

קביעה לפי סעיף 43(א)(1)
לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח 1988-

הסדר כובל בין חברת החדשות של הערוץ השני לבין רשות השידור

אנשי ציבור עורכים מעת לעת או משתתפים באירועים פומביים, בהם מסיבות עיתונאים, בשעות שיא הצפייה בטלוויזיה; לעתים הם מכוונים בכך את עיתוי האירוע כי יובא בשידור ישיר, ללא עריכה. שתי רשתות טלוויזיה משדרות בעברית חדשות בישראל: חברת החדשות הישראלית בע"מ (להלן: "חברת החדשות של הערוץ השני" או "הערוץ השני"), ורשות השידור (להלן ביחד: "הרשתות"). מטעמים שונים, כל אחת מהרשתות מעונינת מעת לעת שלא לשדר אירוע כזה או שהיא מעדיפה לשדרו רק לאחר עריכה. הרשת ניצבת בפני קושי לעשות כן כאשר יש לקהל הצופים עניין רב לצפות באירוע בעתו: במקרה כזה, החלטה שלא לשדר את האירוע עלולה לגרור בעקבותיה אבדן אחוזי צפייה ומזק מסחרי.

עת מצאו הרשתות כי הקושי משותף לשניהן, הלכו להן וטכסו עצה ופתרון: 'ואם יתקפו האחד - השניים יעמדו נגדו, והחוט המשולש לא במהרה יינתק'. תקמנה הרשתות מסגרת לתיאום ושיתוף פעולה בה יוחלט - בצוותא חדא - אם לשדר את האירוע אם לאו. לא עוד תקבל כל רשת החלטה, בינה לבינה ולפי שיקוליה, האם לשדר מסיבת עיתונאים זו או אחרת. מעתה תשבנה השתיים יחדיו ותחלטנה אם לשדר אם לאו, והיה מסכנו אחיד.

מן הטעמים שאפרט להלן קובע אני כי סיכום זה, שבין שתי רשתות הטלוויזיה המשדרות חדשות בעברית בישראל, והתיאום הנעשה על-פיו, מהווים הסדר כובל הפוגע בתחרות, כמשמעותו בחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח 1988- (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים"). הסיכום הזה בלתי חוקי ואסור, ואין לנהוג

1. העובדות

1.1 כללי

אין שיעור לחשיבות הסיקור הטלוויזיוני של אירועים פוליטיים וציבוריים. אנשי ציבור מבקשים מטבע הדברים לקבל סיקור טלוויזיוני רחב ומקיף ככל הניתן. שעת שיא הצפייה בטלוויזיה - prime time - מהווה יעד מבוקש לכך. בשעה זו משודרות חדשות ברשתות הטלוויזיה, ושיעור הצפייה בהן גבוה.

תהא זו מטרה חשובה לאיש הציבור הנואם בעצרת המונים או במסיבת עיתונאים, כי הופעתו תובא בשידור חי, ללא עריכה. את מועד הופעתו באירוע הוא עשוי לקבוע בהתאם.

תזמון אירועים פוליטיים וציבוריים לשעות שיא הצפייה בטלוויזיה מעורר חוסר נחת ברשתות הטלוויזיה. מסתבר כי מנהלי מהדורות החדשות בשתי הרשתות אינם מרוצים ממצב זה, שבו אירוע דוגמת עצרת המונים או מסיבת עיתונאים "משתלט" להם על זמן השידור בשעות צפיית השיא. עריכת האירוע בעיתוי כזה, לשיטת מנהלי מהדורות החדשות, מהווה לעתים תכתיב של אנשי ציבור באשר לעיתוי שידור האירוע ובדבר אופן הסיקור העיתונאי שלו.

חוסר שביעות רצון זה הביא את מנהלי מהדורות החדשות של רשות השידור והערוץ השני לכלל שיתוף פעולה ביניהם. הם הסכימו להקים, והם מקיימים, מסגרת לתיאום בין שתי הרשתות, בנוגע לקבלת החלטה האם להביא בשידור ישיר מאירוע פלוני בו נואם איש הציבור אם לאו. כך מתקבלת באופן אחיד בשתי הרשתות ההחלטה, אם לשדר את האירוע אם לאו. בכך נמנע מכל אחת מהרשתות "הסיכון" שאם תסרב היא לשדר את האירוע ואילו רעותה תשדרו, ינדדו רבים מצופיה לרעותה.

