

# דרור שטרום

עורך-דין

רמות ים 12, הרצליה - פיתוח

טל: 09-9572119

פקס: 09-9579914

11 במאי, 2014

## חוות דעת

התבקשתי על ידי ב"כ העיתון היומי "ישראל היום" לחוות דעתי לגבי הוראות הצעת חוק לקידום והגנת העיתונות הכתובה בישראל, התשע"ד – 2014 (להלן: "הצעת החוק להגנת העיתונות"), השמה במוקד את התחרות בתחום העיתונות הכתובה.

בחנתי את הצעת החוק בתוקף נסיוני כמומחה לתחרות, כמי שעסק בנושא מדיניות התחרות בשוקים רבים במשק ובתוקף היכרותי מזה שנים את תחום התחרות וההגבלים העסקיים בארץ ובעולם.

בנוסף בחנתי מקרוב את נתוני שוק העיתונות היומית בשפה העברית בכלל ופרמטרים כלכליים של כניסתו לשוק של "ישראל היום" - אחד העיתונים הנמכרים בחינם, כדי לבחון את התיזה המרכזית העולה מהצעת החוק, על פיה מכירת עיתון יומי בחינם – "מרסקת את התחרות ההוגנת" בתחום.

סדר הדברים יהיה זה: תחילה אסקור את הצעת החוק ומשמעותה לתחום התחרות ולטובת הצרכנים והציבור; לאחר מכן אבחן את התיזה העומדת ביסוד הצעת החוק לפיה עיתוני חינם יומיים הם המרסקים את התחרות ההוגנת בשוק; לבסוף אביא את עקרונות היסוד של דיני התחרות ולאורם אבחן את הצעת החוק כדי לבחון האם יש בה, כפי האמור בדברי ההסבר שלה – "ליצור תנאים שיאפשרו תחרות אמיתית והוגנת בשוק העיתונות המודפסת".

המסקנה המרכזית העולה מכל הכיוונים אותם בדקתי, היא אחידה וברורה מכל היבט וכיוון אפשרי:

א. מדובר בהצעת חוק שגויה ונעדרת בסיס בהיבט התחרותי-כלכלי ומזיקה לציבור בתוצאתה: היא מתיימרת לשרת את אינטרס הציבור ותוצאתה הברורה - פגיעה בציבור; היא מתיימרת "ליצור תנאים לתחרות אמיתית", אך תוצאתה - פגיעה משמעותית בתחרות ואף השבת ענף העיתונות למצב של מונופול. הצעת החוק סותרת בעליל עקרונות יסוד של דיני התחרות המקובלים בעולם (פרק V, סעיפים 27 – 31 להלן);

ב. שוק העיתונות מהווה "שוק דו צידי": בצידו האחד ציבור הקוראים ובצידו האחר ציבור המפרסמים. עיקר הכנסתו של עיתון תבוא מן המפרסמים. תופעה נורמלית, לגיטימית ומקובלת היא כי עיתון יופץ בחינם באופן קבוע על מנת להגיע לתפוצה גבוהה וכך לקבל ערך בעיני ציבור המפרסמים – תופעה זו היא חוקית וכבר עמדו על כך בפסיקה ובספרות המתמחה במפורש:

"A specific point about two-sided markets is that pricing practices that, at first sight, appear to be anti-competitive might have an objective justification in their specific context. For example in the case of free-to-air television the broadcaster, in one sense, could be seen to be acting in a predatory manner by supplying a service at a below the cost of production, which would be abusive if it was a dominant position; but in a two-sided market this analysis may be wrong if the free-to-air broadcasting is paid for by the sale of advertising. The same is true of the 'free' newspapers that are now so prevalent, for example, in London and in other major cities."<sup>1</sup>

ג. דיני התחרות נמנעים בכוונה מכל התערבות בקביעת מחירים בשווקים תחרותיים. הם עושים כן, וגם זאת בזהירות רבה, רק במקום שבו מדובר בתמחור על ידי בעל מונופולין. בשוק העיתונות הכתובה היומית בישראל לא קיים בעל מונופולין כלשהו והוא כיום שוק תחרותי. כבר מטעם זה אין הצדקה תחרותית להצעת החוק. מעבר לדרוש, בחנתי אם קיים במקרה זה זה בסיס לטענת "מחיר טורפני" וגם המסקנה בנדון זה שלילית.

ד. ההיסטוריה של השוק מלמדת כי הצעת החוק עלולה, בסבירות ממשית, להחזיר את הענף למצב של מונופול: שוק העיתונות היה משך שנים שוק מונופולין הנתון לשליטה כמעט מוחלטת של "ידיעות אחרונות". הדבר מצא ביטוי בשתי הכרזות של הממונה על ההגבלים העסקיים בדבר קיומו של מונופולין ובפסק דין של בית הדין להגבלים עסקיים אשר מצא כי "ידיעות" פגע בתחרות.<sup>2</sup> הקץ למונופול הגיע רק כאשר נכנס לשוק העיתון היומי החינוכי "ישראל היום" והראיה לכך מצויה בביטול הכרזת המונופולין על ידי הממונה על ההגבלים העסקיים בשנת 2010.<sup>3</sup>

ה. הצעד שמתבקש בהצעת החוק הוא אנטי תחרותי בעליל: במסווה של עידוד ל"תחרות הוגנת" מבקשת הצעת החוק לצוות על דבר אסור על פי חוק: לכנס את מחירי העיתונים המתחרים לסף מחיר אחיד גבוה מהקיים (הקרוי בהצעת החוק "תמורה סמלית"), ובכך לפגוע באופן משמעותי בציבור הצרכנים (קוראים ומפרסמים), ולמנוע מגוון של קולות ופורמטים של עיתונות בחתך המקובל בעולם. בכך היא פוגעת גם בבסיס חופש הביטוי, שהוא צידה השני של "מטבע" חופש התחרות.

ו. הצעת החוק אינה רק שגויה ונוגדת דיני תחרות; הצעת חוק אף מסוכנת ובלתי ראויה: היא מבקשת להביא בפועל להפחתת התחרות על ידי הוצאה מן השוק של מתחרה ספציפי, שהכל יודעים מיהו. זאת בניגוד גמור לדברי ההסבר שלה.

ז. הצעת החוק לוקה בכל אחד משלביה החיוניים:

<sup>1</sup> Whish, ibid at p.12.

<sup>2</sup> הכרזות הממונה מיום 12 באפריל 1995 הכרזה בדבר מונופולין - עיתון יומי בשפה העברית: "ידיעות אחרונות"; וכן חידוש הכרזה בדבר קיום מונופולין - ידיעות אחרונות מיום 13.4.1999. [3003107 - אתר רשות ההגבלים העסקיים]; ה"ע 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ [פסק דין משלים - אתר רשות ההגבלים העסקיים].

<sup>3</sup> ביטול הכרזה בדבר קיום בעל מונופולין מיום 3 בינואר 2010: "בדיקה שנערכה ברשות ההגבלים העסקיים העלתה כי נתח השוק של ידיעות אחרונות בשוק האמור קטן ממצוית, ומכאן שלא מתקיים בה עוד האמור בסעיף 26(א) לחוק."

