

כלי התקשורת ממלאים תפקיד חברתי חשוב ביישום הזכות לחופש ביטוי, שהיא מן החשובות ביותר במשטר דמוקרטי. קבוצה חשובה בתוכם היא כלי התקשורת האלקטרוניים, המבוססים על שידורים בתדרים שהוקצו להם

העותרות קיבלו ממשרד התקשורת רשיונות לשמש ספקים לשירותי מידע קולי. השירותים שהועמדו לרשות הציבור בדרך זו מתחלקים לשני סוגים עיקריים: מידע ענייני בשטחים שונים, ושירותי בידור אשר הנפוץ ביותר ביניהם הוא השירות של ניהול "שיחות אירוטיות", שבמסגרתם מתאפשר לצרכן להאזין לסרטי פסקול שונים. בנוסף על כך יכול המתקשר להשיג גם שיחה אירוטית בה המאזין משוחח עם שדר או שדרנית חיים. על פי ההסדר שהיה קיים עם מתן הרשיונות כל טלפון היה קשור אוטומטית למספרים האמורים, אלא אם ביקש בעל המנוי להתנתק. השירותים הבידוריים האמורים זכו לביקוש רב ביותר, אולם תוך זמן הוגש ונגדם תלונות, חלק גדל מהן על-ידי הורים שילדיהם וחבריהם החלו להיזקק לשירותים אלה. נגרמה גם תופעה של "גניבת" שיחות טלפוניות ממקומות עבודה, מצב שגרם לסרוב רבים מהנוגעים בדבר לשלם את סכומי החשבונות שחוייבו בהם. השם הרע שיצא לכל הקשור ל"איזור החיוג 056", גרם לרתיעה אצל ספקי שירות מידע אמיתיים מלנצל את רשיונות ההפעלה שלהם. בעקבות מצב זה החליטה שרת התקשורת לפתוח איזור חיוג חדש ונוסף, ולחלק את ספקי המידע בין שני איזורי חיוג, באופן שאיזור החיוג החדש יוקצה לספקי המידע האמיתיים, ואילו איזור החיוג 056 יעמוד לרשות שירותי הבידור בלבד. כנגד החלטה זו הוגשה העתירה.

על פני הדברים אין אי-סבירות בתקנות האמורות, אשר נתקבלו בהתבסס על מימצאיה, מסקנותיה והמלצותיה של ועדה ציבורית, שמונתה במטרה למצוא תרופה לבעיות הקשות שהתעוררו עקב הפעלת השירות הטלפוני נשוא העתירה. יצויין כי התקנות הובאו לידיעתה של ועדת הכלכלה של הכנסת, ואושרו על-ידיה לאחר שקיימה דיון ממצה. בית משפט זה יתערב בהחלטה של ועדת הכנסת רק במקרים נדירים וחריגים ביותר, כאשר הוא משתכנע כי המדובר בהחלטה שרירותית ופסולה. לא נראה, אף לכאורה, כי בנסיבות המקרה ניתן לדבר על החלטה פסולה באופן כה קיצוני.

הרשיונות להפעלת השירותים במסגרת החיוג 056 ניתנו למפעילי השירות, והעותרות בתוכם, בתור רשיונות זמניים אשר הוענקו לתקופת נסיון, כאשר משרד התקשורת שמר לעצמו את הזכות לשנות את תנאי הרשיון ככל שיידרש. אין גם בתקנות נושא העתירה משום איסור על הפעלת השירותים הנדונים, לרבות קיום השיחות האירוטיות. החופש לעסוק בעיסוק זה לא נפגע איפוא, והדבר רק הותנה ברצונו הוולונטארי של הלקוח אשר ברצונו להיזקק לשירות זה.

קיימים עוד שירותים טלפוניים מסוגים שונים, אשר גם לגביהם השימוש אינו אוטומטי, אלא תלוי ברצונו של המנוי והגשת בקשה על ידו. אפילו אנשים המעוניינים בשירות כזה, מהססים כנראה לקיים שיחות כאלה ללא ידיעת בעל הטלפון הנוגע בדבר ובניגוד לרצונו, תוך חיוג למספר בחו"ל. קיים כנראה גם החשש שביתר קלות ניתן לחשוף חיוג למספרים בחו"ל ובדרך זו לגלות את "גונבי" השיחות. אם אכן יתברר כי יגבר בעתיד מספר המשתמשים בחיוג לחו"ל להשגת השירות האמור, והדבר יגרום אף הוא לתקלה ציבורית, התחיבו המשיבים לשבת על המדוכה ולנסות למצוא פתרון נאות גם לבעייה זו. אולם אין בחשש זה כשלעצמו משום עילה לאי-נקיטת צעדים מתאימים כדי לפתור את הבעיה הרצינית הקיימת כעת בקשר לשירות 056, או להגביל לפחות את היקפה. העתירה נדחית.

העותרות מבקשות להצהיר על בטלות הרשיונות שניתנו להן על ידי המשיבים לקיום שיחות טלפון בינלאומיות לחו"ל, הואיל ולטענתן ביטלו המשיבים שלא כדין ובלי לנקוט בהליכים המתאימים את רשיונותיהם הקודמים. לטענתן, התירו להם הרשיונות הקודמים את קיום השירות באמצעות שיטת הקווים החכורים, והיה בכך משום הבטחה מנהלית, וכמו כן אין כדאיות כלכלית לקיום השירות בשיטה המותרת, וכי אין האיסור שחל על העותרות עומד במבחני חוק יסוד : חופש העיסוק.

אין צורך לדון בשאלה אם היה ברשיונות החדשים משום שינוי הרשיונות הישנים או ביטולם, משום שהרשיונות הקודמים לא כללו זכות להפעלת השירות באמצעות קווים חכורים. לא ניתן "למתוח" את רשיונותיהם הקודמים של המבקשים גם לשיטת הקווים החכורים. ענין הכדאיות הכלכלית אינו יכול להשפיע על תוצאות עתירה זו. על רקע הוראות חוק הבזק ושיקולי המדיניות של המשיבים, גם בהתחשב בנושא ההדדיות, לא מצאנו עילה להתערב בשיקול דעתם, גם לא לעניין מתן לעותרות רשיונות בשיטת הקווים החכורים. גם האבחנה בין העותרות לבין החברות האחרות הנזכרות בעתירה לענין זה היא לגיטימית. העתירה נדחית.

העותרות מבקשות לקבל רשיונות למתן שירותי מידע קולי לצרכנים גם מחוץ לישראל. זמן קצר לאחר תחילתם של השירותים הבינלאומיים היוצאים מישראל, הגיעו אל משרד התקשורת בישראל שתי תלונות, מהרשויות בדנמרק ובאנגליה, לפיהן היה בשירותים אלה משום עבירה על הדין המקומי; הסעיף שבמחלוקת הוא זה הקובע, כי התמורה בעד השירותים תיגבה באופן ישיר ממקבלי השירות בחו"ל, באמצעות כרטיסי אשראי בין-לאומיים. לדברי העותרות, סעיף זה יחרוץ את גורלם של השירותים הבינלאומיים, מכיוון שהוא מקשה מאוד על מתן השרות, מסיבות טכניות וכלכליות.

