

הסדר כובל בין זכייני הערוץ השני

- (5) תהא הגדרת המחקר הכלכלי אשר תהא, בפועל, עריכת המחקר הקנתה לזכיינים כוח מוגזסוני כנגד האולפנים - נותני שירותי ההפקה - ועל כן יש לפנינו הסדר כובל.
1. (1) הסדר הרכישה והשידור של משחקי הליגה הלאומית לכדורגל הוא בגדר הסדר כובל הדורש אישור על פי חוק התגבלים העסקיים. הסדר הרכישה והשידור הוא הסדר כובל הואיל וכל אחד מהזכיינים מגביל עצמו באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הזכיינים האחרים, ובינו לבין צדדים שלישיים.
- (2) זכייני הערוץ השני החליטו להגיש הצעה משותפת למכרז אשר ערכה ההתאחדות לכדורגל בישראל ולחתום במשותף על הסכם עם ההתאחדות. בכך הגביל עצמו כל אחד מהזכיינים, כלשון סעיף 2 לחוק, המגבילה היא עצם הימנעותו של כל אחד מהזכיינים מלהגיש הצעה נפרדת ולרכוש בנפרד את זיכיון השידור.
- (3) הואיל וכל הסדר כובל מקטין את הסיכון העסקי הנובע מעצם צימצום התחרות בין הצדדים לו, מקומו של השיקול בדבר פיזור העלות בין הזכיינים, הוא בשלב האישור של ההסדר הכובל בהתאם להוראות החוק.
- (4) אין מקום לשקול שיקול זה בעת הבדיקה, אם ההסדר עלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים. על פי סמכותו של הממונה מכוח סעיף 43 (א) (1) לחוק, יש לקבוע, כי ההצעה המשותפת של בעלי הזיכיון שהופנתה אל ההתאחדות לכדורגל - כמו ההסכם בעקבות הוכיח במכרז - היא הסדר כובל. גם ההתארגנות לרכישה משותפת - לרבות הזמנת המחקר הכלכלי - מהווה הסדר כובל.

החלטה

שלושת בעלי הזיכיון לשידורי הערוץ השני חברו יחד לצורך רכישה משותפת של אמצעי הפקה. במסגרת ההתארגנות המשותפת הוזמן על ידי שלושת הזכיינים מחקר כלכלי בדבר מחירים של אמצעי שירותי ההפקה ונערך משא ומתן לבדיקת רכש משותף של שירותי אולפן. בדומה, התייצב הצורך לבחון רכישה משותפת בידי שלושת הזכיינים של זכויות השידור של משחקי כדורגל. האם לפנינו הסדר כובל? זוהי בקליפת האגוז השאלה נושא קביעה זו.

מסגרת פעילותו של הערוץ השני

1. ביום 13 בפברואר 1990 נכנס לתוקפו חוק הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו, תש"ן-1990 ("חוק הרשות השניה"). מטרת החוק, כפי שנקבעה על ידי מנסחי הצעת החוק, היתה ליצור "מהפך בתקשורת האלקטרונית: מריכוזיות לפיזור, ממונופול לתחרות, ממיון ציבורי למימון עצמי, מתלות ברשות אחת לחופש בחירה של האזרח." ("מהפכה התבצעה על ידי הקמת רשות שניה לטלוויזיה ורדיו ("הרשות השניה"). תפקידה של הרשות השניה הוא לקיים שידורי טלוויזיה ורדיו מתחרים לשידורי רשות השידור, במטרה "להרחיב את היקף כלי התקשורת במדינה וגיוונם ובכך להביא את המצב בישראל לרמה המקובלת במדינות הדמוקרטיות במערב בתחום זה." ("החוק קבע כי, שידורי הרשות השניה יקוימו

(1) הצעת חוק הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו, תשמ"ז-1986 (ה"ח, 7.10.86, בעמ' 4).

(2) שם, בעמ' 3.

באמצעות בעלי זיכיון ועל חשבונם כאשר, בנוסף לקידום התחרות בין הרשות השניה, רשות השידור וגלי צה"ל, ביקש המחוקק לקיים תחרות בין הזכיינים בינם לבין עצמם.⁽³⁾

2. לשידורי טלוויזיה ייחד חוק הרשות השניה את פרק ד' שבו. באותו מקום נקבע כי זיכיון לשידורי טלוויזיה יינתן לשלושה זכיינים כאשר משך הזיכיון הוא ארבע שנים ובתקופת הזיכיון הראשונה שש שנים. עוד נקבע, כי כל זכיון יקבל יחידת שידור שווה אחת, כאשר יחידות השידור הן ימים מסוימים בשבוע, בהתאם לקביעת מועצת הרשות. מכוח חוק הרשות השניה הותקנו כללי הרשות השניה (שידורי תכניות טלוויזיה בידי בעל זכיון), תשנ"ב-1992 ("כללי השידור"), הקובעים כי שבוע השידורים בערוץ השידור יתחלק לשלוש יחידות שידור הכוללות כל אחת שני ימי שידור מתוך הימים א' עד ו', כאשר יום השבת יועבר בין זכיון לזכיון כל עוגת שידורים.

3. החוק קבע מפורשות, כי למרות היעדר החפיפה בימי השידור, חייב כל זכיון להתחרות בחברו בהפקת התכניות אשר יוקרנו במסגרת יחידות השידור. המחוקק קבע בהקשר זה כי:⁽⁴⁾

"בעל זיכיון לא יתקשר במישרין או בעקיפין בהסכם עם בעל זיכיון אחר לענין שידור, רכישה או הפקה של תכניות או שידורים אחרים לרבות תשדירי פרסומת".

4. הנה כי כן, המחוקק ביקש להבטיח קיומה של תחרות דו-מוקדית: האחת, בין הערוץ השני לבין הערוץ הראשון והכבלים; והשנייה, בין הזכיינים בינם לבין עצמם.⁽⁵⁾ חוק הרשות השניה אף קבע את גבולותיה של אותה התחרות:

(3) המחוקק הדגיש את עיקרון התחרות בין הזכיינים בתחום השידורי הטלוויזיה בהוסיפו את סעיף 62א(א) לחוק הרשות השניה, הקובע כי "בעל זיכיון לא יתקשר במישרין או בעקיפין בהסכם עם בעל זיכיון אחר לענין שידור, רכישה או הפקה של תכניות או שידורים אחרים לרבות תשדירי פרסומת". עיקרון התחרות בין הזכיינים בתחום השידורי הרדיו מועגן בסעיף 72 לחוק הרשות השניה, הקובע כי שידורי רדיו יהיו אזוריים (כאשר הארץ תחולק לאחד עשר אזורים לפחות) ויינתנו עד עשרים זיכיונות (כלומר בכל אזור עשויים להינתן כמה זיכיונות לשידורי רדיו).

(4) סעיף 62א(א) לחוק הרשות השניה.

(5) ניתן להקשות ולשאול - תחרות בין הזכיינים כיצד? הרי כל זכיון משדר ביום אחר והם כלל אינם מתחרים איש ברעהו במועד נתון. התשובה לשאלה זו פשוטה. ראשית, בניגוד לערוץ הראשון - הממומן מכספי אגרה - ובניגוד לזכייני הכבלים - הממומנים מדמי מגוי - תזרים המזומנים של זכייני הערוץ השני נסמך על פרסומות. סעיף 81 א(א) לחוק הרשות השניה קובע, כי בעל זיכיון רשאי לכלול במסגרת שידוריו תשדירי פרסומת תמורת תשלום בשיעור שהוא יקבע. זכות שכזו לא ניתנה לערוץ הראשון או לבעלי הזיכיונות בכבלים. עליהם נאסר, לפחות לפי שעה, לשדר פרסומות בעצומם של השידורים. לפיכך, בפני כל צרכן פוטנציאלי של פרסומת טלוויזיונית עומדים רק שלושה ספקים - שלושת זכייני הערוץ השני. הואיל ותקציבו של צרכן הפרסומת מוגבל, הוא יפרסם באותו מועד בו להערכתו הפרסומת תגיע למספר המכסימלי של הצופים השייכים לקהל היעד שלו. מספר הצופים המכסימלי ייקבע בהתאם לטיב התכנית. אם זכיון פלוני יפיק וישדר תכנית המושכת קהל צופים גדול יותר מאשר תכניתו של זכיון אלמוני, צרכן הפרסומת יבחר לפרסם את מוצריו ביום

ראשית, החוק חייב הקמתן של שלוש מערכות שידורים מקבילות. חובה זו נובעת מהאיסור על התקשרות בין בעלי הזיכיון בכל הנוגע לשידור, רכישה או הפקה של תכניות או שידורים אחרים.⁽⁶⁾

שנית, החוק קבע כי שלוש לפחות מכלל שידורי הערוץ השני יהיו מהפקות מקומיות⁽⁷⁾ כאשר מחצית לפחות מהשידורים שיוקצו להפקות מקומיות יהיו מהפקות מקומיות קבועות.⁽⁸⁾ כללי השידור אף קבעו מה יהיה אופי השידורים,⁽⁹⁾ מה יהיה מגוון התכניות,⁽¹⁰⁾ והמליצו על רצועות שידור⁽¹¹⁾ ועל מאפיניהן.⁽¹²⁾

שלישית, בכל הנוגע לשידורי פרסומת נקבע, כי שבועים וחמישה אחוזים לפחות מתשדירי הפרסומת המשודרים לראשונה בידי בעל זיכיון במהלך השנה, יהיו תשדירי פרסומת מהפקה מקומית.⁽¹³⁾

השידור של זכיון פלוני דווקא או יהיה מוכן לשלם לפלוני עבור אותה פרסומת יותר מאשר לאלמוני. התחרות על כיסו של צרכן הפרסומת מחד גיסא ועל זמנו הפנוי של צופה הטלוויזיה מאידך גיסא היא שמבטיחה הפקה ושידור של תכניות "טובות" יותר. שנית, צופי הטלוויזיה מקצים זמן מסוים בשבוע לצפייה בטלוויזיה. הצופים מתכננים את הקצאת הזמן לפי התכניות המשודרות במהלך אותו שבוע. כלומר, קיימת תחרות על הקצאת הזמן הפנוי של הצופה אשר מקצה את זמנו שבועית ולא יומית.

(6) חוק הרשות השניה התיר התקשרות בתחום העברת שידורים לתחנות שידור ראשיות. החוק אף התיר לזכיינים לשתיף פעולה לצורך העברה משותפת של שידורים לתחנות שידור ראשיות. סעיף 51(א) לחוק קבע, כי התאגדות זו לא תהיה בגדר הסדר כובל כאמור בחוק ההגבלים העסקיים. תחנת שידור ראשית מוגדרת בסעיף 51(א) לחוק. חוק הרשות השניה אף הקנה לרשות השניה סמכות לאשר התקשרות בין בעלי הזיכיונות בעניין שידור, הפקת או רכישתן של תכניות (ראה: סעיף 62א(ב) לחוק). אולם עדיין יש לבדוק על פי חוק ההגבלים העסקיים אם התקשרות זו לא תפגע בתחרות בעסקים (ראה סעיף 62א(ג) לחוק הקובע כי מתן היתר על ידי הרשות אינו גורע מהוראות חוק ההגבלים). כלומר, המחוקק הסמיך את הרשות השניה ליתן אישור לבעלי הזיכיונות להתקשר אחד עם השני, למרות שההתקשרות עלולה לפגוע במטרותיו החוץ-תחרותיות של החוק, אך שלל מפורשות מהמועצה את הסמכות להתיר לבדה התקשרות העלולה לפגוע בתחרות בעסקים. כך הדגיש המחוקק שוב כי אחד מעקרונות היסוד של חוק הרשות השניה הוא שקידה על קיומה וטיפוחה של תחרות בין הזכיינים.

(7) סעיף 59 לחוק. הפקה מקומית מוגדרת בסעיף 1 לכללי השידור כ"תכנית שרוב יוצריה רוב מבצעה, רוב הצוות הטכני-הגרפי שנטל חלק בהפקתה ורוב צוות ההפקה הם תושבי ישראל המתגוררים בה דרך קבע, והיא הופקה עבור קהל יעד ראשוני ישראלי בעברית או בערבית, או בשפה אחרת שאישר המנהל מראש, ולמעט תכניות חדשות, תכניות ספורט ותכניות בעניני היום".

(8) סעיף 60 לחוק. הפקה מקומית קנויה מוגדרת כהפקה אותה לא הפיק זכיון או מי שזכיון הוא בעל שליטה בה.

(9) סעיף 8 לכללי השידור.

(10) סעיף 10 לכללי השידור.

(11) סעיף 7 לכללי השידור.

(12) בלשון "כלכלית" ניתן לאמר כי כללי השידור שנקבעו בחוק הרשות השניה ובתקנות הם בגדר "אילוצים" אשר בכפוף להם הזכיינים מתחרים אחד ברעהו, ברשות השידור ובכבלים, תוך ניסיון למכסם רווחיהם ממכירת פרסומת טלוויזיונית.

(13) כללי הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו (שיבוץ תשדירי פרסומת בשידורי טלוויזיה), תשנ"ב-1992.