- היא אינה מבססת נזק קונקרטי ממשי הנגרם עקב מחיר חינמי ומתעלמת לגמרי (כנראה מתוך אי הכרות) מהעובדה כי מדובר ב"שוק דו-צידדי", הניזון בעיקרו מתמורה מהמפרסם ולא דווקא מהקורא ולכן מדובר בתופעה נורמלית לחלוטין; בהקשר זה אראה בהפניות לספרות המקצועית את נורמליות התופעה.
- הצעת החוק אף אינה מבססת דבר קיומו של כוח למי מארבע העיתונים שמכונים בה "בעלי תפוצה רחבה" עליהם היא מבקשת לכפות חיוב הצרכן בכסף;
- הצעת החוק מציעה פתרון שגוי, מיותר ומזיק לתחרות ולחופש הביטוי – לבעיה שאינה קיימת. זאת, בדמות צעד חריג, בלתי תחרותי באופן מובהק של חיוב ספקים הפועלים בשוק תחרותי - לתמחור מינימום. בכך היא מדכאת ומגבילה את התחרות ללא כל עילה וצורך.

ח. הצעת החוק פטולה משום שהיא חקיקה אינדיבידואלית: הניסיון מלמד כי ספקים בשוק מנסים לעתים קרובות לעשות שימוש בחקיקה לצורך הפחתת תחרות. הכלל המגן על הציבור מתופעה זו הוא פשוט – אין להתיר חקיקה לצורך מתחרה ספציפי: מה שאינו מוצא פתורו במסגרת הכללית שהריבון הועיד לנושא התחרות - חוקי התחרות וההגבלים העסקיים הכלליים (או מסגרת כללית אחרת כמו חוק הריכוזיות), אינו מוצדק ואינו ראוי לאימוץ כפתרון "אד-הוקי" לשוק או למתחרה ספציפיים. הכלל היסודי בחקיקה הוא כלליות הנורמה וההנחה היא כי חוק שכולו מכוון נגד גורם ספציפי אחד – הינו פסול ומשרת צורך של שחקנים בשוק להיפטר ממתחרה המקשה על חייהם ומגביר את התחרות.

ט. מקרה זה מוכיח עד כמה נכון הכלל האוסר על חקיקה אינדיבידואלית: הצעת החוק אינה מבקשת ליצור עקרון כללי לתחרות בשווקים במשק ולפיו יש להגביל שיווק חינמי של מוצרים ושירותים. היא נועדה ספציפית, על פי לשונה, ל"עיתון בעל תפוצה רחבה", הנמכר בחינם בשוק העיתונות הכתובה, בעל מספר עמודים (התואם עיתון מסויים) – שברור לכל מי הוא וידוע לכל כי הוא המתחרה העיקרי לעיתון אחר הנמכר בעד מחיר, שעד לכניסת "ישראל היום" נהנה משך שנים ממעמד של מונופול. יצירת כלל המתערב במחיר של מי שאינו מונופול – היא זרה ומנוגדת לא רק לדין הישראלי אלא גם לדין הזר, והיא דבר שמקומו לא יכירנו במדיניות תחרות נורמלית. חופש העיתונות במדינה דמוקרטית אינו דר בכפיפה אחת עם חקיקה שגויה בעליל, המנוגדת לדיני התחרות בישראל ובעולם, ושכל מהותה לשמש סיכול ממוקד של מתחרה ספציפי, גם אם דעות המובעות בו אינן לרוחו של מאן דהוא.

י. צירוף הדברים עם העובדה כי מדובר בהצעת חוק המהווה חוליה בשרשרת של הצעות חוק קודמות שגם הן כוונו לאותה תוצאה – סילוק המתחרה המשווק עיתוני חינם יומיים, מגבש רושם ברור של רדיפה של עיתון ספציפי באמצעות חקיקה אינדיבידואלית. זו הפעם השלישית שהצעת חוק מעין זו, המשרתת אינטרסים של מניעת תחרות ופגיעה בציבור הרחב לטובת שחקנים המעוניינים להעלות מחירים בשוק העיתונות והפרסום – מגיעה לשולחנה של הכנסת. נראה בבירור כי מדובר אפוא בניסיון עיקש להביא לתוצאה מעוותת ההולמת צרכים מסחריים של מאן דהוא, ולהפחית תחרות באחד מהשווקים החשובים בישראל.

יא. סיכומו של דבר, דיני התחרות בישראל יצרו מסגרת כוללת ושלמה לתופעה של "מחירים בלתי הוגנים" (במקרה זה "מחירים טורפניים" או "מחירי היצף"). מסגרת זו כוללת איוונים ובלמים, המוכרים בעולם ואשר נלקחו משיטות המשפט המובילות בעולם בתחום דיני התחרות. בהתאם לכך נדרשת הוכחתם של יסודות אשר אינם מתקיימים במקרה שלפנינו.

ואולם אי התקיימותם אינה "מקרית" ואינה שגגה – היא ההוכחה של חוסר ההצדקה בהתערבות במקרה זה.

העובדה כי מאז כניסתם של עיתונים המחולקים בחינם כ"ישראל היום" חלפו שנים לא מעטות, ואיש מן העיתונים הללו לא זכה להגיע למעמד של שליטה בשוק והתוצאה היחידה בשוק היא הגברת התחרות וביטול מצב המונופולין ששרר בשוק זה שנים רבות – מלמדת יותר מכל על כך שאין כל צורך אובייקטיבי ואין כל הצדקה לחוקק את הצעת החוק.

הצעת החוק היא אפוא יצור זר, בעייתי ולא רצוי שמקומו לא יכירנו בדיני התחרות בארץ ובעולם. המלצתי, ללא סייג, היא לדחותה בשתי ידיים, כניסיון לא לגיטימי לשבש תחרות באמצעות חקיקה.

### הניסיון המקצועי של נותן חוות הדעת:

2001–2005 - הממונה על ההגבלים העסקיים;

1997–2001 - היועץ המשפטי, רשות ההגבלים העסקיים;

עיסוק מרכזי בחקיקת תחרות, החלטות בתחום התחרות ופתיחה לתחרות של ענפים שונים במשק:

- פתיחת שווקים לתחרות: שוק השיחות הבינלאומיות לתחרות 8-1997; שוק הטלוויזיה הרב ערוצית לתחרות – 1999 והסדרי ICP; פתיחת שוק הטלוויזיה המסחרית לתחרות - 2002;
- מיזוג חברות הטלוויזיה בכבלים – פתיחת שוק הטלפוניה הנייחת לתחרות 2002;
- מעמדה המונופולי של בזק וחברות הטל"כ – 2000 - 2004;
- מיזוגים ובקשות מיזוג במשק, לרבות במכלול ענפי התקשורת 2001 - 2005;
- גיבוש מדיניות התחרות בענפי התקשורת, אישורם וחקיקתם בממשלה, ועדות הכנסת וועדת קרול;
- חבר וועדת התחרות OECD 2001 – 2005;
- יו"ר וועדת ה-ICN, Mergers Investigative Techniques 2002 – 2005;
- חבר וועדת בכר לרפורמה בשוק ההון;

2006–2008 פרויקטור מיוחד מטעם הממשלה להקמת הרשות לסחר ההוגן והגנת הצרכן;  
יו"ר הצוות הבינמשרדי לגיבוש מדיניות אכיפה לרשות הסחר ההוגן.

2007–היום:

- מנהל המכון הישראלי לתכנון כלכלי;
- חבר הוועדה לשינוי כלכלי חברתי (ועדת טרכטנברג) – מומחה חיצוני בצוות יוקר המחיה;
- עורך-דין פרטי, מומחה לדיני תחרות ולרגולציה של תחרות.

1998–היום: מרצה לדיני הגבלים עסקיים ורגולציה כלכלית: המרכז הבינתחומי, אוניברסיטת תל אביב.

## פירוט חוות הדעת:

### I. הצעת החוק ומשמעותה:

#### 1. לשון הצעת החוק היא זו:

"מטרת החוק:

1. מטרת חוק זה היא לקדם ולחזק את העיתונות הכתובה בישראל, ולהבטיח תנאים שוויוניים לתחרות אמתית והוגנת בין העיתונים.

הגדרות

2. בחוק זה-

"חינם"- לרבות תמורה סמלית.

"עיתון יומי"- עיתון שהגדרתו בפקודת העיתונות, היוצא לאור 6 ימים בשבוע, וכולל לפחות 30 עמודים בימי חול 1001 עמודים בסופי שבוע ובערבי חג.

"עיתון יומי בעל תפוצה רחבה"- עיתון יומי שהוא אחד מארבעה העיתונים היומיים בעלי התפוצה הרחבה ביותר, המיועד לציבור הרחב ומופץ למרבית חלקי המדינה.

"פקודת העיתונות"- פקודת העיתונות 1933.

"תמורה סמלית"- לא פחות משבעים אחוז ממחיר של עיתון יומי אחר שמחירו הוא הנמוך ביותר מבין העיתונים הנמכרים בעלי התפוצה הרחבה ביותר.

ממונה

3. הממונה על הגבלים העסקיים רשאי לעדכן אחת לשלוש שנים באישור ועדת הכלכלה של הכנסת את מספר העמודים כאמור.

איסור על הפצת עיתון יומי בחינם

4. לא יוציא לאור אדם, ולא יהיה אחראי להפצה של עיתון יומי בעל תפוצה רחבה בחינם, לתקופה העולה על 6 חודשים מיום תחילת הפצתו בחינם.

5. מוציא לאור יקבע לגבי כל עיתון יומי בעל תפוצה רחבה מחיר לצרכן למכירה (להלן-המחיר לצרכן), המחיר לצרכן יודפס באופן בולט וברור בראש העמוד הראשון של העתון.

עונשין ואחריות נושא משרה בתאגיד

6. (1) המפר סעיף 3, דינו כפל הקנס כאמור בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין, תשל"ז- 1977, ואם הוא תאגיד כפל הקנס האמור, ובעבירה נמשכת קנס נוסף שהוא פי עשרה מן הקנס האמור בסעיף 61(ג) לחוק העונשין לכל יום שבו נמשכת העבירה, ואם הוא תאגיד כפל הקנס האמור. בעבירה חוזרת ייוספו על סכומי הקנס שניתן היה להטיל בשאלה אילו הייתה העבירה ראשונה, סכום שווה לכפל הקנס כאמור. לעניין זה "עבירה חוזרת"- הפרת סעיף 3 לחוק זה, בתוך 6 חודשים מהפרה קודמת של אותה הוראה.

(2) נעברה עבירה לפי חוק זה בידי תאגיד, יואשם בעבירה גם כל אדם אשר בשעת ביצוע העבירה היה, באותו תאגיד, מנהל פעיל, שותף- למעט שותף מוגבל- או עובד מנהלי בכיר האחראי לאותו תחום שבו נעברה העבירה, אלא אם כן הוכיח שהעבירה נעברה של בידיעתו וכי נקט אמצעים סבירים להבטחת שמירת חוק זה.

אחריות בנוזיקין

7. (1) דין מעשה ומחדל בניגוד לחוק זה, כדין עוולה לפי פקודת הנוזיקין.

(2) בוצעה עוולה על ידי תאגיד בניגוד לחוק זה, יהיה אדם אחראי גם הוא לעוולה, אם היה אותה שעה מנהל פעיל בתאגיד, שותף, למעט שותף מוגבל, או עובד בכיר האחראי לתחום שבו נעשתה העוולה, אלא אם הוכיח כי העוולה בוצעה שלא בידיעתו וכי נקט אמצעים סבירים למניעתה.

תחילה

8. תחילתו של חוק זה 30 יום מיום פרסומו; אולם, תחילתו בנוגע לעיתון יומי אשר הופץ ערב תחילת החוק, תהיה 120 יום מיום פרסומו.

## המשמעויות העולות מנוסח הצעת החוק:

2. הצעת חוק אינה אוסרת רק על מכירת עיתונים בחינם. היא אוסרת על מכירת עיתונים במה שהיא מכונה "תמורה סמלית" ולמעשה הוא שבעים אחוזים מתוך המחיר של העיתונים הנמכרים עבור מחיר. יוצא אפוא כי הצעת החוק לא באה לאסור על מה שהיא סבורה כי הוא צורה קיצונית של שיווק לא הוגן – אלא באה לכנס את מחירי המתחרים לבסיס מקורב.<sup>4</sup>
3. הצעת החוק יוצרת בפועל צמצום פערי המחירים בין המתחרים וכינוסם לבסיס תמחור גבוה מהקיים כיום בשוק (בממוצע לכלל ציבור הקוראים). ההצעה יוצרת אפוא העלאת מחיר ברורה, שהיא נזק ברור ומיידי לציבור.
4. הצעת החוק אינה מבוססת חשש תחרותי – דיני התחרות באים למנוע שימוש בדרכים פסולות להשתלטות של מתחרה יחיד על השוק. אולם הצעת החוק אינה תולה את בסיס האיסור בקיומו של כוח שוק לעיתון "החינמי" (או אפילו בחשש סביר לכך שהמשך שיווק "חינמי") - יוביל להשתלטות על השוק.
5. ההצעה יוצרת איסור פלילי – קרי נקט פה האמצעי החמור ביותר בספר החוקים.
6. אין בדברי ההסבר להצעת החוק כל תשתית מחקרית או תשתית נתונים המלמדת על נזק כלשהו, למעט אמירות כלליות וסתמיות: כך, אין בהצעת החוק כל הפניה למחקר, סקר, נתונים של מוסד מחקרי איזשהו שיש שבהם ולו לבסס סברה לכאורית כי קיים נזק כתוצאה משיווק עיתונים בחינם או ב"תמורה סמלית".
7. אביא את הקטע הרלבנטי מדברי ההסבר כלשונו – כדי להמחיש את הדברים:

"כיום אנו נמצאים במצב בו העיתונות הכתובה מצויה במשבר עמוק שרק הולך ומחריף ומרבית העיתונים קורסים כלכלית. מטרתה של הצעת חוק זו לטפל באחת הסיבות המרכזיות שהובילו למשבר ושאינה מאפשרת להם להתאושש. חוסר היכולת להתחרות באופן אמיתי והוגן בשוק על בסיס יתרונות יחסיים של מצוינות, נובע מהעובדה שחלק מהעיתונים מחולקים היום בחינם. בכך הם מונעים תחרות גם על המחיר המהווה מרכיב חשוב ביכולתו של עיתון לשרוד כלכלית, מרסקים את התחרות ההוגנת ואינם מאפשרים לשוק להתאושש. העיתונות המודפסת מעסיקה כיום אלפי משפחות של עובדים בישראל. חלקם כבר פוטרו וחלקם האחר יפוטרו בעתיד הקרוב אלא אם כן יינצל שוק העיתונות הכתובה. הניסיון להציג את הפגיעה בעיתונות המודפסת ובכלל זה את פיטורי העובדים כתוצאה הבלעדית של התחזקות המדיה הדיגיטאלית אינה נכונה עובדתית.

כדי למנוע המשך הקריסה ופיטורי עובדים נוספים חייב השוק לחזור ולפעול בתנאי תחרות הוגנים ודמוקרטיים. הצעת חוק זו מניחה את המסד לכך בדרך של איסור באופן חד משמעי על הפצה חינם של עיתון יומי בעל תפוצה רחבה על מנת למנוע פגיעה בפרמטר חשוב של האפשרות להתחרות: המחיר- ועל ידי כך לקדם ולחזק את התחרות ההוגנת בשוק זה."

<sup>4</sup> בשונה מהצעות חוק קודמות שם נקבע כי הממונה על הגבלים עסקיים יקבע מחיר מזערי.

8. גם אם נתעלם לרגע מהסתירות הפנימיות שבהצעת החוק,<sup>5</sup> ונבקש להתייחס לדברים כפשוטם, הרי שמתברר כי דברי ההסבר מסתכמים בהצהרות רמות, ללא שיש בהם, ולו שמץ, של תימוכין ל"אמיתות המוחלטות" המוצגות בהם כאקסיומות. אראה בהמשך כי "אקסיומות" אלה מופרכות כשלעצמן, אולם אביא כמה דוגמאות לסתמיות ההצהרות האלה:

- הצהרה I: "חוסר היכולת להתחרות באופן אמיתי והוגן בשוק על בסיס יתרונות יחסיים של מצוינות, נובע מהעובדה שחלק מהעיתונים מחולקים היום בחינם"
- הצהרה II: "חלק מהעיתונים מחולקים היום בחינם. בכך הם מונעים תחרות גם על המחיר"
- הצהרה III: העיתונות הכתובה מצויה במשבר עמוק שרק הולך ומחריף ומרבית העיתונים קורסים כלכלית. מטרתה של הצעת חוק זו לטפל באחת הסיבות המרכזיות שהובילו למשבר"

9. כפי שאראה להלן, אף לא אחת מההצהרות גרנדיוזיות אלה נשענת על תימוכין או על תשתית עובדתית מינימלית, לא מחקרית – אמפירית ולא אחרת. חמור מכך, הן גם אינן נכונות לגופן ונסתרות על ידי מחקרים שנערכו. אעמוד על עיקרי הדברים בקצרה:

9.1. ההצהרה כי קיים חוסר יכולת להתחרות בשוק העיתונות הכתובה והוא "נובע מהעובדה שחלק מהעיתונים מחולקים היום בחינם" – לא נכונה באופן מוכח:

- שוק העיתונות היה משך שנים שוק מונופולין הנתון לשליטה כמעט מוחלטת של "ידיעות אחרונות". הדבר מצא ביטוי בשתי הכרזות של הממונה על ההגבלים העסקיים בדבר קיומו של מונופולין ובפסק דין של בית הדין להגבלים עסקיים אשר מצא כי "ידיעות" פגעה בתחרות.<sup>6</sup>
- הקץ למונופול של ידיעות אחרונות הגיע רק כאשר נכנס לשוק העיתון היומי החינמי "ישראל היום" והראיה לכך מצויה בביטול הכרזת המונופולין על ידי הממונה על ההגבלים העסקיים בשנת 2010.<sup>7</sup> יתר על כן, בהצעת החוק אפילו לא נטען כי מחירי שאר העיתונים הנמכרים – ירדו למחירי הפסד והעובדות מלמדות כי ההיפך הוא הנכון.
- כפי שיפורט בהמשך, הסיבות העיקריות להידרדרות העולמית בשוק העיתונות הכתובה – הן שינוי טעמים של הציבור - המעבר לעיתונות מקוונת (On Line) המאפשרת תגובתיות ועדכניות רבה בהרבה משל העיתונות הכתובה, והתמעטות זמן הפנאי של קהל העובדים הממזערת את תשומת הלב לקריאת טקסטים. שני הדברים אינם קשורים לעיתונות הכתובה החינמית שבה הצעת החוק מתמקדת.

9.2. הצהרה שניה: עיתוני החינם מונעים תחרות על המחיר אינה נכונה גם היא. ראשית, עיתוני החינם מתחרים על המחיר בצורה חריפה בקרב המפרסמים.

<sup>5</sup> העיקרית שבהן היא הטענה, בדברי ההסבר לכך שהצעת החוק תביא לחיזוק התחרות בשעה שההצעה פוגעת ומפחיתה אותה ויש בה אף להחזיר את השוק לשיווי משקל מונופוליסטי – הכל כמפורט בהמשך – ראו סעיף 40-34 להלן.

<sup>6</sup> הכרזה בדבר מונופולין - עיתון יומי בשפה העברית: "ידיעות אחרונות" (הכרזת הממונה מיום 12 באפריל 1995); וכן: חידוש הכרזה בדבר קיום מונופולין – "ידיעות אחרונות" מיום 13.4.1999. [3003107 – אתר רשות ההגבלים העסקיים].

<sup>7</sup> ביטול הכרזה בדבר קיום בעל מונופולין מיום 3 בינואר 2010: "בדיקה שנערכה ברשות ההגבלים העסקיים העלתה כי נתח השוק של ידיעות אחרונות בשוק האמור קטן ממחצית, ומכאן שלא מתקיים בה עוד האמור בסעיף 26(א) לחוק."

שנית, עיתון הוא מוצר מבודל (Differentiated product) ומרכיב הבידול מהווה שיקול מרכזי גם בקרב קהל הקוראים (איזה עיתון לרכוש ולקבל) והן בקרב קהל המפרסמים (פרסום בעיתון "הארץ" אינו נחשף לקהל קוראים כפרסום בעיתון "ישראל פוסט"). על כן עיתון הוא לא מוצר שהמחיר שלו הוא שיקול מוחלט וקובע בתחרות: לראייה, לו היה המחיר השיקול המוחלט והמכריע – לא היו שורדים העיתונים הנמכרים במחיר מלא – "ידיעות אחרונות" ו"הארץ" כלל. במציאות, ההיפך הוא הנכון ושיעורי החשיפה מלמדים על כך.

9.3. הצהרה שלישית: מכירת עיתונים כתובים בחינם היא "אחת הסיבות המרכזיות" למשבר – שגויה מעיקרה. ראשית, כפי שפירטנו (בסעיף 3.1. לעיל) הסיבות המרכזיות הן שינוי טעמים, מעבר לעיתונות מקוונת ומיעוט זמן הפנאי המוקדש לקריאת טקסטים. שנית, מנתוני מחלקת המחקר של הכנסת עולה בבירור כי דווקא כניסתם של העיתונים החינמיים הגדילה את היקף הקוראים ואת היקף החשיפה הכללי לעיתונות הכתובה.

במילים פשוטות – ההנחות המרכזיות האמורות להוות את הבסיס האיתן של הצעת החוק פשוט אינן "מחזיקות" מול העובדות לאשורן. לא למותר לציין ולהדגיש כי בנפול כל ההצהרות האלה, העומדות ביסוד הצעת החוק – נשמט לגמרי הבסיס להצעת החוק.

10. התוצאה המתקבלת לאחר בחינה מדוקדקת היא אפוא זו: הצעת החוק מבקשת לקבוע נורמת התנהגות חריגה לגמרי, אשר כפי שיוסבר בפרק הבא – סותרת חזיתית את דיני התחרות ועקרונות מדיניות התחרות ב-120 מדינות; מבקשת להטיל עונש פלילי של העמדה לדין על התנהגות תחרותית לגיטימית מעיקרה, וכל זאת ללא כל ראיות, ללא כל תשתית ראויה, ובלא כל אינדיקציה מוכחת לקיומו של נזק רחב לציבור עקב השיווק החינמי של עיתונים לציבור.

הדברים מקבלים משנה תוקף לאור ההמשך – בו נראה כי לא בכדי נשענת הצעת החוק על דברי הסבר שכאלה – מוחלטים וקטגוריים אך סתמיים ונעדרי ביסוס. המציאות בעולם, במשפט המשווה ואפילו בפסק דינו של בית הדין להגבלים עסקיים בישראל – הפוכה בתכלית לנטען ביסוד הצעת החוק.

## **II. הימנעות דיני התחרות וההגבלים העסקיים מהתערבות בקביעת מחיר – עקרון יסוד חיוני המופר על ידי הצעת החוק**

11. הצעת החוק מבקשת להתערב בצורה אגרסיבית, חסרת תקדים, באוטונומיה של המתחרים בשוק לקבוע את מחיר המוצר (עיתון כתוב יומי) שהם מציעים בשוק. אראה להלן כי אוטונומיה זו – חופש התמחור של מתחרים בשוק לגבי מוצריהם, הוא נשמת אפה של התחרות – ועל כן נשמרים דיני ההגבלים העסקיים מלהתערב בחופש זה, כל עוד אין מדובר בבעל מונופולין (שאז ממילא אין מדובר בשוק תחרותי).

12. קיומו של חופש תמחור מלא הוא חיוני לקיומה של התחרות – עמדו על כך מומחים ומלומדים, בכל שיטות דיני התחרות המובילות:



"Encouraging firms to compete on price is a basic tenet of competition law and policy. The fundamental goal of competition is that rivalry and price competition should force firms to maximize their output.[O'Donoghue & Padilla The Law and Economics of Article 82 EC, Oxford and Portland, 2007, p.235

"Price competition is the essence of the free and open competition which is the objective of the community policy to establish on the internal market. It favors more efficient firms and it is for the benefit of consumers, both in the short and in the long run." Compagnie Maritime Belge SA v. Commission [2000] ECR I-1365 (opinion of advocate general Fennelly)

"Price is the main instrument of competition in most markets" [Bellamy & Child European Community Law of Competition, 2008 6<sup>th</sup> p.5.015]

13. בישראל נקבעו דברים דומים בקביעת הממונה על ההגבלים העסקיים בפרשת צובר – גולקל: 8:

"מהות התחרות – נשמת אפה – בכך שכל עסק מקבל החלטותיו באופן עצמאי, לפי שיקול דעתו ובהתאם לאינטרסים הכלכליים שלו, ושלו בלבד. אכן, עצמאות בכוח ובפועל של הליך קבלת החלטות בעסק, הן מהפן הפרוצדורלי (מיהו המחליט) והן מהפן המהותי (המוטיווציה הכלכלית המסתברת שביסוד ההחלטה), היא ביסוד התחרות, זו שבפועל וזו שבכוח."

### III. התערבות במחיר אפשרית כשמדובר בבעל מונופולין: החוק הקיים כהסדר שלם ומלא

14. התערבות באוטונומיה של המתחרים בשוק לקבוע את מחיריהם מוכרת בישראל ובעולם רק כאשר מדובר בבעל מונופולין. או אז, משאנו משנים את הזירה משוק תחרותי לשוק הנשלט בידי אדם אחד – קם חשש ממשי שמא אותו אדם, השולט בשוק (כאמור, בעל מונופולין), ישבש את מנגנון התחרות באמצעות "מחירים בלתי הוגנים". במקרים אלה מעניק חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988 סמכויות לממונה על ההגבלים העסקיים – לתת הוראות למונופול לענין המחיר (סעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים), ואף למנוע ולאכוף אם מצא הממונה שבעל המונופולין נקט במחירים בלתי הוגנים באופן שיש בו לפגוע בתחרות או בציבור.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> קביעה על פי סעיף 43 לחוק ההגבלים העסקיים בעניין מיווג בפועל של החברות גולקל 1992 בע"מ וצובר חברה למסחר בע"מ, 1998, הגבלים עסקיים 3001329.  
<sup>9</sup> סעיף 29 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988 ובפרט סעיף 29א(ב)(1).

ההסבר להתערבות העודפת רק במקרה בו מדובר בבעל מונופולין ניתן בפרשת דובק שם קבע בית הדין להגבלים עסקיים (מפי כב' השופטת נאור, אב בית הדין כתוארה אז) כי

"צעד עסקי שמבצע מונופולין ייבחן ביתר חשדנות, בשל האיום שהוא עלול להוות לתחרות החופשית, הנובע ממעמדו כמונופולין"<sup>10</sup>

15. אלא שלצורך התערבות ביכולת קביעת המחיר נדרש קיומם המצטבר של מספר יסודות המהווים תנאי סף להתערבות הדין: (א) כי העיתון החינמי בו מדובר יהיה בעל מונופולין; (ב) כי יוכח כוח השוק שלו – קרי עוצמת שליטתו בשוק (ג) כי יוכח שהמחיר בו נוקב בעל המונופולין האמור הינו בכל קנה מידה מתחת לעלות השולית הממוצעת שלו; (ד) כי יוכח שהאסטרטגיה הזו מאפשרת לא רק להוציא מן השוק את מתחריו (או "למשמע" אותם), אלא גם לגבות לאחר מכן רנטה, רווח עודף – ההופך את המהלך לרווחי. חשוב לציין כי אף לא אחד מיסודות אלה מתקיים בענייננו.

16. בשנת 1988 עוגן בישראל העקרון לפיו על מנת לפקח על אדם ולראותו כמונופולין חייבים תחילה להראות כי בידיו שליטה על מעל מחצית מהשוק הרלבנטי (כלומר מעל 50% מכלל המכירות באותו מוצר). כך קובע כיום סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים:

"26. (א) לענין חוק זה יראו כמונופולין ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או מכלל רכישתם, או של יותר ממחצית מכלל מתן שירותים, או מכלל רכישתם, בידי של אדם אחד (להלן - בעל המונופולין). על קיומו של מונופולין כאמור יכריז הממונה בהודעה ברשומות; על הכרזה כאמור יחולו הוראות סעיף 43(ב) עד (ה), כאילו היתה קביעה לפי סעיף 43(א)."

17. מעיון בחוק אנו למדים כי המחוקק קבע שהממונה יכריז כמונופול את מי שמרכז בידיו מעל מחצית מהשוק. ודוק, קביעה זו לא נעשתה באופן סתמי או שרירותי אלא על יסוד ניסיון מצטבר של עשרות שנים, כפי שהוסבר בהצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד-1983:

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

18. נמצא כי התנאי של קיום נתח שוק של מעל 50% בידי אדם נקבע כדי לבטא "שליטה בשוק". בלעדי שליטה כאמור – אין כל יסוד להכריז על אדם או עסק כמונופולין ואין עילה להתערב במנגנון קביעת המחיר על ידו. זהו בדיוק הרציונל של פרק המונופולין בחוק: הוא מאפשר התערבות חריגה בהתנהלות של עסק בתנאי שיש לו שליטה בשוק. אחרת, ההתערבות מיותרת, בלתי מוצדקת ובלתי חוקתית בשל פגיעתה המיותרת והעודפת בחופש העיסוק, ערך חוקתי מוגן.

<sup>10</sup> תיק מונופולין 1/93 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' חברת דובק בע"מ [אתר רשות ההגבלים העסקיים].

19. חשוב להדגיש כי החוק הקיים כולל הסדר מלא ושלם המאפשר גם הכרות מונופול על מי שחלקו בשוק פחות ממחצית: עיון בהוראות החוק הקיים מגלה כי המחוקק נתן דעתו בצורה ישירה על האפשרות שקיים שיעור נמוך ממחצית שמהווה מונופולין (ס"ק ג) וקבע לענין זה פרוצדורה מוגדרת, שאינה מוגבלת לשוק העיתונות היומית אלא חלה על כלל המשק:

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

20. המסקנה העולה מנוסח החוק הקיים היא כי חוק זה מאפשר לקבוע כי עסק הינו בעל מונופולין אם הונח בסיס ראייתי לכך שלאותו עסק "השפעה מכרעת" בשוק המדובר, למרות שחלקו בו אינו עולה מחצית. המסקנה היא אם כן כי החוק הקיים כולל איזון יסודי וחשוב היורד לשורש הצדקת התערבות החוק: החוק כן מאפשר הכרזה על מונופולין גם בשיעור של פחות ממחצית אך מתנה זאת בכך של"מוכרז" קיימת השפעה מכרעת בשוק (דהיינו שאותו אדם הוא המוציא ומביא בשוק המדובר). באופן זהה קיים הסדר משלים בחוק הפיקוח על המחירים, התשנ"ו – 1996 אם נמצא כי מדובר בשוק שיש בו תחרות מועטה. הדין יוצר מעטפת שלמה ומקיפה לטיפול בנושא, כאשר הוא מעורר בעיה אמיתית של כשל שוק, אך מגישי הצעת החוק לא מעוניינים בה. הסיבה לכך היא שבשוק העיתונות – אין כל כשל תחרותי. נהפוך הוא.

21. עיון בהצעת החוק מגלה כי אינה עוסקת כלל ב"שליטה בשוק" ואינה דורשת כי תנאי ההפעלת ההוראות בו הוא שמדובר כמונופולין לו "השפעה מכרעת" – נהפוך הוא, מאחר ומנגנונים אלה כבר קיימים בחוק הקיים ניתן ללמוד מכך שהצעת החוק מבקשת לקבוע כמונופולין מי שאין לו שליטה בשוק ואף אין לו "השפעה מכרעת" בו. נמצא שאותו איזון יסודי וחשוב היורד לשורש החוק נעדר לגמרי מהצעת החוק. חסר זה אינו מקרי, כמובן. הוא מעיד על ההצעה כולה ומקצועיותה בראי דיני התחרות.

22. בכך נפגם היסוד החוקתי של הצעת החוק: לא ניתן לבחור אדם שאין לו את המאפיין היסודי שהוא תנאי מקדמי להפעלת הפיקוח "ההגבלתי" (שליטה או השפעה מכרעת בשוק), לעקוף את הפיקוח של הממונה על ההגבלים העסקיים הבוחן כל מקרה לגופו, ולקבוע מראש תוצאה ללא בחינה וללא פיקוח, "סתם כך", משום שמאן דהוא אינו מוצא את התחרות הקשה לרוחו.

23. בפרט אמורים הדברים כאשר ברור מהצעת החוק כי אף לא אחד ממגישיה סבר שבידי עיתון המופץ בחינם יש "שליטה בשוק". מנוסח הצעת החוק המדוברת רק בכל "עיתון בעל תפוצה רחבה" אנו למדים בדיוק ההיפך – מגישי הצעת החוק ידעו אל נכון כי אין לעיתון המופץ חינם כל שליטה בשוק. על כן ביקשו לחוקק את הצעת החוק. אלא שמניע זה הוא, בכל הכבוד – פסול. הרכיב בו אנו מדברים (קיומה של שליטה בשוק כתנאי מוקדם להתערבות במחיר) הוא תנאי קריטי: הצעת החוק מבקשת להחיל רגולציה מהותית ביותר על מי שאינו מתאים להיות מושא הרגולציה לפי לשונו, הגיונו ותכליתו של חוק ההגבלים העסקיים. מדובר אפוא בהצעה פגומה בפגם שאינו ניתן לתיקון זולת חזרה אל המנגנון הקבוע בחוק ההגבלים העסקיים הקיים.

24. סיכומו של דבר, דיני התחרות בישראל יצרו מסגרת להתייחסות לתופעה של נקיטה במחירים בלתי הוגנים (במקרה זה "מחירים טורפניים" או כפי שהם מוכרים בעגה המוכרת "מחירי היצף"). מסגרת זו כוללת איזונים ובלמים, המוכרים בעולם ואשר נלקחו משיטות המשפט המובילות בעולם בתחום דיני התחרות. בהתאם לכך נדרשת הוכחתם של יסודות אשר אינם מתקיימים

במקרה שלפנינו. ואולם אי התקיימותם אינה "מקרית" ואינה שגגה – היא ההוכחה של חוסר ההצדקה בהתערבות במקרה אשר כזה.

#### IV. העיתונים החינמיים – תופעה כלכלית, תחרותית לגיטימית, מקובלת ונפוצה

25. במהדורה השביעית לספרו הנודע של פרופ' **Whish**, מומחה ידוע זה שנים רבות לתחום דיני ומדיניות תחרות - הוא מגדיל לעשות, ומסביר במפורט עד כמה הורדת המחיר היא מהותה של התחרות, עד כדי כך שמכירת עיתונים חינמיים היא ביטוי נאמן לתחרות לגיטימית ומובהקת:

"It is the essence of competition that firms should compete for custom by reducing prices."<sup>11</sup>

26. ובבואו להסביר את תופעת העיתונים החינמיים – עומד פרופ' **Whish** בהרחבה על כך שמדובר בתופעה כלכלית לגיטימית ונורמלית, המשקפת חלק מובהק מן התהליך התחרותי:

"[T]here are some markets, often referred to as 'two-sided-markets', where two or more groups of customers are created for, and where a network effect arises as more consumers join one or the other side of a the market. A simple example is a newspaper. A newspaper publisher sells all advertising space; it also supplies newspapers to the citizens, sometimes at a cover price and sometimes free of charge. The publisher's ability to sell advertising space increases according to the number of citizens expected to read the newspaper."<sup>12</sup>

27. במילים פשוטות, בניגוד גמור לסברת היסוד של הצעת החוק "להגנת העיתונות" - העיתון החינמי מתקיים בשיווי משקל כלכלי נורמלי ותחרותי לחלוטין: תודות לכך שהוא משווק בחינם לציבור הקוראים, הוא מצליח להשיג תפוצה נרחבת המסייעת לו להגדיל את הכנסותיו בשוק האחר אשר ממנו תבואנה הכנסותיו – שוק הפרסום. בהצעת החוק לא נזכר כלל הנושא.

28. כך, במילים ברורות ונוקבות מסביר פרופ' **Whish** כי מה שנראה בתחילה להדיוט כתופעה בלתי מובנת ואף בלתי תחרותית (שכן לכאורה מדוע ימכור אדם בחינם את מוצריו עליהם הוא טורח

<sup>11</sup> **Whish, Competition Law** 7<sup>th</sup>, OXFORD University Press, 2011 – p.740 ("Whish").

<sup>12</sup> **Whish**, *ibid* at p.13.

ובהכנתם הוא משקיע משאבים) – הוא למעשה תופעה כלכלית תחרותית, לגיטימית, מקובלת ונפוצה ביותר:

"A specific point about two-sided markets is that pricing practices that, at first sight, appear to be anti-competitive might have an objective justification in their specific context. For example in the case of free-to-air television the broadcaster, in one sense, could be seen to be acting in a predatory manner by supplying a service at a below the cost of production, which would be abusive if it was a dominant position; but in a two-sided market this analysis may be wrong if the free-to-air broadcasting is paid for by the sale of advertising;"<sup>13</sup>

29. נמצא כי מה שנראה במבט ראשון כאקט בלתי תחרותי (וגם זאת אך ורק אם העיתון החינמי נהנה ממעמד של מונופול או פירמה דומיננטית) אינו כזה כשמדובר בשווקים דו-צידיים, כשוק הטלוויזיה המסחרית (וכשוק העיתונות בענייננו). זאת, מאחר ו"שרשרת הערך" בשוק כזה היא שונה בתכלית: הפצה חינמית של המוצר נועדה להשיג תפוצה רחבה כאשר זו מתורגמת למקסום הכנסות משוק הפירסום. וכאילו נכתבו הדברים עבור המקרה שבפנינו מסביר פרופ' Whish כי דברים אלו אמורים באותה מידה ובאופן זהה עבור עיתון המשווק לקהל הקוראים בחינם:

**"The same is true of the 'free' newspapers that are now so prevalent, for example, in London and in other major cities."**

30. ואם יטען הטוען כי דברים ברורים אלה (המסבירים באופן חד וברור לא רק את הלגיטימיות הכלכלית של תופעת העיתונות החינמית, אלא גם את נפוצותה של התופעה "בלונדון ובערים ראשיות אחרות" – כדבריו של פרופ' Whish) - אינם רלבנטיים לשוק העיתונות בישראל, כי אז נשטח בפניו את פסק דינו של בית הדין להגבלים עסקיים בפרשת ידיעות אחרונות, שם קבע בית הדין המוסמך לתחרות בישראל דברים ברורים המאשרים את דבריו של פרופ' Whish ונכונותם לגבי השוק בישראל:

**"הכנסותיהם של העיתונים המקומיים מבוססות בעיקר (כ - 70% - 80%) על פרסום, ורק 30% - 20% מההכנסות מקורן במכירת העיתונים לציבור. מאפיין זה, מסתבר, הוא שגורם או תרם לכך שמלכתחילה בוססה הפצת המקומונים על הפצה בחינם"**<sup>14</sup> [ההדגשה הוספה – ד.ש.]

**בית הדין להגבלים עסקיים ממשיך וקובע כי קיים טעם כלכלי ברור, בהפצת העיתון בחינם:**

<sup>13</sup> Whish, ibid at p.12.

<sup>14</sup> סעיף 17 לפסק הדין החלקי ה.ע. 2/96 הממונה על ההגבלים העסקיים נ. ידיעות אחרונות בע"מ (החלטה מיום 4.11.99).

”אפשרות כזאת, של מתת חינם אמיתית (מבחינתו של רוכש העיתון היומי), שאיננה ממומנת בעקיפין באמצעות המחיר הנגבה עבור העיתון היומי, יכול שתוסבר, כפי שמציין פרופ' גרונאו בחוות דעתו, על רקע השיקולים הנוגעים להגדלת החשיפה (או התפוצה) של המקומונים ותרומתה להכנסות העיתון מפרסומות.” [סעיף, 152 שם]

31. מתברר אפוא שהצעת החוק בה אנו דנים הסתפקה - וגם זאת לכאורה בלבד - באותו מבט ראשון חטוף ומוטעה - והתעלמה לחלוטין מן הנעשה בשוק הפרסום, הוא השוק המפרנס את העיתונות. זוהי יסודיותה של הצעת חוק המבקשת להטיל ענישה פלילית על אדם המפיץ עיתון בחינם או בתמורה סמלית.

32. המסקנה הפשוטה, העולה מן הדברים היא כי הפצת העיתון בחינם היא אך אמצעי ליצור מנוף להגדלת ההכנסות מפרסום - שמהן תבוא עיקר פרנסתו של העיתון. רק מדידה של התמורה הכלכלית המשתלמת לעיתון, לאורך זמן, משני השווקים גם יחד, היא הבסיס לאמידת התנהגות תחרותית בשוק. במילים אחרות: כאשר עיקר ההכנסה של עיתון מגיע מפרסום והפצתו החינמית היא כלי להגדלת הכנסות מפרסום - לא ניתן לדבר על כך שמדובר במוצר שפוגע בתחרות בהיותו ”חינמי”, שכן בסופו של יום הוא אינו חינמי אלא אם גם הפרסום בו נעשה בחינם. למותר לציין שזה לא המקרה בענייננו. על פי בדיקתי, לא רק ש”ישראל היום” גובה תמורה עבור פרסום אצלו, אלא שגובה ההכנסות מפרסום עולה בהתמדה לאורך שנים.

33. כמעט מיותר לציין כי בהצעת החוק ”להגנת העיתונות” אין זכר לכך שמדובר ב”שוק דו צידי”, אין זכר לנושא ההכנסות מפרסום, ואין כל תשתית של נתונים בנושא זה. ואקום עובדתי זה באחד מהנושאים הכלכליים והתחרותיים החשובים והחינוניים ביותר לבדיקה הוגנת, אינו מפריע להצעת החוק לדרוש ענישה פלילית למי שמפיץ עיתון בחינם. **דומה כי טוב יעשו מציעי הצעת החוק אם ימשכו אותה מבעוד מועד.**

## V. **ההשפעה התחרותית של כניסת העיתונים החינמיים על השוק - משוק ריכוזי לתחרותי**

34. דברי ימי ההגבלים העסקיים בישראל רוויים בהחלטות, קביעות, הלכות והליכי משפט לגבי שוק העיתונות היומית בשפה העברית. שוק זה נחשב מזה שנים, עד לכניסתו של ”ישראל היום” כשוק בעייתי, ריכוזי, עתיר חסמי כניסה - שעתידו התחרותי בעייתי וקשה.

35. המציאות בשוק העיתונות היתה משך עשורים, מציאות של קונסולידציה והגברת ריכוזיות. שקיעתה של העיתונות המפלגתית והיעלמותם של עיתונים כמו ”דבר” ו”על המשמר” (שבעבר זכו לתפוצה משמעותית) סימנה עתיד תחרותי קשה ומר לתחום העיתונות, דבר בעייתי ומסוכן כשמדובר בשוק כלכלי המהווה גם את אחד מ”שומרי הסף” המפקחים בכל חברה מודרנית על השלטון. עמדו על כך הממונים על הגבלים עסקיים לדורותיהם. עמד על כך גם בית הדין להגבלים עסקיים.

36. כך, בשנת 1995 הכריז הממונה על ההגבלים העסקיים דאז על ידיעות אחרונות כבעלת מונופולין בשוק. דבריו של הממונה על ההגבלים העסקיים דאז בהכרזה משקפים את עומק הבעייתיות הריכוזית והאנטי תחרותית ששררה אז בענף זה:

**"קיצורו של דבר, יש מקום לסברה, כי במקרה הטוב, מה שישנו הוא שיהיה: הענף יוותר ענף ריכוזי, אוליגופוליסטי, בשינויים פנימיים כאלה או אחרים, שהזמן יגרום."** [סעיף 14 להכרזת הממונה הנזכרת בה"ש 7-8 לעיל].

37. שנה לאחר מכן הגישה רשות ההגבלים העסקיים הליך משפטי כנגד ידיעות אחרונות בטענה כי התנהגותו בתחומים שונים שיקפה פגיעה בתחרות ובציבור. כתום ההליך אף קיבל בית הדין להגבלים עסקיים חלק לא מבוטל מטענות רשות ההגבלים העסקיים.

38. בשנת 1999 לנוכח שליטתה נמשכת של ידיעות אחרונות בשוק – הכריז הממונה הבא על ידיעות אחרונות כבעלת מונופולין שוב. אביא חלק מן הדברים שנכתבו באותה החלטה של הממונה:

**"תחום העיתונות היומית בישראל ידע תמורות מסוימות בארבע השנים שחלפו למן ההכרזה, אך אלה לא שללו את המעמד הדומיננטי של ידיעות אחרונות בו. תמורות אלה, חלקן צנועות, כוללות הפסקת הופעת שניים מן העיתונים היומיים בשפה העברית ("דבר" ו"על המשמר"), תוך שהחלל שנוצר נתפס בידי העיתונים הפועלים בשוק מקדמת דנא. גם אחד העיתונים היומיים כלכליים – "טלגרף" – חדל להופיע, ואחר לא בא בנעליו. **אם ניתן לזהות מגמות בשוק העיתונות בארבע השנים שחלפו, תהא התגברות הריכוזיות בענף - שהיה ריכוזי מלכתחילה - המרכזית שבהן.**"<sup>15</sup>**

39. בשלהי שנת 2002 החליט הממונה על ההגבלים העסקיים דאז, להתנגד למיזוג שבין בראון פישמן לבין ידיעות אחרונות ובהחלטתו נסקרו המאפיינים הבעייתיים של שוק העיתונות היומית בשפה העברית, כדלקמן:

**"טרם מלא עשור לקיומה של רשות ההגבלים העסקיים, וכבר הצטברו בידיה עדויות לרוב להגבלת התחרות בין השחקנים הראשיים בשווקים המדוברים. בכלל אלה יש למנות תיאום מפורש בין בעלי העיתונים בדבר סיקור התכנים בעיתונים שבעלותם, הקמת זיקות בין שחקנים על דרך מיסוד קשרים פיננסיים בינם לבין עצמם ופרקטיקות בהן נקט "ידיעות אחרונות" להגבלת התחרות בו, על דרך חסימת דרכו של המתחרה – מעריב לנקודות המכירה."**

ועוד:

**"כניסה לפעילות בתחום העיתונות היומית היא מורכבת ועתירת חסמים. פעולות החדירה של שחקן חדש לשוק – מיסוד מערכת עיתון, מערך הפצה, מיתוג המוצר וגייבוס קהל קוראים מספק בתעשייה המתאפיינת בנאמנות צרכן לעיתון בו הוא מורגל – כרוכות בתהליכים מורכבים, איטיים, עתירי הון ורצופים בעלויות שקועות משמעותיות. חיי המעשה מספקים עדויות לרוב לחסמי הכניסה לענף. לא בכדי חזינו בהעדר ניסיונות לכניסה חדשה לתחום בשנים האחרונות – מזה ובכישלונות חוזרים**

<sup>15</sup> החלטה בדבר חידוש הכרזת מונופולין: "ידיעות אחרונות" בעלת מונופולין מיום 13 באפריל 1999.

ונשנים של עיתונים יומיים חדשים להכות שורשים, דוגמת "חדשות" בענף העיתונות היומית ו"טלגרף" בשוק לאספקת מידע כלכלי – מזה. שורות תחתונות אלה המעידות על רמת חסמי הכניסה אף מעמידות תמרוך אזהרה בפני יזמים שעשויים היו להיכנס לתחום בדרך עסקים רגילה."

ולבסוף:

**כללם של דברים:** מדובר בשווקים הסובלים מבעיות תחרות משמעותיות, הן בשל המבנה הריכוזי השורר בהם, והן בשל דרכי ההתנהגות הרווחות בהם – תיאום וקשרים פיננסיים צולבים, והן בשל השפעת התנהגותו המונופוליסטית של ידיעות בשוק העיתונות היומית כפי שזו באה לידי ביטוי בפסק הדין בעניינו. בפנינו מארג עבות וסבוך של בעיות תחרות: שוק ריכוזי ביותר ופרקטיקות אנטי תחרותיות היוצרות שילובי אינטרסים, הבנות והסכמות בין מי שאמורים להוות מקורות מידע עצמאיים לציבור.<sup>16</sup>

40. על רקע יש לראות את הנעשה בשוק העיתונות כיום: עיתוני החינם "ישראל היום" ו"ישראל פוסט" הכניסו תחרות רבה לשוק שהיה לא תחרותי משך שנים, סבל מבעיות מבה והתנהגות רבות, שהזיקו את רשות ההגבלים העסקיים לפעולה חדשות לבקרים.

41. הטענה שביסוד הצעת החוק היא אפוא כי התחרות היא רבה מידי. יש לומר ישירות: טענה נדירה היא במקומותינו. המשק הישראלי המורגל בריכוזיות רבה, על כל הנובע ממנה – משעה שהוא תוזה במפנה תחרותי ובמשב של כניסת שחקנים חדשים, מנסה, במקום להגיב באופן תחרותי, לרסן את "פרץ התחרותיות" הזה באמצעות חקיקה דוגמת הצעת החוק שמדובר בה כאן.

42. על רקע הדברים האלה ברורה עוד יותר פסלותה של הצעת החוק. ברורה עוד יותר היומרות המזויפת שיש בה "לקדם תחרות אמיתית והוגנת". אין זאת, כי לא את קידום התחרות מבקשת הצעת החוק, אלא את השבתה והחזרת הענף לימי המונופול.

<sup>16</sup> החלטת הממונה בדבר התנגדות למיזוג חברות: נימוקי התנגדות למיזוג בין בראון-פישמן תקשורת בע"מ לבין ידיעות אחרונות בע"מ, החלטה מיום 20.10.2002. יצויין כי החלטה זו עמדה למבחן שנים אחר כך בבית הדין להגבלים עסקיים ובסופו של יום החליט בית הדין לצוות על מכירת ההחזקות של בראון פישמן בידיעות אחרונות.