

מדינת ישראל

משרד המשפטים

משנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקלי)

ירושלים: ד' סיון תשע"ד

02 יוני 2014

תיקנו: 803-04-2013-001786

סימוכין: 803-99-2014-021699

אל: היועץ המשפטי למועצה לשידורי כבלים ולוויין - מר דודו קובסניאנו

הנדון: ערוץ החדשות i24 - מסלול הרישוי

כללי

1. הוט מערכות תקשורת בע"מ (להלן - הוט) מחזיקה ברישיון כללי לשידורי כבלים מכוח חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן - החוק או חוק התקשורת). הוט הגישה למועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין (להלן - המועצה) בקשה לשדר במסגרת שידוריה את ערוץ החדשות המכונה i24 (להלן - הערוץ או ערוץ החדשות).

מהנתונים שהובאו בפנינו עולה שמרכזו של הערוץ ישראל. הסיקור שלו ממוקד בישראל ומירב הזיקות של הערוץ הן לישראל. כך, בעל השליטה ומנהל הערוץ ישראלים והוא הדין גם לגבי חלק מהעיתונאים ואנשי הצוות. משרדי הערוץ ומערכת הערוץ יושבים אף הם בישראל. הערוץ משודר מישראל לכל העולם בשלוש שפות - אנגלית, צרפתית וערבית. כפי שנמסר לנו, מטרתו המוצהרת של הערוץ היא לתת תשובה הולמת לערוצי חדשות אחרים בקשר לסיקור של ישראל והמזרח התיכון.

2. השאלה המשפטית שעלתה בקשר עם הליכי הרישוי של הערוץ הינה מהו הליך הרישוי שיש לנקוט בו. בהקשר זה עומדות שתי אפשרויות. הראשונה, רישוי כ"מפיק חדשות עצמאיים". לרישיון מסוג זה נלווים תנאים שונים שמטרתם להבטיח עצמאות של הערוץ וביזור השליטה בשוק התקשורת. השנייה, אישור מועצה בלבד כאילו מדובר בערוץ חדשות זר שמקור שידוריו "מחוץ לישראל". מדובר בהליך אישור "רך" בהרבה.¹

3. במטרה להכריע בין שתי אפשרויות אלה נדרש מבחן לסיווג הערוץ. עמדתנו הינה כי המבחן שיש ליישם מבוסס על זיקת הערוץ לישראל וההשפעה שתהיה לערוץ בישראל. על בסיס מבחן זה עמדתנו היא כי הערוץ מחויב בהליך רישוי למפיק חדשות עצמאיים וכי לא ניתן לראות בו ערוץ חדשות זר שמקור שידוריו מחוץ לישראל.

¹ באפשרות הראשונה תומך היועץ המשפטי של המועצה. הוט דורשת את האפשרות השנייה. עמדתה של הוט הוצגה על ידי נציגיה בפגישה שנערכה במשרדי ביום 11.5.14. כמו כן הועברה לנו חוות דעת מאת ב"כ הוט מיום 5.12.13.

עמדה זו מבוססת על פרשנותו התכליתית של החוק המסמך. פרשנות זו מעניקה משקל ללשונו של החוק ולתכליתו - קביעת הסדרים שיגנו על חופש הביטוי הפוליטי של אזרחי המדינה, שימנעו שליטה של בודדים על "שוק הרעיונות", ושיביאו לשידור אמין וראוי ללא השפעות זרות.

4. אולם בכך לא די. לפרשנות החוק המסמך יש לצרף גם את החוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ד-2013 (להלן - **חוק הריכוזיות**). בתוק הריכוזיות בחר המחוקק להתמקד בגורמים המשדרים שידורי חדשות ובכלל זאת בטלוויזיה הרב ערוצית כיוון שראת בהם כלי רב חשיבות. הוא הגדיר את השולטים בהם כגורמים ריכוזיים שיש לבחון את פעילותם במשק בראייה ריכוזית כלל משקית. אחד מאותם גורמים ריכוזיים הוא מפיק חדשות עצמאי. לכן, מתן אפשרות למועצה לעקוף את מנגנון הרישוי של מפיק חדשות עצמאי יביא במקרה זה גם לעקיפת חוק הריכוזיות, והערכים שהוא בא להגשים ומכך יש להימנע.
5. חוות הדעת נכתבה יחד עם עו"ד דפנה גלוק ממחלקת ייעוץ וחקיקה (כלכלי-פיסקלי).

המסגרת הנורמטיבית - שידורי חדשות ארציות בטלוויזיה הרב ערוצית

6. הכלל בחוק התקשורת הוא כי **בעל רשיון לא ישדר שידורי חדשות ארציות בשידוריו אלא בחריגים מסוימים הקבועים בחוק התקשורת**.²
- לעניין זה קובע סעיף 6נא1 לחוק התקשורת כי:

"(א) לא ישודרו שידורי חדשות בשידורים של בעל רשיון לשידורי לוויין או בשידורים של מפיק ערוץ עצמאי; לענין סעיף זה, "שידורי חדשות" - חדשות ומהדורות חדשות, למעט שידורים ארציים של חדשות, המשודרים או המועברים על פי דין, או שידורי חדשות בערוצים שמקורם מחוץ לישראל שאישרה המועצה;

(ב) על אף הוראת ס"ק (א) רשאית המועצה לאשר בקשה של בעל רשיון להעביר למנויי שידורי חדשות ותוכניות בענייני היום ויחולו הוראות סעיף 2כ6 בשינויים המחויבים".

7. הוראת החוק עוסקת בבעל רשיון לשידורי לוויין. הוראה דומה נקבעה גם לבעל הרשיון לשידורי כבלים. וכך קובע בהקשר זה סעיף 28.6 לרשיונה של הוט:

"בעל רשיון אינו רשאי לכלול בשידוריו שידורי חדשות ותכניות בענייני היום שאינם אזוריים. האמור בסעיף זה לא יחול על שידורי חדשות ותכניות בענייני היום המשודרים לפי כל דין בישראל ובכלל זה לפי סעיף 2כ6 לחוק, ועל שידורי חדשות ותכניות בענייני היום שמקורם מחוץ לישראל, ושאושרו על ידי המועצה".

