "מדע ודעת" ומשווקת אותו לזכייניות אחרות. פעילות כזו, אינה הסדר כובל והיא מותרת גם בעתיד. בדומה, אין החלטה זו יוצרת צורך בתרגום סרטים קנויים ארבע או חמש פעמים. כל אחת מהזכייניות, בעצמה או באמצעות אחרים, יכולה לדאוג לתרגום ולמכירה של זכויות השידור לגבי הסרטים כשהם כבר מתורגמים.

הוראות מעבר ב.

הבהרנו לעיל כי בנסיבותיו המיוחדות של מקרה זה - הפשרה בפני בית הדין בהרכבו הקודם, הסכמת הממונה והיעדר מתנגדים עד ממש לפני הדיון - ראוי לקבוע הוראות מעבר.

ככלל, כך נחזור ונדגיש, מי שפועל על סיכנונו שלו ויוצר הסדר כובל, אל לו לצפות שאם יבקש הסדר כובל ובקשתו לא תאושר, יאפשר בית הדין להסדר דה-פקטו להמשיך ולפעול זמן מה גם כהסדר דה-יורה. גם מי שזוכה בהסדר זמני חייב להביא בחשבון שהוא עשוי שלא לזכות בהסדר קבוע, עליו לכלכל צעדיו בהתאם.

אנו מבקשים בהזדמנות זו שהממונה על ההגבלים העסקיים יביא את תוכן הערתנו זו לידיעתם של מבקשי אישור להסדר כובל, בעת שתימסרנה לו בקשות כאמור בסעיף 7 (ב) לחוק ההגבלים, או בסמוך לכך.

הוראות המעבר אותן נקבע לעיל ניתנות מכוח הסמכות ליתן היתר זמני ולא מכוח הסמכות ליתן היתר קבוע. אנו עושים כן כדי שבמקרה הצורך נוכל לשנות את הוראות המעבר מבלי להיות כפופים למגבלה של "שינויים מהותיים בנסיבות" כנדרש בעניין שינוי הסדר קבוע (ראה סעיף 12 לחוק ההגבלים).

בדיון האחרון הצהיר עו"ד בכר, בתשובה לשאלתנו, כי הרכישות המשותפות של אי.סי.פי הן בסדר גודל של 80% לשנת 1994, ו- 30% לשנת 1995 (עמ' 11 לפרוטוקול מיום 21.11.93). אין בידינו פרטי פרטים, כגון אם נעשו כבר תרגומים וקטעי קישור לרכישות המשותפות, ובאיזה היקף. ברור לנו גם שלא ניתן להפסיק את השידור המשותף בין יום מבלי לפגוע בשידור וממליא בצרכנים. כשאנו מביאים עניינים אלו בחשבון ומכוח הסמכות לאשר את חלקו של הסדר כובל, כאמור בסעיף 9 לחוק ההגבלים, אנו קובעים את הוראות המעבר הבאות:

(א) ניתן בזאת היתר להסדר זמני, במתכונת ההסדר שהתבקש, לתקופה של 45 יום מהיום וזאת לצורך התארגנות למצב הנובע מאי אישורה של הבקשה.

(ב) המבקשות יבואו בדברים עם הממונה ויציגו בפניו את ההתחייבויות הקיימות. הצדדים יפעלו לגיבוש הצעה במגמה שלא לפגוע בהתחייבויות הקיימות של אי.סי.פי, אך גם לא להוסיף עליהן. הצעה זו תובא לאישורו של אב בית הדין כדן יחיד, מכוח סמכותו בעניין היתרים זמניים.

ניתן היום, 10.1.94, במעמד המתייצבים.