אין לקפח את פרנסתן של העותרות אלא אם יש למשיבה תשתית על עובדות להתבסס עליה. קיים הליך המוביל ליצירת תשתית של עובדות כבסיס להחלטה המינהלית, אשר זה צריך לעמוד בארבעה מבחנים: (א) איסוף הנתונים. (ב) השייכות לעניין. (ג) אמינות הנתונים. (ד) ראיות מהותיות. המבחנים לא באו להחמיר עם הרשות המינהלית, ואל להם לשבש את התפקוד הראוי של הרשות; הם נועדו רק להבהיר מה מתחייב ממידת הסבירות בכל הנוגע לקביעת העובדות המשמשות את הרשות כבסיס להחלטה.

מלכתחילה לא התנגדה חברת בזק להפעלת השירותים הבינלאומיים, ואף שיתפה פעולה עם העותרות. משרד התקשורת מבסס את החשש לירידה בהכנסות בזק על תחזית, לפיה עשויים השירותים הבינלאומיים להכפיל את ההכנסה, כאשר קיימת מדיניות כלל-עולמית לפיה דמי ההתחשבות בין חברות הטלפונים הבינלאומיות צריכים לשקף את עלות השירותים. בהתאם, קיימת מגמה ברורה של ירידה בתעריפים של דמי ההתחשבות.

חוות הדעת, כשהיא לעצמה, כללית ומעורפלת. כנגדה עומדים נתונים אחרים. חברת בזק מציגה רק תחזיות ורודות על הכנסות גדולות מהפעלת השירותים הבינלאומיים. מכיוון שכך, נותרה התשתית העובדתית בענין זה רדודה ורעועה עד כדי כך שאין היא יכולה לשאת עליה טעם זה להחלטה.

הטעם השני שניתן על ידי המשיבה כדי לתמוך בהחלטה, והוא ככל הנראה הטעם העיקרי, נעוץ ברצון להגן על הצרכנים במדינות היעד של השירותים הבינלאומיים. אולם גם לגבי טעם זה אין תשתית ראויה של עובדות. שתי התלונות שנתקבלו מדנמרק ומאנגליה לא הצביעו על בעיות בשיטת התשלום עבור השירותים הבינלאומיים.

הלקח העולה מפרשת התלונות שהגיעו מדנמרק ומאנגליה הוא, שאפשר לסמוך על מדינות אלה, שידעו להגן ככל הנדרש על הדינים הנוהגים בהן ועל האינטרסים המשרתים אותן. מיד לאחר העלאת התלונות ננקטו בשתי מדינות אלה צעדים כדי לחסום את הגישה אל השירותים הבינלאומיים היוצאים מישראל. מדינות שונות מאפשרות לשירותים אלה לצאת מהן אל רחבי העולם, ואינן נוהגות לצנזר את השירותים. וכך מתקבלים גם בישראל שירותים כאלה ממדינות שונות, ובהם שיחות אירוטיות.

המשיבה לא הניחה תשתית של עובדות שיהיה בה כדי לתמוך בטעמי ההחלטה. הסעיף אינו יכול לעמוד גם משום שהוא מתנגש עם עקרון המידתיות, שלפיו אין לפגוע בחופש העיסוק של העותרות במידה העולה על הנדרש. העתירה מתקבלת.

העותרת ביקשה לקבל 'רשיון מיוחד' למתן שירותי בזק (טלקומוניקציה). לקידום הפרוייקט נקטה העותרת בצעדים שונים והשקיעה משאבים רבים, אולם בסופם של כל המהלכים, סורבה בקשתה לקבל את הרשיון במכתב בן מספר שורות. מכאן העתירה.

חוק הבזק חייב את השר לתת לחברת בזק רשיון כללי, שמכוחו פעלה החברה במשך שנים ללא שום תחרות בתחום הבזק כמונופול. כעבור 10 שנים הוחלף הרשיון הכללי שהיה בידיה ברשיון כללי חדש, ובו הגבלות שונות על פעילותה. רשיון זה משאיר בידי חברת בזק את התשתיות ופותח את הענפים האחרים של פעולות ושירותי הבזק לתחרות חופשית, בה יכולה להשתתף גם חברת בזק באמצעות חברות בנות. כתוצאה מכך המשיכה חברת בזק לקיים מונופול דה-פקטו בתשתיות הבזק ואילו הענפים האחרים נפתחו לתחרות. הרשיון המבוקש בעתירה זו מתייחס לפרוייקט בתחום התשתיות; סירוב ליתן רשיון לעיסוק כלשהו, מהווה פגיעה בחופש העיסוק ומצריך הנמקה ברורה וחד משמעית הניתנת לביקורת שיפוטית, קל וחומר בנסיבות המקרה שלפנינו. סירוב כזה, לאחר תקופה ארוכה של מגעים, הצדיק הנמקה מלאה ומפורטת יותר שתצביע על כך שאכן נשקלו כל השיקולים הרלוונטיים. ממכתב הסירוב לא ניתן ללמוד זאת.

שלושה קריטריונים קבועים בחוק הבזק, אותם צריך השר להפעיל בשוקלו הענקת רשיון: מדיניות הממשלה בתחום הבזק, התאמתו של מבקש הרשיון לבצע פעולות בזק ולתת שירותי בזק, ותרומת מתן הרשיון לתחרות בתחום הבזק ולרמת השירותים בו. בענייננו, אין חולק שמתקיימים שני התנאים האחרונים והדיון הוא בתנאי הראשון, המדיניות. כיום מדינות זו היא פתיחת ענף הבזק לתחרות בכל התחומים.

השאלה האמיתית היא בתחום יישום המדיניות. כי יישום מדיניות זו אינו נעשה במהפך חד פעמי; על כך מעידה הדרך בה נקטה הממשלה מלכתחילה בנושא הפרטה והתחרות החופשית בתחום הבזק, בהקימה חברה ממשלתית, בהעבירה לידיה את כל מה שהיה בידי משרד התקשורת קודם לכן, ובהגבילה בהמשך הזמן את פעילותה תוך פתיחת ענפים מסויימים לתחרות חופשית באופן הדרגתי. התחרות החופשית היא ערך בשיטתנו ובשיטות הכלכלה של העולם המערבי, והמדיניות המעודדת אותה היא ראויה ורצויה. לפנינו מונופול שדעות הצדדים חלוקות בשאלה אם עולה הוא בקנה אחד עם מדיניות הממשלה ועם יישומה הנכון.

משברור שהמדיניות העקרונית היא הפרטה, תחרות חופשית, וחיסול מונופולים, ומשהמונופול שבידי בזק הוא בעל אופי זמני, יש למלא את המדיניות בתוכן ההולם את צורכי הזמנים המשתנים. לכאורה, אין תמימות דעים בין שר הבטחון וראש הממשלה לבין שרת התקשורת באשר למהותו של תוכן זה בהקשר ליישום מדיניות הממשלה ובאופן שישקף מדיניות זו. משכך ראוי להביא את הנושא להכרעת הממשלה.

