



רשות ההגבלים העסקיים

עותק גלוי לעיון הציבור

החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988

בדבר אי מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר שצדדים לו אי. פי. ג'י.
ראובני פרידן בע"מ, שלמור אבנון עמיחי פרסומאים בע"מ ויונייטד מדיה
(ר.ש. 2005) בע"מ

1. פתח דבר

ב-23 ביוני 2008 הונחה בפני בקשה למתן פטור מאישור בית הדין להגבלים עסקיים בגין הסדר כובל מסוג של מיזם משותף, שמטרתו שיתוף פעולה ברכישת מדיה, בין החברות אי. פי. ג'י. ראובני פרידן בע"מ (להלן: "ראובני"), שלמור אבנון עמיחי פרסומאים בע"מ (להלן: "שלמור") ויונייטד – מדיה (ר.ש. 2005) בע"מ (להלן: "יונייטד").

לאחר שבחנתי את ההסדר, מצאתי כי הוא מגביל את התחרות בעסקים ופוגע בציבור. ההסדר מאגד ביד אחת את רכש הפרסום של מספר משרדי פרסום, והוא מקים, או מחזק, כוח שוק ברכש זמן פרסום מידי שדרי הטלוויזיה.

החלטתי בעניין זה יצאה נשכרת מכך שההסדר הכובל דנא פעל מכוח פטור בשלוש השנים האחרונות. הניסיון שנצבר בתקופה האמורה מלמד, בין היתר, על גידול משמעותי בריכוזיות בקרב החברות לרכש מדיה; על גידול ניכר בנתח השוק של מושא ההסדר הכובל נשוא הפטור – יונייטד – ביחד עם חברת יוניברסל, שתי החברות נשלטות ביד אחת ונתח השוק שלהן מתקרב כבר לממדים מונופוליסטיים; על גידול תלול בעמלת היתר שמקבלות חברות רכש המדיה, תוך פגיעה בתחרות ובציבור.

במקביל, מצאתי כי הטעמים בגינם ניתן בעבר הפטור להסדר הכובל דנא, אינם תקפים עוד.

משכך שוכנעתי כי אין מתקיימים היסודות הקבועים בסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "החוק") למתן פטור מאישור בית הדין להגבלים עסקיים להסדר.

2. הצדדים להסדר

שלמור הינה חברה פרטית בבעלות התאגיד הבינלאומי Y&R Inter (85%), ש.א. אבנון החזקות בע"מ (5%), ג.ע. עמיחי החזקות בע"מ (5%) ור.ש. שלמור החזקות בע"מ (5%).¹ שלמור הוא משרד הפרסום השלישי בגודלו בישראל ובין לקוחותיו ניתן למנות את עלית-שטראוס, דפי זהב, סמייל 012, קופ"ח כללית ופרטנר. לשלמור 50% אחזקות ביונייטד, חברת רכש המדיה נשוא בקשת הפטור דנא.

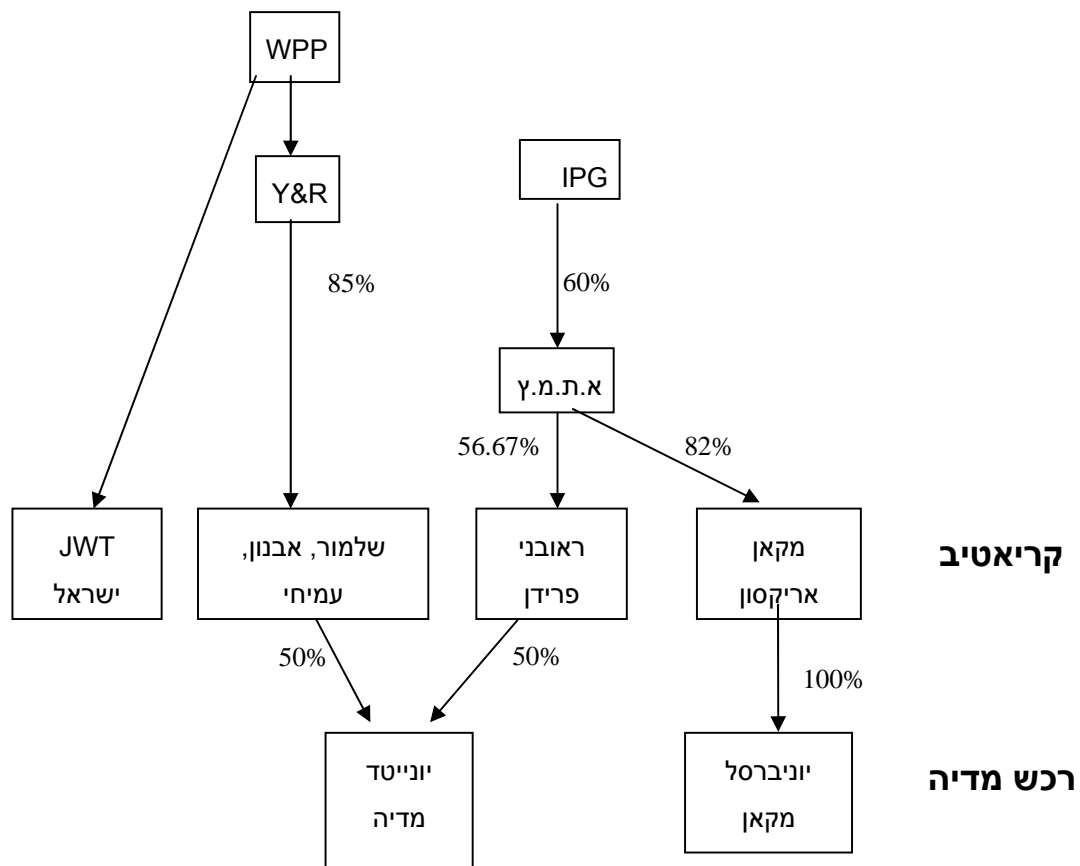
ראובני הינה חברה פרטית בבעלות א.ת.מ.ץ חברת החזקות בע"מ (56.67%), ראובני משה בע"מ (19.5%), אהוד פרידן בע"מ (19.5%) וי.מ.ר.פ. נכסים והשקעות בע"מ (4.33%). ראובני הוא משרד הפרסום ה-6 בגודלו בישראל (מעט פחות ממחצית מגודל משרד שלמור). בין לקוחותיה ניתן למנות את פאורה, קסטרו, יונילור ועלית-שטראוס. לראובני 50% אחזקות ביונייטד.