1.2 התיאום

דבר קיומו של תיאום בין הרשתות הודע בפומבי. למשל, בתכנית "תיק תקשורת", המשודרת בערוץ השני, התארחו ה"ה רפיק חלבי ושלום קיטל (מנהלי מהדורות החדשות של רשות השידור והערוץ השני, בהתאמה). המנחה, מר רזי ברקאי, שאל את המראיינים:

"עכשיו אני רוצה לדבר על, אני אקרא לו בכל זאת מפגש פסגה ביניכם... אתם החלטתם לראשונה, לפי מיטב ידיעתי, לשתף פעולה ביניכם ונפגשתם וכמעט אתם קרובים לחתימת אמנה בין שתי חטיבות החדשות המובילות בתקשורת הישראלית."

מר חלבי עונה לשאלתו:

"קודם כל צריך לומר דבר אחד ששנינו מסכימים עליו, גם קיטל וגם אנוכי, שלא ניתן יותר לתופעה הזאת, שאנשים מדברים מעל ראשי העיתונאים ויקבעו לנו מועדים של מסיבות עיתונאים ויקבעו לנו צי"ח של מסיבות עיתונאים..."

ובהמשך:

רזי ברקאי: "מהיום והלאה, מה יהיה שלא היה קודם, שלום קיטל?"

שלום קיטל: "פשוט הידברות בינינו, הידברות בינינו..."

רזי ברקאי: "מראש."

שלום קיטל: "הידברות שלא תאפשר לאף ראש ממשלה או כל פוליטיקאי אחר לדבר בשפה לא עיתונאית."

יתרה מזו, באותה תכנית אף התברר כי הדברים לא נותרו בגדר סיכום בעלמא, אלא אף בוצעו הלכה למעשה. כך מפיו של מר קיטל:

"תראה, קודם כל אנחנו עד המקרה האחרון, וזה המקרה של פרסום מסקנות היועץ כך נהגנו... המקרה היחיד שבו חרגנו מהעניין, ואני מודה שבאותו יום לא דיברתי עם רפיק ולא תיאמנו את העניין, היה פרסום מסקנות היועץ".

טרם קביעתי זו, בדבר קיומו של הסדר כובל לפי חוק ההגבלים העסקיים, פניתי לקבל תגובתם של מנהלי חטיבות החדשות ברשות השידור ובערוץ השני. לדאבוני, בחרה רשות השידור שלא להתייחס לפניותי. את התייחסותה של חברת החדשות של הערוץ השני, במכתב החתום על-ידי מנהלה, מר קיטל, אביא במלואה מפאת קוצר הדברים:

"עלי לציין כי עיינתי היטב במכתבים האמורים ובתמליל המצורף אליהם, אך לא הצלחתי למצוא רלוונטיות לדינים שעניינם הסדרים כובלים שהזכרת במכתבך הנ"ל.

לגופם של דברים - אנו חייבים להעריך למניעת שימוש לרעה שעושים, לעיתים, פוליטיקאים ואנשי ציבור שונים בתקשורת הכתובה והאלקטרונית על מנת להכתיב לתקשורת את אשר תפרסם, לרבות המועדים והמתכונת של פירסומים שכאלה"

אכן, הודאת בעל דין כמאה עדים דמי.

1.3. הדילמה

ניכר כי בעיני הערוץ השני, שומה עליו למנוע מאנשי ציבור "להכתיב לתקשורת את אשר תפרסם, לרבות המועדים והמתכונת של פירסומים שכאלה" (כדברי מר קיטל), וכי בעיני רשות השידור, יש למנוע מצב "שאנשים מדברים מעל ראשי העיתונאים ויקבעו לנו מועדים של מסיבות עיתונאים ויקבעו לנו צי"ח של מסיבות עיתונאים..." (כדברי מר חלבי).

אלא שאין הדברים מדויקים. בכוחם של אנשי ציבור לקבוע עיתויו של אירוע, ואת עיתויו ואופן הופעתם בו - אך אין בכוחם לחייב רשת טלוויזיה לשדר את האירוע. כך, כאשר בוחר איש הציבור לערוך מסיבת עיתונאים בשעת מהדורת החדשות בטלוויזיה, הוא אינו "מכתיב" לטלוויזיה את אשר תפרסם או את מועד הפרסום. הוא בוודאי מקווה לשידור ישיר, אך אין הוא יכול לכפותו; ההחלטה אם לשדר אם לאו, כיצד לשדר, והאם להביא את האירוע במלואו או בחלקו, נתונה בידי כל רשת טלוויזיה.

מדוע, אם כן, לא תקבל כל רשת טלוויזיה, בעצמה וללא תיאום עם הרשת האחרת, החלטה בדבר שידורה של מסיבת עיתונאים או אי שידורה, ואף תעשה בהחלטתה עטרה להתגדל בה? מדוע אין מנהל חטיבת החדשות בכל רשת מחליט, בעצמו וללא תיאום עם מתחרהו, שלא לשדר אירוע, שהוא או עיתויו לצנינים בעיניו?

