

דָּרוֹר שְׁטְרוֹם

עוֹרֵךְ – דִּין

רמות ים 12, הרצליה – פיתוח

טל: 09-9572119

פקס: 09-9579914

20 בנובמבר 2014

לכבוד

ד"ר אביגדור קלגסבלד, עו"ד

בית גבור ספורט, מנחם בגין 7,

רמת גן 52681

הנדון: הפעלת חוק ההגבלים העסקיים על תמחור חנימי של עיתונים

ביום 12 בנובמבר פרסם המכון הישראלי לדמוקרטיה (להלן: "המכון לדמוקרטיה") נייר עמדה בנושא הצעת החוק לקידום ולהגנת העיתונות הכתובה בישראל. עמדת המכון מתנגדת מכל וכל להצעת החוק האמורה והיא נעשתה ונחתמה על ידי פרופ' מרדכי קרמניצר וד"ר תהילה שוורץ אלטשולר.

כדומה לחוות דעתי מיום 11.6.2014, גם עמדת המכון לדמוקרטיה רואה בהצעת החוק משום ניסיון פסול ל"סתירת פיות", תופעה חמורה במיוחד בהתחשב בעובדה כי הופעתו של ישראל היום לוותה בתמורה חיובית ביותר לתחרות בין העיתונים היומיים בעברית. אף עמדת המכון לדמוקרטיה מזכירה את הקרטלים ופרשת "הפגישה הלילית" כסימפטום משקף לחולי התחרותי של שוק העיתונות טרם כניסתו של "ישראל היום", והיא מציינת בחיוב כי "קשה שלא להתרשם ששוק הרעיונות השתנה לטובה" בעקבות כניסתו של "ישראל היום" לשוק זה.

הטעם העיקרי שעל יסודו מתנגד המכון להצעת החוק נעוץ בהיות החקיקה המוצעת אנטי דמוקרטית ואנטי חוקתית במהותה – בהיותה חקיקה אינדיבידואלית (במסווה), משום שהיא ניסיון של פוליטיקאים לבצע הסדרה ישירה ואינדיבידואלית של אמצעי תקשורת (כשתפקידם של אמצעי התקשורת הוא לבקר ולפקח על הפוליטיקאים), ובעיקר משום שהצעת החוק היא "הרסנית עבור הזכות לחופש ביטוי ועיתונות ומסוכנת לדמוקרטיה השברירית שלנו" (סעיף 1 לעמדה). כמעט למותר לציין כי דברים אלה נכונים הם: חקיקה המנסה לסכור דרכים ולהציב גדרות בפני אמצעי תקשורת היא בעייתית במיוחד, וזאת בלשון המעטה.

התבקשתי על ידכם להתייחס לחלקה השני של עמדת המכון לדמוקרטיה. בחלק זה מופיעה התייחסות ל"הורדת מחירי הפרסום" על ידי ישראל היום כאל בעיה המאפיינת התנהגות של מי שרוצה "לשבור את השוק" (חלק ב' – סעיף 1 שם). לא ברור מן הנכתב האם עמדת המכון קובעת כי ישראל היום אכן פועל כדי "לשבור את השוק", או שמא מדובר רק בהמחשה של בעיה אפשרית, שכן לא נכלל בעמדת

המכון לדמוקרטיה בסיס נתונים מספרי או כמותי שיש בו לבסס אמפירית את הסברה בדבר מחירי הפרסום. עם זאת, אתייחס, לבקשתכם, לאפשרות הנרמזת כאילו הורדת מחירי הפרסום כשלעצמה היא סממן התנהגותי מובנה של "שבירת שוק".

דין:

1. הורדת מחירי הפרסום כתוצר לוואי של תחרות – היא תופעה טבעית, נורמלית ומתבקשת. וודאי כך בשוק שהיה נתון במצב של מונופולין, בו באופן טבעי שררו מחירי פרסום גבוהים. דיני התחרות וההגבלים העסקיים אינם מציבים את התחרות כמטרה בעלמא. הם מציבים כמטרה את רווחת הציבור ואת התחרות ככלי מרכזי המשרת את טובת הציבור, משום שתחרות מביאה עימה הורדת מחירים והגדלת המגוון. כך פסק בית המשפט העליון בפרשת ק.ש.ר סחר - בג"צ 588/84¹ כי:

תחרות בריאה וחופשית בין יצרנים מבטיחה לצרכנים את המוצר בעל האיכות הטובה ביותר במחיר הסביר ביותר, המשקף בצורה המדויקת ביותר את הביקוש שלו. כמו כן, תחרות מהווה תמריץ לייעול, לפיתוח ולחדשנות, דבר שיביא לירידה בהוצאות הייצור ולעליה באיכות המוצר. "...

