

ריכוזיות בשוק התוכן העיתונאי חדשותי

"שוק התוכן העיתונאי-חדשותי" הוא מונח הכולל את העיסוק בחדשות, באקטואליה ובעניינים שעל סדר היום החברתי והפוליטי בכל אמצעי התקשורת - עיתונות מודפסת, משודרת או מקוונת. זהו שוק מיוחד בשל הבעיות הכלכליות שמאפיינות מסחר במידע ובידיעות וגם בשל התפקיד הקריטי שתוכן עיתונאי-חדשותי ממלא בהבטחת התפקוד התקין של ההליך הדמוקרטי.

אסף וינר | תהילה שוורץ אלטשולר

מחקר
מדיניות
138





המכון הישראלי
לדמוקרטיה

ריכוזיות בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי

מחקר מדיניות 138

אסף וינר | תהילה שוורץ אלטשולר

ינואר 2020

Concentration of Ownership in the News Content Market

Asaf Wiener | Tehilla Shwartz Altshuler

עריכת הטקסט: לידר ארצי, תמר שקד
עיצוב הסדרה והעטיפה: סטודיו תמר ברדיין
ביצוע גרפי: אירית נחום
הדפסה: גרפוס פרינט, ירושלים

מסת"ב: 7-282-519-965-978

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), 2020

נדפס בישראל, תש"ף/2020

המכון הישראלי לדמוקרטיה

רח' פינסקר 4, ת"ד 4702, ירושלים 9104602

טל': 02-5300888

אתר האינטרנט: www.idi.org.il

להזמנת ספרים:

החנות המקוונת: www.idi.org.il/books

דוא"ל: orders@idi.org.il

טל': 02-5300800 ; פקס: 02-5300867

כל פרסומי המכון ניתנים להורדה חינם, במלואם או בחלקם, מאתר האינטרנט.

המכון הישראלי לדמוקרטיה

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי א־מפלגתי, מחקרי ויישומי, הפועל בזירה הציבורית הישראלית בתחומי הממשל, הכלכלה והחברה. יעדיו הם חיזוק התשתית הערכית והמוסדית של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שיפור התפקוד של מבני הממשל והמשק, גיבוש דרכים להתמודדות עם אתגרי הביטחון מתוך שמירה על הערכים הדמוקרטיים וטיפוח שותפות ומכנה משותף אזרחי בחברה הישראלית רבת הפנים.

לצורך מימוש יעדים אלו חוקרי המכון שוקדים על מחקרים המניחים תשתית רעיונית ומעשית לדמוקרטיה הישראלית. בעקבותיהם מגובשות המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של תרבות דמוקרטית נכונה לחברה הישראלית ולמגוון הזהויות שבה. המכון שם לו למטרה לקדם בישראל שיח ציבורי מבוסס ידע בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות ולשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולציבור הרחב.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

תוכן העניינים

7	תקציר
11	מבוא
15	פרק 1. מדוע נדרשת רגולציה מבנית ייחודית לטיפול בריכוזיות בענף התוכן העיתונאי-חדשותי: טעמים כלכליים
15	1.א כשלי השוק הייחודיים למסחר במידע: אי-התאמה להנחות המוצא של שווקים "רגילים"
22	1.ב הייחודיות של תוכן עיתונאי-חדשותי כמוצר צריכה: השפעותיו על כלל החברה (החצנות)
31	פרק 2. מדוע נדרשת רגולציה מבנית ייחודית לטיפול בריכוזיות של ענף התוכן העיתונאי-חדשותי: טעמים דמוקרטיים וצדק חלוקתי
35	פרק 3. אפיון טיבה של הריכוזיות בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי בישראל
36	3.א מיפוי השליטה והריכוזיות בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי ובתשתיות הפצתו
42	3.ב זיקות מבניות ושיתופי פעולה בין גופים העוסקים בהפקה ובהפצה של תוכן חדשותי-עיתונאי
47	פרק 4. המכשירים הקיימים בישראל לטיפול בריכוזיות ובנזקה בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי
47	4.א אסדרה ייעודית תלוית מדיום
54	4.ב דיני תחרות והגבלים עסקיים
60	פרק 5. מגבלות דיני התחרות הקיימים בהתמודדות עם בעיית הריכוזיות בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי
62	5.א החלטות שאינן מביאות בחשבון מאפיינים חוץ-תחרותיים
78	5.ב החלטות חריגות המביאות בחשבון מאפיינים חוץ-תחרותיים
89	5.ג אפיון והערכה של החלטות הממונה בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי

94	פרק 6. משפט משווה: אסדרה מבנית ייעודית לשוק העיתונות
	א.4 הסדרים ייחודיים של דיני ההגבלים הבריטיים לטיפול בתעשיית התוכן
96	העיתונאי־חדשותי
	ב.6 החוק והרשויות בפעולה: בחינת הבדיקה המיוחדת של מיזוגים בתחום
100	התקשורת והעיתונות בבריטניה
116	ג.6 אימוץ עקרונות ושיטות ניתוח מהזירה הבריטית – המלצות
	פרק 7. דרכי התמודדות במסגרת המשפט המצוי בישראל: עקרונות
119	ושיקולים להפעלת ניתוח התחרות בתחום התוכן העיתונאי־חדשותי
119	א.7 נקודת מוצא פרשנית להפעלת חוק ההגבלים העסקיים הקיים
	ב.7 פרשנות המונח "פגיעה בתחרות" במסגרת חוק ההגבלים העסקיים
121	הקיים
124	ג.7 מדיניות אכיפה
	ד.7 מה צריך לבחון? שיקולים ייחודיים לבחינת השפעותיה של ריכוזיות
125	בשוק התוכן העיתונאי־חדשותי
	ה.7 איך צריך לבחון? מתודולוגיה וכלי עבודה להערכת הריכוזיות וסכנותיה
137	בתחום התוכן העיתונאי־חדשותי
	פרק 8. פיתוח הדין והחקיקה בישראל להתמודדות עם ריכוזיות בשוק
150	התוכן העיתונאי־חדשותי
151	א.8 ההגדרות בחוק
153	ב.8 עיגון של שיקולי המדיניות בחקיקה
162	ג.8 הסתייגויות ומענה להן
165	פרק 9. סיכום
iii	Abstract

ת ק צ י ר

מחקר זה עוסק בתהליכי הריכוזיות בענף התוכן העיתונאי־חדשותי ובהתמודדות איתם באמצעות דיני ההגבלים העסקיים. בהגדרת "ענף התוכן העיתונאי־חדשותי" המשמשת במחקר נכללים כלל אמצעי התקשורת, דהיינו עיתונות מודפסת, משודרת ומקוונת. בחרנו בהגדרה זו משום שעידן ההתלכדות (convergence) בשוק התקשורת מאפשר ליצרני תוכן להפיץ אותו במגוון אמצעים טכנולוגיים, וחשיבותו של סוג המדיום נעשית משנית לעומת חשיבותו של מקור התוכן החדשותי. זאת ועוד, כאשר אמצעי תקשורת מסוגים שונים נמצאים בבעלות זהה או קשורה הם חשופים למערך זהה של לחצים, ואלו עשויים להשפיע על איכות התוכן שכל האמצעים האלה מספקים לציבור, בלי קשר לסוג המדיום.

שינויים מבניים משמעותיים התרחשו ומתרחשים בענף התוכן העיתונאי־חדשותי בישראל בשני העשורים האחרונים. שחקנים דומיננטיים נטשו את הפעילות בענף, שחקנים "מסורתיים" מעטים הצטרפו אליו, מיזוגים מלאים וחלקיים נערכו, שיתופי פעולה קמו ונפלו, אתרי אינטרנט ממוסדים ולא־ממוסדים הוקמו, וכך גם רשתות חברתיות ורשתות למסרים מידיים להפצת תוכן חדשותי; גודלם היחסי של נתחי השוק שבהם החזיקו השחקנים השונים, וכך גם המודלים העסקיים שלהם, השתנה במידה ניכרת.

לנוכח השינויים הכלכליים והטכנולוגיים האלה יש צורך לבחון את מידת התאמתם של ההסדרים המשפטיים והרגולטוריים הקיימים הנוגעים הן לאופיו

המיוחד של הענף ולחשיבותו לדמוקרטיה והן למודלים הכלכליים ולהגנה על צרכני המוצרים העיתונאיים־חדשותיים.

תחילה מוצגת במחקר זה הייחודיות של ענף התוכן העיתונאי־חדשותי, הנובעת בין השאר מהבעיות הכלכליות הכרוכות במסחר במידע, מההחצנות החיוביות והשליליות הייחודיות של תוכן עיתונאי־חדשותי, וכמובן, התפקיד הקריטי שממלא תוכן עיתונאי־חדשותי בהבטחת תפקודו של הליך דמוקרטי תקין.

הואיל וההתמקדות של המחקר היא בענף התוכן העיתונאי־חדשותי בישראל, בהמשך מוצגים המאפיינים של תהליכי הריכוזיות בענף וממופים בעלי השליטה והזיקות המבניות בין הגופים המסחריים המרכיבים את שרשרת ההפקה וההפצה של התוכן העיתונאי־חדשותי.

ליבת המחקר עוסקת בבדיקת הכלים המשפטיים והרגולטוריים הקיימים לטיפול בריכוזיות בתחום התקשורת, ובעיקר בחלוקת העבודה השוררת בין רגולציה ייעודית של אמצעי התקשורת המשודרים ובין דיני ההגבלים העסקיים. עיקר ההתמקדות הוא במגבלותיהם של דיני ההגבלים העסקיים הקיימים בבואם לזהות את הבעיות הייחודיות של ריכוזיות בתחום התוכן העיתונאי־חדשותי ולהתמודד עימן. לשם כך נערך ניתוח של החלטות הממונים מהשנים האחרונות וכן נבחנים פתרונות שהוצעו במדינות אחרות, בעיקר בדיני ההגבלים העסקיים הבריטיים.

המחקר מלמד כי בדיני ההגבלים העסקיים הנוהגים בישראל, בניגוד למדינות מערביות רבות, אין הוראות ייחודיות לטיפול בתחום התקשורת או בספקי תוכן עיתונאי־חדשותי. דיני ההגבלים העסקיים הכלליים, בתורם, אינם רגישים מספיק למאפיינים הייחודיים של ריכוזיות בשוק התוכן העיתונאי־חדשותי. הם מתמקדים באמות המידה המסורתיות של מחיר ושל כמות, אך אינם נוגעים בפגיעה באיכות המוצרים בהקשר הדמוקרטי של שוק הרעיונות והדעות ואינם מביאים בחשבון שמתחרים בשוק זה מזנעים לא רק מהשאיפה למקסם רווחים אלא גם מהשאיפה לצבור כוח השפעה על השיח הציבורי.

לכן, המחקר מציע דרכי התמודדות עם מגבלות הדין והמדיניות בישראל באמצעות פרשנות חלופית של החקיקה הקיימת והצעה למתווה של שיקולים שרשות התחרות (לשעבר רשות ההגבלים העסקיים) מוסמכת ונדרשת לשקול

ושל שיטות ניתוח ומתודולוגיות שהיא יכולה להיעזר בהן; ובאמצעות הצעה לקביעת הסדרים ייחודיים לתחום העיתונות בחוק ההגבלים העסקיים.

אנו מציעים ליצור אמות מידה ייחודיות להפעלת דיני התחרות בענף התוכן העיתונאי־חדשותי, ובראשן זניחת הגישה המסורתית הגורסת כי העיתונות המודפסת, המשודרת והמקוונת אינן פועלות באותו שוק. לתפיסתנו, הצרכן כיום אדיש למדיום שבאמצעותו הוא צורך את התוכן העיתונאי־חדשותי.

המחקר מוצא כי יש להגדיר את סמכות הממונה על התחרות לבחון את השפעותיהם של מיזוגים ושל הסדרים כובלים על מידת המגוון בשוק התוכן העיתונאי־חדשותי. מגוון הבעלויות בשוק זה חיוני לשמירה על תפקודה התקין של התקשורת בחברה דמוקרטית. יתרה מזו, כאשר מדובר בעיתונות המודפסת או המקוונת, דיני ההגבלים העסקיים הם הגורם המפקח היחיד שביכולתו להבטיח את איכות התוכן העיתונאי־חדשותי. מאחר שחוק ההגבלים העסקיים בישראל אינו מגביל את שיקול דעתן של רשויות האכיפה לשיקולי תחרות כלכליים בלבד, אלא מתייחס גם להיבט של איכות המוצר והשירות ולהיבט של טובת הציבור, על דיני ההגבלים העסקיים לבחון את פגיעותיה של הריכוזיות באיכות התוצרים ובטובת הציבור ולהבטיח את יכולתו של שוק התוכן העיתונאי־חדשותי לקיים ביקורת פנימית על המהימנות ועל הדיוק של תוצריו.

לתפיסתנו, חוסר הנכונות של רשות התחרות והממונים עליה לבחון את השפעתם של מיזוגים או הסדרים כובלים בשוק התוכן העיתונאי־חדשותי על האינטרסים החברתיים הייחודיים לו מבוססת בעיקרה על הטענה שמדובר בשיקולים אמורפיים או ערכיים מכדי להיכלל בניתוח התחרות. אנו מציעים אפוא מתודולוגיות למדידה ולהערכה של מידת המגוון בשוקי תוכן עיתונאי־חדשותי, ולהערכה של מידת השליטה של גורמים פרטיים על אמצעי התקשורת שברשותם ומידת ההשפעה של אמצעי תקשורת שונים על דעת הקהל. כלים אלו רלוונטיים הן לשלב הגדרת השווקים (שכן הם מאפשרים לבחון את כוחם היחסי של ספקי תוכן עיתונאי־חדשותי הפועלים בטכנולוגיות הפצה שונות), והן לשלב בחינת ההסתברות לפגיעה בציבור בעקבות עסקת מיזוג או הסדר כובל. בבריטניה, רגולטור התקשורת ורשות התחרות אימצו תובנה דומה, והיא ניתנת ליישום מיידי גם על ידי רשות התחרות בישראל.

מבוא

השאלה העומדת ביסוד מחקר זה היא כיצד יכולים דיני ההגבלים העסקיים להתמודד עם תהליכים של ריכוזיות בענף התוכן העיתונאי־חדשותי ועם השלכותיהם על רווחתם של צרכנים ואזרחים. המחקר מסרטט את מאפייניה של בעיית הריכוזיות בשוק התוכן העיתונאי־חדשותי ובוחן את הכלים הרגולטוריים והמשפטיים הקיימים לטיפול בה. תחילה אנו סוקרים את המצב הקיים ומתארים את הסכנות והנוזקים הנובעים ממנו ואחר כך מציעים כלים ופתרונות להתמודדות עימם באמצעות דיני התחרות.

הגדרת "ענף התוכן העיתונאי־חדשותי" כתחום העיסוק של מחקר זה נעשתה לצורך דיון בכלל אמצעי התקשורת, דהיינו עיתונות מודפסת, משודרת ומקוונת, להבדיל מגישתה של החקיקה ולשיטות הניתוח התחרותי הקיימות. לבחירה להתייחס למכלול התוכן העיתונאי־חדשותי על סוגיו, בלי קשר למדיום שבו הוא מועבר לציבור, שתי סיבות. ראשית, עידן ההתלכדות (convergence) בשוק התקשורת מאפשר ליצרני תוכן להפיצו באמצעות מגוון אמצעים טכנולוגיים, וחשיבותו של סוג המדיום נעשית משנית לעומת חשיבותו של מקור התוכן החדשותי.¹ שנית, תובנות מתחום הניתוח הכלכלי מלמדות שכאשר אמצעי

* פרופ' מיכל גל ועו"ד דרור שטרס קראו גרסאות של המחקר, והערותיהם הטובות סייעו לנו להתקדם – על כך נחונה להם תודתנו העמוקה. תודה לעו"ד צחי גולד על עזרה מחקרית בגרסה המוקדמת של המחקר; ולצוות ההוצאה לאור של המכון הישראלי לדמוקרטיה על הפקת הפרסום.

תקשורת שונים נמצאים בבעלות זהה או קשורה הם חשופים למערך זהה של לחצים, ואלו עשויים להשפיע על איכות התוכן שכל האמצעים האלה מספקים לציבור, בלי קשר לסוג המדיום.²

נוסף על אתגור גישתם של דיני ההגבלים העסקיים הישראליים, המבחינים בין אמצעי תקשורת מודפסים, משודרים ומקוונים, מחקר זה מבקש לספק תשתית להתמודדות עם שינויים מבניים שהתרחשו ומתרחשים בענף התוכן העיתונאי בישראל בשני העשורים האחרונים. שחקנים דומיננטיים נטשו את הפעילות בענף (למשל עיתון מעריב), שחקנים "מסורתיים" מעטים הצטרפו אליו (ובראשם שלדון אדלסון, המפעיל עיתון יומי, עיתון שבועי ואתרי חדשות מקוונים), אתרי אינטרנט ממוסדים ולא-ממוסדים הוקמו,³ מיזוגים מלאים וחלקיים נערכו, עיתונים עברו מיד ליד, שיתופי פעולה קמו ונפלו, וגודלם היחסי של נתחי השוק שהשחקנים השונים מחזיקים בהם השתנה במידה ניכרת.

שינויים אלו קשורים לתהליכים רחבים הנוגעים לענף התוכן העיתונאי כולו, כמו שקיעתה של העיתונות המפלגתית,⁴ עליית עיתוני החינם, התבססותה של הטלוויזיה הרב-ערוצית ושינויים במניעיהם של בעלי השליטה באמצעי תקשורת. חשובה אף יותר מאלו היא התבססות רשת האינטרנט כזירה הדומיננטית שבה מסופק לציבור מידע חדשותי ובה מעוצב השיח הציבורי, באמצעות אתרי חדשות ממוסדים עצמאיים, אתרים שהם תמונת ראי למדיום קיים, הבלוגוספרה

EDWIN C. BAKER, MEDIA CONCENTRATION AND DEMOCRACY: WHY OWNERSHIP MATTERS 2 (2006)

3 אחדים מהאתרים האלה הם News1 מחלקה ראשונה (חדשות בשפה העברית, החל לפעול ב-2000); פאנט (חדשות בשפה הערבית, החל לפעול ב-2002); NewsRu.co.il (חדשות בשפה הרוסית, החל לפעול ב-2002); בחדרי חרדים (חדשות לקהל החרדי, החל לפעול ב-2002); כיכר השבת (חדשות לקהל החרדי, החל לפעול ב-2009); סרוגים (חדשות לקהל הדתי-לאומי, מקבוצת כיכר השבת, החל לפעול ב-2010); חדשות 0404 (חדשות בשפה העברית, החל לפעול ב-2012); המקום הכי חם בגיהנום (אתר חדשות ותחקירים לא-מסחרי, החל לפעול ב-2013); וואלה! News (החל לפעול כאתר חדשות עצמאי, נפרד מפורטל וואלה, ב-2015).

4 יחיאל לימור "כרוניקה של מוות ידוע מראש: גורלם של עיתונים יומיים בישראל" קשר 41, 25 (1999).

לענפייה, הרשתות החברתיות ויישומי מטרים מידיים להפצת תוכן עיתונאי־חדשותי.⁵

לנוכח שינויים כלכליים וטכנולוגיים אלו, יש לבחון את מידת התאמתם של ההסדרים המשפטיים והרגולטוריים הקיימים לאתגרים הנוגעים לדמוקרטיה ולצרכנות שעמים מתמודד שוק התוכן העיתונאי־חדשותי העכשווי. למעשה, אחדים מהשינויים הללו היו נתונים על פי חוק לפיקוחו של הממונה על ההגבלים העסקיים, משום שהיה בהם חשש לפגיעה בתחרות, ולעיתים הם אף נידונו בבית הדין להגבלים עסקיים.⁶ זאת ועוד, גם סוגיות עכשוויות של אסדרת תקשורת בכלל ותוכן עיתונאי־חדשותי בפרט, כגון התחרות בין חברות החדשות של ערוצים 12 ו־13 או אסדרת ספקי הטלוויזיה המקוונים, מחייבות בחינה מורכבת של תחום דיני התחרות והפחתת הריכוזיות. מעט מאוד ידוע על מנגנוני האסדרה המבנית של תוכן עיתונאי־חדשותי,⁷ ובמחקר זה נבקש לעמוד על הבעיות באסדרה הקיימת ולהציע דרכים להתמודד איתן.

בפרק 1 נציג את הסיבות שבגינן נדרשת רגולציה מבנית ייחודית בתחום התוכן העיתונאי־חדשותי ונתמקד בבעיות הכלכליות הכרוכות במסחר במידע ובהחצנות (externalities) החיוביות והשליליות הייחודיות של תוכן עיתונאי־חדשותי. פרק 2 ישלים את התמונה באשר לסיבות שמחייבות אסדרה מבנית

5 היישומון הפופולרי שבהם הוא טלגרם, המונה למעלה ממיליון משתמשים בישראל, וגופי חדשות ואקטואליה, ממוסדים ושאינם ממוסדים, מפיצים באמצעותו ידיעות להמונים. ראו אמיתי זיו "לא רק סמים, סקס ופוליטיקאים: טלגרם הגיעה למיליון משתמשים בישראל" *TheMarker* 15.3.2018.

6 הדוגמאות הבולטות הן רכישת מעריב על ידי נוחי דנקנר, בעת שהיה בעל השליטה בחברת IDB; רכישת מקור ראשון על ידי שלדון אדלסון, בעליו של עיתון ישראל היום; ומיזוגן של חברת תשתית התקשורת בזק עם ספקית הטלוויזיה הרב־ערוצית yes.

7 בתאוריה ובדוקטרינה של דיני ההגבלים העסקיים אלו מאופיינים בדרך כלל כמובגלים לטיפול בפגיעה תחרותית במובנה הצר, קרי פגיעה במחירים לצרכן. ואולם יש הקוראים לפתח שיטות ניתוח לבחינת ההשפעה של מיזוגים או הסדרים כובלים בשוק התוכן העיתונאי־חדשותי על הדיוק ועל המגוון של תוצריו. ראו Francesco Sobbrío, *The Political Economy of News Media: Theory, Evidence And Open Issues*, in *A HANDBOOK OF ALTERNATIVE THEORIES OF PUBLIC ECONOMICS* 311 (Francesco Forte, Ram Mudambi, & Pietro Maria Navarra eds., 2014)

ייחודית, אבל בהיבט אחר – התפקיד הקריטי שממלא תוכן עיתונאי-חדשותי בהבטחת תפקודה ושגשוגה של חברה דמוקרטית. בפרק 3 נאפיין את הריכוזיות בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי בישראל ונמפה את בעלי השליטה ואת הזיקות המבניות בין הגופים המסחריים המרכיבים את שרשרת ההפקה וההפצה של תוכן זה. בפרק 4 נפנה לבחון את הכלים המשפטיים והרגולטוריים הקיימים לטיפול בריכוזיות בתחום התקשורת ובעיתותיה, ובעיקר את חלוקת העבודה הנהוגה בין רגולציה ייעודית של אמצעי התקשורת המשודרים ובין דיני ההגבלים העסקיים. בפרק 5 ננתח את מגבלותיהם של דיני ההגבלים העסקיים הקיימים בבואם לזהות את הבעיות הייחודיות של ריכוזיות בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי ולהתמודד עימן. לשם כך ננתח החלטות של הממונה מהשנים האחרונות באשר לסוגיות של הסדרים כובלים, מונופול ופיקוח על מיזוגים ורכישות. לאחר שנעמוד על מגבלותיהם של הדינים העסקיים במשפט הישראלי, בפרק 6 נבחן פתרונות שהוצעו במדינות אחרות, ובעיקר את ההתאמות שאומצו בדיני ההגבלים העסקיים הבריטיים. התאמות אלו מקנות לרשויות התחרות את הסמכות לשקול שיקולים חוץ-תחרותיים כאשר הן בוחנות מיזוגים בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי, ובראשם שיקול ההשפעה על הפלורליזם והמגוון. נציג כיצד פעלו הכללים הבריטיים בעסקות מיזוג שהתקיימו בשוק התקשורת הבריטי בשנים האחרונות.

לאחר מכן נפנה להציע דרכי התמודדות עם מגבלות הדין והמדיניות בישראל: בפרק 7 נבחן את דרכי ההתמודדות האפשריות במסגרת פרשנות החקיקה. נתווה את השיקולים שרשות התחרות מוסמכת ונדרשת לשקול כאשר היא בוחנת את התחרות בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי ונציג את שיטות הניתוח והמתודולוגיות המאפשרות להעריך את כוחם היחסי של מתחרים בשוק זה. לסיום, בפרק 8 נבקש לספק מענה מקיף יותר לבעיית הריכוזיות בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי באמצעות פיתוח הדין וקביעת הסדרים ייחודיים לתחום העיתונות בחוק ההגבלים העסקיים.

מדוע נדרשת רגולציה מבנית ייחודית לטיפול בריכוזיות בענף התוכן העיתונאי-חדשותי: טעמים כלכליים

שווקים מסחריים ותחרות חופשית נתפסים לרוב כמנגנון הראוי והיעיל ביותר להכוונת ההפקה וההפצה של מוצרים ושירותים. עם זאת, יכולתו של השוק החופשי לפעול ביעילות ולהבטיח אינטרסים צרכניים תלויה בהתקיימותן של כמה הנחות מוצא בסיסיות: (1) לצרכנים יש יכולת להעריך את טיב המוצר, לפני או אחרי רכישתו, על פי העדפותיהם ורצונותיהם; (2) מוצרים נמכרים בשווקים תחרותיים ובמחיר הקרוב לעלות השולית; (3) הפקת המוצר והשימוש בו אינם משפיעים השפעה ניכרת על צד שלישי או על כלל החברה.

בשני חלקיו של פרק זה נתאר מדוע מאפייניהם הייחודיים של תוצרי מידע, ובפרט של תוכן עיתונאי-חדשותי, אינם תואמים את הנחות המוצא האלה. נראה כי השוק המסחרי מוגבל ביכולתו להבטיח אינטרסים צרכניים וכלל-חברתיים בתחום זה, ולכן, כפי נציע בדיון בהמשך, יש הכרח באסדרה מבנית ייחודית של שוק התוכן העיתונאי-חדשותי.

1.א

כשלי השוק הייחודיים למסחר במידע: אי-התאמה להנחות המוצא של שווקים "רגילים"

1.א.1. תנאי שוק דו-צדדי (two-sided market)

אמצעי תקשורת שפועלים במודל כלכלי שמבוסס על פרסומות, כגון עיתונים מודפסים, שידורי טלוויזיה או אתרי תוכן מקוונים, משרתים בפועל שני סוגים של לקוחות: צרכני התוכן והמפרסמים. לכן, תוצרי גוף התוכן נדרשים להיות אטרקטיביים לקהל הצרכנים, וקהל הצרכנים נדרש להיות אטרקטיבי למפרסמים.

בתנאי שוק דו־צדדי כזה, שבו פועלים מרבית גופי התוכן העיתונאי־חדשותי, יכולתו של שוק חופשי להשיא את רווחת הצרכנים מוגבלת, משום שהנחות המוצא הכלליות של מנגנון השוק אינן תואמות את תנאי השוק הדו־צדדי. למעשה, כל הפקה והפצה מסחריות של מידע במסגרת מודל כלכלי המבוסס על פרסומות אינן משום פעילות שוקית־מסחרית רגילה (שבעניינה מתקיימות הנחות המוצא בדבר יתרונם של שווקים חופשיים להשיא את הרווחה החברתית), אלא פעילות בתנאים של שוק דו־צדדי, ותנאים אלו מובילים לכך שהמוצרים מתעצבים לפי האינטרסים של המפרסמים ולא דווקא לפי האינטרסים של הצרכנים או כלל הציבור.⁸

לפעולה של ערוצי תוכן עיתונאי־חדשותי בתנאי שוק דו־צדדי יש שתי השלכות עיקריות: ראשית, הקהל נדרש להיחשף לפרסומות בשעה שהוא צורך את התוכן; שנית, למפרסמים יש השפעה על התוכן העיתונאי־חדשותי. הסיבה לכך היא שתנאים אלו מתמרצים את ערוצי התוכן לייצר תכנים שמוותאמים רק לקבוצות דמוגרפיות בעלות כוח קנייה, או תכנים בידוריים שאינם מעוררי מחלוקת או מעמיקים מדי.⁹ למעשה, זהו ההסבר הכלכלי לתפיסה הרווחת ששיקולים מסחריים מתמרצים את אמצעי התקשורת להציע תכנים שיש בעניינם הסכמה רחבה או שתואמים את התפיסות של האליטה הכלכלית, תופעה המוכרת גם כ"צנזורה כלכלית".¹⁰ כלומר, צנזורה הנוצרת מתנאי השוק הייחודיים שבהם

8 להרחבה על הניתוח הכלכלי ומערך התמרצים הייחודי של שווקים דו־צדדיים או פלטפורמות תוכן ראו למשל Jean-Charles Rochet & Jean Tirole, *Platform Competition in Two-sided Markets*, 1 (4) J. Eu. Eco. Ass. 990 (2003)

9 ראו Cass R. Sunstein, *Television and the Public Interest*, 88 CAL. L. REV. 499, 514 (2000)

10 המונח "צנזורה כלכלית" אינו מתאר פעולה שלטונית המגבילה או המצנזרת ביטוי, אלא משמש לזיהוי תנאי השוק המסחרי שבו פועלת המדיה כמובילים לאי־הגשמה של האינטרס הציבורי כשמדובר בחופש העריכה והיצירה, ולמעשה יוצרים צנזורה הפוגעת בחופש הביטוי. כלומר, המציאות הכלכלית שבה פועלים אמצעי תקשורת ההמונים יוצרת "צנזורה כלכלית" מצד בעלי השליטה, וזו מסוכנת לא פחות מצנזורה מדינית. להיאור מפורט של השפעת המבנה הכלכלי של שוק המדיה על היכולת להגשים את האינטרס הציבורי ראו Baker, *לעיל* ה"ש 2. על השפעתו בתחום העיתונות באופן ספציפי ראו למשל James Curran, *Capitalism and the Control of the Press 1800-1975*, in MASS COMMUNICATION AND SOCIETY 195 (James Curran, Michael Gurevitch,

הסחורה שהמדיה מוכרת למפרסמים היא עיני הצופים. יתר על כן, העובדה שמרבית ספקי התוכן העיתונאי-חדשותי פועלים בתנאי שוק דו-צדדי מאפשרת לבעלי הון פרטי להשפיע על אופן הסיקור ואופיו באמצעות "חרם מפרסמים", קרי פגיעה במקור המימון של אמצעי התקשורת אם יסקר באופן ביקורתי או שלילי את בעלי ההון האלה.¹¹

2.א.2. בעיית המידע החלקי ויכולת מוגבלת להעריך את איכות המוצר

תוכן עיתונאי-חדשותי מתאפיין בהיותו מוצר "אמון" או מוצר "התנסות",¹² כלומר מוצר שצרכן מצוי אינו יכול להעריך את איכותו טרם צריכת המידע ובדרך כלל אף לא זמן רב לאחריו.¹³ המחקר האמפירי מלמד כי צרכני תוכן ומידע אינם מסוגלים לעבד את שפע המידע שהם נחשפים אליו, ויכולתם להעריך את נכונות המידע, את איכותו ואת מהימנותו מוגבלת.¹⁴ ההסבר לתופעה זו הוא שבדיקה והערכה של המידע החדשותי שהצרכן נחשף אליו דורשות השקעת משאבים

1177 (eds. Janet Woollacott & Jan. & Woollacott eds., 1977). על עוצמתה של תופעה זו בכלכלה הריכוזית בזירה הישראלית ראו למשל יחיאל לימור והלל נוסק "הצנזורה של היד הנעלמה: צנזורה כלכלית" קשר 29, 98 (2001); משה נגבי חופש העיתונות בישראל (2005).

11 דוגמה לכך היא הירידה הדרמטית בהיקף הפרסום של חברות גדולות במשק הישראלי בעיתון הארץ לאחר שהעיתון החל לסקר באופן ביקורתי את התנהלות בעלי השליטה בהן. השאלה אם חרם מפרסמים כזה הוא חוקי טרם הוכרעה בדין הישראלי. ראו בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת, פסי' 24 לפסק דינו של השופט מלצר (2015) (טרם פורסם); ע"א 386/15 בן-מאיר נ' דנקנר (2015) (טרם פורסם).

12 להיאור מונחים אלו ראו Michael R. Darby & Edi Karni, *Competition and the Optimal Amount of Fraud*, 16 J. L. & Econ. 67, 68-69 (1973)

13 John H. McManus, *What Kind of Commodity is News?* 19 (6) COMMUNICATION RESEARCH 787 (1992); Maurice E. Stucke & Allen P. Grunes, *Toward a Better Competition Policy for the Media: The Challenge of Developing Antitrust Policies that Support the Media Sector's Unique Role in Our Democracy*, 42 Conn. L. Rev. 101, 117-119 (2009); Yoram Eshet-Alkali & Yair Amichai-Hamburger, *Experiments in Digital Literacy*, 7 CYBERPSYCHOLOGY AND BEHAVIOR 421 (2004)

14 Lyrissa Branett Lidsky, *Nobody's Fools: The Rational Audience as First Amendment Ideal*, U. Ill. L. Rev. 799 (2010)

שאינו לו, בעיקר זמן, היכרות עם התכנים וגישה אל מקורות מידע גולמיים. על כן צרכני התוכן העיתונאי-חדשותי נאלצים לתת את אמונם בערוץ התוכן,¹⁵ והטיות של התוכן, טעויות בו או צנזורה עצמית יכולות להתגלות רק לאחר זמן רב, או שלא להתגלות לעולם.

כשל זה מכונה בספרות "בעיית המידע החלקי", ותוצאותיו הן פגיעה בתמריץ של ספקי תוכן עיתונאי-חדשותי להפיק ולספק ידיעות אמינות ואיכותיות, משום שממילא הצרכן יתקשה להעריך את איכותו, והערוץ לא יגרוף את מלוא השקעתו בהן. כלומר, הימנעות מדיווח אמת או ויתור על תחקירים בשל רשלנות, חסכנות או זדון פוגעים באיכות מוצר התוכן העיתונאי-חדשותי, אך הצרכן לא בהכרח יהיה מודע לפגיעה זו באיכות והערוץ לא בהכרח יפסיד בגללה. יתר על כן, אספקת מידע חלקי או מוטה צפויה להקטין את עלויות הפקת התוכן העיתונאי-חדשותי ואף להפוך אותה לרווחית יותר עבור גופי התוכן, אם היא משרתת אינטרסים כלכליים-מסחריים אחרים של בעליהם.

המגבלות האלה של הצרכן בבואו להעריך את איכותם של מוצרי תוכן עיתונאי-חדשותי, והתמריצים הכלכליים לאספקת מידע מוטה או להימנעות מאספקת מידע, מלמדים כי המאפיינים הייחודיים של המסחר בתוכן עיתונאי-חדשותי אינם מקיימים את הנחת המוצא הכלכלית של הניתוח התחרותי הסטנדרטי, שלפיה הצרכן יכול להעריך את איכות המוצר בלי שידרש להשקעת משאבים חריגה.

1.3.1. בעיית הטריפליסט (תמריצי-חסר כלכליים לייצור מידע חדש)

מאפיין ייחודי נוסף של מסחר במידע הוא הפער העצום בין העלויות של יצירת המידע (עלויות יצירת "העותק הראשון") ובין העלות השולית של הפקה או

15 המוניטין של ספק תוכן עיתונאי-חדשותי משמש לצרכן אמת מידה להערכת האמינות של תכניו, בעיקר בעידן העיתונות המקוונת. על כך ראו למשל Rachael Craufurd, *Smith & Damian Tambini, Measuring Media Plurality in the United Kingdom: Policy Choices and Regulatory Challenges*, 4 (1) JOURNAL OF MEDIA LAW 35, 36-37 (2012); Miriam J. Metzger, Andrew J. Flanagin, & Ryan B. Medders, *Social and Heuristic Approaches to Credibility Evaluation Online*, 60 J. COMM. 413, 426 (2010)

הפצה של עותקים נוסף. דוגמה מסורתית לכך היא העיתונות המודפסת, שבה העלות השולית של הפקת מוצר (הדפסת גיליון נוסף) נמוכה בהרבה מעלות יצירתו של העותק הראשון, הכוללת את היצירה והעריכה של המידע. מאפיין זה אינו ייחודי לתחום העיתונות המודפסת. למעשה, בעידן הדיגיטלי, שבו העלות השולית של הפצת המידע אפסית, הפער בין עלויות יצירת המידע ובין העלות השולית של הפצתו גדול הרבה יותר.

מאפיינים ייחודיים אלו של מוצרי תוכן עיתונאי-חדשותי, שאינם תואמים את הנחות המוצא הקלסיות של שווקים חופשיים, שלפיהן מוצרים נמכרים במחיר הקרוב לעלותם השולית, מובילים לכשל שוק המכונה "בעיית הטרמפיסט"¹⁶. ערוץ תוכן שישקיע משאבים רבים באיסוף וביצירת מידע עיתונאי חדש עלול לגלות כי הציבור מעדיף לקרוא את המידע בערוץ תוכן מתחרה, שלא הפיק את החומר בעצמו אלא מחזר אותו, גם אם בשינויים קלים או מזווית אחרת, אך חסך בעלויות ההפקה ויכול למוכרו בזול. התופעה של גופי תוכן עיתונאי-חדשותי מקוונים או חינוניים שנוהגים להתבסס על העתקת חומרים ממקורות אחרים מכונה בספרות העכשווית "עיתונות טפילית" (parasitic journalism). המונח ממחיש את הסכנה הטמונה בתופעה – מניעת הכנסות מגוף התוכן שהשקיע משאבים ביצירת הדיווח המקורי.¹⁷

בעיית הטרמפיסט היא כשל ייחודי של שוק התוכן העיתונאי-חדשותי: מצב שבו יש תמריץ-חסר להפקת מידע חדש, ולצידם תמריצי-יתר להעתיק מידע קיים. התופעה כמובן מתעצמת בעידן הדיגיטלי, שבו שכפול המידע מהיר וזול מתמיד, ולכן ערוצי תוכן עלולים להשקיע פחות בחשיפות מקוריות ו"לרכוב" על חשיפות של אחרים. מכך נובעת פגיעה בתמריץ של כלל גופי התוכן לייצר מידע חדש, משום שהעתקתו על ידי אחרים פוגעת ביכולתו של יוצר המידע למוכרו במחיר שוק הולם. יתרה מזו, גם מי שאינו צרכן של ערוצי תוכן ממוסדים עשוי לקבל את

Hans Jarle Kind & Jarle Møen, *Effects of Taxes and Subsidies* 16
on Media Services, in THE HANDBOOK ON THE ECONOMICS OF THE MEDIA 350, 353
(Robert G. Piccard & Steven S. Wildman eds., 2015)

Philip M. Napoli, *What if More Speech is No Longer the Answer*, 70
FED. COMM. L.J. 55 (2018)

המידע, למשל דרך המדיה החברתית.¹⁸ בשביל מקבל המידע זוהי תופעה ברוכה (או "החצנה חיובית"),¹⁹ אך היא פוגעת בתגמוליו של הערוץ חושף המידע ואינה מספקת לו את התמריץ הדרוש להשקיע ביצירת תוכן או מידע מקורי. בתחומים אחרים בעיית התמריצים של הפקת מידע חדש או מקורי נפתרת באמצעות דיני הקניין הרוחני, המספקים ליצירה המקורית הגנה רחבה מפני שימוש של אחרים. אולם מאחר שחדשות או מידע בענייני היום אינם נחשבים לרוב כיצירה מוגנת, דיני הקניין הרוחני אינם מציעים מענה מספק לבעיית התמריצים של הפקת מידע עיתונאי-חדשותי חדש.²⁰ אומנם הם אוסרים על המתחרים להעתיק את הדיווח כלשוננו, אך הם יכולים לחזור על אותה ידיעה או גילוי בדיווח משלהם.

בעיית הטרמפיסט, ככשל אופייני של שוק התוכן העיתונאי-חדשותי, היא אפוא משום הצדקה לאסדרה מבנית ייחודית שלו. יתרה מזו, נובע ממנה כי ניתוח התחרות בענף צריך להכיר בכך שתחרות בין כמה ערוצי תוכן אינה מציעה מענה מספק לכשל, ואף עלולה להעצים אותו. לדוגמה, בהינתן כמה ערוצי תוכן קטנים לצד ערוץ תוכן דומיננטי, הערוץ הדומיננטי יכול לדחוק את השחקנים האחרים באמצעות הפצה שיטתית של המידע החדשותי שחשפו, ולמנוע מהם להגיע לצרכנים פוטנציאליים בהיקף הדרוש להמשך פעילותם. אומנם חשיפתו של מידע בעל חשיבות ציבורית לאזרחים רבים ככל האפשר מועילה לדמוקרטיה, אבל תופעה זו פוגעת בתמריץ ליצירת המידע מלכתחילה ומאפשרת דחיקה של מתחרים שאין להם "כיס עמוק".

Jane J. Gabszewicz, Joana Resende, & Nathalie Sonnac, *Media as Multi-Sided Platforms*, in THE HANDBOOK ON THE ECONOMICS OF THE MEDIA 3, 5 (Robert G. Piccard & Steven S. Wildman eds., 2015)

19 בניתוח הכלכלי, המונח "החצנה" (externality) מתייחס לערך (החיובי או השלילי) של פעילות מסחרית למי שאינו משתתף בעסקה. על ההחצנות החשובות האופייניות למוצרי תוכן עיתונאי-חדשותי ועל משמעותן לכלל החברה ראו להלן בסעיף 1.ב.

20 ראו סעיף 5 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007: "זכות יוצרים ביצירה [...] לא תחול על כל אחד מאלה, ואולם על דרך ביטויים תחול זכות היוצרים: [...] (4) עובדה או נתון; (5) חדשות היום".

4.א.1. יתרון לגודל והתמכרות מוגברת

הקושי לממן את העלויות הקבועות שבהפעלת ערוץ תוכן באמצעות ההכנסות השוטפות מביא לתופעה שנקראת "יתרונות לגודל" (economies of scale), שמשמעה היתרון המובנה שיש ליצרן גדול על פני יצרן קטן בסוגי מסחר מסוימים.²¹ תופעה זו מתקיימת בעיקר במקרים שבהם יש פער גדול בין עלויות הייצור הקבועות לעלויות השוטפות. תעשיית אספקת המידע, ובפרט התוכן העיתונאי־חדשותי, הם דוגמה מובהקת לכך.

היתרון התחרותי הנוסף לגודל בשוק התוכן העיתונאי־חדשותי הוא "אפקט הרשת" (network effect). אפקט זה מתמרץ צרכנים להעדיף את ספק המוצר או השירות הגדולים ביותר מתוך כלל המתחרים. הדוגמה המוכרת של שירותים הנהנים מאפקט הרשת היא טלפוניה או רשתות חברתיות, ההופכות להיות שימושיות ויעילות יותר ככל שמספר המשתמשים בהן עולה.²² גם בתחום התוכן העיתונאי־חדשותי עיתון המחזיק בנתח שוק מצומצם (קרי חשיפה מצומצמת) יתקשה להתחרות ב"מדורת השבט" החדשותית.²³

יתר על כן, לא רק צרכני התוכן העיתונאי־חדשותי מעדיפים עיתון שיש לו קוראים רבים, אלא גם, ובעיקר, המפרסמים. תפוצת עיתון רחבה מעלה את הביקוש לפרסום בו, מכיוון שהוא מעביר את המסר הפרסומי לקהל רחב יותר. העלייה בהכנסות מפרסומות מאפשרת לספקי התוכן הגדולים לממן השקעות נוספות שיגדילו את תפוצתם עוד יותר, והגדלה זו מובילה במעין מעגל קסמים לעלייה נוספת בהכנסות מפרסומות. בה בעת, המתחרים הקטנים בשוק מתמודדים עם מעגל קסמים הפוך – אובדן קוראים לטובת ספקי התוכן הגדולים, אובדן הכנסות מפרסום, ובעקבות זאת אובדן נוסף של קוראים, הצפוי לדחוק אותם מהשוק. תופעה זו מכונה "ספירלת התפוצה" (circulation spiral), על שם

21 Gabszewicz, Resende, & Sonnac, לעיל ה"ש 18, בעמ' 12-13.

22 Steven S. Wildman & Yup Lee Sang, *Economics of Trade in Media Products*, in HANDBOOK ON THE ECONOMICS OF THE MEDIA 53, 57 (Robert G. Piccard & Steven S. Wildman eds., 2015)

23 אסטרטגיה עסקית של בידול יכולה להועיל לעיתון הקטן בהקשר זה. אולם בכך מחחזקת הדומיננטיות של עיתונים מעטים בנתח השוק העיקרי.

ההתקדמות הספירלית, כלפי מטה או כלפי מעלה, שלתוכה נקלע כלי תקשורת מצטמק או מתרחב.²⁴

היתרון לגודל הוא מאפיין יסוד של שוקי תוכן עיתונאי-חדשותי, שלרוב פועלים במתכונת מבוססת פרסום, והוא המסביר את הריכוזיות הגבוהה המאפיינת אותם. גם כשל שוק ייחודי זה מחייב אסדרה מבנית ייחודית, שתכיר בכך שתנאי תחרות לבדם אינם ערובה להשאת רווחת הצרכנים או הציבור, מכיוון שבטווח הארוך התמריצים התחרותיים בשווקים אלו מפחיתים דווקא את מספר המתחרים.

1.1 הייחודיות של תוכן עיתונאי-חדשותי כמוצר צריכה: השפעותיו על כלל החברה (החצנות)

בשווקים של מוצרים ושירותים "רגילים" עצם קיומה של תחרות יכול להיות יעד בלעדי שלפיו נבחן הצורך באסדרה, משום שהתחרות תורמת לצרכנים וליצרנים, והיא לבדה עשויה להוביל לתפקוד יעיל של השוק. ואולם בשל המוצר הייחודי ששוק התוכן העיתונאי-חדשותי מספק ובשל החצנותו – דהיינו השפעותיו על קיומו של הליך דמוקרטי תקין, על דעת הקהל, על המוסדות הפוליטיים ועל כלל הציבור²⁵ – הוא אינו יכול להימדד רק לפי אמות מידה של יעילות כלכלית שבוחנות את תרומתו לצרכניו וליצרניו הישירים.