² להבדיל משידורי חדשות מקומיות המותרות לשידור על ידי בעל הרשיון עצמו. ראו לעניין זה סעיף 1בס6 לחוק הקובע את החובה לשדר שידורי חדשות מקומיות בלבד.

הוראה זו היונקת מהוראות חוק התקשורת היא העומדת במוקד חוות הדעת. היא קובעת איסור על שידור שידורי חדשות ארציים למעט שני חריגים הרלוונטיים לענייננו. האחד מנגנון רישוי של מפיק חדשות עצמאי לפי סעיף 2כ6 לחוק התקשורת, והשני שידור חדשות שמקורם מתוך לישראל שאושרו על ידי המועצה.³

נדון בכל מנגנון בנפרד.

מפיק חדשות עצמאי

8. החריג המרכזי לאיסור על שידור חדשות ארציות בשידוריו של בעל הרישיון הוא ההסדר הנוגע למפיק חדשות עצמאי. נקודת המוצא לדיון היא סעיף 2כ6(ב) המסדיר "שידורי חדשות שאינם אזוריים". סעיף זה קובע כי:

"על אף הוראות סעיף 1סב6(א) ונוסף עליהן, רשאית המועצה לאשר לבעל רישיון כללי לשידורי כבלים להעביר למנוייו שידורי חדשות ותכניות בענייני היום שאינם נוגעים לאזור הרישיון בלבד, בין במתכונת של ערוץ נפרד ובין במתכונת של מהדורות המשולבות בערוצים עצמיים של בעל הרישיון (בסעיף זה - שידורי חדשות כלליים), ובלבד שנתקיימו תנאים אלה:

(1) שידורי החדשות הכלליים יופקו וייערכו בידי מפיק חדשות עצמאי";

כלומר תנאי לשידור חדשות בשידורי בעל רישיון הוא כי המשדר יהיה מפיק חדשות עצמאי⁴ שקיבל רישיון לשידור החדשות.⁵

9. סעיף 2כ6 מונה שורה ארוכה של תנאים למתן הרישיון למפיק חדשות עצמאי. כך, לדוגמה, ההתקשרות עם המפיק חייבת לבוא לאישור מוקדם של המועצה ברוב מיוחד ולאחר הליך של שיתוף הציבור. על המועצה להשתכנע כי ההתקשרות מבטיחה את "עצמאותו של מפיק החדשות העצמאי, את מהימנות שידוריו ואת רמת ההפקה הנאותה שלהם".⁶ החוק אף מונע כל מעורבות של בעל הרישיון בשידוריו של מפיק החדשות העצמאי ואוסר עליו לקטוע, לערוך או לעכב את השידורים.⁷

³ לפי סעיפים 6א ו-1כא לחוק התקשורת בעל רישיון לשידורי כבלים חייב להעביר את שידורי הערוצים המסחריים והערוצים הייעודיים אשר משדרים חדשות. הסדר זה אינו רלוונטי לענייננו.

⁴ ניתן לשדר גם שידורי חדשות במסגרת ערוץ חדשות ייעודי לפי סעיף 6לד לחוק התקשורת. אלא שהוא כפוף למכרז, והסדרי הרישוי לגביו יהיו כשל מפיק חדשות עצמאי לאור הוראת 2כ6(ט) לחוק התקשורת.

⁵ ראו ההגדרה בסעיף 2כ6(א)(1) לחוק התקשורת.

⁶ סעיף 2כ6(ב)(2).

⁷ סעיף 2כ6(ב)(5). החוק אף קובע הוראות המונעות מהמפיק לקבל טובות הנאה או להפלות בין בעלי רישיונות שונים – ראו סעיף 2כ6(ב)(3) ו-(4).

10. חוק התקשורת מוסיף וקובע הוראות מחמירות המונעות או מגבילות בעלות צולבת במפיק חדשות עצמאי ובגוף תקשורת מרכזי אחר. מדובר על בעלות צולבת במפיק חדשות עצמאי ובבעל רשיון לשידורי כבלים או לשידורי לוויין, בבעל זיכיון לפי חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התשי"ג-1990, בעיתון יומי בתפוצה ארצית ובכל גורם אחר המשדר כדין שידורי חדשות בטלוויזיה או ברדיו.⁸ החוק אף קובע תנאים המחייבים את הערוץ בשליטה ובניהול ישראלים.⁹ החוק מונע כל מעורבות מפלגתית ופוליטית בשידורי הערוץ.¹⁰
11. כל התנאים הללו באים בסופו של יום להבטיח כי "מפיק חדשות עצמאי יקיים שידורי חדשות מדויקים, מהימנים ומאוזנים, ולא יבוטאו בהם עמדותיהם ודעותיהם הפרטיות של מנהליו, עובדיו ובעלי מניותיו או של מנהלי בעל הרשיון עובדיו ובעלי מניותיו".¹¹

תכלית הרישוי של מפיק חדשות עצמאי

12. התכלית המרכזית של מנגנון הרישוי המורכב של מפיק חדשות עצמאי היא להגן על שוק הרעיונות בטלוויזיה כחלק מהגנה רחבה יותר על חופש הביטוי הפוליטי. בידי משדרי החדשות כח רב כיוון שהם שולטים על הבמה שדרכה מובא לציבור מידע חדשותי.¹² כח זה מצריך קביעת הסדרים שיבטיחו כי הוא לא ינוצל לרעה לצרכים פוליטיים או לצרכים מסחריים. ההסדרה מבקשת להבטיח שידור חדשות עצמאי נקי מאינטרסים זרים, ככל האפשר.¹³

⁸ ראו סעיף 2כ6(ג)(5) לחוק.

⁹ ראו סעיף 2כ6(ג)(1) עד (4), (7) לחוק.

¹⁰ ראו סעיף 2כ6(ד) לחוק.

¹¹ סעיף 2כ6(ה) לחוק.