בפרשת אריאל² קבע בית המשפט העליון באופן ברור ומפורש את המחיר הזול ביותר כתוצאה האוטומטית והמובנית של תחרות:

הערך העומד בבסיסם של דיני ההגבלים העסקיים הוא הערך בדבר קיומה של תחרות חופשית. תחרות כזו מבטיחה לצרכן כי מבין היצע המוצרים בשוק, הוא יוכל לבחור ולרכוש את המוצר האיכותי ביותר, במחיר הזול ביותר.

ובפרשת ליבוביץ נ' אליהו (רע"א 371/89), קבע בית המשפט העליון מפי כב' הנשיא כי:

תחרות חופשית עשויה להביא להורדת מחירים, לשיפור איכותו של המוצר ולשיפור השירות אשר ניתן אגב מכירתו. תחרות חופשית עשויה אף לעודד פיתוחו של המשק בדרך של יוזמות לגיטימיות לסוגיהן. הישגים אלו, אשר התחרות החופשית עשויה להשיג, אנו מבקשים לעודד.

2. דברים אלה אינם מובאים פה בעלמא. הם באים להראות כי תכלית דיני התחרות הינה הורדת מחירים לצרכן. יתר על כן, הורדת מחירים היא אחת התוצאות החיוניות של תחרות נורמלית, ועל כן אין סיבה לראות בהורדת מחיר כשלעצמה ובפני עצמה כאות גנאי, גם כשהיא מתבצעת על ידי חברות בעלות מעמד בשוק. עמד על כך באופן ברור ונוקב פרופ' Whish באומרו:

"It is the essence of competition that firms should compete for custom by reducing prices. It has already

¹ ק.ש.ר. סחר אזכסט בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים ואח, פ"ד מ(1) 29.

² ע"פ 7829/03 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת השמל רמזורים ובקרה בע"מ (לא פורסם), את רשות ההגבלים העסקיים, 5000100.

³ ליבוביץ נ' א. את. י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309.

been pointed out that rebates and similar practices are an essential components and the law should not condemn practices, even on the part of dominant firms, that are pro-competitive.⁴

3. מכאן, כי הורדת מחירי הפרסום כתוצאה לוואי של הגברת התחרות עקב כניסתו ופעולתו של ישראל היום – אינה פגיעה בערך חברתי, אלא להיפך – יש בה משום קידום רווחת הציבור, הצרכנים והלקוחות. ביתר תוקף נכונים הדברים כאשר בנקודת המוצא מצוי היה השוק במצב במונופולין (והרי זה היה מצבו של שוק העיתונות היומית בשפה העברית עד לשנת 2010 כאשר משך שנים ארוכות שלט בו המונופולין של ידיעות אחרונות). דווקא תופעה של הגבהת מחירי הפרסום היא שצריכה להדאיג בהיותה נושאת עימה פוטנציאל אנטי תחרותי, הנובע, ככלל, מקיומו של הגבל עסקי או פגיעה לא מוצדקת בתחרות – בדיוק כזו שמציעה הצעת החוק בה מדובר.
4. נראה כי כותבי עמדת המכון לדמוקרטיה מודעים לכך שעצם הורדת מחירי פרסום אינה בעייתית כשלעצמה.⁵ זאת אני מסיק מכך שבהמשך הדברים מדברת עמדת המכון על גביית מחירי פרסום "נמוכים מידי". הנה הדברים כלשונם:

יש להפעיל את דיני ההגבלים העסקיים הקיימים. גביית מחירי פרסום נמוכים מידי, לא בשל שיקול עסקי אלא בשל ניסיון לפגוע במתחרים, שנאלצים, בתורם, לגבות מחירים נמוכים – היא מסוכנת. היא עשויה להביא לפגיעה באמצעי תקשורת מתחרים. ייתכן שהיא משקפת ניסיון ליצור הפסד בהווה על חשבון רווח בעתיד – התנהגות שעשויה להיות אסורה לפי דיני התחרות, גם אם עדיין אין מדובר במונופול מוכרז.

5. ברם, דיני התחרות, המקובלים כיום במספר רב של מדינות ושיטות משפט, אינם מכירים בעילה של הגבל עסקי פסול בדמות "מחירים נמוכים מידי" אלא כאשר מדובר בהתנהגות של בעל מונופולין ובמחירים שהם מחירי הפסד. כפי שאראה אלה הם שני תנאים חיוניים להצדקה של התערבות המדינה כנעשה בשוק, וודאי בשוק שחלה בו התפתחות תחרותית חיונית.
6. הסיבה התורתית לכך שבהתקיים תנאים אלה קיימת הצדקה להתערבות נעוצה בכך שרק במצב של בעל מונופולין (מוכרז או שאינו מוכרז) המתמחר את מחיריו במחיר הפסד ברור (ולא במחיר שהוא "נמוך מידי") – קיים עיוות בדמות קיומו של כוח שוק לגורם הנוקב במחירי הפסד. קיומו של כוח שוק בידי אדם מקנה לו את היכולת לדחוק מתחרים ותחרות – מה שאינו קיים בשוק תחרותי רגיל. על כן רק כאשר קיימת לאדם יכולת זו קם חשש ברמה המצדיקה לראות בהנהגת מחירי הפסד משום התנהגות אסורה. גישה זו אומצה על ידי בית המשפט העליון (הנשיא מ' שמגר) בפרשת דיאמנט נ' נשר⁶ – שם נאמרו הדברים הבאים:

⁴ Whish, Competition Law 7th, Oxford University Press, 2011, at 740.

⁵ למרות שכותרת חלק זה של עמדת המכון היא כי זו "הבעיה המרכזית שיוצר 'ישראל היום'".
⁶ ע"א 568/89 מ. דיאמנט (1988) בע"מ נ' נשר מפעלי מלט ישראלים בע"מ, תק-על 91 (1) 744.

.. "מניעת התחרות שהיא הפועל היוצא מקיומו של מונופולין בדרך זו גוררת אחריה את הצורך בקיומו של פיקוח קפדני על פעילות המונופולין. מטרת הפיקוח היא מניעתה של פגיעה העלולה להיגרם מן השליטה הבלעדית בשוק."

7. אכן, שורש הדברים הוא בכך כי לבעל מונופולין, כפי שנקבע לא אחת בפסיקה קיים לא רק מניע עסקי לגיטימי (להרוויח ולהחזיר את השקעתו), אלא אינטרס נוסף, המחשיד את התנהגותו – והוא האינטרס לבצר את המונופולין שיש לו ולהרחיק מ"אחוזתו" כל מתחרה קיים או פוטנציאלי. כך גם קבע כבר בית הדין להגבלים עסקיים בפרשת דובק⁷ כי:

צעד עסקי שמבצע מונופולין ייבחן ביתר חשדנות, בשל האיום שהוא עלול להוות לתחרות החופשית, הנובע ממעמדו כמונופולין.

8. הניסיון המצטבר מלמד כי הורדת מחירים לרמה הפסדית היא אחת הפרקטיקות שבהן עשוי בעל מונופולין לנקוט במטרה הפסולה – לשמור על המונופול שלו ולהרתיע מפני תחרות. על כן, חל רציונל האיסור על תמחור נמוך מידי רק כאשר מדובר בתמחור "טורפני" (Predatory Pricing) מצד בעל מונופולין. היותו של תמחור "טורפני" נמדד בשתי אמות מידה – היותו מתחת לעלויות המשתנות הממוצעות (AVC) הוא אמת מידה בעלת משקל נכבד לכך (בעוד שהיותו של מחיר מתחת לעלות הממוצעת הכוללת (ATC) הוא אינדיקטור חלש יותר המחייב הוכחה של תכנית פעולה עסקית לסילוק מתחרה).

9. במילים אחרות, כל עוד בעל עסק רגיל, שאינו בעל מונופולין - מתמחר את מוצריו במחיר היוצר לו, בטווח זמן מיידי או מאוחר יותר ריווח גובר החשש מפני התערבות מדינתית במהלכי שוק לגיטימיים ועל כן נקודת האיזון שנבחרה היא הימנעות המחוקק מלאפשר התערבות ממשלתית במהלך השווקים. מדברי בית המשפט העליון בפרשת חופרי השרון⁸ אנו למדים כי אפילו הצעה הפסדית עשויה, במקרה נתון, להיות בעלת הצדקה כלכלית לגיטימית:

במציאות הכלכלית יתכן כי מציע יגיש הצעה, הנעדרת רווח כלכלי, אך יש בה תועלות אחרות מבחינתו כגון חזירה לשוק או רצון להרחיב את תחומי עיסוקו (דקל ב', 125; ע"מ 2690/06 מ.ת.א.ר. מחשוב תכנון וארגון בע"מ נ' עיריית אשדוד (לא פורסם), פסקה 11); יתכן אף מקרה של רצון ל"החזקה בחיים" של עסק שיש לו עובדים או מלאי או שניהם, ובהיעדר עבודה לא רק שלא יהיה רווח אלא אף יהיו הפסדים.

בהמשך הדברים, מוסיף בית המשפט העליון ואומר כי הצעה זו ראויה לבדיקה כדי לוודא שלא תכשיל את עורך המכרז – אולם בית המשפט העליון אינו שולל את עצם הלגיטימיות שלה מניה וביה.

