

החלטת מועצת הרשות השנייה

רקע עובדתי א.

- 1.א. הבקשה המקורית, שינוי מתווה העסקה, החלטת הממונה על התחרות ועדכון הבקשה**
1. לפני מועצת הרשות השנייה לטלויזיה ורדיו (בהתאמה, "המועצה" ו"הרשות") מונחת בקשתה של שידורי קשת בע"מ ("קשת"), במסגרת תנאי רישיונה, לאשר לה פעילות נוספת שבמרכזה הקמת מיזם שידור אינטרנטי חדש ביחד עם חברת אר.גיי.אי גרופ בע"מ ("RGE"), תוך שקשת גם רוכשת אחזקות מיעוט בחברת RGE ("הבקשה" או "בקשת קשת").
2. RGE היא חברת תוכן הפעילה בתחומים הבאים:
- 2.1. הפקת תכני ספורט – RGE מפיקה את ערוצי "ספורט 5" ומפעילה את אתר האינטרנט ספורט 5;
- 2.2. הפקת תכני ילדים – RGE מפיקה ערוצי ילדים לפלטפורמות השידור של סלקום ופרטנר ומספקת תכני VOD לילדים גם לפלטפורמות השידור של הוט ו-YES;
- 2.3. ערוץ הכנסת – RGE מפיקה ומפעילה את ערוץ הכנסת;
- חלק מתחומי פעילותה של RGE מוסדרים על ידי מועצת הכבלים והלווין.
3. הבקשה הוגשה במקור בחודש מרץ 2021, כאשר על פי מתווה העסקה המקורי קשת הייתה אמורה לרכוש אחזקות מיעוט (49%) ב-RGE עצמה, שתחזיק במיזם וכן בחברת כנסת אחזקות בע"מ, המחזיקה ברישיון לתקופה קצובה לשידור ערוץ הכנסת ("ההסכם ממרץ").
4. קשת ו-RGE הסכימו בהסכם ממרץ גם על הקמת מיזם של פלטפורמת שידור על גבי רשת האינטרנט (OTT), המיועדת למנויים, אשר תכלול את התכנים של קשת ו-RGE וכן תכנים נוספים, ככל שיתווספו בהמשך ("המיזם").
5. לאחר קבלת הבקשה המקורית החלה הרשות בבדיקתה. במסגרת הבדיקה נמסרו לרשות הבהרות מצד קשת, כדלקמן:
- 5.1. האבחנה בין הפעילות הנוספת לבין מתן שירותי הרישיון תהיה ברורה ופשוטה מעצם טבעה. בכל הנוגע לאחזקת קשת ב-RGE צוין, כי "קשת תפעל כבעלת מניות גרידא, בחברה אשר יש לה הנהלה עצמאית ונפרדת". עוד צוין, כי לאור מאפייני פעילות המיזם, אין סיבה לסבור שפעילות כזו תשפיע על פעילות הרישיון.
- 5.2. פעילותה של RGE בתחום תכני הספורט ותכנים לילדים אינה נוגעת לשירותי הרישיון, כאשר תכנים אלה, כידוע, אינם ככלל חלק מהיצע התכנים האופייני לערוצי המפוקחים על ידי הרשות – ערוצי הברודקאסט;

- 5.3. בכל הנוגע לפעילות המיזם, קשת תספק ל-RGE רישיונות לתכנים כפי שהיא מספקת כבר עתה לפלטפורמות השונות;
- 5.4. לטענת קשת, המיזם לא נועד להחליף את הפלטפורמות החזקות הקיימות אלא יצטרף כפלטפורמה נוספת שקשת נותנת לה רישיון.
- 5.5. שידורי קשת עצמה ימשיכו לפעול בנפרד ללא פגיעה (או שינוי) בפעילות השידורים בערוץ 12 וללא פגיעה ביכולת הרשות לפקח על פעילות השידורים של קשת. עוד צוין, כי קשת תמשיך להקפיד על הפרדה בנושאי תוכן, זמן פרסום, וכל היבט הקבוע ברישיונה – הפרדה המעוגנת בעצם קיומה של חברה נפרדת והנהלה נפרדת לחלוטין;
- 5.6. אין בכוונת קשת לפעול כמתווכת לעסקאות של RGE בתחום הפרסום;
- 5.7. בנוגע להשפעת העסקה על מצבה הפיננסי, הבהירה קשת, כי מימון העסקה מתקיים באופן אחראי, ללא חשש מפגיעה בחוסנה הכלכלי של קשת, או בהמשך שידוריה בערוץ 12.
6. במקביל לפניה לקבלת אישור המועצה, נדרשו הצדדים להסכם ממרץ לפנות גם לממונה על התחרות ("הממונה"), בהתאם להוראות חוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 ("חוק התחרות"), במסגרת ההליך מול הממונה, הוכנסו שינויים במתווה העסקה, וביום 26.7.2021 חתמו קשת ו-RGE על הסכם רכישה מעודכן והסכם מיזם משותף ("ההסכמים מיולי").
7. בתמצית יצוין, כי לפי ההסכמים מיולי 2021 המיזם יוקם ויופעל על ידי תאגיד בבעלות משותפת של קשת ו-RGE, של 50% לכל צד, כאשר קשת תרכוש, בנוסף, 24.9% מהון המניות של חברת RGE (לעומת 49% על פי ההסכם ממרץ). עוד נקבע כי אישור הממונה להתקשרות העדכנית (הקמת הפלטפורמה - המיזם - ורכישת המניות), **ניתן לתקופת זמן מוגבלת של ארבע שנים**, לאחריה יבחן ההסדר מחדש.
- בעקבות השינוי במתווה העסקה, פנתה קשת לרשות ועדכנה בדבר השינויים במתווה העסקה במכתב מיום 5.9.2021 ("הבקשה המעודכנת"), אשר אליו צורפו מסמכים ומידע נוסף, כמו גם החלטת הממונה מיום 2.9.2021, להעניק לעסקה העדכנית פטור מאישור להסדר כובל לפי סעיף 14 לחוק התחרות – החלטה בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל בין שידורי קשת בע"מ, נפתלי ש.ש. השקעות בע"מ ואר.גי.אי גרופ בע"מ - **רשות התחרות** 501723 (2.9.2021) ("החלטת הפטור" או "החלטת הממונה").
8. במסגרת החלטת הפטור צוין, כי פלטפורמת פעילות המיזם צפויה להתחרות בפלטפורמות הטלוויזיה הרב-ערוצית – הוט, יס, פרטנר וסלקום. בהקשר זה, רשות התחרות מצאה שההסכם יביא להגברת התחרות בתחום הטלוויזיה הרב-ערוצית, וכי כתוצאה מהקמת הפלטפורמה "...היצע המוצרים הזמין לצרכן יגדל ורמת התחרות צפויה להשתפר".

עם זאת, על פי החלטת הפטור בדיקת רשות התחרות העלתה שהתכנים בהם מחזיקים הצדדים נחשבים כתכני עוגן שחיוניים לפעילותן של כלל הפלטפורמות. לכן רשות התחרות בחנה האם סביר כי יתממשו חששות תחרותיים לפיהם קשת ו-RGE ידחקו פלטפורמות מתחרות באמצעות העלאת מחיר התכנים והשירותים, הגבלת רכישתם או פגיעה בתנאי אספקתם. על פי החלטת הפטור, כיום עיקר ההכנסות של קשת ו-RGE מתבססות על מספר המנויים של הפלטפורמות המתחרות, בין אם באופן ישיר בהתאם לחוזה ביניהן ובין אם באופן עקיף דרך הכנסות מפרסומות. בדיקת רשות התחרות העלתה בהקשר זה, שבטווח הזמן הקצר שלאחר הקמת הפלטפורמה החדשה, לא צפוי שינוי משמעותי במבנה ההכנסות של הצדדים למיזם ועל כן לדעת הממונה לא קם חשש של ממש לפגיעה בתכנים שיספקו קשת ו-RGE לפלטפורמות האחרות באופן שיפגע בתחרות ביניהן. לכך מצטרפות, לדעת הממונה, נסיבות נוספות המפיגות את החששות התחרותיים המתוארים לעיל בשנותיו הראשונות של המיזם. החלטת הפטור הוסיפה, כי ענף התקשורת מאופיין בדינמיות רבה, הן מבחינה טכנולוגית והן מבחינת השינויים הרגולטוריים הצפויים בו, מה שמחזק את הצורך בבחינה מחודשת של ההסדר בטווח זמן קרוב יחסית. לאור האמור, החליטה הממונה להגביל את הפטור שניתן לתקופה של ארבע שנים. במסגרת ההודעה לעיתונות שפרסמה הממונה צוין בהקשר זה, כי לקראת תום תקופת הפטור יגישו הצדדים לממונה על התחרות בקשה חדשה שתיבחן בהתאם לתנאי השוק באותו מועד, והממונה תוכל לאשר את הבקשה, לא לאשר אותה או להתנות את האישור בתנאים (ראו החלטת הפטור וכן הודעה לעיתונות).

