

INFO@GOLDFARB.COM  
WWW.GOLDFARB.COM

מגדל אלקטרה  
רחוב יגאל אלון 98  
תל אביב 6789141  
טלפון: 608-9999 (03)  
פקס: 608-9909 (03)

גולדפרב זליגמן  
עורכי דין | נוסד 1930



|| נגה רובינשטיין, שותפה  
|| ישיר: 608-9843 (03)  
|| פקס: 608-9184 (03)  
|| noga.rubinstein@goldfarb.com

29 בפברואר 2016

כ' אדר א תשע"ו

תיק: 7562.2

בדוא"ל: [vaada@moc.gov.il](mailto:vaada@moc.gov.il)

לכבוד

הוועדה להסדרת הרגולציה על שוק השידורים  
ירושלים

שלום רב,

הנדון: פיוונים ומגמות ביניים - הוועדה המייעצת להסדרת הרגולציה על השידורים

בשם מרשתנו, יוניברסל מקקאן בע"מ (להלן: "יוניברסל"), הרינו מתכבדים להביא בפניכם את התייחסותנו לפרק ז' במסמך שבנדון (להלן: "דו"ח הביניים").

נודה לקבלת זימון למפגש עם חברי הוועדה.

בכבוד רב,

אלעד כהן, עו"ד

נגה רובינשטיין, עו"ד



נגה רובינשטיין, שותפה  
ישיר: 608-9843 (03)  
פקס: 608-9184 (03)  
noga.rubinstein@goldfarb.com

## הנדון: ביוונים ומגמות ביניים - הוועדה המייעצת להסדרת הרגולציה על השידורים

1. יוניברסל מקקאן בע"מ (להלן: "יוניברסל") היא חברה פרטית העוסקת במתן שירותי ייעוץ, תכנון ורכישת מדיה (להלן: "רכש מדיה"), עבור חברות העוסקות במתן שירותי פרסום שאינן חברות רכש מדיה (להלן: "חברות פרסום") ועבור מפרסמים. תפקידה של יוניברסל הוא לתכנן בצורה אופטימאלית את מועדי הפרסום המתאימים לצרכי המפרסם ובהתאם לרכוש עבורו את זמן הפרסום מגופי המדיה, ביניהם גם ערוצי הטלוויזיה המסחריים.
2. שוק רכש המדיה מאופיין בשנים האחרונות בתחרות גבוהה מאוד, הבאה לידי ביטוי, בין היתר, בכמות השחקנים הפועלים בענף ובניוד תקציבי פרסום ביניהם. בנוסף, השוק מתאפיין בחסמי כניסה נמוכים: אין צורך בתשתית או הון התחלתי אלא ידע והבנה של תחום הפרסום והמדיה. כך, לצד יוניברסל פועלות בענף הפרסום חברות רכש מדיה נוספות המתחרות בה, ביניהן: יוניון מדיה; מדיה קומוניקיישן לינקס; TMF מדיה פורס ניהול; זניט מדיה; לשכת הפרסום הממשלתית; שמעוני פינקלשטיין אף-סי-בי; ו-roi מדיה.
3. פעילותן של חברות רכש המדיה מקדמת את התחרות בענף הפרסום בטלוויזיה המסחרית, המאופיין במספר מוגבל של גופים משדרים המתבססים על הכנסות מפרסום. רכישת המדיה באמצעות חברות רכש המדיה מאפשרת למשרדי פרסום קטנים ובינוניים ליהנות מיתרון לגודל.
4. במרוצת השנים התייעל שוק רכש המדיה. כיום, מרבית המפרסמים במשק מסתייעים בחברות ייעוץ ובקרת מדיה לצורך בחינה והשוואה בין הצעות רכש מדיה המתקבלות מחברות רכש המדיה או מגופי השידור המסחריים בעצמם, המציעים למפרסמים לרכוש מהם זמן פרסום במישרין, מבלי להתקשר עם חברת רכש מדיה.
5. יחד עם זאת, מגמה נוספת המאפיינת את שוק הפרסום בשנים האחרונות היא ירידה בשיעור ההוצאה על פרסום ביחס לתמ"ג, וזאת בעיקר בשל מידת הריכוזיות והעדר התחרות במשק הישראלי בכללותו, והצורך ההולך וקטן של הגופים הגדולים במשק בפרסום.
6. כך, ממסמך בנושא "השפעת השינוי בהוצאה לפרסום על כלי התקשורת" שהגיש מרכז המחקר והמידע של הכנסת לוועדת הכלכלה ביום 25.6.15 עולה, כי בין השנים 2006 ל-2014 הצטמצמה עוגת הפרסום, אשר בשנת 2006 עמדה על כ-0.54% מהתמ"ג ובשנת 2014 עמדה על 0.34% בלבד, שיעור נמוך באופן ניכר מהשיעור במערב אירופה אשר עמד בשנת 2014 על 0.56% מהתמ"ג ומהשיעור בצפון-אמריקה, אשר עמד באותה שנה על 0.87% מהתמ"ג<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> <https://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m03563.pdf>



