

בית המשפט

בש"א 516/08 ה"ע 705/07 ה"ע 707/07	בית הדין להגבלים עסקיים בבית המשפט המחוזי בירושלים
23/10/2008	לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

בעניין: חברת פרטנר תקשורת בע"מ
 ע"י ב"כ עוה"ד רון גזית, רוטנברג ושות'

המבקשת
להצטרף להליך

נ ג ד

1. הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ
 ע"י ב"כ עו"ד וינשטוק – זקלר ושות'

2. הפי"ל – הפדרציה למוסיקה ישראלית וים תיכונית
בע"מ
 ע"י ב"כ עוה"ד י' מנור ו/או ל' לינדאור

מבקשות
האישור

נ ג ד

הממונה על הגבלים עסקיים
 ע"י עו"ד יאירה פרנקל
 מרשות ההגבלים העסקיים

הממונה

ה ח ל ט ה

1. בקשה להצטרף להליכי אישור של ההסדרים הכובלים בשני התיקים, מכח תקנה 27 לתקנות ההגבלים העסקיים (סדרי דין בבית הדין ובערעור), התשמ"ט - 1988 (להלן: תקנה 27), ולחלופין להאריך מועד להגשת התנגדות לאישור ההסדרים, בהתאם לסעיף 38 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988 (להלן: החוק).

2. נושא ההליך העיקרי הוא בקשת לאישור הסדרים כובלים, אשר הגישו הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ (להלן: "הפדרציה"), ה"ע 705/07 והפי"ל- הפדרציה למוסיקה ישראלית וים תיכונית בע"מ (להלן: "הפי"ל"), ה"ע 707/07 ושתי הפדרציות – ביחד: "הפדרציות").

ההסדרים כוללים בגדרם ניהול משותף של זכויות היוצרים של חבריהן בתחום מתן רישיונות השמעה פומבית ושידור של רשומות קול.

רקע עובדתי

3. בקשות קודמות של הפדרציות לאישור הסדרים כובלים אושרו ב- 29.4.04, בה"ע 3574/00, 3666/00 **הפדרציה הישראלית נ' הממונה על הגבלים העסקיים ואח'**, לתקופה של שלוש שנים (להלן: פסה"ד הפדרציה).

4. ביום 25.4.07 הגישה הפדרציה בקשה מחודשת לאישור הסדר כובל לתקופה של שישה חודשים. ביום 21.5.07 הגישה הפי"ל בקשה דומה, שבה תקופת ההסדר המבוקשת היא שלוש שנים.

אין ספק שהבקשה להצטרף להליכים האמורים המונחת בפני הוגשה באיחור ניכר, מהיבט הזמן שעבר למן פרסום תחילת ההליכים.

5. ביום 1.6.07 ניתן היתר זמני לפדרציה, וביום 3.6.07 ניתן היתר זמני לפי"ל בכפוף לתנאים שנקבעו על ידי בית הדין בפסק דין הפדרציה. ההיתר הוארך לבקשות הצדדים עד ליום 31.5.08, והוארך שוב לאחר משא ומתן בין הצדדים בימים 1 ו- 4 ליוני 2008 בהתאמה לתקופה של שנה בכפוף לתנאים חדשים אליהם הגיעו הצדדים עם הממונה על הגבלים עסקיים במשא ומתן שנוהל ביניהם.

6. המבקשת הינה מפעילת רשת תקשורת סלולארית בישראל וכן מחזיקה ברישיון לאספקת שירותי גישה לאינטרנט, ובמסגרת רשת התקשורת שלה היא מפעילה שירותי תוכן הכוללים יצירות מוסיקליות. שירותים אלו מחזיקים, בין היתר, תכני אודיו ותכנים אודיו ויזואליים באתרי האינטרנט הסלולארי שהמבקשת מפעילה, שירותי funton (צליל חיוג המושמע לכל מי שמתקשר למנוי), ועוד.

7. המבקשת מחזיקה ברישיון מוגבל מאת הפי"ל- במסגרת רישיון זה רשאית היא להעמיד לרשות הציבור יצירות מוסיקליות כשלעצמן, אך אין בידה "רישיון שמיכה" המאפשר שידור של יצירות משולבות, כגון תכנית רדיו.

למבקשת אין כל רישיון מאת הפדרציה. המבקשת טוענת כי בעבר החזיקה ברישיון מאת הפדרציה, אך כאשר תוקפו פג לא הסכימה הפדרציה לחדשו בטענה שאין היא מעניקה רישיונות לשימושים ברשת האינטרנט וברשת הסלולארית.