יונייטד הינה חברה פרטית בבעלות משותפת של ראובני (50%) ושלמור (50%), העוסקת ברכש מדיה עבור שני המשרדים הללו ועבור משרדים נוספים, והיא המיזם המשותף שבעניינו מתבקש הפטור דנן. יונייטד הינה חברת רכש המדיה השנייה בגודלה בישראל. כמפורט להלן, יונייטד וחברת רכש המדיה הגדולה בישראל, חברת יוניברסל מקאן ישראל בע"מ (להלן: "**יוניברסל**"), נשלטות בידי יד אחת.

3. מבנה הבעלות

שלמור וראובני נמצאות בקשרי בעלות עם חברות נוספות בשוק הפרסום המקומי והבינלאומי. ראובני נמצאת בשליטת תאגיד הפרסום הבינלאומי InterPublic Group (להלן: "**IPG**"). בנוסף לשליטה ב-ראובני, שולטת IPG גם בחברת הפרסום הגדולה ביותר בישראל מקאן אריקסון (להלן: "**מקאן**"). מקאן שולטת בחברת רכש המדיה הגדולה בישראל – יוניברסל. שלמור נמצאת בשליטת תאגיד הפרסום הבינלאומי WPP. להבהרת מבנה השליטה, להלן תרשים המפרט את קשרי הבעלות בין החברות השונות:

¹ עד סוף השנה מתכוונת Y&R לרכוש את יתרת 15% ממניות המשרד. כמו-כן, מתעדת Y&R לרכוש משרד פרסום נוסף בישראל כדי לשרת לקוחות נוספים מבלי להיקלע לניגוד אינטרסים.



הצדדים להסדר טענו בפני כי יש לראות את יונייטד ואת יוניברסל כשתי ישויות נפרדות, אשר פועלות באופן עצמאי ובלתי תלוי. הם גורסים כי מתקיימים ניגודי עניינים ביניהם, הנובעים, בין היתר, מטיפול מקביל בלקוחות שהם מתחרים, ומכך שלקוחות אלו לא יקבלו מצב בו חברת הפרסום שלהם תשתף פעולה עם חברת הפרסום (ורכש המדיה) של מתחרה שלהם. לפיכך, להבנתם על הניתוח התחרותי להתעלם מכך שהן שיונייטד ויוניברסל נשלטות ביד אחת.

לא ניתן לקבל טענה זו. גם בדיקת הרשות העלתה כי דעתם של מפרסמים אינה נוחה, בלשון המעטה, מלקבל שירותים בתחום הקריאייטיב ממי שנותן שירות דומה גם למתחרה. הקשר בין הלקוח-המפרסם לבין משרד הפרסום, מחייב דרגה גבוהה של אמון וסודיות, הואיל ומשרד הפרסום נחשף לפרטים מסחריים רגישים במיוחד של הלקוח-המפרסם, דוגמת האסטרטגיה השיווקית שלו.

אולם, אין ניגוד עניינים בין המפרסמים לעניין האפשרות לרכוש זמן פרסום במחיר נמוך יותר. חברות רכש המדיה מעבירות חלק מסוים מעמלת היתר לידי לקוחותיהם [-----חסוי-----], כך שלמפרסמים יש תמריץ לאחד את כוח הקנייה של מספר חברות רכש מדיה, כמו יונייטד ויוניברסל, בכדי שאלה ישיגו את עמלת היתר הגבוהה ביותר האפשריות.

טענה נוספת שהעלו הצדדים בהקשר זה היא כי קיימת תחרות בין ראובני ומקאן על לקוחות בתחום הפרסום, תחרות ממנה מבקשים הצדדים להסדר להסיק כי הם אינם משתפים פעולה. גם בטענה זו אין ממש, שכן אפילו מתקיימת תחרות שכזו – ומלבד אמירות בעלמא לא הביאו הצדדים כל ראיה לקיומה של תחרות כזו – עדיין אין כל מניעה לקיים תחרות במישור אחד (מאבק על מפרסמים) ושיתוף פעולה בתחום אחר (תיאום ושיתוף פעולה מול הערוצים המסחריים).

יש לזכור, כי בסופו של יום חברה אחת שולטת הן ביונייטד והן במקאן, והיא אשר תחליט אם הן תשתפנה פעולה או תתחרנה זו בזו. ברצותה של IPG תהא תחרות וברצותה שיתוף פעולה.

4. השוק הרלבנטי

השוק הרלבנטי לענייננו הינו שוק רכש המדיה הטלוויזיונית. חברות רכש המדיה פועלות כמתווך בין ערוצי הטלוויזיה המסחרית – כגון זכייניות ערוץ 2 וערוץ 10 – לבין משרדי הפרסום ולקוחות הקצה, הם המפרסמים. במרבית המקרים קיימים קשרי בעלות בין חברות הפרסום וחברות רכש המדיה, כשהלקוח, קרי המפרסם, רוכש במסגרת עסקית אחת הן את הפקתו וגיבושו של המסר הפרסומי (אשר מכונה "קריאייטיב") והן את הפלטפורמה לפרסום, היינו זמן האוויר לשידור בטלוויזיה.