10. דעתי, הנשענת על שנים לא מעטות באכיפת דיני ההגבלים העסקיים, היא כי אין מקום לאיסור "עמום" על נקיבה ב"מחירים נמוכים מידי". וודאי שאין מקום לכך בהיעדר כוח מיוחד בידי העסק

⁷ תיק מוני' 1/93 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' דובק תעשיות בע"מ.

⁸ ע"מ 8409/09 חופרי השרון בע"מ נ' א.י.ל סלע (1991) בע"מ [פורסם בבין] (24.5.2010).

הנוקב במחירים הנטענים להיות "נמוכים מידי". במשך שנים רבות שמעתי וקיבלתי תלונות רבות מאד על כך כי ספקים וקמעונאים מוכרים ב"מחירים נמוכים מידי". כמעט תמיד לוו פניות אלה בחזונו אפוקוליפטיים על הנזק שייגרם לציבור בסופו של יום עקב המחירים "הנמוכים מידי". לא בכדי, איני זוכר מקרה אחד בו בסופו של יום אכן נגרם נזק כבד כזה.

11. שונה כמובן המצב בו ננקט מחיר הפסדי מצד בעל מונופולין בשוק, אשר בידו אכן "לשבור את השוק". במקרים אלה, אני מסכים כי קיים מניע מיוחד לנקיבה במחירים נמוכים מאד – וזהו מניע אנטי תחרותי של סילוק מתחרה קיים או הרתעת מתחרים פוטנציאליים לבל יקרבו לזירת התחרות. כפי שפסק כבר בית הדין להגבלים עסקיים בפרשת דובק "צעד עסקי שמבצע בעל מונופולין ייבחן ביתר חשדנות" בגלל המניע המיוחד והאנטי תחרותי המובנה בהתנהגותו. ברם, לא כך הוא כאשר כבמקרה בו אנו דנים – במי שאיננו בעל מונופולין.⁹

12. מכל מקום, ללא קשר לשאלה מהו הדין הרצוי, הרי שחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988 אינו מתיר לממונה על ההגבלים העסקיים או לבית הדין להגבלים עסקיים לאסור על אדם שאינו בעל מונופולין לנקוב ב"מחירים נמוכים מידי". זהו גם האיזון הנכון לשמירה על התחרות וחופש העיסוק והביטוי בזירה המיוחדת של המפגש בין חופש הביטוי לכלכלה ומשפט.

קביעת סף מיוחד להכרזת בעל מונופולין בתחום העיתונות

13. עמדת המכון מציעה לתקן את חוק ההגבלים העסקיים כך שיתאפשר להכריז על אדם כבעל מונופולין גם כאשר נתח השוק שלו קטן מ"למעלה ממחצית" (הוא נתח השוק הנקוב בסעיף 26(א) כתנאי מוקדם להכרזת מונופולין. לדעת המכון, אף יש להוסיף לחוק ההגבלים העסקיים הוראה מיוחדת לענין התחרות בתחום העיתונות ובה תיקבע חזקה לפיה אדם שבידו למעלה משליש בענף העיתונות ייחשב לבעל מונופולין (סעיף ד' שם).

14. הטענה המוצאת ביטוי בעמדת המכון לפיה יתכן קיומו של מונופולין ברמה הנמוכה מ"למעלה ממחצית" – מקובלת עליי. אכן, יש נסיבות בהן יהיה לאדם כוח שוק מונופוליסטי גם אם נתח השוק שלו נמוך ממחצית. הדבר תלוי במבנה השוק בו מדובר: אם שאר מתחריו הם רבים ומבוזרים ועל כן אין להם את היכולת ליתן לו מענה תחרותי הולם, חסמי הכניסה לשוק גבוהים וקיימים גם חסמים למעבר של לקוחות מספק לספק – כי אז ייתכן בהחלט קיומו של מונופולין גם ברמה הנמוכה מזו הנקובה בסעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים.

15. אלא שתיקון כאמור אינו דרוש שכן חוק ההגבלים העסקיים, בנוסחו דהיום, כבר מאפשר הכרזה על בעל מונופולין בשיעור הנמוך מ"למעלה ממחצית", וזאת על פי המלצת הממונה על ההגבלים העסקיים. כך קבוע סעיף 26(ג) לחוק ההגבלים העסקיים כי:

השר רשאי, לפי המלצת הממונה, לקבוע כי לגבי נכסים מסויימים או שירות מסויים, יראו כמונופולין ריכוז בשיעור נמוך ממחצית אם ראה כי למי שבידו ריכוז כאמור יש השפעה מכרעת בשוק לגבי אותם נכסים או אותם שירותים.

⁹ בהקשר זה יש גם חשיבות רבה לכך שלא רק שלא מדובר בבעל מונופולין – הוא גם אינו הופך לבעל מונופולין כחלוף שנים לא מעטות מאז הוא נוקט באסטרטגיה עליה נטען כי מהווה "שבירת השוק". זוהי אינדיקציה חזקה למדיי לכך שאין מדובר בהתנהגות אנטי תחרותית.

