



החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר אי מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר בין Publicis Groupe Holdings BVP ומדיה קומיוניקיישנס לינקס בע"מ

א. פתח דבר

מונחת בפניי בקשה למתן פטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "החוק") להסדר כובל בין Publicis Groupe Holdings BVP (להלן: "פובליסיס") ומדיה קומיוניקיישנס לינקס בע"מ (להלן: "מדיה קום"); פובליסיס ומדיה קום ביחד להלן: "הצדדים", שעניינו שיתוף פעולה ברכישת מדיה מערוצי הטלוויזיה המסחריים¹ (להלן: "ההסדר").

לאחר שבחנתי את ההסדר, ולאחר שנועצתי בוועדה לפטורים ומיזוגים, לא שוכנעתי כי ההסדר עומד בהוראת סעיף 14(א) לחוק. מטעם זה לא מצאתי לנכון להעניק להסדר פטור מאישור הסדר כובל על ידי בית הדין להגבלים עסקיים לפי סעיף 14 לחוק. נימוקי החלטתי יפורטו להלן.

ב. ההסדר והצדדים לו

פובליסיס היא קבוצת פרסום בינלאומית, העוסקת, בין היתר, במתן שירותי רכש ותכנון מדיה בישראל למפרסמים ולמשרדי פרסום. עד לשנת 2017, פעלה בישראל חברת זניט מדיה (1995) בע"מ (להלן: "זניט") שהוחזקה בבעלות משרד הפרסום באומן-בר-רבינאי בע"מ שבשליטת פובליסיס. במהלך שנת 2017, מוזגה פעילותה של זניט לחברת אמ.אם.אס תקשורת ישראל בע"מ, שבשליטת פובליסיס. משרדי הפרסום הקשורים לקבוצת פובליסיס הם אמ.אם.אס. תקשורת ישראל בע"מ, ליאו ברנט (שותפות רגב קויצקי)², באומן בר רבינאי בע"מ, באומן בר אקספרט בע"מ, גליקמן שמיר סמסונוב חברה לפרסום בע"מ, גי.אן.אס דיגיטל בע"מ ומטומי מדיה גרופ בע"מ.³

מדיה קום עוסקת גם היא במתן שירותי רכש ותכנון מדיה בישראל למפרסמים ולמשרדי פרסום, נשלטת בשרשרת הסופי על-ידי אייל חומסקי, ובבעלותם של יואב אלוני ואייל אלכסנדר רובין.

שני הצדדים להסדר פועלים בתכנון ורכישת זמן פרסום באמצעי המדיה השונים, המשמשים כפלטפורמות פרסום – טלוויזיה, רדיו, עיתונות, שלטי חוצות, קולנוע ואינטרנט.

במסגרת בקשת הפטור מבקשים הצדדים לשותף פעולה ברכישת מדיה מערוצי הטלוויזיה המסחריים; בניהול משאים ומתנים להסכמים שנתיים מולם; ובקביעת יעדי מדיה עבור הצדדים. שיתוף הפעולה יעשה באמצעות "ארגון גג" שיקימו הצדדים לצורך כך. מכירת זמן הפרסום בערוצי הטלוויזיה המסחריים למפרסמים ולמשרדי הפרסום תיוותר בידי כל אחד מהצדדים בנפרד.

¹ המרכזיים שבהם: שידורי קשת בע"מ; רשת מדיה בע"מ; וערוץ 10 החדש בע"מ.

² אמ.אם.אס. תקשורת ישראל בע"מ וליאו ברנט (שותפות רגב קויצקי) מוזגו בינואר 2017.

³ כמו כן, משרד הפרסום וובסנס מדיה בע"מ היא חברה קשורה לקבוצה, אולם אינה פעילה בשנים האחרונות.

ג. עיקרו של ההסדר הוא בהפחתת התחרות

הצדדים להסדר הם מתחרים בתחום רכש המדיה. כחלק מתחרות זו, הם מתחרים על רכישת זמן פרסום מערוצי הטלוויזיה המסחריים, אותו לאחר מכן הם מוכרים ללקוחותיהם, חברות הפרסום והמפרסמים.

לטענת הצדדים, בתחום רכש המדיה פועלת חברת יוניברסל מקאן בע"מ (להלן: "יוניברסל") העוסקת במתן שירותי רכש ותכנון מדיה, ולפי הטענה, היא בעלת כוח שוק כלפי ערוצי הטלוויזיה המסחריים, משרדי הפרסום והמפרסמים. לנוכח עוצמתה, נטען כי היא זוכה לתנאי התקשרות מיטיבים מערוצי הטלוויזיה המסחריים בהשוואה לתנאים שמשגים הצדדים להסדר.

