

## בית הדין להגבלים עסקיים

בפני כב' השופט י. עדיאל - המשנה לאב"ד  
עו"ד ורדה לוסטהוויז - חברה  
ד"ר עומרי בן-שחר - חבר  
בעניין: סעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים תשמ"ח – 1988

ובעניין: הממונה על הגבלים עסקיים  
ע"י ב"כ עוה"ד תמר תורג'מן  
מהרשות להגבלים עסקיים

### המבקש

- נ ג ד -

1. ידיעות אחרונות בע"מ

2. ידיעות תקשורת בע"מ

### המשיבות

ע"י ב"כ עוה"ד ש' הרוביץ ושות'

## פסק-דין (חלקי)

### הבקשה

1. המשיבה 1 - ידיעות אחרונות בע"מ הנה המוציאה לאור של העיתון "ידיעות אחרונות" (להלן "ידיעות אחרונות" או "העיתון"), והמשיבה 2 - ידיעות תקשורת בע"מ היא מוציאה לאור של רשת כלל ארצית של עיתונים מקומיים, היוצאים לאור אחת לשבוע בסוף השבוע, ומופצים כל אחד באזור גיאוגרפי מוגבל. שתי המשיבות (שיקראו להלן - "ידיעות") נמצאות באותה בעלות ותחת אותה שליטה.
2. ביום 14.5.95 הכריז הממונה על ההגבלים העסקיים, מכוח סמכותו לפי סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988, (להלן - "החוק"), כי עיתון "ידיעות אחרונות" הוא מונופולין בענף העיתונות הארצית (היומית) בשפה העברית. תוקפה של הכרזה זו נקבע לתקופה של ארבע שנים. ביום 13.4.99 חזר הממונה והכריז על ידיעות אחרונות כמונופולין. ערעור על ההכרזה האחרונה תלוי ועומד בפני בית הדין להגבלים עסקיים.
3. בבקשה זו מבקש הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן: "הממונה") מבית הדין לעשות שימוש בסמכותו לפי סעיף 30 לחוק, כנוסחו בעת הגשת הבקשה, וליתן למשיבות הוראות הנוגעות לדרכי התנהגות מסוימות שאימצה ידיעות בתחום השיווק וההפצה של העיתון היומי והמקומונים.

4. בתחום העיתונות המקומית, מבקש הממונה למנוע מהמשיבות להפיץ את מקומוניהן על-ידי צירופם לגיליון יום ו' של עיתון ידיעות אחרונות, בין בחינם (בעיקר למנויים) ובין בתשלום. בתחום העיתונות הארצית, מבקש הממונה למנוע מידיעות להנהיג הסדרי בלעדיות עם הקמעונאים, המתנים את אספקת עיתון ידיעות אחרונות בהHמנעותם של האחרונים מלמכור את העיתון "מעריב", וכן לאסור על מתן הנחות נאמנות, העשויות לעודד את הקמעונאים להעדיף את מכירת עיתוני ידיעות אחרונות על פני מכירתם של עיתוני "מעריב".

בבקשתו המקורית עתר הממונה למתן הוראות בשני נושאים נוספים. הנושא האחד התייחס למתן הוראות האוסרות על ידיעות להנהיג מחירים טורפניים לגבי מודעות הפרסום במקומונים. עוד ביקש הממונה מבית הדין לחייב את המשיבים לצרף לעיתון "ידיעות אחרונות" המופץ למנויים בימי ו' מקומונים אחרים, שאינם נמנים על קבוצת ידיעות. בסיכומיו הודיע הממונה כי הוא חוזר בו מבקשותיו למתן הוראות בנושאים אלה.

במהלך הדיון הושג הסדר בין ידיעות לממונה, לפיו התחייב ידיעות להימנע מלהנהיג הסדרי בלעדיות בנקודות המכירה, ועל כן התייתר הדיון גם בסעד זה.

5. הבקשה שלפנינו מתמקדת אפוא בנושא הפצת המקומונים על ידי צירופם לעיתון הארצי ובסוגיית הנחות הנאמנות.

בפסק דין חלקי זה נדון בנושא המקומונים. בהוראות המתבקשות בתחום העיתונות הארצית, בנושא ההנחות נדון בחלקו השני של פסק הדין.

6. במרכז הבקשה עומדות שתי דרכי התנהגות: **הקשירה (tie-in)** ו**המינוף המונופוליסטי (Monopoly Leverage)** שאותן מבקש הממונה לאסור, ובהן יתמקד הדיון בהמשך.

7. הממונה טוען שיש לאסור על כל דרכי ההפצה שבהן משתמשים המשיבים כדי להפיץ את המקומונים על ידי צירופם הפיזי לעיתון ידיעות אחרונות' והן:

- א. צירוף עיתון מקומי חינם לעיתון ידיעות יום ו' הנרכש בנקודות המכירה.
- ב. צירוף עיתון מקומי חינם לעיתון ידיעות יום ו' למנויי העיתון.
- ג. צירוף עיתון מקומי לעיתון ידיעות אחרונות של יום ו' הנרכש בנקודות המכירה, תמורת גביית מחיר נוסף על מחיר העיתון, בין מחיר חלקי ובין מחיר מלא.

8. המשותף לכל שלוש דרכי ההפצה האמורות, לטענת הממונה, הוא השימוש בכוחו המונופוליסטי של העיתון "ידיעות אחרונות" בתחום העיתונות היומית, להגברת כוחו בתחום העיתונות המקומית, תחום שבו אין לו כיום מעמד מונופוליסטי או על-פי המינוח הנוהג בדיני ההגבלים העסקיים, **מינוף** כוחו המונופוליסטי של ידיעות משוק העיתונות

היומית בעברית, שבו הוא בעל מונופולין, לשוק העיתונות המקומית, שבו הוא איננו נהנה ממעמד כזה. טענה נוספת שמעלה הממונה ביחס לדרכי ההפצה הנזכרות היא, כי הן מהוות **קשירה** אסורה בין אספקתם של שני המוצרים - העיתון הארצי והעיתונים המקומיים, על ידי קשירתם של העיתונים המקומיים לעיתון הארצי, בו נהנית ידיעות כאמור, ממעמד מונופוליסטי.

לטענת הממונה, שיטות השיווק וההפצה האמורות פוגעות בציבור ובמקומונים המתחרים, בכך שהן גורמות לקיומה של תחרות בלתי הוגנת בעסקים בין קבוצת ידיעות לבין המקומונים המתחרים, שלהם אין מכשיר הפצה יעיל כמו זה של ידיעות, והם אינם יכולים להתחרות בידיעות כאשר זה מנצל את היתרון המונופוליסטי שלו בתחום העיתונות היומית, ומפיץ את מקומוניו על גבי ה"פלטפורמה" של העיתון הארצי.

הפגיעה במקומונים המתחרים, וכפועל יוצא גם בציבור הרחב, מתבטאת, לטענת הממונה, בכך שהגדלת תפוצת מקומוני ידיעות כבר הביאה, ותביא עוד יותר בעתיד, להקטנת תפוצתם של המקומונים המתחרים, שכן הקורא הרוכש את עיתון יום ו' של ידיעות אחרונות, ומקבל יחד אתו גם את המקומוני, עשוי בהרבה מקרים להסתפק במקומוני ידיעות, ולא יטרח לסור לנקודת המכירה על מנת לרכוש דווקא את המקומוני המתחרה. מהלך דברים זה יביא, לטענת הממונה, לכך שהצרכן יפתח הרגל של עיון וקריאה בעיתון המקומי של ידיעות, וזאת על חשבון העיתון המקומי המתחרה.

הירידה בתפוצת המתחרים, טוען הממונה, תפגע בהכנסותיהם, הן ממכירת המקומונים והן ממכירת שטחי פרסום, בשל הפחתת האטרקטיביות שלהם למפרסמים. כדי לנסות ולהתמודד עם תופעה זו, על המתחרים להפיץ גם הם את מקומוניהם ללא תמורה, דבר שהם מתקשים לעשות, הן בשל העדר מכשיר ויסות כדוגמת "ידיעות אחרונות", שבאמצעותו הם יכולים לקבוע את היקף תפוצתם, והן בשל המעמסה הכלכלית שהדבר מטיל עליהם.

הפגיעה בציבור הרחב מתבטאת, לטענת הממונה, גם בכך שהצרכן מקבל את המקומוני של רשת ידיעות שלא על בסיס בחירה חופשית, אלא רק משום שהוא צורך את המוצר שבמונופולין - הוא עיתון ידיעות של יום ו'. במצב כזה, נכנס העיתון המקומי של ידיעות לביתו של הצרכן לא כתוצאה ממעשה בחירה מצדו של הצרכן, ואף לא כתוצאה מתחרות על איכות המוצר ומחירו בין המקומוני של ידיעות למקומונים האחרים, אלא אך ורק כתוצאה מניצול המעמד המונופוליסטי של ידיעות בתחום העיתונות היומית.

לטענת הממונה, שיטת הפצה זו כבר גרמה לפגיעה קשה במקומונים המתחרים, וקיים סיכון ממשי לכך שהמשך הפעלתה תביא בעתיד הקרוב לסגירתם של העיתונים המקומיים המוצאים על ידי רשת "שוקן בע"מ" (שהיא גם המוציאה לאור של עיתון "הארץ") וחברת "הד הקריות בע"מ", או לפחות לפגיעה קשה בהם. במהלך הדיון בבקשה זו הצטרף לשוק המקומונים גם העיתון "מעריב", אשר החל להפיץ מקומונים במספר ערים ברחבי המדינה

(בעוד שעובר להגשת הבקשה, היה למעריב מקומון אחד בלבד, בעיר תל-אביב - "זמן תל-אביב"), וגם הוא עלול להיפגע, לטענת הממונה, משיטת שיווק זו.

לטענת הממונה, הפגיעה ברשת שוקן וסגירת העיתונים המקומיים המוצאים על-ידה תביא לא רק לפגיעה בעיתונות המקומית, אלא גם לפגיעה קשה בעיתונות הארצית. זאת משום שלדבריו "קיימת אפשרות ממשית כי מעשי ידיעות בענף המקומי יובילו גם לסגירת רשת שוקן והד הקריות, או לפחות לפגיעה חמורה בהם וכן לפגיעה בעיתון 'הארץ', עד כי רשת שוקן לא תהווה עוד מתחרה פוטנציאלי בענף העיתונות הארצי". כך, לפי הטענה, תגבר באופן בלתי סביר הריכוזיות ב"שוק הרעיונות" ותפגע קשה איכות העיתונות הארצית.

על-פי התרחיש האפוקליפטי שמשרטט הממונה, חיסול רשת שוקן והד הקריות, והשתלטות ידיעות על שוק העיתונות המקומית, יביאו לגביית מחיר מונופוליסטי בענף העיתונות המקומית - הן עבור רכישת העיתון והן עבור פרסום מודעות בו, וחמור מכל, השתלטות זו תפגע באיכות העיתונות המקומית והארצית כאחד, תביא להנצחת הכוח המונופוליסטי של קבוצת ידיעות והעתקתו, בדרכים בלתי הוגנות, גם לענף העיתונות המקומית, להגברת הריכוזיות בתחום העיתונות, לפגיעה בעצמאותם של העיתונאים המקומיים ולצמצום מקורות המידע שיעמדו לרשות הציבור.

9. ידיעות טוען, ככל שניתן לתמצת את 513 עמודי הסיכומים שלו במספר מילים, כי הממונה לא הוכיח אף טענה מהטענות הנטענות על ידו. ולהפך, הוכח, לפי שיטת ידיעות, כי צירוף מקומי ידיעות תקשורת לעיתון ידיעות אחרונות לא פגע ולא יפגע במתחרים.

10. נקודת המוצא שביסוד הבקשה, שהיא אולי העובדה היחידה שלגביה אין מחלוקת בין הצדדים, היא כי העיתון ידיעות אחרונות הנו בעל מונופולין בשוק העיתונים היומיים בעברית, והוא מחזיק בנתח שוק העולה על 50%, כאשר העיתון מעריב, שהוא העיתון השני בהיקף תפוצתו, מחזיק בנתח שבין רבע לשליש מהשוק ואילו נתח השוק של עיתון הארץ עומד על כעשירית.

עוד עולה מהראיות שבאו לפנינו, כי 66.9% מקרב הציבור קראו לפחות גיליון אחד של ידיעות אחרונות בארבעת סופי השבוע שקדמו לעריכת סקר איגוד המפרסמים 1996. כן מסתבר, מאותו סקר, שלמעלה מ- 40% מקוראי עיתון יום ו' של ידיעות אחרונות קוראים רק את עיתון ידיעות אחרונות ביום ו', לעומת כ- 9% בלבד מקוראי מעריב, אשר קוראים ביום ו' רק את מעריב, וכ- 1.5% מקוראי הארץ אשר קוראים ביום ו' רק את הארץ.

### העיתון המקומי

11. מקומון, בניגוד לעיתון יומי מוצא ומופץ באזור גיאוגרפי מוגבל, בד"כ פעם אחת בשבוע, ביום ו', והוא מכיל מידע ופרסומות הנוגעים בעיקר (אך לא רק) לאזור בו הוא מופץ.

12. ההתפתחות ההיסטורית של המקומונים בישראל מתוארת על ידי יחיאל לימור ודן כספי בספרם **המתווכים** (1992) כדלקמן: "בראשית ימיה זכתה העיתונות המקומית ליחס של התעלמות מצד העיתונות היומית והפרטית, שאף זלזלה במופגן במקומונים וברמתם העיתונאית. היומנים הפרטיים גם דחו את הרעיון להיכנס לשוק המקומונים, מתוך הנחה מוטעית כי כך יתחרו בעצמם, בעיקר בתחום גיוס המודעות." (עמ' 70). אך בחלוף הזמן, "משעמדו העיתונים הארציים בפני התחרות הכלכלית, פיתחו שלוש דרכי תגובה בהתאמה כדי להתמודד בעיתונות המקומית: (1) לוחות פרסום משותפים. (2) מוספים מקומיים. (3) כניסה ישירה לשוק העיתונות המקומית". (ד. כספי, "ביזור אמצעי התקשורת במערכת ריכוזית: דוגמת העיתונות המקומית בישראל 1959-1980", **אמצעי תקשורת ההמונים בישראל** בעריכת ד. כספי וי. לימור (1998), 207, 213).

13. הצלחתם של העיתונים המקומיים עוררה את עיתוני הערב להפוך עמודים מקומיים שהופיעו עד אז באופן בלתי סדיר בחלק האחורי של העיתון, למעין מוסף מקומי שבועי לאזורים השונים. "השוני הטכני גרם ליצירת אשליה כאילו היה עיתון מקומי כנספח לעיתון הארצי" (**אמצעי תקשורת ההמונים בישראל**, עמ' 214). אולם בפועל, מציינים כספי ולימור, לא היו אלה עיתונים עצמאיים נפרדים, אלא "מקומונים-לכאורה, שכן מדובר היה למעשה במוספים מקומיים של העיתון הארצי - שתפוצתם היתה, בדרך כלל, זהה לתפוצת העיתון הארצי ביישוב - ולא במקומונים עצמאיים. התפיסה הריכוזית השלטת בשני עיתוני הערב, גרמה לכך שהעריכה וההפקה של המקומונים נעשתה במערכות המרכזיות בתל-אביב, והתוצאה הבלתי נמנעת: מוצר מנוכר למדי". (**המתווכים**, עמ' 71).

14. בהכירם במצב שנוצר בשוק, ובראותם כי הדבר בלתי נמנע, החליטו העיתונים הארציים להיכנס לשוק העיתונות המקומית. בצעד זה ניתן לראות משום "... כניעה מצד העיתונים, שכן כניסתם לשטח זה פירושה הכרה דה-פקטו במקומונים הקיימים כעיתונים לכל דבר". (**אמצעי תקשורת ההמונים בישראל**, עמ' 214).

15. "תאגיד 'הארץ' היה הראשון שחדר לתחום העיתונות המקומית. ... ב-1990 כבר הקיפה רשת עיתונות מקומית בע"מ שבשליטת משפחת שוקן 14 מקומונים בכל רחבי הארץ. המאפיין את כולם: מיסוד עיתונאי ורמה מקצועית גבוהה. כל מקומון ברשת הזו פועל כעיתון עצמאי ומקפיד על הפרדה מרבית בין ההנהלה לבין המערכת." (**המתווכים**, עמ' 71).

16. ידיעות אחרונות המשיך "לקיים שנים רבות את המוספים המקומיים, אם כי 'על אש קטנה'. הם הופקו תוך השקעה צנועה יחסית, ונועדו למשוך את המפרסמים המקומיים. רק במחצית השנייה של שנות ה-80 זיהה ידיעות אחרונות את המשמעות הגלומות בתהליך הדה-מאסיפיקציה של העיתונות הכתובה, והחליט להפוך את המוספים המקומיים למקומונים לכל דבר. תוך השקעות כספיות כבדות, הקמת תשתית מערכתית ומנהלית ושינוי שמם של חלק מהמקומונים, התפתחה רשת ענפה - ידיעות תקשורת - שהחלה להתחרות בהצלחה ברשת המקבילה, בבעלות משפחת שוקן". (שם, עמ' 72).

17. הכנסותיהם של העיתונים המקומיים מבוססות בעיקר (כ - 70% - 80%) על פרסום, ורק 30% - 20% מההכנסות מקורן במכירת העיתונים לציבור. מאפיין זה, מסתבר, הוא שגרם או תרם לכך שמלכתחילה בוססה הפצת המקומונים על הפצה בחינם (מקומון המופץ בחינם ייקרא להלן - "חינמון"), ורק בהמשך החלו חלק מהמו"לים להפיץ את מקומוניהם עבור תמורה. מאפיין נוסף של העיתונות המקומית הוא כפי שפורט לעיל, שהמו"לים של העיתונים היומיים הארציים מוציאים לאור גם עיתונים מקומיים באזורים השונים ובפריסה ארצית. מסתבר שעובדה זו גרמה או תרמה לכך שהפצת המקומונים נכרכה בהפצת העיתונים היומיים שבשליטת אותם מו"לים, נושא העומד במרכז הדיון הנוכחי.

18. מבחינה זו, ניתן לומר שקיים היזון חוזר בין שני המוצרים, הן מצד הביקוש והן מצד ההיצע. מצד אחד, השימוש בעיתון היומי כפלטפורמה עליה נישא העיתון המקומי, נותנת ביד המו"ל נשא טוב להפיץ בעזרתו את העיתון המקומי, ולחשוף אותו לציבור רחב ככל האפשר, דבר שהוא חיוני להשגת ההכנסה שמקורה בפרסומות. באופן כזה יכול המו"ל לנצל את מנגנון ההפצה של העיתון היומי כדי להפיץ את העיתון המקומי באמצעותו, בלא לשאת בעלות נוספת, דבר המוזיל את עלות השיווק של העיתון המקומי. מצד שני, תורם צירופו של העיתון המקומי גם לאיכות המוצר ולהיקף השירות הניתן לקורא על ידי העיתון היומי, דבר העשוי להגדיל את האטרקטיביות של החבילה הכוללת המוצעת לרוכש העיתון היומי, מה גם שזו מוצעת לו, בחלק מהמקומות, ללא תשלום נוסף עבור הרכישה עצמה. תרומתו של העיתון המקומי לעיתון היומי, מקבלת ממד נוסף ומודגש, במקום שבו הצירוף של העיתון המקומי לעיתון היומי בא להחליף ולהרחיב מדורים מקומיים, אשר נכללו בעבר כמוספים שהיוו חלק בלתי נפרד מהעיתון, וכאשר מדובר בנוהג מקובל אשר התגבש להרגלי קריאה מושרשים הנוהגים בקרב ציבור רחב של צרכני העיתונות היומית.

19. במדינת ישראל מופצים עיתונים מקומיים ב - 14 אזורים גיאוגרפיים עיקריים: גוש דן, ירושלים, חיפה, הקריות, השרון, הגליל, הגליל המערבי, באר-שבע, אשדוד, חולון בת-ים, ראשון לציון, פתח-תקווה, נתניה וחדרה. רשתות המקומונים הגדולות המוציאות ומפיצות את העיתונים הפועלות בישראל הן רשת שוקן ורשת ידיעות תקשורת, הפועלות במרבית האזורים האמורים. רשת נוספת, שלה חלק לא מבוטל בתחום תקשורת, הפועלת במרבית הקריות. רשת זו נמצאת בבעלותם של מר עובד ניר ומשפחתו, ו - 26% ממניותיה מוחזקות על-ידי חברת כלבו הפקות (1979) בע"מ, אשר נמצאת בשליטת רשת שוקן. "הד הקריות" מוציאה לאור מקומונים באזורי הקריות, הגליל, הגליל המערבי, נתניה וחדרה. מעריב הוציא עובר להגשת הבקשה מקומון רק בגוש דן ("זמן תל אביב"), אך לאחרונה, החל גם מעריב להרחיב את מספר מקומוניו, וכיום הוא מוציא מקומונים ב - 10 אזורים ברחבי הארץ: תל-אביב, ירושלים, חיפה, הקריות, אשקלון קרית-גת, באר-שבע, אשדוד, חולון בת-ים וראשון לציון. בחלק מאזורי הארץ מופצים מקומונים נוספים של מו"לים עצמאיים הפועלים באזורים בודדים.

20. כל המו"לים הארציים (ידיעות, הארץ ומעריב) מפיצים את מקומוניהם למנויים על העיתון היומי שלהם בחינם. הפצת המקומונים בנקודות המכירה מתבצעת כיום, חלקה - בתוך גיליון יום ו' של העיתונים היומיים, כאשר המקומון מצורף לעיתון היומי - הארץ, וחלקה - בנפרד, חלקה - בחינם, וחלקה - עבור תמורה מלאה או חלקית (כאשר מחיר החבילה הכולל את העיתון היומי והעיתון המקומי, נמוך ממחירם של כל אחד ממרכיבי החבילה בנפרד).

### **המסגרת הנורמטיבית**

#### **סעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים**

21. הבקשה הוגשה מכוח סעיף 30 לחוק אשר קבע (כנוסחו לפני התיקון שבוצע בסעיף זה במהלך הדיון) כדלקמן:

**"ראה בית הדין, על פי פניה של הממונה או של ארגון צרכנים כי כתוצאה מקיומו של מונופולין נפגע הציבור 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;**

**רשאי הוא לתת לבעל המונופולין הוראות בדבר הצעדים שעליו לנקוט כדי למנוע את הפגיעה".**

העילה הספציפית מבין עילותיו של סעיף זה, עליה מבסס הממונה את בקשתו, היא העילה שבסעיף קטן (4) שעניינה ב"קיום תחרות בלתי הוגנת בעסקים בין בעל המונופולין לבין אחרים".

במהלך הדיון תוקן סעיף 30 לחוק. אולם, אין חולק על-כך שעל הבקשה הנוכחית חל סעיף 30 כנוסחו בעת הגשתה. סעיף 30 בנוסחו המתוקן יכול שיובא בחשבון לעניין זה רק ככלי לפרשנותו של סעיף 30 הישן.

22. בהמשך נתייחס ליסודותיו של סעיף 30 שאותם יש להוכיח לצורך מתן ההוראות על ידי בית הדין, ככל שהדבר נדרש לענייננו.

#### **קיומו של מונופולין**

23. אין חולק על כך שידיעות אחרונות בע"מ הוא בעל מונופולין כמשמעו בחוק, לאחר שהוכרז ככזה על-ידי הממונה על ההגבלים העסקיים.

המשיבות מציינות בהקשר הזה, כי בסעיף 30 המתוקן התייחס המחוקק לא רק ל"קיומו של מונופולין" אלא גם ל"התנהגותו של בעל מונופולין" כעילה למתן הוראות מכוח הסעיף.

אולם, המשיבות מסכימות שחרף התיקון יש לפרש את הסעיף בנוסחו הקודם כמקנה סמכות למתן הוראות גם עקב התנהגותו של בעל מונופולין ולא רק עקב קיומו.

### כוח שוק

24. על-פי סעיף 26(א) לחוק, מונופולין מתקיים במקום שבו מחזיק אדם אחד (הוא בעל המונופולין) ביותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או מכלל רכישתם, היינו בנתח שוק העולה על 50%. ואולם, ב"כ ידיעות טוענים בסיכומיהם שלצורך מתן הוראות לבעל מונופולין על-פי סעיף 30 לחוק, נדרש לא רק נתח השוק המתחייב מהגדרת בעל המונופולין שעל-פי החוק, אלא גם כוח שוק.

25. מן העבר השני, טוען הממונה, כי לשונו של סעיף 30 לחוק, אינה דורשת את הוכחת קיומו של כוח שוק כתנאי להפעלת הסעיף, אלא רק הוכחת קיומו של "בעל מונופולין", שלצורך כך די, כאמור, בנתח שוק העולה על 50% מכלל אספקת הנכסים או השירותים בשוק. מעבר לכך, טוען הממונה, כי הכרזה על קיומו של בעל מונופולין לפי סעיף 26(א) לחוק, מקימה את החזקה כי בעל המונופולין מחזיק בכוח שוק בשוק המוצר שבמונופולין, אשר מעבירה את נטל ההוכחה לאי קיומו של כוח שוק אל כתפי בעל המונופולין. את טענתו זו סומך הממונה בין היתר, על דברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים, (הצ"ח 1647 תשמ"ד, עמ' 55) שם נאמר ביחס לסעיף 26(א) לחוק:

**"א. שיעור המונופולין - ריכוז של יותר ממחצית מכלל האספקה או הרכישה - נקבע בחוק עצמו, בעוד שלפי החוק הקיים היתה הסמכה לקובעו בצו. במשך השנים התברר, כי שיעור של מעל 50% מכלל האספקה או הרכישה בשוק, מתאים לבטא שליטה בשוק הישראלי, ולכן ניתן לקובעו בחקיקה ראשית."**

26. מבחינה כלכלית, החשש לפגיעה בתחרות נובע מקיומו של כוח שוק, המאפשר למי שמחזיק בכוח זה להשפיע על מחיר השוק ועל נתונים אחרים הנקבעים בשוק תחרותי על ידי כוחות השוק. החשש מפני מונופולין נובע מהחשש מפני הפעלת כוח השוק הנתון בידי בעל המונופולין.

27. בשיטות המשפט הנוהגות בארה"ב ובקהילייה האירופאית מותנה קיומו של מונופולין בקיומו של כוח שוק.

כך מגדיר המלומד Areeda מונופולין:

**"Monopoly exists when one firm controls all or the bulk of a product's market, and no other firm can enter the market, or expand output, at comparable costs. In such circumstances, the firm has the power to raise price above competitive levels by restricting its output, because the output reduction cannot be offset by expanded output of others."**

(P. Areeda, D. F. Turner, *Antitrust Law*, Little, Brown & Company 1978. Vol II, p- 271)



כוח שוק, הנקרא גם כוח מונופוליסטי (Monopoly Power), הוא על פי ההגדרה המקובלת הכוח להעלות את מחיר השוק על ידי הקטנת הכמות הנמכרת. כך מגדיר Areeda כוח שוק:

**"Market power is the ability to raise price by restricting output. In a perfectly competitive market, no one firm is large enough to affect prices by varying its output. ... In such a market, no rational profit-maximizing firm has power over price or any meaningful choice as to price: it would get no takers at any price above that charged by competitors, and it would have no reason to sell for less."** (ibid, at p- 322)

בדין האירופאי, קיומו של כוח שוק הנו תנאי להחלתו של סעיף 86 לאמנת רומא, האוסר על ניצול מעמד מונופוליסטי - דומיננטי, כלשון הסעיף - לרעה. כך הגדיר בית הדין לצדק של האיחוד האירופאי מעמד דומיננטי המקיים את דרישת הסעיף:

**"... 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)

28. כפי שצוין לעיל, כוח שוק איננו נדרש לשם קיומו של "בעל מונופולין" כהגדרתו בסעיף 26(א) לחוק ובסעיפי החוק האחרים העוסקים במונופולין, שגם בהם נעשה שימוש במונח זה. לצורך כך, די כאמור בהחזקת נתח שוק העולה על 50% בלבד.

29. ואולם, בכך אין כדי לומר שכוח שוק איננו רלוונטי לגבי סעיף זה. לקיומו של כוח שוק יכול שתהא נודעת נפקות לעניין הקשר הסיבתי בין הפגיעה הנטענת לבין קיומו או התנהגותו של בעל המונופולין, לעניין קיומו של חשש לפגיעה בתחרות או בציבור, כמו גם לגבי מידת הסבירות לקיומו של חשש כזה, המהווים חלק מיסודותיו של סעיף 30 לחוק. זאת, לאור כך שמי שאיננו בעל כוח שוק, נעדר בד"כ גם את הכוח העשוי לאפשר לו לפגוע בתחרות או בציבור. כך, למשל, כאשר מתבקשות הוראות לגבי "רמת המחירים של נכס או שירות" לפי סעיף 30(1) לחוק, נודעת חשיבות לשאלה האם יש לבעל המונופולין כוח שוק המאפשר לו להשפיע על מחיר השוק, שכן אם אין לו כוח כזה, הוא לא יוכל להשפיע על מחיר השוק, וממילא אין נדרש ליתן הוראות בנושא זה לגביו.

30. שאלות נוספות אשר יכול שתעלינה בהקשר זה הן, על מי נטל ההוכחה לקיומו או העדרו של כוח שוק, ככל שזה רלוונטי להוכחת הפגיעה או החשש לפגיעה בתחרות, והאם בנתח השוק כשלעצמו יש כדי להצביע על קיומו של כוח שוק. לאור המסקנה שלהלן, לפיה לא הוכח במקרה זה חשש לפגיעה בתחרות או בציבור עקב צירוף המקומונים לעיתון הארצי, איננו נדרשים להיזקק לטענות אלה במסגרת זו.

### פגיעה בציבור - מבחן משפטי

31. תנאי בלעדיו אין למתן הוראות מכוח סעיף זה, הוא קיומה של פגיעה בציבור הנגרמת כתוצאה מקיומו (וכמוסכם לצורך דיון זה על-ידי ב"כ המשיבים, גם כתוצאה מהתנהגותו) של בעל המונופולין.
32. בעניין "דובק" (מונ' 1/93 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' דובק, ההגבלים העסקיים, כרך ב', בהוצאת ועד מחוז ת"א-יפו של לשכת עוה"ד, תשנ"ו, 194) קבע בית הדין כי המבחן לקיומה של פגיעה הוא: "אפשרות סבירה לפגיעה ממשית בתחרות". מבחן זה אומץ על ידנו גם בהחלטת הביניים שנתנה בתיק זה (ב"ש 18/96 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ, דינים מחוזי כו(5)517).
33. המשיבות משיגות על מבחן זה בשתיים: ראשית, נטען, על פי לשונו ותכליתו של החוק, תנאי למתן הוראות לבעל מונופולין הוא קיומה של פגיעה בפועל - שהיא פגיעה קיימת שכבר התרחשה, ואין די בקיומה של פגיעה בכוח, אשר תארע בעתיד, תהא ההסתברות להתרחשותה אשר תהא.
34. לחילופין, טוענות המשיבות, אפילו די לשם מתן הוראות על פי סעיף זה, בהוכחת ההסתברות לקיומה של פגיעה בעתיד, אין לאמץ את המבחן שנקבע לעניין זה בפסק הדין בעניין "דובק", המסתפק בקיומה של אפשרות סבירה לפגיעה ממשית, אלא יש לנקוט במבחן מחמיר יותר, הדורש כתנאי למתן הוראות, קיומה של ודאות קרובה לסכנה חמורה לפגיעה בציבור או בתחרות.

### פגיעה בפועל או בכוח

35. את הטענה הראשונה, בדבר הצורך בקיומה של פגיעה בפועל, מבססות המשיבות, בראש ובראשונה, על לשון החוק, הנוקט, בלשון "נפגע הציבור". השימוש במילה "נפגע", בלשון עבר, מעיד לטענתן על כך שמדובר בפגיעה שכבר התרחשה, ולא בפגיעה שתתרחש בעתיד. המשיבות תומכות פרשנות זו, בדברי ההסבר להצעת הנוסח החדש לסעיף 30 (הצעת החוק להגברת הצמיחה והתעסוקה ולהשגת יעדי התקציב לשנת הכספים 1998 (תיקוני חקיקה) התשנ"ח-1997, ה"ח 2650, כ"ו בתשרי התשנ"ח, 27.10.1997), שם הוסבר כי סעיף 30 (הישן):
- "מתנה את הפעלת הסמכות בכך שנגרמת פגיעה". משמע, לטענתן, קיימת פגיעה בפועל שניתן לראותה בעין. כן מפנה ב"כ המשיבות לדברי הכנסת, שם נקט ח"כ שיטריט בדבריו בדיון בהצעה זו בלשון עבר ("כשהוא רואה שהציבור נפגע"). בנוסח החדש של סעיף 30 לחוק, שהתקבל באותה הצעה הבחין המחוקק בין פגיעה בפועל, שבה עוסק סעיף קטן (א), לבין פגיעה בכוח, שבה דן סעיף קטן (ב). במקרה הראשון, שבו מדובר בפגיעה קיימת, נדרש, לשם מתן ההוראות, קיומה של "פגיעה", בעוד שבמקרה השני, שבו קיים רק חשש לפגיעה, ניתן לתת הוראות רק כאשר מדובר ב"פגיעה משמעותית". הבחנה זו, מעידה גם

היא, לטענת המשיבים, שאת הנוסח הקודם, שבו השתמש המחוקק בלשון עבר, בלא לעשות הבחנה דומה בין פגיעה קיימת לבין חשש לפגיעה, יש לפרש כמתייחס לפגיעה בפועל.

מעבר לאלה, מבקשות המשיבות ללמוד היקש לעניין זה מהוראות חוק אחרות, הן בחוק ההגבלים העסקיים (סעיפים 1/44 ו-2/44) והן בחוקים אחרים, שם נקט המחוקק, כאשר ביקש לקבוע הוראות לגבי התרחשות שתארע בעתיד, בלשון צופה פני עתיד, מה שמצביע, לטענתן, שהשימוש בלשון עבר שנעשה בסעיף זה אינו מקרי והוא מצביע על כוונת המחוקק להגביל את תחולתו של הסעיף רק לפגיעה שכבר התרחשה.

36. איננו מקבלים פרשנות זו. השימוש בלשון "נפגע", איננו מצביע לדעתנו, בהכרח, על כך שמדובר בפגיעה שאירעה בעבר. כך עולה גם מהמשך הסעיף, שבו נקבע כי ההוראות תינתנה "כדי למנוע את הפגיעה", מה שמעיד על כך שמדובר בפגיעה שטרם התרחשה. שנית ועיקר, מבחינת תכלית החקיקה, איננו רואים כל טעם והגיון בהגבלת הסמכות למתן ההוראות רק לפגיעה שכבר התרחשה, ולמנוע מתן הוראות שנועדו למנוע פגיעות העשויות להתרחש בעתיד. אם שוכנע בית הדין שהתנהגותו של בעל המונופולין עלולה לפגוע בציבור, מה טעם יש להמתין עד שתתרחש הפגיעה בפועל, ומדוע לא יתאפשר לבית הדין ליתן הוראות שימנעו מראש את קיומה של הפגיעה, מה גם שהפגיעה עשויה להיות בלתי הפיכה. מה טעם בפרשנות שאיננה מאפשרת למנוע נזק בלתי הפיך, במקום שבו הוא ניתן למניעה מראש? אילו, דרך משל, הוכח התרחיש החמור המתואר על ידי הממונה בבקשתו, שבו עלולה התנהגות ידיעות להביא כאפשרות מסתברת, ל"פגיעה ממשית", או בודאות קרובה ל"סכנה חמורה", כמבחן המועדף על-ידי המשיבות, איננו רואים טעם באימוץ פרשנות מצמצמת שתחייב להמתין עד להכחדתם של העיתונאים המקומיים המתחרים, ורק כאשר יתרחש נזק זה, לתת לבעל המונופולין הוראות לשם מניעתו, מניעה שכבר איננה ברת ביצוע.

37. הנחתו של ידיעות, לפיה המחוקק לא ראה מקום למתן הוראות שמטרתן למנוע מראש את התרחשותה של הפגיעה החזויה, איננה מתיישבת גם עם הוראת סעיף 50א' לחוק, המסמך את אב בית הדין לצוות על כל אדם "להימנע ממעשה שיש בו הפרה של הוראות חוק זה" (סעיף קטן (1)) ו"לצוות על כל פעולה הדרושה למניעת הפרה כאמור" (סעיף קטן (2)) לאותו סעיף). לשון זו שבה נקט המחוקק בסעיף 50א' לחוק, נועדה בבירור למנוע גם מעשה העומד להתרחש בעתיד. מכאן ברור שהמחוקק ביקש למנוע מראש התנהגות שיש בה משום הפרת הוראה של חוק זה, תוצאה שאיננה עומדת בקנה אחד עם ההנחה שעליה מבוססת פרשנותו של ידיעות לסעיף 30 לחוק. מה הטעם להגביל סמכות זו ולמוסרה לאב בית הדין בלבד, אך לשלול אותה מבית הדין בהרכבו המלא, הכולל גם את אב בית הדין (או משנהו) היושבים בראש כל מותב של בית הדין?

פרשנותו של ידיעות איננה עולה בקנה אחד גם עם הוראת סעיף 29א' לחוק, שבו נאסר על בעל מונופולין לנצל לרעה את מעמדו בשוק, באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או

לפגוע בציבור. משמע, האיסור על ניצול לרעה חל גם על התנהגות העשויה להביא לפגיעה בעתיד ועוד בטרם התרחשה פגיעה בפועל. ניצול כזה לרעה של מעמדו של בעל המונופולין, אסור, גם בטרם ניתנו לבעל המונופולין הוראות על פי סעיף 30 לחוק, והוא קובע, בניגוד לסעיף 30 לחוק, נורמה של התנהגות שהפרתה עולה כדי הפרת החוק, ובהצטרף כוונה להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור, אף לכדי עבירה פלילית (סעיף 47(א)(4) לחוק). אולם, פרשנותו של ידיעות תביא לתוצאה, לפיה מנוע בית הדין מלתת הוראות שמטרתן למנוע מבעל המונופולין לנצל לרעה את מעמדו בשוק, כאשר מדובר בפגיעה שטרם התרחשה, זאת חרף העובדה שמדובר בהתנהגות שהיא אסורה על פי החוק.

גם אם תאמר שהנוסח הקודם של החוק לא היה ברור כל צרכו, וכי ראוי היה להבהירו, כפי שאכן נעשה על ידי המחוקק, אין בכך כדי לשלול את הפרשנות לפיה הפגיעה לה כיוון המחוקק, גם קודם לתיקון החוק, כללה גם פגיעה בכוח, וכי התיקון נועד להבהיר כוונה זו ולא לשנותה.

#### **חומרת הפגיעה והסתברות התרחשותה**

38. ב"כ המשיבות טוענים, שגם אם תאמר שהפגיעה כמשמעה בסעיף 30 לחוק, היא (גם) פגיעה עתידית, שטרם התרחשה, המבחן למתן ההוראות צריך שיושתת על קיומה של ודאות קרובה לסכנה חמורה לפגיעה בציבור או בתחרות, ולא על קיומה של "אפשרות סבירה לפגיעה ממשית" בתחרות, כפי שנקבע בעניין דובק לעיל. לפי הטענה בית הדין איננו כבול למבחן שנקבע בעניין "דובק" ועליו לסטות מאותו מבחן, זאת בין משום שהמבחן שנקבע באותו פסק דין היה מבחן מוטעה, ובין משום שאין לעשות בו שימוש במקרה שלפנינו, שבו הערכים העומדים לאיזון שונים מאלה שבהם דן בית הדין בעניין דובק.

39. ב"כ המשיבות מנמקים את המבחן המחמיר המוצע על ידם בכך שמדובר בפגיעה בזכויות יסוד של חופש הביטוי וחופש העיסוק, כאשר "הערכים המתנגשים (בזכויות אלה) הם ערכים כלכליים בלבד", הנוגעים לאינטרס קידום כלכלת המדינה. במקרה כזה, הם סבורים, צריך שהאיזון ייערך על יסוד מבחן מחמיר של ודאות קרובה לסכנה חמורה.

40. הצורך במבחן מחמיר זה עולה, לטענת המשיבות, גם מכך שההוראות המתבקשות פוגעות בחופש העיסוק של גוף תקשורתי, שאז, כפי שנאמר בפסק הדין בעניין "איגלו":

**"על כן אפשר כי כאשר הערכים המתמודדים הם "קידום כלכלת המדינה מחד גיסא וחופש העיסוק במקצוע "תקשורתי" מאידך גיסא, ייערך האיזון על יסוד מבחן הודאות הקרובה לסכנה חמורה".**  
(בג"צ 1452/93 איגלו חברה קבלנית בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד מז(5) 610, 617).

מסתבר שהטעם העומד מאחורי הדרישה למבחן מחמיר במקום שבו מדובר בפגיעה בחופש העיסוק של גוף תקשורתי, הוא שפגיעה בחופש העיסוק של גוף כזה, שעיסוקו בהבטחת

חופש מידע וחופש החלפת דעות בשוק הרעיונות, עלולה להביא, ולו כתוצאה עקיפה, לפגיעה בחופש הביטוי.

הפגיעה בחופש הביטוי תגרם, לטענת המשיבים, לא רק כתוצר עקיף של הפגיעה בחופש העיסוק, אלא גם כתוצאה מפגיעה בחופש העריכה של העיתון, עקב מתן הוראות המונעות מעורך העיתון לצרף לגיליון יום ו' של העיתון מוסף מקומי.

41. המבחן לפיו תקבע נקודת האיזון בין האינטרסים והערכים המתנגשים נקבע כ:

**"פועל יוצא של שקילת האינטרסים המתחרים זה כנגד זה על-פי משקלם הסגולי. תהליך השקילה - שהתגבש בפסיקה שדנה בחופש הביטוי - נעשה על ידי איזון האינטרסים המתחרים על יסוד מבחן המתייחס למידת הפגיעה בזכות היסוד ולהסתברותה. המבחן הרלוואנטי נקבע על-סמך משקלם של הערכים המתחרים, שהוא פועל יוצא מן הרציונלים שביסודם. (בג"צ 1452/93 לעיל, בעמ' 616).**

מבחן האיזון עשוי להשתנות על פי טיבם ומעמדם הנורמטיבי של הערכים הנשקלים:

**"האיזון משתנה מעניין לעניין, על-פי מהותם של הערכים הנאבקים על הבכורה. על-כן, אין לנקוט אמת מידה אחידה, אלא יש לגבש אמות מידה משתנות, על-פי משקלם של הערכים המתנגשים... חרף השוני בין אמות המידה השונות, המשותף לכולן הוא אופיין העקרוני. אנו מחפשים 'עקרון רציונלי'... ולא רק החלטה אד-הוק. אכן, האיזון בין העקרונות אינו יכול להיות מקרי ומשתנה מפסק-דין לפסק-דין. עלינו לשאוף לעיקרון שיחול על סוג המקרים". (השופט ברק (כתוארו אז) בבג"צ 399/85 כהנא ואח' נ' הועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(255, 284).**

42. לעניין זה קיימת בפסיקה ובספרות המשפטית הבחנה בין שני סוגי איזונים: איזון אופקי ואיזון אנכי. מבחן האיזון האנכי מתקיים במקום שבו שני הערכים הנשקלים אינם באותה רמה נורמטיבית, והערך האחד הוא ערך גבוה יותר מבחינת חשיבותו החברתית. מבחן האיזון האופקי מתקיים כאשר שני הערכים הם במעמד נורמטיבי דומה. כפי שקובע פרופ' ברק בספרו:

**"נוסחת האיזון יכול שתהא אנכית ויכול שתהא אופקית. כאשר ערך פלוני גובר על ערך אלמוני - כגון שלום הציבור וטוהר השיפוט הגוברים על חופש התנועה ועל חופש הביטוי - האיזון בין הערכים הוא אנכי. נוסחת האיזון מכוונת לקבוע את מידת הפגיעה וההסתברות אשר יש בהם כדי להצדיק את התגברותו של הערך האחד על פני השני. כאשר שני הערכים הם בני עוצמה שווה, מכוונת נוסחת האיזון לקוב את מידת הויתור ההדדי שכל אחד מהערכים מוותר לרעהו כדי לאפשר את יומם גם יחד". (א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ב', עמ' 696).**

43. לאור כך עולה, שמבחן האיזון שבו ישתמש בית המשפט בבקשה למתן הוראות על פי סעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים, איננו מבחן קבוע, והוא עשוי להשתנות בהתאם למעמדם

הנורמטיבי ועוצמתם היחסית של הערכים המתמודדים. לאור כך, מקובל עלינו גם שהמבחן שנקבע בעניין "דובק" אינו ישים, בהכרח, לכל מקרה ולכל פגיעה, והוא עשוי להשתנות בהתאם לטיבם של הערכים ביניהם יש לאזן.

44. המבחן המוצע על ידי ב"כ המשיבות, הדורש קיומה של וודאות קרובה לסכנה חמורה, הוא מבחן אנכי שנועד לאזן בין ערך "גבוה" לבין ערך "נמוך" (ברק, שם, עמ' 688). הערכים ה"גבוהים", להשקפתו של ידיעות, הם הערך של חופש העיסוק, וכן הערך של חופש הביטוי הבא לידי ביטוי בעיקר בחופש העריכה, העשויים להיפגע עקב מתן ההוראות, והערך ה"נמוך" הוא האינטרס של קידום כלכלת המדינה שהוא, להשקפת ידיעות, האינטרס המוגן בחוק ההגבלים העסקיים.

45. סיווגם של הערכים המתמודדים, מעמדם ודירוגם בהיררכיה הנורמטיבית, כפי שנעשה על-ידי ידיעות, איננו מקובל עלינו, זאת לגבי שני צדדיו של המאזן: הן צד הפגיעה בידיעות והן, בצד השני של המאזן, הערך שלהגנתו התבקש מתן ההוראות.

46. אשר לפגיעה בידיעות: הפגיעה המרכזית והדומיננטית בידיעות, היא, לדעתנו, הפגיעה בחופש העיסוק. אשר לטענה בדבר הפגיעה בחופש הביטוי, הממונה איננו מבקש מבית הדין להכתיב לידיעות מה לכתוב או לא לכתוב בעיתוניו. ספק בעינינו גם אם ניתן לראות באיסור על צירוף העיתון המקומי משום פגיעה מהותית בחופש העריכה, זאת במיוחד לאור המסקנה שתפורט בהמשך, לפיה אין מדובר במוסף שהוא חלק אינטגרלי של העיתון, אלא בעיתון עצמאי ונפרד. מקובל עלינו שצירוף עיתון מקומי לגיליון יום ו' של ידיעות אחרונות משביח את החבילה הכוללת המוצעת לקורא, אולם, הפגיעה הנובעת ממניעת השבחתה של החבילה, גם כאשר מדובר בשני מוצרים שהם עיתונים, ממוקדת, לדעתנו, בעיקרה במישור חופש העיסוק, ורק מיעוטה, אם בכלל, במישור של חופש העריכה.

47. מקובל עלינו אמנם שתחימת הגבול בין שני המישורים, וכפועל יוצא, סיווג הערכי של הפגיעה במישור האחד או השני, אינו חד וברור. אולם גם אם תאמר בעקבות כך, שמניעת הצירוף יש בה משום פגיעה בחופש העריכה, גם אז אנו סבורים שהפגיעה הדומיננטית הנובעת ממניעת הצירוף הנה בחופש העיסוק של ידיעות, בעוד שהפגיעה בחופש הביטוי, ככל שהיא קיימת, הנה פגיעה משנית, הנגזרת מהפגיעה בחופש העיסוק.

48. מוטעית עוד יותר, להשקפתנו, היא גישתו של ידיעות לצדה השני של משוואת האיזון, בסוברו כי הפגיעה בתחרות הנה בגדר פגיעה בכלכלת המדינה גרידא.

התחרות החופשית, שהיא הערך המוגן בחוק ההגבלים העסקיים, איננה בגדר אינטרס כלכלי גרידא, אלא משמשת:

**"אבן יסוד בכל שיטת משטר דמוקרטי, בהיותה סממן בולט של חירות הפרט להגשמת האוטונומיה שלו" (ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, תקדין עליון 98(4)209, 216).**

ככזו, ההגנה על התחרות החופשית:

**"... עומדת גם ביסוד ההגנה על זכויות יסוד אחרות. כך, לדוגמא, אין לנתק בין חופש התחרות לחופש העיסוק." (ע"א 2247/95 לעיל, עמ' 216).**

האוטונומיה של הפרט, שהתחרות החופשית, כפי שנקבע, היא סממן בולט שלה, הנה ערך יסוד המעוגן באופן חוקתי בחוק יסוד כבוד אדם וחירותו:

**"אוטונומיה זו של הרצון הפרטי מהווה ערך יסוד במשפטנו. היא מעוגנת כיום בהגנה החוקתית על כבוד האדם." (בג"צ 4330/93 פריד גאנס, עו"ד נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(4)221, 233).**

באותו מקור בו מעוגנת האוטונומיה של הפרט - הוא חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מעוגנת גם הזכות לחופש ביטוי:

**"אמנם חוק יסוד: כבוד אדם וחירותו אינו נוקב בשמו של חופש הביטוי ואינו מגדירו, בלשון מפורשת, כזכות יסוד. אך אין בכך כלום: אף ללא הוראה מפורשת כלול חופש הביטוי בכבוד האדם..." (ע"א 4463/94, רע"א 4409/94 גולן נ' שירותי בתי הסוהר, פ"ד נ(4)136, 157).**

מכאן, שהאינטרס בקיומה של תחרות חופשית אינו נופל בחשיבותו ובמעמדו הנורמטיבי מהאינטרסים שלפגיעה בהם טוענים המשיבים, שכן מדובר בזכויות חוקתיות המעוגנות באותו מקור.

49. ב"כ המשיבות טוענים, כי פגיעה בחופש העיסוק של גוף תקשורתי יש בה גם משום פגיעה בחופש הביטוי של אותו גוף, זאת משום שמדובר בגוף שעיסוקו בהבטחת חופש המידע והחלפת הדעות בשוק הרעיונות. כפי שהסברנו לעיל, לדעתנו, הפגיעה העלולה להיגרם למשיבים עקב מתן ההוראות המתבקשות הנה בעיקרה במישור של חופש העיסוק, ורק מיעוטה, אם בכלל, במישור של חופש הביטוי או חופש העריכה. אולם גם כאשר משקיפים על הפגיעה מנקודת הראות של חופש הביטוי או חופש העריכה, יש ליישם את הרציונאל העומד בבסיסה של השקפה זו גם בצדו השני של מאזן האינטרסים, היינו, גם על האינטרס המוגן. לשון אחר, כאשר מדובר בתחרות במקצוע תקשורתי, ההגנה על התחרות מקבלת גם היא ממד מיוחד בהיותה מיועדת להגן על חופש העיסוק וחופש הביטוי של אמצעי התקשורת האחרים, כמו גם על חופש חילופי המידע והרעיונות בשוק התקשורת כולו.

50. בעניין זה ראוי להוסיף ולהבהיר כי חופש העיסוק וחופש הביטוי של אמצעי התקשורת האחרים, אינו נופל בחשיבותו מההגנה על מונופול התקשורת, ואולי אף עולה עליה, שכן, כפי שנקבע:

**"... קיומו של מונופולין או היעדר זכות שווה לעסוק, פוגעת בחופש העיסוק".** (ע"א 2247/95, שם, בעמ' 216).

והחשש לפגיעה עקב קיומו והתנהגותו של מונופולין הנו קשה במיוחד בתחום התקשורת שבו:

**"הסכנה לשוק הרעיונות, נובעת, בראש ובראשונה, מריכוזיות בשליטה באמצעי התקשורת" (בג"צ 6218/93 ד"ר שלמה כהן, עו"ד נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מט(3) 365, 386).**

51. לאור האמור, אנו סבורים כי המבחן שנקבע בעניין "דובק", של "האפשרות הסבירה לפגיעה ממשית" בתחרות או בציבור, ישים גם לענייננו, ועליו תבוסס בהמשך בחינת הפגיעה או החשש לפגיעה הנובע, לטענת הממונה על ההגבלים העסקיים, ממעשי ידיעות.

#### **סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים**

52. סעיף נוסף שלו נודעת נפקות לענייננו, הוא סעיף 29א לחוק, הקובע כדלקמן:

**"29א. ניצול מעמד לרעה**  
א. בעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור.  
ב. יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור, בכל אחד מן המקרים האלה:  
(1) קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או השירות שבמונופולין;  
(2) צמצום או הגדלה של כמות הנכסים או היקף השירותים המוצעים על-ידי בעל מונופולין, שלא במסגרת פעילות תחרותית הוגנת;  
(3) קביעת תנאי התקשרות שונים לעסקאות דומות אשר עשויים להעניק ללקוחות או לספקים מסוימים יתרון בלתי הוגן כלפי המתחרים בהם;  
(4) התניית ההתקשרות בדבר הנכס או השירות שבמונופולין בתנאים אשר מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים אינם נוגעים לנושא ההתקשרות.

**הוראות סעיף קטן זה, באות להוסיף על הוראות סעיף קטן (א).".**

53. סעיף זה חוקק על דרך תיקונו (תיקון מספר 2) של חוק ההגבלים העסקיים. בטרם התיקון, האיסור הפרוספקטיבי היחיד עמו התמודד בעל מונופולין, היה איסור לסרב סירוב בלתי סביר לספק את הנכס או השירות שבמונופולין (סעיף 29 לחוק). לצדו של איסור זה, היה בעל המונופולין כפוף גם להוראות שרשאי היה לתת בית הדין, אך אלה, כל עוד לא נתנו, לא הגבילו את פעילותו של בעל המונופולין. כך, למשל, עובר להוספת סעיף 29א לחוק היה בית הדין רשאי לתת לבעל מונופולין הוראות לגבי מחיר הנכס שבמונופולין, אולם כל עוד לא נתנו הוראות כאלה, לא חל על בעל מונופולין איסור לקבוע מחירים שיש בהם כדי לפגוע



בציבור. הוא הדבר לעניין העילה העומדת לדיון לפנינו, היא העילה של קיום תחרות בלתי הוגנת בעסקים. גם בנושא זה לא חל על בעל המונופולין איסור לקיים תחרות בלתי הוגנת, כל עוד לא ניתנו לו הוראות בעניין זה על ידי בית הדין.

54. המחוקק ביקש לתקן מצב דברים זה ולקבוע נורמות התנהגות מוגדרות אשר יחייבו את בעל המונופולין, גם ללא מתן הוראות מבית הדין. כך הוסברה כוונת התיקון בדברי ההסבר להצעת החוק [הצ"ח תשנ"ו, 2446. עמ' 228 (14.11.95)]:

**"הניסיון שנצבר בהפעלת החוק מלמד כי פעורה תהום בין הצורך לוודא שבעל מונופולין לא מנצל לרעה את מעמדו לבין היכולת המעשית לוודא שהדבר אכן לא יקרה. הכלים הקיימים היום בחוק אינם יעילים דיים כדי להתמודד עם אתגרי המשק, הן איכותית והן כמותית.**

...

