

מדינת ישראל

משרד המשפטים

מחלקת ייעוץ וחקיקה (ייעוץ)

י"ט אב תשס"ט
09 אוגוסט 2009
(תיקנו : נייע שרים)

אל: גבי נגה רובינשטיין, היועצת המשפטית, משרד התקשורת

הנדון: שר התקשורת, מר משה כחלון – חוות דעת בעניין חשש לניגוד עניינים

ביקשת לקבל חוות דעתנו בשאלה האם שר התקשורת, מר משה כחלון, עלול להימצא במצב של חשש לניגוד עניינים, או מראית עין של חשש כאמור, בהינתן העובדה שאחותו, הגבי עמליה זרקא, משמשת סמנכ"לית משאבי אנוש בחברת הוט מערכות תקשורת בע"מ (להלן - הוט שידורים), שהינה בעלת רשיון כללי לשידורי כבלים, ואם כן – מהי הדרך להימנע מכך.

לאחר שבחנו את העניין בצורה מעמיקה, הריני מתכבדת להשיבך, על דעתו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ), כדלקמן:

עמדתנו מבוססת על התשתית העובדתית, כפי שתפורט להלן, שהובאה בפנינו על-ידי הגבי טל רוזנפלד מלשכתך, בפניותיה מיום 01.04.09 ומיום 05.04.09, בעניין.

רקע

1. משרד התקשורת, ושר התקשורת העומד בראשו, אמונים על קביעת המדיניות בכל הנוגע להסדרת שוק התקשורת בישראל, עידוד פיתוח תשתיות התקשורת, מתן רישיון למבקשים ליתן שירותי תקשורת, ופיקוח על בעלי רישיונות תקשורת.

2. שר התקשורת הוא הממונה על ביצוע הוראות חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן - החוק), שבמסגרתו נקבעה תשתית הסדרת הטלוויזיה הרב ערוצית. ואולם, ככלל, תפיסת ההסדרה היא כי השר אינו אמור לעסוק בהסדרת תכנים באופן ישיר ועיקר ההסדרה והפיקוח על גופים משדרים מתבצעת באמצעות מועצות מועצות ציבוריות.

3. הרשות האמונה על הסדרת תחום שידורי הטלוויזיה בכבלים ובלווין באופן ישיר היא

המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין (להלן - **המועצה**), שמתמנה על-ידי הממשלה לפי המלצת שר התקשורת, מכוח החוק. בראש המועצה עומד נציג שר התקשורת, שהוא עובד המשרד. לצורך קבלת החלטותיה וביצוע תפקידה, נעזרת המועצה במנהלת הסדרת השידורים לציבור, אשר עובדיה הם עובדי משרד התקשורת.

4. במקביל לעבודת המועצה בנושא, מקנה החוק סמכויות ספציפיות לשר התקשורת בכל הנוגע לשידורי כבלים ולוויין; כך, למשל, השר רשאי לקבוע תנאים בנושאים הנדסיים אשר ייכללו ברישיון לשידורי כבלים (סעיף 6ח(ו)); השר רשאי, לאחר התייעצות עם המועצה, לקבוע תנאים למתן רישיון לשידורי כבלים ולביצוע שידורים (סעיף 6ט לחוק). בנוסף, השר רשאי לפזר את המועצה במקרה בו הוא סבור שהיא אינה ממלאה תפקידה כראוי והוא רשאי למלא את תפקידה עד שתמונה מועצה חדשה (סעיף 6ו לחוק); השר רשאי להפוך את החלטותיה של המועצה, בין היתר, לעניין הענקת רישיון לשידורי כבלים, אם מצא שהתקיימו טעמים מיוחדים המצדיקים זאת (סעיף 6ח(ה) לחוק). כפי שנמסר לנו על-ידכם, ככל הידוע לכם, מעולם לא נעשה שימוש בסמכויות אלה על-ידי שרי התקשורת בעבר.