7. לאור התחרות הערה בתחום הפרסום בכלל ובענף רכש המדיה בפרט ונוכח מיעוט פלטפורמות השידורים המסחריים, האמירה בדו"ח ביניים (כמעט אגב אורחא) לפיה חברות רכש המדיה מפעילות כח שוק ביחס לגופי השידור והמפרסמים היא אמירה בעלמא, הדורשת הוכחה. מובן, שאין להגביל מכוחה את נתחי השוק של חברות רכש המדיה ואת רווחיהן.

8. לסיום פרק זה, אך לא בשוליו, נציין כי להבדיל מגופי השידור, חברות רכש מדיה, ויוניברסל ביניהן, הן חברות פרטיות הפועלות בשוק חופשי ותחרותי, שאינן מקבלות ולא קיבלו מעולם כל זכות מהמדינה. פעילותן של חברות רכש המדיה אינה מוסדרת, הן אינן נדרשות לרישיון או היתר והן אינן כפופות לרגולציה ייעודית. בנסיבות אלה, הגבלות על נתחי השוק של חברות רכש מדיה היא צעד הפוגע בזכויות הקניין והעיסוק שלהן, באופן בלתי מידתי.

#### א. אסדרת ענף הפרסום אינה כלולה בכתב המינוי של הוועדה

9. על פי כתב המינוי מיום 18.9.15, הוועדה מונתה על ידי ראש הממשלה (בתפקידו כשר התקשורת) לצורך "גיבוש המלצות להסדרת הרגולציה על שוק השידורים והתוכן, כולל גיבוש תיקוני החקיקה הנדרשים לכך". במסגרת כתב המינוי התבקשה הוועדה להתמקד בנושאים הבאים:

"א. הסדרים שיעודדו כניסה של שחקנים חדשים לשוק ועידוד התחרות בשוק התוכן והחדשות (כולל הגנת ינוקא לשחקנים חדשים).

ב. האופן בו ראוי להחיל רגולציה על גורמי תוכן חדשים הפועלים בשוק.

ג. האופן בו ראוי להגן על עידוד יצירה מקורית ישראלית איכותית.

ד. משמעות גידול בשירותי תוכן על גבי פס רחב ובמידת הצורך הסדרי פיקוח ואכיפה הנדרשים בנושא".

10. תחום גזרתה של הוועדה מתפרש, אפוא, **על שוק השידורים והתוכן בלבד ולא על שוק הפרסום.**

11. מובן, כי לצורך גיבוש המלצות בדבר שינוי מבני בשווקים, בין היתר, בשל קיומו של כח שוק, נדרש מסד נרחב של נתונים עדכניים, לצד מומחיות וידע בתחום כלכלת התחרות וההגבלים העסקיים.

12. אלא שהואיל ותחום זה לא בא בגדר המטרה לשמה מונתה הוועדה, לא מונה בין חברי הוועדה נציג מרשות ההגבלים העסקיים. כמו כן, על אף שרשות ההגבלים עסקה לאחרונה בתחום רכש המדיה, ככל הידוע לנו, חוות דעתו של הממונה על הגבלים עסקיים לא הובאה בפני הוועדה בטרם גיבשה את דו"ח הביניים.<sup>2</sup>

13. הנה כי כן, הגם שהגורם הממנה - שר התקשורת - לא ראה לנכון להתערב בשוק הפרסום, חרגה הוועדה מתחומי הגזרה שהוגדרו לה בכתב המינוי ונטלה על עצמה להמליץ בדבר הגבלת נתחי שוק ופיקוח על המחירים במקטע מסוים של תחום זה. זאת, מבלי שיהיו לפניה העובדות והנתונים הנדרשים לעניין ומבלי שתובא בפניה

<sup>2</sup> נציין כי מהכרותנו, לכל ועדה שהוסמכה בשנים האחרונות, להמליץ בדבר שינויים מבניים בשווקים שונים, מונה נציג מטעם רשות ההגבלים העסקיים. כך ב"וועדה להגברת התחרותיות והסרת החסמים בתחום הייבוא (ועדת לגנ)"; כך, ב"וועדה לבדיקת התחרותיות והמחירים בשוק מוצרי הצריכה (ועדת קדמי)"; כך גם ב"וועדה להגברת התחרותיות בשירותים הבנקאיים והפיננסיים הנפוצים בישראל (ועדת שטרום)" ועוד. היעדרו של נציג מטעם רשות ההגבלים העסקיים בוועדה, מלמד גם הוא, כי שינוי מבני בשוק הפרסום - אינו בא בגדר המטרות לשמן כונסה הוועדה.



חוות דעת מקצועית - משפטית וכלכלית - בדבר השלכות המלצותיה. כפי שיפורט להלן, תוצאתה של חריגה זו, היא פרסום המלצות ביניים שאינן מבוססות כנדרש ואינן יכולות לשמש בסיס להליכי חקיקה ואסדרה.

**ב. פרק הפרסום בדו"ח הביניים אינו מהווה שימוע**

14. ההליך אותו הוועדה מקיימת לאחר פרסום דו"ח הביניים אינו עומד בכללי המשפט המנהלי, המקנים לכל מי שעשוי להיפגע מהחלטתה של רשות זכות טיעון, ומחייבים לקיים שימוע כדין.

15. ביום 3.2.16 פרסמה הוועדה את דו"ח הביניים, המפרט, כך על פי האמור בעמוד 2 לדו"ח, את "כיווני החשיבה אותם גיבשה הוועדה בנושאי הליבה בהם עסקה". במסגרת פרק ז' לדו"ח הביניים, שכותרתו "פרסום ותוכן שיווקי", המליצה הוועדה לבחון תיקון לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן - 1990, שיקבע הגבלת נתח שוק על גוף מפרסם או גוף רכישת מדיה לפי העקרונות הבאים:

1. הגבלת נתח שוק עד כ- 17%-18% לכלל זמן הפרסום בכל הערוצים המסחריים על פני כל לוח השידורים.

2. הגבלת נתח שוק של עד 25% לזמן שידור אצל זכין בודד על פני כל לוח השידורים.

3. מכירה חוזרת של מקדמות לזמן פרסום עתידי בלתי מיועד שנרכשו על ידי חברת רכישת מדיה יימכרו למפרסמים בתוספת תשואה מקסימאלית השווה לשיעור ריבית הפיגורים של החשב הכללי.

4. מסירת נתונים לרגולטור על פי דרישה או במועדים שיקבעו מראש."

16. המלצות אלה, ככל שתיושמה, פוגעות פגיעה קשה ובלתי מידתית בזכויות יסוד של יוניברסל: חופש העיסוק; חופש הקניין; חופש ההתקשרות החוזית והזכות לפרטיות. זאת, מבלי שניתן לכך כל טעם והסבר ומבלי שהונחה ולו ראשיתה של תשתית עובדתית שיש בה כדי לתמוך בהמלצות אלה ובנחיצותן.

17. מובן, כי לצורך הסדרת שוק הפרסום נדרש מחקר מעמיק וחוות דעת מקצועיות, הנוגעות להשלכותיה הכלכליות והמשפטיות, הן על גופי השידור המסחריים והן על השחקנים הנוספים במקטעי השוק השונים - המפרסמים, חברות הפרסום וחברות רכש המדיה. בפרט כך, מקום בו נשקלת התערבות רגולטורית שמטרתה להגביל נתחי שוק במטע מסוים בשוק ולחולל שינוי מבני משמעותי בשוק.

18. אולם דו"ח הביניים נעדר כל מסד עובדות ונתונים. לדו"ח הביניים אף לא צורפו חוות דעת כלכליות או משפטיות המצביעות על הצורך בהטלת מגבלות רגולטוריות כלשהן על חברות רכש מדיה בעת הזו, לא כל שכן על הצורך בהטלת המגבלות הספציפיות אותן ממליצה הוועדה לנקוט.

19. מדוע נחוצה דווקא הגבלת נתח שוק עד כ- 17%-18% לכלל זמן הפרסום בכל הערוצים המסחריים על פני כל לוח השידורים? על שום מה נדרשת הגבלת נתח שוק של עד 25% לזמן שידור אצל זכין בודד על פני כל לוח השידורים? מהם הטעמים המצדיקים פיקוח על מחירי מקדמות לזמן פרסום עתידי ומדוע דווקא ריבית הפיגורים של החשב הכללי היא התשואה הנכונה והראויה בעת הזו? למה נדרשת חובת מסירת נתונים דווקא ביחס לגופי רכש מדיה ומפרסמים? לכל אלה, אין זכר בדו"ח הביניים.