16. אוסיף כי קביעת הוראות מיוחדות המסדירות את התחרות לפי סקטורים – אינה מומלצת והיא חריגה ביותר כדיני התחרות וההגבלים העסקיים. לעולם, גלום בה לחשש לעיוות רגולטורי וליחס "ייחודי" לסקטור זה או אחר. לעיתים היחס יכול להיות מחמיר ותובעני, אך פעירת פתח כזה מולידה גם את האפשרות להפגנת יחס מקל מצד דיני התחרות על התך סקטוריאלי – תופעה שיש להישמר מאד מפניה, בעידן של "קבוצות האינטרס" ובמיוחד במשק הישראלי בו קיימות "קבוצות אינטרס" חזקות במיוחד. אגב כך, אציין כי בתי המשפט בכריטניה ידעו להתמודד עם תופעות של תמחור טורפני מצד עיתונים דומיננטיים במסגרת הדין הקיים (פרשת Aberdeen Journals).¹⁰

17. ככל שדרוש, אפוא, תיקון בחוק – הוא דרוש על מנת לאפשר לממונה עצמו להכריז על מונופולין בשיעור הנמוך ממחצית, ללא צורך במעשה של השר לענין זה.

תכסיסנות

18. בסעיף ג' לעמדת המכון לדמוקרטיה נאמר כך:

יש לאסור על הצעות מכר של מודעות או של גליונות במחירי הפסד או בחינם – למדינה. על בתי המשפט לראות הצעות מכר לפרסום שנותן אמצעי תקשורת למי מרשויות המדינה, במחירי הפסד, כ"הצעה תכסיסנית פסולה" הניתנת לביטול על ידי כללי המשפט המנהלי. יש לראות בהתקשרות האחרונה של "ישראל היום" עם מינהל הרכש הממשלתי לצורך אספקת העיתון לעובדי מדינה שונים בחינם הפרה של דיני המכרזים והטבה כספית לא ראוייה שגורם פרטי מעניק למדינה או לפקידיה.

19. עמדה זו של המכון לדמוקרטיה ראוייה להתייחסות. נטען בה כי הצעות שניתנו למדינה במחירי הפסד הן "הצעות תכסיסניות פסולות". מאליו עולה השאלה מהי התכסיסנות בה נוקט עיתון שמדיניות שגורה בו למימכר עיתונים בחינם, כאשר הוא מציע עיתוניו באותה מתכונת והדברים גלויים וברורים לכל? לפחות על פני הדברים, אם לא למעלה מכך – אין מדובר בתכסיסנות, לפחות לא בשם המקצועי שלה בפסיקת בתי המשפט. שנית, עולה בפסקה האמורה הטענה כי בהתקשרות האחרונה של "ישראל היום" עם מינהל הרכש הממשלתי לצורך אספקת העיתון לעובדי מדינה שונים בחינם נעשתה ב"הפרה של דיני המכרזים".

20. לצורך בחינת הטענה אדרש לפסיקת בית המשפט העליון בנושא התכסיסנות במכרזים ומהותה של הצעה תכסיסנית. לאחר מכן אחזור ואבחן את התקשרותה של ישראל היום בנושא.

21. בית המשפט העליון קבע זה מכבר, בשורה של פסקי דין כי הצעה בלתי רווחית אינה כהכרח "תכסיסנית". פסיקה עקבית זו הובאה בפרשת חופרי השרון הידועה, במילים אלה:

¹⁰ Case no 1009/1/02 Aberdeen Journals Ltd v. OFT [2003] CAT 11.

אין בעובדה שמדובר בהצעה שאינה רווחית למציע כדי להוות כשלעצמה עילה לפסילת המכרז (עע"מ 5933/05 אוליצקי עבודות עפר כבישים ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, אגף רכש והתקשרויות (לא פורסם) (להלן פרשת אוליצקי); בג"צ 117/63 זלוף נ' ראש העיר, חברי המועצה (תושבי העיר כפר-סבא, פ"ד י"ז 1273).

22. תכסיסנות תיראה הצעה המסוּוּה את הרכיבים בהם ננקב מחיר שאינו רווחי, באופן המהווה סוג של מניפולציה – כך נפסק ברע"א 470/08 כרמל התפלה נ' מדינת ישראל (פסקאות ט"י-א, שם).

הצעה הכוללת רכיבים שאינם יכולים לעמוד על פניהם, מחייבת שקיפות של הסבר, מראש, וכמובן יתכן שההסבר ישכנע. אך בהיעדר הסבר - תעורר ההצעה חשד. כך – לטעמי – אם יש למציע מלאי המאפשר לו הזולה מהותית ומעוררת תמיהה ברכיב מסוים, עליו לומר זאת "על השולחן", ומתחילה.