כמו כן, בהתאם לסעיף 6מו לחוק, שר התקשורת הוא בעל הסמכות להעניק, בהתייעצות עם המועצה, רישיון לשידורי לוויין, ובהתאם לסעיף 6מט לחוק, הוא רשאי לקבוע בו תנאים. כיום קיים רישיון אחד לשידורי לוויין אשר ניתן לחברת די.ב.אס שירותי לוויין (1998) בע"מ (להלן - **חברת יס**). עם זאת, ההסדרה של חברת יס, מתבצעת, גם היא, בעיקרה על ידי המועצה לשידורי כבלים ושידורי לוויין.

בנוסף, מעניק החוק סמכויות שונות לשר התקשורת במספר נושאים נוספים הנוגעים לתחום השידורים אשר במקרים שונים נעשה בהם שימוש, כפי שפורט בנספח שהועבר אלינו על-ידכם ביום 05.05.09. כמו כן, שר התקשורת הוא השר הממונה על ביצועו של חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990, הקובע את תשתית הסדרת הטלוויזיה המסחרית.

5. בנוסף על תחום שידורי הטלוויזיה, לשר התקשורת סמכויות ואחריות גם בתחום שירותי הטלקום. בהקשר זה נציין כי הוט טלקום שותפות מוגבלת (להלן - **הוט טלקום**), המוחזקת על ידי הוט שידורים, היא בעלת רישיון כללי למתן שירותי בזק פנים ארציים נייחים, ומשכך כפופה לפיקוח משרד התקשורת והעומד בראשו. בהתאם לקבוע ברישיון שניתן להוט טלקום, וברישיון שניתן להוט שידורים, מחויבים הללו בהפרדה מבנית ביניהם, הכוללת הפרדה בדירקטוריונים, הפרדה בהנהלה (לרבות במערכת העסקית), הפרדה במערכת הכספית ובמערכת השיווק, הפרדת נכסים והפרדה בהעסקת עובדים. מכוח קביעה זו שברישיון, להוט טלקום מנהלת משאבי אנוש נפרדת, אשר כפופה ניהולית למנכ"ל הוט טלקום. לאחרונה תיקן משרד התקשורת את הרישיון שניתן להוט טלקום, באופן שהקים סניגים לחובת ההפרדה המבנית כפי שנקבעה לכתחילה ברישיונות, וזאת לעניין שימוש הוט טלקום, תמורת תשלום סביר, בשירותי ניהול, תפעול ותחזוקה של מערכות מידע וחיוב וגביית הכספים שמספקת הוט שידורים; שימוש, תמורת תשלום סביר, בנכסים שהוט שידורים היא בעל זכות קניינית

בהם ומתן אפשרות להוט השידורים לעשות שימוש בנכסיה של הוט טלקום; שימוש, תמורת תשלום סביר, בשירותי גיוס כח אדם הניתנים על ידי הוט שידורים; ומתן אפשרות להעביר לידי סמנכ"ל הכספים של הוט שידורים מידע פיננסי הנוגע להוט טלקום, בכפוף לסייגים המפורטים ברישיון.

במקביל הועברה לבחינת המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, שאלת עריכת תיקון מקביל ברישיונה של הוט שידורים.

6. כאמור, אחותו של השר, גב' עמליה זרקא, משמשת כסמנכ"ל משאבי אנוש בחברת הוט שידורים.

כפי שנמסר לכם על-ידי הגב' זרקא, הרי שהיא מועסקת בתפקיד מזה כשנה וחצי, והיא אחת מ-11 סמנכ"לים בהוט שידורים. במסגרת תפקידה אחראית הגב' זרקא על גיוס עובדים, הכשרת עובדים, ורווחת עובדים בהוט שידורים. כסמנכ"לית, היא לוקחת חלק בדיוני הנהלה אך, כפי שמסרה (בעל פה) היא כמעט ואינה שותפה בדיונים אסטרטגיים ואינה שותפה לקבלת החלטות אסטרטגיות בחברה. כיום שכרה של הגב' זרקא מכיל רכיבים בצורת בונוסים הנגזרים לפי רווחיות החברה. ואולם, כפי שנמסר לכם, הגב' זרקא הסכימה כי, ככל שתידרש לכך, תפעל לשינוי שיטת התגמול באופן ששכרה יהיה קבוע ולא יהיה תלוי ברווחיות החברה.

