

## **בבית המשפט המחוזי בירושלים**

### **בשבתו כבית דין להגבלים עסקיים**

ה"ע (מוני) 2/96

**בפני:** כבוד השופט י. עדיאל – המשנה לאב"ד

ד"ר עומרי בן שחר – חבר

**המבקש:**

1. הממונה על ההגבלים העסקיים

ע"י ב"כ: עו"ד תמר תורג'מן מרשות ההגבלים העסקיים

**נגד**

**המשיבות:**

1. ידיעות אחרונות בע"מ

2. ידיעות תקשורת בע"מ

ע"י ב"כ: עו"ד ש. הורוביץ ושות'

### **פסק דין (משלים)**

פסק דין משלים זה ניתן בעקבות פסק הדין החלקי מיום 4.11.1999, שבו נדחתה בקשת הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן - הממונה) ליתן הוראות המונעות מהמשיבות להפיץ את המקומונים שלהן באמצעות העיתון היומי ידיעות אחרונות. עניינו של פסק הדין המשלים בתחום העיתונות הארצית ובו תידון בקשת הממונה ביחס לדרכי ההפצה של העיתון ידיעות אחרונות.

בנושא זה מבקש הממונה ליתן למשיבות - ידיעות אחרונות בע"מ ו - ידיעות תקשורת בע"מ (להלן - ידיעות או המשיבות) הוראות האוסרות עליהן: להתנות את אספקת, או את אופן אספקת, העיתון ידיעות אחרונות לנקודת מכירה כלשהי בהתחייבות אותה נקודה לרכוש עיתונים מקבוצת ידיעות אחרונות בלבד. להתנות את אספקת, או את אופן אספקת, העיתון ידיעות אחרונות לנקודת מכירה כלשהי בתנאי הקשור, במישרין או בעקיפין, לאופן מכירת העיתון מעריב באותה נקודת מכירה. להתנות את הענקתן של עמלות מוגדלות בגין מכירת העיתון ידיעות אחרונות בביטול זכות ההחזרה של עיתוני ידיעות אחרונות שלא נמכרו, או בגידול בכמות עיתוני ידיעות אחרונות הנמכרת באותה נקודה.

במהלך הדיון, הסכימו המשיבות למתן ההוראות המתבקשות לגבי שתי דרכי ההתנהגות הראשונות ולהימנע מלהתנות את אספקת העיתון ידיעות אחרונות בתנאי הקשור בכל דרך שהיא למכירת העיתון מעריב, ובהסכמתן אף ניתן בנושאים אלה צו ביניים האוסר על המשיבות לפעול כאמור.

במהלך הדיון אף הסכימו המשיבות שלא להתנות באופן יזום את הגדלת העמלות לקמעונאים בהגדלת כמות עיתוני ידיעות אחרונות המוזמנת, אך הן עמדו על זכותן לנקוט בדרך הפצה זו בתגובה למבצעי מכירות של מעריב. כן עמדו המשיבות על זכותן להתנות את הגדלת העמלות בביטול זכות החזרה של עיתוני ידיעות אחרונות הלא מכורים, זאת הן בתגובה למבצעי מעריב והן ביוזמתן. לאור כך יתייחס הדיון שבהמשך לדרכי פעולה אלה בלבד.

על-פי הסכמת ב"כ הצדדים, ניתן פסק דין משלים זה בהרכב קטוע לפי סעיף 17 לחוק בתי דין מנהליים, התשנ"ב – 1992, זאת לאחר שתמה כהונתה של עו"ד ורדה לוסטהויז שנמנתה על מותב בית הדין שנתן את פסק הדין החלקי.

### **דרך ההתנהגות נשוא הבקשה**

העיתונים ידיעות אחרונות ומעריב נמכרים לציבור בעיקר באמצעות קמעונאים. הקמעונאי מקבל מדי יום את כמות העיתונים המוזמנת על ידו. הוא מקבל עמלה של 14.5% על כל עיתון שהוא מוכר, ואת העיתונים שאינו מוכר הוא מחזיר. הקמעונאי אינו משלם עבור העיתונים המוחזרים, אלא עבור העיתונים שנמכרו בלבד.

שיעור ההחזרות הממוצע של עיתוני מעריב עומד על 20%. המשיבות ביקשו שלא לגלות את שיעור ההחזרות הממוצע של עיתון בשל טעמים שבסודיות מסחרית, אך לצורך העניין שלפנינו וכפי שיובהר בהמשך, אין חשיבות לשיעור ההחזרות המדויק של ידיעות אחרונות. עד כאן, לגבי שיטת השיווק הרגילה.

על-פי השיטה נשוא הבקשה, נוקט ידיעות לעתים במבצעים המכונים "50 ללא החזרות". במבצעים אלו מגדיל ידיעות את העמלה אותה הוא מעניק לקמעונאים, בדרך כלל עד לגובה של 50% ממחיר העיתון, אך מתנה את מתן העמלה המוגדלת בכך שהקמעונאי לא יוכל להחזיר את העיתונים שלא מכר. על-פי שיטה זו, על הקמעונאי לרכוש בעצמו את כל העיתונים המוזמנים על ידו, בדרך כלל, בסכום נמוך יותר ממחיר העיתון ללא המבצע. פעמים אף נדרש הקמעונאי כתנאי לקבלת העמלה המוגדלת, בנוסף לביטול זכות החזרה, גם להגדיל את כמות העיתונים המוזמנת בשיעורים המגיעים עד 20%. המבצעים האחרונים מכונים מבצעי "20/50". בהמשך נתייחס בעיקר לשיטה הראשונה של "50 ללא החזרות", (שתכונה בהמשך גם כ"שיטת ההנחות" או כ"שיטת השיווק"), שכן המסקנות הנוגעות לשיטה זו יפות, מקל וחומר וביתר תוקף, גם לשיטת ה - "20/50".

שיטת שיווק זו הנוהגת במבצעי 50 ללא החזרות, נבדלת משיטת השיווק הרגילה של העיתון במספר מאפיינים. ראשית, בעסקת שיווק זו מדובר בעסקת מכר, בניגוד לעסקת השיווק הרגילה שהיא עסקת קונסיגנציה. על-פי שיטת הקונסיגנציה, היא השיטה הרגילה של שיווק העיתונים באמצעות קמעונאים, משמש הקמעונאי למעשה כסוכן המקבל לרשותו מהמו"ל מלאי עיתונים, מקבל עמלה בגין הכמות הנמכרת, ואיננו נושא בכל תשלום או סיכון שהוא בגין הכמות המוחזרת. על-פי תנאי המבצע, נדרש הקמעונאי לרכוש את העיתונים, והרווח שלו הוא ההפרש בין ההוצאה שהוציא עבור רכישת העיתונים לבין הפדיון שקיבל עבור מכירתם. אילו התבטא המבצע רק במעבר מקונסיגנציה למכר, לא ניתן היה למצוא בו פסול. מרכיבי העסקה הנוספים הם אלו ההופכים את המבצע, לטענת הממונה, לבלתי הוגן.

מרכיבי עסקה אלה קובעים שני תנאים מצטברים לעסקת מכר זו. התנאי האחד, נוגע לכמות הנרכשת. ידיעות דורש מהקמעונאים לרכוש ממנו את כל הכמות שבעבר היו נוהגים להזמין אצלו,

כאשר הקמעונאי איננו רשאי להפחית מן הכמות המוזמנת, ובמבצעי 20/50 הוא אף נדרש להגדילה, אף על החשש שחלק מהעיתונים הנרכשים על ידו לא יימכרו. התנאי השני, נוגע למחיר העיתון לקמעונאי. ידיעות מוכן למכור לקמעונאי את העיתון ב- 50% ממחירו לצרכן. כלומר, העמלה אותה מרוויח הקמעונאי גדלה מ- 14.5% ל- 50%. שני התנאים האמורים שלובים זה בזה, משום שהקמעונאי לא יוכל לקבל את ההנחה המוגדלת אלא אם ירכוש את כל כמות העיתונים תוך ויתור על הזכות להחזיר את העיתונים הלא מכורים.

ניטול דוגמא שבה, כמות העיתונים המוזמנת הרגילה של הקמעונאי עומדת על 12 גיליונות, הכמות הנמכרת הרגילה עומדת על 10 גיליונות, הכמות המוחזרת הרגילה עומדת על 2 גיליונות, מחיר העיתון לצרכן הנו 2 שקלים, ועמלת הקמעונאי עומדת על 15%, דהיינו, 0.30 אג' לכל עיתון נמכר. בשיטת השיווק הרגילה יעמוד הרווח של הקמעונאי על 3 ש"ח, סכום המהווה מכפלת הרווח לעיתון (0.30 ש"ח) במספר העיתונים הנמכרים. במסגרת המבצע של "50 ללא החזרות", חייב הקמעונאי לרכוש את כל 12 העיתונים שהוא מזמין במחיר של 1 ש"ח לעיתון, אך עבור עשרת העיתונים הנמכרים הוא יקבל 2 ש"ח לעיתון. משמע, הרווח הכולל שלו יעמוד על 8 ש"ח. הקמעונאי אמנם חייב במסגרת המבצע בתשלום גם בגין העיתונים שלא נמכרו, אך הוא מפוצה על כך ברווח גדול יותר שהוא מפיק מהעיתונים הנמכרים. בתנאים אלה ברור שלקמעונאי כדאי ליטול חלק במבצע כזה, המגדיל בצורה משמעותית את רווחיו.

אולם, טוען הממונה, למבצע השלכות נוספות, שהן העומדות ביסוד הבקשה. לאחר שהקמעונאי עשה את העסקה שעשה עם ידיעות וחויב במחיר מלוא כמות עיתוני ידיעות אחרונות שהזמין ומשאין הוא רשאי להחזיר את העיתונים שאותם לא יצליח למכור, כל גיליון ידיעות אחרונות שימכור יביא לקמעונאי רווח שולי ששיעורו כשיעור מלוא המחיר של העיתון לצרכן, היינו 2 ש"ח לעיתון. אם מוכר הקמעונאי, בנוסף על עיתוני ידיעות אחרונות גם את העיתון מעריב, ואם עיתון מעריב נמכר על ידו על-פי שיטת השיווק הרגילה, היינו, תמורת עמלה של 0.30 ש"ח לעיתון (בהנחה שהעמלות הרגילות עבור מכירת שני העיתונים דומות), הרי שהרווח המופק על ידו במבצע ממכירת עיתון ידיעות אחרונות גדול בהרבה מהרווח שהוא מפיק ממכירת עיתון מעריב.

במצב דברים כזה, טוען הממונה, אמור קמעונאי הפועל בצורה כלכלית סבירה ומבקש למקסם את רווחיו, לעשות מאמץ להגדיל את מכירות עיתוני ידיעות אחרונות על חשבון מכירות מעריב. מאמץ זה ייעשה, למשל, על ידי הסתרת עיתוני מעריב, במטרה לסיים קודם את מכירת עיתוני ידיעות אחרונות שעבורם הוא שילם, ורק לאחר מכן ימכור את עיתוני מעריב. בהנחה שיש בכוחו של הקמעונאי לגרום ללקוחותיו לעבור מרכישת מעריב לרכישת ידיעות אחרונות, יביא הדבר להגדלת רכישת עיתוני ידיעות אחרונות והקטנת היקף המכירות של עיתוני מעריב. האינטרס של הקמעונאי להגדיל את מכירת עיתוני ידיעות אחרונות על חשבון מכירת עיתוני מעריב אף יגדל, אם הוא יחויב, כתנאי להגדלת העמלה, ברכישת כמות נוספת של עיתוני ידיעות אחרונות, מעבר לכמות המוזמנת הרגילה (כפי שנעשה במבצעי 20/50).

בבואנו לבחון את הגינותה של שיטת שיווק זו, עולה השאלה מה יכול לעשות מעריב כדי להתמודד עמה. לטענת הממונה, הדבר היחיד שיכול מעריב לעשות, הוא לתת לקמעונאי עבור מכירת עיתוני מעריב תמריץ דומה לתמריץ שניתן לו על ידי המשיבות למכור את עיתוני ידיעות אחרונות, היינו להשוות את הרווח השולי הצומח לקמעונאי ממכירת עיתון מעריב לזה הצומח לו ממכירת עיתון ידיעות אחרונות. אולם לצורך כך יהא על מעריב להעניק לקמעונאי בגין מכירת כל עיתון של מעריב עמלה ששיעורה כשיעור מלוא המחיר של העיתון, שהוא התמריץ שניתן לו בתנאי המבצע למכירת

עיתוני ידיעות אחרונות. רק במצב זה יהיה הקמעונאי, לפי הטענה, אדיש בין מכירת גיליון נוסף של ידיעות אחרונות לבין מכירת גיליון נוסף של מעריב, שכן, רק במצב זה תכניס לו מכירה של כל אחד משני העיתונים רוח שולי זהה. אולם תשובה זו איננה תשובה כלכלית, שכן היא מחייבת את מעריב להפיץ את עיתונו ללא תמורה באותן נקודות מכירה בהן מקיים ידיעות את מבצעיו.

לפנינו אפוא, טוען הממונה, שיטת שיווק על דרך של מתן הנחות שאיננה הוגנת. אי ההגינות שבשיטה נעוצה, לטענת הממונה, בכך שבעל המונופולין מנצל את גודלו, או את המונופולין שבידו כדי לקנות יתרון על מתחריו, שאינם מסוגלים לעמוד בהתמודדות כזו.

מעבר לכך, טוען הממונה, הגדלת המכירות בדרך זו, אינה מושגת תוך תחרות על טעמו וכיסו של הצרכן, אין בה גם כדי לשפר את איכותו של המוצר או להפחית את מחירו, ובכך להגביר את האטרקטיביות שברכישתו. הגדלת המכירות מושגת בדרך זו אך ורק עקב חלוקת הטבות בתוך מערך ההפצה באמצעות "קניית" הקמעונאי על-ידי הגדלת עמלותיו, מה שאינו תורם במאום לרווחת הצרכנים.

### **סיווג ההנחה על-פי המשפט המשווה**

דיני ההגבלים העסקיים הנוהגים במשפט הקהילייה האירופאית "מטפלים" במספר שיטות שיווק הכרוכות במתן הנחות, העשויות להיחשב כשיטות תחרות בלתי הוגנות, כאשר הן ננקטות על ידי בעל מונופולין.

בעקרון, ניתן להבחין בהקשר זה בשלושה סוגי הנחות: הנחות **נאמנות** (Loyalty (Fidelity) Rebate), הנחות **מטרה** (Target Discounts) והנחות **כמות** (Quantity rebate).