התשובה היא כי העניין שיש לציבור לצפות באירוע, הוא המכתיב את שידורו. בתנאי תחרות, ההחלטה שלא לשדר אירוע, למרות שיש בו עניין רב לציבור, יוצרת לרשתות קושי עסקי משמעותי.

זאת יש לזכור - בין הערוץ הראשון לבין ערוץ השני מתנהלת תחרות, לרבות על שיעורי הצפייה. כך, למשל, כאשר מסיבת עיתונאים חזויה לעורר עניין רב בציבור, קם כנראה חשש בלב כל אחת מהרשתות, כי אם תחליט שלא לשדר את מסיבת העיתונאים, ואילו מתחרתה תגיע לכלל מסקנה הפוכה ותשדרה, 'ישלטטו' להם צופיה אל עבר המתחרה. מובן כי תוצאה זו אינה רצויה עבור הרשת שלא שידרה: פגיעה בשיעור הצפייה עשויה לגרור בעקבותיה תוצאות שליליות - פגיעה בכיס, ביוקרה, או בשניהם כאחד.

מכאן הדילמה: מחד, רצונה של הרשת לשנות את המוצר שלה (מהדורת החדשות), לפי טעמה והעדפותיה, שאינם זהים בהכרח לטעם צרכניה; מאידך, הידיעה כי אם הרשת האחרת לא תשנה את מהדורת החדשות שלה באותו האופן, היא תזכה ביתרון מסחרי. מסתמא כי בזו הדילמה אין הרשתות ששות לעמוד. מכאן מסגרת התיאום שכוננו להן שתי הרשתות המתחרות.

רב הדמיון בין הדילמה בה שרריות רשתות הטלוויזיה, לבין הדילמה בה ניצבו הבנקים עת ביקשו לסגור את כל סניפיהם בימי ו', בהסכם מחייב לתקופה של שנים. גם שם, כל בנק סבר כי המשק יצא נשכר מסגירת שעריו כל הבנקים בימי ו'. גם שם, כל בנק הכיר בכך שציבור הצרכנים - לקוחותיו - דווקא מעוניין מאד לקבל שירות בימי ו'. וגם שם, כל בנק חשש כי אם יסגור הוא את שעריו ביום ו', ואילו מתחרהו יימנע מלעשות כן, יזנחו אותו רבים מלקוחותיו לטובת מתחרהו.

תיאר זאת ביה"ד להגבלים עסקיים, במסגרת הבקשה לאישור הסדר כובל, שהובאה בפניו בידי הבנקים, ונדחתה:

"טענתם המרכזית של הבנקים היא, כי כל אחד מהם רוצה לסגור את סניפיו ביום ו', אך זאת רק בתנאי ששום בנק אחר לא יהיה רשאי לפתוח את סניפיו לציבור ביום זה, יהא הביקוש לשירותים בנקאיים ביום ו' גדול ככל שיהא. לטענת הבנקים, התחרות שבניהם הינה כה קשה עד שבהעדר הסכמה הדדית מחייבת, היינו, במצב של אי-וודאות בכך שכל הבנקים אכן יסגרו את סניפיהם, וכל עוד קיים חשש שיימצא בנק - פורץ גדר אשר יפתח את סניפיו ביום ו', לא יוכל אף בנק להרשות לעצמו לבצע את הסגירה, וכל הבנקים ייאלצו להמשיך ולפתוח את סניפיהם בימי ו' גם להבא. לשון אחר, התחרות בין הבנקים הינה כה קשה, עד כי אין מנוס מהסדרת הסגירה באמצעים לא תחרותיים."¹

אולי סוברות רשתות הטלוויזיה כי בתיאום שהקימו, עושות הן שירות גם לעצמן גם לעצמן: לעצמן חוסכות הן את החשש מפני אבדן אחוזי צפייה ואת הנזק המסחרי הכרוך בו, אם תחליט האחת לשדר והשניה שלא לשדר; ולעמן הן 'חוסכות' - לשיטתן - את החשיפה לאירועים כאלה, אם בכלל ואם

¹ ה.ע. 1393, הממונה על הגבלים עסקיים נ' בנק אדנים למשכנתאות בע"מ ואח' (טרם פורסם), מיום 28 בינואר 1997, פסקה 3 לפסה"ד.

בטרם נערכו כמיטב שיקול דעת עורכי החדשות בכל רשת. כמפורט להלן, לא אביע דעתי לגופם של דברים; שבין אם צודקות הרשתות בשיקוליהן ובין אם לאו, אוסר עליהן הדין תיאום שכזה.