¹² "התפתחות התקשורת המודרנית יצרה מציאות, שבה התבטאות מחוץ לכלי התקשורת ההמוניים הינה בלתי אפקטיבית ... מוכיח בשער או בכיכר העיר לא יזכה, בדרך כלל, לתשומת לב ולשקילה עניינית של נאומן, אלא עלול לעורר רגשות חמלה בקרב קהל העוברים ושבים. אם ירצה להציג את רעיונותיו בצורה יעילה, יוכל לעשות כן רק על ידי דיווח בעיתונות הכתובה ובאמצעי התקשורת האלקטרוניים" (זפנה ברק "חופש הגישה לאמצעי התקשורת - איזון אינטרסים בתחומי הזכות לחופש ביטוי" עיוני משפט יב 183, 184-185 (תשמ"ז)). לעניין זה נפסק כי "אמצעי התקשורת ההמוניים הינם אחד מאופני ההתבטאות האפקטיביים היחידים לשם פנייה לציבור הרחב" (בג"ץ 7200/02 ד"ר.בי.אס. שירותי לוויין (1998) בע"מ נ' המועצה לשידורי כבלים ושידורי לוויין, פ"ד נט(6) 21 (2005) (להלן - "עניין ד"ר.בי.אס.")). (פסקה 12). עוד נפסק כי "מקום שקהל היעד של ההתבטאות הוא הציבור הרחב, אזי האמצעי האפקטיבי ביותר להגשמת חופש הביטוי הוא אמצעי התקשורת, ובמיוחד שידורי הרדיו והטלוויזיה, המגיעים כמעט לכל בית בישראל" (בג"ץ 7144/01 גוש שלום נ' רשות השידור, פ"ד נו(2) 887, 891 (2002)). עוד נפסק כי "ענף תקשורת זה [של חדשות] אוצר בתוכו כוח השפעה רב על עיצוב דעת הקהל והוא שולט על מקורות מידע חיוניים המוזרמים לציבור בתחומים שונים. הוא נושא אופי של משאב לאומי-ציבורי אשר נועד לענות על צורך חברתי רב משמעות" (ע"מ 6352/01 חדשות ישראל (טי.אי.אן.סי) בע"מ נ' שר התקשורת, פ"ד נו(2) 118 (2001)).

¹³ "הסכנה ל"שוק הרעיונות" נובעת, בראש ובראשונה, מריכוזיות בשליטה באמצעי התקשורת. הפתרון לריכוזיות האמורה טמון בתכנון מבנה שוק השליטה בענף אמצעי התקשורת. פירושו של דבר כי מוטלות הגבלות על רמת השליטה של חברות מסוימות בסך כל אמצעי התקשורת. על-ידי פיזור השליטה מובטח הגיוון בשליטה. ההנחה היא כי הגיוון בשליטה יסייע לקיומו של "שוק רעיונות" חופשי. דא עקא: השוק החופשי עלול להיכשל. עלול להיווצר "כשל שוק חוקתי" שבו חוג מצומצם של בעלי שליטה מכתבים ומעצבים את "שוק הרעיונות". לשם כך מבקשים להקדים רפואה למכה ולמנוע את ריכוזיות השוק. המכשירים הטכניים למניעת ריכוזיות זו עשויים להיות מגוונים - החל בהתנאות רישוי אמצעי תקשורת בתנאים מסוימים וכלה בדינים ספציפיים של הגבלים עסקיים בכל הנוגע לאמצעי תקשורת" (בג"ץ 6218/93 כהן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מט (2), בעמ' 542). לעניין זה נפסק עוד כי: "למותר להכביר מילים על חשיבותו של ביזור השליטה באמצעי התקשורת לחופש הביטוי ולכינונה של דמוקרטיה הראויה לשמה. ריכוז השליטה באמצעי התקשורת מביא לפגיעה בחופש הביטוי, לדחיקתן של דעות מ"שוק הרעיונות" ולריכוז כוח בידי מיעוט ידיים. תשיבותה של התקשורת האלקטרונית במציאות העכשווית, כזירת ביטוי מרכזית וכמרכז לעיצוב דעות, מחייבת כי ייעשה למניעת ריכוז השליטה באותם אמצעים" (בג"ץ 4915/00 רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' ממשלת ישראל פ"ד נד(5) 451).

13. לכן, קידום חופש הביטוי מצדיק הטלת רגולציה על תחום זה.¹⁴ הרגולציה באה להגן על זכויות היסוד ולא להגבילן. האמצעים שבחר המחוקק לצורך זה הם מגוונים. האמצעי המרכזי הוא הטלת מגבלות על הגורמים שיכולים להחזיק בערוץ חדשות.

14. אחת מהגבלות היא איסור על בעל הרשיון לטלוויזיה רב ערוצית לשדר שידורי חדשות בשידוריו,¹⁵ וקביעה מקבילה כי שידור החדשות יכול להיעשות רק על ידי מפיץ חדשות עצמאי. כאמור, מטרת ההסדרה היא שמירת עצמאותו של מפיץ החדשות העצמאי בעיקר מבעל הפלטפורמה המעביר את שידוריו.¹⁶ זאת, על מנת למנוע לחץ בלתי הוגן עליו¹⁷ וכן על מנת למנוע את עקיפת הכלל הבסיסי בחוק המבקש למנוע מבעל הרשיון לשדר שידורי חדשות המצויים בשליטתו.

15. את ההפרדה הזו יש לראות כחלק ממגמה רחבה יותר של צמצום בעלות צולבת בתחום התקשורת מטעמים של הגנה על חופש הביטוי.¹⁸ כאמור, בהקשר של שידורי חדשות יש להפרדה זו חשיבות מיוחדת, נוכח רגישות התכנים.

¹⁴ ראו גיא פסח "משאבי ביטוי - קווים לדמותם ומתווה להקצאתם" שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל 299, 330 (מיכאל בירנהק עורך, 2006).