20. נציין, כי מרשתנו לא חסכה מאמץ, ומעת פרסומו של דו"ח הביניים ביקשה, במספר פניות טלפוניות, להבין מהי התשתית העובדתית עליה מבוסס דו"ח הביניים ומהם הטעמים שביסוד ההמלצות, אך בקשותיה כולן הושבו ריקם.
21. נוכח פגיעתן הצפויה של המלצות הוועדה בזכויות יסוד, הפגם שנפל בהליך - העדרו של בסיס עובדתי ומקצועי להמלצות שמטרתן לשמש בסיס לחקיקה ולאסדרה - הוא פגם שורשי וחמור במיוחד. שהרי, כפי שקבע בית המשפט העליון, "כגודל הזכות כך גם גודלה ועוצמתה של הראיה, המשמשת יסוד להחלטה בדבר הפחתתה של הזכות"<sup>3</sup>.
22. בענייננו, אחת משתיים :
- ככל שהוועדה לא נסמכה על נתונים או חוות דעת והמלצותיה אינן מעוגנות בתשתית מקצועית, הרי שהמלצותיה הן שרירותיות ואינן יכולות לשמש בסיס להליך חקיקה או לגיבוש אסדרה ;
- ככל שהוועדה נסמכה על נתונים או חוות דעת כדי לגבש את המלצותיה, אך אלה אינם עומדים לעיונה של יוניברסל, הרי שיש בכך כדי לאיין את תוקפו של השימוע.
23. על מנת לאפשר ליוניברסל להתייחס להמלצות ולהביא את טענותיה, יש להעמיד לעיונה את מלוא החומר הרלוונטי, כמאמר בית המשפט העליון: "בלעדי זכות העיון זכות הטיעון לעולם לא תהא שלמה. ובלעדי זכות הטיעון - החלטתה של הרשות המנהלית עלולה שלא להיות שלמה וללקות בפגם"<sup>4</sup>.
24. הזכות לשימוע שווה "כקליפת השום" אם לא מקדימה אותה הודעה מאת הרשות המוסמכת על מהות העניין הנדון, לצד העובדות או השיקולים שהעלו את העניין על הפרק, ההחלטה שהיא מתכוונת או עשויה לקבל, ומדוע<sup>5</sup>. ברם, מקומם של שיקולים, עובדות והנמקות, נפקד מדו"ח הביניים.
25. הימנעותה של הוועדה מלפרסם את מלוא החומר המקצועי שעמד בפניה ושימש אותה בגיבוש המלצותיה, לרבות חוות דעת ופרוטוקולים של דיוניה, היא בגדר התנהלות חריגה שאינה עולה בקנה אחד עם הנהוג והמקובל בוועדות דומות ועם תקינות ההליך המנהלי. כך למשל, "הוועדה להגברת התחרותיות בשירותים הבנקאיים והפיננסיים הנפוצים בישראל" (ועדת שטרם) אשר פרסמה המלצות ביניים ביום 14.12.15 לקראת שימוע ציבורי, העמידה לעיון הציבור את החומר שהובא בפניה לרבות סיכומי הדיון של הוועדה. כך, הליך גיבוש המתודולוגיה בתחום המזון שפורסם כשימוע על ידי רשות ההגבלים העסקיים, הוועדה הציבורית להגברת התחרות בתחום הרכב (ועדת זליכה), הוועדה להגברת התחרותיות במשק ועוד. בענייננו, לא ידוע דבר על דיוני הוועדה, החומר המקצועי שהונח בפניה, הגורמים אותם פגשה מה עלה בדיוניה וכו'.
26. משעה שהוועדה לא קיימה את חובתה שבדין ולא הציגה תשתית עובדתית וכלכלית מפורטת, פרסומו של דו"ח הביניים אינו עונה על דרישות הדין ביחס לקיומו של שימוע.

<sup>3</sup> ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה פ"ד לט (2) ע' 225, 249-250.

<sup>4</sup> בג"צ 7805/00 רוני אלוני נ' מבקרת עירונית ירושלים פ"ד נז(4) ע' 577, 600.