במשך תקופה של כשנה תוך כדי שהעותרת נערכת בתכנון הפרוייקט לקראת הגשת הבקשה לרשיון, התקיימו מגעים עם ראשי משרד התקשורת ועם שר התקשורת דאז, היה ברור לכולם שמדובר ברשיון להקמת תשתית ואף על פי כן נוהלו המגעים לגופו של ענין. אמנם אין בכך כדי להוות הבטחה או מצג לפיהם יינתן הרשיון המבוקש, אולם יש בכך כדי לשפוך אור על האופן בו ראו ראשי משרד התקשורת אז, את יישום מדיניות הממשלה בהקשר למונופול של חברת בזק בתשתיות ונגיסה בו.

הטענה בדבר קיום צורך חיוני עכשווי לשמור על מונופול דה-פקטו בתשתיות, מאבדת במידה מסויימת מכוחה, לאור העובדה שמסתמנת פריצת המונופול על-ידי אישור הקמת תשתית מקבילה מתחרה או חילופית לזו שבידי בזק, על-ידי התשתית של הטלויזיה בכבלים. אם יש מקום לתחרות על-ידי גורם זה, מוצב סימן שאלה אם יישום נכון של המדיניות הוא למנוע הזדמנות לתחרות גם מצד העותרת. ההמלצה שאומצה בזמנו להשאיר את המונופול בתשתיות בידי בזק היתה בבחינת הכרח בל יגונה, צו השעה, כדי לא לעבור בהינף יד חד פעמי ממונופול מלא לתחרות חופשית מלאה. בינתיים חלפו מספר שנים וייתכן כי הנימוקים שהיו טובים אז לשמירה על המונופול אינם טובים עוד כיום.

מכלול הנימוקים שניתנו לסירוב, יפים לכאורה לכל שעה ולכל עת ולא ברור כלל מתי ואם בכלל ניתן יהיה לבצע את המדיניות המוצהרת בדבר פתיחת ענף הבזק לתחרות חופשית, שכן, לא ניתנו מאפיינים לפיהם ניתן יהיה לקבוע את הנתונים שבהתקיימם ניתן יהיה לבטל את המונופול של חברת בזק בתשתיות בנקודת זמן כלשהיא. נימוקים היפים לכל עת ולכל שעה אינם עומדים על יסודות איתנים.

אילו היה ברור כי מדיניות הממשלה לעת זו היא שמירה על המונופול שבידי חברת בזק לטובת הציבור ומתוך דאגה לאינטרסים חיוניים שלו, לא היה מקום להתערב במדיניות זו, גם אם פועל יוצא ממנה הוא השארת המונופול על התשתיות - בינתיים - בידי חברת בזק, מה גם שנטייתו של בית משפט זה שלא להתערב בנושאי מדיניות. יצויין כי מכח סעיף 10 לחוק היסוד, עומד בתוקפו הדין הקודם במשך שנתיים גם אם אינו עולה בקנה אחד עם החוק, אף שיש לפרש את הוראות הדין הקודם ברוח החוק. אולם לפי חוק יסוד חופש העיסוק, "סעיף ההגבלה", צריכה פגיעה בחופש העיסוק לעמוד במספר מבחנים: עליה להלוּם את ערכיה של מדינת ישראל, ועליה להיות לתכלית ראויה ולא למעלה מן הנדרש. בענייננו, אין מדיניות הממשלה ויישומה ברורה כלל ועיקר ולפיכך ראוי שתתקבל החלטה ממשלתית חד משמעית בנושא. העתירה מתקבלת.

העותרת הוקמה כחברה ממשלתית בשנות ה-80, וניתן לה רשיון כללי ממשד התקשורת להפעלת שירותי תקשורת שונים. מאז ועד היום קיימים חילוקי דעות בין החברה לבין המשד באשר להיקף הרשיון, האם הוא רשיון בלתי מוגבל, או שהינו מוגבל לאותם עניינים בהם עסק המשד ערב הקמת החברה. במשך הזמן נתן לחברה משד התקשורת רשיון מוגבל לעניינים שונים, והשאר נפתחו בהדרגה לתחרות. העתירה הוגשה ע"י החברה מכיוון שהיא דורשת לקבל רשיון בלתי מוגבל.

החוק מבחין בין שני סוגי רשיונות: "רשיון כללי" ו"רשיון מיוחד". מכוחו הוענק לחברה רשיון כללי. הגדרת "רשיון כללי" בחוק היא פשוטה וברורה. ההגדרה חובקת לכאורה את כל שירותי ופעולות הבזק הכלל-ארציים והבינלאומיים ובמובן זה היא בלתי מוגבלת. עם זאת מאפשרת היא הגבלת הכלליות לאחת מקבוצות השרותים או הפעולות המנויות בה, או למגוון של שרותים ופעולות.

התכלית הראשונה של החוק היתה העברה של כל שרותי הבזק מידי המדינה לחברה. לענין תכלית זו לא היה צורך להוציא רשיון. הממשלה היא שהקימה את החברה הממשלתית, היא שהעבירה אליה את כל ציוד המשד, את כל עובדיו ואת כל פעילותו על כל היקפה, על מנת שזו תכנס לנעלי המשד, ותעלה את שירותי ופעולות הבזק לרמת יעילות ותפקוד ראויים ומתאימים. זהו הטעם לרשיון הכללי שהוענק לחברה. מטעם זה לא היה צורך בהפעלת המנגנונים הקבועים בחוק בנושא הרישוי לבצוע פעולות בזק ושירותי בזק.

תכלית שניה באה להסדיר את נושא הבזק באופן מקיף ולטווח ארוך. בהקשר זה נצפתה אפשרות של תחרות בתחום הבזק. למטרה זו נקבעו מנגנונים וכלים להפעלת הסמכויות שהוקנו לשר בנושא רישוי לענייני בזק. על רקע זה מתבקשת המסקנה שהשר היה מוסמך להעניק והעניק בפועל, לחברה, רשיון כללי בלתי מוגבל, אף שרשאי הוא מכח החוק להגבילו. סביר להניח שהשר לא ימהר להעניק לגוף כלשהו רשיון כללי בלתי מוגבל, דבר שלא עשה בעבר מאז הוקמה החברה. סביר גם להניח שהשר יפעל כפי שאכן פעל, ויעניק רשיונות כלליים מוגבלים או רשיונות מיוחדים. אולם אין בכך כדי לפגוע בסמכותו הבסיסית של השר להעניק רשיון כללי בלתי מוגבל, כפי שנתן לחברה.

קודם להקמת החברה ולהענקת הרשיון הכללי שניתן לה, היה משד התקשורת יכול לפעול בכל תחומי הבזק. משהוענק הרשיון, באה החברה במקומו ותחום פעילותה הוא באותו היקף. העדר הגבלות כלשהן ברשיון הכללי, מעיד על עצמו שכללי הוא. אי הענקת רשיון כללי במשך עשור, לאף אחד אחר פרט לחברה, מעיד על האופן בו ראו הצדדים את הרשיון הכללי שבידי בזק. אולם השר רשאי להגביל את הרשיון בהמשך.