לטענת הממונה, שיטת השיווק נשוא הדיון וההטבות או ההנחות הניתנות במסגרתה לקמעונאים, נמנית על סוג ההנחות הידוע כ"הנחת נאמנות", או על-פי המינוח המקובל בדיני ההגבלים העסקיים: "Loyalty (Fidelity) Rebate".

**הנחות נאמנות** הן הנחות המיועדות לקשור את הרוכש לספק על ידי התניית מתן ההנחה בכך שהלקוח ירכוש את כל הסחורה הדרושה לו, או חלק מסוים של אותה סחורה, מהספק - מעניק ההנחה. בדרך זו רוכש הספק את נאמנותו של הלקוח, ומכאן כינויה של ההנחה כהנחת נאמנות. כך הוגדר סוג זה של הנחות בספר **Competition Law** בהוצאת Butterworths (להלן - Butterworths):

**"Loyalty rebates are financial inducements given to purchasers who obtain a certain proportion of their requirements from the relevant supplier. The rebate is a reward for loyalty and is not, like a quantity rebate, related to the actual amount which is purchased".**

((1996) Vol. 2, para 645).

סוג אחר של הנחות הן **הנחות כמות**. הנחות כמות הן הנחות הניתנות על ידי הספק בגין מלוא כמות הסחורה הנרכשת על-פי אמות מידה אובייקטיביות הנוהגות במתן הנחות לכלל הרוכשים. בספר Butterworths (לעיל) מוגדרות הנחות אלה כדלקמן:

"A Quantity rebate is one given to the purchaser because of the objectively quantifiable *amount* he buys from the particular supplier. It is price reduction based on volume."  
(Ibid, para 642).

הנחות כמות נבדלות מהנחות נאמנות במובן זה שהן ניתנות לפי ההיקף הכולל של הסחורה הנרכשת ועל-פי אמות מידה כלכליות אובייקטיביות ושוויוניות הניתנות לכלל הרוכשים.

ההבדל בין שני סוגי ההנחות נדון בפסק הדין בעניין **Hoffman-La Roche and Co. Ag v. Commission of the European Communities**, [1979] 3 C.M.L.R 211. באותו מקרה עשתה חברת Hoffman-La Roche חוזים עם לקוחות שרכשו ממנה ויטמינים, לפיהם היו הרוכשים חייבים, או מתומרצים בדרך של מתן הנחות נאמנות לרכוש את כל כמות הויטמינים הדרושה להם או את רובה Roche. כך מתוארת ההבחנה שנעשתה בפסק דין זה בין שני סוגי ההנחות בספר של Butterworths :

**"The ECJ has referred to quantity rebates as those linked to the volume of purchases, fixed objectively and applicable to all possible purchasers. Rebates which vary from customer to customer depending on the presumed capacity of each customer to absorb the product will be classified as loyalty and not quantity rebates".**

(Ibid, para 643)

הנחה מסוג אחר היא ההנחה הידועה כ**הנחת מטרה** (Target Discounts). הנחה זו, כפי שמציין Butterworths ניתנת ללקוח כתגמול עבור השגת מטרות עסקיות מסוימות שלבעל המונופולין יש בהן עניין (ראה : Butterworths, בפסקה 662).

דוגמא להנחה מסוג זה ניתן למצוא בפסק הדין בעניין **Michelin N.V v. E.C. Commission** 1 C.M.L.R. 282 [1985], שדן במקרה בו התנתה יצרנית הצמיגים מתן טובות הנאה או הנחות ללקוחותיה, בהשגת יעדי רכישה מסוימים. ההנחה שניתנה ללקוח הותנתה באותו מקרה בהשגת "individual sales targets" באופן שהלקוח היה צריך, כדי לזכות בהנחה, לרכוש את אותה כמות הסחורה שרכש בשנה שחלפה, ואף להגדילה.

הנחות מטרה (כאשר הן נקבעות בהתאם לכמויות הנרכשות) דומות להנחות כמות, מבחינה זו שבשתי השיטות נקבעת ההנחה כפונקציה של היקף הרכישה הכולל. אולם בעוד שהנחות כמות ניתנות על-פי מדד אובייקטיבי הנקבע על-פי היקפי רכישה קבועים הנוהגים לגבי כלל הלקוחות, הנחות מטרה הן הנחות אינדיבידואליות, הניתנות לכל לקוח בנפרד ומציבות בפני כל לקוח מטרות ספציפיות המיוחדות לו בלבד. שתי שיטות ההנחה האמורות שונות מהנחות הנאמנות בכך שהן אינן מתנות את מתן ההנחה ברכישת כל הסחורה או חלק מסוים ממנה מנותן ההנחה וממנו בלבד.

כך מסבירים המחברים Van Bael & Bellis בספרם **Competition Law of the European Community** (3<sup>rd</sup> ed. 1994) :

**"Target rebates differ from fidelity rebates in that they are not based on explicit or implicit undertaking by the purchaser to obtain all or most of his supplies from the supplier. On the other hand, target rebates can be distinguished from quantity rebates because the targets are individually set for each producer, whereas in a purely quantitative system the rebates depend only on the quantity of the purchases made by the buyer".**

(Ibid, p. 586-587)

הבסיס הנורמטיבי שביסוד גישתו של משפט הקהילייה האירופאית לשיטות השיווק על דרך מתן ההנחות דלעיל מצוי בסעיף 86 לאמנת רומא, האוסר ניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי. במתכונתו של סעיף זה נוסח סעיף 29 לחוק ההגבלים העסקיים הישראלי.

יחסו של משפט הקהילייה האירופאית לשלושת סוגי ההנחות אינו זהה. להנחות כמות, מתייחסים דיני התחרות הנוהגים בקהילייה האירופאית באופן חיובי, זאת על יסוד הגישה שהנחות אלה מעודדות חסכון בעלויות. ואולם, הנציבות האירופאית נמנעה מלאסור על הנחות כאלה גם במקום שבו לא ניתן היה להסביר את מלוא ההנחה בחסכון בעלויות, זאת כל עוד ההנחה בוססה על אמות מידה אובייקטיביות ולא הייתה נגועה בהנהגת מחירים טורפניים (ראה החלטת הנציבות האירופאית בעניין [1990] 4 CMLR 464 (BPB Industries (89/22/EEC)).

מתן הנחות הנאמנות נחשב במשפט הקהילייה האירופאית כפרקטיקה שיש בה, ככלל, משום ניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי.

בספר של Butterworths מוסבר (שם, בסעיף 646) שהנחות נאמנות פוגעות בתחרות משום שהן מגבילות את חופש הבחירה של הלקוח בבחירת הספק וקושרות אותו לספק הדומיננטי, כאשר המחיר שהלקוח משלם איננו נקבע על בסיס אובייקטיבי בהתאם לעסקה שביצע אלא על-פי מידת נאמנותו לספק, נאמנות הנגזרת משיעור רכישותיו ממקורות אחרים.

Van bael & Bellis מסבירים בספרם הנזכר לעיל כי הפרקטיקה של מתן הנחות נאמנות נחשבת במשפט הקהילייה האירופאית כפוגעת בתחרות, הן משום שהיא שומרת, מנציחה, ואולי אף מגבירה את הכוח המונופוליסטי, והן בכך שהיא דוחקת רגלי מתחרים אחרים:

**"Fidelity rebates are challenged by the Commission because they tend to restrict the access of competing producers to the market. They are designed, through the grant of a financial advantage, to induce customers not to obtain their supplies from competing producers. Where the dominant firm grants fidelity rebates, it may be difficult for smaller competitors to gain some business at the expense of the dominant firm. the rebates that smaller competitors would have to grant to the clients of the dominant undertaking to make it sufficiently attractive for them to forgo the fidelity rebate would be out of**

**proportion to the rebate granted by the dominant undertaking".**

(Ibid, p. 584).

בפסק הדין בעניין **Hoffman-La Roche** קבע בית המשפט לצדק של הקהילייה האירופאית, כי הנחות הנאמנות מגבילות את חופש הבחירה של הרוכש, תוך קשירתו באופן לא מוצדק אל הספק הדומיננטי, והן פסולות במיוחד כאשר השימוש הנעשה בהן נועד לדחוק רגלי מתחרים ולחזק את המעמד הדומיננטי של בעל המונופולין.

**"In this respect certainly the Commission is right in stating that such obligations in respect of supplies, if the supplier has a dominant position, are incompatible with the competition rules of the Treaty. They take away the purchaser's freedom of choice in purchasing and exclude other competitors from these markets and thus serve to reinforce competitive relationships and to strengthen the dominant position in the market which already exists."**

(p. 245).

אשר להנחות מטרה, נקבע בפסק הדין בעניין **Michelin**, כי המבחן לגבי האיסור על מתן הנחות כאלה ייקבע בכל מקרה לגופו, תוך התחשבות בהצדקה הכלכלית שבמתן ההנחה, מחד, ובחסרונות שבמתן ההנחה מבחינת הגבלת החופש של הרוכש בבחירת הספק, חסימת השוק בפני מתחרים אחרים, החלת תנאים שונים לעסקאות שוות לגבי מתקשרים שונים וחיזוק המעמד הדומיננטי על ידי עיוות התחרות, מאידך.

**"In deciding whether Michelin NV abused its dominant position in applying its discount system it is therefore necessary to consider all the circumstances, particularly the criteria and rules for the grant of the discount, and to investigate whether, in providing an advantage not based on any economic service justifying it, the discount tends to remove or restrict the buyer's freedom to choose his sources of supply, to bar competitors from access to the market, to apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties or to strengthen the dominant position by distorting competition". (Michelin N.V v. E.C. Commission [1985] 1 C.M.L.R. 282, para. 73).**

במקרה של **Michelin** קבע בית המשפט לצדק של הקהילייה האירופאית שבשיטת ההנחות שהופעלה שם היה משום ניצול לרעה של המעמד הדומיננטי, בשל הלחץ הכלכלי שהיא יצרה על הקמעונאים לעמוד במטרות העסקיות שהוצבו, היינו בכמות הרכישה הנדרשת, כתנאי לקבלת ההנחות, במיוחד לקראת סיום השנה, בשל כך שהייתה מבוססת על אמות מידה אינדיבידואליות ובשל הפגיעה שנגרמה

עקב כך בחופש הבחירה של הלקוחות וביכולת ההתמודדות עם שיטת הנחות זו מצד המתחרים האחרים בשוק.

המשפט האמריקאי אינו אוסר באופן גורף על כל סוגי ההנחות הנזכרות, אך הוא גם אינו מכשיר את כולן.

המקור הנורמטיבי לאיסורים אלה בדין האמריקאי הוא בסעיף 2 ל-Sherman Act האוסר על מונופולזציה או ניסיון להשיג מעמד מונופוליסטי.

**כפי שמציינת בעניין זה פרופ' E.M FOX במאמרה: Monopolization and Dominance in the United States and the European community: Efficiency, Opportunity, and Fairness**

**"U.S. courts would not conclude, with strokes so broad, that fidelity rebates and discounts, exclusive dealing, and requirements contracts by dominant firms are illegal. Loyalty discounts are low-priced competition ... Competition by lowering costs and lowering prices, even by monopolist, is favored under U.S. law". (61 Notre Dame L. Rev. 981, p. 1008)**

אולם, כפי שמציינת המחברת, גם בתי המשפט בארה"ב פסלו הנחות נאמנות כאשר מטרותן הייתה שימור או הגדלת כוחו של המונופול, דחיקת רגלי מתחרים, קביעת מחירי היצף, או יצירת מחסומי כניסה גבוהים המונעים כניסת מתחרים לענף. מאידך, מציינת המחברת, בניגוד לפסיקת הקהילה האירופאית, אין בעובדה שההנחה יוצרת פיתוי כלכלי כזה שקשה לעמוד בפניו, כדי לפסול את הנחת הנאמנות במשפט האמריקאי:

"Under U.S. law, loyalty discounts and exclusive dealing contracts by a dominant firm could constitute monopolization only if they maintain or increase market power or unnecessarily exclude rivals and are not means of giving consumers what they want". (p.1008).

שיטת ההנחות שלפנינו אינה נופלת באופן מובהק אף לא באחת מהקטגוריות האמורות. ההנחה ודאי אינה הנחת כמות, שכן אין מדובר בכמות אובייקטיבית וקבועה אלא בכמות המשתנה מקמעונאי למשנהו בהתאם להיקף המכירות או ההחזרות הרגיל שלו, והיא נגזרת מיכולתו של כל קמעונאי לספוג את תוספת כמות העיתונים הנדרשת. ההנחה גם אינה אופיינית להנחת נאמנות, שכן היא אינה מותנית בכך שהקמעונאי ירכוש את כל עיתוני הערב הנמכרים על ידו או חלק מסוים מתוכם דווקא מידיעות. גם אם יש בשיטה יסוד מסוים של קניית נאמנות, אין בהנחה כדי להבטיח את נאמנותו של הקמעונאי לידיעות בטווח הארוך, מעבר לתקופת המבצע, שהיא בד"כ תקופה קצרה.

דומה שסוג ההנחה הקרוב ביותר להנחה שלפנינו הוא הנחת המטרה, כאשר המטרה היא הגדלת היקף הרכישה בכמות השווה לכמות העיתונים המוחזרת (ובשיטת ה"20/50" גם מעבר לכך). אולם, ההנחה שונה מהנחת המטרה הרגילה אשר בד"כ מתאפיינת במטרת כמות מוגדרת. למשל, מכירת כמות מסוימת של כרטיסי טיסה או מכירת מספר מסוים של פוליסות ביטוח.



עם זה, וגם אם ההנחה שלפנינו אינה נמנית באופן מובהק על אף אחד מסוגי ההנחות הנזכרים, יש בה קווים המאפיינים הנחות הנחשבות כבעייתיות מבחינת דיני התחרות. ראשית, ההנחה איננה נקבעת על-פי שיקולים כלכליים הנגזרים מהיקף הרכישות של הקמעונאי. היא איננה נגזרת מהיקף הרכישות הכולל, גם לא מהיקף הרכישות הנוסף של העיתונים הלא מוחזרים, ואף אינה נקבעת על-פי אמת מידה כלכלית אובייקטיבית אחרת. אין גם טענה שההנחה נגזרת מהחסכון בעלויות. לטענת ידיעות אמנם קיים בהנחה גם מרכיב של חסכון בהוצאות בגין איסוף העיתונים המוחזרים, אך גם ידיעות אינו טוען שהיקף החסכון שווה או דומה להיקף ההנחה, העומד על כ - 35% ממחיר העיתון לצרכן. שנית, המטרה שבהשגתה מותנית ההנחה היא מטרה אינדיבידואלית שאינה משותפת לכלל הרוכשים והיא נקבעת לגבי כל רוכש בנפרד, על-פי כמות העיתונים המוחזרת על ידו. שלישית, ההנחה מלווה ביצירת פיתוי כלכלי גדול הכרוך בה מבחינתו של הקמעונאי, וככל שיש בה כדי להגדיל את מכירות עיתוני ידיעות, נושא שאליו נתייחס בהמשך, מושגת מטרה זו על חשבון מכירות עיתוני מעריב, היינו, ברכישת עיתונים שבמצב הדברים הרגיל היו נרכשים מהמתחרה.

