

## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 7852/98

בפני:

כבוד הנשיא א' ברק  
כבוד השופטת ד' דורנר  
כבוד השופט ע' זועבי

העותרות:

1. ערוצי זהב ושות'
2. מתב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ
3. תבל תשדורת בינלאומית לישראל בע"מ

נגד

המשיבים:

1. שרת התקשורת
2. משרד התקשורת
3. המועצה לשידורי כבלים ושידורי לוויין
4. די.בי.אס. שירותי לוויין (1998) בע"מ

עתירה למתן צו ביניים וצו על-תנאי

תאריך הישיבה:

י"ג בתמוז תשנ"ט (27.6.99)

בשם העותרת 1:

עו"ד ניר כהן, עו"ד זאב שרף, עו"ד דוד לשם  
ועו"ד קרן טוהר

בשם העותרות 2 ו- 3:

עו"ד צבי אגמון, עו"ד דרור ויגדור, עו"ד  
גדעון אביטל ועו"ד אורי אולניק

בשם המשיבים 1-3:

עו"ד יהודה שפר

בשם המשיבה 4:

עו"ד פנחס רובין, עו"ד מוריאל מטלון, עו"ד  
גיורא ארבינסט ועו"ד רמי בן-נתן

### פסק-דין

השופטת ד' דורנר:

בתאריך 27.6.99 הודענו על החלטתנו לדחות את העתירה ולהטיל על העותרות הוצאות משפט בסך 20,000 ש"ח לטובת המשיבים מספר 1 ו- 2 ובהוצאות משפט בסך 20,000 ש"ח לטובת המשיבה מספר 4. להלן נימוקיי לדחייה.

## העובדות והטענות

1. העותרות פועלות בתחום שידורי הטלוויזיה הרב-ערוצית באמצעות כבלים מכוח זיכיונות שניתנו להן בשנת 1990 לפי חוק הבזק, תשמ"ב – 1982 (להלן: חוק הבזק). הזיכיונות קבעו, כי על העותרות לשדר בשיטת Tiering, במסגרתה מוצעת למנויים חבילת ערוצים בסיסית, ובנוסף לה ערוצים אופציונאליים לפי בחירתם.

העותרות ביקשו מהמשיבה 3 (להלן: המועצה), אשר הוקמה מכוח חוק הבזק, לפטור אותן משידור בשיטה זאת בשל עלותה הגבוהה. העותרות ביקשו לשדר בשיטת Superbasic, במסגרתה נמכרת למנויים חבילה אחת, הכוללת את כל הערוצים, ללא אפשרות בחירה. המועצה קיבלה את בקשת העותרות ושינתה את תנאי זיכיונותיהן בהתאם לבקשתן, אולם במשך השנים פנתה אליהן מעת לעת בבקשה לשנות את שיטת שידוריהן לשיטה הקבוע בזיכיונות, המיטיבה עם הצרכנים. העותרות דחו את כל הבקשות, בטענה כי עלות השידור בשיטה זו גבוהה, וכי היא תגרום לירידה של ממש בהכנסותיהן.

2. באוקטובר 1995 מינתה הממשלה את ועדה לבחינת פתיחת ענף-התקשורת לתחרות. עמדתה של המועצה בפני הוועדה הייתה, שמעבר לשידור בשיטה המאפשרת לצופים בחירה של ערוצים הינו צורך חיוני לציבור. העותרות עמדו בסירובן לשדר בשיטה זו.

באוקטובר 1996 מינתה שרת התקשורת ועדה לבחינת מערך השידורים לציבור (להלן: ועדת פלד). הוועדה קבעה, כי המוצר שמקבלים היום הצרכנים הוא מוצר נחות בעלות יקרה, וכי תועלת הציבור מחייבת מעבר מיידי לשיטת השידור המאפשרת בחירה, שיטה שבה גם משתפרת האיכות הטכנית של השידור. עוד המליצה ועדת פלד, על פתיחה לתחרות חופשית את שוק השידורים הרב-ערוציים, כך שיכלול גם שידורים באמצעות לוויין. המלצותיה של ועדת פלד אושרו על-ידי הממשלה וחוק הבזק תוקן, כך שבנוסף לשידור בכבלים עוסק הוא כעת גם בשידורי לוויין.

