



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5664/22

לפני :

כבוד השופט י' עמית
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופטת ר' רונן

העותרת :

הוט מערכות תקשורת בע"מ

נ ג ד

המשיבים :

1. הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו
2. המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין
3. משרד התקשורת
4. שר התקשורת
5. שידורי קשת בע"מ
6. אר. גי. אי. גרופ בע"מ
7. פרי טיוי פלוס בע"מ

המבקש להצטרף להליך :

עו"ד שחר בן מאיר

עתירה למתן צו על-תנאי מיום 5.8.2022 ;
תגובה מקדמית מטעם המשיבים 2-4 מיום 23.11.2022 ;
תגובות מקדמיות מטעם המשיבות 5-7 מיום 28.11.2022 ;
תגובה מקדמית מטעם המשיבה 1 מיום 29.11.2022 ;
תשובה לתגובות המקדמיות מטעם העותרת מיום
19.1.2023 ;
הודעה מטעם המשיבה 1 והגשת חוות דעת כלכלית מיום
2.4.2023 ;
הודעה על הגשת עמדה מטעם הממונה על התחרות מיום
3.4.2023 ;
תגובה מטעם העותרת מיום 17.4.2023 ;
הודעה משלימה מטעם המשיבה 1 מיום 9.5.2023 ;
הודעת הבהרה מטעם המשיבה 2 מיום 7.6.2023 ;
תגובות מטעם העותרת והמשיבה 5 מיום 12.6.2023 ;
בקשה להצטרפות להליך במעמד "ידיד בית המשפט"
מיום 13.6.2023

תאריך הישיבה :

י"ב באדר התשפ"ג (5.3.2023)

בשם העותרת :

עו"ד אבי ליכט, עו"ד דורין ארדיס,
עו"ד איל מנדלבאום, עו"ד יפית שלו

בשם המשיבה 1 :

עו"ד עופר קורלנדר, עו"ד אסף הדני,
עו"ד ירדן ליכטמן

בשם המשיבים 2-4 :

עו"ד אודי איתן, עו"ד קובי עבדי

- בשם המשיבה 5 : עו"ד צבי בר-נתן, עו"ד מעין ברונשטיין, עו"ד אמיר ונג
- בשם המשיבה 6 : עו"ד זוהר לנדה, עו"ד ערן וינר, עו"ד עידו וקשי, עו"ד לינה מחולה
- בשם המשיבה 7 : עו"ד רועי בלכר, עו"ד גיא זאבי, עו"ד יעל קוברובסקי
- בשם המבקש להצטרף להליך : בעצמו

פסק-דין

1. האם יש בסיס בדין לביטולה של החלטת הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, המשיבה 1, שאפשרה להרחיב את פעילותה של אחת מבעלות הרישיון, שידורי קשת בע"מ, גם לתחום של שידורי טלוויזיה רב-ערוצית באינטרנט? זו השאלה שהועמדה במרכז ההליך שבפנינו.
2. בשים לב לטענות כבדות משקל שהועלו בכל הנוגע להשלכות על התחרות בתחום התקשורת, ולאחר דיון שהתקיים בפנינו בנושא ביום 5.3.2023, הורינו על הגשת השלמות טיעון והצגת נתונים נוספים בכל הנוגע לתהליכי קבלת ההחלטות. בשלב הנוכחי, לאחר שבחנו את המסמכים הנוספים שהוגשו, הגענו לכלל דעה כי מוצה הליך הביקורת השיפוטית שבפנינו. ככל שענייננו בבחינת תקינות ההחלטות שהתקבלו, התרשמותנו היא שאין לומר בעת הזו כי תהליכי קבלת ההחלטות או תוכנן היו פגומים, באופן שמצדיק את התערבותנו, בשים לב לכך שאל לנו להמיר את שיקול דעת הרשות בשיקול דעתנו. וכל זאת, בכפוף למחויבותה הנמשכת של הרשות השנייה להוסיף ולעקוב אחר ההתפתחויות בשוק התקשורת גם בעתיד. כך אנו מחליטים אפוא, וכעת רק נפרט קמעא באשר לגלגוליו של ההליך ולאופן שבו הגענו אל מסקנתנו זו.
3. העתירה הוגשה מלכתחילה ביום 25.8.2022, על-ידי העותרת, הוט מערכות תקשורת בע"מ (להלן: הוט), שהיא בעלת רישיון לשידורי טלוויזיה בכבלים. כאמור, העתירה העמידה במרכזה את ההחלטה לאפשר לבעלת רישיון בתחום של שידורי טלוויזיה מסחרית, היא קשת, להרחיב את פעילותה גם לשידורים רב-ערוציים. פעילות זו נועדה להיעשות על בסיס תשתית של אינטרנט, להבדיל מפעילותה המסורתית של הוט במתכונת של שידורי טלוויזיה בכבלים. ההחלטה מושא העתירה התקבלה ביום 22.6.2022 ומשך תוקפה הוא עד ליום 2.9.2025.

4. מבלי לפרט, יצוין כי ההחלטה כוללת סייגים והגבלות שונים, ובכלל זה – מבלי למצות – הוראות שעניינן "איסור זליגת תכנים", דהיינו איסור על העברת תכנים המופקים על-ידי קשת או מי מטעמה, למעט העברת שידורי ערוץ 12 כפי שהם משודרים בכל פלטפורמה מתחרה או שידורי עבר; הוראות בעניין "ההפרדה בין חברת החדשות של קשת לבין המיזם"; והוראות בעניין האיסור שהוטל על קשת להפלות לטובה את המיזם ולהעדיפו בפרסום ובקידום בשידורי ערוץ 12.