גזרת ניגוד העניינים

7. במצב דברים כאמור, עלולה להיטען טענה לחשש לניגוד עניינים, או למראית עין של חשש כאמור, עת יידרש השר להפעיל את סמכויותיו ביחס לחברת הוט שידורים או לתאגידים שבשליטתה או לחברות שבשליטת בעלי השליטה שלה, ואף ביחס לחברת הלווין שהינה מתחרה ישירה שלה. טענה כאמור עלולה להיטען בפרט נוכח אופי הסמכויות של שר התקשורת ביחס לחברות למתן שידורי כבלים ולווין והשפעתן הישירה על חברות אלה בשוק המצומצם והתחרותי בו הן פועלות.

8. נוסף כי, לכאורה, עלולה להישמע גם טענה לפיה השר עלול להימצא במצב של ניגוד עניינים אף עת שהוא נדרש למנות את חברי מועצת הכבלים והלוויין, המבצעת את עיקר ההסדרה והפיקוח על חברות הכבלים והלוויין, ולא רק עת הוא נדרש להפעיל את סמכויותיו שלו ביחס לחברות אלה כפי שהוקנו לו בחוק. כך, יטען הטוען כי מפאת ניגוד עניינים לכאורי בו הוא מצוי, השר עלול למנות גורמים "נוחים" לחברת הכבלים אשר יהיו עושי דברו במועצה, וירצו אותו בכך שייטיבו עם חברת הכבלים או ירעו עם מתחריה.

בהקשר זה, נציין כי המועצה מונה 13 חברים,¹ המתמנים לתקופה של 4 שנים. בפועל, במועד

¹ סעיף 6(ב) לחוק קובע לאמור:

"במועצה יהיו שלושה עשר חברים שיציע השר לממשלה, והם:

(1) ששה נציגי הממשלה שהם עובדי המדינה ובהם אחד לפי המלצת שר התרבות, אחד לפי המלצת שר המשפטים, אחד לפי המלצת שר האוצר ושלושה לפי המלצת שר התקשורת;

פנייתכם מנתה המועצה 9 חברים² שתקופת כהונתם אינה צפויה להסתיים בקרוב (יו"ר המועצה מונה לפני כשנה בלבד). כך, במצב הדברים היום, נדרש שר תקשורת הנכנס למנות 4 חברים נוספים והם: עובד מדינה לפי המלצת שר התרבות, 2 נציגי ציבור המייצגים לדעת השר את הצרכנים, ונציגי ציבור המייצג לדעת השר את האמנים והיוצרים בישראל.

9. כפי העולה מן האמור לעיל, טענת הימצאות במצב של חשש לניגוד עניינים עלולה להיטען עת יידרש השר לטפל, מתוקף תפקידו כשר התקשורת, במגוון רחב של נושאים שהם ליבת תפקידו המקצועי, הנוגעים הן לתחום השידורים והן לתחום הטלפוניה, הן לחברת הוט והן למתחריה. במצב דברים זה, אילו היה ממש בטענות אלה, ולדעתנו אין זה מצב הדברים, ספק אם מר כחלון יכול היה למלא את תפקיד שר התקשורת כנדרש.

10. לדעתנו, במקרה שלפנינו יש נסיבות מיוחדות בהן יש להתחשב, המצביעות על כך שאין לפנינו חשש לניגוד עניינים של ממש. יחד עם זאת, את אותם חלקים של מראית העין לחשש כאמור, שמעורר בכל זאת הקשר המשפחתי בין השר לאחותו ניתן לנטרל כפי שיפורט בהמשך. ואלו הן הנסיבות המיוחדות במקרה דנן:

(1) עיקר עבודת ההסדרה והפיקוח של משרד התקשורת על הגופים המשדרים נעשית על-ידי מועצה ציבורית שחלים עליה כללי מינהל תקין, ובכללם החובה לפעול בשקיפות ולהעביר מידע לציבור על-פי חוק חופש המידע;³