9. במכתבה מיום 5.9.2021, ציינה קשת, בין היתר, כי השינוי שנעשה במתווה העסקה כמפורט לעיל אינו מהותי לעניין ההבהרות שמסרה בעבר. עוד הבהירה וציינה קשת, כדלקמן:

9.1. גם במתווה העדכני, יפעל מיזם השידור האינטרנטי כתאגיד נפרד ועצמאי;

9.2. קשת עצמה תמשיך לפעול בנפרד, ללא פגיעה או שינוי בפעילות השידורים בערוץ 12;

9.3. לא תהיה כל פגיעה ביכולת הרשות לפקח על פעילות השידורים של קשת;

9.4. קשת תמשיך להקפיד על הפרדה בנושאי תוכן, זמן פרסום וכל היבט אחר של הפעילות מכוח הרישיון – הפרדה שמעוגנת בעצם קיומה של חברה נפרדת והנהלה נפרדת;

9.5. קשת תספק תכנים ברישיון למיזם השידור האינטרנטי החדש, כפי שהיא מספקת ותמשיך לספק תכנים לפלטפורמות השידור הקיימות בישראל;

10. במסגרת פניותיה טענה קשת כי גדרי סמכות מועצת הרשות השניה באישור הפעילות הנוספת תחומים **רק** לקבוע בתנאי רישיונה, ולפיהם המועצה אמורה לבחון רק שתי שאלות: האם "הפעילות הנוספת": (א) תפגע בשידורי ערוץ 12? (ב) תפגע ביכולת הרשות לפקח על השידורים בערוץ 12? כפי שיפורט להלן, טענה זו לא התקבלה על ידי הרשות.

11. לאחר הגשת הבקשה המעודכנת הוגשה התנגדות לאישור העסקה ובהמשך הוגשו התנגדויות נוספות. בנוסף, הרשות הזמינה להשלמת טיעונים בעל פה את הצדדים לעסקה וכן גורמים נוספים שפנו אליה וביקשו להופיע לפנייה.

2.א. עיקרי טענות הגופים המתנגדים לאישור העסקה

12. כנגד העסקה הוגשו מספר התנגדויות מצד מספר גופים, ובהם שחקנים הפועלים כיום בתחום הטלוויזיה הרב-ערוצית לצד גופים מייצגים של יוצרים, מפיקים ועובדים שונים בתחום ההפקה ("האיגודים") וכן גורמים נוספים מהציבור.

יוער, כי ההתנגדות הראשונה הוגשה באוקטובר 2021. בהמשך הוגשו התנגדויות נוספות, כאשר מרבית ההתנגדויות הוגשו בתחילת חודש אפריל 2022, בסמוך לפני ישיבת המועצה שנקבעה לשם השלמת טיעונים בעל פה בנושא.

13. ניתן לסווג את עיקרי הטענות שהעלו המתנגדים לאישור העסקה לשלושה נושאים מרכזיים:

13.1. **איסור על בעלות צולבת** – טענה לפיה יש לפרש את הוראות החוק על פי תכליתו (וזאת למצער במשתמע) כך שהוראת סעיף 41(ב2) לחוק הקובעת, בין היתר, איסור על בעלות צולבת של מורשה לשידורים בחברות הכבלים והלווין תחול גם על המיזם בהיותו שחקן בתחום הטלוויזיה הרב-ערוצית ("סוגיית הבעלות הצולבת"). לטענתם תכלית החקיקה והגיונה מחייבות את החלת מגבלת הבעלות הצולבת גם ביחס להחזקה של מורשה לשידורים בפלטפורמות הפועלות בתחום הטלוויזיה הרב-ערוצית שלא באמצעות תשתית הכבלים או הלווין, אלא גם באמצעות תשתית האינטרנט (OTT), וזאת גם בהיעדרה של הוראה מפורשת בחוק הרשות השניה.

13.2. **עיתוי ההחלטה בבקשה על רקע כוונה לגיבוש הסדר חקיקתי חדש** – לטענת המתנגדים הבקשה הוגשה בעיתוי רגיש, בעת ששר התקשורת מבש את עמדתו לגבי אסדרת שוק התקשורת ובכלל זה לגבי אסדרת השידורים באינטרנט. זאת בהתבסס על המלצות הוועדה לאסדרת העל בתחום השידורים ("ועדת פולקמן"¹). לטענת המתנגדים השונים, אישור הבקשה, בעוד ששר התקשורת בוחן סוגיות אלה ממש, עלול לסכל את היכולת לבצע רפורמה עמוקה בשוק השידורים וליצור מצב בלתי הפיך (לכל הפחות מבחינה מעשית גם אם לא מבחינה חוקית). כך גם נטען, כי הבקשה מנסה ליצור מצב קיים טרום החקיקה העתידית, בניגוד למסקנות ועדת פולקמן, הוועדות הקודמות ועמדת משרד התקשורת.

13.3. **שיקולי תחרות וריכוזיות** – לטענת המתנגדים קשת נהנית ממעמד מונופוליסטי בשוק השידורים, כאשר תכניה מהווים תכני עוגן עבור כל ספק תוכן וכל פלטפורמת שידורים בישראל. המתנגדים הוסיפו, כי קשת היא בעלת השליטה בחברת החדשות, המפיקה את מהדורת החדשות הנצפית ביותר בישראל (חדשות 12), זאת בפער

¹ בהקשר זה יש להעיר, כי בקשתה המקורית של קשת (לפני שינוי המתווה) הוגשה במרץ 2021.

משמעותי לעומת מתחרותיה, וכאשר גם אתר האינטרנט "מאקו" ויישומון N12, שבשליטת קשת, מהווים פלטפורמות מובילות בתחומן. עוד נטען, כי קשת חולשת גם על נתח שוק משמעותי מתחום הפרסום הטלוויזיוני, לצד עיסוקים נוספים של חברות השייכות לקבוצת קשת, כדוגמת מכירת פורמטים ותכנים מחוץ לישראל.

לפגיעה תחרותית נטענת זו, מתווספת לשיטת המתנגדים גם סוגיית מעמדה של RGE אשר חולשת על ערוצי ספורט בולטים בישראל – המהווים לטענתם כשלעצמם תוכן ריכוזי – ערוץ הכנסת, ערוצי הילדים למיניהם, וכן אפליקציות לשידור תכנים לילדים.

לטענת המתנגדים, אישור המיזם יחזק את כוחה הרב ממילא של קשת, ויאפשר לה לפגוע באופן משמעותי בפלטפורמות ובספקי תכנים, כתוצאה מהפעלת הכוח המצוי בידה. עוד נטען, כי אישור חבירה בין קשת ל-RGE, תוך הקמת פלטפורמה רב-ערוצית, עלול ליצור שחקן רב עוצמה, ובלשון אחת המתנגדות "תמנון רב זרועות בתחום התקשורת" שיהיה בעל יכולת השפעה בלתי סבירה הן על דעת הקהל והן על מקבלי ההחלטות.

14. לצד הטענות האמורות, האיגודים הוסיפו לטעון כי מתן אישור המועצה לקשת להקמת מיזם אינטרנטי בתחום הטלוויזיה הרב-ערוצית יפגע קשות באיזון הקיים בתעשייה, באופן שיביא לפגיעה בהשקעות בעולם הפקות המקור.

15. מתנגדים אחרים יצאו כנגד החלטת הממונה לאישור העסקה (ואולם יש להעיר, כי ככל הנראה אותם מתנגדים, בדומה ליתר המתנגדים, לא עתרו נגד החלטת הממונה בזמן אמת), וטענו כי הסוגיה צריכה להיבחן לא על פי "הכללים המסחריים הרגילים" אלא מנקודת המבט של חופש העיתונות.

3.א. תגובת קשת לטענות הצדדים השלישיים המתנגדים

16. במסגרת בדיקת הבקשה הרשות העבירה מכתבי התנגדויות להתייחסותה (עותקים מושחרים).

17. קשת עצמה הגיבה, במכתביה ובמסגרת דיון השלמת טיעונים בעל פה, לטענות המתנגדים השונים ודחתה אותם.

בתמצית, קשת סבורה כי אין כל בסיס משפטי לטענות המתנגדים לעסקה בסוגיית הבעלות הצולבת ותכלית החוק, כאשר לטענתה קיים הבדל מהותי בין חברות הכבלים והלוויין (חברות תשתית תקשורת המחזיקות בתשתית גישה לבתים) לבין חברות מדיה עם פעילות מדיה אחרת (כדוגמת פעילות OTT). עוד נטען, כי מאחר שאין הוראה מפורשת בחוק האוסרת על החזקה של מורשה לשידורים בפעילות OTT הרי שממילא סמכות כללית (אישור פעילות נוספת) אינה מאפשרת פגיעה בזכויות היסוד בטענה שהדבר נועד להגשים "מטרה" של החוק.

18. קשת טוענת בנוסף כי יש לדחות את הטענות לפגיעה תחרותית, נוכח החלטת הממונה על התחרות, ומוסיפה כי מטרת ההתנגדות מצד המתנגדים מתחום הטלוויזיה הרב-ערוצית היא לעכב תחרות, בצינה ביחס להתנגדויות, כי מדובר בפניה אבסורדית וצינית מצד שני בעלי מונופולין בענף התקשורת.