²⁴ Karl Erik Gustaffson, *The Circulation Spiral and the Principle of Household Coverage*, 26 (1) THE SCANDINAVIAN ECONOMIC HISTORY REVIEW 1 (1978); וראו Gabszewicz, Resende, & Sonnac, לעיל ה"ש 18, בעמ' 12-13.

²⁵ השפעות אלו נחשבות לעיתים חרוץ-כלכליות, אך למעשה הן אינן זרות לניתוח הכלכלי, המחייח אליהן כאל החצנות. ראו Jonathan D. Levy, *Economic Analysis in Media Policy Making*, in HANDBOOK ON THE ECONOMICS OF THE MEDIA 277, 296 (Robert G. Piccard & Steven S. Wildman eds., 2015)

לפיכך נדרשת אסדרה ייחודית של שוק התוכן העיתונאי־חדשותי. בעליו של אמצעי תקשורת יביא בחשבון את השפעתו על האינטרס הציבורי הרחב רק אם היא תניב לו עצמו נזק או תועלת, לכן תמריצי השוק יובילו אותו להתעלם מאותה השפעה. בד בבד, גם הצרכנים של תוכן עיתונאי־חדשותי לא יהיו מוכנים לממן את השפעתו של העיתון, החיובית או השלילית, על עניינו של הציבור כולו. מכאן נובע החשש כי תכנים שיש להם השפעות חיוביות על הציבור יסופקו באופן חסר, עקב ההכנסות הנמוכות שהם מניבים לבעלים בהשוואה לערכם הציבורי (ערוץ התוכן אינו מפנים את כלל התועלת שהמידע החדשותי מספק לחברה), ולעומת זאת יסופקו יותר מדי תכנים שיש להם השפעות שליליות, כל עוד בעליו של אמצעי התקשורת אינו נושא בפגיעה זו במלואה.²⁶ נבחן כעת את ההצננות החיוביות והשליליות של התוכן העיתונאי־חדשותי על כלל החברה.

1.1.1. ההצננות החיוביות של עיתונות ותוכן חדשותי על כלל החברה

פיקוח על בעלי כוח שלטוני ומניעת שחיתות

אחת הפונקציות החברתיות שהעיתונות ממלאת היא פיקוח על נבחרי ציבור וקידומו של מינהל תקין ויעיל במגזר הציבורי באמצעות חשיפתן של התנהגויות שליליות ופעולות מזיקות של בעלי כוח שלטוני.²⁷ מתועלת זו נהנים לא רק הצרכנים הישירים של מוצר התוכן, אלא גם כל מי שהיה עלול להינזק בשל אותן התנהגויות שליליות – ממשיות או פוטנציאליות – אלמלא חשיפתן או החשש מחשיפתן.²⁸ זוהי החצנה חיובית מובהקת של תוכן עיתונאי־חדשותי על כלל הפרטים בחברה. היא מופנמת על ידי כלל הציבור ולא רק על ידי המוכרים או הרוכשים של תוכן זה, שהרי אי־אפשר לגבות מהציבור הרחב תשלום תמורת

COLIN HOSKINS, STUART MCFAYDEN, & ADAM FINN, *MEDIA ECONOMICS: APPLYING ECONOMICS TO NEW AND TRADITIONAL MEDIA*, 290–300 (2004); Robert B. Horwitz, *On Media Concentration and the Diversity Question*, 21 (3) *THE INFORMATION SOCIETY* 181, 197 (2005)

Joseph Stiglitz, *Fostering an Independent Media with a Diversity of Views*, in *INFORMATION AND PUBLIC CHOICE* 139 (2008)

28 לעיתונות המקומית יש חפקיד חשוב מאוד בהקשר זה. ראו להלן בסעיף 4.ד.7.

התועלת שהפיק מעיתונות חושפת שחיתויות או למנוע ממי שלא שילם תמורתה ליהנות ממנה.

העשרת שוק הרעיונות ותהליכי קבלת החלטות קולקטיביים

כדי לקיים את ההליך הקולקטיבי של הערכת המציאות וגיבוש יעדים חברתיים הנחוץ לשגשוגו של משטר דמוקרטי, יש צורך בדיון ואף במאבק רעיוני. ערוץ תוכן יחיד אינו יכול לשמש שופר למגוון העמדות במגוון הנושאים שעל סדר היום הציבורי, ואף אינו מתמרץ לעשות זאת. תועלת ציבורית בהיבט זה תצמח רק מתוך ריבוי ומגוון של מקורות תוכן: מספר רב של ספקי תוכן עיתונאי-חדשתי יאפשר למגוון גדול יותר של עמדות להישמע בשיח הציבורי.²⁹ העשרת שוק הרעיונות ותהליכי קבלת החלטות קולקטיביים נושאים תועלת לכלל החברה ואינם מופנמים רק על ידי היצרנים והצרכנים הישירים של תוכן חדשתי.

יתרה מזו, תחרות, אשר בשווקים מסחריים נחשבת לתנאי מספק לקיומו של מגוון, אינה תנאי מספק בתחום התוכן העיתונאי-חדשתי, מכיוון שהעורכים או הבעלים של אמצעי תקשורת נתונים להשפעתם של אינטרסים חוץ-תחרותיים (פוליטיים, אידאולוגיים ועוד), והשפעתם של אלה על המגוון הרעיוני ועל אופי הסיקור אינה נופלת מזו של תמריצים תחרותיים-כלכליים.³⁰ לכן, ההחצנות החיוביות הללו של מגוון בתחום התוכן העיתונאי-חדשתי אינן צפויות להתקיים במידה אופטימלית ללא אסדרה מבנית ייעודית של שוק התוכן העיתונאי-חדשתי.

Howard A. Shelanski, *Antitrust Law as Mass Media Regulation*: 29 *Can Merger Standards Protect the Public Interest?* 94 CAL. L. REV. 371, 394-395, 397-398 (2006)

Michele Gabszewicz, Resende, & Sonnac 30 לעיל ה"ש 18, בעמ' 13-15; Michele Polo, *Regulation for Pluralism in the Media Markets*, in THE ECONOMIC REGULATION OF BROADCASTING MARKETS: EVOLVING TECHNOLOGY AND THE CHALLENGES FOR POLICY 150 (2005)

מעורבות אזרחית

מחקרים רבים מצביעים על כך שכלי תקשורת שמספקים תוכן עיתונאי-חדשותי מגבירים את הידע הפוליטי של האזרחים ומביאים להצבעה מושכלת יותר.³¹ גם כאן, הצבעה המבוססת על מידע היא תועלת המשרתת את כלל החברה הדמוקרטית, ולא רק את רווחתם האישית של יצרני התוכן החדשותי ושל צרכניו. לכן, ניתוח כלכלי-תחרותי של שוק התוכן העיתונאי-חדשותי צריך להביא בחשבון את התועלת הכלל-חברתית של מעורבות אזרחית, ולא רק את זו של יצרני התוכן וצרכניו.

2.1.1. ההצננת השלילית של ריכוזיות בענף התוכן העיתונאי-חדשותי על כלל החברה

הצורך בקיומו של שוק רעיונות רחב ומגוון הוא אבן יסוד בתפיסה הדמוקרטית. בידה של העיתונות לשכלל את שוק הרעיונות, אם תשמש במה להחלפת דעות ותהיה מחויבת לעקרונות של גיוון ואיזון; אך היא גם עלולה לפגוע בו, אם תדחק עמדות מסוימות מהשיח הציבורי ותנצל את כוחה כדי להשפיע באופן מלאכותי על דעת הקהל.³²

בשיבוש או בעיוות של שוק הרעיונות באמצעות קידום אינטרסים של יצרני תוכן או מקורביהם יש משום החצנה שלילית על כלל החברה, כשם שצנזורה שלטונית על עיתון אינה פוגעת רק בו אלא גם ביכולתם של אזרחים להיחשף למידע חיוני.³³ כאשר השוק ריכוזי החצנות שליליות מתאפשרות ביתר קלות.

31 Sobbrío, לעיל ה"ש 7, בעמ' 178-282.

32 אחד הכותבים המרכזיים בתחום הריכוזיות במדיה, אדווין בייקר, כינה זאת "כוח דמוגטי". ראו, C. Edwin Baker, *Viewpoint Diversity and Media Ownership*, 61 Fed. Comm. L.J. 651, 665 (2009).

33 על אימוץ החובנה הזאת במשפט הישראלי ראו בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז(1) 871 (1953).

סיקור שקרי או מוטה לטובת בעלי כוח שלטוני וכלכלי

ערוץ תוכן עיתונאי-חדשותי יכול לתרום לרווחת הציבור באמצעות אספקת מידע ופיקוח על פעולתם של עובדי ציבור, אך הוא יכול גם להזיק לה באמצעות פרסום מידע שקרי או מוטה.

תוכן עיתונאי-חדשותי מוטה פוגע קודם ברווחת הצרכנים הישירים, המקבלים מוצר באיכות נחותה.³⁴ אולם הוא נושא עימו גם החצנה שלילית לכלל הציבור. בהיבט הכלכלי-מסחרי, יצירתה של דעת קהל מוטה כלפי מוצרים או שירותים מסחריים פוגעת ביעילותו של מנגנון השוק וביכולתו לספק את טובת הצרכנים, מכיוון שדיווח מוטה עשוי לחזק מתחרים מסוימים ולדחוק אחרים, גם אם בפועל הם מספקים מוצר בעל ערך וביקוש חברתי. באופן דומה, ההחצנות השליליות של סיקור עיתונאי-חדשותי מוטה (לחיוב או לשלילה) על גורמי כוח שלטוניים או פרטיים פוגעות לא רק בצרכני התוכן הישירים, אלא גם ברווחתו של הציבור כולו: כמו בזירה המסחרית, סיקור מוטה לחיוב עשוי לטהר את תדמיתו של עובד ציבור מעול שביצע כלפי הציבור ולספק לו "תעודת הכשר" מזויפת, ואילו סיקור מוטה לשלילה עשוי להחליש את כוחו הפוליטי של המסוקר ואף לדחוק אותו ממוקדי השפעה, גם אם הוא משרת נאמנה את האינטרס הציבורי.

דוגמה עכשווית להיעדר סיקור או לסיקור מוטה היא פרשת תיק 2000, שבה מתנהלת חקירה פלילית בעניין תיאום מהלכים שהובילו לכאורה לסיקור אוהד של ראש הממשלה בנימין נתניהו בעיתון ידיעות אחרונות ובאתר ynet.³⁵ דוגמה נוספת היא פרשת תיק 4000, שבמסגרתה העידו מנכ"ל וואלה! News ועורכים באתר כי בעל השליטה באתר, שאול אלוביץ', הפעיל עליהם לחץ להטות את הסיקור לטובת ראש הממשלה, וכי עשה זאת לכאורה בתמורה לקידום

34 פגיעה צרכנית זו חמורה במיוחד לנוכח היכולת המוגבלת של הצרכן להעריך את איכותו של תוכן עיתונאי-חדשותי, כמוסבר לעיל בסעיף 1.א.2.

35 ביום 13 בפברואר 2018 הודיעה משטרת ישראל כי החגבשה תשחית ראייתית להעמדה לדין של ארנון מוזס ובנימין נתניהו במסגרת תיק 2000. ראו "סיום חקירתו 'תיק 1000' ו'תיק 2000' " באתר משטרת ישראל.

האינטרסים של חברת בזק.³⁶ בין שהמעשים המיוחסים לראש הממשלה ולגופי התקשורת נעשו בפועל ובין שלא נעשו, הדברים מדגימים את החשש העקרוני מפני קיומו של דיווח עיתונאי־חדשותי המשרת את האינטרס של בעלי כוח שלטוני וכלכלי על חשבון האינטרס הציבורי או טובת הכלל: מאחר שלצרכן אין משאבים להעריך במלואה את איכות המוצר העיתונאי־חדשותי, ומאחר שלבעלי השליטה בערוצי התוכן יש תמריצים לא מבוטלים לספק סיקור חלקי או מוטה לפי האינטרסים שלהם או של מקורביהם, סיקור מוטה טומן בחובו החצנה שלילית על כלל הציבור.

על רקע זה יש לזכור שהיכולת להטות דעת קהל או להסתיר מחדלים עשויה לשמש נבחרי ציבור, שכן לעיתים היא שתחרוץ את גורלם הפוליטי. לכן יש סכנה כי נושא תפקיד ציבורי יקדם אינטרסים של חברות המדיה על חשבון האינטרסים הציבוריים בתמורה לקידום האינטרסים הפרטיים שלו עצמו ואגב פגיעה ברווחת הציבור.³⁷ חשש זה מקבל משנה תוקף לנוכח העובדה שהתשואה על ההשקעה בכלי התקשורת בישראל נמוכה יחסית, ולעיתים אף שלילית.³⁸

היעדר סיקור של שחיתות שלטונית או הסתת תשומת הלב הציבורית ממנה

המחקר האמפירי בשדה תקשורת ההמונים בעשורים האחרונים עמד על כך שאמצעי התקשורת קובעים את סדר היום הציבורי (agenda setting), במובן

36 על טענות הגורמים השונים במערכת וואלה! News באשר למערכת הלחצים שהופעלו עליהם להטיית הסיקור, ראו גידי וייץ "הטבות ענק תמורת סיקור אוהד: ראיות חדשות מסבכות את נתניהו בחיק 4000" הארץ 9.2.2018; אמנון אברמוביץ "התפתחויות דרמטיות בחיק 4000: עבר לחקירת משטרה" חדשות 2 16.2.2018; אורן פרסיקו ושוקי טאוסיג "בדיקה: חיק 4000 בזמן אמת" העין השביעית 11.4.2018.

37 תהילה שוורץ אלטשולר בעלות ריכוזית בשוק העיתונות הכתובה: היבטים תיאורטיים ומעשיים 22 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2002); Craufurd Smith & Tambini, לעיל ה"ש 15, בעמ' 37.

38 מרכז המחקר והמידע של הכנסת ניתוח ההשלכות הכלכליות של ריכוזיות ובעלויות צולבות על כלי התקשורת 1 (2011).

זה שיש להם כוח ייחודי להעלות נושאים לדיון, למחשבה ולטיפול ציבוריים.³⁹ לפיכך נראות תקשורתית של נושאים מסוימים או התעלמות מנושאים אחרים משפיעות על רמת החשיבות המיוחסת להם בציבור ואף בממסד הפוליטי.⁴⁰ כלומר, לאמצעי התקשורת יש השפעה של ממש לא רק על הצרכנים הישירים של תוכן עיתונאי-חדשותי אלא גם על השלטון ועל כלל החברה.

בהינתן כוחו הייחודי של תוכן עיתונאי-חדשותי בקביעת סדר היום הציבורי, גוף תוכן עשוי להזיק לציבור אם יימנע מדיווח על שחיתות ויסיט את תשומת הלב הציבורית לנושאים אחרים. נוסף על כך, מכיוון שספקי התוכן העיתונאי-חדשותי הם שמגדירים אילו סוגיות ראויות לדיווח (issues) ואילו נושאים אינם ראויים לדיווח (non-issues), נבחר ציבור (שמשאבי הזמן שלו מוגבלים כמובן) המעוניין שפעילותו תזכה לסיקור, ירחיב את פעילותו הקשורה לנושאים מהסוג הראשון על חשבון פעילות בנושאים מן הסוג השני, גם אם טובת הציבור מחייבת סדר עדיפויות הפוך.⁴¹ כך, במצב של ריכוזיות בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי, גופי התוכן העיתונאי-חדשותי יכולים ביתר קלות להסיט את סדר היום ותשומת הלב הציבורית ממקרים של שחיתות שלטונית, אם יש להם אינטרס פרטי או כלכלי לעשות כן. לעומת זאת, ריבוי של גופי תוכן עיתונאי-חדשותי מדלל את השליטה הפרטית בסדר היום ובתשומת הלב הציבורית.

לסיכום, לאור התיאור שהובא לעיל אפשר עתה לנסח במונחים כלכליים את התשובה על השאלה שהצבנו בתחילת הפרק: מדוע נדרשת התאמה של דיני התחרות הכלליים לצורך טיפול בבעיות של הריכוזיות בענף התוכן העיתונאי-חדשותי.

Max McCombs & Donald Shaw, *The Agenda-Setting Function of Mass Media*, 36 PUB. OPINION Q. 176 (1972) 39

על פי ספרות המחקר הבוחנת את השפעותיהם של אמצעי התקשורת, גם כיום, בעידן הרשת והמידע, קביעת סדר יום היא סוג ההשפעה הדומיננטית ביותר שלהם. ראו Patti M. Valkenburg, Jochen Peter & Joseph Walther, *Media Effects: Theory and Research*, 67 (1) ANNU. REV. OF PSY. 315, 319 (2016) 40

David Strömberg, *Media Coverage and Political Accountability: Theory and Evidence*, CEPR DISCUSSION PAPER 10638, 9 (2015) 41

מההיבט של עקרון רווחת הצרכן, ההתאמה נדרשת מאחר שמערך שוק התוכן העיתונאי־חדשותי – ומוצריו – אינם תואמים להנחות המוצא המקובלות הנוגעות ליכולתם של שווקים ושל תחרות להשיא את רווחת הצרכן וכלל החברה. כשלי השוק הייחודיים לתחום התוכן העיתונאי־חדשותי מגבילים את יכולתו של הצרכן ואת יכולת ה"שוק" לתגמל מתחרים שמספקים מוצר באיכות טובה ולהעניש את אלו שמספקים מוצר באיכות גרועה. מאחר שדיני התחרות אינם מיועדים, ואינם יכולים, לפקח ישירות על איכות המוצרים בשוק זה, עקרון רווחת הצרכן מחייב להבטיח את איכות המוצרים באמצעות רגולציה שתקדם מבנה שוק ביזורי ככל האפשר.

יתרה מזו, גם מההיבט של עקרון הרווחה המצרפית (רווחת הציבור כולו ולא רק רווחת הצרכנים) נדרשת התאמה של דיני התחרות הכלליים לטיפול בשוק התוכן העיתונאי־חדשותי, משום שבניגוד למרבית השווקים האחרים הוא יוצר קשת רחבה של החצנות על החברה. החצנות אלו, כך הראינו, צפויות להיות שליליות וחזקות יותר ככל שעולה הריכוזיות בו. ריכוזיות כזאת מאפשרת ביתר קלות לכוחות שלטוניים או פרטיים למנוע חשיפה ציבורית של מידע שעלול לפגוע בהם. כדי להשיא את רווחת החברה כולה אי־אפשר להסתפק רק ביעד התחרותי המוכר של מקסום התועלת עבור היצרנים והצרכנים הישירים של התוכן; יש לכלול בניתוח הכלכלי גם את השפעותיה של פעילות מסחרית זו על רווחתו של כלל הציבור.

השילוב בין החצנותיו הייחודיות של שוק התוכן העיתונאי־חדשותי ובין הבעיות הכלכליות של מסחר במידע – תנאי שוק דו־צדדי, בעיית המידע החלקי, תמריצי־חסר להפקת מידע חדש ונטייתם של שוקי תוכן עיתונאי־חדשותי לריכוזיות – מחייב לשכלל את דיני התחרות הכלליים בזירה זו. למעשה, גם מניתוח תחרותי־כלכלי גרידא, כזה המתמקד במאפייני השוק ובמנגנון התמריצים שהוא מייצר, עולה הצורך באסדרה ייחודית של תחום התוכן העיתונאי־חדשותי בהשוואה לאסדרה הכלכלית של מוצרים ושירותים "רגילים". ה"תחרות" בשוקי תוכן עיתונאי־חדשותי אינה רק אמצעי להבטחת מחירים ראויים, אלא היא גם הדרך האפקטיבית ביותר להשיא את רווחת החברה באמצעות הגנה על הפצה חופשית של מידע ובאמצעות הגנה מפני כוחות מונופוליסטיים שעלולים לרסן את הפצת המידע הזה. הערך של האפקט התחרותי הזה רלוונטי לא רק לצרכני

המידע ויצרניו אלא גם לציבור כולו, הנהנה מההחצנות החיוביות של תחרותיות בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי.⁴²

המאפיינים הייחודיים של מוצרי תוכן עיתונאי-חדשותי ושל השווקים שבהם הם פועלים מחייבים את אימוצם של כללי תחרות קפדניים מהמקובל בשווקים אחרים, שכן מטרתה של התחרות בתחום ייחודי זה אינה רק לשמור על אינטרסים צרכניים צרים כגון מחיר המוצר, אלא גם להבטיח אינטרסים חשובים לא פחות, כגון איכות המוצרים ומגוון המוצרים, אשר עלולים להיפגע בשל תחרותיות בלתי מרוסנת.

42 Josef Drexl, *Competition Law in Media Markets and its Contribution to Democracy: A Global Perspective*, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper 14-16, 4 (October 2014). כמו כן, ראו החלטת הממונה בעניין מיזוג גלובס וידיעות אחרונות (להלן ה"ש 165), שבה נאמר: "יש לזכור כי משקלה הסגולי של הפגיעה התחרותית הנובעת ממיזוג הוא פועל יוצא מן המוצר המיוצר בה. תעשיית העיתונות נושאת על גבה את 'שוק הרעיונות' והיא העורק הראשי לאספקת מידע לציבור".

מדוע נדרשת רגולציה מבנית ייחודית לטיפול בריכוזיות של ענף התוכן העיתונאי־חדשותי: טעמים דמוקרטיים וצדק חלוקתי

פגיעה בערכים דמוקרטיים תיתכן גם אם לא נלווית אליה פגיעה בתחרות העסקית. תוכן עיתונאי ומידע חדשותי מסופקים לרוב על ידי גופים מסחריים, אך אין לראות בהם סחורה רגילה שנמכרת בשוק, משום שנוסף על הערכים החברתיים, הכלכליים והבידוריים שהם מספקים למוכר ולרוכש, הם משמשים כלי משמעותי ומקדמי לקיומו של הליך דמוקרטי מתפקד – הפצת מידע לציבור וביקורת על השלטון כאשר זה אינו פועל לטובת האזרחים. את הפונקציה הדמוקרטית הזאת ממחישה ההתייחסות למוסד העיתונות כאל "הרשות הרביעית", קרי מוסד חברתי המשרת תכלית ציבורית של ביקורת על השלטון ואספקת מידע חיוני לתהליך הקולקטיבי של שלטון עצמי.⁴³

ואולם אם תוכן עיתונאי־חדשותי נתפס כמוצר מסחרי, מטבעו הוא מופק כדי לשרת (רק) את אלו המוכנים ויכולים לשלם תמורתו. על רקע מתח זה בין תפקידה הקריטי של העיתונות ברווחתה של חברה דמוקרטית ובין אופייה כעסק מסחרי, הטעם החוץ־שוקי לרגולציה מבנית על ספקי תוכן עיתונאי־חדשותי הוא שאין לראות בהם עסק מסחרי בלבד, אלא מוסד חברתי ייחודי שפעולותיו שזורות הן בכלכלה והן בפוליטיקה, והוא מגשים בפועל את עקרון חופש הביטוי והשיח הציבורי.⁴⁴

43 התייחסות לתקשורת או לעיתונות כ"רשות הרביעית" מזוהה עם הגותו של אדמונד ברק (Burke). ראו JULIANNE SCHULTZ, REVIVING THE FOURTH ESTATE: DEMOCRACY AND THE MEDIA 49 (1998). כיום המונח "הרשות הרביעית" משמש למימון העיתונות כמוסד החברתי המקביל בעוצמתו לשלוש רשויות השלטון המסורתיות – המחוקקת, המבצעת והשופטת. על חשיבותם של אמצעי התקשורת בהליך הדמוקרטי וההצדקה לאסדרתם בשם האינטרס הציבורי, ראו יזהר טל ודינה עברי־עומר הרגולציה של שירותי התקשורת האלקטרונית בישראל: הצורך בהקמת רשות תקשורת 25, 50–53 (מחקר מדיני 76, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2009); אסף וינר ואלעד מן "המחוקק כמאסדר: מגבלות ואילוצי חקיקה באסדרת תקשורת ושידורים" חוקים יב 117 (2018).

44 DENIS McQUAIL, McQUAIL'S MASS COMMUNICATION THEORY 250 (6th ed., 2010)

אם אנו מייחסים למשאב המדיה ממד פוליטי ולא רק כלכלי, עלינו להבטיח כי משאב זה ישרת במידת מה את כלל הציבור המושפע ממנו. כאמור, אין מדובר בהכרח בדחיית רעיון השוק כולו (שכן החלופה, דהיינו מונופול מדינתי על אמצעי התקשורת, נתפסת כסותרת את ערכי היסוד של הדמוקרטיה), אלא בהדגשה של האינטרס הציבורי של האזרחים, שהם קהל המדיה – להשתתף בשיח ולהיחשף למגוון של מידע ודעות. ריכוזיות באמצעי התקשורת מקילה על בעלי שררה שלטונית או כלכלית להתערב בדיון הציבורי ולהשפיע עליו לטובת האינטרסים העסקיים שלהם עצמם, בתחום התקשורת או בתחומים אחרים שבעלי השליטה פועלים בהם. לכן, אסדרה מבנית והבטחת תחרות בתחום זה נדרשת לא רק מטעמים כלכליים של רווחת הצרכנים אלא גם מטעמים של דמוקרטיה: הבטחת גיוון וריבוי דעות, שימור האפקטיביות של הביקורת על הליכי קבלת ההחלטות השלטוניות וקיום ביקורת פנימית וחיצונית על אמצעי התקשורת.

למעשה, חשיבותה של הפעילות העיתונאית-חדשותית לכלל החברה היא הסיבה הבסיסית לקיומן של ההגנות המשפטיות שמהן נהנים יצרני התוכן העיתונאי, הן ברמה החוקתית – דרך ההגנה על הזכות לחופש ביטוי ועיתונות, הן ברמה החוקתית – דרך הגנות בחוקי לשון הרע, והן ברמת הפסיקה – דרך פיתוח דוקטרינות משפטיות כגון החיסיון על מקורות עיתונאיים. הסיבה הדמוקרטית למתן הגנות ייחודיות לעיתונות, והאסדרה הייחודית של פעילות עיתונאית, דומה במהותה לטיעון ההצננות הכלכלי שהוצג לעיל: טיב האספקה של "סחורה" זו ותוצאות הפעילות העיתונאית אינם נוגעים רק לסוחרים בה, אלא לציבור כולו ולערכי היסוד של המשטר. היום, כמו בעבר, הדאגה לתפקודו התקין של שוק העיתונות והתוכן החדשותי אינה מיועדת רק למקסום תועלתם של יצרני התוכן ושל צרכניו, אלא גם, ובעיקר, לתקינותה של הדמוקרטיה ולשלומה ולרווחתו של כל אזרח במדינה.

לסיכום, מן הדיון עד כה אפשר להיווכח שמסיבות כלכליות וגם מטעמים דמוקרטיים קיומם של תנאי תחרות במובנם המקובל בשווקים אחרים אינו ערובה למקסום תרומתו החברתית של שוק ייחודי זה.⁴⁵ טיעון זה מבוסס על

45 לטיעון הכללי שבשוק התוכן העיתונאי-חדשותי אין להסתפק באמת המידה הקבועה בדיני ההגבלים העסקיים ויש לאמץ כללים תחומיים מחמירים יותר, שיאסרו לחלוטין

ההכרה בכך שבשוק התקשורת יש פער רחב במיוחד בין האינטרס הציבורי (או טובת הכלל) ובין השאת העדפות יעילה של הספקים והצרכנים.⁴⁶

הפער בין האינטרס הציבורי לאינטרסים של צד ההיצע ברור: גופי תוכן עיתונאי חדשותי הם תאגידיים מסחריים הבנויים ומתומצאים לשרת את האינטרסים של בעליהם, ולכן בהיעדר אסדרה הם אינם צפויים לפעול באופן שימקסם את הרווחה המצרפית של החברה או יביא את מרב התועלת להליך הדמוקרטי. הפער בין האינטרס הציבורי לאינטרס של צד הביקוש טמון בכך שגם צרכני התוכן העיתונאי אינם מייצגים באופן מלא את האינטרס הציבורי שבייצור ובאספקת הידע החדשותי: הם צורכים את המידע החדשותי או משלמים תמורתו לפי העדפותיהם האישיות, ואלה עשויות להיות הימנעות מצריכת מידע חדשותי או העדפת מידע חדשותי מוטה.⁴⁷ לכן נדרשת אסדרה בתחום, ולנוכח החשש הטבעי מפיקוח שלטוני ישיר על תוצרי שוק התוכן העיתונאי-חדשותי, הדרך הדמוקרטית להתמודדות עם הכשלים הייחודיים של השוק אינה רגולציה מאסדרת תוכן ישירה, המיועדת לעקוף את מנגנון השוק במקום לטפל בכשלו, אלא רגולציה מבנית שתטפל בכשלי השוק.⁴⁸

אחזקות צולבות. על כך ראו זוהר גושן, שמואל לשם וירון אזרחי בעלות צולבת - שליטה ותחרות בשוק התקשורת הישראלי: היבטים כלכליים ומשפטיים והשלכותיהם על הדמוקרטיה הישראלית 12 (2003).

46 עד כאן התייחסנו לתחרות כהגדרתה במחקר הכלכלי, אולם כפי שנרחיב בהמשך, התחרות בענף העיתונות מתקיימת ברבדים נוספים, בין השאר על השפעה, מוניטין או תשומת לב, ולאווזקא כחלק מתחרות על רווחים או הון כלכלי. כדי להבחין בין שתי התופעות רובד זה של תחרות מכונה לעיתים "יריבות". אין הכוונה כי יריבות כזאת אינה חלק ממערך שיקולים כלכלי; אדרבה, יריבות מחלעת על רקע משאבים כלכליים וכיסו של הצרכן, אך בניגוד לתחרות כלכלית גרידא, האופק שלה אינו הטווח המיידי. על תחרות ויריבות בענף ראו John W. Dimmick, *Media Competition and Levels of Analysis*, in *Handbook of Media Management and Economics* 345-346 (Alan B. Albarra et al. eds., 2005).

47 רגולציה או "טיפול" בהעדפותיהם של אזרחים שלא לצורך מידע חדשותי או לצורך מידע שאינו משרת את האינטרס הציבורי אינם חלק מהצעתנו במסמך זה. עם זאת, מאחר שהעדפות הצופים בהקשרים של צריכת מדיה מתעצבות במידה רבה לפי ההיצע הקיים, יש לגיטימציה מוסרית ומשפטית לטיפול בצד ההיצע.

48 ההבחנה בין סעדים מבניים לסעדים התנהגותיים רווחת בתורות העכשוויות של פיקוח על פעילות כלכלית, ובכלל זה דיני ההגבלים העסקיים. בהקשר זה, סעדים

הבעיות הכלכליות והדמוקרטית הייחודיות של ריכוזיות בשוק התוכן עיתונאי-חדשותי שתיארנו בשני הפרקים האחרונים מלמדות שתחרות במובנה הצר אינה תמיד מגשימה את האינטרס הציבורי הרחב בשוק זה. לכן לא סביר שאכיפתו של מבנה שוק תחרותי תהיה היעד הבלעדי של הרגולציה המבנית בשוקים אלו, ויש צורך גם ברגולציה ובדיני תחרות שיטפלו בהשפעתה של הריכוזיות על רווחתה של חברה דמוקרטית ולא רק על רווחת הצרכנים.

מבניים מכוונים לטפל בשורש הבעיה או בכשלי השוק עצמם, למשל באמצעות טיפול במערך התמריצים הכלכלי של הפועלים בתחום. לעומת זאת, סעדים התנהגותיים מכוונים לרוב לטפל בסימפטום של הבעיה בתחרות, למשל באמצעות פיקוח מחירים בתחום דיני התחרות או חובות תוכן חיוביות בתחום אסדרת המדיה. דיני התחרות העכשוויים מעדיפים אסדרה מבנית על פני סעדים התנהגותיים, הן משיקולים כלכליים הן בשל עקרון המידחיות. על היתרונות הכלכליים של סעדים מבניים על פני סעדים התנהגותיים ועל אימוץ עיקרון זה בדיני התחרות במדינות רבות ראו למשל גילוי דעת 2/11 מאת הממונה על הגבלים עסקיים: הוראות בדבר תרופות למיזוגים המעלים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות (18.7.2011). על הבעייתיות בסעדים התנהגותיים, העלולים לפטור את קובעי המדיניות ממאמץ לייצר הליך תחרותי אמיתי, ראו דיוויד גילה "רגולציה מגוף ראשון: איזה סוג של רגולציה עדיף" מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 115 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016). על יישום עיקרון זה בתחום אסדרת המדיה והעדפתם של אסדרה מבנית ותמריצים כלכליים על פני אסדרה התנהגותית (למשל באמצעות הטלת חובות תוכן ישירות) ראו Adam Candeub, *Media Ownership Regulation, the First Amendment, and Democracy's Future*, 41 U.C. Davis L. Rev. 1547 (2008); Lili Levi, *The Four Eras of FCC Public Interest Regulation*, 60 Admin. L. Rev. 813, 816 (2008)

אפיון טיבה של הריכוזיות בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי בישראל

הבעיות והסכנות הנובעות מריכוז בעלות ומבעלויות צולבות בכלי התקשורת נידונו בהרחבה בעשורים האחרונים, בישראל ובעולם, לנוכח ההכרה בכך שאמצעי התקשורת בחברה דמוקרטית מממשים בפועל את עקרון חופש הביטוי, וריכוזיות בתחום התקשורת מובילה לצמצום המידע העומד לרשות הציבור ולהגבלת מגוון הדעות בציבור ופגיעה בשוק הרעיונות. בפרק זה נמקד את הדיון בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי בישראל ונסרטט את מאפייני הריכוזיות בו בהתבסס על מיפוי המתחרים השונים והזיקות ביניהם.

שוק התקשורת הישראלי מתאפיין בכך שהוא פונה לקהל צרכנים מוגבל; הוא עתיר מבנים מונופוליסטיים; ולוקה בריכוזיות גבוהה.⁴⁹ תחום העיתונות היומית המודפסת נשלט על ידי דואפול: העיתון ישראל היום, ששיעור החשיפה שלו בימי חול הוא כ־30.6%, והעיתון ידיעות אחרונות, ששיעור חשיפתו בימי חול הוא כ־26.5%.⁵⁰ תחום החדשות הטלוויזיוניות נשלט גם הוא על ידי שני שחקנים מרכזיים: חדשות 12 (חברת החדשות של שידורי קשת) וחדשות 13 (חברת החדשות של הערוץ הממוזג רשת-10).⁵¹ לעומת זאת, שוק התוכן העיתונאי-חדשותי המקוון מציע מגוון רחב יותר של מתחרים, אך שהדומיננטיים שבהם קשורים בגופי תוכן מודפס או טלוויזיוני (ynet מבית ידיעות אחרונות, mako מבית שידורי קשת) – כפי שנרחיב בפרק זה.

ככלל, יש זיקות רבות בין גופים שפועלים בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי, בכל אחד משלבי שרשרת הייצור שלו ובכל סוגי פלטפורמות התוכן – העיתונות

49 גושן, לשם ואזרחי, לעיל ה"ש 45, בעמ' 16.

50 אלכסנדר כץ "גן עדן עכשיו? זינוק בחשיפה לעיתונים, מעריב והארץ מתאוששים" ice 31.7.2019.

51 לפי נתוני הוועדה הישראלית למדרוג, שיעור הצפייה הממוצע במהדורות החדשות הטלוויזיוניות המרכזיות במהלך 2019 מחלק באופן הבא: חדשות 12 – 14.5%; חדשות 13 – 7.5%; חדשות כאן11 – 4%. נתונים אלו אינם משקפים את שיעורי החשיפה במלואם משום שהם אינם כוללים את הצפייה באמצעות מחשבים, טאבלטים או סמארטפונים.

הכתובה, המשודרת והמקוונת.⁵² הזיקות האלה מייצרות ריכוזיות בכלל הענף, כלומר ריכוזיות שאינה תחומה בסוג מדיה אחד. על כן בחרנו שלא לנתח את הריכוזיות בענף התקשורת לפי החלוקה המסורתית לסוגי המדיה (מודפסת, משודרת ומקוונת) אלא לפי סוגי הזיקות הקיימות בענף: זיקה מבנית (כלומר אחוזי בעלות) אנכית ואופקית, ושיתופי פעולה עסקיים אנכיים ואופקיים (כלומר הסדרים שונים, ללא קשרי בעלות הדדיים). זיקות אלו יוצרות, לטענתנו, אינטרסים חופפים בין גופי תקשורת ובין מסקרים למסקרים וגם פותחות פתח להשפעה הדדית ביניהם. מתוך כך הן עלולות להשפיע לרעה על הזרימה החופשית של המידע או על איכותו, גם כאשר אין בהן השפעה לרעה על התחרות במובן הכלכלי הצר.

א.3 מיפוי השליטה והריכוזיות בתחום התוכן העיתונאי- חדשותי ובתשתיות הפצתו

רוב קבוצות התקשורת בישראל מחזיקות בערוצי מדיה על כל סוגיה – מודפסת, משודרת ומקוונת. המהפכה הדיגיטלית לא הביאה לשינויים גדולים במפת הבעלות על אמצעי התקשורת, לפחות לא באלה הממוסדים, ושחקנים שהיו קיימים קודם למהפכה הם גם השחקנים המרכזיים בעולם המקוון. לוח 1 מציג את בעלי השליטה בגופים הבולטים בעיתונות המודפסת, המשודרת והמקוונת.

לוח 2 מציג את גופי התשתית הבולטים בענף ואת בעלי השליטה בהם. אנחנו מניחים כי שירותי התשתית הם שירותים "תחליפיים", במובן זה שמשק בית בישראל הוא צרכן של גוף תשתית יחיד ומשתמש בשירותיו כמקור בלעדי לתשתית הטלוויזיה.

52 לסקירה של הזיקות המבניות בין גופי התקשורת ראו "מפת הבעלויות בתקשורת הישראלית 2018" העין השביעית 31.7.2018.

לוח 1

גופי תוכן עיתונאי-חדשותי בולטים ובעליהם

תוכן חדשותי מקוון	תוכן חדשותי משודר (טלוויזיה)	עיתונות מודפסת	בעל השליטה
ynet אתר כלכליסט אתר וסטי		ידיעות אחרונות כלכליסט וסטי (יומון ברוסית)	ארנון מוזס (באמצעות קבוצת ידיעות אחרונות)*
אתר מקור ראשון (לשעבר nrg)		ישראל היום מקור ראשון (שבועון)	שלדון אדלסון
וואלה! News	(אין, בשל האיסור של זכייני לוויין לשדר חדשות)		שאוּל אלוּביץ'
i24News	(אין, בשל האיסור על זכייני כבלים לשדר חדשות)		פטריק דרהי
Mako	שידורי קשת (חדשות 12)		משפחת ורטהיים
אתר נענע10 אתר רשת13	מחזיק כ-16% ממניות ערוץ 13 (חדשות 13)		אודי אנג'ל
	הקבוצה מחזיקה ב-68% ממניות ערוץ רשת 13 (חדשות 13) ערוץ ספורט 5		קבוצת RGE (אביב גלעדי, משפחת רקנאטי ולן בלווטניק)
אתר גלובס		גלובס	אלונה בר-און וענת אגמון
אתר הארץ בעברית אתר הארץ באנגלית TheMarker		הארץ TheMarker העיר, כלבו (מקומונים)	עמוס שוקן

* נכון לסוף שנת 2018 החזיק ארנון מוזס ב-24% ממניות קבוצת ידיעות אחרונות וב-60% מזכויות ההצבעה בדירקטוריון הקבוצה. יתר מניותיה של קבוצת ידיעות אחרונות מוחזקות בידי בנק הפועלים (כ-34% ממניות הקבוצה) ובנק דיסקונט (כ-7% ממניות הקבוצה). ראו איתמר ב"ז "כ-40% ממניות 'ידיעות אחרונות' יוחזקו על-ידי הבנקים" העין השביעית (20.8.2019).

תוכן חדשותי מקוון	תוכן חדשותי משודר (טלוויזיה)	עיתונות מודפסת	בעל השליטה
	ערוץ שידורי הספורט (צ'רלטון)	מעריב ישראל פוסט / Jerusalem Post נובוסטי (שבועון בשפה הרוסית)	אלי עזור*

* נתי טוקר "שחקן חדש של 'סופהשבוע': אלי עזור מנצל את נפילת 'מעריב' עם 15 אלף מנויים" **TheMarker** 9.7.2013.

לוח 2

גופי תשתית מתחרים להפצת שידורי טלוויזיה (ובכלל זה חדשות טלוויזיוניות)

מגמות במספר המנויים	נתח שוק בקירוב	מספר מנויים לשירותי הטלוויזיה ברבעון הראשון של 2018*	גוף תשתית	בעל השליטה
ירידה של 5% משנת 2015	40% (38%)	781,000 (נכון לסוף שנת 2018: 767,000)**	הוט מערכות תקשורת (באמצעות שירותי הטלוויזיה של המותגים HOT ונקסט טי.וי)	פטריק דרהי

* נתי טוקר "שחקן חדש של 'סופהשבוע': אלי עזור מנצל את נפילת 'מעריב' עם 15 אלף מנויים" **TheMarker** 9.7.2013.

** מאז שנת 2018 HOT אינה נחשבת עוד לחברה ציבורית, ובשל כך המידע לגבי מספר המנויים העדכני שלה דל וחסר. עם זאת, נתונים שנחשפו בסוף שנת 2018 מלמדים כי במחצית הראשונה של השנה היא איבדה כ-12,000 מנויים של שירותי הטלוויזיה שלה. ראו גיא ארז "הדוח שלא פורסם בישראל: HOT איבדה עוד אלפי מנויים למרות מאמצי שיווק אגרסיביים" **TheMarker** 22.11.2018.

מספר מנויים לשירותי הטלוויזיה ברבעון הראשון של 2018	נתח שוק בקירוב	מגמות במספר המנויים	גוף תשתית	בעל השליטה
580,000	30%	ירידה של 8% משנת 2015	די.בי.אס שירותי לוויין (באמצעות המותגים Yes וסטינג טי.וי)	שאול אלוביץ'
*300,000	15%		שידורי עידן+ (מערך הפצה ציבורי-חינמי)	
183,000 (נכון לסוף 2018: 206,000)**	10% (9%)	עלייה של 4.5% משנת 2015	קבוצת סלקום (באמצעות המותג סלקום טי.וי)	אדוארדו אלשטיין
64,000 (נכון לסוף 2018: 118,000)***	3% (6%)	עלייה של 35% מאז ההשקה בשנת 2017	קבוצת פרטנר (באמצעות המותג פרטנר טי.וי)	חיים סבן

* מאחר ששירות עידן+ אינו דורש מהצרכן להיות מנוי או להירשם אליו, אין הערכות מדויקות באשר למספר המשתמשים בו בישראל. לפי הערכות, בראשית שנת 2018 נע מספר המשתמשים בין 200,000 ל-400,000. ראו נחי טוקר "עידן פלוס עובר לידיים פרטיות" **TheMarker** 27.3.2018.

** יניב רחימי "הרגולציה והתחרות משפיעות על פרטנר וסלקום יותר מאשר זהות המנכ"ל" **כלכליסט** 18.12.2018.

*** גיא ארז "רווחי פרטנר נחתכו ל-26 מיליון שקל אך השתפרו לעומת הרבעון הקודם" **TheMarker** 21.11.2018.

אם מחילים על תחום התוכן העיתונאי חדשותי את הגדרת השוקים המסורתית, המפרידה בין עיתונות מודפסת, עיתונות טלוויזיונית, עיתונות ברדיו ואתרי חדשות מקוונים, ניכרת מידה רבה של ריכוזיות בכל אחד משלושת התחומים:

• **תחום העיתונות המודפסת** נשלט על ידי תאגידים מסחריים ספורים, שבכל אחד מהם בעל שליטה דומיננטי יחיד. משמעות הדבר היא שלקבוצה מצומצמת של בעלי הון יש יכולת לא מבוטלת להשפיע על מוקד הסיקור החדשותי ועל אופיו בעיתונים שבבעלותם, לטובת האינטרסים הישירים שלהם או לטובת אינטרסים של גורמים חיצוניים. כך, ביכולתם להטות את הסיקור לטובתם

האישית או לטובת עסקים אחרים שבשליטתם, וביכולתם גם להטותו באופן שייטיב עם גורמים חיצוניים בעלי כוח כלכלי או שלטוני העשויים לספק להם "תמורה", כלכלית או אחרת.

• **תחום העיתונות הטלוויזיונית** נשלט גם הוא על ידי שני שחקנים מרכזיים – חדשות 12 וחדשות 13⁵³ – אך השליטה בכל אחד מתאגידים אלו מבזרת יחסית לעיתונות המודפסת. הדבר נובע מהרגולציה הייעודית לתחום השידורים, אשר מחייבת מידה מינימלית של ביזור בכמה רמות:

○ החקיקה קובעת כי מניות ההצבעה בחברות החדשות, המופעלות על ידי בעלי רישיונות לשידורים, יהיו באחזקה משותפת של בעל(י) הרישיון ושל הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו.⁵⁴ כיום השליטה בחברת חדשות 12 (לשעבר חדשות 2) מתחלקת בין שידורי קשת (60%) והרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (40%). באופן דומה, השליטה בחברת חדשות 13 מתחלקת בין רשת 13 והרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (40%).

○ החקיקה קובעת כי בעל רישיון לשידורים לא יהיה תאגיד שיש לו בעל שליטה דומיננטי (כלומר, תאגיד שאדם אחד מחזיק בו בלמעלה מ-74% מסוג כלשהו של אמצעי שליטה).⁵⁵ לכן, המחזיקים בחברות החדשות (קשת, רשת, ערוץ 10) הם בעצמם תאגידים שהשליטה בהם ריכוזית פחות מזו שבעיתונות המודפסת.⁵⁶

53 ספקי החדשות האחרים בטלוויזיה – תאגיד השידור הציבורי וערוץ 20 – טרם זכו לנחח שוק משמעותי, ושיעור הצפייה הממוצע בהם בשנת 2018 עומד על אחוזים ספורים (ראו לעיל ה"ש 51).