כאשר הרשות מבטלת רשיון תוך כדי תקופת חלותו, עליה לנקוט בזהירות יתר ולחקור, לדרוש ולקבל מידע מהימן המצדיק את ביטול הרשיון ולהשתכנע שאי בטולו יפגע באינטרס הצבורי הכללי. בענייננו מדובר בהגבלת רשיון מכח סמכות המוענקת בחוק כשהגבלה נעשית מטעמים ראויים ולטובת הצבור. העדר הגבלת זמן ברשיון מחייב פרשנות לפיה עם חלוף העיתים והשתנות הצרכים, ראוי, ניתן, ואף חובה, לבדוק ולשקול מחדש את הצדקת קיומו של הרשיון בהיקף חסר הגבולות.

הרשיון החדש איננו רשיון מיוחד, שכן על אף ההגבלות עדיין כללי הוא בהרבה מרשיון מיוחד כהגדרתו בחוק. ענף התקשורת מתחלק לשני תחומים עיקריים: תשתית ושרותים. השרותים מתחלקים לשרותים בסיסיים ושאנים בסיסיים. הרשיון החדש קובע כי התשתית והשרותים הבסיסיים ימשיכו וינתנו באופן בלעדי ע"י החברה, ואילו השרותים שאינם בסיסיים ימשיכו להינתן על ידה לתקופת זמן מוגבלת, שאחריה תוכל לתיתם באמצעות חברת-בת שתזדקק לרשיון מאת המשיבה. חוק הבזק מגביל את חופש העסוק של מי שחפץ לעסוק בתחום הבזק. הוא עושה כן בהוראות רבות ובלשון ברורה וחד משמעית. מכאן, שקיימת חקיקה ראשית מפורשת המסמיכה את המשיבה להגביל את חופש העסוק בתחום הבזק.

בעבר היה הענף נתון לשליטה של גורם מונופוליסטי אחד, אולם בחינתן המחודשת של הענף הביאה למסקנה לפיה התפתחותו המהירה של הענף, המהווה נדבך מרכזי בכלכלת המדינה, יקודם ביעילות רבה יותר, בשוק תחרותי ופתוח. טענתה של החברה לזכותה לרשיון בלתי מוגבל בטענה של זכות לחופש עסוק מכח הרשיון הכללי, מתנגשת בשתי קבוצות של אינטרסים: האחד הוא ענינו של הציבור בתחרות, והשני חופש העסוק של כל האחרים שהעסוק בתחום הבזק נמנע מהם בשל מעמדה המונופוליסטי.

בענייננו, אין צורך להבחין בין המבחינים השונים לפגיעה סבירה בחופש העיסוק, מכיוון שהגבלת הרשיון הכללי של החברה עומדת בכולם. הרשיון החדש מגביל את חופש העסוק של החברה ובכך פוגע הוא בחופש זה. לא נטען כי הרשיון אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל. לעניין התכלית הראויה והמידה שאינה עולה על הנדרש, ניתן לומר כי התכלית העומדת ביסוד הרשיון החדש המוגבל היא תכלית ראויה. הגבלת הרשיון באה לשרת את האינטרס שיש לציבור בשרותי בזק יעילים וזולים ככל האפשר באמצעות פתיחת ענף הבזק לתחרות חופשית אמיתית בין הפועלים בו. הגבלה זו אף פותחת את ענף הבזק בפני גורמים נוספים ובכך מקדמת היא את חופש העסוק שלהם. לעניין המידתיות, בנסיבות הענין האמצעי שננקט בדמות הגבלת הרשיון אינו פוגע בחופש העסוק של העותרת במידה העולה על הנדרש. התכליות שביקשו הרשויות להגשים אינן ניתנות להגשמה אלא באמצעות הגבלת הרשיון. הפגיעה בחופש העסוק של העותרת כתוצאה מהגבלת הרשיון היא מצומצמת. החברה לא הצביעה על אמצעי הפוגע פחות, שניתן היה לנקוט בו כדי להשיג את אותה תכלית.

הרשיון החדש משאיר בידי החברה תחומים רבים ומגוונים של פעילות שלמען ביצועה תוכל החברה להשתמש בכל אותם הנכסים שהועברו לה. הרשיון לא נשלל מהחברה ואף שהוגבל עדיין כללי הוא ומכסה תחום רחב היקף של פעילות ושרותים. שנית, אין ההסכם נותן יותר ממה שהרשיון מתיר; ולפיכך, הגבלת הרשיון כדין משליכה באופן לגיטימי על ההסכם, שלא התיימר לשלול מן השר את הסמכויות המוענקות לו על פי החוק ואם התיימר הוא לעשות כן, לא היה בכוחו לעשות זאת.

הממשלה היא בעלת הסמכות לקבוע את המדיניות הכלכלית הנאותה שבמסגרתה נתקבלה החלטת הפרטת החברה ופתיחת הענף לתחרות חופשית והיא זו הנושאת באחריות ליישומה ולתוצאותיה. כל עוד פועלת הממשלה או השר מטעמה בהתאם למדיניות שהותוותה וכל עוד אין הם מודרכים על ידי שיקולים זרים ובלתי ענייניים, אין מקום להתערב במדיניות זו ולהעדיף על פניה מדיניות העולה מהשקפת החברה המעורבת, שסכנת שלילת זכויות יתר מהן נהנתה, מרחפת עליה. העתירה נדחית.

העותרים הם תושבי גבעת זאב שליד ירושלים. כולם משלמים אגרת טלוויזיה כחוק, אך תוך מחאה על כך ששידורי הטלוויזיה אינם נקלטים אצלם באיכות סבירה. פניותיהם אל המשיבים לא נענו ומכאן העתירה.

מסתבר כי בחלק מהמקומות הנמוכים ביישוב הקליטה היא בלתי מספקת: תוכניות הערוץ הראשון של הטלוויזיה הישראלית משודרות בשתי דרכים. האחת באמצעות משדרים קרקעיים, ששידוריהם אמורים להיקלט באמצעות האנטנה, אך לעתים גלי השידור נחסמים ע"י הרים ומבנים. יצויין כי על כך ניתן להתגבר לעיתים על ידי הגבהת אנטנות אידיבידואליות שתשרתנה בית או יישוב שלם. הדרך השניה היא באמצעות לוויין, שנקלטים באיכות טובה אם מותקנת אנטנת צלחת מתאימה, היכולה להיות אינדיבידואלית, או משותפת לקבוצה גדולה ואף ליישוב שלם. בנוסף על שתי דרכים אלה ניתן לקלוט את שידורי הערוץ הראשון גם על ידי התחברות למערכת טלוויזיה בכבלים.

