

“עיתונים בתחרות”

בעקבות אישור המיזוג בין “מקור ראשון” ל”ישראל היום” על ידי הממונה על הגבלים עסקיים

מאת

ליאור פרנק* ובוֹעז גדות**

א. מבוא ורקע עובדתי. ב. החשש לפגיעה בערך העיתונות; 1. שוק העיתונות הכתובה: שוק ייחודי בעל ערך דמוקרטי חשוב; 2. ייחודיותה של העיתונות הכתובה אל מול אמצעי התקשורת האחרים; 3. היעדרו של השיקול הדמוקרטי כחלק משיקולי הממונה בעת אישור המיזוג. ג. ריכוזיות השוק והחשש לפגיעה במגוון הדעות; 1. השפעותיו של שוק עיתונות ריכוזי; 2. החשש מפני פגיעה בתחרות ובמגוון הדעות עקב תמחור חינומי; 3. שמירת הפרדה מבנית כדרך התמודדות עם ריכוזיות השוק. ד. הצעות לצמצום החששות לאחר אישור המיזוג ללא תנאים מגבילים; 1. תיקון חוק ההגבלים העסקיים – הכרה בצמצום המגוון כפוגע באיכות המוצר; 2. תיקון רף קביעת המונופול הקיים שבחוק ההגבלים העסקיים 3. הוספת פרק מיוחד לחוק ההגבלים העסקיים אשר יגן על התחרות בשוק העיתונות; 4. תיקון הפרק בחוק ההגבלים העסקיים שעוסק בהסדרים כובלים; 5. תיקון סמכות בית הדין להגבלים עסקיים להפריד חברות שמוזגו. ה. סיכום.

א. מבוא ורקע עובדתי

בהארה זו נבקש לבחון במבט ביקורתי את אישור המיזוג בין העיתונים “מקור ראשון” ו”ישראל היום” על ידי הממונה על הגבלים עסקיים (“הממונה”), שניתן ללא קביעת תנאים מגבילים. השאלה המרכזית בה נדון בהארה זו היא האם אישור המיזוג ללא קביעת תנאים מגבילים עלול להפחית את התחרות בשוק העיתונות, וכפועל יוצא לפגוע בערכה הדמוקרטי של העיתונות הכתובה.

נקדים ונציין כבר בפתח הדברים כי לדעתנו יש להשיב על שאלה זו בחיוב. כפי שנדגיש, אנו סבורים שמן הראוי היה לקבוע תנאים מגבילים שהיו מסייעים לרסן את החשש לפגיעה בתחרות בשוק הנדון, שהינו בעל מאפיינים ייחודיים הקרדינאליים לכל משטר דמוקרטי. לנוכח מאפיינים ייחודיים אלה, מחיר הטעות (the price of error) הינו יקר במיוחד בהשוואה למצב של פגיעה בתחרות בכל שוק אחר, דבר המצדיק לכשעצמו קביעת תנאים מגבילים למיזוג.

כפי שנתאר בהרחבה, הניסיון מלמד שהריכוזיות המאפיינת את שוק העיתונות מעוררת חשש ממשי לפגיעה בשוק זה, באופן המתבטא בפגיעה בזרימת המידע החופשית. כוונתנו לפגיעה לא רק בעצם הדיווח על מידע זה או אחר, אלא גם באופן שבו המידע מתווך לציבור, קרי – המשמעות המוענקת לו, ולפיכך פועלו והשפעתו על השיח הציבורי. במילים אחרות, החשש הוא שמגוון הדעות יצטמצם כתוצאה מן המיזוג. זאת ועוד, לאור הנטייה הפוליטית של בעלי “ישראל היום”, המשמעות של המיזוג היא שכל האגף הימני של מפת התקשורת יהיה נתון עתה לשליטה של גורם אחד, ובכך גובר החשש שכל מידע אשר

סדר הכותבים משקף את תרומתם לכתיבה.

* הכותב הנו עורך דין העוסק בתחום ההגבלים העסקיים, תלמיד תואר שני מחקרי באוניברסיטת חיפה וחבר מערכת כתב העת “הארץ דין” לשנת הלימודים תשע”ד. ברצוני להודות לפרופ’ מיכל גל, לפרופ’ אמנון רייכמן, לסגני העורכים קרן חכים ושי אוצרי על הארות מאירות עיניים. כן תודתי נתונה לשאר חברי מערכת תשע”ד על הארות מועילות ומעוררות מחשבה.

** עורך דין, בעל LL.M ו LL.B במשפטים, B.A בפסיכולוגיה ובכלכלה וחבר מערכת כתב העת “הארץ דין” לשנת הלימודים תשע”ד.

ליאור פרנק ובעז גדות, "עיתונים בתחרות בעקבות אישור המיזוג בין 'מקור ראשון' לישראל היום' על ידי הממונה על הגבלים עסקיים", **הארץ דין** ט(2) 143 (תשע"ד)

אינו עולה בקנה אחד עם נטייה זו, לא יזכה לביטוי ראוי והולם. כפועל יוצא מכך, הציבור צפוי להיפגע לנוכח הצמצום במגוון התוכן, הדעות והרעיונות. ודוק, לדעתנו טוב עשה הממונה כשמנע את קריסת העיתון "מקור ראשון", אולם משהחליט לאשר את המיזוג, הרי שלדעתנו היה עליו לקבוע תנאים מגבילים כדי למנוע או למצער לצמצם חשש לפגיעה עתידית אפשרית בתחרות בשוק העיתונות.

בחלקה הראשון של הארה זו נציג את הרקע העובדתי למיזוג ואת החלטת הממונה בעניין זה. לאחר מכן נבחן כיצד אישור המיזוג, כפי שאושר, עלול לפגוע הלכה למעשה בתחרות בשוק העיתונות ובערך הדמוקרטי הגלום בו. בנוסף, נציג מספר הצעות אשר לדעתנו יש בכוחן לצמצם את האפשרות שתפגע התחרות בשוק העיתונות עקב המיזוג האמור. החלק האחרון יעסוק בסיכום ובמסקנות העולות מן ההארה.

חברת מקור ראשון המאוחד (הצופה) בע"מ, שהפעילה את העיתון "מקור ראשון" ("חברת מקור ראשון") נקלעה לקשיים כלכליים, שבעטיים לא יכלה עוד לקיים את התחייבויותיה השוטפות במועדן. לפיכך פנתה החברה לבית המשפט המחוזי על מנת שיתן צו הקפאת הליכים שיאפשר לה לבצע הליכי התייעלות, להשלים את עסקת מכירת העיתון "מקור ראשון" ולהגיע להסדר עם נושי החברה. ביום 9.3.2014 ניתן צו הקפאת הליכים על ידי בית המשפט המחוזי בירושלים כנגד חברת מקור ראשון, במסגרת ההליכים שהתנהלו בתיק פר"ק 9712-03-14 ומונה לה נאמן. ביום 13.3.2014 פרסם הנאמן הזמנה להציע הצעות לרכישת פעילויות החברה בעיתון. במקרו לרכישת העיתון "מקור ראשון" זכתה חברת עיתון "ישראל היום" בע"מ ("חברת ישראל היום"), המפעילה את העיתון "ישראל היום", כאשר הסכם המכירה וההעברה גובש בין הנאמן לבין החברה הרוכשת.² יצוין כי מלבד חברת ישראל היום השתתפו במכרו מציעים נוספים ובהם חברת ג'רוזלם פוסט בע"מ וחברת אשדיר. אולם כאמור חברת ישראל היום היא שזכתה לבסוף במכרו בשל הצעתה הגבוהה ביותר מבין שאר המשתתפים, ולפיכך בסופו של דבר אישר בית המשפט המחוזי בירושלים את הסכם המכירה של העיתון "מקור ראשון" לידי חברת ישראל היום.³

עקב זאת הונחה עסקת המיזוג על שולחנו של הממונה, אשר לו נתונה הסמכות להתנגד למיזוג מקום בו קיים חשש לפגיעה בתחרות.⁴ ביום 30.4.2014 אישר הממונה את המיזוג ללא קביעת תנאים מסייגים כלשהם.⁵ במסגרת החלטתו זו קבע הממונה את הקביעות האלה: ראשית ציין הממונה כי הוא מוסמך להתנגד למיזוג מקום בו מתעורר חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות או לפגיעה בציבור, בהיבטים של רמת מחירים, איכות או כמות.⁶ שנית, קבע הממונה כי מרבית מקוראי "מקור ראשון" נחשפים ממילא לעיתון "ישראל היום", ולפיכך נמצא כי התמריץ של "ישראל היום" להשפיע לרעה על התכנים של "מקור ראשון" אינו מובהק דיו.⁷ שלישית, קבע הממונה כי בעוד "ישראל היום" הוא עיתון יומי בעל תפוצה רחבה הפונה לקהל יעד רחב ומחולק בחינם, "מקור ראשון" נמכר תמורת מחיר משמעותי באופן יחסי בעיקר בסופי שבוע,

1 פר"ק 9712-03-14 מקור ראשון המאוחד (הצופה) בע"מ נ' עיתון "ישראל היום בע"מ" (פורסם בנבו, 9.3.2014)

2 עיקרו של ההסכם הוא שהפעילות כולה של העיתון "מקור ראשון" ואתר האינטרנט nrg תועבר לחברת ישראל היום, כאשר 95% מהעובדים של "מקור ראשון" יועסקו לתקופה מינימלית של 12 חודשים על ידי חברת ישראל היום; 90% מהפריילנסרים שהועסקו על ידי חברת מקור ראשון כקבלנים עצמאיים, יועסקו גם הם לתקופה מינימלית של 12 חודשים; ו-100% מעובדי ההפצה של העיתון יועסקו גם הם לתקופה מינימלית של 12 חודשים. באשר לאתר האינטרנט nrg, יועסקו חמישה עובדים מתוך 17 עובדי החברה לתקופה מינימלית של 12 חודשים. העסקת כל העובדים תהיה לאחר פיטוריהם מחברת מקור ראשון וקליטתם בחברת ישראל היום.

3 פר"ק 9712-03-14 מקור ראשון המאוחד (הצופה) בע"מ נ' עיתון "ישראל היום בע"מ" (פורסם בנבו, 30.3.2014).

4 ס' 21 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, אשר קובע כי לממונה סמכות להתנגד למיזוג או לאשר אותו בתנאים.

5 החלטה 500611 של הממונה על הגבלים העסקיים "אישור המיזוג של "מקור ראשון" ו"ישראל היום" (30.4.2014) (להלן – החלטת הממונה בעניין מקור ראשון) www.antitrust.gov.il/files/33136/מקור20ראשון20ישראל20היום.pdf.