8. המבקשת טוענת כי היא "אדם העלול להיפגע" מההסדרים הכובלים כמשמעות המונח בסעיף 8 לחוק. המבקשת מוסיפה כי עלולה היא להיפגע מאישור ההסדר הכובל, אם תנאי האישור לא יגנו עליה מפני הפעילות הפוגענית של הפדרציות. המבקשת מטעימה, כי יש לייחס חשיבות רבה לכך שהפדרציות יעניקו רישיונות אשר יאפשרו שימוש ביצירותיהן ברשת האינטרנט וברשת הסלולארית, באופן המאפשר לציבור הנאה מלאה.

9. לטענת המבקשת, חשוב לצרפה להליך מהטעם שכיום לא נוטל בו חלק צד אשר מבקש להעמיד תכנים לשימוש הציבור באינטרנט ובסלולר, ואם ההליך ימשיך להתנהל ללא צד כזה, בית הדין יקבל תמונה חסרה.

10. בכל הנוגע לבקשה של הפדרציה (ה"ע 705/07), טוענת המבקשת כי בקשתה לא הוגשה באיחור. היא מטעימה כי בקשת הפדרציה לאישור הסדר כובל התפרסמה ברשומות במאי 2007, ודובר בה על אישור ל- 6 חודשים, תקופה שחלפה מזמן. מטעם זה, לשיטת המבקשת, הבקשה לאישור ההסדר העומדת לפני בית הדין הינה בקשה חדשה אשר כלל לא פורסמה ברשומות, ועל כן, לא חלפה תקופת שלוש הימים להגשת ההתנגדות אשר נקבעה בסעיף 8(ב) לחוק. לחלופין, טוענת המבקשת כי קיימים טעמים מיוחדים להארכת מועד, כנדרש בסעיף 38 לחוק.

11. המבקשת מוסיפה, כי אמנם שיקול הפגם בפרסום שהעלתה לגבי הסדר הפדרציה לא מתקיים בבקשת הפי"ל – בה התבקש מראש אישור לתקופה של שלוש שנים, ואולם, לדבריה, יתר הטעמים מצדיקים את הצטרפותה גם להליך בקשתה של הפי"ל, מה גם שהדיון בבקשות שתי הפדרציות מתקיים במאוחד. המבקשת הדגישה שבשני התיקים טרם התקיים דיון לגוף הבקשות.

הממונה והפדרציה התנגדו לבקשה (להלן: המתנגדות לצירוף). הפי"ל הותירה את הבקשה לשיקול דעת בית המשפט.

דיון

12. סמכותו של בית הדין לצרף צד להליך הינה סמכות שבשיקול דעת. כפי שהדגישו המתנגדות לצירוף, על-פי פסיקת בית הדין, בצירוף של צדדים שלישיים להליך בפני בית הדין להגבלים עסקיים על המבקש להיות בעל תרומה מחדשת ובעלת משמעות בקשר לסוגיה המתבררת (ראה: בש"א 110/05 (ה"ע 601/05) **אל על נתיבי אוויר לישראל נ' הממונה על הגבלים עסקיים**, פסקה 10), ובכל מקרה, על מבקש ההצטרפות להסביר מדוע אין די בהבאת הנושאים המטרידים לשיטתו לפני הממונה על הגבלים העסקיים, כדי שזה יעלה את הנושאים לדיון ויפעל למצוא פתרון (ראה ערר 10-11/99 **די.בי.אס שירותי לוויין (1998) בע"מ נ' תבל תשדורת בינלאומית בע"מ**, פסקה 9).

13. כטענת המתנגדות לצירוף, לא מצאתי בטעמים שציינה המבקשת בבקשה כי מצויה בידה תרומה מחדשת המצדיקה לצירופה להליך בשלב זה, זאת במיוחד לאור העובדה שבהיתרים הזמניים האחרונים שניתנו לפדרציות ממילא מצויה התייחסות מפורשת לטענות שהעלתה (לעניין שימוש ביצירה ששולבה ביצירות אחרות ולעניין רישיון שימוש להעברת שידורים באמצעות האינטרנט, טלפוניה ורט"ן). ברם, אין בכך כדי לקבוע את תוצאות הבקשה בכל הנוגע לתיק הפדרציה, מהטעם שיפורט להלן.

14. אכן, לפי סעיף 8 לחוק, על המבקש להגיש בקשתו תוך שלושים יום מיום הפרסום ברשומות, מועד אשר חלף מזמן בשני התיקים. ואולם, מקובלת עלי טענת המבקשת כי לא איחרה את המועד להתנגד לבקשת **הפדרציה**, ומכל מקום, קיים לגבי בקשה זו טעם מיוחד המצדיק הארכת המועד להגשת ההתנגדות. המצב שונה לגבי בקשת **הפי"ל**.