19. קשת אף דוחה את הטענות כי יש להמתין עד להשלמת חקיקה עתידית, בצינה כי בכל מקרה אין יסוד לטענות לפיהן חקיקה עתידית כאמור תאסור על החזקה של מורשה לשידורים בפעילות OTT.

ב. עיקרי הליך הבדיקה

1.1. כללי

20. כפי שפורט לעיל, כבר עם קבלת הבקשה המקורית במרץ 2021, החלה הרשות לקיים בדיקה ראשונית של הבקשה, וזאת במקביל להליך שהתקיים ברשות התחרות. יחד עם זאת, השלמת הליך הבחינה הצריכה להמתין להשלמת הליך הבדיקה ברשות התחרות וקבלת אישור הממונה לעסקה והתייחסותו להיבט התחרותי. על כך תלמד גם העובדה שחל שינוי מהותי במתווה העסקה בעקבות ההליך שהתנהל מול הממונה.

21. לאחר קבלת הבקשה המעודכנת, ומשהתברר מתווה העסקה הסופי, המשיכה הרשות את הליך הבדיקה ופנתה לקשת, במספר סבבים, לקבלת השלמות והבהרות. לצוין, כי שלב זה התארך במידת מה בשל חוסרים במידע שהועבר על ידי קשת והצורך בקבלת השלמות.

22. במקביל, הרשות החלה בבחינת טענות המתנגדים השונים, וכן ערכה בדיקות פנימיות (לרבות בדיקה כלכלית ומשפטית).

23. בין לבין, בחודש ינואר 2022 מונתה המועצה הנוכחית, חברי המועצה והיו"ר החדש שרק נכנסו לתפקידם נדרשו ללמוד את הנושא מתחילתו, בפרק זמן קצר יחסית, לצורך קבלת החלטה בבקשה.

המועצה קיימה מספר דיונים ממושכים בנושא הבקשה, ובכלל זה קיימה דיון השלמת טיעונים בעל פה ביום 10.4.2022, אשר אליו הוזמנו הצדדים המבקשים וכן צדדים שלישיים וגורמים מהציבור שביקשו להשמיע את עמדתם לפני המועצה.

בשים לב לטענות שעלו מצד הצדדים והמתנגדים, המועצה המשיכה לבחון את הבקשה גם לאחר קיום דיון השלמת הטיעונים בעל פה תוך שהיא בוחנת גם טענות משלימות שהעלו הצדדים והמתנגדים בכתב לאחר הדיון האמור.

24. הרשות לא ראתה מקום לקבל את בקשת הצדדים השלישיים לקבלת חומרים שהוגשו על ידי קשת או המונחים לפני המועצה בשלב הבדיקה והשלמת הטיעונים. בעניין זה הובהר, כי הליך שימוע המתקיים בפני רשות ציבורית אינו הליך אדברסרי, ואין דינו של צד המבקש

את אישור הרשות להתקשרות (מקום בו הוא מחויב לקבל את אישורה) כדין צד שלישי המבקש להתנגד לאותה התקשרות, וכי קיים הבדל מהותי בין פניית קשת, הכוללת סודות מסחריים רגישים, לבין התנגדות הצדדים השלישיים, שעיקרה טענות משפטיות ועובדתיות המופנות כנגד הצד מבקש האישור וכנגד הפעילות מושא בקשת האישור.

עוד הודגש, כי נטל השכנוע המוטל על צד שלישי הפונה ומתנגד לבקשת האישור הוא נטל עצמאי שאינו תלוי בטענות שהעלה מבקש האישור. ואכן, המועצה גם התרשמה בפועל כי לא היה בעניין זה כדי לגרוע מיכולתם של הצדדים השלישיים להשמיע את עמדתם לפנייה.

25. לצד ההיוועצויות שקיימה הרשות מול רשויות אחרות, כמפורט להלן, נערכו במקביל שורה של בדיקות משלימות לרבות בהיבטים כלכליים. כך בין היתר, התבקשה התייחסות קשת וחברת החדשות לסוגיות שונות.

26. למען שלמות התמונה יצוין, כי במהלך התקופה האמורה הגיעו פניות נוספות לרשות מצד צדדים שלישיים מתנגדים שונים, אשר בעיקרן חזרו על הטענות שעלו לפני המועצה, כמפורט לעיל.

2.ב. שיח והליכי היוועצות מול רשויות נוספות

27. במסגרת הליך הבדיקה קיימה הרשות שיח והיוועצות גם מול מספר רשויות ציבוריות, ובכלל זה משרד התקשורת, רשות התחרות, מועצת הכבלים והלווין ומשרד המשפטים.

משרד התקשורת

28. ערב דיון שנועד להשלמת הטיעונים בעל פה, שהיה קבוע ליום 10.4.2022, פנה שר התקשורת בכתב למנכ"ל המיזם ("FREETV"), בפניה שכותרתה "**הרפורמה הצפויה בשוק השידורים**" (מכתב השר). מכתב השר נשלח לנמענים נוספים לידיעה, ובהם יו"ר מועצת הרשות השניה. מכתב השר לא הופנה במישרין למועצת הרשות ואינו כולל הנחיה, דרישה או הבעת דעה מצד השר לגבי עמדת המועצה בקשר עם בקשת האישור.

29. במכתבו האמור, השר עדכן את מנכ"ל המיזם בדבר רצונו "לקדם בהקדם האפשרי" תזכיר חקיקה שעל כתיבתו שוקד בימים הצוות המקצועי במשרד התקשורת ("**המשרד**") ליישום רפורמה בשוק השידורים. מכתב השר מבהיר כי במסגרת הכנת התזכיר משרדו מגבש מספר הסדרים שצפויים לחול, בין היתר, גם על גופים משדרים על גבי רשת האינטרנט. מכתב השר מוסיף, כי משרדו שוקל, בין היתר, "להטיל על הגופים הפועלים בשוק או הצפויים לפעול בו, כולם או חלקם, לרבות גופים המשדרים על גבי רשת האינטרנט, הוראות שיאפשרו תהליך הדרגתי והכנת השוק למודל החדש, תוך צמצום פערים רגולטוריים שמקורם באסדרה הנוהגת".

בהקשר אחרון זה יודגש, כי מכתב השר לא סיפק פירוט נוסף לגבי: (א) המועד בו יפורסם תזכיר החקיקה המדובר; וכן (ב) אופי ומהות ההסדרים שמשרדו מגבש כאמור במכתב ומה טיבן של ההוראות שאותן המשרד שוקל להטיל בהקשר זה על גופים המשדרים על גבי רשת האינטרנט.

30. למרות העובדה שהשר לא כלל בפנייתו התייחסות ישירה לרשות, סברה המועצה, למען הבהירות העובדתית, כי ראוי לקיים בירור מול משרד התקשורת על מנת לקבל פרטים נוספים לגבי החקיקה הצפויה ובפרט לעניין לוח הזמנים הצפוי.

31. בעקבות פניית הרשות להבהרת מצב הליכי החקיקה המתוכננים בנושא, הבהיר משרד התקשורת, כי הצוות המקצועי במשרדו שוקד על גיבוש וכתובת תזכיר חקיקה לשם יישום עיקרי המלצות ועדת פולקמן והרפורמה בשוק השידורים. לצד זה, ציין משרד התקשורת כי טיוטת התזכיר אינה מוכנה ולכן טרם הופצה וכי אין בידו לוח זמנים מעודכן או מידע נוסף לעניין המסגרת בה יוגש התזכיר.

32. מהמענה האמור עולה כי טרם ניתן פירוט לגבי אופיים ומהותם של ההסדרים הנשקלים במסגרת האסדרה העתידית המתוכננת. עוד עולה מתשובת המשרד כי נכון למועד המכתב לא ניתן להצביע על לוח הזמנים הצפוי להשלמת הליכי החקיקה², שעדיין מצויים בהליכי גיבוש והתהוות.

משרד המשפטים

33. במקביל לדיון שנועד להשלמת הטיעונים בעל פה לגורמים שביקשו להופיע לפני המועצה ביקשה הרשות להיוועץ עם משרד המשפטים. במסגרת התייעצות זו, הציע משרד המשפטים, בין היתר, כי המועצה תבחן האם יש מקום שתידרש למנעד רחב יותר של שיקולים, ובכלל זה הציע לבחון אם על המועצה לשקול בנוסף אם אישור הבקשה יתרום להגשמת תכליות היסוד בדבר שוק שידורים מגוון, מהימן, תחרותי, איכותי ופלורליסטי, או שמא יעודד דווקא מגמות הפוכות. משרד המשפטים הוסיף כי ייתכן שיש לשקול גם היוועצות עם רשויות מנהליות נוספות העוסקות בתחום השידורים (תוך הבהרה שהכוונה היא להיוועצות עם מועצת הכבלים והלווין).

משרד המשפטים גם הזכיר, כי בסופו של תהליך הבחינה והשקילה, המועצה אינה חייבת לקבל החלטה הדוחה או מאשרת את הבקשה במלואה, אלא היא רשאית גם לקבוע תנאים והסדרים רלוונטיים ברישיון המבקשת או בדרך אחרת, וכי אלה יכולים לתת ביטוי גם להשפעותיה האפשריות של חקיקה עתידית בתחום השידורים, לו תקודם.