23. בפרשת מטיילי ירון עמד בית המשפט העליון (מפי כב' השופט מלצר) בהרחבה על תכסיסנות כטכניקה של "העמסת מחירים":

תמחור זה עלול להיעשות מתוך שהמציע התכססן צופה, או יודע, כי משקלם היחסי של הרכיבים "היקרים", לעומת הרכיבים 'המוזלים' שהציע ואשר הוא יידרש לספק לעורך המכרז בפועל, שונה מהמשקל היחסי שניתן להם בנוסחת חישוב המחיר לצורך בחירת הזוכה במכרז. תכסיסנות זו תיעשה איפוא מתוך שהמציע נושא את עיניו לציון שהצעתו תקבל, אגב ניצול לרעה של נוסחת השקלול לבחירת הזוכה: תכליתה להגדיל באופן מעושה את סיכויי המציע לזכות בציון מחיר גבוה משל מתחריו – מזה, תוך מיקסום התמורה שיזכה לה המציע בפועל מעורך המכרז, בעת ביצוע העבודות נשוא המכרז אם תזכה הצעתו – מזה (פס'11).

24. ובפרשת חופרי השרון שב בית המשפט העליון וסיכם את מהותה של התנהלות תכסיסנית כך:

דברים אלה אינם דקויות של משפטים אלא עניין מהותי ביותר. התנהלות כגון דא יש בה לפגוע בכל אחת מתכליות המכרז. כנודע, בבסיס המכרז מספר עקרונות יסוד: הראשון, שמירה על טוהר המידות או מניעת התקשרות מתוך משוא פנים, השני, מתן אפשרות לרשות המינהלית להתקשר בעסקה אופטימלית מבחינה כלכלית, והשלישי, הענקת הזדמנות שווה לכל פרט להתמודד על קשירת עסקה עם הרשות המינהלית.. הגשת הצעה תוך שימוש במחיר גבוה אחד לפריטים אחדים

ונמוך לאחרים, באופן בלתי ריאלי, מבלי להציג מראש הסבר מניח את הדעת לכך, עלולה לפגוע, כאמור, בכל אחד מאלה

25. כללם של דברים – אין כל אמירה בפסיקה כי נקיבה במחירים נמוכים כשלעצמה מהווה "תכסיסנות" ואין בה כל אמירה הקובעת גם לגבי הצעה שאינה רווחית, כי הינה תכסיסנית בהגדרה. הפסיקה מסבירה במפורש כי יש והצעה הנוקבת במחירים נמוכים ואף הפסדיים תהיה לגיטימית בנסיבות הענין, ובנדון זה יש לבדוק כל מקרה לגופו.
26. המונח "תכסיסנות" מתייחד להצעות שבהן גלום רכיב הפסדי באופן מלאכותי – כדי לשבש את התוצאה של המכרז ונוסחת המחיר או הציון שבו. דהיינו, מדובר במקרים בהם נוקבים במחיר "הפסדי" בחלק מהרכיבים תוך ידיעה כי משקלם הסגולי בנוסחת המחיר או הציון הוא כזה שיקנה למציע ציון גבוה במיוחד, כאשר תוספת המחיר בגין הרכיבים שמחירים "הונמך" באופן מלאכותי גלומה בסעיפים אחרים. כל זה אינו קיים במקרה של "ישראל היום".
27. ובכל מקרה, גם כאשר ההצעה היא זולה ואפילו זולה במיוחד – אין משמעות הדברים כי הינה תכסיסנית. כך נאמר בפרשת חופרי השרון:
- כאמור, הצעה זולה אינה בהכרח תכסיסנית: "תכסיסנות" מעצם טיבה וטבעה היא מושג עמום וקו הגבול בין תכנון לגיטימי לתכסיסנות פסולה הפוגעת בעקרונות של שוויון והגינות, אינו תמיד חד וברור. סימונו של קו הגבול העובר בין השניים כרוך, בין היתר, בשאלות של מידה ושל היקף והוא תלוי נסיבות. על הקושי להבחין בין תכסיסנות פסולה לתכנון לגיטימי עמד בית משפט זה בעבר בציינו "לכל מקצוע 'תכסיסים' משלו; חוכמת החיים וחוכמת השופט היא להבחין בין תכסיסים לגיטימיים לבין תכסיסים שאינם לגיטימיים" (עניין מליבו, 681; ראו גם: עניין אוליצקי, פסקה 11; עת"ס 1237/03 יתב, פסקה 15; דקל, מכרזים א, 606-607).
28. ולמקרה שבפנינו: בירור עובדתי שערכתי בדבר ההתקשרות של "ישראל היום" עם מנהל הרכש הממשלתי מעלה כי הכינוי "תכסיסני" לגביו אינו במקום.
29. מתברר כי במהלך שנת 2012 פנה מנהל הרכש הממשלתי לעיתון "ישראל היום" וביקש להתקשר עימו לצורך מנויים (חלק מעובדי המדינה ברמה הבכירה זכאים לקבל עיתון חינם).
30. עיון בנתוני ישראל היום טרם ההתקשרות האמורה מעלה כי אף שבתחילת דרכו קיבלו מנויי את העיתון באופן חינמי לגמרי הרי שממועד מסויים החל העיתון לגבות מכל מנוי סכום של כמה עשרות ש"ח. ואולם, חלק מן המנויים הנחשבים ל"מובילי דעה" ואשר לעיתון קיים אינטרס בכך שיוסיפו לקבל את העיתון כמנויים – הוסיפו לקבל את העיתון בחינם.
31. משפנה מנהל הרכש לממשלתי לישראל היום והבהיר כי המנויים בהם מדובר מקרב שירות המדינה הם "מובילי דעה" גם כן, החליט העיתון – על פי מדיניותו הקיימת ממילא, לספק להם את העיתון באופן חינמי, על פי הפרמטרים המקובלים אצל מילא.