מבין האפשרויות הללו, שולל המשיב את הראשונה כבלתי מעשית. שיפור רמת הקליטה בגבעת זאב באמצעות תחנות קרקעיות יצריך התקנת שני משדרים מיוחדים, שתחום השיורים בהם מנוצל לצרכים אחרים וכרוכה בהוצאה כבדה של כ-400 אלף דולר בתוספת הוצאות תחזוקה שוטפות. האפשרויות האחרות הינן צלחות לוויינים, שמחירן הממוצע 280 דולר ארה"ב, וכרוך בכעור מסוים של הנוף; מערכת כבלים שבמרכזה צלחת לוויין, שמחירן הממוצע 250 דולר למשפחה, שתאפשר קליטה גם של ערוצים נוספים וכן שילוב של טלוויזיה בכבלים; והתחברות לרשת הטלוויזיה בכבלים המתקראת "תורן אזורי". יצויין כי בינתיים קבלה המועצה המקומית רשיון להקמת "תורן אזורי", כלומר מערכת סיבים אופטיים המופצת בכבלים תת קרקעיים. כל משפחה תוכל להתחבר לרשת הכבלים תמורת תשלום חד פעמי של -300 ש"ח ודמי מנוי חדשיים כמה עשרות שקלים. עמדת העותרים הינה כי הם אינם חייבים להתקין אנטנת צלחת אף לא להתחבר לכבלים, אלא רק קליטה סבירה של הערוץ הראשון.

המקור לחובתה של רשות הפועלת כאורגן של מדינת ישראל לספק שירות לצבור, נמצא במישור המשפט הציבורי. רשות צבורית הפועלת על פי דין, חייבת לנהוג על פי העקרונות והכללים של המשפט המינהלי. כזו היא חובתה של רשות השידור לשדר וחובתו של השר, להבטיח שהשידורים יקלטו על ידי הצבור באיכות סבירה. הרעיון הגלום בחוק רשות השידור הוא שתכני השידורים יענו על מטרות ואמות מידה ממלכתיות. על החובה לא רק לשדר, אלא גם לאפשר קליטה סבירה, ניתן ללמוד ממקור אחר של המשפט הציבורי, מעקרון היסוד של חופש הביטוי, שהפן האחר שלו הוא זכות הציבור לדעת. עם זאת, הקצאת משאבים זו אינה יכולה לעמוד בפני עצמה כמנותקת מאילוצי תקציב.

אין חברה שמשאביה בלתי מוגבלים. כל רשות עומדת בפני הצורך למצוא את האיזון הראוי בין ההיקף והאופי של קיום תפקידיה לפי הדין, לבין חובתה לשמור על המסגרת התקציבית שלה. עליה לקבוע לעצמה סדרי עדיפויות וקדימויות וכללים וקריטריונים מנחים ליישומם, אשר יעמדו במבחני המשפט הציבורי, כולל סבירות ושוויון. כל עוד כך תנהג הרשות לא יתערב בית המשפט ולא יחליט במקומה.

מלכתחילה אין שוויון, ולא יתכן שוויון, בקליטה של שידורי טלוויזיה מתחנות קרקע. תנאי המקום שוללים כל אפשרות לכך ששידורים מתחנות הקרקע יקלטו באיכות זהה בכל מקלט טלוויזיה בארץ. לכל היותר ניתן לדבר על קליטה סבירה. מקומה של החובה לאפשר קליטה סבירה הוא מקום גבוה בסולם הקדימויות של הרשות, אך חובה זו קיימת לא רק כלפי העותרים אלא לכל אחד ואחד מהבעלים של מקלטי טלוויזיה בישראל; קיימים עוד רבים שהקליטה שלהם אינה סבירה ושמספרם נאמד בחמש מאות אלף.

אין זה ממידת הסבירות שהרשות תשא בהוצאה הכרוכה בפתרון מלא של בעייתו של כל פרט ופרט. כשאיננו התקציב אינם מספיקים לתת מענה לכל, מידת הסבירות מחייבת קביעת סדר קדימויות שיעדיף את אלה שבעייתם קשה ופתרונה יקר יחסית, על אלה שבעייתם קלה יותר ונמצא לה פתרון בהישג יד ובהוצאה סבירה מצידם. נראה כי המשיב אכן נוהג לפי עקרון זה, ואין לחייבו להקים תחנות קרקע נוספות. העותרים מוכנים להתחבר לרשת הכבלים. במצב זה, בו עומדות לעותרים שתי האופציות של השתתפות בצלחת לוויין, או של התחברות למערכת כבלים, שתיהן בהוצאה סבירה, דווקא עמדתם היא הבלתי סבירה. העתירה נדחית.

במסגרת תיקון חקיקה שהועבר בכנסת, ניתן זיכיון להפעלת תחנת רדיו למי שהפעיל תחנה כזו במשך חמש שנים רצופות, אשר שידוריה נקלטו במרבית שטחי המדינה. כנגד תיקון זה הוגשה העתירה.

כמשאב ציבורי מוגבל, נדרשת הקצאה של תדרי השידור. לפי בדיקת מומחים, נראה שניתן יהיה להקצות תדרים לכל היותר לשלוש רשתות רדיו ארציות, ולמספר מוגבל של תחנות רדיו אזוריות נוספות, מלבד ההתחייבות להקצות תדרים לשימוש הרשות הפלסטינית. הזיכיון לשדר שידורים לציבור מעניק לבעליו כלי רב עוצמה, המאפשר נגישות לקהלים רחבים, ולכן נדרשת התערבות ממשלתית על מנת להבטיח כי האינטרס הציבורי יישמר. בהקשר זה קובע חוק הרשות השנייה, כי זיכיון לשידורים יינתן על פי מכרז פומבי שתפרסם הרשות; הפעלת תחנות רדיו ללא זיכיון הנה עבירה פלילית.

התיקון פוגע בחופש העיסוק המעוגן בחוק יסוד: חופש העיסוק, ופגיעה זו אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. עיקרון בסיסי בזכות לחופש עיסוק הוא חופש התחרות, כולל השוויון בין מתחרים; התערבות שלטונית המעניקה לאחד את אשר אינו מוענק לאחר, מפריעה לתחרות החופשית באופן הפוגע ממשית בחופש העיסוק. לחופש התחרות יש חשיבות הן בהיבט הציבורי והן בהיבט האישי: מבחינת ההיבט הציבורי, התכלית היא הגברת היעילות במשק. בהיבט האישי תכליתו הינה לאפשר לפרט למצוא את מחייתו ולעצב את אישיותו.

התיקון פוגע בחופש התחרות של כלל המתחרים הפוטנציאלים על השימוש במשאב התדרים לשידורי רדיו, בכך שהוא מעניק זיכיון לגוף משדר העומד בתנאי התיקון, ללא מכרז וללא קריטריון חלוקה שוויוני אחר כלשהו. מלשון התיקון עולים שני תנאים בסיסיים שנדרשים על מנת לקבל זכיון: אורך תקופת הפעלת תחנת שידור ופריסת השידורים; מכאן, שאמות מידה אלה מתייחסות לתחנות רדיו ששידרו באופן לא חוקי. לאור לשון התיקון ופרוטוקול הכנסת, נראה שהוא נועד בראש ובראשונה להכשיר את ערוץ 7 דווקא - תכלית הנותנת זכיון לתחנות רדיו אשר פעלו שלא כדין, שאינה ראויה ומהווה פגיעה קשה בשלטון החוק. התכלית האפשרית השנייה היא מתן ייצוג תקשורתי פלורליסטי. אבל גם אם תכלית התיקון היא ראויה, עדיין האמצעים להגשמתה הם בלתי מידתיים. מבחן המידתיות עניינו באמצעים להשגת המטרה - זו אינה מקדשת את כל האמצעים. לכן יש לבחון האם הפגיעה בחופש העיסוק היא מידתית, לפי מבחן ההתאמה הרציונלית בין האמצעי למטרה; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; ומבחן התועלת לעומת הנזק.