(2) הגורמים המעורבים בשוק התקשורת, ובפרט בתחום התקשורת הרב ערוצית, הם אנשי עסקים וגופים בעלי ידע, כוח ומשאבים ובעלי הכלים לבחון, ואף לתקוף במידת הצורך, כל החלטה של משרד התקשורת שעלולה להיות מונעת, לכאורה, שלא מנימוקים מקצועיים מבוססים כדבעי;

(3) העובדה שבנסיבות העניין הזיקה בין השר כחלון לבין חברת הוט שידורים נוצרה בעטייה של אחותו (שאינה מנהלת איתו משק בית משותף או סמוכה על שולחנו), העובדת בחברת הוט שידורים כשכירה בלבד, ובכפוף לשינוי שכרה של הגב' זרקא באופן שלא יהיו בו רכיבים התלויים ברווחיות החברה, כפי שהסכימה הגב' זרקא לקבל על עצמה.

הצעתנו לנטרול החשש לניגוד עניינים

11. בנסיבות אלה, ובכפוף לכך שהגב' זרקא תעביר ללשכתך תיאור מלא של תפקידה בכתב, שישקף את הדברים שמסרה בעל-פה כפי שהובאו בסעיף 4 לעיל, ודיווח על שינוי שכרה באופן

(2) שבעה נציגי ציבור ובהם שניים שהמליץ עליהם מרכז השלטון המקומי, שניים המייצגים לדעת השר את הצרכנים, אחד המייצג לדעת השר את האמנים והיוצרים בישראל ושניים שהם נציגי גופים בתחום החינוך והתרבות שהמליץ עליהם שר החינוך התרבות והספורט..."

² הרכב המועצה כיום הוא כדלקמן: עובדי מדינה - יו"ר (נציג השר) - ניצן חן; נציגת משרד המשפטים - דנה נויפלד; נציג משרד האוצר - אורן משה; שני עובדי משרד התקשורת - יגאל לוי וזאב רז; נציגי ציבור - מאיר כהן וחנה קובל (מרכז השלטון המקומי); חדיג'ה עבד אל כרים מוחמד ודוניא בראנסי (נציגים מתחום החינוך והתרבות).

³ יצוין כי היות, שבמקביל, עניינים כמו תנאי הרישיון והפרתו מוכרעים על-ידי השר, הוצע לקבוע מגבלה בעניין טיפול השר בעניינים שיש להם השפעה על הוט שידורים או על אחותו, הכל כפי שיפורט להלן.

שאינו בו רכיבים התלויים ברווחיות החברה, או סבורים כי ניתן להסתפק בכך שהשר יקבל על עצמו את המגבלות הבאות:

א. לגבי עניינים שיש בהם כדי להשפיע בצורה ישירה ומהותית על חברת הוט שידורים

ועל חברת הלווין ולגבי עניינים הנוגעים לנושאי משאבי אנוש בחברת הוט שידורים או בחברת הוט טלקום – על השר להתחייב להימנע מלקבל החלטות בעניינים כאמור, אלא לאחר קבלת המלצת הגורמים המקצועיים הרלבנטיים לעניין שבמשרד התקשורת או במועצת הכבלים והלווין, בהתאם להליך המינהלי הרגיל. מובן שאין בכך בכדי לגרוע מחובתו של השר, על פי כללי המשפט המינהלי, לשמוע את עמדת הגורמים המקצועיים לפני קבלת החלטות שבתחום סמכותו, גם בעניינים האחרים שבסמכותו.

בעניינים כאמור, יהא על השר להביא את פרטי המקרה בפניו, כדי שתבחני את נסיבות המקרה ותחליטי מיהו הגורם המקצועי המתאים הנוגע בדבר שאליו יש לפנות לקבלת חוות דעת מקצועית כאמור. כמובן שבמידת הצורך תוכלי להתייעץ גם עימנו בעניין.