54 ס' 66 לחוק הרשות השנייה, תש"ן-1990 (להלן: חוק הרשות השנייה). לעניין זה, מנייתה של הרשות השנייה מקנות זכויות הצבעה ולא זכויות להשתתפות ברווחים או בהון.

55 סעיף 41(ב2)(4) לחוק הרשות השנייה.

56 נכון לשנת 2018, חברת שידורי קשת היא בבעלות משותפת של משפחת ורטהיים (51%), גל נאור (בתו של איש העסקים יצחק חשובה) (20%), משפחת למבאום (15.3%), ויליאם נגל (7.7%) ואלכס גלעדי (6%). חברת רשת (טרם יציאתו לפועל של המיזוג בינה ובין ערוץ 10) היא בבעלות משותפת של אודי אנג'ל ומשפחת עופר (51%), חברת Endemol (33%) ומשפחת שטראוס (16%). חברת ערוץ 10 (טרם יציאתו לפועל של המיזוג כאמור) היא בבעלות משותפת של קבוצת R6E (51%), יוסי מימן (33.5%) וארנון מילצ'ין (15.5%).

○ החקיקה קובעת כללים מחמירים של ממשל תאגידי לעניין ההרכב והמינוי של אורגני חברות החדשות.⁵⁷

• **תחום העיתונות בשידורי הרדיו.** תחנות הרדיו הפועלות בישראל מציעות משדרי חדשות שמספקות מערכות עיתונאיות שונות. מערכת החדשות של גלי צה"ל מספקת את מהדורות החדשות המרכזיות של שתי תחנות הרדיו המואזנות ביותר בישראל – גלגלצ (30.3% חשיפה) וגלי צה"ל (22.3% חשיפה). מערכת החדשות של תאגיד השידור הציבורי מספקת את מהדורות החדשות של תחנות הרדיו רשת ב' (20.5% חשיפה) וכאן גימל (16.3%). בתחום הרדיו האזורי לא פועלות מערכות חדשות עצמאיות, ומהדורות החדשות המרכזיות של התחנות המואזנות ביותר (eco99, 103fm, רדיוס) מסופקות על ידי חדשות^{58,13}

• **תחום העיתונות המקוונת.** בזירה זו מתקיימת ביזוריות רבה יותר בהשוואה לתחום העיתונות המודפסת והטלוויזיונית. לפי דירוג אתר SimilarWeb, אלו הם אתרי החדשות הנצפים ביותר בישראל: ynet.co.il; walla.co.il; mako.co.il; globes.co.il; sport5.co.il

עם זאת, שינויים בהרגלי הצריכה של תוכן עיתונאי-חדשותי מלמדים שמקודת מבטו של הצרכן, עיתונות מודפסת, עיתונות טלוויזיונית ועיתונות מקוונת הן מוצרים תחליפיים.⁵⁹ לכן, אם נתייחס לשוק התוכן העיתונאי-חדשותי באופן

57 ראו להלן בסעיף 2.א.4.

58 נכון לסוף שנת 2019, תחנות הרדיו האזורי המואזנות ביותר הן 103fm (10.5% חשיפה); eco99 (9.3% חשיפה) ורדיו (8.7% חשיפה). יתר תחנות הרדיו האזורי זוכות לאחוז חשיפה נמוך מ-5%. ראו אלכסנדר כץ, "גלגלצ מאבדת 10% מהמאזינים, זינוק מטורף לרדיו קול ברמה" ice (31.7.2019).

59 על פי נתוני סקר TGI, שיעור הקריאה בעיתונות המודפסת בימי חול ירד מ-58% בשנת 2015 ל-54% בשנת 2017, ול-49% בשנת 2018 (כץ, לעיל ה"ש 50). כמו כן, על פי סקרים ונתוני חשיפה עדכניים, רוב הציבור מתחח לגיל 44 רואה באחרי התוכן המקוונים תחליף לעיתונות היומית. ראו רפי מן ואזי לב-און דוח שנתי: **התקשורת בישראל 2016 – סדרי יום, שימושים ומגמות** 33 (2017). מגמות אלו מאפיינות מדינות מערביות נוספות שגם בהן צריכת העיתונות בטלוויזיה נחלשת לטובת צריכת חדשות מקוונות. על כך ראו למשל Digital Trends in Social and Digital Media, PEW RESEARCH CENTER, עם זאת, יש לזכור כי הדיגיטל הוא תחליף לעיתונות News Media, April 10, 2017.

שאינו מבחין בין טכנולוגיות ההפצה של התוכן, נראה כי שוק זה דווקא אינו מתאפיין בריכוזיות או בהיעדר תחרותיות משמעותיות. אולם ריבוי של "מותגי" תוכן עיתונאי-חדשותי לבדו אינו ערובה לתפקוד אופטימלי של השוק, הן בכל הנוגע לטובת צרכניו הישירים והן בכל הנוגע לרווחת כלל החברה. הסיבה לכך היא שזיקות עסקיות ובעלויות צולבות בין המתחרים השונים יוצרות שותפות אינטרסים המגבילה את תמריצייהם לקיים ביקורת הדדית על איכות התוצרים.

על רקע זה נפנה כעת לאפיין את בעיית הריכוזיות בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי במובנה הרחב, כלומר בזיקות המבניות ובשיתופי הפעולה המתקיימים בו. אומנם אלו אינם מפרים הוראות רגולטוריות או דיני תחרות קיימים, אך יש בהם פוטנציאל לפגיעה לא מבוטלת ברווחתם של צרכני התוכן וברווחתה של החברה כולה.

1.3

זיקות מבניות ושיתופי פעולה בין גופים העוסקים בהפקה ובהפצה של תוכן חדשותי-עיתונאי

הרובד הראשון והמוכר של זיקות בין ערוצי תוכן עיתונאי-חדשותי הוא בעלות משותפת, כך שאין לראות בהם מתחרים לצורך הערכת הריכוזיות. כך למשל, ידיעות אחרונות, ynet, כלכליסט ווסטי אינם גופים מתחרים, מכיוון שכולם נמצאים בשליטתו של גורם יחיד – ארנון מזוס, באמצעות קבוצת ידיעות אחרונות.

הרובד השני והנסתר יותר של זיקות עסקיות הוא בין גופים שעוסקים בהפקה של תוכן עיתונאי-חדשותי ובין אלו שעוסקים בהפצתו. כפי שאפשר ללמוד

המודפסת רק אם לצרכן יש גישה לרשת האינטרנט. נכון לסוף שנת 2016, 75% מתושבי מדינת ישראל היו בעלי גישה לאינטרנט (ראו OECD Internet Access Data, 2018), אך קיים פער גדול בכך בין הציבור היהודי לציבור הערבי (מן ולב־און, שם, בעמ' 35).

ממיפוי בעלי השליטה בגופי התוכן העיתונאי־חדשותי ובגופי התשתית להפצתו שהצגנו לעיל, ישנן זיקות לא מבוטלות בין גופי תוכן לגופי תשתית. מאחר שתשתיות ההפצה של תוכן עיתונאי־חדשותי – בתי דפוס, תשתיות להפצת טלוויזיה רב־ערוצית ותשתיות גישה לאינטרנט – מאופיינות גם הן בריכוזיות גבוהה (בשל חסמי כניסה כלכליים ורגולטוריים או בשל קיומם של "מונופולים טבעיים" בתחום התשתית),⁶⁰ מתעורר חשש מפני זיקות מבניות בין גופי תשתית לגופי תוכן, ואלו עלולות לפגום ביעילות תפקודו של שוק התוכן החדשותי־עיתונאי. הנה כמה דוגמאות לזיקות כאלה:

- העיתונות הכתובה מתבססת כמעט לחלוטין על שלושה בתי דפוס, כולם בבעלות שלושת העיתונים הגדולים: הארץ, ידיעות אחרונות וישראל היום.⁶¹ בתחום זה אף מסתמנת מגמה של התכנסות השוק לשני בתי דפוס בלבד, שכן עלתה האפשרות למכירת בית הדפוס של עיתון הארץ לאחד משני המו"לים האחרים (אפשרות זו לא התממשה בסופו של דבר).⁶² בתנאים אלו באופן בלתי נמנע נוצרת זיקה עסקית בין מתחרה קטן בשוק התוכן של העיתונות המודפסת ובין מתחרה דומיננטי המחזיק בבית דפוס.⁶³

- קבוצת ידיעות אחרונות, העוסקת בעיקר בהפקת תוכן עיתונאי מודפס ומקוון, נשלטת על ידי ארנון מוזס, המחזיק בד בבד גם באחוזי בעלות ספורים בחברת הכבלים HOT. כך, גם אם HOT אינה מתחרה בשוק התוכן העיתונאי־

60 חלק משירותי התקשורת, כגון תשתיות הולכה או עיתונות מקומית, אינם יכולים להתקיים באופן יעיל או בר קיימא במסגרת תחרות משוכללת, ולכן בספרות הכלכלית הם נחשבים מונופולים טבעיים. ראו גושן, לשם ואזרחי, לעיל ה"ש 45, בעמ' 14.

61 עמוס שוקן מחזיק בבית הדפוס גרופרינט, המשמש את עיתון מעריב ואח השבועון בשבע. שבועון חתם לאחרונה על הסכם עם ישראל היום להדפסה בבית הדפוס החדש שלו (שנרכש ממעריב). סביב מעבר זה התגלע סכסוך משפטי בין בשבע להארץ, אשר מתן שירותי ההדפסה לבשבע שימש לו מקור הכנסה משמעותי.

62 לייאור אברבר "עיתון 'הארץ' בוחן את סגירת בית הדפוס" גלובס 2015.10.27.

63 זיקה עסקית זו עשויה להרתיע את המתחרה הדומיננטי מלבקר את סיקוריו של המתחרה הקטן (מכיוון שבכך הוא עלול להביא לדחיקתו מהשוק ולהפסיד את ההכנסות מפעילות הדפוס שלו); היא עשויה גם להרתיע את המתחרה הקטן מפני חשיפת מידע שיפגע באינטרסים של המתחרה הדומיננטי, שהוא תלוי בו להפצת מוצריו.

חדשותי, נוצרת בינה ובין קבוצת ידיעות אחרונות זיקה עסקית שיש בה פוטנציאל לפגיעה בטובת הצרכנים והציבור.⁶⁴

• קבוצת וואלה! תקשורת, המפעילה את אתר החדשות הפופולרי וואלה! News, נשלטת על ידי שאל אלוביץ', השולט גם בחברות התשתית yes ובזק. גם כאן, אף שחברות התשתית yes ובזק אינן מתחרות של וואלה! News בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי, נוצרת ביניהם זיקה שיש בה פוטנציאל לפגיעה בטובת הצרכנים והציבור.⁶⁵

דוגמאות אלו ממחישות את הצורך בניתוח קפדני יותר של התחרות בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי. זיקות ושיתופי פעולה כגון אלו לרוב אינם נבחנים כלל במסגרת דיני ההגבלים העסקיים הקיימים מאחר שהצדדים בהן אינם נתפסים כמתחרים. ניתוח התחרות הנוהג אינו רגיש דיו לאופן שבו זיקות בין הגופים המעורבים בהפקה ובהפצה של תוכן עיתונאי-חדשותי מובילות באופן טבעי לשיתופי פעולה ולחפיפת אינטרסים שיש בהם פוטנציאל של ממש לפגיעה במגוון של תוצרי השוק ובאיכותם.

נוסף על זיקות ברובד התשתית (זיקות אנכיות בין מפיקים ומפיצים של תוכן), הריכוזיות בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי בישראל נובעת גם מזיקות ברובד התוכן (זיקות אופקיות בין מותגי תוכן), כגון סינדיקציה של תכנים או קידום צולב (cross promotion). הינה כמה דוגמאות לכך. דיני ההגבלים הקיימים מאפשרים אותן מאחר שלא מדובר בזיקות בין מתחרים באותו שוק:

• לחברת קשת, זכיינית ערוץ 2 לשעבר, דרך אתר האינטרנט שלה Mako, הסכם שיתופי תוכן עם ערוץ הטלוויזיה ספורט 5,⁶⁶ והיא רוכשת תכנים כלכליים מהעיתון TheMarker, הנתון לשליטתו של עמוס שוקן, מו"ל עיתון הארץ. כמו

64 כך למשל במקרה של סדרת "מגש הכסף". בפרקי הסדרה, ששודרה בערוץ 8, השמע עורך TheMarker ביקורת על כשלים בהתנהלות העיתונאית של קבוצת ידיעות אחרונות. אתר ynet נמנע מלפרסם את הסדרה, אף שהוא מפרסם בקביעות את תוכני HOT וערוץ 8. עורך האתר סירב להשיב על השאלה מדוע דווקא סדרה זו לא התפרסמה באתר. ראו שוקי טאוסיג "איפה הכסף" העין השביעית 1.11.2015.

65 המחשה של הסכנות הטמונות בזיקה מסוג זה היא פרשת תיק 4000. ראו לעיל בסעיף 2.1.1 ובה"ש 37.

66 עמית סלונים "אתרי הספורט הטובים בישראל" Mako NEXTER 3.1.2013.

כן, חברת קשת קיימה שיתוף פעולה עם עיתון ישראל היום לקידום שידוריה על גבי העיתון,⁶⁷ ולאחרונה היא מקיימת פעילות משותפת לקידום תכנים עם קבוצת ידיעות אחרונות.⁶⁸

• לאתר ynet מקבוצת ידיעות אחרונות הסכם שיתוף פעולה לקידום תכנים עם חברת HOT.⁶⁹

• חברת רשת, זכיינית נוספת של ערוץ 2 לשעבר, שבה היה שותף בעבר ארנון מוזס (הוא אולץ למכור את אחזקותיו בה), מקיימת שיתוף פעולה עם קבוצת ידיעות אחרונות לקידום שידוריה בעיתון ובאתר האינטרנט של הקבוצה.⁷⁰

• ארנון מוזס, בעלי קבוצת ידיעות אחרונות, מחזיק בערוץ הספורט One המשודר על גבי הפלטפורמות HOT ושל yes. אלי עזור מחזיק בערוץ הספורט צ'רלטון, המשודר על גבי הפלטפורמות של HOT ושל yes. חברת קשת והערוצים השונים שהיא מפעילה, ובהם ערוץ המוזיקה ערוץ 24, משודרים גם הם על גבי פלטפורמות HOT ו-yes.⁷¹

נדגיש כי זיקות ושיתופי פעולה מסוג זה לא בהכרח מזיקים או פוגעים באיכות התוכן העיתונאי-חדשותי או ברווחתם של הצרכנים, ואיננו קוראים לקביעת חזקה חלוטה שלפיה שיתופי פעולה כאלה פוגעים בתחרות או בציבור. לעיתים שיתופי פעולה מסוג זה אף עשויים לשרת את האינטרס הציבורי באמצעות הרחבת אפשרויות ההפצה והצריכה של התכנים. כאשר לתוכן עיתונאי-חדשותי מסוים יש החצנות חיוביות, בהרחבת תפוצתו יש תועלת לחברה.

67 שוקי שדה ונחי טוקר "התחנה הבאה של נוני מוזס: לב הפריים טיים" **TheMarker** 20.4.2012.

68 דויד אברהם "כל ישראל אחים" וואלה! NEWS בראנז'ה 31.8.2014.

69 נועה פרייס "לאחר שנים של סכסוך: שת"פ עסקי בין קשת לידיעות" וואלה! News ברנז'ה 9.5.2017.

70 נחי טוקר "האם 'האח הגדול' היא קורבן בקרב בין 'ידיעות' לקשת?" **TheMarker** 9.3.2012.

71 ראו למשל ספי קצב "הוט לא חתמה על הסכם עם קשת: ייתכן כי יוסרו תוכני ה-VOD של הזכיינית" **Mako** 29.7.2010.

עם זאת, התמונה העולה מפרק זה היא שלמרות הגידול במספר הגופים והערוצים העוסקים באספקת תוכן עיתונאי־חדשותי, יש בשוק זה זיקות מבניות רבות ומתקיימים בו שיתופי פעולה שהדין הקיים מאפשר. כפי שנתאר בהרחבה בפרקים הבאים, בעלויות צולבות בין הגופים העוסקים בהפקה ובהפצה של תוכן עיתונאי־חדשותי לרוב אינן זוכות כלל לבחינה או לביקורת של החוק ושל רשויות האסדרה, המתרכזים באופן מסורתי בהיבטים כלכליים צרים, כגון מונופולים או שיתופי פעולה בין מתחרים ישירים.⁷²

72 לדיון בהתמקדותם של דיני ההגבלים העסקיים הנוהגים בסוגיות של הסדרים כובלים, מונופולין ומיזוגים ראו להלן בסעיף 1.ב.4.

המנשרים הקיימים בישראל לטיפול בריכודיות ובנזקיה בתחום התוכן העיתונאי־חדשותי

פרק 4

4.א

אסדרה ייעודית תלוית מדיום

4.א.1. אסדרת העיתונות המודפסת: היעדר אסדרה ייעודית ברובד המבני

רוב שנותיה של מדינת ישראל נהג בה משטר רישוי של עיתונים שנולד לצורך פיקוח ובקרה מנדטוריים על התכנים ועל זהות הבעלים של העיתונות ולא כוון לדאגה לתנאים כלכליים או לתחרות הוגנת בתחום.⁷³ למעשה, גם טרם ביטולה של פקודת העיתונות בשנת 2017 פסיקת בית המשפט העליון צמצמה משמעותית את הנסיבות שבהן ניתן לעשות שימוש בסמכות זו בשל פגיעתה החמורה בזכות לחופש ביטוי.⁷⁴

⁷³ פקודת העיתונות המנדטורית משנת 1933 אסרה על הדפסה או הוצאה לאור של עיתון בישראל ללא רישיון. הגדרתו של "עיתון" נקבעה באופן רחב: "עיתון פירושו כל דבר־דפוס המכיל חדשות, ידיעות, סיפורי מאורעות, או כל הערות, ציונים או ביאורים בקשר עם אותם חדשות, ידיעות או סיפורי מאורעות, או על כל עניין אחר בעל חשיבות ציבורית, הנדפס בכל לשון והיוצא לאור בישראל למכירה או להפצת חנינם, לעיתים קבועות או בלתי־קבועות". נוסף על כך, תקנה 94 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 מוסרת שיקול דעת רחב בהפעלת סמכות זו: "לא יידפס או לא ייצא לאור שום עיתון, אלא אם ישיג בעליו תעודת היתר [...] הממונה רשאי, ככל אשר יישר בעיניו, ובלי לתת כל טעם לדבר, להעניק או לסרב מלהעניק כל תעודת היתר כזאת, והוא רשאי לצרף אליה תנאים, והוא רשאי בכל זמן להתלות או לבטל כל תעודת היתר כזאת".

⁷⁴ ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 592–595 (2016). ברם המחקר ההיסטורי מלמד שבמקרים לא מעטים גופי הפיקוח הרלוונטיים (שרי הפנים של מדינת ישראל) הערימו קשיים על רישוי עיתונים שאינם משתייכים לזרם הפוליטי המרכזי. ראו עלי זלצברגר ופניה עוז־זלצברגר "מסורת חופש הביטוי בישראל" שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל 185 (מיכאל בירנהק עורך, 2006).

כיום, לאחר ביטול פקודת העיתונות, אין כל אסדרה משפטית ייעודית למדיום העיתונות המודפסת,⁷⁵ אלא רק חובות מכוח הדין הכללי: צנזורה צבאית, איסור פרסום, לשון הרע, פרטיות, דיני תאגידים ודיני הגבלים עסקיים.

4.2. אסדרת שידורי רדיו וטלוויזיה: הגבלת בעלויות צולבות ואסדרת חדשות

שוק החדשות הטלוויזיוני בישראל פועל בכפוף למשטר אסדרה ייעודי לו. להבדיל מתחום העיתונות המודפסת, תחום השידורים לציבור (broadcast) הוכפף מיומו הראשון לרגולציה מדינתית ענפה, המסדירה הן היבטים מבניים והן היבטים של תוכן בכל הנוגע לשידורים, ובפרט כאלה הנוגעים לשידורי חדשות.⁷⁶

ברובד המבני רגולציית השידורים בישראל קובעת הסדרים מבניים מפורטים בנוגע לגופים אשר רשאים לפעול בשוק, מתוך הכרה בכך שזוהו הבעלים משפיעה על טיב התוצרים בשוק:

- רישיון לשידורי טלוויזיה יוענק רק לתאגיד רשום בישראל אשר היכולת לכוון את פעולתו ולפחות 26% מכל אמצעי השליטה בו נתונים בידי אזרחים ישראלים ותושבי ישראל.⁷⁷
- לא יוענק רישיון לשידורי טלוויזיה למי שהורשע בעבירה שלדעת היועץ המשפטי לממשלה יש עימה קלון (ואם הוא תאגיד – מנהלו או אדם שהוא בעל עניין בתאגיד).⁷⁸
- לא יוענק רישיון לשידורי טלוויזיה למי שהוא סוכן פרסום או שאחת ממטרותיו העיקריות היא רכישת אמצעי פרסום.⁷⁹

75 עם זאת, העיתונות המודפסת כפופה להוראות האתיקה של מועצת העיתונות, שאינן בעלות אופי משפטי מחייב.

76 הסדרים אלו קבועים ברובם בסימן ד' לחוק הרשות השנייה.

77 סעיף 41(א)(1) לחוק הרשות השנייה.

78 סעיף 41(א)(2) לחוק הרשות השנייה.

79 סעיפים 41(א)(3) ו-41(א)(4) לחוק הרשות השנייה.

- לא יוענק רישיון לשידורי טלוויזיה למפלגה או שלוח של מפלגה.⁸⁰

ההכרה בכך שזהות הבעלים משפיעה על טיב התוצרים בשוק הובילה את המחוקק להגביל את השליטה של אדם יחיד בערוץ טלוויזיה ולקבוע כי לא יוענק רישיון לשידורי טלוויזיה לתאגיד שיש לו בעל שליטה דומיננטי (אדם אחד מחזיק בו ביותר מ־74% מסוג כלשהו של אמצעי שליטה).⁸¹ נוסף על כך, הרובד המבני של אסדרת השידורים מבקש להבטיח את האינטרס הציבורי במגוון של תכנים באמצעות איסורים על בעלויות צולבות:

- לא יוענק רישיון לשידורי טלוויזיה למי שהוא בעל זיכיון או רישיון לשידורי טלוויזיה (או מחזיק בשיעור כלשהו של אמצעי שליטה בבעל זיכיון/רישיון אחר), או שבעל זיכיון אחר מחזיק בו בשיעור כלשהו של אמצעי שליטה.⁸²
- לא יוענק רישיון לשידורי טלוויזיה לתאגיד שהוא עיתון, או לאדם המחזיק בשיעור כלשהו של אמצעי שליטה בעיתון.⁸³

רובד האסדרה השני, והרלוונטי יותר לענייננו, הוא שורה ארוכה של חובות שהמחוקק קבע באשר לתוכן של שידורי חדשות טלוויזיוניות ולאופן ההפקה שלהן:

- בעלי הזיכיונות או הרישיונות לשידורי טלוויזיה מחויבים להקים ולהפעיל חברת חדשות.
- 40% ממניותיהן של חברות החדשות יהיו בידיה של הרשות השנייה.⁸⁴

80 סעיף 42(א)(3) לחוק הרשות השנייה.

81 סעיף 41(ב2)(4) לחוק הרשות השנייה.

82 סעיף 56 לחוק הרשות השנייה.

83 סעיף 41(ב2)(5) לחוק הרשות השנייה.

84 סעיף 66(א) לחוק הרשות השנייה. סעיף זה קובע הסדר שלפיו הרשות השנייה מחזיקה ב־40% מהמניות המקנות זכויות הצבעה באספה הכללית, ואילו המניות המקנות זכויות לקבלת רווחים ולהשתתפות ביתרת נכסיה של חברת החדשות בזמן פירוקה נמצאות כולן בידי בעל הרישיון לשידורים.

- מועצת המנהלים של חברת חדשות תורכב מלפחות חמישה דירקטורים, אשר שלושה מהם ימנו הגופים המשדרים (לפי חלקם היחסי במניות ההצבעה) והשניים האחרים יהיו נציגי ציבור שתמנה מועצת הרשות השנייה.⁸⁵
 - מועצת המנהלים תמנה את מנהל חברת החדשות (המוגדר העורך הראשי של שידורי החדשות) על פי המלצת הגופים המשדרים, וברוב של 75% מחברי מועצת המנהלים.⁸⁶
 - הגופים המשדרים יממנו את הרכישה והתחזוקה של מתקני חברת החדשות וציודה ואת כל יתר הוצאות חברת החדשות, למעט הוצאות התפעול השוטף, שאותן תממן הרשות השנייה.⁸⁷
 - לא יכהן אדם כבעל תפקיד בשתי חברות חדשות או יותר.⁸⁸
 - למועצת הרשות השנייה סמכות לקבוע את המועדים של שידורי חדשות ואורכם.⁸⁹
 - שידורי החדשות יהיו בעברית, ולמועצה נתונה הסמכות להורות על שידורים בשפות נוספות.⁹⁰
 - לפי הוראה סטטוטורית, חברת החדשות תקיים שידורי חדשות מדויקים, מהימנים ומאוזנים, ולא ישוקפו בהם עמדותיהם ודעותיהם הפרטיות של מנהלי החברה, עובדיה ובעלי מניותיה.⁹¹
- מסעיפים אלו עולה כי החדשות הטלוויזיוניות שמספקים ערוצי ה-broadcast בישראל נתונות למשטר אסדרה קפדני ייחודי, המסדיר היבטים מבניים והיבטי

85 סעיף 67(א) לחוק הרשות השנייה. כמו כן, סעיף 67(ג) קובע כי לא ימונה לדירקטור חברת חדשות מטעם הרשות מי שיש לו זיקה כלשהי לגוף המשדר או שעיסוקיו האחרים עלולים ליצור ניגוד עניינים עם תפקידו כדירקטור.

86 סעיף 68 לחוק הרשות השנייה.

87 סעיף 70 לחוק הרשות השנייה.

88 סעיף 63 לחוק הרשות השנייה.

89 סעיף 63(ב) לחוק הרשות השנייה.

90 סעיף 63(ג) לחוק הרשות השנייה.

91 סעיף 64 לחוק הרשות השנייה.

תוכן. זוהי דוגמה בולטת ויחידה להכרה של המחוקק בכך שתחום החדשות הטלוויזיוניות מחייב משטר אסדרה מחמיר יותר מאמות המידה הכלליות של דיני ההגבלים העסקיים, החלות על חדשות מודפסות או מקוונות.

4.3. א. שידורי חדשות בערוצים ייעודיים או זעירים על תשתית הטלוויזיה הרב־ערוצית

עד תחילת שנת 2018 שוק התוכן העיתונאי־חדשותי בשידורי הטלוויזיה המסחרית בישראל הוגבל לפעולתם של שני מתחרים עיקריים: חברות החדשות של ערוץ 2 וערוץ 10. בעבר נעשו ניסיונות להרחיב את ההיצע בתחום החדשות הטלוויזיוניות ולהקים ערוצי חדשות ייעודיים, אבל ניסיונות אלו לא צלחו. הדוגמה המוקדמת לכך היא תוכניתו של משרד התקשורת להפעיל ערוץ חדשות ייעודי במסגרת הקמתם של ערוצי שידורים ייעודיים.⁹²

למעשה, המרכז הראשון להפעלת ערוץ ייעודי היה להפעלת ערוץ חדשות. למכרז ניגשו שתי קבוצות: חדשות ישראל וחדשות 24. בראשית שנת 2001 הוכרז על זכייתה של קבוצת חדשות 24 במכרז, אך זו לא החלה בהפעלתו בשל הליכים משפטיים שנקטה חדשות ישראל לפסילת תוצאות המכרז. הליכים אלו הסתיימו בשלהי שנת 2001, בקביעתו של בית המשפט העליון כי חברת חדשות 24 לא עמדה בתנאי המכרז ולכן דין זכייתה להתבטל.⁹³ הפעלת ערוץ החדשות הייעודי לא יצאה לפועל, בסופו של דבר, בשל העיכובים בלוחות הזמנים ובשל סכסוכים שהתגלעו בין בעלי המניות, שהובילו לשלילת רישיונה של חדשות ישראל בשנת 2004.

מאז, גופים אחרים שביקשו לספק שידורי חדשות טלוויזיוניות נדחו מטעמים רגולטוריים. הדוגמה הבולטת לכך היא גוף החדשות הישראלי j24news,

92 בישראל פועלים הערוצים הייעודיים הבאים: ערוץ 9 (המשדר בשפה הרוסית ואשר החל לפעול בשנת 2002), ערוץ 24 (המשדר מוזיקה ואשר החל לפעול בשנת 2003); הֶלֶא TV (המשדר בשפה הערבית ואשר החל לפעול בשנת 2012); וערוץ 20 (שנקרא בעבר "ערוץ המורשת" ואשר החל לפעול בשנת 2014).

93 עע"מ 6352/01 חדשות ישראל (טי.אי.אן.סי) בע"מ נ' שר התקשורת, פ"ד נו(2) 97 (2001).

שבבעלותו של פטריק דרהי, שביקש להפיץ את תכניו באמצעות תשתית הטלוויזיה הרב-ערוצית בישראל.⁹⁴ הבקשה נדחתה מטעמן של הוראות חקיקת השידורים האוסרות על בעלים של גוף טלוויזיה רב-ערוצי להיות גם בעליה של חברת חדשות.⁹⁵

עם זאת, לאחרונה נפתח שוק החדשות הטלוויזיוניות הישראלי למתחרים נוספים. חוק התקשורת תוקן בשנת 2017 באופן שמאפשר לערוץ i24news לשדר באמצעות הטלוויזיה הרב-ערוצית בישראל (אך לא בשפה העברית).⁹⁶ נוסף על כך, בראשית שנת 2018 נערך תיקון חקיקה מקיף אשר זכה לכינוי "חוק ערוץ 20". ערוץ 20 החל לפעול בשנת 2014 כערוץ ייעודי בתחום מורשת ישראל, אשר ביקש לשדר גם תוכן עיתונאי-חדשותי. מאחר שתנאי הרישיון והמכרז שמכוחם פעל לא אפשרו לו לשדר חדשות, הוא נקנס על ידי הגופים הרגולטוריים והמשך פעילותו הוטל בספק.⁹⁷ על רקע זה, בשנת 2017 הוקמה בכנסת ועדה משותפת לוועדת הכלכלה ולוועדת הכנסת, בראשות חבר הכנסת יואב קיש, והוטל עליה לבחון הקלות רגולטוריות לערוצים הייעודיים.⁹⁸ הוועדה החלה לדון בנושא בסוף שנת 2017, והתיקונים הרחבים שהציעה לחקיקת התקשורת הישראלית התקבלו בקריאה שלישית בראשית שנת 2018.⁹⁹

94 i24news הוא ערוץ חדשות ואקטואליה ישראלי המספק תוכני חדשות ואקטואליה בשפה האנגלית. התכנים מופצים במסגרת הטלוויזיה הרב-ערוצית באירופה וארצות הברית.

95 על פי הוראות חוק התקשורת בנוסחו דאז, חדשות יכלו להיות משודרות בכבלים ובלווין רק באמצעות מפיק חדשות עצמאי. מכיוון שפטריק דרהי הוא בעל השליטה בתאגיד i24news ובחברת HOT, נמנעה עליית הערוץ בישראל מטעמי טיפול בריכוזיות בתחום התקשורת. ראו נתי טוקר "ליכט משתמש לראשונה בחוק הריכוזיות: אוסר לשדר הערוץ של דרהי ב-HOT" *TheMarker* 18.8.2014.

96 חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 65), התשע"ז-2017, ס"ח 2642 (8.6.2017).

97 אופיר דור "בפעם השנייה חוך חודשיים ערוץ 20 נקנס על שידורי חדשות" *כלכליסט* 25.8.2015.

98 "הוועדה המשותפת כלכלה-כנסת החלה לדון באסדרת הערוצים הייעודיים" (הודעות ועדת הכלכלה, *אתר הכנסת*, 28.12.2017).

99 חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (תיקון מס' 44), התשע"ח-2018, ס"ח 2695 (25.2.2018).

במסגרת תיקוני חקיקה אלו שונתה ההתייחסות הרגולטורית לערוצים הייעודיים ונוצרה קטגוריה רגולטורית חדשה – "משרד זעיר", המוגדר כבעל רישיון לשידורי טלוויזיה שהכנסותיו השנתיות אינן עולות על 80,000 שקלים, ועליו יחולו חובות רגולטוריות מופחתות.¹⁰⁰ בכלל זה, תיקון החוק קובע כי בעל רישיון זעיר יהיה פטור מהחובות הרגולטוריות לעניין שידורי חדשות, הפקות מקומיות וסוגה עילית.¹⁰¹

בכל הנוגע לשידורי חדשות, החוק קובע כי בעל רישיון זעיר רשאי לשדר חדשות, ואם הוא בוחר לעשות כן, יחול עליו מערך מצומצם של כללים רגולטוריים הקבועים בתוספת השלישית בחוק:

- על בעל הרישיון להקים מערך חדשות שיפעל באופן נפרד ועצמאי מהמערכת העסקית והשיווקית של הערוץ (הן מבחינת כוח אדם והן מבחינה תקציבית).
- עליו להגדיר את אופן המינוי של עורך החדשות ואת אופן העברתו מתפקידו.
- עורך החדשות ינהל את מערך החדשות באופן עצמאי.
- על בעל הרישיון למנות לפחות שני דירקטורים בלתי תלויים (וחלות עליהם הוראות באשר לכשירותם ולמשך כהונתם).

לאחר שינויי חקיקה אלו החל ערוץ 20 לספק תוכן עיתונאי-חדשותי בדמות מבזקי חדשות, מהדורת חדשות יומית ותוכניות אקטואליה.¹⁰²

הדברים שהובאו בחלק זה מראים כי תפיסת האסדרה הייעודית של תחום התוכן העיתונאי-חדשותי היא עדיין, במידה רבה, תלוית מדיום. באשר למדיום המודפס ולמדיום המקוון אין בנמצא כל אסדרה מבנית או תוכנית ייעודית, אולם באשר

100 סעיף 171 לחוק הרשות השנייה.

101 סעיף 71(ב) לחוק הרשות השנייה.

102 מהדורת החדשות של ערוץ 20, בהגשתה של דנה סומברג, עלתה לאוויר ביום 25.3.2018. בחודשים הראשונים לשידורי המהדורה היא זכתה לשיעורי צפייה של כ-3%-4%, שיעורים נמוכים משמעותית מאלו של מהדורות החדשות בערוצים 2 ו-10 אך שקולים לשיעורי הצפייה במהדורת החדשות של השידור הציבורי. ראו נועה פרייס "רייטינג יומי: חדשות ערוץ 20 עוקפת את מהדורת כאן" וואלה! News 26.3.2018; אלכסנדר כץ "שבוע למהדורת חדשות ערוץ 20: כמעט שוויון עם כאן 11" *ice* 1.4.2018.

למדיום הטלוויזיוני קיים מערך רגולטורי ענף המיועד לטפל בכשלים הכלכליים והדמוקרטיים של שוק התוכן העיתונאי-חדשותי.

1.4

דיני תחרות והגבלים עסקיים

בניגוד לאסדרה המבנית של התקשורת המשודרת, הנעשית באמצעות משטר רגולטורי ייעודי ולאור ערכים של הבטחת דיוק בידיעות החדשותיות וריבוי דעות, האסדרה המבנית של העיתונות המודפסת והמקוונת נעשית כיום רק באמצעות דיני התחרות והגנת הצרכן. כלומר, להבדיל מהתקשורת המשודרת, הרגולטור היחיד המופקד על תהליכי ריכוזיות הנוגעים לעיתונות שאינה משודרת (כלומר מודפסת ומקוונת) הוא הממונה על התחרות. הממונה פועל לפי הוראות חוק התחרות הכלכלית (לשעבר חוק ההגבלים העסקיים) ואף חבר בוועדת הריכוזיות, אשר תפקידה לפקח על כך שחלוקת משאבים ציבוריים לא תביא לריכוזיות במשק.¹⁰³ בין השאר, ועדה זו מוסמכת לנפק חוות דעת בנוגע להקצאה של משאבי ציבור משמעותיים ובכללם תדרי שידור, רישיונות וזיכיונות לגופי תקשורת ועיתונות.¹⁰⁴

נתאר כעת את שלושת המישורים העיקריים שדיני ההגבלים העסקיים פועלים בהם לשם התערבות בשווקים: טיפול בהסדרים כובלים ("קרטל"), מונופולין והתערבות במיזוגים.

¹⁰³ נוסף על הממונה, רגולטור ייעודי לתחום התקשורת (הרשות השנייה ומועצת הכבלים והלוויין) מוסמך להתייחס לנושא כאשר גם גופי מדיה משודרת מעורבים בתהליך. על הסמכויות המקבילות של הממונה על ההגבלים העסקיים ומועצת הרשות השנייה בהליך אישור המיזוג בין רשת לערוץ 10 ראו להלן בסעיף 3.1.5.

¹⁰⁴ החוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ד-2013, מסמיך את הוועדה לחוות את דעתה בעניין הקצאת זכויות לגופים ריכוזיים במשק, בהם (לפי סעיף 4 לחוק) גופים בתחום התקשורת. דוגמה עכשווית להפעלת סמכויותיה של ועדת הריכוזיות בתחום התקשורת היא המלצתה לאשר את המיזוג בין רשת וערוץ 10. ראו עומר כביר "ועדת הריכוזיות אישרה את המיזוג בין רשת וערוץ 10" כלכליסט 3.1.2019.

1.1.4 טיפול בהסדרים כובלים

הסדר כובל הוא סוגיה מרכזית בפרקטיקה של דיני התחרות. זהו הסדר שנעשה בין גופים עסקיים שבו אחד הצדדים מגביל את עצמו באופן שעלול להפחית את התחרות בענף.¹⁰⁵ העניינים העיקריים שהסכמה עליהם תיחשב להסדר כובל הם המחיר שהצרכן יידרש לשלם; חלוקת הרווחים בין הצדדים; וחלוקת השוק ביניהם או הסכמה על כמות הנכסים והשירותים שיספקו הצדדים להסכם או על איכותם או סוגם.¹⁰⁶ בכלל זה, מקובל להבחין בין הסדר כובל אופקי להסדר כובל אנכי. הסדר כובל אופקי נערך בין שתי חברות או יותר המתחרות באותו שוק. כך למשל, חברות מתחרות עשויות לסכם ביניהן מחיר לצרכן הגבוה ממחיר השוק; הסדר כובל אנכי נערך בין שני גורמים בשרשרת הייצור או ההפצה של מוצר מסוים, למשל הסדרי בלעדיות. דוגמאות להסדרים כובלים בתחום העיתונות הכתובה הן סוגיית הבלעדיות בהפצה (הסדר כובל אנכי בין עיתון לבין מפיץ), והסכמי סינדיקציה בתכנים (הסדר כובל אופקי בין ספקים של תוכן עיתונאי חדשותי).¹⁰⁷

נזכיר כי דיני ההגבלים העסקיים אינם אוסרים על עשייתו של הסדר כובל אלא מחייבים לבדוק אותו ולאשר אותו, מתוך הכרה בכך שפרקטיקה זו עלולה לפגוע בתחרות או בציבור. הרציונל העומד מאחורי מישור זה של דיני ההגבלים העסקיים הוא שהסדרים כובלים עשויים לפגוע בתחרות באותו שוק או בשווקים קרובים, באופן הפוגע באינטרסים צרכניים, וכן ביעילותו וביציבותו של שוק זה. הם עשויים להטות את המחיר, ההיצע או האיכות של תוצרי השוק, בניגוד לאינטרסים של צרכניהם הישירים ובניגוד לאינטרסים של כלל החברה. לכן דיני

105 סעיף 2(א) לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 (לשעבר "חוק ההגבלים העסקיים").

106 סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים. עם זאת, סעיף 3 בחוק קובע רשימה של הסדרים לגיטימיים בין גופים עסקיים, שלא ייחשבו להסדרים כובלים הרלוונטיים לעניין זה.

107 ראו דיון להלן בסעיפים 2.1.5, 2.1.5.

ההגבלים העסקיים מספקים סעדים מגוונים לטיפול בהסדרים כובלים, בתנאי שההסדר הכובל העומד לבחינה עלול לפגוע בתחרות.¹⁰⁸

2.1.4. טיפול במונופולין

ערוץ פיקוח נוסף של דיני ההגבלים העסקיים הוא טיפול במונופול, קרי חברות בעלות נתח מרכזי בשוק הרלוונטי. מאז חקיקת חוק ההגבלים העסקיים הישראלי, מונופולין מתקיים כאשר יותר ממחצית הנכסים או השירותים בשוק מסוים מרוכזים בידי של אדם אחד ("בעל המונופולין").¹⁰⁹ עם זאת, החוק אפשר לשר הכלכלה (לפי המלצתו של הממונה) לקבוע כי מתקיים מונופול גם בשיעור נמוך ממחצית, אם לריכוזיות במקרה זה יש השפעה מכרעת בכל הקשור לשוק ספציפי.¹¹⁰ בסוף שנת 2019 קיבלה הכנסת את תיקון מס' 21 לחוק ההגבלים העסקיים, המעדכן את הגדרתו של מונופול באופן הבא:¹¹¹

בחוק זה, "בעל מונופולין", כל אחד מאלה:

(1) אדם שחלקו בכלל האספקה של נכסים או בכלל רכישתם, בכלל מתן שירותים או בכלל רכישתם, עולה על מחצית;

108 בית הדין רשאי לאשר הסדר כובל (כולו או חלקו) אם הוא סבור כי הדבר הוא לטובת הציבור, והוא רשאי להתנות את אישורו בתנאים (סעיף 9 לחוק ההגבלים העסקיים). בית הדין רשאי לבטל אישור שנחן או לשנות את תנאיו אם שוכנע, על פי בקשה של הממונה, כי חלו שינויים מהותיים בנסיבות שהיו קיימות בעת מתן האישור (סעיף 12 לחוק).

109 סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים.

110 סעיף 26(ג) לחוק ההגבלים העסקיים. לדוגמה, חברת HOT נחשבת מונופול בתחום השידורים אף שנחח השוק שלה נמוך מ-50%. ראו גד פרץ "פחות מ-50% נתח שוק אך עדיין חזקה: ברשות ההגבלים העסקיים עדיין חושבים שהוט היא מונופול" גלובס 28.10.2018.

111 חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 21), התשע"ט-2019 (התיקון התקבל בקריאה שלישית ביום 31.12.2018).

(2) אדם המחזיק כוח שוק משמעותי ביחס לאספקת נכסים או רכישתם, או ביחס למתן שירותים או רכישתם.¹¹²

בערוץ זה של טיפול במונופולין עומדים לרשותן של רשויות האכיפה כלים רבי עוצמה. משהוכרזה חברה כמונופול, נאסר עליה לנצל את מעמדה לרעה באופן שעלול להפחית את התחרות או לפגוע בציבור, וכן נאסר עליה לסרב סירוב בלתי סביר לספק את שירותיה.¹¹³ נוסף על כך, הממונה רשאי לנקוט עוד סעדים התנהגותיים. ביכולתו להנפיק צווי עשה ואל תעשה המורים למונופול כיצד לנהוג, לחייב את המונופול לחדול מניצול לרעה של כוחו בשוק או בשווקים אחרים ואף להורות על פירוק המונופול לחברות נפרדות.¹¹⁴

בשוק התוכן העיתונאי חדשותי הדוגמה הבולטת לשימוש בערוץ פיקוח זה של דיני ההגבלים העסקיים הוא ההכרזה על ידיעות אחרונות כמונופולין בענף העיתונות היומית בשפה העברית.¹¹⁵

3.1.4. פיקוח על מיזוגים ורכישות

נוסף על הטיפול בהסדרים כובלים ובמונופולין, דיני ההגבלים העסקיים מבקשים למנוע מראש את היווצרותם של מונופול או ריכוזיות באמצעות פיקוח על מיזוגים של חברות, שעשויים לפגוע בתחרות או בטובת הציבור. לכן, הגם שמזוגים נחשבים בדרך כלל כתורמים ליעילות כלכלית, דיני ההגבלים העסקיים מאפשרים לפקח ולמנוע מיזוגים אשר צפויים לפגוע בתחרות או בטובת הציבור בהיבטים של מחירים, איכות או כמות תוצרי השוק.

112 לעניין זה ראו גילוי דעת מספר 2/19 של רשות התחרות בעניין האופן של בחינת כוח שוק משמעותי (21.7.2019).

113 סעיפים 29-29א לחוק ההגבלים העסקיים.

114 סעיפים 30-31 לחוק ההגבלים העסקיים.

115 החלטה 3001293 של רשות ההגבלים העסקיים "הכרזה בדבר מונופולין - עיתון יומי בשפה העברית: ידיעות אחרונות" (12.4.1995) (להלן: הכרזת ידיעות אחרונות כמונופולין).