32. נמצא אפוא כי בהתקשרות זו, שאגב לא היתה חלק ממכרז, לא נעשה דבר חריג ביחס למדיניותו הרגילה של העיתון. ההתקשרות כוללת אספקת העיתון לעשרות מנויים בודדות (לעומת מאות מנויים של עובדי מדינה בכירים אחרים). דבר לא הוסווה ולא נעשה כל "סבסוד צולב" או העמסת מחירים באופן העולה על פי הפסיקה כדי הצעה תכסיסנית. יתירה מזו, נקל להבין על פי רשימת המנויים שהובאה לידיעתי - כי המנויים הללו, המקבלים את ישראל היום, אינם מקבלים רק אותו וכי הם מנויים בנוסף על עיתון או עיתונים נוספים. משכך אין פה כל "גניבת דעת" או "תכסיסנות".

33. אשר לטענה בדבר מחירי הפסד - טענה זו לא הוכחה אמפירית, וככל שניתן ללמוד על מקורה מעמדת המכון לדמוקרטיה מקורה בהשוואה שנערכה על ידי אתר האינטרנט "העין השביעית" בין מחירי הפרסום של העיתון לבין מחירי פרסום של ידיעות אחרונות. עיון במקור ובהשוואות שנערכו מלמד כי המסקנה בדבר היותם של מחירי הפרסום ב"ישראל היום" מחירי הפסד יסודה בסברה כי מחירי הפרסום בישראל היום אמורים להיות גבוהים מאלה של ידיעות אחרונות משום שלזה האחרון יש גם הכנסות גבוהות בהרבה משל ישראל היום כתקבולים ממכירת העיתון. ואולם השוואה זו שנערכה אינה מבססת את המסקנה כי התעריף הנקב על ידי ישראל היום הינו הפסדי. טעות בולטת היא להשוות מחירים בין מוצרים מתחרים ולהראות כי אם מחירו של האחד נמוך בהרבה משל האחר - הרי שמדובר בתעריף הפסדי. הקביעה כי תעריף הינו הפסדי יסודה בהשוואה של התעריף הניתן אל מול סל העלויות של המציע. רק כאשר התעריף המוצע הינו נמוך מכדי לכסות את העלויות של העיתון המציע, במקרה זה של "ישראל היום" מדובר בתעריף הפסדי. ולענייננו: עלויותיה של קבוצת "ידיעות אחרונות" עשויות ואף סביר שתהיינה גבוהות מאלה של "ישראל היום".¹¹ גם בהיבטים המערכתיים וגם בהיבטי המוצר אין מדובר במוצרים זהים.¹² לפיכך, ככל שעלויותיו של "ישראל היום" הן נמוכות משמעותית מאלה של "ידיעות אחרונות" הרי שהוא יכול גם להציע מחירי פרסום נמוכים יותר. היותם של תעריפי ישראל היום נמוכים משל ידיעות אחרונות אין בו, אפוא ללמד על כך כי מדובר בתעריף הפסדי.