<sup>5</sup> י' זמיר הסמכות המנהלית (כרך ב', תשנ"ו), ע' 813, 816.



**ג. המלצות דו"ח הביניים - סטייה מהחלטות רגולטוריות קודמות שניתנו לאחריה**

27. העדרה של תשתית עובדתית לביסוס המלצות הוועדה מהווה פגם חמור במיוחד, לנוכח הבדיקה המקיפה שערך הממונה על הגבלים עסקיים אך לפני שנתיים, במסגרת החלטה בדבר מתן פטור בתנאים להסדר רכש מדיה בין יוניברסל לגליקמן, נלר, סמסונוב חברה לפרסום בע"מ מיום 10.12.13<sup>6</sup>. על פי החלטה, על יוניברסל לפעול כך שהיקף הרכש הכולל שיוניברסל מבצעת לא יתרוג מרף של 25% מכלל רכש המדיה בזמן צפיית שיא בלבד.
28. לא זו אף זו, בחלוף 45 ימים בלבד ממועד החלטת רשות ההגבלים, התקבלה החלטה נוספת, הפעם על ידי מועצת הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו ("הרשות השנייה") לפיה יוגבל היקף מכירת זמן הפרסום בטלוויזיה המסחרית (ערוך 2 וערוץ 10) לגופי רכש מדיה לשיעור של 25% מזמן הפרסום של כל זכיינית (ההגבלה מוטלת על שעות הפריים טיים ובנפרד על שארית שעות היום).
29. יוניברסל עומדת על כך שהחלטת מועצת הרשות השנייה התקבלה שלא כדין ועל כן עתרה לביטולה<sup>7</sup>. אולם זאת יש להדגיש: עצם הסטייה מהחלטות הממונה על הגבלים עסקיים ומועצת הרשות השנייה, שהתקבלו לא מכבר, נדרשת לצידוק והנמקה ראויה. בדו"ח הביניים, החלטות אלה כלל לא נזכרות.
30. המלצת הוועדה הסוטה מהחלטות קודמות של רגולטורים שניתנו לא מכבר, מעידה גם על העדר תיאום בין רגולטורים, תופעה שעל נזקיה עמדה הוועדה לייעול מנגנוני רגולציה בישראל ולבחינת הממשקים בין הרגולטורים השונים<sup>8</sup>. גם המדריך הממשלתי להערכת השפעות הרגולציה שפורסם בעקבות החלטת ממשלה 2218 מיום 22.10.14 עומד על הצורך ב"תכנון וניהול התהליך כך שיתאפשר לשחקנים רלוונטיים לקחת בו חלק, יהיו אלה בעלי עניין, מומחים או קבוצות מן הציבור, וכן משרדים ורגולטורים אחרים באופן שיבטא תפיסה מערכתית של הרגולציה הממשלתית ויצירת תיאום בין רגולטורים"<sup>9</sup>.

**ד. אין כל הצדקה להגביל את נתחי השוק של חברות רכש המדיה**

31. ראשית, את הצורך בהגבלות העמוקות בתחום הפרסום ביססה הוועדה על טענה יחידה: "עמלות היתר (שהן תוצר של אותו כוח שוק עודף של חברות רכש המדיה) מקטינות את יציבותם הכלכלית של הערוצים המסחריים, ופוגעות ביכולתן להשקיע בתוכן איכותי ולעמוד בתנאים הרגולטוריים להם הם כפופים" [ההדגשות אינן במקור]. תיאור זה אינו נכון. פשיטא, כי טענה כלכלית בדבר כח שוק עודף, יש לבסס ולהוכיח. מהאמור מתקבל הרושם, כי הוועדה הוכיחה קיומו של כח שוק עודף של חברות רכש המדיה - אך לא כך הדבר. מונח זה נזכר לראשונה בציטוט האמור.
32. שנית, לא זו בלבד שהטענה בדבר כח שוק עודף אינה מבוססת, הטענה כי עמלות היתר הן אינדיקציה לכח שוק עודף, אינה נכונה כלל ועיקר. להערכת יוניברסל, ב-5 השנים האחרונות עמלות היתר ירדו בכ-25%. כמו כן,

<sup>6</sup> החלטה דבר מתן פטור בתנאים מאישור הסדר כובל בין יוניברסל מקקאן בע"מ גליקמן, נטלר, סמסונוב חברה לפרסום בע"מ; 2013 הגבלים עסקיים 500518.