2. הדין

חוק ההגבלים העסקיים אוסר על עריכת הסדרים כובלים,² זולת אם בא עליהם היתר מאת בית הדין להגבלים עסקיים ("בית הדין"),³ היתר זמני מאת בית הדין,⁴ או פטור מאת הממונה על הגבלים עסקיים ("הממונה").⁵ על החלטת הממונה ליתן פטור הזכות לערור בפני בית הדין,⁶ ואילו על החלטת בית הדין ליתן היתר או לסרב לתתו הזכות להגיש ערעור לבין המשפט העליון.⁷

סעיף 1 לחוק ההגבלים העסקיים מגדיר "הסדר" באופן רחב: "בין במפורש ובין מכללא, בין בכתב ובין בעל פה או בהתנהגות, בין אם הוא מחייב על פי דין ובין אם לאו". כבר יודעים אנו כי גם קריצת עין עשויה להקים "הסדר",⁸ לא כל שכן מנגנון תיאום ברור ומוגדר כפי שהוקם לו בין שתי רשתות הטלוויזיה במקרה דנן.

הסדר נהיה "כובל" אם הוא בא בגדר הוראת סעיף 2(א) או 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים. סעיף 2(א) קובע:

"הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר"

ודוק: על מנת לבוא בשערי סעיף 2(א) לחוק - ⁹

• די בכך שצד אחד יגביל עצמו. אין חובה שההגבלה תהא הדדית.

² סעיפים 2 ו-4 לחוק ההגבלים העסקיים, וכן ראה קביעת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין הסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי תחנות תדלוק, קובץ הגבלים עסקיים א', עמ' 19, 38, וכן קביעת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין התקשרויות לאספקה ורכישה של קמח כשר לפסח תשנ"ד, קובץ הגבלים עסקיים א', עמ' 57, 62.

³ סעיף 9 לחוק ההגבלים העסקיים.

⁴ סעיף 13 לחוק ההגבלים העסקיים.

⁵ סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים.

⁶ סעיף 15 לחוק ההגבלים העסקיים.

⁷ סעיף 39 לחוק ההגבלים העסקיים.

⁸ "אין זה מעניינו של החוק אם תיאום זה הושג בדרכי קונספירציה, או בדרכי הסדר, או באמצעות צד ג', או על ידי קריצת עין, או על ידי צחוק של הבנה, או על ידי מתאם שהוא זר להסדר, או על ידי דברים שנאמרו למאן שהוא שאינו שייך לענין כדי שהדברים יישמעו על ידי מישהו השייך לענין, או בכל דרך אחרת." תא (י-ם) 396/87, אורי קיסין ואח' נ' פטרולגז - חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ, קובץ הגבלים עסקיים ב' 245, 261.

• די בחשש לפגיעה בתחרות בעסקים בין הצדדים. אין צורך בפגיעה בפועל בה.

• די בחשש לפגיעה בתחרות בעסקים בין צד אחד להסדר לבין הצדדים האחרים לו או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר. אין נדרשת כאן פגיעה ב"תחרות בענף" בכללותה, ובוודאי שאין נדרש שהפגיעה תהא "משמעותית" (בשונה מהוראת סעיף 14 לחוק שעניינה פטור להסדר כובל, או מהוראות סעיף 21 לחוק שעניינה מיזוגים).

סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים קובע:

"מבלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף קטן (א) יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת לאחד העניינים הבאים...

(4) כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם"

כאשר הסדר בא בגדר הוראות סעיף 2(ב) לחוק, קמה חזקה חלוטה בדבר קיומה של פגיעה בתחרות.¹⁰ אין צורך להוכיח לגבי הסדר כזה את עצם הפגיעה בתחרות (או החשש לפגיעה) הנובעת ממנו:

"הסדרים אלו מוחזקים על ידי המחוקק כהסדרים הפוגעים בתחרות מעצם טבעם. לפיכך, אין מקום לגבי הסדרים אלה לטענה כי אין בקיומם כדי להצביע, כשלעצמו, על פגיעה בתחרות".¹¹

וכך בדברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים:

"בסעיף קטן (ב) באה רשימה של נושאים שבהם השלכת ההסדר בין הצדדים על צמצום התחרות אינה מוטלת בספק".¹²

3. יישום

3.1 סעיף 2(א) לחוק

ההסדר בין הערוץ הראשון לבין הערוץ השני הוא הסדר כובל מובהק. לפנינו "הסדר", כמשמעו בחוק - שהרי מסגרת משותפת לקבלת החלטות עסקיות (כאן - מה ישודר ומה לא ישודר), היא בבחינת "הסדר". ברור גם כי ההסדר "כובל": לענין סעיף 2 לחוק, די בכך שצד אחד "יגביל" עצמו באופן

⁹ ראה: החלטת הממונה על הגבלים עסקיים בדבר אישור בתנאים למיזוג בין כור תעשיות בע"מ לבין Columbus Capital מקבוצת קלרידג' (טרם פורסם).

¹⁰ פסה"ד בעניין בנק אדנים, לעיל ה"ש 1, פסקה 7.4 לפסה"ד.