34. בנוסף על כך, דווקא מפרסומי העין השביעית עולה הסיבה לפער בין מחירי המודעות בין שני העיתונים, והיא אינה קשורה לכך שהתעריף של ישראל היום הינו הפסדי. כך מצוטט שם פרסומאי בכיר, הבקי בנעשה בשוק כאומר: "מדיניות החדירה המאוד אגרסיבית של 'ישראל היום' מבחינת מחירי המודעות לא רק גרמה לידיעות אחרונות ול'מעריב' להוריד מחירים - היא גם הגדילה את ההיצע בשוק נתון, עכשיו אותה עוגה מתחלקת בין יותר שחקנים - וכולם נפגעו. עם זאת, גם היום נותר 'ידיעות אחרונות' הגורם הדומיננטי בתחום הפרסום בעיתונות הדפוס." מן האמור עולה אפוא כי הדומיננטיות של ידיעות אחרונות היא שמסבירה את הפער בין מחירי המודעות (או לפחות חלק ממנו).¹³ מכל מקום, אין לומר כי ההסבר לפער המחירים הוא בכך שהתעריף הוא הפסדי. דווקא עיון מעמיק בפרסומים שמוזכרים בעמדת המכון לדמוקרטיה מעלה כי עמדותיהם של אנשי שוק המובאות באותם פרסומים היא כי אין מדובר במודל הפסדי¹⁴ ואף כי מגמת ירידת המחירים נבלמה.

¹¹ גם ידיעות אחרונות וגם ישראל היום הן חברות פרטיות שדו"חיהן הכספיים אינם מפורסמים לציבור.

¹² כך למשל מפרסם ידיעות אחרונות מוספים רבים יותר והוא תומך גם בקבוצות תוכן נוספות (כמו אתר אינטרנט גדול במיוחד ורשת מקומונים גדולה).

¹³ בהמשך המאמר מסביר אותו בכיר כי "אם מסתכלים על נתוני ה-TGI, אז המודעות של 'ישראל היום' וידיעות אחרונות צריכות לכאורה לעלות אותם סכומים, כי שיעורי החשיפה שלהם כמעט זהים. מצד שני, עדיין יש כאן הבדל מהותי: ההנחה האינטואיטיבית של המפרסם היא שמי שקנה עיתון יקדיש יותר זמן לקריאה שלו בהשוואה למי שקיבל אותו חינם. מנוי מקבל את העיתון הביתה, ושם נחשפים אליו גם יתר בני הבית - במקרה של 'ישראל היום', להבדיל, מניחים שכל עותק מגיע לבן-אדם אחד. אלה דברים שקשה מאוד למדוד, אבל אם מסתמכים על התוצאה אפשר לומר ש'ידיעות אחרונות' - וגם 'מעריב' בזמנו - מקבלים פרמיה מסוימת על כך שהם נמכרים." (<http://www.the7eye.org.il/102339>)

¹⁴ כך, מובאת במאמר "זה לא החינם, טמבל" <http://www.the7eye.org.il/102339> העדות הבאה מפי איש פרסום בכיר (על פי הכתב עצמו): "בסיטואציה הזאת אי-אפשר לבוא לישראל היום ולהגיד, 'הוא לא למטרות רווח'. אני מניח שהם עושים מאמצים - אני יכול להגיד לך שבשלוש השנים האחרונות הם באופן עקבי העלו מחירים, במקביל לעלייה שלהם ב-TGI, והיום אני

35. סיכום הדברים: דיני התחרות דורשים כתנאי מוקדם להתערבות ממשלתית אוכפת כנגד התנהגות שוק של "מחירים נמוכים" כי מחירים אלה יהיו מחירי הפסד – קרי מחיר המצוי מתחת לעלות השולית של העיתון, ובנוסף – כי הגורם שנגדו מבקשים להתערב יהיה בעל מעמד של מונופולין, דהיינו כזה שבידו הכוח לצמצם את תפוקת הענף ובכך לגרום להעלאת המחיר. במקרה זה שני התנאים אינם מתקיימים. לכן אין כל סיבה לחייב התערבות בשוק שהתפתחויות המרכזיות בו בעשור האחרון הן התפתחויות תחרותיות חיוביות. אכן, כאשר תחרות מתפתחת ומתעצמת נפגע האינטרס של קבוצת לחץ חזקה שטוב היה לה בעידן הלא תחרותי. אך בכך אין כדי להצדיק החזרת גלגל התחרות לאחור, בכדי לשרת אינטרס של קבוצה זו שכן משמעות הדבר היא פגיעה בציבור. הורדת מחירי הפרסום המונופוליסטיים ששררו בעבר היא תופעה חיובית.


דרור שטרם

חשוב שהם מיצבים על איושהי רמת מחירים סבירה". עם זאת, הוא מדגיש, אין מנוס מלקבוע כי התוכנית העסקית של "ישראל היום", עד כמה שניתן להבינה מהצהרותיהם של ראשי העיתון, אינה תוכנית עסקית סטנדרטית. בהמשך הדברים מסבירה אף מנכ"לית איגוד המפרסמים כי "ב-2011 נבלמה במידת מה ירידת המחירים".