3. המועצה החלה ביישום החלטת הממשלה, ובחנה אפשרות להעניק רישיון לשידור באמצעות לוויין למשיבה 4 (להלן: די.בי.אס). הרישיון התיר לדי.בי.אס לשדר בשיטה המאפשרת למנויים בחירה. באוגוסט 1998 פנו העותרות אל המועצה, בבקשה להתיר אף להן לעבור לשדר בשיטה זאת. בעקבות הגשת הבקשה ערכה המועצה דיונים נרחבים, במסגרתם גובש מסמך המלצות שקבע כי ללא התערבות רגולטיבית מצד המועצה לא תתאפשר חדירת מתחרה חדש לשוק הטלוויזיה הרב-ערוצית, הנשלט במונופול אזורי על-ידי העותרות.

בתאריך 13.5.99 קיבלה המועצה החלטה, לפיה יינתן לדי.בי.אס רישיון לשידור באמצעות לוויין בשיטה שביקשה. עוד הוחלט, כי במשך 18-27 חודשים, או עד אשר יגיע מספר המנויים של די.בי.אס ל-250 אלף, לא יאופשר לעותרות לעבור לשדר אף הן בשיטה זאת, על-מנת לתת למתחרה החדש הזדמנות הוגנת לחדור לשוק.

4. עתירתן של העותרות לפנינו הייתה לביטול החלטה זאת. עיקר טענותיהן היו שתיים: **ראשית**, החלטת המועצה התקבלה בחוסר סמכות. שכן, חוק הבזק מקנה למועצה סמכות לקבוע מדיניות ולא החלטות אופרטיביות, וההחלטה בעניין איסור על שינוי שיטת השידור למשך פרק-זמן מסוים לא הייתה החלטת מדיניות, אלא החלטה אופרטיבית. **שנית**, האיסור על השידור בשיטה שנתבקשה פוגע בחופש העיסוק של העותרות, ואינו מתיישב עם הוראות חוק-יסוד: חופש העיסוק. בעניין זה טענו העותרות, כי ההחלטה ניתנה שלא לתכלית ראויה, שכן, יסודה בשיקולים של קידום התחרות, שהם, מבחינת המועצה, שיקולים זרים. העותרות הוסיפו וטענו, כי ההחלטה פגעה בחופש העיסוק שלהן במידה העולה על הנדרש. בהקשר זה הן הסתמכו על חוות-דעתו של הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן: הממונה), לפיה פרק-הזמן שבו נאסר עליהן לשנות את שיטת השידור אינו דרוש ליצירת תחרות, ואף פוגע בשוויון בשוק.

בתשובה לעתירה טענו המשיבים, כי לא נפל כל פגם בהחלטת המועצה. **ראשית**, חוק הבזק מעניק למועצה סמכות לאשר מעבר משיטת שידור אחת לאחרת, או לסרב לכך. העותרות עצמן, לאורך כל השנים, דנו בעניין זה עם המועצה, והן גם פנו אל המועצה בבקשת השינוי. **שנית**, החלטתה של המועצה היא לתכלית ראויה - פתיחת השוק לתחרות - וההגבלה שהמועצה קבעה היא מידתית.

5. בסעיף 6 לחוק הבזק נקבע:

ואלה תפקידי המועצה:  
 (1) לקבוע את המדיניות לגבי -  
 (א) סוגי השידורים, נושאים, תכנים, רמתם, היקפם  
 ומועדיהם;  
 ...

החלטתה של המועצה בעניין פתיחת שוק השידורים לתחרות והגבלה של העותרות לטובת חדירת מתחרה חדש לשוק הן בגדר קביעת מדיניות לגבי סוגי השידורים, רמתם והיקפם. אין זו החלטה ספציפית בעניין של העותרות, כי אם קביעת מדיניות כללית באשר לשידורי לוויין ולשיטת השידור, ועל-כן ההחלטה היא בגדר סמכותה על-פי סעיף 6(1).