לפי דיני ההגבלים העסקיים בישראל, רכישת 25% או יותר מאמצעי השליטה בחברה אחת על ידי חברה אחרת ("רכישת שליטה") מחויבת בדיווח על כך ודרוש לה אישורו של הממונה על התחרות לנוכח פוטנציאל הפגיעה שלה בתחרות.¹¹⁶ בד בבד, רכישת שליטה בשיעור הנמוך מ-25% אך העולה לכדי "רכישת השפעה מהותית" עשויה להניע את רשויות הפיקוח לבחון את המיזוג.¹¹⁷ במקרים אלו, החוק מעניק לממונה סמכות להתנגד למיזוג או להתנות אותו בתנאים, אם לדעתו יש חשש סביר שבעקבות המיזוג תיפגע באופן משמעותי התחרות באותו ענף, או שהציבור ייפגע בהיבטים של המחיר, האיכות או הכמות של תוצרי השוק הרלוונטי.¹¹⁸ דוגמאות בולטות להפעלת דיני ההגבלים העסקיים בנוגע למיזוגים בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי הישראלי הן: בקשתו של בעליו של עיתון גלובס בשנת 1999 לרכוש 25% ממניותיו של עיתון ידיעות אחרונות (מיזוג שלא זכה לאישור הממונה); המקרה של מיזוג חברות הכבלים בשנת 2002 (שבעניינו קבע הממונה הוראות מבניות מיוחדות כתנאי לאישורו).¹¹⁹

לסיכום פרק זה, נראה שלטיפול בבעיית הריכוזיות של שוק התוכן העיתונאי-חדשותי משמשים שני כלים משפטיים עיקריים. האחד הוא קביעת כללי אסדרה מבנית פרטניים לתחום התקשורת, כלי המיושם בכל הנוגע לחדשות בטלוויזיה; השני הוא הפעלת דיני ההגבלים העסקיים החלים על כלל הפעילויות המסחריות. התפיסה המסורתית של אסדרת אמצעי התקשורת האלקטרוניים מתאפיינת

116 ראו סעיף 1 לחוק ההגבלים העסקיים, המגדיר "מיזוג חברות" כך: "לרבות רכישת עיקר נכסי חברה בידי חברה אחרת או רכישת מניות בחברה בידי חברה אחרת המקנות לחברה הרוכשת יותר מרבע מהערך הנקוב של הון המניות המוצא, או מכוח ההצבעה או מהכוח למנות יותר מרבע מהדירקטורים או השתתפות ביותר מרבע ברווחי החברה". מקרים נוספים הנחשבים כמיזוג המחייב אישור קבועים בסעיף 17 לחוק ההגבלים העסקיים: (1) כחוצאה מהמיזוג חלקן של החברות המתמזגות בשוק הרלוונטי יעלה על מחצית או על שיעור אחר שנקבע על ידי השר; (2) מחזור המכירות של החברות המתמזגות ביחד, בשנה שקדמה למיזוג, עולה על סכום של 150 מיליון שקלים חדשים; (3) אחת החברות המתמזגות היא בעלת מונופולין.

117 גושן, לשם ואזרחי, לעיל ה"ש 45, בעמ' 24-25. וראו גם "הנחיות הממונה על הגבלים עסקיים לגבי הליכי הדיווח והבדיקה של מיזוגי חברות לפי חוק ההגבלים העסקיים, החשמ"ח-1988" (9.1.2008).

118 סעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים.

119 לדיון במקרים אלו ולניתוחם ראו להלן בפרק 5.

בהעדפת הכלי הרגולטורי על פני שימוש בדיני ההגבלים העסקיים, מתוך הכרה בכך שתקשורת אינה ככל עסק מסחרי אחר. כלומר, יצירת מערך אסדרה מבני ייחודי וקפדני לתחום השידורים, ולחדשות משודרות בפרט, מבטאת את ההכרה בכך שאין די בחוקי ההגבלים העסקיים כדי לטפל בכשלי השוק הייחודיים של שוק התוכן והמידע.

לנוכח ההפרדה המסורתית הזאת בין משטרי האסדרה של סוגי המדיה, רשות ההגבלים העסקיים והממונה השתתפו עד היום במידה מצומצמת מאוד באסדרה המבנית של שוק התוכן העיתונאי־חדשותי. עם זאת, שינוי הדנ"א הטכנולוגי של תעשיית התוכן העיתונאי־חדשותי, ההגירה למדיום הדיגיטלי, קריסת המודלים הכלכליים של שוק התוכן העיתונאי־חדשותי וגם הירידה בכוחן של הרשויות לאסדרת הטלוויזיה והרדיו – כל אלה מובילים לכך שדיני התחרות הם האמצעי האפקטיבי העיקרי להגנה על האינטרס הציבורי מפני תהליכי ריכוזיות בשוק התוכן. במילים פשוטות, הגורם היחיד המחזיק בשילוב של ידע וסמכויות של רגולציה מבנית בכל הנוגע לענף התקשורת כולו הוא הממונה על התחרות.

מגבלות דיני התחרות הקיימים בהתמודדות עם בעיית הריכוזיות בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי

בפרק זה נאפיין ונעריך את דיני ההגבלים העסקיים בישראל ואת הפעלתם בידי הממונה על ההגבלים ונבחן עד כמה המצב המשפטי הנוהג מאפשר להביא בחשבון את המאפיינים הייחודיים הנוגעים לריכוזיות בענף התוכן העיתונאי-חדשותי ולפגיעתה באינטרסים של כלל הציבור, צרכנים ואזרחים.¹²⁰ לשם כך ננתח החלטות של הממונה על ההגבלים העסקיים ושל בית הדין להגבלים עסקיים בשני העשורים האחרונים, במקרים שבהם אלו נדרשו להתייחס לשוק התקשורת הישראלי ובפרט לענף התוכן העיתונאי-חדשותי.

מעבר לדיון פרטני בהחלטות, מטרתו של פרק זה היא לעמוד על התפיסה הכללית של מערך ההגבלים העסקיים בישראל בכל הנוגע להפעלת סמכויותיו על שוק זה. כלומר, האם בעת הפעלת סמכויותיו ביחס לשוק התוכן העיתונאי-חדשותי מערך ההגבלים העסקיים מגביל את עצמו לשיקולים צרים של תחרות כלכלית (הגורסת כי תמחור תחרותי הוא אמת המידה העיקרית לקיומה של תחרות מספקת), או שמא הוא מתחשב גם בשיקולים של מגוון הקולות והערוצים בשוק זה?

שאלה זו באשר לגורמים הרלוונטיים לצורך קביעת מידת ההתערבות השלטונית בפעילות שוק מסחרית עומדת בלב המחלוקת המוכרת בעולם הכלכלה כמתח בין אסכולת שיקגו ובין הגישה הרב-ערכית. לפי אסכולת שיקגו, שעקרונותיה נוסחו בשנות החמישים והשישים של המאה הקודמת, השיקול היחיד בקביעת מידת ההתערבות הממשלתית בשוק התקשורת הוא רווחת הצרכן. גישה זו

120 כמפורט בפרקים הקודמים, לענף התוכן העיתונאי-חדשותי יש מאפיינים ייחודיים המחייבים להתאים עבורו את דיני התחרות הכלליים. העיקריים שבמאפיינים אלו הם השפעותיו הרחבות של שוק העיתונות על הציבור כולו; חוסר היכולת של הצרכן להעריך באופן מושכל את המידע החדשותי שהוא צורך; תמריצים לא-כספיים לבעלי העיתון; קשיי הישרדות של גופים חדשותיים קטנים; האינטרסים של גורמים חיצוניים לשוק (כלומר מי שמסוקרים בעיתונות) להשפיע על אופן הסיקור ולעיתים אף לפעול להסתרת ידיעות; החפיפה בסוג המידע שמייצרים גופי תוכן חדשותי הפועלים בשוקים שונים וההשפעות ההדדיות בין גופים אלו.

גורסת אפוא כי גם במסגרת הניתוח התחרותי של שוק התקשורת יש להידרש רק לאמות מידה כלכליות כגון יעילות עסקית, הבטחת רמה נמוכה של מחירים, צמצום הצטברות הון פרטי ושימוש יעיל בהון.¹²¹ לעומת זאת, הגישה הרב-ערכית גורסת שכדי לקבוע את מידת האסדרה בתחום התקשורת יש לתת משקל גם לתוצאות לא-כלכליות, וכי בתחום זה יש לאמץ כללי תחרות מחמירים יותר, כגון איסור על אחזקות צולבות בענפי תקשורת שונים גם אם הגוף המחזיק אינו בגדר מונופול או בעל עמדה דומיננטית בשוק.¹²²

בטרם נסקור את ההחלטות השונות של הממונה על ההגבלים העסקיים, נדגיש כי עד היום רשות ההגבלים והממונה הגבילו מאוד את השתתפותם באסדרה המבנית של שוק התוכן העיתונאי-חדשותי, גם בלי שיאמצו במפורש את אסכולת שיקגו. ראשית, מרבית שיתופי הפעולה בתחום התשתית והתוכן העיתונאי-חדשותי (שנסקרו בסעיף 3.3) לא הובאו כלל לאישורו של הממונה, מתוך הנחה שהצדדים להם אינם מתחרים במובנו הצר של החוק, ולפיכך הם אינם מקיימים חובה לבקשת אישור. שנית, במקרים הספורים שבהם קיבל הממונה החלטות הנוגעות לענף זה, הוא לא שקל במלואם את מאפייניו הייחודיים של הענף, או שהחלטות התקבלו מתוקף התפיסה המסורתית המבחינה בין שוקי העיתונות המודפסת, המשודרת והמקוונת. מכל אלה ניכר כי הגופים המופקדים על אכיפת דיני התחרות בישראל – הממונה, רשות ההגבלים ובית הדין להגבלים עסקיים – נוטים לאמץ ריסון עצמי מופלג בכל הנוגע לטיפול בצרכים החברתיים הייחודיים של תחום התוכן העיתונאי-חדשותי.¹²³

121 גושן, לשם ואזרחי, לעיל ה"ש 45, בעמ' 22-23.

122 שם, בעמ' 23.

123 דוגמה מייצגת לריסון עצמי כזה עולה מרתיעתו של הממונה מהכרזה על ידיעות אחרונות כמונופול בשוק העיתונות הכתובה עוד בשנת 1995 (הכרזה ידיעות אחרונות כמונופולין, לעיל ה"ש 115). הממונה קבע אז כי הסוגיה "מחייבת ברירת 'המוץ מן התבן' [...] לבל נגלוש לשימוש לא-ראוי במערך הפיקוח על ההגבלים העסקיים ככלי שרת במאבקים שאינם בגדר האינטרסים המוגנים בחוק ההגבלים".

א.5

החלטות שאינן מביאות בחשבון מאפיינים חוץ-תחרותיים

א.5.1. הסכמה למיזוג של חברות הכבלים: ריכוזיות כלל-ענפית (2002-2003)

מאז שנת 1998 פעלו בישראל חברות מתחרות בתחום שידורי הטלוויזיה בכבלים – תבל, מתב, ICS, ערוצי זהב, גוונים וכבלתק. כל אחת מהחברות האלה פעלה כמונופול באזורי זיכיון בארץ. בשנת 2002 אישר הממונה על ההגבלים העסקיים את בקשתן של החברות להתמזג לחברה אחת – חברת HOT – שתספק שירותי טלוויזיה בכבלים בפרישה ארצית.¹²⁴ עיקר התנאים שקבע הממונה לאישור המיזוג בין חברות הכבלים עסקו בהבטחת התחרותיות בתחום הטלוויזיה בכבלים: הפרדת מבנית בין פעילות התשתית לפעילות השידורים של הגוף הממוזג (והגבלת החברה הממוזגת מפעילות בתחום הערוצים והתוכן), חובת מתן גישה ושימוש בתשתית לשידורי כבלים ואיסור על מניעת פיתוח של תשתיות מתחרות.

נוסף על תנאים אלו, שנועדו להבטיח את התחרותיות בשוק התשתית והתוכן של שידורי טלוויזיה בכבלים, החלטת הממונה נדרשה גם לטפל בהשפעתו של המיזוג על שוק העיתונות היומית בישראל. הסיבה לכך הייתה שותפות האינטרסים שיצר המיזוג בין שלושה עיתונים יומיים דומיננטיים באותה תקופה – מעריב, ידיעות אחרונות וגלובס, שכל אחד מהם החזיק באחוזים ניכרים מהבעלות בחברת הכבלים הממוזגת.¹²⁵ על מנת להסיר את החששות באשר להשפעתו של המיזוג על התחרות בשוק העיתונות היומית, הציב הממונה

124 הודעה 3014119 של הממונה על ההגבלים העסקיים "אישור מיזוג בתנאים" (22.4.2002).

125 להשלמת התמונה נציין כי בשנים 2009-2010 רכש פטריק דרהי מידי בנק לאומי, קבוצת דלק, אליעזר פישמן, אמנון מוזס והציבור 72% ממניות חברת HOT.

תנאים אחדים לאישור המיזוג וקבע כי לא ישבו בעת ובעונה אחת דירקטורים מטעם העיתונים בחברת HOT, וכי תתקיים הפרדה מבנית מלאה בין העיתונים לחברת הכבלים.¹²⁶

החלטת הממונה במקרה זה מלמדת על היעדר רגישות מספקת להשפעות השליליות של המיזוג על שוק התוכן העיתונאי-חדשותי, מעבר לאמות המידה הכלליות של דיני ההגבלים העסקיים. הדבר בולט במיוחד לנוכח החלטתו של הממונה באותה שנה להתנגד למיזוג ידיעות אחרונות וגלובס, שנשענה על הנימוק החוץ-תחרותי שאיחוד אינטרסים של העיתונים היומיים עלול להגביר את יכולתם של בעלי הגוף הממוזג להשפיע על דעת הקהל.¹²⁷ במבחן התוצאה ייתכן שמבחינת השוק והצרכנים החלטת הממונה בעניין חברות הכבלים עדיפה על פני הסירוב למיזוג. עם זאת, אופן הניתוח וכללי הבחינה שהופעלו כאן אינם מבטאים רגישות מספקת לכגיעה האפשרית של המיזוג בתחום העיתונות, מעבר לחשש הכללי משיתופי פעולה או תיאום בין מתחרים.

126 ראו פרק ז להודעה 3014119 של הממונה (לעיל ה"ש 124):

לא יכהנו בעת ובעונה אחת כנושאי משרה בחברת השידורים או בחברת התשתית, מי שהם נושאי משרה בקבוצת פישמן, קבוצת ידיעות, קבוצת דנקנר או קבוצת אי די בי, והעוסקים או מכהנים בקבוצות האמורות בתחום שבו מתחרות הקבוצות האמורות, כולן או חלקן, במישרין או בעקיפין, זו בזו, אלא אם ניתנה לכך הסכמת הממונה, מראש ובכתב.

2. בלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף 1, יחולו הוראות אלה: 2.1

נושאי משרה בחברת השידורים ובחברת התשתית מטעם קבוצת פישמן, קבוצת ידיעות, קבוצת דנקנר וקבוצת אי די בי, לא יעבירו זה לזה כל מידע עסקי הנוגע לתחום שבו מתחרות הקבוצות זו בזו, כולן או חלקן, במישרין או בעקיפין; [...] תשמר הפרדה מלאה בין פעילות חברות התשתית והשידורים לבין פעילות חברת ידיעות אחרונות בע"מ (להלן: "ידיעות אחרונות") ופעילות חברת מעריב הוצאת מודיעין בע"מ (להלן: "מעריב"); בכלל זה – נושאי משרה בידיעות אחרונות ובמעריב לא יכהנו בעת ובעונה אחת כנושאי משרה בחברת התשתית או בחברת השידורים; נושאי משרה מטעם קבוצת ידיעות ומעריב לא יעלו כל עניין הנוגע לידיעות אחרונות ולמעריב בכהונתם כנושאי משרה בחברת השידורים או בחברת התשתית ולא יגלו מידע הקשור בידיעות אחרונות ובמעריב.

127 ראו להלן בסעיף 1.1.5.

בהמשך, עקב קשיים בביצוע המיזוג, הממונה אישר בשנת 2003 בקשה נוספת של חברות הכבלים שעניינה מתן פטור מאישור להסדר כובל. החלטה זו נגעה לשיתופי פעולה בהפקה ורכישה של תכנים ובהיבטי תשתית מסוימים כחלק מהתהליך לקראת ביצוע המיזוג.¹²⁸ אישור זה ניתן חרף התנגדותה של חברת אשכולות, החברה לזכויות מבצעים של אומני ישראל, שהביעה התנגדות למתן הפטור בטענה שהוא יחריף את הריכוזיות בשוק התקשורת בשל קשרי בעלות צולבת בין חברות הכבלים לגופי תקשורת ועיתונות מרכזיים אחרים.

החלטתו של הממונה לאשר את ההסדר הכובל מבטאת גישה של ריסון מופלג באשר לתפקידו בהתמודדות עם סכנותיה הייחודיות של ריכוזיות בשוק התקשורת, ברוחה של אשכולות שיקגו. בהחלטתו אימץ הממונה במפורש את העמדה שדיני ההגבלים העסקיים לא נועדו לטפל בבעיות הריכוזיות הייחודיות של שוק התקשורת.¹²⁹ הממונה דחה את טענתה של חברת אשכולות בנימוק שהטיפול בבעיה זו אינו מתפקידו, וכי המחוקק התייחס בחוקים פרטניים לבעייתיות שבבעלויות צולבות בענף התקשורת. יתרה מזו, הממונה הוסיף וקבע כי סוגיית הריכוזיות הכללית-תקשורתית אינה רלוונטית לדיני ההגבלים העסקיים, כל עוד היא אינה מתבטאת באמות המידה הכלכליות של כוח שוק, קרי ביכולת להעלות את מחיר השוק של מוצר ספציפי.¹³⁰

128 הודעה 3019120 של הממונה על ההגבלים העסקיים "מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר בין חברות הכבלים" (17.12.2003).

129 שם, סעיף 7:

ראשית, הפיקוח על בעלויות צולבות בשוקי התקשורת למיניהם מסור בידי המחוקק הפועל להפגת הבעייתיות הנחזית בתחום זה; שנית, אין בהחרפת הריכוזיות הקונגלומרטית בשוק התקשורת, להבדיל מהחרפת ריכוזיות בשוק מוצר רלבנטי כמשמעו בדיני ההגבלים העסקיים, בכדי לבסס הפרה של דיני ההגבלים העסקיים כל עוד אין עולה ממנו צל פגיעה תחרותית אפשרית, על רקע של תחרות פוטנציאלית או כוח שוק מצרפי באשכול של שווקים.

130 שם.

5.א.2. פטור מאישור הסדר כובל בין ידיעות אחרונות לבין קבוצת ישראל: הפצה משותפת בשוק דו־צדדי (2007)

בשנת 2007 התבקשה הממונה על ההגבלים העסקיים להעניק פטור מן החובה לקבל את אישור בית הדין להגבלים עסקיים להסדר כובל שעניינו הפצה משותפת של עיתונים בתחנות רכבת ישראל.¹³¹ ההסכם נעשה בין קבוצת ישראל, בעלת זיכיון להפקה והפצה של עיתון חינוכי לנוסעי רכבת ישראל, ובין קבוצת ידיעות אחרונות, שביקשה להפיץ מהדורה חינוכית של עיתונה בצירוף העיתון של קבוצת ישראל.

בהחלטתה אישרה הממונה את הבקשה בהתבסס על שני נימוקים. הנימוק הראשון היה שהסכם זה אינו מעורר את החשש הנלווה להסדרים כובלים, שמא ישמשו אמצעי לתיאום מחירים או כמות, בשל אופיים החינוכי של המוצרים העומדים בבסיס ההסדר.¹³² הנימוק השני היה שמאחר שהכנסות החינוכיים הן מפרסום בלבד, אין חשש מהגבלת תפוקה, שכן זו חותרת תחת ההיגיון המסחרי של עיתונים מעין אלו.¹³³ הממונה התייחסה גם לחששות מ"מעגל שני", כהגדרתה, הנוגעים לגלישת שיתוף הפעולה גם לעניינים הקשורים לתוכן העיתון. את החששות האלה פתרה הממונה, לשיטתה, בתנאים האוסרים על שיתוף פעולה בין הצדדים בנוגע לתוכן ולפרסומות.¹³⁴

לדעתנו, ניתוח זה לקוי היות שהרציונל המסחרי שבהגבלת תפוקה בענף העיתונות אינו נשען רק על העלאת מחיר בצד הקוראים, אלא גם על העלאת מחיר בצד הפרסום. כאשר תפוצת עיתונים מוגבלת, ההיצע בתשומות לפרסום יורד (קרי, נוצר פחות שטח לפרסום בו), ובעקבות זאת צפוי לעלות מחיר הפרסום, דבר המשרת את האינטרסים הכלכליים של העיתונים.

131 החלטה 5000706 של הממונה על ההגבלים העסקיים "מחן פטור בתנאים מאישור הסדר כובל" (8.11.2017).

132 לדברי הממונה, "אופיו של המוצר - עיתון המחולק בחינם - שולל את החששות של תיאום מחיר או כמות. ברי כי החשש מפני תיאום מחירים לא מתקיים כאן" (שם, בעמ' 2-3).

133 שם, בעמ' 3.

134 שם, בעמ' 4.

באופן כללי יותר, החלטה זו מדגימה את היעדר הרגישות של דיני ההגבלים העסקיים המסורתיים לתנאי השוק הייחודיים של שוק התוכן העיתונאי-חדשותי החינמי, שבו עיתונים מתחרים ביניהם בהיבטי התוכן לא רק כדי למשוך קוראים אלא גם כדי להעלות את שיעור החשיפה ואת שווים של שטחי הפרסום בעיתון. לפיכך יש לבחון את הפגיעה הפוטנציאלית של הסדרי הפצה מסוג זה לא רק על פי אמת המידה המוכרת של השפעה על מחיר המוצר לצרכן, אלא גם בכל הנוגע להשפעתם על מחירי הפרסום ועל אינטרסים צרכניים נוספים כגון כמות התוכן או איכותו. היבט נוסף שנעלם מעיני הממונה בהחלטה זו הוא רכיבי העלות הלא-כספית של קוראי העיתון. קוראי עיתון אינם משלמים בכסף בלבד, אלא בזמן ובתשומת לב, שהם משאבים מוגבלים. בעת בחינת הסכמי הפצה משותפים יש לבחון לא רק את השפעתם על האפשרות לגבות מחיר כספי רב יותר מהמפרסמים או מהצרכנים, אלא גם לגלות רגישות לכך שהגברה של חשיפת הקוראים לפרסומות עשויה להיות עלות ממשיית עבורם.¹³⁵

3.א.5. אישור המיזוג של קבוצת דנקר ומעריב: עיתון בשירות ריכוזיות כלל-ענפית (2011)

המיזוג שאולי זכה להד הרחב ביותר בענף העיתונות בשנים האחרונות הוא עסקת הרכישה של עיתון מעריב בידי חברת דיסקונט השקעות, אשר באותו זמן הייתה בבעלותו של נוחי דנקר. לפי אינדיקציות שונות, מניעיו של דנקר לרכישת מעריב לא היו כלכליים גרידא אלא נבעו מהשאיפה לקדם באמצעות העיתון את עסקיו הפרטיים ולחזק את השפעתו על דעת הקהל, בשירות מפת האינטרסים הענפה שלו.¹³⁶

135 מוצרים חינוכיים עלולים לפגוע ברווחה המצרפית של הצרכן אם זו כוללת גם עלויות לא-כספיות של המוצר החינוכי, כגון הקדשת זמן ותשומת לב לפרסומות. הצרכן "משלם" באמצעות משאבים אלו עבור המוצר החינוכי, ולפיכך יש הטוענים כי הסדרים כובלים או עסקות מיזוג הנוגעים למוצרים חינוכיים אינם פטורים מבחינה או מהתערבות של דיני ההגבלים העסקיים. על כך ראו Michael S. Gal & Daniel L. Rubinfeld, *The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement*, 80 ANTITRUST L. J. 521 (2016).

136 ראו ת"ג 12-09-10466 אוסטרובסקי נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ פס' 61-59 (9.8.2015); טרם פורסם).

למרות המשמעויות הציבוריות של רכישה זו, רשות ההגבלים העסקיים פרסמה הודעה לעיתונות האומרת כי לא מצאה במיזוג בעיות תחרות של ממש וכי החליטה לאשרו.¹³⁷ הודעה לקונית זו חסמה את האפשרות להעריך את שיקוליה של הרשות בהחלטה, ואילו תקופת בעלותו של דנקנר על העיתון והשפעותיה השליליות על פעילות העיתון מהדהדות עד היום בשיח העיתונאי.¹³⁸

4.א.5. אישור המיזוג של ישראל היום ומקור ראשון (2014)

דוגמה עדכנית יותר למגבלותיהם של דיני ההגבלים העסקיים בהתמודדות עם כשלי השוק הייחודיים לתחום התוכן העיתונאי־חדשותי היא החלטת הממונה משנת 2014 לאשר את העברתם של העיתון מקור ראשון ואת nrg לעיתון ישראל היום שבבעלותו של שלדון אדלסון, וכן את רכישת העיתון מעריב על ידי *Jerusalem Post* שבבעלותו של אלי עזר. מהלכים אלו נעשו כחלק מכינוס נכסי התקשורת של שלמה בן־צבי, שהיה אז הבעלים של העיתונים מקור ראשון, nrg ומעריב.¹³⁹ לאחר סיום הליך הכינוס הודיעו הצדדים לממונה על כוונתם להתמזג זכו לאישורו בתוך זמן קצר.¹⁴⁰

בהודעתו לעיתונות נימק הממונה את הסכמתו למיזוג בטענה שישראל היום ומקור ראשון אינם מתחרים ביניהם: ישראל היום הוא עיתון רחב תפוצה הפונה לקהל הרחב ומחולק חינום, ואילו מקור ראשון פונה לקבוצה מצומצמת ומופץ בעיקר בסופי השבוע ובמחיר גבוה. הממונה פסק כי המיזוג ביניהם אינו פוגע בתחרות בכל אחד מהשווקים המובחנים האלה ואישר את המיזוג בלי לקבוע תנאים מגבילים.

137 הודעה 5001786 של הממונה על ההגבלים העסקיים "הממונה על הגבלים עסקיים אישר מיזוג בין מעריב לדסק"ש" (28.4.2011).

138 ראו לדוגמה אורן פרטיקו "לתשומת לב החתולים המאולפים" העין השביעית 1.3.2015.

139 ראו פר"ק (מחוזי י"ם) 9712-03-14 "מקור ראשון" המאוחד בע"מ נ' עיתון "ישראל היום" בע"מ (לא פורסם; 30.3.2014).

140 הודעה 50061 של הממונה על ההגבלים העסקיים "אישור מיזוג עיתון ישראל היום בע"מ ומקור ראשון בע"מ" (30.4.2014).

החלטה זו ממחישה עד כמה דיני ההגבלים הקיימים אינם רגישים די הצורך לבחינת טיב הפגיעה של מיזוגים בתחום הייחודי של אספקת תוכן עיתונאי-חדשותי. לאור חשיבותה של החלטה מנחה ועדכנית זו, נעמוד ביתר הרחבה על הבעיות הטמונות בה.

היעדר רגישות לתפקידו של ספק תוכן עיתונאי-חדשותי קטן בהבטחת איכות תוצרי השוק

החלטתו של הממונה לאשר ללא תנאים את רכישת העיתון מקור ראשון ואתר nrg על ידי ישראל היום, ואת רכישתו של עיתון מעריב על ידי *Jerusalem Post*, נסמכה על הקביעה שהצדדים מחזיקים בנתחי שוק מצומצמים, ולכן לא מתעורר חשש לפגיעה משמעותית בתחרות או לפגיעה בציבור בהיבטים של רמת מחירים, איכות או כמות.¹⁴¹

נדגיש כי במקרה זה הממונה ציין במפורש כי אישור המיזוג בין מקור ראשון לישראל היום מחייב לבחון את התמריץ של ישראל היום "להשפיע לרעה על התכנים" של מקור ראשון.¹⁴² כלומר, הוא גילה רגישות ראויה לכך שהחלפת בעלות על גוף תוכן עיתונאי-חדשותי צפויה להשפיע על איכות תוצריו. עם זאת, עולה ספק באשר לשיטת הניתוח שהובילה את הממונה להסיק כי "התמריץ של ישראל היום להשפיע לרעה על התכנים של מקור ראשון אינם מובהקים מספיק".¹⁴³

141 ניתוחו של הממונה העלה כי היקפי הפעילות של אתר nrg ושל אתר ישראל היום מוגבלים יחסית, ועל כן קבע הממונה כי רכישת nrg על ידי ישראל היום אינה מעוררת חששות כאמור. באשר למיזוג בין *Jerusalem Post* למעריב, בדיקה הממונה התמקדה בזיקה שחיוצר בין העיתון מעריב לעיתונים סופהשבוע וישראל פוסט, הנמצא בקשרי בעלות עם *Jerusalem Post*. הבדיקה העלתה כי חלקם המצרפי של מעריב ושל סופהשבוע וישראל פוסט בחחום העיתונות קטן יחסית, וכי קיימים מתחרים גדולים ומשמעותיים אחרים בחחום. לכן נקבע כי השפעת המיזוג על התחרות זניחה והממונה מצא לנכון לאשר את המיזוג. רשות ההגבלים העסקיים "הודעה לעיתונות: הממונה על הגבלים עסקיים אישר את רכישת העיתון מקור ראשון ואת אתר האינטרנט nrg על ידי עיתון ישראל היום, ואת רכישת העיתון מעריב על-ידי העיתון ג'רוזלם פוסט" (30.4.2014) (להלן: החלטת אישור מיזוג ישראל היום ומקור ראשון).

142 ש.ם.

143 ש.ם.

כפי שהסברנו בפרקים הקודמים, ניתוח התחרות שהממונה קיים במקרה זה לא הביא בחשבון את העובדה שעיתון קטן עשוי לשמש כלי משמעותי לאיתור הטיות בעיתונים הגדולים. כלומר, גם אם עיתון מחזיק בנתח שוק קטן ויש לו ערך נמוך מבחינת התחרות המסחרית, הוא מקשה על שאר העיתונים לדווח דיווח מוטה או שקרי, מכיוון שהטיה כזאת תיחשף דרך הצלבת מידע עם העיתון הקטן. חשיבותו של עיתון קטן ככלי שעשוי לתקן את כשל המידע בענף ולתרום לציבור הצרכנים אינה מתמצה כלל בהיקפו של נתח השוק, ואינה נופלת מחשיבותה של התחרות המסחרית ה"קלסית" בענף. לכן, בניית התחרות של מיזוגים בשוק התוכן העיתונאי־חדשותי יש לבחון עד כמה עלול המיזוג לפגוע באיכות תוצרי השוק, בהתחשב בכך שגם מתחרה בעל נתח שוק קטן עשוי לאתר הטיות בדיווחיהם של העיתונים הגדולים.

מגבלותיו של ניתוח התחרות הנוהג בעניין שוק התוכן העיתונאי־חדשותי ניכרות גם בעמדת הממונה שקבעה כי מקור ראשון אינו מתחרה עם ישראל היום באותו שוק, מכיוון שהראשון פונה לציבור מובחן ומצומצם, ואילו השני מתחרה בשוק העיתונים לכלל הציבור. זוהי גישה בעייתית, משום שאף שמקור ראשון פונה לקהל קוראים מובחן ולא לציבור הרחב, אין להסיק מכך שישאל היום אינו פונה גם הוא לאותו קהל מובחן. למעשה, בדיקת רשות ההגבלים העלתה שישאל היום מופץ בקרב אותו קהל. לכן אפשר להניח כי אילו עלה מחירו של מקור ראשון או אילו הורעה איכותו, היו קוראיו צורכים את ישראל היום בלבד. מכאן שטרם המיזוג היה לישראל היום תמריץ למשוך אליו קוראים נוספים באמצעות חשיפתם של דיווחים מוטים ושגויים במקור ראשון. יתרה מזו, רכישת מקור ראשון על ידי ישראל היום מאפשרת לייקר את מקור ראשון או לפגוע באיכותו בלי לחשוש מאובדן לקוחות, משום שאלה יוסיפו ממילא לצרוך את המוצרים של קבוצת ישראל היום.

החלטה זו מדגימה היטב את מגבלות דיני ההגבלים העסקיים, שאינם מביאים בחשבון שיקולים ייחודיים לתחום התוכן העיתונאי, ובמקרה זה היכולת של צרכנים להשוות בין ידיעות בעיתונים שונים באופן שיקשה על הטיית הדיווח העיתונאי. במקרה הנדון חשיפה לשני עיתונים אינה הופכת אותם בהכרח לתחליפיים, שכן דווקא חשיפה מקבילה זו מספקת לקורא ערך נוסף (המוחצן אף לכלל החברה): יכולת לאתר הטיות בכל אחד מהם. החלשתו האפשרית של מקור ראשון בעקבות המיזוג עם ישראל היום אולי אינה פוגעת בתחרות

במובן הכלכלי הצר של מחיר, אך היא בהחלט עשויה לפגוע באינטרסים צרכניים אחרים, כגון איכות המוצר.

בדברים אלו אין כדי לומר שכל מיזוג בין עיתונים נושא בחובו בהכרח פגיעה בלתי נסבלת בתחרות, אלא מטרתם להמחיש עד כמה דיני ההגבלים העסקיים הנוהגים מתמקדים באמות המידה המסורתיות של מחיר או כמות ואינם רגישים מספיק להשפעות אחרות של מיזוגים, ובראשן החלשת מנגנון הביקורת הפנים-שוקי להשאת איכות המוצר. החלטת הממונה בעניין זה עשויה להיות ראויה כשלעצמה, אך היא אינה מתחשבת בשיקול שקיומו של עיתון אחד משמש קנה מידה ביקורתי לעיתון אחר, גם אם אינו מתחרה ישיר שלו. במקרה זה, מיזוגם של ישראל היום ומקור ראשון הסיר רסן תחרותי משמעותי שמנע ניצול לרעה של כוח השפעה בהיבט הזה. לשם ההשוואה, בהחלטה קודמת שעסקה במיזוג גלובס וידיעות אחרונות תיאר הממונה את השפעתו של עיתון כלכלי על כלל שוק העיתונות כחורגת הרבה מעבר לנתחי השוק שלו בעיתונות הכללית, אף שצרכניו הם קהל קוראים "מובחן ונבדל"¹⁴⁴ בהליך המוצג כאן לא נבחנה השפעתו הדומה, הקיימת והפוטנציאלית, של מקור ראשון כעיתון עצמאי על איכות תוצרי הענף כולו.

לשיטתנו, הטענה שקוראי מקור ראשון נחשפים ממילא לעיתון ישראל היום היאה דווקא שיקול נגד אישור המיזוג, משום שיש חשיבות רבה לצריכה של חדשות ממקורות נפרדים ועצמאיים – הן מהיבט רווחת הצרכן (הבטחת איכות המוצרים), והן מההיבט הדמוקרטי של מגוון בשוק הרעיונות.¹⁴⁵ ניתוח התחרות שעמד בבסיס אישור המיזוג במקרה זה התעלם מכך שרכישת מקור ראשון על ידי ישראל היום שללה מחלק הארי של קוראי מקור ראשון את בחירתם להיחשף לשני העיתונים גם יחד, בעת שהיו ערוצי מידע עצמאיים ובלתי תלויים זה בזה.

144 ראו להלן בסעיף 1.1.5.

Natali Helberger, *Exposure Diversity as a Policy Goal*, 4 (1) 145
JOURNAL OF MEDIA LAW 65 (2012)

נראה שהיה מקום למנוע את הפגיעה בשוק הדעות באמצעות קביעת תנאים שיבטיחו את ההפרדה המבנית בין העיתונים המתמזגים.¹⁴⁶

כוח ההשפעה של בעלויות צולבות בכלי תקשורת על דעת הקהל

כאמור, אחד הטעמים העומדים בבסיס האינטרס הציבורי לביזור השליטה באמצעי התקשורת הוא החשש מפני הכוח הרב הנתון בידי בעליו של כלי תקשורת להשפיע על דעת הקהל או על תהליכי קבלת החלטות השלטוניות.¹⁴⁷ חשש זה מתקיים גם כאשר אמצעי התקשורת הנתונים בידיו של אדם אחד אינם מתחרים ישירים באותו שוק (למשל, אדם המחזיק בעיתון מודפס ובאתר חדשות מקוון), אם השווקים הנפרדים אינם מנותקים לחלוטין זה מזה. ואכן, בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי ישנם יחסי גומלין בין שוקי חדשות שנתפסים כנפרדים, למשל עיתונות מודפסת ועיתונות מקוונת. כאשר מתקיימת תחרות בכל אחד מהשווקים, יכולת ההשפעה של כלי תקשורת יחיד על דעת הקהל מצטמצמת, בשל קיומו של מגוון וחופש בחירה בשוק. ואולם כוח ההשפעה שבידי כלי תקשורת דומיננטי בשוק אחד עשוי להיות מופעל באופן הפוגע בתחרות בשוק קרוב, שבו (עדיין) אין לו עמדה דומיננטית.

על כן, הממצא של רשות ההגבלים שמקור ראשון נצרך על ידי קהל יעד מצומצם ומובחר, ולכן אינו מתחרה בישראל היום באותו שוק, אינו מבטל את החשש מפני צבירת כוח מופרז בידי מו"ל ישראל היום. החשש מתעצם לנוכח החפיפה בין שני העיתונים, הן בציבור הלקוחות שלהם והן בסוג התוכן שהם מספקים – חדשות ופרשנויות על אירועי היום.¹⁴⁸ יתרה מזו, מהטענה שמקור ראשון פועל

146 לביקורת דומה על החלטה זו ראו ליאור פרנק ובוועז גדות "עיתונים בתחרות" בעקבות אישור המיזוג בין 'מקור ראשון' ל'ישראל היום' על ידי הממונה על הגבלים מסקיים" הארת דין ט (2) 143 (2014).

147 ראו לעיל בסעיף 1.1.

148 גישה זו, שלפיה פעילותו של ספק תוכן עיתונאי-חדשותי בכמה סוגי מדיה מגבירה במידה ניכרת את כוח ההשפעה שלו על מתחרים אחרים או על הציבור, אומצה לאחרונה על ידי רשות התחרות ורשות התקשורת הבריטיות. על כך ראו להלן בסעיף 3.1.6.

בשוק נפרד נגזר כי יש לו עמדה דומיננטית בשוק זה. כאשר מו"ל ישראל היום צובר, באמצעות המיזוג, כוח השפעה על ציבור הקוראים בשוק זה או על תהליכי קבלת החלטות שלטוניות – יש בכך סכנה פוטנציאלית שהיה מקום להביא בחשבון בהליך אישור המיזוג.

מאפיין ייחודי של יצרני תוכן עיתונאי-חדשותי: שינוי טיב המוצר בעקבות החלפת בעלות

מניע נוסף להחלטתו של הממונה לאשר את המיזוג ולא להוסיף ולבחון מיהו הרוכש המתאים לעיתון היה שעיכוב בהכרעה מקים חשש כלכלי להמשך קיומו של העיתון, ולכן הוא עלול לפגוע בציבור הצרכנים.¹⁴⁹

אומנם שיקול זה יפה להקשרים רבים של החלפת בעלות, בהתאם ל"דוקטרינת החברה הכושלת",¹⁵⁰ אבל לשיטתנו יש לייחס משקל מוגבל לנימוק זה כאשר הדברים נוגעים ליצרני תוכן עיתונאי-חדשותי. הסיבה לכך היא שלעיתים קרובות תוכני העיתון מושפעים במידה רבה ממפת האינטרסים וההשקפות של בעליו, אשר לו הסמכות לקבוע את הקו המערכתי בגוף התקשורת.¹⁵¹ מכירת העיתון עשויה לשנות את דרך הסיקור של נושאים מסוימים, לעיתים אף באופן דרמטי, על פי מניעיו של הרוכש, וממילא היא מקימה חשש לפגיעה בציבור הצרכנים הרוכש את העיתון בשל אופיו הייחודי.

149 החלטת אישור מיזוג ישראל היום ומקור ראשון, לעיל ה"ש 141, בעמ' 1.

150 דוקטרינת החברה הכושלת (failing-company doctrine) היא עיקרון מקובל בדיני ההגבלים העסקיים, שלפיו ניתן לאשר מיזוג גם כאשר הוא פוגע באופן ברור בתחרות, אם החברה המתמזגת היא חברה כושלת מבחינה כלכלית ללא סיכויי תקומה, ואם לא נמצא לה רוכש אחר, אשר מיזוג עימו פוגעני פחות לתחרות (מיכל הלפרין "דוקטרינת הפירמה הכושלת" **תאגידים** ג/5 (2006)).

151 ראו לעיל בסעיף 1.ב. וראו גם דב"ע (ארצי) 223-3/נג פלסטיין פוסט ני ג'ואנה **יחיאל** (1994): "רשאי וזכאי בעלים של עיתון, גוף ציבורי או חברה פרטית, לכוון את עיתונו לנתיבים הרצויים לו, ולמנוע פרסומים נוגדים. רשאי בעלים של עיתון, ישירות או באמצעות מי שמונה לכך, להטיל על עיתונאי המועסק אצלו, לכתוב כתבה על נושא הנראה לו חשוב, והוא יכול להנחותו בקווים כלליים של הרצוי".

למעשה, אפשר לומר שעם מכירתו של עיתון למו"ל אחר, פס הייצור מתחלף ומייצר עיתון אחר. זהו מאפיין שאינו נוגע למוצרים אחרים, שבדרך כלל מוסיפים להיות מיוצרים על פס הייצור ה"ישן" של החברה גם במקרה של החלפת בעלות. מכאן שכאשר לא בוחנים מי הרוכש המתאים לעיתון, הדבר מקים חשש להמשך קיומו, שכן בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי חילופי בעלים עשויים להביא להפסקת קיומו של העיתון במתכונתו המוכרת.¹⁵²

תמריצים חוץ-כלכליים של מו"ל להשפיע לרעה על התכנים

מיזוג מעין זה העלה את החשש שישראל היום ימנף את כוחו בשוק הנפרד של קוראי מקור ראשון באמצעות פגיעה באיכות העיתון על מנת לגרום לציבור זה לצרוך את ישראל היום. ואולם על בסיס הממצא שרוב קוראי מקור ראשון נחשפים ממילא לעיתון ישראל היום הסיקה רשות ההגבלים כי החשש מכך שעיתון ישראל היום ישפיע לרעה על התכנים של מקור ראשון אינו מובהק מספיק.

עמדה זו סוטה במידת מה מהעמדה שהביעה רשות ההגבלים סמוך לאותו זמן בעניין חניון קרתא. על פי עמדת הרשות בעניין זה, שזכתה לתמיכתו של בית הדין להגבלים עסקיים,¹⁵³ אין בתמריצים עסקיים נקודתיים שאינם מעוגנים במבנה השוק כדי להסיר חששות תחרותיים עתידיים. כלומר, העובדה שקוראי מקור ראשון נחשפו מלכתחילה גם לישראל היום אין פירושה שהם, או קוראי ישראל היום אחרים, היו מוסיפים להיחשף אליו בכל מקרה. מצב הדברים שבו קוראי מקור ראשון נחשפים ממילא לישראל היום היה עשוי להשתנות, ובנסיבות אלו עשוי להיווצר לישראל היום תמריץ להשפיע לרעה על תוכני מקור ראשון.

152 התובנה ששינוי בזהות הבעלים של גוף תקשורת עיתונאי-חדשותי (גם ללא שינוי בנחח השוק שלו) עשוי לפגוע באינטרסים צרכניים וציבוריים אומצה במסגרת דיני ההגבלים של בריטניה. על כך ראו להלן בפרק 6.

153 ה"ע 14-03-46791 אל רוב אזור מסחרי ממילא (1993) בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח' (4.12.2014).

יתר על כן, החלטת הרשות בסוגיה זו אינה רגישה לכך שהחשש מפני "השפעה לרעה" של ישראל היום על התכנים של מקור ראשון אינו מבוסס בעיקרו על המניעים והתמריצים המסחריים של בעליו של ישראל היום, שלדון אדלסון, אלא על מניעיו הפוליטיים. אכן, החשש מפני תמריצים חוץ-כלכליים של מו"ל או בעלים להטות את הסיקור של עיתונו נתפס כספקולטיבי, וייתכן שבמקרה זה הוא לא היה מבוסס דיו. עם זאת, החלטת הרשות כאן מדגימה בעיה כללית יותר של שיטת הניתוח הנוהגת, המתמקדת ברווחת הצרכן. בעת בחינת מיזוג מערך ההגבלים העסקיים נדרש לבחון את השפעת המיזוג גם על איכות המוצרים.¹⁵⁴ בענף התוכן העיתונאי-חדשותי המניעים ל"השפעה לרעה" אינם כלכליים גרידא, והיעדר רגישות לכך הוא נקודת עיוורון מסוכנת של הניתוח התחרותי הנוהג. כאמור, ייתכן שבעניין מיזוג ישראל היום ומקור ראשון לא הייתה תשתית ראייתית מספקת כדי להקים חשש סביר לפגיעה באיכות תוצרי שוק התוכן העיתונאי-חדשותי. עם זאת, בהיעדר הכרה בקיומם של תמריצים חוץ-כלכליים להשפיע על תוצרי שוק התוכן העיתונאי-חדשותי, ממילא לא תיאסף תשתית כזאת ולא יהיה אפשר לבחון אם מדובר רק בספקולציה או שמא החשש סביר.¹⁵⁵

5.א.5. אישור המיזוג בין רשת וערוץ 10 (2018)

בשנת 2017 הושלמו תיקוני חקיקה שהסדירו את פיצולו של ערוץ 2 לשני אפיקים נפרדים: אפיק 12 (שמפעילה חברת שידורי קשת) ואפיק 13 (שמפעילה חברת רשת). למרות תחזיות שגרסו כי הפרסום בטלוויזיה לא יוכל לקיים שלושה ערוצי broadcast (אפיק 12, אפיק 13 וערוץ 10), הפיצול יצא אל הפועל בנובמבר 2017. בחודשים שעברו מאז הפיצול התחזור שהתחזיות היו נכונות: רשת וערוץ 10

154 לפי סעיף 21(א) לחוק ההגבלים העסקיים, "ממונה יתנגד למיזוג [...] אם לדעתו קיים חשש סביר כי כתוצאה מן המיזוג כפי שהוצע חיפגע באופן משמעותי התחרות באותו ענף או ייפגע הציבור באחת מאלה: (1) רמת המחירים של נכס או של שירות; (2) איכות נמוכה של נכס או של שירות; (3) הכמות המסופקת של הנכס או היקף השירות, או סדירות האספקה וחנאיה".

155 להלן נדון בכשירות המוסדית והמעשית של רשויות התחרות לבחון בחינה המבוססת על עובדות אח הפוטנציאל להטיית תכנים לטובת האינטרסים של בעל השליטה ואח הסבירות לפעולה כזאת. על כך ראו להלן בסעיפים 3.1.6 ו-7.ה.

דיווחו שניהם על הפסדים בעקבות הפיצול.¹⁵⁶ על רקע זה החלו השניים לבחון אפשרות למיזוג, וזו הבשילה לכדי בקשה לאישור מיזוג ביולי 2018.