מטרתו של סעיף 1 היא להסיר את האנומליה לפיה מונופולין, שהוא למעשה, ברבים מן המקרים, התוצאה שאותה מבקש המחוקק למנוע בפיקוחו על הסדרים כובלים ועל עסקאות מיזוג, כפוף מראש בחוק רק לאיסור סירוב בלתי סביר (סעיף 29) ובדיעבד כפוף להוראות בדבר הצעדים שיינקטו על-ידי בית הדין.

לכן מומלץ לאמץ את שיטות הפיקוח על הגבלים עסקיים המקובלות במדינות אחרות (ובמיוחד בשינויים המחויבים, את תוכנית הפיקוח הקבועה בדיני הקהילייה האירופית המשותפת, בסעיף 86 של אמנת רומא מ-1957), להגדיר באופן ברור וכללי את כפיפות בעל המונופולין להתנהגות מותרת." (שם, עמ' 229)

55. חשיבותו של סעיף 29 לחוק אפוא, היא בהרחבה משמעותית של היקף האיסורים הפרוספקטיביים הקבועים בחוק. לא עוד איסור יחיד על סירוב בלתי סביר לספק את הנכס או השירות שבמונופולין, אלא מבחן כללי הקובע נורמות התנהגות המחייבות את בעל המונופולין, שהפרתן נאסרה על פי החוק.

אלה יסודותיה של ההתנהגות האסורה על בעל המונופולין לפי סעיף זה:

- א. "בעל מונופולין".
- ב. ניצול לרעה של מעמדו בשוק.
- ג. "באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור".

56. מבלי לפגוע במבחן הכללי הקבוע בסעיף 29א(א), קובע סעיף קטן (ב) לאותו הסעיף חזקה חלוטה, שבהתקיים אחת מחלופות הסעיף, יראו את בעל המונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור. הנפקות העיקרית הנודעת לסעיף קטן זה היא, שבהתקיים אחת מהפרקטיקות ההתנהגותיות הקבועות בסעיף, קמה חזקה חלוטה של ניצול המעמד המונופוליסטי לרעה, חזקה המייתרת את הוכחת הפגיעה הנגרמת או העלולה להיגרם עקב התנהגות כזאת, ואף איננה מאפשרת הוכחה נגדית של העדר חשש לפגיעה. לעניין זה ניתן ללמוד אנלוגיה מסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, שמבנהו דומה לסעיף זה, והקובע אף הוא חזקות חלוטות בדבר

קיומו של הסדר כובל (ראה: ע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ. שף הים (1994) בע"מ ואח', דינים עליון כרך נד 510, 529. (התלוי ועומד כיום בפני בית המשפט העליון בדיון נוסף) וכן: ה"ע 1393 בנק אדנים למשכנתאות בע"מ ואח' נ. המועצה הישראלית לצרכנות ואח', דינים מחוזי לב(1)129, 142).

57. ליסודותיה של עילת הקשירה, הקבועה בסעיף 29א(ב)(4) לחוק נתייחס בהמשך, במסגרת הדיון בעילה זו.

#### היחס בין סעיפים 29א ו- 30 לחוק ההגבלים העסקיים

58. בעת חקיקתו של סעיף 29א לא שינה המחוקק כהוא זה את נוסחו של סעיף 30 לחוק. נוצר אפוא מצב שבאותם נושאים שלגביהם מוסמך בית הדין לתת הוראות לבעל המונופולין, נקבעו עתה איסורים החלים על בעל המונופולין, גם בהעדר הוראות כאלה. לדוגמא, סעיף 30(1) לחוק הסמיך את בית הדין, לתת לבעל מונופולין הוראות כדי למנוע את הפגיעה בציבור הנגרמת עקב "רמת המחירים של נכס או של שירות". אולם, עתה, לאחר חקיקתו של סעיף 29א לחוק, נאסר על בעל מונופולין לקבוע "רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים", הנחשבת במצוות המחוקק לניצול לרעה של מעמדו של בעל המונופולין.

59. מצב דברים זה מעלה את השאלה בדבר היחס בין שני הסעיפים. לשאלה זו נפקות לגבי הדיון שלפנינו, שכן ב"כ ידיעות טוענים שגם בהתקיים ניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי לפי סעיף 29א לחוק, אין די בכך לשם מתן הוראות, שהרי סמכותו של בית הדין לתת הוראות לבעל מונופולין קמה מכוחו של סעיף 30 לחוק, ועל כן, אין בית הדין רשאי לתת הוראות כאלה אלא בהתקיים יסודותיו של סעיף זה, בכלל זה קיומה של פגיעה או קיומו של חשש לפגיעה בציבור. שאלה דומה עולה לגבי היחס בין התחרות הבלתי הוגנת שהיא עילה למתן הוראות על פי סעיף 30(4) לחוק לבין הניצול לרעה של מעמדו של בעל המונופולין לפי סעיף 29א לחוק.

60. לגבי השאלה האחרונה, אנו סבורים שהתנהגות המוגדרת כניצול של מעמדו של בעל המונופולין לרעה על פי סעיף 29א לחוק, מהווה גם תחרות בלי הוגנת לפי סעיף 30(4) לחוק. באותו האופן חלה חזקת הניצול לרעה לפי סעיף 29א(ב) לחוק, על סעיף 30 לחוק. משמע, בהתקיים החזקה החלוטה הקבועה בסעיף זה בדבר קיומו של ניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי העלול לפגוע בתחרות או בציבור, חלה זו גם על סעיף 30 לחוק, ומייתרת ואף מונעת הבאת ראיות לעניין קיומו של חשש לפגיעה בתחרות עקב התנהגות זו. החלת החזקות הקבועות בסעיף 29א(ב) לחוק על סעיף 30 לחוק, מתחייבת מהגיונם של הדברים, שהרי קשה להעלות על הדעת אפשרות פרשנית, לפיה יגיע בית הדין למסקנה כי התנהגות פלונית, למשל קשירה בין מוצרים, אינה פוגעת בציבור במובנו של סעיף 30 לחוק כנוסחו הקודם, חרף העובדה שהיא מוחזקת ככזאת על ידי המחוקק על פי סעיף 29א(ב) לחוק, ובהתקיים הכוונה הנדרשת בסעיף 47(4)(א) לחוק, אף מהווה עבירה פלילית.

## מסגרת הדיון

61. דרכי ההתנהגות של ידיעות שאותן מבקש הממונה לאסור, הן, כפי שמכנה אותן הממונה, המינוף המונופוליסטי והקשירה. השאלות שתדונה, לאור כך, בהמשך הן האם קיים בחוק הישראלי איסור על מינוף מונופוליסטי, (הצדדים אינם חלוקים ביניהם על קיומו של איסור על הסכמי קשירה), מה הם היסודות של עילות המינוף (ככל שהיא קיימת) והקשירה, והאם נופלים מעשי ידיעות, כפי שהוכחו, בגדרן של עילות אלה.

עילת המינוף המונופוליסטי, ככל שהיא קיימת בדין הישראלי, איננה נמנית על דרכי ההתנהגות שלגביהן חלה החזקה הקבועה בסעיף 29א(ב) בחוק, ועל כן תדון עילה זו בעיקר במסגרת סעיף 30(4) לחוק (הגם שהיא יכולה להתקיים, בעקרון, גם מכוחו של סעיף 29א(א) לחוק). עילת הקשירה תדון בעיקר במסגרת סעיף 29א(ב)(4) לחוק, הקובע לעניין זה איסור מפורש.

## עילת ה"מינוף המונופוליסטי" - Monopoly Leverage

62. על-פי טענת הממונה, צירוף מקומות ידיעות תקשורת לגיליון יום ו' של ידיעות אחרונות, מהווה שימוש בכוח מונופוליסטי בשוק העיתונים היומיים בעברית, לרכישת יתרון תחרותי על פני מתחריו של ידיעות תקשורת בשוק המקומיים, ועל כן ראוי שייאסר על-פי דוקטרינת "המינוף המונופוליסטי".

63. הדיון בעילה זו ייערך תחת שני ראשים. תחילה נעמוד על משמעותה של דוקטרינה זו, תחולתה בשיטות המשפט מהן מבקש הממונה לייבאה לדין המקומי - המשפט האמריקאי ודיני הקהילייה האירופאית, והאם ועד כמה יש מקום לאמצה בדין הישראלי. גם אם יש מקום לאמץ את דוקטרינת המינוף במשפט המקומי, הדבר לא ניתן להיעשות במסגרת סעיף 29א(ב) לחוק, שכן דוקטרינה זו אינה נמנית על החזקות הקבועות בסעיף זה, אלא רק בגדרם של סעיף 30(4) לחוק, או סעיף 29א(א) לחוק, ואלה דורשים הוכחת פגיעה או חשש לפגיעה בציבור או בתחרות. לאור כך, תבחן בשלב השני, השאלה האם הוכחה פגיעה או חשש לפגיעה כזאת במקרה זה.

64. דוקטרינת המינוף המונופוליסטי, מושתתת, על-פי הממונה, "על ניצול כוחו של יצרן בשוק א' כדי לגרום לצרכן של המוצר א' שבמונופול, לרכוש מאותו יצרן גם את מוצר ב', שאינו במונופול, כאשר הדבר מעניק לאותו יצרן יתרון תחרותי במוצר ב'. הדגש הוא על רכישת מוצר ב' שלא מן הטעמים בגינם היה נרכש מוצר זה לו היה עומד בפני עצמו - אלא בשל הצמדתו למוצר שבמונופולין."

יש להבהיר בהקשר זה, כי על אף שדוקטרינת המינוף המונופוליסטי, כפי שהוצגה על ידי הממונה בסיכומיו, קרובה מאוד לעילת הקשירה, אשר תדון בהמשך, בייחוד כאשר היא מיושמת על העובדות שלפנינו, שבהן עולה נושא המינוף בהקשר של נושא הקשירה, מבהיר הממונה כי מינוף מונופוליסטי יכול שיעשה לא רק על ידי קשירה, אלא גם בדרכים אחרות, ובהן סבסוד צולב בין השוק בו יש ליצרן מעמד מונופוליסטי לבין השוק הממונף, מתן הנחות נאמנות בשוק הממונף ועוד. הפגיעה העיקרית בתחרות הנגרמת עקב המינוף,

טמונה להשקפת הממונה, בעצם הקנייתו של יתרון מלאכותי לבעל המונופולין בשוק הממונף (שבו אין לו מעמד מונופוליסטי), אשר פוגע ביכולתם של יתר היצרנים בשוק זה להתחרות ביצרן הממונף, ובכך מעוות, לטענתו, את המודל התחרותי בשוק הממונף.

65. התוצאות השליליות הנגרמות עקב המינוף משפיעות, לטענת הממונה, הן על הצרכנים והן על היצרנים המתחרים בשוק המוצר הממונף. מהצרכן, נמנעת האפשרות לבחור בשילוב האופטימלי מבחינתו של שני המוצרים, ואילו היצרנים המתחרים נאלצים להתמודד עם יתרון מלאכותי של היצרן הממונף, המבוסס על כוחו המונופוליסטי בשוק המוצר הממונף, ואינו מאפשר להם להתמודד באופן שוויוני על לבו וכיסו של הצרכן, בהתייחס לתכונות המוצר בלבד.

66. תוצאה קשה נוספת של המינוף המונופוליסטי, על-פי הנטען, מתבטאת בהגבלת חסמי הכניסה לשוק המוצר הממונף, זאת, הואיל וכדי להתגבר על היתרון המלאכותי שהשיג בעל המונופולין כתוצאה ממינוף עוצמתו המונופוליסטית לשוק זה, לא יוכלו היצרנים המתחרים להסתפק בשיפור המוצר בשוק הממונף, והם יידרשו, בנוסף, לחדור בו-זמנית לשני השווקים, כדי לספק לצרכן את אותו שילוב של מוצרים אותו מספק בעל המונופולין.

67. התנאים הנוהגים בדין האמריקאי להחלתה של דוקטרינת המינוף המונופוליסטי, לטענת הממונה, הם שניים:

- א. "קיומו של כוח שוק מונופוליסטי בשוק אחד (הממונף).
- ב. שימוש בכוח השוק האמור להשגת יתרון תחרותי על פני המתחרים בשוק האחר (הממונף), להצבתם או הגבתם של חסמי כניסה ותחרות בשוק הממונף."

68. לטענת הממונה, עילת המינוף המונופוליסטי יכול שתתקיים גם בהעדר הוכחה בדבר רכישה או ניסיון לרכישה של כוח שוק מונופוליסטי בשוק הממונף. דרישה כזו, נטען, הועלתה בדין האמריקאי, לאור נוסחו של סעיף 2 ל-Sherman Act, האוסר על רכישת מונופולין, או על ניסיון לרכישתו, אולם נדחתה, (ראה: פסק הדין בעניין **Berkey Photo** **Inc. v. Eastman Kodak Co.** 603 F.2<sup>nd</sup> 263 (2<sup>nd</sup> circ.1979) תוך שנקבע כי עצם השימוש בכוח המונופוליסטי בשוק אחד כדי לפגוע בתחרות החופשית בשוק אחר, די בו לצורך הפעלתה של דוקטרינת המינוף, ואיסור הפעולה הנדונה. לגישתו של הממונה, התנאים המפורטים לעיל, הם שצריכים לחול גם בדין הישראלי.

69. על קיומה של דוקטרינה עצמאית האוסרת על מינוף מונופוליסטי, למד הממונה מן הדין והפסיקה בארה"ב, שם, לטענתו, מהווה מינוף מונופוליסטי "פרקטיקה עצמאית לעניין הרכיב ההתנהגותי הנדרש למונופוליציה בסעיף 2 ל-Sherman Act." את טיעונו זה, מבסס הממונה על מספר פסקי דין, ביניהם פסק הדין בעניין **Sun Newspapers, Inc. v. Omaha World Herald Co.**, 1982-3 Trade Cases. P-65,522.(713 F.2<sup>nd</sup> 428) פסק הדין בעניין

A. Zschaler v. Claneil Enterprises Inc. 958 F. Berky Photo לעיל, ופסק הדין בעניין .Supp. 929(1997).

70. תמיכה נוספת בעמדתו, מוצא הממונה בדין האירופאי, שם הכיר, לטענתו, בית הדין לצדק של האיחוד האירופאי בתופעה של ניצול מעמד מונופוליסטי בשוק א' לשם רכישת יתרון על פני המתחרים האחרים בשוק ב', ככזו שמפרה את האיסור הקבוע בסעיף 86 לאמנת רומא. בפסק הדין בעניין 4 [1997] Case C-333/94P Tetra-Pak Int. v. E.C. Commission CMLR 726, (טטרה 1) שאושר בערעור בפני ערכאת הערעור של בית הדין לצדק, Case 662 CMLR 4 [1997] Case C-333/94P Tetra-Pak Int. V. E.C. Commission, (טטרה 2) נקבע כי חברת Tetra-Pak החזיקה במעמד דומיננטי בשוק מכונות האריזה של משקאות מעוקרים, וכן בשוק אריזות הקרטון למשקאות אלה, אולם לא נקבע על-ידי הנציבות כי החזיקה במעמד כזה גם בשוק מכונות האריזה ואריזות הקרטון של משקאות שאינם מעוקרים. כנגד Tetra-Pak הועלו טענות שונות ובהן תמחור טורפני של אריזות הקרטון מתוצרתה, הפליית מחירים וקשירת אריזות הקרטון למכונות האריזה. אחת מטענות ההגנה של Tetra-Pak היתה, כי לא ניתן להחיל את סעיף 86 לאמנת רומא על פעולות שמבצע בעל מעמד דומיננטי בשוק נפרד מהשוק בו הוא מחזיק במעמד הדומיננטי.

בית הדין בערכאה הראשונה דחה טענה זו, וקבע כדלקמן:

**"It follows from all the above considerations that, in the circumstances of this case, Tetra Pak's practices on the non-aseptic markets are liable to be caught by Article 86 of the treaty without its being necessary to establish the existence of a dominant position on those markets taken in isolation, since that undertaking's leading position on the non-aseptic markets, combined with the close associative links between those markets and the aseptic markets, gave Tetra Pak freedom of conduct compared with the other economic operators on the non-aseptic markets, such as to impose on it a special responsibility under Article 86 to maintain genuine undistorted competition on those markets."**  
(טטרה 1, שם עמ' 767)

מפסק הדין, שאושר כאמור על ידי ערכאת הערעור של בית הדין לצדק, למד הממונה כי הדין האירופאי אוסר על "שימוש בכוח דומיננטי משוק אחד למשנהו, בין אם נרכשת עמדה מונופוליסטית בשוק הממונף ובין אם לאו, ובלבד שהשוק הממונף יהיה קשור וקרוב לשוק הממונף."

71. כנגד עמדת הממונה, טוענים ב"כ ידיעות כי מינוף מונופוליסטי איננו עילה משפטית עצמאית בדיני ההגבלים העסקיים, הן בדין האמריקאי והן בדין האירופאי, אלא "כוונה מופשטת" או "תכלית מופשטת" בלבד, אשר מקבלת תוכן קונקרטי בדמות עילות מוגדרות,

כגון: הסכמי קשירה, מיזוג חברות, מחירים טורפניים וכו'. לביסוס עמדתם, מתייחסים ב"כ ידיעות בסיכומיהם לפסקי הדין אותם הביא הממונה בתמיכה לעמדתו, תוך שהם טוענים כי העילות העצמאיות הקבועות בסעיף 2 של Sherman Act הן: יצירת מונופולין, ניסיון ליצירת מונופולין וקשירת קשר או תיאום ליצירת מונופולין, בלבד, ומינוף מונופוליסטי איננה אחת מהן.

ב"כ ידיעות מבססים עמדתם גם על פסקי דין אחרים, אשר דוחים מפורשות את הלכת פסק דין Berky לעיל, ביניהם פסק הדין בעניין *Grason Electronic Company v. Sacramento Municipal Utility District*, 571 F. Supp. 1504, פסק הדין בעניין *Catlin v. Washington Energy Co.*, 791 F. 2<sup>nd</sup> 1343 (1986), ופסק הדין בעניין *Alaska Airlines Inc. v. United Airlines Inc.*, 948 F. 2<sup>nd</sup> 536 (1991).

72. העיון בפסיקה ובספרות האמריקאית בנושא זה מעלה כי בשלב זה אין הדין האמריקאי מכיר בדוקטרינת המינוף המונופוליסטי כעילה עצמאית, או כ"פרקטיקה התנהגותית" שעצם קיומה מהווה עבירה על סעיף 2 של Sherman Act, גם בלא קיומו של רכיב תוצאתי של מונופוליזציה או ניסיון למונופוליזציה בצידה, ולמצער, טרם קיימת הלכה מבוססת לעניין זה של בית המשפט העליון בארה"ב. מסקנה זו, מתבקשת לדעתנו, לאור הפסיקה שניתנה על-ידי בתי משפט נמוכים יותר, השוללת ברובה את קיומה של דוקטרינת המינוף המונופוליסטי כדוקטרינה עצמאית.

המלומדים Areeda & Hovenkamp, תומכים גם הם במסקנה האמורה:

**"s.2 of the Sherman Act contains no formulation that prohibits the 'abuse' of one's dominant position. That statute prohibits only acts that constitute 'monopolization' or 'attempts to monopolize'. When there is no realistic threat that the second market will become monopolized as a result of the defendant's activity, the statutory language simply does not apply. .... In general, we find little place for an 'abuse' category of monopolization conduct."**

(P. E. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law*, vol. III revised ed. 1996. P-83)

בהמשך הדיון בשאלה זו, מציגים מלומדים אלה את אי הבהירות השוררת בפסיקה האמריקאית ביחס לשאלה זו, תוך שהם מביאים את הפסיקה עליה התבססו גם הצדדים שבפנינו, ופסיקה נוספת. לסיכום הנושא, מביעים המחברים את החשש, כי הרחבתו של סעיף 2 של Sherman Act באופן שיכיר בעילה עצמאית של מינוף מונופוליסטי, ללא דרישה להשגה של מעמד מונופוליסטי או ניסיון להשגתו בשוק הממונף, תאפשר קבלת טענותיהם של תובעים המכוונות, למעשה, כנגד היות מתחריהם יעילים או אגרסיביים יותר. לפיכך, עמדתם לעניין זה היא, כי גם אם יוחלט לבסוף ליצור עילת מינוף מונופוליסטי עצמאית על-פי סעיף 2 ל - Sherman Act, הרי שזו צריכה להתקיים רק במקום שבו מעשיו הנטענים של

בעל המונופולין בשוק הממונף, מביאים או מאיימים להביא לעליית מחיר המוצרים בשוק זה, להקטנת התוצר או לפגיעה באיכות המוצרים. אולם, לגישתם, בהתקיים תנאים אלו, הרי שמדובר, ממילא, בעבירה הנכנסת בגדרו של סעיף 2 ל - Sherman Act, וזאת גם בהעדר נתח שוק מונופוליסטי בשוק הממונף.

73. גם במשפט הקהילייה האירופאית אין למצוא תמיכה מפורשת בקיומה של דוקטרינה זו, לפחות לא על פי הפירוש הרחב שנותן לה הממונה. ראשית, ראוי לציין, כי סעיף 86 לאמנת רומא, על אף שהוא כולל (בסעיפים קטנים a-d) מספר דוגמאות לקיומו של ניצול מעמד דומיננטי לרעה, אינו קובע בין אלה את דוקטרינת המינוף המונופוליסטי.

גם בקביעתו של בית המשפט בעניין Tetra Pak לעיל, עליה מסתמך הממונה, אין למצוא תמיכה ברורה בעמדתו של הממונה. כל שעולה מהחלטה זו, הוא כי העילות המקימות ניצול לרעה של המעמד הדומיננטי חלות גם כאשר ניצול זה מתבצע בשוק שבו אין לנתבע מעמד דומיננטי (בתנאי שמדובר בשוק קשור וקרוב). אולם, מכאן אין עולה הכרה בעילת המינוף המונופוליסטי כעילה עצמאית של ניצול מעמד דומיננטי לרעה. גם הטענות שהועלו באותו הליך התייחסו לניצול מעמד דומיננטי על יסוד העילות המוכרות והקבועות בדין (קשירת מוצרים, תימחור טורפני והפליית מחירים). טענת מינוף הכוח המונופוליסטי משוק אריות המשקאות המעוקרים לשוק אריות המשקאות שאינם מעוקרים, כעילה עצמאית של ניצול מעמד לרעה, כלל לא נטענה, וממילא לא נדונה בפסק הדין.

74. בהחלטתו קבע בית הדין כי :

**"I myself consider that on absolute disjuncture of the dominant position and the abuse, to such an extent that they may occur on completely different and separate markets is not acceptable. Such an approach would mean that an undertaking holding a dominant position on any one market would be unable to compete under conditions of equality with other undertakings on other markets, because the commercial practices required to penetrate those other markets would in most cases constitute an abuse of its dominant position."**  
(p.695-696)

דחיית הגישה הגורסת כי סעיף 86 חל גם על מצב בו פועל בעל המעמד הדומיננטי בשוק אחר שאיננו קשור לשוק בו מתקיים המעמד הדומיננטי נומקה על ידי בית הדין האירופאי בחשש שדוקטרינה כזאת תביא, למעשה, למניעת פעילותו של בעל מונופולין בתנאי שוויון למתחרים אחרים בשווקים שבהם אין לו מונופולין. זאת משום שכל ניסיון של בעל מעמד דומיננטי בשוק א' לחדור או לפעול גם בשוק ב' נפרד יוכל להיחשב כניצול לרעה של מעמד דומיננטי. רציונל זה סותר חזיתית את עמדתו של הממונה, לפיה עצם השימוש בכוח המונופוליסטי בשוק תחרותי, יש בו משום ניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי, לפחות

ככל שהממונה מבקש להחיל דוקטרינה זו גם במקרים בהם אין כל קשר בין השוק הממונה לשוק הממנה. עמדה זאת, ודאי שאיננה מקובלת בדין האירופאי.

75. גם בהחלטת הנציבות בעניין Hilty, אותה מביא הממונה כתמיכה לקיומה של דוקטרינת מינוף עצמאית בדיני הקהילייה האירופאית, לא נדונה העילה של מינוף מעמד דומיננטי, כעילה עצמאית הנופלת בגדרו של האיסור הכללי על ניצול מעמד דומיננטי מכוח סעיף 86 לאמנה. בפסק דין זה הורשעה החברה בניצול מעמדה הדומיננטי בשוק אקדחי המסמרים ובשוק ה"מחסניות" למסמרים באקדחים מתוצרתה כדי להשיג יתרון תחרותי בשוק המסמרים. בית המשפט של הערכאה הראשונה דן באותו מקרה בטענות שונות כלפי החברה, שהתייחסו לניצול מעמד דומיננטי לרעה על פי סעיף 86 לאמנה: קשירת מוצרים, הפליית לקוחות, סירוב לספק מוצרים ללקוחות ולמתחרים בשוק וטענות נוספות, אך בין כל אלה לא נכללה הטענה בדבר מינוף כעילה עצמאית. (ראה: 88/138/ EEC: Commission Decion of 22 December 1987 relating to a proceeding under Article 86 of the EEC (Treaty (Eurofix-Bauco V Hilty) OJ L065 p-19

76. גם עיון בספריהם של המלומדים Bellamy & Child (Common Market Law of Competition, 4<sup>th</sup> Edition, Sweet & Maxwell. London, 1993.p-616 ו-Whish (Competition Law, 3<sup>rd</sup>.Edition Butterworths. London, 1993.p-270), הסוקרים בהרחבה את הפרקטיקות ההתנהגותיות הנופלות בגדר ניצול מעמד דומיננטי על-פי סעיף 86, לא ניתן למצוא את הדוקטרינה של המינוף המונופוליסטי בין הפרקטיקות ההתנהגותיות המוכרות אותן מפרטים מלומדים אלה.

77. לטענת הממונה, גם אם נדחתה דוקטרינת המינוף כדוקטרינה עצמאית שאינה דורשת קיומו של יסוד המונופוליציה במשפט האמריקאי, ראוי לאמצה בדין הישראלי.

78. הממונה מבסס טענה זו על ניתוח כלכלי של "העיוות שיוצר המינוף במציאות כלכלית תחרותית בשוק הממונה", המלמד כי תוצאות המינוף הן אובדן רווחה חברתית ופגיעה בציבור (תוך שהוא מפנה למאמר R.D.Blair & A.K.Esquibel, "Some Remarks on Monopoly Leveraging", The Antitrust Bull. 41(1995)371). לטענת הממונה, גם פסקי הדין שניתנו בארה"ב, אשר היו מוכנים להכיר במינוף מונופוליסטי כעבירה על סעיף 2 של ה-Sherman Act, חרף הקושי ליישב הלכה זו עם לשונו של הסעיף, מצביעים על אופייה הפוגע בתחרות של תופעת המינוף המונופוליסטי.

לטענת הממונה, המגבלה הסטטוטורית שהקשתה על קבלתה של דוקטרינה זו בדין האמריקאי, איננה קיימת במשפט הישראלי, שבו האיסור מבוסס על ניצול המעמד המונופוליסטי לרעה, ולא על האיסור לרכישתו של מעמד כזה.