הצדדים טוענים כי נתח השוק של כל אחד מהם לחוד נמוך משמעותית מזה של יוניברסל, כך שעל-מנת שיתאפשר להם לרסן את כוח השוק של יוניברסל, לו הם טוענים, מתבקש שיתוף הפעולה ביניהם. הצדדים מבקשים להקים גוף רכש מדיה "חזק מספיק" אשר הלכה למעשה יקנה להם כוח מול הערוצים המסחריים, ישיג עבורם תנאים טובים יותר, ובכך לטענתם יאפשר להם לשמש חלופה ראויה ליוניברסל.

טענת הצדדים אינה מצדיקה מתן פטור להסדר המבוקש. נקודת המוצא לבחינתו של ההסדר שבפניי היא, כי מטרת שיתוף הפעולה המבוקש היא ליצור בידי הצדדים לו כוח שוק – זאת לטענת הצדדים עצמם. המטרה שתיארו הצדדים עצמם כמטרתו העיקרית של ההסדר, היא להשיג לעצמם עמדה "חזקה מספיק" אל מול ערוצי הטלוויזיה המסחריים, באופן שיוכלו לכפות על ערוצי הטלוויזיה המסחריים תנאים מסחריים טובים יותר.

בנוסף, לא שוכנעתי כי ההסדר יוצר תועלת כלשהי לצרכן. הכל כפי שיפורט להלן.

הוראות סעיף 14(א) לחוק, מכוחו מוסמכת הממונה על הגבלים עסקיים (להלן: "הממונה") לתת פטור מקבלת אישור בית הדין להסדר כובל, מתנות את מתן הפטור בשני תנאים מצטברים:

1. הכבילות שבהסדר אינן מגבילות את התחרות בחלק ניכר של השוק המושפע מן ההסדר, או שהן עלולות להגביל את התחרות בחלק ניכר משוק כאמור, אך אין בהן כדי לפגוע פגיעה של ממש בתחרות בשוק כאמור;
2. עיקרו של ההסדר הכובל אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו.

די באי עמידה של ההסדר בדרישות אחד משני תנאי הסעיף, כדי לקבוע כי הסדר אינו ראוי לפטור פרטני ואינו חוסה תחת מי מפטורי הסוג.⁴

התנאי השני הקבוע בסעיף 14(א) לחוק, נותן ביטוי להבחנה מושרשת היטב בדיני ההגבלים העסקיים בין כבילה נלווית לכבילה עירומה.⁵ הרישא של סעיף 14(א) לחוק דורשת, כי להסדר יהיה "עיקר" שאינו בעצמו בגדר הפחתת התחרות או מניעתה.⁶ כפי שיפורט להלן, אין תוחלת

⁴ ר' לשון סעיף 15(א) לחוק.

⁵ החלטה בדבר אי מתן פטור להסדר כובל בין איגוד המוסכים בישראל – ועד ענף פחחות וצבע לבין חברי האיגוד בעניין ניהול משא ומתן משותף, 2002 **ההגבלים העסקיים** 3014515, עמ' 2.

⁶ טיוטת גילוי דעת 18/____ בעניין פרשנות סעיף 14(א) (2) וסעיף 15(א) לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 (6.5.2018) **ההגבלים עסקיים** 501500, עמ' 2-3.

להסדר האופקי שבפני מלבד הפחתת התחרות או מניעתה. זהו הסדר עירום. היינו: לא נמצא כי להסדר "עיקר" שאינו בהפחתת התחרות או במניעתה.

עצם הטענה לפיה ההסדר נחוץ כדי "לאזן" את כוח השוק של יוניברסל, המתחרה, משמעותה כי עיקרו של ההסדר ביצירת כוח שוק לצדדים לו. ההסדר שבפנינו נועד בעיקרו לרכז בידיהם של הצדדים כוח שוק שישמש אותם בבואם לשאת ולתת עם ערוצי הטלוויזיה המסחריים. כוח שוק מאוחד זה יושג באמצעות ביטול התחרות ביניהם, לכל הפחות, אל מול ערוצי הטלוויזיה המסחריים.

המשמעות של בקשת הצדדים מנגד, היא פגיעה בהכנסות ערוצי הטלוויזיה המסחריים המתקבלות מהצדדים, העלולה לפגוע באיכות השידורים ובמגוון שלהם ובכך להביא לפגיעה בציבור. אף אם טענת הצדדים לכך שההסדר יוביל לשיפור תנאי הרכישה שלהם נכונה, הצדדים לא שכנעונו כי כוח השוק אותו הם מבקשים לעצמם יגלם יעילות פרו-תחרותית. ההפרש, אותו טוענים הצדדים שישגו, בין המחיר המשולם כיום על-ידי כל אחד מהם לחוד, לבין זה שיתקבל במשא ומתן המנוהל על-ידם במשותף, אינו אלא רנטה עודפת שתיגבה, תוך ניצול כוח השוק ברכישה שיוענק להם מן האיחוד ביניהם.