6 שם.

7 שם.

ליאור פרנק ובוועז גדות, "עיתונים בתחרות בעקבות אישור המיזוג בין 'מקור ראשון' לישראל היום' על ידי הממונה על הגבלים עסקיים", **הארץ דין** ט(2) 143 (תשע"ד)

לקהל קוראים מובחן ומצומצם, ולכן השפעתו על השוק ממילא תהא זניחה. עוד נקבע כי עיכוב במתן האישור למיזוג עלול להביא לסגירת העיתון, ולכן יוצר חשש לפגיעה בציבור הקוראים.⁸

בנסיבות הללו אישר הממונה אישר את המיזוג, וכפי שצוין לעיל עשה כן ללא קביעת תנאים מגבילים שיסייעו לצמצם פגיעה פוטנציאלית עתידית בתחרות. יש לציין כי הממונה לא מצא שהמיזוג האמור מעורר חשש כלשהו לפגיעה בתחרות בשוק העיתונות, ולכן נמנע מלקבוע תנאים מגבילים כלשהם. כפי שיודגש להלן, לדעתנו המיזוג הנדון בכל זאת נושא בחובו סיכונים פוטנציאליים לפגיעה בתחרות ובערכו הדמוקרטי של השוק, ומכאן שמוטב היה להגביל את המיזוג ולהתנותו בתנאים רלוונטיים מסוימים.

ב. החשש לפגיעה בערך העיתונות הכתובה

1. שוק העיתונות הכתובה: שוק ייחודי בעל ערך דמוקרטי חשוב

דיונות רבות נשפכו בנוגע לחשיבותה וערכה הדמוקרטי של העיתונות הכתובה בכל חברה דמוקרטית. לדברי הנשיא (כתוארו אז) ברק, בבג"ץ **ד"ר כהן**⁹ ובמאמרו בנושא,¹⁰ העיתונות הפרטית, על אף שאינה רשות ציבורית, ממלאת תפקיד של "במה" המאפשרת את חופש הביטוי,¹¹ והשפעתה על השיח הציבורי היא מרכזית. גם פרופ' זמיר טוען במאמרו¹² כי העיתונות והעיתונאים ממלאים תפקיד חברתי חיוני בשמירה על ערכי הדמוקרטיה, שלטון החוק וטוהר המידות. מסקנות דומות עלו בדו"ח של מרכז המידע של הכנסת,¹³ שם דובר על תמימות דעים בנוגע לחשיבותה של התקשורת הכתובה להליך הדמוקרטי. הדעה הרווחת היא כי העיתונות הכתובה מספקת לאזרחים מידע על פיו הם יכולים ללמוד על נציגיהם, לעקוב אחר המתרחש בסביבתם ומחוצה לה ואף לגבש דעה ולהכריע בסוגיות שונות.

כך, למשל, ממצאי מחקר שנערך בארה"ב מצביעים על כך כי כאשר נסגר עיתון באזור מסוים בארה"ב פחות תושבים באותו אזור הצביעו בבחירות המקומיות, ופחות תושבים נטלו חלק במרוץ לבחירות אלה. מכאן שהיעלמות העיתון מאותו אזור גרמה הלכה למעשה לכך שהבחירות היו תחרותיות פחות, דבר שמעיד על קורלציה בין העיתונות לבין חוסנו של השדה הפוליטי.¹⁴

באשר לעיתון "ישראל היום", בנייר מדיניות אשר בחן בבחינה אמפירית, בין השאר, את פעילות העיתון, נמצא כי כניסתו לענף התקשורת הישראלי השפיעה על תוצאות הבחירות של 2009.¹⁵ תוצאות המחקר מוכיחות התערבות מכוונת במערכת הבחירות בישראל. לשיטת עורכי המחקר, יש בהתערבות זו כדי לאיים על תפקודה הדמוקרטי של המדינה ואף על תפקודה הכלכלי. מחקר זה מעיד אפוא בבירור על קורלציה בין תפקודה של העיתונות הכתובה לבין סדר היום הפוליטי במדינת ישראל.

8 שם.

9 בג"ץ 6218/93 כהן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מט(2) 529.

10 אהרן ברק "על העיתונות הפרטית" **עלי משפט** ב 293 (תשס"ב).

11 שם. בשל תפקיד דמוקרטי זה שאותו העיתון ממלא, ברק מציע לראות בעיתון גוף דרמהוטי הממלא תפקיד ציבורי ראשון במעלה.

12 יצחק זמיר "העיתונות הכתובה – כוח וביקורת" **משפט וממשל** ו 179–197 (תשס"א).

13 תמיר אגמון ועמי צדיק **ניתוח ההשלכות הכלכליות של ריכוזיות ובעלויות צולבות על כלי התקשורת** (הכנסת, מרכז המחקר והמידע 2011).

14 Sam Schulhofer-Wohl and Miguel Garrido, *Do Newspapers Matter? Short-run and Long-run Evidence from the Closure of The Cincinnati Post*, 26.2 JOURNAL OF MEDIA ECONOMICS 60 (2013).

15 תום זהר וצור וייס **חופש התקשורת ככלי לשיפור היעילות הממשלתית** (נייר מדיניות, המרכז הבינתחומי בהרצליה – בית הספר לכלכלה, 2013) portal.idc.ac.il/he/schools/economics/programs/ugrad/documents/tom-tzur-final.pdf

ליאור פרנק ובעז גדות, "עיתונים בתחרות בעקבות אישור המיזוג בין 'מקור ראשון' לישראל היום' על ידי הממונה על הגבלים עסקיים", **הארץ דין** ט(2) 143 (תשע"ד)

הנה כי כן, לא בכדי מכונה העיתונות כ"רשות הרביעית". היא ממלאת תפקיד מרכזי, ואילו העיתונאים משמשים סוכנים חברתיים הנוטלים חלק פעיל בכינון ערכי היסוד בחברה הדמוקרטית, ובראשם חופש הביטוי.

2. ייחודיותה של העיתונות הכתובה אל מול אמצעי התקשורת האחרים

באופן כללי, מרבית המחקרים אשר בחנו את ענף העיתונות,¹⁶ ממשילים את "שוק הרעיונות" לספרה שבה ערכים בלתי מוחשיים מתחרים על הכרה ותשומת לב מצד הקהל. לשיטתם, לעיתונות הכתובה תפקיד מרכזי בספרה זו. אמנם אזרחים רבים מקבלים מידע גם מן הטלוויזיה, מן הרדיו ומן האינטרנט, אלא שלעיתונות ערך מוסף ייחודי, ולפיכך שוק העיתונות הכתובה נתפס כשוק ייחודי ומובחן משאר כלי התקשורת ואמצעי המדיה האחרים.

כך, למשל, במסמך שהוכן על ידי ה־Department of Justice (DOJ) בנוגע לתחרות בשוק העיתונות האמריקני,¹⁷ הודגש כי לעיתונות תפקיד חשוב של הבאת ידיעות חדשותיות ברמה הגבוהה ביותר לציבור. נטען שהשקעתם של העיתונים באיסוף ואגירת מידע אינה משתווה לזו של כלי התקשורת האחרים, בעיקר במסגרת כתבות תחקיר אשר הכנתן אורכת זמן רב ומצריכה השקעת משאבים בלתי מבוטלים. מסקנות דומות עלו בפסק הדין בעניין *Bowen*¹⁸ ובהכרזה על העיתון "ידיעות אחרונות" כבעל מונופולין, שם נאמר כי ההבחנה בין עיתונות יומית לכלי מדיה אחרים מושרשת וידועה היטב.¹⁹

לעיתונות הכתובה מספר יתרונות מובהקים על פני אמצעי התקשורת הדיגיטליים. כך, למשל, במהלך ההאזנה לחדשות ברדיו, או במהלך הצפייה בטלוויזיה, המידע נמסר לרוב בקצב מהיר מאוד. ככל שפרט מסוים מהמידע המועבר באמצעי שידור אלה אינו מובן וברור דיו, או מוחמץ מסיבה כזו או אחרת, אין למעשה כל דרך ממשית לשחזרו אלא אם כן התכנית הספציפית הוקלטה מראש, דבר שלרוב אינו נעשה. כלומר, לא ניתן לצפות שכל פרט ופרט יקליטו מראש כל תכנית שמשודרת בטלוויזיה ודומה כי הדבר אף אינו פרקטי. בעיתון, לעומת זאת, כל קורא יכול לשוב ולקרוא את המשפט שאינו ברור שוב ושוב, עד שיִרד לסוף דעתו של הכותב. העיתון אף איננו מוגבל למיטת הסדום של אילוצי זמן שידור שאינם מאפשרים לרדיו או לטלוויזיה להרחיב מידע ולהעמיק בו. זאת ועוד, מלבד כתבות תחקיר, העיתון יכול אף לכלול שפע של מאמרי דעות ומאמרי מערכת אשר אין להם אח ורע באמצעי התקשורת האחרים.²⁰

הנה כי כן, מן המקובץ לעיל אנו למדים כי לעיתונות הכתובה מאפיינים ייחודיים אשר מבדילים אותה מכלי התקשורת האחרים, ומכאן צומחת חשיבותה הרבה חרף קיומן של מדיות התקשורת הדיגיטלית.

16 . Maurice Stucke and Allen P. Grunes, *Antitrust and the Marketplace of Ideas*, ANTITRUST L.J. (2001)

17 Christine A. Varney, Assistant Attorney Gen., U.S. Dep't of Justice, *Dynamic Competition in the Newspaper Industry – Address Before The Newspaper Association of America 22–23 (March 21, 2011)* <http://www.justice.gov/atr/speech/dynamic-competition-newspaper-industry>

18 *Bowen v. New York, Inc.*, 366 F.Supp. 651, 671 (1973): "It is now well settled that daily newspaper is a distinct line of commerce. It is true that in some of the services that they provide, daily newspapers compete with radio and television stations, weekly newspapers and magazines and a wide variety of specialized publications. This does not mean however, that all competitors of any services provided by a daily newspaper can be lumped into the same line of commerce"

19 החלטה 3001293 של הממונה על הגבלים העסקיים "הכרזה בדבר מונופולין – עיתון יומי בשפה העברית: "ידיעות אחרונות" (1995). www.antitrust.gov.il/search/313b10ed1f354340a35eb86f5bdb3cc8.aspx. בהכרזה זו נקבע כי "אדם המבקש לרכוש חבילה הכוללת את חדשות היום, את המתרחש בתחומי הכלכלה ושערי המניות, בתחומי הספורט לשדרותיו, אירועי תרבות, מידע בדבר פטירות ולידות או מבצעי מכירות נזקק לעיתון. מלוא מבוקשו לא יימצא לו בשום מוצר זולתו. אכן, תחום העיתונות מיוחד כתחום כלכלי עצמאי ונפרד משאר תחומי התקשורת, ובגדרו אפשר ועוד יימצאו ענפי משנה נפרדים".

