

לכבוד
עו"ד ברוריה מנדלסון
היועצת המשפטית
משרד התקשורת

שלום רב,

הנדון: תגובת לובי 99 לתזכיר חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (הוראת שעה – חרבות ברזל) (הרחבת שידור רדיו אזורי מחוץ לאזור הזיכיון הקיים), התשפ"ד-2023

בשם לובי 99 (חל"צ) אני מתכבדת להציג את עמדתנו בנוגע לתזכיר חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (הוראת שעה – חרבות ברזל) (הרחבת שידור רדיו אזורי מחוץ לאזור הזיכיון הקיים), התשפ"ד-2023 (להלן: "התזכיר"). שבוע אחר שבוע, כך נראה, מציג משרד התקשורת תיקוני חקיקה בחסות המלחמה ותחת מצג של "טובת הציבור" כאשר הלכה למעשה, תיקוני חקיקה אלו מיטיבים עם סקטור צר ביותר – בעלי ההון והמקורבים הפוליטיים השולטים באמצעי המדיה המסחריים.

בתזכיר הנוכחי, מדובר בהטבה שתשרת קבוצה של בעלי שליטה בתחנות הרדיו האזוריות, ללא שהוכח כל טעם ממשי ומשכנע, וללא קיום מכרז תחרותי, באופן שפוגע בזכות לשוויון ובחופש העיסוק. למעשה, מדובר נראה כי מדובר בניצול ציני של תקופת החירום על מנת לקדם מהלך ששר התקשורת ביקש לקדם עוד קודם לכן, תוך ניסיון ל"קביעת עובדות בשטח". הכל כמפורט להלן:

1. התזכיר מבקש לאפשר לבעלי הזיכיונות לשידורי רדיו המעוניינים בכך להרחיב את קליטת שידוריהם מחוץ לאזורי זיכיונם ללא הגבלה, עד כדי שידור בכל הארץ. זאת, על פי הנטען, בשל החשש להתממשות תרחיש לפיו הציבור יידרש לשהות במקלטים זמן ממושך ללא יכולת לקבל התראות פיקוד העורף באמצעות מרבית הפלטפורמות הקיימות היום, וכן החשש כי גם שידורי האינטרנט והטלוויזיה לצורך האזנה לשידורי רדיו בהתאם למפת הזיכיונות הקיימת היום - ייפגעו.
2. התזכיר קובע כי כל בעל זיכיון שיגיש בקשה ובקשתו תאושר על ידי השר, מטעמים של ביטחון המדינה הנדרשים נוכח הנסיבות, בהסכמת נציג מערכת הביטחון ותוך היוועצות עם מועצת הרשות השנייה, יוכל לשדר באזורים נוספים "על חשבוננו", ובתנאי שישדר את ההתרעות של פיקוד העורף באזור הזיכיון שלו ומחוץ לאזור הזיכיון, בהתאם לאישור. התזכיר גם קובע מנגנון של "הגרלה" במקרה של הפרעות בין שידורי הרדיו המורחבים להרחיב שני זיכיונות באותו האיזור, ועוד כהנה וכהנה.
3. ואולם, ההצדקות המובאות בתזכיר להרחבת קליטת השידורים עד כדי שידור בכל הארץ, כפי שניציג להלן, כלל וכלל אינן מספקות, על רקע חריגה של המהלך מהעיקרון המחייב הליך תחרותי להקצאת תדרי רדיו. כידוע, תדרי רדיו הינם משאב ציבורי מוגבל, שחלוקתם, על פי החוק ועל פי ההלכה הפסוקה, צריכה להיעשות, ככלל, בהליך תחרותי ושוויוני, למשל במכרז¹.

¹ כך, למשל, נקבעה בחוק ברירת מחדל של הליך תחרותי להקצאת זיכיונות לשידורי רדיו – ראו סעיף 38 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, תשי"ן-1990.

4. לצערנו, עקרון בסיסי זה העומד ביסוד הקצאת משאבי ציבור, נשחק פעם אחר פעם בכל הנוגע לשידורי הרדיו. רק לפני כשנה וחצי, הובאה לאישור הכנסת הוראת שעה שעניינה הארכת הזיכיונות לשידורי רדיו אזוריים פעם נוספת, רביעית במספר, על ידי הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו², וזאת לנוכח הלחץ שהפעילו בעלי השליטה בתחנות הרדיו, שהינם בעלי הון ודמויות פוליטיות, כאשר הנימוק לכך, בזמנו, היה בשל פגיעה בהכנסות ואי ודאות בשל מגיפת הקורונה.

