

1

בקשה 18/96

432 / N

בבית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי בירושליםבפני: כב' השופט י' עדיאל - המשנה לאב"ד

עו"ד לורי לוין-זולברג - תברה

מר איתן אביבי - תבר

בענין: סעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988

ובענין: הממונה על ההגבלים העסקיים

המבקש

נ ג ד

1. ידיעות אחרונות בע"מ.

2. ידיעות תקשורת בע"מ.

המשיביםה ח ל ט ההבקשה

1. הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן - "הממונה") מבקש, במסגרת הבקשה העקרית למתן הוראות למונופול מכח סעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988 (להלן - "החוק"), ליתן צו ביניים המורה למשיבים (להלן "ידיעות") כדלקמן:

א. לא להתנות אספקת, או אופן אספקת, העיתון "ידיעות אחרונות" לנקודת מכירה כלשהי בהתחייבות אותה נקודה לרכוש עיתונים מקבוצת "ידיעות אחרונות" בלבד.

בקשה 18/96

בבית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ב. לא להתנות את אספקת, או אופן אספקת, העיתון "ידיעות אחרונות" לנקודת מכירה כלשהי בתנאי הקשור, במישרין או בעקיפין, לאופן מכירת העיתון "מעריב" באותה נקודת מכירה.

ג. לא להעניק לנקודת מכירה, או לקבוצת נקודות מכירה, עמלות מוגדלות בגין מכירת העיתון "ידיעות אחרונות" אם הגידול בעמלה מותנה בביטול זכות ההחזרה של עיתוני "ידיעות אחרונות" שלא נמכרו או בגידול בכמות עיתוני "ידיעות אחרונות" הנמכרת באותה נקודה.

2. כרקע לבקשה יש לציין כי "ידיעות" הוכרז על-ידי הממונה כמונופול בתחום העיתונות היומית העברית. המונופולין של "ידיעות" מתבטא בכך שכ - 40% מהציבור קוראים ביום ו' רק את "ידיעות אחרונות". ביום חול קוראים עיתון זה בלבד כ - 33.5% מהציבור. לעומת זאת, העיתון "מעריב", שהוא לטענת הממונה הנפגע העיקרי משיטת שיווק זו, מצליח למכור את עיתונו בלעדית רק ל 9% מהציבור בימי ו', ול - 8% מהציבור בימי חול (על-פי סקר איגוד המפרסמים).

תפוצתו של "ידיעות אחרונות" גדולה, על-פי עדותו של מר יעקובי, המצהיר מטעם "ידיעות", פי 3 מזו של "מעריב", ועל-פי עדותו של מר קן, המצהיר מטעם הממונה (שהוא גם עובד של "מעריב"), היחס בין תפוצת שני העיתונים עומד על שלוש ("מעריב") לשבע "ידיעות אחרונות".

3. על-פי הסכמת הצדדים ניתן הצו המבוקש (בשינויים מסויימים) לגבי שני הסעיפים הראשונים לבקשה. המחלוקת שנותרה מתייחסת לסעיף השלישי, שעניינו בהגדלת העמלה המוענקת על-ידי "ידיעות" לקמעונאים, תוך התנאת קבלתה בביטול זכות ההחזרה (או הגדלת הכמות המבוקשת). שיטת שיווק זו תכונה בהמשך (על ההסבר ראה להלן) כ"הנחת נאמנות".

ראינו להזכיר, על אף ההסכמה אליה הגיעו הצדדים, את צו הביניים שניתן לגבי שני הסעיפים הראשונים לבקשה, כדי להדגיש שבעקרון, עשוי להיווצר מצב שבו אין הבדל מהותי אמיתי בין התנהגות המונופול שכבר נאסרה (על פי צו הביניים שניתן בהסכמה), לבין זו העומדת עתה לדיון.

בקשה 18/96

בבית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

לשון אחר, הנהגת שיטת שיווק הכרוכה במתן תמריצים להעדפת מכירת מוצר א' ("ידיעות אחרונות") על פני מוצר ב' ("מעריב"), עלולה, בתנאים מסויימים, לגרור אחריה תוצאות דומות לאלה הנובעות מהתנאה מפורשת האוסרת על הקמעונאי להפיץ את "מעריב". פעמים, שיטת התמריצים עלולה להתגלות אף כיעילה יותר מזו המובססת על הסכמה חוזית בדבר החרמתו של המתחרה.

אם אכן כזה הוא המצב שבפנינו, כי אז, דומה, שאין מנוס מן המסקנה שהתנהגות המונופולין נשוא הבקשה הינה, לכאורה, בגדר תחרות בלתי הוגנת בעסקים, שיש לאסור עליה, כשם שנאסרה ההתנהגות נשוא שני הסעיפים הראשונים לבקשה.

התשתית הנורמטיבית

4. הבקשה הוגשה מכח סעיף 30 לחוק הקובע:

"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)

(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".

לטענת הממונה, שיטת שיווק זו של מתן הנחות נאמנות כמתואר לעיל, הינה שיטת תחרות בלתי הוגנת ועל כן יש למנוע בעד "ידיעות" מלנקוט בה.

בטרם נכנס לדיון לגופה של הסוגיה, מן הראוי להתייחס לתשתית הנורמטיבית שביסוד הדיון.

ראשית, יש לציין כי בניגוד להסדר כובל האסור על-פי דין כל עוד לא אושר על-ידי בית הדין (או הממונה) להגבלים עסקיים, דינו של המונופולין שונה. החוק אינו אוסר א-פריורי על פעילותו של המונופולין.

בקשה 18/96

בבית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

כפי שנקבע בנושא זה בעניין "דובק" (תיק מונופול 1/93 הממונה נגד דובק ואח' (טרם פורסם): "מונופול כשלעצמו אינו אסור בדין. כעקרון, גם לחברה שיש לה מונופול זכות לנהל את ענייניה כהבנתה שלה. זכות זו מעוגנת היום בחוק יסוד: חופש העיסוק...".

משמע פעילותו של המונופולין מותרת, כל עוד לא הוגבלה על-ידי בית הדין.

שנית, הנבלת פעילותו של המונופולין אפשרית רק כאשר היא גורמת לפגיעה בציבור בהתקיים אחד התנאים הקבועים בחוק. התנאי הרלבנטי לבקשה זו, הוא זה שעניינו ב"תחרות בלתי הוגנת בעסקים בין בעל המונופולין לבין אחרים", כקבוע בסעיף 30(4) לחוק.

שלישית, לאור חוק היסוד האמור, אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

בעקרון, כפי שנקבע בפרשת "דובק", הגבלת חופש העיסוק של בעל המונופולין כדי למנוע פגיעה בתחרות או בצרכנים, הינה לתכלית ראויה. יחד עם זאת, כפי שציין בית הדין באותו ענין "כאשר נשקלת השאלה של מתן הוראות יש ליתן את הדעת על כך שההוראות כאמור בסעיף זה. שמעצם טיבן פוגעות בזכותו של בעל המונופולין לנהל את ענייניו כהבנתו, תינתנה במידה 'שאינה עולה על הנדרש', כלשון סעיף 4 לחוק יסוד חופש העיסוק".

5. המבחן המשמש לבחינת התנהגותו והגיונותו של בעל המונופולין בתחרות בעסקים, הינו מבחן אובייקטיבי של הסתברות לפגיעה ממשית: "לאמור שיש מקום ליתן הוראות למונופולין כדי למנוע פגיעה עתידית כאשר קיימת אפשרות סבירה לפגיעה ממשית בערכים שעליהם מגן סעיף 30 לחוק...".

("דובק", שם, בעקבות בג"צ 1452/93 איגלו, חברה קבלנית ג' שר המסחר והתעשייה פ"ד מ"ז(5) 610).

אשר לטיבה של התחרות הבלתי הוגנת בעסקים, כפי שציין בית הדין באותו ענין, נהוג "לחלק את הסכנות העוללות לנבוע מהתנהגות המונופולין לשתי

בקשה 18/96

בבית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

קטגוריות החופפות לעיתים: ניצול (exploitation) - שימוש לרעה במעמד הדומיננטי בשוק לעשיית ריווחים על חשבון חוליות אחרות ב- 'שרשרת השחקנים' בשוק, ובעיקר על חשבון הצרכן, והתנהגות בלתי תחרותית (anti-competitiveness) - עשיית פעולות הדוחקות רגלי מתחרים אחרים, קיימים או פוטנציאליים, מהשוק" (דובק, שם, 52).

בחינת התנהגותו של בעל המונופולין צריך שתיעשה בזיקה לכלל שעל המונופול חלים כללי התנהגות מיוחדים, כללים שאינם חלים על 'שחקן' רגיל בשוק. "צעד עסקי שמבצע מונופולין ייבחן ביתר חשדנות, בשל האיום שהוא עלול להוות לתחרות החופשית הנובע ממעמדו כמונופולין". על המונופול מוטלת איפוא אחריות מיוחדת, אחריות המתבטאת בכך "כי מעשים דומים הנעשים על-ידי גורמי לא-מונופוליסטיים, שמעמדם בשוק אינו דומיננטי, עשויים שלא להחשב בלתי-לגיטימיים" (דובק, שם, בעמ' 52, 53).

שיטת השיווק נשוא הדיון תבחן איפוא על הרקע הנורמטיבי דלעיל.

תיאור השיטה

6. העיתונים "ידיעות אחרונות" ו"מעריב" נמכרים לציבור בעיקר באמצעות קמעונאיים. הקמעונאי מקבל מדי יום את כמות העיתונים המוזמנת על ידו. הוא מקבל עמלה של 14.5% על כל עיתון שהוא מוכר, ואת העיתונים שלא נמכרו הוא מחזיר. הקמעונאי אינו מחוייב בגין הכמות המוחזרת, אלא בגין העיתונים שנמכרו בלבד.

שיעור ההחזרות הממוצע של עיתוני "מעריב" עומד על 20%. "ידיעות" ביקש שלא לגלות את שיעור ההחזרות הממוצע של עיתונו בשל טעמים שבסודיות מסחרית, אך לצורך הענין אין חשיבות לשיעור ההחזרות המדויק של "ידיעות". עד כאן - לגבי שיטת ההפצה הרגילה.

בקשה 18/96

בבית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

על-פי השיטה נשוא הבקשה, נוקט "ידיעות" לפעמים במבצעים בהם הוא מגדיל את העמלה הניתנת לקמעונאים, פעמים עד ל- 50% ממחיר העיתון. ואולם, הנתה זו מותנית בויתור על זכות ההחזרה. משמע, על-פי שיטה זו, על הקמעונאי לרכוש בעצמו את כל העיתונים המוזמנים על ידו. פעמים אף מותנית ההנחה בהגדלת הכמות הנרכשת בשיעור של כ- 20%. במקרה כזה, לא זו בלבד שהקמעונאי אינו רשאי להחזיר את יתרת הכמות המוזמנת (שלא נמכרה) הרגילה, אלא שהוא אף חייב להזמין כמות נוספת של עיתונים, שגם אותה הוא חייב לרכוש במלואה. וריאציה נוספת של שיטת זו היא התנאת הגדלת העמלה בהגדלת כמות העיתונים הנמכרת בנקודה ההפצה, בלא לוותר על זכות ההחזרה. על-פי שיטה זו אמנם אין הקמעונאי מנוע מלהחזיר את העיתונים הלא מכורים, אך אם לא יגדיל את כמות העיתונים הנרכשים על ידו, הוא יפסיד את העמלה המוגדלת.

הנחת הנאמנות

7. לטענת הממונה, שעליה למעשה לא חלק גם ב"כ "ידיעות", שיטת שיווק זו וההטבות או ההנחות הניתנות במסגרתה לקמעונאים, נמנית על סוג ההנחות הידוע כ"הנחת נאמנות", או בלעז: (Loyalty (Fidelity) Rebate).

סוג זה של הנחות הוגדר על-ידי : Butterworths: Competition Law

at para 645 . Vol .2 [1996] כדלקמן:

"Loyalty rebates are financial inducements given to purchasers who obtain a certain proportion of their requirements from the relevant supplier".

קיימות צורות שונות של הנחות נאמנות. הנתה נאמנות יכולה להנתן, כתמריץ המותנה בכך שהלקוח ירכוש את מלוא הכמות שהוא זקוק לה מבעל המונופולין, ולא מאף מתחרה אחר. סוג זה של הנחת נאמנות, נאסר, כאמור, על-פי צו הביניים בהסכמת הצדדים.

בקשה 18/96

בבית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

סוג אחר של הנחת נאמנות היא הנחה הניתנת עבור רכישת שיעור מסויים מרכישותיו של הלקוח אצל בעל המונופולין.

הנחת נאמנות אחרת היא ההנחה הידועה כ- Target Discounts. הנחה זו, כפי שמציין Butterworths, ניתנת ללקוח כתגמול עבור השגת מטרות עסקיות מסויימות שלמונופול יש בהן ענין. דוגמא להנחה מסוג זה ניתן למצוא במקרה של Butterworths, בו התנתה היצרנית מישלן מתן טובות הנאה או הנחות ללקוחותיה, בהשגת יעדי רכישה מסויימים. ההנחה נתנה ללקוח מראש, תוך התנאותה בכך שזה ירכוש במהלך השנה שלאחר מכן כמות מסויימת של סחורה. כפי שנקבע באותו ענין, הנחה זו אמנם לא מנעה מהלקוחות להתקשר עם יצרן אחר, אך היא הציבה בפניהם פיתוי כה גדול לעמוד בהיקף הרכישות הנדרש, עד כי היה בה משום תחרות בלתי הוגנת.

8. מכאן עולה, כי הנחת הנאמנות היא לא רק הנחה המותנית בקיומו של תנאי חוזי מפורש המונע מהלקוח מלהתקשר עם אחרים, אלא גם הנחה היוצרת תנאים המביאים לתוצאה זהה בשל הפיתוי הכלכלי הכרוך בהם.

המאפיין סוג זה של הנחות נאמנות הוא, שהעילה למתן ההנחה אין מקורה בכמות הסחורה הנרכשת על-ידי הלקוח, אלא ב"נאמנותו" לבעל המונופולין. נאמנות זו נקבעת בהתאם לנכונותו לעמוד במטרות העסקיות המוצבות על-ידי המונופול, בד"כ הגדלת הכמות הנרכשת.

האבחנה בין הנחת נאמנות לבין הנחת כמות ממחישה את אופיה הבלתי הוגן של הנחת הנאמנות, כאשר היא ניתנת על-ידי בעל מונופולין.

כפי שמציין בענין זה Butterworths:

"The rebate is a reward for loyalty and is not, like a quantity rebate, related to the actual volume which is purchased." (Ibid, At para 645).

בקשה 18/96

בבית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

הנחת כמות ניתנת על-ידי המונופול לכל מי שרוכש אצלו סחורה בהתאם להיקף הרכישות. על-פי שיטה זו, קמעונאי שירכוש, למשל 10 גליונות "ידיעות אחרונות" יוכל לקבל הנחה של 10% בגין כל גליון הנרכש על ידו. אם יגדיל הקמעונאי את הכמות הנרכשת, למשל, ב-2 עיתונים נוספים, הוא יקבל הנחה של 10% עבור כל עיתון נוסף שירכוש. ההנחה יכולה להיות אף הנחה פרוגרסיבית, דהיינו, הנחה הגדלה עם הגדלת הכמות הנרכשת. בשיטה זו אין גם "מעריב" מנוע מלהתחרות, שכן גם הוא יכול ליתן הנחה בשיעור זהה. נכון אמנם שההנחה הכוללת המצטברת בידי הקמעונאי ממכירת עיתוני "ידיעות אחרונות" גדולה מזו המתקבלת אצל הקמעונאי ממכירת עיתוני "מעריב", זאת בשל חלקו הגדול יותר של ידיעות בשוק. אולם, יתרון זה אינו מקטין את התמריץ של הקמעונאי למכור את העיתון "מעריב", ואין בו משום פיתוי (לקמעונאי) להעדיף את מכירת "ידיעות אחרונות" על פני מכירת "מעריב". השיקול הקובע לענין זה, מבחינתו של הקמעונאי, הוא השיקול של הריווח השולי שיצמח לו ממכירת כל עיתון נוסף. מבחינה זו, אין לקמעונאי סיבה להעדיף את מכירת "ידיעות אחרונות" על פני מכירת "מעריב", שכן הריווח השולי הצומח לו ממכירת כל אחד משני העיתונים הינו שווה (אם ישווה מעריב את הנחת הכמות הניתנת על-ידי "ידיעות").

9. בהנחת נאמנות כגון זו שבפנינו המצב שונה. בהנחת זו העילה למתן ההנחה אינה הכמות הכוללת הנרכשת על-ידי הקמעונאי, אלא הכמות הנוספת הנרכשת על ידו (בשוליים). בעל המונופולין מבקש על-פי שיטה זו לתמרץ את הקמעונאי להגדיל את הכמות הנמכרת והוא עושה כן על-ידי מתן תמריץ המותנה בהגדלת הכמות. אולם היקפו של התמריץ, אינו נקבע בהתאם לכמות הנוספת הנרכשת, אלא בהתאם לכמות הכוללת, לרבות זו שנרכשה באופן "טבעי" עוד קודם למתן ההנחה. במקרה שבפנינו יקבל הקמעונאי, אם יעמוד במטרה העיסקית שנקבעה לו על-ידי בעל המונופולין, היינו, לא יחזיר את עודף העיתונים שהוזמנו ולא נמכרו על ידו, או, אף יגדיל את היקף הרכישות, הנחה שתחושב על-פי ההיקף הכולל של רכישותיו. אם, בדוגמא שהובאה לעיל, מוכר הקמעונאי בד"כ 10 עיתוני "ידיעות אחרונות" מתוך 12

בקשה 18/96

בבית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

עיתוני "ידיעות אחרונות" שהוא מזמין ו - 4 עיתוני "מעריב", הדי שהעמלה שיקבל מ"ידיעות" עבור הדכישה (או אי ההחזרה) של שני העיתונים הנוספים, תעמוד על 1 ש"ח לכל עיתון, והיא תסתכם (לא כולל הכמות הנוספת) ב- 10 ש"ח. כדי להתחרות בתמריץ זה, יהא גם על "מעריב" לתת לקמעונאי תמריץ זהה של 10 ש"ח, אך לשם כך הוא צריך, למעשה, למסור לאותו קמעונאי את כל עיתוניו ללא תמורה.

אי ההגינות שבשיטה, מקורה בכך שבעל המונופולין מנצל את גודלו, או את המונופול שבידו כדי לקנות יתרון על מתחריו, שאינם מסוגלים לעמוד בהתמודדות כזו.

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

10. על רקע זה נקבע בדיני הקהילה האירופית כי מתן הנחת נאמנות על-ידי מי שיש לו מעמד דומיננטי בשוק, יש בו משום תחרות בלתי הוגנת והוא אסור על-פי סעיף 86 לאמנת רומא.

הנחת הנאמנות, כך נקבע בפסיקת הקהילה האירופית, פוגעת בתחרות, הן במובן זה שהיא שומרת, מנצחתה, ואולי אף מגבירה את הכח המונופוליסטי, והן בכך שהיא דוחקת רגלי מתחרים אחרים, כאשר היא נוקטת על-ידי מי שהוא בעל מעמד דומיננטי בשוק.

כך מציינים Van bael & Bellis בספרם:

Competition Law of the European Community (3rd, ed, 1994):

"Where the dominant firm grants fidelity rebates, it may be difficult for smaller competitors to gain some business at the expense of the dominant firm. The rebates that smaller competitors would have to grant to the clients of the dominant undertaking to

בקשה 18/96

בבית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

make it sufficiently attractive for them to forgo the fidelity rebate would be out of proportion to the rebate granted by the dominant undertaking". (p 584).

ראה בעניין זה גם:

Hoffmann-La Roche v Commission of the European Communities, ECR [1979] p.461.
BPB Industries plc and British Gypsum Limited v E.C. Cominssion [1993] 5 C.M.L.R 32.