מועצת הכבלים והלווין

34. לאחר שבתנה ושקלה את עמדת משרד המשפטים, החליטה המועצה לקיים מספר בדיקות משלימות (בחינת ההשפעה הכלכלית האפשרית על מפוקחים נוספים של הרשות השניה – ערוצי הטלוויזיה המפוקחים על ידה) וכן לשקול בחיוב את ההצעה לקיים היוועצות עם מועצת הכבלים והלווין.

35. בהתאם, יו"ר מועצת הרשות השניה פנה ביום 2.5.2022 למועצת הכבלים והלווין וביקש לקבל את "התייחסות מועצת הכבלים והלווין בהקדם האפשרי לעניין השפעת עסקת קשת

² לעניין לוח הזמנים ראו התייחסות נוספת בהמשך (סעיף 64).

RGE על שוק השידורים שלכם (טלוויזיה רב-ערוצית)". בעקבות הפניה האמורה, החליטה מועצת הכבלים והלווין לקיים שימוע ציבורי (החלטת מועצה מס' 1-2/2022 מיום 11.5.2022), שבמסגרתו גם נשמעו בעל פה מרבית הגורמים שהגישו תגובה בכתב לשימוע.

36. במענה לפניית הרשות כאמור, ביום 16.6.2022 הועברה לידי הרשות התייחסות מועצת הכבלים והלווין לגבי הבקשה (החלטת מועצה מס' 1-6/2022 מיום 16.6.2022). למען הנוחות יובאו להלן עיקרי התייחסותה של מועצת הכבלים והלווין, כדלקמן (הדגשות אינן במקור):

- החסדרים הנורמטיביים בשוק התקשורת קובעים חלוקה דיכוטומית של מודל ההכנסות יחד עם הוראות ברורות לגבי חובת העברה, הקצאת אפיקים, החזקת חברת חדשות, הגבלת בעלויות צולבות ועוד. בעניינים אלו ובשים לב לטענות אודות עיוות השוק הרב ערוצי והצורך ביצירת איזונים ובלמים חדשים, **לדעת המועצה מן הראוי כי הכרעה בסוגיות כבדות משקל אלו וקביעת הוראות ראיות ומאוזנות תיעשה בחקיקה**. בנוסף, לדעת המועצה נכון שהאסדרה בעניין הייתה פרי של מחשבה וקידום האינטרסים הציבוריים, ולא פרי של התמודדות עם עובדות שנקבעו בשטח שלא בהתאם למודלים הקיימים.
- בנוגע לתחום שידורי הספורט, כדי למנוע פגיעה במנויי השוק הרב ערוצי ובתחרות, המועצה סבורה כי נכון יהיה אם הרשות השנייה תבחן הוספת תנאי, ככל שהדבר ניתן, לפיו ערוצי הספורט לא ישודרו על ידי המיזם בבלעדיות וזכויות השידור בערוצים יהיו נתונות גם לפלטפורמות הרב-ערוציות כמו למיזם "בתנאים מסחריים הוגנים ובלתי מפלים". בנוסף, ככל שהמיזם יצא לדרך, המועצה תבחן באופן מעמיק ובהתאם להוראת כל דין אם יש לעמוד על אותו מפרט שידורי ספורט, שנקבע על ידי המועצה ושמשמעותו בנסיבות שכאלה היא חיוב הפלטפורמות לרכוש תוכן ממי שהלכה למעשה מתחרה בהן.
- לגבי השפעת שידורי פרסומת על השחקנים בשוק הרב ערוצי, עמדת המועצה היא כי נכון יהיה אם הרשות השנייה תבחן את האפשרות לקבוע, ככל שהדבר ניתן, תנאי לפיו קשת לא תפרסם ותקדם בבלעדיות את המיזם בכל דרך שהיא (דהיינו לא רק בשידורי הפרסומות אלא גם בדרכים נוספות במסגרת שידוריה), ופרסום וקידום כאמור יהיה נתון לפלטפורמות הרב-ערוציות כמו למיזם בתנאים מסחריים הוגנים ובלתי מפלים. כמו כן, יהיה נכון אם הרשות תשקול לקבוע תנאים שימנעו את החשש לחשיפת סודות מסחריים של הפלטפורמות על ידי קשת בפני המיזם המתחרה בהן.
- באשר לתכנים ושירותים חיוניים בשוק הרב ערוצי, בפני המועצה הועלתה גם הטענה בדבר חיוניות שירותי הצפייה הנדחית שמעניקה קשת לפלטפורמות. בעניין זה רשות התחרות ציינה כי על תכנים ושירותים מסוימים שמספקת קשת עשויים לחול דיני המונופולין. על כן, **ככל שקשת בעניינים שכאלה תנקוט בפרקטיקות שיהיו הפרה של דיני התחרות – ממילא תוכל רשות התחרות לפעול בעניין**.

37. מן האמור עולה, בין היתר, כי בהתאם לעמדת מועצת הכבלים והלווין יש לבחון הצבת מספר תנאים בעניינים מסוימים, ככל שהדבר אפשרי.

הממונה על התחרות

38. במהלך הליך הבדיקה קיימה הרשות גם שיח מול רשות התחרות. כך למשל, נבדק מולה, בין היתר, האם סוגיית הפגיעה בשוק מגוון הדעות נבחנה על ידה במסגרת החלטת הפטור. במסגרת השיח שהתקיים מול רשות התחרות בעניין זה, הובהר כי רשות התחרות לא ראתה צורך להעמיק בשאלת ההשפעה על סדר היום הציבורי והכוח הריכוזי שיהיה בידי קשת, בין היתר, נוכח עמדתה כי בטווח הזמן הקרוב המיזם אינו מעלה חששות תחרותיים. במסגרת זו נציגי רשות התחרות הביעו את עמדתה כי הגבלת תוקף הפטור לארבע שנים, יחד עם מנגנון המסדיר את היפרדות הצדדים במידה והפטור לא יחודש, מפיגים את החששות התחרותיים שעשויים לעלות ממנו כפי שמפורט בהחלטת הפטור.

עוד צוין בעמדת רשות התחרות כי אישור הממונה להסדר ניתן לפני למעלה מתשעה חודשים, והעיכוב בתחילת פעילות הפלטפורמה החדשה, מעכב את התפתחות התחרות בענף, וכן עשוי להקשות עליה בכניסה לשוק וביכולתה להתחרות בפלטפורמות השידור הוותיקות. עוד הובהר, כי עמדת הממונה, לפיה בחינה תחרותית מורה כי יש לאשר את המיזם, נותרה כפי שהוצגה בהחלטתה.

39. יוער, כי מהחלטת מועצת הכבלים והלווין עולה כי רשות התחרות הביעה את עמדתה גם לפני מועצת הכבלים והלווין, וכי במסגרת עמדה זו נציגי רשות התחרות חזרו על העמדה המוצגת בהחלטת הממונה, והוסיפו גם התייחסות באשר לסבירות הנמוכה לדעתם שבטווח הזמן הקרוב תיפגע התחרות.

3.3. מצגי והתחייבויות קשת והמיזם

40. במסגרת הליך הבדיקה הציגו קשת והמיזם, בנוסף לאמור לעיל, מספר מצגים והתחייבויות במספר נושאים והיבטים, כמפורט להלן:

40.1. קשת התחייבה במסגרת השלמת הטיועונים בעל פה ובכתב כי לא תהיה זליגת תכנים מערוץ 12 למיזם.

40.2. המיזם התחייב לשדר בין ערוציו את כלל ערוצי הטלוויזיה המפוקחים ע"י הרשות השניה בהתאם לתנאים לפי הוראת שעה בעניין סעיף 13ג לחוק הפצת שידורים באמצעות תחנות שידור ספרתיות, תשע"ב-2012 (להלן: "חוק הפצת שידורים").

קשת התחייבה לפעול מצידה על מנת שהמיזם יקיים את התחייבותו האמורה לעיל.

40.3. קשת התחייבה כי תפיץ את תכניה לפלטפורמות הרב-ערוציות באופן שוויוני וללא אפליה.