בהתקשרות שבין חברות רכש המדיה ומדיות הפרסום קיימים שני סוגי תשלום – עמלת בסיס ועמלת יתר. שתי העמלות נגזרות מהתשלום אותו משלם המפרסם לפלטפורמת הפרסום. עמלת הבסיס מתארת עמלה אשר משולמת על ידי פלטפורמת הפרסום למשרד הפרסום. להחלטה זו רלוונטית עמלת הבסיס המשולמת עבור רכש זמן פרסום בטלוויזיה, וזו עומדת לרוב על 15% מסך התשלום בגין מסע הפרסום שערוץ הטלוויזיה מקבל מן המפרסם. עמלת היתר, מתארת עמלה נוספת אשר משולמת על-ידי ערוץ הטלוויזיה לחברת רכש המדיה, והיא פונקציה של היקף הפרסום השנתי של חברת רכש המדיה אצל הערוץ הרלבנטי. עמלת היתר המשולמת לחברות רכש מדיה איננה אפוא נגזרת של מסע פרסום מסוים, אלא של כלל הפרסום שרוכשת חברת רכש המדיה מערוץ הטלוויזיה במהלך השנה.

חברות רכש המדיה נהנות ממספר יתרונות ברכש זמן פרסום. ככל שחברת רכש המדיה גדולה יותר, היא נהנית מכוח גדול יותר במשא ומתן מול פלטפורמות הפרסום השונות המתחרות על לב המפרסמים, כמו כן היא יכולה להציע גמישות ואופטימיזציה טובה יותר עבור המפרסמים.

מצד ההיצע של פרסום בטלוויזיה, פעילים מספר גופים גדולים משמעותיים, שהעיקריים שבהם הם שתי זכייניות ערוץ 2, רשת-נגה בע"מ ושידורי קשת בע"מ, וישראל 10 – שידורי הערוץ החדש בע"מ, וכן ערוץ המוזיקה והערוץ הייעודי בשפה הרוסית (להלן: "הערוצים המסחריים"). יצירת משקל נגד לערוצים המסחריים הנו אחת משתי הסיבות שבגינה מתבקש ההסדר. הערוצים המסחריים תופסים כ-40% מכלל הפרסום בפלטפורמות הפרסום השונות.

5. החששות התחרותיים

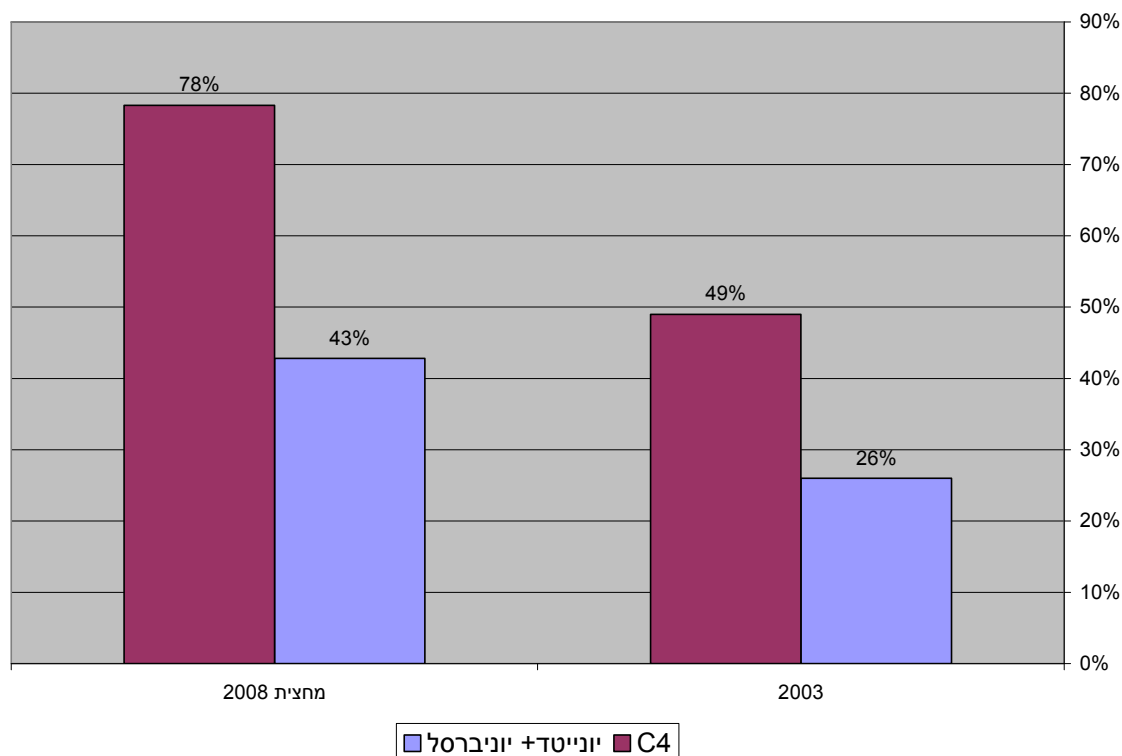
ככלל, הסדר כובל מסוג מיזם משותף עשוי להצמיח תועלות כלכליות. יחד עם זאת, מיזם משותף עשוי להגביל את התחרות, שכן שיתוף פעולה עסקי עומד בסתירה לפעולה עצמאית ובלתי מתואמת, שהיא תנאי לתחרות. התחרות עשויה להיפגע, גם אם לצדדים למיזם לא הייתה כוונה לצמצם את התחרות, ואף אם הם לא כללו בהסכם ביניהם סעיף כבילה מפורש.² סכנת הפגיעה בתחרות ממיזם משותף מתעוררת בעיקר בשני שווקים אפשריים: השווקים בהם פועל המיזם והשווקים בהם פועלים הורי המיזם.³ בנסיבות הבקשה דנן, יוצר המיזם המשותף פגיעה תחרותית בשוק בו פועל המיזם – הוא שוק רכש המדיה הטלוויזיונית.