לאור כך, מציע הממונה לבית הדין לאמץ דוקטרינה זו לתוך המשפט הישראלי, שכן, לדבריו:

"לרווחת התחרות החופשית בישראל, הדין הישראלי אינו מציב את בית הדין בסד בו נתונים בתי המשפט בארצות הברית. בית הדין אינו נאלץ לצפות בפגיעות ונזקים של בעל מונופולין מבלי יכולת להעניק סעד, או לחלופין, אינו נאלץ לכופף את לשון החוק על מנת למנוע את פגיעות ונזקי המונופולין. כידוע, אין בדין הישראלי כל זכר לתנאי סף, בדמות רכישת עמדה מונופוליסטית או ניסיון להשיג עמדה כזו, אשר רק בהתמלאו יעניק בית הדין סעד לתחרות החופשית. זכרו של תנאי כזה אינו מצוי בחוק, או בפסיקה, ולו בהקשר לדוקטרינה אחת ויחידה המגבילה את הפגיעות בתחרות מצד בעל מונופולין. אכן לא בכדי הלך המחוקק אצלנו בפרק המונופולין להוראות בעלות רקמה פתוחה (סעיפים 29א ו - 30 לחוק ההגבלים העסקיים). נקודת המוצא של החוק הישראלי באה למנוע ניצול לרעה של עמדה מונופוליסטית, בעוד הדין האמריקאי בא למנוע רכישת עמדה מונופוליסטית. הבדלי הדגש ומושא החקיקה הוא המוביל אותנו לצורך ב Mutatis Mutandus בתוצאה, גם לולא היתה הלכת Berkey בנמצא כלל. הוראה המאפשרת לפי לשונה מניעת היזק מהמונופולין לתחרות ולציבור מן הראוי ומן החובה שתופעל שלא תחת סד סטטוטורי שמן הדין הזר, אשר על הבעייתיות שהוא יוצר בהקשר למינוף - אין חולק. הנה כי כן, חזית אחידה של פסיקה, מלומדים ומומחי כלכלה גורסת בנחרצות כי אין ספק שלולא לשונו של סעיף 2 לחוק שרמון, ודאי חייב היה כל בית משפט וכל רשות של הגבלים עסקיים למנוע את תופעת המינוף המונופוליסטי." (עמ' 69 לסיכומי התשובה).

79. איננו סבורים כי ראוי לאמץ דוקטרינה זו, שלא התקבלה במשפט האמריקאי לאחר שנים רבות של פסיקה ואינה נוהגת, גם בדיני הקהילייה האירופאית, לפחות במתכונת המוצעת על ידי הממונה. אלה נימוקינו:

ראשית, אין מקובלת עלינו טענתו של הממונה בדבר עיוות טעמי הצרכן והפגיעה בחופש הבחירה שלו תוך רכישת יתרון מלאכותי על פני מתחרים אחרים עקב המינוף המונופוליסטי. לעניין זה טען הממונה כי:

"החשש הכלכלי שביסוד האיסור על הפרקטיקה הזו (של המינוף) נובע בראש ובראשונה מכך שהמינוף מקנה יתרון מלאכותי למוצר ב' הממונף על ידי כוח השוק של המונופול על פני המוצרים המתחרים. מלאכותיות היתרון היא בכך שאין כל נגיעה לטיב המוצר ולאטרקטיביות העצמאית שלו כלפי הצרכן. רוכשים אותו בהתעלם מכל שיקול תחרותי כמו מחיר ואיכות. כך מנצל המונופול את יתרונו, כדי להעביר יתרון זה באופן מלאכותי לשוק, שבו אין לו כל יתרון תחרותי על פני מתחריו. בשל ההצמדה נמצא הצרכן "מעדיף", כביכול, את המוצר ב' של המונופול באופן מלאכותי רק בשל העובדה שהוא צורך את מוצר א' של בעל המונופולין. בכך נמנעת מהצרכן האפשרות לבחור את השילוב האופטימלי מבחינתו של שני המוצרים".

טיעון זה, אשר חזר ונשנה מספר פעמים בסיכומי הממונה, נכון, באופן עקרוני, לגבי טענת הקשירה, אך הוא איננו תופס, ככלל, לגבי טענת המינוף. המינוף כשלעצמו (שאינו מתבצע

על דרך הקשירה) איננו גורם לצרכן לרכוש מוצר נחות רק בשל הזדקקותו למוצר שבמונופולין. להפך, הצרכן עשוי להפיק תועלת מהאפשרות של ניצול היתרונות לגודל של בעל המעמד המונופוליסטי, בין על ידי הוזלת המוצר, ובין על ידי שיפור איכותו. יתרון כזה, גם אם הוא פוגע במתחרים האחרים בשוק התחרותי, לא ניתן לומר עליו שהוא יתרון מלאכותי, שאין לו "כל נגיעה לטיב המוצר ולאטרקטיביות העצמאית שלו כלפי הצרכן. (וכי) רוכשים אותו בהתעלם מכל שיקול תחרותי כמו מחיר ואיכות".

80. אשר לפגיעה בתחרות בשוק, עולה החשש כי דוקטרינת המינוף אותה מציע הממונה הנה רחבה מדי, ויש בה, אם תתקבל, כדי לאסור, למעשה, על כל פעילות של בעל מונופולין בשוק שבו אין לו מעמד מונופוליסטי. קושי זה שעליו הצביע כפי שהוסבר לעיל, גם בית הדין לצדק של האיחוד האירופאי בעניין Tetra-Pak, נובע מכך שהפעלת הדוקטרינה על כל פעילות שיש בה כדי להקנות לבעל המונופולין יתרון תחרותי בשוק הממונף, בלא לתחום את גבולותיה המדויקים ולהגבילה למעשים או נזקים ספציפיים, תהפוך כל פעילות של בעל מונופולין בשוק תחרותי, לניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי, ותמנע, למעשה, כל פעילות כלכלית של בעל מונופולין מחוץ לשוק שבמונופולין.

כך, מזכיר הממונה בסיכומיו, בהסכמה, את פסק הדין בעניין Sun Newspapers, Inc. הנזכר לעיל, וטוען: "מפסק דין זה הקרוב למאטריה בה אנו עוסקים ניתן להסיק בבירור כי שימוש במשאבי המונופולין לרכישת יתרון בשוק שכן לעסקי המונופולין, ייחשב למינוף אסור". אולם, קשה לראות כיצד יכול מונופולין לקיים פעילות עסקית כלשהי בלא לעשות לשם כך שימוש במשאביו.

כך הדבר גם לגבי יתרונות לגודל מהם נהנה בעל המונופולין בשוק הממונף. טול, דרך משל, מצב בו בעל מונופולין, שיש ברשותו רשת הפצה, יעשה שימוש ברשת זו כדי להפיץ מוצרים שאין לו בהם מונופולין. אין ספק ששימוש זה יקנה לו יתרון תחרותי על פני מתחרים אחרים בשוק, שאין להם מעמד מונופוליסטי כזה. האם ראוי לאסור את הדבר באמצעות הפעלת דוקטרינת המינוף, בכל מקרה רק עקב העובדה שבכך קונה לו היצרן הממונף יתרון (מלאכותי?) על פני מתחריו? על פי הלך מחשבה זה צריך היה לאסור על ידיעות לעשות שימוש ברשת ההפצה למניין, גם אילו היה דורש מחיר מלא עבור המקומון. יתר על כן, גם ההפצה לנקודות המכירה, אפילו יונחו המקומונים על המדפים בנפרד, יש בה משום שימוש בכוח מונופוליסטי, כאשר זו מתבצעת באמצעות רשת ההפצה של העיתון הארצי. יתרון כזה יעמוד לרשות ידיעות גם עקב השימוש במכונות הדפוס שלו המשמשות בעיקר להדפסת העיתון הארצי, על ידי השימוש במשאביו הכספיים או ביכולת הפיננסית של בעל המונופולין לקבל אשראי, וכיוצא באלה יתרונות הנובעים ממעמדו.

על חשש זה הצביע בית המשפט גם בפסק הדין בעניין Alaska Airlines לעיל אשר דחה את דוקטרינת המינוף המונופוליסטי בקובעו:

**"Berky Photo's monopoly leveraging doctrine fails to differentiate properly among monopolies. The anticompetitive dangers that implicate the Sherman Act are not present when a monopolist has a lawful monopoly in one market and uses its power to gain a competitive advantage in the second market."**  
(p.548)

על חשש זה עמדו גם המלומדים Areeda & Hovenkamp, כמפורט לעיל, בדחותם את קיומה של עילת מינוף מונופוליסטי עצמאית בדין האמריקאי, שאיננה דורשת הוכחת מונופולזיציה או ניסיון למונופולזיציה בשוק הממונף. מלומדים אלה סבורים, כאמור, שקבלתה של דוקטרינת מינוף כעילה עצמאית לפי סעיף 2 ל-Sherman Act, מחייבת לפחות הוכחה כי מעשיו הנטענים של בעל המונופולין בשוק הממונף, מביאים או מאיימים להביא לעליית מחיר המוצרים בשוק זה, להקטנת התוצר או לפגיעה באיכות המוצרים.

ב"כ ידיעות הצביעו בסיכומיהם על כך שבחלק מפסקי הדין שנזכרו לעיל ועסקו בסוגייה זו בארה"ב, שנזכרו לעיל (ואשר דחו את הדוקטרינה), הובעה הדעה שאפילו היה מקום לאמץ את הדוקטרינה, גם אז, לא היה מקום להחילה על השימוש שעושה בעל המונופולין ביתרונות לגודל, ביעילות, בערוצי שיווק וכיו"ב.

ואולם, הממונה מתנגד גם לסיוגה של הדוקטרינה על-פי תנאים אלה. לטענתו, "אין תימוכין בדין לתנאים אותם מציע ידיעות. התנאים הם בגדר אוביטר דיקטום באותם פסקי דין שחרצו כי אין המינוף עומד כאיסור עצמאי מקביל למונופולזיציה, ומשחרצו כך ניסחו, למעלה מן הצורך, תנאים לבחינת המינוף".

81. לבד מהשיקולים הכלכליים מעלה הבקשה לאמץ דוקטרינה זו גם שאלות משפטיות. השאלה האחת עולה מבקשת הממונה להחיל את הדוקטרינה גם בהעדר פגיעה בתחרות או בציבור והוא מסתפק לצורך כך בשני תנאים בלבד: קיומו של כוח שוק מונופוליסטי בשוק אחד (הממונף) ושימוש בכוח השוק האמור להשגת יתרון תחרותי על פני המתחרים בשוק האחר (הממונף).

הויתור על הפגיעה כיסוד הכרחי בדוקטרינה המוצעת, מונע את קליטתה במסגרת סעיף 30 או סעיף 29א לחוק, הדורשים קיומה, או חשש לקיומה של פגיעה. גם אימוצה של הדוקטרינה במסגרתו של סעיף 29א(ב) לחוק איננו אפשרי, שכן דוקטרינת המינוף המונופוליסטי אינה נמנית על הפרקטיקות ההתנהגותיות הספציפיות, המקימות את חזקת הניצול לרעה גם בהעדר הוכחה בדבר קיומה של פגיעה, בהן נקב המחוקק בסעיף זה.

82. מעבר לצורך להצביע על פגיעה בתחרות או בציבור, עולה השאלה האם ניתן לראות בהרחבת הכוח המונופוליסטי באמצעות המינוף, כשלעצמה, משום תחרות בלתי הוגנת כמשמעה בסעיף 30(4) או כניצול המעמד המונופוליסטי לרעה על פי סעיף 29א(א) לחוק.

הקושי בהתייחסות כזאת למינוף נובע מכך שעל פי הדין בישראל, בניגוד לדין בארה"ב, אין איסור על רכישתו של כוח מונופוליסטי. בהעדר איסור כזה, וכאשר יש להניח שהמחוקק הישראלי היה ער לקיומו של סעיף 2 ל-Sherman Act, קשה להצדיק את קליטתה של דוקטרינת המינוף, המבוססת בעיקר על החשש מפני רכישתו של כוח כזה. על רקע זה, העובדה, שאותה מציין הממונה, לפיה בית הדין איננו כבול על ידי האיסור על מונופולזציה הקבוע בחוק האמריקאי, היתה אמורה דווקא להקשות על קבלתה של דוקטרינה זו בישראל.

83. מעבר לכך, השימוש בכוח המונופוליסטי לקניית יתרון על מתחרים מתרחש, בראש ובראשונה, בשוק המוצר שבמונופולין עצמו. באותו שוק אין בעובדת קיומו של יתרון תחרותי, כשלעצמה, כדי להצדיק הגבלת פעולותיו של בעל המונופולין. מדוע תחשב פעולה כזאת כניצול לרעה דווקא כאשר היא מתרחשת בשוק אחר?

84. המסקנה העולה מהאמור הנה כי דוקטרינת המינוף המונופוליסטי אינה יכולה להתקבל, לפחות במתכונת הגורפת המוצעת על ידי הממונה.

#### **הפגיעה בציבור ובתחרות עקב צירוף המקומון לגיליון יום ו' של ידיעות אחרונות**

85. המחלוקת העובדתית העיקרית שהיתה נטושה בין הצדדים התייחסה לשאלה האם הוכח כי הצירוף של העיתון המקומי של ידיעות תקשורת לגיליון יום ו' של ידיעות אחרונות פגע, או קיים חשש שיפגע, במקומונים המתחרים. נציין כבר עתה, שבהמשך הדיון, ובמיוחד בסיכומיו, העלה הממונה את הטענה כי הוא אינו נדרש, לשם ביסוס בקשתו, להוכיח פגיעה, לא את התרחשותה של פגיעה בעבר, ואף לא את החשש להתרחשותה של פגיעה כזאת בעתיד. הממונה ביסס קו טיעון זה על שני נימוקים. הנימוק האחד הוא נימוק משפטי, לפי נימוק זה, עצם הקשירה בין שני מוצרים נפרדים, במקרה שלפנינו - העיתון היומי והעיתון המקומי אסורה על פי הוראת סעיף 29א(ב)(4) לחוק ההגבלים העסקיים, היוצר בעניין זה חזקה חלוטה, שאינה ניתנת לסתירה, לפיה הקשירה כשלעצמה, גם בלא הוכחת קיומה של פגיעה, יש בה משום ניצול לרעה של מעמדו של בעל המונופולין בשוק, באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור. הנימוק השני הוא נימוק כלכלי, לפיו עצם העובדה, שעליה לא חלק איש מהמומחים שנתנו חוות דעת והעידו בפני בית הדין, כי העיתונים המקומיים של ידיעות תקשורת ושל מתחריה הם מוצרים תחליפיים, היא הנותנת, גם בלא להביא על כך הוכחה אמפירית, כי הצירוף של מקומוני ידיעות לעיתון יום ו', ללא תמורה, יש בו כדי לפגוע במתחרים.

86. לטענות אלה נתייחס בהמשך. בשלב זה נציין כי גישה זו, השוללת את עצם הצורך להוכיח קיומה של פגיעה בפועל, אומצה על ידי הממונה רק במהלך הדיון, ובעיקר בסופו, עם הגשת סיכומיו. מלכתחילה, עם הגשת הבקשה, נקט הממונה בעמדה כי מדובר בפגיעה מוכחת, שכבר התרחשה (סעיף 59 לבקשה), ואשר תוחמר בעתיד, תוך הבאת דוגמאות לפגיעתו של

הצירוף במקומונים המתחרים בשלושה אזורים: חיפה, השרון והקריות. בתצהירים שצורפו לבקשה טוענים המצהירים לפגיעות באזורים נוספים.

87. ואולם, הוכחתה של טענה זו נתקלה בקשיים מעשיים רבים, כאשר הממונה עצמו שינה במהלך הצגת הראיות את מסד הנתונים עליהם ביקש לבסס את הוכחת הפגיעה, כאשר עבר מנתוני חשיפה לנתוני תפוצה של המקומונים, ואף נתונים אלה, כפי שסופקו לממונה על ידי נציגי רשת שוקן והד הקריות, הסתבר במהלך הדיון כי אינם מדויקים. בסופו של יום, ולאחר 22 ישיבות שהוקדשו בעיקרן לבירור הנתונים, דומה שאין מנוס מהמסקנה שתלובן בהמשך, כי אין בנתונים שהוצגו על ידי הממונה כדי להוכיח קיומה של פגיעה במתחריו של ידיעות, קל וחומר שאין בהם כדי לבסס את התרחיש הסופני שתואר בבקשה, הצופה את העלמות מתחריו של ידיעות מן המפה, והשתלטות העיתונים המקומיים של ידיעות תקשורת על שוק העיתונים המקומיים, תוך פגיעה בתחרות ובצרכן, הן על ידי גביית מחירים מונופוליסטיים והן על ידי פגיעה בביזור הקיים בשוק הרעיונות.

88. כבר בפתח הדיון, ומתוך הבקשה עצמה, עלה הקושי בהוכחת הפגיעה הנטענת. נביא לכך דוגמאות. לגבי אזור השרון, טען הממונה בבקשתו, כי כאשר הופץ באזור זה מקומון ידיעות ("על השרון") תמורת ערך מחוץ לידיעות אחרונות, היו שיעורי החשיפה שלו ושל מקומון רשת שוקן ("צומת השרון") דומים, אך החל ממועד צירופו לידיעות אחרונות חלה שחיקה בחשיפת מקומון רשת שוקן, ששיאה בסקר שנערך בתחילת שנת 96'. טענה זו לא קיבלה אישוש בנתונים. שיעור החשיפה של מקומון ידיעות בשנת 92' עמד, כנטען על ידי הממונה, על 56.2%, מה שמצביע אמנם על ירידה בשיעור החשיפה, (בהנחה ששיעור זה עמד בשנת 91' על 69.9%), אשר סביר להניח שמקורה בהוצאתו של המקומון מתוך ידיעות אחרונות להפצה נפרדת עבור תשלום (הגם שמדובר, לטענת ידיעות בתקופה של 4 חודשים בלבד). שיעור החשיפה של מקומון רשת שוקן עמד בשנת 92' על 61.1%. בהנחה ששיעורי החשיפה של שני המקומונים היו בשנת 91' דומים, עולה כי בשנת 92' חלה ירידה בשיעורי החשיפה של מקומון רשת שוקן, אך ירידה זו איננה תואמת את התיזה של הממונה, שלפיה בעקבות הוצאתו, במרץ 92', של מקומון ידיעות להפצה מחוץ לעיתון ידיעות אחרונות, צריכה היתה לחול עליה בשיעורי החשיפה של מקומון רשת שוקן. בינואר 93' מוחזר מקומון ידיעות להפצה בתוך העיתון, מה שצריך היה להביא, לפי קו הטיעון של הממונה, לעליה בשיעורי החשיפה של מקומון ידיעות ולירידה בשיעורי החשיפה של מקומון רשת שוקן. בפועל, אמנם חלה עלייה בשיעורי החשיפה של מקומון ידיעות (מ - 56.2% בשנת 92' ל - 67.5% בשנת 93'), מה שנבע, סביר להניח, מצירופו חזרה לידיעות אחרונות, אך באותה תקופה כמעט שאין שינוי בשיעורי החשיפה של מקומון שוקן, אשר נפלו בשיעור של 0.5% (משיעור של 61.1% בשנת 92' לשיעור של 60.6% בשנת 93'), מה שאינו עולה לכאורה בקנה אחד עם הטענה בדבר השפעת הצרף של מקומון ידיעות לעיתון ידיעות אחרונות על המתחרים. בשנת 94' חלה ירידה קלה נוספת של 2.2% בשיעור החשיפה של מקומון רשת שוקן אך קשה, על פי הנתונים, לייחס ירידה זו להכנסת מקומון ידיעות לידיעות אחרונות, זאת הן משום שבאותה העת לא חל שינוי בשיעור החשיפה של מקומון ידיעות, והן משום

שצרוף מקומון ידיעות לידיעות אחרונות בוצע כשנתיים קודם לכן (במרץ 92). בשנת 95 חלה נפילה דרסטית בשיעור החשיפה של מקומון רשת שוקן שצנח משיעור חשיפה של 58.4% בשנת 94 ל- 39.6% בשנת 95. אולם, קשה, לאור הנתונים לייחס נפילה זו להתנהגות ידיעות. ראשית, מסתבר שגם בשיעור החשיפה של מקומון ידיעות חלה באותה תקופה ירידה, הגם שזו היתה תלולה הרבה פחות, כאשר המקומון ירד משיעור חשיפה של 67.6% בשנת 94 ל- 61% בשנת 95. ההנחה כי הנפילה החדה בשיעורי החשיפה של "צומת השרון" מקורה בהתנהגות "ידיעות", היתה אמורה לקבל תמיכה בגידול מקביל ניכר בשיעור החשיפה של מקומון ידיעות, דבר שלא אירע. בנוסף, נפילה זו של שיעור החשיפה של מקומון רשת שוקן חלה רק שלוש שנים לאחר ש"ידיעות" החל להפיץ את "על השרון" בחינם בתוך גיליון יום ו' של ידיעות אחרונות, וקשה לראות מדוע יחול שיהוי כה רב בהופעת אפקט הצרוף.

בהקשר זה, ראוי להזכיר כי אליבא דשיטת הממונה, שנתמכה על ידי המומחה מטעמו, פרופ' פרשטמן, צירוף מקומון "ידיעות" לעיתון יום ו' ללא תמורה, אמור לגרור אחריו, בסמוך לאחר הצירוף, אפקט סטטי, המתבטא בירידה בטווח קצר, או אף מיידי, בשיעור החשיפה (או התפוצה) של מקומוני שוקן, ורק מאוחר יותר יופיע האפקט הדינמי שהשפעתו תהא דרסטית הרבה פחות. תיאוריה זו, שלדעתנו בכל מקרה לא הוכחה, אינה תואמת את שאירע באזור השרון.

קושי דומה עולה גם מהנתונים הנוגעים לאזור הקריות, שבו לטענת הממונה, עד לחודש ינואר 1993 נמכר העיתון המקומי של "ידיעות" (ערי המפרץ) תמורת ערך מחוץ לעיתון "ידיעות אחרונות", וב- 1.1.93 הוא צורף ל"ידיעות אחרונות" בחינם. כתוצאה מכך, עלתה לטענת הממונה, תפוצתו של מקומון ידיעות, ובמקביל חלה שחיקה מתמדת בתפוצת המקומון המתחרה - "הד הקריות". מהנתונים עולה שבשנת 93 חל אמנם גידול בשיעור החשיפה של מקומון ידיעות בשיעור של 11% (מ- 40.3% בשנת 92 ל- 51.3% בשנת 93), וסביר להניח כי גידול זה אמנם נבע מהצירוף, כפי שהודה גם מר מודי פרידמן, מנכ"ל ידיעות תקשורת, בהודעתו בפני חוקרי הרשות להגבלים עסקיים. אולם, קשה לראות, על פי הנתונים שהוצגו בתצהירו של מר ניר, כיצד פגע גידול זה בשיעור החשיפה של המקומון המתחרה - "הד הקריות" שנשאר באותה תקופה יציב ועמד בשנת 93 על שיעור של 68.1%, (לעומת שיעור החשיפה של 68.5% בשנת 92). בין שנת 93 ל- 94 חלה אמנם עליה בשיעורי החשיפה של מקומון ידיעות, אשר עלה מ- 51.3% בשנת 93 ל- 62% בשנת 94, אך באותה תקופה חלה עליה, אם כי קלה יותר, גם בשיעור החשיפה של "הד הקריות", אשר עלה מ- 68.1% בשנת 93 ל- 70.2% בשנת 94, מה שאינו תואם את התיזה לפיה מגמות השינוי בשיעורי החשיפה של שני המקומונים מתואמות שלילית. בין שנת 94 ל- 95 חלה ירידה בשיעורי החשיפה של "הד הקריות", משיעור חשיפה של 70.2% בשנת 94 לשיעור חשיפה של 64.7% בשנת 95, אך באותה תקופה חלה ירידה גדולה יותר, גם בשיעור החשיפה של מקומון ידיעות (מ- 62% בשנת 94 ל- 50.2% בשנת 95). גם כאן אין לראות מתאם שלילי בין שיעורי החשיפה של שני המקומונים, וקשה לראות כיצד הירידה בתפוצה של מקומון

הד הקריות, מוסברת על ידי מה שהתרחש במקומון ידיעות, אשר גם שיעורי החשיפה שלו ירדו באותה תקופה.

לטענתו של מר עובד ניר, השחיקה בתפוצת "הד הקריות" החלה להעצר בשנת 1995 רק עקב אספקת עיתוני "הד הקריות" למנויי "מעריב" ו"הארץ" במחירים שלא כסו את העלות המשתנה של הדפסת אותם עותקים. אולם העובדה שהד הקריות נאלץ להפיץ את המקומון שלו במחירים נמוכים כדי לעצור את הירידה בתפוצתו עדיין איננה מלמדת על כך שירידה זו נגרמה בגלל דרך ההפצה והשיווק של מקומון ידיעות.

גם באזור הגליל, עולה מהבקשה, מגמת ירידה משותפת בשיעורי החשיפה למקומון "ידיעות" ("קול העמק והגליל") ומקומון הד הקריות ("ידיעות הגליל"), כאשר הירידה בשיעור החשיפה של מקומון ידיעות מ- 72.4% בשנת '92 ל- 63.9% בשנת '95, גדולה במעט מהירידה בשיעור החשיפה של מקומון הד הקריות (מ- 65% בשנת '92 ל- 55% בשנת '95).

גם מהנתונים שנמסרו לגבי אזור הגליל המערבי וחדרה קשה להסיק בנושא זה מסקנות חד משמעיות. אזור הגליל המערבי הוא האזור היחיד שבו אין מגמה של ירידה (למעט בשנת '93) בשיעורי החשיפה של מקומון ידיעות, אך אין למצוא גם עלייה בשיעורי חשיפה אלה, מה שהתבקש על פי הטענה הקושרת את מגמות החשיפה בין שני המקומונים, בעקבות הירידה בשיעור חשיפתו של מקומון הד הקריות. באזור חדרה חלה, בין השנים '91 ל- '94, שחיקה דומה בשיעורי החשיפה של שני המקומונים. בחודש ינואר '95, מסביר מר עובד ניר בתצהירו, מתחיל ידיעות לגבות תשלום עבור המקומון (אשר ממשיך להיות מופץ בתוך עיתון ידיעות יום ו'), אך לא ניתן לבחון השפעתו של צעד זה על מקומון הד הקריות, אשר הפסיק גם הוא את ההפצה בחינם, מה שהביא, ככל הנראה, לנפילה דרסטית (של כמעט 50%) בשיעור החשיפה שלו.

עניין מיוחד נודע בהקשר זה למה שקרה באזורי גוש דן ובירושלים. נתונים בנושא זה הובאו על-ידי המו"ל של עיתון "הארץ" ובעליה של רשת "שוקן", מר עמוס שוקן. אולם, גם מנתונים אלה קשה להתרשם כי התנהגות ידיעות היא שגרמה לירידה בשיעורי החשיפה של מקומוני "שוקן".

באזור גוש דן, אנו למדים מתצהירו של מר שוקן, חלה בין השנים '90 עד '95 ירידה של כ- 16% בשיעורי החשיפה של מקומון "ידיעות" ("תל-אביב"), כאשר שיעור החשיפה שלו ירד מ- 57.9% בשנת '90 ל- 41.9% בשנת '95, אך עיקר הירידה חלה בין השנים '94 ל- '95, שאז נפל שיעור החשיפה של מקומון זה מ- 53.7% בשנת '94 ל- 41.9% בשנת '95, בעוד שבשנים '90 - '94 היו שיעורי החשיפה של מקומון ידיעות פחות או יותר יציבים, עם שינויים לכיוון זה או אחר מדי שנה. באותה תקופה, בין '90 ל- '95, חלה ירידה דומה, תלולה קצת פחות, בשיעור החשיפה של מקומון "העיר", המוצא על-ידי רשת "שוקן", כאשר זה ירד משיעור חשיפה של 58.7% בשנת '90 ל- 44.5% בשנת '95. גם כאן קשה לראות כיצד יש שינויים בשיעורי החשיפה של מקומון ידיעות כדי להסביר את הירידה בתפוצה במקומון רשת "שוקן". מעבר לכך, דווקא בין השנים '94 ו- '95, שאז חלה ירידה תלולה (של כ- 20%)

בשיעורי החשיפה של מקומון "ידיעות", נשאר שיעור החשיפה של מקומון "העיר" יציב (44.5% בכל אחת מהשנים).