¹⁵ החשיבות בין הפרדה בין תשתית ותוכן נדונה בהרחבה בעניין די.בי.אס. נפסק כי: "ככל התפקידים אותם מבצע בעל הרשיון לטלוויזיה רב ערוצית: מחד, מהווה בעל הרשיון בעלים של התשתית הרב ערוצית, אשר מהווה מעין "פלטפורמה" להעברה של ערוצים שונים ולשידורם. בכובעו זה מספק בעל הרשיון "שירותי הולכה" (Common Carrier) לתכנים המשודרים באמצעותו. מאידך, בעל הרשיון הוא המקור לרבים מן הערוצים המשודרים בטלוויזיה הרב ערוצית, בין על ידי רכישת הזכות להעביר את שידוריו של ערוץ קיים, ובין באמצעות הקמת ערוץ המשדר תוכניות שונות אשר נרכשו על ידי בעל הרשיון או הופקו על ידו. בהיבט זה מהווה בעל הרשיון "ספק תוכן" (Content Provider). לכך יש להוסיף, כי שירותי ההולכה - היינו הפלטפורמה לטלוויזיה רב ערוצית - מהווים "משאב נדיר" (Scarce Resource). זאת, בין היתר, בשל גודלו של השוק הישראלי וחסימי הכניסה הגבוהים הקיימים בענף זה. כך יוצא, שהגורמים אשר שולטים בשוק ההולכה, הם המחזיקים ב"שערי היציאה" (Gateways) של שוק התוכן (לעניין זה ראו פירוט בהמלצות אשר בדו"ח ועדת פלד להרחבה ולארגון מחדש של מערך השידורים לצילוח משנת 1997, בפרקים "הפרדה בין שירותי הולכה לבין ספקי תוכן" ו-"הסדרת תחום שירותי ההולכה" (להלן - דו"ח הוועדה); [...] בנסיבות המתוארות לעיל, ככל התפקידים האמור יש בו כדי להקנות לבעל הרשיון עדיפות בשוק התוכן על פני גורמים אחרים המתמודדים בשוק זה. שליטתו של בעל הרשיון בשוק ההולכה מאפשרת לו לתת יחס מועדף, מבחינות שונות, לערוצים המשודרים מטעמו, על פני ערוצים של ספקי תוכן אחרים. על רקע זה נדרשת התערבות רגולטיבית, אשר תבטיח קיומה של תחרות אפקטיבית בשוק התוכן." (פסקאות 16-17 לפסק הדין).

¹⁶ על חשיבות ההפרדה בין משדר חדשות לגורמים מסחריים כדי להבטיח אמינות ועצמאות ראו בג"ץ 4500/07 ח"ב יחימוביץ' נ' מועצת הרשות השנייה לרדיו ולטלוויזיה (21.11.2007). העוסק בהסדר של הפרדה בין שידורי החדשות לשידורים המסחריים על פי חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, התש"ן-1990.

¹⁷ ראו דבריו של ח"כ קליינר בהציגו את הצעת חוק להגברת הצמיחה והתעסוקה ולהשגת יעדי התקציב לשנת הכספים 1998 (תיקוני חקיקה) (תיקון), התשנ"ט-1999 לקריאה שנייה ושלישית. בהצעת חוק זו נחקק סעיף 2כ6: "במהלך הדיונים בוועדה הוכנסו להצעת החוק הוראות מפורטות, שמטרתן להסדיר ולאסור 'בעלות צולבת' בחברת החדשות, הקרויה בחוק 'מפיץ חדשות עצמאי', וכן להבטיח שידורי החדשות יהיו מדויקים, מהימנים ומאוזנים, ולא יבוטאו בהם עמדותיהם ודעותיהם הפרטיות של מנהלי החברה ועובדיה. מפיץ החדשות ייבחר על-ידי בעלי הזכויות בכבלים, או בעלי הרשיונות בלוויין, ויבוא לאישור המועצה. הסדר זה מבטיח את עצמאותו של מפיץ החדשות באופן שבו תישמר הפרדה מלאה בינו לבין מי שמפיץ את שידוריו."

¹⁸ "השידור האלקטרוני והעיתונות הכתובה הם האמצעים העיקריים למימושן של זכויות יסוד בחברה דמוקרטית. כללי הבעלות הצולבת נועדו לסייע בביצור התחרות בשוק התקשורת, תחרות אשר תבטיח גיוון וריבוי דעות בנוף התקשורת, תשמר את האפקטיביות של הליכי קבלת ההחלטות השלטוניות ותאפשר קיום ביקורת פנימית וחיצונית על מהלכי התקשורת. להלן נעמוד בקצרה על הסכנות הנשקפות למשטר הדמוקרטי כתוצאה מקיומן של בעלויות צולבות בתחומי החדשות והאקטואליה:

[...] שטטוש ההפרדה בין הון לשלטון מטרתה של התקשורת היא, בין היתר, לסקר את הזירה הפוליטית ולבקר, אך להימנע מניטלת חלק פעיל בזירה זו. ריכוזיות השליטה בתקשורת מרחיבה את חוג השפעתם של השולטים באמצעי התקשורת אל מעבר לתחומיהם הלגיטימיים של ביקורת וסיקור תקשורתיים. בשוק תקשורת ריכוזי אמצעי תקשורת עלולים להעניק יחס מועדף לנבחר ציבור, המקיימים יחסי "תן וקח" עם השולטים באמצעי התקשורת. ריכוזיות שוק התקשורת מקלה על בעלי שררה שלטונית להתערב בניהולו, על-ידי מתן טובות הנאה לבעלי השליטה באמצעי התקשורת. קיומן של בעלויות צולבות עלול לערער את האיזון הראוי שבין כוחה של התקשורת לכוחו של השלטון, על-ידי שטטוש ההפרדה שבין רשויות השלטון לבין האינטרסים הכלכליים של בעלי השליטה באמצעי התקשורת. הפרדה כזו חיונית ליכולתה של התקשורת לבקר באפקטיביות את מהלכיהן של רשויות השלטון, כמו גם

16. על כן, לא לחינם נקרא בעל הרשיון הרלוונטי "מפיק חדשות עצמאיים". הבטחת עצמאותו של המפיק - הן מגורמים אחרים והן מאינטרסים אחרים היא העומדת במוקד ההסדרה.

השפעת חוק הריכוזיות על מפיק חדשות עצמאיים

17. חוק הריכוזיות בא להתמודד עם החשש מהתרחבות בלתי מבוקרת של גופים עסקיים גדולים המבוססת על כוח המיקוח שלהם ועל המנופים הכלכליים והפוליטיים שברשותם. החשש הוא שלהתרחבות מעין זה עלולה להיות השלכה כלכלית אולם גם השלכות נוספות כולל על תהליך קבלת החלטות בממשלה ובכנסת.

18. על מנת להתמודד עם חשש זה מסדיר חוק הריכוזיות את ההליך להענקת זכויות ב"תשתיות חיוניות" ל"גופים ריכוזיים". החוק מקנה סמכות לגורם המקצה את הזכות שלא להעניק זכות בתשתית חיונית לגוף ריכוזי. די לגורם המקצה להתבסס על היותו של מבקש הזכות גורם ריכוזי. זאת אם מצא כי סביר שלא תגרם פגיעה של ממש בתחום בשל אי ההקצאה. כלומר, החשש מהרחבת הריכוזיות הכלל המשקית, הוא חשש מנחה, שניתן להסתמך עליו ולמנוע הקצאה של זכות לגורם ריכוזי.¹⁹

19. חוק הריכוזיות מגדיר את ה"גופים הריכוזיים" בהם הוא מתמקד. בין יתר הגופים נמנים גם גורמים "בעלי השפעה בתחום השידורים או העיתונות הכתובה" ובכלל זה גם מפיק חדשות עצמאיים ובעל רישיון כללי לשידורי כבלים.²⁰ ברשימת התשתיות החיוניות מנויות זכויות רבות בתחום התקשורת ובכלל זה בעל רישיון כללי לשידורי כבלים ובעל רישיון כללי משולב לשידורי רדיו טלפון נייד (רט"ן).²¹

20. כלומר מעל השכבה הבסיסית של הסדרת התחום על פי חוק התקשורת, נוספה שכבת הסדרה נוספת מכוח חוק הריכוזיות, המתמקדת בהקצאות הרגישות ביותר ובוחנת הקצאות אלה גם בפריזמה של הריכוזיות. בחינה על פי חוק הריכוזיות מותנית, אפוא, בהקצאה של זכות הנמנית בתוספת לחוק. עקיפת מנגנון ההקצאה תביא גם לעקיפת חוק הריכוזיות.

לכותו של השלטון להגן על הציבור מפני ניצול לרעה של כוח כלכלי ריכוזי." (ירון אזרחי, זוהר גושן ושמואל לשם "בעלות צולבת - שליטה ותחרות בשוק התקשורת הישראלי, היבטים כלכליים ומשפטיים והשלכותיהם על הדמוקרטיה הישראלית", המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2003).

¹⁹ ראו סעיף 5 לחוק הריכוזיות. ראו גם דברי ההסבר להצעת חוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ב-2012, הי"ח ממשלה התשע"ב, 1084, בעמ' 1085.

²⁰ ראו סעיף 4(ו)4 לחוק הריכוזיות.

²¹ ראו סעיפים 1 ו-3 לתוספת לחוק הריכוזיות.

21. מפיק חדשות עצמאי נכלל בקרב אותם גופים המוגדרים כריכוזיים. לכן הקצאה של זכויות אחרות בתשתיות חיוניות למפיק חדשות עצמאי דורשת בחינה על פי חוק הריכוזיות. אין להקל ראש בבחינה זו. הגדרת מפיק חדשות עצמאי כגוף בעל השפעה בתחום התקשורת שיש לראות בו גוף ריכוזי נוספה במהלך הליך החקיקה של החוק. זאת בשל החשש העמוק שהביעו חברי הכנסת מניצול כוחם של בעלי השליטה בכלי התקשורת לטובת אינטרסים אחרים שלהם.²²

רגולציה של ערוצי חדשות זרים

22. כאמור, החריג המרכזי לאיסור שידורי חדשות בהוט הוא בידי מי שקיבל רשיון למפיק חדשות עצמאי. לצד חריג זה קיים חריג משני. אלו הם "שידורי חדשות ותוכניות בענייני היום שמקורם מחוץ לישראל, ושאושרו על ידי המועצה".²³

23. לגבי שידורי חדשות מחוץ לישראל נקבעה רגולציה מקלה ללא כל הסדר או הכוונה בחוק. כל שנדרש הוא אישור המועצה.

24. ההבחנה בין ההליך המחמיר של מפיק חדשות עצמאי להליך המקל החל על שידור ערוצים זרים נובעת מתכליות החוק. המחוקק ראה מולו דגם של ערוצי חדשות זרים שמוקד העניין שלהם הוא גלובלי. הסיקור של ישראל נעשה בערוצים אלה כחלק מהסיקור הבין לאומי וככלל, בעלי השליטה בהם אינם ישראלים. מדובר על ערוצי חדשות כמו: CNN, BBC, FOX NEWS ו-SKY NEWS, WORLD.

25. ערוצים מעין אלה כלל אינם מעלים את אותן סוגיות של חופש ביטוי מקומי והנגזרות שלו. זאת כיוון שהסיקור של ישראל אינו במוקד הערוץ. גם ההשפעה של ערוצים אלה על השיח בישראל ועל מקבלי ההחלטות בישראל נמוכה יחסית לערוץ הממוקד בישראל, אף שניתן להניח כי גם לערוצי החדשות הזרים יש השפעה מסוימת.

