

## בבית המשפט העליון בירושלים

בש"א 616/94

בפני: כבוד השופט צ' א' טל

### המבקשות:

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

נגד

### המשיבים:

1. הממונה על ההגבלים העסקיים
2. הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו

### בקשה לסעד זמני לתקופת הערעור

תאריך הישיבה: ב' באדר תשנ"ד (13.2.94)

בשם המבקשת מס' 1: עו"ד ראובן בכר, עו"ד איריס סורוקר

בשם המבקשת מס' 2: עו"ד בן פורת, עו"ד פינס

בשם המשיב מס' 1: עו"ד ר' גרשוני

בשם המשיבה מס' 2: עו"ד י' קרניאל

### החלטה

לפני בקשה לסעד זמני עד להחלטה בערעור על פסק דינו של בית הדין להגבלים עסקיים (ה.ע. 455) שניתן ביום 10 בינואר 94.

### עובדות

המבקשות 1-4 הן בעלות זכויות – לפי חוק הבזק התשמ"ב-1982 – לשידורי כבלים. לכל אחת מהן הוקצו אזורים טריטוריאליים מוגדרים לקיום השידורים (מלבד החברות המבקשות קיימת זכיינית נוספת שאינה צד להליך). ארבע המבקשות הקימו את חברת אי.סי.פי. (להלן – ICP), היא המבקשת 5 והן בעלות המניות בה. מטרת הקמת ICP היתה להקל וליעל את ביצוע רכישות זכויות השידור בחו"ל. לטענת המבקשות, רכישה מרוכזת ארצית אחת של כל המבקשות ביחד מאפשרת להן לרכוש סדרות איכותיות וזולות יותר, דבר אשר היה נמנע אילו רכשה כחברה בעצמה. לצד הרכישה בחו"ל ICP, גם עורכת את המשדרים ומשבצת אותם לערוציהם. הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן – הממונה) קבע כי ההסדר המתואר לעיל בין בעלות הזכיון ל-ICP הוא "הסדר כובל" לפי חוק ההגבלים העסקיים.

המבקשות הגישו ערר על קביעת הממונה (ערר 1/90) אשר הוגש לבית הדין להגבלים עיסקיים בינואר 90. לטענת המבקשות ההסדר להקמת ICP אינו הסדר כובל. במהלך הדיון בערר הותר למבקשות באמצעות צו ביניים ובכפוף לתנאים מגבילים שהציב הממונה, להמשיך ולתאם את פעילותן, ב-15 בדצמבר 91 הוגש לבית הדין להגבלים עיסקיים הסדר שנערך בין הצדדים והצדדים ביקשו כי ינתן לפשרה תוקף של צו ביניים. בית הדין נענה לבקשה והוציא צו ביניים להסדר זה. הסדר הפשרה הוגבל לשלוש שנים עד פברואר 95 ונקבעו בו מנגנונים לשם הגנה על חופש התחרות ואינטרס הציבור. בהתאם לתנאי הפשרה הנ"ל הגישו המבקשות בקשה לאישור הסדר כובל לבית הדין ביום 2 בינואר 92. במסגרת הדיון באישור ההסדר הכובל הוציא בית הדין היתר זמני שהוארך מעת לעת וזאת לאחר שהממונה המליץ על נתינתו בכפוף לתנאים מסויימים. ההיתר הזמני על הארכותיו השתרע על פני תקופה שבין 10 בפברואר 92 ועד ליום מתן פסק הדין ב-10 בינואר 94. הדיון לגופו של אישור ההסדר הכובל החל רק באוקטובר 93. במהלך הדיון באישור ההסדר צורפה לדיון הרשות השניה לטלויזיה ורדיו כמתנגדת להסדר. יש לציין כי הממונה תמך בהסדר, בכפוף לתנאים שנקבעו, וזאת לתקופה מוגבלת עד פברואר 95. גם בא-כוח המבקשות הגביל את בקשתו גם היא לתקופה שעד פברואר 95. ביום 10 בינואר 94 פסק בית הדין שלא לאשר את ההסדר הכובל. בפסק דינו קבע בית הדין כי:

"להסדר המוצע לנו יש בוודאי יתרונות רבים למבקשות 1-4 לעצמן ויתרונות מסויימים לצרכני הטלויזיה בכבלים, יתרונות אלה אינם שקולים לדעתנו כנגד "הרעות" שבהסדר הכובל, הכל כפי שפורט לעיל ואנו מחליטים שלא לאשרו".

בית הדין קבע הוראות מעבר, ובהן הסדר זמני לתקופה של 45 יום, במתכונת ההסדר שהתבקש, לצורך התארגנות למצב החדש שנוצר מאי אישור ההסדר.

