

23 מרץ, 2015

עפר בר-און  
אילן שביט  
רון צין  
יובל גלאון  
יצחק (צחי) יגור\*  
רזית ברעם-מזור  
אמיר ויתקון  
ירון סילבר  
אליהו סטריכמן  
דן אור  
תני הכס  
תומר גור  
ליטל ברששת  
חיסל אפלבויס  
מיכאל טירר  
מורן דדשוב  
נלי ידגר  
שרון שלמה  
סלאם חאמד  
מיטל דקל  
פיני שריקי  
טלי גראיפר  
מורן שגש  
נטלי בן דוד יוסף  
מור גזית  
לב גפט  
סיון רזנבלט  
שי כהן  
ניצן זימון  
יהל עמית  
ניר כרמי  
טובי מוריס

- באמצעות דוא"ל:

[elad@man-barak.com](mailto:elad@man-barak.com)

לכבוד  
אלעד מן, עו"ד - יועמ"ש  
עמותת "הצלחה"  
רח' מנחם בגין 7, רמת גן 52681

ח.נ.

**הנדון: החינמון "ישראל היום" ותחולת דיני ההגבלים העסקיים**

1. התבקשנו על ידכם לבחון אם יש בכוחו של חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 (להלן: "החוק") בנוסחו הקיים, כדי לטפל באיום התחרותי לכאורה, מצד העיתון "ישראל היום", נוכח הפרקטיקה הנקוטה על-ידו, של אספקה ושיווק של העיתון בחינם, על שוק העיתונות בישראל.
2. עפ"י נתונים שהגיעו לידינו לעניין פילוח שוק העיתונות המודפסת בישראל,<sup>1</sup> "ישראל היום" הוא העיתון היומי הנפוץ ביותר עם שיעור הפצה מוערך של כ-39%; העולה במקצת על שיעור ההפצה של מתחרהו העיקרי, העיתון "ידיעות אחרונות", שהינו בעל נתח-שוק מוערך של כ-35%.<sup>2</sup>
3. מנתונים אלה עולה כי "ישראל היום" אינו בעל מעמד מונופולי בשוק הנדון. על כן, ברור, כי לא ניתן "לטפל" בקצב הצמיחה המהיר של תפוצת העיתון, על-חשבון מתחריו בשוק, באמצעות 'ארגז הכלים' של דיני המונופולין המפורט בפרק ד' לחוק, וכי עילות ניצול המעמד המונופולי לרעה, המנויות בסעיף 29א' לחוק, אינן רלבנטיות לענייננו.
4. פרקטיקת השיווק של "ישראל היום" לפיה מדובר בעיתון המחולק חינם לכל דורש, יכולה להצטייר כסוג של פרקטיקה אנטי תחרותית, כזו המזכירה לעיתים, מדיניות טורפנית, שמטרתה לחסל מתחרים, על מנת להגדיל נתח-שוק, כדי להגיע לשליטה בו. לכאורה, מדובר בתחרות מובהקת במיטבה, אך מאחוריה מסתתר מניע של דחיקת מתחרים. תמחור טורפני מהווה חזקה לניצול מעמד מונופולי בשוק, בבחינת "בקביעה של רמת מחירי קניה בלתי הוגנים של הנכס שבמונופולין". אך, כאמור, לחוק בנוסחו כיום, אין כלים לטפל בפרקטיקת

אלכס שפירא\*\*  
אורנה קורנר-כהן\*  
לירון רז  
הדס שגיא (יונבאום)  
גבריאל רובנבך  
מיריאל אמיר

\* לשכת עורכי הדין  
של ישראל ויועץ זר  
\*\* עו"ד רחוק

MEMBER OF ELC  
EUROPEAN LAW  
GROUP  
[www.elcgroup.org](http://www.elcgroup.org)

<sup>1</sup> בנוגע להגדרת השוק עולה השאלה, האם השוק הרלוונטי במקרה דנן הוא שוק העיתונות היומית הכתובה או שוק העיתונות היומית בכללותה לרבות במדיה דיגיטלית. הנתונים שהובאו לעיל והניתוח התחרותי בחוות דעת זו מתייחסים להגדרת שוק צרה מסורתית ולפיה שוק העיתונות הכתובה הוא שוק רלבנטי בפני עצמו.  
<sup>2</sup> סקר TGI באתר גלובס - <http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001003962> מיוחדש ינואר 2015.

החלוקה בחינם של העיתון, שכן העיתון אינו מחזיק למעלה מ-50% משוק העיתונות הכתובה ועל כן איננו "בעל מונופולין" כמשמעו בחוק.

5. עם זאת, ניתן לנסות ולמצוא מזור משפטי לחששות התחרותיים שמעלה חלוקת העיתון בחינם, והשלכותיהם על השוק כולו, באמצעות היקש מדיני ההגבלים העסקיים (ה-antitrust) האמריקאים.

6. החוק האמריקאי מכיר גם בעילה לפיקוח על השוק במקרה של ניסיון למונופוליזציה של השוק (Attempt to Monopolize) על ידי גוף שאיננו בעל מונופולין. העילה מעוגנת בסעיף השני של ה-Sherman Act, ולפיו:<sup>3</sup>

*Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony...* *נחדגשה אינה*  
[מקור – הח"מ]

7. כלומר, סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים האמריקאי אוסר על השגה של מעמד מונופולי, או שימור מעמד מונופולי או כל ניסיון להשיג אחד מהם, באמצעים פסולים.

8. הפסיקה האמריקאית פירשה את עילת הפיקוח מכוח הסעיף, ככוללת מספר דרישות מצטברות:

א. **מונופול בפועל** (לעבירת ה"מונופוליזציה") או כשחברה מציבה **הסתברות ממשית למונופוליזציה** (pose a danger\dangerous probability of monopolization) (לעבירת attempt to monopolize). ניתן "לתרגם" את הדרישה המשפטית כמקבילה בדין הישראלי למבחן ה"וודאות הקרובה". ומכאן, **וודאות קרובה שאם הפעולה תימשך, היא תוביל למונופוליזציה והשגת או העצמת כוח-שוק**.<sup>4</sup> מדובר בדרישה שהוכחה אינה פשוטה, והיא כוללת "ריסוק" של המתחרים והעלמתם מהשוק (ולא בהכרח רק הפיכה למונופול).

<sup>3</sup> 15 U.S. Code § 2

<sup>4</sup> Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp. 467 U.S. 752 (1984) – המקרה דן בשאלה של פעולה חד-צדדית, ולא מתואמת, בדומה למקרה דן. ראה גם Lorain Journal Co. v. United States, 342 U.S. 143, 153 ; Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan, 506 U.S. 447, 458 (1993) הדנים במישורין בסעיף 2 Sherman Act נוקטים בשפה של הסתברות ממשית למונופול.

ב. כוונה מיוחדת להיפך למונופול.

ג. נקיטה בפעולות אנטי-תחרותיות או טורפניות.

יודגש, כי הפסיקה האמריקנית ממעטת לראות בפעולות חד-צדדיות (בשונה מפעולות מתואמות), אגרסיביות, ככל שתהיינה, כעונות על דרישת סעיף זה, אשר מופנה בעיקר להתנהגויות שעוסקות בהסדרים כובלים, התליית-מוצר-במוצר ופרקטיקות מתואמות אחרות (כגון מניעת מוצר ממתחרים מסוימים, כבמקרה של Spectrum Sports, עליו יורחב להלן).<sup>5</sup>

9. על מנת להחיל את עבירת הניסיון להשגת מעמד מונופולי בשוק, אין צורך להוכיח כי הניסיון אכן התממש בפועל, אלא די בהוכחה כי הייתה כוונה כזו.

10. מקרה המהווה אבן בוחן בנושא בדין האמריקאי נדון בפ"ד Spectrum Sports. באותו עניין, חברה בעלת פטנט לפולימר סירבה לספקו למפיץ מסוים (לאחר שזה סירב לוותר על הפצה של סיגמנט אחד, לטובת העברתו למפיץ מתחרה). בעקבות החלטה זו של בעלת הפטנט, המפיץ האזורי קרס ועמו קרסה יכולתו האפקטיבית להתמודד עם המפיץ המתחרה. ביהמ"ש העליון האמריקאי פסק כי לא די בהתנהגות טורפנית כשלעצמה כדי להרים את הנטלים הנדרשים בסעיף, שכן לא הוכח שהנתבעת ביקשה לבצע מונופוליוזיה של השוק וכי היה סיכון ממשי כי מונופוליוזיה, כאמור, אכן תתרחש.

11. עוד פסק ביהמ"ש, ובכך הפך את החלטת הערכאה מטה, שכדי להוכיח ניסיון למונופוליוזיה של השוק יש הכרח תחילה להגדיר את השוק, וכי ללא הגדרת השוק הרלבנטי, לא ניתן יהיה לאמוד את יכולת החברה להפחית או למוטט את התחרות בו. בלשון ביהמ"ש:

***"In order to determine whether there is a dangerous probability of monopolization, courts have found it necessary to consider the relevant market and the defendant's ability to lessen or destroy competition in that market".***

12. עוד נקבע כי האיסור על ניסיון למונופוליוזיה של השוק לא נועד להגן על עסקים הפועלים בשוק הרלוונטי אלא על הציבור, מכשלי השוק. לכן, החוק לא יראה התנהגות תחרותית כפסולה, אפילו אם היא אגרסיבית. מטרת החוק היא מניעת התנהגות לא הוגנת שעלולה להרוס את התחרות עצמה. ולכן:

<sup>5</sup> להרחבה ראה מסמך של משרד המשפטים האמריקאי בנושא: [http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681\\_chapter1.pdf](http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681_chapter1.pdf)

*"... this Court and other courts have been careful to avoid constructions of §2 which might chill competition, rather than foster it. It is sometimes difficult to distinguish robust competition from conduct with long term anticompetitive effects";*

13. פסק דין מרכזי נוסף שבו נדונה עילת הפיקוח דגן הינו **Eastman Kodak**.<sup>6</sup> באותו עניין, פעלה חברת קודאק פעלה בשוק מכירת מכונות הצילום. לקודאק לא היה מעמד מונופולי, אך חרף זאת היא הקשתה מאוד על חברות שירות עצמאיות לספק שירות למכונות שלה (שוק-המשך לשוק מכירת המכונות), ובכך בעצם ניסתה למנף את כוח השוק שלה בשוק המכירה של מכונות הצילום גם לשוק שירותי התחזוקה והתיקונים למכונות קודאק. הנתונים שהוצגו בפני בית המשפט הראו כי קודאק שולטת כמעט ב-100% משוק החלפים וב-80%-95% בשוק השירות עם אפס תחליפים נגישים.

14. ביהמ"ש העליון האמריקאי פסק לטובת החברות העצמאיות, בציינו כי קודאק ביצעה lock-in (כלומר, נעילה של הלקוח והפיכתו ללקוח שבוי – הח"מ) וניצול של פערי מידע שפגעו בצרכנים הסופיים (שייתכן והאמינו, כבר במועד רכישת המכונות, כי יוכלו לקבל שירות למכונות קודאק במחיר תחרותי, לא טורפני, ומשקנו את המכונות נאלצו, בעל כורחם, לשלם מחירים טורפניים עבור שירותי התחזוקה בשל העלות הגבוהה של החלפת המכונות). בלשון ביהמ"ש:

*"The second element of a § 2 claim is the use of monopoly power "to foreclose competition, to gain a competitive advantage, or to destroy a competitor." United States v. Griffith, 334 U. S. 100, 107 (1948). If Kodak adopted its parts and service policies as part of a scheme of willful acquisition or maintenance of monopoly power, it will have violated § 2".*

15. מכל האמור לעיל עולה, כי כדי להחיל אפשרות של פיקוח הגבלי על פרקטיקת החינמון של "ישראל היום", יש צורך לתקן את חוק ההגבלים העסקיים בישראל, ולכלול בו איסור על ניסיון למונופולזציה של השוק, כפי הקיים בדיני האנטיטרסט בארה"ב. אם כך יעשה, יהא ניתן עקרונית להחיל איסורים מכוח דיני ההגבלים העסקיים בכלל, ודיני המונופולין בפרט, על החינמון.

<sup>6</sup> (Eastman Kodak Company v. Image Technical Services, Inc., 504 U.S. 451 (1992)

16. עם זאת, לא נצא פטורים מבלי לציין, כי החלת האיסור "לנסות לעשות מונופוליזציה" של השוק על החינמון "ישראל היום", אינה חפה מקשיים. ראשית, העובדה שנתח-השוק של "ישראל היום" במועד כתיבת שורות אלה עודנו רחוק מנתח שוק מונופולי. קל-וחומר שזה המצב אם מגדירים את השוק בצורה רחבה יותר, ככולל גם את העיתונות הדיגיטלית. שנית, בשל העובדה שלא קל יהיה להוכיח כי שחלוקתו של העיתון בחינם מהווה אפשרות ממשית להשגת מעמד מונופולי בשוק וריסוק מתחרה. יהיו מי שייטענו, כי זוהי תחרות במיטבה.

17. כמו כן, יש לזכור כי מאז פ"ד קודאק, בתי המשפט בארה"ב ממעטים לעשות שימוש בעילת הפיקוח הני"ל,<sup>7</sup> בעיקר בשל הקושי בהוכחת רכיביה.<sup>8</sup>

18. אם המטרה היא לתקן את חוק ההגבלים העסקיים כך שיכלול את עילת הפיקוח הנדונה, יהיה זה נכון יותר לקבוע במפורש, לגבי הרכיב השלישי של העילה, המחייב הוכחה של פעולות אנטי-תחרותיות או טורפניות, כי הוא יחול גם על פעולות חד-צדדיות של גוף עסקי (להבדיל מפעולות מתואמות, שרק הן הוכרו עפ"י הפסיקה האמריקאית כניסיון למונופוליזציה), כך שיובחר שאם אין עיגון רציונאלי-כלכלי לפעילות העסקית של התאגיד, חזקה היא, שמדובר בפעילות הנובעת מרצון להשיג אינטרסים אנטי-תחרותיים.

19. אנו עומדים לרשותכם לשאלות נוספות בנדון, ככל שתידרשנה.

בכבוד רב,  
צחי יגור, עו"ד  
שב"ט, בר-און גלאון צין יגור ושות'  
עורכי דין

<sup>7</sup> ר' סקירה של הנושא Jonathan L. Gleken - *The ISO Litigation Legacy of Eastman Kodak Co. v.* *ImageTechnical Services: Twenty Years and Not Much to Show for it*, 27 Antitrust Vol. 1 (2012) זמין בכתובת: <http://www.arnoldporter.com/resources/documents/Fall12-GlekenC.pdf>  
<sup>8</sup> ש.ס.