יש לציין בהקשר זה כי סעיף 86 לאמנת רומא אומץ בדין המקומי בסעיף 29א', שהוסף לאחרונה לחוק ההגבלים העסקיים, האוסר על בעל מונופולין לנצל את מעמדו לרעה. (ראה דברי ההסבר להצעת החוק (ה"ח 14.11.95 עמ' 129).

תוצאותיה של שיטת הנדלת העמלות תוך ביטול זכות החזרה

11. לטענת הממונה מביאה שיטת שיווק זו לכך שבמצב דברים זה "האינטרס הראשון של הקמעונאי הוא להיפטר מכל גליונות "ידיעות" שקיבל כך שלא יישאר בסוף היום עם גליונות "ידיעות" לא מכורים. אינטרס זה הוא ברור: כאשר נשללת מהקמעונאי הזכות להחזרות הוא מחויב בגין כל כמות גליונות "ידיעות" שקיבל (בניגוד למצב הרגיל בו הוא מחויב רק בגין גליונות שנמכרו בפועל), לכן כל גליון ידיעות שלא יימכר יהיה על חשבונו. במצב דברים זה, כל עוד הקמעונאי לא יסיים למכור את כל גליונות "ידיעות" שקיבל, על כל מכירה של גליון "מעריב" לא זו בלבד שלא ירוויח, הוא יפסיד כסף. הקמעונאי אמנם ירויח את העמלה ש"מעריב" מעניק לו בגין מכירת מעריב, אבל הוא ידרש לשלם ל"ידיעות" בגין כל צרכן שהעדיף לרכוש את "מעריב" ולא את "ידיעות". שיטת תגמול זו, מוסיף הממונה וטוען בבקשתו: "גורמת לקמעונאי להקטין את הרכישות של "מעריב" ולהסתיר את "מעריב" עד לסיום מכירת כל גליונות "ידיעות"...". חוסר הגינותה של השיטה, אליבא הממונה, נובע מכך "שלמעריב אין למעשה אפשרות כלכלית למנוע מהקמעונאי לקדם את מכירת

בקשה 18/96

בבית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

"ידיעות" על חשבון "מעריב". "מעריב" אינו יכול להשוות את ההטבות הפיננסיות אשר "ידיעות" מעניק לקמעונאי הואיל וההטבות גורמות לתוצאות שפורטו קודם רק בשל מעמדו הדומיננטי. לשון אחר, כל נסיון של "מעריב" להשוות את הטבות שמעניק "ידיעות" נדון מלכתחילה לכשלון".

עקרונית, טיעונו של הממונה מקובל עלינו. עם זאת, נבקש להבהיר מספר נקודות.

ההנחה שביסוד הדיון הינה שהקמעונאי פועל בצורה כלכלית סבירה, היינו, מטרתו היא להביא את ריווחיו למקסימום. לאור כך, גם לאחר שעשה את העיסקה שעשה עם "ידיעות", היינו התחייב בגין רכישת כל העיתונים שהזמין בלא זכות החזרה, אין פירוש הדבר כי מקטום רווחיו מחייבו, בכל מקרה, למכור רק גליונות של "ידיעות אחרונות".

לאחר שרכש את כל הכמות המוזמנת של עיתוני "ידיעות אחרונות", ירוויח הקמעונאי מכל גליון "ידיעות" שימכור את מלוא מחירו לצרכן. ניטול דוגמא שבה, הכמות המוזמנת היא 12 גליונות, הכמות הנמכרת הרגילה עומדת על 10 גליונות, הכמות המוחזרת הרגילה עומדת על 2 גליונות, ומחיר העיתון לצרכן הינו 2 שקלים. במצב של 50% עמלה ללא החזרות, השקיע הקמעונאי שקל אחד בכל גליון "ידיעות" שהזמין. עתה, לאחר שהזמין את כמות העיתונים שהזמין וחייב בגינה, הריווח שלו עבור כל עיתון "ידיעות" שימכור יעמוד על 2 שקלים (מלוא מחיר העיתון). אם יעניק "מעריב" לקמעונאי עמלה בשיעור זהה של 2 שקלים עבור כל גליון "מעריב", יצליח "מעריב" להשוות את התמריץ המוענק לקמעונאי על-ידי "ידיעות". במצב דברים זה יהיה הקמעונאי אדיש בין מכירת גליון נוסף של "ידיעות" לבין מכירת גליון נוסף של "מעריב", שכן, מכירה של כל אחד משני העיתונים תכניס לו רווח שולי זהה.

משמע, קיימת ל"מעריב" לפחות תשובה אחת למבצע הנחת הנאמנות. אולם, תשובה זו אינה תשובה כלכלית, שכן היא מחייבת את "מעריב" להפיץ את העיתון ללא תמורה באותן נקודות מכירה בהן מקיים "ידיעות" את מבצעיו.

בקשה 18/96

בבית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

במקרה כזה, מתקיים אותו מצב שהזכירו Van bael & Bellis בספרם שזכר לעיל שבו:

"....the rebates that smaller competitors would have to grant to the clients of the dominant undertaking to make it sufficiently attractive for them to forgo the fidelity rebate would be out of proportion to the rebate granted by the dominant undertaking."
 (ההדושה לא במקור).

הנחה יזומה או תגובת הגנה

12. על רקע זה קיימת חשיבות רבה לנסיבות בהן נוקט "ידיעות" בטאקטיקה זו. אם "ידיעות" הוא היוזם של מבצעי הנחת הנאמנות, ואם תוצאתם של מבצעים אלה היא חיובו של "מעריב" לשווק את עיתוניו בחינם, או להשלים עם נגישת "ידיעות" בתפוצתו, הרי שלכאורה, נראה כי מדובר בתחרות בלתי הוגנת, אותה יש להפסיק.

אולם, טענתו של "ידיעות" היא כי, ככלל, אין הוא נוקט בשיטת שיוק זו אלא כתשובה למבצעי ההפצה של "מעריב" בחינם. כלשונו של מר יעקובי, המצהיר מטעם "ידיעות": "במרבית המקרים אשר היוו את הבסיס לבקשת הממונה, "ידיעות" היא שפעלה בתגובה לפעולות שיווקיות של "מעריב" הפעולות השיווקיות שכנגדן נזעק "מעריב" אינן חלק מאסטרטגית שיווק כוללת אשר משתרעת על פני כל השנה ובכל שטח המדינה (אלא) בוצעו כתגובה מקומית ומוגבלת בזמן לפעולות שיווקיות שננקטו על-ידי "מעריב" "הפעילות השיווקית העיקרית של "מעריב" היא חלוקת עיתונים בחינם". מכאן, שמבחינה מעשית, עיקר הבעיה נעוץ בזכות התגובה של "ידיעות" למבצעי הפצת עיתון "מעריב" בחינם.

לאור כך, השאלה הנשאלת הינה האם נקיטת טאקטיקה שיווקית זו, של מתן הנחת נאמנות כאמצעי הגנה נגד שיטת השיווק של העיתון המתחרה באותם מקרים, באותן נקודות מכירה ובאותם הזמנים בהם הוא מפיץ את עיתונו בחינם, יש בה משום תחרות בלתי הוגנת הפוגעת בציבור.

בקשה 18/96

בבית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

כפי שראינו, במצב דברים זה, אם ישיב "ידיעות" למבצע החינם של "מעריב", בהגדלת העמלות תוך ביטול זכות ההחזרה, יהיה הקמעונאי אדיש בין מכירת גליונות "מעריב" לבין מכירת גליונות נוספים של "ידיעות אחרונות", שכן, מכירת כל אחד משני העיתונים תכניס לו רווח שולי זהה, ועל כן לא אמור להיות לו, לכאורה, אינטרס להעדיף מכירת עיתון נוסף אחד על פני משנהו.

מכאן, ששיטה זו, כאשר היא ננקטת כפעולת הגנה של "ידיעות" נגד מבצעי חינם של "מעריב", מטרתה ותוצאתה מוגבלת להשוואת הפיתוי הכלכלי העומד בפני הקמעונאי בהפצת "ידיעות", לזה של "מעריב", ובכך היא מחזירה את הגלגל לאחור ומעמידה את שני העיתונים במצב הדברים ההתחלתי בו נמכרו שניהם עם זכות החזרה ועמלה זהה.

בכך לא אמרנו שהמונופול אינו מנצל גם במצב זה את יתרון הגודל שלו. עובדה היא, כי המונופול מנטרל במקרה זה את הפעולה השיווקית של המתחרה במחצית העלות, והוא יכול לעשות כן רק בשל גודלו וחלקו הדומיננטי בשוק.

13. שאלה אחרת היא האם השימוש הנעשה בכוח המונופוליסטי במקרה כזה, שימוש המוגבל לאיזון התמריצים ולמניעת התערבותו של הקמעונאי בטעמי הצרכנים משיקולים אופורטוניסטיים, יש בו משום תחרות בלתי הוגנת תוך ניצול בלתי הוגן של כוחו של בעל המונופולין.

אין בדעתנו לנקוט עמדה בשאלות אלה בשלב זה של הבקשה לסעד זמני. עם זאת, לאור הנפקות המוגבלת של השימוש בשיטת ההנחות במקרים אלה, ולאור העובדה כי אין בה לכאורה כדי לפגוע בציבור, אנו סבורים שאין להיעתר לבקשה, ככל שהיא מתייחסת לנקיטת שיטת השיווק הנדונה כתגובה למבצעי החינם של "מעריב" באותן נקודות מכירה ובאותם הזמנים בהם מתנהלים אותם מבצעים.

הממונה והמצהיר מטעמו, מר קן, טענו כי אפילו במצב דברים זה, יעדיף הקמעונאי להזמין יותר עיתונים של "ידיעות" ולהקטין את כמות העיתונים

בקשה 18/96

בבית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

המוזמנת מ"מעריב". אולם, לא שוכנענו, בשלב זה, כי היקפה של תופעה זו, הנוגדת כל הגיון כלכלי, מצדיק את הפגיעה בזכות התגובה של "ידיעות", אפילו מקום בו מנהיג המתחרה מבצעי חלוקה בחינם, ולגבי אותן נקודות ואותם הזמנים בהם מתקיימים מבצעי החינם של "מעריב". הרחבת כזו של הצו, יש בה לדעתנו משום פגיעה בחופש העיסוק של "ידיעות" מעבר לנדרש, ובשלב זה, לא שוכנענו כי היא אכן מוצדקת.