<sup>7</sup> עתירתה של יוניברסל לביטול החלטת מועצת הרשות השנייה תלויה ועומדת (בג"צ 3246/14).

<sup>8</sup> "היעדר תיאום ושיתוף פעולה מבין הגורמים הרגולטורים מונע את האפשרות לקבל החלטות מושכלות בהקשרים אלה באופן שמעכב התפתחות משקית, מסכל צמיחה ופוגע באינטרס הציבור" (ע' 5) - [http://hazan.kibbutz.org.il/hafrata/doh\\_veeda\\_liecol\\_mngnoni\\_rgoltzia\\_april\\_2013.PDF](http://hazan.kibbutz.org.il/hafrata/doh_veeda_liecol_mngnoni_rgoltzia_april_2013.PDF)

<sup>9</sup> <http://regulation.pmo.gov.il/About/Documents/RIAGuide.pdf> (ע' 9)



כשני שליש ממסך עמלות היתר שמקבלות חברות רכש המדיה מוחזר למפרסמים השונים בצורת הנחה שמעניקה חברת רכש המדיה.

33. שלישית, הטענה כי עמלות היתר הן אינדיקציה לכח שוק עודף עומדת גם בסתירה לגישתה רשות ההגבלים עסקיים. כך, בהחלטה בעניין מדיה פורס ניהול ע"מ וזניט מדיה 1995 בע"מ מיום 24.2.13<sup>10</sup>, קבע הממונה כי: **"בעבר, נמצא כי שיעור עמלות היתר ביטא קיומו של כוח שוק אצל חברות רכש המדיה. נוכח שינויים שאירעו בשוק, שיעור עמלות היתר בשלעצמו אינו יכול עוד לשמש כפרמטר עצמאי לבחינת כוח שוק ויש לבחון פרמטרים נוספים של מחירי הפרסום ורכש המדיה על מנת לבחון קיומו של כוח שוק בידי חברות רכש המדיה".** הדברים מדברים בעד עצמם.
34. יתרה מכך, במסגרת ההחלטה בדבר מתן פטור בתנאים להסדר רכש מדיה בין יוניברסל לגליקמן, נלר, סמסונוב חברה לפרסום בע"מ מיום 10.12.13, עמלות היתר כלל לא הוזכרו. עמלות היתר אינן רלוונטיות, אפוא, לבחינת יכולתן של חברות רכש המדיה להפעיל כח שוק עודף.
35. רביעית, כותרת ההמלצות בדבר הגבלת נתחי שוק - **"עמלות פרסום"** - גם היא אינה רלבנטית להמלצות אלה, שכן, כאמור, דו"ח הביניים אינו מצביע על קשר בין עמלות יתר לנתח שוק עודף, ובינם לבין הצורך בהגבלת נתחי שוק.
36. חמישית, הגבלת נתח שוק ל-17%-18% אינה עולה בקנה אחד עם הנהוג והמקובל בעולם המערבי. במדינות אירופה, למשל, ובכלל כך במדינות ששוק הפרסום שלהן דומה לשוק הפרסום בישראל (פולין, שבדיה, נורבגיה, דנמרק), חברת רכש המדיה המובילה מחזיקה בנתח שוק של כ-30%.
37. עוד יש לציין, כי המלצות הוועדה בפרק ז' לדו"ח הביניים אינן מלמדות על צורך והכרח בהגבלת נתחי השוק של חברות רכש המדיה ובהטלת מגבלה על רווחיהן. במה דברים אמורים?
38. על פי פרק ז' לדו"ח הביניים, הוועדה סבורה כי **"הגדלת עוגת הפרסום במדיה הטלוויזיונית [להבדיל מחלוקתה - הח"מ] תגדיל את פוטנציאל ההכנסה של השחקניות החדשות ותשפיע על עידוד התחרות בשוק התוכן". אלא שהסברה כי עוגת הפרסום במדיה הטלוויזיונית תגדל - אינה נכונה. ההפך הוא הנכון. הגבלת נתח השוק של חברות רכש המדיה עשויה להאיץ את מעבר פעילות רכש המדיה למדיות אחרות, כמו האינטרנט.**
39. במקרים שונים ניתן לפרסם מוצר או שירות הן בטלוויזיה והן באינטרנט. אשר על כן, עיוות אסדרתי לפני אותה פעילות ממש תוגבל באופן קיצוני במדיה אחת אך לא תהיה כפופה לשום מגבלה במדיה אחרת, יהווה תמריץ של ממש למעבר פעילותן של חברות רכש המדיה באופן אינטנסיבי יותר מהיום, לאינטרנט. תופעה זו עשויה להוביל לצמצום הכנסותיהם של הזכיינים. בנוסף לפגיעה המיידית בזכייני הטלוויזיה המסחרית, הדבר יגרום לפגיעה משמעותית בשוק היצירה הישראלית: במפיקים, ביוצרים ובשחקנים, וכמובן בשוק היצירה הישראלית בכללותו. ונדגיש, העברת תקציבי רכש המדיה לפרסום באינטרנט משמעותה רכישה של שטחי פרסום באינטרנט בעיקר בגוגל, פייסבוק ויוטיוב. רכישות אלה יביאו ל"העלמותן" של הכנסות מתחום הפרסום בכל הנוגע לשימוש בכספים להפקה רכישה ושידור של הפקות מקור. כך, תביא הוועדה דווקא לצמצומן של הכנסות הטלוויזיה המסחרית.