6. לא זו אף זאת: בנסיבות המקרה שלפנינו לא היה מקום להעניק לעותרות סעד, אף אילו היה ממש-מה בטענתן כי קביעת מגבלות על שיטת השידור אינה בגדר קביעת מדיניות כמשמעותה בסעיף 6 לחוק הבזק. הרי המועצה, לבקשת העותרות, היא שנתנה להן פטור משידור בשיטה המאפשרת לצופים בחירה. העותרות הן אלו שפנו אל המועצה לצורך קבלת אישור למעבר לשידור בשיטה זאת. עתה, לאחר שהעותרות נהנו מן הפטור שהעניקה להן המועצה, ואף ביקשו ממנה רשות לשנות את שיטת השידור, מושתקות הן מלטעון כנגד סמכותה לאחר שלא נענתה הפעם לבקשתן.

השתק זה חל מכוח חובת תום-הלב המתפרשת על כל תחומי המשפט. ראו דברי הנשיא שמגר בד"נ 7/81 פנידור נ' קסטרו, פ"ד לז(4) 673, בע' 687. מחובה זו נובע האיסור על שימוש לרעה בהליכי משפט. כפירה בסמכות של גוף שמהחלטותיו הקודמות נהנו המתדיינים, כאשר החלטה שנתן אינה לטעמם, היא פן אחד של איסור זה. ראו בג"ץ 566/81 עמרני נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד לז(2) 1, בע' 9-11; ע"א 513/89 Interlego A/S נ' Exin-Lines Bros. S.A. ואח', פ"ד מח(4) 133, בע' 199-200.

אומנם, השתק מסוג זה אינו מוחלט, ובית-המשפט אינו מנוע בכל מקרה מלהעניק סעד לעותרים שבעבר השלימו עם סמכות המשיבים או אף נהנו מהחלטותיהם. כך, למשל, מקום בו כרוכה פעולת המשיבים בסיכול מהותי של תכלית החוק, או שיש בה כדי לפגוע באופן ממשי בעניין הציבורי, עשוי בית-המשפט להעניק לעותרים סעד למרות הפגם שנפל בהתנהגותם. ראו ע"א 6996/97 **חברת א. עבאדה בע"מ נ' רשות הפיתוח על-ידי מינהל מקרקעי ישראל ואח'** (טרם פורסם) סעיף 9.

עם זאת, בענייננו, אף אם היינו מקבלים את הטענה שהחלטת המשיבים אינה נתפסת בגדר "מדיניות" שאותה הוסמכו לקבוע, הרי שבחריגה כזאת מסמכות כשלעצמה לא היה כדי להכשיל את תכלית חוק הבזק או כדי לפגוע בעניין הציבורי.

העותרות נתפסות איפוא בהשתק שיפוטי, ואף מטעם זה ניתן לדחות את טענתן כנגד סמכות המועצה.

#### **חופש העיסוק**

7. אין חולקים כי דרישת רישיון לצורך עיסוק פוגעת בחופש העיסוק. ראו, למשל, בג"ץ 1255/94 **"בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת**, פ"ד מט(3) 661 (להלן: בג"ץ **בזק**), בע' 671. בענייננו, הסירוב של המועצה פוגע בחופש העיסוק של העותרות. הסירוב אינו מאפשר להן לשדר בשיטה שבה הן חפצות, ופוגע ביכולתן לייעל את שירותיהן לציבור ולהיטיב את המוצר אותו הן מוכרות.

השאלה המתעוררת היא איפוא אם פגיעתה של ההחלטה בחופש העיסוק של העותרים, עומדת בתנאים שנקבעו בפיסקת ההגבלה שבסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, והם שהפגיעה תהיה בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו, שהיא תהלוך את ערכי המדינה, תהיה לתכלית ראויה ושמידתה לא תעלה על הנדרש. שכן, אמות המידה שנקבעו בפיסקת ההגבלה חלות גם על פגיעה של רשות מינהלית בזכות-יסוד של האדם. ראו בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הבטחון**, פ"ד מט(4) 94 (להלן: בג"ץ **מילר**) בע' 138; בג"ץ 5016/96 **חורב ואח' נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1, בע' 42.