למותר לציין כי מסקנה זו יפה לשלב זה, ולצורך הדיון בבקשה זו בלבד.

14. ניתן היה כמובן להקשות, כפי שמקשה ב"כ הממונה, מדוע לא ינקוט "ידיעות" באותה טאקטיקה שיווקית של "מעריב", היינו, מדוע לא יפיץ גם הוא את עיתונו בחינם. על כך ניתנו על-ידי ב"כ ידיעות שתי תשובות, ששתיהן מניחות בשלב זה את דעתנו: התשובה הראשונה היא שאין עילה להגביל את תגובת "ידיעות" דווקא לשיטת השיווק של "מעריב", כל עוד אין בתגובתו משום תחרות בלתי הוגנת.

התשובה השניה היא כי במצב דברים זה, נקיטת טאקטיקה שיווקית זהה של הפצת העיתון בחינם, כפי שעושה "מעריב", תגרום ל"ידיעות" הפסדים כבדים, הרבה מעבר לאלה הנגרמים ל"מעריב", שכן על "ידיעות" יהיה, במקרה כזה, להפיץ ללא תמורה את כל כמות העיתונים שהוא מוכר בד"כ, כמות הגדולה בהרבה מזו הנמכרת על-ידי "מעריב".

בנסיבות אלה, מקובלת עלינו הטענה כי המונופול רשאי לאמץ לעצמו טאקטיקה שיווקית כזו, שמחד, תיתן מענה הולם למתקפת המתחרה, בלא שיהא בה משום תחרות בלתי הוגנת (בהנחה דלעיל, כי אכן כזה הוא המצב) ומאידך, לא תהא כרוכה מבחינתו בחסרונות הנובעים מגודלו, שבהן יש יתרון דווקא למתחרה הקטן.

15. נותרה השאלה האם יש מקום למנוע בעד "ידיעות" מלנקוט בשיטה זו, גם שלא כתגובה ישירה למבצעי החינם של "מעריב". כאשר אנו מדברים על תגובה בלתי ישירה, כוונתנו גם למקום בו התגובה נעשית שלא בנקודות המכירה בהן מקיים "מעריב" את מבצעו, או שלא בזמן המבצע של "מעריב".

בקשה 18/96

בבית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ואמנם, כפי שהודה מר יעקובי, התגובה של "ידיעות" אינה מתבצעת בהכרח באותם מקומות בהם מקיים "מעריב" את מבצעיו. כלשונו: "התשובה היא שאנחנו יוזמים בהתאם למשחק שחמט בינינו לבין "מעריב" כך שהתגובה אם "מעריב" עושה מבצע בחדרה, אני לא בהכרח מגיב בחדרה, יוזם מבצע בנתניה על מנת להכאיב לו איפוא שכואב לו שהוא מכאיב לי באיזור שכואב לי".

16. טענתו העיקרית של "ידיעות" לענין זה הינה כי האפשרות של הפצה בחינם אינה התשובה היחידה העומדת לרשות "מעריב", שכן אין כל מניעה ש"מעריב" יגיב באותה שיטה ממש, היינו, יציע אף הוא לקמעונאי להגדיל את עמלותיו תוך ויתור על זכות ההחזרה (עם או בלי הגדלת הכמות המוזמנת או הנמכרת).

לשם הוכחת טיעונו הגיש "ידיעות" במסגרת סיכומיו תחשיבים כלכליים בהם ניסה להוכיח כי מבחינתו של הקמעונאי קיימת כדאיות כלכלית בהפצת "מעריב" באותה שיטה של הנתת הנאמנות, גם מקום ש"ידיעות" כבר נוקט בשיטה כזו. אם ינקוט "מעריב" באותה שיטה, טוען "ידיעות", שוב לא תהא לקמעונאי סיבה להעדיף למכור דווקא את "ידיעות", שכן לאחר ששילם מראש גם עבור גליונות "מעריב", יהא הריווח הטמון מבחינתו במכירת גליון נוסף של "ידיעות" זהה לריווח שיצמח לו ממכירת גליון נוסף של "מעריב". לענין זה יש לבחון את התנהגותו של הקמעונאי בשתי נקודות זמן:

הנקודה האחת היא הנקודה בה כבר ביצע הקמעונאי את שתי העסקות, היינו, הוא פועל על-פי שיטת העמלות המוגדלות עם שני העיתונים והוא כבר מחוייב ברכישת מלוא הכמות המוזמנת של שני העיתונים גם יחד.

בנקודת זמן זו, מקובלת עלינו טענת "ידיעות" כי לא יהא לקמעונאי תמריץ להעדיף מכירת עיתון אחד על פני משנהו, שכן הריווח השולי המושג על ידו ממכירת כל אחד משני העיתונים זהה (מלוא המחיר).

ואולם, השאלה הקובעת בנסיבות אלה היא כיצד ינהג הקמעונאי בשלב הקודם, שבו עליו להחליט אם לאמץ את השיטה ואם כן, האם יעשה זאת עם שני העיתונים, או רק עם אחד.

בקשה 18/96

בבית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

כפי שהראה ב"כ "ידיעות" בסיכומיו, בעקרון, השיטה של הגדלת העמלות ללא החזרות אמורה להיות כדאית לקמעונאי כל עוד לא יעלה שיעור ההחזרות על היקף מסויים, שבו עלות הויתור על זכות ההחזרה לא תכסה את הפרשי העמלות. אולם, שיעור זה נמצא הרבה מעבר לתחום הרלבנטי לענייננו. בכפוף לכך, לא יכול להיות ספק בכך שאם יחליט הקמעונאי לעבוד בשיטה זו רק אם אחד העיתונים, חזקה עליו שיעדיף לעשות כן עם "ידיעות", זאת בשל יתרון הגודל של "ידיעות", וטיבה של השיטה, המתנמלת את הקמעונאי בהתאם להיקף הכולל של הרכישות.

השאלה הנוטרת היא, האם, במצב זה, בו כבר עובד הקמעונאי על-פי שיטת שיוק זו עם "ידיעות", יהיה לו כדאי לעבוד באותה צורה גם עם "מעריב"? לטענת ב"כ "ידיעות", גם במצב דברים זה, כדאי יהיה לקמעונאי לעבוד על פי אותה שיטה גם עם "מעריב", והוא גייס לעזרתו מערך של נוסחאות שנועד להוכיח תיזה זו.

17. לא שוכנענו בשלב זה מטיעונו של ב"כ "ידיעות", והדוגמא שלהלן תוכיח: נניח, על-פי אותה דוגמא שהובאה לעיל כי הקמעונאי מוכר 10 גליונות "ידיעות" (מתוך כמות מוזמנת של 12 גליונות) ו- 4 גליונות "מעריב" (מתוך כמות מוזמנת של 5 גליונות). עוד נניח כי הכמות הנמכרת הכוללת הינה כמות קבועה, ואולם לקמעונאי יש יכולת תמרון בהיקפי המכירות של שני העיתונים (כגון הסתרת עיתון "מעריב"). במצב של הנחת נאמנות ל"ידיעות" בלבד, סביר להניח כי הקמעונאי יעדיף למכור את העיתון "ידיעות אחרונות". הריווח המירבי אותו יכול הקמעונאי להפיק ממכירת כל עיתוני "ידיעות אחרונות" המוזמנים על ידו (על חשבון מכירת עיתוני "מעריב"), הוא 12 שקלים. במצב דברים זה הוא ימכור רק 2 גליונות "מעריב" ומכך הוא ירויח (על-פי עמלה רגילה של 15%) 0.60 ש"ח. הריווח הכולל של הקמעונאי ממכירת שני העיתונים יעמוד במצב זה על 12.60 ש"ח. אם, לעומת זאת, יסכים הקמעונאי לנהוג באותה שיטה גם בהפצת "מעריב", הרי שאז, לאחר שרכש את מלוא הכמות המוזמנת של שני העיתונים, לא יהיה

בקשה 18/96

בבית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

לו לכאורה מניע להעדיף מכירת עיתון אחד על פני משנהו. במצב דברים זה הוא יחזור להיות אדיש לגבי היקף המכירות של כל עיתון והמכירות תתבצענה כמקודם בהתאם לביקוש ה"טבעי". במצב זה הוא ימכור 10 (מתוך 12) גליונות של "ידיעות אחרונות", שהריווח בגינם (לאחר שרכש את מלוא הכמות של עיתוני "ידיעות אחרונות") יעמוד על 8 שקלים, ואילו הרווח בגין מכירת 4 (מתוך כמות מוזמנת של 5) עיתוני "מעריב", יעמוד על 3 שקלים, משמע, סך הרווח יעמוד על 11 שקלים, ויפחת מהריווח שיתקבל במצב בו הוא עובד על-פי שיטת הנחת הנאמנות רק עם "ידיעות".

מכאן, שהויתור על מכירת 2 עיתוני "ידיעות" שמשמעו הפסד של 4 שקלים, אינו מתקזז אל מול הריווח הגלום במכירת 4 עיתוני "מעריב" העומד על 8 שקלים בלבד, ובניכוי הריווח הרגיל הטמון במכירת 2 עיתוני "מעריב".

קל לראות גם כי תוצאה זו תשתנה אם נניח שהיקף המכירה של "מעריב" זהה להיקף המכירה של "ידיעות", היינו, עומד אף הוא על 10 עיתונים. במקרה כזה, ברור כי כדאי לקמעונאי לעבוד עם שני העיתונים באותה שיטה. משמע, חלקו של "מעריב" בשוק הוא הגורם לכך שהקמעונאי יעדיף שלא להפיצו בשיטה זו שבה הוא מוכן לעבוד עם "ידיעות". השיטה של הנחת הנאמנות מנצלת במקרה זה היטב את ייתרוננו המונופוליסטי של "ידיעות", בכך שהיא מקנה לקמעונאי בONUS בגין מלוא הכמות הנמכרת, וזו, כמובן גדולה הרבה יותר אצל בעל המונופולין.