89. השוואה זו, שאיננה השוואה מדעית, ואשר הובאה לצורך התרשמות בלבד, מציגה את הבעייתיות שבניסיון ללמוד מהשינויים בשיעורי החשיפה של שני המקומונים, מסקנות בדבר הקשר בין מגמות השינוי, ולתלות את הירידה בשיעורי החשיפה של מקומוני רשת שוקן בשינויים בשיעורי החשיפה של מקומוני ידיעות. המסקנה הלכאורית שעלתה מנתונים אלה, מסקנה שלה ניתנה מאוחר יותר תמיכה בחוות הדעת של המומחה מטעם בית הדין, פרופ' גרונאו, והמומחים מטעם ידיעות, פרופ' טרכטנברג ומר פרלמן, הנה שככלל, מגמות השינוי בשיעורי החשיפה של המקומונים של שתי הרשתות, מתואמות חיובית, ומכל מקום, אין בנתונים כדי לתמוך בטענת הממונה בדבר קיומו של מתאם שלילי בין מגמות החשיפה של שני המקומונים - היינו, כי עלייה בשיעורי החשיפה של מקומוני ידיעות מלווה בירידה בשיעורי החשיפה של רשת שוקן, ולהפך.

הערה נוספת בהקשר זה, האופיינית לניסיון לקשור בין מגמות הירידה או העלייה של שני המקומונים, על כל צורותיה, שאליה נתייחס ביתר פירוט בהמשך, היא שהשוואת המגמות בדרך זו איננה מביאה בחשבון גורמים אחרים, שלהם עשויה להיות השפעה על שיעורי התפוצה או החשיפה של שני המקומונים, למשל, גידול באוכלוסייה, שינוי בטעמי הצרכנים תוך הסטת ההתעניינות מאמצעי תקשורת אחרים לעיתונים המקומיים או ההפך, או, החשוב מכל, שינוי באיכות המערכתית של העיתונים המתחרים וכיוצא באלה גורמים. כך ייתכן, שהוצאת מקומון ידיעות להפצה נפרדת עבור תשלום במרץ '92 אכן השפיעה במגמה מנוגדת, כפי שניתן היה לצפות, על שיעורי החשיפה של מקומון שוקן, ופעלה להעלאתם, אלא שבגלל גורם חיצוני, לא ידוע, אשר פעל במגמה הפוכה על שני המקומונים, הצטמצמה השפעה זו להקטנת שיעור הגידול שהיה מתרחש אלמלא גורם זה.

90. בבקשתו המקורית לא עשה הממונה ניסיון ליתן הסבר כלכלי - מקצועי, אשר יבסס את הקשר בין הירידה בשיעורי התפוצה של מקומוני רשת "שוקן" למגמת השינוי בשיעורי החשיפה של מקומוני ידיעות.

91. ניסיון ראשון כזה נעשה על ידי ידיעות, אשר הגיש בחודש אוקטובר 1996 את חוות-דעתם של פרופ' עמנואל טרכטנברג ומר מנחם פרלמן, אשר כללה ניתוח מפורט המתייחס להשפעה הכלכלית הנובעת לצורך מקומוני ידיעות תקשורת על התחרות.

בחוות דעתם העלו מומחי ידיעות, בין היתר, את הטענות הבאים:

ראשית, לפי התזה של הממונה, ולאור העובדה שמדובר בשיטת שיווק הנוהגת מזה שנים רבות, היו מקומוני רשת שוקן צריכים, זה מכבר, להיעלם, או לפחות להיפגע בצורה משמעותית באותם אזורים בהם מצורפים מקומוני ידיעות לידיעות אחרונות ללא תמורה, דבר שלא אירע. שנית, המגמה הכללית של שיעורי החשיפה בעיתונות המקומית בכלל ואזורי הארץ בשנים האחרונות, על פי סקרי איגוד המפרסמים, היא מגמת ירידה. מגמה זו



משותפת הן לרשת שוקן והן לרשת ידיעות תקשורת, והיא גם דומה בהיקפה בשתי הרשתות. כך, ירד שיעור החשיפה של רשת שוקן בכל הארץ מ- 59.2% בשנת 1991 ל- 52.1% בשנת 1995, בעוד ששיעור החשיפה של רשת ידיעות תקשורת ירד באותה תקופה משיעור של 58.2% בשנת 1991 ל- 52.2% בשנת 1995. הפער בשיעור החשיפה בין שתי הרשתות, העומד על עשירית האחוז בלבד, אינו תומך בטענה שרשת ידיעות תקשורת התחזקה במהלך אותה תקופה על חשבון רשת שוקן, והוא מעמיד בספק רב את התיזה של הממונה.

92. לאור כך, סברו מומחי ידיעות שיש צורך, לשם בחינת התיזה של הממונה, לבצע בחינה סטטיסטית של הקשר בין שיעורי החשיפה של מקומוני שתי הרשתות במהלך מספר שנים באמצעות אמידת משוואה שבה המשתנה המוסבר (הוא המשתנה שאת התנהגותו רוצים להסביר) הוא שיעור החשיפה של מקומוני רשת שוקן, והמשתנה המסביר (את התנהגות המשתנה המוסבר) הוא שיעור החשיפה של מקומוני ידיעות תקשורת. באם נכונה התיזה של הממונה, כי אז, צריכה בחינה כזאת להצביע על קשר שלילי מובהק בין המשתנים, כלומר, ככל ששיעור החשיפה במקומוני רשת ידיעות עולה, אזי שיעור החשיפה של מקומוני רשת שוקן קטן.

93. על יסוד הבחינה הסטטיסטית האמורה הגיעו מומחי ידיעות למסקנות הבאות:

"א. לא קיים קשר סטטיסטי שלילי בין שיעורי החשיפה של מקומוני שוקן לשיעורי החשיפה של מקומוני ידיעות תקשורת. כלומר, עליה בשיעורי החשיפה של מקומוני ידיעות תקשורת איננה גוררת ירידה בשיעורי החשיפה של מקומוני שוקן.

ב. להפך, קיים קשר סטטיסטי חיובי, לרוב מובהק, בין שיעורי החשיפה של מקומוני שתי הרשתות. כלומר, עליה בשיעורי החשיפה של מקומוני ידיעות תקשורת מתואמת במקביל עם עליה בשיעורי החשיפה של מקומוני שוקן.

ג. לא קיים קשר סטטיסטי שלילי בין שיעורי החשיפה של מקומוני שוקן לבין צירוף מקומון ידיעות לידיעות אחרונות ביום ו', לא ישירות ולא בעקיפין. כלומר, צירופו של מקומון ידיעות תקשורת לגיליון יום ו' של ידיעות אחרונות, אינו גורם להקטנת שיעורי החשיפה של מקומוני שוקן".

על יסוד הניתוח האמור, הגיעו מומחי ידיעות למסקנה כי "לתזה שהוצגה על-ידי הממונה אין כלל בסיס עובדתי. זאת, בהתבסס על הנתונים העובדתיים המשקפים את הניסיון המעשי שנצבר בשנים האחרונות בשוק המקומונים, (וכי) לא נמצא גם שינוי מבני בענף שיוכל להצדיק תחזית בדבר התנהגות שונה מההתנהגות בעבר, הרחוק או הקרוב".

94. בתגובה לתשובת ידיעות ולחוות הדעת הכלכלית שהוגשה מטעמם, הגיש הממונה בחודש נובמבר '96 "אוגדן תצהירים משלים". כינוי תצהירים אלה כ"תצהירים משלימים" איננו מדויק, שכן בשלב זה שינה הממונה את טעמו וביקש לבסס את ההשוואה בין המקומונים, על בחינת נתוני התפוצה שלהם, במקום נתוני החשיפה, כפי שנעשה בבקשתו המקורית.

מעבר זה הוסבר על ידי המצהירים מטעם הממונה, מר עובד ניר, יו"ר מועצת המנהלים של רשת הד הקריות ומר יוסף וורשבסקי, מנכ"ל חברת רשת שוקן בע"מ, בכך, ש"סקר החשיפה משמש ככלי עיקרי עבור משרדי הפרסום ופירמות עסקיות לצורך קבלת החלטות היכן לפרסם. אולם, מרבית בעלי עסקים המקומיים אינם נעזרים במשרדי פרסום ומקבלים החלטה היכן לפרסם על-פי מידת ההשפעה בפועל של המודעה על היקף עסקיהם מיד לאחר פרסומה. כלומר, מפרסמים אלה אינם מקבלים החלטות היכן לפרסם על-פי נתוני סקר החשיפה, אלא על-פי התוצאות בפועל של הפרסום - על-פי הגידול בקהל המגיע למקום העסק במוצ"ש או במשך השבוע שלאחר פרסום המודעה...". התוצאות בפועל של הפרסום נגזרות להערכת המצהירים ישירות מרמת תפוצתו של העיתון.

נציין כבר עתה, שאין בהסבר זה כדי להצדיק, על פניו, את המעבר משיטת נתונים אחת לאחרת, שכן לא הונחה תשתית עובדתית לטענה כי "התוצאות בפועל של הפרסום נגזרות ... ישירות מרמת התפוצה של העיתון". לכאורה גם איננו רואים סיבה להניח הנחה כזאת, שכן עניינו של המפרסם הוא בכך שהפרסום יגיע לידיעת ציבור רחב ככל האפשר של קוראים, ואין זה מעניינו אם הקוראים רכשו את העיתון, או שזה הגיע לידים בצורה אחרת.

95. מכל מקום, לא מנענו מהממונה, חרף התנגדותם של נציגי ידיעות, להציג את נתוני התפוצה, הגם שהדבר הביא להארכה ניכרת בדיון, כמו גם להצגת חוות דעת נוספות מטעם ידיעות, לאחר שחוות הדעת הקודמת מטעמו בוססה, על יסוד גישתו המקורית של הממונה, על נתוני החשיפה. על רקע זה צירפו המצהירים מטעם הממונה בשלב זה נתוני תפוצה מפורטים של כל אחד ממקומוני רשת שוקן, תוך השוואתם לנתוני התפוצה של מקומוני ידיעות תקשורת בכל אחד מהחודשים, החל מחודש ינואר '92 ועד לחודש ספטמבר '96.

96. על יסוד נתונים אלה טענו המצהירים מטעם הממונה, ניתן לראות באופן ברור את הפגיעה שנגרמה למקומוני רשת שוקן. כך הסביר מר עמוס שוקן, כי בארבע השנים האחרונות ירדה הכמות הנמכרת של מקומוני שוקן בקיוסקים בכ- 33%, והוא הוסיף והצהיר כי הוא "מאמין שמרביתה של הירידה בתפוצה נובעת משני גורמים: האחד, הצירוף החינמי של מקומוני ידיעות לעיתון ידיעות יום ו' הנמכר בנקודת המכר; והשני, הצירוף החינמי של מקומוני ידיעות למנויי עיתון ידיעות אחרונות".

97. עוד נטען בתצהירים המשלימים מטעם הממונה, כי את השפעת הצירוף על תפוצת מקומוני הד-הקריות בקיוסקים יש לבחון רק באותם אזורים בהם הם נמכרים. בדיקת השפעת הצירוף על תפוצת מקומונים המופצים חנים (באזורים נתניה וחדרה עד למרס '95) היא, לטענתם, חסרת כל משמעות, שכן באזורים אלה נקבעת הכמות המודפסת ברמה שהיא בהכרח גבוהה מהכמות אותם היו מדפיסים אילו מכרו את המקומונים.

משיקולים דומים, סבר מר ורשבסקי, מנכ"ל רשת שוקן שהעיד מטעם הממונה, כי הגידול בכמות המודפסת של המקומונים המחולקים על-ידי רשת שוקן בחינם נעשה לא למרות הצירוף אלא בגללו, וכי ההצגה (שנעשתה על ידי ידיעות) של הגידול בכמות המודפסת של מקומוני שוקן החינמיים כראיה לכוחה של רשת שוקן להתמודד עם תופעת הצירוף, היא "עיוות גמור של תמונת המציאות".

בתצהירו המשלים פירט מר ורשבסקי את שיעורי הירידה בכמות הנמכרת של מקומוני רשת שוקן באזורים השונים. בהמשך הסתבר כי בנתוני התפוצה הנמכרת שנמסרו על-ידי המצהירים מטעם הממונה נפלו טעויות משמעותיות, ואלה תוקנו בתצהירים נוספים שהוגשו על-ידי מר עובד ניר ומר ורשבסקי בחודשים פברואר ומרץ 1998.

98. עדיין נותרה השאלה, עליה הצביעו מומחי ידיעות, והיא האם קיימת קורלציה שלילית בין מגמות השינוי בתפוצה או במכירות של מקומוני שתי הרשתות, היכולה להסביר את הירידה במכירות רשת שוקן בצירוף מקומוני ידיעות לעיתון ידיעות אחרונות. לצורך כך הגיש הממונה בחודש פברואר 1998 חוות דעת כלכלית מתוקנת (לאחר תיקון נתוני התפוצה) שנערכה על-ידי פרופ' חיים פרשטמן.

99. פרופ' פרשטמן העלה בחוות דעתו שני טעמים, השוללים, לדעתו, את הלגיטימיות שבצירוף. הטעם האחד היה טעם כלכלי - עיוני, המבוסס על תיאוריית ה - "Monopoly Leverage" ועל תיאוריית הקשירה "tie-in sales". על-פי טענתו: "מניתוח התחרות בשוק המקומונים עולה כי האסטרטגיה של רשת ידיעות נשענת על השימוש בכוח המונופוליסטי שיש לה בשוק אחד (שוק העיתונים היומיים בעברית) בכדי להגדיל את פלח השוק שלה ולהשתלט על השוק השני (שוק המקומונים). כיוון שלידיעות יש פלח שוק ניכר בשוק העיתונות היומית בעברית מנסה ידיעות להשתמש בעיתון יום שישי שלה (בו יש לה שיעור חשיפה של כ - 66.9 אחוז בשנת 1995) כפלטפורמה שבעזרתה היא תגדיל את נתח השוק שלה בשוק המקומונים. אסטרטגיה שכזו ידועה בספרות הכלכלית בשם "Monopoly Extension" או בשם "Monopoly Leverage". אסטרטגיה זו דנה במצב שבו יש לפירמה מעמד מונופוליסטי (או כוח שוק ניכר) במוצר אחד, ולעומת זאת היא מוכרת מוצר שני בשוק תחרותי יותר, לדוגמא שוק אוליגופוליסטי. אם נוקטת הפירמה באסטרטגיה בה היא מוכרת את שני המוצרים ביחד כחבילה אחת (אסטרטגיה המוגדרת בספרות כ - tie-in sales) אזי היא משנה את כללי המשחק גם בשוק שבו אין לה מעמד מונופוליסטי ובו היא מתחרה בפירמות אחרות... התוצאה של אסטרטגיה כזו יכולה להיות, במקרה הקיצוני יותר, הרחבת מעמדה המונופוליסטי של הפירמה לשוק נוסף (Monopoly Extension) ... או במקרים אחרים השגת יתרון בשוק של המוצר השני על פני המתחרות האחרות בשוק...". (ההדגשות במקור).

על רקע זה, קבע פרופ' פרשטמן בחוות דעתו, כי הוא "סבור שבענייננו עיתון ידיעות אחרונות משתמש בכוח המונופוליסטי שיש לו בעיתונות היומית בעברית כדי לרכוש יתרון בלתי הוגן ולקדם את האינטרס ואת נתח השוק של ידיעות תקשורת בשוק המקומונים.

צורת האסטרטגיה הנה בדיוק אותה אסטרטגיה Monopoly Leverage שתיארנו למעלה". אסטרטגיה זו, קבע פרופ' פרשטמן, "פוגעת בתחרות בענף המקומונים, ... (ו)מגדילה את פלח השוק של מקומוני רשת ידיעות תקשורת לא בגלל שהם איכותיים יותר, יעילים יותר, או מעניינים יותר, אלא בגלל שהם משווקים בחבילה אחת עם עיתון ידיעות אחרונות הארצי".

100. הפגיעה במקומוני רשת שוקן, הוסיף פרופ' פרשטמן והסביר בחוות דעתו, מתחייבת מתוך כך ששני המקומונים הם מוצרים תחליפיים, דהיינו, כי ה"ירידה במחיר של מקומון אחד (שלא לדבר על מסירתו בחינם) מורידה את המכירות והתפוצה של המקומון האחר... השפעת התחליפיות לפיכך גורסת שכאשר מחירו של המקומון של ידיעות תקשורת יורד או שאותם צרכנים מקבלים את המקומון כחלק מן החבילה הכוללת של העיתון הארצי, חלק מן הצרכנים יעדיפו לעבור מרכישת המקומון של רשת שוקן לקריאת המקומון של ידיעות תקשורת. יהיו אלו אותם הצרכנים שהעדפה שלהם בין המקומונים היתה חלשה יחסית. כלומר בהינתן מחירים זהים אותם צרכנים היו מעדיפים לקנות את המקומון של שוקן אך כאשר המחיר של המקומון המתחרה יורד אותם צרכנים יעברו ויקראו את העיתון המתחרה".

101. הטעם האחר שניתן על ידי פרופ' פרשטמן, נועד להוכיח באופן אמפירי, על ידי ניתוח אקונומטרי - סטטיסטי, את הטענה כי צירוף מקומוני רשת ידיעות לגיליון יום ו' של ידיעות אחרונות גרם לפגיעה במכירות ובתפוצה של מקומוני רשת שוקן.

פרופ' פרשטמן פתח את הניתוח בהצגת שיעורי הירידה במכירות של תשעה מקומונים של רשת שוקן ומצא שאלו ירדו בין השנים 1992-1997 בשיעורים ניכרים. כדי למצוא את מגמת הירידה, הריץ פרופ' פרשטמן רגרסיה של המכירות כנגד הזמן ומצא שמגמת הירידה היא מובהקת מהבחינה הסטטיסטית (על פי מבחן t לבדיקת המובהקות) בכל האזורים, פרט לאזור אחד (חיפה).

כדי לעמוד על הסיבה לירידה, השווה פרופ' פרשטמן את מגמת הירידה של מכירות מקומוני שוקן בהשוואה למגמת המכירות של מקומוני ידיעות תקשורת, תוך עריכת הבחנה בין אזורים שבהם מקומוני ידיעות תקשורת (וגם מקומוני שוקן) נמכרים (אזורים שאותם הוא כינה "נמכרים-נמכרים"), לבין אזורים בהם מקומוני ידיעות תקשורת מחולקים חינם, בעוד שמקומוני שוקן נמכרים (אזורים "נמכרים-חינמיים").

בדיקת ההבדלים במגמות הירידה בתפוצת מקומוני רשת שוקן בין שתי הקבוצות על-ידי הרצת רגרסיה על-פני זמן העלתה, כי בשתי הקבוצות יש מגמת ירידה שלילית מובהקת לאורך זמן, אך המגמה בתפוצת נמכרים-חינמיים חזקה מהמגמה בתפוצת נמכרים-נמכרים. עובדה זו, קבע פרופ' פרשטמן בחוות דעתו, "מאששת את הטענה שחלוקת המקומון של רשת ידיעות בתוך עיתון ידיעות אחרונות פוגעת במכירות של מקומוני רשת

שוקן וגורמת לירידה במכירות המקומונים, זאת מכיוון שאנו מוצאים שבאזורים בהם מקומוני ידיעות תקשורת מצורפים חינם לעיתוני ידיעות יום ו', מגמת הירידה במכירות מקומוני שוקן הינה גדולה בכ- 30% מאשר מגמת הירידה במכירות באזורים בהם המקומונים של רשת ידיעות תקשורת נמכרים".

102. פרופ' פרשטמן לא חלק על הניתוח שנעשה על-ידי מומחי ידיעות, ואשר ממנו עולה כי העלייה בשיעורי החשיפה של מקומוני ידיעות תקשורת אינה גוררת ירידה בשיעורי החשיפה של מקומוני רשת שוקן וגם לא על הממצא, ששיעורי החשיפה של שתי הרשתות המתחרות מתואמים חיובית. אולם הוא הסביר ממצא זה בקיומם של גורמים סביבתיים חיצוניים רבים המשפיעים על מכירות עיתונים והפצתם (למשל: סוף שבוע ארוך, מזג אויר, אירוע מסוים וכיוצ"ב). לטענתו, העובדה שמדובר במוצרים תחליפיים ולא במוצרים משלימים, שוללת את האפשרות של קיומה של קורלציה חיובית בין שיעורי החשיפה של מקומוני שתי הרשתות. לאור כך, סבור פרופ' פרשטמן, שהקורלציה החיובית שנמצאה בחוות דעתם של מומחי ידיעות - איננה רלוונטית לעניין, ואין בה כדי לסתור את טענתו של הממונה.

103. לאור המחלוקות שנפלו בין מומחי הצדדים, החלטנו למנות מומחה כלכלי מטעם בית הדין. קשה מאוד היה להביא את הצדדים להסכמה לגבי זהותו של המומחה, אולם, בסופו של דבר, הסכימו שני הצדדים למנות את פרופ' ראובן גרונאו כמומחה כלכלי מטעם בית הדין. ראוי להזכיר, כי מדובר במומחה בעל שם עולמי במדע האקונומטריקה, המשמש כפרופסור מן המניין במחלקה לכלכלה של האוניברסיטה העברית בירושלים, וכפרופסור אורח באוניברסיטאות ידועות ברחבי העולם.

נציין כבר עתה, שבעיקרה, מקובלת עלינו חוות דעתו של פרופ' גרונאו על מסקנותיה. (למעט בנושא המקומונים הנמכרים בנקודות ההפצה כחלק מהעיתון ידיעות אחרונות)

104. אשר להשפעתו של צירוף מקומון ידיעות לעיתון יום ו' של ידיעות אחרונות ללא תשלום, קבע פרופ' גרונאו בחוות דעתו, כי הצירוף משביח את העיתון, וכי השבחה זו מטיבה עם הצרכן, זאת בשני תנאים: א. שלא קיימות עלויות גבוהות להיפטר מהמתנה במידה ואינה רצויה. ב. 'המתנה' היא מתנה של ממש, דהיינו - שלא מתקיים סבסוד צולב באופן שבעל המונופולין מייקר את המוצר האחר שעבורו מקבל המתנה משלם כדי להוזיל (או, במקרה שלנו, לאפס) את מחיר המוצר הניתן במתנה. שני תנאים אלה, קבע פרופ' גרונאו, מתקיימים במקרה שלנו. העלויות הכרוכות בזריקת המקומון למי שאינו חפץ בו הן זניחות ולא הוכח שידיעות מפעילה במקרה זה סבסוד צולב, על-ידי העלאת מחיר המוצר שבשליטה המונופוליסטית (עיתון יום ו'), כדי להוזיל באופן מלאכותי את המוצר התחרותי (המקומון). היעדר הסבסוד הצולב יכול שיוסבר, קבע פרופ' גרונאו, בכך שהורדת מחירו של המקומון תגדיל את שיעורי חשיפתו, מה שיגדיל את הכנסות בעל המונופולין מפרסומות, ואלה יפצו אותו על הפחתת המחיר.

105. בהתייחס לשאלה בדבר ההשפעה הכלכלית אשר עשויה להיות לצירוף על העיתונים המקומיים המתחרים, קבע פרופ' גרונאו, ראשית, מתוך העובדה שמקומונים שונים הם מוצרים תחליפיים, עולה שהשבחתו או הורדת מחיר של אחד מהם תפגע אל נכון במכירות יריביו. עד כאן הסכים פרופ' גרונאו עם חוות דעתו של פרופ' פרשטמן. ואולם, ציין פרופ' גרונאו, עוצמת הפגיעה תלויה במידת התחליפיות ובשיעור ירידת המחירים. לעניין שיעור ירידת המחירים, הסביר פרופ' גרונאו, כי להוזלת המחיר למנוי, עשויה להיות רק השפעה מוגבלת על המכירות, שכן המחיר הכלכלי של צריכת העיתון מורכב בעיקרו, לא ממחירו של העיתון עצמו, אלא ממרכיב עלות הזמן הנדרש לצריכת המוצר, כלומר, הזמן הנדרש לרכישת העיתון, ובעיקר זה הנדרש לקריאתו. עוד ציין פרופ' גרונאו, כי ללא ידיעת הגמישויות הצולבות (רגישות של מכירות עיתון אחד למכירות של העיתון היריב), וללא ידיעת מרכיב המחיר של העיתון במחיר הכלכלי הכולל שלו, לא ניתן לתת אומדן מהימן על ההשפעה שתהיה לחלוקת מקומון חנם על המקומונים המתחרים.

106. בנסיבות אלה, קבע פרופ' גרונאו, המבחן היחיד שכלכלן יכול להציע, הוא מבחן גס, כלומר, האם בחמש השנים האחרונות קיימת אינדיקציה לכך שחלוקת מקומוני ידיעות חנם פגעה בתפוצת מקומוני הרשתות היריבות. מבחן זה הנו, לדעתו של המומחה, מבחן גס, מאחר ששינויים בתפוצת המקומון המתחרה עשויים לנבוע מגורמים נוספים (על השינוי במחיר והצירוף) כמו שינוי הכנסה, שינויים דמוגרפיים, שינויי איכות, שינויים בערוצי תקשורת מתחרים, העתקת ההתעניינות מנושאים מקומיים לנושאים ארציים ועוד. כל השינויים האלה, ציין פרופ' גרונאו, לא נבדקו על ידי איש מהמומחים.

107. מבחן חלופי עשוי להיות, לדעתו של המומחה, בדיקת ההשלכות של חלוקת מקומון ידיעות חנם על תפוצת מקומונים מתחרים בהשוואה למצב שהיה קיים קודם, כאשר אותו מקומון נמכר בדוכנים. מבחן זה מחייב להתמקד באותם אזורים ובאותן תקופות שבהם החלה הפצת החנם של מקומוני ידיעות, שעד אז נמכרו עבור ערך, ובדיקת התמורות שחלו באותה תקופה במכירת המקומונים המתחרים. ואולם, ציין המומחה, הממונה לא ניצל "ניסיון מבוקר" זה, אם מהיעדר נתונים או מתוך כך שחשב שנדרשת תקופת הסתגלות ממושכת עד שהעיתון המתחרה יחוש בשינוי המחיר של מקומון ידיעות.

108. בעקרון, וכמבחן "גס", קיבל פרופ' גרונאו את שיטתו של פרופ' טרכטנברג - המומחה מטעם ידיעות, שבוססה על בדיקת הקורלציה במגמות החשיפה של שני המקומונים, על-ידי הרצת גרסיות הבחנות את האפשרות להסביר את השינוי בחשיפה או בתפוצה של מקומוני רשת שוקן בשינויים מקבילים בזמן בצירוף מקומוני ידיעות לעיתון.