5. אופי פעילותו האמור של הערוץ השני מגדיר שלוש זירות של תחרות. במילים אחרות, לפנינו שלושה ענפים כלכליים רלוואנטיים:⁽¹⁴⁾

ענף אחד הוא ענף שידורי טלוויזיה. בענף זה מתחרים הערוץ השני, הערוץ הראשון וזכייני הכבלים על ליבם של צופי הטלוויזיה. הערוצים השונים הם ספקי המוצר - שידורי טלוויזיה - והצופים הם הצרכנים.

ענף שני הוא ענף הפרסום בטלוויזיה. המתחרים בענף זה הם זכייני הערוץ השני,⁽¹⁵⁾ המתחרים איש ברעהו. כאן התחרות היא על לבו של צרכן הפרסומת בטלוויזיה כאשר המוצר הוא זמן פרסום בטלוויזיה, ואילו זכייני הערוץ השני הם ספקי הבלעדיים, או הכמעט בלעדיים, של המוצר.

ענף שלישי הוא ענף גורמי הייצור של המוצרים הנסחרים בשני הענפים הרלוואנטיים הקודמים. המדובר בענף שירותי ההפקה המשמשים את שני הענפים הראשונים. שירותי הפקה הם אמצעי הפקה ושירותי מפיקים. אמצעי הפקה כוללים, בין היתר, ציוד צילום והקלטה, תאורה, אולפני קול, חדרי עריכה, ציוד עריכה ואולפנים. שירותי מפיקים הם שירותי הארגון של צוותי ההפקה וכל שאר הגורמים הנדרשים לצורך הפקת תכנית טלוויזיה. כאן מתחרים גופני שירותי ההפקה על לבם של צרכני שירותי ההפקה אשר ביניהם ניתן למנות את זכייני הערוץ השני, את הערוץ הראשון ואת זכייני הכבלים.

6. התחרות בכל אחד משלושת הענפים הרלוואנטיים בשנת פעילותו הראשונה של הערוץ השני⁽¹⁶⁾ היטיבה עם הציבור. כך, למשל, מר עוזי פלד, מנכ"ל חברת "טלעד", אחת משלושת הזכיינים, הסביר, כי בכל הנוגע לענף שידורי הטלוויזיה:⁽¹⁷⁾

"לפני תחילת השידורים היו לנו חששות כבדים באשר לסיכויי הצלחתו של המבנה המורכב של שלושה זכיינים, שכל אחד מהם משדר בימים שונים. מסתבר שהמחוקק לא טעה בנושא זה. נוצר שוק תחרותי הפועל לטובת הצופים. הזכיינים מתחרים בינם לבין עצמם, בהצלחה שמעלה את הערוץ השני כולו לפסגה. ערוץ 2 מתחרה, ובהצלחה, בערוץ הראשון ובשפע ערוצי הכבלים. מי שיוצא נשכר מהמבנה המיוחד והאנומלי הזה, הם ללא ספק, הצופים... לסיכום, השנה הראשונה לתפעול הערוץ המסחרי בישראל הוכיחה את נחיצותו. פלוראליזם בשידור הוא מאבדת השיטה הדמוקרטית."

(14) להגדרת הענף הרלוואנטי ראה: מזג 119 החלטה בעניין רכש דקלה עלידי הראל, המשמר ומור מכון רפאלי (16.6.93), פורסם בקובץ "ההגבלים העסקיים" (לשכת עורכי הדין, ועד מחוז ת"א, תשנ"ה) בעמ' 158.

(15) לזכייני הערוץ השני קיימת, כאמור, זכות בלעדית לשידורי פרסומת בטלוויזיה. יועד כי ענף הפרסום בטלוויזיה חופף, בשוליים, מדיות פרסום ארציות אחרות. כמו כן, תחרות מסוימת קיימת מצידה של רשות השידור; נושא זה נמצא בהתדיינות משפטית.

(16) שידורי הערוץ החלו ביום 4 בנובמבר 1993.

(17) הדברים נאמרו במסגרת כינוס של המכון הישראלי לדמוקרטיה בנושא "שנה לערוץ 2 - טלוויזיה מסחרית לישראל" שנערך בימים 9-10 בנובמבר 1994.

7. מר יוחנן צנגן, מנכ"ל בחברת "רשת", זכייין אחר, עמד על תוצאותיה של התחרות בין הזכיינים, בינם לבין עצמם:⁽¹⁸⁾

"הוא [חוק הרשות השנייה] מסבך לנו את החיים, אבל הפיצול הוא אחד מסודות ההצלחה של הערוץ. הוא מחייב כל אחד מהמנהלים למאמץ גדול. איפה היינו רואים תכנית כמו זו של דן שילון בערב השנה האזרחית החדשה, את התוכנית של גידי גוב עם 'הכבש השישה עשר' וגבי גוית עם 'משיגה' ויוסי בנאי, כולם בשבוע אחד? העובדה שכל זכייין משדר רק יומיים בשבוע מחייבת אותנו לעשות כל יום יום עצמאות."

8. התחרות בין הזכיינים מצאה ביטוייה גם בענף הפרסום בטלוויזיה:⁽¹⁹⁾

"במהלך תשעת החודשים האחרונים (ינואר - ספטמבר 94) שודרו 36,665 תשדירים ל-954 מותגים שונים. אם נבחן את רמת המחירים לאורך זמן נראה שחוקי הביקוש וההיצע עובדים יפה גם כאן. היום ניתן לומר שכל מי שפחד שהערוץ השני יתנהג כמוגופול טעה. עובדה: בין כל הזכיינים קיימת תחרות מהסוג שהמדיה לא ידעה קודם לכן."

9. הנה כי כן, התחרות בין הזכיינים, בהתאם לתבנית שיצק והתווה חוק הרשות השנייה, הובילה לשיפור רווחתם של ציבור צופי הטלוויזיה וציבור המפרסמים בה. כך הדבר במרבית תחומי המשק והכלכלה, וכך הדבר אף בתחום שידורי הטלוויזיה, שכן כדברי הנשיא שמגר בעניין ליבוביץ:⁽²⁰⁾

"קיומה של תחרות חופשית הוא אינטרס ציבורי. שיטתנו החברתית והכלכלית מכירה בערכה של תחרות חופשית (בג"צ 125/57 [11], בעמ' 150; בג"צ 311/60 [12], בעמ' 199 מול אות השוליים ה).

תחרות חופשית עשויה להביא להורדת מחירים לשיפור איכותו של המוצר ולשיפור השירות אשר ניתן אגב מכירתו. תחרות חופשית עשויה אף לעודד פיתוחו של המשק בדרך של יוזמות לגיטימיות לסוגיהן. הישגים אלו, אשר התחרות החופשית עשויה להשיג אנו מבקשים לעודד."

10. אכן, ברוכות השפעותיה של התחרות בכל שלושת הענפים הרלוואנטיים, אלא שזכייני הערוץ השני מבקשים להכניס בה שנויים מהותיים עלידי התארגנות לרכישה משותפת של אמצעי הפקה. האם התארגנות זו מפחיתה את התחרות בעסקים בין הזכיינים

(18) הדברים נאמרו במסגרת יום עיון של האוניברסיטה הפתוחה בנושא תחרות בין ערוצי הטלוויזיה שנערך ביום 3 בינואר 1995.

(19) הדברים נאמרו בהרצאה שנשא מר מורי כידון - מומחה לתחום הפרסום - ביום העיון שערך המכון הישראלי לדמוקרטיה (ראה ח"ש 17).

(20) דברי הנשיא שמגר ברע"א 89/371 ליבוביץ' נ' א. י. אליהו בעמ' ואח', פ"ד (מ"ד) 309, 326.

בינם לבין עצמם או בינם לבין צדדים שלישיים? ואם התשובה בחיוב, באיזה ענף מפחיתה ההתארגנות את התחרות בעסקים? בענף אחד? בשלושת הענפים השייכים לענייננו?

על שאלות אלו נשיב עתה במספר שלבים עוקבים. תחילה נבחן את מאפייניו של הענף הכלכלי-הרלוואנטי ישירות להתארגנות - ענף שירותי ההפקה - ואת כוחם של זכייני הערוץ השני בענף זה.

ענף שירותי ההפקה

11. בצד ההיצע, ענף שירותי ההפקה כולל את אמצעי ההפקה ומפעיליהם ואת המפיקים. "אמצעי הפקה" כוללים ציוד צילום והקלטה, תפאורה, אולפני קול, חדרי עריכה, ציוד עריכה ואולפנים.⁽²¹⁾ "מפיקים" הם אותם גופים הנותנים את שירות ארגון צוות ההפקה.⁽²²⁾ כמו גם את שירותי הארגון שאינם קשורים ישירות לאמצעי ההפקה.⁽²³⁾ שירותי מפיקים ניתנים על ידי מפיקים עצמאיים⁽²⁴⁾ או על ידי גורמים הקשורים לאחר מהגופים המסדירים.⁽²⁵⁾

12. בצד הביקוש ניתן לסווג את צרכני שירותי ההפקה לחמישה תחומים עיקריים. תחום אחד הוא תחום סרטי העלילה המקומיים. תחום שני הוא תחום סרטי ההדרכה ואילו תחום שלישי הוא תחום שירותי ההפקה הנמכרים לחו"ל.⁽²⁶⁾ התחום הרביעי הוא סרטי פרסומת (בטלוויזיה ובקולנוע) ואילו התחום החמישי הוא שידורי טלוויזיה. על-פי הערכות שונות⁽²⁷⁾ שני התחומים האחרונים תופסים כ-70% ממחזור הפעילות של ענף ההפקות.

13. תחום ההפקה של סרטי פרסומת מורכב, רובו ככולו, מהפקה של סרטי פרסומת לצורך שידור בערוץ השני. על-פי אומדנים שונים בשנת 1994 תפס מחזור הפרסום בערוץ

(21) באולפנים מרוכזים כלל אמצעי ההפקה באופן המאפשר הקלטה תכנית.

(22) המפיקים שוכרים את שירותיהם של מפעילי אמצעי ההפקה, דואגים כי אלה יתייצבו במועד להקלטות וכד'.

(23) כך לדוגמה מפיק תכנית שעשועים טלוויזיונית אמור לדאוג במסגרת תפקידו לבואו של קהל שיצפה בתכנית בזמן ההקלטה. המפיק אמור אף לבחור את המתחרים ולדאוג גם להופעתם בזמן של אלה להקלטה.

(24) מרבית המפיקים העצמאיים מאוגדים באיגוד מפיקי הקולנוע והטלוויזיה בישראל. באיגוד זה חברים 105 מפיקים פעילים. הכנת תכנית לשידור טלוויזיה עשויה להתרחש בשני אופנים - המפיק פונה לערוץ שידור ומציע לו תכנית. הערוץ מחליט לרכוש את התכנית והמפיק דואג לכל הגדרש לצורך הפקתה. לחלופין, ערוץ השידור מחליט על הפקתה של תכנית פלוגית ופונה למפיק כלשהו בבקשה כי יפיק עבורו את התכנית.

(25) אותם מפיקים עשויים להיות שכירים של הגופים המסדירים או חברות הפקה הנמצאות - בעקיפין או במישרין - בשליטת הגופים המסדירים.

(26) הכוונה היא לסרטים זרים המופקים בארץ ולשירותי הפקה הניתנים לרשתות טלוויזיה זרות.

(27) כלל הנתונים שיפורטו להלן מבוססים על הערכות של גורמים בענפי השידור, ההפקה והפרסום, כפי שנמסרו לחוקרי הרשות להגבלים עסקיים. קיימת שונות גבוהה בין ההערכות בנוגע למחזור הפעילות של ענף שירותי ההפקה ככלל ובנוגע למשקלם היחסי של כל אחד ממרכיביו השונים, בפרט.

השני כ-20% מסך ההוצאה השנתית המקומית על פרסום. שיעור זה צפוי לעלות בעתיד. סך ההוצאה המקומית על פרסום מוערך בתחום שבין כארבע מאות מיליון דולר⁽²⁸⁾ לבין מיליארד דולר.⁽²⁹⁾ מכאן, שההוצאה על פרסום בערוץ השני עשויה לנוע בתחום שבין 80 ל-200 מיליון דולר. הואיל וכללי הפרסום דורשים כי 75% מכלל הפרסומות שישודרו בערוץ השני יהיו מהפקה מקומית, ההוצאה על פרסום בערוץ השני עשויה להגיע עד 160 מיליון דולר בשנה. מתוך סך עלות הפקת סרט פרסומת ההוצאה על שירותי הפקה עשויה לנוע בין 15% ל-25% מעלות ההפקה הכוללת של התשדיר, דהיינו כ-20 מיליון דולר.⁽³⁰⁾ על הפקת סרטי פרסום חלה החובה הקבועה בסעיף 60 לחוק הרשות השנייה.⁽³¹⁾ לפיכך, זכייני הערוץ השני הינם צרכנים בכוח של מחצית מהיקף הצריכה של תחום זה.⁽³²⁾

בשים לב להערכות בדבר גודלו של ענף שירותי ההפקה, העומד על כ-70 עד 80 מיליון דולר, שירותי הפקה לפרסומות בטלוויזיה תופסים, או לכל הפחות יתפסו השנה, כרבע ממחזור הפעילות של ענף שירותי ההפקה.

14. תחום שידורי הטלוויזיה הוא צרכן מרכזי נוסף של שירותי הפקה. היקף הוצאות ההפקה השנתיות של הגופים המסדירים - הערוץ הראשון, הערוץ השני והכבלים - מוערך בסכומים שבין 35 עד 40 מיליון דולר. על-פי הערכות שונות, הערוץ הראשון מוציא כ-15 מיליון דולר לשנה על הפקותיו ומוזה בשלושה מיליון דולר על רכישת הפקות שאינן נעשות על-ידי. הכבלים מוציאים על הפקות כשלושה מיליון דולר בשנה ואילו זכייני הערוץ השני מוציאים כעשרים מיליון דולר.

15. תת-ענף חשוב הנכלל במסגרתו של ענף אמצעי ההפקה, הוא תת-ענף האולפנים. בתפוסה מלאה שוק האולפנים מגלגל כשלושים וחמישה מיליון דולר בשנה. בתת-ענף זה משלמים הצרכנים לבעלי האולפנים עבור שימוש יומי באולפן. היקף הצריכה של זכייני הערוץ השני בתת-ענף זה תופס כ-40% מהיצע האולפנים.

(28) המדובר בהערכה של מר מודי כידון שנמסרה בהוצאה שנשא בכנס עיון של המכון הישראלי לדמוקרטיה (ראו ה"ש 17). מר כידון מסביר את הפער בין הערכתו הנמוכה יחסית לעומת הערכות גבוהות יותר, בכך שהאחרונות מתבססות על מחירי הפרסום, לעומת הערכתו המתבססת על המחירים הנגבים בפועל והנמוכים ממחירי המחירונים במידה רבה.

(29) הערכת איגוד המפרסמים אודות שיעור ההוצאה השנתית על פרסום בשנת 1993 עמדה על 972 מיליון דולר. על פי הערכות האיגוד בשנת 1994 ההוצאה השנתית על פרסום עלתה על מיליארד דולר.

(30) בהפקת תכניות טלוויזיה אחרות עלות שירותי ההפקה עשויה להגיע עד כדי 50% מסך הוצאות ההפקה.

(31) כזכור, סעיף 60 לחוק הרשות השנייה קובע, כי מחצית מהשידורים שיוקצו להפקות מקומיות יהיו מהפקות מקומיות קבועות.

(32) על פי הנתונים הנמצאים בידינו כיום, הזכיינים אינם מפיקים סרטי פרסומת בהיקף נרחב. אולם, הפוטנציאל קיים. בהודמנויות שונות הביעו באוזניי פרסומאים ומפיקים את התשש שכניסת זכייני הערוץ השני לתחום הפקת סרטי פרסומת תפגע בתחרות ההוגנת בענף ההפקות, עקב עוצמתם העודפת של הזכיינים השולטים על אמצעי השידור, על הקצאת מועד השידור ועל מחיר זמן האויר.

הכות להפחית את מחיר אמצעי ההפקה הנמכרים להם אל מתחת למחיר שהיה נקבע בתחרות.

המישור השני הוא הענף הנמצא בשכנות לענף נושא ההתארגנות. בענייננו המדובר הוא בשני ענפים רלוואנטיים שכנים - ענף שידורי הטלוויזיה וענף הפרסום הטלוויזיוני. התארגנות לרכישה משותפת עלולה להקל ולעודד תיאום בין זכייני הערוץ השני בתחום שידורי הטלוויזיה ובתחום מכירת זמן לתשדירי פרסומת.

מנגד, ולעתים בד בבד, עשויה התארגנות לרכישה משותפת, בתנאים מסוימים, להוביל לחיסכון בעלויות הייצור ואגב כך - ליעול הייצור באופן שיוביל לשיפור רווחתם של הצרכנים.

19. אכן, לא ניתן לקבוע, אפריורית, כי כל התארגנות לרכישה משותפת של גורמי ייצור עלולה למנוע או להפחית באופן משמעותי את התחרות בעסקים בין חברי התארגנות בינם לבין עצמם או בינם לבין צדדים שלישיים. יש לבחון כל התארגנות והתארגנות באופן קונקרטי, לאזן בין השפעותיה השונות הגובעות ממאפייניה המיוחדים, ורק אז להכריע בדבר טיבה.

נבחן עתה את מאפייניה של ההתארגנות נושא קביעה זו. תחילה לשאלה אם הזכיינים ירכשו כוח מונופסוני בענף שירותי ההפקה לאחר ההתארגנות.

רכישת כוח מונופסוני

20. ההשפעה האנטי-תחרותית הראשונה העלולה לנבוע מהתארגנות לרכישה משותפת היא רכישת כוח מונופסוני על ידי המתארגנים. כוח מונופסוני כמותו ככוח מונופוליסטי באספקלריית השפעתו הרעה על הציבור. עמד על כך השופט Posner בעניין Vogel v. American Society of Appraisers, 744 F.2d 598, 601 (7th Cir. 1984):

"Monopoly and monopsony are symmetrical distortions of competition from an economic standpoint".

כך גם נקבע בהנחיות 1988 Antitrust Guidelines For International Operation:⁽³⁴⁾

(34) ראה: עמ' 6 להנחיות בה"ש 45. כן ראה: Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines (1992), at p. 3:

"The exercise of market power by buyers ('monopsony power') has adverse effects comparable to those associated with the exercise of market power by sellers. In order to assess potential monopsony concerns, the Agency will apply an analytical framework analogous to the framework of these Guidelines".

16. מן המקובץ עולה, כי זכייני הערוץ השני רוכשים יחדיו, או עשויים לרכוש בעתיד הקרוב, שירותי הפקה בערך של כ-30 מיליון דולר. רכישות אלה, על פי ההערכות האמורות, תופסות למעלה מארבעים אחוזים משוק שירותי ההפקה.⁽³³⁾ הערכה זו אינה גוסלת בחשבון את העובדה שזכייני הערוץ השני זכו במכרו ההתאחדות לכדורגל בישראל לשידור משחקי כדורגל. זכיה זו מגדילה מהותית את היקף רכישותיהם. בשים לב לכך, שהערוץ הראשון צורך את שירותי ההפקה גם ממקורותיו שלו, הרי שחלקם של זכייני הערוץ השני בצריכת שירותי הפקה עצמאיים הוא בשיעור גבוה עוד יותר.

17. מהו, אם כן, דינה של התארגנות לרכישה משותפת של אמצעי הפקה לנוכח נתוני הענפים הרלוואנטיים? על שאלה זו נשיב עתה.

רכישה משותפת של אמצעי הפקה

18. ככלל, כל התארגנות לרכישה משותפת עלולה לגרום להפחתת התחרות בעסקים בשני מישורים:

המישור האחד הוא הענף הרלוואנטי הנוגע ישירות לנושא ההתארגנות. בענייננו המדובר בענף אמצעי ההפקה. ההתארגנות עלולה להקנות לחבריה כוח מונופסוני, הוא

(33) ההערכות בדבר היקפו הכספי המצרפי של ענף שירותי ההפקה והיקפם הכספי של תחומיו השונים מרוכזות להלן בטבלה:

ענף שירותי ההפקה (שנת 1994)*

צרכנים שמושים	רשות השידור	הערוץ השני	הפבלים	אחרים	סה"כ
1. שידורי טלוויזיה	15	20-25**	3	-	38-43
2. סרטי פרסומת	-	10***	-	20	30
3. סרטי עלילה	-	-	-	8	8
4. סרטי הדרכה	-	-	-	3	3
5. שירותי הפקה להו"ל	-	-	-	3	3
סה"כ במליוני דולרים	~ 15	~ 30-35	~ 3	~ 34	~ 82-87
נתח שוק	~ 18%	~ 37%	~ 4%	~ 41%	100%

* מיליוני דולרים.

** ללא רכישות לצורך הפקת שידורי כדורגל.

*** סכום זה כולל רכישות פוטנציאליות. אייכללת רכישות אלו תוביל לנתח רכישת של כ-35% ואין בה כדי לשנות את תוצאות קביעתי.

23. מהו נתח שוק מהותי המעיד על חשש לקיומו של כוח מונופסוני? רשויות ההגבלים העסקיים בארה"ב קבעו, כי חשש כזה מתעורר אם הגוף הרוכש שולט בלמעלה משלושים וחמישה אחוזים ממחזור המכירות של הענף הרלוואנטי.⁽³⁹⁾ בענייננו, זכייני הערוץ השני ירכזו בידם ביקוש המהווה למעלה מארבעים אחוזים מהיקפו הכספי של ענף שירותי ההפקה. הם אף ירכזו למעלה מארבעים אחוזים מהיקפו הכספי של תת-ענף האולפנים. המדובר בנתח שוק מהותי המעורר חשש לקיומו של כוח מונופסוני, אפילו לשיטת דיני התחרות בארה"ב, אשר אינם מכילים מנגנונים כדוגמת אלה הכלולים בחוק ההגבלים העסקיים והמאפשרים אישור עריכת הסדר כובל כאשר תועלתו עולה על נזקו. כך, למשל, מסביר מר גבריאל רוזנברג, מנכ"ל אולפני הבירה:⁽⁴⁰⁾

"זה [תיאום בין הזכיינים ברכישת אמצעי הפקה] היה נותן בידי זכייני ערוץ 2 שליטה בלתי סבירה על אמצעי ההפקה בארץ, מחירם ואיכותם והיה מנטרל את כוחות השוק הנורמלי לתחרות חופשית מהאספקטים הכלכליים והיצירתיים כאחד וזה היה משפיע בטווח הארוך... ריכוזיות כזו עשויה להשפיע על כך שיווצר חוסר באמצעי יצור חופשיים."

גם הזכיינים הם עצמם מכירים בכוח המונופסוני שיירכש על ידיהם. כך, למשל, בעמ' 14 לנייר העמדה של מר עבדי מיום 14.6.94, בו נדון בהרחבה בהמשך, אנו קוראים כי "ניהול משא ומתן משותף יהפוך את שוק אמצעי ההפקה משוק של מוכרי שרותים לשוק של קוני שרותים וכתוצאה מכך [נ]קטין עלויות הפקה". בעמ' 3 של נייר העמדה האמור, מוסבר כי "שיתוף פעולה בין הזכיינים מגדיל את כושר המיקוח שלהם לעומת יום [כשהכוונה היא לאולפן המספק את שירותי ההפקה]."

(39) רשות ההגבלים בארה"ב (U.S. Department of Justice Antitrust Division) סבורה, כי אין מקום להתערבותה מקום בו ההתארגנות תופסת פחות מ-35% מסך הביקוש בענף הרלוואנטי. מדיניות זו מצאה ביטוי במספר ניירות עמדה של הרשות בנוגע למדיניות האכיפה (הרשות מוסמכת שם למסור Business Review Letters בנוגע ל"Antitrust Division's Current Enforcement Intentions"). ראה למשל, Business Review Letter מיום 22.8.89 (עותקים מהמכתב כמו גם מכתבים אחרים של רשות האכיפה בארה"ב הנזכרים בקביעה זו ניתן לקבל במשרדי רשות ההגבלים העסקיים).

(40) "The Department would challenge the formation or operation of a shippers' association that is likely to result in the exercise of market power over freight rates in any relevant market ('monopsony power'). This is unlikely where the membership's total projected shipments are less than 35 percent of the total transportation services supplied". הדעת גבריאל רוזנברג מיום 27.10.94 עמ' 4 שורה 22 עד עמ' 5 שורה 6. כן ראה את דברי מר עמי גניגר, יו"ר האולפנים המאוחדים בע"מ, בהודעתו מיום 17.11.94 עמ' 4 שורות 4 עד 5: "יש לזכיינים כשהם פועלים במתואם השפעה בלתי מוגבלת על השוק על כל היבטיו". גם הזכיינים עצמם מכירים בכוח המונופסוני שיירכש על ידיהם.

"When a firm or a combination of firms is able artificially to restrict output and maintain price above a competitive level, the result is transfer of wealth from buyers to sellers and a misallocation of society's resources. The exercise of market power by buyers has wealth transfer and resource misallocation effects analogous to those associated with the exercise of market power by sellers."

21. הכוח המונופוליסטי הוא, כידוע, כוחו של יצרן להעלות את המחירים מעל לרמתם התחרותית לאורך זמן מבלי לאבד מספר כזה של לקוחות אשר יהפוך את העלאת המחיר לבלתי כדאית בשל אובדן לקוחות.⁽³⁵⁾ העלאת המחיר גורמת לאובדן משאבים חברתיים בשל הקצאה בלתי יעילה של המקורות ("dead weight loss"), ולהעברת עושר מהצרכנים ליצרן המונופוליסט. בהתאמה, הכוח המונופסוני הוא הכוח לגרום להורדת מחיר המוצר, הנמכר לאורך זמן מבלי לאבד את היכולת להמשיך לרכוש כמות כזו של המוצר, אשר תהפוך את הורדת מחיר הרכישה לבלתי כדאית.⁽³⁶⁾ הורדת המחיר על ידי בעל המונופסון גורמת אף היא להקצאת מקורות בלתי יעילה ואגב כך לאובדן משאבים חברתיים ולהעברת עושר, הפעם מהיצרן לצרכן.⁽³⁷⁾

22. אימתי נאמר כי התארגנות לרכישה משותפת תוביל לרכישת כוח מונופסוני בידי המתארגנים? ניתן למנות שלושה מבחיני עזר: הראשון, האם היקף הרכישות המשותפות של המתארגנים תופס נתח שוק מהותי; השני, האם עקומת ההיצע של הענף עולה משמאל לימין;⁽³⁸⁾ והשלישי, האם קיימים מחסומי כניסה לענף. אם התשובה לכל השאלות היא בשלילה, החשש שמא המתארגנים ירכשו כוח מונופסוני, למעשה אינו קיים.

(35) ראה: W.M. Landes & R.A. Posner, Market Power In Antitrust Cases, 94 *Harvard Law Review* 937 (1981).

(36) ניצול כוח מונופסוני נעשה על ידי הפחתת הכמות המבוקשת מהספק בהתבסס על ההנחה שהפחתה זו תוביל להפחתת מחיר המכירה של הספק. פירמה נעדרת כוח מונופסוני אשר תנסה להפחית את מחירי המכירה של ספקיה על ידי הפחתת הכמות המבוקשת על ידיה, תיכשל תרוצות. הספקים יסרבו להפחית מחיריהם ומתחריה של אותה פירמה יגדילו רכישותיהם לצורך לכידת נתח השוק של הפירמה הכביכול מונופסונית.

(37) בדיני הקהילה השפעותיה של התארגנות המובילה לרכישת כוח מונופסוני, מתוארות באופן קוגרטי יותר. כך למשל Commission Notice on Co-operative Joint Ventures OJ [1993] C43/2, דנה במיזמים משותפים של רכישה וקובעת לגביהם, בין היתר (סעיף 61), כי:

"Purchasing JV's contribute to the rationalization of ordering and to the better use of transport and store facilities but are at the same time an instrument for the setting of uniform purchase prices and conditions and often of purchase quotas. By combining their demand power in a JV the parents can obtain a position of excessive influence vis-a-vis the other side of the market and distort competition between suppliers. Consequently, the disadvantages often outweigh the possible benefits which can accompany purchasing JV's particularly those between competing producers".

(38) הכוונה היא שהתוצאה השולית בייצור יחידות המוצר תולכת ועולה עם הגדלת הכמות המיוצרת.

24. באשר למבחן העזר השני: עקומת ההיצע של ענף שירותי ההפקה עולה משמאל לימין. ענף שירותי ההפקה הוא, למעשה, ענף של עבודה ושירותים (להבדיל מייצור). פונקציית היצע עבודה היא הדוגמא השכיחה לפונקציית היצע העולה משמאל לימין.

25. התשובה למבחן העזר השלישי אף היא בחיוב. לשון אחר: קיימים מחסומי כניסה לתחום רכישת שירותי הפקה. מספר הרוכשים הפוטנציאליים של שירותי ההפקה הוא זעום. אין לצפות להקמת רשתות שידור חדשות כתגובה להורדת מחיר שירותי ההפקה. אין גם לצפות להגדלת צריכת שירותי ההפקה על ידי מתחריו של הערוץ השני כתגובה לירידת מחיר שירותי ההפקה. בנוסף, תחום הפרסום הטלוויזיוני יוחזק לערוץ השני כך שגם גידולו של ענף זה – כתגובה גניח לירידת מחיר שירותי ההפקה – לא יצמצם את כוח הרכישה של זכייני הערוץ השני, וזאת משני טעמים: ראשית, הזכיינים רשאים להפיק בעצמם עד 50% מתשדירי הפרסום המקומיים; ושנית, כוחם של הזכיינים לקבוע את מועד שידור הפרסומות, גם כאלה אשר אינן מופקות על-ידיהם, עלול להיות מופעל כנגד המפיקים העצמאיים.

יוער, כי אין גם כל צפי לשינוי בהיקף צריכת שירותי הפקה על ידי צרכני שירותי ההפקה כתגובה לירידת מחירם.

26. מן המקובץ עולה, אם כן, כי התארגנות של זכייני הערוץ השני לרכישה משותפת של שירותי הפקה מעוררת חשש כבד להיווצרותו של גוף בעל כוח מונופסוני.

חלחול התיאום ברכישה לענפים שכנים

27. החשש התחרותי השני הגלום בהתארגנות לרכישה משותפת הוא חלחול התיאום ברכישה מענף גורמי הייצור לענף בו המתארגנים הם מתחרים ישירים.⁽⁴¹⁾ חשש זה קיים,

(41) בכל הנוגע לדין בארצות הברית ראה למשל Business Review Letter מיום 22.8.89 ("ה"ש 36): "The Department also would challenge the formation or operation of a shippers' association that could facilitate collusion among its members that are horizontal competitors in the sale of their products through their joint control of the transportation component of the final product price".

בכל הנוגע לדיני הקהילה ראה Commission Notice on Co-operative Joint Ventures OJ [1993] C43/2 בסעיף 39:

"Purchasing JV's set up by competitors can give the participants an advantageous position on the demand side and reduce the choice of suppliers. Depending on the importance of the jointly-sold products to the production and sales activities of the parents, the cooperation can also lead to a considerable weakening of price competition between the participating undertakings. This applies even more so when the purchase price makes up a significant part of the total cost of the products distributed by the parents".

במובן רק מקום בו המתארגנים לרכישה משותפת הם מתחרים בענפים שכנים לענף נושא ההתארגנות.⁽⁴²⁾ כפי שהדבר בענייננו. החשש הוא, כי התארגנות בתחום הרכישה תקל על תיאום מחירים, ועל גיבושם של שאר הסדרים כובלים בענף הנמצא ב"מורד הזרם", בענייננו – ענף השידור הטלוויזיוני וענף מכירת פרסומות טלוויזיוניות. התיאום בענפים השכנים עלול להיעשות, בין היתר, במסגרת המפגשים השוטפים שיערכו בין המתחרים לצורך תיאום הרכישה המשותפת של חומרי הגלם. במפגשים אלה הצדדים עשויים להחליף מידע עסקי אשר יאפשר להם לצמצם את התחרות במכירת המוצר הסופי. הרכישה המשותפת של חומר הגלם עלולה אף לשמש כווסת לכמות שתוצע על ידי המתארגנים בענף בו הם מתחרים במכירה איש ברעהו. כך, למשל, עשויים המתארגנים להחליט על הפחתת כמות חומר הגלם הנרכשת ובכך לגרום להפחתת הכמות המוצעת בענף בו הם מתחרים איש ברעהו.⁽⁴³⁾ הפחתת הכמות המוצעת בענף השכן לענף נושא ההתארגנות תוביל, כמובן, לעליית מחירים מעל לרמתם התחרותית.

28. בענייננו ההתארגנות לרכישה משותפת נעשית על ידי גופים המתחרים ישירות איש ברעהו בענפים הנמצאים ב"מורד הזרם". זכייני הערוץ השני הרי מתחרים בשידורי טלוויזיה ובמכירת פרסומות כאשר בענף הפרסום הטלוויזיוני הם מקיימים בידם כוח מונופוליסטי. יתרה מזו. שירותי ההפקה תופסים חלק בלתי מבוטל מסך עלות ה"ייצור" של תשדירי טלוויזיה בכלל ופרסומות טלוויזיוניות בפרט.⁽⁴⁴⁾

בנסיבות אלו מתעורר חשש כבד שמא התיאום בין הזכיינים בתחום רכישת שירותי הפקה יקל ויאפשר תיאום גם בענף מכירת הפרסום הטלוויזיוני ובענף שידורי הטלוויזיה.

יתרונות יעילות

29. אכן, התארגנות לרכישה משותפת עשויה לעתים ליעל את פעילותם של המתארגנים בתחום הרכישה.⁽⁴⁵⁾ אולם, את יתרונות היעילות הנובעים מהסדר לרכישה

(42) לפיכך החששות התחרותיים העולים מהתארגנות לרכישה משותפת בין אנשים שאינם מתחרים איש ברעהו בענף הנמצא במורד הזרם, לא יעוררו לרוב חששות תחרותיים.

(43) הכמות שתוצע תהיה הכמות אשר תמכסם את רוחי המתאמים. חשש זה מתעצם מקום בו עלות חומר הגלם מהווה חלק בלתי מבוטל מעלות המוצר הסופי. ראה לעניין זה את ה-Business Review Letter הנוכח בה"ש 41. יוער כי כאשר תיאום הרכישה משמש גם לתיאום המכירה בענף בו הרוכשים הם מתחרים אין כל חשיבות למשקלו של גורם הייצור הנרכש במשותף בסך עלות ייצור המוצר.

כן ראה: Commission Notice on Co-operative Joint Ventures ה"ג' ("ה"ש 36) בכל הנוגע לסבירות תיאום מחירים בין המתארגנים לרכישה משותפת בענף בו הם מתחרים:

"This applies even more so when the purchase price makes up a significant part of the total cost of the products distributed by the parents".

(44) שיעור ההוצאות על שירותי ההפקה מסך עלות הפקת תכנית משתנה בין תכנית לתכנית. ההערכות הן שבמוצע עלות שירותי ההפקה היא כ-50% מעלות הפקת תכנית.

(45) ראה Commission Notice on Co-operative Joint Ventures ("ה"ש 36) הקובעת כי: "Purchasing JV's contribute to the rationalization of ordering and to the better use of transport and store facilities..."

משותפת מוסמך לבחון בית הדין, במסגרת בקשה לאישור הסדר כובל, אם וכאשר תוגש כזו. בנוסף, כאשר היכח כי המתארגנים רוכשים כוח מונופסוני וכי ההתארגנות עשויה להקל על תיאום בענפים בהם מתחרים איש ברעהו במכירת המוצר הסופי, ההתארגנות עלולה בהכרח להפחית את התחרות בעסקים. בנוסף, בנסיבות אלה החששות התחרותיים גוברים בהכרח על יתרונות היעילות. יוער בהקשר זה, כי דיני הקהילה מחמירים עם התארגנויות של רכישה משותפת. בקהילה קיימת פרזומפציה, לפיה הסכמים אלה פוגעים בתחרות למרות יתרונות היעילות העשויים להיות גלומים בהם. כלשון הדין: (46)

"...the disadvantages often outweigh the possible benefits which can accompany purchasing JV's particularly those between competing producers."

סיכום ביניים

30. מן המקובץ עד עתה עולה, כי ההתארגנות נושא קביעה זו עלולה בהכרח להפחית או למנוע את התחרות בעסקים בענף אמצעי הפקה, בענף השידור הטלוויזיוני ובענף מכירת פרסומות טלוויזיוניות.

אופן ההתארגנות לרכישה משותפת

31. עד עתה דנו בשאלה מה גורלה של התארגנות לרכישה משותפת, מבלי לדון בדרך ההתארגנות. בחלק זה אנו מבקשים לדון בשאלה, אם דרך ההתארגנות עשויה להפוך הסדר לרכישה משותפת, אשר מתקיימים בו התנאים שפורטו קודם, להסדר שאינו כובל.

32. אין חולק, כי התארגנות לרכישה משותפת של מוצר פלוני, המעוגנת בהסכם אשר הצדדים לו הם אנשים אשר לולא ההסכם היו רוכשים את המוצר, כל אחד בנפרד, היא בגדר הסדר כובל. (47) ניתן להפנות בהקשר זה לדברי היועץ המשפטי של קשת שידורים. (48)

(46) ראה שם.

(47) במידה שמתקיימות הנסיבות העובדתיות השונות עליהן עמדנו קודם.

(48) היועץ המשפטי של קשת שידורים הוא עו"ד רוז גזית. מר גזית הכין עבור שידורי קשת חוות דעת משפטית בשאלה אם התארגנות לרכישה משותפת של אמצעי הפקה היא בגדר הסדר כובל. הזכיינים טוענים כי חוות הדעת שימשה בסיס לדרך ההתארגנות בה הם בחרו לפעול בסופו של יום. בתווית דעתו סבר מר גזית, בין היתר, כי:

"...מאחר שזכייני הערוץ השני מהווים חלק גדול משוק צרכני שידורי אולפן, הרי שאולפן משותף לשני זכיינים או יותר יהיה בו כדי לרכז כוח רב בידי הזכיינים. ...ההתארגנות של הזכיינים, בהקמת אולפן משותף, אף אם יש בה לכאורה כדי לשפר את השירות הניתן לצרכנים (אולפן טוב יותר במחיר נמוך יותר) הרי מצד שני, היא עלולה להפחית את התחרות (בין האולפנים וגם בין הזכיינים - על השגת אולפנים טובים יותר). תוצאה זו - כך קבעה הפסיקה - אינה ראויה מבחינה משפטית וכלכלית. 3.7 לסיכום נקודה זו, נראה כי התארגנות של שני זכיינים או יותר במטרה להקים אולפן משותף עולה כדי הסדר כובל בהגדרתו בחוק ההגבלים העסקיים.

אולם, האם התארגנות על דרך התקשרות של רוכשי המוצר עם צד ג' זר להסדר במטרה שאותו צד ג' ינהל עבורם משא ומתן לרכישה המשותפת, היא צורת התארגנות שאינה בגדר הסדר כובל? ומה דינה של התקשרות עם צד ג' מבלי להסמיכו מפורשות או פורמאלית לנהל משא ומתן עבור המתקשרים אך כאשר ברור לספקים הפוטנציאליים כי זהו למעשה תפקידו? והאם הסמכת צד ג' לערוך מחקר כלכלי אשר תוצאתו המעשית היא הצגת חזית אחידה של הקונים מול הספקים גורמת להתארגנות להיות מוגדרת, בשל צורתה המיוחדת, כהסדר שאינו הסדר כובל? על שאלות אלו נשיב בחלק זה.

תחילה נפרט את האופן בו התקשרו ביניהם הזכיינים בענייננו; לאחר מכן נבחן מהי התייחסותם של חוק ההגבלים והפסיקה לצורתו של הסדר כובל; נסכם בהכרעה בדבר טיבה של ההתארגנות בענייננו.

צורת ההתארגנות - הזמנת "מחקר כלכלי"

33. ראשיתה של ההתארגנות נושא קביעה זו בהחלטתם של בעלי המניות של החברות הזכייניות לערוך בדיקה כלכלית בדבר איחוד אמצעי ההפקה. (49) בעקבות החלטתם של הבעלים נדון הנושא בישיבה של מנהליהם הכלליים של הזכיינים. הישיבה התקיימה במחצית השנייה של חודש אפריל 1994 (50) והשתתפו בה מר אלכס גלעדי (מנכ"ל קשת), מר עוזי פלד (מנכ"ל טל-עד), מר דן שילון (מנכ"ל משותף ברשת), מר יוחנן צנגן (אף הוא מנכ"ל משותף ברשת), מר ישראל דורי (משנה למנכ"ל רשת) ומר שלמה עברי, מומחה כלכלי ("עברי"). "קשת", "רשת" ו"טל-עד" הם זכייני הערוץ השני. באותה ישיבה התבקש

2.8 יש כמה סיבות מדוע הקמת אולפן משותף פוגעת באחד או יותר מהמקרים הנזכרים:

1.2.8 כך למשל הסכמה בין הזכיינים שלא להשתמש עוד בשירותי אולפן מסוימים, עולה כדי חלוקת שוק לפי "סוג האנשים שערים יעסקו" (סעיף 2(ב)(3)) וגם מקטין את כמות הנכסים או השירותים שבעסק (סעיף 2(ב)(4)).

2.2.8 תיאום בין הזכיינים לגבי תשלום עבור שימוש באולפן המשותף נכנס לגדר סעיף 2(ב)(1), שכן הוא מתייחס למחיר שישולם.

3.8 יצוין שדוגמאות אלה חלות גם במקרה בו זכיינים מתאמים ביניהם תנאים לגבי שימוש באולפן של צד שלישי, למשל המחיר שישכמו הזכיינים לשלם בעבור שעת שימוש.

אנו, בכל הכבוד, מסכימים עם כל מסקנותיו האמורות של מר גזית.

מר אליהו בן עמרם מכלל סתר ("קשת") הוא שיום את הבדיקה בפברואר 1994. באותו מועד הוא שוחח עם מר שלמה עברי בנושא (ראה הודעת עברי מיום 13.10.94, עמ' 5 שורה 5). במקביל הורו היה פדרמן ולויס, בעלי מניות ברשת, למר צנגן, מנכ"ל משותף ברשת, לערוך את הבדיקה (הודעת צנגן מיום 27.11.94, עמ' 4 שורה 16 עד 22). לויס אף התקשר לעוזי פלד מטלעד והציע לו את רעיון איחוד האמצעים (הודעת פלד מיום 20.11.94, עמ' 7 שורות 4 עד 6). בכך הורדה החלטת התיאום מדרג תבעלים לדרג הניהול.

הודעת עברי מיום 13.10.94, עמ' 3 שורה 2.

עבדי על-ידי נציגי הזכיינים לבחון עבורם את הכראיות של ריכוז אמצעי ההפקה והשידור של זכייני ערוץ 2.⁽⁵¹⁾

34. עבדי החל בעבודתו בסוף חודש אפריל 1994. ביום 27 באפריל הוא שלח לשלושת מנהלי הזכיינים בקשה כי יאספו עבורו נתונים שונים אודות אמצעי ההפקה הנדרשים על ידיהם. לאחר מכן פנה עבדי אל נציגיהם של ארבעה אולפנים - ישראל רינגל, אחד מבעלי סרטי "רול" ו"רול תקשורת"; עמי גניגר, יו"ר מועצת המנהלים של "האולפנים המאוחדים"; ארן מאולפני "גולן גלובוס"; וגבריאל רוזנברג, מנהלו הכללי של "אולפני הבירה". על תוכן הפנייה לכל אחד מהאולפנים ניתן ללמוד ממכתבו של מר רוזנברג (מאולפני הבירה) לעבדי מיום 13 ביוני 1994:

"ברצוני לפתוח ולהודות לך על פנייתך לתברתנו לשם הגשת הצעה להקמת מרכז הפקות ותקשורת ואספקת אמצעי הפקה לזכייני ערוץ 2."

35. עבדי פנה, אם כן, לכל ארבעת האולפנים בבקשה כי יגישו לו הצעות לאספקת אמצעי הפקה לשלושת הזכיינים. הוא הציג עצמו בפני מנהלי האולפנים כנציגם של הזכיינים,⁽⁵²⁾ ומסר להם טופס בו פורטו הרכישות המשותפות הצפויות של הזכיינים לגבי פריטי הפקה שונים.⁽⁵³⁾ האולפנים התבקשו להשלים הצעת מחיר לגבי כל פריט ופריט.⁽⁵⁴⁾ עבדי ביקש כי ההצעה תופרד לשניים: חלק אחד יתייחס להקמת מרכז הפקה אשר ישרת את צרכיהם המשותפים של שלושת זכייני הערוץ השני; ואילו החלק השני יתייחס לאספקת אמצעי הפקה לשלושת הזכיינים צוותא אחד שלא על דרך של הקמת מרכז הפקות. עבדי תההיר לאולפנים, כי "כמובן שהנתונים שימסרו יהיו כפופים לחוזים שיחתמו"⁽⁵⁵⁾ כשהכוונה

היא שאם תתקבל הצעת מחיר של אולפן פלוני ייחתמו עם אותו אולפן פלוני חוזים על ידי שלושת הזכיינים במקביל.⁽⁵⁶⁾

36. שלושה אולפנים, מבין הארבעה אליהם פנה עבדי, שבו עם הצעות מחיר.⁽⁵⁷⁾ כל אולפן הוסיף להצעת המחיר הערות משלו. כך, למשל, בעמ' 7 להצעתו מציין מר רינגל כי "במסגרת ההסכם שייחתם עימנו נהיה מוכנים להתחייב להשלמת הפרויקט עד ינואר 1996". כן מציין מר רינגל כי "ההסכם יהיה לתקופה של 8 שנים - 4 שנים + אופציה ל-4 שנים נוספות, שאי מימושה אפשרי רק במקרה שלא יוארך הזיכיון על ידי הרשות השנייה". בהצעתו של מר רוזנברג אנו קוראים, בעמ' 2 להצעה, כי אולפני הבירה בחרו "להציע לבחירת הזכיינים עיסקות לשלוש, ארבע וחמש שנים. מטרתנו להעמיד לרשות הזכיינים את האפשרות לבחור באלטרנטיבה המתאימה להם ביותר מבחינת משך הזמן ומהבחינות הפיננסיות - התפעוליות - קונספטואליות." בהצעתו של מר אביקס לייף, מטעמם של האולפנים המאוחדים, אנו קוראים כי "כל הנתונים המפורטים במסמך זה ובנספחיו הם לידיעתך ולידיעת מזמיני העבודה בלבד". מזמיני העבודה הם, כמובן, הזכיינים. גם מר רוזנברג הסביר כי כאשר שלח את הצעתו לעבדי היה ברור לו כי ההצעה נשלחת לנציג של שלושת הזכיינים וכי ההצעה מיועדת לשלושת הזכיינים.⁽⁵⁸⁾

37. לאחר הגשת ההצעות פנה עבדי למר גניגר ולמר רינגל וביקש מהם להפחית את הצעותיהם ברכיבים שונים. מר גניגר הסכים לתקן את הצעתו במספר רכיבים⁽⁵⁹⁾ וכך גם מר רינגל.⁽⁶⁰⁾ עבדי לא פנה למר רוזנברג הואיל ומחיריו היו "רציניים" - הם היו נמוכים ב-40% ממחירי השוק.⁽⁶¹⁾

38. מר עבדי אסף את ההצעות השונות וריכוז את ממצאיו בנייר עמדה,⁽⁶²⁾ אשר כותרתו "בחינה כלכלית לאחוד אמצעי ההפקה והשידור". המסמך הוצג לנציגי הזכיינים בישיבה משותפת שהתקיימה ביום 14 ביוני 1994, במשרדי חברת "קשת" בתל-אביב. בישיבה נכחו אלכס גלעד, ישראל דורי, עוזי פלד, יוחנן צנגן ודוד פדרמן-יו"ר דירקטוריון רשת.

(56) ראה דברי עבדי בהודעתו מיום 13.10.94, בעמ' 7 שורה 22 עד עמ' 8 שורה 3: "בחנתי שלוש אלטרנטיבות תיאורטיות... (ב) לעודד יום שיגיש הצעה לכל אחד מהזכיינים בנפרד בהיקף שיאפשר באתר אחד להשכיר אמצעי הפקה בהיקף כמוגדר בעמ' 2 של החוברת סעיף 7, בעמ' 2 של החוברת סעיף 7 כותב עבדי: "הדרישות להלן יכסו את הצרכים העיקריים לעבודת ההפקה המקומית לרשת (מלא), קשת (מלא), טלעד (25%), חברת חדשות סניף ת"א ובהמשך מפורטים נתונים כמותיים של כל אחד מאמצעי ההפקה הנדרשים.

(57) מר רינגל מסר את הצעתו ביום 5.6.94, מר גניגר ביום 8.6.94, ומר רוזנברג ביום 13.6.94.

(58) הודעת מר רוזנברג מיום 27.10.94, עמ' 4 שורות 10 עד 14.

(59) הודעת עמי גניגר מיום 18.10.94, עמ' 6 שורות 3 עד 8.

(60) הודעת ישראל רינגל מיום 25.10.94, עמ' 3 שורות 4 עד 9.

(61) הודעת עבדי מיום 13.10.94, עמ' 6 שורות 12 עד 14.

(62) כך קורא למסמך מר עבדי. ראה מכתביו למנהלי הזכיינים מיום 21 ביולי 1994. בנייר העמדה מוצגים רק ההצעות של רול ואולפנים מאוחדים. הצעתם של אולפני הבירה ניתנה רק מאוחר יותר.

(51) כך מעיד עבדי בהודעתו מיום 13.10.94, עמ' 3 שורות 5 עד 15. יוצר עוד כי ביום 1 במאי 1994 שלח מר צנגן למר עבדי מכתב ובו הומנת עבודה רשמית לבחון את "הנושא של כראיות ריכוז אמצעי ההפקה והשידור של זכייני ערוץ 2, במגבלות החוק והתקנות". לתוספת בדבר בדיקה במגבלות החוק אין כמובן כל חשיבות לצורך הכרעה בשאלה מהו מעמדה של הבדיקה שנעשתה על פי חוק התגבלים.

(52) מהודעות הזכיינים עולה, כי הם הסמיכו את עבדי להציג את עצמו בפני נציגי האולפנים כנציגם של שלושת הזכיינים. מנהלי הזכיינים נשאלו אודות קשריהם עם עבדי. ראה את דברי מר צנגן שנשאל בהקשר זה (הודעתו בעמ' 6 שורה 7); את דברי מר גלעד (עמ' 4 שורות 12 עד 15 להודעה מיום 14.11.94) ואת דברי מר פלד "טלעד" (בעמ' 8 להודעתו מיום 20.11.94 שורה 14).

(53) פריטי ההפקה לגביהם התבקשו הצעות המחיר היו אולפנים (גדול, בינוני וקטן), מצלמות, צוות עובדים, אמצעי עריכה (שני סוגים) O.B. (כולל עובדים ומצלמות) ו-ENG (ולא עובדים). מר עבדי קיבץ את הנתונים אשר אסף מהזכיינים ועל-פיהם שלח את הטופס בו רוכזו הנתונים המצורפים אשר ביחס אליהם היה על האולפנים ליתן את הצעותיהם.

(54) ראה מכתבו של עבדי למר גניגר מיום 17 במאי 1994. ראה הודעת עבדי מיום 13.10.94, עמ' 7, שורה 14 עד 16.

(55) בהודעת הפקסימיליה אשר שלח עבדי לגניגר ביום 17 במאי הוא כותב: "לושה ריכוז נתונים בכפיפות לשיחתנו. אודה לך מאד באם הלושה [הטופס אשר היה על האולפנים להשלים] ימולא. כמובן שהנתונים שימסרו יהיו כפופים לחוזים שיחתמו."

סעיף 2 לחוק קובע, כי הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים לפיו אחד הצדדים מגביל עצמו באופן העלול להגביל את התחרות בעסקים. "הסדר" מוגדר בסעיף 1 לחוק באופן רחב כדלקמן:

"הסדר - בין במפורש ובין מכללה, בין בכתב ובין בעל־פה או בהתנהגות, בין אם הוא מחייב על־פי דין ובין אם לאו".

43. ההגדרה הסטטוטורית של "הסדר" מעידה, אם כן, כי החוק מבקש לחול על כל צורות ההתארגנות האפשריות, אשר תוצאתן הפחתת התחרות בעסקים. עמד על כך גם כבוד הנשיא זילר בת"א 396/87 קיטין ואח' נ' פטרולגו - חב' גז הישראלית (1969) בע"מ ואח' בעמ' 17 עד 20 לנוסח המודפס:

"המחוקק נאלץ להשתמש בהגדרות רחבות מאד בחוק. הוא רצה להבטיח לעצמו את 'לכידת' כל הואריאציות והאפשרויות הלא רצויות, והכמעט אין סופיות, הקיימות בעשיית הסדרים ובניהול עסקים. נסיון החיים מורה כי כל סדק בחוק מנוצל על ידי מעונינים כדי להתחמק מהוראותיו....

כך למשל צריך להנתן למלה 'הסדר' שבסעיף 2 בחוק, הפירוש המרחיב ביותר. החוק נועד למנוע מצבים בהם יפעלו אנשים תוך הבנה משותפת, במטרה ליצור הסדר כובל במשמעותו בחוק. ברור שהמחוקק לא רצה להגביל עצמו בשום דרך, בנסיונו ללכוד את כל האפשרויות, בהם יגיעו בני אדם אלו לכלל הבנה כזו. הוא טרח לכן והשתמש במלה הסדר, ולא הסכם או חוזה. הוא ציין שאין חשיבות לשאלה אם מדובר בהבנה מפורשת או מכללא. יתירה מכך, בסעיף 12 לחוק, בו אדון בנפרד להלן, הוא דיבר גם על מי שהסכים בשתיקה להסדר כאמור. נוכח האמור לעיל נראה לי שהפירוש היחיד המשיג את מטרת החוק בתחום זה, צריך לקבוע, שהמלה 'הסדר', כוללת כל דרך מתואמת, המופעלת על ידי בני אדם, המנהלים עסקים, ושגממתה השלטת 'הסדר' כובל. אין זה מענינו של החוק אם תיאום זה הושג בדרכי קונספירציה, או בדרכי הסדר, או באמצעות צד ג', או על ידי קריצת עין, או על ידי צחוק הבנה, או על ידי מתאם שהוא זר להסדר, או על ידי דברים שנאמרו למאן דהוא שאינו שייך לענין כדי שהדברים יישמעו על ידי מישור השייך לענין, או בכל דרך אחרת. המלה 'הסדר' שנקט בה המחוקק היא רחבה מספיק, כדי ללכוד בתוכה את כל מגוון האפשרויות שתוארו לעיל, כמו גם כל אפשרות אחרת, וכל חידוש או המצאה שיחודשו או יומצאו בעתיד, ושיביאו לכלל תיאום בין הצדדים עליהם מדבר החוק. החוק דובר אל קוראיו כך: כל דרך שתנקטו בה, ושיש בה, או שהיא מובילה, לתיאום המוביל להסדר כובל, הוא 'ההסדר' הכתוב בחוק. ברוח זו אפשר את החוק כשאדון בסוגיה זו ביחסים שבין חברות הגז בינן לבין עצמן".

44. הנה כי כן, חוק ההגבלים מדגיש את נפקותה הכלכלית האמיתית של ההתארגנות

39. בנייר העמדה הציג מר עבדי את שלוש האלטרנטיבות אשר נבדקו על־ידי ואשר אליהן הוא התייחס במסגרת נייר העמדה:

8.1 "הקמת מרכז הפקה ושיווק בבעלות הזכיינים ובשיתוף חב' החדשות (מחייב שינוי חוק).

8.2 יזם - יעמיד לרשות הזכיינים ותברת החדשות את האמור בסעיף 7 לעיל [הביקוש המצרפי של אמצעי הפקה על־ידי כל שלושת הזכיינים] בלוח זמנים לתפעול שיתאים במידת האפשר להתחייבויות האמורות בסעיף 6 לעיל [התחייבויות הרכישה הקיימות של הזכיינים] ובתעריפי אמצעי הפקה בימי חול ידועים מראש".

שתי חלופות אלה הועמדו על ידי מר עבדי בניגוד לאלטרנטיבה שלישית: "8.3 כל זכיון 1990 - מצב קיים".

כלומר, בניגוד למצב התחרותי השורר היום בשוק.

40. ההמלצה שניתנה לבסוף על־ידי עבדי לזכיינים היתה הקמת מרכז עצמאי או פנייה ל"יזם" המלצה זו אינה מפתיעה, שהרי רווחיו של מונופול (או מונופסון) בעל כוח שוק תמיד גבוהים מרווחיהן של פירמות הפועלות בשוק תחרותי. עבדי עדכן את נייר העמדה ביום 28 באוגוסט 1994 באמצעות חוברת שנשלחה לזכיינים ואשר כותרתה "חומר רקע וחומר משלים לבחינה כלכלית".

עם סיום עבודתו קיבל מר עבדי את שכר טרחתו מ"רשת" כאשר כל יתר הזכיינים החזירו ל"רשת" מאוחר יותר את חלקם היחסי בשכר הטרחה.⁶⁰

עד למועד כתיבת החלטה זו, הזכיינים טרם החלו ביישום המלצותיו של עבדי, ככל הנראה, בשל החקירה בעניין של הרשות להגבלים עסקיים אשר נפתחה בחודש ספטמבר 1994.

41. האם המסכת העובדתית המפורטת לעיל מעידה על קיומו של הסדר כובל? התשובה היא בחיוב מהטעמים שיובאו להלן.

המסגרת המשפטית וגורלו של ההסדר בענייננו

42. ההסדר הנדון בענייננו הוא הסדר לרכישה משותפת שהתבצעה על ידי הזמנת מחקר כלכלי מצד ג'. ההסדר לא התממש הלכה למעשה עד כה, ככל הנראה, בשל חקירת רשות ההגבלים. האם דרך התארגנות זו היא בגדר הסדר כובל?

(63) נייר העמדה, בעמ' 3.

(64) הודעת אלכס גלעדי מיום 14.11.94, עמ' 5 שורות 2 עד 6.

נקדים את המאוחר ונאמר כבר עתה כי קשה לשכנע אדם סביר שהמטרה המעשית של מחקר של עבדי לא היתה למנוע תחרות מחירים בין הזכיינים.

46. רכיב אחר של התגדרה הסטטוטורית הוא רכיב ההגבלה. סעיף 2 לחוק קובע, כי הסדר כובל הוא הסדר לפיו אחד הצדדים לפחות "מגביל עצמו באופן העלול... להפחית את התחרות בעסקים". ניתן לטעון, כי התקשרותם של הזכיינים עם עבדי אינה כוללת מגבלה הוראה והזכיינים לא הגבילו עצמם מלרכוש אמצעי הפקה באופן עצמאי ולכן אין לפנינו הסדר כובל. הזכיינים בחלקם אף טענו בהקשר זה, במהלך הבידור אותו ערכה הרשות להגבלים עסקיים, כי הבדיקה הכלכלית של עבדי היתה חסרת כל משמעות הוראה והם היו קשורים בלאו הכי, כבודדים, בהסכמים לרכישת אמצעי הפקה. לטענות אלו אין כל יסוד עובדתי או משפטי.

47. ראשית, הבדיקה הכלכלית של עבדי נערכה בשים לב להתחייבויות הרכישה הקיימות של הזכיינים.⁽⁶⁵⁾

שנית, עבדי ביקש מנציגי האולפנים, ואף קיבל בפועל הצעה המתייחסת למחיר הביקוש המצרפי של שלושת הזכיינים. כאשר ההסכמים עם הזכיינים היו אמורים להיכנס לתוקף מיום 1.1.96 לתקופה של ארבע שנים עם אופציה לארבע שנים נוספות.⁽⁶⁶⁾ מכאן, שלו היו נקשרים חוזים בין הזכיינים לבין המציע שהיה נבחר בסופו של יום, האפשרות לרכישה עצמאית של אמצעי הפקה היתה חסרת כל משמעות.

שלישית, במישור המשפטי עיוני, די בעצם ההתארגנות לרכישה משותפת של אנשים, אשר לולא ההתארגנות היו רוכשים בנפרד את המוצר, כדי להקים מגבלה לצורך סעיף 2 לחוק. מטרתה ותוצאתה של ההתארגנות הן הרי הפחתת מחירי ספקי השירותים בהשוואה למחירים אשר כל זכיון היה משלם לו היה רוכש את אמצעי ההפקה לבדו. אם להשתמש בלשונו של עבדי - המטרה של המחקר היתה להפוך את שוק אמצעי ההפקה משוק של מוכרים לשוק של קונים.⁽⁶⁷⁾ לפיכך, אין כל חשיבות למתן פתח לרכישה עצמאית של כל זכיון. רכישה עצמאית במקרה שכזה משמעותה תשלום גבוה יותר של הרוכש באופן עצמאי.

48. שיבוץ העובדות שפורטו קודם במסגרת המשפטית שתוחמה לעיל מוביל לארבע מסקנות עיקריות:

ראשית, מהפירוט העובדתי שהובא קודם עולה, כי הזכיינים ביקשו לתאם רכישת אמצעי הפקה במשותף. את הזמנת ההצעות הם עשו באמצעות צד ג' שהוא אדם זר (עבדי)

(65) ראה עמ' 2 סעיף 6 לגייר העמדה של עבדי, עמ' 10 סעיף 7-2. ראה גם סעיף 2.8 בו קובע עבדי מפורשות כי היום התבקש להעמיד הצעה שתתאים במידת האפשר להתחייבויות הקיימות של הזכיינים.

(66) שט, בעמ' 8 סעיף 2.

(67) עמ' 14 לגייר העמדה של עבדי.

ולא את צורתה. לשון אחר, ככלל, צורת התארגנות לרכישה משותפת לא תחסן התארגנות העלולה להפחית את התחרות בעסקים בפני תחולת סעיף 2 לחוק ההגבלים. לא ניתן אף להגדיר מבחני עזר יעילים לצורך בחינת סיבה התחרותי של צורת התארגנות פלונית. יש לבדוק כל מקרה לגופו, כאשר הכלל המנחה הוא כי יש לבחון את מהותה הכלכלית "האמיתית" של ההתארגנות, את השפעתה על התחרות ולא את צורתה. הכסות המשפטית של העיסקה לרוב אינה מעלה או מורידה. ראוי להפנות בהקשר זה לדבריו של R.W. Whish בספרו Competition Law (London, 3rd ed., 1993) בעמ' 430:

"As a general proposition the form in which the collaboration takes place ought not to affect the application of competition law: in each case the important issue should be the effect that the co-operation might have on competition rather than the form in which the co-operation manifests itself."

45. ברוח זו כבר נפסק על ידי בית הדין להגבלים עסקיים, כי הסדר בצורת מחקר כלכלי אשר נערך על ידי צד שלישי עשוי להיות בגדר הסדר כובל בשל היותו הסדר המגביל את הצדדים אשר הומינו את המחקר. המדובר בתיק הע/372 איגוד שמאי ביטוח רכב בישראל. באותו עניין הומין איגוד שמאי הביטוח מחקר כלכלי שכותרתו "בדיקת עלות הפעלת משרד שמאי רכב". את המחקר ערך צד ג' שאינו קשור לאיגוד (המכון לפירון העבודה והייצור). בהו"ח הכלכלי שנמסר לאיגוד נאמר כי הוא בא לצלם מצב קיים ולבחון אם השכר המקובל בין שמאי הביטוח מאפשר רווחיות. בחלקו האופרטיבי של הדו"ח הומלץ על טבלת מחירים חדשה לשירותי שומה.

איגוד השמאים ביקש להפיץ את המחקר הכלכלי בין חבריו. הממונה על הגבלים עסקיים סבר שהמדובר בהסדר כובל הדורש את אישורו של בית הדין. באיכות האיגוד טען לפני בית הדין כי אין בהזמנת המחקר הכלכלי ובהפצתו בין חברי האיגוד משום הסדר כובל. מועצת ההגבלים העסקיים דחתה טענה זו, תוך שהיא קובעת בעמ' 3 של החלטתה:

"מה עשה המבקש [איגוד השמאים]? הוא ביקש מחקר אך ורק לגבי קביעת מחירי השירות המומלצים לחברי האיגוד. וכאן המקום לציין שאין לפנינו עניין של מפעלים העוסקים ביצור מוצרים או במתן שירותים שיש בהם צורך בידע מסובך שאינו בהישג יד החברים על מנת לקבוע את מדיניות המפעלים. כאן מדובר בדבר פשוט ביותר, ולפי דו"ח המחקר הממוצע של איגוד שמאי רכב מורכב ממשרד בשני חדרים בו עוסקים השמאי ועוזר חלקי (1/3) ועובדת האיגוד אבל גם לצד שכנגד דהיינו חברות הבטוח; אחת ושליש בעבודה משרדית ושמוש בצידו רכב. קשה להעלות על הדעת שמשרדים בסדר גודל זה אינם מסוגלים לקבוע לעצמם מהו השכר שעליהם לקבל עבור שירותיהם ושהם זקוקים למחקר והדרכה אלה, וקשה לשכנע אדם סביר שהמטרה המעשית של המחקר לא היתה למנוע התחרות המחירים בין חברי האיגוד."

הפורמט לנהל משא ומתן, אין כל חשיבות הואיל ובפועל נוהל משא ומתן אשר היה בעל **תוקף משפטי** מחייב ואשר היה מסתיים בחוזה לו גשלו הודעות קיבול. מכל מקום, תהא **דרך הגדרת** המחקר הכלכלי אשר תהא, בפועל עריכת המחקר הקנתה לזכיינים כוח **מונופסוני** כנגד האולפנים ועל כן לפנינו הסדר כובל.

51. הזכיינים הוסיפו וטענו, כי אף אם בעקבות נייר העמדה שהוגש להם על ידי עבדי **היו נחתמים** חוזים בין כל אחד מהם לבין אחד מהאולפנים המפורטים בנייר העמדה, **במחירים** הנקובים באותו נייר עמדה, אין המדובר בהסדר כובל. לשיטתם "אין מניעה כי **זום** שאינו קשור במישרין או בעקיפין, יקים אולפן תוך הסתמכות על הסכמים למתן **שירותי** אולפן שיערוך מראש, בנפרד, עם כל אחד מהזכיינים."⁶⁹ עמדה זו נסמכת על חוות **דעתו** המשפטית של היועץ המשפטי של "קשת" הנסמכת מצידה, לכאורה, על פסק דינו של **בית הדין** להגבלים עסקיים בעניין ה"ע/455 חברת התוכניות לכבלים בישראל בע"מ נ' **המסווה** על הגבלים עסקיים.⁷⁰

52. אין אנו מסכימים עם חוות הדעת בהקשר זה. מדברי בית הדין להגבלים עסקיים **בעניין** אי.ס.א.ס. לא ניתן ללמוד הלכה לענייננו. הדברים נאמרו שם אגב אורחא, בהתבסס **על** עמדת הממונה, ולנוכח תנאי השוק המיוחדים בו פעלו המתאגדים. אין דינה של **התארגנות** מצומצמת היקף לרכישת סרטים בשווקי העולם, בו הביקוש של המתארגנים **מהווה** חלק זניח מכלל הביקוש, כדינה של התארגנות לרכישה משותפת של אמצעי הפקה **מהשוק** המקומי בו המתארגנים שולטים על 40% מן הביקוש. בנוסף, אין דינה של **התארגנות** ספורדית לרכישת מספר סרטים בחו"ל באמצעות הליך של Pre-Sale, כדינה **של** התחייבות מראש לרכישת כל הביקוש של אמצעי הפקה במשך שנים רבות.⁷¹ כפי

(69)

ראה סעיף 4 למבוא של נייר העמדה.

(70)

ההגבלים העסקיים (לשכת עורכי הדין בישראל, ועד מחוז ת"א, תשנ"ה) בעמ' 298. בעניין אי.ס.א.ס. קבע בית הדין בעמ' 318 בדלקמן:

"החלטתנו זו אינה מחייבת שבכל דבר וענין, תוציא כל אחת מהזכייניות הוצאות נפרדות. כך, למשל **הביע** הממונה עמדתו בתשובה לשאלתנו, שאין הוא רואה שום פסול מבחינת חוק ההגבלים, בכך שכל **אחת** מן הזכייניות (או גורמים אחרים) ירכשו בעצמן סרטים בחו"ל לאחר תיאום מוקדם (Pre-Sale) **עם** זכייניות אחרות.

החלטתנו זו אינה מונעת פעולה כזו."

מאמירה זו למד היועץ המשפטי של הזכיינים, מר דון גויה, כי לו "אחת הזכייניות בערוץ השני **תחליט** להקים אולפן ולהעמיד שירותי אולפן לעצמה ולזכייניות האחרות, אין בכך משום פסול מכה **ההגבלים** העסקיים... האמור לעיל נכון גם בכל הקשור להקמת אולפן על ידי צד שלישי שאינו קשור **במישרין** או בעקיפין לזכייניות ערוץ 2. צד שלישי כזה יכול להקים אולפן ולהתקשר, למתן שירותי **אולפן**, עם כל אחת מן הזכייניות בנפרד ולענין זה אין רבותא אם ההתקשרות עם הזכייניות כאמור **תבצע** מראש... כאשר האולפן יוקם על ידי צד שלישי שאינו קשור במישרין או בעקיפין, לזכייניות **בערוץ** 2, ואין תיאום בין הזכייניות בינן לבין עצמן בעניין זה אין אף קושי עם סעיף 6א2 לחוק **הערוץ** השני..."

(71)

ההצעות אותן ביקש עבדי היו לתקופה של 4 שנים עם אפשרות הארכה ל-4 שנים נוספות. ראה עמ' 8 **סעיף** ז. 2.

להסדר הרכישה המשותף.⁶⁸ הזכיינים הרי יכלו לערוך את המחקר הכלכלי הזה כל אחד **עבור** עצמו. קשה לשכנע אדם סביר שהמסרה המעשית של המחקר לא היתה למנוע תחרות **בין** הזכיינים ברכישת אמצעי הפקה.

שנית, הפנייה לעבדי הובילה בפועל לתיאום עמדות הזכיינים בפני האולפנים. עבדי **הרי** העביר לאולפנים את נתוני הביקוש המצרפי של שלושת הזכיינים וביקש מהם הצעת **מחיר** בשים לב לביקוש מצרפי זה. עבדי אף ציין, כי הצעות המחיר שיינתנו יהיו כפופות **לחוזים** שייחתמו. היה ברור, אם כן, לאולפנים כי הצעות המחיר שנשלחות לעבדי הן בגדר **מסמך** משפטי מחייב בדרגה זו או אחרת. אם לא כך הדבר לשם מה נדרשה הסתייגותו של **עבדי**?

שלישית, מנוסח ההצעות שהוגשו לעבדי מסתבר כי שלושת המציעים סברו כי **הצעותיהם** מופנות ישירות לשלושת הזכיינים וכי קבלת ההצעה על ידי הזכיינים משמעה **חתימת** חוזים בין כל אחד מהזכיינים לבין המציע. במצב דברים אחר ספק אם אולפני הבירה **היו** מציעים מחירים הנמוכים ב-40% ממחירי השוק. כלשונו של עבדי בעמוד 3 לנייר **העמדה**: "שיתוף פעולה בין הזכיינים מגדיל את כושר המיקוח שלהם לעומת זום [כשהכוונה **היא** לאולפן המספק את שירותי ההפקה]" או בעמ' 14: "ניהול משא ומתן משותף יהפוך את **שוק** אמצעי ההפקה משוק של מוכרי שרותים לשוק של קונה שרותים וכתוצאה מכך נקטין **עלויות** הפקה".

רביעית, בנסיבות המפורטות לעיל כל שנתר לזכיינים לעשות היה לשלוח למציע **שנבחר** הודעת קיבול ובכך היה משתכלל בין המציע לבין כל אחד מהזכיינים חוזה להספקת **אמצעי** הפקה. יוער, כי אף אם היה צורך להשלים את המשא ומתן עם האולפן הזוכה במספר **פרטים** נוספים המדובר בפרטים שוליים.

לנוכח מסקנות אלו דינה של דרך ההתארגנות נושא קביעה זו כדין הסכם מפורש בין **הזכיינים** לרכישה משותפת של אמצעי הפקה, באספקלריית חוק ההגבלים ובאספקלריית **החשש** מריכוז כוח מונופסוני בידי הזכיינים.

טענות הזכיינים

49. במהלך הברור אשר נערך על ידי הרשות להגבלים עסקיים טענו הזכיינים כי אין **לפנינו** התארגנות לרכישה משותפת הואיל והם לא הסמיכו את עבדי לנהל עבורם משא **ומתן** לרכישת אמצעי הפקה. לשיטתם, עבדי הוסמך לערוך רק בדיקה כלכלית ולכן אין **המדובר** בהתארגנות לרכישה משותפת.

50. מהעובדות שפורטו לעיל עולה, כי התארגנותם של הזכיינים היא בגדר "הסדר" **המגביל** את הזכיינים באופן העלול להקנות להם כוח מונופסוני. לשאלת ההסמכה

(68) ראה דברי כבוד הנשיא זילד בעניין קוסיין (פורסם בקובץ זה בעמ' 245).

הרשות בנושא, מצאתי כי הסדר הרכישה והשידור של משחקי הליגה הלאומית בכדורגל הוא בגדר הסדר כובל הדורש אישור על פי חוק ההגבלים. הסדר הרכישה והשידור הוא הסדר כובל הואיל וכל אחד מהזכיינים מגביל עצמו באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הזכיינים האחרים ובינו לבין צדדים שלישיים.

56. ההסדר הכובל בתחום הכדורגל מורכב משני חוזים נפרדים. חוזה אחד הוא הסכם בין שלושת הזכיינים לבין ההתאחדות לכדורגל בישראל (להלן: "ההתאחדות") בו הוענק זיכיון השידור של משחקי כדורגל לשלושת הזכיינים צוותא חדא. החוזה השני הוא הסכם בין הזכיינים המסדיר את היחסים ביניהם בעקבות ההסכם עם ההתאחדות.

הזיכיון

57. הזיכיון אותו העמידה ההתאחדות למכירה⁽⁷⁴⁾ הוא זיכיון בלעדי לצלם, להקליט, לערוך ולשדר בטלוויזיה את משחקי הליגה הלאומית, גביע הטוטו וגביע המדינה לתקופה של שלוש שנים. בעל הזיכיון רוכש את הזכות לשדר בטלוויזיה מספר פעמים בלתי מוגבל את משחקי הליגה, גביע הטוטו וגביע המדינה. כן רוכש בעל הזיכיון זכות לשדר בשידור ישיר סוגי משחק שונים. הזיכיון אינו מחייב את בעל הזיכיון לשדר בעצמו את המשחקים. ההתאחדות מעניקה לבעל הזיכיון זכות להעביר את זכויות השידור של המשחקים, בין בתמורה ובין שלא בתמורה, לכל גורם אחר שהוא, בין בארץ ובין בחו"ל.⁽⁷⁵⁾

58. הנה כי כן, אין כל מניעה חווית או עסקית לכך שאחד מהזכיינים ירכוש לבדו את זיכיון השידור של משחקי כדורגל לתקופה של שלוש שנים, יצלם בעצמו במהלך אותן שלוש שנים את משחקי הכדורגל ויחליט אם לשדר את כל משחקי הכדורגל בעצמו (כאשר יום השבת שייך ליחידת השידור של הזכייין), או אם להעביר זכויות שידור שונות לאחד מהגופים המסדרים האחרים (הזכיינים האחרים, רשות השידור או הכבלים).⁽⁷⁶⁾ יוער, כי שלושת הזכיינים כבר ניצלו את אפשרות המכירה של זכויות שידור ומכרו, צוותא חדא, זכויות שידור שונות לחברות הכבלים בתמורה לשמונה מאות אלף דולר לשנה.⁽⁷⁷⁾

המגבלה

59. זכייני הערוץ השני החליטו להגיש הצעה משותפת למכרו אשר ערכה ההתאחדות

(74) ראה סעיף 9 להסכם בין ההתאחדות לבין הזכיינים.
(75) ראה סעיף 5.10 להסכם בין ההתאחדות לבין הזכיינים.
(76) לא למותר לציין, כי מכירת זכויות השידור בתמורה מלאה לא היתה נתקלת בקושי מיוחד. הזכיינים עצמם מעידים כי "ערץ טלוויזיה אינו נתפס בעיני הציבור כספק שלם של הצרכים הטלוויזיוניים, אלא אם משודרים בו בידור, תרבות וספורט... הכדורגל הוא ארוע טלוויזיוני מן המעלה הראשונה. שום ארוע אחר אינו מתפרש על תשעה חודשי שידור רצופים ברמת עניין כה גבוהה ועל ידי קהל מסרה כה מוגדר" (א.א. 14/11/94, בעמ' 12). בנסיבות אלו ספק אם לא היו נמצאים רוכשים, במחיר מלא, לזכויות השידור של משחקי כדורגל.
(77) ראה מכתבו של מר צנן למר קרניאל, מיום 13 באוקטובר 1994.

שהדבר בענייננו. בעניין אי. סי. 80. זכייני הכבלים, לו פעלו לבדם, היו יכולים לרכוש רק זכויות שידור כלל-ארציות. כלומר, הם היו נאלצים לרכוש זכויות שלא היה באפשרותם לבצל ולכן היה מקום להתיר להם להסדיר מראש מכירת זכויות עודפות לזכיינים אחרים. לפיכך, הנסיון להיתלות בנוסח המילולי של דברים, אשר נרשמו על-ידי בית הדין אגב אורחא לצורך מתן הכשר להתאגדותם המונופסונית של הזכיינים בענייננו, אינו במקום.