¹¹ ת.פ. 160/96, מדינת ישראל נ' חוליות תעשיות פלסטיקה ואח' (טרם פורסם), מיום 9 באפריל 1997, פסקה 5 לדברי המשנה לאב בית הדין, כב' השופט עדיאל.

¹² הצ"ח ההגבלים העסקיים, התשמ"ד 1983, התשמ"ד, עמ' 41, 42. סעיף 3 לחוק ההגבלים העסקיים מונה רשימה של סוגי הסדרים שלא ייחשבו כהסדרים כובלים, על אף האמור בסעיף 2; סייגים אלה אינם לענייננו.

המפחית תחרות כלפי הצד האחר או כלפי צד שלישי. כאן כל אחד מהצדדים "מגביל" עצמו כלפי האחר. כל צד מגיע כאן לכלל הסדר עם האחר, לפיו הוא יתאם עמו החלטה עסקית (האם לשדר אירוע פלוני) בטרם קבלתה. במקום לקבל החלטה כזאת בינו לבינו, יוצר כל צד תנאים לקבלת החלטה כזאת בצוותא עם הצד השני להסדר. גם ברור כי יש בהסדר השלכה משמעותית על התחרות בכללותה - שהרי ההסדר נעשה בין שני המתחרים היחידים בענף.

אכן, בהסדר שגובש בין הרשתות, הגבילו השתיים זו את זו. כל אחת מהן שללה מעצמה, בהסכמה, חלק מהזכות להחליט החלטות אוטונומיות בכל הנוגע לדרכי הסיקור של אירועים, דוגמת מסיבות עיתונאים, המתקיימים בשעות צפיית שיא. במה דברים אמורים, טול מקרה בו אחת הרשתות מעונינת בשידור מסיבת עיתונאים פלונית, ואילו הרשת האחרת אינה מעונינת לשדרה. אלמלא התיאום בין הרשתות, היה הצופה בבית יכול לבחור בין צפייה במסיבת העיתונאים לבין אי-צפייה במסיבת העיתונאים, במעבר בין מהדורת חדשות אחת לאחרת. לחלופין, טול מקרה בו מעדיפים צופים רבים לצפות במסיבת העיתונאים, ואילו התיאום האמור מונע זאת מהם - בהעדרו היתה, אולי, משודרת מסיבת העיתונאים באחת הרשתות או בשתיהן. דא עקא, מעת שקם תיאום כאמור בין הרשתות יוצג לצופה מסך שיש בו מידת אחידות - או שידור מסיבת העיתונאים בשתי הרשתות, או אי-שידורה בשתיהן. חזית אחידה זו פוגעת ביכולת הבחירה של הצופים בין הרשתות. החזית האחידה יש לה השלכה מסחרית, לרבות השלכה על שיעור הצפייה בכל אחת מהרשתות. אין צריך לומר, שיעורי צפייה הם מדד להצלחה מקצועית - לעתים אומנותית - וגם בסיס להצלחה מסחרית.

לבסוף, ברור שההסדר בין שתי הרשתות עונה על אמת המידה של פגיעה בתחרות בעסקים בין הצדדים לו. לא רק חשש לפגיעה בתחרות בין הרשתות יש כאן, אלא פגיעה משמעותית, ובפועל, בתחרות בין לבין עצמן, ובנסיבות העניין גם פגיעה בתחרות בענף כולו. זהו הסדר בין שני המתחרים היחידים בשוק, הבא להסיר מעליהם עולה של תחרות בעת קבלת החלטה עסקית קשה, לטובת חיקה החמים של הוודאות הקרטליסטית. זהו הסדר, שעצם הצורך בו נובע מהביקוש הקיים בקרב הציבור למוצר הרלוונטי, וממילא קיומו פוגע בתחרות ופוגע בציבור, בכך שהוא מצמצם את השוק לכלל מוצר שהוא בחלקו אחד ויחיד, אחד ואחיד, הנחות בטיבו לעומת הגיוון שהיה קיים בשוק תחרותי.

הערוץ הראשון והערוץ השני אכן מיצרים עבור הציבור מוצר: מהדורות חדשות טלוויזיוניות. מדברי מנהלי החדשות עולה כי אין הם מרוצים מהמוצר שהם מיצרים בתנאי תחרות, וכי מכאן התיאום ביניהם. אך לא בקרטל פתרונים. העובדה שיצרן אינו אוהב את איכות המוצר, אותו דורש הצרכן בתנאי תחרות, אינה מקנה ליצרן חירות להגיע לכלל הסכם עם מתחריו, לשינוי אותו מוצר. היצרן רשאי כמובן להחליט - בינו לבינו, לא בינו לבין מתחריו - לשנות את המוצר שהוא מספק, אך הוא