כפי שהיה ברור אף לצדדים עצמם, החשש העיקרי שעורר מיזוג זה לא נגע לכלל שוק התכנים הבידוריים והאומנותיים, שהוא עיקר הפעילות של הטלוויזיה המסחרית, אלא לשוק החדשות הטלוויזיוניות, שהיה עלול להיפגע. הצעת המיזוג עצמה כללה כמה "תרופות" שנועדו למנוע פגיעה של המיזוג באיכות תוצרי שוק החדשות הטלוויזיוניות. ראשית, בקשת המיזוג קבעה כי רשת מתחייבת למכור את אחזקותיה בחברת החדשות של ערוץ 2 טרם המיזוג, במטרה להגביל בעלויות צולבות בין המונופולים הפועלים בשוק. שנית, מכיוון שרשת הייתה צפויה להחזיק ב-60% מהחברה הממוזגת (שתפעיל את חברת החדשות המתחרה בחדשות 2), הסכם המיזוג קבע כי בדריקטוריון חברת החדשות הממוזגת לא ישבו נציגי רשת אלא רק "אנשי מקצוע", על מנת לרכך את החשש מריכוזיות ובעלות על כלי תקשורת בעל מעמד דואופוליסטי.

ביום 8 באוגוסט 2018 אישרה הממונה על ההגבלים העסקיים בתמציתיות את המיזוג.¹⁵⁷ בהחלטתה עמדה הממונה על כך שמתוך כלל השווקים שהמיזוג משפיע עליהם שוק התוכן העיתונאי-חדשותי הוא הרגיש מכולם, ואף זיהתה את הסכנות הייחודיות של ריכוזיות בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי. עם זאת, הממונה קבעה כי מבחינה תחרותית אישור המיזוג עדיף על דחייתו, משום שדחייתו צפויה להוביל ליציאתם המוחלטת של רשת או של ערוץ 10 מהשוק.

קביעה זו של הממונה נעשתה על בסיס הוראות דוקטרינת החברה הכושלת, המופעלת בעניין כלל ענפי המשק במקרים של מיזוג אופקי בין מתחרים דומיננטיים. הממונה סברה כי אף שמיזוג רשת וערוץ 10 הוא מיזוג אופקי בין מתחרים בשוק ריכוזי, יש לאשרו, על פי שלוש אמות המידה שמתווה דוקטרינת החברה הכושלת: (1) החברה הנרכשת (ערוץ 10) היא כושלת, קרי לא תהיה

156 עומר כביר "מנכ"ל ערוץ עשר: 'מאז פיצול ערוץ 2 שוק הטלוויזיה סובל מהפסדים כבדים' " כלכליסט 16.1.2018; נתי טוקר "הפסדי ענק של 200 מיליון שקל: הריאליטי שאף אחד לא ניצח בו" TheMarker 10.9.2018.

157 רשות ההגבלים העסקיים "הודעה לעיתונות: אושר המיזוג בין רשת לערוץ 10" (8.8.2018).

מסוגלת להמשיך בפעילותה בשוק הרלוונטי אלמלא המיזוג; (2) אין שום רוכש אחר שהמיזוג עימו עדיף מבחינה תחרותית; (3) תוצאת המיזוג עדיפה מבחינה תחרותית על פני יציאתה המוחלטת של החברה הכושלת מהשוק (סגירת ערוץ 10), או לכל הפחות שווה לה.¹⁵⁸

על בסיס הטיעון הפשוט שהחלופה לאישור המיזוג היא סגירתו של ערוץ 10 והותרת השוק בשליטתה הבלעדית של חדשות 2, סברה הממונה כי אין מנוס מאישור המיזוג. המיזוג אושר בלי שנקבעו לו תנאים, מלבד התנאי המחייב את רשת למכור את אחזקותיה בחברת החדשות של ערוץ 2 בטרם ביצע המיזוג.¹⁵⁹

החלטת הממונה בבקשת המיזוג של רשת וערוץ 10 חושפת את הריסון המופלג שנוקטת רשות ההגבלים העסקיים בעניין שוק התקשורת והתוכן העיתונאי-חדשותי. את החלטתה שלא להתנות את המיזוג בתנאים שיבטיחו את עצמאות חברת החדשות של הגוף הממוזג סמכה הממונה על הנימוק שלא מתפקידה של הממונה לשקול אינטרסים כאלה, לשיטתה.¹⁶⁰ כלומר, החלטה זו, שהתקבלה בשנת 2018, מגלה מחויבות לאותו ריסון מופלג שניסח הממונה על ההגבלים עוד בשנת 1995 ברוח אסכולת שיקגו המיושנת קמעה, הגורסת כי לא מתפקידו של מערך ההגבלים העסקיים לשקול אינטרסים ציבוריים מלבד "מניעת פגיעה בתחרות".

כפי שנפרט בהמשך, ריסון מופלג זה של רשות ההגבלים העסקיים אינו מתחייב מן הדין הקיים. לכן, לדעתנו, הסירוב של מערך ההגבלים העסקיים לספק מענה לכשלי השוק הייחודיים בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי עולה

158 ש.ס.

159 נגד החלטה זו הוגשו כמה עררים החלויים ועומדים לפני בית הדין להגבלים עסקיים. ראו למשל ה"ע (י"ם) 37579-08-18 בן-מאיר נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, הטוען כי ההחלטה לאישור המיזוג לא בחנה את השפעתו על חופש העיתונות ואת פגיעתו הצפויה בעצמאות של חדשות 10; וכן ה"ע 25295-09-18 הצלחה התנועה הצרכנית לקיום חברה כלכלית הוגנת נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, הטוען כי אישור המיזוג ללא תנאים פוגע בתחרות בתחום שידורי החדשות ובשוק הפרסום.

160 נספח שאלות ותשובות להחלטת רשות ההגבלים העסקיים מיום 8.8.2018, לעיל ה"ש 157.

כדי התנערות לא מוצדקת של הרשות מסמכויותיה.¹⁶¹ בעניין מיזוג רשת וערוץ 10, אנו שותפים לעמדה שאישור המיזוג הוא הרע במיעוטו. עם זאת, דווקא בשל הבעיות שמעורר מיזוג אופקי, בפרט בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי, אי-אפשר להסתפק באישור המיזוג ללא תנאים. כלומר, השיקול הצרכני, הדורש להבטיח את איכות התפוקות בשוק החדשות הטלוויזיוניות, והשיקול הדמוקרטי, הדורש להבטיח מגוון וריבוי דעות בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי – שניהם דרשו הצבת תנאים אשר יבטיחו את עצמאותה המקצועית של חברת החדשות בגוף הממוזג.

לשיטתנו, בשל פוטנציאל הפגיעה של עסקת המיזוג בטיב התוצרים של שוק החדשות הטלוויזיוניות והחשש הטבוע מהתמריצים של בעל השליטה להשפיע על הסיקור בגוף התוכן העיתונאי-חדשותי שבשליטתו, היה צורך להתנות את המיזוג בשלושה תנאים: (1) הפרדה מבנית מהותית בין החברה הממוזגת לחברת החדשות וקביעת כללים האוסרים על זיקה בין הדירקטורים של חברת החדשות ובין בעלי המניות של החברה הממוזגת; (2) הבטחת העצמאות של חברת החדשות באמצעות "מעטפת פיננסית", קרי לחייב את החברה הממוזגת לשמור על היקף ההשקעה שהוקצה לחדשות 10 ולהשקיע בהיקף זהה (לכל הפחות) בחברת החדשות הממוזגת, לתקופה של חמש שנים לפחות; (3) קביעת חובות גילוי מוגברות על בעלי תפקידים בחברת החדשות ובחברה האם הממוזגת באשר למקורות מימון חיצוניים, לאשראי בהיקף רחב ולהתחייבויות פיננסיות שיש בהן כדי לתמרץ את בעלי המניות של החברה הממוזגת להשפיע על התוכן החדשותי של חברת החדשות שהם מחזיקים בה.

להשלמת התמונה נציין כי לאחר אישור המיזוג בידי הממונה על ההגבלים העסקיים, החליטה גם מועצת הרשות השנייה ביום 15 בנובמבר 2018 לאשר את המיזוג ללא תנאים.¹⁶² לאחר מכן הודיעה הממונה על ההגבלים העסקיים

161 עוד על כך ראו תהילה שוורץ אלטשולר ואסף וינר "לא ראינו כאן רשות הגבלים אמיצה ויצירתית" *TheMarker* 8.8.2018. לדיון בשאלת סמכותה וחובתה של רשות ההגבלים להידרש לבעיותיה הייחודיות של ריכוזיות בענף התוכן העיתונאי-חדשותי ראו להלן בפרקים 7 ו-8.

162 נחי טוקר "יש עסקה: הרשות השנייה אישרה את מיזוג רשת-עשר" *TheMarker* 8.11.2018.

כי בעקבות שינויים במתווה המיזוג המתוכנן, על החברות המתמזגות להגיש בקשת מיזוג חדשה, וזו אכן הוגשה ביום 23 בדצמבר 2018.¹⁶³ ביום 6 בינואר 2019 הודיעה הוועדה לצמצום הריכוזיות כי היא ממליצה לרשות השנייה לאשר את המיזוג והמליצה לקבוע כי בדירקטוריון בעלי רישיונות השידור יכהנו שני דירקטורים נוספים מטעם מועצת הרשות השנייה, על מנת לרסן את השפעת בעלי העניין בערוצים המסחריים על התוכן המשודר בהם.¹⁶⁴

1.5 החלטות חריגות המביאות בחשבון מאפיינים חוץ-תחרותיים

1.1.5. התנגדות למיזוג בין גלובס לידיעות אחרונות (2002)

לקראת סוף שנת 1999 החלה חברת בראון־פישמן (הבעלים של עיתון גלובס דאז) להגדיל את אחזקותיה בידיעות אחרונות מעבר לשיעור של 25%, שחוק ההגבלים העסקיים קובע כי הוא השיעור המקיים עסקת מיזוג החייבת בהודעה לממונה. על רקע זה, בשנת 2002 הגישו בראון־פישמן וידיעות אחרונות הודעת מיזוג לממונה, וזה הודיע כי הוא מתנגד לו.¹⁶⁵

¹⁶³ ענה ביין-לובוביץ' "מיזוג רשת וערוץ עשר: להלפרין הוגשה בקשת מיזוג חדשה" גלובס 23.12.2018.

¹⁶⁴ הודעת הוועדה לצמצום הריכוזיות "ועדת הריכוזיות המליצה ברוב קולות על אישור המיזוג בין רשת לערוץ עשר וביקשה להטיל תנאים" (6.1.2019). לפי כללי הרשות השנייה, בעל רישיון נדרש למנות דירקטור עצמאי אחד בדירקטוריון המונה עד שבעה חברים, שני דירקטורים עצמאיים בדירקטוריון המונה 8-12 חברים, ודירקטור עצמאי נוסף על כל ארבעה חברים נוספים.

¹⁶⁵ הודעה 3015790 של הממונה על ההגבלים העסקיים "נימוקי התנגדות למיזוג בין בראון־פישמן תקשורת בע"מ לבין ידיעות אחרונות בע"מ" (20.10.2002).

בבחינתו את פגיעותיה הפוטנציאליות של עסקת המיזוג בתחרות או בציבור התמקד הממונה בהשלכותיה השליליות האפשריות על שני שווקים מובחנים: השוק לאספקת מידע כלכלי בעיתונות היומית בשפה העברית ושוק תעסוקת הכתבים הכלכליים.

על שאלת המפתח אם בבחינת פגיעותיו של המיזוג יש לכלול שיקולים חוץ־תחרותיים ענה הממונה בחיוב. אומנם בראשית דבריו הוא הזכיר כי "מערכת נורמטיבית אחת חלה על כלל ענפי המשק",¹⁶⁶ אולם הוסיף וציין כי ייחודם של דיני ההגבלים העסקיים הוא בכך שתוצאתם שואבת את טעמה מאופי התחרות בתעשייה אשר בה פועלים מבקשי המיזוג.¹⁶⁷ הממונה היטיב לזהות את בעיותיה הייחודיות של הריכוזיות בשוק העיתונות וטען כי היא תעשייה "הנושאת על גבה את שוק הרעיונות, והיא העורק הראשי לאספקת מידע לציבור",¹⁶⁸ ועל כך ביסס את התנגדותו למיזוג.

התנגדות הממונה למיזוג בין גלובס לידיעות אחרונות מבטאת כמה עקרונות חשובים המתווים את מערך השיקולים הכלל־חברתיים שיש להביאם בחשבון כאשר מפעילים את דיני ההגבלים העסקיים בתחום העיתונות, בשים לב להשפעותיו הלא מבוטלות על הציבור. נעמוד כעת על העקרונות האלה.

הגדרת שוק לא־מסורתית בשוקי תוכן עיתונאי־חדשותי והכרה בגמישות התפעולית של מתחרים פוטנציאליים

בשלב הראשון של הניתוח התחרותי – הגדרת השווקים הרלוונטיים – קבע הממונה כי אף שהמידע הכלכלי שמספקים ידיעות אחרונות וגלובס אינו תחליפי, יש לראותם כמתחרים באותו שוק, שהוא שוק "אספקת מידע כלכלי בעיתונות עברית יומית".¹⁶⁹ הממונה הסביר כי למרות היעדר תחליפיות בצד

166 שם, בעמ' 2.

167 שם.

168 שם.

169 שם, בעמ' 12.

הביקוש, יש להוסיף ולבחון תחליפיות בצד ההיצע, קרי יכולתם של עיתונים יומיים כלליים להיכנס לשוק העיתונות הכלכלית ולהוות איום תחרותי על גלובס באספקת מידע כלכלי.¹⁷⁰

את התשתית העובדתית לעמדתו של הממונה בעניין זה סיפקה המחלקה הכלכלית ברשות ההגבלים העסקיים, אשר בחנה את התפתחות היצע המידע הכלכלי בעיתונים היומיים בעבר ואת המגמות בהתנהגות העיתונים בעבר. ממצאי הבדיקה לימדו על מגמת גידול מתמשכת בהיקף המידע הכלכלי המדווח בעיתונים היומיים, אשר נעשתה בתגובה לקיומו ולהתרחבותו של גלובס.

נוסף על כך, קביעתו של הממונה שיש לראות את ידיעות אחרונות ואת גלובס כמתחרים באותו שוק, למרות היעדר תחליפיות מצד הקוראים בין גלובס לבין שאר העיתונים היומיים הכלליים, התבססה על הממצאים שלעיתונים היומיים הכלליים גמישות תפעולית רבה (או "גמישות בצד ההיצע"), המאפשרת להם להתרחב לסוגי תוכן חדשים ולהפיק מוספים חדשים, ולכן יש בהם איום תחרותי פוטנציאלי שיש להביאו בחשבון.¹⁷¹

פוטנציאל זה לתחרות היה אחד הגורמים להחלטה לאסור על המיזוג בין גלובס לידיעות אחרונות ולקבוע כי "לפי כל קנה מידה אפשרי יש לראות את 'גלובס' ו'ידיעות אחרונות' כמתחרים", שכן הגמישות התפעולית של גופי תוכן עיתונאי-חדשותי מחייבת לבחון לא רק את תחום עיסוקם הקיים אלא גם את האופנים שבהם הוא יכול להתפתח.¹⁷²

לקביעה הזאת יש חשיבות מיוחדת לאור ההתפתחויות הטכנולוגיות העכשוויות ומגמת ההתלכדות בין סוגי המדיה השונים. באופן מסורתי, הפלטפורמות השונות – דפוס, טלוויזיה ואינטרנט – נתפסו כשווקים שונים, אולם כיום ערוצי מידע הפועלים על גבי פלטפורמות שונות יכולים לנדוד בקלות יחסית

170 באותה תקופה לא היו מתחרים נוספים בשוק העיתונות (המודפסת) הכלכלית היומית בשפה העברית. מגזין TheMarker פעל רק במתכונת אינטרנטית (הוא החל להופיע כעיתון מודפס רק בשנת 2005), ומגזין כלכליסט החל לפעול רק בשנת 2008.

171 הודעה 3015790 של הממונה על ההגבלים העסקיים, לעיל ה"ש 165, בעמ' 18.

172 שם, בעמ' 19.

מפלטפורמה אחת לאחרת, ולפיכך יש בהם איום תחרותי משמעותי מתמיד זה כלפי זה. בהחלטתו זו משנת 2002 ציין הממונה כי ערוצי תוכן כלכליים מקוונים אינם תחליפיים לאלו המודפסים, וייתכן שבתקופה ההיא היה מקום לקביעה כזאת.¹⁷³ ואולם כיום בחינת תחליפיות ההיצע מחייבת לזנוח את ההבחנה המסורתית בין שוק העיתונות המודפסת, הטלוויזיונית והמקוונת כשמדובר בתחרות בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי,¹⁷⁴ מתוך רגישות לגמישות התפעולית הייחודית של גופי התוכן.

הכרה בהשפעתו של עיתון קטן על השוק והבטחת תחרות ויצירתיות

למרות קביעתו של הממונה שמבחינת הצרכן אין תחליפיות בין עיתון כלכלי לעיתון יומי כללי, הוא הדגיש את השפעתו של עיתון גלובס על שאר העיתונים היומיים, אשר בתגובה לפעילותו של גלובס הרחיבו את אספקת המידע הכלכלי שהם מספקים. הממונה כינה את השפעתו הניכרת של גלובס "גלובסיזציה של העיתונים היומיים המרכזיים" ותיאר אותה כתהליך המשפיע על הענף כולו לספק מידע כלכלי מקיף במענה לביקוש הצרכני ההולך וגובר, גם אם הצרכן אינו רואה בעיתונים היומיים מתחרים ישירים לגלובס.¹⁷⁵

בקביעתו זו גילה הממונה רגישות ראויה לחשיבותם של מתחרים קטנים בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי, שתפקידם אינו מסתכם בהבטחת מחיר תחרותי, והם משמשים גם אמצעי להבטחה של איכות תפוקות השוק. כפי שצינו בפרקים הקודמים, השפעתו החיובית של גוף תקשורת נושאי או בעל נתח שוק מצומצם על גופי תקשורת כלליים (ומתוך כך על איכות התפוקות בכלל השוק) היא שיקול קריטי בהפעלת דיני ההגבלים העסקיים בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי.

173 לדברי הממונה, "לצד ההיצע בעיתונים היומיים, מסופק מידע כלכלי גם במדיות אחרות: טלביזיה, רדיו, אינטרנט, ועיתונים שאינם יומיים. אלא שמדובר בשוקים אחרים, מובחנים ונפרדים" (שם, בעמ' 11).

174 הפרדה זו נקבעה לפני יותר מעשרים שנה במסגרת ההכרזה על ידיעות אחרונות כמונופולין, שבה נאמר: "תחום העיתונות מיוחד כתחום כלכלי עצמאי ונפרד משאר תחומי התקשורת, ובגדרו אפשר ועוד ימצאו ענפי משנה נפרדים" (לעיל ה"ש 115).

175 הודעה 3015790 של הממונה על ההגבלים העסקיים, לעיל ה"ש 165, בעמ' 14.

כלומר, גם אם המיזוג אינו צפוי לפגוע במחיר או בכמות של תוצרי השוק, הוא עדיין צפוי לפגום באיכות התוצרים, משום שהוא מצמצם את התמריצים של הספקים הדומיננטיים לשכלל ולטייב את מוצריהם.

במקרה הנוכחי, הממונה היטיב לגלות רגישות לכך שאף שבשביל הצרכנים גלובס פועל בשוק נפרד מזה של העיתונות הכללית, הוא מאתגר את השחקנים בשוק העיתונות הכללית ומביא לשינוי בפעילותם. השפעה הדדית מעין זו, החוצה הגדרות מצומצמות של שווקים, מאפיינת את תעשיות המידע בכלל ואת היחסים התחרותיים בענף העיתונות במיוחד. הרגישות שיש לגלות לגמישות התפעולית של כלי תקשורת אינה קשורה רק לאיום התחרותי הגלום ביכולתם של העיתונים להתרחב או לשנות את אופיים בהתאם לתנאים המסחריים. גמישות זו אינהרנטית לפעילות העיתונאית כולה והיא מבטאת את היצירתיות והחידוש הנחוצים באופן מהותי לעבודה העיתונאית.

התחשבות בכשלי מידע ובפגיעתה של ריכוזיות בשוק הרעיונות

בהחלטתו לטרב למיזוג בין גלובס לידיעות אחרונות גילה הממונה רגישות ראויה לסכנותיה של הריכוזיות בענף העיתונות ופגיעתה הפוטנציאלית בשוק הרעיונות. טענה זו מסתמכת על קביעתו של בית המשפט העליון בדבר סכנותיה הייחודיות של ריכוזיות בבעלות על אמצעי תקשורת, שהן "כשל שוק חוקתי" שבו חוג מצומצם של בעלי שליטה מכותיבים ומעצבים את שוק הרעיונות.¹⁷⁶

176 בג"ץ 6218/93 כהן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מט(2) 529, 542 (1993). בפסק הדין נקבע כי -

הסכנה ל"שוק הרעיונות" נובעת, בראש ובראשונה, מריכוזיות בשליטה באמצעי התקשורת. הפתרון לריכוזיות מצוי בחכנון מבנה שוק השליטה בענף אמצעי התקשורת [...] ההנחה כי הגיוון בשליטה יסייע לקיומו של 'שוק רעיונות' חופשי. דא עקא: השוק החופשי עלול להיכשל. עלול להיווצר "כשל שוק חוקתי" בו חוק מצומצם של בעלי שליטה מכותיבים ומעצבים את "שוק הרעיונות". לשם כך מבקשים להקדים רפואה למכה ולמנוע את ריכוזיות השוק.

כשלי המידע הייחודיים של ענף העיתונות, שהממונה התייחס אליהם בהחלטתו, קשורים לזהות בעלי העיתון ולמפת האינטרסים של כל אחד מהם, המשפיעה על ההיקף ועל העומק של הסיקור העיתונאי.¹⁷⁷ מדברי הממונה עולה כי זהות בעלי העיתון לא הטרידה אותו רק בשל השפעתה על התחרות, אלא גם בשל השפעתה על תוכני העיתון והמידע המסוקר בו. גישתו זו מנוגדת לניתוח התחרותי הנוהג בכל הנוגע למרבית השווקים, שבו זהות הבעלים אינה שיקול רלוונטי, למעט כאשר היא מביאה למבנה שוק לא תחרותי.

נוסף על כך, הממונה ייחס משקל גם לנתון שלפיו 62.9% מקוראי גלובס ביום חול נחשפים גם לעיתון ידיעות אחרונות, כך שמתאפשר להם להשוות ולהצליב את המידע הכלכלי המסופק להם באופן תדיר. התועלת שמפיקים קוראי גלובס מהשוואה בין שני העיתונים תיפגע אם שניהם יהיו נתונים לאותה בעלות.¹⁷⁸ שיקול זה אינו רלוונטי לניתוח התחרות המסורתי, אך הוא בהחלט משמעותי מנקודת מבט של תיקון כשל המידע בענף – מנקודת מבט תחרותית צרה, העובדה שנתח גדול כל כך מקוראי גלובס נחשפים גם לידיעות אחרונות היא דווקא שיקול לטובת אישור המיזוג, היות שהיא מראה כביכול ששני העיתונים אינם משום תחליף זה לזה (קרי אינם מתחרים זה בזה). לעומת זאת, הממונה ראה בכך דווקא שיקול נגד אישור המיזוג, משום שהדבר עלול לפגוע בציבור הרחב אשר קורא את שני העיתונים במטרה להשוות מידע. השיקול שהציג הממונה הנוגע לכשלי מידע – דהיינו, הערך של חשיפת צרכנים למגוון מקורות מידע לא תלויים כדי שיוכלו להצליב מידע מכמה מקורות – הוא שיקול חשוב וראוי על פי אמות מידע כלכליות ודמוקרטיות, שכן תועלת זו של ביקורת פנימית על העיתונות אינה רק מנת חלקם של הצרכנים הישירים אלא מוחצנת לכלל החברה.

177 לדיון בחששות אלו כהצדקה כלכלית ודמוקרטית לאסדרה ייחודית של תחום התוכן העיתונאי-חדשותי ראו לעיל בסעיף 1.2 ובפרק 2.

178 בניגוד לכך, נתון דומה המתייחס לחשיפת קוראי מקור ראשון לעיתון ישראל היום שימש לרשות ההגבלים העסקיים הצדקה לאישור המיזוג בין שני העיתונים האלה.

הכרה בהעצמת השפעה הנוצרת בעקבות מיזוגים בעיתונות על תהליכי קבלת החלטות עסקיות ושלטוניות

הממונה התייחס, אם כי לא בטרמינולוגיה הכלכלית הרלוונטית, להשפעות החיצוניות של תוכן עיתונאי-חדשותי כלכלי על כלל החברה, ובמקרה זה לכוח ההשפעה על תהליכי קבלת החלטות במגזר העסקי, העשוי להתעצם בעקבות המיזוג:

מידע הנוגע להתפתחויות הכלכליות במשק מהווה אבן פינה בכל מקום בו נדרשים אדם או עסק לקבל החלטות מושכלות בדבר התנהלותם הכלכלית. חשיבות המידע הכלכלי בקרב קהל קוראי העיתונים בישראל התפתחה והתעצמה בשני העשורים האחרונים. מידע זה מהווה כיום כלי חשוב בתהליכי קבלת החלטות בעסקים ובמשקי בית.¹⁷⁹ [...] היכולת להשפיע על החלטות אלה באמצעות המידע המסופק היא משאב רב־ערך למחזיק בו.¹⁸⁰

על רקע זה מצא הממונה כי הזיקות המבניות ושותפות האינטרסים הגלומות במיזוג בין גלובס לידיעות אחרונות מגבירות את יכולתו של הגוף הממוזג לצבור בידיו כוח מהותי בתחום הסיקור העיתונאי-כלכלי.¹⁸¹

לכאורה, אפשר לתהות אם החוק בנוסחו הנוכחי והמתודולוגיה המקובלת כיום לבחינת מיזוגים מאפשרים לממונה להידרש לשיקול של "צבירת כוח השפעה על תהליך קבלת החלטות בשוק העסקי", שאינו נוגע לתחרות צרכנית במובנה הצר. עם זאת, אנו סבורים שכאשר מדובר בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי, מן הראוי, ואף מן ההכרח, לבחון את ההשפעה הפוטנציאלית של מיזוג על עיצוב דעת הקהל ותהליכי קבלת החלטות. למעשה, זהו אינו שיקול זר לניתוח הכלכלי של שווקים ואסדרתם, מכיוון שמדובר בהחצנה מובהקת של שוק התוכן העיתונאי-

179 הודעה 3015790 של הממונה על ההגבלים העסקיים, לעיל ה"ש 165, בעמ' 10.

180 שם, בעמ' 33.

181 שם, שם.

חדשותי.¹⁸² ואולם מאחר שגישה זו היא חריגה בהחלטות הממונה, אנו סבורים כי יש לעגן אותה בחקיקה, כחלק מהפיתוח ההקשרי של דיני ההגבלים העסקיים לטיפול ייחודי בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי.¹⁸³

הכרה בהשפעת המיזוג על שוק התעסוקה של עיתונאים וחשש לפגיעה בחופש העיתונאי

הממונה לא הסתפק אך בבחינת השפעותיו של המיזוג על שוק התוכן העיתונאי-חדשותי אלא גילה רגישות גם להשפעותיו האפשריות על שוק התעסוקה של כתבים כלכליים. בשוק זה, כך קבע הממונה, חמישה שחקנים: גלובס, ידיעות אחרונות, מעריב, ביזפורטל וקבוצת הארץ.

בחינת הממונה העלתה כי המיזוג מקים חשש סביר לפגיעה של ממש בשוק להעסקת עיתונאים כלכליים, שכן הוא יהפוך את הגוף הממוזג למעסיק המשמעותי ביותר של עיתונאים בתחום זה.¹⁸⁴ פגיעה כזאת בציבור העיתונאים עומדת בפני עצמה, הסביר הממונה, אך היא גם ובעיקר פוגעת בציבור: "הידיעה כי חלק משמעותי מהמשרות העומדות לעיתונאים כלכליים בעברית מרוכזות אצל 'גלובס' ו'ידיעות אחרונות', צפויה להדריך עיתונאים במגעייהם עם חומרים הקשורים לקבוצת ידיעות אחרונות ולקבוצת פישמן, ועלולה לכוונם ביתר שאת לצנזרה עצמית של כתבות וידיעות עיתונאיות".¹⁸⁵

182 על מושג ההחצנות בניתוח הכלכלי, ולדוגמאות ההחצנות השליליות והחיוביות המאפיינות תוכן עיתונאי-חדשותי, ראו לעיל בסעיף 1.ב.

183 לדיון בשאלה אם החקיקה הקיימת מתירה לשקול שיקולים ייחודיים לתחום התוכן העיתונאי-חדשותי ראו להלן בפרק 7.

184 לדברי הממונה, "הקשר הנרקם בין שני העיתונים מציב אותם כמעסיק משמעותי ביותר עבור עיתונאים כלכליים. סגירת דלתות העיתונים כלפי מי מהם, מצמצמת לחלופות בודדות את האפשרויות העומדים בפני עיתונאים כלכליים [...] ראוי לזכור כי כוחו של כוח מונופוטוני אינה פחותה מזו של המונופול וכי הפעלת כוח כזה צפויה להקטין, בסופו של דבר, את התפוקה או איכותה" (הודעה 3015790 של הממונה על ההגבלים העסקיים, לעיל ה"ש 165, בעמ' 34). כפי שציין הממונה בהחלטתו, זוהי גם העמדה הנוהגת בדיני ההגבלים העסקיים האמריקאיים.

185 שם, בעמ' 34-35.

גם כאן, אנו טוענים כי הרגישות לסכנת הפעלתו של כוח שוק כלפי עיתונאים היא נדבך ראוי והכרחי בניתוח התחרות בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי. במקרה האמור, היכולת להפעיל כוח שוק על עיתונאים כלכליים יכלה בתורה לפגוע בכמות, באיכות או במגוון של המידע הכלכלי שמספק שוק התוכן העיתונאי-חדשותי. באופן כללי יותר, אנו סבורים כי השפעותיו הפוטנציאליות של מיזוג על מידת החופש העיתונאי צריכות לשמש שיקול הכרחי בניתוח התחרות בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי, שכן חופש עיתונאי מיועד להבטיח בסופו של דבר את טובתו של הציבור.

2.1.5. אישור הסדר כובל בין ידיעות אחרונות לבין מגדלור הוצאה לאור (2003)

בשנת 2002 ביקשו ידיעות אחרונות (שהייתה מונופול באותה עת) והוצאה מגדלור היתר להסדר כובל שבו הוסכם על צירוף המקומון ידיעות חיפה, הרואה אור באמצעות מגדלור, לעיתון ידיעות אחרונות בימי שישי. בית הדין להגבלים עסקיים העניק אישור להסדר זה, לאחר שמצא כי התועלת הצפויה לציבור תגבר באופן ממשי על הנזק העלול להיגרם לציבור או למי שאינו צד להסדר.¹⁸⁶

עוד בטרם נבחן את נימוקי ההחלטה נדגיש כי מדובר באישור חריג של הסדר כובל אופקי (בין מתחרים באותו שוק), הנחשב למזיק יותר לטובת הציבור בהשוואה להסדר כובל אנכי (בין חוליות שונות בשרשרת הייצור). חריגות היתר נובעת מכך שאלמלא ההסדר, ידיעות אחרונות היה כנראה נכנס לשוק העיתונות המקומית בחיפה. למעשה, הסדר כובל זה לא רק "עלול לפגוע בתחרות", בלשונו של החוק, אלא הוא הסדר שתמצית מטרתו היא לפגוע בתחרות, כלומר לחסוך לידיעות אחרונות את הצורך להיכנס לשוק זה עם מקומון משלו. לכן, אישור הסדר כובל מסוג זה הוא חריג למדי.

החלטתו של בית הדין לאשר את ההסדר הכובל במקרה זה, אשר נתמכה גם על ידי הממונה על ההגבלים העסקיים, התבססה על הקביעה שאלמלא ההסדר,

186 ה"ע 4179/00 ידיעות אחרונות בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, דינים מחוזי, לד(1), 749 (2003).

ידיעות אחרונות היה צפוי להיכנס לשוק המקומונים בחיפה ולהוביל לדחיקתו של העיתון המקומי העצמאי ידיעות חיפה מהשוק. בית הדין ראה באישור ההסדר הכובל חלופה עדיפה על פני תוצאתו המסתברת של דחיית ההסכם, בשים לב לכך שלמרות פגיעתו בתחרות ההסדר מיטיב עם הציבור באמצעות ביזור השליטה על אמצעי התקשורת בתחום העיתונות המקומית והגדלת המגוון בשוק זה.¹⁸⁷

בית הדין היטיב לזהות כי התוצאה המסתברת של סירוב להסדר הכובל היא שעיתון ארצי גדול (ידיעות אחרונות) ייכנס לתחרות בשוק העיתונות המקומית בחיפה, ולעיתון המקומי (שאינו משתייך לאף לא אחד מהעיתונים הארציים הגדולים) לא יעמדו המשאבים לעמוד באתגר התחרות. בכך גילה בית הדין רגישות לאופיו המיוחד של שוק התוכן העיתונאי-חדשותי, שבו הערך הכלכלי והדמוקרטי של ריבוי בעלויות עצמאיות על עיתונות מקומית עולה על זה של כותר מקומי משתייך לקבוצה ארצית.

לשיטתנו, החלטה חריגה זו מוצדקת בנסיבות העניין, והיא משום דוגמה (חריגה) לאופן שבו יש להידרש לשיקולים ייחודיים לענף העיתונות, נוסף על השיקולים הכלכליים התחרותיים הצרים המשמשים לבחינת הסדרים כובלים. בית הדין היטיב לזהות את הפער בין יעדיה של רגולציה תחרותית סטנדרטית, בדמות הבטחת מחיר תחרותי, ובין יעדיה הכלל-חברתיים הייחודיים של תחרות בשוק העיתונות, המתבטאים למשל בהבטחת מגוון ותוכן מקומי. כך, אף על פי שהרגולציה של התחרות דורשת לעודד את כניסתם של מרב העיתונים לתחרות בשוק העיתונות בחיפה, בית הדין קבע שיעדי הייחודיים של ענף העיתונות מחייבים במקרה זה דווקא להקטין את התחרות על מנת להגן על עיתונים מקומיים עצמאיים.

על רקע זה, אנו סבורים כי יש לאמץ בכלל ההקשרים של שוק התוכן העיתונאי-חדשותי את העיקרון המנחה שקבע בית הדין, שלפיו הסדר כובל מסוג זה מיטיב עם הציבור בכך שהוא "מותיר מרחב מחייה גם למו"ל עצמאי שאין ברשותו עיתון ארצי".¹⁸⁸ באופן כללי יותר, אנו סבורים כי בעניין תחום התוכן העיתונאי-

187 שם, בפס' 16.

188 שם, שם.

חדשותי ראוי לסייג את העיקרון הכללי של דיני ההגבלים העסקיים, המחמיר עם הסדרים כובלים אך מקל על מיזוגים. מאפייניו הייחודיים של ענף העיתונות מלמדים דווקא על הצורך להחמיר יותר עם מיזוגים (אף שאלו מגשימים את ערך היעילות); ואילו שיתופי פעולה בתוך הענף מאפשרים לשמור על קיומם העצמאי של כלי תקשורת עצמאיים מקומיים ולהבטיח את ערך המגוון.

3.1.5. ביטול ההכרזה על ידיעות אחרונות כמונופולין ומניעת הסכמי בלעדיות בהפצה (2010)

בשנת 2010, לבקשתו של העיתון ידיעות אחרונות, הודיעה הממונה על ההגבלים העסקיים על ביטול הכרזתו כמונופולין בשוק העיתונות היומית בעברית.¹⁸⁹ הכרזת המונופול, שהייתה בתוקף מאז שנת 1996,¹⁹⁰ בוטלה עקב הופעתו של ישראל היום בשנת 2007 והתבססותו כשחקן מרכזי בשוק שהוגדר "אספקת עיתון יומי בשפה העברית". לדעת הממונה, כניסתו של ישראל היום כמתחרה לשוק זה שינתה את פניו וצמצמה באופן ניכר את נתח השוק של ידיעות אחרונות אל מתחת למחצית מכלל האספקה בשוק, השיעור הנדרש לשם הגדרתו "מונופול".

בהודעתה על ביטול הכרזתו של העיתון כבעל מונופולין הבהירה הממונה לידיעות אחרונות כי התקשרויות בהסכמים עם נקודות מכירה קמעונאיות של עיתונים, אשר תוצאתן המסתברת היא בלעדיות למעשה, מלאה או חלקית, של ידיעות אחרונות ועלולה לדחוק מתחרה שלו מנקודות המכירה, עשויות להוות הסדר כובל אסור.¹⁹¹

189 הודעה לעיתונות 5001551 של הממונה על ההגבלים העסקיים "הממונה על הגבלים עסקיים הודיעה לידיעות אחרונות על ביטול הכרזתה כמונופולין בשוק העיתונות היומית בעברית" (3.1.2010).

190 הכרזת ידיעות אחרונות כמונופולין, לעיל ה"ש 115.

191 5001551 הודעה של הממונה על ההגבלים העסקיים, לעיל ה"ש 189. נוסף על כך, הובהר כי התקשרויות של ידיעות אחרונות בהסכמים הנוגעים לפרסום, אשר תוצאתן המסתברת היא שמפרסם או קבוצת מפרסמים יפרסמו באופן בלעדי (בעיתונות כתובה) בידיעות אחרונות, עשויות אף הן להיות משום הסדר כובל.

הבהרה זו של הממונה מביאה בחשבון את מאפייניו הייחודיים של תחום התוכן העיתונאי-חדשותי ורואה בו תחום שמחייב החמרה באמות המידה הכלליות לתחרות של דיני ההגבלים העסקיים. אומנם אין כאן אימוץ מפורש של מאפיינים חוץ-תחרותיים, אך מנקודת מבט טהורה של תחרות ספק אם ההבהרה בהודעת הממונה מוצדקת. האזהרה מפני עריכת הסדר כובל אנכי בין עיתון ובין נקודות הפצה מתחייבת כמובן מהוראות סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, אולם מאחר שדיני ההגבלים העסקיים מתמקדים בהסדרים כובלים שעשויים להפחית את התחרות, ספק רב אם הסכם בלעדיות בין עיתון שאינו בעל מונופול ובין נקודות מכירה אכן מקים חשש לדחיקה של עיתון מתחרה מהשוק, שלרשותו עומדות ממילא נקודות מכירה חלופיות רבות דיין.

לפיכך אנו מציעים להבין את הבהרת הממונה כביטוי לרגישות לכך שהסכם מסוג זה, גם אם אינו עולה כדי אמות המידה הכלכליות הכלליות של "פגיעה בתחרות", עדיין עשוי לפגוע בגישתו של הציבור לערוצי מידע. ההבהרה של הממונה מוצדקת לטעמנו בשל השפעתם השלילית של הסכמים אלו על התחרות בשוק הרעיונות ועל הזרימה החופשית של מידע, ולא דווקא בשל השפעתם על התחרות המסחרית בין העיתונים, כפי שאפשר להבין מהטרמינולוגיה של הודעת הממונה. כלומר, הבהרה זו מוצדקת דווקא מההיבט של שוק הרעיונות, והיא מסמנת את האפשרות לשקלל את האינטרס הציבורי בזרימה חופשית של מידע בענף התוכן העיתונאי ולמנוע התנהגות או הסדר המאיימים על מימוש.

ג.5

אפיון והערכה של החלטות הממונה בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי

סקירת החלטותיהם של בית הדין והממונים בשנים האחרונות מבהירה את המגבלות של דיני ההגבלים העסקיים הכלליים כאשר מחילים אותם על הבעיות הייחודיות של שוק התוכן העיתונאי-חדשותי. הממצא המרכזי העולה מהדיון בפרק זה הוא שהגנת החסר שמספק הדין הקיים אינה נובעת מטעות או מכשל מקצועי בזיהוי האיזמים של ריכוזיות בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי, אלא שמדובר בעיקרה במדיניות פרשנית של רתיעה או ריסון עצמי.

מדיניות זו של הממונים על ההגבלים העסקיים, הנרתעים מלאמץ כללי בחינה רגישים יותר לשוק התוכן העיתונאי-חדשותי, ניכרת כבר בהכרזת הממונה על ידיעות אחרונות כמונופולין בתחום העיתונות היומית בשנת 1996,¹⁹² ואחר כך באה לידי ביטוי במלוא עוצמתה גם בהחלטות שעסקו במיזוג חברות הכבלים. החלטות אלו, כמו החלטתה העדכנית של הממונה בעניין מיזוג רשת וערוץ 10, מבטאות במפורש גישה הגורסת כי דיני ההגבלים העסקיים אינם נדרשים לטיפול בבעיות הריכוזיות הייחודיות של שוק התקשורת. בבסיס ריסון מופלג זה, שמערך ההגבלים העסקיים מאמץ,¹⁹³ עומד העיקרון שסוגיית הריכוזיות הכללת-קשורתית אינה רלוונטית לדיני ההגבלים העסקיים כל עוד אין היא מתבטאת באמות המידה הכלכליות של כוח שוק, קרי ביכולת להעלות את מחיר השוק של מוצר ספציפי. למעשה, גם ללא רתיעה מפורשת מפני שיקולים חוץ-שוקיים, בחינת ההחלטות מהשנים האחרונות מלמדת כי לרוב אין בהן התייחסות לערכים הייחודיים לענף התוכן העיתונאי, כגון מגוון הדעות או שוק הרעיונות.

אומנם הסקירה מראה כי היו החלטות אחדות שגילו רגישות לאתגרים הייחודיים של הפעלת דיני ההגבלים העסקיים בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי, אך למרות זאת, ועל אף אהדתנו למגמה הגלומה בהן, גם ההחלטות הספורות שהביאו בחשבון את מאפייניו ואת ערכיו הייחודיים של ענף העיתונות לא נבעו ממשנה סדורה וקוהרנטית באשר למקומם של מאפיינים אלו בהחלטות הממונה ולאופן יישומם הראוי. למעשה, ההחלטות בעניין מיזוג גלובס וידיעות אחרונות ואישור ההסדר הכובל בין ידיעות אחרונות והוצאת מגדלור הן המופע היחיד של ניתוח סדור המביא בחשבון את מאפייניו הכלכליים והדמוקרטיים הייחודיים של שוק התוכן העיתונאי-חדשותי. חריג זה מעיד על הכלל, דהיינו שרשות ההגבלים העסקיים והממונים העומדים בראשה אינם מגלים רגישות מספקת לכשלי השוק הייחודיים לשוק זה ולמגוון הנזקים הציבוריים שהריכוזיות עלולה לגרום. החלטות אלו, למרות חריגותן, ממחישות כי ניתוח כזה יכול להיות חלק בלתי נפרד מניתוח התחרות.

192 הכרזת ידיעות אחרונות כמונופולין, לעיל ה"ש 115.

193 כאמור, המונח "ריסון מופלג" איננו מדיניות מוצהרת של הממונה או של רשות ההגבלים, אלא מונח המתאר לשיטתנו את הרציונל העומד בבסיס ההחלטות.

ממכלול החלטות שנסקרו בפרק זה עולים כמה הסברים אפשריים לריסון המופלג המאפיין את הטיפול בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי. ראשית, החלטות הרשות והממונה מאמצות במובלע את גישתה של אסכולת שיקגו המסורתית, הגורסת כי דיני ההגבלים העסקיים אינם מיועדים להבטיח מגוון ערוצים וקולות בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי.¹⁹⁴ ראייה לכך היא העובדה שבחוק ההגבלים העסקיים הישראלי אין התייחסות ייחודית לתחום התקשורת או התוכן העיתונאי-חדשותי. שנית, אי-שקילת המאפיינים הייחודיים של שוק התוכן העיתונאי-חדשותי עשויה לנבוע מהיעדר ניסיון באיתור ובהתמודדות עם כשלי השוק הייחודיים למסחר חינמי במידע בתנאי שוק דו-צדדי.¹⁹⁵ כך למשל, ההחלטה בעניין אישור ההסכם הכובל בין ידיעות אחרונות ובין מגדלור מדגימה את הקושי בניתוח ההגבלים העסקיים כאשר אלו נדרשים לבחון שווקים דו-צדדיים שבהם ממילא נזקיה של הריכוזיות אינם מתבטאים בהעלאת מחירים לצרכן. הסבר שלישי עשוי להיות מוסדי: ייתכן שרשות ההגבלים העסקיים והעומדים בראשה מבקשים לשמור על המעמד המקצועי הגבוה שהם נהנים ממנו, ולשם כך הם נמנעים מבחינת שיקולים הנתפסים כאמורפיים, כגון האינטרס הציבורי במגוון דעות ובמניעת השפעה ריכוזית על הליך קבלת החלטות השלטוניות.

גם בלי להכריע באשר למקורו של ריסון מופלג זה, אפשר לסכם ולומר שדיני ההגבלים העסקיים הקיימים, שהם המכשיר המשפטי העיקרי לטיפול בריכוזיות בתעשיית התוכן החדשותי, אינם מותאמים להתחשבות במלוא מאפייניו הייחודיים של הענף ובהשפעתו על מגוון ההיבטים של רווחת הצרכן וטובת הציבור.

על רקע זה מתחדד הצורך בעדכון של דיני ההגבלים העסקיים ושל השיטות לניתוח התחרות הנדרשות להפעלתם. כפי שמראה המחקר האקדמי העכשווי, שיטות ניתוח התחרות המקובלות של דיני ההגבלים העסקיים מאמצות כאמור את אסכולת שיקגו, המושתתת על המציאות הכלכלית של המאה העשרים, ולכן

194 ראו לעיל ה"ש 121-122 והטקסט שבצידן.

195 ראו לעיל בסעיף 1.א.1.

