



רשות ההגבלים העסקיים

הכרזה בדבר מונופולין - עיתון יומי בשפה העברית:

"ידיעות אחרונות"

I. מבוא

ענף העיתונות העברית היומית מאופיין, אולי יותר מכל ענף אחר, בהיותו ענף מקומי: שפתו עברית, מרבית יוצריו הם בני המקום וצרכניו ישראלים המה. ענף זה מורכב משלושה עיתונים עיקריים, שהם "ידיעות אחרונות", "מעריב" ו-"הארץ". הראשון שבהם שולט על למעלה ממחצית הענף, השני שבהם שולט על כרבע מהענף, והאחרון שבהם שליטתו מתקרבת לכעשירית מן הענף. מבנהו של ענף העיתונות אוליגופוליסטי, באשר הוא נתון לשליטתם של מעטים, אפשרויות כניסתם של מתחרים חדשים לענף זה מקרוב יבואו איננה מצטיירת כמעשית, וכמובן, עיתוני היבוא אינם לוקחים חלק בזירת התחרות הרלבנטית.

נמצא איפה כי ידיעות אחרונות הוא בבחינת בעל מונופולין באספקת עיתונים יומיים בשפה העברית, כמשמעות המונח בסעי' 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988 (להלן: "החוק" או "חוק ההגבלים"). אסביר מסקנתי ודבר הכרזתי על כך. אקדים דברים בנוגע לפניות להכריז על ידיעות אחרונות כעל בעל מונופולין, אציג את מאפייני תחום העיתונות אמשיך להצבת גדר השוק הרלבנטי, חלקו של ידיעות אחרונות בשוק זה, ואסיים בכך שאעמוד בקצרה על טיבה של הכרזה זו.

II. הפניות להכרזה על בעל מונופולין

1. זה מכבר התבקש הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן: "הממונה") להכריז על ידיעות אחרונות בע"מ (להלן: "ידיעות" או "ידיעות אחרונות") כעל בעל מונופולין בתחום העיתונות היומית. עוד במחצית שנת 1990 פנה מר דניאל כדן אל הממונה דאז, בבקשה כי יכריז על ידיעות כעל בעל מונופולין. נמצא אז, כי באותו שלב, טרם התגבשו היסודות להכריז על ידיעות אחרונות כמונופול.

2. בחודש אוגוסט 1992 הגיע פנייה נוספת, ממר יעקב כפיר, דאז מנכ"ל מעריב - הוצאת מודיעין בע"מ (להלן: "מעריב"), שאף פניה הכרזת ידיעות כבעל מונופולין. מעריב התייחס בפנייתו ל"ענף עיתוני הערב היומיים בשפה העברית", ולשיטתו די בכך שידיעות מעיד על עצמו במודעות הפרסום כי 72.8% מהאוכלוסייה קוראים את ידיעות אחרונות כדי לחייב את הממונה להכריז על ידיעות כעל בעל מונופולין.¹ בפגישות שקיימנו עם אנשי מעריב, התייחסותם הייתה אל תחום העיתונות היומית בשפה העברית, בבחינת השוק הרלבנטי לאומדן חלקו של ידיעות בשוק. התייחסות זו אף מוצאת ביטוייה בפנייה מאוחרת יותר של מנכ"ל מעריב, המציין במכתבו:

אם תעיין בנתונים, תיווכח לדעת ששלושת העיתונים הגדולים המבוקרים מהווים כ- 85% מהשוק, הם חלק נכבד של השוק, המצביע בוודאות על היות "ידיעות אחרונות" מונופול המחזיק מעל 51% מהשוק, אי לכך אין שום הצדקה שמספר רק של עיתונים קטנים המהווים בקושי 15% מגודל השוק ומתעקשים בתוקף (שלא) להגיש את עיתוניהם לביקורת ציבורית יקבעו אם "ידיעות אחרונות" יוכרז כמונופול או לא.²

¹ מכתבו של מנכ"ל מעריב דאז, מר יעקב כפיר, לרשות ההגבלים העסקיים (להלן: "רשות ההגבלים"), מיום 15 בספטמבר 1992.

² מכתבו של מנכ"ל מעריב דאז, מר יעקב כפיר, לרשות ההגבלים, מיום 28 בינואר 1993.

3. בראשית שנת 1994 פנה העיתונאי יואב יצחק ואף בפיו הבקשה כי ידיעות יוכרזו כבעל מונופולין בתחום העיתונות בשפה העברית. לאחר פנייתו טרח מר יצחק והדגיש את חשיבות ההיענות לפנייתו, בהסבירו באחת מתזכורותיו כי:

דרישתי הועלתה נוכח חלקו של ידיעות אחרונות בשוק העיתונים בישראל, העולה בהרבה על מחצית מכלל מכירות העיתונים בישראל. נימקתי זאת גם באחזקותיה הצלבות של קבוצת ידיעות אחרונות: ברשת מקומונים, בערוץ השני בטלוויזיה בישראל, ברשת הכבלים ערוצי זהב ובעוד שורה של החזקות (חלק מהן סמויות) באמצעי תקשורת שונים.³

4. פנייה נוספת נשלחה על ידי "הארגון למימוש האמנה על בטחון סוציאלי (ישראל-גרמניה)" הטוען להיות ידיעות בעל מונופולין על יותר ממחצית "שירותי העיתונות בישראל". עוד ציין המתלונן כי, לדעתו, לו היה ידיות מוכרז כמונופול היה הוא חייב להיענות לבקשתו ולפרסם מודעה בתשלום התוקפת כתבה שפורסמה אודותיו בידיעות, ואשר לטענתו יש בה משום הוצאת לשון הרע.

5. מתלונן אחר הוסיף לבקשתו בדבר הכרזת קיומו של מונופולין כי יוצהר ש"תנאי הפרסום בלוח ידיעות אחרונות" הם בבחינת הסדר כובל, וכי תנאים אלה צריך שייקבעו על דרך ניסוחו של חוזה אחיד מאושר, כאמור בחוק החוזים האחידים, התשנ"ג - 1982.

6. לאחרונה, התלונן בפנינו מר עובד ניר, מנכ"ל מקומוני הד הקריות בע"מ כי ידיעות אחרונות משתמש בכוחו המונופוליסטי על מנת להתחרות עמו בתחרות לא הוגנת בענף העיתונות המקומית. לשיטת מר ניר, "ידיעות תקשורת בע"מ", חברה אחת לידיעות אחרונות, מוכרת שטחי מודעות פרסום לעיתוניה המקומיים בצפון, הנושאים את השם "ערי המפרץ" במחירי היצף היוצרים "תחרות בלתי אפשרית", שכן:

נראה לי של"ידיעות אחרונות" שהשקיעו בשניים האחרונות מיליוני שקלים בתחרות נגדי יש עניין ברור להמשיך להשקיע כסף ממקורות של העיתון המונופוליסטי, תוך שימוש בכח ההפצה של ידיעות והשקעה מסיבית של כסף בחברת הבת, על מנת להוציא אותי מהשוק באמצעי היצף.⁴

7. בדיקה ראשונית של נתוני התפוצה של העיתונים היומיים בישראל שנערכה בשנת 1993 לימדה כי חלקו של ידיעות הגיע כדי מחצית מתחום העיתונות היומית בשפה העברית; אך נתח השוק הצטייר כגבולי, ספק מעט למעלה ממחצית התחום (אז לכאורה הוא איננו בבחינת מונופולין). ובכלל, המסד העובדתי אז לא אפשר נקיטת עמדה מוסמכת, וכזו אכן לא ננקטה.

8. בנסיבות אלה מצאתי לנכון לשוב ולבקש מהעיתונים היומיים ליתן בידי, בהתאם לסמכותי לפי סעי' 46 (ב) לחוק ההגבלים, תוך התחייבות שנתונים אלה יישמרו בחשאיות, דו"ח מכירות מאומת, בחדש חודשי ותוך אבחנה בין עיתון יום חול לעיתון יום שישי וערבי חג. כמו כן התבקשו והתקבלו הערכות פלחי שוק שהוערכו על ידי המעורים בענף.