לעניין התאמה בין המטרה לאמצעי, התיקון לא מותאם למטרה של ייצוג תקשורתי פלורליסטי; העדרו של מנגנון לקביעת סדר עדיפויות בין הצרכים התקשורתיים של מגזרים שונים, עלול להביא לתוצאה שאינה תואמת את התכלית; למעשה, בולט דווקא העדר התאמה כלשהי. אמת המידה של קיום שידורים במשך חמש שנים, כלל אינה מכוונת לאתר קבוצות אוכלוסיה בעלות צרכים מיוחדים וקביעת סדרי עדיפויות ביניהן. נכון שאין לשלול לחלוטין קיומו של מתאם גס בין אורך תקופת השידור של תחנות בלתי מורשות, לבין קהל יעד הסובל ביותר מחוסר ייצוג תקשורתי חוקי, אך אין כל ערובה אמיתית לקיום מתאם זה.

לעניין האמצעי שפגיעתו פחותה, השאלה היא אם לא ניתן היה להשיג את מטרת התיקון תוך פגיעה פחותה בזכות לחופש עיסוק. נראה שהתשובה שלילית; התיקון אינו כולל חובת מכרז או כל אמצעי אחר האמור לספק הזדמנות שווה למתחרים פוטנציאליים. יתכן כי גם גופים אחרים מאותה אוכלוסיית יעד, פרט לערוץ 7, אשר אינם עומדים בתנאי התיקון, מייצגים נאמנה את אוכלוסיית היעד.

לפי מבחון התועלת מול הנזק, יש לבדוק האם התועלת בהכשרת ערוץ 7 עולה על מידת הנזק הנגרמת בשל הפגיעה בזכות לחופש העיסוק. גם במבחן זה לא עומד התיקון. הנזק שנגרם מהתיקון למתחרים פוטנציאליים על שידור ערוצי רדיו ארציים ייעודיים הוא רב; למעשה, כניסתם לתחום זה נחסמת. לסיכום, הענקת הזיכיון והרשיון לנהל תחנת רדיו בהסתמך על הקריטריון היחיד של הפעלת תחנות רדיו ללא זיכיון כדן, מהווה פגיעה קשה בשלטון החוק, ולעומת זאת התועלת שמפיק הציבור מהענקת רשיון לעומדים בתנאי התיקון מוטלת בספק. העתירה מתקבלת.

**הערת העורך:** פסק הדין נראה כבלתי-מבוסס מבחינה עובדתית, פוגע בשוויון ומפלה בין עותרים שונים – במלים אחרות, לא עומד באותם מבחני סבירות ומידתיות שבית המשפט עצמו דורש מרשויות שלטון אחרות.

במישור העובדתי, חוות הדעת של אותם "מומחים" המצוטטים בספק הדין נראית כמופרכת למדי. אם אכן יש כל-כך מעט תדרים, איך זה שיש עשרות לתחנות פיראטיות המחזיקות מעמד מבחינה טכנית וכלכלית?

מבחינה היסטורית, כאשר החלו שידורי רדיו בארה"ב בראשית המאה ה-20, היה נהוג שמי ששידר באופן קבוע בתדר מסויים, הפך לבעל התדר לפחות בעיני תחנות אחרות, שנמנעו מלחדור לתחומו. רק בתקופה מאוחרת יותר החליטו הרשויות שם "לעשות סדר" (אולי מיותר לגמרי), ולהקצות את התדרים. סמוך לאמצע אותה מאה חולקו התדרים בעולם בין המדינות השונות, אבל לא לפי חלקן באוכלוסיית העולם אלא לפי "צורך", כלומר לפי מידת הפיתוח הכלכלי באותו זמן, במלים אחרות – באופן שהיפלה לרעה את המדינות הפחות מפותחות. כיום גם אין זה נכון שהתדרים מוגבלים במידה העולה מפסק הדין, מכיוון שקיימות טכנולוגיות מתקדמות לשידורי רדיו וטלוויזיה (שידורים דיגיטליים, כבלים, לוויין, אינטרנט), המאפשרות כל אחת מאות ערוצים בכל מדינה ואף יותר. אי-אכיפת החוק לגביהם במשך שנים יצרה אצל מנהלי ערוץ 7 ציפייה מסויימת, וגם רוב הקהל הפוטנציאלי תמך בהמשך השידורים, אפילו כערוץ יחיד במגזר זה, ואין צורך להפעיל לגבי ציבור זה גישה פטרנליסטית; למעשה, גישה זו מופעלת מול האזרחים כולם, שהרי קביעת סדרי עדיפויות בין ציבורים שונים היא אפלייה מאין כמוה.

יצוין שבמישור המשפטי, מזה קרוב ל-15 שנה בסמכותו של בית המשפט העליון לבטל, בתנאים מסויימים, חקיקה של הכנסת מסיבות מהותיות, כלומר לא רק עקב פגם בתהליך החקיקה; לכל אורך התקופה בוטלו בדרך זו רק 3 סעיפי חוק (ועוד אחד שבו תיקנה הכנסת את החוק לאחר שבימ"ש העליון הורה על מתן אורכה לשם כך), למרות שכנראה גם בתקופה זו היתה חקיקה רבה שבאה להכשיר בדיעבד מעשים של השילטון.

ואם זה מעניין מישהו, כותב שורות אלה הוא חבר מפלגתו של חבר הכנסת שעמד בראש העותרים בפרשת ערוץ 7, ואילו היה נערך משאל עם אין ספק שהייתי מצביע נגד החוק בנוסח שבו הועבר בכנסת.

שלוש דרכים היו פתוחות בפני אסירים לשימוש בטלפונים הציבוריים המותקנים בבתי הסוהר: הדרך הראשונה - באמצעות כרטיס "טלכרט", שאדם רוכש, ומשלם עבורו בעת הרכישה, לפי מספר השיחות הניתנות לביצוע באותו כרטיס. הדרך השנייה - באמצעות שירות גוביינא. הדרך השלישית - באמצעות שירות "בזקכרט". שירות זה אינו זמין אלא למי שהצטרף כמנוי אל השירות, וקיבל מן השירות מספר אישי, המורכב משני חלקים: חלק אחד בן שמונה ספרות, הקרוי "מספר הכרטיס" של המנוי, וחלק שני בן ארבע ספרות, הקרוי "קוד סודי" של המנוי. עם הקשת המספר יכול המנוי להתחבר אל השירות מכל טלפון, ולהתקשר לכל מספר טלפון בישראל ואף מחוץ לה. ההתקשרות אינה מחייבת החזקה פיזית של הכרטיס ושימוש ידני בכרטיס, אלא די במספר המנוי. המנוי רשאי למסור את מספר הכרטיס, ובכלל זה מספר הקוד הסודי, לכל אדם אחר, ולהתיר לאותו אדם להשתמש במספר זה על חשבון המנוי. אחד היתרונות של שירות "בזקכרט" הוא מחירו הזול יחסית של השיחות. ככל שהשיחה ארוכה יותר, מתבצעת בשעות עמוסות יותר ולאזור חיוג רחוק יותר, כך היא גם יקרה יותר, וכתוצאה הפער היחסי בין מחירה בכרטיס "טלכרט" לבין מחירה בשירות "בזקכרט" גדול יותר. פער אך מגיע, בשיחות יקרות, לעשרות אחוזים.