<sup>10</sup> החלטה בדבר אי מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר בין מדיה פורס ניהול ע"מ וזניט מדיה 1995 בע"מ; 2013 הגבלים עסקיים 500349.

40. בכך, חלף סיוע לשוק הטלוויזיה המסחרית הוועדה מאיצה, במו ידיה, את התהליך הקיים ממילא היום של העברת תקציבי פרסום לאינטרנט, בין היתר, בהמשך לצפייה ההולכת ומתעצמת בתכנים באינטרנט והעברת מרכז הכובד מצפייה טלוויזיונית לצפייה ברשת.<sup>11</sup>

ה. **שיבוש התחרות החופשית בין השחקנים בשוק - מהלך רגולטורי קיצוני וחריג**

41. הגבלת נתחי שוק הוא כלי רגולטורי השמור לממונה על הגבלים העסקיים, אותו הוא מפעיל לאחר בדיקה פרטנית קפדנית של ראיות. נזכיר, כי גם מונופולים, אשר נתח השוק שלהם עולה על 50% אינם מנועים מהרחבת פעילותם. מתחרים טובים ויעילים יכולים להרחיב את פעילותם יהא נתח השוק שלהם אשר יהא - זוהי ההנחה הבסיסית בשוק תחרותי.<sup>12</sup> על מנת לסתור הנחה זו יש צורך בראיות כבדות משקל שיצביעו על הצורך ביצירת הגבלה.

42. במקרים קיצוניים וחריגים, ורק כאשר הגידול בפעילות נבע מצמיחה שאינה אורגנית (כגון מיזוג) הטיל הרגולטור מגבלות על הרחבת נתח השוק. לא ידוע לנו על מקרה מקביל בתחום כלשהו מצידו של רגולטור אשר הוגבלה בו פעילותם של מתחרים בשל צמיחה אורגנית, שהיא תוצר של פעילות יעילה.

43. צמצום נתח שוק של מתחרה, כמו גם הגבלה על התרחבותו, מחייבים חישוב ובדיקה קפדניים של נתחי השוק, על בסיס מסד נתונים עדכני, וכן ראיות חד משמעיות, כי המתחרה מפעיל כח שוק עודף.

ו. **מכירה חוזרת של מקדמות לזמן פרסום עתידי בלתי מיועד**

44. משמעותה של המלצת הוועדה לעניין זה, היא פיקוח על מחירים על פי אמת מידה אחידה, לא דינאמית, הפוגעת בזכותם של צדדים (שניהם מסחריים) לנהל משא ומתן. גם המלצה זו חסרת בסיס ופוגעת בפרקטיקה החופשית הקיימת בישראל.

45. המכירה החוזרת היא פרקטיקה מוכרת, שנועדה להקל על התנהלותם של הזכיינים אל מול חברות רכש המדיה, מקנה לזכיינים וודאות תזרימית ומקטינה עבורם את סיכוני השוק. במתכונת זו, חברות רכש המדיה נוטלות על עצמן את מלוא הסיכון שמא לא יהיה בידיהן למכור את זמן הפרסום העתידי במחיר בו נקנה או במחיר גבוה מכך.

46. מכירה חוזרת של מקדמות לזמן פרסום, מקנה ודאות לזכיינים המעוניינים בוודאות תזרימית. במדינות שונות בעולם, ביניהן גם ארצות הברית, זוהי פרקטיקה מקובלת ונפוצה להתקשרויות בין מפרסמים, גופי רכש מדיה ומשרדים.<sup>13</sup>

47. יצוין, כי פרקטיקת המכירה החוזרת ממילא הצטמצמה בישראל בשנים האחרונות, וזאת על רקע הקשיים אותם חווה שוק הפרסום והחלשותו למול התחזקותם של גופי השידור המסחריים.