- 40.4. קשת הבהירה כי תפעל לפי הוראת שעה בעניין סעיף 13 לחוק הפצת שידורים, "כך שלא תעניק למיזם רישיון לשידוריה במחיר נמוך מהמחיר שהיא גובה או תגבה מספק תכנים אחר בגין הרישיון האמור".
- 40.5. המיזם התחייב במסגרת דיון השלמת הטיועונים בעל פה ליצור תכנים מקוריים עבור קהלים נוספים שאינם קהל הצופים של קשת.
- 40.6. קשת הבהירה כי תפעל כבעלת מניות גרידא, בחברה אשר יש לה הנהלה עצמאית ונפרדת, וכי לא יתקיים עירוב כלשהו בין הפעילויות ואין בהתקשרות הצפויה הזו כדי להעלות חשש להשפעה כלשהי על שירותי הרישיון.
- 40.7. קשת הצהירה כי תפעל תחת מגבלות שפורטו בפני המועצה בכל הנוגע למחירי פרסום המדיה של המיזם בערוץ 12.
- 40.8. קשת הצהירה כי הכנסות קשת מהמיזם יחשבו בכלל הכנסותיה השנתיות של קשת לעניין קביעת סכום ההוצאה לסוגה עילית.
- 40.9. המיזם התחייב להשקיע בהפקות מקור לפחות בשיעור זהה מהכנסותיו בהתאם לדרישות ההשקעה החלות כיום על חברות הכבלים והלוויין. התחייבות זאת היא בנוסף למחויבויות התוכן החלות על בעלי המניות במיזם (קשת ו-RGE) ואינה גורעת מהן.
- 40.10. קשת הבהירה במענה לשאלות הבהרה של הרשות כי חברת החדשות היא חברה נפרדת מקשת, וכן חברה נפרדת מחברת המיזם (FREE TV) וכי חברת החדשות לא תהיה מעורבת במיזם. בדומה, חברת החדשות הדגישה את עובדת היותה חברה נפרדת מחברת שידורי קשת בע"מ.

ג. דיון והחלטה

41. כפי שפורט לעיל, עניינה של הפעילות הנוספת שלגביה התבקש אישור המועצה הוא אחזקה של 50% במיזם שידור אינטרנטי משותף לקשת ול-RGE, אשר יוקם ויופעל על ידי תאגיד נפרד, ובנוסף, החזקה של 24.9% ב-RGE.
42. נושא אישור הפעילות הנוספת לקשת מוסדר במישרין בהוראות כתב הרישיון שניתן לה ובפרט בסעיף 54 לכתב הרישיון, המציב שני תנאים מרכזיים שאותם נדרשת המועצה לבחון לעניין זה, והם:
- 42.1. אין בפעילות הנוספת כדי לפגוע במתן שירותי הרישיון;
- 42.2. אין בפעילות הנוספת כדי לפגוע ביכולתה של הרשות לפקח על אופן ביצוע שירותי הרישיון וקיום הוראות החוק והרישיון.
43. כמו כן, על פי הוראות הרישיון, המועצה רשאית להתנות בתנאים את האישור לעסוק בפעילות נוספת. יצוין, כי הוראות הרישיון מציינים כי התנאים שייקבעו באישור יכולים לכלול תנאים הנוגעים לניהול הפעילות בתאגיד נפרד וכן הוראות נוספות ליצירת הפרדה

ברורה בין הפעילות הנוספת לבין מתן שירותי הרישיון, ואולם אין באמור כדי להגביל את המועצה בקביעת תנאים לאישור.

44. יובהר כבר עתה, כי אין בסיס לטענת קשת כי בדיקת המועצה מתמצה רק בבדיקה האם התמלאו התנאים שנקבעו בכתב הרישיון. די לציין, כי במסגרת בחינת אישור הפעילות הנוספת נדרשה המועצה לבחון, בין היתר, האם האישור המבוקש ממלא גם אחר הוראות נוספות הקבועות בחוק ובכללים, לצד שיקולים נוספים הנובעים מהוראות החוק, וכך גם עשתה.

45. כך, בין היתר, במסגרת בדיקת הרשות נבחן האם יש באישור הפעילות הנוספת כדי להשפיע על עמידת קשת בתנאי הכשירות הקבועים בחוק למתן רישיון לשידורי טלוויזיה, ובכלל זה האיסור על בעל רישיון להיות סוכן פרסום או לרכוש אמצעי פרסום למחזיקים באמצעי שליטה בו;

46. בנוסף, המועצה בחנה כי אין באישור הפעילות הנוספת כדי להביא לכך שקשת לא תעמוד בהוראות מחייבות נוספות על פי החוק ותנאי רישיונה, כדוגמת המחויבות שלא להעדיף מפרסמים הקשורים אליה בקשר עסקי (חברת המיזם ו/או RGE).

47. בדיקת הרשות בסוגיות אלה העלתה כי אישור הפעילות הנוספת אינו צפוי לפגוע בעמידתה של קשת בהוראות החוק ובתנאי רישיונה.

48. חששות נוספים שעלו במהלך הבדיקה, ובהם החשש מפני זליגת תכנים מערוץ 12 למיזם; העדפה אסורה של המיזם ועוד, נוגעים, בין היתר, גם לשאלת הקשר ולמידת ההפרדה שתהיה בין קשת לבין המיזם.

49. במסגרת ההבהרות שניתנו בין היתר על ידי קשת והמיזם בהקשר זה, צוין כאמור, כי קיימת הפרדה מבנית בין קשת לבין RGE; כי הן RGE והן חברת המיזם הן חברות עצמאיות המנוהלות בנפרד; כי קשת, אמנם, צפויה למנות חברי דירקטוריון בחברת המיזם ובחברת RGE, שהינם נושאי משרה בהנהלת קשת, אולם מלבד זאת, לא צפויה להיות חפיפה נוספת בין עובדים ונושאי משרה. עוד הבהירה קשת כי מטבע הדברים, כשותפה במיזם, תיתכן השתתפות מעת לעת אודות המיזם, אולם פרט לכך, חברת המיזם תהיה בעלת מטה ויכולות פנימיות מלאות ואינה צפויה להסתמך על שירותי ייעוץ, ארגון או הפעלה מצד קשת.

עוד הבהירה קשת, כי אין בהתקשרות הצפויה כדי להעלות חשש להשפעה כלשהי על שירותי הרישיון של קשת, אשר תקפיד על מילוי כל מחויבויותיה לתוכן מכוח הרישיון; או על יכולת הרשות לפקח על פעילות השידורים של קשת.

במענה לשאלות הבהרה נוספת, הוסיפה קשת והדגישה כי אין לחברת המיזם בלעדיות בשום תוכן של קשת, ואף לא קיימת כוונה להעברת תכנים מקשת ל-RGE או לחברת המיזם בבלעדיות כך שישודרו רק שם.

50. המועצה ראתה אומנם בהבהרות שניתנו מצד קשת והמיזם בנושא הפרדה המבנית כצעד נדרש, אך לא כצעד מספק, ועל כן סברה כי במקרה שלפנינו יש מקום להתנות את האישור בתנאים נוספים שיקבעו, בין היתר, הוראות נוספות לשם יצירת הפרדה ברורה בין הפעילות הנוספת לבין מתן שירותי הרישיון, וכן בתנאים שיהא בהם כדי להפיג חששות שהמועצה סבורה שיש בהם כדי להשפיע, ולו בעקיפין על מתן שירותי הרישיון, או על שיקולים רלבנטיים נוספים בהתאם להוראות החוק.

51. המועצה אף בחנה ושקלה את טענות הצדדים השלישיים המתנגדים, כנגד אישור המיזם. כאמור, טענות המתנגדים מושתתות על שלושה ראשים עיקריים:

51.1. תכלית החוק מחייבת לשיטתם החלת המגבלה על בעלות צולבת הקיימת בחוק גם על החזקה בפעילות OTT.

51.2. אישור הפעילות הנוספת יביא לפגיעה תחרותית ולחוסר איזון בין השחקנים, על רקע מעמדם ועוצמתם של הצדדים למיזם בתחומי פעילותם, ובפרט בעניינה של קשת.

51.3. אין מקום לתת אישור בעיתוי הנוכחי על רקע המלצות ועדת פולקמן והחקיקה העתידית המסתמנת במסגרת הרפורמה שמקדם משרד התקשורת.

52. הטענה הראשונה עניינה סוגיית הבעלות הצולבת. אולם, גם המתנגדים לעסקה מכירים בכך שהחוק מגדיר במפורש את הגופים שלגביהם חלה מגבלת הבעלות הצולבת, וכי רשימת הגופים הקבועה בחוק, שכוללת בעל רישיון כללי לשידורי כבלים ובעל רישיון לשידורי לוויין, לפי חוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982 ("חוק התקשורת"), אינה כוללת גופים המשדרים על גבי תשתית האינטרנט.

בעניין זה סעיף 41(ב2) לחוק הרשות השנייה, אשר מטיל מגבלות שונות על בעל רישיון לשידורי טלוויזיה, מחיל איסור מפורש על בעלות צולבת ב"בעל זיכיון אחר", מונח המוגדר בסעיף 41(ב2)(9), כהאי לישנא:

"בעל זיכיון אחר" – בעל זיכיון לשידורי טלוויזיה או בעל רישיון לשידורי טלוויזיה, למעט חברת החדשות, **בעל רישיון כללי לשידורי כבלים או בעל רישיון לשידורי לוויין**, לפי חוק התקשורת, וכן בעל רישיון כללי לשידורים באמצעות תחנות השידור הספרתיות לפי חוק הפצת שידורים באמצעות תחנות שידור ספרתיות, התשע"ב-2012;

53. עיון בהגדרה האמורה מלמדנו כי המחוקק בחר בהגדרה ברורה, מפורשת ומתוחמת של הגופים הבאים בגדרי המונח "בעל זיכיון אחר", ולא כלל בה, למשל, גוף המשדר שידורים על גבי רשת האינטרנט, או לא נקט בהגדרה רחבה יותר, למשל כזו המתייחסת לכל פלטפורמה לשידורי טלוויזיה רב-ערוצית.