## הסמכה בחוק

8. כאמור לעיל, חוק הבזק מאפשר למועצה להגביל את חופש העיסוק של המבקשים לעסוק בתחום הבזק באמצעות רישוי והתניית הרישוי. בכך מתקיים היסוד הראשון של פסקת ההגבלה.

## הלימת ערכי המדינה

9. בהיעדר טיעונים בעניין זה, מוכנה אני לקבוע, כי החלטת המועצה אינה סותרת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

## תכלית ראויה

10. תכלית ההחלטה של נושא העתירה היא, כשלעצמה, תכלית ראויה. היא באה לשרת את רווחת החברה על-ידי פתיחת השוק לתחרות חופשית. עמד על כך השופט טירקל במקרה דומה, בו התערבה הרשות בתנאי התחרות בשוק הובלות הדלק:

בבסיס מדיניות של פיקוח ממשלתי בתחום מסוים עומדת השאיפה שהתחרות החופשית תעלה את רמת הרווחה חברתית... ההנחה היא שהתוצאה המושגת במשטר של פיקוח מרכזי יעילה פחות מן התוצאה המושגת באמצעות שוק תחרותי. להנחה זו יש, כמובן, תוקף רק בתנאי שוק המאפשרים תחרות חופשית אמיתית. כאשר גם אחרי הסרת הפיקוח המרכזי נותרת שליטה של גוף פרטי בשוק, קיימת בידיו היכולת לגרוף את כל רווחי התחרות ולשפר את מצבו על חשבון המתחרים והצרכנים. **תוצאה כזו מוטל על הרשות למנוע...**

[בג"צ 1869/95 **חברה להובלת דלק בע"מ ואח' נ' שר התחבורה ואח'**, פ"ד מט(5) 559, (להלן: **בג"ץ חברה להובלת דלק**) בע' 571 ההדגשה הוספה.]

## פגיעה במידה שאינה עולה על הנדרש

11. כידוע, המידתיות במשפטנו נקבעת על-פי שלושה מבחני-משנה: מבחן ההתאמה מורה, כי על הפעולה להיות מתאימה להשגת תכליתה. מבחן הפגיעה הפחותה מחייב לנקוט באמצעי

שמידת פגיעתו בזכות היא הפחותה. ואילו מבחן המשנה השלישי, מבחן היחסיות, קובע כי פעולה הפוגעת בזכות תוכל להינקט רק אם היחס בין התועלת שבפעולה לבין הפגיעה שהיא גורמת הוא סביר. ראו, למשל, בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367 (להלן: בג"ץ **לשכת מנהלי השקעות**), בע' 384-385. סבירות הפעולה נקבעת על-פי נוסחות איזון המבוססות על משקלה היחסי של הזכות הנפגעת, מצד אחד, ושל תכלית הפעולה, מצד שני. ראו והשוו בג"ץ **מילר הנ"ל**, בע' 141; בג"ץ **בזק הנ"ל**, בע' 685; בג"ץ **לשכת מנהלי השקעות הנ"ל**, בע' 421-423. גם מבחני ההתאמה והפגיעה מוחלים בהתחשב במשקל הסגולי של הזכות הנפגעת, ובמידת החשיבות היחסית של התכלית שאותה מבקשים להשיג. ראו בג"ץ **לשכת מנהלי השקעות**, שם בע' 422.

12. כאמור, העותרות, בהתבססן על חוות-דעת הממונה, טענו כי ההחלטה אינה עומדת באף אחד ממבחני-משנה אלה, וכי, למיצער, ראוי לצמצם את פרק-הזמן שבו נאסר עליהן לשנות את שיטת שידוריהן, ולהעמידו על תקופה קצרה יותר.

טענה זו יש לדחות.

הממונה עצמו הסכים, כי בנסיבות מסוימות רגולציה של שוק היא הכרחית לפתיחתו לתחרות, וכי אף במקרה הנדון ראוי להפעיל רגולציה.