109. ככלל, קבע פרופ' גרונאו, כי בנתוני החשיפה של שתי הרשתות בולטת מגמת הירידה בשיעורי החשיפה על-פני זמן (בתקופה 1991-1995), כאשר הירידה ברשת שוקן חדה במידת מה מזו של הירידה ברשת ידיעות. ירידה זו, ציין המומחה, אינה בהכרח ירידה

אבסולוטית, זאת בשל כך שבתקופה זו חל גידול באוכלוסייה היהודית בשיעור של כ- 10%. ברגרסיה של שיעורי החשיפה של שתי הרשתות על המשתנה "זמן" שערך המומחה, מתקבל כי שיעור הירידה של מקומוני שוקן עמד על 2.4 אחוזי חשיפה לשנה, ושל רשת ידיעות על 1.3 אחוזי חשיפה לשנה. גם לאחר ניכוי מגמת הירידה המשותפת לשתי הרשתות נמצא שבאף אחד מהמקרים לא היה הגידול בשיעור החשיפה של מקומוני ידיעות מלווה בהקטנת שיעור החשיפה של רשת שוקן. כך גם לא נמצא שחלוקת חינוך של מקומוני ידיעות החמירה את הירידה בשיעורי החשיפה של רשת שוקן, וכן נדחתה ההשערה שהשינויים בשיעורי החשיפה של שני המקומונים מתואמים שלילית.

בסיכומה של הבדיקה האקונומטרית המתוארת לעיל, קבע פרופ' גרונאו כי :

**"בסיכום פרק זה של הניתוח הסטטיסטי לא נותר לי אלא לסכם שבנתונים שברשותי אין להסביר את מגמת הירידה המשותפת למקומוני שתי הרשתות ולא ניתן לבודד את השפעת התחרות בין שני המקומונים. בנתונים הגסים שעומדים לרשותי אין להצביע על קשר שלילי בין שיעורי החשיפה של שתי הרשתות, ואין, על-כן, כל אינדיקציה לפגיעה בשיעור החשיפה של רשת שוקן שמקורו בשיעורי החשיפה של רשת ידיעות".**

ועוד קבע פרופ' גרונאו :

**"סיכום העדות הסטטיסטית המצטברת הוא חד משמעי: אין בנתוני החשיפה ובנתוני התפוצה בתקופה 1991 ואילך כדי להצביע על כך שאסטרטגית ידיעות בשוק המקומונים מסבירה את הירידה במכירות מקומוני שוקן. את ההסבר לירידה זו יש לחפש במקום אחר".**

110. את חוות דעתו של פרופ' פרשטמן דחה פרופ' גרונאו ממספר טעמים :

הטעם הראשון הוא כי הבחינה שערך פרופ' פרשטמן על ידי השוואת התפוצה של מקומוני רשת שוקן באזורים בהם היו מקומוני ידיעות במכירה, לעומת האזורים בהם חולקו מקומוני ידיעות חינוך, הוא מבחן חלש, שכן הוא תולה כל הבדל במגמות התפוצה של מקומוני רשת שוקן בחלוקת מקומוני ידיעות חינוך, ומתעלם מגורמים אחרים שנמנו לעיל ואשר עשויים להשפיע, גם הם, על מגמות ההפצה של המקומונים.

בכל מקרה, הוסיף והסביר פרופ' גרונאו, גם אם ניתן היה לקבל, מהבחינה העקרונית, את שיטתו של פרופ' פרשטמן, לא הוכח שהפער בשיעורי הירידה שמצא פרופ' פרשטמן בשתי הקבוצות (נמכרים-נמכרים, ונמכרים-חינמיים) הנו פער מובהק באופן סטטיסטי ואינו תולדה של מקריות.

פרופ' גרונאו גם קיבל את טיעונו העיקריים של פרופ' טרכטנברג לגבי ההטיות שהשפיעו על הניתוח של פרופ' פרשטמן, כגון טעויות במדידה (סיווג לא נכון של אזורים לפי צורת ההפצה, השמטת אזור חיפה וטיפול לא נכון בנתוני כרמיאל בשנת 1992, התעלמות מגורמים ספציפיים אזוריים ומדידה שגויה של מהימנות אומדני המגמה בגלל קיום מתאם

סדרתי). פרופ' גרונאו אף הסכים עם דעתו של פרופ' טרכטנברג שלפיה, לאחר תיקון הפגמים דלעיל, כפי שנדרש, נמצא שאומנם הירידה באזורי הנמכרים-חינמיים חריפה יותר מאשר באזורי הנמכרים-נמכרים, אך ההפרש הקיים בין שתי הקבוצות העומד על 0.15% בחודש, אינו מובהק באופן סטטיסטי, גם בהתייחס לנתוני המכירה, שעליהם, ולא על נתוני החשיפה, ביסס פרופ' פרשטמן את חוות דעתו. משמע, לדעתו, הקשר בין שיעורי הירידה עשוי להיות מקרי.

פרופ' גרונאו אף סבר, בניגוד לדעת הממונה (אך בהתאם לגישתו הראשונה של הממונה), שיש להעדיף את השימוש בנתוני החשיפה על נתוני התפוצה, זאת משלושה טעמים: ראשית, נתונים אלה קובעים את הביקוש לפרסומת שהיא עיקר הכנסתו של המקומון, שנית, נתוני החשיפה מקורם בגורם אובייקטיבי ולא באחד הצדדים לויכוח, ושלישית, נתוני המכירה עשויים להיות מושפעים מגידול בתפוצת מקומוני רשת שוקן שצורפו לעיתון הארץ או מעריב. בכל מקרה, לויכוח זה אין משמעות מבחינת התוצאה בדיון הנוכחי, שכן על פי שתי סדרות הנתונים לא הוכחה פגיעה ברשת שוקן עקב הצירוף.

111. כפי שכבר שצינו לעיל, חוות דעתו של פרופ' גרונאו מקובלת עלינו.

112. באת כוח הממונה הקדישה בסיכומיה מאמץ רב בתקיפת חוות דעתו של פרופ' גרונאו, אך איננו מקבלים את השגותיה לגבי חוות דעת זו. להלן נתייחס לטענות העיקריות של הממונה נגד חוות דעת זו.

113. טענתה הראשונה של באת כוח הממונה כוונה נגד עצם השימוש בשיטות אקונומטריות כמכשיר לבדיקת הקשר בין שני משתנים. הצורה הקיצונית ביותר בה הוצגה הטענה בסיכומי הממונה היתה: "חסרוננו של ניתוח אקונומטרי (או יתרונו - הכל לפי נקודת המבט) הוא שניתן באמצעות משחק במשוואות (הוספת משתנים הורדתם, שינוי תקופה וכו') לקבל כל תוצאה שרוצים".

114. איננו מקבלים טענה זו. השימוש בשיטות אקונומטריות הפך זה מכבר לשימוש מקובל ומוכר במדע הכלכלה, ואין לגביו כיום השגה כלשהי. בדיון שלפנינו השתמשו כל המומחים, לרבות פרופ' פרשטמן - המומחה מטעמו של הממונה, בשיטות אקונומטריות לבדיקת טענותיהם - השערותיהם, ואיש מהם לא חלק על עצם הלגיטימיות שבשימוש בשיטות אלה. באת כוח הממונה גם לא הציגה במהלך החקירות הנגדיות למומחים כל שאלה או טענה החולקת על עצם השימוש בשיטה זו. אכן, הוספת או גריעת משתנים עשויה להשפיע על המסקנה העולה מן הניתוח, אולם הליך ההוספה והגריעה איננו שרירותי, אלא הנו הליך מושכל המבוסס על עיון והנמקה תיאורטיים. ישיבות לא מעטות הקדיש בית הדין לבחינת הטעמים לקיומו של משתנה מסביר זה או אחר, אשר בסופן השתכנענו, (כפי שהשתכנע גם פרופ' גרונאו) כי המודל שהוצג על-ידי המומחים מטעם ידיעות איננו שרירותי.



115. בפסיקת בתי המשפט בישראל טרם נדון השימוש בשיטות מדעיות אקונומטריות, אך בפסיקה בתי המשפט האמריקאיים הוכר זה מכבר השימוש בשיטה זו, בכלל זה השימוש בגרסיה רבת משתנים, כדי להסביר קשר בין משתנים, וכדי לבדוק השערות בדבר סיכויי ההתרחשות של תופעה מסוימת עקב קיומה של תופעה אחרת, לצרכים משפטיים. כך נקבע בפסק הדין בעניין *Vuyanich V. republic nat. bank of Dallas*, 505 F. supp. 224 (1980):

**"The practical use of multiple regression has grown markedly over the past 25 years... Regression analysis is increasingly being used in legal proceedings and commentary." (p - 267)**

**"The results of Multiple regressions - such as what we call 'coefficients' in the ordinary least square methodology - can be read as showing the effect of each independent variable on the dependent variable, holding the other independent variables constant. Moreover, relying on statistical inference, one can make statements about the probability that the effect described is due only to a chance fluctuation." (p-269)**

116. טענה נוספת שמעלה הממונה בהקשר זה הנה שניתן להסתפק גם בבדיקה אקונומטרית המבוססת על מבחני מובהקות סטטיסטית ששיעור המובהקות שלה חלש מ - 5%, זאת במיוחד כאשר קיימות ראיות נוספות - לא סטטיסטיות - התומכות במסקנה הנטענת.

אין בידינו לקבל טענה זו. ראשית, טענה זו, שהיא טענה מקצועית מובהקת, לא הועלתה במהלך הדיון, ואיש מהמומחים, אשר כולם עשו שימוש בבדיקות אקונומטריות, לא נחקר בנושא זה. פרופ' פרשטמן, שחוות דעתו הוגשה מטעם הממונה, הודה במהלך חקירתו כי הוא לא ערך מבחני מובהקות לפער בין שיעורי הירידה בתפוצה בשתי הקבוצות (נמכרים - נמכרים ו - נמכרים - חינמיים), אך הוא לא טען שבשיעור מובהקות כזה או אחר הפער הנו מובהק. פרופ' פרשטמן דחה את טענת המובהקות מטעמים עיוניים (הואיל ומדובר במוצרים תחליפיים) בהם נדון בהמשך, אך הוא לא טען כי הפער הנו מובהק ברמת מובהקות חלשה יותר, ואף לא טען שניתן להסתפק, לצורך ההוכחה האמפירית, ברמת מובהקות חלשה מהרמה המקובלת (5%). פרופ' גרונאו הסביר בעדותו שהעובדה כי הפער אינו מובהק מהבחינה הסטטיסטית משמעו, כי התוצאה עשויה להיות מקרית, ובאת כוח הממונה לא ניסתה לערער על מסקנת המקריות על יסוד קיומה של מובהקות נמוכה יותר. טיעון זה עלה לראשונה בסיכומי הממונה, ואלה, בכל הכבוד, אינם יכולים להניח את הביסוס המקצועי הנדרש לגבי טיעון מעין זה. מעבר לכך, באת כוח הממונה לא הביאה בחישוביה את הליקויים האחרים שנמצאו, לפי דעתו של פרופ' טרכטנברג, אשר נתמכה על ידי פרופ' גרונאו, בחוות דעתו של פרופ' פרשטמן, מה שמעמיד בספק גם את קיומה של המובהקות (המופחתת) הנטענת על ידה.

מעבר לכך, הטענה נוגדת את המבחנים המדעיים המקובלים. באת כוח הממונה אמנם הזכירה פסקי דין שניתנו בארצות הברית ואשר קבעו כי לצרכים משפטיים, להבדיל מצרכים מחקריים, ניתן להסתפק ברמת מובהקות חלשה מ - 5%, אך הפסיקה בעניין זה בבתי המשפט בארצות הברית איננה אחידה. קיימת פסיקה המאמצת את רמת המובהקות המקובלת של 5%, ומאידך, קיימת גם פסיקה המוכנה להקל בדרישה זו לצרכים משפטיים ולהסתפק ברמת מובהקות פחותה, מרמת המובהקות המקובלת של 5%, (ראה פסק הדין בעניין 1282 (1984) 738 F. 2d. 1249 (Segar V. Smith)). מעבר לכך, גם אם נאמץ את עמדת הממונה, לפיה רמת המובהקות הנדרשת תבחן במסגרת כלל הראיות שהוצגו בפני בית הדין, וככל שיגדל משקלן של הראיות שאינן אקונוטריות, ניתן יהיה להסתפק ברמת מובהקות חלשה יותר, גם אז איננו מוצאים בחומר הראיות שהובא בפנינו על-ידי הממונה, ראיות, אשר יצדיקו הקלה בדרישת המובהקות.

117. מקובל עלינו שהשימוש בשיטות בדיקה אקונוטריות אפשרי רק במקום שבו קיימים נתונים המאפשרים עשיית שימוש בכלי מקצועי זה. אולם במקרה שלפנינו, בהתחשב בכך שמדובר בדרכי הפצה ושיווק הנוהגות על ידי ידיעות וגם על ידי רשת שוקן מזה שנים רבות, צריכות היו להיות ביד הממונה עובדות אשר ניתן להוכיח בעזרתן את הפגיעה הנטענת, ככל שהיא קיימת. כפי שצינו, הממונה עצמו השתית את בקשתו על הטענה כי הפגיעה במתחרים כבר התרחשה. שיטת בדיקה זו הופעלה על ידי כל המומחים שהעידו בתיק זה, ואיש מהם, לרבות פרופ' פרשטמן, לא טען כי אין מקום בנסיבות המקרה לבחון את הנתונים הקיימים, או שאין בנמצא נתונים המאפשרים לערוך בחינה כזאת.

118. טענתו (החלופית) של הממונה, בדבר העדר הצורך להוכיח פגיעה במתחרים, הנה מתחום התיאוריה - הכלכלית, והיא מבוססת על כך שמדובר במוצרים תחליפיים. עובדה זו, היא הנותנת לפי הטענה, שהצירוף החינמי של מקומון ידיעות לעיתון יום ו' של ידיעות אחרונות, שמשמעותו הפחתת המחיר של המקומון, תוך מתן יתרונות מסחריים נוספים (הגדלת התפוצה), יגרום לפגיעה במקומונים המתחרים, זאת גם אם לא ניתן להוכיח את קיומה של הפגיעה והיקפה באופן עובדתי - סטטיסטי.

119. מהבחינה התיאורטית, הטענה היתה מקובלת על כל המומחים, והיא מקובלת גם עלינו. חסרונה של הטענה הוא בכך שהיא מוגבלת לתחום התיאורטי וחסרה את הממד המידתי. לשון אחר, גם אם נניח שמעצם העובדה שמדובר במוצרים תחליפיים מתחייבת המסקנה שהקניית יתרון למוצר א' תביא לפגיעה במוצר ב', עדיין חסרה בפנינו ראיה להיקף הפגיעה שבה מדובר. כך גם ציין פרופ' גרונאו בחוות דעתו: "מקומונים שונים הם מוצרים תחליפיים, השבחת או הורדת מחיר אחד מהם תפגע אל נכון במכירות יריביו. עצמת הפגיעה תלויה במידת התחליפיות ובשיעור ירידת המחירים".

120. לעניין זה נודעת חשיבות גם לעיתוי הכרונולוגי בו מתבקש הסעד. אילו התבקש מתן ההוראות בסמוך ומיד לאחר תחילת הפעולה בה נקט בעל המונופולין, ובטרם נוצרה

הזדמנויות מעשיות להתרחשות הפגיעה, כמו גם לבחינת קיומה ותוצאותיה, היה מקום לייחס משקל גדול יותר לאפשרויות התיאורטיות של התרחשות הפגיעה. ואולם, במקרה כמו זה שלפנינו, שבו מדובר במצב דברים שנמשך על פני שנים רבות, ואשר צריך היה להביא זה מכבר לפגיעה ממשית, אין די בהצבעה על קיומה של אפשרויות תיאורטיות כזאת. חלוף הזמן מאז תחילת ההתנהגות נשוא האיסור המתבקש, אמור לאשש - או להזים - את החשש מפני הפגיעה הצפויה. לא זו אף זו, העובדה שלאחר למעלה מעשר שנים בהן מצורפים מקומוני ידיעות לעיתון הארצי, לא הצליח הממונה להוכיח שהצירוף הביא לפגיעה במקומוני רשת שוקן, מבססת, לפחות כאפשרויות סבירה, את ההנחה שפגיעה ממשית כזאת לא התרחשה, מה שמקים סיכוי סביר להניח כי הפגיעה ממנה חושש הממונה לא תתרחש גם בעתיד. ההשערה ההפוכה, מכל מקום, ודאי שלא הוכחה.

121. במקרה שלפנינו קיימת, לבד מהממצאים האמפיריים הלא מספקים, אינדיקציה נוספת המעמידה בספק את היקפה של הפגיעה, זאת על יסוד שני שיקולים. השיקול האחד הוא שמחירו של העיתון המקומי זניח ביחס לעלות הכלכלית הכוללת שלו, המורכבת בעיקר מעלות הזמן הנדרש לקריאתו. השיקול השני מקורו בכך שציבור רחב צורך יותר מעיתון מקומי אחד, מה שמעלה את האפשרויות כי הוזלת מחירו של עיתון מקומי אחד, קל וחומר חלוקתו בחינם, עשויה להביא דווקא להגדלת הצריכה הכוללת של כל המקומונים, ואינה חייבת על כן להתבטא בהפסקת רכישתו של המקומון המתחרה. אדרבא, ציבור הקוראים אשר במקור רכש (או היה עשוי לרכוש) רק את מקומון רשת ידיעות, עשוי בחלקו להפנות את העלות שנחסכה בעקבות הצירוף החינמי לרכישת המקומון הנוסף של רשת שוקן. בכל מקרה, כפי שמציין פרופ' גרונאו, לא ניתן לדעת מה ההשפעה שתהא נודעת לשינוי במחיר של מקומון אחד על תפוצתו של המקומון האחר, בלא לדעת מהי גמישות הביקוש הצולבת בין שני המקומונים ועל כך אין בפנינו כל נתון שהוא.

122. הנחיצות בפגיעה מוכחת - ולא משוערת בלבד - בולטת במיוחד במקרה זה בו הצירוף של המוצר הנתון בתחרות (המקומון) למוצר המונופוליסטי (העיתון הארצי) הובילה, עד כה, להטבה עם הציבור ולא לפגיעה בו. אילו היה הצירוף מוביל לייקור החבילה הכוללת, להקטנת אפשרויות הבחירה האפקטיבית של הציבור, או לצמצום פלטפורמות הפרסום בעיתונות, היה בכך כדי לחזק את הטענה התיאורטית לפיה נוגד הצירוף הנדון בפנינו את האינטרס הציבורי. אך לא כך התרחש בפועל.

צירוף המקומונים חינם הוזיל את מחיר החבילה העיתונאית; חיזק את נטיית הקוראים לרכוש חבילה גדולה ומגוונת יותר; ולא החליש כהוא זה את יכולתם האפקטיבית להמשיך ולהעדיף עיתון מתחרה. זאת ועוד, הממונה איננו מכחיש כי במקביל לצירוף החינמי, נקט ידיעות במדיניות של השבחת החומר המערכתי של מקומוניו. דבר זה התבטא הן בהגדלת תקציבי המערכת, הן בהגדלת החלק העיתונאי במקומונים (להבדיל מהחלק הפרסומי) והן בהענקת עצמאות מערכתית למקומונים. דהיינו, אין כל אינדיקציה, ולו הקלה ביותר, לכך שהיה בצירוף משום ניצול כוחו של המונופולין לרעה. אדרבא, העדות היחידה היא כי ציבור

הקוראים נהנה מהתחרות הגוברת בשוק המקומונים, תחרות אשר אקט הצירוף הנו רק מרכיב אחד בכללותה.

123. כפי שצוין לעיל, מתן הוראות לבעל מונופולין, מותנה בקיומה של "אפשרות סבירה לפגיעה ממשית" בתחרות או בציבור. מבחן זה הוא אמנם מבחן חמור פחות מזה שאותו ביקשו להחיל נציגי ידיעות, אך גם הוא דורש הוכחה בהיקף וברמת הסתברות אשר תצדיק את הפגיעה המשמעותית העשויה להיגרם לידיעות עקב מתן ההוראות, שעה שמתחריו ימשיכו לנקוט באותה פרקטיקת התנהגות שאותה אנו מתבקשים לאסור על ידיעות, תוך רכישת יתרון תחרותי משמעותי על פניו. הממונה לא הצליח להוכיח פגיעה, או אפשרות סבירה לקיומה של פגיעה ממשית כזאת.

### קשירה

124. טענתו הנוספת והעיקרית של הממונה הנה כי הצירוף מהווה קשירה אסורה לפי סעיף 29א(ב)(4) לחוק. סעיף זה, בהתקיים יסודות הקשירה, מקים חזקה בדבר קיומו של ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור. חזקה חלוטה זו, כפי שצוין לעיל, מתקיימת גם בהעדר הוכחה בדבר קיומו של חשש לפגיעה בתחרות או בציבור, והיא אף איננה ניתנת לסתירה על ידי הוכחת העדר חשש כזה. מכאן, שאם תתקבל טענת הקשירה, יהא בכך כדי לבסס את הבקשה, חרף העדר הוכחה בדבר קיומו של חשש לפגיעה בציבור, כפי שנקבע לעיל.

125. הסכמי קשירה הנם תופעה מוכרת בדיני התחרות, הן בדין האמריקאי והן בדין האירופאי. התיאור הנפוץ בספרות ובפסיקה ביחס לקשירתם של מוצרים הוא מצב בו מתנה המוכר את מכירתו של מוצר אחד (המוצר הקושר) בו חפץ הקונה, ברכישתו של מוצר שני (המוצר הקשור) שאיננו מבוקש על-ידי הקונה. (ראה: P. E. Areeda, **Antitrust Law**, Little, Brown & Company, vol. IX, 1991. P-4).

126. הסכמי קשירה עלולים לשאת בכנפיהם תוצאות קשות של פגיעה בתחרות בשוק המוצר הקשור: באמצעות הקשירה עשוי בעל המונופולין למנף את כוחו המונופוליסטי לשוק המוצר הקשור, תוך דחיקת רגליהם של מתחרים מהשוק, הגבהת חסמי הכניסה לשוק ופגיעה בחופש הבחירה של הצרכן על ידי כפייתו לרכוש את המוצר הקשור בניגוד לרצונו. תוצאות קשות אלו מקורן בכך, שהיצרן הקושר, מבטיח את רכישת המוצר הקשור, לא בשל תכונותיו העדיפות על פני המוצרים המתחרים, אלא בשל היתרון המלאכותי שמקנה לו הקשירה, המבוסס על מעמדו ויתרונותיו של המוצר הקושר בשוק מוצר אחר ונפרד.

127. דוגמא לתוצאות קשות כאלה, ניתן למצוא בפסק הדין בעניין **United Shoe Machinery Corp. V. U.S.**, 258 U.S. 451 (1922). באותו מקרה דובר ביצרן של מכונות לייצור נעליים, אשר החזיק בנתח שוק של 95% מהשוק הרלוונטי של מכונות לייצור נעליים, אשר התנה את החכרת המכונות מתוצרתו בתנאים, ובהם התחייבות לרכישת כל חומרי הגלם בהם

נעשה שימוש במכונות אלה ממנו בלבד ובהתחייבות נוספת לחכור ממנו בלבד גם את כל המכונות הנוספות הנדרשות לצורך תהליך עבודה מסוים בייצור הנעליים. בית המשפט העליון של ארה"ב קבע כי היצרן עבר על האיסור על עשיית הסכמי קשירה הקבוע בסעיף 3 ל- Clayton Act, וכי בהתחשב במעמדו הדומיננטי של היצרן בשוק הקושר (שוק המכונות), היה בתנאים שהוצבו על ידו, למעשה, כדי לכפות על לקוחותיו את קבלתם, ובכך למנוע את רכישת המוצרים הקשורים מיצרנים אחרים.

128. הואיל וגם במקרה זה, כמו במטריה של דיני ההגבלים העסקיים בכללה, מדובר בנורמת התנהגות ש"יובאה" משיטות משפט אחרות, נסקור בקצרה את יחסן של שיטות המשפט הזרות להסכמי קשירה.

### הדין האמריקאי

129. הדין האמריקאי, מתייחס להסכמי קשירה כאסורים מעצם מהותם (Per-Se). המקור העיקרי לאיסור נמצא בסעיף 1 ל- Sherman Act, האוסר על כל הסכם אשר מגביל את התחרות, ובסעיף 3 ל- Clayton Act, האוסר על ביצוע עסקאות המתנות את רכישתו של מוצר אחד באי השימוש במוצריהם של מתחרים אחרים באופן שיש בו כדי להפחית את התחרות באופן משמעותי או ליצור מונופולין. מקור נוסף לאיסור על הסכמי קשירה יכול שיימצא בסעיף 2 ל- Sherman Act, האוסר על מונופולזציה או ניסיון למונופולזציה של שוק כלשהו, אך לאור יסוד המונופולזציה הנדרש על פי חוק זה, הוכחת יסודותיו של סעיף זה קשה יותר, והשימוש הנעשה בו לצורך איסור על הסכמי קשירה נדיר יותר.

130. משך השנים חל שינוי ביחסה של הפסיקה האמריקאית להסכמי קשירה, ועבר מיחס של דחייה מוחלטת, הרואה את דיכוי התחרות כמטרה היחידה העומדת בבסיס הקשירה, (ראה: פסק הדין בעניין (Standard Oil Co. V. U.S., 337 U.S. 293, 305-6 (1949)) ליחס סובלני יותר, המכיר בקיומם של יתרונות כלכליים הגלומים בהסכמים אלו, ונשמעה אף הקריאה שיש לבטל את איסור ה Per-Se הנוהג ביחס אליהם ולבחון את הסכמי קשירה על-פי כלל הסבירות. (Rule of Reason). כך נקבע בחוות דעת המיעוט בפסק הדין בעניין (Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 V. Hyde, 466 U.S. 2 (1984)) שנתמכה על-ידי ארבעה מבין תשעת חברי המותב:

**"The time has therefore come to abandon the 'per se' label and refocus the inquiry on the adverse economic effects, and the potential economic benefits, that the tie may have. The law of tie-ins will thus be brought into accord with the law applicable to all other allegedly anticompetitive economic arrangements, except those few horizontal or quasi-horizontal restraints that can be said to have no justification whatsoever. This change will rationalize rather than abandon tie-in doctrine as it is already applied." (p.35)**

131. דעת מיעוט זו אמנם טרם התקבלה, והאיסור החל על עריכת הסכמי קשירה הוא עדיין איסור Per-Se. עם זאת, נקבעו בפסיקה האמריקאית תנאים ספציפיים להחלתו של האיסור על הסכמי קשירה והם: קיומו של כוח שוק ליצרן הקושר בשוק המוצר הקושר; קיומם של שני מוצרים נפרדים; התניית רכישת המוצר הקושר ברכישתו של המוצר הקשור יחד עמו; הקשירה משפיעה על חלק ש"איננו בלתי משמעותי" של שוק המוצר הקשור. הצבתם של תנאים אלה, מחייבת בחינה יסודית של הנסיבות ומאפייני השווקים הרלוונטיים לכל מקרה, ובכך יש כדי לרכז במידה רבה את הנוקשות שבה מתאפיין בד"כ כלל ה- Per-Se.