על אף זאת, בעניין זה עלו טענות כי יש לגזור איסור דומה על החזקה של קשת בפעילות OTT, על דרך ההיקש ועל בסיס תכלית החוק, בין היתר, בטענה כי המחוקק ביקש ליצור הפרדה ברורה בין פעילות הערוצים המסחריים ובין פעילות הפלטפורמות לשידורי הטלוויזיה רב-ערוצית. המתנגדים השונים, לרבות בהשלמת הטענות בעל פה, תולים את

היעדר ההתייחסות בחוק לפעילות OTT בעובדה שההגדרה נקבעה לפני שנים רבות, בשעה שטכנולוגיית השידורים על גבי רשת האינטרנט לא הייתה קיימת.

עוד נטען בהקשר זה כי בפסיקה נקבע לא פעם ש"עם שינוי העיתים והדורות יש ליתן לדבר החקיקה את המשמעות הרלבנטית והעדכנית, המגשימה את תכליות החוק ואשר משתלבת במציאות החדשה וב"תנאי החיים המשתנים".

54. לפני המועצה הוצגה חוות דעת משפטית המלמדת על מספר קשיים עקרוניים התומכים בדחיית טענות המתנגדים בנסיבות העניין.

55. על פי חוות הדעת המשפטית, גם בהתאם לפרשנות תכליתית, קיימת חזקה כי תכלית החקיקה היא זו העולה מלשונה, ולשם סתירת החזקה אין די בהעלאת סברה לגבי "תכלית החוק" אלא יש לתמוך זאת במקורות אחרים.

בעניין זה טוענת קשת, כי ניתן להצביע על הבדלים מהותיים בין פעילויותיהן של חברות הכבלים והלוויין – כחברות תשתית תקשורת – לבין פעילות OTT, שאף אינה דורשת כשלעצמה רישיון³. מבלי לקבוע מסמרות בדבר, ובשים לב לטענה האמורה, נדמה כי טענת המתנגדים שניתן כביכול לגזור בהכרח מתכלית החוק או על דרך ההיקש כוונה משתמעת להגביל את קשת מהחזקת פעילות OTT, לא נתמכה באופן מובהק וחד משמעי ובפרט כאשר לשון החוק אינה כוללת מגבלה כאמור.

56. קושי נוסף בעניין זה נוגע לכך שטענות המתנגדים בעניין זה אינן בגדר פרשנות גרידא של מונח לשוני (מה עוד שמונח זה הוגדר כאמור במפורש בהוראת החוק), וקבלת הטענות משמעה יצירת "הסדר ראשוני", יש מאין, שלא הוסדר במפורש על ידי המחוקק, באופן היוצר הלכה למעשה קביעה "נורמטיבית" המסורה ככלל למחוקק. בוודאי שעה שמדובר בסוגיה מורכבת וסבוכה – סוגיית אסדרת תחום האינטרנט – שכידוע אף המחוקק טרם הכריע בה באופן מקיף עד היום, וכאמור במכתב השר גם משרד התקשורת עודנו שוקד בימים אלה על גיבוש ההסדרים אותם בכוונתו לקדם במסגרת תזכיר חוק.

57. קושי נוסף על פי חוות הדעת המשפטית, נוגע לכך שהמשמעות הפרשנית המרחיבה הנטענת על ידי המתנגדים משמעה לכאורה פגיעה בזכויות יסוד מוגנות, ובראשן פגיעה ב"חופש העיסוק" של קשת (ובאופן עקיף גם פגיעה בזכויותיה של RGE), בהעדר הוראת חוק מפורשת, וזאת על בסיס סמכות כללית בטענה שהדבר נועד להגשים "מטרה" של החוק.

58. למען הסר ספק יובהר, כי גם בחינה מהותית של הוראות החוק על פי כללי הפרשנות המקובלים ובשים לב לנסיבות הקיימות אינה תומכת בהחלת פרשנות חריגה ומרחיבה כפי הנטען.

³ בעניין זה קשת אף מזכירה כי שחקניות מרכזיות בתחום הטלוויזיה הרב-ערוצית מפתחות בעצמן פעילות OTT, לצד פעילותן המרכזית.

59. טענה חלופית שהעלו חלק מהצדדים השלישיים המתנגדים בהקשר זה הוא כי היעדר ההתייחסות הקיימת בחוק לפעילות המיזם היא בגדר "לאקונה" או "פרצה", שאותה נדרשת הרשות להשלים על דרך הפרשנות ובאמצעות החלת מגבלת הבעלות הצולבת, באופן שיביא לדחיית בקשת קשת. תמיכה לכך מצאו המתנגדים בטענה שמשרד התקשורת מגבש חקיקה שתסגור את אותה פרצה (לטענת העיתוי והליך החקיקה תובא התייחסות בהמשך הדברים).

60. ואולם, שידורים על גבי רשת אינטרנט אינם עניין חדש או זר למחוקק ולגורמי האסדרה. על פני הדברים גורמי האסדרה הרלבנטיים אינם רואים בגוף המשדר שידורי טלוויזיה רב-ערוצית על גבי רשת האינטרנט כ"בעל רישיון לשידורים" כהגדרת מונח זה בחוק התקשורת. בהתאם, פעילותן של סלקום טי.וי (שהשיקה את פעילות האינטרנט שלה בשנת 2014 - לפני כשמונה שנים) ופרטנר טי.וי (שנכנסה לשוק הטלוויזיה הרב-ערוצית כספק שידורים על גבי רשת האינטרנט בשנת 2017 - לפני כחמש שנים) אינה טעונה רישיון ואינה כפופה למחויבויות החלות על הוט ויס, בהתאם להוראות חוק התקשורת. בהקשר זה יש לזכור כי הן בחוק התקשורת והן בחוק הרשות השניה קיימים סעיפי הגבלה על בעלות צולבת הדומים במהותם.

במהלך השנים, נדרש המחוקק, בהזדמנויות שונות, בהליכי חקיקה שונים ובדיוני ועדות הכנסת, לשאלת אסדרת השידורים על גבי רשת האינטרנט, על רקע כניסת השחקנים החדשים, עד היום לא התבצעה אסדרה מקיפה בעניין זה, ושוק השידורים בכללותו מתנהל על פי המצב הקיים המתואר לעיל משך שנים.

בנוסף, במקרים בהם המחוקק ראה זאת לנכון, הוא התייחס במפורש לשידורים על גבי רשת האינטרנט כך למשל תיקון מס' 3 לחוק הפצת שידורים באמצעות תחנות שידור ספרתיות, תשע"ב-2012, שבו נקבעו הוראות ייעודיות הנוגעות להפצת שידורי טלוויזיה ברשת האינטרנט.

61. לכך מתווספת העובדה כי במהלך השנים הקים משרד התקשורת מספר ועדות שעסקו בשאלת האסדרה של שידורים על גבי רשת האינטרנט, ניתנו המלצות שונות בסוגיה זו, נערכו דיונים בוועדות הכנסת בסוגיה זו, ואולם עד עתה, ולמרות שנערכו תיקונים מהותיים בחוק הרשות השניה (כדוגמת תיקון מס' 44), טרם גובשה חקיקה המסדירה את פעילות המיזם, וממילא כזו המטילה על פעילות OTT חובות זהות או דומות לאלה המוטלות על הוט ויס.

62. בנוסף, אף אם היה מקום לסבור כטענת המתנגדים, כי מדובר בלאקונה, הרי שתיקון "החסר החקיקתי" בנסיבות המקרה שלפנינו ראוי בעת הזו כי יהיה מסור למחוקק, שהוא כאמור ככלל הגורם האמון על קביעת הנורמה הראשונית וההסדרים הנוגעים לעניין. על אחת כמה וכמה בשים לב למורכבות הנושא עליה עמדנו לעיל. יש לזכור, כי כאשר המחוקק פעל בנושא הוא קבע במפורש הסדר מצומצם (בתיקון מס' 3 לעיל), ומכלל ההן נשמע הלאו, קרי – הסדר שלילי.