אם כן, מטרתו המפורשת של ההסדר היא הפעלת כוח שוק באמצעות משאים-ומתנים משותפים במטרה להשיג תנאי התקשרות מיטיבים יותר מערוצי הטלוויזיה המסחריים.

היעילויות הנוספות שהצדדים ציינו כי הן מושגות מההסדר – בהיבטי ייעול הרכש ושילוב מומחיותם – ככל שהן קיימות, הן שוליות ומשניות למטרה זאת.

בשלב השימוע שנערך לצדדים טרם מתן החלטתי זאת, נטען בפניי לראשונה כי ההסדר מגלם יעילות נוספת, לפיה החברה תאפשר לצדדים להגדיל את הגמישות בניהול זמן הפרסום עבור לקוחותיהם. לא הובאו בפניי תימוכין לביסוס היעילות, ועל-פניה הטענה לא נמצאה כמשכנעת.

אף אם נניח כי הגמישות בניהול זמן הפרסום כאמור היא המטרה העיקרית והלגיטימית שהצדדים רואים בהסדר, לא הובאו בפניי תימוכין לביסוס הטענה כי הכבילות הרחבות הנוספות שבהסדר, בדמות ניהול כל המשאים ומתנים המשותפים מול ערוצי הטלוויזיה המסחריים, נחוצות למימוש מטרה זאת. זאת, בניגוד לסיפא של סעיף 14(א)(2) לחוק. על-פניו, לא שוכנעתי כי אם מטרתם של הצדדים היתה להשיג גמישות בניהול זמן הפרסום, ביטול התחרות בין הצדדים ברכש מדיה מערוצי הטלוויזיה המסחריים היא הדרך היחידה להגיע לתוצאה זאת.

ד. טענת הצדדים ל"כוח מאזן"

לשיטת הצדדים, בהשגת כוח שוק כאמור טמונה יעילות המתבטאת באיזון כוחה של יוניברסל, המתחרה שלהם. לטענתם, כוחה של יוניברסל מקנה לה תנאים מיטיבים מערוצי הטלוויזיה המסחריים, אשר באים לידי ביטוי, בין היתר, במחירים נמוכים, יכולת רכישת מדיה מראש ושיבוצים עדיפים על-פני המתחרים. טענת הצדדים היא למעשה, כי החברה ביניהם תקנה להם כוח, אותו הם מכנים "מאזן", אשר יאפשר להם להשיג את אותם תנאים מיטיבים המוקנים ליוניברסל כאמור, והיא תצמיח לטענתם תועלות לתחום רכש המדיה. אולם, אין ביצירת "כוח מאזן" ליוניברסל משום "עיקר" לגיטימי להסדר.

בקשת הצדדים ליצירת "כוח מאזן" היא במישור היחסים האופקיים שלהם מול יוניברסל, המתחרה בהם בתחום רכש המדיה. בכך טמון כשל מרכזי בטענת הצדדים, שכן הצידוק הנטען מפעם לפעם ליצירת כוח מאזן, עוסק בכוח נגד במסגרת יחסים אנכיים בין צדדים, למשל בין לקוח לספק, ולא בין מתחרים.

יתרה מכך, מצב בו שני מתחרים אינם זהים ביכולת שלהם להתחרות מאפיין שווקים רבים, ואינו דבר חריג. עצם טבעה של תחרות היא, שכל צד מנצל את יתרונותיו על-מנת לשפר את מצבו ולקבל תנאים טובים יותר.

מכל מקום, הצדדים לא הראו כיצד החבירה ביניהם תשפר את התחרות בתחום רכש המדיה, כטענתם. העמדת כוח שוק בידי הצדדים אל מול ערוצי הטלוויזיה המסחריים אינה בהכרח מאיינת, כשלעצמה, את כוחה הנטען של יוניברסל. התמודדות עם כוח שוק באמצעות יצירת כוח שוק נוסף בסדר גודל דומה על-פי רוב אינה מצדיקה חבירה בין מתחרים, והסכנה הברורה היא הגדלת הריכוזיות בתחום.