### **המסגרת המשפטית**

באי-כוח הצדדים חלוקים בדעתם בשאלה מכוח איזה סעיף בתקנות סדר הדין האזרחי התשמ"ד-1984 רשאיות המבקשות להעלות את בקשתן. לטענת המבקשות הבקשה מצויה בגדרי תקנה 471 העוסקת בסעד זמני לתקופת הערעור. לדבריהם מאחר ומדובר בפסק דין אשר דוחה תובענה - הי שאין מה לעכב ואין הבקשה איפוא לעיכוב ביצוע. לפיכך בקשתם היא שהסעד הזמני שהתקיים בהליך דלמטה ימשיך ויתקיים במסגרת הליך הערעור. מנגד טוען בא-כוח המשיבה 2 כי אין המדובר בסעד זמני כי אם בעיכוב ביצוע על פי תקנה 468. לטענתם אין המדובר בענייננו בהארכת תוקפו של היתר זמני מאחר ואין תחולה להיתר זמני לאחר שניתנה החלטה כי ההסדר הכובל אינו מאושר. ההיתר הזמני נועד להכשיר פעילות על פי הסדר כובל במשך תקופה מוגדרת, דהיינו, עד למתן החלטה בענין אישור ההסדר, ללא שיחשפו הצדדים לו לסיכון האשמה פלילית, ומשניתנה ההחלטה אין לקיימו עוד. נוסף על כך, סעד זמני נועד להבטחת מימושו של פסק דין ולפיכך לטענתם המדובר בבקשה לעיכוב ביצוע. הצדדים מסכימים שהשיקולים בין בעיכוב ביצוע ובין בסעד זמני דומים, ולכן אין צורך להכריע בשאלה זו שהיא תיאורטית גרידא בענייננו.

### **יכולת השבת המצב לקדמותו**

בענין נאות מרינה קבע בית המשפט כי:

"העילה העיקרית לעיכוב ביצוע פסק דין הכפוף לערעור היא מניעת שינוי במצב הקיים כאשר קיים חשש שלא ניתן יהיה להחזירו לקדמותו. המטרה היא שלא לסכל מראש את תוצאות הערעור. וזו הסיבה שבתי המשפט נוהגים להיעתר לבקשות עיכוב ביצוע של צווי פינוי כמעט כדבר שבשיגרה". (ב"ש 839/86 נאות מרינה בת ים בע"מ ואח' נ. הבנק הבינלאומי הראשון פ"ד מ 4 (126, 129)).

ראה עוד לענין זה גם המ' 103/81 הרשקו ואח' נ. אורבך ואח' פ"ד ל"ה 2 (666, 670).  
לדברי המבקשות ועל פי התצהירים מטעמן, מימוש פסק הדין, ללא הותרת ההיתר הזמני על כנו, יביא למצב בלתי הפיך. משמעות הדבר שעל המבקשות לפרק את חברת ICP או למכור את מניותיה לגורמי חוץ. ICP מעסיקה יותר מ-300 עובדים שהיא עליה לפטר. היא רכשה ומחזיקה ציוד קבוע יקר ערך בסדר גודל של מיליוני שקלים. ICP גם קשורה בכ-500 חוזים עם ספקים של זכויות שידור בארץ ובחו"ל ומרבית החוזים אינם ניתנים להמחאה בלא אישור מוקדם של הספק. בין תפורק ICP ובין תימכר, ייווצר מצב בלתי הדיר. הפסיקה הכירה בכך שיש ומכירת נכסים יוצרת מצב שלא ניתן להשיבו (בש"א 3158/91 ש' פלאטו שרון ואח' נ. קומפני פריזיין דה פרטיסיסיון ואח' פ"ד מ"ה 5 (499, 504)).  
שוכנעתי כי הנזק שיגרם למבקשות, אם לא איענה לבקשתם, הוא אכן כזעקתן.  
המדובר בפירוק חברה או במכירתה, בפיטורי עובדים, במכירות נכסים ובהשתחררות מחוזים. לצד כל אלה יהיה על כל אחת מן המבקשות להקים לעצמה בנפרד מנגנונים לרכישה ותכנון הערוצים. מול צעדים דרסטיים אלה עומדת האפשרות להקפיא את המצב הקיים אשר נמשך בהיתר זמני להנחת דעת הממונה כארבע שנים, וזאת לפרק זמן מוגבל נוסף עד שיתברר הערעור.

**סיכויי הערעור**

בענין הרשקו קבע בית המשפט כי :

"כאשר לא ניתן יהיה להחזיר את המצב לקדמותו, די בכך, בדרך כלל, שיש למערער סיכוי כלשהו, ולו גם קלוש, כדי להענות לבקשת עיכוב ביצוע" (שם בעמ' 670).