בהקשר זה יצוין כי, לגישתנו, השר יוכל, במקרים בהם תימצא לו תשתית מתאימה ומבוססת, לסטות מהחלטות הגורמים המקצועיים, ואולם אז יהיה עליו נטל הנמקה כבד יותר מהרגיל לעניין הצדקת הסטייה מההמלצות.

ב. לגבי עניינים שיש בהם כדי להשפיע על עניינה של הגבי זרקא באופן ישיר – בעניינים

שיש בהם כדי להשפיע על ענייניה של אחותו באופן ישיר, יהיה השר מנוע מלטפל. במקרים אלה, ככל שיגיעו לשולחנו, יהיה על השר להודיע לך ולנו, כדי שנבחן מהו הפתרון בו יינקט בנסיבות העניין.⁴ כך, למשל, במקרה בו יהיה צורך לשקול ביטול הרישיון של הוט שידורים, שכתוצאה ממנו עלולה הגבי זרקא לאבד את משרתה וכיו"ב. ככל שנדרשת כבר כיום החלטה של השר בענין ההפרדה המבנית בין הוט שידורים והוט טלקום, אשר יש בה להשפיע על ענייניה של אחותו, נודה על קבלת התייחסות מטעמך, על מנת שנוכל לשקול אם נדרשות הוראות נוספות למניעת חשש לניגוד עניינים. ככל שלא נדרשת מעורבות של השר בענין, ודי בהחלטותיהם של אנשי המקצוע הנוגעים לענין – לא נדרשת התייחסות נוספת מטעמך בנושא זה.

ג. לגבי עריכת מינויים למועצה – או סבורים כי אין מניעה שהשר ימנה את חברי

מועצת הכבלים והלווין, זאת נוכח הרכבה הקשיח יחסית של המועצה והקשר העקיף יחסית שבין מינוי חבריה להשפעה על ענייניה של אחות השר.


ד. במקרים בהם ייודע לך שהובאו, או שצפויים להיות מובאים, להכרעת המשרד או

השר עניינים כפי שפורטו בסעיפים א' ו-ב' לעיל, שלגביהם על השר לקבל על עצמו מגבלות כאמור, יהא עלייך להסב את תשומת ליבו למגבלה שקיבל על עצמו, ולפנות אלינו כדי שנבחן האם השר יכול לקחת חלק בטיפול בהם, ובאילו תנאים. יודגש, כי לאור הקשר בין השר ואחותו, או מייחסים חשיבות רבה לפעולתך כאמור בסעיף זה,

⁴ פתרונות אפשריים שייבחנו בהקשר זה: טיפול משותף של השר בשיתוף עם שר נוסף, העברת העניין לטיפולו של שר אחר לפי סעיף 31 לחוק יסוד:הממשלה, וכיו"ב.

וכי לגישתנו, על המחלקה המשפטית לגלות רגישות מיוחדת למעורבותו של השר בנושאים אלה, ולהסב את תשומת הלב של הנוגעים בדבר במקרים המתאימים.
ה. כמו כן, יש להנחות את השר להביא את הדברים שלעיל ואת המגבלות שיקבל השר על עצמו לידיעת הגורמים הבכירים הרלבנטיים במשרד (מנכ"ל וסמנכ"לים) ולידיעת חברי מועצת הכבלים והלווין והמינהלת שלצידה, וגורמים אחרים, ככל שתמצאי לנכון.

12. הסדר זה, כפי שהוצג לעיל, ייכנס לתוקף רק לאחר שיוצג לך מסמך חתום על-ידי הגב' זרקא, המתאר את היקף פעילותה וסמכויותיה והמודיע על שינוי תחשיב שכרה. עד אז – על השר להימנע לחלוטין מקבלת החלטות בענייני הוט שידורים.


בברכה,
לימור תוסיה-כהן, עו"ד

העתקים:
מר מני מזוז, היועץ המשפטי לממשלה
מר מלכיאל בלס, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ)
גב' נורית ישראלי, היועצת המשפטית, משרד מבקר המדינה