חייב לשאת בתוצאות העסקיות של החלטה כזאת. הוא אינו רשאי להגיע להסכם עם מתחריו, שתוצאתו מוצר בו הציבור לא בחר.¹³

3.2 סעיף 2(ב)(4) לחוק

ההסדר שבין הרשתות בא גם בגדר סעיף 2(ב)(4) לחוק ההגבלים העסקיים. הסדר זה עניינו ב"כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם":

"תיארנו בתחילת הדברים את שתי הכבילות העיקריות שבהסדר המוצע: האחת, כוונת הבנקים לסגור במתואם את סניפיהם ביום ו', והשניה, כוונת הבנקים למנוע את פתיחת הסניפים בימי ו' או לפחות להתנות פתיחה כזאת בהודעה מוקדמת בת מחצית השנה. כבילות אלה, עניינן "בכמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם", שהרי אין דומה שירות בנקאי הניתן 6 ימים בשבוע לזה הניתן 5 ימים בשבוע. השירות הניתן 6 ימים בשבוע עולה על השירות הניתן 5 ימים בשבוע, הן בכמותו והן באיכותו."¹⁴

כך גם בעניינינו. אין דומה מהדורת חדשות בה משודרת מסיבת עיתונאים בשידור חי, לכזו שאינה משודרת מסיבה כזאת. אין באני לקבוע איזו מהדורה "טובה" יותר או "ראויה" יותר. בכוונתי אך להדגיש כי אין המהדורה האחת דומה לרעותה - שאם דומה היתה, צורך בתיאום לא היה. קביעה מתואמת בין שני יצרנים, באשר לטיב המוצר שכל אחד מהם מספק, משנה מכוח התיאום את איכות המוצר ואת סוג המוצר שכל אחד מהם היה מספק בהעדר תיאום ביניהם. חדשות טלוויזיה הן מוצר, הנצרך על ידי המוני בית ישראל, ושתי הרשתות מצויות בתחרות זו מול זו, על ליבו של הצרכן-הצופה. אם קם תיאום בין הרשתות, באופן המשפיע על איכות מהדורת החדשות, טיבה או סוגה, בא התיאום בגדר הוראות סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, תהא מטרתם של המתאמים או חשיבותה בעיניהם אשר תהא.

3.3 הערה על תחרות ועל חופש הביטוי

עניין לנו כאן בתיאום בין הערוץ הראשון לבין הערוץ השני - שני גופים אשר בידיהם כוח בלעדי כמעט לסקר בטלוויזיה בישראל אירועים חדשתיים. שתי הרשתות שולטות על משאב יקר וחיוני - אמצעי התקשורת האלקטרוניים, במדיום הטלוויזיוני.¹⁵ תוכן התיאום בין הרשתות: קביעת תנאים אחידים,

¹³ ראה פסה"ד בעניין **בנק אדנים**, לעיל ה"ש 1, פסקה 7.3 לפסה"ד: "ההתערבות במנגנון התחרות החופשית נועדה במקרה זה לאפשר לבנקים קרטליזציה...: לצמצם את השירות הבנקאי הניתן לציבור... [ו]לפטור עצמם מן הסיכון הכרוך במהלך כזה בשוק תחרותי, היינו למנוע מהציבור מלהגיב על המהלך על-ידי העתקת עסקיו לבנקים שישאירו את סניפיהם פתוחים ביום ו'."

¹⁴ שם.

¹⁵ "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 נאומו, 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. על רקע מציאות זו, חופש הגישה לאמצעי התקשורת הינו, לאמיתו של דבר, תנאי למימוש חופש

ויישומם המשותף, באשר לגישה למהדורות החדשות, בהיבט מסוים של פעולתן. התיאום אפשר לשתי הרשתות להציב בכניסה למהדורות החדשות שלהן מחסום מלאכותי, המשקף את טעמן והעדפותיהן, ולא את טעמו של הציבור והעדפותיו כביטויים בתנאי תחרות. בימים אחרים היה לערוץ היחיד כוח להציב בעצמו מחסום כזה. התחרות בין הערוץ הראשון לשני הסירה את המחסום; התיאום האסור בין שתי הרשתות השיבו למקומו. בכך קנו הרשתות כוח רב עוצמה - כוח מונופוליסטי - שרק התחרות ריסנה, ורק מניעתה שבה והקנתה.