### משפט הקהילייה האירופאית

132. הסכמי קשירה אסורים גם במשפט הקהילייה האירופאית. המקור הסטטוטורי לאיסור נמצא הן בסעיף 85(1)(e) לאמנת רומא, (אשר לא נכלל בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, חרף העובדה שסעיף זה נוסח, ככלל, במתכונתו של סעיף 85(1)), האוסר על כל הסכם או התנהגות בין צדדים לעסקים אשר פוגעים בתחרות בתוך השוק המשותף, והן בסעיף 86(d) לאמנת רומא, עליו מבוסס סעיף 29א של חוק ההגבלים העסקיים, האוסר על ניצול לרעה של מעמד דומיננטי ככל שזה משפיע על המסחר בין המדינות החברות בשוק האירופאי. אולם, לאור ההלכה הרווחת במשפט הקהילייה לפיה פעולות חד-צדדיות, שהן העומדות בבסיס הדיון שבפנינו, אינן נופלות בגדרו של סעיף 85(1) לאמנת רומא, מיושם האיסור על הסכמי קשירה בעיקר באמצעות השימוש בסעיף 86 לאמנה, (ראה: Bellamy & Child p- 47, 200) (Whish) הקובע:

**"Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market in so far as it may affect trade between member states. Such abuse may, in particular, consist in:**  
**(a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;**  
**(b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;**  
**(c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;**  
**(d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts."**

133. סעיף 86 לאמנת רומא קובע אפוא איסור כללי על ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי (דומיננטי בלשון האמנה), והוא מפרט ארבע דרכי התנהגות היכולות להיחשב באופן מיוחד (may, in particular, consist in) כהתנהגויות שיש בהן משום ניצול לרעה של מעמד כזה ובהן גם התניית עסקאות בתנאים שאינם מטבעם או בהתאם לנוהג מסחרי קשורים לנושא

העסקאות (סעיף קטן d), היא הוראת הקשירה שבמתכונתה נוסחה הוראת סעיף 29א(ב)(4) לחוק ההגבלים הישראלי.

134. ההוראה האוסרת באופן ספציפי על קשירת מוצרים או שירותים בחוק ההגבלים העסקיים היא הוראת סעיף 29א(ב)(4) לחוק הקובעת:

**"יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור בכל אחד מן המקרים האלה:**

**..."  
(4) התניית ההתקשרות בדבר הנכס או השירות שבמונופולין בתנאים שאשר מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים אינם נוגעים לנשוא ההתקשרות."**

135. הוראה זו יוצרת חזקה חלוטה על קיומו של ניצול מעמד לרעה באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור, בהתקיים התנאים הבאים:

- א. קיומו של בעל מונופולין.
- ב. התניית התקשרות בדבר הנכס או השירות שבמונופולין (המוצר הקושר) בתנאים, ולענייננו, התניית רכישתו של העיתון ידיעות אחרונות ברכישתו או בקבלתו ללא תמורה של העיתון המקומי.
- ג. התניית ההתקשרות נעשית בתנאים שמטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים אינם נוגעים לנושא ההתקשרות.

136. שני הצדדים הסכימו בסיכומיהם כי קשירה על פי סעיף זה חלה רק במקום שבו מדובר בקשירה של שני מוצרים נפרדים. ב"כ ידיעות טוענים לשני תנאים נוספים הנדרשים, להשקפתם, להקמתו של ניצול לרעה מכוח סעיף זה והם: קיומו של כוח שוק מונופוליסטי בשוק המוצר הקושר, והוכחת קיומה, או לפחות חשש לקיומה של פגיעה עקב הקשירה. גישתו זו של ידיעות, כפי שיפורט בהמשך, איננה מקובלת עלינו.

137. בהמשך נתייחס ליסודותיה של הקשירה על פי סעיף 29א(ב)(4) לחוק, ונבחן את תחולתה לגבי נסיבות המקרה שלפנינו.

### **כוח שוק**

138. כפי שצויין לעיל, סעיף 29א, כמו הסעיפים האחרים בחוק ההגבלים העסקיים העוסקים במונופולין, חל במקום שבו קיים מונופולין וקובע כללי התנהגות לגבי בעל מונופולין. בעל מונופולין מוגדר בסעיף 26א(א) לחוק כמי שמרכז בידו יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או מכלל רכישתם.

139. ואולם, לטענת ב"כ ידיעות, אין די, לצורך החלת האיסור, בקיומו של בעל מונופולין, שכן, לטענתם, תנאי לקיומו של ניצול מעמד לרעה על פי סעיף 29א לחוק הוא קיומו של כוח שוק מונופוליסטי ביד בעל המונופולין. הממונה חולק על נחיצותו של כוח כזה, לצורך הקמתה

של עילת הניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי לפי סעיף זה. (במאמר מוסגר נציין, שבסיכומיו הראשונים היה אף הממונה מוכן להכיר בדרישה זו, כאשר בחן את יסודות עילת הקשירה לפי סעיף 30(4). באותו השלב התייחס הממונה לסעיף 29א(ב)(4) רק כאל "אמת מידה מנחה למהותה של תחרות בלתי הוגנת במובן סעיף 30(4) לחוק", אך הוסיף וציין בהערת שוליים, כי לא ברור אם היסודות של כוח השוק וההסתברות לפגיעה בציבור נדרשים במקרה זה לאור קיומן של החזקות הקבועות לעניין זה בסעיף 29א(ב)(4) לחוק).

140. כפי שצינו במסגרת הדיון בסעיף 30 לחוק, שגם לגבי העלו ב"כ ידיעות את הטענה בדבר קיומו של כוח שוק כחלק מיסודותיו, קיומו של כוח שוק, עשוי שיהא רלוונטי לעניין קיומה של פגיעה או קיומו של חשש לפגיעה בתחרות או בציבור, זאת לאור הטענה כי מי שאיננו בעל כוח שוק מונופוליסטי, נעדר גם את הכוח לפגוע בתחרות או בציבור. אולם, נושא זה איננו רלוונטי לעניין סעיף 29א(ב) לחוק, זאת לאור החזקה הסטטוטורית הבלתי ניתנת לסתירה שקובע סעיף זה לגבי קיומו של החשש לפגיעה בתחרות או בציבור.

מכאן שהשאלה העובדתית בנוגע לקיומו או העדרו של כוח שוק מונופוליסטי איננה רלוונטית לגבי סעיף 29א(ב)(4) לחוק.

### התניית הקשירה

141. יסוד הקשירה, העומד בבסיס האיסור על הסכמי הקשירה, מוגדר בסעיף 29א(ב)(4) לחוק, כ: **"התניית ההתקשרות בדבר הנכס או השירות שבמונופולין בתנאים"**.

הצדדים נחלקו ביניהם לגבי משמעותה של התנייה הנדרשת לקשירה כדי שתיפול בגדרה של חזקת הניצול לרעה, ועל יישומה במקרה הנוכחי.

142. לגישת ידיעות, התנייה (של ההתקשרות), כמשמעה בחוק, מתקיימת רק בהתקיים כפייה, דהיינו, כאשר מסרב המוכר למכור את המוצר הקושר אלא אם יירכש יחד עמו המוצר הקשור. כפייה כאמור, איננה מתקיימת, לשיטת ידיעות, כאשר המוצר הקשור אינו נמכר, אלא מצורף חנם למוצר הקושר. ב"כ ידיעות מבססים טענתם זו, בין היתר, על "מטרות משפטיות ישראליות קרובות", שביניהן סעיף 7(א) לחוק הבנקאות (שירות ללקוח) תשמ"א-1981, אשר עוסק באיסור על התניית שירות בשירות, והוראת סעיף 7 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973, לפיו "הצעה שאין בה אלא כדי לזכות את הניצע, חזקה עליה שקיבל אותה".

143. הממונה סבור, מאידך, שככלל, התנייה מתקיימת "כאשר לא ניתן לרכוש את המוצר הנקשר בענייננו - המקומון המצורף לידיעות - כמוצר בפני עצמו", אלא רק יחד עם המוצר הקושר (ידיעות אחרונות). עם זאת, מציין הממונה, תוך שהוא מסתמך על פסיקה אמריקאית, שקשירה אסורה יכול שתתקיים גם כאשר עומדת בפני הצרכן הברירה בין רכישת חבילת המוצרים לבין רכישת שני המוצרים בנפרד, אלא שמבחינה כלכלית רכישתם



של המוצרים בנפרד יקרה באופן משמעותי מרכישת החבילה. מצב כזה יכול שיתקיים עקב מדיניות התמחור של היצרן הקושר, ה"מתעלת" את הצרכן לרכישת שני המוצרים הקשורים על ידי קביעת מחירים ההופכים את הרכישה בנפרד לבלתי כדאית מהבחינה הכלכלית. אי הכדאיות מתבטאת, לטענת הממונה, לא רק במחיר הנוסף שיהא על הצרכן לשלם עבור רכישה של העיתון המקומי בנפרד, אלא גם באי הנוחות והטרדה שתגרם לו עקב הצורך להוציא את המקומון בו איננו חפץ מתוך העיתון ולעמוד על רכישתו של העיתון היומי ללא העיתון המקומי.

144. לעניין זה, יש להעיר תחילה, כי לא ניתן להסתפק במבחן שהוצג בסיכומי באת כוח הממונה, לפיו מתקיימת ההתנייה כאשר לא ניתן לרכוש את המוצר הקשור (המקומון) ללא המוצר הקושר (העיתון הארצי). המבחן, בעיקרו, הוא מבחן הפוך, המתייחס לחופש ההתקשרות בדבר המוצר הקושר, ולא לזה של המוצר הקשור. זאת, משום שההתניה בה מדובר בחוק היא התנייה של ההתקשרות בדבר המוצר שבמונופולין. גם הרציונל שביסוד הקשירה מבוסס על ניצול המעמד המונופוליסטי, הוא המעמד המתייחס לכוחו של בעל המונופולין לגבי המוצר שבמונופולין. לפיכך, איסור הקשירה עשוי לחול על הסירוב למכור את ידיעות אחרונות בלא שהקונה ירכוש יחד אתו גם את העיתון המקומי, והוא איננו חל על הסירוב למכור את העיתון המקומי בלא שיירכש יחד אתו גם העיתון הארצי - היומי.

145. אולם גם בהתייחס להתנייה על רכישת המוצר שבמונופולין, היינו סירוב למכור את ידיעות אחרונות בלא שיירכש (או יצורף חינם) יחד עמו גם המקומון, עולה השאלה, האם מתקיימת התנייה כמשמעה בחוק, בהתקיים כפייה כלכלית בלבד. לשון אחר, האם מתקיימת התנייה גם במצב שבו יכול הצרכן לרכוש את ידיעות אחרונות גם בלא לקבל (בין בתמורה ובין חינם) יחד עמו את העיתון המקומי, אך בשל התמריץ הכלכלי שיוצר בעל המונופולין על ידי מדיניות התמחור שלו, ולאור הכדאיות הכלכלית שברכישת החבילה על פני רכישה נפרדת של מרכיביה, מעדיף הצרכן לרכוש את שני המוצרים יחדיו.

146. עיון באסמכתאות מהמשפט האמריקאי מעלה, כי טרם נקבעה הלכה של בית המשפט העליון בארה"ב ביחס לשאלה, האם "כפייה כלכלית" במובנה לעיל (price tie-ins), מקיימת את דרישת הכפייה, (ראה: ABA Section of Antitrust, **Antitrust Law Development**, p.186 (4<sup>th</sup> ed. 1997)) וניתן למצוא פסקי דין סותרים של ערכאות נמוכות יותר ביחס לשאלה זו. כך נקבע בפסק הדין בעניין **Advance Business Systems & Supply Co. V. SCM Corp.** 415 F.2d. 55(4<sup>th</sup> Circ. 1969) cert. Denied, 397 U.S. 920(1970), כי מכירה של חבילת מוצרים לא תחשב לקשירה אסורה רק כאשר יכול הצרכן לרכוש את המוצרים בנפרד בתנאים זהים לאלו בהם נמכרת החבילה (שם, עמ' 62). לפי פסק דין זה עולה, שבכל מקרה בו מחיר רכישת חבילת המוצרים נמוך ממחיר רכישתם בנפרד מתקיים יסוד הכפייה ומתקיימת קשירה אסורה. מנגד, נקבע בפסק הדין בעניין **SmithKline Corp. V. Eli Lilly & Co.** 427 F.Supp.1089(E.D Pa. 1976) כי כל אימת שניתן לרכוש את המוצרים המוצעים

כחבילה גם בנפרד, אזי אין בשיווקם כחבילה משום קשירה, יהיו תנאי רכישת החבילה ביחס לתנאי הרכישה הנפרדת אשר יהיו. (שם, עמ' 1112, 1114).

147. המלומדים Areeda ו Hovenkamp שוללים בספרם את שתי הגישות הקיצוניות לעיל, ומציעים להעדיף דרך ביניים, שתאפשר, מחד, להפעיל את האיסור באותם מקרים שבהם הקשירה על דרך שיווק חבילת המוצרים משיגה את האפקט של התניית רכישת המוצר הקושר ברכישת המוצר הקשור, ומאידך, להתיר שיווק חבילות מוצרים כל עוד אלו משקפות אמצעי תחרותי לגיטימי כגון: מבצעי קידום מכירות זמניים, חבילות מוצרים אשר מקטינות את עלויות הייצור או השיווק של המוצרים, אותו הן מעבירות לצרכן וכדומה. (P.E.Areeda, H. Hovenkamp, **Antitrust Law**, Little, Brown & Company, vol. X, 1996. p. 344).

148. דומה שזה גם המצב בדיני הקהילייה האירופאית (הגם שבעניין זה הומצאה לנו החלטה אחת בלבד, וגם בידנו לא עלה למצוא החלטות נוספות). כך נקבע בהחלטת הנציבות האירופאית בעניין Tetra-Pak הנזכרת לעיל, כי גם התניות המבטיחות לחוכר המכונות עזרה ותמיכה טכנית בלא תשלום נוסף, מהוות ניצול מעמדה של החברה לרעה, זאת משום שמטרתן של התניות אלה, היתה ליצור קשר קבוע וקרוב בין הצרכן ליצרן הקושר, אשר בפועל ימנע מהצרכן לבחור את זהותו של ספק שירותי האחזקה למכונות. (92/163/EEC: Commission Decision of 24 July relating to a proceeding pursuant to Article 86 of the European Treaty (IV/31043-Tetra Pak II), para-110).

149. בעקרון, אנו סבורים שיש לקבל את הגישה הרואה גם בכפייה כלכלית כפייה היוצרת קשירה. גישה זו מושתתת על הרציונל שבבסיס האיסור על הקשירה, שמטרתו למנוע מהיצרן בעל המונופולין לעשות שימוש בכוח המונופוליסטי שלו לגבי המוצר הקושר, לצורך הרחבת נתח השוק שלו תוך פגיעה בתחרות בשוק הנקשר.

דחייה מוחלטת של עקרון הכפייה הכלכלית וצמצום האיסור על הקשירה רק להתנייה שאיננה מאפשרת לרכוש את המוצר הקושר בנפרד, עשויה להביא לצמצום דרסטי של האיסור על הקשירה, אשר יחתור תחת תכלית החקיקה שביסוד סעיף 29א(ב)(4) לחוק, ויאפשר את עקיפת האיסור על ידי הצעת חבילות אטרקטיביות. יפים לעניין זה דברי המלומדים Areeda ו Hovenkamp השוללים את המבחן המצמצם של הכפייה שתואר לעיל:

**"This test would find no tie even when the defendant offers product A for a billion dollars and the package for a thousand. This would eviscerate tying scrutiny, even under the rule of reason, for any seller could tie with impunity simply by setting a sufficiently large package discount."** (ibid. p. 343-344)

מנגד, אין גם מקום לאמץ את מבחן הכפייה הכלכלית בצורתו הקיצונית והגורפת כפי שנעשה בפסק הדין בעניין Advance Business Systems & Supply Co. V. SCM Corp. לעיל, שבו נקבע כי מכירת חבילת מוצרים לא תחשב לקשירה אסורה רק כאשר יכול הצרכן לרכוש את המוצרים בנפרד בתנאים זהים לאלו בהם נמכרת חבילת המוצרים. מבחן גורף כזה עלול לפגוע מעבר לנדרש בשימוש באמצעי תחרותי זה, אשר יכול שיהא אמצעי תחרותי לגיטימי המבוסס על ניצול יתרונות לגודל תוך הפחתת עלויות ייצור והגדלת רווחתו של הצרכן.

150. משקבענו, מחד, ש"כפייה כלכלית" יכול שתיפול אף היא בגדרה של התניית ההתקשרות כמשמעה בסעיף 29א(ב)(4) לחוק, ומשנדחה, מאידך, המבחן הגורף הרואה בכל מכירה של חבילה בתנאים השונים מתנאי המכירה של מרכיבי החבילה בנפרד, משום כפייה כלכלית, עולה השאלה מהו המבחן לקיומה של כפייה כלכלית זו. בהקשר זה עולה גם השאלה האם צירוף העיתון המקומי בחינם, עולה אף הוא לכדי "כפייה כלכלית" כאמור.

151. בעניין האחרון של הצירוף החינמי, נחלקו הצדדים גם בשאלה האם העיתון המקומי אכן מחולק למנויים ולקוראים האחרים (במקום שבו הוא מצורף לגיליון יום ו' ללא דרישת תשלום נוסף) חינם, כפי שטוען ידיעות, או שלמעשה רוכש העיתון היומי משלם גם עבור העיתון המקומי, כאשר מחירו של העיתון המקומי מגולם בתוך העיתון היומי, כפי שטוען הממונה. על פי הטענה האחרונה, מבצע ידיעות סבסוד צולב על ידי מימון העלות של העיתון המקומי באמצעות ייקור העיתון היומי, מה שמטיל, בסופו של דבר, את עלות הייצור של העיתון המקומי, גם כאשר אין נגבה עבורו מחיר נפרד, על הקורא.

152. ואולם, טענת הסבסוד הצולב הנה טענה עובדתית הדורשת הוכחה. הוכחה כזאת לא הוצגה בפנינו. טענה זו של הממונה אף נוגדת את בקשתו, שבה נטען כי במקום בו אין נגבה מהצרכן תשלום ישיר עבור המקומון, מדובר במתת חינם. אפשרות כזאת, של מתת חינם אמיתית (מבחינתו של רוכש העיתון היומי), שאיננה ממומנת בעקיפין באמצעות המחיר הנגבה עבור העיתון היומי, יכול שתוסבר, כפי שמציין פרופ' גרונאו בחוות דעתו, על רקע השיקולים הנוגעים להגדלת החשיפה (או התפוצה) של המקומונים ותרומתה להכנסות העיתון מפרסומות.

153. מרכיב נוסף בעלות העיתון לצרכן המקבל אותו ללא תשלום, מתבטא בעלות הזמן הנדרש לרכישתו של העיתון המקומי (למי שאיננו מנוי של עיתון יומי, המקבל את העיתון המקומי יחד עם העיתון היומי עליו הוא מנוי), כמו גם לסילוקו, או הפרדתו מהעיתון הארצי כאשר רוכש העיתון היומי איננו מעוניין במתנה זו. אולם, מקובלת עלינו בהקשר זה דעתו של פרופ' גרונאו לפיה גם העלויות הנוספות האמורות, הכרוכות בצריכתו של המקומון, הן שוליות. לאור כך, מקובלת עלינו טענת ידיעות כי אכן מדובר במוצר המחולק ללא תמורה.

154. עם זאת, איננו מקבלים את טענתו הנוספת של ידיעות, לפיה חלוקה בחינם איננה יכולה, בעקרון, להיחשב ככפייה כלכלית. לדעתנו המצב, בעקרון, הוא הפוך, שכן בחלוקת חינם גדל התמריץ הכלכלי לרכישת החבילה, מה שעשוי להגדיל את האפקטיביות של הקשירה. תמיכה לכך יכול שתמצא בדוגמא שהובאה על ידי Areeda ו Hovenkamp, שנוכרה לעיל, שעניינה בחבילה שבה נמכר מוצר שמחירו בנפרד מליון דולר עבור 1,000 דולר בלבד.

155. אשר למבחן הקובע את קיומה של הכפייה, מציינים מחברי ה- ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS כי גם באותם פסקי הדין אשר אימצו את מבחן הכפייה הכלכלית, נקבע כי לחץ כלכלי יכול שייחשב לכפיה, רק כאשר תמחור החבילה הופך את רכישתה לאופציה הריאלית היחידה העומדת בפני הצרכן:

**"Some decisions have held that the economic pressure inherent in offering a package discount does not amount to coercion, though others have recognized that coercion would arise where a seller offered unbundled products at such exorbitant prices that the only realistic option for purchasers was to buy the package". (p.188-189)**

וכן:

**"If the tying product is separately available, no violation will be found. Unless the seller's pricing policy makes purchase of the tying and tied products together the only viable economic option". (p. 184-185)**

משמע, גם על פי הגישה הרואה בכפייה כלכלית משום התנייה העשויה להקים את עילת הקשירה, נדרש שהלחץ הכלכלי שביסוד הכפייה יהא משמעותי ביותר.

156. אולם, קיים קושי לקבוע אימתי ייחשב תמריץ כלכלי ככזה ההופך את רכישת החבילה לאופציה הריאלית היחידה ("the only realistic option"), או לאופציה הכלכלית היחידה הבאה בחשבון ("the only viable economic option") בפני הצרכן. כך, למשל, מציין הממונה כי צרכן הרוכש את מקומון ידיעות באשקלון בנפרד משלם עבורו 4 ש"ח, בעוד שכאשר הוא רוכש אותו בתוך גיליון יום ו' של ידיעות אחרונות מחירו (בנוסף על מחיר העיתון היומי) עומד על 3.5 ש"ח. האם הלחץ הכלכלי הטמון בתמחור זה, אשר אבסולוטית הוא נמוך אך יחסית הוא משמעותי, יש בו כדי להפוך את רכישת גיליון יום ו' של ידיעות יחד עם העיתון המקומי, לאופציה הכלכלית הריאלית היחידה העומדת בפני הרוכש?

157. לאור הקשיים הנעוצים בקביעת היקפו של הלחץ הכלכלי הגלום בצירוף, כמו גם בהערכה מתי יהא בתמריץ הכלכלי כדי להפוך את רכישת החבילה לאופציה הכלכלית הריאלית היחידה הבאה בחשבון, ולאור כך, שהמבחן, בסופו של דבר, צריך שייגזר מהאפקטיביות של הקשירה, דהיינו, האם זו משיגה בפועל תוצאות הדומות לאלה שתושגנה במצב של

כפייה רגילה, שבו אין אפשרות לרכישה נפרדת, אנו סבורים שניתן לקבל, לאו דווקא כמבחן יחיד, את המבחן המוצע על ידי Areeda ו-Hovenkamp, המבוסס על שיעור מכירת המוצר הקושר בנפרד, שלא במסגרת המכירות בתוך החבילה, יחסית להיקף המכירות הכולל שלו, לרבות המכירות בתוך החבילה. המחברים מציעים להעמיד שיעור זה (תוך שהם מציינים כי מדובר בקביעה שרירותית) על 10%. כלומר, במצב שבו שיעור המכירות הנפרד של המוצר הקושר קטן מ-10% מכלל המכירות שלו, תתקיים התנייה המבוססת על קיומה של כפייה כלכלית. (שם, עמ' 346).

זו גם היתה גישתו של בית המשפט בפסק הדין בעניין **Ways & Means Inc. V. IVAC Corp.** 506 F.Supp.697(1979) בו נדונה השאלה, האם שיווק מדי-חום אלקטרוניים (המוצר הקושר) לבתי חולים בחבילה אשר כללה, בנוסף על מדי החום, גם אביזרים נלווים, (לגביהם נטען כי הם מוצרים קשורים) יחד עם הדרכה לשימוש במוצר ושירותי תחזוקה, יכולה להיחשב כקשירה אסורה, על אף שניתן היה לרכוש את המוצר הקושר גם בנפרד. (שם, עמ' 699). בית המשפט דחה את הטענה לקיומה של "כפייה כלכלית" בהתבסס, בעיקר על כך שלמעלה מ-25% ממכירות מדי החום (המוצר הקושר) בוצעו בנפרד, היינו מחוץ לחבילה. מה שמעיד, על פי קביעת בית המשפט, כי:

**"This fact suggests that, a fortiori, separate purchase of thermometers and probe-covers was a reasonable alternative."** (p.702)

158. על רקע המבחנים דלעיל, אנו סבורים כי הצירוף החינמי מקים את יסוד ההתנייה שבקשירה. מסקנה זו עולה מהנתונים שהומצאו לנו לפיהם עולה, שבאזורים חנימיים תפוצת העיתון ידיעות אחרונות כמעט זהה לתפוצת מקומוני ידיעות, מה שנובע קרוב לוודאי מהעובדה שהמקומונים מופצים על גבי העיתון היומי, ומעיד על האפקטיביות של הצירוף החינמי. מסקנה זו תואמת גם את המבחן המוצע על ידי Areeda, לאור כך שהיקף הרכישה בנפרד (של המוצר שבמונופולין) בטל לעומת היקף הרכישה הכולל. האפשרות הנתונה ביד רכש העיתון ידיעות אחרונות להפריד את העיתון המקומי ולהשליכו, אין בה כדי לשנות ממסקנה זו, שכן משנטל הקונה את העיתון יחד עם העיתון המקומי, בוצעה הקשירה, גם אם לאחר מכן יחליט שאין הוא חפץ במתנה וישליך את העיתון המקומי. האפשרות האחרת, לפיה יסרב קונה ידיעות אחרונות מלכתחילה, עוד בטרם רכש את העיתון, ליטול יחד אתו את המקומון המוצע לו ללא תמורה, וידרוש מהקמעונאי להוציא את המקומון מתוך העיתון היומי נראית בעינינו כדמיונית.

159. אשר למקומונים הנמכרים בתוך העיתון ידיעות אחרונות. ככלל, נתונה לרוכש בכל מקרה האפשרות לרכוש את העיתון היומי ללא העיתון המקומי, אלא שלצורך כך הוא צריך להוציא את המקומון מהחבילה. אפשרות נוספת היא כי המקומון נמכר הן בתוך העיתון והן מחוץ לעיתון, אלא שמחירו כאשר הוא נמכר בתוך העיתון נמוך ממחירו כאשר הוא נמכר בנפרד. במקרה האחרון טוען הממונה קיימת כפייה כלכלית עקב הפיתוי הכלכלי לרכוש את עיתון ידיעות יחד עם המקומון בשל הפרשי המחיר. כך, על פי הדוגמא שהובאה

לעיל, באשקלון נדרש עבור המקומון מחיר של 4 ש"ח כאשר הוא נמכר בנפרד ומחיר של 3.5 ש"ח כאשר הוא נמכר בתוך החבילה. הסדרים כאלה מקיים ידיעות, לפי החומר שלפנינו בשלושה אזורים: חדרה, באר שבע ואשדוד - אשקלון. כפי שצינו, ספק בעינינו אם הפרש זה במחיר, יש בו משום תמריץ העולה כדי כפייה כלכלית המקיימת את יסוד ההתנייה. לגבי אזורים אלה, יתכן שהיה מקום להיעזר, כדי לעמוד על האפקטיביות שבהתנייה, במבחן הבודק את ההיקף היחסי של מכירות המוצר שבמונופולין בנפרד אל מול היקף המכירות הכולל, ככל שקיימים על כך נתונים, אך כאלה לא הומצאו לנו.

160. בהקשר זה טענה באת כוח הממונה כי: "באזורים תל אביב, השרון והקריות ישנה אמנם אפשרות לרכוש את העיתון המקומי של ידיעות תקשורת בנפרד, שלא בתוך ידיעות אחרונות, כאשר עבור העיתון המקומי נדרש תשלום. אולם, ממש כמו בהלכות מארה"ב שהוזכרו - שיטת תמחור זו גורמת לכך שמספר המקומונים הנמכרים מחוץ לחבילה הנו אפסי. כך מוצאים אנו את הנתונים הבאים בתצהירה של גב' רונית כהן: תפוצת עיתון "תל אביב" שלא דרך ידיעות אחרונות הייתה בשנת 1995 2.3% מהתפוצה הכוללת של "תל אביב" תפוצת עיתון "על השרון" שלא דרך ידיעות אחרונות הייתה בשנת 1995 2.1% מהתפוצה הכוללת של "על השרון". נדגיש כי השיעור אשר נמצא בפסיקה האמריקאית כמצביע על קיומה של אופציה חלופית הנו 25% ואילו הקשירה כאן מביאה להיקף קטן פי עשר ויותר מאותה אמת מידה, דבר המצביע על כי החבילה הנה, עבור רובם המכריע של הצרכנים, דרך הפעולה הרצויה היחידה. אכן, העובדה כי ישנה בחלק מן המקומות אפשרות לרכוש את המוצר הנקשר בנפרד אינה מעלה ואינה מורידה דבר. תמחור המוצר הנקשר בחבילת הקשירה אל מול תמחורו מחוץ לחבילה זו, הופך את רכישת העיתון המקומי בנפרד למי שרכש את העיתון ידיעות אחרונות ומצא בתוכו את העיתון המקומי, לפעולה נעדרת הגיון כלכלי ועל כן לחזיון נדיר במקומותינו".