במסגרת בקשת פטור שהוגשה בעבר על-ידי שתי חברות רכש מדיה, אשר אחת מהן היא זניט (שכאמור התמזגה עם פובליסיס שהיא צד להסדר דנן), נטענה טענה דומה לטענת "הכוח המאזן". הטענה נדחתה:⁷

"...טענתם של הצדדים כי כוח שוק של גורם אחר בשוק מצדיק יצירת כוח שוק נוסף על-ידי גורם אחר בשוק אינה יכולה לעמוד. כאמור, מבדיקת הרשות עולה כי איחוד הכוחות בין הצדדים בבקשת הפטור שלפני ייצור כוח שוק ברכישה ויעלה את הריכוזיות של השוק, ועל-כן, טענת הצדדים לבקשה כי קיים גורם אחר בשוק בעל כוח שוק (ומבלי להביע עמדה לגופה של טענה זו), אינה יכולה להצדיק את מתן הפטור."

אף אם נניח כי כתוצאה משיתוף הפעולה כוחו של הגוף בעל כוח השוק כנטען, יוניברסל, מאויין – ואיני סבורה שזה המצב, כלל לא ברור אם התועלות הנובעות מכך מוצאות דרכן אל הצרכנים, ועל הטוען מוטל הנטל לשכנע כי החבירה בסופו של דבר מועילה לצרכן. חלף היווצרות שיווי משקל מעין תחרותי, התרת ההסדר תביא עמה אולי חלוקה שונה של הרווחים בין הצדדים לבין יוניברסל, אך בכך אין כדי להצדיק מתן פטור. סביר להניח כי הפגיעה בהכנסות של ערוצי הטלוויזיה המסחריים תביא לפגיעה באיכות השידורים ובמגוון שלהם, וכתוצאה מכך לפגיעה בציבור.

במסגרת בקשת הפטור דנן פניתי למשרד התקשורת לקבלת עמדתו. משרד התקשורת הביע עמדתו כי להענקת כוח שוק לצדדים לבקשת הפטור דנן השפעה שלילית הן במעלה הזרם והן במורדו. אישור ההסדר, לדברי המשרד, יאפשר לצדדים לרכז בידם כוח שוק רב, אשר סביר כי יופנה כלפי ערוצי הטלוויזיה המסחריים והמפרסמים.

מכל האמור, עולה כי טענת הצדדים לפיה ההסדר יאפשר להם ליצור כוח שוק נוסף לצד זה של יוניברסל, עולה בקנה אחד עם העובדה כי עיקרו של ההסדר בהפחתת התחרות או במניעתה;⁸ ולא

⁷ החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר אי מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר שהצדדים לו טי.אם.אף מדיה פורס ניהול בע"מ וזניט מדיה 1995 בע"מ (24.2.2013) **הגבלים עסקיים** 500349.

⁸ שם, בעמ' 6, נכתב: "למעשה, הצדדים לבקשת הפטור אף טענו בפניי במפורש כי מטרת ההסדר הספציפי הינה יצירת כוח שוק לצורך הורדת מחירי רכישת המדיה [...] משמעות הדברים היא כי עיקרו של ההסדר בהפחתת התחרות...".

שוכנעתי כי הצרכן יצא נשכר מניהול המשא ומתן המשותף מול ערוצי הטלוויזיה המסחריים מושא ההסדר דנן.

ה. סוף דבר

הגעתי לכלל מסקנה כי המדובר בהסדר עירום שעיקרו בהפחתת התחרות או במניעתה. פגיעתם של הסדרים אלה בתחרות היא כה ברורה, עד כי לא נדרש לבחון את השפעתם על התחרות. המלומדים Areeda ו-Hovenkamp עמדו על כך ביחס לחבירה של מוכרים:⁹

"We define a particular horizontal agreement as "naked" if it is formed with the objectively intended purpose or likely effect of increasing price or decreasing marketwide output in the short run, with output measured by quantity or quality... Significantly, under this definition a naked restraint is a rational act for the defendants only on the premise that they collectively have sufficient power to affect marketwide output and price."

משאלו הם פני הדברים, לא ניתן לקבוע כי עיקרו של ההסדר אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, וברי כי לא מתקיים התנאי השני – המצטבר – למתן פטור, הקבוע בהוראת סעיף 14(א)(2) לחוק. די בכך כדי להגיע לכלל מסקנה כי איני מוסמכת לפטור את ההסדר מן החובה לקבל את אישור בית הדין להגבלים עסקיים לפי סעיף 14 לחוק.

לאחר שבחנתי את ההסדר, ולאחר שנועצתי בועדה לפטורים ומיזוגים, לא שוכנעתי כי ההסדר עומד בהוראת סעיף 14(א)(2) לחוק. מטעם זה אין ההסדר ראוי לפטור לפי סעיף 14 לחוק.

מיכל הלפרין
הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, ב' סיון תשע"ח
16 מאי 2018

⁹ XI PHILLIP E. AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, ANTITRUST LAW: AN ANALYSIS OF ANTITRUST PRINCIPLES AND THEIR Application ¶1906 (3rd ed. 2007).