בשנים האחרונות, אנו עדים לעליה עקבית ומתמשכת בריכוזיות בשוק האמור. במהלך השנים 2004 ו-2005 יזמו מספר משרדי פרסום הקמת חברות רכש מדיה משותפות כדי לנצל את גודלם המשותף להשגת מחירים טובים יותר. שלמור וראובני הקימו כאמור את מיזם יונייטד. גיתם בי בי די או בע"מ, יהושע טי בי דבליו איי פרסום ושיווק בע"מ, ליניאל די.די.בי בע"מ, וצרפתי שטרנשוס זמיר סוכנות פרסום בע"מ חברו להקמת מיזם TMF (פטור 5846). חברת גלר נסיס בע"מ החלה לרכוש מדיה דרך מדיה קום, אשר נמצאת בבעלות חברת אדלר חומסקי אנד ורשבסקי בע"מ. במקביל, חברת רכש מדיה עצמאית, פרו-מדיה תכנון וקניית מדיה בע"מ, חדלה מלפעול.

בחינת הריכוזיות בשוק, לפי מדד נתח השוק של ארבע החברות הגדולות (C4), מלמד כי הריכוזיות בשוק עולה בהתמדה. כך, אם בשנת 2003 עמד מדד הריכוזיות על 49%, הרי שבשנת 2008 עומד המדד על 78%. מדובר בעלייה משמעותית בריכוזיות, כאשר יוניברסל ויונייטד הן שתי החברות הגדולות ביותר, עם נתח שוק משותף של כ-44%. הגרף שלהלן ממחיש את הגידול בשיעור הריכוזיות של שוק רכש המדיה הטלוויזיונית, ואת הגידול של יונייטד ויוניברסל מכלל הפעילות בו:

² ראו בהקשר זה: ה"ע 7009/02 דטה קאר ישראל בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, דינים מחוזי לד(4) 893, סעיף 12 לפסק הדין; ערר 1/97 איסכור שירותי פלדות בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, דינים מחוזי לב(1) 64, סעיפים 19-20 לפסק הדין; מ' מזרחי "מיזם משותף כהסדר כובל" משפטים כ"ג (תשנ"ד) 213, 215-219, H. Hovenkamp, Federal Antitrust Policy The Law of Competition and It's Practice (Thomson West, 2nd ed 2005) pp 201-205.

³ ראו בעניין זה: קביעה לפי סעיף 43(א)(1) בעניין הסדר כובל בין חברות הסעה ביעדים תיור בע"מ, הגבלים עסקיים 3012980, סעיף 4.3.



זאת ועוד, מדד ה-HHI בשוק הרלבנטי כמעט ושילש את עצמו בתקופה האמורה, ורשם גידול מ-909 נקודות ל-2,450 נקודות. שיעור ריכוזיות כזה, מצוי הרבה מעבר לגבול 1,800 הנקודות שנמצא על-ידי רשויות התחרות בארצות-הברית כמשקף שוק בעל רמת ריכוזיות גבוהה, ואשר גידול בריכוזיות בו מעורר, על פניו, חשש תחרותי.⁴

נתונים אלה מלמדים כי ההסדר הכובל דנא עשוי, ואף צפוי, להגביל באופן משמעותי את התחרות בחלק ניכר מהשוק, ומשכך כי הוא אינו בר פטור. הדברים מקבלים משנה תוקף, בשים לב לנתח השוק שנשלט על-ידי יוניטד ויוניברסל, אשר מצוי בגידול עקבי, והוא מתקרב כבר לממדים מונופוליסטיים.

בשים לב לכל אחד מהמאפיינים האמורים, נדרשת רמה גבוהה של ודאות כי לא צרורה פגיעה בתחרות ובציבור במטענו של ההסדר הכובל דנא. בחנתי האם מכלול הנתונים שבפני מצביע על כך שמבנה השוק שנוצר אינו משקף נאמנה את המציאות התחרותית, ומאפשר את מתן הפטור. ממצאי הבדיקה העלו כי פגיעתו של ההסדר הכובל רעה, וכי אנו עדים כבר היום לקיומו של כוח שוק ברכש מדיה טלוויזיונית.

⁴ US DOJ & FTC Horizontal Merger Guidelines, Section 1.5

כוח שוק ברכישת מדיה

הדינאמיקה המסחרית בין חברות רכש המדיה לבין הערוצים המסחריים מתאפיינת בכושר מיקוח משמעותי של חברות הרכש. שני גורמים מרכזיים מזינים כושר מיקוח זה: מבנה העלויות של הערוצים המסחריים, והיכולת של חברות רכש המדיה לווסת את קניית מדיית הפרסום בין הספקים השונים.

מבנה העלויות של הערוצים המסחריים מתאפיין בשיעור גבוה במיוחד של עלויות קבועות. במילים אחרות, הערוצים המסחריים נושאים במגוון עלויות שאינו משתנה יחד עם כמות הצופים בפועל או עם כמות זמן הפרסום שמכרו. מאפיין זה הופך את הערוצים המסחריים לרגישים מאוד לאבדן הכנסה מפרסום. הואיל וצד ההוצאות מתאפיין בקשיחות יחסית, לא ניתן לפצות על ירידה בהכנסות באמצעות קיצוץ דומה בהוצאות. משכך, חברות רכש המדיה, ובמיוחד הגדולות שבהן, נהנות מהמצוקה המסחרית שעלולה להיגרם לערוץ מסחרי אם יאבד שיעור משמעותי מכלל הפרסום הפוטנציאלי.