18. אין בדעתנו להיכנס במסגרת זו לניתוח הטיעון "הנוסחתי" של "ידיעות", זאת, גם משום שלא הוגשו בשלב זה חוות דעת כלכליות, הליך שלא ראינו אפשרות להתיר בשלב זה של בקשת הביניים (ומה גם ש"ידיעות" לא הציג חוות דעת כזו לקראת הדיון). לפיכך, נסייג את האמור בהחלטה זו, בכלל, ולגבי נושא הנוסחאות - בפרט, כמו כל החלטת ביניים, לרמה הלכאורית בלבד.

עם זאת, ובכפוף לאמור לעיל, אנו סבורים כי הצגת הדברים בניתוח שכלל ב"כ "ידיעות" בסיכומיו לוקה בכך שהנוסחאות שפורטו בסעיף 87 לסיכומים

בקשה 18/96

בבית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

מניחות כי מבחינתו של הקמעונאי, בשני המקרים (היינו, בין אם יעבוד רק עם "ידיעות" בשיטת העמלות המוגדלות, ובין אם יעשה כן עם שני העיתונים), לא תשתנינה הכמויות הנמכרות של כל עיתון. על-פי הנחת המוצא שלנו, שהיא גם ההנחה העומדת ביסוד הדיון כולו, לקמעונאי יש שליטה על "טעמו" של הצרכן, והוא עלול לנצלה אם יינתן לו הפיתוי המתאים. משמע, במקרה בו יעבוד בשיטת העמלות המוגדלות תוך ביטול זכות ההחזרה רק עם "ידיעות", תגדל כמות עיתוני "ידיעות" הנמכרת, מי שמניח כפי שהניח ב"כ ידיעות, שאין הבדל בכמויות הנמכרות בשתי השיטות, מניח למעשה מראש את המבוקש, היינו מניח, כי השיטה נשוא הדיון אינה לוקה בחוסר הגיונות. אולם, הנחה כזו הופכת את הדיון בשאלת יכולתו של "מעריב" לחשוות את השיטה, לבלתי רלוונטי.

19. בהיעדר מודל כלכלי מלא, המביא בחשבון את כל המשתנים לרבות ההשפעות הנובעות ממעבר משיטה לשיטה, לא נוכל להגיע בעניין זה למסקנה כללית שתהיה תקיפה לגבי כל מקרה ומקרה. אולם, בעניין זה באו בפנינו ראיות נוספות המחזקות את הטענות כי "מעריב", לא יוכל להתמודד עם "ידיעות" בשיטה זו.

מר קן, המצהיר מטעם הממונה, העיד בעניין זה כי: "מעריב" אינו יכול לדרוש מהקמעונאי למכור את העיתון ללא החזרות. אם נדרוש זאת, הקמעונאי פשוט לא ייקח "מעריב". מעמדנו בנקודת המכירה איננו כמעמדו של "ידיעות" - הקמעונאי יכול להרשות לעצמו לוותר על "מעריב"..... זה לא קשור לחישובים מתמטיים שלך, זה קשור למציאות שבשטח. כי הקמעונאי הוא לא יושב פה".

ב"כ "ידיעות" טוען כי אין להסתפק לעניין זה בעדותו של מר קן. ואולם, גרסתו של מר קן נתמכת גם בעדותו של מר יעקובי אשר הודה כי קיימים מקומות, כמו חיפה שבהם "היכולת לעשות מבצעים של תמישים אחוז היא מאד מוגבלת כי מרבית הקמעונאים לא הסכימו לעשות תמישים אחוז בגלל ש"מעריב" מספיק חזק באיזור חיפה יחסית לאיזורים אחרים". משמע, היכולת לנקוט בשיטת שיוק זו מותנית, גם אליבא "ידיעות", במעמדו של העיתון

בקשה 18/96

בבית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ובחלקו בשוק. אם "ידיעות" מתקשה לנקוט בשיטת הנחות הנאמנות מקום שבו אין לו יתרון משמעותי על "מעריב", ולמרות שגם בנקודות אלה עדיין עולה תפוצתו של "ידיעות" על זו של "מעריב", מקל וחומר שגם "מעריב" לא יוכל לנקוט בשיטה זו מקום שבו יתרון הגודל מוקנה ל"ידיעות", וכזה הוא המצב בכל, או ברוב איזורי הארץ. זו היתה, כאמור, טענתו של מר קן, ועדותו של מר יעקובי, חזקה אותה בנקודה זו.

לאור עדויות אלה, אין להוציא מכלל אפשרות כי אפילו נכון הטיעון הכלכלי של "ידיעות", היינו כי כלכלית ירוויח הקמעונאי מאימוץ הנחת נאמנות זו שתוצע לו על-ידי "מעריב" גם מקום שהוא כבר נוקט בשיטה זו בהפצת "ידיעות אחרונות", גם אז, אין משמעות הדבר כי כך יתנהלו הדברים הלכה למעשה גם בשטח, ועדויותיהם של מר קן ומר יעקובי יוכיחו.

הדין הנוהג בקהילה האירופית המשותפת ובארה"ב

20. הצדדים הקדישו בסיכומיהם שימת לב מרובה לדין הנוהג בעניין זה באירופה ובארצות הברית.

נראה לנו כי ניתוח השיטה ונפקותה, כפי שפורט לעיל, די בו כדי להיענות לבקשה, ולו באופן חלקי, ואין בדעתנו להכנס במסגרת זו של צו ביניים לבחינה מעמיקה של הדין הנוהג בארצות אלה. לפיכך, נסתפק לעניין זה בהערות שלהלן.

אשר לדין הנוהג בארצות הקהילה האירופית, זה, כפי שהראינו לעיל, אוסר על מתן הנחות הנאמנות מסוג זה מכח סעיף 86 לאמנת רומא.

נראה שהמצב המשפטי במשפט האמריקאי בעניין זה פחות חד משמעי, ושם אין הנחת הנאמנות אסורה באופן כה גורף כבדיני הקהילה האירופית.

כך מציינת E.M FOX במאמרה:

"Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: 'Efficiency, Opportunity and Fairness'".

בקשה 18/96

בבית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

61 Notre Dame L. Rev 981:

"U.S. courts would not conclude, with strokes so broad, that fidelity rebates and discounts, exclusive dealing and requirements contracts by dominant firms are illegal". (p. 1009).

המחברת מזכירה באותו מאמר כי בתי המשפט בארה"ב פסלו הנחת נאמנות מקום בו הכיאה ההנחה לקביעת מחירי היצף, או מחירים שנקבעו באופן זמני ובמטרה להעלותם לאחר הוצאת המתחרה מן השוק, וכן במקום בו יצרה ההנחה מחסומי כניסה גבוהים שמנעו כניסת מתחרים לענף. אכן, דומה כי אין המקרה הנוכחי בא בגדר מקרים אלה. עוד מציינת המחברת, כי, בניגוד לפסיקת הקהילה האירופית, אין בעובדה שההנחה יוצרת פיתוי כלכלי כזה שקשה לעמוד בפניו, כדי לפסול את הנחת הנאמנות במשפט האמריקאי. מאידך מציינת המחברת גם כי:

"Loyalty discounts are low-priced competition. Requirements contracts tend to save costs (reduce risks and lower transaction costs) for buyers, and exclusive dealing contracts can save costs for sellers, particularly when knowledge of demand is important for production planning. Competition by lowering costs and lowering prices, even by a monopolist, is favored under U.S. law. Under U.S. law, loyalty discounts and exclusive dealing contracts by a dominant firm could constitute monopolization only if they maintain or increase market power or unnecessarily exclude rivals and are not means of giving consumers what they want". (p. 1009).

משמע, הטעם התומך בהתרת הנחת הנאמנות הוא, כי זו יכולה להביא להגברת התחרות תוך הורדת מחירים וחסכון בהוצאות. מאידך, גם על-פי המשפט הנוהג בארה"ב, הנחות נאמנות והסכמי בלעדיות הנעשים על-ידי פירמות דומיננטיות אסורים כאשר מטרתם הינה לשמר את כוחו של המונופול (או להגדילו) או לדחוק רגלי מתחרים.

במקרה שבפנינו, אין מדובר בהנחות נאמנות המגבירות את התחרות תוך הפחתת המחיר לצרכן, או לחסכון בהוצאות. להיפך, מדובר בהנחות שמטרתן לשמר את כוחו של בעל המונופולין ולדחוק רגלי מתחרים, וספק אם ככזו היא מותרת גם במשפט הנוהג בארה"ב.

בקשה 18/96

בבית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ב"כ הממונה מבקש מאיתנו להעדיף, בכל מקרה, את ההלכות הנוהגות בענין זה בדיני הקהילה האירופית, על אלה שנקבעו בבית המשפט בארה"ב (בכפוף לטענתו כי גם במשפט האמריקאי, אסורה הנחה כגון זו). אין בדעתנו להכריע בשאלה זו במסגרת זו של צו הביניים. עם זאת, יש להזכיר שעל אף המסגרת הרחבה יחסית של הדיון הנוכחי, שחרג מהמקובל לגבי סעדים זמניים, השאלה העומדת בפנינו בשלב זה, מבחינת סיכויי הבקשה העקרית, הינה האם קיימת שאלה רצינית הראויה לדיון, וקיומה של שאלה כזו, אכן הוכח, גם בלא להכריע במסגרת זו האם יש להעדיף בענין זה את ההלכות ככפי שהתגבשו בקהילת השוק המשותף, או בארה"ב.

זכות התגובה והגנת ה - Meeting Competition

21. בהתבססו על הדין הנוהג במשפט האמריקאי, מיקד ב"כ "ידיעות" חלק נכבד מטיעונו בזכות התגובה או זכות ההגנה של המונופול באנלוגיה להגנת ה "Meeting Competition" הנוהגת על-פי הדין האמריקאי. הגנה זו פותחה בארה"ב במסגרת סעיף 2(b) ל - Robinson Patman Antidiscrimination Act המעניק הגנה בפני אישום באפליית מחירים, במקרה ויוכח כי האפליה בוצעה בתום לב ובמטרה: "...to meet the equally low price of a competitor, or the services or facilities furnished by a competitor".