בשעתו הורשו אסירים לעשות שימוש בשירות "בזקכרט". אולם, לאחר נסיון של שנה וחצי לערך, הגיע שב"ס למסקנה כי השימוש בשירות "בזקכרט" פוגע בסדר ובמשמעת בבתי הסוהר. השימוש מביא לקטטות רבות ולאלימות בין אסירים, למעשי הונאה וגניבת קודים של האסירים האחד מן השני, חיוב משפחות בתשלום עלות השימוש בשירות בסך של מאות ואלפי שקלים וניהול עסקים פליליים באמצעות 'הבזקכרט'; אסירים 'חלשים' נסחטים ומאולצים למסור את הקוד שלהם לשימוש של אסירים חזקים יותר, אותם נאלצות לשלם משפחות האסירים 'החלשים'. חלקם של האיזמים גם הבשיל לכדי תקריות אלימות של דקירות בין אסירים בגין חשדות לגניבת קודים של בזקכרט. מכשירי הטלפון הציבוריים בבתי הסוהר גם שימשו מספר התחברויות בלתי-מורשות אל השירות באמצעות מספרי "בזקכרט" של אזרחים תמימים שאינם קשורים בדרך כלשהי אל בית הסוהר. כל אלה הביאו את שב"ס לנתק את הטלפונים הציבוריים בבתי הסוהר משירות "בזקכרט". לאחר הליכים שונים הגיע העניין לפתחו של בית משפט זה.

הקשר הטלפוני של אסירים עם העולם החיצון הוסדר בפקודת נציבות בתי הסוהר. פקודה זאת קובעת שעל מנת לסייע בידי האסיר לקיים קשר עם בני משפחתו, תינתן לו אפשרות להתקשר אליהם באמצעות טלפון ציבורי המותקן בבית הסוהר. לפי הפקודה, הקשר הטלפוני מהווה טובת הנאה המוענקת והנשללת בהתאם לכללים הקבועים בתקנות בתי הסוהר. נציב בתי הסוהר חייב להפעיל את הסמכות המוקנית לו בפקודת בתי הסוהר בהתאם לתכליות הפקודה. התכלית המיוחדת של הפקודה היא להבטיח את הארגון, המינהל התקין, המשטר, המשמעת והפעולה התקינה של שב"ס. התכלית הכללית של הפקודה, כמו תכליתו של כל חוק אחר, היא לקיים ולקדם את ערכי היסוד של החברה, ובהם עיקרון השוויון וזכויות היסוד של האדם. במקרה של התנגשות בין התכליות, על הנציב למצוא את האיזון הראוי, וכך גם בנוגע למגבלות המוטלות על שיחות טלפון של אסירים.

מצד אחד, מן הראוי לאפשר קשר טלפוני של האסיר עם בני משפחתו ועם אחרים מחוץ לבית הסוהר. מצד שני, יש הצדקה להגביל את חופש הביטוי של אסיר ככל שנדרש לקיום הסדר והבטחון. האיסור שנקבע בפקודת הנציבות, להשתמש בשירות "בזקרט", פוגע בחופש הביטוי של האסיר. השאלה היא, אם פגיעה זאת מוצדקת לאור שיקולים של סדר ובטחון; כל מגבלה המוטלת על ידי שב"ס על השימוש בטלפון על ידי אסירים, כמו כל החלטה מינהלית, חייבת לעמוד, בין היתר, במבחן המידתיות. מבחן זה דורש כי עוצמת הפגיעה, כתוצאה מהחלטת הרשות, לא תעלה על הנדרש לשם השגת התכלית של החוק.

החלטת שב"ס אינה מונעת את הקשר הטלפוני על ידי אסירים, אינה מקטינה את מספר הטלפונים הציבוריים המותקנים בבתי הסוהר ואף אינה מצמצמת את הזמן או משנה את המועדים בהם אסיר רשאי לעשות שימוש בטלפון הציבורי. היא רק מבטלת אחת משלוש הדרכים שהיו פתוחות בפני האסיר לצורך שימוש זה. הביטול של שירות "בזקרט" פוגע באסיר משתי בחינות: מן הבחינה של היקף התקשורת ומן הבחינה של עלות התקשורת.

השימוש בכרטיסי "טלכרט" מוגבל למכסה מסוימת יחידות מניה, ואילו השימוש בכרטיסי "בזקרט" אינו מוגבל. כיום גם אין הגבלה על כמות כרטיסי "טלכרט" שמותר לבני המשפחה להביא לאסיר. התפתחות זאת מחלישה במידה ניכרת את עוצמת הפגיעה, כתוצאה מחסימת שירות "בזקרט", מן הבחינה של היקף התקשורת. לעניין המידתיות, בשיחות טלפון ממושכות למרחק רב קיים פער משמעותי בין מחיר השיחה באמצעות "בזקרט" לבין מחירה באמצעות "טלכרט". אך ניהול בתי הסוהר שונה מניהול יחידה מינהלית רגילה. מפאת סוג האוכלוסיה שבבתי הסוהר, ומחמת הצרכים והבעיות הכרוכים בקיום שליטה גורפת על חיי היומיום של האסירים, מוקנים לנציב בתי הסוהר בהכרח מתחם סבירות ומתחם מידתיות רחבים באופן יחסי. אף שהחלטה פוגעת באסירים, לא ניתן לומר כי היא פוגעת בהם מעבר למידה הנדרשת לקיום הסדר והבטחון בבתי הסוהר.

יצוין כי יתכן שתימצא דרך לאפשר שיחות בטלפון מסויים באמצעות כרטיסי "בזק-קט", או כרטיסים דומים, בלי לאפשר שיחות באמצעות כרטיסי "בזקרט" רגילים. יתכן גם שתימצא דרך אחרת לאפשר לאסירים שיחות טלפון רבות וזולות יותר, ואולי ניתן וראוי לאפשר לאסירים שיחות טלפון באמצעות כרטיסי "בזקרט" בבתי סוהר שיקומיים או באגפים שיקומיים של בתי סוהר בלי שתהיה בכך פגיעה ממשית בסדר ובבטחון. הערעור מתקבל.