ואולם הויכוח העיקרי ניטש בין הצדדים לגבי טענתו של הממונה לפיה מטרתה של השיטה, כמו גם התוצאה הכרוכה בשימוש בה, היא דחיקת רגלי המתחרה - מעריב ושימור מעמדו המונופוליסטי של ידיעות אחרונות. כך נעשה, לפי הטענה, באמצעות השימוש באמצעי שכל מטרתו היא לגרום נזק ליריב ולהרתיע מפני תחרות אגרסיבית מדי עם בעל המונופולין, ובכך למנוע תחרות העשויה להביא לשיפור המוצר ולגרום נזק לתחרות ולציבור. טענה זו תבחן בהמשך.

#### **המסגרת הנורמטיבית**

סעיפי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988, (להלן - החוק), הרלוונטיים לנושא זה הם סעיף 29א וסעיף 30 לחוק.

סעיף 30 לחוק, כנוסחו בעת הגשת הבקשה, מסמיך את בית הדין לתת הוראות לבעל מונופולין אם ראה כי הציבור נפגע באחת מאלה:

- (1) רמת המחירים של נכס או של שירות;
- (2) איכות נמוכה של נכס או של שירות;
- (3) כמות הנכסים המסופקים או היקף השירות או סדירות האספקה ותנאיה;
- (4) קיום תחרות בלתי הוגנת בעסקים בין בעל המונופולין לבין אחרים;

סעיף המשנה הרלוונטי לענייננו, הוא סעיף קטן (4) המאפשר מתן הוראות לבעל מונופולין במקום שבו מקיים בעל המונופולין תחרות בלתי הוגנת בעסקים.

סעיף 29א(א) לחוק אוסר על בעל מונופולין "לנצל לרעה את מעמדו באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור".

אולם, כאן, בניגוד לנושא הקשירה בו דנו בפסק הדין החלקי, אין מדובר בפרקטיקת התנהגות, המוחזקת על ידי המחוקק כניצול מעמד לרעה באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור על-פי סעיף 29א(ב) לחוק. בהעדר חזקה כזאת, ניתן לאסור על דרך התנהגות זו רק אם יוכח שיש בה כדי להביא להפחתת התחרות בעסקים או לפגיעה (אחרת) בציבור, כמשמען בסעיפים 29א(א) או 30 לחוק.

מכאן, שמתן הוראות כמתבקש בנושא זה מותנה בקיומם של שני תנאים: ראשית, יש לקבוע כי מדובר בפרקטיקה פסולה, בהיותה בגדר תחרות בלתי הוגנת בעסקים כמשמעה בסעיף 30(4) לחוק, או משום שיש בה משום ניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי לפי סעיף 29א(א) לחוק. שנית, יש להוכיח שיש בדרך התנהגות זו כדי להביא להפחתת התחרות בעסקים או לפגיעה (אחרת) בציבור כמשמען בסעיפים 29א' ו- 30 לחוק.

### **פגיעה בתחרות או בציבור**

נפתח ביסוד השני, הוא היסוד של הפגיעה בתחרות בעסקים או בציבור. תחילה נתייחס לבסיס התיאורטי עליו מושתתת הטענה בדבר הפגיעה בתחרות או בציבור.

הנחת היסוד בניתוח שנעשה על ידי כל המומחים שהופיעו בפני בית הדין היתה כי שיטת השיווק לפיה זוכה הקמעונאי בעמלה מוגדלת תמורת הויתור על זכות ההחזרה, לא נועדה ואינה יכולה להביא להגדלת היקף המכירות הכולל של ידיעות אחרונות ומעריב יחד, הואיל והיא אינה משפיעה על המחיר לצרכן.

במצב דברים שבו ידיעות עובר לשווק בשיטת ה - "50 ללא החזרות" ומעריב ממשיך לשווק את עיתוניו על-פי השיטה הרגילה, היינו בעמלה של 15% והחזרת העיתונים הלא מכורים, הרווח השולי הצומח לקמעונאי ממכירת עיתון ידיעות אחרונות - השווה למחיר העיתון לצרכן, גדול בהרבה מזה הצומח לו ממכירת עיתון מעריב. במצב דברים כזה, יעדיף קמעונאי סביר הפועל להגדלת רווחיו להגדיל את מכירת עיתוני ידיעות אחרונות על חשבון מכירת עיתוני מעריב.

במצב דברים זה, יהא על מעריב, כדי להתגונן מפני שיטת ההנחות נשוא הדיון, לפעול להשוואת התמריץ שמעניק ידיעות לקמעונאים. מעריב ישיג מטרה זו אם גם הוא יעמיד את הרווח השולי הצומח לקמעונאי ממכירת עיתונו על מלוא מחיר העיתון לצרכן. הממונה טוען כי הדרך היחידה שבה יכול מעריב להשיג תוצאה זו היא על ידי מתן עיתוניו לקמעונאי ללא תמורה. אין חולק כי בדרך זו יוכל מעריב להשוות את תמריץ הקמעונאי במכירת שני העיתונים. אולם אין גם חולק שדרך זו תפגע במעריב בצורה קשה. השאלה, לאור כך, הנה האם עומדת בפני מעריב דרך נוספת להשוואת תמריץ הקמעונאי למכירת עיתון מעריב לזה שיש לו במכירת עיתון ידיעות אחרונות.

טענתו העיקרית של ידיעות בהקשר זה הנה שאין מניעה שגם מעריב ינקוט באותה שיטת שיווק, היינו, יעבור גם הוא משיטת המכירה בקונסיגנציה לשיטת המכר, תוך שהוא מציע לקמעונאי לרכוש את העיתונים במחצית המחיר בתמורה לויתור על החזרת העיתונים הלא מכורים. בצורה כזאת, טוען ידיעות, ישווה מעריב את התמריץ של הקמעונאי למכור את עיתון מעריב לתמריץ שיש לו למכור את ידיעות אחרונות, מה שימנע את הפגיעה הצפויה, לפי הטענה, במעריב.

השאלה העולה הנה, אפוא, האם ייפגע מעריב גם כשהוא נוקט ביוזמה זוהי לזו של ידיעות ומציע לקמעונאי עמלה מוגדלת ללא החזרה? לשון אחר, האם יתרון הגודל של ידיעות מאפשר לו להגדיל את תפוצתו גם כאשר היריב נוקט באסטרטגיה שיווקית זוהי?

המומחים מטעם הצדדים - פרופ' פרשטמן מטעם הממונה ופרופ' טרכטנברג מטעם ידיעות הסכימו ביניהם שלקמעונאי שהתקשר בשיטה זו עם ידיעות יהיה כדאי להתקשר על-פי אותה שיטה גם עם מעריב ובלבד ששיעור הקוראים שהוא יכול להעביר ממעריב לידיעות (במצב שבו רק ידיעות נוקט

בשיטה זו של הנחות) לא יעלה על 26%. במצב שבו עקב ההנחות שהוא מקבל מידיעות יעלה ביד הקמעונאי להעביר למעלה מ- 26% מקוראי מעריב לרכישת ידיעות אחרונות, יהא הרווח של הקמעונאי אם יתקשר בשיטה זו רק עם ידיעות גדול מהרווח שיפיק אם יתקשר באותה שיטה עם שני העיתונים.

ידיעות טוען שלאור המסקנה דלעיל, ולאור העובדה שהממונה ומעריב עצמו טוענים ששיעור המעבר ממעריב לידיעות עומד על 20%, היינו נופל משיעור המעבר הקריטי של 26%, עולה שלקמעונאי יהיה כדאי להשתתף במבצעים זהים של שני העיתונים, ובכך יוכל מעריב למנוע את הנזקים העלולים להיגרם לו, על-פי טענת הממונה, משיטת הנחות זו.

ספק רב בעינינו האם שיעור המעבר האמור מעיד על כך שאכן יש בידו של מעריב לנקוט, ובאותה הצלחה, בשיטת הנחות זהה לשיטה בה נוקט ידיעות.

ראשית, שיעור המעבר האמור של 20% שבו נקבו מעריב והממונה הנו שיעור ממוצע, כאשר ברור שקיימות נקודות מכירה שבהן שיעור המעבר יהא גבוה משיעור זה, שבהן יפסיד הקמעונאי מהשתתפותו במבצע מעריב. לא ידוע לנו, אמנם, מהו חלקן של אותן נקודות מתוך כלל נקודות המכירה, אך עצם קיומה של אפשרות מסתברת כזאת, די בה כדי להצביע על הנזק הפוטנציאלי הטמון במבצע כזה כלפי מעריב.

שנית, הקמעונאי אינו יכול לדעת בדיוק מה יהא שיעור הקוראים שיעלה בידו להעביר מרכישת מעריב לרכישת ידיעות. לאור כך ולאור העובדה ששיעור המעבר הממוצע נמצא בסמוך לשיעור הקריטי, שבו ההשתתפות במבצע מעריב כבר איננה משתלמת עבורו, עשוי הקמעונאי לסרב להצעה דומה של מעריב.

בהקשר האחרון, יש להביא בחשבון שלפחות חלק מהקמעונאים הנם "שונאי סיכון", ואלה, סביר להניח, לא ירצו ליטול חלק במבצע של מעריב, המגדיל את הסיכון של היוותרות עיתונים לא מכורים כאשר הם משתתפים במבצע זהה של ידיעות וכאשר נמנעת מהם האפשרות להקטין סיכון זה על ידי העברת קונים מרכישתו של מעריב לרכישתו של ידיעות אחרונות.

מעבר לכך, ובלא קשר לויכוח לגבי נפקותו של שיעור המעבר האמור, מקובלת עלינו בנושא זה דעתו של פרופ' גרונאו - המומחה שמונה על ידי בית הדין, לפיה נהנה ידיעות בנושא זה מיתרון הנובע ממעמדו המונופוליסטי, היינו, מנתח השוק הגדול שבידו. בנסיבות אלה, לדעתו של פרופ' גרונאו, סביר להניח כי הקמעונאי יעדיף להצטרף למבצע ההנחות של ידיעות וידחה הצעה של מעריב להצטרף למבצע זהה מטעמו. הטעמים שביסוד מסקנה זו יפורטו בהמשך.

ראשית, האינטראקציה במהלכה מוצעות ההנחות הנה ארוכת טווח. אין מדובר כפי שהראה פרופ' פרשטמן, במשחק של שלב אחד, אלא במשחק שבו מהלכים חוזרים, כאשר הקמעונאי צריך לחשוב על ההנאות והיתרונות העשויים לצמוח לו מההשתתפות במבצעים המוצעים לו על ידי שני המתחרים בטווח הארוך. גם אם נניח, כפי שטוענים ב"כ ידיעות, שבעקבות צו הביניים והצו הסופי שיינתן בעקבותיו, לא יפסיק ידיעות בעתיד את אספקת העיתונים לקמעונאים בשל קשריהם העסקיים עם מעריב ולא יתנה את אספקת עיתוניו בכל דרך שהיא בדרכי הפצת מעריב, עדיין סביר לצפות שבהתמודדות זו שבין שני העיתונים יעדיפו הקמעונאים לשמור על יחסים תקינים עם ידיעות, ויקשרו בין שיקול זה לבין הנכונות להשתתף במבצעי שני העיתונים.

שנית, מבצעי ההנחות שלפנינו, כפי שעוד יפורט בהמשך, נועדו לגרום נזק ליריב ובמהלכם סופג כל אחד מהעיתונים המתחרים נזק. בקרב כזה, כפי שציין פרופ' גרונאו, "שכל כולו נועד לגרימת נזק ליריב כושר הספיגה של הצדדים משחק תפקיד מפתח, ולשחקן הקטן יש מראש עמדת נחיתות".

מעבר לאלה, ועיקר, ההנחה שעמדה בבסיס הניתוח של הכלכלנים מטעם הצדדים, פרופ' פרשטמן ופרופ' טרכטנברג, גרסה כי שיעור ההעברות הנו אחיד, היינו אחוז קוראי מעריב אשר יעברו לקרוא ידיעות אחרונות אם הקמעונאי משתף רק במבצע של ידיעות, זהה לאחוז קוראי ידיעות שיעברו לקרוא מעריב, אם מעריב הוא זה המציע לקמעונאי את ההנחה.

ואולם, כפי שחשף זאת בבחירות רבה פרופ' גרונאו, הנחה זו אינה מתקבלת על הדעת. אמנם, ביכולתו של הקמעונאי לגרום לחלק מקוראי עיתון אחד לרכוש עיתון אחר אם הוא מסתיר גיליונות של העיתון הראשון. אך סביר להניח שהמספר האבסולוטי של קוראי עיתון אחד שיעברו לקרוא את העיתון האחר שווה בקירוב למספר האבסולוטי של ההעברות במצב ההפוך שבו העיתון הראשון הוא זה שמוסתר ע"י הקמעונאי. שהרי סביר להניח שהקוראים אשר יעברו לצרוך עיתון אחר כשהעיתון המבוקש על ידם מוסתר הם אותם קוראים אשר מלכתחילה כמעט אדישים לגבי הבחירה בין שני העיתונים, והעדפתם לעיתון אחד על פני משנהו היא קלה ביותר. קוראים אחרים, אשר להם העדפה חזקה לטובת העיתון המוסתר יעדיפו להשקיע את העלות הקטנה הכרוכה בחיפוש אחריו בנקודה אחרת. סביר להניח כי קבוצת הקוראים "האדישים" - אלו אשר העדפתם לידיעות או למעריב קלה או מקרית, נחלקת באופן שווה בין שני העיתונים. מסקנה זו מבוססת על העדר קריטריון מהותי אשר מסביר את העדפתם, שכן הם אינם חלק מציבור הקוראים הנאמן באופן מסורתי לאחד העיתונים, והקריטריון, המקרי/שרירותי מחייב, בהעדר ראיה אחרת, את המסקנה כי הקוראים האדישים נחלקים בין שני העיתונים באופן שווה (מהבחינה האבסולוטית). חלוקה אבסולוטית שווה זו, מביאה לכך שבהתחשב בהפרשי נתח השוק הגדולים שבין שני העיתונים, שיעור המעבר של קוראי מעריב לידיעות אחרונות יהא גדול בהרבה מהשיעור ההפוך של קוראי ידיעות אחרונות אשר יעברו לרכישת מעריב.

מסקנה זו, כפי שציין פרופ' גרונאו, מבוססת על ניתוח כלכלי מקובל של פילוח השוק, כפי שהודגם בחוות דעתו, והיא מקובלת גם עלינו.

בנסיבות אלה, כפי שהסביר פרופ' גרונאו בחוות דעתו, קיימת עדיפות ברורה לבעל המונופולין. לפי נתוני אותה דוגמא שהביא פרופ' גרונאו בחוות דעתו, ניתן לראות בבירור שבמצב דברים שבו אחוז ההעברה בין שני העיתונים זהה (על-פי הדוגמא - 20%) עשוי הרווח של הקמעונאי אם יבצע את הסדר ההנחות עם שני העיתונים להיות גדול מהרווח הכרוך בביצוע ההסדר עם כל אחד משני העיתונים לבד (ועשוי גם להיווצר מצב בו הרווח מההסדר עם מעריב לבדו עשוי לעלות על הרווח הצומח מההסדר עם ידיעות לבדו). אולם, בהנחה ששיעור ההעברה מידיעות למעריב קטן משיעור ההעברה ממעריב לידיעות, אשר כפי שהוסבר לעיל, היא ההנחה המקובלת על פרופ' גרונאו וגם עלינו, עשוי הרווח מהסדר הנחות זהה עם שני העיתונים להיות קטן מהסדר הנחות עם ידיעות לבדו (וגם מהסדר זהה עם מעריב לבדו).

לאור כך הגיע פרופ' גרונאו למסקנה כי ההבדל בין שיעורי ההעברה בין שני העיתונים הוא מקור האסימטריה העיקרי באסטרטגיה הקמעונאית שאומצה על ידי ידיעות, והוא שמסביר מדוע האסטרטגיה מיטיבה עם ה"גדול" ולא עם ה"קטן".

הניתוח הכלכלי דלעיל של פרופ' גרונאו מקובל עלינו. המסקנה העולה מכאן הנה ששיטת ההנחות נשוא הדין תפגע במעריב אשר יתקשה להתמודד אתה בשל יתרון הגודל של ידיעות.

לטענת ידיעות, גם אם מעריב סובל מנחיתות כלפי ידיעות בשיטת הנחות של "50 ללא החזרות", מעריב אינו מוגבל בהכרח לשימוש בשיטה זו, ועומדות לרשותו דרכים חלופיות על מנת להתמודד עם מבצע זה כגון: חלוקת מתנות, הצבת דיילות, צירוף בקבוקי משקה, מכירה בהנחה, חלוקה בתחנות דלק, חלוקה חינם, וכדומה.

על האפשרות העומדת בפני מעריב להתמודד עם שיטת ההנחות על ידי חלוקת עיתונו בחינם כבר הבענו דעתנו לעיל. אכן, אם יציע מעריב את עיתונו לקמעונאים בחינם, הוא יוכל בדרך זו להשוות את התמריץ הניתן לקמעונאים על ידי ידיעות. אולם דרך זו, בה כופה בעל מונופולין על המתחרה הקטן לחלק את עיתונו ללא תמורה, בעוד הוא עצמו נהנה, עקב יתרון הגודל שלו מהאפשרות להמשיך ולגבות תמורה, גם אם נמוכה יותר, עבור עיתונו, והכל כדי לכפות על המתחרה להימנע מלקוט בשיטות תחרות אגרסיביות מדי לטעמו, מגלמת את הפרקטיקה של דחיקת מתחרים "במיטבה", ואין לקבלה.

מעבר לכך, וככל שמדובר בחלוקת עיתוני מעריב בחינם ללקוחות (ולא לקמעונאים), ספק בעינינו אם מעריב מסוגל להתמודד בדרך זו עם שיטת ההנחות. מר קן ממעריב טען בעדותו כי מעריב אינו מסוגל להתמודד עם שיטת הנחות זו בדרכים המוצעות על ידי ידיעות, הגם שהוא נוקט באמצעים אלה על מנת למזער את נזקיו. גם לנו נראית אפשרות זו כבעייתית, ככל שהיא נועדה להתמודד על אותו קהל קוראים החשוף למבצעים אלה של ידיעות. הטעם לדבר נעוץ בכך שההטבות המחולקות על ידי שני העיתונים אינן מאותו מין ואינם מיטיבות עם אותו קהל. בעוד שההטבות שמחלק ידיעות מופנות לקמעונאים, ההטבות עליהן הצביעו ב"כ ידיעות, כגון מתן מתנות או אף חלוקת חינם של העיתון לקוראים, נועדו ללקוחות הרוכשים את העיתון. משמע, שני המבצעים מתמודדים על קהל שונה. בעוד ידיעות מתמודדת על ליבם של הקמעונאים, מתמודד מעריב על ליבם של הלקוחות. אולם קניית לבו של הקמעונאי עשויה לסכל מלכתחילה את קניית לב הלקוח, אם יסתיר הקמעונאי את עיתוני מעריב מהלקוחות.

לא זו אף זו, במקום שבו מתקיימים מבצעי מעריב, גדל עוד יותר התמריץ של הקמעונאי המשתתף במבצע ידיעות לנסות ולהעביר לקוחות מעיתוני מעריב לרכישת עיתוני ידיעות אחרונות. שהרי על עיתון מעריב המחולק ללקוחות בחינם או עם מתנות אין צומח לקמעונאי כל רווח ואין בכך כדי להגדיל את תמריץ הקמעונאי למכירתו כל עוד הוא נמכר על-פי שיטת העמלות הרגילה. מעבר לכך, במקום ובזמן שבו מתקיימים מבצעי חינם של מעריב יש להניח שכמות עיתוני מעריב המופצת באותן נקודות מכירה גדולה מהכמות הרגילה של עיתוני מעריב המסופקת לנקודות אלה. במצב דברים זה, משגדלה כמות עיתוני מעריב המסופקת לאותן נקודות וכאשר קהל הקוראים אינו נדרש לשלם תמורה עבור עיתוני מעריב, עשויה כמות עיתוני ידיעות אחרונות הלא מכורה לגדול מעבר לכמות העיתונים הלא מכורה הרגילה. במצב דברים זה, כאשר הקמעונאי אינו רשאי להחזיר את העיתונים הלא מכורים של ידיעות, יגדלו הפסדיו (או אובדן רווחיו) מאי מכירת עיתוני ידיעות אחרונות. במקרה כזה עשוי הקמעונאי לסרב ליטול חלק במבצעים של מעריב, ואף אם יסכים ליטול חלק במבצעים אלה, יגבר המניע שלו להעביר קוראים לרכישת עיתוני ידיעות אחרונות.

מעבר לכך, גם אם יוכל מעריב לאמץ את שיטת ה-"50 ללא החזרות", לא יהא בכך, לדעתנו, כדי למנוע את הפגיעה במעריב ובתחרות. הטעם לדבר נעוץ בכך ששיטת שיווק זו של ידיעות מחייבת את מעריב

לזנוח כל אמצעי תחרות אחר בו הוא נוקט ואשר מיועד להגדיל את פלח השוק שלו, שאינו נושא חן בעיני ידיעות, ולאמץ את כללי המשחק המוכתבים על ידי ידיעות. משמעות הדבר הנה שמעריב יוכל במקרה כזה, לכל היותר, להתגונן מפני השיטה בה נוקט ידיעות, אך הוא לא יוכל להמשיך ולנקוט באמצעים תחרותיים אחרים (אלא אם כן יהא מוכן לספוג הפסדים בלתי סבירים).

במצב דברים כזה יוכל ידיעות למנוע ממעריב לנקוט בכל אמצעי תחרותי שאינו מקובל עליו, לבלום את מאמציו של מעריב להגדיל את נתח השוק שלו, לשמר את מעמדו המונופוליסטי ולמנוע ממתחרהו לנקוט בכל פעולה תחרותית שנועדה לשנות מצב זה.

עד כאן לגבי הבסיס העיוני עליו מבוססת הטענה כי השיטה פוגעת בתחרות בעסקים.

אולם התרחיש המתואר לעיל, הנושא בכנפיו נזק למתחרה ולתחרות, אינו תרחיש תיאורטי, שכן הוצגו בפנינו ראיות המצביעות על כך שבפועל אכן מביאים מבצעים אלה להקטנת הכמות הנמכרת של עיתוני מעריב באותן נקודות מכירה בהם הם מתקיימים, וכי מעריב איננו מסוגל להתמודד עם כך על ידי אימוץ אותה שיטה עצמה.

אשר לנזקי מעריב כתוצאה מהפעלת השיטה, ציין מר קן, שהיה בשעתו סמנכ"ל מעריב, בתצהירו :

**"תוצאותיה של שיטת שיווק והפצה זו מיידידות - בממוצע מספר גיליונות מעריב הנמכרים בנקודה בה נוקט ידיעות בשיטה זו יורדים בכ - 20% (אם מעריב נמנע מתגובה כמפורט להלן)."**

ובעדותו הוסיף מר קן והסביר :

"ת. ...אני לא יודע מה קורה אצל ידיעות, אני יורד. ברוב המקרים, ואני אמרתי לך עוד פעם שזה לא קשור לחישובים המתמטיים שלך, זה קשור למציאות שבשטח. כי הקמעונאי הוא לא יושב פה ועושה חיבור, הוא אומר כזה דבר, מה התחייבתי למכור ארבעה עשרה עיתונים שבדרך כלל אני מוכר עשר, הוא לא רוצה לשמוע שאומרים מעריב, זאת הדינמיקה, ולא חשוב מה תיתן חינמים, תעשה ותקפוץ על הראש, זה מה שקורה בשטח".

ועוד העיד מר קן :

**"... אני בטוח במציאות, חד משמעית, חד משמעית זה יותר קל, חד משמעית ברגע שיש מבצע של 50% של ידיעות, אני יורד".**

תמיכה בטענה כי מבצעי ההנחות גורמים נזק למעריב עולה גם מעדותו של מר יעקובי, ששימש כמשנה לסמנכ"ל ידיעות :

"אם מעריב עושה מבצע בחדרה, אני לא בהכרח מגיב בחדרה, יוזם מבצע בנתניה על מנת להכאיב לו איפה שכואב לו כשהוא מכאיב לי באזור שכואב לי".

בעדות זו ניתן למצוא תמיכה ברורה לטענה שמטרתו של ידיעות בנוקטו בשיטת ההנחות האמורה הנה "להכאיב", היינו לגרום נזק למעריב, וניתן להניח "לטובתו" כי הוא איננו משחית את זמנו מרצו וכספו לריק.

מר קן אף שלל בעדותו את טענת ידיעות, לפיה גם מעריב יכול לנקוט בשיטת הנחות זו. לטענתו, מעמדו הנחות של מעריב בשוק (לעומת ידיעות אחרונות) אינו מאפשר לו לנקוט באותה שיטה שכן הקמעונאים לא יסכימו לעבוד עם מעריב באותה מתכונת:

"...אני אומר שמונה אחוז קוראים רק מעריב, לכן אני אומר שעל מעריב ברגע שאתה מציג לקמעונאי דילמה, מה שאני מנסה לומר, זה שעל מעריב יותר קל לו לוותר, להחביא וכו', זה מה שבאתי להגיד כי הרוב, ... זה מסביר לך את המצוקה שלי בקיוסק מול כאלו מבצעים".

וכן:

"... מעריב אינו יכול לדרוש מהקמעונאי למכור את העיתון ללא החזרות. אם ידרוש זאת, הקמעונאי פשוט לא יקח מעריב. מעמדנו בנקודות המכירה איננו כמעמדו של ידיעות. הקמעונאי יכול להרשות לעצמו לוותר על מעריב".

טענה זו זכתה לחיזוק גם מפיו של מר יעקובי מידיעות, אשר העיד כי גם ידיעות איננו יכול לנקוט בשיטה זו בכל מקום:

"ת. תלוי באזורים, יש אזורים שהקמעונאי לחלוטין לא מסכים לעשות מבצעי הנחות, ואז צריך לעשות רק דיילות, ..., לעתים הקמעונאי לא מסכים בכלל לעשות כאלו מבצעים.

...

ת. ... באזור הזה של חיפה היכולת לעשות מבצעים של 50% וכו', היתה מאוד מוגבלת כי מרבית הקמעונאים לא הסכימו לעשות 50% בגלל שמעריב מספיק חזק, כי באזור חיפה, יחסית לאזורים אחרים, גם בלי כלבו ולכן היה צריך לתת מתנות...."

אם מתקשה ידיעות לשכנע קמעונאים להצטרף למבצעים אלה גם במקומות בהם הוא מחזיק ביותר ממחצית נתח השוק, כמו בחיפה שם עומד שיעור החשיפה של ידיעות על 60%, מקל וחומר יתקשה בכך מעריב שנתח השוק שלו קטן בהרבה.

מעבר לאלה, אילו היתה למעריב תשובה כה פשוטה למבצעים אלה של ידיעות, ואילו יכול היה לנטרל את הנזק הנגרם לו בגין אותם מבצעים על ידי אימוץ אותה שיטה בעצמו, כי אז, סביר להניח שמעריב היה נזקק לתשובה זו זה מכבר. לא זו אף זו, אילו זה היה המצב, יש להניח שידיעות עצמו היה נמנע מלכתחילה מלנקוט בשיטה זו. שכן מה טעם לנקוט בשיטה הגורמת לו לנזק משמעותי, אם אין בכך כדי לגרום נזק ליריב, וכאשר ברור שבמצב דברים שבו שני העיתונים ינקטו באותה שיטה, יפסידו שניהם, ורק הקמעונאים הם שייצאו נשכרים.

ידיעות טוען בסיכומיו, שמטרת מבצעי ההנחות היא להגדיל את רכישת העיתון על ידי הציבור, במיוחד בקרב אלה מהקוראים הרוכשים את העיתון בתדירות נמוכה, ולא לפגוע במעריב.

איננו מקבלים טענה זו. ראשית, הטענה אינה עולה בקנה אחד עם הראיות הנזכרות לעיל, כולל עדותו של מר יעקובי מידעות, אשר הודה כי השיטה נועדה להכאיב למעריב. מעבר לכך, איננו רואים כיצד יש בשיטה זו כדי להגדיל את רכישת העיתון על ידי קהל הלקוחות (אלא אם נעשה הדבר על ידי הסתרת עיתון מעריב), כאשר ההטבות ניתנות לקמעונאים ולא ללקוחות. הנחה זו, לפיה אין בשיטה כדי להגדיל את היקף המכירות של שני העיתונים יחד, היתה מקובלת, כפי שזכר לעיל, גם על כל המומחים שהעידו בפנינו. משמע, הגדלת המכירה של עיתוני ידיעות אחרונות חייבת לבוא על חשבון הקטנת המכירה של עיתוני מעריב.

גם הטענה הנוספת של ידיעות, לפיה ההנחות הניתנות לקמעונאים סופן שתתגלגלה לקהל הלקוחות לא הוכחה. למעשה, טענה זו כלל לא נטענה על ידי ידיעות בתשובתו או בתצהירים שהוגשו מטעמו, והיא עלתה לראשונה בסיכומים. מעבר לכך, לא הובא בפנינו ולו מקרה אחד בו הביאה הגדלת העמלה לקמעונאים להוזלת מחיר העיתון לצרכנים, והדבר, לדעתנו, גם אינו סביר.

איננו מקבלים גם את הטענה המסבירה את ההנחה בהוזלת העלויות של איסוף העיתונים הלא מכורים. גם אם מביא המבצע להוזלת עלויות האיסוף, אין ולא יכולה להיות טענה לקיומו של מתאם סביר בין היקף ההנחות, העומד על כשליש ממחיר העיתון, לבין היקף החסכון בהוצאות.

גם הניסיון לטעון כי הנזק הנגרם עקב המבצע למעריב הוא נזק מועט, איננה טענה ראויה. כיצד ניתן להתייחס לנזק הכרוך בהקטנת היקף המכירות בכ - 20% באותן נקודות בהן מתקיים המבצע, כאל נזק קטן?

ידיעות ערך באמצעות מר גייר סקר נקודות מכירה, שאליו התייחס פרופ' טרכטנברג בחוות דעתו. בסקר זה שנערך בקרב 267 נקודות מכירה הוצע לבעלי נקודות המכירה ליטול חלק במבצע "50 ללא החזרות" של ידיעות, ובהמשך הוצע להם ליטול חלק גם במבצעים דומים של מעריב. ממצאי הסקר העלו כי כ - 65.2% מהנקודות מעוניינות לשווק את העיתון בשיטת ה- "50 לא החזרות", 29% מהנקודות אינן מעוניינות במבצע זה וכ - 5.8% מהנקודות מתנות את ההשתתפות במבצע בתנאים שונים. עוד העלה הסקר שכ - 67% מהנקודות המוכנות להשתתף במבצע ידיעות המוכרות כ - 75% מכמות עיתוני מעריב, יסכימו להיענות גם למבצע מעריב, אם יוצע להם מבצע כזה בנוסף להשתתפותן במבצע ידיעות. על-פי חוות דעתו של פרופ' טרכטנברג, ניתוח סטטיסטי של ממצאי הסקר העלה כי אין קשר ברור בין הגורמים של גודל הנקודה, נתח השוק של העיתונים ושיעור ההחזרות של ידיעות אחרונות לבין הנכונות להשתתף במבצע המשווה של מעריב. לעומת זאת, על יסוד אמידת משוואת רגרסיה רבת משתנים נמצא כי שיעור ההחזרות של מעריב משפיע באופן ניכר וחיובי על הנכונות להיענות למבצע המשווה של מעריב. לשון אחר, הטענה העולה מחוות הדעת היא שהעדר הנכונות של הקמעונאים ליטול חלק במבצע של מעריב, אינה נובעת מנתח השוק של העיתונים, אלא משיעור ההחזרות של עיתוני מעריב.

הצעתם של באי כוח ידיעות, על יסוד סקר זה, היא כי מעריב יתייעל ויקטין את שיעור ההחזרות של עיתוניו, מה שיגדיל את נכונותם של הקמעונאים להשתתף גם במבצעים של מעריב.

כרגיל בסקרים מעין אלה, נפלו בין הצדדים מחלוקות לגבי מהימנותו של הסקר ועד כמה הוא מייצג את המצב האמיתי. לטענת הממונה, מבנה הסקר לא שיקף את התפלגות נקודות המכירה של ידיעות



אחרונות לפי היקף המכירה של עיתוני ידיעות אחרונות הנמכרים בנקודות המכירה, גם לא את התפלגות שיעורי המכירה של מעריב ואת שיעור ההעברה בין העיתונים. גם קיומו של מתאם חיובי בין המשתנים המסבירים - גודל הנקודות, שיעור ההחזרות ונתח השוק של העיתונים, מעמיד, לטענת הממונה, בספק את המסקנה המבקשת ללמוד על העדר קשר בין הגורמים המסבירים על יסוד הרגרסיה רבת המשתנים שהורצה לגבי נתונים אלה.

ואולם, גם בלא להתייחס לפגמים הנתענים על ידי הממונה, אנו סבורים שמידת המהימנות של סקר זה שאיננו בודק, אחרי ככלות הכל, מציאות קיימת, אינה יכולה לעמוד כנגד הראיות והשיקולים האחרים שפורטו לעיל, המצביעים על קיומו של קשר ברור בין נתח השוק של שני העיתונים והקושי העומד בפני מעריב באימוץ שיטת הנחות זו.

יתר על כן, מקורו של ההבדל בשיעורי ההחזרות בין העיתונים, ככל שניתן ללמוד מסקנה כללית על כך מסקר זה, לא הוברר. אולם דומה שיש ממש בטענת הממונה לפיה עשוי פער זה להיות מוסבר בהבדלי הגודל בין העיתונים. שכן, בדרך כלל קיימים יתרונות לגודל, במיוחד יתרונות יעילות, למתחרה הגדול ואלה עשויים להסביר גם במקרה זה את הפערים בשיעורי ההחזרות. אפשרות זו נתמכה גם בעדותו של מר יעקובי המשנה למנכ"ל ידיעות, ממנה עולה ששיעור ההחזרה תלוי, בין היתר, בנתח השוק של העיתון, וככל שקטן נתח השוק יגדל שיעור ההחזרה. בנסיבות אלה אין ביעילותו של ידיעות כדי להצדיק את הפגיעה במתחרה הקטן, גם אם זה יעיל פחות.

המסקנה העולה מכל אלה הנה ששיטת ההנחות של "50 ללא החזרות" פוגעת בתחרות בעסקים בין העיתונים וכי פגיעה זו נגרמת או מתאפשרת עקב יתרון הגודל של ידיעות, היינו בשל מעמדו המונופוליסטי בשוק.

#### **תחרות בלתי הוגנת או ניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי**

חרף המסקנה דלעיל, עשויה לעלות הטענה שעצם העובדה שהשימוש בשיטה מקנה יתרון למתחרה הגדול, אין בה כדי לפסול את השיטה שהרי זה טבעה של התחרות שבה נהנה בדרך כלל המתחרה הגדול מיתרונות על פני המתחרה הקטן.

על רקע זה עולה שאלת התקיימו של התנאי השני הנדרש לשם מתן ההוראות, כנזכר לעיל, והוא: כי ההתנהגות נשוא הדיון תהא התנהגות שיש בה משום תחרות בלתי הוגנת בעסקים כמשמעה בסעיף 30(4) לחוק, או שהיא עולה כדי ניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי לפי סעיף 29א(א) לחוק.

לדעתנו, גם תנאי זה מתקיים במקרה שלפנינו. זאת, משום ששיטת השיווק של "50 ללא החזרות" היא דרך התנהגות לא הוגנת בעסקים, שיש בה משום ניצול המעמד המונופוליסטי של ידיעות לרעה. מסקנה זו מבוססת על שני טעמים הקשורים זה בזה.

הטעם האחד הוא, שהשיטה איננה מכוונת להקנות לידיעות יתרון ישיר על פני מתחרהו, ומטרתה היחידה היא לגרום לנזק למתחרה. כך הסביר פרופ' גרונאו שיקול זה בחוות דעתו:

"לא נטען על-ידי נציגי הנתבעת (ידיעות) שהשיטה אמורה להגדיל את פלח השוק של היוזם לטווח הארוך... לא נטען שהשיטה אמורה לחסוך בהוצאות. להפך, נראה שהיא מעודדת בזבוז... כל תכליתה של השיטה לגרום נזקים: היוזם מוכן לסבול נזק מתוך הערכה שהנזק שסיבול יריבו

יהיה גדול יותר, או שכוח עמידתו של היריב בנוזקים קטן יותר. בתור שכזו השיטה פסולה מבחינה תחרותית (ומוסרית)".

ועוד קבע פרופ' גרונאו בחוות דעתו :

"שיטת השיווק שבה זוכה הקמעונאי לעמלה מוגדלת תמורת ויתור על זכות ההחזרה של גיליונות שלא נמכרו, הוגדרה על-ידי יוזמיה כפעולת תגמול שמטרתה להסב נזק ולהרתיע את היריב. אין בשיטה זו לשפר את מצבו של יוזם השיטה, שאם לא כן היה נוקט בשיטה זו כשיטה קבועה ולא זמנית. שלא כמבצעי הנחה אחרים, אין בה לשפר את מצבו של הצרכן שלא נהנה מההנחה. הנהנה היחיד מההסדר הוא הקמעונאי, אך בעוד שהנזק שנגרם ליוזם השיטה הוא בבקרה, ומוכתב על-ידי תנאי המבצע, הנזק שנגרם ליריב ייקבע על-פי מידת להיטותו של הקמעונאי להגדיל את רווחיו. יתירה מזו, הדרך היחידה שבה יוכל היריב לנטרל את השפעת המבצע, היא על-ידי הצעת תנאים שיביאו להחמרת הנזק שייגרם לו. מוסכם על שני הצדדים שהמבצע אינו נועד להגדלת מכירות. היקף המכירות של ידיעות ומעריב לא משתנה ורק משקל העיתון היוזם בסה"כ עשוי לגדול. ... תנאי המבצע יכתיבו את הנזק ליוזם ואת גידול רווחי הקמעונאי. הדרך היחידה העומדת בפני הקמעונאי להגדיל את חלקו מעבר למה שנקבע על-ידי היוזם היא על חשבון 'היריב', על-ידי העברת קוראים מהעיתון היריב לעיתון היוזם. עוצמת הפגיעה ביריב תלויה באחוז קוראיו שיעבור לעיתון השני. היריב יכול אמנם לנטרל את השפעת המבצע על נתח השוק שלו, על-ידי הצבת תנאים בפני הקמעונאי שיביאו להגדלה נוספת של רווחי הקמעונאי. אך כל עוד הקמעונאי משתתף במבצע הראשון, אין דרך להגדיל את רווחיו אלא על-ידי פגיעה נוספת ברווחי היריב".

מכאן שהיתרון הצומח לידיעות מהפעלת השיטה אינו מתבטא בתועלת עסקית או כלכלית ישירה הצומחת לו מהפעלת השיטה, אלא רק בגרימת נזק למתחרה - מעריב, אשר נועד להרתיע אותו מלנקוט באמצעים תחרותיים שאינם מקובלים על ידיעות.

מסקנה זו נתמכת גם בעדותו של מר יעקובי, שהצהיר כי ידיעות נוקט בשיטה זו בעיקר כשיטת תגובה למבצעי השיווק של מעריב (סעיף 15 לתצהירו מיום 22.5.96), וכי תגובה זו איננה מתבצעת בהכרח במקום בו מבצע מעריב את מבצעו, אלא במקומות אחרים "על מנת להכאיב לו איפה שכואב לו כשהוא מכאיב לי באזור שכואב לי" (עמ' 60, פרוטוקול מיום 12.6.96).

שיטה תחרות כזאת הנקטת על ידי בעל מונופולין, שאין בה כדי להצמיח תועלת כלכלית ישירה לבעל המונופולין, ומטרתה רק לפגוע בכושר התחרות של המתחרה, הנה דרך "קלאסית" לדחיקת רגלי מתחרים ("exclusionary behavior"), שהיא אחת מדרכי ההתנהגות העיקריות האסורות על בעל מונופולין. כך מציין Areeda :

"In defining undesirable conduct, we are concerned mainly with "exclusionary" behavior, that which prevents actual or potential

rivals from competing or impairs their opportunities to do so effectively...

Behavior that is no more restrictive of rivals' opportunities than is reasonably necessary to effect competition on the merits is and should be approved by Sherman act §2. Such behavior is, after all, indispensable if the antitrust laws are to achieve their objective. Thus, "exclusionary" comprehends at most behavior that not only (1) tends to impair the opportunities of rivals, but also (2) either does not further competition on the merits or does so in an unnecessarily restrictive way".

(P.Areeda, H. Hovenkamp, **Antitrust Law**, Little, Brown & Company, 1996, Vol III, para 651b, p. 76-77).

מכאן, שהפגיעה במתחרים כשלעצמה איננה אסורה. האיסור על הפגיעה במתחרים קם רק כאשר מדובר בתחרות שלא לגופו של עניין (on the merits) וכאשר הפגיעה היא מעבר לנדרש. דוגמא בולטת המובאת על ידי Areeda לפגיעה לא ראויה כזאת במתחרה, היא רכישת אמצעי ייצור שאינם דרושים לבעל המונופולין למטרותיו הוא, אלא כדי לפגוע בכושר הייצור של המתחרים :

**"...suppose a monopolist systematically hires away the best people from rivals and then does not use these people at all ... Acquiring talent not to use it but to deny it to possible rivals is exclusionary".**

(Ibid, para 702c, p. 143).

בדומה, בפסה"ד הידוע בעניין **United States v. Aluminum Co. of America** (148 F. 2d 416), הואשמה החברה, אשר עסקה בייצור אלומיניום, ברכישת אמצעי ייצור שלא היו דרושים לתהליך הייצור שלה, אלא כדי לפגוע במתחרים בלבד ("which it did not need: and did so for the purpose of preventing competition" - סעיף 2 לפסק דינו של השופט Hand).

כך נקבע גם בפסה"ד בעניין **Neumann v. Reinforced Earth co.**, (786 F.2d 424, 427 (D.C. Cir.1986)), כפי שצוטט על ידי בית המשפט בפרשת מייקרוסופט (U.S v. Microsoft Corporation, p. 8) (החלק השני של פסק הדין שעניינו במסקנות המשפטיות):

**"[P]redation involves aggression against business rivals through the use of business practices that would not be considered profit maximizing except for the expectation that (1) actual rivals will be driven from the market, or the entry of potential rivals blocked or delayed, so that the predator will gain or retain a market share sufficient to command monopoly profits, or (2) rivals will be chastened sufficiently to abandon competitive behavior the predator finds threatening to its realization of monopoly profits".** (הדגשה לא במקור)

ב"כ ידיעות טוענים שתחרות חופשית, מעצם טיבה, עשויה להיות כרוכה בגרימת נזק למתחרים, והם מצטטים בהקשר זה את דבריו של השופט Holms בפסק הדין בעניין **167 Vegelah v. Guntner** : Mass. 92, N.E p. 1077 [1896]

**"It has been the law for centuries that a man may set up a business in a small county town. Too small to support more than one. Although thereby he expects and intends to ruin some one already there and succeeds in his intent. In such a case he is not held to act unlawfully and without justifiable cause... The reason, of course, is that the doctrine generally has been accepted that free competition is worth more to society than it costs, and that on this ground the infliction of the damage is privileged".**  
(p. 1080).

ואולם, דברים אלה נסבו לגבי נזק למתחרה שהוא תוצאה נלווית הכרחית מהצלחתו של המתחרה האחר. כך ציין גם השופט Holms בהמשך דבריו, כי הנזק שייגרם למתחרים יהא סביר כל עוד הוא נגרם כתוצאה מן התחרות, ולא כמטרה בפני עצמה (ההדגשה לא במקור):

**"It shows without the need of further authority that the policy of allowing free competition justifies the intentional inflicting of temporal damage, including the damage of interference with a man's business, by some means, *when the damage is done not for its own sake, but as an instrumentality in reaching the end of victory in the battle of trade*".**

מעבר לכך, על בעל מונופולין חלים כידוע כללי התנהגות מחמירים על רקע מעמדו המיוחד, אשר אינם חלים על מתחרים אחרים בשוק, והאוסרים עליו להתחרות בצורה לא הוגנת, גם אם מדובר בדרך התנהגות הרווחת בקרב מתחרים אחרים בשוק.

כך חייב בעל מונופולין, בנסיבות מסוימות להעניק עזרה אפילו למתחרה (ראה: מונ' 1/93 **הממונה על ההגבלים העסקיים נ' דובק**, קובץ ההגבלים העסקיים, כרך ב', הוצאת ועד מחוז תל אביב של לשכת עורכי הדין, תשנ"ו, 194). כך גם חייב בעל מונופולין לספק את הנכס שבמונופולין למתחריו, זאת חרף העובדה שיש בכך כדי לסייע למתחרים (ראה: **Eastman Kodak Company v. Image Services (Inc.)**, 504 U.S. 451).

על רקע זה, איסור על נקיטה באמצעי תחרותי שנועד, כמטרה לעצמו, לגרום נזק למתחרים, אינו אלא אחד הביטויים, ולא דווקא הקיצוני שבהם, של ההתנהגות ההוגנת ואי ניצול המעמד הדומיננטי לרעה, שבהם חייב בעל מונופולין.

ב"כ ידיעות טוענים, כי תחרות על לב הקמעונאים וניסיון לשנות את העדפות הצרכן באמצעות מתן תמריצים לקמעונאים או למתווכים, הנה שיטת תחרות מקובלת, גם אם יש בה כדי לגרום נזק למתחרה, וכי גם פרופ' פרשטמן, המומחה מטעם הממונה, לא חלק על הלגיטימיות שבשיטה זו.

איננו מקבלים טענה זו. ראשית, גם אם שיטת שיווק בדרך של מתן תמריצים לקמעונאים או למתווכים היא שיטת שיווק מקובלת, אין היא לגיטימית בהכרח כאשר מדובר בבעל מונופולין ככל שיש בה כדי להביא לדחיקת מתחרים. שנית, במקרה שלפנינו, כפי שהסברנו לעיל, אין מדובר בטקטיקה שיווקית של מתן תמריצים לקמעונאים שנועדה להגדיל את פלח השוק של ידיעות, אלא בדרך פעולה שכל תכליתה להרתיע את היריב על-ידי גרימת נזקים, וזו ודאי אסורה על בעל מונופולין.

ידיעות טוען שיש לאבחן את פסקי הדין שניתנו על-ידי בית המשפט לצדק של הקהילייה האירופאית, שכן באותם מקרים, ובמיוחד במקרה של Hoffmann-La Roche היה מדובר באסטרטגיות שיווק רחבות היקף מבחינת חוג הלקוחות, הזמן והטריטוריה בהם הופעלו, בעוד שבמקרה שלפנינו, מדובר במבצעים הנערכים לפרקי זמן קצרים ובאזורים מוגבלים ואשר אין בהם כדי לקשור את הקמעונאים לידיעות. לטענתו, "ברור שלא ניתן ליצור כל נאמנות של הקמעונאים אם שיטת ההנחות איננה קבועה או לפחות מופעלת במשך תקופה ממושכת ורצופה".

גם טענה זו אינה מקובלת עלינו. כפי שמציין הממונה, בפסק הדין בעניין Hoffmann-La Roche דובר ב- 22 חוזים עם לקוחות ולא דובר בהפעלת השיטה על כלל לקוחות החברה. אשר לאורך התקופה בה ננקטת השיטה, ראשית, העובדה ששיטת שיווק זו ננקטת על ידי ידיעות לתקופות קצרות ובמקומות מוגבלים אין בה כדי לעקר את ההשלכות ארוכות הטווח של השיטה, המחניקה באיבה כל ניסיון תחרותי של מעריב הפוגע בידיעות ובכך מסכלת כל ניסיון לשנות את מבנה השוק ולפגוע במעמד המונופוליסטי של ידיעות. לשון אחר, היישום הפרטני של השיטה בנקודה זו או אחרת אמנם נעשה משך תקופה קצרה, אך השיטה כשיטה, מופעלת ידי ידיעות כאסטרטגיה ארוכת טווח, שנועדה ל**דחוק** את רגלי המתחרה. מבחינה זו, של מטרת השיטה, אין מדובר אפוא בשיטה המופעלת לתקופות קצרות. שנית, הטעם בשלו ניתן שלא לאסור על מתן הנחות נאמנות במקום בו נעשה הדבר לתקופות קצרות, נעוץ בכך שמבחינת קניית נאמנות הלקוחות וקשירתם לבעל המונופולין מוקהה עוקצה של שיטה זו כאשר היא ננקטת לתקופות קצרות. אולם, טעם זה אינו יכול להצדיק את הפעלת השיטה, גם לא לתקופות קצרות, כאשר מטרת השיטה היא הרתעתית, שכן מטרה זו ניתן להשיג, ובאופן יעיל, גם כאשר השיטה מופעלת לתקופות קצרות.

מבחינה זו, אם בהנחות נאמנות הניתנות לתקופות ארוכות טווח יש עוד הגיון עסקי מבחינתה של הפירמה הנוקטת בשיטה זו, המבקשת בדרך זו להגדיל את חוג הלקוחותיה, הרי שבשיטת ההנחות שלפנינו, גם יסוד כלכלי זה אינו קיים. מכאן, שאם נפסלה שיטת הנחות הנאמנות של Hoffman-La Roche, חרף התועלת הכלכלית שהיתה כרוכה בה מבחינתו של יוזם השיטה, מקל-וחומר שיש לאסור על השיטה שלפנינו, שאינה מצמיחה כל תועלת כלכלית ישירה ליוזמה.

טענה "מדהימה" נוספת, כלשונם של באי-כוחו של ידיעות, היא שהאיסור על מתן הנחות נאמנות, טומן בחובו איסור על זכותו החוקתית של בעל מונופולין למכור את תוצרתו במחיר הנופל מ- 85% ממחיר העיתון לצרכן.

הפגיעה החוקתית האמורה נובעת, לטענת באי-כוח ידיעות, מכך שהמעבר משיטת ההחזרות לשיטה שבה מוותר הקמעונאי על החזרת העיתונים הלא מכורים, משמעה, למעשה, מעבר משיטה של

קונסיגנציה, שבה משווק המוצר תמורת מתן עמלה, לשיטה של מכר, שבה רוכש הקמעונאי את המוצר מהספק ומוכר אותו לצרכן. שיטת המכר מטילה על הקמעונאי סיכון העולה על זה המוטל עליו בשיטת הקונסיגנציה, ועל כן, לפי הטענה, אך סביר הדבר שהרווח של הקמעונאי הפועל על-פי שיטה זו, יגדל.

איננו מקבלים גם טענה זו. האיסור על מבצעי "50 ללא החזרות", אינו מושתת על כך שמדובר בעסקת מכר ולא בעסקת קונסיגנציה. הפגם שנפל בשיטה זו מבחינת דיני התחרות, מקורו בתנאי עסקת המכר, המביאים, לאור התמריץ שהם יוצרים אצל הקמעונאים, לדחיקת מתחרים. מנקודת ראות זו, איננו רואים כל מניעה מלהגביל בעל מונופולין גם בביצוע עסקאות מכר, ככל שיש בהן כדי לפגוע בתחרות ובציבור.

מעבר לכך, השיקול של הסיכון שנוטל על עצמו הקמעונאי, אין בו כדי להסביר, מהבחינה הכלכלית, את תנאי העסקה. על כך ניתן ללמוד מהעדר כל קשר בין היקף הסיכון של הקמעונאי, הנגזר מכמות העיתונים המוחזרת (שלא במסגרת המבצע), לבין גודל ההנחה. זאת, משום ששיעור ההנחה נגזר, לגבי כל קמעונאי, מהכמות הכוללת של העיתונים הנרכשים על ידו, ולא מכמות העיתונים המוחזרת. גם מנקודת המבט של ידיעות, אין, כפי שכבר הוסבר לעיל, כל קשר בין הרווח הנוסף הצומח לו מהגדלת היקף המכירות, לבין עלות המבצע.

#### **קיומו של כוח שוק ביד ידיעות**

טענה נוספת שהעלו ב"כ ידיעות היתה שלצורך מתן ההוראות המתבקשות יש להוכיח קיומו של כוח שוק מונופוליסטי בידי ידיעות, דבר שלא הוכח במקרה זה.

בנושא זה נציין, ראשית, שסוגיית כוח השוק המונופוליסטי, המוגדר ככוח להעלות את מחיר השוק (ולהרוויח מכך), לא מוצתה בתיק זה. זאת משום שאיש מהצדדים לא העלה טענה בכתבי טענותיו ולא הביא בנושא זה ראיות. גם המומחים שהעידו בפנינו לא חיוו דעתם בנושא זה, והטענה עלתה לראשונה בשלב הסיכומים. בנסיבות אלה יתמקד הדיון שבהמשך בעיקר בפן העקרוני של הסוגייה.

כוח שוק מונופוליסטי (Monopoly Power), כפי שצינו בפסק הדין החלקי, הוא על-פי ההגדרה המקובלת הכוח להעלות את מחיר השוק על ידי הקטנת הכמות הנמכרת, או הכוח לפגוע בתחרות. כך הוגדר כוח שוק מונופוליסטי בפסק הדין **United Stats v. E. I. Du Pont de Nemeours & Co.**, 351 U.S. 377.

**"Monopoly power is the power to control prices or exclude competition". (p. 391).**

על-פי הדין האמריקאי, בעל מונופולין הוא מי שמקיים בידו כוח שוק כאמור.

גם בדיני הקהילייה האירופאית מוגדר בעל מונופולין (dominant position) כמי שמקיים בידו כוח שוק. כוח שוק כזה הוגדר על ידי בית המשפט לצדק של האיחוד האירופאי כ:

**"... a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to hinder the maintenance of effective competition on the relevant market by allowing it to**

**behave to an appreciable extent independently of its competitors and customers and ultimately of consumers."**

(case 322/81 **Michelin V. Commission** [1983] ECR 3461, 3503.

[1985] 1 CMLR 282, 321)

מכאן, שעל-פי שיטות משפט אלה, כוח השוק הוא יסוד מובנה בהגדרת המונופולין. לפיכך, החלתם של כללי ההתנהגות על בעל מונופולין מותנית מלכתחילה בקיומו של כוח שוק מונופוליסטי.

המחוקק הישראלי לא אימץ גישה זו. על-פי סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים מוגדר מונופולין על-פי נתח השוק שבידי בעל המונופולין (למעלה ממחצית הנכסים או השירותים בשוק) ולא על-פי כוח השוק שבידו.

חרף הגדרה זו שבדין הישראלי, טוען ידיעות, שלצורך מתן הוראות לבעל מונופולין, נדרש לא רק קיומו של נתח השוק המתחייב מהגדרת המונופולין, אלא גם קיומו של כוח שוק מונופוליסטי.

טענה זו הועלתה על ידי ידיעות גם לעניין הקשירה. הטענה נדחתה בפסק הדין החלקי מהטעם שכוח שוק אינו מהווה, על-פי הדין הישראלי, יסוד בהגדרת מונופולין, ולאור החזקה הסטטוטורית הקבועה בסעיף 29(ב) לחוק, המקימה, בהתקיים אחת מהפרקטיקות ההתנהגותיות הקבועות באותו סעיף, בכלל זה הקשירה, חזקה בדבר הניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי.

במקרה הנוכחי, שבו אין מדובר בדרך התנהגות הנופלת בגדרו של סעיף 29(ב) לחוק, אלא בטענה לניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי לפי סעיף 29(א) ובמתן הוראות לבעל מונופולין לפי סעיף 30 לחוק (שאינה נסמכת על ניצול המעמד לרעה לפי סעיף 29(ב) לחוק), ציינו בפסק הדין החלקי, כי: "לקיומו של כוח שוק יכול שתהא נודעת נפקות לעניין הקשר הסיבתי בין הפגיעה הנטענת או החשש להתרחשותה לבין קיומו או התנהגותו של בעל המונופולין, ... זאת, לאור כך שמי שאיננו בעל כוח שוק, נעדר בד"כ גם את הכוח העשוי לאפשר לו לפגוע בתחרות או בציבור." על רקע זה חוזרת ועולה השאלה בדבר קיומו של כוח שוק מונופוליסטי בידי ידיעות.

שאלה מרכזית בהקשר זה נוגעת למדידת כוח השוק. על-פי התיאוריה הכלכלית נגזר כוח שוק של פירמה מעלות הייצור השולית והמחיר או מגמישות הביקוש הניצבת בפני הפירמה. אולם, לאור הקושי הראייתי למדוד את העלות השולית ואת גמישות הביקוש, נאלצים בתי המשפט לפנות לנתונים מסדר שני, הנוגעים למבנה שוק המוצר, אשר יש בהם כדי לסייע בקביעת קיומו של כוח השוק. (ראה: P. Areeda, H. Hovenkamp, **Antitrust Law**, Little, Brown & Company 1995. Vol. IIA, para 504, 515).

על-פי הפסיקה האמריקאית, המאפיין העיקרי של מבנה השוק, שיש בו כדי להצביע על קיומו של כוח שוק, הוא זה הנוגע לנתח השוק.

כך מציין H. Hovenkamp בספרו (by West Publishing Co., 1994) **Federal Antitrust Policy**:

**"Marginal cost and firm elasticity of demand are extraordinarily difficult to measure. For most markets, they cannot realistically be measured in courtroom. Courts rely**

**instead on the fact that there is a positive correlation between market *share* and market power. ... Since we cannot measure market power directly, we look at the best next thing". (p. 81).**

ABR Section of Antitrust Law, **Antitrust Law** : שם, סעיף 515 וכן : Areeda, גם : (Developments (4<sup>th</sup> ed. 1997) p- 234 - 235).

כך קבע גם בית הדין לצדק של האיחוד האירופאי :

"The existence of a dominant position may derive from several factors which, taken separately, are not necessarily determinative but among these factors a highly important one is the existence of very large market shares."

(Case 85/76 **Hoffman-La Roche V. Commission** [1979] ECR 461, [1979] 3 CMLR 211, para 39.)

וראה לעניין זה גם בספרם של המלומדים Van-Bael & Bellis :

"The foremost test for determining whether or not a company enjoys a dominant position has been to establish its market share. However, the lower a company's market share, the more additional factors have been relied upon by the commission and court to support a finding of dominance."

(I.Van-Bael, J.F. Bellis, **Competition Law of the European Community**, Third Edition, 1994, P-82.)

מכאן עולה השאלה מהו נתח השוק שיש בו כדי להצביע, כשלעצמו, על קיומו של כוח שוק. בית המשפט העליון בארה"ב סרב לקבוע אמת מידה מנחה הקובעת נתח שוק מינימלי שעליו ניתן לבסס, ללא ראיות נוספות, ממצא בדבר קיומו של כוח שוק מונופוליסטי. (ראה : **United States v. Grinnell Corp.**, 384 U.S. 563, 571 ; וכן E.W. Kintner: **Federal Antitrust Law**, V II 351). בערכאות נמוכות נקבע נתח שוק של 50% כקו פרשת המים, שמתחתיו אין להסיק, ככלל, (יש הסוברים, אף כחזקה משפטית) על קיומו של כוח שוק. מעל רף תחתון זה מבחינה הפסיקה האמריקאית בין שני תחומים של נתח שוק. התחום העליון הוא התחום שבו מתקיים נתח שוק העולה על 70-80 אחוזים. בהתקיים נתחי שוק כאלה מוכנים בתי המשפט בארה"ב להסיק, בהעדר ראיות סותרות, מנתח השוק כשלעצמו וגם ללא סימני היכר נוספים, על קיומו של כוח שוק מונופוליסטי. בתחום הביניים, כאשר מדובר בנתח שוק שבין 50% ל - 70%, גישת הפסיקה האמריקאית היא שנתח שוק הנופל בתחום זה עשוי אמנם להצביע על קיומו של כוח שוק מונופוליסטי, אך לצורך כך נדרשות ראיות נוספות התומכות בקיומו של כוח שוק. בהתייחס לגבול התחתון של תחום זה, היינו לנתח שוק כ - 50% בלבד - קובע פרופ' Areeda בספרו, כי בהתחשב בכך שדבר נדיר הוא שפירמה המחזיקה בנתח שוק כזה תוכל להשפיע על מחיר השוק, מקובל להניח שנתח שוק הנופל מ - 50 - 60 אחוזים איננו מצביע על קיומו של כוח שוק. (P. Areeda, H.Hovenkamp, J. L Solow, **Antitrust Law**, Little, Brown & Company 1995. Vol IIA, para 532b).



במשפט הקהילייה האירופאית אומץ רף נמוך יותר של נתח שוק כמדד היכול להצביע, בהעדר ראיות נוספות, על קיומו של כוח שוק מונופוליסטי.

בפסק הדין בעניין Hoffman-La Roche לעיל נקבע כי נתחי שוק בשיעורים של 93%, 84%, 75%, 65% בשווקים לכדורי ויטמינים, מהווים ראיה מספקת לקיומו של כוח שוק בידי החברה הנאשמת (שם, פסקאות 56, 60, 63 לפסק הדין). מסקנה זו נתמכה בנתחי השוק הקטנים של המתחרים (שלא עלו במועדים הרלוונטיים על שיעור של 14.8%). בפסק הדין בעניין Michelin לעיל, נקבע כי נתח שוק של 57% - 65% מהווה ראיה מספקת לצורך קביעת קיומו של כוח שוק. (שם, פסקה 52 לפסק הדין). גם שם נתמכה מסקנה זו בנתחי השוק הקטנים של המתחרים, שלא עלו על 4% - 8%.

הרף התחתון, שהוא הקובע לעניין זה, נקבע בפסק הדין בעניין Case C- 62/86 **AKZO Chemie** [1991] 1 ECR 3359, **BV V. Commission**, שם קבע בית הדין האירופאי לצדק, תוך שהוא מסתמך על פסק הדין בעניין Hoffman-La Roche, כי נתח שוק של 50%, הנשמר במשך תקופה של 3 שנים, יש בו משום אינדיקציה מספקת לקיומו של מעמד דומיננטי לפי סעיף 86 לאמנה. הנחה זו אמנם ניתנת לסתירה, אך הנטל בעניין זה חל, כפי שנקבע באותו פסק דין, על בעל המונופולין, שעליו להוכיח קיומן של נסיבות מיוחדות השוללות מסקנה זו. בכך הועבר נטל ההוכחה לשלילת קיומו של כוח שוק על מי שמחזיק בנתח שוק העולה על 50%. (שם, עמ' 3453, פסקה 60 לפסק הדין). עמדה זו אומצה על-ידי בית המשפט של הערכאה הראשונה בפסק דינו בעניין Case T - 30/89 **Hilti AG V. Commission** [1992] 4 CMLR 16.

בית המשפט לצדק של האיחוד האירופאי היה מוכן לראות גם בנתח שוק קטן מ- 50% אינדיקציה לקיומו של כוח שוק, אלא שבמקרים כאלה, כמו בפסק הדין בעניין Hoffman-La Roche, כאשר דובר במוצר לגביו עמד נתח השוק של החברה על 43% בלבד, נדרשו ראיות נוספות המעידות על קיומו של כוח שוק לגבי מוצר זה.

אינדיקציות נוספות על זו של נתח השוק, העשויות להצביע על קיומו של כוח שוק מונופוליסטי, הן: קיומם של חסמי כניסה, נתח השוק (הקטן) של המתחרים במונופול, מידת ההומוגניות של מוצרי המונופול, המורכבות הטכנולוגית של המוצרים, התנהגות הפירמה ועוד. **R. Whish competition**. [263-268 law (by buttworth & Co Ltd 1993), ]

השימוש בנתח השוק כאינדיקציה לקיומו של כוח שוק, ודאי יפה לדין הישראלי, שבו קיימת קביעה סטטוטורית מפורשת לפיה קיומו של מונופולין אינו מותנה בקיומו של כוח שוק, אלא בנתח שוק בלבד, וכאשר ההוראות העוסקות בהתנהגותו של בעל מונופולין אינן דורשות באופן מפורש הוכחת קיומו של יסוד זה כתנאי למתן הוראות על-פי סעיף 30 לחוק, או לקיומו של ניצול המעמד המונופוליסטי לרעה על-פי סעיף 29א לחוק.

מסקנה זו מתחזקת לאור דברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים (הצ"ח 1647 התשמ"ד, עמ' 53), מהם עולה כי הגדרת המונופולין לפי חוק ההגבלים העסקיים מבוססת על ההנחה שבמשק הישראלי נתח שוק העולה על 50% "מתאים לבטא שליטה בשוק":

"א. שיעור המונופולין - ריכוז של יותר ממחצית מכלל האספקה או הרכישה - נקבע בחוק עצמו, בעוד שלפי החוק הקיים היתה הסמכה לקבעו

בצו. במשך השנים התברר כי שיעור של מעל 50% מכלל ההספקה או הרכישה בשוק מתאים לבטא שליטה בשוק הישראלי, ולכן ניתן לקבוע בחקיקה הראשית. עם זאת מוצע שהשר יהיה רשאי לקבוע לגבי טובין מסוימים או שירות מסוים, שיעור ריכוז נמוך מזה, אם ראה שלמי שבידו ריכוז נמוך יותר יש השפעה מכרעת בשוק".

במקרה הנוכחי איננו נזקקים לקביעת מבחן כללי בנושא זה. זאת משום ששוכנענו שנתח השוק שבידי ידיעות מלמד על קיומו של כוח שוק המאפשר לו לפעול על-פי דרך ההתנהגות נשוא הדיון ועל קיומו של קשר סיבתי בין המעמד המונופוליסטי של ידיעות לבין הפגיעה בתחרות הנגרמת עקב שיטת השיווק נשוא הדיון.

מסקנה זו מבוססת על הראיות שפורטו לעיל, אשר הצביעו על כך שפרקטיקת ההתנהגות נשוא הדיון פוגעת בתחרות בין העיתונים וכי פגיעה זו מתאפשרת ונגרמת בשל נתח השוק של ידיעות, עליו מבוססת, כפי שציין פרופ' גרונאו, ה"אסטרטגיה הקמעונאית שאומצה על ידי ידיעות, והוא שמסביר מדוע האסטרטגיה מיטיבה עם ה"גדול" ולא עם "הקטן"."

לעניין זה נודעת חשיבות לכך שדרך ההתנהגות בה עסקינן איננה נוגעת להעלאת מחיר השוק, אלא לפרקטיקת התנהגות של דחיקת מתחרים המבוססת, כפי שמסביר המלומד Hovenkamp, על קיומו של נתח שוק ולא דווקא על הכוח התיאורטי להעלות את המחיר. כפי שמסביר בנושא זה המלומד Hovenkamp, שאת דבריו הביאה בסיכומיה באת כוח הממונה, חרף העובדה שהחשש העיקרי מפני כוחו של בעל מונופולין אתו מתמודדים דיני ההגבלים העסקיים, הוא הכוח להשפיע על מחיר השוק, פעמים הנושא הנדון בבתי המשפט אינו מתמקד דווקא בכוח להעלות את המחיר, אלא בפרקטיקות התנהגות אחרות, כמו דחיקת מתחרים, קביעת מחירי היצף או הנהגת הסדרי בלעדיות, שהאפשרות לנקוט בהן נגזרת מנתח השוק של בעל המונופולין ולא דווקא מהכוח להעלות את מחיר השוק. לגבי דרכי התנהגות כאלה, כפי שמציין המלומד Hovenkamp, נודעת חשיבות לנתח השוק כשלעצמו, שבו מעוגן הכוח המאפשר לפירמה לנקוט בדרכי התנהגות כאלה, ולא דווקא לכוח התיאורטי להעלות את מחיר השוק:

"But the power questions that antitrust litigation presents are more complex than this statement suggests. Often the thing that the antitrust tribunal really seeks to measure is market share itself. In such cases market share would have to be determined even if market power could be measured by alternative means.

The underlying evil that antitrust addresses is the power to raise price profitably above marginal cost. But antitrust itself is concerned with the *process* by which market power is created. This process question forces the tribunal to consider whether some practice is likely to be anticompetitive. The answer often depends, not on the firm's abstract ability to raise price above marginal cost, But on its ability to "dominate" a market.

For example, Many monopolization cases involve "exclusionary" practices that are plausible only because the defendant occupies a

large portion of the relevant market in question. This is certainly true of predatory pricing, where the relative costs of predation are a function of the predator's market share. But the same thing is true of the various "foreclosure" offenses, Whether under sec 2 of the Sherman Act (monopolization and attempt), sec 1 of that statute (vertical agreements), sec 3 of the Clayton Act (tying and exclusive dealing), Or Clayton Act sec 7 (vertical and some other mergers). In each of these cases the claimed harm to competition results, not from the defendant's ability to raise price above marginal cost, but rather from its ability to cut rivals off from sources of supply, distribution outlets and the like. The real "power" basis of the offense, then, is market share not market power as such. To be sure, antitrust's central concern is increased market power, But when we consider the threat and basic plausibility of the alleged offense we are examining means, not ends".

[H. Hovenkamp **Federal Antitrust Policy** (by West Publishing Co., 1994) 82].

מכאן שנתח השוק של בעל המונופולין, להבדיל מהכוח התיאורטי שלו להעלות את מחיר השוק, רלבנטי במיוחד במקום שבו, כמו במקרה שלפנינו, הנושא העומד לדיון נוגע לפרקטיקת התנהגות שאיננה קשורה באופן ישיר לכוח לשנות את מחיר השוק.

ידיעות מבסס את טענתו להעדר כוח שוק מונופוליסטי, על קיומו של עיתון מתחרה - "מעריב", שהוא בעל נתח שוק ניכר, גם אם נופל בהרבה מנתח השוק של ידיעות, ולאור העובדה שלטענת ב"כ המשיבים הנה בידיעת בית הדין, שקיימת תחרות חריפה בין שני העיתונים.

נתח שוק משמעותי של המתחרים במונופול אכן עשוי להעיד על העדר כוח שוק ( R. Whish ) **(competition law** (by buttworth & Co Ltd 1993), 263).

אולם במקרה זה לא הוצגה בפנינו, כפי שצינו לעיל, כל ראיה לפיה יש בנתח השוק של מעריב כדי לשלול קיומו של כוח שוק מונופוליסטי בידי ידיעות. להפך, הוצגו לפנינו ראיות המצביעות על כך שנתח השוק של מעריב לא היה בו די כדי לגונן עליו מפני דרכי ההתנהגות של דחיקת מתחרים שהופעלו כנגדו על ידי ידיעות ואשר נקיטתן התאפשרה הודות למעמד המונופוליסטי של ידיעות. יוצא מכלל זה, המעיד על הכלל, הם אזורים כמו חיפה, שבהם, כפי שהסביר מר יעקובי מידיעות, "מעריב הוא חזק, ... יחסית לאזורים אחרים", ועל כן אין ידיעות יכול, באזורים אלה, להפעיל את שיטת ההנחות. מכאן עולה שכלל, אין בנתח השוק של מעריב כדי למנוע מידיעות לפעול לדחיקתו בדרך ההתנהגות המתוארת לעיל. דרך זו של דחיקת מתחרים באה לידי ביטוי לא רק בשיטת ההנחות אלא גם בהתניית האספקה של ידיעות אחרונות באי הפצתו של העיתון מעריב. לגבי דרך ההתנהגות האחרונה הוצגו לפנינו ראיות המצביעות על כך שידיעות התנה את הפצת העיתון בנקודות מכירה מסוימות באי הפצתו של מעריב באותן נקודות. ידיעות אף לא ניסה לכפור בטענות עובדתיות אלה, אלא הסתפק בטענה שדרכי התנהגות אלה לא שיקפו מדיניות כללית של העיתון אלא יוזמה מקומית של אנשי הפצה אזוריים. בד בבד הסכים ידיעות למתן צו שיפוטי המונע דרכי פעולה אלה.