במקביל, לחברות רכש המדיה יש יכולת לווסת את הרכש בין הספקים השונים, לרבות על דרך תיעול רכש זמן הפרסום מפלטפורמה אחת לפלטפורמה אחרת. להמחשה, חברת רכש מדיה יכולה להפחית משמעותית את כלל הרכש שלה מערוץ מסחרי מסוים, ולתעל את הרכש לספק אחר.

הצירוף של שני אלה נותן כי חברות רכש המדיה נהנות מכושר מיקוח משמעותי מול הערוצים המסחריים. חוסר היענות של ערוץ מסחרי למתן הטבה כזו או אחרת, עשוי לעלות לו בהסטת זמן פרסום לספק אחר, ולפגיעה קשה ביכולת שלו לאזן את ההוצאות באמצעות הכנסה ממכירת זמן פרסום. במיוחד אמורים הדברים כאשר חברת רכש המדיה מרכזת בידה שיעור משמעותי מכלל רכש הפרסום במדיה טלוויזיונית. חברה כזו, אוצרת בידה כוח שוק כלפי הערוצים המסחריים.

קנייה משותפת, כשלעצמה, יכולה לאפשר למשרדי הפרסום ליהנות מכושר מיקוח משופר ברכישת זמן פרסום בטלוויזיה, ולגלגל את ההטבה, כולה או חלקה, אל הלקוח – המפרסם – באמצעות השגת תנאי התקשרות משופרים עם המדיה (כגון מיקום עדיף במקבץ פרסומות וכיו"ב), ואף מחיר רכישה מופחת של זמן הפרסום. אולם, הטבת תנאי הרכישה והפחתת מחיר, אינם סיסמת קסם הפותחת את השער לכל שיתוף פעולה ברכש תשומה. כאשר כושר המיקוח הופך לכוח שוק ברכישה, מתקיימות אותן פגיעות בתחרות, ואותן השפעות שליליות על הציבור, שמתלוות לכוח שוק באספקה.

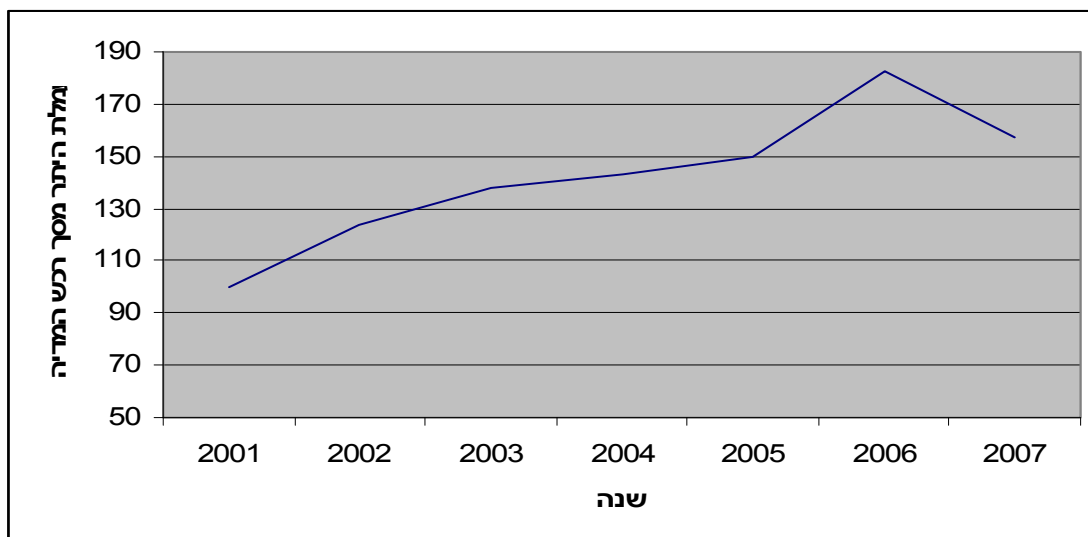
במינוח הכלכלי מקובל להבחין בין כוח שוק באספקה, אשר מקרה הקיצון שלו הוא המונופולין המושלם, לבין כוח שוק ברכישה, שמקרה הקיצון שלו הוא המונופסון המושלם. בכל האמור להשפעה הכלכלית, פגיעתו של המונופסון דומה לפגיעתו של המונופולין. כשם שהמונופולין מעלה מחיר, מקטין תפוקה, פוגע באיכות או מצמצם מגוון, כך גם המונופסון. להמחשה, הפעלת כוח שוק כלפי ספקים על דרך תשלום מחיר נמוך מהמחיר שהיה נקבע בתנאי תחרות, מובילה להפחתת הכמות המסופקת, לפגיעה באיכות המוצר המסופק ולצמצום המגוון. ההשפעה השלילית על המשק והציבור היא בת דמותה של ההשפעה השלילית של הפעלת כוח שוק באספקה, לרבות פגיעה בהקצאה היעילה של המקורות במשק, פגיעה בחדשנות ובאימוץ טכנולוגיות מתקדמות ופגיעה בחלוקת העושר בחברה.