על הסכנה המרחפת מעל חופש הביטוי מקיומו של "מונופולין תקשורתי", העיר בית המשפט העליון:

אם כך הערכת המצב מקום בו עומדות לרשות הציבור תחנות שידור רבות... אין, כמובן, להתעלם מסיכון כמתואר, כאשר לרשות הציבור רק תחנה אחת, אשר לה, כיום, מעמד מונופוליסטי. בכך לא רק עשויה להימנע ההתחרות וההתמודדות, היכולות לשמש גורמים מפרים ומדרבנים, אלא גדל גם החשש מפני חד-צדדיות ומפני העדרה של במה לוויכוח החופשי בנושאים מרכזיים, שהיא תנאי יסוד לקיומה של חברה דמוקרטית...¹⁶

ועוד אמר שם בית המשפט:

"למותר להוסיף, כי תפקיד מרכזי של מוסדות הרשות הוא לוודא, שזו לא תתנהל לפי נטיות לבם האישיות של עובדיה או של חברי מוסדותיה אלא לפי כללים מנחים, המבטיחים גישה ניטרלית, איזון בין הדעות וויכוח חופשי."

יהיו טעמיו אשר יהיו, מצמצם התיאום בין הערוץ הראשון לערוץ השני את מקורות המידע העומדים לרשות הציבור ומפחית את גיוונם. בכך בעייתי התיאום ביניהם לא פחות מכפי שיהיה, למשל, תיאום בין כל העיתונים בדבר תוכן עמודי החדשות שלהם, או תיאום בין כל רשתות הרדיו בדבר תוכן מהדורות החדשות שלהן.

ברי כי תחרות מושתתת על ריבוי: ריבוי של יצרנים, של ספקים, של נותני שירות ושל מוצרים ושירותים. בהעדר מתחרים, אין תחרות. קרטל בין שני המתחרים היחידים שולל תחרות. כך בתחום הכלכלי "הרגיל", ולא כל שכן בתחום חירות הביטוי. תחרות בתחום התקשורת היא ערובה לחופש הביטוי.¹⁷ כאן בוודאי נדרש ריבוי - "שוק של רעיונות", שאת קיומו מבטיחה רק תחרות. קבע הנשיא שמגר בפרשת כהן:

הביטוי, אשר בהיעדרו, עלול להיות ריק מתוכן ונעדר חשיבות של ממש". ד"ר דפנה ברק, "חופש הגישה לאמצעי התקשורת - איזון אינטרסים בתחומי הזכות לחופש ביטוי", עיוני משפט י"ב (תשמ"ז) 183, 184-185.

¹⁶ בג"צ 6218/93 ד"ר שלמה כהן, עו"ד נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מט(2) 529.

¹⁷ עוד נקבע שם, כי בהיעדר אלטרנטיבה למתן פרסום להתבטאות, תוכר זכותו של המתבטא לקבלת גישה לאמצעי התקשורת האפקטיבי ביותר - בענייננו המדיה הטלוויזיונית: "לכאורה, בכל אותם מקרים בהם קבוצת ההתייחסות הרלבנטית היא כלל האוכלוסיה, הרי שהטלוויזיה הינה כיום המכשיר בעל האפקטיביות המרובה ביותר. אם קיים אמצעי אלטרנטיבי בעל אפקטיביות סבירה לפרסום הביטוי, הרי שהנטייה להכיר בזכות הגישה תפחת. לעומת זאת, בהיעדר

הסכנה ל"שוק הרעיונות" נובעת, בראש וראשונה, מריכוזיות שליטה באמצעי התקשורת... עלול להיווצר "כשל שוק חוקתי" בו חוג מצומצם של בעלי שליטה מכותבים ומעצבים את "שוק הרעיונות". לשם כך מבקשים להקדים רפואה למכה ולמנוע את ריכוזיות השוק. המכשירים הטכניים למניעת ריכוזיות זו עשויים להיות מגוונים - החל בהתנאת רישוי אמצעי תקשורת בתנאים מסויימים וכלה בדינים ספציפיים של הגבלים עסקיים בכל הנוגע לאמצעי תקשורת... הפתרון במצב כזה הינו אכיפת הזכות לחופש הביטוי על ידי מתן זכות גישה לאמצעי התקשורת".

הוסיף הנשיא שמגר וקבע שם:

"עקרון חופש הביטוי מצדד ב"שוק הרעיונות"... אם בעלי השליטה באמצעי התקשורת יסרבו לשקף רעיונות מסויימים, עלולה תמונת הרעיונות להתעוות. "שוק הרעיונות" עלול להפוך ל"שוק הרעיון" הבלעדי. והרי אין צורך להרחיק לכת בהיסטוריה המודרנית כדי למצוא את תופעת הרעיון האחד והיחיד. אין לך דבר רחוק יותר מדמוקרטיה מאשר אחידות רעיונית טוטלית ("קולקטיביזם רעיוני").

אכן, יקר מחיר הוויתור על התחרות; הזכות לגבותו מהציבור לא ניתנה למתחרים.