הן מוגבלות ביכולתן לטפל בתנאי השוק הייחודיים של עידן הרשת והמידע.¹⁹⁶ בעיה זו חמורה במיוחד כאשר מפעילים אותן על שוק התוכן העיתונאי-חדשותי, שהוא שוק של מסחר במידע. מאחר שיכולתם של צרכני התוכן העיתונאי-חדשותי להעריך את איכות המוצרים מוגבלת, אי-אפשר עוד להסתמך על ההנחה הבסיסית של ניתוח התחרות המסורתי שלפיו השוק "יעניש" או ידחק החוצה מתחרים אשר מספקים מוצרים שאיכותם נמוכה.

יתר על כן, בעידן זה של מסחר חנימי במידע דיני ההגבלים ושיטות הניתוח התחרותי הקיימים אינם יכולים עוד לראות בהפחתת המחיר לצרכן עדות לקיומה של תחרותיות.¹⁹⁷ עדכון דיני התחרות ושיטות הניתוח לצורך הפעלתם בעניין שוק התוכן העיתונאי-חדשותי מתחייב גם משינוי המודל הכלכלי המאפיין את המסחר במידע בעידן הרשת. מרבית ערוצי התוכן העיתונאי-חדשותי המקוונים אינם גובים כיום תשלום כספי תמורת צריכת מוצריהם, כך שלכאורה מדובר במוצרים חנימיים מבחינת הצרכן.¹⁹⁸ בתנאים אלו דיני ההגבלים העסקיים המסורתיים מוגבלים, מאחר שריכוזיות מוגברת בשוק שמוצרי חנימיים אינה משפיעה על תמחור המוצרים. למעשה, ההתמקדות של דיני ההגבלים במחיר לצרכן וראייתו כאינטרס הצרכני המרכזי עשויות להוביל לעמדה הגורסת כי דיני

196 לדברי לינה קאהן, דיני ההגבלים העסקיים העכשוויים כושלים בהגנה על התחרות בעידן הרשת והמידע מכיוון שהם משתמשים בהגדרה צרה ל"תחרות" – רווח לטווח קצר של צרכנים – ומפני שהם נעדרים רגישות להבטחת האינטרסים של יצרנים ולהבטחת יעילות השוק. ראו Lina Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, 126 *YALE L. J.* 710 (2018).

197 לאפיון דיני ההגבלים העסקיים העכשוויים, שבהשראת אסכולת שיקגו משתמשים במחיר לצרכן כבאמת המידה העיקרית להערכת תחרותיות, ראו Khan, שם, בעמ' 720.

198 כמובן, בעולם המסחרי אין ארוחות חנם. המונח "מוצרים חנימיים" בהקשר של הדיון הנוכחי מתאר ערוצי תוכן שניתן לצרוך ללא תשלום כספי (כלומר ללא תשלום דמי מני או רכישה חד-פעמית) אלא "תמורת" חשיפה לפרסומות. זהו המודל המסורתי שאפיון את שידורי הטלוויזיה (broadcast) בעשורים הראשונים לפעולתם. במדיה החדשה ייתכנו גם מודלים חנימיים שאינם מבוססים על חשיפה לפרסומות אלא על מכירת מידע אישי של המשתמש מצד ערוצי התוכן לגופים שלישיים, לעיתים אף בלי ההשתמש יהיה מודע לכך.

ההגבלים העסקיים אינם נדרשים להתמודד עם ריכוזיות או מונופולין בשוקים של מוצרים חינוכיים.¹⁹⁹

בסיכומם של דברים, מגבלות אלו של דיני התחרות הקיימים ושל שיטות הניתוח להפעלתם בשוק התוכן העיתונאי־חדשוני ממחישות את הצורך לעגן במפורש את סמכותו של הממונה ושל בית הדין לשקול, לצד ניתוח התחרות הסטנדרטי, גם יעדים חוץ־תחרותיים כגון מגוון דעות, טובתו של שוק הרעיונות וחופש העיתונות. ההחלטות הספורות שגילו רגישות לכשלי השוק הייחודיים בענף העיתונות ולהשלכותיהם על רווחתו של כלל הציבור ממחישות כי ניתן לשקלל ערכים אלו ולהתייחס אליהם כאל חלק בלתי נפרד מניתוח התחרות. למעשה, יצירת כללים ואמות מידה ייחודיים להפעלת דיני ההגבלים העסקיים בתחום העיתונות היא פרקטיקה מקובלת בדמוקרטיות מערביות, כפי שנראה בפרק הבא.

199 לחיזור עמדה שמרנית זו וביקורת כלכלית עליה ראו Ariel Ezrachi & Maurice E. Stucke, *eDistortions: How Data-Opolies are Dissipating the Internet's Potential*, ProMarket (The blog of the Stigler Center at the University of Chicago Booth School of Business) (2018)

משפט משווה: אסדרה מבנית ייעודית לשוק העיתונות

כפי שהצגנו בפרקים הקודמים, דיני ההגבלים העסקיים מספקים הגנה מוגבלת בכל הנוגע לטובת הציבור כאשר הם מחילים על שוק התוכן העיתונאי חדשותי את אותן אמות מידה כלליות של שווקים רגילים. בפרק זה נציג דרכי התמודדות של דמוקרטיה מערבית עם בעיה זו: הוספת הוראות ייחודיות בחקיקת ההגבלים העסקיים העוסקות בעיתונים או באמצעי תקשורת, בצד אימוץ שיטות ניתוח משוכללות לבחינת סכנותיה של הריכוזיות בשווקים אלו.

הרוב המוחלט של מדינות העולם המערבי, ובהן ישראל, נוקטות סוגים שונים של אסדרות מבניות ייעודיות לחלקים שונים בשוק התקשורת המשודרת. אלו נדרשות כדי להסדיר את השימוש בתדרים בספקטרום האלקטרומגנטי, לאפשר זרימה חופשית ומרבית של מידע ורעיונות בשיח הציבורי ולמנוע ריכוז של כוח תקשורת מוגזם בידי מעטים. עם זאת, אסדרה זו חלה במרבית המדינות על תעשיית השידורים (רדיו וטלוויזיה) בלבד, והיא נעשית באמצעות רגולטור ייעודי הממונה גם על היבטים אחרים של השידורים.

ואולם החשש מכשל בשוק הרעיונות ומתוצאותיו מתקיים גם בכל הנוגע לעיתונות שאינה משודרת, כלומר העיתונות המודפסת והמקוונת. על כן, אסדרה מבנית של ענף השידורים בלבד אינה נדרשת לבעיה במלואה. חסר זה הביא מדינות אחדות לכלול בדיני התחרות הכלליים שלהן, הנוגעים לכלל ענפי המשק, התייחסות ייחודית לאסדרה מבנית של כלל ענף התוכן העיתונאי חדשותי, לרבות מדיה שאינה משודרת, מתוך הבנה שאסדרת הענף על בסיס אמות המידה של שווקים מסחריים רגילים אינה מביאה בחשבון את מאפייניו הציבוריים ואת החצנותיו הלא מבוטלות על כלל החברה.

התאמת דיני ההגבלים העסקיים הכלליים לטיפול בבעיות הייחודיות של ריכוזיות בתחום התקשורת והעיתונות יכולה להיעשות בשתי דרכים עיקריות: (1) הרחבת רשת הפיקוח של דיני התחרות על מיזוגים במידה מחמירה מזו שחלה על תעשיות אחרות, בהיבט של שיעורי השליטה בשוק, התפוצה הכוללת או גובה ההון של החברות המתמזגות; (2) יצירת חזקה שלפיה כל מיזוג בין אמצעי תקשורת הוא אסור אלא אם יש בו אינטרס ציבורי, בניגוד לחקיקת

התחרות הרגילה, שברירת המחדל שלה היא להתיר מיזוגים אלא אם רווחת הצרכנים צפויה להיפגע.

הסדרים כאלה קבועים בכמה ממדינות אירופה. לדוגמה, החוק האיטלקי קובע התייחסות מיוחדת לתחום העיתונות ואוסר על שליטה של גורם אחד ביותר מ-20% מסך שוק העיתונות היומית המודפסת או ביותר מ-50% בשוק עיתונות מקומי או אזורי.²⁰⁰ ההסדר הצרפתי קובע כי חברה השולטת על עיתון יומי איננה יכולה לרכוש עיתון יומי נוסף, אם בכך תגדל שליטתה אל מעבר ל-30% בשוק העיתונות הארצית.²⁰¹ גם הדין הגרמני מחריג את תחום העיתונות מכללי הבחינה הסטנדרטיים של דיני ההגבלים וקובע הוראות ייחודיות להערכת ריכוזיות בתחום זה.²⁰²

אסטרטגיה דומה לטיפול בצרכים הייחודים של שוקי תוכן עיתונאי-חדשותי באמצעות קביעת הסדרים ייחודיים שעוקפים את דיני התחרות הכלליים, כאשר מדובר בעיתונים, אומצה גם בארצות הברית מאז חקיקת Newspaper Preservation Act בשנת 1970. חוק זה מאפשר לשני עיתונים יומיים היוצאים לאור באותו אזור גאוגרפי לאחד את פעילותם העסקית, אם אלו שומרים על הפרדה מבנית ועל תחרותיות בין מערכות החדשות שלהם, למרות ההתנגדות הכללית של דיני ההגבלים העסקיים למיזוג אופקי מסוג זה.²⁰³

עיקר פרק זה יעסוק בחוק התחרות הבריטי, שהוא דוגמה להתייחסות עכשווית ומשוכללת של דיני תחרות למאפיינים הייחודיים של התוכן העיתונאי-חדשותי ולפיתוח שיטות ניתוח ייחודיות להערכת השפעותיהם של מיזוגים בתחום זה על טובת הציבור. בחירתנו להתמקד בזירה הבריטית מבוססת על כמה טעמים. ראשית, הדמיון בין שיטת המשפט המקובל הבריטית לזו הישראלית, ובפרט

200 Commission of The European Communities, Media Pluralism in the Member States of the European Union (16.1.2007)

201 ש.ס.

202 Act against Restraints of Competition (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) (ARC)

203 על חוק זה נמתחה מאז חקיקתו ביקורת נרחבת בטענה שהוא מכשיר מונופולים בחסות המדינה. כיום השפעתו של החוק זניחה, ובפועל רק בערים ספורות קיימים עיתונים מקומיים שיש להם הסכם פעולה משותפת.

בתחום דיני ההגבלים העסקיים, הוא בסיס משותף להשוואה ולהשראה ביניהן. יתרה מזו, יש דמיון רב גם בין המסגרות המשפטיות והרגולטוריות לאסדרת אמצעי התקשורת בשתי המדינות, ושתייהן קובעות חלוקת עבודה מוסדית בין המחוקק, השר הממונה ורשות ציבורית שמופקדת על האסדרה השוטפת. שנית, בזירה הבריטית הצטבר בשנים האחרונות ניסיון רב בניתוח ובהערכה של עסקות מיזוג בין גופי תוכן עיתונאי-חדשותי, בשים לב למאפייניו העכשוויים של שוק זה. בתי המשפט, רשות ההגבלים העסקיים וגופי אסדרת התקשורת הבריטיים גיבשו שיטות ניתוח וכלים משוכללים המספקים בסיס ידע והשראה להתמודדות עם האתגרים העכשוויים של ריכוזיות בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי. עם זאת, הערכת ההסדרים וההחלטות בזירה הבריטית נעשתה מתוך גישות לכך ששוק התוכן העיתונאי-חדשותי הבריטי מתאפיין בריכוזיות חריגה, כמפורט להלן.²⁰⁴

א.6

הסדרים ייחודיים של דיני ההגבלים הבריטיים לטיפול בתעשיית התוכן העיתונאי-חדשותי

עוד בחוק ההגבלים העסקיים הבריטי משנת 1973 כלל המחוקק הוראות ייחודיות לטיפול במיזוגים וברכישות בתחום העיתונות המודפסת, נוסף על ההוראות הכלליות הקובעות את התנאים שבהם יידרש אישור לעסקות מיזוג.²⁰⁵ נוסחו של החוק דאז הותיר לשר הממונה שיקול דעת רחב בהכרעה על אישור

²⁰⁴ להבחנה הגורסת כי שוק העיתונות המודפסת בבריטניה מתאפיין מאז ראשית שנות התשעים בריכוזיות גבוהה במיוחד בהשוואה למדינות מערב אירופה ראו Mike Feintuck & Mike Varney, *Media Regulation, Public Interest and the Law* 129-130 (2nd ed., 2006).

²⁰⁵ The Fair Trading Act (1973). באשר לתחום העיתונות המודפסת קבע החוק כי רכישה גוף עיתונות מודפסת מחייבת בחינה ואישור של השר הממונה, אם התפוצה היומית הממוצעת של עיתוני הרוכש, כולל העיתון הנרכש, עולה על 500,000 עותקים.

המיזוג או התלייתו בתנאים, ובמקרים רבים הוא הכריע ללא מעורבותה של רשות ההגבלים העסקיים דאז (Monopolies and Mergers Commission).²⁰⁶

בתחילת שנות האלפיים קבע המחוקק הבריטי תיקוני חקיקה רחבים בדיני ההגבלים העסקיים (Enterprise Act 2002) ובתחום אסדרת התקשורת (Communication Act 2003).²⁰⁷ גם המסגרת החקיקתית החדשה הכירה בכך שדיני התחרות הכלליים אינם רגישים דיים לבעיותיה של ריכוזיות בתחום התקשורת ואימצה הסדרים ייחודיים לבחינה ולטיפול במיזוגים וברכישות בתחום העיתונות והמדיה.²⁰⁸

דיני התחרות הבריטיים מעניקים לשר הממונה (שר הכלכלה או שר התקשורת) את הסמכות לפרסם "הודעת התערבות" בהליך העבודה של רשות התחרות (Competition and Markets Authority), אם הוא סבור כי במיזוג מסוים המובא לאישורו כרוכים היבטים של אינטרס ציבורי המפורטים בחוק.²⁰⁹ עד חקיקת חוק התקשורת ב-2003 קבע חוק ההגבלים העסקיים רשימה צרה של "אינטרסים ציבוריים" כאלה, שפגיעה בהם מאפשרת לשר להתערב, ובהם סוגיות של ביטחון לאומי או יציבות כלכלת המדינה. מתוך הכרה בסכנותיה הייחודיות של ריכוזיות בתחום התקשורת והעיתונות, חוק התקשורת הבריטי משנת 2003 הסמיך את

206 JAMES CURRAN & JEAN SEATON, POWER WITHOUT RESPONSIBILITY: THE PRESS AND BROADCASTING IN BRITAIN 294 (1997). מחקר זה מראה כי מתוך 120 עסקאות של מיזוגים ורכישות בתחום העיתונות המודפסת שהתקיימו בשנים 1965-1994, רק 29 עברו בחינה של רשות ההגבלים.

207 חוק התקשורת משנת 2003 קבע הסדרים חדשים בכל הנוגע לאסדרת התקשורת, לרבות הקמת סוכנות רגולטורית חדשה - Ofcom. הוא גם קבע תיקונים עקיפים בחוק דיני התחרות, שנחקק שנה קודם לכן.

208 בדיונים על חוק התקשורת ובהסדרים הייחודיים שקבע להפעלת דיני ההגבלים העסקיים בתחום העיתונות והמדיה הודגשה החשיבות של ההגנה על אינטרס המגוון באמצעות מערך ההגבלים העסקיים: "מגוון במדיה חשוב לקיומה של חברה דמוקרטית בריאה ומידועת. העיקרון העומד בביסוס ההסדר החדש שקובע החוק הוא שטמונה סכנה במצב שבו אדם ישלוט בנחח גדול מדי של המדיה, בשל יכולתו להשפיע כך על דעת הקהל ועל סדר היום הפוליטי". ראו Lord McIntosh of Haringey (Parliamentary Under Secretary, DCMS) July 2, 2003, Hansard (התרגום שלנו).

209 סעיף 2 ל-Enterprise Act 2002 (להלן: חוק התחרות הבריטי).

- השר להתערב ולהורות על בדיקה מיוחדת במקרים שבהם עסקות מיזוג או שינויי בעלות עשויים להשפיע על האינטרסים הציבוריים האלה:
- אספקת חדשות מהימנות וחופש הבעת הדעה בעיתונות.²¹⁰
 - קיומו של מגוון דעות מספק (sufficient plurality of views) בשוקי העיתונות הארציים והמקומיים.²¹¹
 - קיומו של מגוון מספק בבעלויות על אמצעי תקשורת שמשרתים סוגים מוגדרים של קהלים.²¹²
 - הצורך בזמינות של שידורים (broadcasting) איכותיים מסוגים שונים, שפונים למנעד רחב של טעמים והעדפות.²¹³
 - מחויבות מצד בעלי השליטה בגופי המדיה ליעדים ולערכים המנחים את אסדרת תחום התקשורת, הקבועים בסעיף 319 לחוק התקשורת (2003).²¹⁴

210 בלשון החוק, "accurate presentation of news and free expression of opinion" (סעיף 58(2A) לחוק התחרות הבריטי).

211 בלשון החוק, "The need for, to the extent that it reasonable and practicable, a sufficient plurality of views in newspapers in each market for newspapers in the United Kingdom or a part of the United Kingdom" (סעיף 52(2B) לחוק התחרות הבריטי).

212 בלשון החוק, "The need in relation to every different audience in the United Kingdom or in a particular area or locality of the United Kingdom, for there to be a sufficient plurality of persons with control of the media enterprises serving that audience" (סעיף 58(2C)(a) לחוק התחרות הבריטי).

213 בלשון החוק, "The need for the availability throughout the United Kingdom of a wide range of broadcasting which (taken as a whole) is both of high quality and calculated to appeal to a wide variety of tastes and interests" (סעיף 58(2C)(b) לחוק התחרות הבריטי).

214 בלשון החוק, "The need for persons carrying on media enterprises, and for those with control of such enterprises, to have a genuine commitment to the attainment in relation to broadcasting of the standards objectives set out in section 319 of the Communications Act 2003" (סעיף 58(2C) לחוק התחרות הבריטי). הערכים המנחים הקבועים בסעיף 319 לחוק התקשורת הבריטי כוללים, בין היתר, הגנה על קטינים, מניעת חכנים מעודדי פשיעה, דיווח חדשותי מדויק ומהימן, מניעת פרסומה פוליטית, מניעת פרסום מזיק או מטעה, מניעת אפליה של מפרסמים ומניעת מסרים סמויים.

כך, כאשר מדובר בעסקות מיזוג שלפי אמות המידה הכלליות נדרש להן אישור של רשות התחרות, החוק מאפשר לשר להורות לגופים הרלוונטיים (רגולטור התקשורת או רשות התחרות) לבחון את השפעת המיזוג על אחד או יותר מהאינטרסים הציבוריים שצוינו לעיל, נוסף על בחינת השפעתו על אינטרסים תחרותיים כלליים כגון מחיר או כמות. על בסיס דוחותיהן של רשות התקשורת הבריטית (Ofcom), הבוחנת את הפגיעה באינטרסים הייחודיים לתחום התקשורת, ושל רשות התחרות, הבוחנת את הפגיעה בתחרות הכללית, השר רשאי לקבוע אם לאשר את המיזוג, לסרב לו או להתלות אותו בתנאים.

מתוך הכרה בכך שגם עסקאות שלא נדרש להן אישור לפי דיני ההגבלים העסקיים הכלליים (כגון החלפת בעלות על אמצעי תקשורת) יכולות להשפיע על טובת הציבור, החוק מאפשר כאמור לשר לפרסם הודעת התערבות מיוחדת ולהניע הליך בדיקה מיוחד גם אם העסקה אינה נתפסת ברף הכללי המחייב אישור. ההתערבות אפשרית אם אחד הצדדים לעסקה מחזיק בנתח שוק העולה על 25% בכלל המדינה או באזור ספציפי. יתרה מזו, השר יכול להורות על הליך בדיקה מיוחד גם אם שיעור התוצרת המצרפי של החברה הממוזגת ביחס לכלל הענף אינו גדל בעקבות שינוי הבעלות (למשל ברכישה של עיתון על ידי אדם שלא פעל קודם לכן בענף). במקרים אלו של הודעת התערבות מיוחדת הליך אישור העסקה נדרש רק לבחינת השפעותיה על האינטרס הציבורי שהגדיר השר, בלי שידרש להיבטי תחרות.

אם פרסם השר הודעת התערבות באשר למיזוג בתחום העיתונות והתקשורת, הליך ההתערבות מתחיל בשמיעת הערות הציבור בדבר האינטרס הציבורי הרלוונטי (לצד הערות הציבור בענייני תחרות). בדיקה ראשונית זו של רשות ההגבלים בוחנת גם אם המיזוג האמור מחייב אישור על פי דיני ההגבלים העסקיים הכלליים. השלב הבא בהליך הוא העברת ממצאי הבדיקה הראשונית לשר, ועל בסיסה הוא מוסמך להורות לרשות התקשורת לבחון את השפעתו של המיזוג על אינטרסים ציבוריים שהגדיר, כגון אספקת חדשות מהימנות, חופש דעה, מגוון ויכולת להשפיע על דעת הקהל.²¹⁵ על בסיס ממצאי בדיקתה של רשות התקשורת נדרש השר להכריע אם עסקת המיזוג הנבדקת אכן צפויה לפגוע באינטרסים הציבוריים הללו. אם הכריע כי יש בסיס סביר לפגיעה

באינטרס הציבורי, השלב הבא הוא העברת המיזוג לבדיקתה המעמיקה של רשות התחרות.²¹⁶ בשלב זה מתקיים ניתוח תחרות מעמיק (המסתמך לרוב על איסוף של מידע כמותני ואיכותני וניתוחו) של היקפה והיתכנותה של פגיעה באינטרסים הייחודיים לתחום התקשורת.²¹⁷ רשות התחרות מוסרת את ממצאיה ואת המלצותיה האופרטיביות (לסרב למיזוג, לאשרו או להתלותו בתנאים), וההליך מסתיים עם החלטתו של השר לאמץ או לדחות את המלצות רשויות הבדיקה.²¹⁸

1.6 החוק והרשויות בפעולה: בחינת הבדיקה המיוחדת של מיזוגים בתחום התקשורת והעיתונות בבריטניה

1.1.1. המיזוג בין Sky ל-ITV ומעמד השיקולים בדבר הבטחת המגוון (2010-2006)

רשת BskyB (כיום רשת Sky) הייתה הרשת הבריטית המובילה לצפייה בתשלום ששידרה בלוויין, סיפקה שידורי חדשות והחזיקה בכמה עיתונים מודפסים

²¹⁶ הליך הבדיקה המעמיק שמקיימת רשות התחרות מכונה "Phase 2 Public Interest Test"

²¹⁷ לסקירה בעניין זה ראו U.K. COMPETITION & MARKETS AUTHORITY, MERGERS: GUIDANCE ON THE CMA'S JURISDICTION AND PROCEDURE (2014)

²¹⁸ לכאורה, הליך זה מרכז בידי של השר שיקול דעת רחב באשר לאישור המיזוג או דחייתו, בניגוד למודל הישראלי שבו ההחלטה נחונה לשיקול הדעת המקצועי של הממונה או בית הדין. עם זאת, יש לזכור כי גם במודל שבו ההחלטה האופרטיבית נחונה לידי של השר הממונה, יהיה עליו לספק טעמים כבדי משקל אם יחליט בניגוד להמלצות הגופים המקצועיים. החלטת השר כפופה לכללי המשפט המינהלי, ואם לא תיחמך במשמית עובדתית ובנימוק סביר לסטייה מהמלצותיהם של גופי המקצוע היא צפויה להיפסל.

נפוצים. 39% ממניותיה הוחזקו על ידי News Corporation בבעלותו של רופרט מרדוק. חברת ITV הייתה המשדר המסחרי (broadcaster) הגדול ביותר בבריטניה וסיפקה גם היא שידורי חדשות.²¹⁹

בנובמבר 2006 רכשה BskyB 17.9% ממניות חברת ITV. לראשונה מאז התיקון לחוק התקשורת מ־2003 הודיע השר על התערבותו והורה לבדוק את השפעותיה של עסקת הרכישה על האינטרס הציבורי בהבטחת מגוון מספק של בעלויות על גופי תקשורת. הבדיקה הראשונית וחוות הדעת של רשות התקשורת אישרו את החשש להשפעה שלילית של המיזוג על היבטי תחרות ועל היבטי המגוון בתקשורת, והשר הורה על המשך ההליך והעברת הבחינה לרשות התחרות דאז – Competition Commission (להלן: CC).²²⁰

כעבור שישה חודשים הודיעה ה־CC כי היא ממליצה להתנגד למיזוג בשל השפעותיו על התחרות (עסקה מסוג זה דורשת אישור גם לפי הוראותיו הכלליות של חוק ההגבלים העסקיים בעניין מיזוגים), אך אין לדעתה מקום להתנגד לרכישה על בסיס האינטרס הציבורי המיוחד בהבטחת מגוון בתחום השידורים.²²¹ קביעתה זו של רשות התחרות, שלפיה המיזוג אינו מקים חשש לפגיעה באינטרס הציבורי של מגוון, התבססה על שיעור האחזקה המצומצם של BskyB ב־ITV, שעמד כאמור על 17.9%, ועל כך שממילא יש רגולציה על שידורים ומסורת חזקה של עצמאות מערכתית של הצדדים בהפקת חדשות בטלוויזיה. כל אלה, כך נטען, מסירים את החשש לפגיעה בעצמאות מערכת החדשות של ITV, ולפיכך גם המיזוג לא יפגע באינטרס הציבורי של מגוון מספק בבעלות על אמצעי התקשורת. עם זאת, רשות התחרות סברה כי העסקה פוגעת פגיעה של

219 תיאור ההליכים בסעיף זה מתבסס על המקורות האלה: Craufurd Smith & Tambini, **לעיל** ה"ש 15; RICHARD COLLINS, MEDIA PLURALISM AND CONCENTRATION OF OWNERSHIP: THE CASE OF THE UNITED KINGDOM (2010)

220 רשות התחרות הייתה הגוף הרגולטורי האחראי על קיום הוראות דיני ההגבלים העסקיים מאז הקמתה בשנת 1999. היא הוחלפה בשנת 2014 על ידי הרשות לתחרות ושווקים (Competition and Markets Authority).

221 Competition Commission, Acquisition by British Sky Broadcasting Group PLC of 17.9 Per Cent of the Shares in ITV PLC: Report to the Secretary of State (14.12.2007)

ממש בתחרות, ולכן המליצה לחייב את BskyB להפחית את אחזקותיה ב־ITV אל מתחת לשיעור של 7.5%. השר הממונה אימץ את ממצאי רשות התחרות בכל הנוגע ל־BskyB.

כנגד קביעתה של ה־CC והחלטת השר הוגשו ערעורים מטעם BskyB ומטעם תאגיד התקשורת Virgin (ספקית השידורים בכבלים ויריבתה של רשת Sky) לטריבונל הערעור (Competition Appeal Tribunal), הממלא בהקשר זה פונקציה מקבילה לזו של בית הדין להגבלים עסקיים). BskyB טענה כי ה־CC לא סיפקה תשתית עובדתית מספקת לקביעתה בדבר יכולת ההשפעה של BskyB על ITV בעקבות רכישת המניות, ולכן לא הוכיחה שעסקת הרכישה צפויה לפגוע באופן מסתבר בתחרות. חברת Virgin מצידה טענה כי ה־CC והשר טעו בפרשנותם לסעיפי החוק הקובעים את שיקול המגוון במדיה, כך שהיה מקום לקבוע כי המיזוג פוגע גם באינטרס הציבורי המיוחד בהבטחת המגוון בתחום השידורים.

טריבונל הערעור דחה את טענתה של BskyB וקיבל את טענתה של Virgin, שלפיה המיזוג צפוי לפגוע גם באינטרס הציבורי בקיומו של מגוון מספק בבעלי השליטה על אמצעי התקשורת.²²² בכלל זה נקבע כי מידת השליטה בערוץ הנרכש, שהספיקה כדי להגדיר את העסקה כמיזוג הכפוף למשטר המיזוגים, מספיקה גם כדי להגדיר את BskyB כבעלים של ITV לצורך בחינת הפגיעה באינטרס הציבורי במגוון מספק של בעלים באמצעי התקשורת. נוסף על כך נקבע, בניגוד לעמדת ה־CC, כי העצמאות המערכתית של ITV אינה רלוונטית לבחינת השפעתה של העסקה על האינטרס במגוון מספק של בעלים. לגישתו של טריבונל הערעור, אומנם הרכישה אינה פוגעת באפשרות שעמדות פוליטיות שונות יופצו לקהל הצופים, אך למרות זאת היא מעניקה כוח והשפעה נוספים לרוכש שכבר מחזיק בכוח ציבורי רב בזכות ערוצי השידור שברשותו. אין בהבטחת קיומם העצמאי של ערוצי השידור הנוספים, כך נקבע, כדי לרסן כראוי את כוחה המוגזם של רשת BskyB כבעלת שליטה. בשים לב לכך שהתרופה שהשר אימץ בהמלצת ה־CC – לחייב את BskyB להפחית את אחזקותיה ב־ITV אל מתחת לשיעור של

British Sky Broadcasting Group Plc & Virgin Media Inc. v. (1) 222
The Competition Commission (2) The Secretary of State for Business,
Enterprise and Regulatory Reform (September 2008)

7.5% – צפויה לספק מענה גם לחשש מפני פגיעה באינטרס המגוון, טריבונל הערעור קבע כי יש להשאירה על כנה.²²³

על החלטתו של טריבונל הערעור הגישו הצדדים ערעור נוסף לערכאה העליונה – בית המשפט לערעורים (England and Wales Court of Appeal). בפסק הדין, שניתן בראשית שנת 2010, אומצה דווקא עמדת רשות התחרות.²²⁴ בית המשפט לערעורים קבע כי בחינת השפעתו של מיזוג על האינטרס הציבורי בריבוי מספק של בעלי שליטה באמצעי תקשורת מורכבת משני שלבים: תחילה יש לשאול אם מספרם של השולטים באמצעי תקשורת הצטמצם בעקבות המיזוג, ואחר כך יש לשאול אם לאחר המיזוג מתקיימת מידה מספקת של מגוון בבעלי השליטה. בשלב הראשון מצא בית המשפט כי יש להתייחס ל-BskyB ול-ITV כאל ישויות נפרדות, ולכן מידת השליטה באמצעי התקשורת אכן אינה רלוונטית, כעמדתו של טריבונל הערעור. בשלב השני, הבוחן אם העסקה צפויה לפגוע במגוון בעלי השליטה, תמך בית הדין בעמדתה של רשות התחרות וקבע כי נכון לבחון גם את מידת ההשפעה בפועל שבעלות של 17.9% מהמניות מאפשרת בכל הנוגע לתכנים בערוץ הנרכש. על רקע זה אשרר בית המשפט לערעורים את הדרישה מ-BskyB להפחית את אחזקותיה החדשות ב-ITV לרמה של 7.5%, כפי שהמליצה רשות התחרות וקבע השר.

מעבר לפרטים הספציפיים, המקרה של מיזוג BskyB ו-ITV מדגים את הנחות היסוד ועקרונות הפעולה של ההסדר הייחודי שקובעים דיני ההגבלים הבריטיים באשר לשוק העיתונות והשידורים. לשיטתנו, ראוי שתובנות אלו בעניין אופיו של הענף, התחרות בו והשפעותיה של תפוקותיו יאומצו גם בזירה הישראלית.

ראשית, החוק ופרשנותו על ידי בית המשפט מבטאים את ההבנה הבסיסית שזהות הבעלים של אמצעי תקשורת צפויה להשפיע על טיב הסיקור והמידע

²²³ לסקירה ולניתוח של החלטת טריבונל הערעור בנקודה זו ראו Howard Cartledge & Dervla Broderick, *BskyB/ITV: Competition Appeal Tribunal Dismisses BskyB's Appeal*, 17 (2) UTILITIES LAW REVIEW 47 (2009)

²²⁴ 1095-1096/4/8/08 British Sky Broadcasting; Virgin Media, Inc v. The Competition Commission; The Secretary of State for Business Enterprise and Regulatory Reform, [2010] EWCA Civ 2 (21.1.2010) (להלן: פסק דינו של בית המשפט לערעורים בעניין Sky).

שהוא מספק לציבור. מטעם זה הקניית הסמכויות שבחוק נועדה למנוע מצבים שבהם מספר קטן של אנשים שולט באמצעי התקשורת המשרתים את הציבור.

שנית, החוק ופרשנותו על ידי בית המשפט אינם מסתפקים רק בהבטחת המגוון באמצעי התקשורת, אלא בהבטחת המגוון של מספר האנשים השולטים בהם. הטעם לדבר הוא ההכרה בכך שכאשר ערוצי מידע רבים ונפרדים משקפים כולם את העמדות הפוליטיות של אדם יחיד, נפגע המגוון של העמדות הפוליטיות הנשמעות בשיח הציבורי.

שלישית, פסק דינו המנחה של בית המשפט לערעורים מבנה את שיקול הדעת הנדרש מרשות התקשורת ומרשות התחרות בבואן להעריך את השפעתו של מיזוג על קיומו של מגוון מספק. הוא קובע כי הכרעתו נדרשת להתבסס על "הערכה כמותנית של המצב שייווצר, או צפוי להיווצר" בעקבות המיזוג הנבחן.²²⁵ בית המשפט קבע גם כי בדיקת פגיעותיו הפוטנציאליות של מיזוג באינטרס הייחודי של מגוון בתחום התקשורת והעיתונות נדרשת להיעשות באופן הקשרי: אם אין מדובר ברכישה מלאה של ספק תוכן, יש לבחון באופן מבוסס עובדות אם היקף השליטה הנרכש מאפשר לשלוט במדיניות של ספק התוכן הנרכש ולהשפיע על מוצריו.²²⁶ בהקשר זה הכריע בית המשפט כי רף ההוכחה שבו נדרשת רשות התחרות לעמוד הוא הרף הנמוך יחסית של מאזן הסתברויות.²²⁷

בחינת ההליכים במקרה המתואר ממחישה את המורכבות של הבטחת האינטרס הציבורי במגוון תקשורתי באמצעות דיני התחרות. הליכי בדיקתו של המיזוג ואישורו ארכו יותר משלוש שנים. לא פחות מחמישה גופים השתתפו בבחינת הפגיעה בפלורליזם, ולבסוף הוכרע שפגיעה כזאת אינה מתקיימת. אומנם BskyB נאלצה לוותר על מרבית אחזקותיה בחברה הנרכשת, אך משיקולי תחרות בלבד. עם זאת, חשוב לזכור כי משך ההליך ומורכבותו קשורים לכך שזו

225 פסק דינו של בית המשפט לערעורים בעניין Sky, שם, פס' 87.

226 שם, פס' 80.

227 שם, פס' 42. עוד הדגיש בית המשפט כי הוכחת מאזן ההסתברויות אינה נדרשת בעניין כל קביעה עובדתית של הניתוח, אלא בעניין המסקנות באשר לפגיעה הצפויה של המיזוג בתחרות או באינטרס הציבורי במגוון (שם, פס' 69).

הייתה הפעם הראשונה שבה נדרשו רשויות התחרות ובתי המשפט לפרשנות של ההסדר המשפטי החדש שנקבע באשר לשיקול המגוון שרשויות התחרות נדרשות להבטיח בתחום המדיה והחדשות.

2.1.6. ניסיון רכישת רשת Sky על ידי News Corporation (2010)

בסוף שנת 2010 הגישה חברת התקשורת News Corporation (שכאמור, בבעלות איל התקשורת רוברט מרדוק), המוציאה לאור של כמה מהעיתונים הבולטים בבריטניה (*The Sun, The Times, The Sunday Times, News of the World*) והמחזיקה בחלק ממניותיה של רשת Sky, הצעת רכישה של 61% נוספים ממניות Sky, שעתידיה הייתה להשלים את בעלותה על 100% ממניות הרשת. בשל היבטים מסוימים של המיזוג, הוא היה כפוף לבחינתה של נציבות התחרות האירופית ולא של הנציבות הבריטית,²²⁸ אך למרות זאת הודיע השר על התערבותו, גם כאן בשל החשש שהמיזוג יפגע באינטרס הציבורי של מגוון ולצורך הבטחת ריבוי הדעות בתחום העיתונות.

במתכונת שתוארה לעיל של הליך הבדיקה, השר הורה לרשות התקשורת הבריטית Ofcom לבחון את השפעתו של המיזוג המבוקש על האינטרס הציבורי במגוון בעלי השליטה בחברות מדיה (*the sufficiency of plurality of persons with control of media enterprises*). לאחר כחות מחודשיים הגישה Ofcom את חוות דעתה לשר, ובה קבעה כי יש בסיס סביר להניח שהעסקה צפויה לפגוע באינטרס הציבורי, שכן היא תוביל למצב שבו אין מגוון מספק של בעלי שליטה בספקי תוכן חדשותי הפונים לשוק הבריטי. לפיכך המליצה הרשות להעביר את המיזוג לבדיקתה המלאה של סוכנות התחרות.²²⁹

228 European Intervention Notice. סמכות זו מעוגנת בסעיף 67 של חוק התחרות הבריטי.

229 Ofcom, *Report on Public Interest Test on the Proposed Acquisition of British Sky Broadcasting Group by News Corporation* (31.12.2010) (להלן: Ofcom Report 2010).

לפי הוראות החוק, כפי שפורשו על ידי בית המשפט, Ofcom לא הסתפקה בבחינת השפעתו של המיזוג על מגוון ערוצי המדיה הזמינים לציבור, אלא התמקדה בהשפעתו על מגוון בעלי השליטה בחברות המדיה. בשים לב לרציונל העומד בבסיס הדרישה לקיומו של מגוון, דהיינו מניעת שליטה ריכוזית על דעת הקהל או על תהליכי קבלת ההחלטות, הבדיקה התמקדה בהשפעתו של המיזוג על יכולתו של הרוכש (משפחת מרדוק) להתוות קו מערכתי צר שיתאים לאינטרסים שלו. בניגוד למיזוג הקודם, שבו נרכשו אחוזים מעטים ממניות החברה, במקרה זה הוביל המיזוג שליטה מלאה. עובדה זו הביאה למסקנה שבעלות על 100% ממניותיה של Sky תביא לפגיעה בעצמאותה ולאיחוד הקווים המערכתיים של החברות המתמזגות.

באשר לחשש מריכוז של כוח השפעה על הציבור בידי בעליהם של ספקי תוכן חדשותי, Ofcom שללה את העמדה כי ביזור בעלויות על גופים שונים של תוכן חדשותי מביא בהכרח לביזור מספק של כוח ההשפעה, מכיוון שערוצי מידע נבדלים זה מזה במעמדם ובהשפעתם על דעת הקהל ואינם מעניקים לבעליהם מידה זהה של כוח והשפעה.²³⁰ על כן אימצה Ofcom את העיקרון המנחה שאושר בפסק הדין של בית המשפט לערעורים, האומר שמספרם של אמצעי התקשורת הזמינים לציבור אינו מלמד כשלעצמו ובאופן מלא על מידת הריכוזיות של הכוח התקשורתי.²³¹ כלומר, יש לבחון בקפדנות רבה יותר מיזוגים שבהם מעורבים ערוצי תוכן עיתונאי-חדשותי שתפוצתם רחבה או שהם זוכים למידה רבה של אמון הציבור.²³²

בבסיס דיני ההגבלים העסקיים ניצב העיקרון הקובע כי יש לבחון באופן המבוסס על עובדות את כוח ההשפעה היחסי של גופים מתחרים על טובתם של הצרכן והציבור. באופן מסורתי, כוחם היחסי של מתחרים בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי נמדד לפי הפלטפורמה המסוימת: כוחם היחסי של מתחרים בשוק העיתונות המודפסת נמדד לפי מספר הגיליונות שהם מפיצים, וכוחם היחסי של מתחרים בשוק השידורים מוערך לפי מדידת הרייטינג. על רקע זה, האתגר

230 שם, בעמ' 20.

231 ראו לעיל ה"ש 225-226 והטקסט שבצידן.

232 Ofcom Report 2010, לעיל ה"ש 229, בעמ' 51-52.

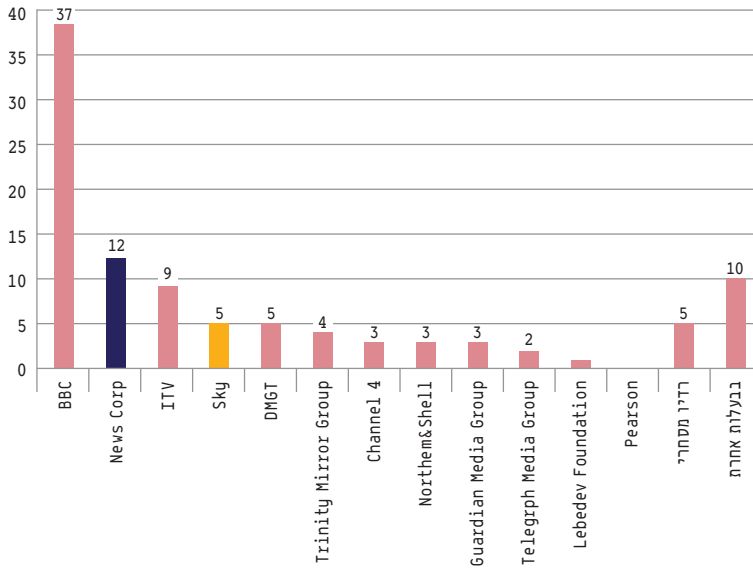
המתודולוגי העיקרי ש־Ofcom נדרשה להתמודד עימו בגיבוש חוות דעת על המיזוג נבע ממעורבותם של שני סוגי מדיה במיזוג – עיתונות כתובה ומדיה משודרת, ומהעובדה שקשה להעריך את מידת השפעתו היחסית של עיתון בהשוואה לזו של ערוץ טלוויזיה. יתרה מזו, נתוני הצריכה של כל אחד מסוגי המדיה, שלפיהם אפשר למדוד השפעה, אינם נמדדים באופן אחיד: צריכתו של עיתון נמדדת על פי נתוני תפוצה בלבד, מידת החשיפה לערוץ טלוויזיה נמדדת פעמים רבות על פי כניסה (העברה) לערוץ, ותפוצת ההאזנה לערוץ רדיו מוערכת על פי סקרי האזנה. מכיוון שמדדי הצריכה שונים, קשה להסיק מה מידת ההשפעה המגולמת בכל אחד מהם ולסדר את סוגי המדיה השונים על סולם של השפעה יחסית.

כדי לפתור את הקושי הזה פיתחה Ofcom שיטת ניתוח חוצת פלטפורמות שתאפשר להשוות בין מידת החשיפה בפועל של הציבור למקורות חדשתיים שונים וקבעה את "מדד החשיפה המשוקלל" (share of reference index). מדד זה, המחושב על בסיס סקרים ושאלונים, בוחן את תדירות הצריכה של מקורות חדשתיים באופן חוצה פלטפורמות שמאפשר להשוות בין הכוח היחסי של הספקים השונים. Ofcom ערכה סקר נרחב שבו התבקשו המשתתפים לציין את מקורות החדשות שהם ניזונים מהם ולדרג את חשיבותם בעיניהם.²³³ הנתונים שסיפק המדד לצורך בחינה של עסקת המיזוג המדוברת לימדו כי הצדדים לה הם המתחרים הדומיננטיים ביותר בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי, כמומחש בתרשים 1.

233 להצגה מתודולוגית מלאה של מדד share of reference כפי שפוחח על ידי Ofcom מאז הפעלתו במקרה זה, ראו להלן בסעיף 7.7.

חרשים 1

מדד החשיפה המשוקלל לכלל מקורות החדשות בבריטניה (%)



מקור: Ofcom, Report on Public Interest Test on the Proposed Acquisition of British Sky Broadcasting Group by News Corporation (31.12.2010), p. 42

על בסיס הבחינה חוצת הפלטפורמות שמאפשר המדד, וממצאיה המראים כי הגופים המבקשים להתמזג הם מתוך שלושת ספקי החדשות המסחריים הדומיננטיים ביותר, סברה Ofcom כי המיזוג צפוי לפגוע באינטרס הציבורי במגוון והמליצה להעבירו לבדיקה מעמיקה של סוכנות התחרות.²³⁴

234 לפי הלכות קודמות של בית המשפט, על מנת להורות על המשך הבדיקה בידי סוכנות התחרות נדרשת רשות התקשורת להראות כי על בסיס הראיות הזמינות קיימת "אמונה סבירה" (reasonable belief) שהעסקה הנבחנת עשויה או צפויה לפגוע באינטרס הציבורי.

בתגובה לחששות שהעלתה בדיקתה של Ofcom הציעה News Corporation לשר להפריד בין רשת Sky לגוף החדשות שלה, Sky News, ולשמר את אחזקותיה ב־Sky News בשיעור הקיים, שעמד על 39% בלבד. כך, לדעתה, לא יפגע המיזוג במגוון הקיים של אמצעי החדשות. בשלב זה הורה השר להעביר את שאלת המיזוג לבדיקתה של רשות התחרות, אולם אז נחשפה פרשיית האזנות סתר של העיתון *News of the World* שבבעלותה של News Corporation. קבוצת מרדוק החליטה למשוך את הצעת הרכישה וההליך הופסק.

מקרה זה ממחיש כיצד שוכללו ההליך והמתודולוגיה לבחינת סכנותיה הייחודיות של הריכוזיות בתחום התוכן העיתונאי־חדשותי, ובראשן הצורך להבטיח מגוון ולמנוע השפעה ריכוזית על דעת הקהל וההליך הפוליטי. בהשוואה להליך הקודם, שנמשך יותר משלוש שנים, הבדיקה המקיפה שקיימה Ofcom באשר להשפעת המיזוג על האינטרס הציבורי במקרה זה נמשכה פחות מחודשיים. כמו כן, לנוכח פסק דינו המנחה של בית המשפט לערעורים במסגרת ההליך הקודם, לא התעוררו שאלות פרשניות באשר לטיב הניתוח שיש לקיים כדי להעריך את השפעותיו של מיזוג על האינטרס הציבורי במגוון. גם שיטות הניתוח ששכללה Ofcom סיפקו מתודולוגיה חדשה לבחינה כמותנית של שיקולים חוץ־תחרותיים כגון קיומו של מגוון מספק או כוח ההשפעה היחסי של מקורות תוכן שונים על דעת הקהל. כאן, לראשונה, יושמו שיטות ניתוח המותאמות למאפייניו העכשוויים של שוק התקשורת ולתחליפיות ההולכת וגוברת בין העיתונות המודפסת לעיתונות המשודרת.

3.1.6 אישור מותנה להשתלטות על Sky 21st Century Fox על Sky

²³⁵(2018-2017)

בשנת 2013, כחלק מארגון מחדש של נכסי התקשורת שלו ובמטרה לפצל את עסקי העיתונות שלו מעסקי הקולנוע והטלוויזיה, העביר מרדוק את שליטתו החלקית ב־Sky מ־News Corporation ל־21st Century Fox. אחר כך, בסוף שנת 2016, הגיש מרדוק באמצעות 21st Century Fox הצעה לרכוש את כל יתרת מניותיה של Sky, ובכלל זה את גוף החדשות שלה, Sky News.

בראשית שנת 2017 הפעילה שרת התקשורת דאז את סמכותה והורתה ל־Ofcom לפתוח בבדיקה של המיזוג (public interest test).²³⁶ במקרה זה הגדירה השרה כי היא מורה לבדוק את השפעותיה של עסקת הרכישה בהקשר של שתי סוגיות נפרדות שהחוק קובע בעניין תחום התקשורת: השאלה אם העסקה צפויה להפחית את מגוון הבעלויות לרמה בלתי מספקת; והשאלה אם העסקה צפויה להוביל להפרות של רגולציית השידורים הכללית החלה על שידורי טלוויזיה. בחודש יוני 2017 השלימה Ofcom את הליך הבחינה והמליצה לשרה להעביר את העסקה לבחינה של רשות התחרות,²³⁷ משום שמצאה שהמיזוג מעלה חששות מבוססים לפגיעה באינטרס הציבורי במגוון של בעלויות ועלול לרכז בידיו של מרדוק כוח השפעה מסוכן על דעת הקהל ועל תהליכי קבלת ההחלטות.²³⁸

קביעתה של Ofcom נסמכה על כמה אדנים. ראשית, נתוני חשיפה וצריכה של תוכן עיתונאי-חדשותי הראו כי העסקה תהפוך את קבוצת מרדוק לספק החדשות המסחרי השני בגודלו בבריטניה, בכל אחת מארבעת סוגי המדיה

236 בשל אופיו הבינלאומי של מיזוג זה עיקר בחינת התחרותיה בעניינו נעשתה במוסדות האיחוד האירופי. במקרה זה התערבות השרה נעשתה מכוח סעיף 67 לחוק התחרות הבריטי (European Intervention Notice).

237 Ofcom, *Public Interest Test for the Proposed Acquisition of Sky plc by 21st Century Fox, Inc* (20.6.2017)

238 הליך הבדיקה של Ofcom אימץ את ההגדרה הבאה לאינטרס הציבורי במגוון (שם, בעמ' 24):

We define plurality as: ensuring that the public have available to them, and to consume a wide range of viewpoints, across a range of media enterprises. There should be a diversity of news media voices across television, radio, print newspapers, and online; preventing any one media owner, or 'voice', having too much influence over public opinion and the public agenda. Preventing this can be achieved by ensuring that no one organisation or news source has a share of news consumption that is so high that it risks exposing people to a narrow set of viewpoints.

(טלוויזיה, רדיו, דפוס ודיגיטל).²³⁹ יתר על כן, נמצא כי עם ביצוע העסקה, הגוף המאוחד יהפוך להיות ספק החדשות היחיד הפועל בכל ארבעת סוגי המדיה.²⁴⁰ שנית, Ofcom מצאה ש-Sky News נחשבת אצל צרכניה לספק חדשות מהימן, ולכן שינוי הבעלות בה מחייב בחינה קפדנית בהשוואה לגופי חדשות אחרים שנהנים ממידה קטנה יותר של אmon.²⁴¹ שלישית, בדיקתה של Ofcom העלתה כי עסקת המיזוג צפויה להגביר את ההשפעה של מרדוק על סדר היום העיתונאי, וכפועל יוצא – להגביר את השפעתו על הזירה הפוליטית.²⁴² על בסיס ממצאים אלו קבעה Ofcom כי אף שהשפעתו של המיזוג על כמות הספקים של תוכן עיתונאי חדשותי תהיה מוגבלת, הוא מעורר חששות מבוססים לפגיעה באינטרס הציבורי, ואלו מחייבים בחינה קפדנית של רשות התחרות טרם אישורו.

על פי המלצת Ofcom הטילה השרה על רשות התחרות לבחון את המיזוג האמור בגין החשש לפגיעה באינטרסים הציבוריים של מגוון ואיכות המוצרים בשוק התוכן העיתונאי חדשותי.²⁴³ בבדיקה שהוטלה על רשות התחרות מכוח הדין הנוהג היא התבקשה להעריך לא רק אם המגוון צפוי להיפגע, מבחינת מספר האנשים השולטים באמצעי התקשורת והדעות הזמינות לציבור, אלא אם המיזוג צפוי להביא את רמת המגוון למידה לא מספקת.

בחוות הדעת הראשונית של רשות התחרות שהוגשה בראשית 2018 נקבע כי עסקת המיזוג תפגע באינטרס הציבורי, מכיוון שהיא תעניק למרדוק השפעת

239 שם, בעמ' 52-54.

240 בכלל זה, בדיקתה של Ofcom מצאה כי מיזוג בין גופי חדשות הפועלים במדיה המסורתית (דפוס וטלוויזיה) ובין גוף חדשות מקוון מספק יתרון תחרותי ניכר על גופי חדשות הפועלים רק באופן מקוון.

241 שם, בעמ' 73-74.

242 ניתוח פוטנציאל ההשפעה של הגוף הממוזג על ההליך הפוליטי התבסס על ממצאים כמותניים באשר להיקף החשיפה הצפוי לתכנון, והתחשב בכך שההשפעה של גוף עיתונות על סדר היום הפוליטי אינה תלויה רק בהיקף החשיפה אליו אלא גם במידת האמון הציבורי שהוא זוכה לה.

Statement from the Culture Secretary on the Proposed Sky Plc/ 243
21st Century Fox Inc. Merger (12.9.2017)

יתר על שוק התקשורת הבריטי בשים לב לשליטתו הקיימת בשוק העיתונות המודפסת. בתגובה לכך הציעה Fox להבטיח עצמאות מערכתית ועריכתית של Sky News באמצעות הקמת "חומת אש" בין המערכת העיתונאית של Sky News ובין גורמים ממשפחת מרדוק או Fox. היא הציעה גם הפרדה מבנית בין Sky News ל-Fox כדי ליצור ל-Sky News ישות משפטית נפרדת שתבטיח את עצמאותה הניהולית והפיננסית.²⁴⁴

חוות דעתה הסופית של רשות התחרות הוגשה ביוני 2018. נקבע בה שניתן לאשר את המיזוג רק בתנאי שפעילות החדשות של Sky תימכר לגוף תקשורת אחר שאינו בשליטתו של מרדוק.²⁴⁵ בדיקתה של הרשות התבססה על ההכרה בחשיבותו של המגוון במדיה כשיקול היורד לשורש ההליך הדמוקרטי, ועל ההנחה שלרשות התחרות יש כשירות מקצועית-מוסדית לבחון אותו. בפעולתה זו הגדירה רשות התחרות את הסכנה שמעמיד המיזוג בדמות פגיעה במגוון הדעות הזמינות לציבור. פגיעה זו, לדעת רשות התחרות, צפויה להתקיים גם ברמות נמוכות של ריכוזיות, שאינן נחשבות בעייתיות בניתוח התחרות בשווקים אחרים.²⁴⁶

כדי לבדוק אם העסקה צפויה להביא למידה לא מספקת של מגוון אימצה רשות התחרות את העיקרון המוכר מהמקרים הקודמים, שלפיו יש להבטיח מגוון במספר מקורות המידע, ולא דווקא במספר הערוצים או התכנים. על בסיס עיקרון זה קבעה הרשות כי "מגוון מספק" בתחום התקשורת כולל כמה רכיבים:²⁴⁷

(1) יש להבטיח כי לשום אדם יחיד לא תהיה שליטה מופרזת (excessive control) על ההליך הדמוקרטי.

Joe Mayes, *Fox Reaches Final Stage of UK Review of Sky Takeover*, 244 BLOOMBERG (1.5.2018)

CMA Report on the Anticipated Acquisition by 21st Century Fox, Inc 245 (להלן: CMA Report 2018) of Sky Plc (5.6.2018).

246 שם, בעמ' 12.

247 שם, בעמ' 80-81.

(2) יש לספק מגוון של מקורות חדשתיים ושל קווי מערכת, לנוכח החשיבות של היעדר הסכמה בדמוקרטיה.

(3) יש למנוע מצבים שבהם לאדם או לאמצעי תקשורת יש השפעה יתרה על דעת הקהל ועל סדר היום הפוליטי באמצעות הדגשה או השמטה של דיווחים.

(4) יש להבטיח תנאי שוק שבהם חברות שונות יספקו מגוון של סגנונות וצורות של תוכן עיתונאי-חדשתי.

נקודת המוצא לבחינת השפעתו של המיזוג על רכיבים אלו של האינטרס הציבורי הייתה הוראות חוק התחרות הבריטי, הקובעות שכאשר עסקה מגבירה את מידת ההשפעה של אדם יחיד על אמצעי תקשורת, הצדדים המתמזגים אינם יכולים לטעון להיעדר השפעה על בסיס היעדר שינוי במספר המתחרים.²⁴⁸ עם זאת, רשות התחרות הדגישה בפתח דבריה את ההלכה המנחה של בית המשפט לערעורים, הקובעת כי אין חזקה שעסקות מיזוג בהכרח מפחיתות את המגוון, ולכן נדרשת בדיקה מבוססת נתונים.²⁴⁹

ואכן, כדי להעריך את השפעתו של המיזוג על רכיבים אלו של האינטרס הציבורי אספה רשות התחרות מספר רב של נתונים כמותניים ואיכותניים. תחילה קבעה כי האישים הרלוונטיים לצורך בחינת ריכוזיות השליטה הם רופרט מרדוק ושני בנוי, בהתבסס על ראיות שהם צפויים לפעול בצוותא חדא (כלומר להיחשב כבעל שליטה אחד). כדי לבדוק אם משפחת מרדוק עשויה להשיג באמצעות המיזוג השפעה יתרה על דעת הקהל ועל סדר היום הפוליטי בחנה הרשות את מידת השליטה של המשפחה על אמצעי התקשורת הנמצאים בבעלותה: באמצעות ראינות עם בכירים בחברת News Corporation בדקה הרשות אם ביכולתה של משפחת מרדוק להכתיב את אופיו ואת מסגורו של התוכן העיתונאי-חדשתי שמספקים גופי החדשות שבבעלותה. בבדיקה זו נמצאו עדויות לכך

248 שם, בעמ' 81-84.

249 ראו פסק דינו של בית המשפט לערעורים בעניין Sky, לעיל ה"ש 224, פס' 91, הקובע: "לשם התנגדות למיזוג בחחום המדיה על בסיס פגיעה באינטרס הציבוריים לתחום זה, אין לייחס משקל רב לנזקים תאורטיים או הנחות, אלא נדרש להוכיח באופן מבוסס ראיות את עצם קיומו של פוטנציאל השפעה על הציבור וגם את הסבירות שההשפעה תופעל" (התרגום שלנו).

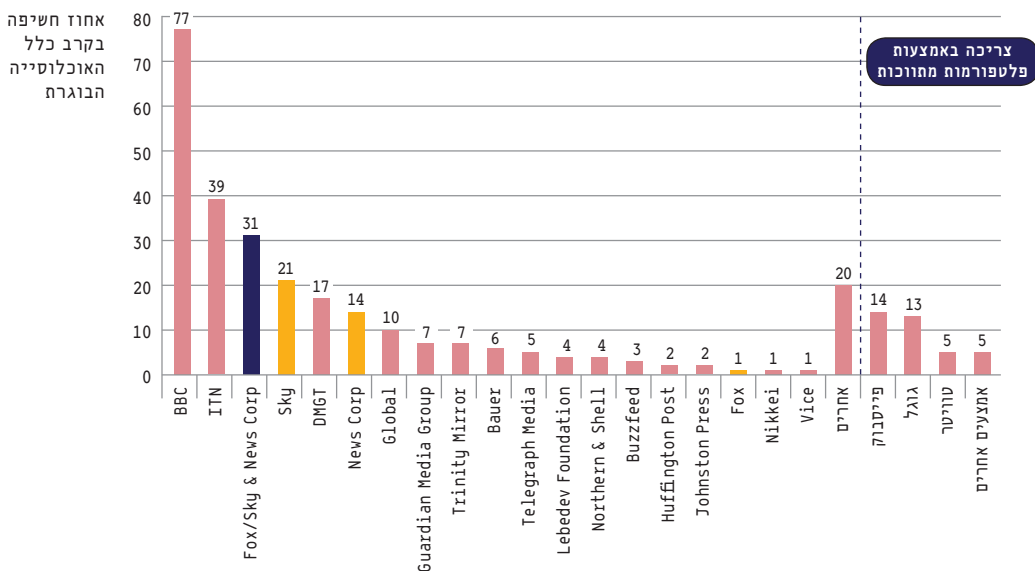
שלמשפחת מרדוק יש השפעה רבה, פורמלית ובלתי פורמלית, על תכניה של News Corporation.

לאחר מכן פנתה הרשות לבחון את מידת ההשפעה של משפחת מרדוק על תכניה ופעילותה של Sky News טרם המיזוג המבוקש ואת מידת השפעתה הצפויה לאחריו. הבדיקה העלתה שבמצב הקיים, שבו Fox מחזיקה רק ב-40 אחוז ממניותיה של Sky (ומאיישת רק 3 מתוך 11 המקומות בדירקטוריון שלה), יכולתה של משפחת מרדוק להשפיע על תכניה של Sky News מוגבלת באופן ממשי. קביעה זו אוששה באמצעות שיחות שקיימה הרשות עם חברי דירקטוריון Sky בעבר ובהווה, שהעידו כי Sky ו-Sky News מתנהלות עצמאית ובנפרד ממשפחת מרדוק או מקונצרן Fox. מימוש עסקת המיזוג, מצאה הרשות, יחזק מאוד את שליטתה של משפחת מרדוק על Sky ו-Sky News, במידה דומה לשליטה שיש לה כיום על Fox. הרשות הדגישה שהשפעתה של Fox על Sky אינה צפויה להתבטא דווקא בשליטה ישירה על התכנים של Sky News ועל עריכתם, אלא יכולה למצוא גם ביטויים בלתי פורמליים כגון שליטה על תקציבים ומינוי בעלי תפקידים.²⁵⁰

לאחר שביססה הרשות את מסקנותיה בדבר פוטנציאל השליטה של מרדוק, השלב האחרון בבחינה נדרש לשאלה אם הפגיעה הצפויה של המיזוג עלולה להביא את רמת המגוון או הריכוזיות למידה בלתי מספקת. כדי לענות על שאלה זו פנתה הרשות לבחון את השפעתה של העסקה על הזמינות, החשיפה והצריכה של תוכן עיתונאי-חדשותי בבריטניה. תוצאות הבחינה מפורטת להלן בתרשים 2.

חרשים 2

שיעור חשיפה חוצת פלטפורמות של ספקי תוכן עיתונאי-חדשותי בבריטניה (%)



צריכה באמצעות פלטפורמות מתווכות

מקור: CMA Report on the Anticipated Acquisition by 21st Century Fox, Inc of Sky Plc (5.6.2018), p. 162

על בסיס נתונים אלו מצאה רשות התחרות כי עסקת המיזוג אינה צפויה להשפיע מהותית על הזמינות של נקודות מבט שונות, שכן גם לאחר העסקה מתקיים ריבוי של ספקי תוכן עיתונאי-חדשותי הזמינים לציבור. עם זאת, נמצא כי עסקת המיזוג תגדיל במידה ניכרת את מידת החשיפה (וכפועל יוצא, את מידת ההשפעה) של הגוף הממוזג ביחס לספקי התוכן העיתונאי-חדשותי האחרים.²⁵¹ כלומר, מאחר שמדובר במיזוג בין שני ספקי חדשות בעלי שיעור

251 הרשות בחנה גם את היקף הצריכה של המקורות החדשתיים השונים - קרי, כמה זמן צרכן משקיע בצריכת מקור חדשותי מסוים - ומצאה שלמרות החשיפה הנמוכה יחסית של Sky News, זמן רב (יחסית) מושקע בצריכת תכניה (שם, בעמ' 164).

חשיפה גבוהה, הוא עשוי להגדיל במידה ניכרת את כוחו של אדם יחיד (מרדוק) בשוק התוכן העיתונאי־חדשותי להשפיע על מגוון הקולות, ובהתאמה על דעת הקהל וסדר היום הפוליטי.

על בסיס ממצאים אלו, המליצה כאמור רשות התחרות לאשר את המיזוג רק בתנאי שפעילות החדשות של Sky תימכר לגוף תקשורת אחר שאינו בשליטתו של מרדוק. אישור מותנה זה אומץ על ידי ממשלת בריטניה. עם זאת, לבסוף לא יצא הליך הרכישה לפועל, לאחר שבסוף שנת 2018 הציעה חברת Comcast לרכוש את Sky במחיר גבוה יותר מזה שהציע מרדוק.²⁵²

ג.6

אימוץ עקרונות ושיטות ניתוח מהזירה הבריטית – המלצות

בניסיון שהצטבר בזירה הבריטית בעשור האחרון טמונה תועלת רבה בשני היבטים: זיהוי סכנותיה הייחודיות של ריכוזיות בשוק התקשורת והתוכן העיתונאי־חדשותי; ופיתוח מתודולוגיה ושיטות להערכת ההשפעות של מיזוגים בתחום זה על שיקולי תחרות כלליים ועל השיקול הייחודי של הבטחת מגוון בשוק הרעיונות והמידע. הזירה הבריטית מספקת סל שיטות מדידה וניתוח, כמותניות ואיכותניות, המתאימות לבחינת חששות העולים אגב מיזוג או החלפת בעלות בכלי תקשורת העוסקים באספקה או בהפצה של תוכן עיתונאי־חדשותי. שיטות אלו מפורטות במסמכי מדיניות רבים של הרשויות המוסמכות בבריטניה ויישומן מודגם בבחינות שקיימו רשויות הפיקוח במסגרת ההליכים שתוארו בפרק זה.

יתר על כן, מקרי המבחן הבריטיים, ובמיוחד המקרים מהשנים האחרונות, מדגימים כיצד אפשר לתרגם למדיניות מעשית את התובנה שיש לבחון את השפעתם של מיזוגים בתחום התוכן העיתונאי־חדשותי באופן חוצה פלטפורמות

Sky News, *James Murdoch Quits Sky as Comcast Takeover Control* 252 (9.10.2018)

וחוצה שווקים, ולא באורח נקודתי שמתרכז במדיום הספציפי שהמיזוג מתרחש בו. בתוך כך, שיטות הבחינה שפותחו בזירה הבריטית מאפשרות לניתוח התחרות לזהות את מידת החשיבות היחסית של כל מדיום, שכן נמצא כי לטלוויזיה ולעיתונות המודפסת – הזוכים לאמון ציבורי רב – יש השפעה רבה במיוחד על רווחתו של הציבור.

עם זאת, משטר המיזוגים הבריטי אינו חף מקשיים. ראשית, באשר לתפקידה של רשות התחרות, החוק קבע עקרונות כלליים להבטחת מגוון ומניעת ריכוזיות, אך לא קבע במפורש מה מהווה הפרה של עקרונות אלו או על בסיס מה ניתן לקבוע זאת. נדרשו שנים אחדות וכמה הליכים כדי שרשויות הפיקוח ובתי המשפט יעצבו את הגדרתם לדרישת המגוון והאופן שבו יש לבחון אם מתקיים מגוון מספק.

שנית, מקרי המבחן שנסקרו לעיל ממחישים את הבעייתיות הכרוכה בכך שבהליך מעורבים כמה גופים רגולטוריים בעלי גישות שונות; הדבר מעורר אי־ודאות ומביא להארכת ההליך ולסרבולו. עם זאת, שוררת כיום הסכמה בין רשות התחרות לרגולטור התקשורת באשר למשמעותה של דרישת המגוון ובאשר לאופן שבו יש למדוד ולהעריך את השפעתם של מיזוגים עליה. בהקשר הזה נזכיר גם את החשש ממעורבותו של השר האחראי בהליך ומסמכות ההכרעה שלו, שכן בהיותו אישיות פוליטית הוא עשוי להימצא במצב של ניגוד עניינים בבואו להכריע בעניין אמצעי תקשורת.²⁵³

שלישית, במיוחד חסרה בחוק הבריטי התמודדות עם אופנים שמביאים לריכוזיות בענף או לפגיעה בזרימה החופשית של מידע שאינם מיזוגים, כמו הסכמים בין ערוצי תוכן שונים, פעילות עסקית טורפנית של ערוצי תוכן ושימוש בכוח מסחרי של גופים דומיננטיים בתעשיית התוכן בכללותה להצרת צינור המידע המגיע אל הציבור הרחב.

253 כאמור, סמכותו של השר במסגרת דיני התחרות הבריטיים כפולה: בשלב הראשון, בידי הכוח להכריע אם להורות לרשות התקשורת ורשות התחרות לערוך בדיקה מיוחדת של עסקת המיזוג מחשש לפגיעה באינטרס הציבורי. בשלב השני, לאחר סיום הבדיקות, בידי להכריע אם יש לאמץ את המלצות הגופים המקצועיים באשר לאישור המיזוג, לדחותו או להתלותו בתנאים. עם זאת, כללי המשפט המינהלי חולשים על פעולותיו של השר והן כפופות לביקורת שיפוטית.

ואולם בשים לב ליתרונותיה ולחסרונותיה, אנו סבורים כי יש לאמץ עקרונות מנחים אחדים מהשיטה הבריטית, כפי שאלו באו לידי ביטוי בהליכי הבדיקה שקיימו Ofcom ורשות התחרות בשנים האחרונות. לפיכך אנו ממליצים:

(1) לאמץ את ההבחנה שהתקבלה בשיטות המשפט הזרות, והזירה הבריטית בפרט, בין תנאי הסף לבדיקת מיזוג בתחום העיתונות ובין אלו החלים בעניין כלל ענפי המשק. הבחנה כזאת נדרשת הן בשל כשלי השוק הייחודיים למסחר במידע והן בשל הסכנות הייחודיות לרווחתו של כלל הציבור העשויות לנבוע משליטה ריכוזית של אדם אחד על גופי תוכן עיתונאי-חדשותי, וכפועל יוצא מכך – על דעת הקהל ועל סדר היום הפוליטי.

(2) לאמץ את הגישה שנקט המחוקק הבריטי, הגורסת כי רף מחזור המכירות או נתח השוק (שהם התנאי המסורתי לבחינת מיזוג השפעותיו של מיזוג על הציבור) אינם משקפים בהכרח את מידת השפעתו של גוף תקשורת על הציבור. חלף אמת מידה מסורתית זו יש לבחון את השפעתו של גוף תוכן עיתונאי-חדשותי על פי אמות המידה של חשיפתו בפועל ומידת מהימנותו כפי שהיא נתפסת בציבור.

(3) לאמץ גישה חוצת פלטפורמות לבחינת הריכוזיות בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי. גישה כזאת תזנח את התפיסה המסורתית של דיני ההגבלים, הגורסת שאין לראות בעיתונות המודפסת, המשודרת והמקוונת מתחרות הפועלות באותו שוק.²⁵⁴

(4) שיטת הבדיקה שיש לאמץ כדי לבחון את פגיעתו הצפויה של מיזוג באינטרסים צרכניים וציבוריים היא השוואה המבוססת על עובדות בין שני מצבים עתידיים: המצב הצפוי במקרה שבו לא יתקיים המיזוג, והמצב הצפוי לאחר השלמת המיזוג. אין להניח כי המיזוג בהכרח יפגע באינטרסים צרכניים או באינטרס הציבורי במגוון, אלא יש לבחון את מאזן התועלות והסיכונים הצפויים מהעסקה בהינתן תנאי השוק, הרגלי הצריכה של הציבור והאופן שבו תישמר עצמאותו של גוף התוכן הנבלע במסגרת החברה הממוזגת.²⁵⁵

254 גם בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי הישראלי הצרכנים מייחסים מידה גבוהה של תחליפות לחדשות מודפסות, משודרות ומקוונות. נחונים על כך ראו לעיל בה"ש 59 והטקסט שבצידיה.

255 לדיון על הכלים המתודולוגיים המספקים תשתית עובדתית ומבוססת נחונים לשאלות אלו ראו להלן בסעיף 2.ה.7.

דרכי התמודדות במסגרת המשפט המצוי בישראל: עקרונות ושיקולים להפעלת ניתוח התחרות בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי

פרק זה והפרק הבא מבקשים להתמודד עם מגבלותיהם של דיני ההגבלים העסקיים בישראל בטיפול בבעיות הריכוזיות הייחודיות של שוק התוכן העיתונאי-חדשותי. בפרק הנוכחי נתאר כיצד אפשר לקדם את האינטרס הציבורי בתחום ולשקלל אותו בהליך קבלת ההחלטות במסגרת הדין הנוהג ובלי להיתלות באופן מוחלט בשינוי החוק.

7.א

נקודת מוצא פרשנית להפעלת חוק ההגבלים העסקיים הקיים

נקודת המוצא להצעותינו נמצאת בדין הקיים: הנוסח הקיים של החוק והסמכויות שהוא מקנה לרשויות הפיקוח מדברים לא רק על אמות המידה של פגיעה בתחרות, אלא גם על אמת המידה של פגיעה בציבור. בתחום המיזוגים, סעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים קובע כך:

(א) הממונה יתנגד למיזוג חברות או יתנה אותו בתנאים אם לדעתו קיים חשש סביר כי כתוצאה מן המיזוג כפי שהוצע תיפגע באופן משמעותי התחרות באותו ענף או ייפגע הציבור באחת מאלה: (1) רמת המחירים של נכס או של שירות; (2) איכות נמוכה של נכס או של שירות; (3) הכמות המסופקת של הנכס או היקף השירות, או סדירות האספקה ותנאיה [ההדגשה שלנו].

גם בתחום המונופולין נוסח החוק אינו מסתפק בשיקול הכלכלי של פגיעה בתחרות ומוסיף עליו גם את השיקול הרחב יותר של פגיעה בציבור. סעיף 29א לחוק מחייב את בעל המונופולין שלא לנצל לרעה את מעמדו בשוק "באופן

העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור". על כך נוסף סעיף 30 לחוק, המסמיך את הממונה לפעול אם "כתוצאה מקיומו של מונופולין או מהתנהגותו של בעל מונופולין, נפגעת התחרות בעסקים או נפגע הציבור".

החוק קובע את החובה לשקול את טובת הציבור גם בהקשרים של בחינת הסדר כובל ואישורו. כך, סעיף 9 לחוק מורה כי בית הדין יאשר הסדר כובל או חלקים ממנו "אם הוא סבור כי הדבר הוא לטובת הציבור". סעיף 10 קובע כי טובה זו של הציבור כוללת מגוון היבטים, כגון ייעול הייצור והשיווק של מוצרים, הבטחת איכותם או הורדת מחיריהם, הבטחת היצע מספיק של נכסים או שירותים לציבור ומניעת פגיעה חמורה בענף החשוב למשק המדינה.

מכאן ניכר כי דיני ההגבלים העסקיים הקיימים אינם מגבילים את רשויות הפיקוח לבחינת ההיבטים הכלכליים הצרים של השפעה על מחיר או על היצע. החוק הקיים מאפשר, ואף מחייב, לבחון היבטים רחבים יותר של פגיעה באינטרס הציבורי שעשויה להיגרם, למשל, כאשר החלפת בעלות צפויה להשפיע על איכות המוצר שמספקים גופי תוכן עיתונאי-חדשותי. פגיעה באיכות המוצר העיתונאי-חדשותי עשויה למשל להיות סיקור מוטא או הימנעות מסיקור.²⁵⁶ למעשה, בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי מדובר בפגיעה שעולה על הסכנה של עליית מחירים, בייחוד בתחומי העיתונות המשודרת והמקוונת, שבהם מרבית המוצרים מסופקים ללא תשלום כספי.

באופן כללי יותר, יש להכיר בכך שסכנותיה של ריכוזיות-יתר בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי אינן מתמצות רק ביכולת להעלות מחיר, אלא כוללות גם השפעה ריכוזית על דעת הקהל ועל תהליך קבלת ההחלטות השלטוניות. כוח ההשפעה של מונופול בענף זה יכול להיות מנוצל לרעה ולהביא לפגיעה משמעותית בציבור. לכן, בכל הנוגע לסמכויותיה של רשות התחרות על פי החוק הקיים, יש לאמץ פרשנות שתגן על הציבור מפני מגוון הסכנות הטמונות בקיומו של מונופול בענף.

256 על פוטנציאל הפגיעה של ריכוזיות באיכות מוצרי התוכן העיתונאי-חדשותי ראו לעיל בפרקים 1 ו-2.

הצורך לאמץ פרשנות זו נובע גם משיקולים כלכליים של יעילות והשאת רווחה מצרפית. נקודת המוצא של דיני ההגבלים העסקיים היא שתחרות אינה אלא אמצעי להשגת מידות ראויות של מחיר, כמות ואיכות. כדי להבטיח תועלות אלו, תחרותיות אינה הקריטריון האפשרי היחיד להערכת שוק, ודאי לא בשוקי מידע, על מאפייניהם הייחודיים. תועלות כגון קידום השיח הציבורי, פיקוח על נבחרי הציבור והבטחת אספקתו של מידע מהימן לציבור אינן ערכים כלכליים במובן הצר של המונח, אולם הן מושפעות במידה רבה ממבנה השוק ומהכוחות והתמריצים הפועלים בו.²⁵⁷ לכן גם במסגרת הניתוח הכלכלי של יעילות והשאת רווחה מצרפית, אסדרתו של מבנה שוק התוכן העיתונאי־חדשותי צריכה ויכולה להביא בחשבון את ההחצנות החיוביות והשליליות הייחודיות של השוק על כלל הציבור. בהנחה שבהבטחת מגוון ובמניעת דיווחים שקריים או מוטים יש תועלת לציבור,²⁵⁸ ולנוכח כשלי השוק הייחודיים למסחר במידע, על מערך דיני ההגבלים העסקיים להבטיח מבנה שוק ששיא תועלות אלו.²⁵⁹

1.7

פרשנות המונח "פגיעה בתחרות" במסגרת חוק ההגבלים העסקיים הקיים

פרשנות מצמצמת מגבילה את משמעותו של המונח "תחרות" בדיני ההגבלים העסקיים לתחרות פנים־שוקית, כלומר לתחרות ישירה ומיידית בין אנשים ועסקים המספקים מוצרים תחליפיים. לפי גישה זו, תחרות נתפסת אמצעי

257 Polo, לעיל ה"ש 30.

258 המשפט מכיר ביחס ההדוק שבין הזכות לחופש עיתונות ובין תפקידיה הציבוריים של העיתונות הפרטית. על כך ראו גיא פסח "הבסיס העיוני של עיקרון חופש הביטוי ומעמדה המשפטי של העיתונות" משפטים לא (4) 895, 935-941 (תשס"א); ע"א 751/10 פלוני נ' ד"ר אילנה דיין־אורבך עמ' 43-44, 85-86 (2.2012).

259 גם מזווית של ניתוח עלות־תועלת, הקריטריון להערכת הביצועים של השוק ושל תרומתו לרווחה הכוללת תלוי בסופו של דבר באינטרסים שהציבור מעוניין לקדם. ראו Herbert Hovenkamp, *Antitrust Policy After Chicago*, 84 Mich. L. Rev. 213, 242 (1985).

להבטחת היעדים הצרכניים הצרים של המחיר, ההיצע ואיכות המוצרים שמספק שוק מוגדר.

לעומת זאת, פרשנות רחבה למונח יכולה לכלול גם היבטי תחרות ביחסים בין פירמות שההגדרה המצמצמת אינה מציבה אותן באותו שוק, כלומר פירמות שמספקות מוצרים שאינם תחליפיים אך בכל זאת מהוות איום מסחרי אסטרטגי זו על זו, באופן המכריח את שתיהן לשפר את מוצריהן (או לחלופין לפעול באופן אנטי-תחרותי). פרשנות זו למונח "תחרות" אינה חורגת מליבת ההסכמה באשר לסמכותה ולתפקידה של אכיפת התחרות הרגילה, שמטרתה לשמר תמריצים מסחריים בין פירמות, בין שהן פועלות באותו שוק ממש ובין שהן פועלות בשווקים סמוכים או קשורים.

רשויות התחרות אינן נוטות לנקוט את הפרשנות הרחבה למונח "תחרות". לעיתים הסיבות לכך ענייניות, שהרי במרבית השווקים לא מתקיימת תחרות בין-שוקית משמעותית או שתחרות כזאת מתקיימת, אך תרומתה שולית ואף ספקולטיבית ולא מיידית. לעומת זאת, כאשר מדובר בענף התוכן העיתונאי-חדשותי אין מקום להסתייג מפרשנות רחבה, שהרי לרוב מתקיימת בו תחרות של ממש בין גופי תוכן עיתונאי-חדשותי שפועלים בשווקים שונים, גם אם מוצריהם אינם תחליפיים זה לזה. אומנם תחרות זו אינה משליכה ישירות על מחיר המוצרים (שכן הם אינם נחשבים לגמרי תחליפיים או שהם מסופקים "חינם"), אך תחרות בין-שוקית על ארון הציבור ועל תשומת ליבו תורמת רבות לצרכנים ולציבור כולו באמצעות שיפור איכות המוצרים ומגוון המוצרים, ולכן עליה לעמוד במוקד של אכיפת התחרות. יתרה מזו, לצד פוטנציאל הפגיעה באינטרס הצרכני באיכות התוכן העיתונאי-חדשותי, תוכן זה הוא טובין שיש לו החצנות על כלל הציבור, ולכן בחינת ההשפעות של ריכוזיות ושל היעדר תחרות בשוק הדעות הכרחית גם כדי למנוע "פגיעה בציבור" ולא רק פגיעה ברווחת הצרכן.

נוסף על כך, שדה המסחר אינו הזירה הבלעדית המתמרצת פירמות בענף העיתונות להיאבק זו בזו. לעיתים השדה הפוליטי או הציבורי (קרי, תחרות בשוק הרעיונות או תחרות על הפעלת כוח על דעת הקהל ומקבלי ההחלטות) הוא שמוביל ליריבות בין עיתונים ומתמרץ אותם לשפר את איכות מוצריהם ולחשוף פגמים באיכות המוצר של מתחריהם, גם אם המודל הכלכלי הסטנדרטי קובע

כי עיתונים אלו לא אמורים להשפיע זה על זה בשום אופן. לדוגמה, עיתונים המבודלים לפי שטח חברתי עמוק המונע כל לחץ מסחרי הדדי ביניהם, מושפעים בכל זאת מהתנהלות העיתון היריב בגלל המאבק הפוליטי-חברתי העומד ברקע, ולא בגלל היריבות הכלכלית.

כפי שתחרות אפקטיבית משפיעה לחיוב על היבטים של מחיר וכמות, כך גם תחרות במובן הרחב בין עיתונאים בשוק הרעיונות ושאיתם "למכור" את השקפתם מביאה אותם לשפר את המוצר הממשי שלהם. לכן אפשר לכלול במונח "תחרות" שנוקטת לשון החוק גם תחרות שמקורה אינו בשדה המסחר (או תחרות על כיסו של הצרכן), אם היא מתמרצת בפועל את ספקי התוכן העיתונאי-חדשותי לשפר את המוצר או לאתר פגמים במוצריהם של אחרים.

לפיכך אנו סבורים שכאשר החוק הקיים מבקש להגן על ה"תחרות", ניתן לכלול בכך גם את מובנה הרחב, קרי תחרות על כוח ההשפעה על דעת הקהל ועל מקבלי ההחלטות במגזר העסקי והממשלתי, לפחות כאשר מדובר בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי.²⁶⁰

גם אם זו אינה הפרשנות השגורה לתחרות, הוצאתה של פרשנות זו מסך האינטרסים הציבוריים שהחוק מגן עליהם תביא לאובדן רכיב חשוב בסך התמריצים לשיפור המוצר שעיתונים נפרדים משיאים זה לזה. אנו קוראים לרשויות האכיפה לגלות רגישות למנגנונים המורכבים של תחרות בתחום התוכן העיתונאי, שאינה תחומה רק בגבולות התאוריה הכלכלית הקלסית המתמקדת ביחסים שבין מתחרים ישירים. רגולציה מבנית של שוק התוכן העיתונאי-חדשותי נדרשת להביא בחשבון את כלל המשאבים שעליהם מתחרים הגופים בשוק זה (הכנסות מפרסום ודמי מנוי, אך גם משאבים כמו אמון הציבור ויכולת השפעה על הציבור ועל מקבלי ההחלטות), ולגלות רגישות לאופן שבו התחרות על משאבים אלו צפויה להשפיע על איכות התפוקות של כלל השוק.

260 לדיון באופן שבו אפשר להעריך את ההשפעה היחסית של ספקי תוכן עיתונאי-חדשותי על דעת הקהל ועל תהליכי קבלת ההחלטות ראו להלן בסעיף 7.ה.

ג.7

מדיניות אכיפה

המהלך הפשוט ביותר לטיוב ההתמודדות של דיני ההגבלים העסקיים עם הסכנות הייחודיות של ריכוזיות בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי, שאינו דורש כל שינוי חקיקתי או פרשני, הוא גיבוש סדרי עדיפויות באכיפה באופן שיביא בחשבון את חשיבותו של הענף לדמוקרטיה ואת היקף החצנותיו על כלל הציבור, מעבר ליצרנים ולצרכנים הישירים.

לרשות התחרות, ככל רשות אכיפה, משאבים מוגבלים ועליה לברור ולתעדף מטרות. לא כל פעולה אנטי-תחרותית ולא כל שוק יזכו למאמץ אכיפה זהה. קריטריון מקובל אחד לתעדוף משאבי האכיפה הוא מידת הנזק לצרכנים, אך מובן שלא מדובר בשיקול האפשרי היחיד. כאשר לפגיעה בתחרות יש השלכות ניכרות על אינטרסים ציבוריים חשובים, או שיש בה נזק פוטנציאלי לציבור ולא רק לצרכנים, השלכות אלו יובאו בחשבון במקרה שמדובר בהשקעת משאבים ציבוריים במניעתה.²⁶¹

261 כך למשל נהוג גם במסגרת הפעלת דיני התחרות האמריקאיים. ראו National Association of Attorneys General, Horizontal Merger Guidelines (1993) [ההדגשה שלנו]:

These guidelines deal only with [...] competitive consequences of horizontal mergers, and challenges will be instituted only against mergers that may lead to detrimental economic effects. Mergers may also have other [non-competitive] consequences that are relevant to the social and political goals of section 7 [of the Clayton Act]. For example, mergers may affect the opportunities for small and regional business to survive and compete. Although such consequences are beyond the scope of these guidelines, they may affect the Attorney General's ultimate exercise of prosecutorial discretion and may help the states decide which of the possible challenges that are justified on economic grounds should be instituted.

כך, כאשר פגיעה בתחרות עשויה להוביל לפגיעה בשוק הרעיונות או לאפשר פגיעה כזאת (סכנה אופיינית לשוק התוכן העיתונאי־חדשותי), מניעתה צריכה להיות שיקול ראשון במעלה. הרי גם בחיי המעשה תשומת הלב הניתנת לתעשיית המדיה, הנושאת על גבה את שוק הרעיונות שממנו נהנית כלל החברה, עולה על חלקה היחסי בכלכלה הלאומית.²⁶² אין כל צורך בשינוי של הרגולציה המבנית בענף העיתונות אלא רק בעדכון סדר העדיפויות בהקצאת משאבי האכיפה הקיימים. בהקשר זה, חוק הריכוזיות שנחקק לא מכבר מעגן עוד יותר את חשיבות הפיקוח על התחרות ומניעת הריכוזיות בשוק התקשורת, שלפי הגדרת המחוקק טובל מעודף ריכוזיות.

7.7

מה צריך לבחון?

שיקולים ייחודיים לבחינת השפעותיה של ריכוזיות בשוק התוכן העיתונאי־חדשותי

7.7.1. מגוון במספר האנשים השולטים על אמצעי התקשורת (להבדיל ממגוון של ערוצים קשורים)

ערוצי תוכן עיתונאי־חדשותי חשופים למערכת לחצים כלכלית שמתמרצת אותם להציע תוכן מוטה. בשוק מרובה מתחרים יתבדלו ערוצי תוכן זה מזה

262 ראו Wildman & Sang, לעיל ה"ש 22. בזירה הישראלית ההכרה בערך המיוחד שיש בהגנה על התחרות בשוק בעל חשיבות לשיח הציבורי משתקפת בהחלטת הממונה בעניין איגוד אחרי האינטרנט:

רכה של התחרות בתחום האינטרנט לענפיו השונים, הוא חשוב במיוחד. האינטרנט נושא בכנפיו משב רוח חדש ל"שוק הרעיונות", ופוחח אפשרויות חדשות, זמינות ונטולות חסמים רגולטוריים להעברת מידע שוטף ומגוון. אמנם בשעה זו היקף הפעילות בתחום זה עודו מצומצם יחסית אך התרחבות והתעצמות השימוש במדיום זה אינה מותרת מקום לספק בדבר המקום המרכזי שצפוי לו בעתיד בתעשיית המידע והתכנים ובשוק הרעיונות.

ראו החלטת רשות ההגבלים העסקיים 3015425 בעניין מתן פטור מאישור הסדר כובל, איגוד אחרי האינטרנט בישראל (28.2.2002).

בכיווני ההטיה של הצרכנים, כדי להתאים את עצמם לאמונות ולאידאולוגיות שבהן אחזים קהלים שונים. מכיוון שצרכנים מגלים העדפה לתכנים המתיישבים עם תפיסת עולמם ועם עמדותיהם, בשוק מרובה מתחרים, כל ערוץ תוכן ייטה לכיוון שיתאם במדויק את העדפותיו של קהל מסוים. לעומת זאת, בשוק ריכוזי ייטה ערוץ התוכן לכיוון מרכז הקשת הפוליטית על מנת לפנות לקבוצת הצרכנים הגדולה ביותר האפשרית ולמקסם את רווחיו גם על חשבון דיוק ואמינות בסיקור העיתונאי.²⁶³

מתוך שני מצבים אלו המצב הראשון עדיף, אף שאינו חף מהטיות. הסיבה לכך היא שבשוק מרובה מתחרים צרכן המידע האורייני יכול לחתור להבנת העובדות כהוייתן, שכן עומדים לרשותו כמה ערוצי תוכן שסיקוריהם מוטים לכיוונים שונים וביכולתו לאסוף מידע מכל אחד מהם ולהצליב אותו. לא כך הדבר במצב שבו עומד לרשות הצרכן ערוץ תוכן יחיד המוטה תדיר לכיוון מרכז המפה הפוליטית או לכיוון האידאולוגי של קהלים ממעמד חברתי-כלכלי בינוני וגבוה, שהם הקהלים האטרקטיביים ביותר עבור מפרסמים.

כאשר צרכנים מעוניינים בעיתונות אמינה ולא רק כזאת שתאשרר את עמדותיהם והשקפותיהם, אך העיתונים מעוניינים בהטיה מסיבותיהם, למגוון בבעלות יש תפקיד חיוני במניעת הטיות הנובעות מצד ההיצע. מחקרים מראים כי מגוון של ערוצי תוכן עיתונאי-חדשותי עצמאיים (להבדיל ממגוון של ערוצים קשורים) מרסן דרמטית את היכולת והתמריץ של מוציא לאור להטות את הסיקור הפוליטי לפי האינטרסים הפוליטיים או הכלכליים שלו.²⁶⁴ בפרט, מחקרים אמפיריים מראים כי מגוון בערוצי החדשות המסופקים באזור מסוים מצמצם את ההשפעה של ערוץ חדשות מוטה על התפלגות ההצבעה באותו אזור.²⁶⁵

מחקרים מסוג זה הביאו חוקרים למסקנה שהמגוון במספר האנשים השולטים על אמצעי התקשורת משמעותי ביותר בהערכת ההשפעה של מיזוג בין

263 ראו למשל Polo, לעיל ה"ש 30.

264 Levy, לעיל ה"ש 25, בעמ' 286.

265 Stefano Della Vigna & Ethan Kaplan, *The Fox News Effect: Media Bias and Voting*, 122 (3) THE QUARTERLY JOURNAL OF ECONOMICS 1187 (2007)

ערוצי חדשות על רווחת הצרכן, וכי על רגולטור התחרות לשקול זאת בבחינת מיזוגים.²⁶⁶

על רקע זה, כאשר רשויות התחרות נדרשות לשאלה אם עדיף שוק תקשורת שבו יש מספר רב של גופים קטנים (כלומר, כאלה שכוחם ויכולתם לבקר בעלי כוח שלטוני מוגבלים), או שמא שוק שבו מספר קטן של גופי תקשורת דומיננטיים (המצוידים במשאבים ובעוצמה הדרושה לשם מתיחת ביקורת על מוסדות ותהליכים חברתיים), יש להכיר בכך שככלל החלופה הראשונה עדיפה. הסיבה לכך היא שאי־אפשר להניח אובייקטיביות מלאה מצד בעלי העמדה הדומיננטית, לנוכח התוצאות השליליות של מבנה שוק ריכוזי, דהיינו צמצום הביקורת החיצונית והפנימית על אמצעי התקשורת ועל בעלי השליטה בהם.²⁶⁷ כפי שהניתוח הכלכלי עצמו קובע, עדיפים כמה כלבי שמירה מכלב אחד גדול ומאיים, כיוון שמבחינה מעשית די לנו בכך שכלב אחד קטן ינבח.²⁶⁸

2.7.2. מבנה שוק מבוזר והשפעתו על העלויות של עסקת צנזורה בין מסקר למסקר

שוק תקשורת מבוזר, במובן של בעלויות נפרדות, מקשה על מבוקרים לפעול להסתרת מידע שלילי עליהם. הסיבה לכך היא שהמבוקר יצטרך לספק לשלל ערוצי מידע תמריצים, כלכליים או אחרים, בתמורה לסיקור המוטוה, כאילו כל

Simon P. Anderson & John McLaren, *Media Mergers and Media Bias with Rational Consumers*, 10 (4) JOURNAL OF THE EUROPEAN ECONOMIC ASSOCIATION 831 (2012). המחקר העשוי מראה כי פונקציית התועלת של המחזיקים בגופי תקשורת אינה מורכבת רק משאיפתם למקסם רווחים כלכליים אלא גם משאיפתם להשפיע על דעת הקהל בקרב קהליהם. לכן, אחד מתפקידיה העיקריים של התחרות בשוק התוכן העיתונאי־חדשותי הוא להפחית את ההטיות בדיווחים ובתכנים של תוצריו. המשמעות של תובנות אלו בתחום דיני ההגבלים העסקיים היא שהערכת מאזן התועלת והנזקים לציבור עקב מיזוג בתחום המדיה צריכה להביא בחשבון לא רק את הפגיעה בתחרות הכלכלית אלא גם את הפגיעה באמינות או בדיוק תוצרי המדיה. ואולם באורח מסורתי, רגולטורים ורשויות התחרות מתמקדים דווקא בהשפעותיה של הפחתת התחרותיות על תמחור מוצרי השוק (Sobbrio, לעיל ה"ש 7, בעמ' 32).