בית המשפט חזר על דברים אלו בענין נאות מרינה (לעיל, בעמ' 129) וקבע ש"אם קיים חשש כזה (שלא ניתן להשיב את הנעשה) די בדרך כלל בסיכוי כלשהו למערער ולו גם קלוש לזכות בערעור".  
בשלב בו אנו עומדים הרי "שאין בי המשפט נכנס לפני ולפנים של סיכוי זה וביסוסו ודי לפעמים בסיכויים לכאורה, כפי שמתגלים בבדיקה ראשונית של פסק הדין ונימוקי הערעור כדי לצאת ידי החובה בנדון" (ב"ש 978/84 שיכון עובדים בע"מ נ. דבורה ושמעון מלובנציק ואח' פ"ד ל"ח 4 (572, 576)).  
בענין שלפנינו, טוענים המבקשים בערעורם כי מדובר בשאלות משפטיות חדשות אשר טרם זכו לליבון בבית המשפט העליון. שאלות אלו בעיקר הינן מתחום דיני ההגבלים העסקיים ומתחום דיני התיקשורת. הערעור ביסודו אינו על מימצאים עובדתיים אלא על המסקנות שהסיק בית המשפט קמא מן הראיות שהובאו. נראה לי, מבלי להביע את דעתי בערעור לגופו, שהמבקשים עמדו בנטל המוטל עליהם להוכחת סיכוי מסויים בערעור וזאת בהתחשב בחשש שלא יהא אפשר להחזיר את הגלגל אחורנית, אם לא ינתן הסעד הזמני.

#### **מאזן הנזקים**

בענין פלאטו שרון קבע בית המשפט כי בנוסף לענינים שפרטנו לעיל :

"יישקול בית המשפט את מאזן הנזקים והנזקות את התוצאות שתיגרמנה לכל אחד מן הצדדים אם תתקבל הבקשה או תדחה, את מהות הנזקים שיגרמו ואת האפשרות לתקנם" (שם בעמ' 504).

מול חשש הנזקים הכבדים כאמור, לא שוכנעתי כי נתינת הסעד הזמני או עיכוב הביצוע יגרום נזק מוכח למשיבים, השקול כנגד הנזקים למבקשות.

המשיב 1 – הממונה על ההגבלים העיסוקיים – הביע עמדה נויטרלית בנדון והשאיר לבית המשפט את שיקול הדעת האם ליהעזר לבקשת המבקשות אם לאו.

המשיבה 2 – הרשות השנייה לטלויזיה ורדיו – טענה כי המשך קיומו של ההסדר הכובל עשוי לפגוע בצופי הרשות השנייה. הטענה היא כללית ולא הצביעה על נזק ספציפי, אופיו והיקפו. יצוין, בעלי הזכויות של הערוץ השני חברות רשת, קשת וטלעד, שאינן רשאיות לפעול במשותף, וכנטען הן עומדות במצב נחות בשוקי רכישות זכויות השידור מול ICP, לא הביעו התנגדות לאישור ההסדר. אומר בא-כוח המשיבה 2, יש "בעלויות צולבות" בין זכייניות שידורי הכבלים ובין זכויות הערוץ השני, ולפיכך נמנעו האחרונות להתנגד להסדר. אולם, בצדק בא-כוח המלומד של המבקשות מצביע שישנו לפחות זכין אחד שאין לו קשר לזכייני הכבלים וגם הוא לא הגיש כל התנגדות לאישור ההסדר.

העולה מן האמור, שיש להיענות לבקשת המבקשות ולתת להן סעד זמני עד להחלטה בערעור.

שאלתי את עצמי האם במתן הסעד הזמני אין בית המשפט נותן את ידו לפעילת שאינה מותרת, וכן לא ייעשה. ואולם, הסדר כובל כשהוא לעצמו, יכול להתאשר על ידי בית הדין והריהו כשר. אמנם במקרה דנן לא אושר ההסדר, אבל עניין זה גופו הועמד בשאלה בערעור. ולאחר שבמשך זמן רב הותר ההסדר מכוח היתר זמני, ובתמיכתו של הממונה, נראה לי שרשאי בית המשפט להעניק סעד זמני כמבוקש.

העולה מן המקובץ - שוכנעתי כי יש מקום בנסיבות הענין להעזר לבקשת המבקשות ולהעניק עיכוב ביצוע או סעד זמני כמבוקש עד שיוחלט בערעור, וכך אני מחליט. המבקשות הסכימו כי סעד זה יותנה בכך שכל חוזה שייחתם מכאן ולהבא יכלול תנאי מפורש האומר כי ניתן להמחות את הזכויות בו וזאת כדי למנוע טענה שההתקשרויות הנוספות כובלות את המבקשות להסדר הכובל. כן הצהירו באי-כוח המבקשות שלא תועלה כל טענה כזו בעקבות כל התקשרות נוספת. הסעד המוענק בזה מותנה איפוא כאמור.

לרגל דחיפות הענין אבקש כי שמיעת הערעור תיקבע בכל ההקדם.

להערכת ייש להקצות שלוש שעות לשמיעתו.

ניתנה היום, ד' באדר תשנ"ד (15.02.94).