<sup>11</sup> <http://www.businessinsider.com/luma-partners-state-of-digital-marketing-presentation-2015-12>

<sup>12</sup> כך, הבהיר הממונה על הגבלים עסקיים בגילוי דעת 1/14 (בעי 1): "ודוק: חוק ההגבלים העסקיים אינו אוסר על עצם קיומו של מונופולין. מקובל לומר כי כל מתחרה בשוק שואף להגדיל את חלקו בשוק על חשבון מתחריו וכי שאיפה זו היא שמניעה את גלגלי התחרות ומתמרצת את המתחרים להתייעלות ולחדשנות".

<sup>13</sup> ראו למשל <http://adage.com/article/media/abc-closes-broadcast-upfront-wit/299838>





ז. מסירת נתונים על ידי חברות רכש מדיה או מפרסמים לרגולטור על פי דרישה או במועדים שיקבעו מראש

48. אין חולק כי לגורמי הממשלה קיים אינטרס לקבלת סמכות כוללת לקבלת כל מידע. סמכות כזו תקל על הממשלה ונציגיה לקדם את מדיניותם. אולם לא בכדי לא הוחלה חובה כללית למסירת מידע כאמור. הטלת חובה למסירת מידע, במיוחד על ידי גורמים שאינם מפוקחים ואינם פועלים מכח רישיון, זיכיון או היתר, תוכל להתבצע רק לאחר איזון בין הצורך בקבלת המידע ובין הפגיעה הצפויה הן בהיבט הקנייני והן בהיבטי הגנת הפרטיות.

49. גם המלצה זו בדבר חובת מסירת נתונים, נעדרת כל הצדקה וטעם. מדוע קם הצורך בקבלת מידע? האם נבחנו חלופות אחרות? שהרי הפגיעה בדרישה היא פגיעה חוקתית המחייבת עמידה בתנאי פיסקת ההגבלה ובכללם בחינת אמצעים פוגעניים פחות. ובנפרד, מדוע ההמלצה בדבר מסירת מידע אינה כללית בתחולתה וחלה אך ורק על גופי רכש מדיה ומפרסמים? מדוע ההמלצה אינה חלה על כל גוף מסחרי המתקשר עם הזכיינים? מה מצאה לנכון הוועדה להטיל חובה על גופי רכש מדיה ומפרסמים להבדיל מנותני שירותים לזכיינים יוצרים ועוד?

50. יובהר, כי יוניברסל אינה מתנגדת באופן עקרוני להעברת נתונים (בכפוף להגנה על סודות מסחריים וכל זכות אחרת המוקנית לה בדין) וסבורה כי נכון היה שגם הוועדה המבקשת לחולל מהפכות במודלים עסקיים וכלכליים בהם פועלים שווקי הטלוויזיה והפרסום בישראל, תבחן את התחום בהתאם לנתונים הקיימים. התנגדותנו היא להחלת חובה גורפת, למסור לרגולטור נתונים על פי דרישה או במועדים שיקבעו מראש. בשולי הדברים נציין, כי יש לתמוחה על כך שמחד, אצה לוועדה הדרך להמליץ על חקיקה בעניין העברת נתונים ומאידך סברה הוועדה כי אין צורך בנתונים או מידע על מנת לקבל להמליץ המלצות מרחיקות לכת.

ח. סיכום

51. כל אחת מהמלצות הוועדה, ובוודאי שהצטרפותן יחד, פוגעות בזכויותיה של יוניברסל שלא לצורך ובאופן לא מידתי.

52. דו"ח הביניים אינו מקים כל הצדקה להגבלת נתחי השוק של חברות רכש המדיה ואינו מבסס כל טעם להגבלות הנוספות המוצעות בו.

53. דו"ח הביניים חסר בסיס כלכלי ומשפטי והנתונים עליהם מתבסס דו"ח הביניים אינם גלויים לציבור. אשר על כן, הוועדה מתבקשת להעמיד לעיוננו, לאלתר, את מלוא הנתונים וחוות הדעת המקצועיות עליהן התבססה בגיבוש המלצותיה.

54. נודה לקבלת זימון למפגש עם חברי הוועדה.

בכבוד רב,

אלעד כהן, עו"ד

נגה רובינשטיין, עו"ד