63. טענה נוספת של המתנגדים נגעה כאמור לשאלת עיתוי החלטת המועצה, כאשר בעניין זה נדרשה המועצה להשהות למצער את החלטתה עד להשלמת חקיקה עתידית.
64. כמפורט לעיל, המועצה בחנה בתשומת לב את המצע העובדתי בהקשר זה ונוכחה כי אין כל וודאות לעניין לוח הזמנים ולעניין תוכנה של החקיקה המדוברת בהקשר של הבקשה והמיזם. אי וודאות המחייבת את המועצה לביצוע תפקידה והפעלת סמכותה בעניין הבקשה שלפניה. בהחלטתה לבצע את תפקידה ולממש את סמכותה המועצה הייתה ערה גם לעובדה שבקשת קשת מונחת בגלגוליה השונים כבר מזה זמן על שולחנה של הרשות השניה (כאשר נזכיר שמרבית המתנגדים פנו בעניין זה למועצה רק לאחרונה).
- בסופו של יום, המועצה נדרשת לבחון בקשה המונחת בפניה על פי החקיקה הקיימת והתקפה במועד ההחלטה, וככלל אין באפשרותה להשתית את החלטותיה על יסוד השערות ותחזיות. בפרט, המועצה אינה יכולה, ככלל, להתחשב במסגרת שיקוליה בחקיקה עתידית שטרם קרמה עור וגידים, ובפרט כאשר לא ידוע בוודאות באיזה שלב היא מצויה⁴, וחשוב מכך, מה יהיה תוכנה בסופו של ההליך החקיקתי. האירועים הפוליטיים האחרונים שהתרחשו עובר לקבלת החלטת המועצה, מלמדים גם הם על הקושי הרב שבהבאת אפשרות קיומה של חקיקה עתידית (שאינה קונקרטיבית וודאית) במסגרת שיקולי המועצה.
65. טעם נוסף התומך בעמדה עקרונית ולפיה ככלל אין מקום להתחשב בחקיקה עתידית קשור גם בעובדה כי ממילא וככל שהמחוקק יחליט בעתיד להורות על תיקוני חקיקה הרי שאלה יחולו ממועד כניסתם לתוקף, כאשר המחוקק הוא גם הגורם המוסמך להכריע על אופן החלת תיקוני החקיקה על שחקנים קיימים (לרבות קביעת הוראות מעבר אם לאו).
66. כפי שצוין לעיל, במסגרת הברורים העובדתיים שביצעה המועצה, היא אף פנתה בעניין זה למשרד התקשורת לשם קבלת הבהרות לעניין מהות החקיקה ולוחות הזמנים הצפויים לגיבושה, ואולם מענה משרד התקשורת לימד כי באותו שלב עדיין לא ניתן להצביע על הסדרים פרטניים שגובשו על ידי המשרד בסוגיה זו וכי גם לא ניתן להצביע על לוחות זמנים קונקרטיים וודאיים להשלמת הליך החקיקה (מה עוד שהליך זה גם טרם החל עובר להחלטת המועצה) ותוכנה הסופי. לפיכך, המועצה סבורה כי אין בעיתוי הנוכחי כדי למנוע את קבלת ההחלטה בהתאם לחקיקה הקיימת.
67. לבסוף, המועצה סבורה כי אין מקום לקבל את הראש הנוסף של טענות המתנגדים, שעניינן הפגיעה הנטענת בתחרות. טעם המרכזי לכך נעוץ בעובדה שהממונה על התחרות עצמה, שהיא הגורם בעל הניסיון והמומחיות בהקשר זה, אישרה את ההסדר להקמת פלטפורמת שידורים רב-ערוצית על ידי קשת ו-RGE. לא זו בלבד שרשות התחרות סברה כי אין בהסדר בין הצדדים כדי "לפגוע פגיעה של ממש בתחרות" אלא שהיא אף אחזה בדעה ההפוכה, ולפיה יש בהתקשרות ובהקמת פעילות המיזם כדי להגביר את התחרות ובכך

⁴ למען שלמות התמונה יצוין, כי מנכ"לית משרד התקשורת, הודיעה במסגרת דיון בוועדת הכלכלה של הכנסת שהתקיים ביום 7.6.2022, כי משרד התקשורת יפרסם לציבור בתוך כשבועיים-שלושה את תזכיר חוק השידורים החדש. בפועל, תזכיר החוק האמור לא פורסם לציבור עובר לקבלת ההחלטה.

להועיל לצרכנים, שכן ההתקשרות מאפשרת כניסה של מתחרים חדשים לענף הטלוויזיה הרב-ערוצית, ואישרה את ההסדר ללא תנאים, בציננה:

"ההסדר הנדון יאפשר כניסה של מתחרה נוסף לענף וכתוצאה מכך היצע המוצרים הזמין לצרכן יגדל ורמת התחרות צפויה להשתפר".

(החלטת הממונה)

עוד יצוין, כי המתנגדים לעסקה לא הגישו ערר על החלטת הפטור ולא העמידו את קביעות הממונה על התחרות בפני ביקורת שיפוטית. ההסבר המעשי שניתן בעניין זה על ידי חלקם, אינו משנה מהעובדה כי בסופו של יום החלטת הממונה ונימוקיה לא נתקפו על ידי המתנגדים, על כל המשתמע מכך.

כפי שצוין לעיל, הממונה על התחרות הבהירה כי היא עודנה עומדת על עמדתה ולפיה בחינה תחרותית תומכת באישור הבקשה, והתייחסה לסבירות הנמוכה, לדעתה, שבטווח הזמן הקרוב תיפגע התחרות.

כפי שעולה מחוות הדעת המשפטית, בית המשפט העליון כבר עמד על המשקל המיוחד שיש לייחס להחלטותיו ועמדתו המקצועית של הממונה על התחרות ביחס לשאלת ההשפעה התחרותית של הסדר מסוים.

68. מצב דברים זה, שבו מתחרים שונים בשוק מלינים על פגיעה תחרותית או מתנגדים לעסקה של מתחרה מצבי קושי נוסף, והוא החשש כי ההתנגדות מונעת מרצון להגן עליהם מפני התחרות ולא להגן על התחרות, וכי ביסוד הפניה עומד רצון לסכל כוונת מתחרה בשוק להרחיב את פעילותו כדין. חשש זה מחייב אם כן משנה זהירות בבחינת טענות תחרותיות העולות מצד מתחרים בשוק, כך ככלל וכך בפרט בנסיבות המקרה דנא, שבו הממונה על התחרות סבר כאמור שלא עולה חשש לפגיעה התחרותית הנטענת.

69. כאמור, הליך הבדיקה שקיימה המועצה, וכלל מספר דיונים ממושכים במועצה, היה הליך יסודי, מקיף ומעמיק, שכלל, בין היתר:

69.1. בדיקת הבקשה ומסמכי ההתקשרות, לצד ההבהרות, המצגים והתחייבויות הצדדים (כמפורט לעיל) ושמיעת טענות הצדדים לעסקה;

69.2. שמיעת צדדים שלישיים מתנגדים ובחינת טענותיהם;

69.3. קיום שיח והיוועצות עם רשויות נוספות, ובכלל זה מועצת הכבלים והלווין ורשות התחרות.

69.4. בדיקה כלכלית לגבי השפעת העסקה על חוסנה הכלכלי של קשת ויכולתה להמשיך לספק את שירותי הרישיון ואף את ההשפעה הצפויה על מפקחים נוספים של הרשות (שלא הביעו התנגדות לבקשה);

69.5. חוות דעת משפטית הבוחנת את המסגרת המשפטית ואת טענותיהם המשפטיות של הצדדים לעסקה וטענות צדדים שלישיים מתנגדים.

70. לאחר בחינת התשתית המקיפה שהונחה לפניו, ושקילת מכלול השיקולים הנוגעים לעניין שוכנעה המועצה, כי בשים לב לתנאים המפורטים להלן אין באישור הפעילות הנוספת כדי לפגוע במתן שירותי הרישיון; וכי אין בפעילות הנוספת כדי לפגוע ביכולתה של הרשות לפקח על אופן ביצוע שירותי הרישיון וקיום הוראות החוק והרישיון. המועצה גם סברה שאין באישור הפעילות הנוספת כדי להביא לכך שקשת לא תעמוד בתנאי הכשירות לקבלת רישיון ובהוראות מחייבות נוספות על פי החוק ותנאי רישיונה.

לפיכך, החליטה המועצה לאשר את הבקשה בכפוף: (א) לכל מצגי והתחייבויות קשת והמיזם במהלך הבדיקה, לרבות אלה הזכרים במסמך זה; ו-(ב) לכל התנאים המפורטים להלן.

71. כמו כן, המועצה סבורה כי הגבלת האישור לתקופה מקבילה לתקופה שבה ניתן אישור הממונה על התחרות, לצד התנאים המפורטים להלן, יפיגו את החשש לפגיעה בשירותי הרישיון, ביכולת הפיקוח של הרשות, ובתכליות נוספות העומדות בבסיס הוראות החוק. כמו כן, במסגרת האישור נקבעו הוראות המבטיחות השקעה בתרבות וביצירה הישראלית, לצד גיוון בתכנים המוצעים לצופה.