5. באותו עניין, עמד בדיון בוועדת הכלכלה שר התקשורת (שכיהן כ"כ דאז) על החשיבות שבביצוע הליך מכרזי תחרותי בכל הנוגע להקצאת תדרי רדיו, כך:

"יש כאן שאלה מהותית בעיני, מה ידוע לכם, הרשות השנייה, על גורמים נוספים שדורשים, שפונים אליכם, שרוצים גם הם לקבל זיכיונות על שידורים אזוריים? יש איזה משקל מסוים גם לגורמי השוק האחרים. בעלי הרדיו האזוריים חשובים לי מאוד, אבל אם יש פגיעה קשה בתחרות, אז צריך למצוא פתרון אחר. אולי בדרך שבמקביל להארכת תקופת הזיכיון, להקצות תדרים חדשים ולצאת למכרזים חדשים על תדרים. אנחנו לא יכולים לתקן רק צד אחד של המשוואה והצד השני יכול להיות שנפגע כבר שנים ומחכה למכרז שיצא. זאת בעיני שאלה שצריך לתת עליה את הדעת, אדוני היושב-ראש.

- - האם יש פניות אליהם לגבי העניין הזה? ואם כן, אז אולי כדי לפתור את שני הצדדים של המשוואה, גם את בעלי הזיכיונות הקיימים וגם את אלו שמעוניינים להיכנס לתחרות, ואנחנו בעד שוק חופשי ותחרות, לצאת למכרזים..."³

6. והנה, לא חלף אלא פרק זמן קצר, והשר מבקש לקדם הרחבה של שידורי הרדיו האזוריים ללא כל הליך תחרותי ושווינוני, כך שאותם הגורמים שזכו מן ההפקר להטבה בפעם הקודמת, והזיכיונות שלהם הוארכו פעם נוספת ללא הליך תחרותי, יזכו בהטבה כפולה ומכופלת – אפשרות לשדר בכל הארץ – שהמשמעות שלה היא הגדלת ההשפעה על הציבור ועל דעת הקהל, ואף הגדלת היקף ההכנסות מפרסום.

7. ככל שהשר שואף להרחיב את הזיכיונות ולאפשר לבעליהם לשדר בכל הארץ – כפי שהצהיר באותו הדיון המוזכר לעיל⁴, יתכבד משרד התקשורת ויקדם פרסום של מכרז תחרותי להענקת זיכיונות או רישיונות לשידורי רדיו ארציים, באמצעות מועצת הרשות השניה, שהיא הגורם המוסמך לכך⁵. הדרך לבצע מהלך שכזה, שמשנה הלכה למעשה את מודל שידורי הרדיו עד כדי יצירת "זיכיון שידורים" אזורי" בפריסה ארצית", איננה יכולה להיות באמצעות הוראת שעה לתקופת המלחמה, בנימוקים שאינם מספקים, וכאשר לא הוכח כל צורך ממשי בכך.

8. נדגיש כי הנימוקים העומדים בבסיס התזכיר, אינם מספקים ואף תמוהים בחלקם, ומצביעים על כך שהשר לא הרים את הנטל להוכיח צורך ממשי:

א. דווקא העובדה שמדובר בזיכיונות לאזוריים מסוימים, יש בה יתרון רב בכל הנוגע לשידור התראות של פיקוד העורף – שכן ההתראות הן מקומיות מטבען, וכך, חלף שידור כלל ההתראות מכל רחבי הארץ, ניתן לשדר בכל אזור זיכיון את ההתראות הרלוונטיות אליו, ולא להעמיס על המאזינים.

² חוק הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו (תיקון מס' 47), התשפ"ב-2022.

³ פרוטוקול מס' 265 מישיבת ועדת הכלכלה ביום 13.06.2022, בעמ' 19-20.

⁴ כך נאמר ע"י כבי השר קרעי בדיון בוועדת הכלכלה: "אני חושב שתחנות רדיו אזוריות, צריך לאפשר להן לשדר יותר מאשר באזור שלהם. יש תחנות רדיו אזוריות מעולות, וצריך לאפשר להן לשדר בפריסה ארצית. אני לא מבין לשם מה הצמצום הזה, מה הדווקנות הזו של להגדיר אותם לשכונה מסוימת בתוך מדינת ישראל. כולנו כאן מקשיבים, כולנו מכירים את כולם, אני מתכוון להגיש - - - אני אומר שאני לא מכיר תחנה שמשדרת, לא רוצה להגיד תדרים מסוימים, במספר מסוים במרכז, אני לא קולט אותה בדרום, אבל אני קולט תחנה אחרת בתדר שלה. אין, לא קולטים כלום בתדר מסוים. זה לא עניין של אין תדרים, אלא זה עניין – יכול להיות שיש גם בחלק מהמקרים עניין של תדרים, אני יכול להבין את זה. אבל בהרבה מקרים, ההגבלה היא הגבלה סתם, הגבלה חוקתית, רגולטורית, מצמצמת. וזאת הזדמנות להעלות את זה...".