ואכן, הטלת מגבלות על גורמים מבוססים בשוק, בעלי מעמד מונופוליסטי בו, לצורך יצירת תחרות חופשית, מקובלת בעולם. כך, למשל, בארצות-הברית קיים גוף רגולטיבי פדרלי שהתערב לא אחת בשוק התקשורת, ובתי-המשפט אף אישרו את התערבותו.

באחד המקרים כתב שופט בית-המשפט הפדרלי לערעורים, השופט קרנר:

Competition cannot be revived instantly in a market which has been dominated by one firm for many years. The five years prohibition against contracts with BPA's customers is reasonable in order to allow BPA to reacquire competitive vigor. Without such a prohibition, the ordered divestiture of BPA might well be a futile gesture.

**[L.G. Balfour Company v. Federal Trade Commission, 442 F.2d 1, p.23 (7th Cir. 1971)]**

גם בישראל אישר בית-המשפט את התערבות הרשות המינהלית בתנאי השוק, לצורך פתיחתו לתחרות. ראו, למשל, בג"ץ **בזק הנ"ל**.

מן הנתונים שהוצגו בפני המועצה עולה, כי בלא התערבות שלטונית בשוק לא ניתן יהיה לקיים בו תחרות חופשית. שכן, העותרות פועלות בשוק הטלוויזיה הרב-ערוצית מזה כ-10 שנים. המונופול של העותרות בשוק הוא חזק וקבוע. שיעור החדירה של העותרות לשוק מגיע כיום לכ-64% מכלל האוכלוסייה, והוא מן הגבוהים בעולם. לעומתם, די.בי.אס טרם החלה לפעול. לעותרות יש כיום כ-1,100,000 מנויים. לדי.בי.אס אין ולו מנוי אחד. מטרתה של החלטת המועצה היא יצירת שוויון מהותי בין העותרות לבין די.בי.אס. שוויון זה יושג רק אם לדי.בי.אס יינתן יתרון כלשהו בתחילת דרכה. יתרון זה יושג אם לפרק-זמן מסוים יינתן לדי.בי.אס בלבד - ולא לעותרות - לשדר בשיטה המאפשרת לצופים בחירה של חבילת ערוצים לטעמם.

13. האיסור שהוטל על העותרות לשדר בשיטה האמורה לתקופה מוגבלת, עומד איפוא במבחני המידתיות, והשאלה היא אם התקופה ורף ההגנה אינם עולים על הנדרש.

אומנם, הממונה סבר, כי לצורך פתיחת התחרות לשוק די במניעת שידור בשיטה האמורה מן העותרות למשך תקופה של שישה חודשים או עד שיצברו 100,000 מנויים, לפי המאוחר. עם זאת, לנגד עיני המועצה עמדו, לצד חוות-הדעת של הממונה, חוות-דעת נוספות, שתמכו בהארכת פרק-הזמן שבו תוטל המגבלה על העותרות.

לעניין חופש העיסוק, מיתחם המידתיות הוא, ברך-כלל, רחב יחסית. ראו בג"ץ 1452/93 **איגלו חברה קבלנית לעבודות צנרת נ' שר התעשייה והמסחר**, פ"ד מז(5) 610, בע' 616-617; בג"ץ **לשכת מנהלי ההשקעות**, בע' 423. בית-המשפט אינו נוטה להתערב בהערכת הרשויות בדבר האמצעים הפוגעים בחופש העיסוק הדרושים להשגת התכלית המבוקשת, גם אם בעניין זה קיימות דעות לכאן ולכאן. ראו בג"ץ 5936/96 **לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט ואח' (טרם פורסם)**, בסעיף 13 לפסק-הדין, והאסמכתות שהובאו שם.



החלטתה של המועצה, גם אם היא מגבילה את העותרות במידה העולה על זו שעליה המליץ הממונה, אינה חורגת ממתחם הסבירות, ואין לנו יסוד להתערב בה.

מנימוקים אלה כולם סברתי שיש לדחות את העתירה ולהטיל על העותרות הוצאות-

משפט כאמור לעיל.

**הנשיא א' ברק**: אני מסכים.

**השופט ע' ר' זועבי**: אני מסכים.

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת דורנר.

ניתן היום, כ"ח חשוון תש"ס (7.11.99).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

נ ש י א