עמדו על הדברים המלומדים Hovenkamp ו-Areeda :

"Monopsony power injures consumers and is thus of antitrust concern for numerous reasons. Buyers' cartels can cause injuries and dislocations similar to those caused by sellers' cartels. Monopsony power may also cause competitive harm from mergers among buyers or product standardization agreement."⁵

הנתונים שבפני מלמדים כי אנו עדים לקיומו של כוח שוק כלפי הערוצים המסחריים. עמדתי לעיל, על הגידול שחל בריכוזיות במהלך השנים האחרונות. במקביל לגידול בריכוזיות, חל גידול דרמטי בעמלת היתר שמשלמים הערוצים המסחריים לחברות רכש המדיה. בתוך תקופה של מספר שנים, עמלת היתר גדלה בממוצע בשיעור של **למעלה מ-60%**, כפי שהגרף שלהלן מלמד :

התפתחות עמלת היתר כאחוז מסך רכש המדיה בטלוויזיה 2001-2007 (מדד – 2001=100)



בנוסף, מהנתונים עולה קשר ישיר בין שיעור עמלת היתר שקיבלה חברת רכש מדיה מערוצים מסחריים, לבין גודלה של החברה. ככלל, ככל שחברת רכש המדיה אחראית לחלק גדול יותר מסך מכירת זמן הפרסום של הערוץ, כך גדל שיעור עמלת היתר שהיא מקבלת.

-----]

-----חסי-----

[-----

⁵ Hovenkamp & Areeda, **Antitrust Law**, vol. IIA, second edition (2002), p.364

-----]

-----חסוי-----

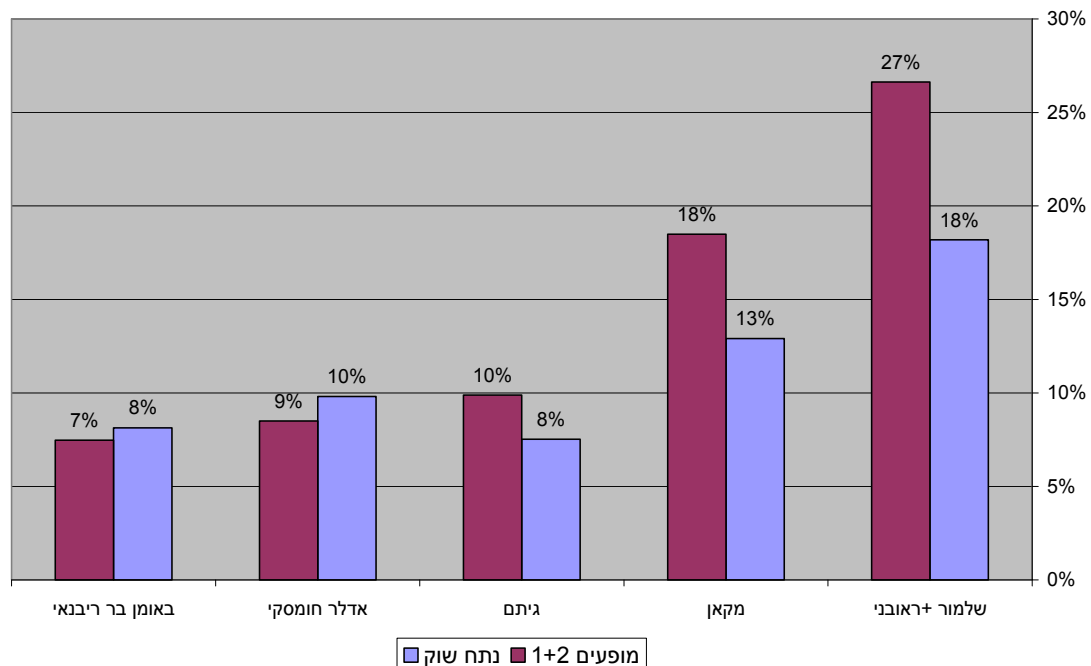
[-----

הנתונים גם מלמדים כי חלק גדול במיוחד מכלל המיקומים המבוקשים והאיכותיים ביותר של פרסומות, מגיע לידי משרדי הפרסום שהם הורי יונייטד ויוניברסל, היינו שלמור, ראובני ומקאן. המיקום של פרסומת בתוך ההפסקה במסגרתה משודר מקבץ פרסומות (אינסרט), הוא עניין משמעותי ובעל ערך, וזאת עקב הנטייה של חלק מהצופים לעבור ערוץ בזמן הפסקת הפרסומות. האינסרט הראשון במקבץ הוא המבוקש ביותר, ובעל הערך הגבוה ביותר. גם האינסרט השני נהנה מערך מוסף, אך פחות מזה של הראשון.

הוריהם של יונייטד ויוניברסל נהנים מהקצאת האינסרטים האיכותיים ביותר, וזאת הרבה מעבר להיקף הרכישה של כל אחד מהם, כשלעצמו, אצל הערוצים המסחריים – חלקם בהקצאת האינסרט הראשון והשני גבוה **בכמחצית** מחלקם ברכש מדיית פרסום מהערוצים המסחריים.

בגרף הבא רואים את החלק היחסי של משרדי הפרסום הגדולים בישראל מכלל האינסרטים הראשון והשני. כפי שניתן להתרשם, הוריהם של יונייטד ומקאן נהנים מהקצאה חריגה של האינסרטים האיכותיים והמבוקשים ביותר:

נתח השוק (במופעים) של הפירסומות (1+2) יחסית לנתח השוק הכללי בטלוויזיה



ככל הפעלה של כוח שוק, הפגיעה בהכנסות הערוצים המסחריים אינה נעצרת בד' אמותיהם, והיא פוגעת בציבור כולו. במיוחד בולט הדבר בנסיבות כאן, הואיל ואיכות ומגוון התכנים שמשודרים בערוצים המסחריים הוכרה כאינטרס ציבורי חשוב. הכרה זו עוגנה בדין, ואף הוקם גוף רגולטורי אשר אמון עליהם – הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו. ניתן בנקל לראות את הפרדוקס בכך שהמדינה תציב את איכות ומגוון התכנים הטלוויזיוניים כערכים חשובים ומשמעותיים שיש לקדם, תפעיל מנגנונים שנועדו להשגת ערכים אלה, ובה בעת תיתן רישיון להפעלת כוח שוק, שתוצאתו הישירה היא פגיעה בכל אלה.