²² ראו דיוני ועדת כספים בדיון בנושא הצעת חוק הריכוזיות מיום 8.10.13, 14.10.13, 21.10.13 ו-28.10.13. בדיון שנערך ב-14.10.13, אמר ח"כ ניסן סלומיאנסקי יו"ר ועדת הכספים את הדברים הבאים: "אז אני אומר שמבחינת הריכוזיות, אם אנחנו באים להגיד שאנחנו לא רוצים שיהיה מצב שמישהו גדול במשק יוכל להשפיע על השלטון, אז עם כל העיתונות יש לנו בעיה, כי היא משפיעה ממש על השלטון מה שנקרא, בין הכתובה, בין האלקטרונית וצריכים לראות מה עושים. [...]"; בדיון שנערך 21.10.13 אמר ח"כ עפר שלח את הדברים הבאים: "במישור העקרוני, אין ספק שהעצמה שמרכזו בידי בעלים של כלי תקשורת, כשהיא נוגעת בעצמתו בשווקים אחרים, במשק הישראלי הקטן, הריכוזי, הבעייתי, שהתכנסנו לטובת זה לעשות חוק גדול ומפורט, היא דבר בעייתי. [...]"; ובדיון ביום 28.10.13 אמר ח"כ מיקי רוזנטל את הדברים הבאים: "... לפוליטיקאי אין היכולת לדבר היום עם הקהל אלא באמצעות כלי התקשורת. הגדרנו את זה לחדשות ותוכניות אקטואליה, כי שם מרווח החיים של הפוליטיקאי המצוי. אם אני אספר פה כל מיני דברים, וכלי התקשורת לא יספרו את זה, הקהל הפוטנציאלי שאמור לבחור בי לא יידע אם עשיתי משהו פה, ולכן אנחנו נותנים פה כוח מאוד משמעותי, שהוא לא בהכרח כמותי, אבל הוא משפיע, בגדול, על התהליך. זה הרציו שבגיניו אנחנו מבקשים את החוק הזה, [...]".

²³ סעיף 28.6 לרשיונה של הוט, המאפשר שידור ערוץ חדשות שמקורו מחוץ לישראל, עולה בקנה אחד עם סעיף 1א6 ונועד ליצור הרמוניה חקיקתית בין שני סוגי הרשיונות. עולה השאלה האם קיימת סמכות לחרוג מהוראות החוק באמצעות רשיונה של הוט אך בשל הרצון להרמוניה חקיקתית מול שידורי הלוויין. אולם לא נדון בה בחוות דעת זו.

26. כתוצאה מכך אף יכולת המינוף של הכח בערוצים אלה על השיח הפנימי בישראל או על הכלכלה בישראל אינה גבוהה במידה המצדיקה החלה של רגולציה מתמירה באופן מיוחד על תעברתם. כמו כן, ניתן להניח שהאינטרס של בעלי השליטה בערוצים הזרים להפוך לבעלי השפעה על השיח בישראל אינו משמעותי. ישראל אף אינה חפצה להסדיר ערוצים שבמהותם כלל אינם קשורים לישראל, מה עוד שספק רב אם ניתן להסדירם.

27. כיוון שעוצמת האינטרס הציבורי בערוצים אלה נמוכה יחסית ויכולת ההסדרה מוגבלת נקבעה להם מתכונת רגולטורית רכה.

עקרונות פרשניים בעקבות הניתוח הנורמטיבי

28. חוות הדעת מבקשת ליצור קו גבול בין שני סוגים של ההסדרה. יצירת קו גבול פרשני ברור אינה פשוטה בשל מגוון האפשרויות הקיימות. הדבר נכון בעיקר בתחום התקשורת שבו שינויים טכנולוגיים תכופים מחייבים התאמה פרשנית מתמדת של הדין הקיים למציאות הטכנולוגית המשתנה.²⁴

29. על כן נסתפק בקביעת קוים מנחים אותם ניתן יהיה ליישם על המקרה הפרטני וזאת על בסיס עקרונות החוק המסמך והמסגרת המשפטית הכוללת החלה על שידורי חדשות. עקרונות אלה באים להגן על חופש הביטוי הפוליטי ומבקשים למנוע ניצול לרעה של הכח המצוי בידי גופי השידור.

30. הכלל המרכזי של החוק הוא שבעל רשיון לא יסדר שידורי חדשות ארציים. החריגים לכלל מחייבים הסדרה פרטנית המבטיחה את הגשמת הערכים עליהם מושתת החוק. לחוק זה יש לצרף את שכבת ההסדרה הנוספת של חוק הריכוזיות. על מנת להגשים את תכלית החקיקה יש להעדיף פרשנות המרחיבה של הכלל שנקבע בחוק התקשורת. במקביל יש להעדיף פרשנות המצמצמת את תחולתם של החריגים ומעדיפה חריגים המותנים בהסדרה על פני חריגים המתחמקים מהסדרה.²⁵ כמו כן, נוכח השיקולים המיוחדים שהניעו את הכנסת להרחיב את הגדרת "גורם ריכוזי" ולכלול בה "מפיק חדשות עצמאיים", כפי שפורט בהרחבה, יש להעדיף פרשנות המחילה את חוק הריכוזיות על פני פרשנות העוקפת אותו.

31. לכן הקו הפרשני המנחה במקרה זה חייב להעדיף הסדרה על פני פטור מהסדרה והסדרה רחבה על פני הסדרה רכה. כלל פרשני זה ישמש ככלל-על לשם הכרעה במקרים בהם המבחנים הנקודתיים אינם מעניקים תשובה ברורה.

32. העקרונות הפרשניים ששימשו לקביעת כלל-העל מכתיבים אף את המבחן הקובע את אופן החלוקה בין מקרים שיופנו לרישוי כמפיק חדשות עצמאיים לעומת מקרים שיופנו להסדרה רכה של ערוץ חדשות בין לאומי.

²⁴ ראו בג"ץ 10338/01 וש טלקנל נ' משרד התקשורת. ראו גם אהרן ברק פרשנות במשפט (פרשנות בחקיקה) 272 (1993).

²⁵ לפרשנות מרחיבה של הוראות המגבילות את חופש העיסוק לצורך הגשמת מטרות האסדרה (רגולציה), ר' : בג"ץ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה(3) 625 (2001) :

33. המבחן אותו נבקש ליישם הוא מבחן מהותי ולא טכני. חובת הרישוי כמפיק חדשות עצמאי קמה מקום שבו הערוץ הוא בעל זיקה לישראל והוא בעל השפעה על הציבור הישראלי ועל מקבלי ההחלטות בישראל.

34. מדובר במבחן מהותי העולה בקנה אחד עם תכליות החקיקה בתחום השידורים ועם הערכים עליהם מגנה חקיקה זו.²⁶ הוא בוחן את הערוץ על פי מאפייניו ועל פי התוצאה של שידוריו. הוא אינו עוסק בכוונה סובייקטיבית של המשדרים כיוון שממילא לא ניתן לבחון כוונה זאת בכלים משפטיים ברורים. כוונה זו אף רלוונטית פחות כאשר התוצאה של הפגיעה בתכליות החקיקה היא זו שאותה מבקש המחוקק למנוע.