העותר מנהל בית מסחר לפסנתרים. בשנים האחרונות נתמעט עסקו, ולטענתו הדבר נובע מן הפרסומת הסמוייה הניתנת בטלוויזיה לחברה מתחרה, בעיקר במישדרי הערוץ השני, כאשר המצלמה מתעכבת, בכוונה או שלא בכוונה, על המותג של היצרן או על המותג של היבואן, המוטבע או מודבק באופן בולט על הפסנתר. הוא מבקש בעתירה שבית המשפט יצווה על הרשות השנייה להימנע משידור תכניות, בהן מוצגים כלי נגינה מכל סוג שהוא, הנושאים כיתוב או סמל של היצרן או המשווק, או להסיר כל כיתוב או סמל מסוג זה בזמן הצילומים.

חוק הרשות השנייה נותן רשות לבעל זכוין לכלול במסגרת שידוריו גם תשדירי פרסומת תמורת תשלום. אך סוג זה הוא היחיד המותר בחוק. לעניין זה, ניתן להבחין בין צילום שיש בו פרסומת לבין צילום שאין בו פרסומת לפי מבחן הטבעיות; אולם מבחן זה אינו בהכרח מבחן ראוי לזיהוי פרסומת. מבחן זה נועד להוציא מן המישדר, למען איכות המישדר, כל מה שאינו שייך באופן טבעי למישדר. גם אם הוא משרת כראוי את בעל הזכוין, לא ניתן לומר כי הוא משרת כראוי את הצופה. המישדר הינו, בתחום זה, רק מדיום, ואפשר לעשות באמצעי זה שימוש לרעה באופן שיפגע בצופה. לכן יש צורך להגן על הצופה. זהו תפקיד של בעל זכוין. לפיכך יש צורך במבחן שישרת התכלית זו.

הטלוויזיה יכולה לעשות פומבי למוצר מסויים או לשירות מסויים, לא למטרה מסחרית, אלא לשם מטרה אחרת או אף ללא מטרה. לכן יש צורך במבחן שיזהה פרסומת מנקודת המבט של הצופה. מנקודת מבט זאת, פרסומת היא חשיפה של הצופה למוצר מסחרי או לשירות מסחרי באופן ובמידה שיש בהם כדי לתת עדיפות לאותו מוצר או אותו שירות בעיני הצופה הסביר. אפשר לכנות מבחן זה בשם מבחן התוצאה. רק מקרה בו המותג של המוצר או השירות נחשף באופן ובמידה שיש בהם כדי לתת עדיפות לאותו מוצר או שירות בעיני הצופה הסביר יהיה בו משום פרסומת; מבחן התוצאה הוא מבחן הסבירות. האם צילום המותג של כלי נגינה גדולים במופעי אולפן, נשוא עתירה זאת, יש בו, לפי מבחן התוצאה, משום פרסומת? אי-אפשר לתת תשובה שתחול על כל המקרים. אולם ברור כי יש מקרים בהם התשובה חיובית.

המודעות למותג מסויים להבדיל ממותגים אחרים, כתוצאה מחשיפה נשנית וחוזרת, היא אחת המטרות החשובות של פרסומת. כאשר מותג מופיע בהקשר של אמן, בדרך כלל אמן בעל רמה, שהטלוויזיה רואה לנכון להציגו בפני הציבור, יש בכך כדי לקדם את המותג. הצופה הסביר עשוי לחשוב שאם אמן זה מנגן על פסנתר זה, יש בכך ראייה לאיכות הפסנתר. ויש בכך גם כדי לתת עדיפות למותג של פסנתר זה על פני מותגים אחרים של פסנתרים. צילומים מסוג זה יש בהם משום פרסומת.

כללי האתיקה בפרסומת קובעים, שבדרך כלל אין לשדר פרסומת בערוץ השני אלא בדרך של מישדר פרסומת, ולא בדרך של פרסומת סמוייה. אמנם גם הכלל הרחב, המתיר לשדר תשדירי פרסומת, כפוף לחריגים, שנועדו בעיקר להגן על הציבור. אולם הכלל הרחב עצמו מלמד על גישה חיובית לפרסומת באמצעות תשדירי פרסומת. פרסומת כזאת מותרת משום שהיא חלק מחופש הביטוי ומחופש העיסוק. בחברה דמוקרטית, הבנויה על שוק חופשי ותחרות עסקית, הפרסומת היא כשמן על גלגלי המשק. לעומת זאת, הכלל הרחב, האוסר פרסומת סמוייה, מלמד על גישה שלילית לפרסומת כזאת.

מן הצד השני של המאזן עומד הנזק לחברה, כולל חשיפת הציבור לפרסומת מסחרית שאינה מזוהה בתור שכזאת, לעתים אגב יצירת רושם שהרשות ממליצה על מוצר, שירות, ארגון או איש, או תומכת בהם; פתיחת פתח לקבלת טובות הנאה אישיות; (ג) מתן יתרונות לא הוגנים בתחרות המסחרית, בין בתחום המוצרים והשירותים ובין בתחום התרבות והבידור, על ידי העדפת גורם או איש על בסיס קשרים אישיים או אחרים; (ד) מניעת הכנסות מרשות השידור מפרסומת מסחרית על ידי מתן פרסומת חינם. לפיכך, באיזון בין זכויות היסוד הכרוכות בפרסומת סמויה לבין הנזק לחברה הנובע מפרסומת כזאת, ובעקבות הביקורת של מבקר המדינה, קבעה מועצת הרשות השנייה, בכללי האתיקה בפרסומת, את האיסור לשדר פרסומת סמויה. כיום מותרת רק פרסומת אגב המקיימת את התנאים שפורטו בו. הוא אינו מתיר כלל פרסומת מוסווית או פרסומת בלתי-מודעת. ס לגבי פרסומת אגב, ראוי לתת לחריג זה פירוש מצמצם. ראשית, משום שמדובר בחריג. שנית, משום שפרסומת אגב, גם כאשר היא מקיימת את התנאים שפורטו, אינה ראויה לעידוד.

כנגד רקע זה עומדת השאלה אם הפרסומת לכלי נגינה במופעי אולפן, נשוא עתירה זאת, נתפסת על ידי האיסור על פרסומת סמויה, או אם היא נכללת בחריג לאיסור. מן הראוי שמועצת הרשות השנייה תקבע בכללי האתיקה בפרסומת הסדר מיוחד לפרסומת אגב במופעי אולפן. גם אם לא כך יש מקום לקבוע הסדר שימנע פרסומת אגב, שאין לה הצדקה, במופעי אולפן.

ראוי שהרשות השנייה תשקול בכובד ראש את הפתרון המונע צילום של מותג בולט על גבי כלי נגינה גדולים במופעי אולפן, בין בדרך של כיסוי המותג במדבקה ובין בדרך אחרת, גם אם הדבר כרוך בטרחה מסויימת. בשל כך הגענו למסקנה כי מן הראוי להחזיר את הענין נשוא העתירה אל הרשות השנייה כדי שתשקול מחדש ותגבש פתרון, תוך פרק זמן סביר, לבעיה של פרסומת אגב לכלי נגינה במופעי אולפן. העתירה מתקבלת.