גם כאן, חורג הדיון הנוכחי מניתוח מלא של הגנה זו במשפט האמריקאי. כל שנוכל לומר בשלב זה הוא, כי ראשית, עצם השימוש בזכות ההגנה של ה - Meeting Competition כאנלוגיה לענייננו מוטל בספק. שנית, גם על-פי הכללים החלים לגבי הגנה זו במשפט האמריקאי, ספק רב אם ניתן לחתיר שיטה זו במקרה שבפנינו. מעבר לאלה, כפי שכבר צויין לעיל, מקובל גם עלינו, וללא קשר להגנת ה - Meeting Competition, כי גם למונופולין עומדת זכות התגובה או זכות ההגנה מפני מתקפת המתחרה. השאלה היא האם זכות זו מופעלת בצורה לגיטימית ותוך שמירה על תחרות הוגנת בעסקים. גם ב"כ "ידיעות" מציין בסיכומיו כי 'הזכות להגנה עצמית משתרעת על אמצעי

בקשה 18/96

בבית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

תגובה סבירים "...". בנוסף, מקום בו נוקט בעל המונופולין בתחרות לא הוגנת, וכזה הוא לכאורה המצב מקום בו מנהיג בעל המונופולין שיטת שיווק המבוססת על מתן הנחות נאמנות, נטל ההוכחה לגבי סבירותה של התגובה מוטל עליו. גם בדין האמריקאי, עליו מתבסס לענין זה ב"כ "ידיעות", נטל הוכחת טענת ההגנה של ה Meeting Competition, חל על הטוען לה.

22. השאלה לאור כך היא, האם אמנם משתמש "ידיעות" בהנחת הנאמנות רק כתגובה למבצעי "מעריב", ואם כן, האם הוכח, לפחות לכאורה, כי הדבר נעשה באופן סביר ובצורה הוגנת.

כפי שצויין לעיל, אנו מוכנים לקבל, לצורך בקשה זו, את ההנחה כי זכות התגובה הינה לגיטימית ונופלת במתחם הסבירות, מקום שמדובר בהתגוננות ישירה נגד מבצעי הפצה בחינם של מעריב, היינו, כאשר השיטה מופעלת בנקודות המכירה ובזמנים בהם מתנהלים שם מבצעי "מעריב". אולם, לאור הראיות שבאו בפנינו, איננו יכולים לקבוע ש"ידיעות" מפעיל את השיטה נשוא הדיון כאמצעי תגובה דווקא.

בתצהירו אמנם טען מר יעקובי כי "ידיעות" נוקט בהנחת הנאמנות רק בתגובה לפעולות שיווקיות של מעריב. אולם, מחקירתו וכן מראיות נוספות שהוצגו עולה, כי "ידיעות" מפרש את זכות התגובה במובנה הרחב ביותר, היינו, כחלק מטאקטיקה שיווקית המיועדת להכאיב ליריב - "מעריב", במקום שכואב לו, ולא דווקא כתגובה ישירה למבצעי ההוזלה של "מעריב".

כך עולה מהודעתו של מר יעקובי מיום 14.8.95, בה טען כי "...המבצע בהיבט של הנחות כפי שנהוג באזורים שונים בארץ הן כתגובה והן כיוזמה". כך, גם עולה מדבריו של מר בוברמן, מנהל סניף תל אביב של "ידיעות" שאושרו על-ידי מר יעקובי, על-פיהם יזם "ידיעות" מבצעים כאלה בתל אביב ללא כל קשר למבצעי הנחות של "מעריב".

בקשה 18/96

בבית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

במקרים אלה מדובר בטאקטיקה יזומה, שאין לה לכאורה קשר, ודאי לא קשר ישיר, להתנהגות "מעריב".

פעמים ננקטת שיטה זו, כעולה מעדותו של מר יעקובי, כתגובה ליוזמות של "מעריב" שאינן קשורות להפחתת המחיר, או הגדלת העמלות לקמעונאי. כך, הודה מר יעקובי בחקירתו כי "ידיעות" הגיב במבצעי הנחה לאחר ש"מעריב" צירף לגליון יום השבת שלו בחיפה שבועון מקומי. תגובה זו, מסתבר, אף לא נעשתה בחיפה, שכן, שם (בחיפה) "מעריב חזק מדי".

במקרה זה, נוצר איפוא מצב שבו, בעוד "מעריב" מנסה לשפר את איכותו ולהציע לצרכן מוצר אטרקטיבי יותר, מגיב "ידיעות" בצעד שאינו מכוון להתחרות על כיסו או טעמו של הצרכן, אלא על כיסו של הקמעונאי, על-ידי הצבת קשיים מלאכותיים במערך ההפצה, באמצעות ניצול היתרון לגודל של "ידיעות".

תגובה מסוג זה אינה תגובה לגיטימית, ואין בה, לדעתנו, כדי להצדיק שימוש בשיטת הנחת הנאמנות.

במקרים אחרים, אותם כבר הזכרנו לעיל, והם כנראה רוב המקרים, אמנם משתמש "ידיעות" בשיטת ההנחות כתגובה למבצעי חינם של "מעריב", אך תגובה זו אינה נעשית בנקודות המכירה בהן מקיים מעריב את מבצעיו וגם לא בזמני המבצע של "מעריב". התגובה במקרים אלה יכול שתתבצע בערים אחרות, ובמקומות בהם "יכול" "ידיעות" להכאיב ל"מעריב" היכן שכואב לו.

23. לענין זה נחלקו הצדדים לגבי השאלה האם יש להכיר בזכות התגובה, כאשר היא נעשית במקומות שונים ובזמנים שונים מאלה בהן בוצעה הפעולה השיווקית נשוא התגובה.

לטענת הממונה, גם במסגרת הגות ה Meeting Competition, אין להכיר בזכות התגובה, אלא כאשר היא נעשית באותם איזורים ובסמיכות זמנים לפעילות השיווקית של המתחרה עליה היא נועדה להגיב.

בקשה 18/96

בבית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

כאשר מתבצעת התגובה במקומות ובזמנים אחרים, אין לראותה, לטענת הממונה, כתגובה תחרותית, שכן אין בה, משום נסיון להתמודד על חוג הלקוחות החשופים למבצעיו של המתחרה, אלא על לקוחות אחרים שאין להם כל קשר למבצעיו של מעריב. תגובה כזו, גם אינה מנסה לנטרל את התוצאות השיווקיות הצומחות ממבצעי החינם של "מעריב", שכן היא איננה מנסה להציע לקמעונאים או לצרכנים שנתשפו ל"פיתויי" מעריב תמריץ מושך יותר, אלא מציעה לקמעונאים אחרים טובות הנאה שמטרתן לגרום להם למנוע מלקוחותיהם את היכולת לרכוש את העיתון המועדף עליהם. טאקטיקה כזו אינה אלא פעולת תגמול, שכל מטרתה היא "להכאיב (ל"מעריב") באיזור שכואב לו", ובאמצעים עליהם אין ל"מעריב" תשובה ושאינם אין הוא יכול להתמודד בשל יתרונות הגודל של בעל המונופולין.

24. ב"כ "ידיעות" טוען, לעומתו, כי על-פי המשפט האמריקאי (פסה"ד בעניין Competition Meeting (Falls City Ind v Vanco 460 U.S. 428), הננת ה- Competition Meeting אינה מוגבלת לנקודת מכירה ספציפית, והיא יכולה להשתרע על פני איזור שלם. כך גם זמן התגובה, אשר אינו מוגבל לאותה תקופה בה הפעיל המתחרה את מבצעיו, ויכול שישתרע גם מעבר לתקופה זו. ספק רב בעינינו אם האנלוגיה להגנת ה meeting competition תוכל לסייע ל"ידיעות". ראשית, בית המשפט בעניין Falls City הנ"ל הדגיש כי מדובר בטענת הגנה, שבה ניתן להצדיק אפליית מחירים רק כאשר מוכח כי אדם סביר היה מאמין כי :

"...the sellers lower price would meet the equally low price of a competitor".
 (Ibid, 451).

קשה לראות כיצד ניתן לבצע meeting כזה, כאשר המתחרה מוריד את מחיריו (או נותן הנחה לקמעונאי) בחיפה והתשובה על כך ניתנת בבאר שבע. אכן, אין ספק כי במאזן התחרות הכולל שבין "ידיעות" ל"מעריב" יש בתגובה כזו משום יתרונות כלכליים מבחינתו של המונופול, אך ההגנה של ה - Meeting Competition, אין עניינה בטאקטיקה של לותמה נגדית

18/96 בקשה

בבית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

המיועדת לשמר את מאזן הכוחות או חלוקת השוק הכוללת בין המתחרים, אלא, בתחרות על הלקוחות החשופים למתקפת המתחרה. כפי שהגדיר זאת בית המשפט

בענין Falls City הנ"ל:

"...We agree that a seller's response must be defensive, in the sense that the lower price must be calculated and offered in good faith to "meet not beat" the competitor's low price". (Ibid, p. 446).

כך גם קובע Callmann בספרו: The Law of Unfair Competition

Trademarks and Monopolies (4th ed, VOL 5, p. 114):

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

בענין "Falls City" אמנם דחה בית המשפט את ההשקפה כי הגנת ה meeting competition מוגבלת ל "customer to customer basis" וקבע כי הגנה זו, יכול שתחול גם על בסיס איזורי. עם זאת, הוסיף בית המשפט וקבע כי הפחתת המחיר צריך שתהיה אפקטיבית לגבי אותם לקוחות שניתן להניח באופן סביר כי הם חשופים למחיר המופחת של המתחרה;

"Of course, a seller must limit its lower price to that group of customers reasonably believed to have the lower price available to it from competitors". (Ibid, p. 450).