20 ראו ישראל בר־ניר "עליותה ושקיעתה של המעצמה השביעית" (2005). www.faz.co.il/story_2841.

ליאור פרנק ובעז גדות, "עיתונים בתחרות בעקבות אישור המיזוג בין 'מקור ראשון' לישראל היום' על ידי הממונה על הגבלים עסקיים", **הארץ דין** ט(2) 143 (תשע"ד)

3. היעדרו של השיקול הדמוקרטי כחלק משיקולי הממונה בעת אישור המיזוג

מקריאת החלטת הממונה דומה כי ערכה הרב של העיתונות הכתובה, שהובהרה בהרחבה לעיל, ובפרט חשיבותו של המגוון בשוק זה, לא הובאו בחשבון כלל עת אושר המיזוג ללא תנאים מגבילים. מנוסח ההחלטה עולה,²¹ כי רמת המחירים, האיכות או הכמות נשקלו כפרמטרים העיקריים לצורך בחינת אישור המיזוג, ואילו הפרמטרים הייחודיים המאפיינים את שוק העיתונות הכתובה, ובעיקר הערך הדמוקרטי הרב הגלום בו, לא קיבלו ביטוי ראוי במסגרת שיקולי הממונה, ולו כחלק משיקולי האיכות. במילים אחרות, דומה שהממונה לא בדק אם מדובר בשוק ייחודי, ואם כן מה טיב הייחודיות וכיצד יש להתחשב בה, ובפועל שקל אך את הפגיעה בתחרות בשוק זה כאילו הייתה שקולה לכל שוק מוצרים אחר. לטענתנו, שומה היה עליו לבחון את המיזוג האמור לאור המאפיינים הייחודיים של שוק העיתונות שצוינו לעיל, ולא לבחון את הסוגיה כמיזוג בשוק רגיל.

כאמור, גישתו של הממונה אינה רואה את התמונה במלואה, וזאת משום שאי-אפשר להשוות תחרות בשוק העיתונות לתחרות בשווקים "רגילים". כאשר עסקינן בשוק מוצרי הקוסמטיקה, למשל, הרי שבעל מונופולין עלול לפגוע ברווחת הצרכן באמצעות גביית מחיר מונופוליסטי מופרז, אך לפגיעה בתחרות בשוק הקוסמטיקה אין החצנות של ממש העלולות לפגוע בערכים ובמנגנונים דמוקרטיים. לעומת זאת למונופוליאזיה בשוק העיתונות השפעה ניכרת על הדמוקרטיה, שיש לה משקל של ממש, וייתכן שאף רב יותר משיקול המחיר שייגבה מהצרכן עבור המוצר. בפרט, יצירת ריכוזיות בשוק העיתונות משמעה השפעה אפשרית על דרכי הפעולה של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת, והשפעה זו כשלעצמה ניתנת לתרגום לא רק לכוח כלכלי, אלא להתוויית דרך במישור החברתי, המדיני והכלכלי, כלומר התוויית הדרך בעתיד (שכן מדובר במהלכים תלויי דרך – path-dependent). אמנם ראייה קלסית לרוב מניחה שמטרת דיני ההגבלים העסקיים היא לקדם יעילות (efficiency) והורדת מחירים עקב הגברת התחרות, אולם כבר לפני כחמישים שנה נטען שכאשר בוחנים את שוק העיתונות, השיקול הנוסף של רשויות ההגבלים העסקיים חייב להיות קידום חופש הביטוי בקרב הציבור על ידי עידוד הבעת מגוון רחב של דעות שתסייענה למטרה זו.²²

כאמור, הפגיעה המסתברת במגוון התקשורת, אשר עלולה להחליש את המבנה הדמוקרטי ו/או את דרכי הפעולה בו, היא אשר מהווה את שורש הבעיה הנובעת מהמיזוג כפי שאושר, ולפיכך אנו סבורים כי מוטב היה לקבוע תנאים מגבילים למיזוג, שיפורטו בהמשך, בהתבסס על המאפיינים הייחודיים של שוק העיתונות הכתובה, ובמטרה להגן על הערך הדמוקרטי הגלום בשוק זה. לטענתנו, פגיעה זו היא ייחודית וחורגת מן השיקולים המסורתיים הנשקלים לרוב בתחום דיני התחרות, ובראשם מניעת תמחור בלתי הוגן על ידי בעל המונופולין, וייחודיותה מצדיקה שיקול דעת מיוחד הן בנייתוח הסוגיה והן בהחלטה הסופית. בפרק הבא נדון בחששות האחרים לפגיעה בשוק העיתונות העלולים לנבוע מן המיזוג שבענייננו.

ג. ריכוזיות השוק והפגיעה במגוון הדעות

1. השפעותיו של שוק עיתונות ריכוזי

בישראל חלו תמורות של ממש בשוק העיתונות. ממצב של פלורליזם עיתונאי בראשית שנות המדינה, הגענו למצב של ריכוזיות מובהקת.²³ החצנותיה השליליות של ריכוזיות זו אינן נמדדות רק, ואף לא בעיקר, במחיר הנדרש מן הצרכן עבור גיליון או המחיר הנדרש מהפרסם עבור שטחי פרסום בעיתון. בדו"ח של מרכז המידע של הכנסת,²⁴ נטען כי רמת הריכוזיות

21 ראו החלטת הממונה בעניין מקור ראשון, לעיל ה"ש 5.

22 Keith Roberts, *Antitrust Problems in the Newspaper Industry*, 82 HARV. L. REV. 319 (1968).

23 יחיאל לימור ורפי מן **עיתונאות – איסוף מידע, כתיבה ועריכה** 44–45 (1997); יחיאל לימור "תקשורת ההמונים בישראל" **מגמות בחברה הישראלית** 1030 (2003).

24 ראו אגמון וצדיק, לעיל ה"ש 13, בעמ' 10–14. ראו גם צבי זרחיה "הריכוזיות בתקשורת עלולה לפגוע בחופש הביטוי" **The Marker** (13.11.2011). www.themarker.com/advertising/1.1564862

ליאור פרנק ובעז גדות, "עיתונים בתחרות בעקבות אישור המיזוג בין 'מקור ראשון' לישראל היום' על ידי הממונה על הגבלים עסקיים", **הארץ דין** ט(2) 143 (תשע"ד)

הגבוהה המאפיינת את שוק התקשורת הישראלי עלולה להביא לעיוות בדרך סיקור החדשות. כאמור, פרופ' ברק במאמרו שהוזכר לעיל²⁵ מצביע על "כשל שוק חוקתי" הנובע מן הריכוזיות, לאור השליטה שזו מעניקה בנכס החיוני למשטר החוקתי. היעדר התחרות עורר אף את דאגתו של פרופ' זמיר,²⁶ אשר הבהיר שהריכוזיות המאפיינת את שוק התקשורת הישראלי פוגעת בתחרות הנדרשת בין אמצעי התקשורת ובין עצמם, ולפיכך נפגעת הזרימה החופשית של המידע אל הציבור.

לאור הריכוזיות בשוק, בשנת 2009 הוגשה הצעת חוק פקודת העיתונות, התש"ע-2009²⁷ שנועדה להטיל הגבלות על בעלי השליטה בעיתון במטרה להגן על החופש העיתונאי.²⁸ מנסחי הצעת החוק הדגישו בדברי ההסבר, כי לבעל השליטה בעיתון עשויה להיות השפעה מכרעת על טיבו של העיתון ועל תכניו, לרבות השפעה מתמדת ומהותית על מדיניות העיתון, וזאת בין היתר באמצעות שליטה על מינוי בעלי תפקידים ומימון הפעילות. פועל יוצא מכך הוא, שבידי בעל השליטה בעיתון היכולת להשפיע על סדר היום המדיני, הכלכלי והחברתי במדינה, כמו גם על תחומים אחרים הנוגעים לציבור בכללותו. ניתן לטעון שאותן השפעות שליליות שמנסחי הצעת החוק ביקשו למנוע, או למצער למזער, באות לידי ביטוי במיזוג הנוכחי. כך, ייתכן שחברת ישראל היום תשפיע על התכנים והמדיניות בעיתון הנרכש, "מקור ראשון", מה שעלול לפגוע במגוון הדעות והרעיונות בשוק העיתונות הריכוזי ממילא. לפיכך המיזוג הנדון מגביר עוד יותר את הריכוזיות בשוק, ובמילים אחרות הכוח מרוכז כעת בידיהם של גורמים מעטים משהיו בעבר.

כמו בישראל כך גם בארה"ב, הניסיון מלמד כי שוק עיתונות ריכוזי, ושליטתם של גורמים בעלי אינטרסים בו, עלולים להביא לפגיעה במגוון ובתוכן, ולפיכך קולות רבים קראו להגברת התחרות בשוק זה. בשנת 1945 קבע בית המשפט העליון האמריקני בעניין *Associated Press*²⁹ כי הפצה רחבה של מידע לציבור ממקורות מגוונים ובלתי תלויים הינה הכרחית לשם הבטחת רווחת הציבור.

זאת ועוד, ניתן לפרש את הפגיעה הכרוכה בריכוזיות בשוק העיתונות גם ככוללת פגיעה באיכות המוצר במובנה הרחב – זה הכולל גם מגוון. מחקרים שנערכו בנושא מצאו קשרים בין הריכוזיות בשוק העיתונות הכתובה ובין איכות העיתונים,³⁰

25 בג"ץ 6218/93 כהן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מט(2) 529 (1995), שם נקבע כי "אם בעלי השליטה באמצעי התקשורת יסרבו לשקף רעיונות מסוימים, עלולה תמונת הרעיונות להתעות. 'שוק הרעיונות' עלול להפוך ל'שוק הרעיון הבלעדי'. [...] אין לך דבר רחוק יותר מדמוקרטיה מאשר אחידות רעיונית טוטאלית (קולקטיביזם רעיוני). [...] הסכנה לחיסולו של שוק הרעיונות נובעת בראש וראשונה מריכוזיות בשליטה באמצעי התקשורת. [...] הדעת שהובעה, [...] לפיה אין אצלנו שליטה ריכוזית בתחום העיתונות, מנותקת מן המציאות. ברור וידוע הוא כי יש שליטה ריכוזית, ובעליה גם יודעים היטב להפעיל את כוחם". ראו גם משה נגבי **חופש העיתונאי וחופש העיתונות בישראל: דיני תקשורת ואתיקה עיתונאית** (2011). המחבר מציין את החשש לפגיעה במגוון הדעות בגלל השליטה בכלי התקשורת מצד מספר מצומצם של גופים פרטיים בעלי אינטרסים. לדבריו, "יכול שהתמסחרה התקשורת, וככל שהשתלטו עליה בעלי עסקים ותאגידים שמטרתם אינה מימוש זכותו של הציבור למידע או העשרת שוק הדעות, אלא בעיקר רווח, המניע ל'צנזורה' שהם מפעילים על העיתונאי נעשה אף הוא פחות אלטרואיסטי ויותר מסחרריעסקי: מרוב רווחים, ולחלופין – מזעור הפסדים. כך 'מצונזרים' או מוצנעים דיווחים על מחדלים ועוולות של חברות אחרות שבבעלות המו"ל, ולא מתפרסמים דיווחים שהם למורת רוחם של מפרסמים גדולים. ידועה לשמצה 'צנזורה' שהופעלה בשעתה בתקשורת האמריקנית על מחקרים בנושא הנזק הרפואי שבעישון סיגריות, במטרה לרצות את תאגידי הטבק ולהבטיח את המשך הרווחים מתקציבי הפרסום שלהם. 'צנזורה' זו גרמה לעיכוב של שנות דור במודעות הציבורית לסכנות העישון וכן בנקיטת צעדי ההסברה ובחקיקה לצמצומן. לעיכוב הזה היה כמובן מחיר עצום ונורא בחיי אדם".

26 זמיר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 4.

27 הצעת פקודת העיתונות, התש"ע-2009. www.news1.co.il/uploadfiles/491069972515107.doc.

28 יודגש כי אף מנסחי הצעת חוק זו הדגישו את חשיבותה הרבה של העיתונות הכתובה לדמוקרטיה, ובלשונם: "העיתונות הכתובה היא אחד מהמכשירים המרכזיים לקיומה של שיטת ממשל דמוקרטית ובעלת תפקיד מרכזי וזאת הן בהיותה ספק מידע והן בתפקידה בגיבוש עמדות הקורא באמצעות הבאת דברי פרשנות, העלאת דעות וביקורת. העיקרון בדבר קיומה של עיתונות חופשית, אחראית ומקצועית הינו עיקרון ראשון במעלה".

29 *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1 (1945): "Amendment rests on the assumption that the widest possible dissemination of information from diverse and antagonistic sources is essential to the welfare of the public, that a free press is a condition of a free society" פסק דין זה דן בהסדר כובל בין שתי סוכנויות ידיעות, אשר טענו בין השאר כי אין להחיל עליהן את האיסור שנקבע ב- Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. §§ 1-7 (1890) משום שהחלה שכזאת תפגע בחופש העיתונות. בית המשפט העליון, כאמור, קבע כי ההפך הוא הנכון: חופש הביטוי והעיתונות, במובנו האמיתי, דווקא קורא לריבוי אמצעי תקשורת.

30 Gerald L. Grotta, *Consolidation of newspapers: what happens to the consumer?*, 48.2 JOURNALISM & MASS COMMUNICATION QUARTERLY 245 (1971).

ליאור פרנק ובעוז גדות, "עיתונים בתחרות בעקבות אישור המיזוג בין 'מקור ראשון' לישראל היום' על ידי הממונה על הגבלים עסקיים", **הארץ דין** ט(2) 143 (תשע"ד)

מגוון הדעות,³¹ ואיכות השוק באופן כללי. לפי מחקרים אלה, ככל שהשוק ריכוזי יותר, כך הסבירות שהמוצר העיתונאי יהיה באיכות נמוכה ובמגוון מצומצם גוברת.³² מכאן ניתן להסיק שכאשר השוק כבר ממילא ריכוזי, קיימת חשיבות עליונה למנוע אפילו גידול מזערי באותה ריכוזיות. ואכן, במסמך שהוכן על ידי ה-DOJ³³ נאמר בבירור כי כאשר עסקינן בשוק ריכוזי, ומיזוג בין עיתונים עלול להגדיל ריכוזיות זו, הרי שהמיזוג צריך להיבחן ביתר קפדנות, ועל הרשויות לבחון את ההשפעות הצפויות על התחרות לאחר המיזוג, תוך התחשבות במאפיינים הייחודיים של שוק העיתונות. החוקרים טוענים עוד כי שווקים ריכוזיים אינם מספקים מגוון אופטימאלי של מוצרים.³⁴ לשיטתם, דבר זה נכון בעיקר בכל הנוגע לשוק המדיה החדשותית, הואיל ומגוון של חדשות ודעות נתפס כמשפיע לטובה על התחרות הפוליטית.³⁵

לאור טיבה של המדיה כחלק מהמבנה הבסיסי של שוק הרעיונות, ניתן לטעון שהמגוון של התוכן החדשותי הינו חשוב אף יותר מתחרות מחירים.³⁶ אם אכן מיזוג מסוים מחריף את הריכוזיות, ולו במעט, הרי בכך מוחרפת גם הפגיעה הפוטנציאלית בזרימת המידע החופשי, משום שבידי בעל השליטה במדיה, הנהנה מכוח ריכוזי, יש כוח רב יותר לשלוט בהפצתו של מידע או בהבעת דעות כאלה ואחרות, ומכאן מתעצם החשש לפגיעה של ממש בשוק הרעיונות ובהליך הדמוקרטי עצמו. מנקודת מבט זו, חוסנו של שוק הרעיונות תלוי בדיני ההגבלים העסקיים האמורים לשמר מגוון של קולות ורעיונות,³⁷ ויש הטוענים כי הדרך היעילה ביותר לשם הבטחת חירות המידע העיתונאי היא ליצור תחרות.³⁸ לדידם, התחרות היא שתביא לידי כך שהצרכן יקבל בסופו של דבר את העיתונים האיכותיים ביותר הכוללים מגוון רחב של דעות. לפיכך יש להעדיף מיזוג המגביר תחרות על פני זה המגדיל ריכוזיות, ואנו סבורים שיש להתיר מיזוג רק בתנאים שישמרו מגוון, כפי שיובהר בהמשך. נגדיש, בהיעדר תחרות, הסיכון הטמון בהפיכתו של עיתון למונופול יבוא לידי ביטוי בהענקת כוח לבעלי השליטה בשוק לשלוט בתכנים עצמם ולא רק להשפיע על המחיר שייגבה מן הצרכן. השליטה של חברת ישראל היום נותנת לה עתה את הכוח לשלוט בתכנים שיקודמו לא רק על ידי "ישראל היום", אלא גם על ידי "מקור ראשון", בין במישרין ובין בעקיפין על ידי שליטה בכוח האדם העיתונאי, ודוגמה זו יכולה להמחיש את הסכנה הצפויה לשוק העיתונות הכתובה בעתיד.

כאן ראוי לציין כי מלבד הריכוזיות אשר מאפיינת את שוק העיתונות הכתובה, שוק זה מתאפיין אף בחסמי כניסה תמירים. עלות הקמת מערכת עיתונאית היא גבוהה ביותר, והניסיון מלמד כי נדרש זמן רב כדי להתבסס בשוק זה.³⁹ חסמי כניסה גבוהים משפיעים לרעה על היכולת להציע לצרכן מגוון דעות כמתבקש בשוק כגון דא משיקולים דמוקרטיים, ולפיכך על הממונה להתייחס בכובד ראש גם לשינויים קלים לכאורה בחלוקת השליטה בשוק.

2. החשש מפני פגיעה בתחרות ובמגוון הדעות עקב תמחור חינמי

הפגיעה בתחרות עלולה להיות חמורה אף משום היותו של "ישראל היום" עיתון המחולק חינם.⁴⁰ לאחר המיזוג, שוק העיתונות נהיה ריכוזי אף יותר משהיה בעבר ומשתתפים בו דה־פקטו פחות שחקנים עצמאיים מבעבר. לפיכך גובר החשש

31 Roberts, לעיל ה"ש 22, בעמ' 5.
32 William E. Lee, *Antitrust Enforcement, Freedom of the Press, and the Open Market: The Supreme Court on the Structure and Conduct of Mass Media*, 32 VAND. L. REV. 1249 (1979).
33 Varney, לעיל ה"ש 17.
34 Jesse Shapiro et al., *Competition & Ideological Diversity: Historical evidence from us newspapers*, No. w18234 NATIONAL BUREAU OF ECONOMIC RESEARCH (2012).
35 לטענתם, תחרות היא מניע חיוני למגוון אידאולוגי.
36 Schulhofer-Wohl and Garrido, לעיל ה"ש 14.
37 Maurice E. Stucke and Allen P. Grunes, *Why More Antitrust Immunity for the Media is a Bad Idea*, 105 NW. U. L. REV. 1399 (2011).
38 William C. Pate and Alan M. Winterhalter, *Monopoly Newspapers: Troubles in Paradise*, 7 SAN DIEGO L. REV. 268 (1970).
39 Robert L. Knox, *Antitrust Exemptions for Newspapers: An Economic Analysis*, 3 L. & SOC. ORDER (1971).
40 יצוין כי עיתונים פועלים לרוב בשוק דו־צדדי (Two Sided Market), כלומר מצד אחד יש להם החצנות על שוק הצרכנים, ובצד השני החצנות על שוק המפרסמים. ראו, למשל 3(1) David S. Evans and Richard Schmalensee, *The industrial organization of markets with two-sided platforms*, COMPETITION POLICY INTERNATIONAL 151(2007).

ליאור פרנק ובעז גדות, "עיתונים בתחרות בעקבות אישור המיזוג בין 'מקור ראשון' לישראל היום' על ידי הממונה על הגבלים עסקיים", **הארץ דין** ט(2) 143 (תשע"ד)

שאותם שחקנים קיימים לא יצליחו להתחרות בעיתון המחולק חינם, ובגין כך יאלצו לצאת מן השוק לגמרי. במילים אחרות, על אף שהעיתון "ישראל היום" חולק חינם גם עובר לאישור המיזוג, הרי שהמיזוג מוביל עתה לנקודה בה יש להעניק משקל משמעותי יותר לעובדת חלוקתו בחינם. למעשה, לאחר המיזוג אין כל מניעה שחברת ישראל היום תחלק בחינם אף את העיתון הנרכש, "מקור ראשון", ותנגוס עוד יותר בנתח השוק של השחקנים הפעילים האחרים. חשש זה איננו בגדר חשש בעלמא – בדו"ח של מרכז המידע של הכנסת,⁴¹ מודגש בבירור כי העיתון "ידיעות אחרונות", אשר הוכרז כמונופול בשוק העיתונות בעבר, ירד מגדולתו ולמן משנת 2010 אינו מוכרז עוד כמונופול, משום שנתח השוק שלו ירד אל מתחת ל-50%. הדו"ח מציין במפורש כי הדבר אירע בעיקר לנוכח הגידול בנתח השוק של "ישראל היום". ודוק, טוב הדבר ש"ידיעות אחרונות" איננו עוד בעל מונופולין בשוק העיתונות, אך יחד עם זאת, וכפי שיוסבר להלן, אנו סבורים כי תמחור חינמי עלול להביא לקיצוניות ההפוכה, שבה מתערער חשש משמעותי ליציאתם של העיתונים הקיימים מן השוק עקב פרקטיקת תמחור זו של "ישראל היום" על כל הכרוך בכך.

באופן כללי תמחור חינמי, או "מחיר אפס", אינו שקול לכל מחיר אחר, לרבות מחיר נמוך מאוד שהנו פחות מהעלות השולית של המוצר. כך, במספר מחקרים נמצא שלחינם יש השפעה ניכרת על העדפות הצרכנים, באופן שגורם להם אפילו להעדיף מוצר חינם שאיכותו פחותה על פני מוצר איכותי יותר המוצע בתשלום. המסקנה הבולטת ביותר ממחקרים אלה היא⁴² שצרכנים נוטים להעדיף בצורה מובהקת את המוצר החינמי גם אם הוא נתפס בעיניהם כבעל איכות נמוכה יותר מהמוצר שהוצע בתשלום,⁴³ מה שכונה לאחר מכן "אפקט מחיר אפס" (Zero Price Effect) – כלומר הרגשה של הצרכן שהוא הצליח לגבור על כוחות השוק, הנגזרת מן הפיתוי הרב לקבל דבר מה חינם.⁴⁴ לפיכך מחקרים אלה מסכמים כי ניכרת הטיה קוגניטיבית בקרב הצרכנים שעה שמוצע לו מוצר חינמי. בכל הנוגע לשוק העיתונות,⁴⁵ נמצא כי העיתון החינמי אכן גורם בסבירות גבוהה ליציאתם מן השוק של המתחרים האחרים, בעיקר משום שעיתונים חינמיים גורעים מנתח השוק של עיתונים איכותיים יותר שאינם חינמיים.⁴⁶ כלומר כאשר מביאים בחשבון את החלוקה חינם של "ישראל היום", אשר למיטב הבנתנו אינה נשענת אך ורק על שיקולים כלכליים אלא גם על שיקולים אידאולוגיים, הרי שניתן לטעון שהמיזוג, המעצים ממילא את הריכוזיות בשוק הריכוזי מלכתחילה, נהיה בעייתי הרבה יותר כאשר מדובר במיזוג של עיתון המחזיק ביתרון כה מהותי כמו היכולת להימנע מלגבות מחיר.⁴⁷

41 כאשר בודקים מוצר חינמי כמו עיתון, יש להתחשב בכך שהוא פועל לרוב בשוק דו-צדדי. לכן גם אם העיתון ניתן בחינם לצרכנים, ייתכן שהוא נהנה מהכנסות בגין פרסום. לפיכך במצב כזה לא בהכרח מדובר בתמחור טורפני בלתי לגיטימי. בעניין זה ראו Stefan Behringe, and Filistrucchi Lapo, *Areeda-Turner in Two-Sided Markets* (Center Discussion Paper Series No. 2014-038, 2014) Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2449989>.

42 יחד עם זאת "ישראל היום" הוא מקרה חריג לאמור, הואיל ולבעלי העיתון אין כל אינטרס כספי, אלא מדובר בעיתון המחולק חינם לצורך הפצת הדעות הכלולות בו. לפיכך "ישראל היום" ניתן חינם אף אם אינו מצליח לכסות את ההוצאות הכרוכות בהוצאתו לאור בשוק הרלוונטי.

41 אגמון וצדיק, לעיל ה"ש 13.

42 Kristina Shampanier, Nina Mazar and Dan Ariely, *Zero as a special price: The true value of free products*, 26.6 MARKETING SCIENCE (2007) 742.

43 בחלקו הראשון של המחקר, המוצר בעל האיכות הפחותה יותר הוצע במחיר זעום. כאן המחקר הראה שהצרכנים עדיין העדיפו את המוצר היקר והאיכותי יותר. בשלב הבא של המחקר, המוצר בעל האיכות הפחותה יותר הוצע חינם, וכאן המחקר הראה בבירור נסיגה בנתח השוק של המוצר האיכותי יותר לטובת המוצר החינמי.

44 Francisco Saraiva, *FREE PRODUCTS AND THEIR IMPACT ON CONSUMER BEHAVIOR* (2011); Sarah Dengler, *FREEBIE FRENZY: EXPERIMENTAL EVIDENCE OF THE ZERO PRICE EFFECT* (2013); Juan Nicolau and Ricardo Sellers, *The Free Breakfast Effect An Experimental Approach to the Zero Price Model in Tourism*, 51(3) JOURNAL OF TRAVEL RESEARCH 243 (2012).

45 Piet Bakker, *The impact of free daily newspapers on the circulation of paid newspapers* (Paper presented to the ICA Conference, 2007) http://www.the7eye.org.il/wp-content/uploads/2013/11/ica07_proceeding_172633.pdf

46 MICHAL MASIKA, *FREE COMMUTER NEWSPAPERS AND THE MARKET FOR PAID-FOR DAILY NEWSPAPERS* (2010)

47 כוונה ברורה של חברת ישראל היום לפגוע ביתר המתחרים אינה שיקול הכרחי. כלומר גם אם נגיע למסקנה כי המניעים לחלוקת "ישראל היום" חינם הם פילנתרופיים, החשש שייפגעו שוק העיתונות והערכים הגלומים בו מחייב החלה של דיני ההגבלים העסקיים ללא קשר לכוונה או למניע.

ליאור פרנק ובעז גדות, "עיתונים בתחרות בעקבות אישור המיזוג בין 'מקור ראשון' לישראל היום' על ידי הממונה על הגבלים עסקיים", **הארץ דין** ט(2) 143 (תשע"ד)

על פניו, מדיניות התמחור של חברת ישראל היום, בהיעדר ראייה ברורה וחד-משמעית לכך שיש ביסודה מודל כלכלי רווחי,⁴⁸ אמורה הייתה להוות נסיבה כבדת משקל במסגרת שיקולי הממונה בעת החלטתו לאשר את המיזוג. אמנם, בפועל הנסיבה הנ"ל כן נכנסה למניין השיקולים, אך בצורה שונה לגמרי. במקום להחשיב את מדיניות התמחור של חברת ישראל היום כגורם המאיים על התחרות ועל מגוון הדעות בשוק בעקבות המיזוג, הממונה סבר שיש באופן פעולה ייחודי זה משום שיקול לטובת אישור המיזוג ללא תנאים מגבילים. לשיטתו של הממונה, דווקא מכיוון ש"ישראל היום" מחולק חינוס, אין סיבה לחשוב שלבעליו תהיה מוטיבציה להשפיע על התכנים בעיתון הנרכש "מקור ראשון", כמו גם משום שלשני העיתונים קהל קוראים דומה. לעומת זאת, אנו סבורים כי בחירתם של מנהלי חברת ישראל היום להסתייע בתמחור חינוסי כדי להגדיל את נתח השוק שלהם בהדרגה ובצורה יציבה, דווקא מעידה על כוונותיהם לעתיד. לשיטתנו, אין סיבה לחשוב שעיתון אחד ינוהל לפי מדיניות תמחור מסוימת שמטרתה להגדיל את נתח השוק לשם הפצת מסר אידאולוגי מסוים, ואילו עיתון אחר בבעלות אותם בעלים ינוהל בצורה אחרת לגמרי ולפי מדיניות ושאיפות כלכליות סטנדרטיות. הגיוני יותר לחשוב שבשני העיתונים שיקולים שהם לבר כלכליים יבואו לידי ביטוי. ממה נפשך: ככל שמדובר בקהל קוראים זהה, הרי שלבעל השליטה יש אינטרס למנוע דיסוננס בין המסר של "ישראל היום" למסר של "מקור ראשון" בנקודות החשובות במיוחד לבעל השליטה. וככל שקהל הקוראים שונה, ישאף בעל השליטה לחשוף את המסר שלו בין באמצעות "ישראל היום" ובין באמצעות "מקור ראשון" לקהל הקוראים הרחב ביותר, וכפי שאינו מחויב בהכרח לפעולה על פי מודל כלכלי ב"ישראל היום", כך אין סיבה שיהיה מחויב למודל כלכלי שיתמוך ב"מקור ראשון".

זאת ועוד, לשיטתנו, שיטת תמחור זו אינה מעוררת רק חשש לתמחור טורפני. כלומר גם אם ימצא כי "ישראל היום" אכן מכסה את עלויותיו השוליות באופן השולל טענה של תמחור טורפני, אנו בכל זאת סבורים כי חלוקת העיתון חינוס כשלעצמה עלולה להביא למצב של "קהל שבוי" (locked-in consumers) אשר יעדיף עיתון זה על פני העיתונים המוצעים בתשלום אך ורק מהסיבה שהוא מחולק חינוס, ולפיכך יסתפק בקריאתו חלף רכישת עיתון בתשלום.⁴⁹ במצב דברים זה, אין צריך לומר כי העיתונים המוצעים בתשלום יתקשו להתחרות בפרקטיקת תמחור זו, ו"ישראל היום" זוכה ויזכה הלכה למעשה בקוראים על חשבונם של עיתונים אלה, וזאת לאו דווקא בשל היותו עיתון איכותי יותר, אלא בראש ובראשונה בשל חלוקתו חינוס. על כן מצב זה עלול כשלעצמו להביא להפחתת התחרות בענף העיתונות הכתובה.

לנוכח דברים אלה, קיים החשש מחזרה למצב מונופוליסטי בשוק העיתונות הכתובה, ואת מקומו של "ידיעות אחרונות" יחליף "ישראל היום". מצב מונופוליסטי בשוק העיתונות הכתובה בעייתי ביותר, ויש להימנע ממנו, גם כאשר מדובר בפעילות מונופוליסטית שאינה מיועדת בהכרח למטרת רווח אלא נשענת על כיסו העמוק של בעל השליטה. במקרה זה אין צורך להכביר מילים בכל הנוגע לפגיעה בערך הדמוקרטי של העיתונות, פגיעה המתעצמת לנוכח חסמי הכניסה לשוק האמור, הכרוכה בהשקעות ובעלויות יקרות ביותר. לפיכך חשש זה, אף אם הוא רחוק, מצריך לדעתנו אמצעים מרסנים אשר ימנעו את הגשתו.

3. שמירת הפרדה מבנית כדרך להתמודדות עם ריכוזיות השוק

מן האמור לעיל עולה שהחזקת שוק העיתונות הכתובה בידי מספר מצומצם של בעלי שליטה, קל וחומר בעלי שליטה המזוהים עם עמדה פוליטית מובהקת, מעצימה את החשש שייפגע מגוון הדעות, וכפועל יוצא מכך, תיפגע חוסנה של

48 חברת ישראל היום היא חברה פרטית, ולכן דוחותיה הפיננסיים אינם חשופים לעיני כול. לכן אף שמדיניות התמחור של "ישראל היום" מעלה תהיות בנוגע ליכולתו של העיתון להתקיים ללא תמיכה חיצונית, אי אפשר לקבוע בוודאות אם החברה מצליחה להכניס מספיק כסף כדי להצדיק את קיומה. בחברת ישראל היום נמנעים באופן קבוע מלמסור פרטים בנוגע לתזרים ההכנסות של העיתון ומידת רווחיותו. ראו איתמר ב"ז "תעמולה זולה", **העין השביעית** (11.8.2014) www.the7eye.org.il/115594.

49 Paul A. David, *CLIO and the economics of QWERTY*, 75 AM. ECON. REV. 332 (1985); Brian Arthur, *Competing Technologies, Increasing Returns, and Lock-In by Historical Events*, 99 ECONOMIC JOURNAL 116 (1989); John M. Gallagher and Yu-Ming Wang, *Network effects and the impact of free goods: an analysis of the web server market*, 3(4) INTERNATIONAL JOURNAL OF ELECTRONIC COMMERCE, 67 (1999).

ליאור פרנק ובעז גדות, "עיתונים בתחרות" בעקבות אישור המיזוג בין 'מקור ראשון' לישראל היום' על ידי הממונה על הגבלים עסקיים, "הארץ דין" (2) 143 (תשע"ד)

הדמוקרטיה. לכן, יש להביא כל זאת בחשבון בעת שקילת אישור המיזוג. לפיכך קביעת תנאים מגבילים חיונית ואף מתבקשת לשם שימור מגוון הדעות בשוק זה, לבל ישלם הצרכן מחיר גבוה מאבדן כספי גרידא.

בטרם נציג את הפתרונות שלדעתנו יסירו את החששות שהועלו בפרקים הקודמים, יש להסביר בקצירת האומר מדוע החלטתו העקרונית של הממונה לאשר את המיזוג הינה בכל זאת החלטה נכונה, ובעיקר מדוע שלילת המיזוג אינה הצעד הראוי לדעתנו במקרה הנדון. נקודת המוצא היא החשש, שעליו התבסס הממונה, שאיסור מיזוג העיתונים "ישראל היום" ו"מקור ראשון" צפוי להביא ככל הנראה לסגירתו של האחרון עקב קשיים כלכליים. על כן יש לאשר את המיזוג בהתבסס על דוקטרינת החברה הכושלת.⁵⁰ לפי תיאוריה זו, מן הראוי לאשר מיזוג שעלול לפגוע בתחרות, אם המטרה היא לשמר את קיומו של מתחרה, שייאלץ לצאת מהשוק אם תתקבל החלטה אחרת. ככל שהממונה היה מחליט שלא לאשר את המיזוג, ככל הנראה היה גוזר את גורלו של "מקור ראשון" להיסגר, ובכך מוציא עיתון משוק העיתונות הכתובה, מה שבהכרח היה פוגע בתחרות ובמגוון הדעות. אם אכן הדרך הסבירה היחידה להצלת "מקור ראשון" הייתה אישור המיזוג, היה מקום לאשרו. כלומר אנו סבורים שהחלטה לאשר את המיזוג פוגעת פחות בתחרות מהחלטה שלא לאשרו, אולם אין פירוש הדבר שהיה צריך לוותר על התניית האישור בתנאים מגבילים מתאימים.⁵¹

כדי למנוע את התממשות החששות הנדונים, ומבלי להימנע מאישור המיזוג, הממונה היה יכול להשתמש בסמכותו שבדין, ולהורות על שמירת הפרדה מבנית ובלתי תלויה בין העיתונים. כך, למשל, בארה"ב ככל שמיזוג ורכישה עלולים להביא לפגיעה בשוק העיתונות, ייטו ויעדיפו הרשויות, ואף בתי המשפט, להורות על הפרדה מבנית ושמירה על עצמאותן של מערכות העיתונות.⁵²

כאן המקום לציין כי בשנת 2002 התנגד הממונה דאז למיזוג בין "ידיעות אחרונות" לבין העיתון "גלובס".⁵³ במקרה ההוא הממונה אכן שקל את המאפיינים הייחודיים של שוק העיתונות, והביא בחשבון את הערך הדמוקרטי הגלום בשוק זה ואת המבנה הריכוזי המאפיין אותו, ובשל נתונים אלה בחר שלא לאשר את המיזוג האמור. לאחר דין ודברים הגיע הממונה לידי הסכמה עם בעלי העיתון בנוגע למיזוג, אולם התנה אותו בכך שתישמר הפרדה מבנית באופן שנושא משרה מטעם חברת עיתונות אחת לא יכהן בדירקטוריון של חברת העיתונות האחרת. העניין הגיע לפתחו של בית הדין להגבלים עסקיים,⁵⁴ שאישר את עמדת הממונה להתנות את אישור המיזוג בתנאים מגבילים. בית הדין קבע כי התנאים המגבילים לא יאינו את המיזוג, אך הם עשויים בהחלט להקהות את עוקצו מבחינת הפגיעה בתחרות.⁵⁵

גם במקרה הנדון כאן הממונה היה יכול לאסור, למשל, כהונה של עורך ראשי מ"ישראל היום" במערכת "מקור ראשון", או לאסור כהונה של מנהלים מעיתון "ישראל היום" בהנהלת "מקור ראשון". צעדים אלה היו מסייעים לדעתנו לשם שמירת עצמאות העיתונים ומגוון הדעות הנגזר מהפרדה זו. שמירת הפרדה מבנית מתבקשת אף בגלל חסמי הכניסה הגבוהים

50 מקריאת החלטת הממונה, לפיה ביקש לאשר את המיזוג ללא דיחוי נוסף פן יביא כל עיכוב לקריסת העיתון, עולה כי הממונה שקל את "דוקטרינת החברה הכושלת" (Failing-Company Doctrine) כשיקול חיובי לצורך אישור המיזוג. ברם כפי שביט המשפט העליון האמריקני פסק בעניין *Citizen Publishing Co. v. United States*, 394 U.S. 131 (1969), דוקטרינה זו, אשר אכן מהווה שיקול חיובי לאישור מיזוג, אינה פוטרת מתחולת דיני ההגבלים העסקיים. לפיכך אף שאישור המיזוג בין העיתונים הוא צעד מבורך בנסיבות המקרה, היה מקום להציב תנאים מגבילים לצמצום סיכון הפגיעה בתחרות בשוק ריכוזי ממילא.

51 Gregory Neill Jones, *Antitrust Malaise in the Newspaper Industry: The Chains Continue to Grow*, 8 MARY'S L.J. 160, 171 (1976)
52 *United States v. Thomson-Brush-Moore Newspapers, Inc.*, 1967 Trade Cas. 72,295 at 84,735 (N.D. Ohio, 1968); *United States v. E.W.*

53 *Scripps Co.*, 1968 Trade Cas. 72,586, 86,035-36 S.D. Ohio (1968); *Citizen Publishing Co. v. United States*, 394 U.S. 131 (1969)
54 החלטה 3015790 של הממונה על הגבלים עסקיים "נימוקי התנגדות למיזוג בין בראון-פישמן תקשורת בע"מ לבין ידיעות אחרונות בע"מ" (2002).
www.antitrust.gov.il/search/b359343ad41843119f88d743112ef0a4.aspx

55 בש"א (מחוזי י-ם) 916/03 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' בראון-פישמן תקשורת בע"מ** (פורסם בנבו, 13.01.2014).
56 שם, בפס' 11-13. בית הדין קבע כי "הממונה היה מוכן להסכים לאשר מיזוג זה למשך תקופת הביניים ובלבד שתעוקר השפעתה של בראון-פישמן על ניהולה של ידיעות אחרונות על ידי מניעת ההפעלה של כוח ההצבעה שלה בדירקטוריון." זאת ועוד, בית הדין ציין כי מתן הוראות שמירה מבנית נהוג אף במשפט המשווה. ראו בפס' 17-19 לפסק הדין.

ליאור פרנק ובוועז גדות, "עיתונים בתחרות בעקבות אישור המיזוג בין 'מקור ראשון' לישראל היום' על ידי הממונה על הגבלים עסקיים", **הארץ דין** ט(2) 143 (תשע"ד)

שהזכרו לעיל, והייתה יכולה לסייע בשמירה על קיומו של מקור עיתונאי נוסף, עצמאי ובלתי תלוי. כלומר על אף ששני העיתונים נשלטים כעת על ידי אותם בעלים, בפועל היה אפשר להציב תנאים שתכליתם לוודא, ככל האפשר, ששני עיתונים אלה ימשיכו את פעילותם באופן עצמאי ובלתי תלוי, כאילו הם עדיין שני מתחרים נפרדים בשוק העיתונות.

ה. הצעות לצמצום הפגיעה לאחר אישור המיזוג ללא תנאים מגבילים

השאלה העומדת עתה על הפרק היא מהם האמצעים אשר יש בכוחם לסייע לצמצום את הפגיעה הפוטנציאלית בשוק העיתונות לאחר שאושר המיזוג ללא תנאים מגבילים. לשם מתן מענה הולם לשאלה זו, לדעתנו נדרשת שורה של תיקונים במסגרת חוק ההגבלים העסקיים, הואיל והכלים המשפטיים הקיימים דהיום במסגרת דיני התחרות אינם מאפשרים ככל הנראה הגנה מספקת על שוק העיתונות ועל מאפייניו הייחודיים.

1. תיקון חוק ההגבלים העסקיים – הכרה בצמצום מגוון כפוגע באיכות המוצר

בהתאם לסעיף 21(א)(2) של חוק ההגבלים העסקיים, הממונה רשאי להתנגד למיזוג בין חברות או להתנות אותו בתנאים מקום בו הוא סבור שאישור המיזוג עלול להביא לירידה של ממש באיכות המוצר.⁵⁶ דא עקא, לעומת ס"ק (1) שעניינו שינוי כמותי משמעותי ברמת המחירים, קשה יותר לזהות מתי ובאילו תנאים מיזוג צפוי להביא לירידה באיכות המוצר. יתרה מזו, ניתן לטעון שלממונה אין את הכלים להכריע בסוגיה זו, וייתכן שאף מלכתחילה אינו הגוף המתאים להכריע בה בהקשרו של שוק ייחודי כגון שוק העיתונות הכתובה.

לפיכך אנו סבורים שיש מקום לחדד את עמדת המחוקק בנוגע למבחן הירידה באיכות, ולקבוע כי צמצום המגוון הזמין ללקוחות בשוק ייחשב כחזקה לירידה באיכות המוצר לעניין סעיף 21(א)(2) של חוק ההגבלים העסקיים, לכל הפחות כאשר מדובר במוצר שיש לו השפעה של ממש על שווקים חיוניים לתפקודה התקין של הדמוקרטיה. כך נוכל לטעון באופן עקרוני שמזוג בשוק ריכוזי אמור להיות חשוד כ"פוגע באיכות המוצר", ומצדיק קביעת תנאים מגבילים מצד הממונה.

בכל הנוגע למיזוג הנדון, נראה כי אין מנוס מלקבוע כי יש חשש לצמצום המגוון בשוק, שכן סביר שעיתון חינוכי ומזוהה פוליטית על סף המונופולין ייטה ליישם מדיניות עסקית וכלכלית דומה בתוך העיתון שעמו הוא מתמזג. בכדי לוודא שהממונה מביא שיקול זה בחשבון, ניתן להציע את החזקה האמורה, אשר תעביר את הנטל להראות שאין צורך בהצבת תנאי מבני, אל כתפי המבקשים את המיזוג. ודוק, לפי התיקון המוצע לחוק ההגבלים העסקיים יצטרך הממונה לתת טעם מיוחד בטרם יאמץ גישה שלפיה המגוון אינו רלוונטי, או שהחלוקה חינם של העיתון המופץ מטעם הרוכש אינה מעלה ואינה מורידה.

2. תיקון רף קביעת המונופול הקיים שבחוק ההגבלים העסקיים

כיום, לפי סעיף 26(א) של חוק ההגבלים העסקיים, רואים כבעל מונופולין את מי שמחזיק ביותר מ-50% מנתח השוק הרלוונטי שבו הוא פועל. הווה אומר, מי שאינו אחוז בנתח שוק העולה על-50%, עקרונית, אינו נתון לפיקוחו של מערך ההגבלים העסקיים.⁵⁷ חברת ישראל היום טרם הוכרזה כבעלת מונופולין בשוק העיתונות, ולפיכך אין היא כפופה כיום

56 ס' 21(א)(2) לחוק ההגבלים העסקיים.

57 ראו ס' 30 לחוק ההגבלים העסקיים. בהקשר זה ראו Tomas J. Philipson and Richard A. Posner, *Antitrust in the Not-For-Profit Sector*, NATIONAL BUREAU OF ECONOMIC RESEARCH (Working Paper 12132, 2006) <http://www.nber.org/papers/w12132.pdf>

ליאור פרנק ובוועז גדות, "עיתונים בתחרות בעקבות אישור המיזוג בין 'מקור ראשון' לישראל היום' על ידי הממונה על הגבלים עסקיים", **הארץ דין** (2) 143 (תשע"ד)

להוראות הממונה ולפיקוחו. אולם לאור מאפייניו הייחודיים של שוק העיתונות המפורטים לעיל, ייתכן שיהיה מאוחר מדי להמתין עד אשר יהפוך עיתון מסוים לבעל מונופולין המרכזי יותר מ-50% מנתח השוק לפי הוראות סעיף 26(א) של חוק ההגבלים העסקיים.

לשיטתנו, כדי לצמצם את הפגיעה בתחרות בשוק העיתונות, נדרשות התאמות מסוימות בחוק ההגבלים העסקיים שלפיהן יוכל הממונה לתת הוראות לבעל שליטה בעיתון עוד בטרם יהפוך לבעל מונופולין לפי החוק.⁵⁸ כך, למשל, באיחוד האירופי ניתן להחיל את דיני ההגבלים העסקיים על מי ההגבלים העסקיים על מי שמנסה להשיג כוח מונופוליסטי בשוק מסוים.⁵⁹ סעיפים אלה מאפשרים להחיל הלכה למעשה את דיני ההגבלים העסקיים אף על מתחרים אשר אינם מרכזים יותר מ-50% מנתח השוק הרלוונטי.

הנה כי כן, ככל שהסדר דומה יאומץ במסגרת דיני ההגבלים העסקיים הישראלים,⁶⁰ הרי שהממונה יוכל לתת הוראות לעיתון "ישראל היום" העשויות למנוע פרקטיקות אנטי-תחרותיות למיניהן.⁶¹

בהקשר זה יצוין שסעיף 26(ג) של חוק ההגבלים העסקיים מאפשר כיום לשר הכלכלה לקבוע כי יראו כבעל מונופולין מי שמרכז פחות מ-50% מנתח השוק הרלוונטי. אולם תנאי להידרשות להוראת הסעיף הוא קיומה של השפעה מכרעת מצד אותו מתחרה על השוק הרלוונטי. לדעתנו, המונח "השפעה מכרעת" הוא עמום ועלול להביא לחוסר ודאות משפטית, ולא זו בלבד אלא שגם דרישה זו, שתהיה לו השפעה מכרעת, עלולה לאפשר התערבות רק בשלב מאוחר מדי, כאשר התחרות בשוק העיתונות כבר עלולה להיפגע יתר על המידה. במקרים כגון דא תידרש התערבות עוד לפני שמתחרה כלשהו הופך לבעל השפעה מכרעת על השוק, כדי לצמצם מבעוד מועד את הסיכון להפחתה בתחרות בשוק.⁶² יתר על כן, הגורם המוסמך כיום בחוק להוריד את רף המונופול הוא השר, דהיינו אישיות פוליטית. החשש לשביית הרגולטור במקרה זה הוא ברור: כפי שצינו, בשוק עיתונות ריכוזי הכוח הפוליטי של בעלי העיתון עלול להניא שר מהחלטה כאמור, אף אם לגופו של עניין היא

המחברים טוענים כי יש להחיל את דיני ההגבלים העסקיים גם על גופים פילנתרופיים המציעים את מוצריהם חינם, ואף אם אין בכוונתם לפגוע בתחרות בפועל. כאמור, טיעון זה צריך לחול אף על חברת ישראל היום.

58 Stucke and Grunes, לעיל ה"ש 16, בעמ' 284. המחברים טוענים כי התערבות רשות ההגבלים העסקיים לאחר שכבר חוסלה התחרות בשוק העיתונות, בהטלת הגבלות על בעל המונופולין, היא צעד מאוחר מדי. לדעתם יש להתערב עוד בשלב מוקדם יותר כדי להגן על שוק הרעיונות, ולא להמתין עד אשר יהפוך העיתון לבעל מונופול.

59 Sherman Act, לעיל ה"ש 14, בסעי' 2. ראו גם Milton Handler and Richard M. Steuer, *Attempts to Monopolize and No-Fault Monopolization*, U. PA. L. REV. 125 (1980); *Lorain Journal Co. v. United States*, 342 U.S. 143 (1951).

60 ודוק, בתזכיר חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' -) (הכרזה בדבר מונופולין על-פי כוח שוק), התשע"ה-2015, ביקש המחוקק לעגן הסדר אשר יאפשר את החלת דיני ההגבלים העסקיים גם על גורמים אשר אינם אווזים בנתח של יותר מ-50% מהשוק, אך יש בידם כוח שוק, על יסוד ההכרה בכך שבהחלט ייתכן מצב שבו אדם יהנה מכוח שוק, ויפגע בתחרות ובציבור, אף אם יש בידו נתחי שוק קטנים יותר. עם זאת, עתידו של תזכיר חוק זה נותר לוט בערפל ועוד לא ברור אם יבשיל בסופו של דבר לכדי דבר חקיקה ממשי.

61 יצוין כי הונחה לא מכבר על שולחן הכנסת הצעת חוק לקידום ולהגנת העיתונות הכתובה בישראל, התשע"ד-2014, פ/2464/19. הצעת חוק זו מכירה בסיכון הנשקף מעיתון חינמי לקריסת העיתונות המודפסת בתשלום, ולפיכך הצעה זו מבקשת למנוע מניה וביה חלוקת עיתונים חינם. ייתכן שהצעה זו רחבה יתר על המידה, ולכן הראוי שהממונה הוא שיפקח לפי דיני ההגבלים העסקיים על העניין, שכן הוא יכול לתת הוראות כאשר צפויה פגיעה ממשית בתחרות. לביקורת על הצעת החוק הני"ל ראו, "הפעלת חוק ההגבלים העסקיים על תמחור חינמי של עיתונים" (חוות דעת של דרור שטרוב, הממונה על הגבלים עסקיים לשעבר 11.5.2014) <http://www.the7eye.org.il/wp-content/uploads/2014/11/20141120090314233.pdf&hl=iw>.

62 בעניין זה ראו, למשל, את הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון - בעל השפעה מהותית והוראות שונות), התשע"ד-2014, פ/2097/19. מנסחי הצעת החוק ביקשו להוסיף סעיף ספציפי אשר יאפשר לממונה להחיל את דיני ההגבלים העסקיים על מתחרה שמרכז בידו נתח של פחות מ-50% מהשוק הרלוונטי והוא בעל השפעה מהותית על אותו שוק. בדברי ההסבר נאמר כי התנאי של "השפעה מהותית הינו רף נמוך יותר מהשפעה מכרעת". לדעתנו, הצעה זו היא צעד בכיוון הנכון, הואיל ובשוק העיתונות מן הראוי להחיל הגבלות על מי שיש לו השפעה מהותית על השוק, ולא להמתין עד שתהיה לו השפעה מכרעת, שעלולה כבר להיחשב לשלב שבו התחרות כמעט חוסלה כליל. אין חולק כי ל"ישראל היום" יש השפעה מהותית על השוק, וראיה לכך היא גידול בנתח השוק שלו על חשבון המתחרים האחרים. על כן כבר בשלב זה יש להחיל על העיתון הגבלות אשר ימנעו השפעה מכרעת ויצירת מונופולין בשוק, אשר בתורו ישפיע על שוק הדעות באופן בלתי דמוקרטי.

ליאור פרנק ובוועז גדות, "עיתונים בתחרות בעקבות אישור המיזוג בין 'מקור ראשון' לישראל היום' על ידי הממונה על הגבלים עסקיים", **הארץ דין** ט(2) 143 (תשע"ד)

מתבקשת. לפיכך אנו סבורים שיש לאמץ בחקיקה את האפשרות להחיל את דיני ההגבלים העסקיים על מתחרים המחזיקים בנתח שוק קטן מ-50% בדומה להסדרים הקיימים לעניין זה במדינות הים כמפורט לעיל. אנו סבורים כי צעד זה יהא חיוני בעיקר לשוק העיתונות שלאחר המיזוג האמור.

3. הוספת פרק מיוחד לחוק ההגבלים העסקיים אשר יגן על התחרות בשוק העיתונות

אפשרות נוספת שעשויה לסייע לצמצום הפגיעה בתחרות בשוק העיתונות, היא הוספת פרק מיוחד וספציפי אשר יגן על התחרות בשוק זה, תוך מתן הכרה לערכים הגלומים בו. הסדר דומה ניתן למצוא בארה"ב ב־Newspaper Preservation Act⁶³. מדובר אפוא בהסדר ספציפי אשר בסעיף המטרות שלו נקבע⁶⁴ כי מטרתו העיקרית היא לשמר את התחרות בשוק העיתונות מתוך הכרה באינטרס הציבורי שזו תישמר מכל משמר. חוק זה אף מאפשר מתן הקלות בדרישות חוק ההגבלים העסקיים במקרה של מיזוג בין עיתונים, כאשר אחד מן העיתונים המבקשים להתמזג נתון בקשיים כלכליים ונמצא על סף קריסה (בדומה למה שקרה בפועל לעיתון "מקור ראשון"). יחד עם זאת, מודגש בבירור בסעיף כי לאחר אישור המיזוג בין העיתונים, חל עליהם איסור מוחלט לנקוט פרקטיקות אנטי-תחרותיות כגון תמחור טורפני⁶⁵. יצוין שהחוק אינו קובע רף מסוים בנוגע לנתח השוק הנדרש, אלא קובע איסור כללי לנקוט פרקטיקות אנטי-תחרותיות כאמור.

לו חוק כזה היה מאומץ במסגרת דיני ההגבלים העסקיים הישראלים, ייתכן שהיה ביכולתו של הממונה לאסור, למשל, את המשך חלוקת העיתון "ישראל היום" (ו/או "מקור ראשון") חינוס ללא קשר לנתח השוק אשר בידי בעל השליטה. כאמור, אימוץ הסדר דומה בדיני ההגבלים העסקיים יעגן למעשה את ההכרה במאפייניו הייחודיים של שוק העיתונות וחיוניותו לקידום ערכי הדמוקרטיה.

4. תיקון הפרק בחוק ההגבלים העסקיים העוסק בהסדרים כובלים

אפשרות נוספת אשר עשויה לדעתנו לסייע בעיקר לשמירה על עצמאות התוכן העיתונאי לאחר המיזוג, היא תיקון הפרק העוסק בהסדרים כובלים, שעיקרו נקבע בסעיף 2 של חוק ההגבלים העסקיים, האוסר על מתחרים לעשות ביניהם הסדר כובל אשר עלול לפגוע בתחרות, ואף קובע חזקות חלוטות בנוגע למה שייחשב להסדר כובל⁶⁶.

גם בחלק זה ראוי לדעתנו להוסיף הסדר שידגיש את חשיבות שוק העיתונות לצורך קידום ערכי הדמוקרטיה ויגן עליו במיוחד. כך, למשל, ניתן להוסיף הוראה ספציפית שלפיה תיאום בנוגע לתוכן אשר יכלול בעיתונים ייחשב להסדר כובל, גם אם מדובר בתיאום בין שני עיתונים הנמצאים בשליטתו של אותו בעל שליטה. הסדר כגון דא יסייע לדעתנו לשמר את ההפרדה המבנית הבלתי תלויה בין העיתונים ולמנוע לאחר מיזוג השפעה על תוכניהם. לו הייתה בחוק הוראה כזאת, "ישראל היום" ו"מקור ראשון" היו נאלצים להמשיך לפעול באופן עצמאי ולספק מגוון רעיונות ודעות⁶⁷, וכל תיאום בין העיתונים בנוגע לתוכן היה בא בגדר להסדר כובל הכפוף לסנקציות הקבועות בחוק.

63 The Newspaper Preservation Act of 1970, 15 U.S.C §§ 1801-1804

64 שם, בס' 1801.

65 שם, בס' 1802.

66 הסעיף מורה כי ייחשבו להסדר כובל בין היתר הסכמים בנוגע לכבילת המחיר שיידרש מהצרכן, כבילת כמות המוצרים המסופקים, איכותם או סוגם וחלוקה גיאוגרפית של השוק בין מתחרים.

67 כך, למשל, אם התכנים בעיתון "מקור ראשון" ישונו באופן המתחיל להידמות לתכנים של "ישראל היום", דבר זה יכול להוות אינדיקציה לכך שעשה תיאום בנוגע לתוכני העיתונים, ולפיכך יש לאסור זאת.

ליאור פרנק ובעז גדות, "עיתונים בתחרות בעקבות אישור המיזוג בין 'מקור ראשון' לישראל היום' על ידי הממונה על הגבלים עסקיים", **הארץ דין** ט(2) 143 (תשע"ד)

5. תיקון סמכות בית הדין להגבלים עסקיים להפריד חברות שמוזגו

סעיף 25 של חוק ההגבלים העסקיים מקנה לבית הדין, על פי פנייה של הממונה, סמכות להורות על הפרדת חברות שמוזגו. ברם, תנאי סף להחלת הסעיף האמור, הוא כי המיזוג עצמו נעשה תוך הפרת הוראות חוק ההגבלים העסקיים.⁶⁸ כעיקרון, סעיף זה מאפשר לבית הדין, במקרה קיצוני ביותר, להורות על הפרדת עיתונים שמוזגו, מקום בו קיים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות או לפגיעה בציבור כתוצאה מהמיזוג. כלומר הסמכות להורות על הפרדה אף היא דרך (אמנם קיצונית) להתמודד עם פגיעה אפשרית בערכי הדמוקרטיה ובמגוון הרעיונות והדעות בגלל מיזוגים בשוק העיתונות. אולם הואיל והמיזוג בין "ישראל היום" ל"מקור ראשון" נעשה כדן, ושלא תוך הפרת הוראות חוק ההגבלים העסקיים, אי-אפשר להחיל את סמכות ההפרדה על מקרה זה, ועל מיזוגים דומים אשר נעשו כדן, אף שהם מעוררי חששות תחרותיים⁶⁹. לפיכך ניתן להציע תיקון לסעיף זה ולפיו הסמכות להורות על הפרדה תהא נתונה לבית הדין אף במקרים של מיזוגים שנעשו כדן, אך בכל זאת מעוררים חשש לפגיעה בתחרות בשוק העיתונות. לפי סעיף 25(ב) של חוק ההגבלים העסקיים, שלל אפשרויות נתונות לבית הדין בכל הנוגע לקביעת הדרך להפרדת המיזוג והאופן שבו יפעלו החברות לאחר ההפרדה.⁷⁰ כאמור, שימוש בסמכות זו ייעשה במשורה, וכמוצא אחרון, לשם מניעת פגיעה בתחרות, ורק כאשר יתר האפשרויות אינן מעניקות מענה מיטבי.

ו. סיכום

בהארה זו ביקשנו לבחון מנקודת מבט ביקורתית את החלטתו של הממונה לאשר את המיזוג בין העיתונים "ישראל היום" ו"מקור ראשון", מבלי שהתנה את המיזוג בתנאים אשר ירסנו את החשש שתיפגע התחרות. כפי שהובהר לאורכה של הארה זו, שוק העיתונות הכתובה הוא שוק ייחודי שאחד מתפקידיו הוא לקדם ערכים דמוקרטיים חיוניים, ותחרות בו הכרחית לכך. כאמור, הממונה לא שקל כראוי את השיקולים הללו באשרו את המיזוג, וטיפול בסוגיה כמו בבקשת מיזוג בכל שוק אחר, תוך אימוץ התפיסה המסורתית שלפיה דיני ההגבלים העסקיים אמורים להבטיח את המחיר הטוב ביותר לצרכן. משאור המיזוג ללא תנאים מגבילים, התעצם החשש שתיפגע התחרות ויצומצם מגוון הדעות בשוק העיתונות, בייחוד בשים לב להיותו של "ישראל היום" עיתון חינוכי. לפיכך הצענו לאמץ הסדרים ספציפיים אשר יסייעו לצמצם את הסיכון האמור. ניתן אפוא לסכם ולומר כי המיזוג שבענייננו תם, אך הדיון בחשש לפגיעה בשוק העיתונות כתוצאה מאישורו ללא קביעת תנאים מגבילים, רחוק מנשלם.

68 הי"ע (י-ם) 704/07 **הממונה על ההגבלים העסקיים נ' פרינר (הדס 1987) בע"מ** (פורסם בנבו, 19.6.2008). פסק הדין קובע במפורש כי תנאי הכרחי לשימוש בסעיף הוא שהמיזוג נעשה שלא לפי הוראות החוק.

69 בהקשר זה ראוי לציין כי ס' 31 לחוק ההגבלים העסקיים מקנה סמכות לבית הדין להורות על הפרדת מונופולין לכמה תאגידים אם יש חשש שתיפגע התחרות. אולם מאחר שהעיתונים שנדונו בהארה זו אינם מהווים מונופול לאחר המיזוג, כהגדרתו בחוק, אי-אפשר להחיל עליהם אפוא את הוראות סעיף זה.

70 ס' 25(ב) לחוק ההגבלים העסקיים קובע כי: "(ב) הפרדת החברות שמוזגו תהא בדרך של החזרת המצב לקדמותו או בדרך של העברת חלק מהמניות לגוף, לפי בחירתן, שאינו קשור להן, או הקמת חברה נוספת אליה יועברו חלק מנכסי החברות או בכל דרך אחרת שתיראה לבית הדין". במקרה של המיזוג שנדון בהארה זו, לא יהא מעשי להורות על החזרת המצב לקדמותו, מאחר שעובר למיזוג, "מקור ראשון" היה במצב של חדלות פירעון כאמור בתחילתה של רשימה זו. אולם בית הדין יכול להורות, למשל, על הפרדה אחרת אשר תבטיח את עצמאות העיתונים ומניעת פגיעה פוטנציאלית עתידית בציבור הקוראים.