פגיעה בציבור המפרסמים

התחרות בין חברות רכש המדיה על ליבם וכיסם של המפרסמים הכרחית להעברת ההנחות המתקבלות אל הלקוחות הסופיים. התחרות בין חברות רכש ותכנון המדיה אינה משוכללת לחלוטין. קיימים חסמים למעבר מפרסמים בין משרדי הפרסום ובין חברות רכש המדיה. ככלל, מפרסם אינו מעוניין להפקיד את תקציב הפרסום שלו בידי חברת פרסום או תכנון מדיה הנותנת שירותים גם למתחריו, וזאת עקב החשש מניגוד עניינים. בפני משרדי הפרסום חשופים הסודות המסחריים של המפרסם, דוגמת תכניותיו העתידיות, אסטרטגיה שיווקית וכדומה.

כיום פועלות ארבע חברות תכנון ורכש מדיה האוחזות בנתח שוק משמעותי (יוניברסל, יונייטד, TMF ומדיה קום). גם לשיטת המבקשים נתח שוק זה הוא כה נחוץ לכושר התחרות בשוק עד כדי שיש בו

להצדיק אישורו של הסדר כובל. לכן כבר כיום התחרות בין לבין עצמן על מפרסמים בשווקים שבהם פועלים ארבעה מתחרים או יותר היא בעייתית עד לא קיימת.

ניגודי האינטרסים מהווים חסמי מעבר בין חברות רכש המדיה. חברת רכש מדיה שמפחיתה מחיר אינה יכולה לצפות לרכוש לקוחות רבים מענף בו היא כבר משרתת את אחד המתחרים. התמריצים להורדת מחיר או שיפור איכות המוצר שמספקות חברות רכש המדיה ללקוחות הוא לפיכך נמוך יותר בשל אותם חסמי מעבר. בד בבד עם העדר התמריצים להתחרות מתגבר החשש מתיאום אופקי בשוק רכש המדיה שהוא ממועט מתחרים ומתאפיין בחסמי מעבר.

בנוסף, שוק רכש המדיה הטלוויזיונית הנו שוק בעל חסמי מעבר א-סימטריים, שעיקרם מעבר קל מחברת רכש מדיה קטנה לגדולה, אך מעבר בעייתי וקשה, הכרוך בפגיעה כלכלית, מרוכש מדיה גדול לרכוש מדיה קטן. כפי שראינו, לחברות המדיה הגדולות קיים יתרון ברכישת שטחי פרסום טובים יותר ובמחירים נמוכים יותר, ומשכך ישנה סבירות גבוהה שהמפרסמים יעדיפו לעבוד עם חברת רכש מדיה המביאות לידי ביטוי יתרונות אלו.

מתן הכשר להמשך מגמת ההתכנסות של שוק רכש המדיה הטלוויזיונית, עתיד להגביל עוד יותר את האפשרות של המפרסמים לתחר בין חברות רכש מדיה, ולפיכך להפעלת כוח שוק גם כלפיהם.

6. הפטור הקודם

בעבר פטר הממונה מאישור בית הדין את הקמת המיזם המשותף יונייטד, הוא הפטור שפג.⁶ אישור זה לא היה נקי מלבטים. בהחלטה ניכרים חששות מפני תוצאותיו של ההסדר הכובל, אך חששות אלו מותנו נוכח התנאים ששררו באותה התקופה בשוק והטו את הכף לטובת מתן הפטור. שינויי הנסיבות שחלו מאז, מלמדים כי לא ניתן כעת לתת פטור חדש.

מהחלטת הממונה בעניין הפטור שפג, וכן החלטה נוספת שניתנה בעניין,⁷ עולים מספר ממצאים עובדתיים שהיו נכונים לעת ההיא, אך אינם נכונים עוד. להמחשה, בהחלטה בעניין הפטור שפג נכתב כי "תחום רכישת המדיה הוא ענף מבוזר המאופיין בריבוי מתחרים. בין המתחרים ניתן למצוא את חברות המדיה של משרדי הפרסום הרבים הפועלים בשוק וכן חברות מדיה עצמאיות". אלא שכיום, בניגוד לאז, לא ניתן לתאר את שוק רכש המדיה הטלוויזיונית ככזה המאופיין בריבוי מתחרים – ההפך הוא הנכון. מהנתונים שפורטו לעיל עולה בברור כי הריכוזיות בשוק נמצאת בתהליך מתמיד של גדילה, וכי השוק מתכנס לידי מספר קטן של חברות רכש מדיה.

⁶ החלטה בדבר פטור מאישור הסדר כובל בין אי.פי.גי – ראובני פרידן בע"מ לבין שלמור-אבנון-עמיחי פרסומאים בע"מ, הגבלים עסקיים 500106.

⁷ החלטה בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסכם בין גיתם BBDO, יהושע TBWI, צרפתי שטרנשוס זמיר וליניאל DDB, הגבלים עסקיים 5000108.

בהחלטה בעניין הפטור שפג התווה הממונה את הגבול אשר מעבר אליו יוצר הרכש המשותף בעיה תחרותית. גבול זה עובר בנקודה בה נוצר בידי הצדדים כוח שוק מונופסוני. כפי שפרטתי לעיל, בתחום רכש המדיה הטלוויזיונית מצוי בידי חברות רכש המדיה כוח מונופסוני. במצב דברים זה, ברור כי הנסיבות שעמדו בבסיס הפטור שפג השתנו באופן משמעותי, ומכאן גם השינוי בתוצאה.