⁵ סעיף 33 לחוק הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן – 1990.

ב. בכל הנוגע לנימוק בדבר החשש "שלציבור זה (כלומר – ששוהה במקלטים) לא תהיה יכולת לקבל התרעות של פיקוד העורף באמצעות מרבית הפלטפורמות האמורות לעיל, ובכלל זה היעדר יכולת לקלוט שידורים של חלק מהתחנות האזוריות והארציות באזורים" – לא הוסבר מדוע הרחבת השידורים מעבר לאזור הזיכיון, תסייע לפתור את הבעיה של היעדר הקליטה במקלטים הציבוריים. **האם במקלטים של אזור מסוים, תהיה קליטת שידורי רדיו של בעל זיכיון מאזור אחר, ולא של בעל הזיכיון באותו אזור השידור?** נוסף כי כבר היום סעיף 74 לחוק הרשות השניה מאפשר הקמת תחנת שידור מחוץ לאזורי הזיכיון, על מנת לאפשר את קיום השידורים באזור הזיכיון.

ג. אם תכלית החקיקה היא הצלת חיים – דהיינו הגדלת יתירות המשדרים על מנת להגביר את שידור התראות פיקוד העורף – וככל שקיים בכך צורך ממשי שמחייב חקיקה חירום כמבוקש, **לא ברור מדוע המהלך תלוי בהגשת בקשה של בעלי הזיכיונות להרחבת אזור הזיכיון, ולא מהלך יזום של הממשלה עצמה.**

ד. ישנו ערבוב שלא מן העניין בין הצורך לקלוט התראות פיקוד העורף במקלטים הציבוריים לבין הרצון "לאפשר לציבור שחפץ בכך (ובתנאי שבעל הזיכיון אכן הרחיב את שידוריו) להמשיך להאזין על פי אורחות חיו והעדפותיו, לתחנה המועדפת עליו, בה יוכל לקבל התרעות פיקוד העורף". **ככל שמדובר בצורך שנועד להציל חיים, ולאפשר לציבור השוהה במקלטים הציבוריים זמן ממושך (בהתקיים תרחיש הייחוס המוצג), ספק אם אותו הציבור יימנע מלהאזין לשידורים המספקים את התראות פיקוד העורף ושאותם ניתן לקלוט באזורו, מכיוון שאין מדובר בשידורים המתאימים לאורחות חיו והעדפותיו.**

9. נדגיש כי בוודאי שלא ניתן לפגוע בזכויות חוקתיות כמו הזכות לשוויון ולחופש העיסוק, בחוק שלא נועד לתכלית ראויה. בהקשר זה, נביא את דברי כב' השופט אור בבג"ץ 1030/99 חבר-הכנסת חיים אורון נ' יושב-ראש הכנסת חבר-הכנסת דן תיכון, נו(3) 640 (2002) (בפס' 26-27):

"עיקר בסיסי בזכות לחופש עיסוק המוגנת בחוק-יסוד: חופש העיסוק הוא חופש התחרות. פגיעה בחופש התחרות על-ידי התערבות בו בדרך של הענקת טובות הנאה לאחד המתחרים בלבד והעדפתו על אחרים, יש בה פגיעה בחופש העיסוק. הכלל, שלפיו בבסיס חופש העיסוק מונח חופש התחרות בין פרטים, אומץ בשורה ארוכה של פסקי-דין... אכן, בריח התיכון של חופש העיסוק הוא עקרון השוויון בין מתחרים. התערבות שלטונית המעניקה לאחד את אשר אינו מוענק לאחר או המצרה את צעדיו של אחד באופן שאינו מוטל על מתחרהו, מתערבת בתחרות חופשית באופן הפוגע בחופש העיסוק...
בנסיבות המקרה דן אין כל ספק שהתיקון לחוק פוגע בחופש העיסוק. ספקטרום התדרים לשידור ערוצי רדיו מסחריים-ארציים הוא משאב מוגבל השייך לציבור בכללותו. תפקיד השלטון הוא לשמש נאמן הציבור לצורך שמירה על משאב זה ולניצולו לתועלת הציבור. במסגרת זאת אחראי הוא גם על הקצאתו באופן יעיל והוגן בין אלה המבקשים לנצלו. התיקון לחוק פוגע בחופש התחרות של כלל המתחרים הפוטנציאליים על השימוש במשאב התדרים לשידורי רדיו ארציים, בכך שהוא מעניק זיכיון ורישיון לשידורי רדיו ארציים-פרטיים לגוף משרד העומד בתנאי התיקון לחוק, ללא מכרז וללא קריטריון חלוקה שוויוני אחר כלשהו. לשון אחרת, הרישיון והזיכיון מוקצים לגופים ספציפיים בלי שניתנה למתחרים נוספים הפועלים בענף שידורי הרדיו כל הזדמנות להתחרות עמם על בסיס שווה."