9. בינתיים, ביום 30.11.93 אף נסגר העיתון היומי "חדשות", ונתח שוק זה שהתפנה, עשוי היה אף הוא להביא לשינוי במעמדו של ידיעות בשוק.⁵ מידע נוסף בנוגע לחשש להסדרים שונים בתחום העיתונות, המכילים בקרבם פוטנציאל לכאורה לפגיעה בתחרות, אך חיזק את הצורך בבחינת השאלה נשוא ענייננו.

³ מכתבו של מר יואב יצחק, תזכורת, לרשות ההגבלים, מיום 12 בספטמבר 1993.

⁴ מכתבו של מר עובד ניר, מנכ"ל הד הקריות בע"מ, משל רשת מקומוני שוקן, לרשות ההגבלים, מיום 1 במרץ 1995.

⁵ ביום 31.3.95 נסגר גם העיתון היומי "על המשמר", אך לסגירתו של זה לא נודעת חשיבות של ממש על התחרות בענף, גם גורלו של העיתון היומי "דבר" לוט בערפל.

III. מאפייני תחום העיתונות

10. המוציא לאור של עיתון יומי בעל תפוצה כללית שזור שלושה יסודות עיקריים: האחד, איסוף והפצת חדשות, מידע ופרשנות; השני, מכירת שטחי פרסום למפרסמים מסחריים ופרטיים, והשלישי, מכירת העיתונים לקוראיו. פעילויות אלה כרוכות ותלויות זו בזו כדי מערך אחד, המייצר מוצר אחיד במסגרתו והמתחדש מדי יום ביומו בתכניו ועיקריו.

11. העיתון יביא הכנסותיו ממכירת עיתונים וממעירת שטחי פרסום. הקשר בין האחרון לראשון הוא יחס ישר: ככל שתגדל לתפוצת העיתון ומכירותיו, כן יגדל הביקוש לשטחי הפרסום שעל דפיו,⁶ ולהפך.⁷ בדרך כלל, החלק הארי של הכנסות העיתון ינבעו ממכירת פרסומות, שמבלעדין אין לעיתון קיום.⁸ ההצלחה במכירת שטחי פרסום תלויה בהצלחת מערכת העיתון לייצר עיתון שהקורא חפץ לקרוא. הצלחת המערכת מצידה תלויה עד מאד במקורות שיועמדו לרשותה, ומקורות אלה ינבעו בדרך כלל ממכירת שטחי הפרסום, כאשר היקף מכירות אלה תלוי ביחס ישר בתפוצת העיתון וחוזר חלילה.

12. עיתון יומי בעל תפוצה כללית, להבדיל מעיתון מקומי או עיתון מתמחה, יאופיין ככלי המדווח באופן מלא ואמין על אירועים בינלאומיים, לאומיים, חדשות מקומיות, ענייני כלכלה, מאמרי פרשנות וביקורת, לוחות אירועי תרבות ושידורי רדיו וטלוויזיה, ומידע נוסף העשוי לעניין את תושבי המדינה הקוראים את העיתון.

13. תעשיית העיתונות בישראל מצטיירת כשמורה המוגנת מפני איום תחרותי בדמות כניסה של מו"ל שיציע לציבור עיתון יומי חדש בעל תפוצה. מחסומי הכניסה לענף אינם מצטמצמים רק במכשלות המקובלות והקשות לחצייה של הצורך להשקיע דמים הרבה בהקמת מערכת, גיוס סגל מוכשר ומיסוד מערך הדפסה והפצה, אלא שבתנאי הארץ ותושביה נדמה שנאמנותם של הקוראים, ובעקבותיהם של המפרסמים, לעיתונים הקיימים, כמעט שאיננה מותירה סיכוי להרחבת מעגל המתחרים בענף.⁹ הדעת נותנת, כי התנסויות העבר ייטו לגרש מכל יום מחשבה בדבר אפשרות כניסה לענף, שכן הניסיון לימד שגם השקעה מרובה של גורמים עתירי ניסיון והון, לא הועילה לביסוס עיתון יומי נוסף.

⁶ השווה: Times picayune Publishing Co. v. United States, 345 U.S. 594, 73 S.Ct. 872, 875, 97 L.Ed.

"But every newspaper is a dual trader in separate though interdependent markets" (1953) 1277 המציין כי.

Kmiston Y. Daily markets, it sells the papers news and advertising content to its readers."

Review Lnc., 548 F.2d. 795, 804 (9 Cir 1976)

⁷ Michigan Citizens for an independent press v. R. Thorenburgh U.S. Attorney General 868 I 2d 1285, 1288 (D.C. Cir. 1989) המציין כי: "The fate of a struggling newspaper is thought to be" determined by the close interrelationship between circulation and advertising revenues השווה גם: United States v. Greater Buffalo Press, 402 U.S 549, 554 (1971).

⁸ ראה מכתבו של ידיעות אחרונות לרשות ההגבלים, מיום 9 בדצמבר 1990, המציין כי "מכירת העיתון היא מרכיב יחסי נמוך בסה"כ הכנסות העיתון. עיקר ההכנסה נובע ממכירת פרסום". השווה גם Times Picayune לעיל, בעמ' 878, המציין כי "Advertising is the economic mainstay of the newspaper business Generally, more than two thirds of the newspaper's total revenues flow from the sale of advertising space".

⁹ השווה, David C. Coulson, Antitrust Law and the Media Making the Newspapers Safe For The Democracy 57 Journalism Quarterly 79 81 (1980) המציין ביחס לארה"ב כי: "The newspaper industry has reached a point where it is nearly economically impossible to operate a competing newspaper nearly financially impossible to purchase a prosperous one and generally impossible to establish a nearly financially impossible to purchase a prosperous one and generally impossible to establish a newspaper in a city where one already exists".

14. יתרה מזאת, כאמור, איכותו וכושרו התחרותי של עיתון קשורים באופן הדוק לעלות הפקתו ולגובה הכנסותיו. עיתון בעל תפוצה נאותה יכול להרשות לעצמו למעסיק צוות מיומן של עורכים, עיתונאים וכוחות עזר, מהלך שמצידו מסייע לעיתון להגביר את תפוצתו, ובמקביל להגדיל את מכירת שטחי הפרסום שבין דפיו וחוזר חלילה.¹⁰ יתרון זה לגודל מבצר את מעמדם של הגורמים המצויים בענף, ומקשה על כניסתם של גורמים חדשים. האחרונים, אפילו יסברו שיש כדאיות להשקעות המאסיביות הנדרשות, ואפילו יהיו בעלי אורך הרוח הנדרש במעלה הזקוף והארוך של בנייה הדרגתית שלקהל קוראים וקהל מפרסמים, עדיין יתקלו הם בקושי נוסף של גיוס אנשי מקצוע מעולים, שכן אלה כבר רתומים אצל העיתונים הקיימים. קיצורו של דבר, יש מקום לסברה, כי במקרה הטוב, מה שישנו הוא שיהיה: הענף יוותר ענף ריכוזי, אוליגופוליסטי, בשינויים פנימיים כאלה או אחרים, שהזמן יגרם.

IV. העיתונות הכתובה לעומת המשודרת

15. כידוע, בתחומי התפרסומות של ממלכת התקשורת תמצא לצד העיתונות הכתובה, העיתונות המשודרת שביטוייה שידורי רדיו וטלוויזיה, אכן, עיתונים יומיים, שבועיים, רדיו וטלוויזיה עוסקים כולם באספקת מידע לציבור, ובדרך כלל, גם במכירת פרסומות. חרף קיומם של תחומי השקה וחפיפה של ממש בין העיתונות המשודרת או האלקטרונית, אין האחת בבחינת מוצר תחליפי קרוב של האחרת. התקשורת האלקטרונית איננה מתיימרת, ואיננה מספקת בפועל, את אותו מגוון ופירוט של חדשות ונושאי אקטואליה כאלה המוצאים את ביטויים בעיתונות הכתובה.

16. אף מבחינת מהות המוצר, העיתון המודפס ימצא בחיקם של הקוראים, היכולים לקרוא בו בזמן ובמקום הנוח להם ולסובבים אותם בעוד ששידורי רדיו וטלוויזיה ניתנים לקליטה רק בשעת השידור ובמקום בר-קליטה. השידור כשלעצמו מטבעו הוא בן חלוף, בעוד שהעיתון מודפס שחור על גבי לבן, נשאר על מקומו וניתן לחזור אליו ולדפדף בו או לשומרו בארכיון נגיש. אמצעי השידור מסוגלים להביא את התמונות והקולות באופן רציף לאורך היממה, בעוד שהעיתון אוגר אינפורמציה יומית המתפרסמת במועד שבו רואה העיתון אור, ולאחר שהחומר עובר תהליך עיבוד ועריכה. כניסתו הצפויה של "העיתון האלקטרוני" תציג בפני הצרכן מוצר חדש, בעל תכונות מעורבות (היברידיות), אך דומה כי בעיקרו יהיה בן "משפחת" העיתונות הכתובה דווקא.

17. כנגזר מטבעו הייחודי של כל אחד מאמצעי הביטוי, שונים הם הדגשים התוכניים המובעים בכל אמצעי. השינויים הטכנולוגיים אמנם הולכים ומטשטשים את קו הגבול שבין שני התחומים, אך ההבדל, לענייננו, בעינו נשאר. למעשה, מדובר במוצרים שיש בהם יסוד רופף של תחליפיות, יסוד מוצק של השלמת המוצר האחד בידי המוצר השני, ובליבת פעילותם המדובר בענפים השונים זה מזה.

18. אדם המבקש לרכוש חבילה הכוללת את חדשות היום, את המתרחש בתחומי הכלכלה ושערי המניות, בתחומי הספורט לשדרותיו, אירועי תרבות, מידע בדבר פטירות ולידות או מבצעי מכירות נזקק לקרוא עיתון. מלוא מבוקשו לא יימצא לו בשום מוצר זולתו. אכן, תחום העיתונות מיוחד כתחום כלכלי עצמאי ונפרד משאר תחומי התקשורת,¹¹ ובגדרו אפשר ועוד יימצאו ענפי משנה נפרדים.

¹⁰ השווה, Citizen Publishing לעיל, בעמ' 985, המציין כי "The quality of a newspaper is directly related to its cost and revenues. A properly Financed newspaper can afford to employ a qualified staff of reporters, editors and assistant editors. There is keen competition among newspapers for such personnel."

¹¹ ייחוד זה, הוא אף שעמד, מן הסתם, ביסוד הקמתו של "איגוד העיתונים היומיים בישראל" זהו איגוד שבו חברים הבעלים והמנהלים של העיתונים היומיים, ולמעשה - המו"לים של העיתונות הכתובה הארצית; ר' ד. כספי, י. מור, המתווכים, אמצעי התקשורת בישראל 1948-1990, עמ' 23 (1992).

19. ראייה נוספת לבידול זה שבין תחום התקשורת הכתובה לתקשורת האלקטרונית תמצא בכך שלא נשמעה הטענה כי תפוצת העיתונים בארץ, או הכנסותיהם ממכירת עיתונים נמצאה נפגעת עקב פעילותה של הטלוויזיה, בין אם עקב כניסתו לפעולה של הערוץ הממלכתי בשלהי שנות השישים, ובין בעקבות כניסתו לפעולה של הערוץ המסחרי שהחל פעולתו אך לפני כשנה. בדומה, אין טוען כי העלאת מחירי העיתונים היומיים, למשל, עקב עלייה במחירי התשומות, משפיעה על היקף הצפייה בטלוויזיה בכלל, או בתוכניות החדשות והאקטואליה בפרט.

20. שונים הם לכאורה פני הדברים בנוגע לשוק מכירת הפרסומות, שבו ההתמודדות על תקציבו של צרכן שירותי הפרסום, דהיינו המפרסם, חוצה את כל שדות המדיה: עיתונות כתובה, שידורי רדיו וטלוויזיה, פרסום חוצות לסוגיו, דיוור ישיר, קולנוע, מדריכי טלפון מסווגים, פרסום בנקודות המכירה ועוד.¹²

21. תחרות בשדה הפרסום שבאה בעקבות התבססותם של שידורי הערוץ השני המסחרי הביאה, להערכת פרסומאים, להתכווצות של ממש בחלקם של העיתונות, פרסום החוצות והרדיו ב"עוגת הפרסום", לטובת תחום הפרסום בטלוויזיה, כמו לירידת מחירים והנחות ברכישת שטחי פרסום במדיה הלבד טלוויזיונית.¹³ בדוע, שיש סוגי מוצרים שבדרך כלל ייועד עיקר תקציב פרסומם לעיתונות, כמו מבצעי הנחות של רשתות שיווק, חברות תעופה ושאר פרסומות עתירות פרטים, ויש סוגי מוצרים שעיקר תקציבי פרסומם ייועד לטלוויזיה, כמו חומרי ניקוי ומזון ושאר פרסומות עתירות תדמית, ובתווך ימצאו כל אותם מוצרים שתקציבם יתפזר בין האמצעים השונים, כמו מוצרי אלקטרוניקה ורכב.

22. אכן, שאלת קיומו או אי התקיימותו של שוק נפרד לפרסומות בעיתונות מורכבת היא.¹⁴ מחד, אפשר ונוכח הקשר ההדוק בין שוק מכירת העיתונים ושוק מכירת הפרסומות, ונוכח קיומו העצמאי של השוק הראשון, כי אז לא תמלט המסקנה כי אף שוק מכירת הפרסומות בעיתונות הוא בבחינת שוק עצמאי. כחיזוק לדעה זו ניתן אף לטעון כי הפרסום בעיתונות אמנם התגלה כרגיש ותחליפי לפריצתה של הפרסומות המסחרית בטלוויזיה, אך הדעת נותנת כי לאחר תקופת הסתגלות והתאמה, יאופיין כל שוק בקהל לקוחותיו, שרגישותו לשינויי מחיר תהיה כמקובל בכל תת ענף עצמאי. מאידך, תמונת השוק כרגע מלמדת, לכאורה, על קיומו של מעין שוק אחד, שכן בין ענפי המשנה מתקיימת תלות יחסית גדולה המוצאת ביטוי בתחרות מסחרית ערה בין ערוצי הפרסום ההמוני והמלווה בירידת מחירים אפקטיבית בקרב אמצעי הפרסום המסורתיים. מכל מקום, הואיל ושוק הפרסום רואה עתה שינויים גדולים, ומאחר וענייננו מתמקד בשוק אספקת העיתונים היומיים בשפה העברית, ניתן להשאיר את ההכרעה בשאלה האמורה לעת מצוא.

¹² ראה: י. הורניק, י. ליברמן, ניהול הפרסום 33 1994 המצביעים על מאפייני תמהיל העידוד המסחרי, והשיקולים בקביעתו. בשוק מצויות מספר תוכנות מחשב שתפקידן לסייע למפרסם ולפרסומאי להקצות את מכלול תקציב הפרסום או קידום המכירות בין אמצעי הפרסום השונים, בהתאם לעלותם ולמאפייני המוצר או השרות שפרסומו מתבקש, כמו למשל תוכנת "טלסקר" מבית Telmar בארה"ב או תוכנת Shijuv Media Planing.

¹³ מר מודי כידון, שנה לערוץ השני: השינויים וההשפעות שחלו בשוק הפרסום (המכון הישראלי לדמוקרטיה, ו' ו-ז' כסלו, תשנ"ה, 9-10 בנובמבר, 1994) המציין כי להערכתו "הגיע ערוץ 2 בשנת הפעילות הראשונה ל- 20% משוק המדיה... העיתונים שינו את מדיניות המחירים וגילו גמישות והנחות כפי שלא גילו מעולם" כאשר עוגת הפרסום בעיתונות היומית, השבועונים, פרסום חוצות ורדיו התכווצה על חשבון נתח השוק שנכבש על ידי הטלוויזיה המסחרית.

¹⁴ Citizen Publishing לעיל, בעמ' 989-991 המציין כי למרות שמטרת כל פרסומת היא הפצת מידע מסחרי על מוצר או שרות, ולמרות התחרות הערה בין כל אמצעי הפרסום "Newspapers are significantly different from other advertising media" דהיינו, הפרסום בעיתונות הוא בבחינת שוק נפרד. יחד עם זאת, שם נמצאה מידת תחליפיות נמוכה יחסית, מן הסתם מאחר והפרסום בעיתונות ובטלוויזיה התקיים שם בצוותא חזא מזה שנים קודם למתן פסק הדין. וראה גם: U.S. V. Times Mirror Co, 274 F Supp. 606, 617-618 (1967).

V. התשתית המשפטית

23. חוק ההגבלים משנת 1988, לעומת קודמו משנת 1959, נועד להגביר את הפקוח על פעילות המונופולין כדי למנוע פגיעה הנגרמת מהשליטה של המונופולין בשוק.¹⁵ המחוקק נקט בסעי' 26 (א) לחוק במבחן מבני, מכאני משהו, המקים חזקה חלוטה כי שליטה העולה על מחצית אספקת הנכסים או השירותים, מבטאת שליטה ומעמד דומיננטי. במקביל, מקנה סעיף 26 (ג) לשר התעשייה והמסחר את הסמכות לקבוע, לגבי נכסים או שירותים מסוימים, קיומו של מונופולין גם בשיעור שליטה הנופל מחצית, אם מצא - לפי המלצת הממונה - שלמי שבידיו ריכוז נמוך יותר יש השפעה מכרעת בשוק.¹⁶ החוק הקיים, כקודמו, אינו אוסר על קיום מונופולין, אלא שהוא סולל את הדרך לפקוח על התנהגותו, ובמקרים ראויים, לביצוע שינויים מבניים.¹⁷

24. מונופולין מוגדר בחוק כ"הגבל עסקי", בבחינת מבנה שוק שאיננו תחרותי. סעי' 26(א) לחוק ההגבלים קובע כי לעניינו יראו כמונופולין:

ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או מכלל רכישתם, או של יותר ממחצית מכלל מתן שירותים, או מכלל רכישתם, בידי של אדם אחד (להלן - בעל המונופולין). על קיומו של מונופולין כאמור יכריז הממונה בהודעה ברשומות.

אכן, נקודת המוצא עניינה זיהוי השוק הרלבנטי, דהיינו הזירה התחרותית שבגבולותיה ייבדקו שיעורי השליטה של המתחרים השונים.

א. הגדרת "השוק הרלבנטי"

25. המונח "כלל אספקת נכסים" המופיע בסעי' 26 (א) האמור, עניינו שוק הנכסים או המוצרים הנוגע לעניין. הספרות מלמדת כי שוק יחבוק בין זרועותיו את קבוצת המוצר הבסיסי ביותר המאפשר לחברה מונופוליסטית היפותטית להעלות את מחיר המוצר באופן ממשי ולאורך זמן מעל המחיר הנוכחי בשוק ובאורח של יפגע ברווחיותה. הקביעה מהו הנכס או השרות הרלבנטי משמעה קביעת גבולותיו - באספקלריית מהות המוצר ובאספקלריה גיאוגרפית - של הענף הרלבנטי.

מסביר Hovenkamp כי לשיטת דיני התחרות הנוהגים בארה"ב:

A relevant market is the smallest market for which the elasticity of demand and supply are sufficiently low that a firm with 100% of that market could profitably reduce output and its price substantially.¹⁸

וגישה דומה נהוגה בדיני התחרות של האיחוד האירופי, שם:

....the relevant product market will, as a broad general rule, comprise identical products or products considered by consumers to be interchangeable having regard to their

¹⁵ הצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד - 1983, הצעות חוק 1647, עמ' 39 (א' בכסלו התשמ"ד, 7.11.1983).

¹⁶ הצ"ח חוק ההגבלים, לעיל, בעמ' 53.

¹⁷ השווה: דברי הכנסת, דברי שר התעשייה והמסחר, הדיון בהצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד - 1983 (קריאה ראשונה), הישיבה ה- 246 של הכנסת העשירית (ט' בכסלו התשמ"ד, 15 בנובמבר 1983). ראה גם: P. Areeda & L. Kaplow, Antitrust Analysis Problems, Texas, Cases 470 (1988, 1993 Supp)/ המרכזית הינה: "The relationship of power and conduct".

¹⁸ ראה: H. Hovenkamp, Economics and Federal Antitrust Law

characteristics, price or use taken together, but narrower markets may exist based on characteristics, price or use taken individually.¹⁹

26. יוצא איפה, כי כאשר הממונה מפעיל את שיקול דעתו לצורך תיחום גבולותיו של הענף הרלבנטי בו פועל אדם שנטען לגביו כי הוא בעל מונופולין, נקודת הפתיחה תהא כי הענף הרלבנטי כולל רק את המוצר הנמכר על ידי אותו אדם ("המוצר המצומצם ביותר"), ובהמשך תבחן מידת תחליפיות הביקוש, ובמידת מה גם תחליפיות ההיצע, בין המוצר המצומצם לבין מוצרים אחרים, בעת עריכת בחינת תחליפיות הביקוש יש לשקול, בין היתר את הפרמטרים הבאים: גמישות הביקוש הצולבת בין המוצרים, מחירי המוצרים, קשרי הגומלין בין מחירי המוצרים, הנתונים הפיזיים והאובייקטיביים של המוצרים, מבנה הביקוש וההיצע והפרספקטיבות בקרב הנפשות הפועלות.²⁰

ב. עיתונות יומית בשפה העברית

27. כנובע מן האמור לעיל בדבר מאפייני תחום העיתונות הכתובה זהו מתחם פעילות נפרד ועצמאי מתחומי התקשורת או המדיה בכללה. המבקש לאתר את הזירה התחרותית בתחום העיתונות עצמו, יידרש לברור אותם נדבכים המהווים בהשתלבותם את ה"שוק הרלבנטי". ליבו ועיקר מניינו ובניינו של שוק זה מחירים ומוכרים לכל, והרי הוא מתמצה בשלושת העיתונים הגדולים במדינה: "ידיעות אחרונות" שנוסד בשנת 1939, "מעריב" שנוסד בשנת 1948 ו-"הארץ" שנוסד בשנת 1918. שני הראשונים הם להלכה בבחינת עיתוני צהרים או ערב, ואילו האחרון הוא הלכה ולמעשה עיתון בוקר. בעקבות שינויים בהרגלי הצריכה ובדרכי הייצור, מופצים "עיתוני הצהרים והערב" בשעות הבוקר המוקדמות, ועיתון הארץ אך מקדים אותם בשעות ספורות. הבעלות בעיתונים אלה היא פרטית.

28. מחיר עיתוני ידיעות ומעריב עומד ביום חול על 2.40 ש"ח, ובסוף שבוע על 5.00,²¹ בעוד שמחיר עיתון הארץ גבוה יותר, ומחירו עומד ביום חול על 4.30 ש"ח ובסוף שבוע על 5.20 ש"ח. מכירות עיתון הארץ נעשות בעיקרן למנויים הרוכשים מנוי חודשי או שנתי, והעיתון מובא אל פתח ביתם מדי בוקר. לעומת זאת, עיתוני הערב נמכרים בנקודות מכירה קמעונאיות רבות ברחבי המדינה, כאשר לאחרונה החלו אף שני עיתונים אלה במבצע החתמת מנויים. כיום מדפיסים שלושת העיתונים הדפסה צבעונית.

29. שלושת העיתונים מורכבים ממספר קונטרסים. עיתוני הערב כוללים מדי יום את קונטרס החדשות, המגאזין היומי, כלכלה וספורט, לצד קונטרסים שבועיים כמו בישול, משק בית, נשים ועוד. עיתון הארץ מורכב אף הוא משלושה קונטרסים קבועים, חדשות, כלכלה, ועמודי פובליציסטיקה ופרשנות, לצד קונטרסים מיוחדים. העיתונים כולם מוכרים ביום שישי ובערבי חג מהדורת סוף שבוע, שהיא יקרה יותר, ועתירה יותר בתוכנה, במהותה ובקונטרסיה. בעבר היה מעריב העיתון הנפוץ ביותר במדינה, אך מראשית שנות ה-70 החל תהליך של גידול יחסי בכוחו של ידיעות אחרונות, שהפך לעיתון הנפוץ ביותר במדינה.²²

נפנה איפה לבחינת מרחב התפרסותו הנוסף של שוק העיתונות היומית בשפה העברית מעבר לשלושת העיתונים המובילים.

¹⁹ Bellamy & Child, Vivien Common Market Law of Competition, Para 2-106, pa. 98 (4th ed., 1993).

²⁰ ראה: מזג 119/93 החלטת הממונה בבקשה לאישור מיזוג חברות בעניין רכישת "דלקה" על ידי "הראל המשמר". בקובץ ההגבלים העסקיים (הוצאת ועד מחוז תל-אביב, לשכת עורכי הדין, התשנ"ה - 1994) עמ' 158 בעמ' 169 - 175.

²¹ ביום 16.12.94 הודיע מעריב לקוראיו כי החל מיום 18.12.94 יועלה מחיר העיתון ויעמוד בימי חול על 2.40 ש"ח, וביום שישי ובערבי חג, על 4.80 ש"ח. ידיעות אחרונות קבע סולם מחירים זהה. ביום 23.3.95 הודיע ידיעות לקוראיו כי מחיר עיתון סוף שבוע יועלה ל- 5 ש"ח תוך שמעריב אף הוא גובה את אותו המחיר. דומה כי הסיבה המרכזית להעלאות המחירים בשנה האחרונה מקורה בעלייה תלולה במחירי הנייר.

²² ראה: כספי ולימור, לעיל, בעמ' 59.

ג. למעט עיתונים חרדיים

30. העיתונים "המודיע" "יתד נאמן" ו- "יום ליום" באים בגדרו של ענף משנה לתחום העיתונות היומית, זה המוכר כעיתונות חרדית. עיתונים אלה פונים לאוכלוסייה הדתית, ובהתאם תוכנם, צביונם, הדגשיהם, הנהלת ועיתונאיהם. פשיטא, לדעתי, עיתונים אלה אינם מהווים חלק ממניינו ובניינו של ענף העיתונות הכללית היומית בשפה העברית, שכן הם לא המהווים מוצר תחליפי קרוב לעיתון יומי עברי רגיל (חילוני או שאיננו דתי במהותו). במילים אחרות, ניכר שהעלאת מחיר של עיתון הנמנה על השוק האחד (למשל, ידיעות). אם תרצו, עיתונים חרדיים אלה אמנם עברית שפתם, כשפת העיתונים היומיים, אך למעשה, הם אינם בגדר תחליף קרוב לעיתון יומי בשפה העברית.²³ בדומה, תחום מכירת שטחי פרסום, המגזר החרדי מהווה מתחם עצמאי ונבדל.²⁴

מכל מקום, אפילו מסתכלים היינו על ענף העיתונות היומית כמכיל בקרבו גם את משבצת העיתונים החרדיים, לא היה בכך בלבד כדי לשנות את מסקנת דברינו.

ד. למעט עיתונים מקומיים

31. במרוצת שנות השמונים ראה תחום העיתונות בישראל התבססות של מגזר חדש, העיתונות המקומית, או בלשון בני המקום: "המקומונים", המופצים, בדרך כלל, כגיליון שבועי הרואה אור ביום שישי. ראשיתם של אלה עוד בראשית שנות השישים, בדמות עלוני, אשר חולקו בחינם לתושבי אזור נתון. בשלהי שנות השבעים יזם תאגיד עיתון הארץ את הקמת המקומון הירושלמי "כל העיר", ובמהלך שנות השמונים גדלה והתפתחה רשת מקומוני הארץ הכוללת כיום 14 מקומונים עצמאיים. לאחר ייסוד "קול" העיר" הקים ידיעות אחרונות רשת מקומונים משלו, שנשאה את הכותרת "קול" בתוספת האזור הגיאוגרפי הרלבנטי. מאוחר יותר, באמצעות חברת אחות - "ידיעות תקשורת", הוקמה תשתית מנהלית ומערכתית שפניה הוצאת מקומוני ידיעות. מעריב הקים אז אף הוא רשת מקומונים, אך זו לא להאריכה ימים. לפני כשנתיים יצא מעריב במקומון תל-אביבי חדש, "זמן תל-אביב", ואפשר ובעקבותיו יראו אור מקומונים נוספים.

32. עיקר שטחי הפרסום בעיתונות זו מתמקדים במודעות המתייחסות לתחומי האזור, הגם שאצל "רשת מקומוני הארץ", הידועה אף כ"רשת שוקן", ניתן לרכוש חבילת פרסום ארצית על דרך רכישת רצף מודעות מקומיות המעניקות כיסוי ארצי. רשת מקומוני ידיעות, בדרך כלל, איננה נוהגת למכור חבילה ארצית, כאשר המבקש לפרסם מודעה ארצית יופנה לידיעות של סוף השבוע, ולמספד "שבעה ימים". בהקשר זה של פרסומת מקומית, ראוי לציין, כי אף בתחום זה מתערבבים התחומים, כאשר כתוצאה משיפורים טכנולוגיים, ידיעות אחרונות מציע כיום למכירה לא רק פרסום ארצי אלא גם שטחי פרסום מקומיים בדמות "עמודים מתחלפים" לפי חלוקת הארץ לחמישה אזורים

²³ ככלל, ימנעו העיתונים החרדים מכיסוי הרבה מהנושאים המכוסים בעיתונות הרגילה, כמו רכילות, אלימות, בידור, ספורט, ארוטיקה, טלוויזיה. עוד נטען, כי סוכנות הידיעות עת"ם משמשת כמקור העיקרי של הידיעות החדשותיות של עיתונים אלה, שסגל עיתונאיהם מצומצם מאד באופן יחסי. השווה, רשימתו של א. אריאל שפורסמה בירחון התקשורת (מרץ 94), בעמ' 59 המציין דעתו כי "שום איש חילוני לא קורא עיתון חרדי". אולם השווה, כספי ולימור, לעיל, בעמ' 48 המציינים כי "התפוצה הנמוכה יחסית עשויה ללמד, כי קהל היעד של העיתונים הללו חשוף גם לעיל, בעמ' 48 המציינים כי "התפוצה הנמוכה יחסית עשויה ללמד, כי קהל היעד של העיתונים הללו חשוף גם לעיל, בעמ' 48 המציינים כי "התפוצה הנמוכה יחסית עשויה ללמד, כי קהל היעד של העיתונים הללו חשוף גם לעיתונים נוספים, כולל עיתונים חילוניים". מכל מקום, אפילו כך, אין המדובר במוצרים הנמנים על אותו שוק.

²⁴ השווה, סקירת משרד הפרסום "פרסמואים ורעיונאים" מיום 13.10.94, המתמחה בתחום הפרסום למגזר החרדי, המסבירה כי "בהתייחסות לחברה כללית החברה החרדית מהווה עולם אחר לחלוטין. סל הצריכה יחודי, ציר הזמן שונה, השקפה שונה, זווית ראייה שונה ויחודית.... הקורא החרדי אינו חשוף לאמצעי התקשורת הכלליים... רוב הציבור גם אינו קורא עיתונות כללית.... הטרימינולוגיה החרדית שונה, הסמלים שונים, רמת הרגישות למסרים גבוהה, במיוחד."

גיאוגרפיים. לפי שעה, אופציה זו איננה נחלת כלל העיתונים, ואף בידיעות משקלה היחסי מועט.

33. נוכח קיומם של המקומונים ושל עיתוני סוף השבוע של העיתונים היומיים, הועלתה הטענה כי ראוי לפלח את שוק העיתונות היומית בשפה העברית באופן המבדיל בין עיתון יום חול לבין עיתון סוף שבוע. פילוח כזה, ממשיכה הטענה, יזהה קיומו של שוק משנה של עיתוני סוף השבוע הכולל בקרבו לצד גיליונות סוף השבוע של העיתונים היומיים גם את המקומונים למיניהם.

מבט מעשי ותכליתי על השוק ילמד, לדעתי, שחרף הקשר האמיץ וההדוק כלכלית ושיווקית בין השניים, לצורך ענייננו כאן, תחום המקומונים לחוד, ותחום העיתונים היומיים לרבות עיתוני סוף שבוע לחוד. אמנם האחרונים, נבדלים מן העיתון היומי הרגיל בהיקף, בגיוון ובמחיר, תוך שהם נמכרים בכמות גדולה יותר משום הרגלם של צרכנים רבים לרכוש יותר מעיתון אחד בסוף השבוע, אך במהותם הם חלק משוק העיתונות היומית בשפה העברית. דומה, כי המקומון בעיקרו איננו מוצר תחליפי לעיתון יום השישי, אלא דווקא בבחינת מוצר משלים לו. הנחה זו אף עומדת למעשה בבסיס תלונת מקומוני "הד הקריות" שאוזכרה בסעי' 6 לעיל.

מכל מקום, אפילו מסתכלים היינו על הענף כמכיל שוק משנה עצמאי לעיתוני סוף שבוע, לא היה בכך בלבד כדי לשנות את מסקנת דברינו.

ה. לרבות עיתונים כלכליים

34. נגזרת אחרת מתחום העיתונות שקצרה הצלחה ומצאה לעצמה מרחב מחייה היא העיתונות הכלכלית, שעיקרה העיתון היומי "גלובוס", וזה לא מכבר פועל בנגזרת זו אף העיתון היומי "טלגרף", ומקדמא דנא העיתון "מבט". מחירם של שני הראשונים גבוה יחסית לעיתוני הצהרים והערב, והוא אף יקר יותר מעיתון הבוקר. העיתונים הכלכליים, כמו עיתון הבוקר, ואף למעלה מכך, מתבססים באופן מכריע על מכירת העיתונים למנויים המקבלים את העיתון לבתייהם. המייחד את העיתונים הכלכליים, לצד התמקדותם הנושאית, הוא מועד הוצאתם המוקדם, באופן שהעיתון מופץ בערב של היום שאת אירועיו הוא מכסה, ובכך הוא מקדים את שאר העיתונים בכמחצית היממה. למעשה, אלה עיתוני הערב היחידים המופיעים כיום בישראל.

35. ראיתי לכלול נגזרת זו כחלק מן השוק הרלבנטי, הואיל ודומה כי מתקיימת חפיפה מספקת בין המוצרים, ועל כן יש להניח כי מתקיימת גם תחליפיות מסוימת בין העיתון הכלכלי לבין העיתונות היומית או לפחות חלק היממה.²⁵ אמנם ניתן אף כאן לאבחן, ולומר כי העיתון הכלכלי הוא יותר בבחינת מוצר משלים לעיתון יומי רגיל, באשר אספקלריית יצירתו כול כולה אומרת כלכלה ועסקים, כאשר חלקו הכלכלי כמו דיווחיו אודות שנכתב בעיתונים היומיים הכלכליים, לא מתיימר ליתן לקורא תמונה מקיפה בדבר המתרחש במעגלות חיינו. המשימה האחרונה נותרה בידי העיתונים היומיים הרגילים. אף בהקשר זה ניתן להצביע על דרגות שונות של קרבה בין המוצרים, כאשר עיתון הבוקר "הארץ" מספק לקוראיו באופן קבוע גם קונטרס כלכלי בעל משקל, הנחזה כיותר מתחרה בעיתון הכלכלי, מאשר מוספי הכלכלה של העיתונים היומיים האחרים. האחרונים אף הם אינם עשויים עור אחד, שעה שמעריב מייחד למוספו הכלכלי משקל וצביון הדומה לאחד העיתונים הכלכליים.²⁶

36. נוכח מגמת התקרבותם של מאפייני המוצר בין העיתונים המובילים בישראל, שעה שהעיתונים ידיעות ומעריב החלו זה מכבר לעבות את היקף כיסוי נושאי הכלכלה ואף

²⁵ אולם ראה: כספי ולימור לעיל בעמ' 40, המציניים כי בישוליו של אשכול היומונים הגדולים בעברית "מצויים שני יומונים כלכליים, שקהל היעד שלהם - כמו גם תחום השפעתם - הוא במגזר הכלכלי".

²⁶ השווה: תשקיף "מעריב החזקות בע"מ", מיום 25.2.94, המציין, בעמ' 11, כי "צבעו של מוסף 'עסקים' שונה לורוד, צבע הנחשב כצבע המייחד עיתונות כלכלית ברחבי העולם".

למכור עיתונייהם למנויים, שעה שהארץ הגדיל עד מאד את היקף החלק הכלכלי בעיתונו תוך ייחוד משבצות חדשות שהיו בעיקר נחלת העיתון הכלכלי (ניתוח מגמות בשערי ניירות ערך, נדל"ן, ביטוח, שווקים בי"ל, אנרגיה ועוד), שעה שהעיתונים הכלכליים הרחיבו תחומיהם גם אל הנושאים הכלכליים המשיקים לתחומי המובהקים, דעתי היא שראוי לכלול את העיתונות היומית הכלכלית בתחומי התפרסותו של השוק הרלבנטי לענייננו.

VI. בדיקת נתח השוק

37. מצאנו איפה כי זירת התחרות הרלבנטית לענייננו כוללת בגבולותיה את העיתונים היומיים בשפה העברית, לרבות העיתונים הכלכליים ולמעט העיתונים החרדים והמקומיים. בהתאם נתבקשו מו"לי העיתונים להמציא לעיונו, ובתנאי אי חשיפה לרבים, את נתוני תפוצת גיליונותיהם, בחתך חודשי, ובהבחנה בין תפוצת העיתון בימי חול לבין תפוצתו בימי שישי וערבי חג. לענייננו, המונח תפוצה משמעו, מספר גיליונות שנמסרו בפועל להפצה, בניכוי מספר גיליונות שהוחזרו.

38. לעניין חישוב התפוצה הושמעה הטענה כי יש לעקר את אותו חלק שוק שמקורו בהפצת עיתונים ללא תמורה, במסגרת מבצעי קידום מכירות, שכן חלוקת העיתונים חינם היא לא פעילות שוק רגיל, וממילא זוהי תופעה בת חלוף. לדעתי, משום שני טעמים, יש לכלול במסגרת השוק הרלוונטי גם את הגיליונות המחולקים ללא תמורה. הטעם האחד ימצא בלשון סעי' 26 לחוק, המתייחס ל"אספקת נכסים", ללא כל אבחנה אם המדובר בעסקה בתמורה או שלא בתמורה. הטעם האחר, נובע מכך, שכמצוין לעיל, מרבית הכנסותיו של עיתון ינבעו ממכירת שטחי פרסום, כך שאפילו יחלק המו"ל את עיתונו, באופן מלא או חלקי, ללא תמורה או בהנחת מחיר, אין המדובר בחלוקה גרידא של מתנות לציבור. המו"ל עדיין, יפיק, הכנסותיו ממכירת שטחי פרסום, ללא תמורה או בהנחת מחיר, אין המדובר בחלוקה גרידא של מתנות לציבור. המו"ל עדיין יפיק הכנסותיו ממכירת שטחי הפרסום, ויש להניח שההכנסה ממכירות אלה גדלה ביחס פרופורציוני - הגם נראה לא ליניארי - לגידול בתפוצה, תהא סיבתו אשר תהא. זאת ועוד, בדר כלל חלוקת העיתונים בחינם היא ללא תמורה מבחינת הצרכן, אך גורם הביניים, כמו תחנת תדלוק, משלם בכסף תמורת העיתון, הגם שלא במחיר מלא.

מכל מקום, אפילו מעקרים היינו את נתח השוק הכולל חלוקת עיתונים חינם אין כסף, לא היה בכך בלבד כדי לשנות את מסקנת דברינו.

39. תשובות המו"לים נתוני התפוצה הידועים לנו מבדיקתנו עוד אשתקד, כמו גם הערכות הגורמים המעורים בענף, מלמדים על כך כי ידיעות אחרונות שולט על למעלה ממחצית השוק האמור, ועל כן נתקיים בו דבר היותו בעל מונופולין.

40. ידיעות אחרונות גדל והיה במרוצת השנים לבעל מונופולין על דרך של התרחבות הדרגתית בפלח השוק שלו. גידולו בתחום העיתונות היומית איננו תולדה של התרחבות עסק על דרך של מיזוגים ורכישות,²⁷ אלא דרך הגידול האורגני או כלשון בית המשפט העליון של ארה"ב:

²⁷ השווה :

A Chief Justice Warren מסביר Brown Shoe v. United States, 370 U.S. 2984 (1962) company's history of expansion through mergers presents a different economic picture than a history of expansion through unilateral growth. Internal expansion is more likely to be the result of increased demand for the company's products and is more likely to provide increased investment in plants, more jobs and greater output. Conversely, expansion through merger is more likely to reduce available consumer choice while providing on increase in industry capacity' jobs or output."

... growth or development as a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident.²⁸

ידיעות אחרונות הוא בבחינת הגורם בעל המשקל המכריע בענף, הוא המוביל בקביעת מחיר העיתון לצרכן (price leader) בנוגע למכירת ומחיר שטחי מודעות פרסום ומדעות לוח, ומשקלו גדול ורב בעיצוב שוק העיתונות בישראל.

41. אכן, חלקם המצרפי של שלושת העיתונים הגדולים בשוק העיתונים היומיים בשפה העברית מגיע כדי למעלה מ- 85% מהשוק כולו, כאשר ידיעות לבדו שולט על למעלה ממחצית השוק. זהו איפה שוק מאד ריכוזי, במובן זה שמספר המתחרים בו נמוך יחסית וגודלם הוא רב יחסית. בשוק אוליגופוליסטי כזה, גבוהה יחסית ההסתברות להתנהגות לא תחרותית, שכן:

There is general agreement that beyond some point the smaller the number of firms and the larger the share of the market occupied by one or a relatively few firms, the greater the likelihood of substantial departures from competitive performance....²⁹

42. סכנת הסטייה מתנהגות תחרותית עקב מבנה ריכוזי של שוק התקשורת בכלל, ושוק העיתונות בפרט, היא שעמדה ביסוד דברי כבוד הנשיא מאיר שמגר בצינו כי:

הסכנה לחיסולו של "שוק הרעיונות" ניתנת לפתרון בשני אופנים: מראש ובדיעבד. הסכנה ל"שוק הרעיונות" נובעת, בראש וראשונה, מריכוזיות בשליטה באמצעי התקשורת. הפתרון לריכוזיות האמורה טמון בתכנון מבנה שוק השליטה בענף אמצעי התקשורת. פירוש של דבר כי מוטלות הגבלות על רמת השליטה של חברות מסוימות בסך כל אמצעי התקשורת.... המכשירים הטכניים למניעת ריכוזיות זו עשויים להיות מגוונים - החל בהתנאות רישוי אמצעי תקשורת בתנאים מסוימים וכלה בדינים ספציפיים של הגבלים עסקיים בכל הנוגע לאמצעי תקשורת... בשולי הדברים רק אוסיף כי הדעה שהובעה על ידי ד"ר ד. ברק, לפיה אין אצלנו שליטה ריכוזית בתחום העיתונות, מנותקת מן המציאות.³⁰ ברור וידוע הוא כי יש שליטה ריכוזית ומפעליה גם יודעים היטב להפעיל את כוחם.

United States v. Grinnell Corp 384 U.S. 563, 571, (1966).

28

²⁹ ראה: P. Areeda & D. Turner, Antitrust Law, Vol LV Pa. 55 (1980, 1993 Supp)

³⁰ בג"צ 6218/93 ד"ר שלמה כהן, עו"ד נ. לשכת עו"ד, עמ' 12 לפסה"ד המודפס (טרם פורסם, כ"ד באדר ב' התשנ"ח) 26.3.95) עמדת הנשיא שמגר, בעל דעות המיעוט, מדגישה בעמ' 21, כי "אין נצרכים כאן לשאלת היקף זכות הגישה באמצעי תקשורת פרטיים. שאלה זו מעוררת את היחס בין זכות הקניין של בעלי אמצעי התקשורת מול התקשורת האלקטרוניים דומה כי לעמדה זו מסכימה אף השופטת ט. שטרסברג - כהן, הגם שלא באופן מלא. ניתוח פסק דין מרכזי זה חורג מגדר ענייננו בהכרזה דנן.

VII. משמעות ההכרזה

43. בשיטתנו, בדמיון מה לשיטה המקובלת באיחוד האירופי, ולהבדיל מזו הנהוגה בארה"ב, מתרכז הפיקוח על מונופולים במניעת ניצול לרעה של מעמד דומיננטי בשוק. בהתאם התווה המחוקק מסלול דו-שלבי לפיקוחו של מערך ההגבלים העסקיים על התנהגותו של בעל המונופולין: ראשית ההכרזה על קיומו של מונופולין; שנית, לפי הצורך, נקיטה באמצעי פיקוח להסדרת פעילותו.³¹

44. מונופול כשלעצמו אינו אסור בדין. כעיקרון, גם לחברה שיש לה מונופול זכות לנהל את ענייניה כהבנתה שלה. זכות זו קיימת מאז ומכבר, ועתה היא אף מוצאת עיגונה בחוק יסוד: חופש העיסוק. מטרת הפיקוח על המונופולין למנוע פגיעה העלולה להיגרם משליטת בעל המונופולין בשוק.³²

45. בית הדין יתן הוראות כאמור, כדי למנוע פגיעה, בכוח או בפועל, רק כאשר קיימת אפשרות סבירה לפגיעה ממשית בערכים שעליהם מגן סעי' 30 לחוק, ואף זאת במידה "שאין עולה על הנדרש".³³ לצד סמכות זו של בית הדין, כפוף בעל המונופולין לאפשרות שבית המשפט מוסמך יעניק צווים כנגד החברה המונופוליסטית במסגרת המשפט האזרחי הרגיל שן:

על החברה המונופוליסטית מוטלים כמובן החיובים הגילים שמטיל עליה המשפט הפרטי, לרבות החובה.... לפעול בתום לב כאמור בסעיפים 12 ו- 39 לחוק החוזים (חלק כללי)... חובות אלה אינן ממצות את החיובים המוטלים על המונופולין ... סעי' 30 לחוק ההגבלים וסעי' 30 (4) בפרט, בא להוסיף על חובה זו. לעניין זה אנו רואים קו של דמיון, אף שהאנלוגיה איננה מלאה ושלמה, לחיובים המוטלים על גופים כמו המדינה בתחום המשפט הפרטי את התוכנה של החובה הנוספת המוטלת על המונופולין, להבדיל מעצם קיומה, על בית הדין לעצב, במסגרת סמכותו ליתן הוראות.³⁴

46. "אחריות מיוחדת" זו של בעל מונופולין לובשת ופושטת צורה בהתאם לנסיבות כל מקרה ומקרה. מחד, נודעת לאחריות זו משנה חשיבות³⁵ דווקא בתחום העיתונות. מאידך מורכבותם של האינטרסים הפועלים על משוואות הכוחות בשדה העיתונות, לצד התחרות המסחרית הנטושה בין העיתונים, מחייבת ברירת הבוץ מן התבן ומשנה ריסון לבל נגלוש לשימוש לא ראוי במערך הפקוח על ההגבלים העסקיים ככלי שרות במאבקים שאינם בגדר האינטרסים המוגנים בחוק ההגבלים. אכן, יישום הרואות החוק מחייב הכרת מאפייניו וצרכיו המיוחדים של הענף, מלאכת איזון בין האינטרסים הראויים לפי נסיבותיו של כל מקרה, וערנות לצורך לקדם פני אפשרות ניצול לרעה של עובדת היות מתחרה או ספק בבחינת בעל מונופולין. הדעות נותנת, וניסיון החיים מאשש זאת, כי חשש אחרון זה חזק במיוחד בתחום העיתונות, ששזורים בו יסודות וכוחות הרבה.

47. לא כאן המקום להכבד ולהידרש לטענות העומדות בבסיס הפניות השונות להכרזה על ידיעות כעל בעל מונופולין, אך בבסיס התייחסות זו יוגדר הצורך להעביר כל מקרה על פי נסיבותיו בפריזמת דיני ההגבלים העסקיים, תוך מודעות למתח השורר בין הערכים המתחרים על הבכורה. הצורך לריסון ומזעור ההתערבות בתחום התוכני של העיתונות יצביע על כך כי תלונות שעניינן סכסוכים סביב פרסום תוכן כזה או אחר, בדרך כלל,

³¹ השווה: הצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד - 1983, הצ"ח 1647, בעמ' 39 (1983) דברי ההסבר.

³² השווה: ע"א 568/89 מ. דיאמנט נ' נשר מפעלי מלט ישראלים בע"מ, תקדין עליון, כרך 91(1), תשנ"א/תשנ"ב 746.

³³ תיק מונ 1/93 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' חברת דובק בע"מ ואח' עמ' 19 (17.1.95) בביתה דין להגבלים עסקיים (טרם פורסם).

³⁴ דובק, שם, בעמ' 46.

³⁵ אכן, ללא תלות בשאלה הכרתו כבעל מונופולין, מתאר ידיעות אחרונות את מעמדו כמעמד של חברה פרטית, שנוכח מעמדה בשוק, התנדבה לעמוס על שכמה נטל התנהגות העומד באמות מידה ציבוריות.