53. סעיף 43 א(1) מסמיך את הממונה על הגבלים עסקיים לקבוע, כי הסדר קיים, או הסדר שהצדדים מבקשים להגיע אליו, הוא הסדר כובל. בענייננו מדובר בהתארגנות שלא מומשה עד כדי ביצוע הרכישות ממש, ככל הנראה בשל התערבות רשות ההגבלים. מכל מקום, אין בכך כדי לגרוע ממהותה של ההתארגנות ומסמכותו של הממונה לפי סעיף 43. את ההתארגנות בענייננו יש להגדיר כהסדר כובל הן על-פי הוראות סעיף 2(א) לחוק והן על-פי הוראות סעיף 2(ב)(1) לחוק.

אשר על כן, בהתאם לסמכותי על פי סעיף 43(א)(1) לחוק ההגבלים, אני קובע כי ההתארגנות של שידורי קשת בע"מ, רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ וטלעד אולפני ירושלים בע"מ לרכישה משותפת, לרבות הזמנת המחקר הכלכלי ממר עבדי,⁽⁷²⁾ הכל כמפורט לעיל, מהווה הסדר כובל.

רכישת זכויות השידור של משחקי כדורגל

54. במהלך הברור בנושא איחוד אמצעי ההפקה הגיעה לרשות ההגבלים פנייתו של מר יובל קרניאל, היועץ המשפטי של הרשות השניה, בנושא שיתוף פעולה בין הזכיינים בשידור משחקי כדורגל. בפנייה נאמר כי מועצת הרשות השניה, בתוקף סמכותה על פי סעיף 62 א' לחוק הרשות השניה, אישרה לזכיינים, חברות "רשת", "קשת" ו"טלעד", לרכוש במשותף זכויות שידור של משחקי כדורגל המאורגנים על-ידי ההתאחדות לכדורגל למשך שלוש עונות בשנים 1994 עד 1997. בפנייתו ביקש קרניאל, כי הממונה על הגבלים עסקיים יעיין בחוזה שצורף לפנייה ובמכתבו של מנכ"ל רשת, מר יוחנן צנן, לעניין ההסכם עם חברות הכבלים, וימסור למועצת הרשות את חוות דעתו המקצועית. בפנייתו הוסיף קרניאל ואמר כי:

"השאלה המעסיקה את מועצת הרשות השניה הוא האם הסכמים אלה מבטאים שיתוף פעולה מינימלי הכרחי על מנת לאפשר את הרכישה המשותפת של זכויות השידור כפי שאישרה המועצה או שיש כאן ניסיון להרחיב את התיאום ושיתוף הפעולה באופן שפוגע בתחרות החופשית והרצויה בין החברות מעבר לגדרש".

55. לאחר עיון בחוזים שצורפו למכתבו של מר קרניאל⁽⁷³⁾ ולנוכח הברור שערכה

(72) לרבות ביצוע העבודה על ידי.
(73) ההסכם האחד הוא ההסכם בין שלושת הזכיינים לבין ההתאחדות לכדורגל בישראל ואילו ההסכם השני הוא ההסכם בין הזכיינים בינם לבין עצמם.

ולחלום במשותף על הסכם עם ההתאחדות. בכך הגביל עצמו כל אחד מהזכיינים, כלשון סעיף 2 של חוק ההגבלים. המגבלה היא עצם הימנעותו של כל אחד מהזכיינים מלהגיש הצעה נפרדת ולרכוש בנפרד את זכיון השידור.

הפגיעה בתחרות

60. הסדרי הרכישה והשידור המשותפים עלולים להפחית את התחרות בעסקים בין הזכיינים בינם לבין עצמם ובינם לבין צדדים שלישיים ובכך הם נופלים בגדרו של סעיף 2(א) לחוק. ההסדר אף נופל בגדרם של סעיפים 2(ב)(1), 2(ב)(2) ו-2(ב)(3) לחוק. ראשית, ההתארגנות להגשת הצעה משותפת הקנתה לזכיינים כוח מונופסוני כנגד ההתאחדות. על נפקותו של הכוח המונופסוני התעכבנו בראשית דברינו ואין צורך לחזור עליהם. שנית, הסדר השידור המשותף, הנגזר מההסכם עם ההתאחדות ומההסכם בין הזכיינים בינם לבין עצמם, מפחית את התחרות בשידור תכניות בין הזכיינים בינם לבין עצמם.

61. הסדר השידור המשותף מפחית את התחרות בין הזכיינים במספר היבטים. בראש ובראשונה, הוא מקנה לזכיינים כוח מונופסוני בענף שירותי ההפקה. להערכת הזכיינים, שידור המשחקים יתפוס 75 שעות שידור בשנה אשר יספקו כ-8000 ימי עבודה לשוק ההפקה הפרטית והמקומית בישראל. עליפי אותן הערכות הצורך ב"Post Production Of the State נתונים אלו אף עלולים לכפות על ספקי אמצעי הייצור לדרוש עבור שירותיהם - בין אם בהפקת שידורי כדורגל ובין אם בהפקת תכניות אחרות עבור הזכיינים⁽⁷⁸⁾ - את המחירים אשר יקבעו הזכיינים בשל כוחם המונופסוני.⁽⁷⁹⁾

62. ההסדר המשותף מפחית אף את התחרות בשידור תכניות כדורגל ותכניות ספורט

בין הזכיינים. שידורי כדורגל נצפים על ידי קהל מטרם מוגדר וזוכים לרמת עניין גבוהה. אותו קהל יעד מוגדר מקצה, לרוב, זמן צפייה מוגדר. לשידורי כדורגל ומחלקו בין ימי השבוע.⁽⁸⁰⁾ ההסדר בין הזכיינים מעניק לאותו זכיון אשר ביחידת השידור שלו נכלל יום השבת זכות בלעדית להפקה, שידור ומכירת זמן פרסום. אולם, הואיל וההסכם בין הזכיינים קובע כי כל רווח מפרסום בשבת במהלך שנת שידור, העולה על 1 מיליון דולר, יחולק שווה בשווה בין הזכיינים, שני הזכיינים שאינם הזכיינים המשרדים בשנה מסוימת עלולים להימנע מלהתחרות בזכיון המשרד בתחום תכניות כדורגל. כלומר, הם עלולים שלא לשבץ תכניות כדורגל בימי השידורים השייכים ליחידת השידור. הימנעות זו תבטיח כי הצפייה בתכניות הכדורגל של הזכיון המשרד בשבת תהיה מכסימלית (שהרי האלטרנטיבות להקצאת הזמן הפנוי לכדורגל יצומצמו), ובהתאם, רווחיהם של הזכיינים, לפתע לשלושת הזכיינים קיים אינטרס כלכלי דומה ולא מתחרה. ואכן, כל צופה בתכניות הערוץ השני נוכח לדעת כי בתחומים, בהם אין הסכמים בין הזכיינים, עומד לרשות הצופה היצע של תכניות ממנו ניתן לבחור את התכנית המועדפת.⁽⁸¹⁾ בכדורגל - מקומי ועולמי - ההיצע אשר מעניקים לנו זכייני הערוץ השני לצופי הטלוויזיה מצומצם.

63. הזכיינים מצדיקים את קיומו של ההסדר הכובל בכך שהוא מאפשר לחלק את הנטל המימוני עם שני בעלי הזכויות האחרים, כך שהעלות תתפרש על פני שלוש שנים במקום על פני שנה אחת. אכן, שיקול כבד משקל. אולם, הואיל וכל הסדר כובל מקטין את הסיכון העסקי הנובע מעצם צימצום התחרות בין הצדדים לו, מקומו של שיקול זה בשלב האישור של ההסדר הכובל בהתאם להוראות חוק ההגבלים. שיקול זה אין מקומו בשלב הבדיקה, אם ההסדר עלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים.

64. אשר על כן, בהתאם לסמכותי על פי סעיף 43(א)(1) לחוק ההגבלים, אני קובע, כי ההתארגנות של שידורי קשת בע"מ, רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ וטלעד אולפני ירושלים בע"מ לרכישה משותפת של זכיון השידור של משחקי כדורגל, הכל כמפורט לעיל, מהווה הסדר כובל.

דברי סיום

64. אשר על כן, בהתאם לסמכותי על פי סעיף 43(א)(1) לחוק ההגבלים, אני קובע כי ההצעה המשותפת של שידורי קשת בע"מ, רשת חברת תקשורת והפקות (1992) וטלעד אולפני ירושלים בע"מ, להתאחדות לכדורגל בישראל, כמו גם ההסכם בין הזכיינים בעקבות זכיותם במכרז וההסכם בין הזכיינים לבין ההתאחדות לכדורגל בישראל, מהווים, כל אחד בעומדו בוד, ובפרט בעומדם כמקשה אחת, הסדר כובל.

(78) ראה סעיף 6.1.5 למכתבם של הזכיינים (א.א. 1 14/11/94 בעמ' 12): "אנו סבורים שהפקת מגוון ספורט ישראלי אינה שונה כלל מהפקת מגוון בכל נושא אחר כגון: בריאות, צרכנות, פנאי וכדומה".

(79) הזכיינים טוענים בהקשר זה כי הואיל וכל אחד מהם נותר אחראי, בנפרד, על הפקת ימי השבת אשר בתחום הזכיון שלו ומכירת זמן הפרסום ביחידת השידור שלו אין כל חשש מצמצום הגורמים המתחרים בשוק על אמצעי הפקה. אין אנו מקבלים הסבר זה. כל זכיון מקבל את זכות השידור בתורו. ברור לאותו זכיון אשר אינו משרד בשבת כי תחרות ברכישת אמצעי הפקה עם הזכיון המשרד בשבת תוביל להעלאת מחיר שירותי ההפקה עבור שניהם. הזכיון אשר אינו משרד בשבת יאלץ לשלם את עליית מחיר שירותי ההפקה כתוצאה מהתחרות ברכישתם פעמיים: פעם אחת - עבור התכנית שהוא מפיץ בעצמו; ופעם שנייה דרך החוזר ההוצאות לזכיון המשרד בשבת - הזכיינים ויר מתחלקים, בחלקים שווים, בעודף ההוצאה של הפקת שידורים בשבת (סעיף 3.3 להסכם בין הזכיינים). מכאן, שלעצמאותו של הזכיון בתחום הצילום, ההפקה והשידור אין כל משמעות בהיבט של צמצום הגורמים המתחרים בשוק על אמצעי הפקה. יתרה מזו, גם ההסדר השני של הזכיינים, לפיו קיימת עצמאות במכירת זמן פרסומם, חסר כל משמעות תחרותית הואיל ולא רק ההוצאות אלא גם הרווחים מתחלקים בחלקים שווים בין הזכיינים בכל שנת שידור וכל רווח מפרסום מעל 1 מיליון דולר. ראה סעיף 3.3 להסכם בין הזכיינים. במצב דברים זה העצמאות, כביכול, של הזכיון המשרד עלולה להפוך לחסרת חשיבות בהיבט התחרותי.

(80) אכן, כאשר מתרחשים אירועי ספורט מיוחדים עולה משך הזמן המיועד לצפייה באירועי ספורט ואופן חלוקתו. אולם ראה הי"ש 77.

(81) ראה למשל את ההיצע בתחום תכניות המתיחות - לכל זכיון תכנית מתיחות משלו. כן ראה את ההיצע בתחום התכניות בנק מחלקים פרטים רבי-ערך בשיטה זו או אחרת.

בעניין

65. כאמור בסעיף 43(ה) לחוק ההגבלים תהיינה קביעות אלו ראייה לכאורה לנקבע בהן בכל הליך משפטי. כאמור בסעיף 43(ו) לחוק ההגבלים, אין בקבלת החלטתי זו כדי למנוע או לעכב מלהעמיד לדין פלילי אדם שעבר על הוראות סעיף 47(א) (1) לחוק ההגבלים.

66. שלושת החברות הזכייניות - רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ, שידורי קשת בע"מ וטלעד אולפני ירושלים בע"מ - מנהליהן הכלליים⁽⁸²⁾ ומר עבדי, רשאים לערוך עליה, או על חלקה, לבית הדין להגבלים עסקיים, תוך שלושים יום מיום שהודעה עליה תומצא לה.

העתק החלטתי יימסר לרשות השניה לטלוויזיה ורדיו, לידיעה ולכל פעולה שתימצא ראויה.

הדין
לשכת שו
המקרקעין
מת"מרת
הנמוך מן
האמור בת

חממו

א. (1)

ד"ר יורם טורבוביץ
הממונה על ההגבלים העסקיים

ביתן היום, 12.4.95.

(2)

(3)

(4)

(5)

ב. (1)

(2)

ג. (1)

(2)

(82) מר אלכס גלעדי (מנכ"ל קשת), מר עוזי פלד (מנכ"ל סל-עד) ומר יוחנן צנגן (מנכ"ל משותף ברשת).