15. ביסוד עמדתי לעניין האיחור בתיק הפדרציה, מונחים השיקולים הבאים:
א. בקשתה המקורית של הפדרציה לאישור ההסדר הבהירה כי לפני הגשת הבקשה היא ניהלה מו"מ עם הממונה לצורך גיבוש תנאים חדשים (למול אלו שגובשו בהליך הקודם), אשר יתאימו לשינויים

שחלו בשוק בשלוש השנים האחרונות, וכי לאחר תקופת ההסדר יובא לאישורו "הסדר אחר פרי המשא ומתן של תקופת הביניים". צודקת המבקשת בטענתה, כי לפי הבקשה, כפי שפורסמה, אמורה היתה הפדרציה להגיש כבר מזמן בקשה חדשה לאישור, ולאחר שזו היתה מתפרסמת, היה ביד פרטנר להגיש התנגדויות.

ב. יתר-על-כן, הקושי שעוררה המבקשת: העובדה שתקופת ההיתר הזמני ארוכה הרבה יותר ממשך חיי ההסדר המבוקש, אינו קושי קל. כאמור, הבקשה שבגינה נפתח תיק הפדרציה היתה לאשר פעילות במשך תקופת מו"מ קצרה מול הממונה, ועתה, מכח אותה בקשה לאישור ההסדר, מתנהלת הפדרציה כהסדר כובל כבר במשך 18 חודשים. מצב זה בלתי תקין על פניו. מטבע העניין, תקופת ההיתר הזמני צריכה להיות קצרה הרבה יותר, כמגשרת עד לאישור ההסדר על-ידי בית הדין. המצב שתואר מעורר את השאלה אם נכון להוסיף ולקיים בתיק זה את הדיון, או שיש לסיים את הדיון בו ולהורות למבקשת להגיש בקשה חדשה, שלגביה ממילא תהיה למבקשת הזכות להתנגד.

16. באי-כוחה של הממונה ושל הפדרציה טוענים כי תקופת ההסדר טרם התמצתה, מאחר שתקופה זו נמנית רק מיום שבית הדין מאשר את קיומו של ההסדר הכובל. באת-כח הממונה מוסיפה, כי ההארכה (המשתמעת) של תקופת האישור המבוקשת מעבר לששת החודשים שנתבקשו במקור אינה יוצרת בקשה חדשה, ולכן גם לא היה מקום או צורך בפרסום מחדש ברשומות.

17. עמדה זו אינה מקובלת עלי. כאשר מתבקש היתר זמני בגדרה של בקשה לאישור ההסדר, הכוונה היא למתן היתר זמני **לאותו הסדר שאישורו התבקש**. על כן, לא ניתן להשלים עם העובדה שתקופת ההיתר הזמני ארוכה מתקופת ההסדר. יתר-על-כן, ההתנגדויות של הציבור מביאות בחשבון, כך צריך להניח, את כל היבטיו של ההסדר המבוקש. משמתבקש אישור להסדר קצר בזמן, ניתן להניח כי מי שלא הגיש התנגדות עשה זאת, בין השאר, מאחר שהיה בידו להשלים עם קיום ההסדר למשך תקופה קצרה, מתוך הבנה שיוכל להתנגד כאשר תוגש בקשה נוספת כשיסתיים מועד אותו הסדר.

17. לאור האמור, גם אם תינתן למבקשת רשות להצטרף להליך בתיק הפדרציה, לא יהא בכך כדי לתקן את פגמיו. תיקון הפגמים יכול להיעשות על-ידי הגשת בקשה חדשה לאישור (ומשיכת הבקשה הקיימת), תוך נקיטת הליך הפרסום כנדרש או על-ידי תיקון הבקשה הקיימת לאישור, בליווי פרסום מתאים. אם תיבחר הפדרציה בדרך השניה, תצורף המבקשת לתיק כמתנגדת, מכח קבלת בקשתה היום, ואם תיבחר בראשונה, יהא על המבקשת להגיש התנגדות במועד.

הפדרציה תודיע תוך 30 יום מהי הדרך בה בחרה (ההודעה תימסר גם למבקשת).

18. אשר לחלקה האחר של הבקשה, הנוגע לפי"ל – הבקשה נדחית מהטעמים שהעלו באי-כח הממונה והפדרציה. נחה דעתי כי הממונה נתנה דעתה לנושאים שהמבקשת חפצה להעלות וצרופה להליך חרף האיחור, מיותר.

לאור האמור, הבקשה מתקבלת בחלקה.

אין צו להוצאות.

ניתנה היום, כ"ד בתשרי תשס"ט (23 באוקטובר 2008), בהעדר המזכירות תשלח ההחלטה לצדדים.

מרים מזרחי, שופטת