ואולם, מי שמבקש להפעיל את המחיר המפלה על בסיס איזורי, הוסיף בית המשפט וקבע באותו ענין:

"One choosing to price on a territorial basis, rather than on a customer-by-customer basis, must show that his decision was a genuine, reasonable response to prevailing competitive circumstances." (Ibid, p. 450-451)

כפי שראינו, התגובה של "ידיעות" אינה מוגבלת לאיזור בו מפעיל "מעריב" את שיטת ההפצה בחינם. השיקול של "ידיעות" בתגובתו כלל אינו שיקול איזורי, והוא מוכתב, כעולה מעדותו של מר יעקובי, על-פי מידת האפקטיביות של התגובה. בנסיבות אלה לא עמד "ידיעות" בנטל להוכיח, ולו

בקשה 18/96

בבית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

לכאורה, כי השיטה נשוא הדיון מופעלת על ידו על בסיס איזורי כ:

"genuine, reasonable response to prevailing competitive circumstances". (Ibid).

25. נוסף ונציין, במאמר מוסגר, כי קשה לנו לראות, דווקא על-פי שיטתו של "ידיעות", כיצד יש בשיטת הגדלת העמלות ללא החזרות, כאשר היא מופעלת בנקודות מכירה בהן אין "מעריב" מקיים את מבצעי ההפצה שלו, משום פעולה הגנתית יעילה כנגד מבצעי "מעריב". "ידיעות" הרי טוען כי מבחינתו של "מעריב" אין כל מניעה להשוות שיטה זו ולנקוט באותה טאקטיקה של הגדלת העמלות ללא החזרות, גם באותן נקודות מכירה בהן מופעלת כבר השיטה על ידי "ידיעות".

במצב דברים זה, ועל-פי שיטתו של "ידיעות", אם ישיב "מעריב" באותה מטבע, יביא הדבר, כפי שהראינו לעיל, להשוואת התמריצים של הקמעונאי במכירת שני העיתונים והוא יהיה אדיש בין מכירת עיתון נוסף של "ידיעות" לבין מכירת עיתון נוסף של "מעריב". הסביר נושא זה דווקא מר יעקובי:

"ש. השאלה שלי היא מה לדעתך יקרה אם מעריב יפתח ב-50% עמלה בלי החזרות ואתה תפתח ב-50% בלי החזרות.
 ת. אני חושב שמה שיקרה זה מה שנקרא בכלכלה אפקט האצטדיון. זאת אומרת האיצטדיון אומר שכן אדם אחד צריך [לראות] יותר טוב אחריו קמים כולם רואים את המשחק בדיוק אותו הדבר כי כולם קמו אבל כולם עומדים. זה בדיוק מה שקורה בהנחות.
 בסוף כולם מתיישרים על רמת הנחות וזהו ומוכרים את אותם הכמויות רק היצרנים מרוויחים פחות זה בדיוק מה שיקרה גם במקרה הזה. וזה גם מצב ידוע של מתן הנחות".

אם יש בידי "מעריב" תשובה הולמת המנטרלת את טאקטיקת הגדלת העמלות הנקטת על-ידי "ידיעות", ואם תביא השיטה לכך "שכולם קמו אבל כולם עומדים ורואים את המשחק בדיוק אותו הדבר", דהיינו, "כולם מתיישרים על רמת הנחות וזהו ומוכרים את אותם הכמויות רק היצרנים מרוויחים פחות", כטענתו של מר יעקובי, כי אז, קיים בעינינו ספק של ממש לגבי הצידוק בנקיטת שיטה זו, ככל שמדובר בשיקול ההגנתי.

בקשה 18/96

בבית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

שיקול זה יפה גם לגבי הנושא של מאזן הנוחות, שהרי על-פי שיטתו של "ידיעות" עצמו, היענות לבקשה והוצאת צו הביניים, לא זו בלבד שלא תפגע בכמויות הנמכרות על ידו, אלא בסופו של יום תביא דווקא להעלאת רווחיו ולמניעת מלחמת הנחות שבסופה יימצאו הן "ידיעות" והן "מעריב" במצב ההתחלתי שבו יצאו למבצעים, אך עם ריווח נמוך יותר.

26. לאור האמור, אנו סבורים כי אין למנוע בשלב זה בעד זכות התגובה של "ידיעות" באותן נקודות מכירה ובאותם זמנים בהם מפעיל "מעריב" את טאקטיקת השיווק של הפצת העיתון שלו בחינם. אולם, אין בידנו לקבל בשלב זה את השיטה כאשר היא מופעלת ביוזמת "ידיעות" בנוסבות אחרות.

אנו ערים לכך שמגבלה זו, המעמידה למעשה את זכות התגובה על בסיס של customer-by-customer, כרוכה בקשיים, בייחוד מבחינת מימד הזמן, שהרי "מעריב" אינו מודיע ל"ידיעות" מראש מתי הוא עומד לפתוח במבצע חינם, וסביר כי פעמים יגלה "ידיעות" על דבר קיומו של המבצע לאחר מעשה. אם "ידיעות" אינו יכול להגיב בו זמנית על מבצעי "מעריב" עשויה להתעורר השאלה האם אין להרחיב את זכות התגובה, הן מבחינת המימד האיזורי והן מבחינת מימד הזמן. מנגד, יכולה לעלות באותו הקשר הטענה כי בהעדר יכולת לתגובה נקודתית יעילה יש לאסור תגובה תחרותית בלתי הוגנת בכלל, ואולם, גם אם יתקבל העקרון של התגובה האיזורית, הרי הגדרת איזור התגובה, כמו גם תחילת זמן התגובה, הן מבחינת משכו, והן מבחינת סמיכותו למבצעי "מעריב", הם נושאים סבוכים. "ידיעות" לא העלה בפנינו הצעות קונקרטיות בעניין זה, ובנוסבות אלה איננו רואים אפשרות לדון בנושאים אלה בשלב זה.

התנאים למתן צו הביניים

27. הצדדים הרחיבו את טיעוניהם גם לענין התנאים הנדרשים למתן צו ביניים, בכלל, ובתחום הגבלים העסקיים בפרט.

בקשה 18/96

בבית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

בעקרון, נראה לנו כי התנאים הנדרשים למתן צווי ביניים רגילים, יחולו גם על צווי ביניים בתחום ההגבלים העסקיים, בכפוף לכך שבנושא זה של דיני ההגבלים העסקיים נודעת חשיבות מרכזית לשיקול של טובת הציבור. לפיכך, תיבחנה במסגרת זו גם השפעותיו של הצו המבוקש, אם ינתן, או יסורב, על טובת הציבור.

לצד האינטרס הציבורי, יש לשקול, לדעתנו, גם את שיקולי הנוחות של המשיבים וכן, אלה המתחרים - הנפגעים. מסקנה זו נובעת מלשונו של סעיף 80(4) לחוק, המתייחס "לתחרות בלתי הוגנת בעסקים בין בעל המונופול לבין אחרים". מסקנה זו אף אומצה על-ידי בית הדין בענין "דובק", שגם שם בדק בית הדין את השפעת מעשיה של דובק על המתחרים.

שאלה הראויה לבירור

28. לאור כך, עלינו לשקול, ראשית, אם הוכיח המבקש קיומה של שאלה הראויה להיות נדונה בפני בית הדין (ראה: כב' השופט לוין במאמרו: "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים", הפרקליט, מב (3) 451; ד"ר יוסמן - סדרי הדין האזרחי, בעריכת כב' השופט ש. לוין, מהדורה שביעית, עמ' 616).

לאור השיקולים שהובאו לעיל, אנו סבורים שקיומה של שאלה כזו, הראויה לבירור, אכן הוכח.

מאזן הנוחות

29. מר יעקובי הצהיר כי: "התוצאה המיידית של מתן צו זמני, אשר יכלול גם את הסעד השני והשלישי תהיה שלילה כמעט מוחלטת של יכולת התגובה של ידיעות אחרונות לפעולות שיווקיות של מעריב. בהקשר זה חשוב להדגיש, שהנסיון שצברתי מוכיח, כי כאשר ידיעות נמנעת מלהגיב לפעילות של מעריב, נגרמת ירידה בהיקף המכירות של העיתון".

בקשה 18/96

בבית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

כדי למנוע (או להפחית) תוצאה זו, טוען "ידיעות" יהא עליו לאמץ שיטות שיווק חלופיות, יקרות יותר, כגון שימוש בדיילות, מתנות וכיו"ב.

אכן, סביר להניח כי האיסור על נקיטת שיטת שיווק זו תיפגע באותו יתרון כלכלי שמבקש "ידיעות" להשיג עקב הפעלתה. הדברים עולים הן מעדותו של מר יעקובי והן מעדותו של מר קן. מר קן העיד כי כאשר נוקט ידיעות בשיטת שיווק זו, כי אז פוחתת באותם נקודות תפוצתו של מעריב, ואילו מר יעקובי העיד כי "אנחנו גדלנו באותם מקומות".

צודק הממונה בטענתו כי גם כך נותרו באמתחתו של "ידיעות" שיטות שיווק נוספות, כגון, הגדלת העמלות מבלי להתנותן בויתור על זכות ההחזרה, חלוקת מתנות ומכירת העיתון באמצעות דיילות. אולם, לצורך בקשה זו, אנו מוכנים לקבל את טענת "ידיעות" כי עלותן של שיטות שיווק חלופיות אלה יקרה יותר, או שיעילותן פחותה מהשיטה נושא דיון זה. מאידך, ידיעות לא הוכיח את תוספת העלויות שתיגרס לו בגין הויתור על השיטה הנוכחית והמרתה בשיטות שיווק חלופיות אלה ולענין זה יש להביא בחשבון את נחיתותו של "מעריב" בהתמודדות עם "ידיעות". נחיתות זו מתבטאת בכך שמחד, יכול "ידיעות" לנטרל את מבצע החינם של מעריב במחצית העלות והוא אף יכול להמיר את שיטת השיווק נושא הדיון בשיטות שיווק אחרות. מאידך, ל"מעריב", כפי שהוסבר, אין מענה של ממש לשיטה זו, מה שמביא בהכרח להקטנת תפוצתו באותן הנקודות בהן מופעלת השיטה, או מאלצו להפיץ את עיתוניו באותן נקודות ללא תמורה.