161. אולם, טיעון זה מתייחס לאזורים בהם הצירוף הוא חנימי, ועל כן לא ניתן להסיק ממנו מסקנה לגבי צירוף המקומונים הנמכרים. מעבר לכך, כפי שצינו לעיל, המבחן העיקרי אינו השיעור היחסי של הרכישה בנפרד (כלפי סך המכירות) של המוצר הקשור אלא זה של המוצר הקושר.

162. טענה נוספת שהעלה הממונה בהקשר זה, היתה כי העובדה שהקונה יכול לבקש מהקמעונאי להוציא את העיתון המקומי מתוך העיתון היומי, אין בה כדי לשלול את קיומה של ההתנייה, שכן הרוכש עשוי שלא להיות מודע לאפשרות זו, כמו גם לעובדה שהוא משלם עבור העיתון המקומי, בנוסף על העיתון היומי. מטעם זה, הציע גם פרופ' גרונאו למנוע את הצירוף של מקומונים נמכרים לעיתון. אולם גם לגבי טענה זו קשה לקבוע קיומה של התניה הנובעת מהצירוף בהעדר נתונים על היקפי המכירות היחסיים של העיתון והמקומון. גם מהממצאים בסקר שהציג הממונה על רוכשים שלא היו מודעים לכך ששילמו עבור המקומון, קשה להסיק מסקנות לעניין זה.

163. המסקנה העולה מהאמור הנה שצירוף המקומונים לעיתון ידיעות אחרונות מהווה התנייה היכולה להקים את עילת הקשירה במקום שבו המקומונים מצורפים בחינם, בין למנויים

ובין בנקודות המכירה. אין בידנו להגיע למסקנה ברורה בנושא זה במקום שבו הצירוף נעשה עבור תמורה. לאור העובדה כי הנטל להוכיח את יסודות הקשירה מוטל על הממונה, התוצאה הנה שלגבי המקומונים הנמכרים בתוך עיתוני ידיעות אחרונות, לא הוכחה קשירה.

#### **תנאים שמטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים אינם נוגעים לנושא ההתקשרות**

164. תנאי נוסף, שקיומו נדרש על פי סעיף 29א(ב)(4) לחוק לצורך קיומה של קשירה, הוא כי ההתניה מתייחסת לתנאים "אשר מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים אינם נוגעים לנושא ההתקשרות".

165. לטענת ב"כ ידיעות, אין תנאי זה מתקיים בנסיבות העניין שלפנינו, שכן, צירוף המקומון לגיליון יום ו' של העיתון היומי תואם מטבעו את השירות הניתן לקוראי העיתון, והוא תואם גם את תנאי המסחר המקובלים בשוק זה.

166. הממונה סבור, לעומתם, שהצירוף איננו בא בגדרם של "תנאי מסחר מקובלים", שכן מונח זה, לטענתו, איננו מתייחס "לנוהג סובייקטיבי הקיים בשוק, כי אם להתנהגות מסחרית ממנה ניתן ללמוד כמדד אובייקטיבי על קיומו של מוצר חבילה בלתי ניתן להפרדה. תנאים אשר 'מטבעם' או בהתאם 'לתנאי מסחר מקובלים' משמעם, קשירת מוצרים אשר קשורים ממילא באופן אינהרנטי ('מטבעם') דוגמת מכונית וגלגלי המכונית, עוגה על רכיביה וכד', או על פי נוהג מסחרי ('תנאי מסחר מקובלים'), דוגמת קניית נעליים עם שרוכים (אך לא להפך) - יש לראותם כמוצר **בלתי ניתן להפרדה**". (עמ' 86 לסיכומי התשובה. ההדגשה במקור)

באשר ל"טבעיות ההתניה", גישת הממונה היא שתנאי זה מתקיים רק במקום בו ההתניה מתחייבת מנושא ההתקשרות.

167. עוד טוען הממונה, בהסתמכו על פסק דינו של בית המשפט של הערכאה הראשונה של האיחוד האירופאי בעניין Tetra-Pak, כי גם במקרה בו מוכח קיומו של נוהג מסחרי מקובל של עשיית הסכמי קשירה, הרי שבשוק בו מספר השחקנים קטן והתחרות בו מועטה ממילא בגלל כוחו של בעל המונופולין, אין בהסכמי הקשירה הננקטים על-ידי בעל המונופולין כדי להכשיר את הצירוף, שכן לא ניתן לקבל את טענת קיומו של נוהג מסחרי מקובל מפי בעל המונופולין. (שם, עמ' 770, פסקה 137 לפסק הדין).

168. בהקשר זה עולה גם השאלה האם יש לראות במקומון מוצר נפרד, כפי שגורס הממונה, או שמדובר במוצר שהוא חלק בלתי נפרד מהעיתון היומי, כמו כל אחד ממוספי העיתון האחרים (מוספי הספורט, הכלכלה התרבות ועוד), כעמדתו של ידיעות.

169. נציין ששני הצדדים התייחסו לתנאי זה - של קיומם של שני מוצרים נפרדים - כיסוד נפרד בעילת הקשירה. ואולם, דרישה זו אינה נכללת כדרישה מפורשת בין יסודותיו של סעיף 29א(ב)(4) לחוק, והיא איננה מהווה אלא פן אחד של הדרישה המתנה את קיומה של

הקשירה בכך שזו תותנה בתנאים, אשר "מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים" אינם נוגעים לנושא ההתקשרות. טענות הצדדים בנושא זה תבחנה על כן כאחת האינדיקציות היכולה להעיד על התקיימו של תנאי זה. ואולם, יש לציין, מדובר בכל מקרה בתנאי הכרחי אך לא מספיק. לשון אחר, ניתן לקבוע, בעקרון, שבמקום שבו מדובר במוצר אחד, לא יתקיים יסוד זה של הקשירה. זאת בשל כך שמטבע הדברים חלקיו של אותו מוצר קשורים זה לזה. אולם מכאן אין נובע בהכרח ההפך, דהיינו שכל אימת שמדובר בשני מוצרים לא יתכן כי התניית ההתקשרות תהא בתנאים אשר מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים נוגעים לנושא ההתקשרות.

170. הנושא לא נדון, ככל הידוע לנו בפסיקה בישראל. בתי המשפט בארצות הברית פיתחו לעניין זה מספר מבחנים, המבוססים בעיקר על מעמדם של המוצרים בשווקים בהם הם נסחרים.

המבחן העיקרי הנוהג בפסיקה האמריקאית לעניין זה מושתת על קיומו של **ביקוש נפרד**, מנקודת ראותו של הצרכן, לשני המוצרים המעורבים. מבחן זה נקבע בפסק הדין של בית המשפט העליון של ארצות הברית בעניין **Jefferson Parish Hospital District No. 2 V. Hyde**, 466 U.S. 2, שבו קבע בית המשפט כי שירותי הרדמה לניתוחים, המסופקים על ידי חברה למתן שירותים אלה, הם מוצר נפרד משירותיו האחרים של בית החולים.

בית המשפט ביסס מסקנה זו על קיומו של ביקוש נפרד לשירותי ההרדמה. על קיומו של ביקוש כזה למד בית המשפט מכך שהמטופלים התייחסו לשירותי ההרדמה כשירותים נפרדים מהשירותים האחרים שסופקו על ידי בית החולים, דבר שהתבטא בכך שלעתים קרובות רכשו שירותי הרדמה שלא מתוך השירותים הניתנים על ידי בית החולים. כך קבע בית המשפט באותו עניין :

**"There was ample and uncontroverted testimony that patients or surgeons often request specific anesthesiologists to come to a hospital and provide anesthesia, and that the choice of an individual anesthesiologist separate from the choice of a hospital is particularly frequent in respondent's specialty, obstetric anesthesiology..." (p.22)**

דוגמא נוספת להפעלתו של מבחן הביקוש הנפרד למוצרים, ניתן למצוא בפסק הדין בעניין **Eastman Kodak Co. V. Image Technical Services, Inc.** 504 U.S. 451 שם קבע בית המשפט כי חלקי חילוף למוצר הראשי (במקרה זה מכונות להעתקת מסמכים) מהווים מוצר נפרד משירותי תחזוקה למוצר זה, בהתבסס על כך שחלקי חילוף נמכרו ללקוחות בנפרד ממכירת שירותי תחזוקה.

**"For services and parts to be considered two distinct products, there must be sufficient consumer demand so that it is efficient for a firm to provide service separately from parts". (p. 462)**



עקרונית, ככל שהחלטת הצרכן לצרוך מוצר אי נעשית באופן בלתי תלוי בכמות הנצרכת ממוצר ב' (הן כמוצר תחליפי והן כמוצר משלים), הביקוש למוצר א' נפרד מזה של ב'. במקרה שלפנינו, ברור כי העיתון המקומי כולל מוצר עיתונאי המהווה תחליף כלשהו לעיתון היומי. אולם מרבית הציבור מבקש לצרוך הן את המוצר העיתונאי המקומי והן את המוצר העיתונאי הארצי-יומי, כאשר התועלת המופקת מעיתון מקומי אינה מושפעת באופן משמעותי מצריכת העיתון הארצי.

מבחן נוסף המופעל בנושא זה על פי הפסיקה האמריקאית מתייחס להפרדה בצד ההיצע, ובוחן את יכולת הייצור והתפעול הכלכלי העצמאי של כל אחד משני המוצרים. לעניין זה ציין ביהמ"ש העליון של ארה"ב בפסק הדין בעניין Kodak הנזכר לעיל:

**"Evidence in the record indicates that service and parts have been sold separately in the past and still are sold separately to self-service equipment owners. Indeed, the development of the entire high-technology service industry is evidence of the efficiency of a separate market for service".**

אינדיקציה נוספת לקיומם של מוצרים נפרדים עולה מקיומה מערכת הפצה נפרד לכל אחד מהמוצרים. כך נקבע בנושא זה בפסק הדין בעניין *Sun newspapers, Inc. v. Omaha World-Herald Co.*, 1983-2 Trade Cases 65522, 67241 העוסק בקיום שוק פרסום מקומי ושוק פרסום ארצי :

**"...there are numerous differences in the distribution networks of local and national advertising as well as the type of businesses purchasing the advertising."**

משמע, ככל שתהליך הייצור, ההפקה, השיווק והמימון של המוצרים נעשה באופן נפרד, ניתן לקבוע כי המוצרים נפרדים בצד ההיצע.

בהקשר זה הוזכרו בפסיקה האמריקאית מבחנים נוספים, חלקם מבחנים מצמצמים, כגון המבחן המכשיר את הקשירה רק בהעדר אפשרות להשתמש במוצר הקשור בלא המוצר הקושר, וחלקם מבחנים מרחיבים, כמו המבחן המכשיר את הקשירה אם קיים "בסיס כלכלי קוהרנטי" לקשירה. (ראה חוות דעת המיעוט בעניין Jefferson הנזכר לעיל בעמ' 39-40). אינדיקציות נוספות אשר הועלו בפסיקה האמריקאית לעניין זה, מתייחסות לנוהג המסחרי המקובל בשוק, כיצד פועלים מתחריו של היצרן המואשם בקשירה, טבעיותו ושכיחותו של השילוב בין המוצרים, האם נדרש תשלום נפרד בגין כל מוצר, והאם צירוף המוצרים מקנה יתרון כלכלי מיוחד. (ראה: "יגור, דיני הגבלים עסקיים, חושן למשפט, תל-אביב תשנ"ז 1997-עמ' 411). למבחנים האחרונים נתייחס בהמשך, במסגרת בחינת טבעיות הצירוף והתאמתו לתנאי מסחר מקובלים.

171. מקובל עלינו שיישומם של המבחנים דלעיל מצביע, בעיקרו, על כך שהעיתון היומי והעיתון המקומי הנם מוצרים נפרדים.

172. מבחינת המוצר עצמו, ניתן למצוא סממנים רבים המבחינים בין העיתון היומי לבין העיתון המקומי. כפי שראינו לעיל, מבחינים המחברים לימור וכספי בין מוספים מקומיים, כפי שהיו המקומונים בתחילת הדרך, שאותם הם מכנים "מקומונים-לכאורה", אשר רק יוצרים "אשליה כאילו היה עיתון מקומי כנספח לעיתון הארצי", לבין השלב הבא בהתפתחות העיתונות המקומית, שבו התפתחו המוספים המקומיים לכדי עיתונים מקומיים של ממש. השלב הנוכחי של התפתחות העיתונות המקומית, מתאפיין אפוא המקומון בסממנים של עיתון נפרד, הן מבחינת התפיסה העיתונאית ואיכות המוצר המופק, והן מבחינת המבנה הארגוני הנפרד המתבטא בקיומן של מערכות מקצועיות ותשתיות מנהליות נפרדות. בשלב זה מדובר אפוא בעיתונים של ממש.

173. קיומם של סממנים אלו, המקנים לעיתונים המקומיים של ידיעות תקשורת אופי של עיתונים עצמאיים ונפרדים מהעיתון היומי, הוכח במקרה זה. כך הדבר בתחום הארגוני, כאשר למקומונים הנהלה נפרדת מהנהלת ידיעות אחרונות, העוסקת בעניינים הנוגעים למקומונים בלבד, בהם תקציב, מדיניות אשראי, מחירי העיתונים ומחירי הפרסומת בעיתונים, מסעי פרסום וכיוצא בזה. התקצוב של המקומונים נעשה אף הוא על בסיס עצמאי, כאשר כל מקומון מתנהל כיחידה כלכלית נפרדת, הצריכה לשאת את עצמה. כך הדבר גם מהבחינה המקצועית, כאשר המקומונים מתבססים על כוח אדם מקצועי נפרד, בכלל זה מערכת נפרדת שאיננה קשורה לעיתון היומי.

174. מעבר לאלה, מתקיימים במקרה זה המבחנים הכלכליים שנקבעו בפסיקת בתי המשפט בארצות הברית, בכלל זה: קיומו של ביקוש נפרד, כמו גם היצע נפרד של העיתונים, קיומם של צרכים שונים שעיתונים אלה נועדו לספק, הן מבחינת הקוראים והן מבחינת המפרסמים, גביית מחיר נפרד ויכולת קיום עצמאי.

175. בכל אלה אין כדי לשלול את טענת ידיעות בדבר קיומו של קשר הדוק בין העיתון היומי לעיתון המקומי, כאשר אלה מוצאים על ידי אותו מו"ל, כמו גם את העובדה שצירוף המקומון לעיתון היומי משפר את החבילה הכוללת המוצעת לצרכן ותורם לאטרקטיביות של העיתון היומי. אך באלה אין כדי לשלול את העובדה כי הסממנים המאפיינים את העיתון המקומי, מצביעים על כך שמדובר בעיתון נפרד, גם כאשר הוא מצורף לעיתון היומי ללא תמורה נוספת.

176. ואולם, המסקנה דלעיל, אין בה כדי למצות את מבחן הטבעיות של הצירוף והתאמתו לתנאי מסחר מקובלים, שכן גם אם מדובר במוצרים המהווים מבחינת המאפיינים דלעיל מוצרים נפרדים, עדיין יכול שהתניית רכישתו של האחד ברכישה של השני, תהא טבעית או

תואמת תנאי מסחר מקובלים, שאז אין מתקיימת קשירה אסורה. נטל ההוכחה לעניין זה הוא על הממונה, שכן מדובר בתנאי, הגם שהוא תנאי שלילי, שהוא חלק מיסודות הקשירה. 177. השאלה העולה הנה, אם כן, האם ההתנייה, היינו הצירוף של העיתון המקומי לעיתון ידיעות אחרונות, נוגע, מטבעו או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים, לנושא ההתקשרות. השאלה מתעוררת בעיקר לגבי הצירוף החינמי, הן למנויים והן בנקודות המכירה, שכן, כפי שנקבע לעיל, לגבי הצירוף עבור תשלום לא הוכחה ההתנייה (הכפייה הכלכלית).

178. התלבטנו בפרשנותו של תנאי זה, פרשנות אשר, כמסתבר, תכריע בסופו של יום את גורלה של הבקשה כולה. לדעתנו, פרשנותו של הממונה, לפיה יפלו בגדר הוראה זו רק מוצרים שהפרדתם הנה בלתי אפשרית או מוצרים שבהם ההתנייה מתחייבת מנושא ההתקשרות הנה פרשנות צרה מדי, שתביא להרחבה בלתי מוצדקת של עילת הקשירה, ועלולה לגרום לתוצאות קשות.

179. שיקול פרשני לגיטימי בהקשר זה קשור בקשיחותו של סעיף 29א(ב) לחוק, לפיו גם בהעדר פגיעה או חשש לפגיעה בתחרות, וגם כשמדובר בקשירה שיש בה כדי לתרום לרווחת הצרכן, יהא בקשירה משום ניצול המעמד המונופוליסטי לרעה. תוצאה זו, המחייבת פסילת כל קשירה, יהיו אשר יהיו תוצאותיה, נראית בעינינו כתוצאה קשה, המצדיקה מתן פרשנות מצמצמת לסעיף זה. (ראה לעניין זה גם תיק ה"ע 2/97 מזרחי נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (טרם פורסם), שם הופעל על ידי בית הדין שיקול דומה לגבי פרשנות של המונח "חלוקת שוק" שבסעיף 2(ב) לחוק, היוצר אף הוא יוצר חזקה חלוטה לגבי קיומו של הסדר כובל).

ראוי לציין בהקשר זה שגם בשיטת המשפט הנוהגת בארצות הברית המגמה היא להגמיש את האיסור ביחס לקשירה על ידי העברת האיסור למסגרת כלל הסבירות. ואולם גם על פי כלל ה Per Se הקיים, נדרש קיומה של השפעה שאינה בלתי משמעותית על השוק הנקשר. הממונה היה מוכן להסכים לדרישה זו בסיכומיו, אולם, היא אינה תואמת את החזקה החלוטה הקבועה בסעיף זה. המלומד Areeda קובע בעניין זה בספרו Antitrust Law:

**"However, standard per se treatment could not survive the sheer ubiquity of tying that was often justifiable and obviously harmless. ...**

**Thus, the courts themselves have clearly recognized that the premises of per se illegality - such pernicious tendencies and such insufficient justification as to warrant categorical condemnation without proof of power and without exculpation - do not apply to tying."** (vol.IX, 1991. p.408-409)

180. עוד יש לציין בהקשר זה שתוצאה השוללת את קיומה של קשירה, כמשמעה בסעיף 29א(ב) לחוק, איננה שוללת את האפשרות לאסור על אותה התנהגות מכוח המבחן הכללי של ניצול המעמד לרעה (סעיף 29א(א)) או קיום תחרות בלתי הוגנת בעסקים (סעיף 30(4) לחוק). אלא שלשם הקמתן של עילות אלה נדרש קיומה של פגיעה או חשש לפגיעה.

181. על פי הראיות שבאו לפנינו, עולה שצירוף עיתון מקומי לגיליון יום ו' הפך זה מכבר, לנוהג מסחרי מקובל, הנוהג בשוק כולו. כיום כל שלושת העיתונים הגדולים, ידיעות אחרונות, מעריב והארץ, מוציאים עיתונים מקומיים. כל העיתונים מחלקים את המקומונים ללא תמורה לכל המנויים. הצירוף של המקומונים החינמיים לעיתונים היומיים מתבצע כיום בקנה מידה נרחב על ידי שלושת העיתונים גם בנקודות ההפצה. מעריב מחלק את מקומיו יחד עם העיתון ללא תמורה נוספת על מחיר העיתון בכל אזורי הארץ, והוא כלל אינו מוכר את המקומונים שלו בנפרד. עיקר קוראי הארץ הם מנויים, ועל כן החלוקה החינמית למנויים מקיפה את רובם של קוראי הארץ. אולם גם כך מחלקת רשת שוקן את מקומי הרשת חינם לרוכשי הארץ בהיקף נרחב גם בנקודות המכירה. ידיעות אמנם מוכר בחלק מהאזורים את המקומונים, בין בתוך עיתון ידיעות אחרונות ובין מחוץ לעיתון, אך ברוב אזורי הארץ נהנים גם רוכשי העיתון ידיעות אחרונות מהמקומון המצורף ללא תמורה נוספת.

נוהג מסחרי זה שלפיו נוהגים העיתונים דלעיל משך שנים תואם את הרגלי הצריכה שהתפתחו בקרב הקוראים, ודאי המנויים, אשר מקבלים כיום את העיתון המקומי כשהוא מצורף לגיליון יום ו' של העיתון היומי, כחלק מהחבילה הכוללת המסופקת להם. מסתבר שחלק לא מבוטל של הקוראים איננו מסתפק בעיתון מקומי אחד, תופעה המעידה אף היא עד כמה השתרש הרגל קריאה זה, המשולב בהרגל הצרכני של רכישת או קבלת שני העיתונים יחד, בקרב ציבור הקוראים. גם ההשתלשלות ההיסטורית של התהליך, שתחילתו במוספים מקומיים, אשר היו, בראשית התהליך, חלק אינטגרלי של העיתונים היומיים, יש בה כדי להעיד על הקשר האמיץ שבין שני המוצרים. לעניין זה נודעת חשיבות גם לכך שלא היה זה ידיעות אשר הנהיג שיטת הפצה זו, אלא רשת שוקן היא שהיתה החלוצה בנושא זה, וידיעות פעל בעניין זה לפי כללי התנהגות שהתגבשו בשוק המקומונים עוד לפני כניסתו לשוק זה.

מקובלת עלינו גם הטענה שהחבילה הכוללת בימי ו' את העיתון הארצי יחד עם העיתון המקומי מציעה לקוראים מוצר משופר. גם אם תאמר שבהחלטה אם להוציא מקומון אל מחוץ לעיתון לשם הפצה נפרדת (או להכניסו לעיתון) משמשים את ידיעות שיקולים הקשורים במעמדו של העיתון המקומי הספציפי בקרב הציבור וביכולתו לשאת את עצמו לבדו, אנו סבורים שלצד שיקולים אלה משמשים גם שיקולים הקשורים לעיתון הארצי, הרכב החבילה הכולל והבטחת האטרקטיביות של העיתון היומי, כמו גם כושר ההתמודדות שלו עם עיתונים יומיים אחרים המצרפים לגיליונות יום ו' שלהם עיתונים מקומיים.

182. לאור אלה אנו סבורים שצירוף המקומונים, שעבורם אין נגבית תמורה, לגיליון יום ו' של העיתון היומי הנו כיום בגדר נוהג מסחרי מקובל כמשמעותו של ביטוי זה בסעיף 29א(ב)(4) לחוק.

183. אנו ערים לכך שהצירוף החינמי אינה שיטת השיווק הבלעדית של המקומונים וכי אלה מופצים בחלק מהמקומות, כולל על ידי המשיבות, גם עבור תמורה. אולם נוהג "מקובל" כמשמעו בחוק, איננו מחייב, לדעתנו, קיומו של נוהג בלעדי שאין בלתו.
184. באשר למקומונים הנמכרים, לא שוכנענו בקיומו של נוהג מסחרי מקובל כזה של צירופם לעיתונים היומיים. אלא שלגבי אלה, כפי שהוסבר לעיל, לא הוכח יסוד ההתנייה.
185. הממונה איננו כופר בתשובתו בכך שצירוף העיתון המקומי לעיתון היומי רווח כיום בשוק, וגם בקרב מתחריו של ידיעות. טענתו של הממונה היא, שעל בעל מונופולין מוטלות חובות מיוחדות שאינן מוטלות על מתחרה רגיל בשוק, ומה גם שהפגיעה הכרוכה בצירוף המקומונים לעיתונים האחרים אין בה כדי לפגוע בתחרות, בין בשל נתח השוק הקטן שלהם (הארץ) ובין בשל כך שמדובר במתחרה חדש בשוק הזכאי לתקופת חסד (מערב).
- איננו סבורים שיש בתשובה זו מענה נאות לטענת ידיעות. מסגרת זו של הדיון בעילת הקשירה על פי סעיף 29א(ב)(4) לחוק, אין עניינה בהיקף הפגיעה בתחרות הנודעת למעשיו של ידיעות, נושא שאיננו רלוונטי לסעיף זה לאור החזקה הסטטוטורית לקיומו של חשש לפגיעה. השאלה העולה בהקשר זה הנה אך השאלה האם מדובר בהתנייה שאינה נוגעת לתנאי מסחר מקובלים. לצורך כך אין נפקות להיקף הפגיעה העשויה להיגרם לתחרות עקב מעשי השחקנים האחרים בשוק, וגם לא השוואת הנזקים העשויים להיגרם לתחרות עקב הצירוף של ידיעות לצירוף המתבצע על ידי מתחריו. אילו היה מקום לכלול שיקולים אלה במסגרת זו, כי אז היה מקום להביא בהקשר זה גם את כל השיקולים הנוגעים לעניין הפגיעה, ליתר דיוק העדר החשש לפגיעה.
186. גם הטענה כי אין לקבל קיומו של נוהג מסחרי במקום שבו מדובר בשוק הנשלט על ידי מעטים, אינה מקובלת על דעתנו, שכן הנוהג המסחרי שבו עוסק סעיף 29א(ב)(4) לחוק, אינו יכול לחול מלכתחילה אלא במקום שבו פועל בעל מונופולין.
187. לפיכך, הגענו לכלל מסקנה כי לא הוכח שצירוף המקומונים של ידיעות תקשורת לגיליון יום ו' של ידיעות אחרונות, מהווה קשירה אסורה על פי סעיף 29א(ב)(4) לחוק.
188. התוצאה הנה שאין לקבל את בקשתו של הממונה ככל שהיא נוגעת לנושא המקומונים, והיא נדחית.
189. לצערנו, לא עלה בידנו ליתן עד למועד זה את פסק הדין במלואו, זאת בשל היקף החומר שהוגש לנו על ידי הצדדים, מורכבותו ובשל אילוצים נוספים. לאור כך, ובהתחשב במגבלה החוקית החלה על חברת ההרכב, עו"ד לוסטהויז, שכהונתה הסתיימה לפי סעיף 19 לחוק בתי דין מנהליים, התשנ"ב – 1992, החלטנו לתת בשלב זה פסק דין חלקי, אשר יתייחס לסוגיה המרכזית שנדונה בתיק זה, ובהמשך לתת את חלקו האחר של פסק הדין הנוגע לנושא הנחות הנאמנות.

ב"כ הצדדים מתבקשים להודיענו בתוך 15 יום עמדתם לגבי האפשרות שבית הדין ייתן את פסק הדין המשלים, במותב קטוע לפי סעיף 17 לחוק בתי דין מנהליים.

נושא ההוצאות בגין ההליך כולו ייבחן במסגרת פסק הדין המשלים.

ניתן היום, כ"ה בחשוון תש"ס (4 בנובמבר 1999), בהעדר הצדדים.

המזכירות תמציא העתק מפסק הדין לב"כ הצדדים.

מותר לפרסום מיום 04/11/1999.

---

ד"ר עומרי בן-שחר  
חבר

---

עו"ד ורדה לוסטהויז  
חברה

---

יונתן עדיאל, שופט  
המשנה לאב"ד