5. לטענתה של הוט, ההחלטה שהתקבלה היא פסולה מטעמים רבים, אך נאמר שבמרכז העתירה עמדו טענות שנסכו על ההשלכות השליליות של המהלך על הריכוזיות בתחום התקשורת. על-פי הנטען, הרחבת פעילותה של בעלת רישיון בתחום הטלוויזיה גם לעבר שידורים רב-ערוציים תפגע בביזוריות של שוק הדעות באופן חמור. הוט טענה בעתירה כי יש להתחשב בייחודיות של תחום השידורים הרב-ערוציים לעומת שידורי טלוויזיה מסחרית ובהתאם לכך באסדרה השונה הנוגעת להם (מצד אחד, הערוצים המסחריים רשאים לשדר חדשות ומתבססים על הכנסות מפרסום, ומצד שני פלטפורמות השידור הרב-ערוציים מתבססות על דמי מנוי ואינן מחזיקות בעצמן בחברת חדשות).

6. מנגד, מטעם המשיבים – בדגשים שונים – נטען כי נבחנו ההשלכות האפשריות על תחומי התקשורת הרלוונטיים. חלק מן המשיבים אף הצביעו על כך שהמיזם החדש אינו פוגע בתחרות בשוק התקשורת אלא אולי תורם לה, וגרסו כי העותרת עצמה היא שחקן בשוק זה, המבקש לצמצם את התחרות בשם האינטרסים המסחריים שלו. עוד נטען כי אין הוראת חוק הקובעת כי מגבלת הבעלות הצולבת חלה גם על שידורים באינטרנט.

7. כאמור, לאחר ששקלנו את מכלול טענות הצדדים הגענו לכלל מסקנה שדין העתירה להידחות.

8. נקדים ונאמר, כי לא ניתן להפריז בחשיבות הנודעת לשוק דעות תוסס ומבוזר, שבו נוהגת תחרות. עם זאת, ההיבטים היישומיים הנוגעים להבטחתה של התחרות ולשמירה על הגיוון הם במידה לא מבוטלת תולדה של בחינה מקצועית הנעשית על-ידי הגורמים האמונים על כך.

9. במהלך הדיון בעתירה הוגשה בין השאר חוות דעת כלכלית שהוגשה לעיונה של מועצת הרשות השנייה במסגרת תהליכי קבלת ההחלטה, לצורך בחינת ההשלכות על פעילותם של גורמים מתחרים (חוות דעת שבה עיינו בשלמותה, והועברה גם לידי

העותרת תוך החסייתם של פרטים שהם בגדר סודות מסחריים). כמו כן, הוגשה עמדת הממונה על התחרות בכל הנוגע להשלכות של ההחלטה על התחרות מנקודת מבטה.

10. העותרת חידדה כי השמירה על הביזור בשוק התקשורת אינה יכולה להיעשות רק מפריזמה כלכלית. אנו נכונים לקבל עמדה נורמטיבית זו. אולם, שוב, השאלה היא כיצד ליישם את הדברים. יש לציין שהעותרת לא הצביעה על צעדים קונקרטיים שהיה צריך לנקוט, ולא ננקטו בהקשר זה.

11. בסופו של דבר, התרשמותנו הייתה כי לא עלה בידי העותרת להצביע על פגם משפטי מבורר בהחלטות שהתקבלו. ביקורתנו מוגבלת לכך.

12. כמובן, שוק התקשורת הוא שוק מורכב ומשתנה תדיר. ככל רשות מינהלית, אף הרשות השנייה מחויבת לעקוב באופן שוטף אחר התולדות של ההחלטות שהתקבלו על-ידה. הרישיון שניתן אינו בגדר עובדה בלתי הפיכה, ויש לבחון באופן נמשך את השלכותיו, כמו גם את עמידתה של קשת בתנאים שנקבעו לפעילותה החדשה. ניתן להתרשם אף כי המשך המעקב אחר ההתפתחויות, תוך השארת פתח לתיקונים נדרשים על-פי הממצאים שיעלו מן הניסיון המצטבר, הוא עדיף בשלב זה גם מהיבט ההשקעות שכבר נעשו במיזם החדש.

13. בשולי הדברים, ומעבר לנדרש לצורך הכרעתנו, מצאנו לנכון להעיר ביחס להטעמתה של הרשות השנייה כי אינה אמונה על שוק התקשורת בכללותו, אלא רק על פלח ממנו. על כך נוסיף, כי גם את הנעשה בגדרו של פלח שוק זה יש לבחון בשים לב להיותו חלק ממארג תקשורתי רחב יותר שעליו הוא משפיע. אין צריך לומר, וכבר ציינו זאת, כי חזקה על הרשות השנייה כי תמשיך לבחון את מכלול ההתפתחויות הרלוונטיות בעתיד במהלך התקופה שבה חלה ההחלטה, ובכלל זה את השפעתה של הפלטפורמה החדשה על השוק.

14. לאחר שנשלמו כל טענות הצדדים, ביום 13.6.2023 הוגשה בקשה של עו"ד שחר בן-מאיר להצטרף להליך כידיד בית המשפט. נוכח התוצאה שאליה הגענו ממילא הדיון בבקשה התייתר. עם זאת, לא למותר לציין כי המבקש ציין בה כי אינו תמים דעים עם חלק מהעמדות שהציגה העותרת, ולמעשה משתית את בקשתו על תפיסה כללית הנוגעת לחשיבות השמירה על ביזור בשוק התקשורת.

15. סוף דבר: העתירה נדחית. בהתחשב בכך שהדיון בעתירה חידד את המחויבות הנוגעת לשמירה על הביזור בתחום התקשורת, ולא רק בהיבט הכלכלי של הדברים – אין צו להוצאות.

ניתן היום, ט"ו בתמוז התשפ"ג (7.2023.4).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט