



רשות ההגבלים העסקיים

קביעה לפי סעיף 43 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988

בעניין האיגוד הישראלי לפרסום

1. הקדמה

האיגוד הישראלי לפרסום מאגד בקירבו כ- 60 משרדי פרסום (להלן: "האיגוד"), דהיינו, (ראה נספח) מרבית משרדי הפרסום והפרסומאים הפועלים בענף הפרסום, כחלק ממדיניות הנהלת האיגוד, והואיל ורבים מהחברים העוסקים בפרסום אינם עומדים לדעתו "בנורמות המקובלות בין עמיתים למקצוע בכלל" ובפרט בקריטריונים ובנורמות כפי שגובשו על ידי האיגוד, הוחלט לקבוע כללי התנהגות, לפיהם יכוונו חברי האיגוד את אורחות מקצועם ודרכם במעגלות המקצוע.

טרחו, איפוא, חברי האיגוד והגישו ביום 2.3.89 לאישור האסיפה הכללית את קובץ כללי האתיקה של האיגוד הישראלי לפרסום (להלן: "הכללים"), כללים אלה בנויים ארבעה רבדים: האחד, תנאי הקבלה לחברות באיגוד, ובהם גם ההתחייבויות אותן נוטל על עצמו הפרסומאי עם הצטרפותו לאיגוד: השני, הוראות בדבר היחסים בין הפרסומאי לבין לקוחותיו המפרסמים; השלישי, הוראות בדבר היחסים בין הפרסומאי לבין עמיתיו הפרסומאים: הרביעי, מערך בורות המקפל בין כנפיו בורות חובה בין חברי האיגוד לבין עצמם, ומאפשר לכל אדם להביא ריבו עם חבר האיגוד להכרעת ועדת הבורות. בראש ועדת הבורות הועמד שופט בית המשפט המחוזי בדימוס, ומאוחר יותר, עורך דין בלתי תלוי אינו מצוי בקשרי עבודה עם האיגוד.

עיינתי בכללים והתרשמתי מהאמור בהם, שמעתי את עמדת נציגי האיגוד הישראלי לפרסום, אשר לא חסכו כל מאמץ להציג את מכלול ההיבטים שהביאו ללידת האיגוד, חיוניות תפקידו, דרך גיבוש הכללים וטוהר כוונותיהם של העושים במלאכה.

לאחר כל אלה, הגעתי לכלל מסקנה כי יש בהם בכללים קו פעולה העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בין חברי האיגוד לבין עצמם, דבר שמעלה עליו הכתוב שהוא הסדר כובל. ערכית הסדר כובל, מבלי שנרשם במרשם ההסדרים הכובלים או מבלי שבא עליו פטור הממונה על ההגבלים, מהווה הפרה של הוראות חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988 (להלן: "חוק ההגבלים"), והכל - על פי האמור בסעיפים 2 ו-5 לחוק ההגבלים, והוראות סעיף 47(א) (1) לחוק ההגבלים, הקובעת כי מי שהיה צד להסדר כובל, שלא אושר כדן ושלא ניתן לו היתר זמני או פטור, ביצע עבירה פלילית שעונשה מאסר או קנס.

2. כללי האתיקה

בהקדימו דברים לכללים, מסביר יו"ר האיגוד דאז, כי הנהלתו אימצה מדיניות שמטרתה "לעשות סדר בענף". מכאן המלצת יו"ר האיגוד, כי הכללים יועברו ללקוחות על מנת שיותר עיניים בענף יראו אותו. אף אנו בחנו את הכללים, ואלה מסקנותינו:

א. נוהלי עצירת פרסום - "נוהל" זה נועד להיכנס לפעולה שעה שהתעורר סכסוך כספי בין הפרסומאי לבין המפרסם. המפרסם הלקוח, המסרב לסלק תביעת הפרסומאי, מועמד בפני הברירה הבאה: להסכים להביא את בירור המחלוקת בפני ועדת הבורות של האיגוד, ולא, יפנה האיגוד לצינורות הפרסום ויבקש מהם כי יחדלו לפרסם את החייב עד להסדרת החוב.

בפועל, נעשה שימוש בנוהל זה. במקרה אחד שנחקר על ידי יחידת ההגבלים העסקיים, נתגלעה מחלוקת בין המפרסם בין אינפלנטט לבין משרד הפרסום דגש פרסום והוצאה לאור בע"מ. הראשון, סירב לסלק חלק מהתמורה בגין פרסום "כתבה פרסומית" בטענה שהכתבה הופיעה בקבוצה של ארבע מודעות, משרד הפרסום פנה לאיגוד ולמנהלי מחלקת המודעות של העיתונים המובילים, בבקשה לעכב פרסומים נוספים מטעם מהמפרסם, עד להבהרת העניין.

המפרסם קיבל הודעה מרשת עיתונים, כי במידה שלא יפתור את סכסוכו הכספי עם משרד הפרסום "נאלץ למנוע ממך פרסום ברשת". פניית המפרסם לפרסומאית, יפית, גרינברג, הגם שאינה חברה באיגוד, הושבה ריקם, שכן האחרונה ראתה עצמה "בשל קשרי עבודה" עם משרדי הפרסום מחוייבת בכיבוד הנחיות האיגוד. ממילא, הסבירה כי הפרסום לאותו מפרסם אצל העיתונים "סגור" ומה שיועילו שירותיה משהסתתמו אפיקי הפרסום גופם? המפרסם, שלטענתו נקלע למצב שאינו יכול לפרסם כתבות תדמית בעיתונים, הועמד מפורשות בפני הברירה: או להסכים לבוררות, ולא, ימשיך מנכ"ל האיגוד בפעילותו לעצירת הפרסום. המפרסם התמיד בסירובו לפנות לוועדת הבוררות, בטענה, שהמדובר בגוף שהוקם על ידי האיגוד ולכן אינו מוכן להתדיין בפניו. אחרית דבר, נמצאה פשרה, ונפתחו ארובות פרסום, אך את הנעשה אין להשיב.

במקרה נוסף הנחה האיגוד את חבריו לא להתקשר עם חברת מפעלי נופש בחמת גדר בע"מ בשל חוב שהחברה חבה לפרסום פרנקו גולדברג כורוש, וזאת, במכתב מיום 6.8.92 שהופץ בקרב כלל חברי האיגוד. בעקבות חקירה שהתנהלה מטעמי, נדרש מנכ"ל האיגוד להוציא מכתב חוזר לחבריו, בו יובהר כי הם חופשיים להתקשר עם חברת חמת גדר וכי המכתב הקודם בטל ומבוטל מטעמי אי חוקיות.

יוער, שכלל נוסף הקשור ושולב בכלל זה אף שהוא כללי וגורף הימנו, הוא הכלל הקובע שלא יפנה פרסומאי ביוזמתו למפרסם בהצעה כל עוד אותו מפרסם מעסיק פרסומאי אחר. כלל זה מקומו לא יכירנו בתקנון איגוד, שכן בכפוף להוראות כל דין (במיוחד ההוראה בדבר עוולת גרם הפרת חוזה) מדוע תיפגע התחרות על ידי כבילה סוחפת זו?

ב. כללי מכרז מחייבים - הכללים אוסרים על חברי האיגוד להשתתף במכרזים לקבלת תקציבי פרסום, אלא לפי כללים שהאיגוד קובע. עם כללים אלה נמנה איסור להשתתף במכרז שבו משתתפים יותר משלושה פרסומאים.

גם כלל זה לא שכן על מכונו כאות מתה, אלא הופעל הלכה למעשה, מקרה אחד שנחקר על ידי יחידת ההגבלים העסקיים לימד על מאמץ כפול מצד האיגוד שנועד, מחד גיסא, להתאים מכרז שפורסם על ידי עיריית תל-אביב לכללי האיגוד, ומאידך גיסא, להתאים פעולות החברים לאיגוד לאותם כללים. תחילה פנו נציגי האיגוד לנציגי העירייה מתוך ניסיון לשכנעם לנהל את המכרז במתכונת שבכללים, הווה אומר - תוך הגבלתו לשלושה מועמדים בלבד. משמאמצים אלה לא עלו יפה, ניסה האיגוד כוחו ועוצם ידו כלפי קהל חבריו בהוציאו מכתב לכלל חברי האיגוד, בו הצביע על השתתפות חברים במכרז שאינו תואם את כללי האיגוד ועל החלטת הנהלת האיגוד להגיש תביעה נגד אותם חברים למוסד הבוררות של האיגוד "אלא אם כן ימשכו את הצעתם ויפסיקו את השתתפותם במכרז". ולמען הדק את חגורת הביקורת חזר האיגוד והזכיר לחבריו, כי על כל חבר המשתתף במכרז לדווח על כך בכתב למנכ"ל האיגוד.

אחרית דבר, השתתפו במכרז שמונה משרדים כשחלקם היו חברי איגוד. עם זאת, אין לדעת אם אילולא מכתב האיגוד לא היתה התמונה משתנית מבחינת כמות המשתתפים.

מקרה שני, שנחקר על ידי חוקרי היחידה, גילה פעילות דומה בעניין מכרז שהוצא על ידי בנק מזרחי. שוב נקטו נציגי האיגוד דרך פעולה דו כיוונית, כשהם פונים לנציגי הבנק ולקהל חברי האיגוד במטרה לשקוד על קיום הכללים המתייחסים למספר המועמדים במכרז.

בסופה של דרך, השתתפו במכרז רק שלושה משרדים, על אף שמלכתחילה הוגשה מועמדות על ידי חמישה. וזאת מסיבה הגלויה והמוצהרת שתקנון האיגוד אינו מאפשר ליותר משלושה פרסומאים להופיע למכרז. הנהלת האיגוד ראתה בפרשייה זו משום "טיפול טוב" ו"פריצת דרך".

אותו קו ננקט על ידי נציגי האיגוד גם בעניין מכרז שהוצא על ידי תה ויסוצקי, ולאחרונה, במכרז המועצה להסדר היורים בספורט (מרכז הספורטוטו). שוב פנה האיגוד לחבריו במכתב שהיסב תשומת לבם לנוהל המכרזים המחייב.

ג. התחרות במסגרת תנאים ועמלות מקובלים - הכללים קובעים, כי פרסומאי יתחרה ברעהו אך ורק במסגרת התנאים והעמלות הנהוגים בענף הפרסום.

הכלל הזה, כאחיו ורעיו, הופעל באורח גלוי ונראה לעין. במסגרת המכרז הפומבי שהוצא על ידי עיריית תל-אביב נתקיימו, כזכור, מגעים בין נציגי האיגוד לבין נציגי העירייה מתוך כוונה להסדיר את פרטי המכרז ולהתאימם לכללים. בין הנושאים שעמדו לדיון היה שיעור העמלות והתמורה, שלטענת האיגוד אינם עומדים באמות המדיה המקובלות בענף. כזכור, העירייה לא נאותה לשנות מתנאי המכרז. אשר על כן, פנה האיגוד לחבריו בחוזר, בו הצביע על הפרת הכללים על ידי חברים שהשתתפו במכרז. בין "ההפרות" נמנתה גם "הענקת תנאים ועמלות החורגים מאלו הנהוגים בענף הפרסום".

ועוד, במסגרת ישיבות הנהלה של איגוד בצבץ מעת לעת נושא ה"מכרזים שאינם חוקיים", ובין היתר, בשל כך שהעמלות נופלות מהעמלות המקובלות ענף, דרך הפעולה הנבחרת כדי להתמודד עם "אי החוקיות" היתה הוצאת "מכתב תזכורת על מכרזים שאינם כשרים" שיופץ לקהל חברי האיגוד.

3. קביעת קו פעולה או המלצה עליו

מאופי הכללים ולשונם אני למד, כי יש בהם משום קביעת קו פעולה, ולפחות - המלצה עליו. מסקנה זו מתבקשת מפירוט היתר של המעשים והמחדלים האמורים לחול על חברי האיגוד ומאופיים המחייב, דבר הבא לביטוי בזה הלשון:

"כללי האתיקה הם קודקס כללי התנהגות המחייבים את חברי האיגוד וחלים על כל פרסומאי ועל כל משרד פרסום".

ואם נותר ספק בעניין אופיים המחייב של הכללים, הרי שהוא מותר עם העיון בטופס הגשת מועמדות הנספח להם, בו מתבקש המועמד לחברות להצהיר, כי הוא מחייב לפעול על פי הכללים. הוא הדין לשימוש החוזר ונשנה במכתבי תזכורת מצד האיגוד כדי להחדיר לתודעת חבריו את חובתם לנהוג לפי הכללים.

יתירה מזו: הכללים מציבים מנגנון לאכיפתם בדמות ועדת בורות, אליה רשאי לפנות כל צד נפגע או הנהלת האיגוד. וכפי שראינו במקרים הקונקרטיים שנחקרו, נעשה שימוש באפשרות הפנייה למוסד הבוררות ככלי לענישת חברים סוררים (אף שיעילותו מוטלת בספק נוכח מעמדו הלא חוקי של התקנון כולו).

מכאן, הגם שהדבר אינו מעלה ואינו מוריד לעניין אי החוקיות, שעניינו בהוראות שנועדו להיות מופעלות ואף הופעלו על ידי האיגוד וחבריו.

א. הפגיעה בתחרות

על פי מטרתם המוצהרת, נועדו הכללים לשמש מסגרת מחייבת שתכליתה "לעשות סדר בענף" ולקיים "תחרות הוגנת" בין חבריו.

טיבם של הכללים, כמו גם מטרתם, מעיד על הצבת מכשולים בדרכה של התחרות החופשית בין חברי האיגוד. אפנה בנדון לגוף הכללים, סעיפים 4,5,6,7, לנספח א', סעיף 7 שבו, ולנספח ב', סעיפים 2,3, 5 שבו.

מכלול הכללים מורה לחבר איגוד להתחרות בגבולות נתונים ולא כיד ההגיון העיסקי הטובה עליו. וזאת - בתחומים נרחבים של עיסוקו המתפרשים על תוכן הפרסום, זהות הלקוחות, תנאים ועמלות המוצעים על ידיו, טיב ותנאי מכרזים להם הוא ניגש ותנאים מוקדמים להתמודדותו בהם. כך, חלק נכבד מהנושאים המשמים כמוקד לתחרות חושית נחסם מנעול על בריח, לרבות הכללים על בורות.

מבין הבולטים שבכללים, מבחינת פגיעות אפשריות בתחרות, הוא הכלל הקובע, כי פרסומאי יתחרה ברעהו אך ורק במסגרת התנאים והעמלות הנהוגים בענף הפרסום, ואותו כלל הקובע כי פרסומאי לא ישתתף במכרז לקבלת תקציבי פרסום, אלא לפי כללי המכרז אשר נקבעו על ידי האיגוד.

מדיניות קודמי לתפקיד, מר זאב גלמור - כפי שזו באה לביטוי במסמך שהוגש לבית הדין להגבלים עסקיים במסגרת תיק ה.ע. 440 - היתה לבחון השפעת קו פעולה על רמת המחירים (במובן הרחב) ועל חלוקת שווקים בין גורמים מתחרים. ברור על פניו, כי הכללים דלעיל מעלים אפשרויות להשפעות בתחומים הללו, ויש אף לומר גורמים להשפעות בתחומים אלה.

למעשה, כל אחד מהכללים דלעיל י שבו כדי קו פעולה העומד ברשות עצמו במובנו של סעיף 5 לחוק, ובכלל כלל לחוד טמונה סכנה לפגיעה בתחרות. והא ראייה שנושאי הכללים זוכים לביטוי בסעיף 2(ב) לחוק, אותו סעיף המכיל -

"רשימה של נושאים שבהם השלכת ההסדר בין הצדדים על צמצום התחרות אינה מוטלת בספק (ראה הצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד - 1983, ה"ח 1647 מ- 7 בנובמבר 1983 בעמ' 39, 43)". (הדגשה לא במקור).

אפס, הסכנות התחרותיות מחריפות כפליים נוכח ריבוי הכללים, עיגונם בתוך מסגרת כוללת ומחייבת, והצבת מנגנון לאכיפתם.

כאמור, נציגי האיגוד שטחו לפני תמונה כללית שנועדה להסביר ולהצדיק את הכללים שהתפתחו על רקע בעיות בענף. נכון אני ללכת כברת דרך עם נציגי האיגוד ולראות בהסבריהם משום ראשית ראייה על תום לבם. אך כידוע, אי ידיעת החוק אינה משחררת מאחריות, מה גם שמדובר בהפרות בוטות שחזרו ונשנו, תוך שנמשכו על פני תקופת זמן.

נמצא, שמטרתם המוצהרת של הכללים, טיבם, מסגרתם ודרכי הפעלתם, מלמדים על סכנות תחרותיות של ממש. אין ענייננו במקרה גבולי מעולם הפנמברה של המשפט, אלא בסדרת כללים שהשלכתם התחרותית ברורה, חדה וחלקה.

ב. נושא הכללים - חשיבות הפרסומת המסחרית

לא למותר יהיה לייחד את הדיבור קמעא על נושא הכללים, הוא הפרסומת המסחרית. וזאת - כדי להמחיש את הנזקים התחרותיים העלולים לנבוע מהגבלות בתחום זה. הפרסומת משמשת תפקיד

חשוב בשיטת השוק החופשי. היו שהפליגו בשבחה בהכתירם אותה "הזכות לחופש ביטוי כלכלי" ובלשון המקור:

"...the right of economic free speech, the right to commercial advertising."

אך אף אם נדיר רגלנו מהשימוש בהשוואות חוקתיות מעין אלה, ברור, כי הפרסומת משמשת אפיק מידע חשוב העוזר לצרכן לבחון כהלכה טיבם של מצרכים ושירותים, בלי זרימה חופשית של מידע כלכלי שכזה, נערמים קשיים בפני הצרכן והמפרסם כאחד, שכן ערוץ התקשורת שביניהם נסתם.

וראה: Whish, Competition Law (2nd ed) 342

"Advertising is an essential part of the competitive process. Unless the consumer knows what goods and services are on offer and what their price is he will be unable to choose what to buy and competition between suppliers will be diminished... Therefore competition law should ensure that advertising is not restricted."

(הדגשה לא במקור).

וראה גם: Sullivan, Antitrust, p. 307

יש הטוענים ליתרונות תחרותיים נוספים הטמונים בפרסומת מסחרית חופשית, ולמשל קידום רוח החדשנות, היצירה והאיכות.

ראה:

Von Kalinowski, Antitrust Counselling and Litigation Techniques paragraph 19.05.

"By conveying information about prices and product attributes, advertising plays an important role in helping consumers to identify those products that best meet their needs. In addition, advertising may reinforce differentiation among sellers. This "branding" or "signalling" effect may help consumers to reward sellers of satisfaction quality with repeat purchases, which in turn provides incentives to sellers to maintain quality... Advertising may also promote innovation and other new entry by making new products more widely known, thereby more quickly enlarging markets and rewarding innovation".

נמצא, שהפרסומת המסחרית משולה לשריר המאפשר לשוק חופשי לפעול כסדרו וכתיקנו. שיתוק אותו שריר, או הגבלת פעולתו, עלול לפגום בתיפקוד השוק כולו.

סיכום

בחינת מטרות הכללים, טיבם ומסגרתם מלמדת כי האיגוד קבע, או לפחות המליץ, על קו פעולה העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בין חבריו.

מעבר למסגרת הכתובה על ספר, לימוד המציאות וניסיון החיים מגלה שיטה גלויה ומוצהרת של יישום הכללים, תוך שקידה על אכיפתם הן כלפי פנים לקהל חברי האיגוד, והן כלפי חוץ לקהל המפרסמים. הנזקים התחרותיים הטמונים בכללים מתעצמים נוכח חשיבות הפרסומת המסחרית במבנה שוק חופשי, אינטרס הציבור מחייב שמירת צנורות המידע הכלכלי למען יהיו פתוחים לזרימה חופשית, ללא פוקה ומכשול.

אשר על כן, הגעתי - בגדר סמכותי לפי סעיף 43(א)(1) ו-(2) - לכלל החלטה כי תקנון האיגוד כמתואר לעיל הוא בבחינת הסדר כובל בהיותו קו פעולה שאיגוד עיסקי קבע והמליץ עליו. קביעה זו, כל עוד עומדת היא בעינה, תהא, כמצוות סעיף 43(ה) לחוק ההגבלים, ראייה לכאורה לנקבע בה בכל הליך משפטי.

רשמתי לפניי בסיפור את יוזמת יו"ר האיגוד, אשר הודיעני כי לא ייעשה כל שימוש או הפנייה, במישרין או בעקיפין, בכללים, וכי יזום בהקדם האפשרי מהלך שיביא למחיקת אותם כללים אשר נמצאו בהם פסול ומום. כן ישקול האיגוד הכנת נוסח חוזה, אשר ישמש כדגם להתקשרות בין הפרסומאי לבין המפרסם, תוך קביעת מבנה מודולרי ומאוזן אשר יעמוד לרשות המתקשרים בענף הפרסום. בדרך זו, אפשר וניתן יהיה לעגן בדרך חוקית חלק מהכללים, כמו, למשל, תניית בורות. וסוף דבר, אין בהחלטתי זו לפי סעיף 43 לחוק כדי לגרוע מכל הוראת דין והכל כאמור בסעיף 43 (ו) לחוק, הקובע כי אין בשימוש בסמכות לפי סעיף 43 כל מניעה מלהעמיד לדין אדם שעבר על הוראות החוק.

ניתן היום, כ"ב באדר תשנ"ג (15.3.93).

ד"ר יורם טורבוביץ
הממונה על ההגבלים העסקיים