35. המבחן הפרשני עולה בקנה אחד גם עם העקרונות שהנחו את המחוקק בחוק הריכוזיות. המחוקק התבסס על המבחן המהותי של השפעה על הציבור הישראלי ועל מקבלי ההחלטות בישראל לצורך הגדרת גופי תקשורת מסוימים כ"גורמים ריכוזיים" המחייבים הסדרה מיוחדת.²⁷

36. נבקש ליישם עתה את עקרונות פרשניים על הערוץ בו עוסקת חוות הדעת.

מן הכלל אל הפרט חובת הרישוי של הערוץ - ערוץ בין לאומי או מפיק חדשות עצמאי

מאפייני הערוץ

37. ערוץ החדשות בו עוסקת חוות הדעת הוא ערוץ חדשות ייחודי. הערוץ הוא ערוץ ישראלי לכל דבר. האולפנים של הערוץ ממוקמים בישראל. המשרדים של מפיקת הערוץ ממוקמים בישראל. התכנים של הערוץ מועברים מתוך מדינת ישראל באמצעות שירותים של חברת לוויינים הפועלת בצרפת. חלק מהעיתונאים והשדרנים הם ישראלים וגם בעלי השליטה, מנהלי הערוץ ועורך הערוץ הם ישראלים.

²⁶ איני מקבל את טענות הוט כי יש לבחור במבחן מקל יותר ולהחיל את הרגולציה רק על ערוץ ששידוריו מיועדים בעקרום לציבור בישראל עם המבחינים הטכניים הכרוכים בכך מבחינת מספר הצופים הפוטנציאלי. מבחן זה הוא מבחן טכני במהותו שנעשה בו שימוש בהקשר אחר של בחינת האיסור על פרסומת בשידורי הכבלים והלוויין. ראו בהקשר זה בג"ץ 10338/03 וש טלקנל בע"מ נ' שר התקשורת (15.5.2006). שם ההקשר היה כלכלי במובהק ונגע לחלוקת עוגת הפרסום בין השחקנים השונים. כאן השאלה העולה היא השפעתם המהותית של השידורים על שוק הרעיונות בישראל ועל הריכוזיות הכלל משקית. המבחן כאן צריך להיות מבחן מהותי ולא טכני-כלכלי.

²⁷ ראו את דרך קביעת רשימת ה"גורמים הריכוזיים" בסעיף 4 לחוק הריכוזיות ובכלל זה הגדרת "גורם בעל השפעה בתחום השידורים או העיתונות הכתובה" בסעיף 14(ו) לחוק הריכוזיות. ראו מבחן דומה גם בסעיף 1א39(ד)(4) לכללי התקשורת (בזק ושידורים) (בעל רשיון לשידורים), תשמ"ח-1987.

התכנים של הערוץ ממוקדים בישראל ונתח השידורים המוקדש לישראל גדול בהרבה מנתח השידורים המוקדש לישראל בערוצי חדשות בין לאומיים אחרים.²⁸ בערוץ מתראיינים פוליטיקאים ואנשי ציבור ישראלים, לעיתים בשפה העברית. הערוץ מעורר עניין רב בקרב מקבלי ההחלטות. הערוץ מרבה לעסוק בחדשות פנים בישראל בשונה מאופן הסיקור בערוצי החדשות הבין לאומיים האחרים. הוא אף מקבל תוכן מגופי שידור בישראל.

למרות המאפיינים הישראליים המובהקים הערוץ אינו משדר בעברית אלא באנגלית צרפתית וערבית. בדיון עם נציגי הוט הובהר לי כי בראייתם הערוץ מיועד לציבור שאינו ישראלי וכי הוא מיועד לתת משקל נגד לערוצי חדשות אחרים המסקרים את ישראל בצורה מוטת.²⁹

תנאי הסף לרגולציה הרכה אינו מתקיים - שידורי הערוץ מגיעים מישראל

38. תנאי סף להחלת הרגולציה הרכה על ערוץ חדשות בין לאומי הוא שהערוץ משדר שידורים ש"מקורם מחוץ לישראל".³⁰ במקרה שלפנינו המקור של השידורים הוא בישראל. לכן מטעם זה בלבד ניתן היה לדחות את בקשתה של הוט להחיל על הערוץ רגולציה המיועדת לערוצים זרים.

39. על פי הוט ניתן לראות את הערוץ כערוץ "שמקורו מחוץ לישראל" למרות שהוא משדר מישראל. זאת כיוון ששידוריו אינם מיועדים בעיקרם לקהל הישראלי. למבחן שהציגה הוט לסיווגו של הערוץ זה אנו מתנגדים כיוון שהסברנו בפסקאות הקודמות. קשה גם לקבל עמדה זו של הוט כיוון שהיא סותרת באופן מובהק את לשונו הפשוטה של הרישיון ואת לשון החוק עליו מבוססת הוראת הרישיון. קשה לראות כיצד ערוץ ישראלי במהותו, שמירב זיקותיו לישראל ושמקור שידוריו הוא בישראל יראה כערוץ שמקור שידוריו בחו"ל. יש לשים לב שלשון הסעיף מדברת על מקור השידורים ולא על יעד השידורים ולכן ההיקש שעורכת הוט בעייתי מבחינה פרשנית.

40. אולם גם אם, לצורך הדיון, נראה בערוץ כערוץ ייחודי המחייב התייחסות פרשנית ייחודית אין בכך כדי להועיל להוט. כפי שהסברנו הכלל הפרשני הראשון המכריע במקרה של התלבטות הוא כלל המעדיף רגולציה מהותית על פני רגולציה רכה.

²⁸ בדיקה שנערכה במינהלת הסדרת השידורים לציבור העלתה כי מדובר על 30% משידורי הערוץ לעומת 1%-2% בערוץ חדשות אחר - CNN. גם אופי הסיקור שונה מערוץ בין לאומי רגיל - הן מבחינת כמות המראיינים בישראל והן מבחינת אופי הסיקור המרבה לעסוק בחדשות פנים ישראליות.