ואולם, מאזן הנוחות נערך, לא רק על-פי מאזן המכירות של שני העיתונים בנקודות המכירה בהן מופעלת השיטה. מבחינה זו, אפילו נתעלם מנחיתות יכולת התגובה של "מעריב", נחיתות הנובעת מעקרון הגודל של "ידיעות", ומשיטות השיווק החלופיות העומדות לרשות "ידיעות", גם אז ניתן, לכל היותר, לומר כי הגדרתית הנזקים שווים, שכן תוספת המכירות של "ידיעות" עקב הגדלת ההנחות ללא זכות החזרה, אמורה להשתוות להקטנת התפוצה של "מעריב". (ע"א 483/85, לב נ' דגם מערכות, פ"ד ל"ט (4) 726, בעמ' 732

בקשה 18/96

בבית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ליד האות ו'). אולם, השלכותיה של השיטה לגבי הפגיעה בתחרות צריך שתבחן מזווית ראייה רחבה יותר.

בהקשר זה, ברור שיש בשיטה מימד של איום והרתעה מפני נסיונות של "מעריב" לשפר את איכותו ולהגדיל את תפוצתו, שכן כל נסיון כזה, עלול להיתקל בתגובה של מתן הנחות נאמנות, שעל כך אין ל"מעריב" מענה. מכאן, שההשפעה על מאזן הנוחות אינו בא לידי ביטוי אך כמנין הנזקים בנקודות המכירה בהן מופעלת השיטה בפועל, אלא גם, אם לא בעיקר, באפקט ההרתעתי שלה והשפעתו המצטברת על בלימת התחרות בין העיתונים.

גם העובדה שכיום נוקט "ידיעות" בשיטה זו ב- 0.5% מנקודות המכירה (לטענתו של מר יעקובי), אין בה כדי לשלול מסקנה זו. ראשית, במצב הדברים הנוכחי, אין "ידיעות" מוגבל בתגובתו אך למספר כזה או אחר של נקודות מכירה. עובדה היא, כי בעת שהגביר "מעריב" את פעולות השיווק שלו, הגביר אף "ידיעות" את השימוש בשיטת הגדלת העמלות, עד כי תפוצתה הגיעה ל - 10% מנקודות המכירה שלו, משמע בכ - 700 נקודות מכירה. סביר איפוא להניח כי אם ישוב "מעריב" ל"סורו", בין בדרך של מבצעי ההוזלות ובין בדרכים אחרות, כגון שיפור איכותו של העיתון, ישוב גם "ידיעות" אם לא ייאסר עליו לעשות כן, ויגביר את היקף השימוש בשיטת שיווק זו. מעבר לכך, אין מדובר בנקודות מכירה קבועות, שהרי "ידיעות" קובע את זהותן של נקודות המכירה, כדברי מר יעקובי, "בהתאם למשחק השתמט ביננו לבין "מעריב" ובמקומות בהן הוא יכול להכאיב ל"מעריב". כך, על פני תקופת זמן, עלולים מבצעי "ידיעות" להתפרס על פני מספר גדול מאד של נקודות מכירה.

להתפרסות כזו, עלולה להיות משמעות מרחיקת לכת, שכן היא עלולה להביא לשינוי בהרגלי הקריאה של הצרכנים, גם כאשר היא מופעלת משך תקופה קצרה.

נזקיו המדויקים של "מעריב" אמנם אינם ניתנים להערכה, אך ברור שמדובר בנזקים משמעותיים בעלי השפעה ארוכת טווח על התפתחותו של העיתון, ואשר לא יהיו ניתנים לתיקון (ראה: ע"א 488/85 לב ואח' נ' דגם מערכות).

972 2 291294

בקשה 18/96

בבית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ג'ל-ג'ל
ג'ל-ג'ל
ג'ל-ג'ל

לענין זה מקובל עלינו כי אין הכרח, לצורך מתן צו ביניים, להוכיח קיומו של סיכון לגבי עצם המשך קיומו של "מעריב" ודי בנזקים שהוכחו כדי להיעתר לבקשה.

בנוסף על אלה, יש בדעתנו, כאמור, בהמשך לצמצם את היקפו של הצו המתבקש על-ידי הממונה, מה שיביא אף הוא להקטנת נזקיו של "ידיעות".

30. אשר לנזק הנגרם לציבור; זה בא לידי ביטוי בראש ובראשונה, בפגיעה בתחרות בין שני העיתונים. דומה כי על חשיבותה של התחרות החופשית, ועל הנזק שבפגיעה בתחרות מבחינתו של הציבור, אין עוד צורך להרחיב את הדיבור. בנסיבות שבפנינו, עשויה הפגיעה בתחרות שבין שני העיתונים לפגוע בציבור, על-ידי כך שתמנע שיפור באיכותם של שני העיתונים, שיפור ממנו יכול וזכאי הציבור להינות.

ברמה העקרונית והיותר רחבה ניתן לומר, כי אם רעה הפגיעה בציבור הנגרמת עקב הגבלת התחרות ככלל, רעה היא שבעתים כאשר מדובר בפגיעה בתחום רגיש זה של התקשורת.

קיומה של תחרות בלתי הוגנת בתחום זה פוגעת ב"שוק הרעיונות החופשי" שקיומו מחייב ביזור ומניעת ריכוזיות העלולה להביא למצב שבו "חוג מצומצם של בעלי שליטה מכתובים ומעצבים את "שוק הרעיונות" (דברי כב' הנשיא שמגר בבג"צ 6218/93, תקדין - עליון, כרך 95, 1460).

למעשה, הפגיעה בתחרות בתחום זה פוגעת בכל אותם ערכי היסוד, בראש ובראשונה, חופש הביטוי, שעליהם נועדה העיתונות להגן. כאשר עולה חשש סביר לקיומה של פגיעה כזו, מן הראוי להפסיק את הפגיעה, ויפה שעה אחת קודם.

31. מעבר לאלה, מקובל עלינו, כאמור לעיל, שלא לפגוע בשלב זה בזכות התגובה של "ידיעות", ככל שמדובר בתגובה נקודתית המתבצעת באותן נקודות מכירה ובאותם זמנים בהם מתבצעים מבצעי המכירה של "מעריב". צמצום הצו במובן זה, יש בו, לדעתנו, לאזן בין האינטרסים הנוגדים, תוך מניעת נזק קשה

בקשה 13/96

בבית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

לתחרות, לציבור ו"למעריב" מחד, ומניעת פגיעה מעבר לדרוש בחופש העיסוק של "ידיעות", מאידך.

32. לאור האמור אנו סבורים כי במאזן הנוחות הכולל, עולים הנזקים העלולים להגרם עקב אי מתן הצו, לציבור ולמתחרה - "מעריב", על הנזקים העלולים להיגרם עקב מתן הצו ל"ידיעות".

נתנו דעתנו גם על טענותיו של ב"כ "ידיעות" לענין "הלימותו" (כלשונו) של צו הביניים את חוקי היסוד המגינים על חופש העיסוק, לרבות זה של בעל המונופולין. אנו סבורים כי צו הביניים הניתן על ידנו בהחלטה זו עולה בקנה אחד עם חוק היסוד האמור, שכן הוא ניתן לתכלית ראויה ופגיעתו בבעל המונופולין אינה עולה על הנדרש.

הרחבנו בדברינו, מעבר למקובל בבקשות מסוג זה, הן בעקבות סיכומי הצדדים, והן בשל כך שמדובר, ככל הידוע לנו, בסוגיה המתעוררת לראשונה במשפטנו. עם זאת, ולמען הסר ספק, נבקש לציין כי מסקנותינו דלעיל, מוגבלות בשלב זה לרמה הלכאורית בלבד.

33. המשיבים טענו כי מערך השיווק וההפצה של העיתון "ידיעות אחרונות" מנוהל ומופעל על-ידי ידיעות אחרונות בע"מ (המשיבה 1) וכי למשיבה 2 (ידיעות תקשורת בע"מ) אין בו כל חלק. הממונה לא חלק על טענה זו ולפיכך יינתן הצו שלהלן כנגד המשיבה 1 בלבד.

34. לאור האמור אנו מצווים כדלקמן:

א. המשיבה 1 - "ידיעות אחרונות בע"מ" לא תעניק לנקודת מכירה, או לקבוצת נקודות מכירה, עמלות מוגדלות בגין מכירת העיתון "ידיעות אחרונות" אם הגידול בעמלה מותנה בביטול זכות ההחזרה של עיתוני "ידיעות" שלא נמכרו או בגידול בכמות עיתוני "ידיעות אחרונות" הנמכרת באותה נקודה.

בקשה 18/96

בבית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ב. צו זה לא יחול על כל נקודת מכירה בה מפעיל מעריב מבצעי הוזלה או מבצעי הנותה, בין בהוזלת מחיר העיתון ובין בהגדלת העמלות, בין לציבור ובין לקמעונאי, וכל עוד מתקיים מבצע כזה באותה נקודה.

ראינו להרחיב את האמור בסייג זה על כל מבצע הוזלה, לאו דווקא הפצה בחינם, כדי למנוע עקיפת הצו על-ידי מתן הנחות גדולות שאינן מגיעות עד כדי הפצת חינם. כך למשל, הפצת העיתון עבור 1.5 ש"ח תוך הגדלת עמלת הקמעונאי ל- 1 ש"ח, אינה רחוקה מהפצת העיתון בחינם. כן התרשמותנו כי עיקר הבעיה נעוץ במבצעי החינם של "מעריב".

ניתנה היום, כ"ח באלול תשנ"ו (12.09.96), בהעדר הצדדים.

המזכירות תמציא העותק ההחלטה לב"כ הצדדים.

ד"ר א. אביבי

מר איתן אביבי

חבר

ד"ר א. אביבי

ל. לוין-זולברג, עו"ד

חברה

י' עדיאל, שופט

י' עדיאל, שופט

המשנה לאב בית הדין