4. סיכום

עולה מן המקובץ כי התיאום בין הרשתות, יש בו כדי לפגוע בתחרות בין שני ערוצי שידור החדשות בעברית (היחידים) בישראל. קיומה של תחרות בין רשתות הטלוויזיה פועלת לטובת הצרכן: היא מחייבת התמודדות על ליבו, ולכן מביאה למאמץ בלתי פוסק לקלוע במדויק יותר לטעמו. הגבלת התחרות כאן היא הסדר כובל, הפוגע ברווחת הצרכן. אם יש טעמים לאשר הסדר כובל כזה חרף פגיעתו בתחרות, ואין אני מביע עמדה בכך, צריך להביאו בפני בית הדין להגבלים עסקיים, לבחינתו ולשיקולו.

לדין של הרשתות בא התיאום לשרת מטרה ראויה ולגיטימית: למנוע תכתיבים מצד אנשי ציבור באשר לאופן בו הם פונים אל ציבור הצופים ובאשר לעיתוי הפניה. ברם, אם סברו הרשתות כי היעד אותו הן באות להשיג חשוב דיו כדי להסיג גבולה של תחרות, היה עליהן לפנות לבית הדין להגבלים עסקיים, ולבקש כי יתיר להן להתקשר בהסדר כובל, חרף פגיעתו בתחרות, ובגין התועלת שהוא מביא - לשיטתן - לציבור.

חוק ההגבלים העסקיים, כמפורט לעיל, קבע מנגנונים המאפשרים להסיג את גבול התחרות בפני ערכים אחרים. עם זאת ייחד החוק את מלאכת האיזון בין ערכי התחרות לבין ערכים אחרים, ומסרה בידי בית הדין להגבלים עסקיים. בית הדין - הוא ורק הוא - רשאי לאשר כל הסדר כובל, אף אם יש בו פגיעה משמעותית בתחרות. בהעדר אישור כזה, אין אדם רשאי לעשות דין לעצמו ולהחליט כי יעד

אמצעי אלטרנטיבי בעל אפקטיביות סבירה לפרסום הביטוי - תהא נטייה להכיר בקיום זכות גישה לאותו אמצעי. כך אף לשיטתה של כב' השופטת שטרסברג-כהן, שם: "ככל שאמצעי התקשורת חזקים יותר, ציבוריים יותר ומונופוליסטים יותר, כך גדל הצורך לדאוג שתינתן בהם גישה חופשית או חופש ביטוי למיגוון דעותיהם של פרטים וקבוצות".

או ערך כלשהם גוברים על דיני התחרות שבחוק. העוסקים בתקשורת כפופים לזה הדין ככל אדם אחר.¹⁸

אכן, חוק ההגבלים העסקיים פתח לשתי הרשתות שער לבוא בו, בטרם מעשה, לו רצו בכך. לא אדע מה טעם ראו ללכת בדרכים שסללו לעצמם, מחוץ לנתיבות הדין. יהא טעמם לכך אשר יהא, עד אשר ימלאו אחר מצוות חוק ההגבלים העסקיים, תיפרד חבילתם לשתי כיתות שונות ולשני בתיים נבדלים.

¹⁸ אין זו הפעם הראשונה לדין ודברים, שבין רשות ההגבלים העסקיים, לבין הערוץ השני והזכייניות הפועלות במסגרתו: ראה קביעת הממונה בדבר קיומו של **הסדר כובל בין זכייני הערוץ השני**, קובץ הגבלים עסקיים ב', עמ' 7 (רכישה משותפת של אמצעי הפקה), וכן עמדת הממונה בעניין **שידור תכנית בוקר משותפת בידי זכייניות הערוץ השני**. ההסדר הנדון כאן הוא נדבך נוסף בזו השרשרת, אשר - ללא כל ספק - הגיעה זה מכבר העת כי תינתק.

5. סוף דבר

אשר על כן אני קובע בזה, בהתאם לסמכותי על-פי ס' 43(א)(1) לחוק ההגבלים, כי התיאום המפורט לעיל, המתבצע בין מנהלי מהדורות החדשות של הערוץ הראשון וחברת החדשות של הערוץ השני, הוא הסדר כובל כמשמעו בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים.

כאמור בסעיף 43(ה) לחוק ההגבלים, תהיה קביעתי זו ראייה לכאורה לנקבע בה בכל הליך משפטי. כאמור בסעיף 43(ו) לחוק ההגבלים, אין בקביעתי זו כדי למנוע העמדתו לדין של אדם שעבר על הוראות חוק ההגבלים.

רשות השידור וחברת החדשות של הערוץ השני רשאיות לערור על קביעתי זו או על חלק ממנה, לבית הדין להגבלים עסקיים, בתוך שלושים יום מן היום שבו תומצא להן הודעה על קביעתי.

ד"ר דוד תדמור
הממונה על הגבלים עסקיים

היום, כב' בטבת, התשנ"ח
20 בינואר, 1998