²⁹ דברים אלה עולים בקנה אחד גם עם דברי השולטים בערוץ כפי שסקרו בכלי התקשורת בישראל. מר פטריק דרהי אמר באירוע ההשקה של i24 שנערך בישראל כי: "במשך שנים עוצבה דעת הקהל העולמית על ידי המידע שדווח על ידי CNN, BBC ואל-ג'זירה, והיה ברור שישנו צורך בגוף חדשות בינלאומי שיתן ויביא את התמונה האמיתית מהמזרח התיכון" (דה מרקר 6.11.13 <http://www.themarker.com/advertising/1.2158868>). ראו גם דבריו של מר פרנק מלול, מנכ"ל הערוץ: "מה שחשוב כרגע זה לשמוע קול אחר מהמזרח התיכון שאינו אל ג'זירה, במיוחד מהדמוקרטיה היחידה באזור, שהיא ישראל [...] המשימה שלי היא לשנות את הסיפור על ישראל, כי כשאנחנו צופים בערוצי טלוויזיה בינלאומיים התפישה של ישראל אינה המציאות. אני רוצה לחבר את ישראל לעולם, ולחבר את העולם למציאות הישראלית ולחברת". (דה מרקר, 17.7.13 <http://www.themarker.com/advertising/1.2074663>).

³⁰ סעיף 28.6 לרישיונה של הוט המבוסס על הוראות סעיף 1א לחוק.

החלת פרשנות יצירתית הסוטה מלשון החוק אינה עולה בקנה אחד עם כלל פרשני זה כיוון שהיא מביאה להתחמקות מההוראות המהותיות של החוק ואף של חוק הריכוזיות הקשור אליו.

המבחן המהותי - הערוץ בעל זיקה לישראל ובעל השפעה

41. כאמור, גם אם נחלוף על המשוכה הלשונית אין בכך כדי לשנות את התוצאה. לשם כך נבחן את מאפייני הערוץ על פי המבחן המהותי של זיקה לישראל והשפעה על תחום השידורים.
42. המסקנה העולה מהנתונים שמסרה לנו המועצה היא כי מדובר בערוץ שמירב זיקותיו הן לישראל. הוא מקדם ומדגיש את הסיקור של ישראל ואנשי המפתח בו הם ישראלים בעלי מעמד רם בתחום התקשורת. מדובר בערוץ בעל זיקה מהותית לישראל והוא בעל יכולת השפעה על הציבור בישראל ובעיקר על מקבלי החלטות בישראל.
43. אכן, קהל היעד העיקרי של הערוץ, על פי הצהרותיו, מצוי מחוץ לישראל והוא אינו משדר בעברית. אולם יש לזכור כי השפות בהן משדר הערוץ שגורות בפי רבים בישראל ובכל מקרה חלק מהראיונות נערך ממילא בשפה העברית עם תרגום לשפת הערוץ. כמו כן, את יכולת ההשפעה של הערוץ יש לבחון לא רק על פי קהל היעד המוצהר אלא על פי התוצאות של השידור ובכלל זה מידת ההשפעה שתושג מעצם החשיפה שמקנה הערוץ עבור מקבלי החלטות. בכל מקרה עצם הרצון של הערוץ לשדר בישראל מעיד כי הוא מכוון גם לקהל הישראלי, אפילו לשיטתו.
44. לכן, אין לראות בערוץ זה כערוץ המצדיק הסדרה רכה. המבחן המהותי מחייב הסדרה של הערוץ כמפיק חדשות עצמאי.
45. אולם גם אם המבחן המהותי לא היה מגיע לתוצאה חד משמעית, עדיין היה מקום לבחור באופציה של הסדרה כמפיק חדשות עצמאי. כפי שהסברנו, כלל הפרשנות המסייע במקרי אי ודאות מטה את הכף להסדרה מהותית ולא להסדרה רכה. זאת בשל האינטרסים בעלי המשקל המשמעותי עליהם מגנה ההסדרה.
46. עד כה עסקנו בניתוח תיאורטי בלבד. אולם יש לזכור כי בעל השליטה בערוץ הוא גם בעל השליטה בהוט עצמה והוא אף בעל השליטה בחברת תקשורת סלולרית גדולה ובספקית של שירותי אינטרנט.
- מבחינה זו, החזקה משותפת של בעל השליטה הן בערוץ חדשות והן בתשתית המעבירה את השידור סותרת חזיתית את הרעיון המרכזי המנחה את הרגולציה של תחום החדשות. הסדרת תחום שידורי החדשות חותרת להפרדה בין השליטה בתשתית לשליטה בתוכן החדשות. החזקה משותפת, כפי שחפצה הוט, חותרת תחת תכלית הוראות החוק והרשיון. החזקה כזו אף סותרת את רעיון ביזור השליטה בתקשורת בכלל ואף את הרעיון שבבסיס חוק הריכוזיות שייכנס לתוקף בעוד מספר חדשים.

47. לסיכום, פרשנות משפטית תכליתית של הוראות החוק והרשיון של הוט מוליכה למסקנה הברורה ולפיה מסלול הרישוי של הערוץ חייב להיות מסלול רישוי של מפיק חדשות עצמאי לפי סעיף 2כ6 לחוק התקשורת. לא ניתן להסתפק ברגולציה רכה החלה על שידורי חדשות שמקורם בחוץ לארץ ואין להסתפק באישור המועצה בלבד.

48. נדגיש כי הכרעתי היא הכרעה משפטית שכל מטרתה לנתב את בקשת הערוץ למסלול החוקי המתאים. אין בחוות הדעת בכדי לפסול את שידור הערוץ בישראל ואין בה כל הבעת עמדה ערכית באשר לערוץ ולתפקיד שהוא מבקש למלא בסיקור הבינלאומי של ישראל והמזרח התיכון.

בברכה,

 אבי ליכט

משנה ליועץ המשפטי לממשלה
 (כלכלי-פיסקלי)

העתקים:

היועץ המשפטי לממשלה

היועצת המשפטית למשרד התקשורת

עו"ד אסתר שטרנבך, הרצוג פוקס נאמן עורכי דין, רח' ויצמן 4, תל-אביב 64239