אינן לחוק ההגבלים העסקיים לענות בו. לצורך מקרים שכיחים אלה מתקיים חוק מיוחד, הלא הוא חוק לשון הרע, תשכ"ה - 1965. לכאורה, על כן, סכסוך מן הסוג המונח בבסיס תלונת הארגון למימוש האמנה על בטחון סוציאלי (ישראל-גרמניה), המוזכרת בסעי' 4 לעיל, לא ימצא תרופותיו בדיני ההגבלים עסקיים.

48. לעומת זאת, טענה מן הסוג המונח בבסיס תלונת רשת מקומוני הד הקריות בדבר תחרות לא הוגנת בין בעל המונופולין לבין מתחרה מעוררת שאלות הנופלות במובהק בתחום דיני ההגבלים העסקיים.³⁶ חשיבות שימור המבנה התחרותי בענף חשוב זה של עיתונות, שהוא ממילא ריכוזי עד מאד, מחייבת מראש את בעל המונופולין לעמוד בנטל שעסק קטן הימנו איננו נדרש לו.³⁷ אכן, אין להגביל את המונופול, יתר על המידה, מלהוסיף ולהתחרות כמיטב כשרונו ויכולתו. מאידך, נדרש בעל המונופולין לעמוד באמות מידה ראויות של התנהגות בדרך מקובלת ותום לב, שכן עצמתו מכפיפה אותו ל"נטל מיוחד".

49. בנוסף, קובע מפורשות סעי' 29 לחוק כי בעל מונופולין לא יסרב "סירוב בלתי סביר לספק את הנכס או השירות שבמונופולין". בעל מונופולין לא יקיים חיובו לפי הוראה זו בהתקיים שני יסודות: האחד, סירוב לספק את המוצר שבמונופולין; האחר, שיהיה סירוב זה בלתי סביר. הסירוב ברי כי אינו מתמצה בדחייה מוחלטת לספק, ועניינו בקשת של מצבי "סירוב". קשת זו תלכוד, בין היתר, מצבים של הפליית מחירים,³⁸ התנאת הספקת המוצר שבמונופולין ברכישת מוצר אחר,³⁹ והצבת תנאים אחרים לא תחרותיים. מבחן סבירות הסירוב, האוצל לעתים אף על עצם שאלת קיומו של הסירוב, ביטוי באמות מידה אובייקטיביות, דהיינו מבחנו של האדם הסביר.⁴⁰

50. וכאן, אם ישאל השואל הכיצד יכופף גוף אחד לנטל המיוחד הלוה, ואילו עמיתו ומתחריו יצאו נקיים הימנו? לימדנו השופט האמריקאי הנודע Learned Hand כי:

The answer to such questions need not embarrass us: their pertinency presupposes that whatever is true in small matters, must be true in large; and the greater part of the law is founded upon a denial of exactly that; for in law differences in quantity again and again become decisive differences in quality.⁴¹

51. נטען כי התערבות מערך הפקוח על ההגבלים העסקיים בשדה העיתונות בכלל, והכרזה על עיתון כעל בעל מונופולין בפרט, טמון בו זרע של פורענות לחופש הביטוי ולא היא; שני נדבכים לשלילת החשש, מהקל אל החשוב: האחד, ברצות המחוקק לפטור גורם או

³⁶ השווה: Brook Group Ltd v. Brown & Williamson Tobacco Corporation 113 S. Ct 2578 (1993)

³⁷ השווה: Sunbelt Television Inc. V. Jones Intercable Inc. 795 F Supp. 333, 335-336 (1992) (the Supreme Court has consistently ruled that media antitrust defendants are not immune from suit if their program selections are guided by and - competitive motives ... thus, while the First Amendment will shield legitimate selection decisions, It will not protect predatory conduct... the Serman Act interferes only with those decision - makers who themselves seek to muzzle the marketplace of ideas).

³⁸ השווה: Bellamy & Child, Vivien, Common Market Law of Competition Pa 624, Pa9-055 (4th ed, 1993)

³⁹ הסדר מסוג זה מתקיים כאשר ספק של מוצר מבוקש שבמונופולין מוכן למכור אותו רק אם יקנו ממנו גם מוצר שהביקוש לו נמוך יותר. הפגיעה בשוק של המוצר השני נגרמת עקב ניצול העצמה המונופוליסטית בשוק הראשון השווה: Times - Picayune Publishing Co. v. U.S. 345 U.S. 594, 608-609 (1953)

⁴⁰ ראה: הצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד - 1983, הצ"ח 1647 (א' בכסלו התשמ"ד, 7.11.83), דברי ההסבר לסעי' 29 להצעת החוק המצינים כי "ההתייחסות לסבירות הסירוב עדיפה על ההתייחסות לשאלה אם הסירוב תאם נוהגי מסחר מקובלים, שיכולים להיות אף בלתי סבירים". השווה לגישת משפט האירופי: Case 85/76 Hoffmann La Roche v. Commission (1979) E.C.R. 461, 541

United States v. Associated press 52 F. Supp. 362' 373 (S.D.N.Y 1943)

פעילות מעולו של חוק ההגבלים ידע הוא לעשות זאת, אך פטור כזה לא נקבע, אף לא ברמז, לתחום התקשורת, ולא בכדי. השני, מהותית אין סיבה טובה לחשוב כי הגבל עסקי בתחום התקשורת פגיעתו בתחרות החופשית פחות חמורה מאשר זו של ההגבל העסקי בתחומי הבריאות, הקמח, החלב, הברזל, המלט וכיוצא באלה שירותים ומוצרים.

52. נהפוך הוא, משנה חשיבות ותוקף ייודע לדבר קיומה של תחרות חופשית, משוכללת ובריאה דווקא בשוק חשוב זה של העיתונות והמידע, שכאמור נתון לשליטת מעטים. ממלכת העיתונות מקיימת ומגוננת על אחד מהאינטרסים החיוניים ביותר: הפצת מידע וחדשות ממגוון מרבי של מקורות וככל האפשר בשלל צבעים והשתקפויות. אינטרס זה דומה אם איננו זהה, לאינטרס הציבור בחופש ההבעה והדעה. והרי זהו החופש שנאמר עליו, שמבלעדיו, יבולע לכל שאר החירויות והזכויות, אם בכלל יותר מרחב לקיומן.

53. פגיעה בתחרות בענף העיתונות עלולה איפה לפגוע מניה וביה גם באינטרס הציבור החשוב של חופש הביטוי שאותו מממשת העיתונות מעשה יום ביומו.⁴² ומועילים אף לענייננו, דברי בית המשפט העליון של ארה"ב, בדחתו את הטענה כי התיקון הראשון לחוקה בדבר הזכות לחופש הביטוי והעיתונות דוחה את תחולת דיני ההגבלים העסקיים, בהסבירו כי:

The First Amendment, far from providing an argument against application of the Sherman Act, here provides powerful reasons to the contrary. That Amendment rests on the assumption that the widest possible dissemination of information from diverse and antagonistic sources is essential to the welfare of the public, that a free press is a condition of a free society. Freedom of the press from governmental interference under the First Amendment does not sanction repression of that freedom by private interests.⁴³

IX. סוף דבר

אשר על כן, בתוקף סמכותי על פי סעי' 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים, הגעתי למסקנה כי "ידיעות אחרונות" הוא בעל מונופולין באספקת עיתון יומי בשפה העברית.

הודעה על קביעתי זו תימסר לידיעות אחרונות, ולאחר שלושים ימים ממועד מסירת ההודעה, היא תפורסם ברשומות. קביעה זו בדבר קיומו של מונופולין בענף תהא ראייה לכאורה בכל הליך משפטי.

ידיעות אחרונות רשאי יהיה לחלוק על קביעתי זו, או על חלקה, על דרך של הגשת ערר לבית הדין להגבלים עסקיים תוך שלושים ימים מיום מסירת ההודעה זו.

בכפוף להחלטה אחרת, תעמוד קביעה זו בתוקפה משך 4 שנים מיום פרסומה ברשומות.

ד"ר יורם טורבוביץ

הממונה על הגבלים עסקיים

ניתן היום בירושלים
י"ב ניסן, תשנ"ה
12 אפריל, 1995

⁴² ראה: בג"צ 6218/93 לעיל, בעמ' 6 - 20, 24 - 33

⁴³ *Associated Press et al v. United States* 65 S. Ct. 1416, 1424-5 (1945)