10. בענייננו אין מדובר בהקצאה של תדרים חדשים אלא בהרחבת זכות השידורים הטמונה בהם, ואולם מבחינה מהותית מדובר בחלוקת זכות לשימוש במשאב ציבורי – אשר ראוי לקיים בדרך תחרותית ושוויונית, באמצעות הגורם המוסמך לכך – מועצת הרשות השניה לטלוויזיה ולרדיו⁶. בשל ההיסטוריה הבעייתית של הארכת הזיכיונות לאותם בעלי השליטה, פעם אחר פעם, המהלך חורה אף יותר.

⁶ פרק ה' לחוק הרשות השניה לטלוויזיה ולרדיו, התש"ן – 1990.

11. נזכיר כי בין בעלי השליטה בתחנות הרדיו האזוריות – אלי עזור, שהינו בעל אחזקות במאגר הגז תמר באמצעות חברת "תמר פטרוליום" וכן עומד בראש קונצרן מדיה הכולל את גופי המדיה "וואלה!", ג'רוזלם פוסט, מעריב, ועוד; דוד בן בסט, שהיה בעברו חבר מרכז הליכוד ונחשב עד היום מקורב למפלגה; צביקה שלום שגם הוא מקורב, על פי פרסומים, למפלגת הליכוד. נראה כי הכוח הכלכלי והפוליטי של אותם הגורמים מאפשר להם, פעם אחר פעם, לזכות בהטבות שונות על חשבון הציבור.
12. מכל המפורט לעיל עולה כי למעשה מדובר בניסיון לקדם, פעם נוספת, מתן הטבה לבעלי זיכיונות הרדיו האזוריים, ללא כל תכלית ראויה, באופן לא תחרותי שפוגע בשוויון ובחופש העיסוק.
13. ככל שלשית משרד התקשורת יש לשנות את מודל הזיכיונות האזוריים ולהרחיב את האפשרות לשרד מחוץ לאזורי הזיכיון עד כדי שידור בכל הארץ – ניתן לקדם חקיקה בעניין לאחר בחינה מעמיקה, ולעשות זאת באמצעות מכרז שוויוני ותחרותי ולא לקדם זאת באמצעות הוראת שעה לתקופת המלחמה, בנימוקים לא מספקים ואף תמוהים.
14. לא זו אף זו – התזכיר פורסם ללא קיום הליך הערכת השפעות רגולציה, תחת חריג הקבוע בהחלטת ממשלה בסעיף 2118 הקובע כי השר הממונה על הרגולציה יהיה רשאי "בהתרחש אירוע המחייב נקיטת פעולה מיידית מחשש לפגיעה ממשית באינטרס המוגן עליו הוא אמון, לפטור מטעמים מיוחדים שיירשמו, מחובת הליך הערכת השפעות רגולציה ובתנאי שהרגולציה תיקבע בהוראת שעה שלא תעלה על שנה...".⁷
15. ואולם, חריג זה אינו יכול לעמוד בענייננו ומשכך אין לפטור על בסיסו מחובת הליך קיום הערכת השפעות רגולציה:
- א. ראשית, כפי שתואר לעיל, ספק גדול האם מדובר באירוע המחייב נקיטת פעולה מיידית כמבוקש בתזכיר – האם אכן התועלות הצפונות במהלך כפי שמתואר, יכולות לתת פתרון לבעיה שהוצגה, של חוסר בקליטת התראות פיקוד העורף באמצעים אחרים (לרבות שידורי הרדיו הקיימים היום).
- ב. שנית, ספק גדול האם האינטרס של הרחבת חשיפת האוכלוסייה להתראות פיקוד העורף עשויה להיחשב לאינטרס מוגן ששר התקשורת הוא הגורם האמון עליו. זאת, כאשר המקור החוקי אליו מפנה גם התזכיר עצמו, הוא חוק ההתגוננות האזרחית, התשי"א – 1951, המצוי תחת סמכותו של שר הביטחון.
16. אין בעמדה זו בכדי למצות את כל טענותינו בעניין זה.

בברכה,
עו"ד זהר אלטמן-רפאל
מנהלת תחום ממשלה

העתקים:

עו"ד יובל רויטמן, ראש אשכול רגולציה, ייעוץ וחקיקה (משפט כלכלי), משרד המשפטים
כפיר בטט, סגן הממונה על התקציבים, אגף תקציבים במשרד האוצר
עו"ד יואל בריס, יו"ר רשות האסדרה

⁷ סעיף 20(3) להחלטת ממשלה 2118, תאריך פרסום 29.05.2023, אתר רשות האסדרה, כאן.