72. המועצה נתנה את דעתה להמלצת מועצת הכבלים והלוויין כי הרשות תבחן "הוספת תנאי, ככל שהדבר ניתן, לפיו ערוצי הספורט לא ישודרו על ידי המיזם בבלעדיות וזכויות השידור בערוצים יהיו נתונות גם לפלטפורמות הרב-ערוציות כמו למיזם "בתנאים מסחריים הוגנים ובלתי מפלים" (ההדגשה הוספה), ואולם לאחר שקילת העניין סברה המועצה כי בנסיבות העניין אין מקום לקבוע תנאי הנוגע לתחום שידורי הספורט ולגורם שאינו מפוקח על ידי הרשות. בעניין זה המועצה נתנה גם את דעתה, בין היתר, לכך שבמקרה שבו המיזם והצדדים לעסקה ינקטו בצעדים שאינם עולים בקנה אחד עם הוראות חוק התחרות, יהיה הדבר נתון לביקורת ופיקוח מצד רשות התחרות. כמו כן ניתן משקל גם לעמדתה של רשות התחרות, ולפיה "בשנותיו הראשונות של המיזם, לא צפוי להשתנות באופן מהותי התמריץ שייוצר לקשת ול-RGE בכל הנוגע להפצת התכנים שבידן, ואף היכולת לפגוע בהפצת התכנים [ובכלל זה תכני הספורט] לפלטפורמות המתחרות היא מוגבלת בחלק גדול מהתקופה" (החלטת הממונה). בהקשר זה הממונה אף הזכירה כי לצדדים אין וודאות בדבר המשך ההחזקה במיזם לאחר פקיעת הפטור, וכי בחינה עתידית יכולה להביא למסקנה תחרותית שונה שתביא לאי חידוש הפטור. דברים אלה אמורים גם באישור המועצה, שתוקפו מוגבל לתקופה זהה לתקופת הפטור שניתן על ידי הממונה.

73. בכל הנוגע לחששות שעלו לגבי פגיעה אפשרית של קשת בעניין רישיונות הצפייה הנדחית או בשירותים אחרים הניתנים על ידי קשת לפלטפורמות מתחרות במיזם, המועצה סברה כי בשים לב למורכבות הנושא, לעמדתו של הממונה על התחרות ולתקופה המוגבלת שבה ניתן האישור אין מקום להתניית האישור בתנאים לגבי עניין זה. יחד עם זאת, המועצה מבהירה כי המועצה תיקח בחשבון את התנהלות קשת בתקופת האישור, ובפרט בסוגיית הצפייה הנדחית ושירותיה הנוספים, כאשר תתבקש לדון בהארכת תוקפו.

74. המועצה קיבלה את החלטתה על בסיס הדין הקיים ולאור האינטרס הציבורי. המועצה ערה לאנומליה הקשה הקיימת בחקיקת שוק השידורים המיושנת והחסרה. המועצה קוראת לכנסת ישראל לפעול בהקדם על מנת להסדיר את האנומליה שבחקיקה, לרבות לגבי שידורי טלוויזיה על גבי רשת האינטרנט, ולהסדיר את כללי האסדרה לכל הגורמים הפועלים בשוק הטלוויזיה על בסיס "מגרש משחקים מאוזן" בין כלל ספקי שירותי הטלוויזיה השונים בישראל, תוך שמירה וחיזוק היצירה והתרבות הישראלית.

75. לפיכך, המועצה החליטה לאשר את בקשת קשת לפעילות נוספת, וזאת עד ליום 2.9.2025 (תקופה מקבילה לתקופת אישור הממונה על התחרות), וזאת בכפוף לתנאים הבאים:

75.1. הגדרות –

"קשת" – קשת ו/או מי מטעמה, לרבות גופים הקשורים לקשת או מצויים בשליטתה.

"ערוץ 12" – שידורי ערוץ 12 בהתאם לרישיון שניתן לקשת.

"המיזם" – מיזם שידור על גבי רשת האינטרנט (המכונה כיום "FREE TV") המוחזק על ידי קשת ו-RGE, כמפורט בבקשה לפעילות נוספת ובצרופותיה.

"המועצה" – מועצת הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו.

"הרשות" – הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו.

"החוק" – חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990, וכן התקנות והכללים מכוחו.

75.2. איסור זליגת תכנים – חל איסור על קשת להעביר למיזם תכנים המופקים על ידי קשת או על ידי מי מטעמה או עבודה (ולרבות תכנים שנרכשו כאמור וכן תכני המשך לתכנים קיימים), בין בתמורה (כספית או אחרת) ובין ללא תמורה. האמור בתנאי זה אינו חל על העברת שידורי ערוץ 12 במסגרת המיזם, כפי שאלה משודרים בכל פלטפורמה מתחרה או על שידורי עבר.

75.3. היצירה הישראלית –

75.3.1. הכנסות קשת מהמיזם יכללו במסגרת חישוב חובת הפקות המקור והסוגה העילית בהן מחויבת קשת במסגרת שידורי ערוץ 12.

75.3.2. המיזם ישקיע בהפקות מקור, לכל הפחות, שיעור זהה מהכנסותיו לשיעור ההשקעה שבו מחויבות כיום חברות הכבלים והלוויין מתוך הכנסותיהן בהתאם להוראות הדין.

75.3.3. קשת תגיש לרשות בסוף כל שנה קלנדרית ולא יאוחר מסוף הרבעון הראשון בשנה העוקבת תצהיר בחתימתם של מנכ"ל קשת וסמנכ"ל הכספים שלה המפרט ומאשר את עמידת המיזם בהתחייבותו להשקיע בהפקות מקור, כאמור בסעיף 75.3.2 לעיל, וזאת במתכונת שתקבע הרשות.

75.4. מניעת פגיעה בתחרות –

75.4.1. קשת תהא חייבת לאפשר העברת שידורי ערוץ 12 בכל פלטפורמה רב-ערוצית שתבקש זאת, וזאת בתנאים שאינם נופלים מהתנאים שבהם היא מאפשרת זאת למיזם.

75.4.2. המיזם יהיה חייב להעביר, ללא דרישת תשלום (מצד המיזם) את יתר שידורי ערוצי המורשים לשידורים המפוקחים על ידי הרשות והמעוניינים בכך (נכון למועד האישור - ערוצים 9, 13, 14, 24 והלא טיוו) וזאת על אותו מסך ובאותו סדר כפי שאלה מוצגים בפלטפורמות רב-ערוציות אחרות, מבלי לתת העדפה לערוץ 12 באופן הצגתו.

75.5. הוראות בעניין ההפרדה בין חברת החדשות של קשת לבין המיזם –

75.5.1. על המיזם יחול איסור לעשות שימוש בתשומות ותוצרי חברת החדשות.

לעניין סעיף זה "תשומות" - לרבות העסקה או התקשרות של המיזם, בין בתמורה ובין שלא בתמורה, עם גורמים המועסקים על ידי חברת החדשות או שהתקשרו עימה, ולרבות הופעה של גורמים כאמור, באופן קבוע או מזדמן, בתוכניות שמשדר המיזם, וזאת במהלך תקופת ההעסקה או ההתקשרות כאמור.

75.5.2. על קשת והמיזם יחול איסור למנות בעל תפקיד במיזם (לרבות נושא משרה) ככל שזה ממלא תפקיד (לרבות נושא משרה) בחברת חדשות 12.

75.6. איסור העדפה בפרסום ובקידום –

חל איסור על קשת להפלות לטובה את המיזם וכן להעדיף את המיזם על מתחריו בפרסום ובקידום בשידורי ערוץ 12, וזאת לרבות פרסום וקידום תוכן, בין בתמורה (כספית או אחרת) ובין ללא תמורה, בין במישרין ובין בעקיפין, ולרבות בתנאי הפרסום והקידום בערוץ 12 בהשוואה לתנאי הפרסום והקידום של המתחרים של המיזם.

75.7. שינוי אחזקות והשקעות נוספות של קשת במיזם

75.7.1. כל השקעה ו/או העמדת מימון נוסף כלשהו על ידי קשת לטובת המיזם או RGE, מעבר להשקעה או למימון אותם נדרשת קשת להעמיד במועד אישור העסקה, בין בכסף ובין בשווה כסף (ולרבות בזמן פרסום או קידום תכנים), יהיה כפוף לאישור המועצה, מראש ובכתב.

75.7.2. כל שינוי בהחזקות קשת במיזם או ב-RGE, לרבות מימוש אופציות, יהיה כפוף לאישור המועצה, מראש ובכתב.

75.8. שמירה על סודות מסחריים של מתחרי המיזם

75.8.1. קשת לא תפגע בסודות מסחריים של מתחרי המיזם שאליהם נחשפה במסגרת פעילותה, לרבות במסגרת פעילות הפרסום בערוץ 12.

75.8.2. חל איסור על קשת להעביר למיזם מידע סודי של מתחרי המיזם, לרבות ומבלי לגרוע מידע שיווקי, תוכניות פרסום ומבצעים וכדומה.

76. יודגש, כי תוקף אישור המועצה מותנה בתוקף התנאים וההגבלות המפורטים לעיל וכן בעמידת קשת והמיזם בכל המצגים וההתחייבויות שניתנו על ידם במסגרת הליך בדיקת הבקשה, כמפורט בהחלטה זו. פקיעתם של תנאי או הגבלה מהמנויים לעיל או הפרה מצד קשת או המיזם של מצג או התחייבות שניתנו על ידם כאמור, תביא לפקיעתו המיידית של האישור עצמו.

77. עוד יובהר, כי אישור המועצה לפעילות נוספת הוא כאמור לתקופה מוגבלת המקבילה לתקופה שנקבעה ע"י הרשות לתחרות (עד ליום 2.9.2025) שבסופה תבוצע בחינה מחודשת של הבקשה, מצב השוק והאינטרסים של הציבור הישראלי או עד לחקיקה בנושא, לפי המוקדם.

78. אישור המועצה לפעילות נוספת ניתן לקשת בלבד ולא לחברת החדשות.