דרכי התנהגות אנטי תחרותיות מעין אלה יכולות לשמש ראיות נסיבתיות המחזקות את המסקנה בדבר קיומו של כוח שוק בידיו של בעל מונופולין הנוקט בהן. זאת על יסוד ההנחה שבשוק תחרותי אין לפירמה אחת כוח להשפיע על התנהגות השוק ואין בידה הכוח למנוע מפירמה אחרת להתחרות בה. מכאן, שהתנהגותה של פירמה הפועלת לדחיקת מתחריה יכולה ללמד על כך שהיא רואה עצמה כמחזיקה בכוח שוק המאפשר לה לנהוג שלא בהתאם לכללים הנהוגים בשוק תחרותי. (ראה: R. (Whish: **competition law** butterworths & Co 1993), 263).

לאור אלה נחה דעתנו בדבר קיומו של כוח שוק מונופוליסטי בידי ידיעות, המאפשר לו לקיים את שיטת ההנחות נשוא הדיון, ולפגוע בכך בתחרות ובציבור.

### **זכות התגובה**

גם אם לא יאשר בית הדין לידיעות לנקוט בשיטת ההנחות נשוא הדיון, טוען ידיעות כי יש לאפשר לו לנקוט בשיטה זו, בתגובה למבצעי שיווק של מעריב. במסגרת זכות התגובה מבקש ידיעות לאפשר לו להגיב על מבצעי מעריב, לא רק בדרך של הגדלת העמלה כנגד ביטול זכות ההחזרה, אלא גם בדרך נוספת, שעל השימוש בה כשיטה יזומה הוא ויתר, והיא התניית העמלה המוגדלת גם (בנוסף על הויתור על זכות ההחזרה) בהגדלת הכמות המוזמנת של העיתונים ב - 20%. ידיעות מבסס את הטענה על זכותו העקרונית של מתחרה, גם אם הוא מונופול, להגיב על צעדים תחרותיים של יריבו.

בצו הביניים, היינו מוכנים לקבל, לצורך אותה בקשה, את ההנחה כי עומדת לידיעות, גם בהיותו בעל מונופולין, זכות תגובה כנגד צעדים תחרותיים הננקטים על ידי היריב. לאור כך היינו מוכנים להכיר בשיטת ההנחות נשוא הדיון, כתגובה לגיטימית הנופלת במתחם הסבירות, במקום שמדובר בהתגוננות ישירה נגד מבצעי הפצה בחינם (או כנגד תמורה מופחתת) של מעריב, ובלבד שזו תוגבל לאותן נקודות ולאותם זמנים בהם מעריב מקיים את מבצעו. עם זה, לא התרנו לידיעות לנקוט בשיטה זו בנקודות מכירה בהן אין מעריב מקיים את מבצעי ההפצה שלו.

ידיעות מבקש להסיר את המגבלות שנקבעו על זכות התגובה בצו הביניים. לטענתו, "המגבלות שבצו הביניים הופכות את זכות התגובה של ידיעות לתיאורטית בלבד... התוצאה היא קשה, ומדובר, בין השאר, במתן יתרון לא הוגן למעריב ובגרימת נזקים כספיים משמעותיים לידיעות". מנגד, טוען הממונה, כי יש למנוע מידיעות לחלוטין לנקוט בשיטת הנחות זו, ואין להתיר לו לפעול לפיה גם בתגובה למבצעי חינם או מבצעים אחרים של מעריב.

הצדדים נחלקו בדעותיהם באשר לשאלה האם ניתן לבסס את זכות התגובה על הגנת ה - meeting competition, המוכרת במשפט האמריקאי במסגרת סעיף 2(b) ל - Robinson- Patman Act.

**חוק** זה אוסר על אפליית מחירים, אך הוא מעמיד מספר הגנות כנגד האשמה באפליית מחירים, ביניהן ההגנה של ה - meeting competition. לעניין זה קובע סעיף 2(b) לחוק כי:

"that nothing herein contained shall prevent a seller rebutting the prima-facie case thus made by showing that his lower price or the furnishing of services or facilities to any purchasers was made in good faith to meet equally low price of a competitor, or the services or facilities furnished by a competitor."

המלומד Holmes (Antitrust Law Handbook, 1997, p. 520) מסביר לעניין זה:

"...According to this defence, it is not unlawful for a seller, to lower his price 'in good faith to meet an equally low price of a competitor'. The burden of proof is again on the seller, with the relevant inquiry being whether he can demonstrate that a 'reasonable and prudent' person would have believed that the granting of a lower price 'would in fact meet the equally low price of a competitor'".

אין מחלוקת בין הצדדים שהגנה זו אינה חלה בענייננו, שבו אין מדובר באפליית מחירים. אולם, לטענת ב"כ ידיעות, הגנת ה- meeting competition אומצה בדין האמריקאי על דרך האנלוגיה גם בתחומים אחרים של דיני ההגבלים העסקיים, ביניהם כללי ההתנהגות החלים על בעל מונופולין.

הממונה טוען, וסומך דבריו על המלומד Kintner כי "על מנת שתקום הגנת ה- meeting competition על הטוען לה להוכיח הפליה בין לקוחותיו הבאה כתגובה תמת לב להורדת מחיר שנעשתה בידי מתחרהו. עליו להוכיח כי פעילותו מידתית לפעילות מתחריו, נעשית כפעולה הגנתית על מנת למנוע דחיקה מן השוק (לא כפעולה התקפית) ומוגבלת לאותו מישור הזמן ואותו אזור גיאוגרפי כמו פעולת המתחרים".

מתוך האסמכתאות שצוטטו בפנינו על ידי ב"כ הצדדים עולה, כי אין למצוא בדין האמריקאי אסמכתא ברורה המחילה את הגנת ה- meeting competition גם על איסורים אחרים בדיני ההגבלים העסקיים. כך עולה מאסמכתאות חד משמעיות שהובאו בסיכומי הממונה (ראה: **Automatic Canteen Company of America v. FTC**, 346 U.S. 61, 73 S. Ct. 1107, (1952)). לא מצאנו אסמכתאות הקובעות אחרת בסיכומי ב"כ ידיעות.

המסקנה דלעיל, לפיה הגנת ה- meeting competition איננה מוכרת בתחומים אחרים של דיני ההגבלים העסקיים, אין משמעה שאין לבעל מונופולין זכות להגיב במקרים ראויים על מעשי מתחריו. אולם מכאן ועד למסקנה שזכות תגובה כזאת מקפלת בתוכה את הזכות לפעול בדרך שיש בה משום ניצול לרעה של מעמדו בשוק של בעל המונופולין, ובניגוד לכללי ההתנהגות המוטלים על בעל מונופולין, הדרך ארוכה. אילו התקבלה מסקנה כזאת, היה כדי לרוקן מתוכנו את הכלל המחיל על בעל מונופולין כללי התנהגות מיוחדים, השונים מאלה החלים על מתחרים אחרים בשוק.

השאלה העולה לאור כך הנה האם יש להתיר לידיעות להגיב על מבצעים של מעריב על ידי הנהגת מבצעי "50 ללא החזרות". בעת מתן צו הביניים היינו מוכנים, כאמור, להתיר תגובה כזאת באופן מוגבל, בהתייחס לאותן נקודות ובאותם זמנים בהם נוקט מעריב במבצעיו. השאלה העולה כיום הנה האם יש להתיר לידיעות גם בפסק הדין הסופי, וכדפוס התנהגות קבוע, לנקוט בדרך תגובה זו, ואולי גם להרחיבה, כפי שהוא מבקש, או לבטל את זכות התגובה, מכל וכל, כפי שמבקש הממונה.

לאחר שנפרשו במהלך הדיון מלוא ההיבטים וההשלכות של השיטה, הגענו לכלל מסקנה שאין להכשיר דרך זו של תגובה, גם לא בהיקפה המוגבל כפי שהותר בצו הביניים, וכי יש לאסור על ידיעות לנקוט בשיטה זו לחלוטין, גם לא בתגובה למבצעי חנם, או מבצעים אחרים של מעריב, ואלה טעמינו.

גם אם תאמר שיש תחולה בענייננו להגנת ה- meeting competition מהמשפט האמריקאי, וגם אם יכולה הגנה זו להצדיק את מעשי המונופול גם בתחומים אחרים שאינם קשורים לנושא אפליית המחירים (טענה שכאמור איננה מקובלת עלינו, ככל שמדובר במשפט האמריקאי), גם אז אין הגנה זו חלה בענייננו. זאת משום שההגנה נועדה לאפשר לבעל המונופולין לנקוט באמצעי תחרותי **הפוגש** באמצעי התחרות המופעלים על ידי מתחרהו. היינו, באמצעי שבו משווה (meet) בעל המונופולין את האמצעי התחרותי הננקט על ידי מתחרהו. אולם הגנה זו לא נועדה להכשיר טאקטיקה של לוחמה נגדית (beat) המיועדת למנוע מהיריב מלכתחילה מלנקוט באותו אמצעי תחרות. כפי שקבע בית המשפט בעניין Falls City:

"...We agree that a seller's response must be defensive, in the sense that the lower price must be calculated and offered in good faith to "meet not beat" the competitors low price". (Falls city Industries v. Vanco Beverages, INC. 460 U.S 428, p.446)

כך כותב גם המלומד Callmann בספרו: **The Law of Unfair Competition Trademarks and Monopolies** (4th ed, VOL 5, p. 114):

"... Accordingly, it is clear that the Act recognizes the price cut as a defensive measure only. It is not available as an offensive weapon because the seller is only allowed to meet not beat an actual competitor's equally low price".

לאור הראיות שהוצגו בפנינו שוכנענו, כפי שכבר הוסבר לעיל, כי ידיעות משתמש בשיטת הנחות הנאמנות כ"שוט" לפגוע במעריב, היינו כשיטה למניעת מבצעי מעריב ולא כאמצעי הגנה שנועד לאפשר לו להתמודד עם ידיעות באותם אמצעים על לב הלקוחות. לשון אחר, כפי שנאמר בפהס"ד בעניין Falls city הנזכר לעיל, מטרתו של ידיעות בהשתמשו בשיטה זו הנה "to beat and not to meet". שיטת תגובה כזאת אינה יכולה להתקבל כתגובה לגיטימית של בעל מונופולין במסגרת הגנת ה- meeting competition.

מטעם זה גם מוגבלת הגנת ה- meeting competition במשפט האמריקאי לאותו מישור ולאותו אמצעי שנקט על ידי המתחרה, מפניו מבקש בעל המונופולין להתגונן, ובאותה מידה. כך, מותר גם לבעל המונופולין להפחית מחירים על-פי הגנה זו "to meet an equally low price of a competitor or facilities furnished by a competitor". משמע, לא זו בלבד, שההגנה נגד הפחתת המחיר (המופלה) הנעשית על ידי המתחרה, יכול שתעשה רק באמצעות הפחתת מחיר של מוצרי המונופולין, אלא שהפחתת המחיר צריך שתהיה זהה.

במקרה שלפנינו, תגובת ידיעות אינה נעשית באותו המישור בו נערכים מבצעי מעריב, ודאי לא באותם אמצעים ובאותה מידה. בעוד מעריב מחלק חינם או במחיר נמוך את עיתוניו לצרכנים, פועל ידיעות בקרב הקמעונאים, שהם הנהנים מההנחות. בעוד מעריב מנסה במבצעו להגדיל את תפוצת עיתוניו בקרב הלקוחות, מטרתו של ידיעות במבצעים אלה אינה להגדיל את חוג קוראיו גם לא לשכנע את הקוראים החשופים למבצעי מעריב להעדיף את עיתוניו, אלא לסכל את מבצעי מעריב ולמנוע את עריכתם של מבצעים אלה בעודם באיבם, בעזרת "קניית" הקמעונאים. מכאן, שתגובת ידיעות איננה

ממין התחרות נגדה מבקש ידיעות להתגונן, ועל כן היא לא תוכל לחסות תחת הגנת ה - meeting competition.

אילו הותרה שיטת תגובה זו, היה בכך, לדעתנו, כדי לרוקן את מתוכנו את האיסור על השימוש בשיטת הנחות זו כדרך התנהגות שיש בה משום ניצול לרעה של המעמד הדומיננטי, או כתחרות בלתי הוגנת. זאת משום שהכשרת מבצעי "50 ללא החזרות" כאמצעי תגובה היה בה כדי להכשיר את השימוש בשיטה כדי "להכאיב למעריב במקום שכואב לו" וכדי למנוע ממעריב ליזום את אותם מבצעים ואותם אמצעים תחרותיים שבעזרתם הוא מבקש להרחיב את חדירתו ולשפר את מעמדו בשוק, שהוא בדיוק המעשה עליו ראוי, לדעתנו, לאסור.

ידיעות טוען, כי הוא אינו יכול "להחזיר" למעריב באותה המטבע, ולחלק עיתונים בחינם, שכן במקרה כזה, יהא גודלו בעוכריו ויהא עליו לתת לציבור הטבות בסכומים העולים בהרבה על ההנחות שמעניק מעריב בשל היקף התפוצה הקטן של האחרון. בשעתו, בעת מתן צו הביניים הבאנו שיקול זה בחשבון כאשר אפשרנו לידיעות לקיים את מבצעי ההנחות באותן נקודות בהן מקיים מעריב את מבצעיו. עתה, בתום הדיון הגענו לכלל מסקנה שגם שיקול זה אין בו כדי להכשיר את השימוש בשיטה, זאת מאותם הטעמים שהוסברו לעיל.

לאור כל אלה הגענו לכלל מסקנה שאין לאפשר לידיעות לנקוט בשיטת ההנחות נשוא הדיון, גם לא כתגובה למבצעי מעריב.

לאור האמור אנו אוסרים על המשיבות :

להתנות את אספקת, או אופן אספקת, העיתון ידיעות אחרונות לנקודת מכירה כלשהי בהתחייבות אותה נקודה לרכוש עיתונים מקבוצת ידיעות אחרונות בלבד.  
להתנות את אספקת, או אופן אספקת, העיתון ידיעות אחרונות לנקודת מכירה כלשהי בתנאי הקשור, במישרין או בעקיפין, לאופן מכירת עיתון יומי אחר באותה נקודת מכירה.  
להעניק לנקודת מכירה, או לקבוצת נקודות מכירה, עמלות מוגדלות בגין מכירת העיתון ידיעות אחרונות אם הגידול בעמלה מותנה בביטול זכות ההחזרה של עיתוני ידיעות אחרונות שלא נמכרו או בגידול בכמות עיתוני ידיעות אחרונות הנמכרת באותה נקודה.

על-פי בקשת הצדדים אנו נותנים תוקף של צו קבוע גם להסכמות האחרות שבין הצדדים כפי שפורטו בצו הביניים.

לאור התוצאה הסופית של פסק הדין על שני חלקיו איננו עושים צו להוצאות.

**ניתן היום, 7.6.2000, בהעדר הצדדים.**