מעבר לכל אלה, דומה כי שינוי הנסיבות המשמעותי ביותר הוא היכולת לבחון את ההשפעות בפועל של ביצוע ההסדר הכובל. כפי שראינו, פגיעתו של ההסדר בתחרות ובציבור רעה. משכך, הוא אינו בר פטור.

7. עמדת משרד התקשורת ועמדת הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו

עם קבלת הבקשה, וכמתחייב מסעיף 14(ד) לחוק, פנתה הרשות למשרד התקשורת – הוא המשרד האמון על התחום בו פועל ההסדר – על מנת לקבל את עמדתו בנוגע לפטור המבוקש. משרד התקשורת הגיש לרשות עמדה מפורטת, בה עמד על כוחן של חברות רכש המדיה מול הערוצים המסחריים, ובפרט נוכח תופעת עמלות היתר. בסיכום עמדתו, קבע המשרד כי היה ובדיקת הרשות שהפטור המבוקש מחזק את כוחן של חברות רכש המדיה, בין השאר מול הערוצים המסחריים, אזי רואה בכך המשרד נימוק כבד משקל לדחיית בקשת הפטור.

גם הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, הרגולטור הענפי של ערוצי הטלוויזיה המסחרית, הגישה לרשות עמדה מנומקת המצדדת באי מתן הפטור, וזאת נוכח כוח השוק שיש לחברות רכש המדיה ביחסיהן מול הערוצים המסחריים.⁸

עמדות אלה חיזקו את מסקנתי כי הפטור המתבקש איננו בר אישור.

8. אי מתן פטור להסדר כובל קיים

כאמור, יונייטד פעלה במשך שלוש שנים מכוח הפטור שפג. יחד עם זאת איני מוצא בכך טעם שיש בו כדי להצדיק אישור בקשה חדשה להסדר כובל, שכן ליונייטד, כמו גם להוריה, אין זכות קנויה כלשהי בהסדר הכובל, והעובדה כי הותר להם להיות צד לו בעבר (ולתקופה קצובה) אינה מקנה להם יתרון בקבלת פטור עתידי כלשהו.

בחינה מחודשת ובדיקה של שינוי נסיבות הנה בדיוק הסיבה שבעטיה ניתנים אישורים להסדרים כובלים ופטורים מקבלת אישורים לתקופות קצובות מראש. יפים לעניין זה דבריו של אב בית הדין להגבלים (בדימו), כבוד השופט י' עדיאל, בפרשה המכונה **אי. סי. פי. III**:

⁸ את עמדתה ביססה הרשות השנייה על דו"ח שהוכן עבורה על ידי עו"ד דרור שטרס. עיקר ממצאי הדו"ח זמינים לציבור באתר האינטרנט של הרשות השנייה.

"הסדר כובל אסור על-פי חוק, אלא אם הותר בדרך הקבועה בדין. מכאן, שבניגוד לזכותו של אדם, גם אם הוא בעל מונופולין, להחזיק ברכושו ולא להעמידו (בכפוף למגבלות הקבועות בדין) לרשות אחר, אין לאדם זכות קנויה לעשות הסדר כובל, כמו שאין לו גם זכות מוקנית על נכסים, כמו מוניטין, שרכישתם או שימורם מותנים בעשיית הסדר כובל או בהמשך קיומו של הסדר כובל. הזכות לעשות הסדר כובל היא זכותו של הציבור ולא של הצדדים להסדר, זאת משום שה "האינטרס הדומיננטי בדיני ההגבלים העסקיים הנו... האינטרס הציבורי ולא אינטרס הפרט אשר לא זוכה להגנה אלא כמוצר לוואי ממימוש האינטרס הציבורי בקיום תחרות" (ע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' מדינת ישראל ואח', תקדין-עליון, כרך 18, 98(2)). גם העובדה שהסדר כובל אושר על-ידי בית הדין בעבר איננה מקנה זכות, גם לא ציפייה לגיטימית, למי שהוא צד להסדר כובל, לאישור ההסדר גם בעתיד. מכאן גם עולה שכל זכות שקיומה או שימורה מותנה באישור נוסף של הסדר כובל שאושר בעבר, כמו מוניטין שנצבר תחת קורת ההסדר הכובל, אינה זכות מוקנית של הצדדים להסדר ואלה אינם יכולים להלין על פגיעה במוניטין שלהם רק משום שבית הדין איננו מוכן להמשיך ולאשר את ההסדר הכובל."⁹

בטרם סיום אזכיר את המובן מאליו: פטור מאישור הסדר כובל יכול להינתן אך ורק בתוך גדר סעיף 14 לחוק. מקום בו תנאי הסעיף אינם מתקיימים מחויב הממונה לסרב לפטור את ההסדר מאישור בית הדין. משהגעתי לכלל מסקנה כי תנאי סעיף 14 לחוק אינם מתקיימים בענייננו, איני רואה עצמי מוסמך לשנות מן התוצאה רק משום שההסדר הכובל זכה לפטור בעבר.

9. סיכום

פעילותה של יונייטד כמיזם משותף בין מתחרים איננה מקיימת את התנאים הקבועים בסעיף 14 לחוק. לפיכך, ולאחר שנטלתי את עצת הועדה לפטורים ולמיזוגים, הגעתי לכלל מסקנה כי ההסדר אינו בר פטור.

בועז גולן, עו"ד
ממלא מקום הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, ט"ז באב תשס"ח
14 באוגוסט, 2008

⁹ ה"ע (ירושלים) 3276/99 הממונה על הגבלים עסקיים נ' איגוד במאי קולנוע וטלוויזיה בישראל, תק-מח 2000(2) 8751, 8759.