267 גושן, לשם וארזחי, לעיל ה"ש 45, בעמ' 19.

268 שם, בעמ' 18.

אחד מהם הוא ספק המידע היחיד. מלבד התשלום הכבד, המבוקר ייאלץ לקיים משא ומתן מכביד עם ערוצים רבים. נוסף על כך, ככל שמספר הערוצים גדול יותר, כך גדל הסיכוי שאחד מערוצי המידע יסטה מהסיכום. כמובן, גם כאן התמריץ של ערוץ תקשורת לחשוף בכל זאת את המידע תלוי גם במידת התחרות בשוק. ככל שהתחרות עזה יותר, כך ישתלם יותר לערוץ לחשוף את המידע ו"לכבוש" נתח שוק של מתחריו.²⁶⁹

ככל שיקל על המסוקרים להעביר משאבים לאמצעי התקשורת, כך יפחתו עלויות העסקה להסתרת מידע. לפיכך בהקשר זה חשוב לשים לב לא רק למידת הביזור בענף אלא גם לקלות שבה יכולים הצדדים להעביר ביניהם משאבים.

היבט זה חשוב במיוחד בסיקור הפוליטי. לרשות השחקנים הפוליטיים, במיוחד גורמי ממשל, עומדים משאבים רבים שאמצעי תקשורת מעוניינים בהם. אין המדובר בהכרח בתשלומים ישירים אלא גם בזיכיונות, בהטבות או בהקלות רגולטוריות אחרות. ככל שאמצעי תקשורת מושפע יותר מהחלטות הממשלה, כך גוברים הן התמריץ שלו לסחור עם הממשלה במידע שבידיו והן היכולת של הממשלה לקדם את האינטרסים של אמצעי התקשורת תמורת מידע זה.

על רקע זה, על רשויות התחרות לגלות רגישות למידת התלות של הענף במקבלי ההחלטות השלטוניות. כיום ערוצי שידור מבוססי רישיון או זיכיון סמוכים על שולחן הממשלה ותלויים בהחלטותיה יותר מערוצי תוכן שאינם כפופים לרגולציה מדינתית (כגון העיתונות המודפסת והמקוונת), ולפיכך הם זמינים יותר לניהול משא ומתן להסתרת מידע.²⁷⁰ שיקול זה מחייב את רשויות התחרות להחמיר את הטיפול במונופולין, במיזוגים ובהסדרים כובלים ככל שמידת האסדרה השלטונית של התחום גבוהה יותר.

269 Levy, לעיל ה"ש 25, בעמ' 282; Timothy Besley & Andrea Prat, *Handcuffs for the Grabbing Hand? Media Capture and Government Accountability*, 96 AM. Econ. Rev. 720, 720 (2006)

270 Levy, לעיל ה"ש 25, בעמ' 282.

3.7.3. הצורך בריבוי מתחרים בעלי קו אידאולוגי דומה כאמצעי להבטחת האיכות של תוצרי השוק

תמריץ חשוב למניעת דיווחים מסולפים בשירות סדר יום מסוים הוא קיומו של יותר מערוץ תוכן אחד המקדם את אותו סדר יום או קו אידאולוגי. כאשר ערוצי תוכן בעלי אידאולוגיות קוטביות מדווחים על אותו עניין באופן סותר, אי־אפשר לדעת מי מהם מסלף את המציאות, מכיוון ששניהם עשויים להעדיף את ההטיה האידאולוגית על פני הדיוק. לעומת זאת, כאשר שני מתחרים מחזיקים בקו אידאולוגי דומה, קל יותר לדעת מי מהם מסלף את המציאות. ערוצי תוכן קרובים אידאולוגית תחליפיים יותר, ולכן התחרות ביניהם, המתבטאת בין השאר בטיוב דיווחיהם ובחשיפת ליקויים בדיווחיו של המתחרה, עזה יותר. כאשר אחד מכמה ערוצי תוכן ידווח אמת, הסילוף בערוצים האחרים באותה משבצת אידאולוגית ייחשף, המוניטין שלהם ייפגע וניסיון ההטיה ייכשל. ערוצי תוכן המשתייכים לקטבים אידאולוגיים יתקשו לבקר זה את זה ולמנוע דיווחים מסולפים. לכן, כדי להבטיח את איכות מוצרי השוק ולתמרץ כראוי את יצרני החדשות לסקר כל נושא בדיוק רב ככל האפשר דרוש ריבוי מתחרים בעלי קו אידאולוגי דומה.

באופן כללי יותר, הצורך להבטיח את יכולתו המבנית של שוק התוכן העיתונאי־חדשותי להפחית הטיות או אי־דיוקים בדיווח מבחין אותו משווקים מסחריים אחרים. היות שלכל מתחרה בשוק התוכן העיתונאי־חדשותי דרוש מתחרה בעל קו אידאולוגי מנוגד (על מנת לחשוף הטיות שאינהנטיית לקו האידאולוגי) ומתחרה בעל קו אידאולוגי דומה (כדי לחשוף אי־דיוקים או הטיות הנובעות ממקורות חוץ־אידאולוגיים), מספר המתחרים הדרוש לשם תיקון כשלי המידע בשוק זה צריך להיות גדול הרבה יותר מזה המקובל כמדד לתחרותיות בדיני ההגבלים העסקיים הכלליים.²⁷¹

במישור המעשי, תובנה זו רלוונטית במיוחד בעת בחינה של מיזוג או הסדר כובל בין ערוצי תוכן בעלי השקפה דומה, שכן עלולה להיווצר פגיעה ביכולתו המבנית

של השוק לקיים בקרת איכות פנימית על תוצריו. לפיכך מיזוג או הסדר כובל כזה ראוי לתשומת לב מיוחדת של הרגולטור.

4.7.4. תרומתה הייחודית של עיתונות מקומית ומגזרית לצרכנים ולציבור

עיתון מקומי תורם תרומה ייחודית לטיוב פעולותיו של השלטון המקומי, מכיוון שהעלויות שיש לעיתון מקומי בחשיפת שחיתות מקומית נמוכות יותר, התמריצים שלו לתרום למקום גבוהים יותר, ובהשוואה לעיתונות הכללית הוא מספק לתושב המקומי מידע רב יותר שנחוץ לו בהכרעותיו בדמוקרטיה המקומית. מחקרים אמפיריים הראו כי לעיתון מקומי יש תרומה מיוחדת לציבור צרכניו, מאחר שהוא מגדיל את המידע הפוליטי שבידי תושבי האזור ואת שיעורי ההצבעה שלהם בבחירות המקומיות.²⁷² ערוץ תוכן מקומי אף משפיע לחיוב על המחויבות של השלטון המרכזי לאותו אזור, ובכך יש בו משום החצנה חיובית על כלל החברה. בכלל זה ניכר תפקידה החשוב של עיתונות מקומית בקידום האחריותיות של הממשלה כלפי אזורים של פריפריה חברתית או גאוגרפית.²⁷³ זאת ועוד, מחקרים מראים גם כי עיתונות שקהל היעד שלה הוא קבוצת מיעוט תורמת לעלייה בשיעורי ההצבעה בקרב קבוצת המיעוט.²⁷⁴

על רקע זה, כאשר מפעילים את דיני ההגבלים העסקיים בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי יש לשקול את תרומתה הייחודית של עיתונות מקומית או מגזרית לצרכניה הישירים ולכלל החברה. שיקול זה חשוב במיוחד בעסקות מיזוג שבהן ספק תוכן עיתונאי-חדשותי מקומי נרכש על ידי ספק ארצי.

272 Sobbrío, לעיל ה"ש 7, בעמ' 5.

273 שם, בעמ' 10. לדוגמה, ממצאי מחקר עכשווי מארצות הברית מלמדים כי לעיתונות המקומית תפקיד חשוב בריסון של פליטת רעלים וזיהום סביבתי על ידי תאגידים, באמצעות סיקור הנושא והעלאת המודעות הציבורית לכך. ראו Pamela Campa, *Press and Leaks: Do Newspapers Reduce Toxic Emissions?* 91 J. of ENVIRONMENTAL ECON. & MANAGE. 184 (2018).

274 Sobbrío, לעיל ה"ש 7, בעמ' 4; Levy, לעיל ה"ש 25, בעמ' 283-284.

במקרים רבים עיתון מגזרי או מקומי מבקש להתמזג או לאמץ הסדר כובל עם ערוץ תוכן גדול הפונה לקהל הרחב, מטעמים של שרידות כלכלית. אומנם פעולות אלו עשויות לחסוך בעלויות ייצור התוכן של שני העיתונים, אך הן נושאות בחובן גם פגיעה משמעותית בציבור בדמות פגיעה באיכות הדמוקרטיה המקומית.²⁷⁵ רכישה של ערוץ תוכן על ידי תאגיד תקשורת מרכזי, שינוי צביונו בעקבות החלפת בעלות או דחיקתו מהשוק על ידי שחקנים אחרים בעלי כוח שוק גדול יותר – כל אלה צפויים לפגוע בתועלות הייחודיות שמספק עיתון מקומי או מגזרי לצרכניו הישירים ולכלל הציבור. כלומר, במאזן התועלות והנזקים הצפויים לציבור עקב מיזוג או הסדר כובל בין ספק תוכן עיתונאי־חדשותי מקומי לארצי, הערך הייחודי של המגוון שמספק ערוץ התוכן המקומי או המגזרי עשוי לגבור על ערכה של היעילות הטמונה בעסקאות מסוג זה.²⁷⁶

לכן, גם אם אישור המיזוג או ההסדר הכובל יוכל למנוע קריסה כלכלית של העיתון המקומי או המגזרי (מצב שכאמור ידוע בתחום דיני התחרות כ"דוקטרינת החברה הכושלת"), על רשות התחרות לבחון בקפדנות את האפשרות למיזוג עם גורמים אחרים שעשויים לשמור טוב יותר על קולו הייחודי של העיתון הכושל.

5.7.5. טורפנות בענף התוכן העיתונאי־חדשותי

בדיני התחרות המושג "תמחור טורפני" מתאר פרקטיקה שבה מתחרה דומיננטי מוריד את מחיריו אל מתחת למחיר העלות כדי לגרוף לקוחות של מתחרים קטנים יותר. אלה לא יוכלו להציע את אותו מחיר הפסד, ולכן הם צפויים להידחק מהשוק. ההיגיון הכלכלי העומד בבסיס הפרקטיקה של תמחור הפסד הוא שלאחר דחיקת המתחרה מן השוק וחיזוק מעמדה המונופוליסטי תוכל הפירמה

²⁷⁵ ניתוח התחרות הנוהג במסגרת דיני ההגבלים העסקיים מתמקד רק בשיקולים הכלכליים הצרים של יעילות או רווחת הצרכן, אף שמיזוגים עלולים להביא לפגיעה נרחבת המובילה להיעלמותם של עסקים מקומיים. על כך ראו, Richard M. Brunell, *The Social Costs of Mergers: Restoring Local Control as a Factor in Merger Policy*, 85 N.C. L. Rev. 149 (2006). ככלל, לעיתונות מקומית יש תפקיד חשוב בהטחת רווחתה של חברה דמוקרטית. על כך ראו Candeub, *לעיל* ה"ש 48.

²⁷⁶ לאימוץ (חריג) של עמדה זו בפסיקתו של בית הדין ההגבלים עסקיים ראו *לעיל* בסעיף 2.1.5. לדיון באשר למשקל המוגבל שראוי להעניק לשיקול היעילות בעת בחינת מיזוגים או הסדרים כובלים בתחום התוכן העיתונאי־חדשותי ראו *להלן* בסעיף 6.7.7.

הטורפנית להעלות את מחירה מעל למחיר התחרות באופן הפוגע בציבור הצרכנים.

דיני ההגבלים העסקיים הנוהגים מטפלים בפרקטיקות של תמחור טורפני רק במקרים חריגים, מתוך הנחה שפירמה תתקשה להשתלט על השוק באמצעות תמחור הפסד ואחר כך להשיב לעצמה את ההפסדים שצברה בתקופת הטורפנות, ושהסיכוי לכך קטן מאוד. ראשית, כאשר מדובר בפירמה בעלת נתח שוק קטן, משך זמן הטורפנות שיידרש לה עד שתשיג נתח שוק המקנה לה כוח מונופוליסטי יהיה ארוך במיוחד והיא תתקשה לממן הפסדים לאורך זמן. לכן דיני ההגבלים העסקיים מתערבים לרוב רק במקרים שבהם תמחור טורפני נעשה על ידי מונופול. שנית, גם אם פירמה תצליח לממן את שלב הטורפנות, אין ערובה לכך שלאחריו דווקא היא זו שתצליח לנכס לעצמה את נתח השוק שהתפנה עקב יציאת המתחרה.²⁷⁷ לכן דיני ההגבלים העסקיים מתערבים רק אם הוכח שיש סיכוי סביר שהפירמה הטורפנית תצליח לפצות את עצמה בעתיד בגין ההוצאות שנגרמו לה עקב הפחתת המחירים, בדרך של העלאת מחירים (מבחן תוחלת הרווח; recoupment).²⁷⁸ דיני ההגבלים העסקיים מגלים ספקנות רבה באשר לצורך באיסור על פרקטיקה של תמחור טורפני, מתוך הנחה שלא סביר שפירמה ממקסמת רווחים תתמחר באופן טורפני, ואם תעשה כך בכל זאת – פרקטיקה זו תפעל כנראה לטובת הצרכן (תמחור הפסד משפר את האינטרס הצרכני במחיר נמוך, ולא סביר שהצרכן ייפגע מהעלאת מחירים עתידית).²⁷⁹

277 בכלל זה, הניתוח הכלכלי העומד בבסיס דיני ההגבלים העסקיים מניח שכאשר קיימים בשוק חסמי כניסה או חסמי מעבר נמוכים, אין סיבה לאסור תמחור טורפני. אומנם כאשר הספק ימכור בהפסד הוא יחזיק בנתח שוק משמעותי, אך כאשר המחיר יעלה שוב יוכל הצרכן לעבור למתחרים מבלי לשאת בעלויות התמחור הטורפני של המונופול. כך ייחנה הצרכן מהמחיר הטורפני הנמוך מבלי להיפגע בטווח הארוך.

278 לאימוץ מבחן זה בדיני ההגבלים העסקיים הישראלים ראו למשל ערר (י"ם) 1/00 פוד קלאב בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (29.5.2003), פס' 114 לפסק הדין: "לצורך ביסוס טענה בדבר דחיקת מתחרים הכרוכה בהוצאות, יש להוכיח [...] קיומה של תוחלת רווח (recoupment) עקב אותה התנהגות". זהו גם המבחן המקובל בדיני ההגבלים העסקיים האמריקאיים בעשורים האחרונים. ראו Christopher R. Leslie, *Predatory Pricing and Recoupment*, 113 Colom. L. Rev. 1695 (2013)

279 ראו למשל Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574, 589 (1986) ("[T]here is a consensus among commentators

בשנים האחרונות נמתחה ביקורת על רתיעתם של דיני ההגבלים מאיסור על פרקטיקה של תמחור הפסדי בכלל השוק.²⁸⁰ לצד הביקורת הכללית הזאת אנו מבקשים להצביע על הבעייתיות המיוחדת בנקיטת גישה כזאת בשוק התקשורת, ובפרט בתעשיית התוכן העיתונאי-חדשותי.

ראשית, בתחום אמצעי התקשורת רווחת תופעה של ערוצי תוכן שנשענים על כיסו העמוק של בעליהם, ופעולותיהם אינן בהכרח מכוונות למקסום רווחים. כלומר, המניע המרכזי לתמחור תחרותי היא לאו דווקא מקסום הכנסות בעתיד, אלא השפעה על ציבור רחב ככל האפשר.²⁸¹ לכן סביר שיחתרו להרחבת נתח השוק שלהם באמצעות סילוק מתחרים אף במחירי הפסד ובלי לצפות שיוכלו לגבות מחיר מופרז לאחר דחיקת מתחריהם.

שנית, העובדה שהתנהגות אמצעי תקשורת וערוצי תוכן עיתונאי-חדשותי אינה קשורה רק למקסום רווחים מובילה לכך שסכנותיו של תמחור טורפני אינן ייחודיות רק למי שבבעלותם נתח שוק דומיננטי או מונופוליסטי. היא יכולה גם לאפיין פירמות קטנות בעלות "כיס עמוק" המסוגלות לספוג הפסדים לאורך זמן גם בלי שיצפו לרווח עתידי בעקבות העלאת מחירים.²⁸² ערוצי תוכן מעין

that predatory pricing schemes rarely tried, and even more rarely successful"); *Bathke v. Casey's Gen. Stores, Inc.*, 64, 343 (8th Cir. 1995) ("[T]he Supreme Court has urged great caution and a skeptical eye when dealing with unfair [predatory] pricing claims")

280 עיקר הביקורת האקדמית נגד האופן שבו מיושם מבחן תוחלת הרווח על ידי רשויות התחרות ובתי המשפט הוא שאלו אינם מגלים רגישות לכך שהשבת הרווחים בגין תמחור הפסדי עשויה להיעשות באמצעות שווקים אחרים שבהם פועלת הפירמה הטורפנית. ראו למשל *Leslie*, לעיל ה"ש 278, בעמ' 1713-1740; *Khan*, לעיל ה"ש 196.

281 מרבית אמצעי התקשורת בישראל אינם פירמות רווחיות מבחינה כלכלית. אחד המניעים המרכזיים לרכישת בעלות על אמצעי תקשורת אינו הציפייה להפקת רווח כלכלי, אלא השאיפה להשפיע על דעת הקהל ועל תהליכים שלטוניים של קבלת החלטות. על כך ראו לעיל בה"ש 266.

282 הסבר דומה הועלה באשר לפעולתה של חברה ממשלתית, שהתמריץ העיקרי שלה הוא להרחיב את היקפי פעילותה. ההנחה, שיש לה תימוכין אמפיריים, היא שאסטרטגיה של תמחור טורפני כדאית לחברה ממשלתית הרבה יותר מלחברה ממקסמת רווח. כמובן שפעולתה הטורפנית של החברה הממשלתית מתאפשרת הודות למשאביה הרבים, המאפשרים לה להפסיד לאורך זמן והודות ליכולתה לענות על היקפי ביקוש גדלים עם

אלו מסוגלים ומוכנים להתמיד במחירי הפסד למשך זמן רב יותר מפירמות ממקסמות רווח, שפועלות להפקת רווחים בטווח נראה לעין.

שלישית, בתחום התוכן העיתונאי־חדשותי יש לגלות נכונות מוגברת להתערבות במקרים של תמחור טורפני לנוכח תופעת "ספירלת התפוצה" שתיארנו לעיל.²⁸³ זכור, צמצום בנתח שוק של גוף תוכן עיתונאי־חדשותי עשוי להכניסו למערבולת של צניחה בשיעור החשיפה ובאיכות התוכן עד כדי דחיקתו המוחלטת מהשוק. בשל כך, פרקטיקה טורפנית בענף העיתונות היא אפקטיבית ומסוכנת הרבה יותר מבשווקים "רגילים". הנזק אינו מתמצה בהכרח בדחיקתו של ערוץ התוכן אל מחוץ לשוק אלא בהיחלשותו ובריקונו ממשאבים שמאפשרים לו להפיק תוכן איכותי. מניעת פרקטיקה זו רק בשלב שבו ערוץ התוכן הטורפני מחזיק בנתח שוק גדול מאוד עלולה לאחר את המועד, שכן ערוץ התוכן המתחרה כבר נלכד במערבולת.

על רקע זה, על רשויות התחרות לבחון בחומרה יתרה פרקטיקות של טורפנות בתחום התוכן העיתונאי־חדשותי גם אם לא מתקיימים התבחינים הכלליים, כגון מונופול או הוכחת קיומה של אפשרות להעלאת מחירים בעקבות תמחור ההפסד. יש להכיר בכך שהפגיעה של תמחור טורפני בציבור בתחום זה אינה גלומה ביכולתו של הטורפן לגלגל בהמשך את ההפסדים על הצרכן אלא בפגיעה באינטרסים התחרותיים הצרכניים במגוון ובאיכות של תוצרי השוק בעקבות דחיקת המתחרים.

לצד אלו, הצורך בטיפול ייחודי של דיני ההגבלים העסקיים בפרקטיקות של תמחור טורפני בשוק התוכן העיתונאי־חדשותי אינו נובע רק מהאינטרסים התחרותיים־צרכניים של הבטחת איכות ומגוון המוצרים, אלא גם לשם הבטחת האינטרס הייחודי במגוון תוצריו של שוק זה. כאשר קיומו של מגוון מספק של בעלויות וקולות בתחום התוכן העיתונאי־חדשותי הוא ערך עצמאי שיש

יציאת המתחרה מהשוק. לכן יש הממליצים להחיל איסור טורפנות על חברות מממשלות באופן דומה לזה שאנו מציעים כאן ביחס לפירמות בעשיית התוכן העיתונאי. על כך ראו David E. M. Sappington & J. Gregory Sidak, *Competition Law for State-Owned Enterprises*, 71 ANTITRUST L.J. 479 (2003)

283 ראו לעיל ה"ש 24.

להבטיחו (בצד הערכים התחרותיים הרגילים – מחיר, כמות ואיכות), ראוי להרחיב את טיפולם של דיני ההגבלים העסקיים בפרקטיקה של תמחור טורפני. הכלל המקובל לתמחור טורפני קובע כי אין לאסור בשום מצב תמחור כל עוד לא מדובר בתמחור הפסד, כלומר כאשר המחיר הנגבה נמוך מעלות הייצור השולית. לפיכך הורדת מחירים, שלא עד כדי הפסד, המתאפשרת בזכות היתרון לגודל של יצרן בעל נתח שוק גדול מבטאת יעילות גבוהה ונתפסת כתופעה רצויה, גם אם מתחרה קטן לא יוכל להציע מחירים דומים וייפלט מהשוק. ואולם כאשר למגוון יש ערך כשלעצמו, יש להגן על יכולתו של עיתון קטן לשרוד בשוק, כפי שהדגמנו לעיל במקרה של עיתונות מקומית או מגזרית. במקרים אלו שיקול הבטחת המגוון עשוי לגבור על שיקול היעילות.²⁸⁴

משמעות הדברים היא שיש להרחיב את הגדרת הטורפנות האסורה בענף העיתונות כך שתכלול גם מחיר שאינו הפסד, ובלבד שהוא עשוי להוביל ליציאתו מהשוק של מתחרה קטן (ויעיל במידת האפשר, בהתחשב בנתחי השוק שלו) הדרוש להגשמת ערך המגוון. עם זאת, אנו סבורים כי אין לקבוע חזקה או איסור גורף נגד הפצה חנימית של תוכן עיתונאי-חדשותי (כמו למשל עיתוני החינם) או להחשיבם לתמחור טורפני או ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה, אלא יש לבחון באופן המבוסס על עובדות את השפעותיה של פרקטיקה זו בכל מקרה ומקרה.²⁸⁵

6.ד.7. התחשבות בטיעוני יעילות במסגרת ניתוח התחרות בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי

כאשר נבחן הגבל עסקי או מיזוג שעשוי לפגוע בתחרות, טענת ההגנה המרכזית העומדת לצדדים המבקשים היא טענת היעילות. כלומר, אומנם התחרות עשויה

284 ראו לעיל בסעיף 4.ד.7.

285 הסיבה העיקרית לכך היא שהמודל החינמי של אספקת תוכן עיתונאי-חדשותי הוא למעשה המודל המאפיין את הטכנולוגיות הדומיננטיות לצריכת תוכן כזה. עיקר העיתונות המשודרת והמקוונת פועל במודל "חינמי" המבוסס על פרסום. לכן פרקטיקה של תמחור חינמי אינה צריכה להיחשב קטגורית כמיועדת לפגוע בתחרות, אלא יש להוסיף ולבחון אם היא צפויה לדחוק מתחרים ולהגביר את הריכוזיות בכלל שוק התוכן העיתונאי-חדשותי.

להיפגע, אך היעילות שהצדדים יפיקו בעקבות המיזוג (וההנחה שמיעילות זו ייהנו הצרכנים בדמות מחיר נמוך יותר) עולה על נזקיה של הפחתת התחרות. טענת יעילות יכולה להישמע במגוון היבטים, גם כאלה שמתרחשים מחוץ לגבולות השוק המדובר (אלא שאז בית הדין הוא המוסמך להתחשב בה ולא הממונה).²⁸⁶

לשיטתנו, כאשר הממונה או בית הדין נדרשים לבחון טענת יעילות בעניין מיזוג או הסדר כובל בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי, יש להעניק לשיקול זה משקל נמוך יותר מזה שניתן לו בשוקים האחרים. הסיבה לכך היא שבשוק התוכן העיתונאי-חדשותי שיקול הבטחת המגוון בבעלויות ובקולות עשוי לגבור על שיקול היעילות. כמו כן, יש לבחון את השפעתו של המיזוג או ההסדר הכובל גם על יעילותם לטווח הארוך של שווקים סמוכים ולא רק על היעילות של הצדדים המבקשים. כפי שהסברנו לעיל, ריבוי מתחרים בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי משיא את יעילות השוק (או הרווחה המצרפית), משום שהוא מבטיח ביקורת הדדית ואיכות גבוהה של תוצרי השוק. לכן, גם אם מיזוג או הסדר כובל עשויים להיות יעילים לצדדים המתמזגים (או לציבור בהיבט המחיר), הם יכולים לפגוע ביעילות לטווח הארוך של השוק בכלל, שכן איכות תוצריו עלולה להיפגע בעקבות הפחתת התחרות.

286 ראו למשל סעיף 110(1) לחוק ההגבלים העסקיים, המונה את "ייעול הייצור והשיווק" כעניין שבית הדין להגבלים עסקיים נדרש לשקול בעת שיבחן את השפעתו של הסדר כובל על טובת הציבור. עם זאת, לצד שיקול היעילות החוק מונה עוד שיקולים רבים:

(2) הבטחת היצע מספיק של נכסים או שירותים לציבור; (3) מניעת תחרות בלתי הוגנת העלולה להביא להגבלת התחרות באספקת הנכסים או השירותים שבהם עוסקים הצדדים להסדר, מצד אדם שאינו צד להסדר; (4) מתן אפשרות לצדדים להסדר להשיג אספקה של נכסים או שירותים בתנאים סבירים מידי אדם שבידיו חלק ניכר של האספקה, או לספק בתנאים סבירים נכסים או שירותים לאדם שבידיו חלק ניכר של הרכישה של אותם נכסים או שירותים; (5) מניעת פגיעה חמורה בענף החשוב למשק המדינה; (6) שמירה על המשך קיום מפעלים כמקור תעסוקה באיזור שבו עלולה להיווצר אבטלה ממשית כתוצאה מסגירתם או מצמצום הייצור בהם; (7) שיפור מאזן התשלומים של המדינה על ידי צמצום היבוא או הוזלתו או על ידי הגדלת היצוא וכדאיותו.

עניין זה רלוונטי בעיקר לטיפול בתחום המיזוגים בענף או ברכישת שליטה, שבהם הליך הבחינה מחייב לבדוק את ההשפעות של שינוי בעלות על טיב המוצר שמספק גוף התוכן העיתונאי־מסחרי. אומנם אין להתעלם מהתועלת הכלכלית הלא מבוטלת הטמונה ביעול תהליכי ההפקה וההפצה של מידע (באמצעות מיצוי היתרונות לגודל ולהיקף והפחתת עלויות עסקה), ואולם יש להכיר בכך שגם על פי הניתוח הכלכלי המקובל של דיני תחרות, יש לתת את הדעת גם לשיקולי יעילות ענפיים או ארוכי טווח העלולים לגבור על השאת היעילות לטווח קצר.²⁸⁷

7.ה איך צריך לבחון? מתודולוגיה וכלי עבודה להערכת הריכוזיות וסכנותיה בתחום התוכן העיתונאי־חדשותי

7.ה.1. הגדרת שווקים חוצת פלטפורמות

כפי שהראינו, העמדה המסורתית של דיני ההגבלים העסקיים בישראל הייתה שכאשר בוחנים מונופולין, הסדרים כובלים ומיזוגים אין לראות בספקי תוכן עיתונאי־חדשותי בסוגי מדיה שונים כמתחרים הפועלים באותו שוק.²⁸⁸ אולם

²⁸⁷ על הטיעון הכללי שריכוזיות בתחום התקשורת נושאת בחובה נזקים משמעותיים לטווח הארוך (אשר לרוב גוברים על היעילות קצרת הטווח של מיזוגים ורכישות) ראו גוש, לשם ואזרחי, לעיל ה"ש 45, בעמ' 22.

²⁸⁸ כפי שנכתב בהכרזת ידיעות אחרונות כמונופולין (לעיל ה"ש 115): "תחום העיתונות מיוחד כתחום כלכלי עצמאי ונפרד משאר תחומי התקשורת, ובגדרו אפשר ועוד יימצאו ענפי משנה נפרדים"; ובהתנגדות הממונה למיזוג גלובס וידיעות אחרונות (לעיל ה"ש 165, בעמ' 11) נאמר: "לצד ההיצע בעיתונים היומיים, מסופק מידע כלכלי גם במדיות אחרות: טלביזיה, רדיו, אינטרנט ועיתונים שאינם יומיים. אלא שמדובר בשווקים אחרים, מובחנים ונפרדים. ההבחנה בין עיתונות יומית למדיות אחרות מורשת היטב".

כאשר הניתוח ההגבלי נדרש לבחון את עולם התקשורת העכשווי, החזקה שטכנולוגיות שונות של הפצת מידע אינן "מתחרות" לא מתאימה עוד למציאות, שכן כיום הצרכן אדיש לסוג המדיום שדרכו הוא צורך את התוכן העיתונאי-חדשותי.²⁸⁹ הנתונים העדכניים מלמדים שצריכת חדשות טלוויזיוניות או מקוונות נתפסת בעיני הצרכנים כחלופה מלאה לצריכת עיתונים, ולאור זאת על מקבלי ההחלטות הרלוונטיים (הממונה, בית הדין או בית המשפט) להעריך באופן המבוסס על עובדות את הגדרת השווקים של כל מקרה ומקרה. בהקשרים מסוימים ייתכן בהחלט שהטלוויזיה והדיגיטל אינם תחליפיים, ולכן ניתן להגדרם כשווקים נפרדים. אולם אי-אפשר עוד לאמץ את העמדה הקטגורית שהגדרת שווקים בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי נעשית על בסיס סוג המדיום שבו הוא מפיץ את תכניו.

תובנה זו, שאומצה באופן גורף על ידי רגולטור התקשורת ורשות התחרות בבריטניה בשנים האחרונות, ניתנת ליישום מיידי על ידי הממונה ורשות התחרות בזירה הישראלית – כעדכון הכרחי של הלכה משפטית שנקבעה טרם עידן המידע והרשת. במקרים עתידיים על הרשות לקיים בחינה מהותית של הגדרת השווקים ולנתח את מידת התחליפיות בכל מקרה ומקרה. אומנם בחינת התחליפיות של מוצרי תוכן עיתונאי-חדשותי היא מלאכה מורכבת הדורשת מחקר, אך זוהי בדיוק מומחיותה של רשות התחרות, האמונה על הערכת מידת התחליפיות בין מוצרים דומים.

יתרה מזו, גם אם הליך הבדיקה של רשות התחרות מצא שאין תחליפיות מלאה בין מוצרי תוכן עיתונאי-חדשותי, יש להוסיף ולבחון את ההשפעות ההדדיות בין גופי חדשות שונים, בין שהם פועלים במה שמכונה "שוק נפרד" ובין שהם פועלים באותו שוק. כלומר, גם אם הרשות מוצאת כי אין תחליפיות ישירה בין עיתון כתוב, ערוץ חדשות משודר ואתר חדשות מקוון, אין בכך כדי להסיר את היריבות האסטרטגית שבין ערוצים אלו, המתבטאת במאבק על סקופים, ראינות בלעדיים, אמינות ומוניטין. היריבות הלא ישירה על יוקרה ואמון ציבורי מובילה את הערוצים השונים להתייחס זה לזה ולאשר או להפריך זה את דיווחיו

של זה, ובכך להגביר את האיכות והמגוון של כלל תעשיית התוכן העיתונאי-חדשותי.²⁹⁰

דוגמה ליחסי גומלין בין ערוצי תוכן עיתונאי-חדשותי שאינם תחליפיים לגמרי מבחינת הצרכן היא עיתון ידיעות אחרונות ואתר וואלה! News. נראה שכאשר שני גופים אלו מסקררים זירה דומה של מידע (חדשות ארציות למשל), כל אחד מהם משמש את הצרכן על מנת להעריך את אמינות המידע או את הדעה שמספק הגוף האחר. כך, הם משמשים לצרכן העיתונות הפשוט אמצעי להשוואה, וכלי זה הוא היחיד שבאמצעותו הצרכן יכול לעמוד על טיבו של סיקור חדשותי בעיתון.

לעיתים, דווקא גוף חדשותי הפועל בשוק אחד עשוי לשמש אמצעי מבני להבטחת האיכות של גופים חדשותיים שפועלים בשווקים הנתפסים כמובחנים ממנו. לדוגמה, צרכן הקורא גם את העיתון ידיעות אחרונות וגם את הדיווחים המקוונים של וואלה! News יכול להשוות בין שני המקורות ובעקבות זאת לעבור לגוף חדשות אחר באותו שוק, למשל מעבר מידיעות אחרונות לישראל היום, אשר אמינותו לא עורערה על סמך ההשוואה לוואלה! News, גוף החדשות שבשוק האחר. ההשוואה בין מוצרי התוכן העיתונאי-חדשותי שאינם תחליפיים עשויה גם להפחית את נכונותו של הצרכן לשלם עבור עיתון שאמינותו מעורערת ובכך להפעיל לחץ על העיתון לחזק את אמינותו.²⁹¹ זוהי למעשה הגשמה של התכלית הצרכנית המקובלת של הבטחת איכות המוצר, אלא שבמקרה של תוכן עיתונאי-חדשותי היא נעשית לא רק באמצעות קיומם של מוצרים שהם תחליפיים לחלוטין.²⁹²

290 Craufurd Smith & Tambini, לעיל ה"ש 15, בעמ' 38.

291 ליכולת להשוות בין מחירים יש חשיבות רבה, והפגיעה בה נחשבת לפרקטיקה אנטי-תחרותית. על כך ראו את הצו המוסכם להערות הציבור של רשות התחרות האמריקאית עם חברת אינטל, Federal Trade Commission, Analysis of Proposed Consent Order to Aid Public Comment (10.10.2010). בעניין זה הכירו רשויות התחרות האמריקאיות בכך שפגיעה של אינטל בתפקודם התקין של מנגנוני השוואה חיצוניים לביצועיהן של מערכות חומרה לא אפשרה לצרכן להכיר בעדיפותו של היצרן המתחרה.

292 Dimmick, לעיל ה"ש 46.

באופן כללי יותר, ניתוח התחרות בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי חייב להכיר בכך שכלל ספקי התוכן מתחרים זה בזה על אמן הקוראים, ולא דווקא על כסף, מאחר שמרבית הצרכנים מתבססים על המוניטין של ספקי התוכן כשהם מחליטים לאיזה מהם יקדישו תשומת לב (משום שהצרכן מוגבל ביכולתו להעריך את איכות המידע בטרם רכש אותו או נחשף אליו).²⁹³ לפיכך אחד הנכסים החשובים ביותר של ספקי מידע בכלל ושל ערוצי תוכן בפרט, כפי שהם עצמם מעידים, הוא המוניטין שלהם, המבוסס על אמינותם בעיני הצרכנים. כלומר, חלק לא מבוטל ממשאביו ומפעילותו של גוף תוכן עיתונאי-חדשותי אינם מוקדשים להפקת רווח כספי אלא לצבירת מוניטין ושימורו. לפיכך מן הראוי שהליכי הבדיקה של רשות התחרות ושל הממונה עליה בנוגע לתחום התוכן העיתונאי-חדשותי יגלו רגישות לכך שהתחרות בענף העיתונות היא בראש ובראשונה על מוניטין (וכפועל יוצא מכך – על יכולת השפעה ועיצוב התודעה של הציבור) ורק אחר כך על הכנסה כספית.

בהתייחס לדוגמה הקודמת, בדיקה הרגישה ליחסי הגומלין בין מוצרי תוכן שאינם תחליפיים לגמרי מלמדת שידיעות אחרונות הוא מתחרה ישיר של וואלה! News על משאבי מוניטין, ולכן הם מתמרצים זה את זה להשקיע בשיפור מוצריהם כדי לרכוש את אמן הקוראים, בין השאר באמצעות חיזוק האמינות או ההוגנות של הסיקור שהם מקיימים. באופן דומה, אמצעי תקשורת שמחזיק בכוח שוק במדיה מסוג אחד (למשל עיתון ישראל היום) יהיה מוכן לשאת בהשקעות של תחקירים אשר יפורסמו במדיה מסוגים אחרים שבהם עדיין אין לו כוח שוק משמעותי (למשל בשוק החדשות המקוונות, שבו אתר ישראל היום אינו זוכה לחשיפה גבוהה בהשוואה לאתרי חדשות אחרים). במצב זה, דווקא יריבות בין שני גופי חדשות הפועלים בשווקים נפרדים ובמדיה מסוגים שונים, ומחזיקים כל אחד בכוח שוק בסוג המדיה שהוא פועל בו, תדרבן אותם יותר להשקיע בתחקירים, בזכות המאבק ביניהם על הדומיננטיות בענף בכללותו. למותר לציין כי יריבות זו נושאת בחובה ברכה רבה לצרכן העיתונות, בין שערוצי המידע המתחרים הם תחליפיים ובין שאינם תחליפיים.

293 לדיון ביכולתם המוגבלת של צרכנים להעריך את איכות תוצרי שוק התוכן העיתונאי-חדשותי, ראו לעיל בסעיף 2.א.1.

רגישות זו ליחסי הגומלין בין גופי תוכן עיתונאי-חדשותי הפועלים בטכנולוגיות הפצה נפרדות – קרי, אימוץ הגדרת שווקים חוצת פלטפורמות בכל הנוגע לתחום התוכן העיתונאי-חדשותי – היא אחת מדרכי ההתמודדות היעילות ביותר עם מגבלותיהם של דיני ההגבלים העסקיים. היא אינה מחייבת שינוי חקיקה, אלא רק עדכון של שיטת הניתוח הבוחנת את השפעותיה של ריכוזיות על שוקי מידע. למעשה, אכיפת התחרות מכירה בהשפעות בין-שווקיות (cross-market effect) ומונעת מיזוגים שעלולים להחלישן.²⁹⁴ אומנם התחשבות בהשפעה בין-שווקית היא חריגה בשווקים רגילים, אך כפי שהראינו בשוקי העיתונות היא צריכה להיות הכלל.

לסיכום הדברים נדגיש שאין אנו שוללים את האפשרות שלעיתים חשוב דווקא להעריך את מידת הריכוזיות של כל מדיום בנפרד, שהרי לכל מדיום השפעה אופיינית אחרת על הציבור,²⁹⁵ ולפיכך השפעתה של ריכוזיות במדיום מסוים על הציבור הרחב לא בהכרח תרוסן באמצעות היעדר ריכוזיות השליטה במדיום מסוג אחר. על כן, לצד בחינת השפעתו הציבורית של מבנה הענף בכללותו יש לבחון גם את השפעתו הציבורית של מבנה השוק בכל אחד מסוגי המדיה – הכתובה, המשודרת והמקוונת. כמו כן, במסגרת בחינה של נתחי השוק ומידת החשיפה של תוכן עיתונאי-חדשותי מקוון יש לבחון לא רק את הצריכה הישירה שלו (למשל לפי שיעורי החשיפה הישירה של אתר הבית או היישומון שלו), אלא גם את צריכתו המתווכת (למשל באמצעות רשתות חברתיות או שירותי אגרגציה של תוכן עיתונאי כגון *google news*).

294 התחשבות בהשפעות אלו אינה באה על חשבון ההתחשבות בתחרות בתוך השוק, ולפיכך נדחית הטענה שיש לאשר מיזוג בשל הלחץ התחרותי מחוץ לשוק. תחרות בתוך השוק מרסנת פרקטיקות נצלניות בטווח הזמן המיידי, ואילו יריבות מחוץ לשוק מושפעת משיקולי אסטרטגיה רחבה ואינה מרפאת את כלל הפרקטיקות הנצלניות האפשריות.

295 לעיהונות המודפסת, למשל, יש השפעה ייחודית על האוכלוסייה המבוגרת (מעל גיל 40). לעומת זאת, חשיפתה לקהלים צעירים הולכת ופוחתת, ואילו העיתונות המקוונת והרשתות החברתיות הם בעלי ההשפעה העיקריים על פלח זה של האוכלוסייה. ראו לעיל ה"ש 59.

7.2. אמצעים למדידת הפגיעה בציבור הנובעת מריכוזיות בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי

כפי שהראינו בפרק זה, הליך האישור של מיזוגים והסדרים כובלים בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי אינו מוגבל רק למניעת פגיעה באינטרסים צרכניים צרים כגון כמות או מחיר, אלא בוחן גם את פגיעתם האפשרית בציבור או ברווחתו המצרפית. כפי שפירטנו בפרקים 1 ו-2, הפגיעה בציבור שמערך ההגבלים העסקיים נדרש לאתר ולמנוע היא השפעת-יתר על דעת הקהל, על סדר היום הפוליטי או על תהליכי קבלת החלטות שלטוניות, המתאפשרת באמצעות ריכוזיות בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי.

למרות המורכבות הכרוכה בבחינת ההסתברות להתקיימותם של חששות אלו במסגרת הליך אישור של מיזוג או הסדר כובל, היא ניתנת להערכה באמצעות נתונים ומדדים מקובלים לביסוס נחיצותה של התערבות מבנית לטיפול ריכוזיות.

אחד הכלים הראייתיים המקובלים להערכה ולהשוואה של רמת הריכוזיות בשוק מוגדר הוא מדד הריכוזיות הרפינדל-הירשמן (Herfindahl-Hirschman index – HHI), המוגדר כסכום ריבועי נתחי השוק של 50 החברות הגדולות בענף. את ערכי המדד אפשר לציין במספר בין 0 ל-1 או בנקודות (מספר בין 0 ל-10,000), וככל שהערך גבוה יותר כך הריכוזיות גבוהה יותר והתחרותיות נמוכה יותר. מדד מוסכם זה תקף לכל השווקים. השימוש בו מאפשר לבחון באופן המבוסס על עובדות את איום הריכוזיות, והוא נחשב ראיה מקובלת לכך שהשוק הקיים אינו תחרותי דיו, או שהשוק הצפוי לאחר מיזוג לא יהיה תחרותי דיו.²⁹⁶ במצב זה, נטל ההוכחה עובר להגבל העסקי, ועליו להראות כי שיקולי יעילות מצדיקים את קיומו, או שלמרות הריכוזיות לא צפויה פגיעה בתחרות.

ואולם מדד זה, המקובל בעניין מרבית השווקים של מוצרים או שירותים, אינו אמת מידה מספקת לניתוח התחרות בשוקי מידע, ובפרט בשוק התוכן

296 על הפעלת מדד זה בעניין שוק התוכן העיתונאי-חדשותי ראו, למשל, החלטת הממונה בעניין המיזוג בין גלובס וידיעות אחרונות, לעיל בסעיף 1.ב.5. בהחלטה זו קבע הממונה כי מדד הריכוזיות של שוק אספקת המידע הכלכלי בעיתונים היומיים עומד על 3,711–3,590 נקודות HHI, ואילו רמת ריכוזיות סבירה נחשבת 1,800 נקודות. נתון זה שימש בסיס להחלטתו של הממונה להתנגד למיזוג.

העיתונאי־חדשותי. כזכור, אחד הקריטריונים שהצבנו להערכת הביצועים של שוק התוכן העיתונאי־חדשותי הוא המגוון במו"לים או בבעלויות, להבדיל ממגוון במספר המותגים המתחרים ונתחי השוק שלהם. ריכוזיות הפוגעת במגוון או המאפשרת השפעה מופרזת על דעת הקהל וניצול כשלי המידע בענף עשויה להתקיים עוד בטרם הגיע ערוץ תוכן לנתח שוק דומיננטי. לכן כאשר מדובר בענף העיתונות אנו מציעים לקבוע רף ריכוזיות נמוך יותר שייחשב ראייה לפגיעה בתחרות. כך, אם בשווקים אחרים מידת ריכוזיות שתיחשב ראייה לתחרות לקויה היא x , מידת הריכוזיות שתיחשב ראייה לפגיעה בתחרות בשוק העיתונות תהיה $x \cdot a$.²⁹⁷ הצעתנו זו להתמודדות עם המאפיינים הייחודיים של שוק התוכן העיתונאי־חדשותי הופכת את הניתוח הכלכלי למורכב יותר, אך היא אינה מערבת שיקולים זרים לכלכלה. להפך, היא משלימה פערים של ניתוח כלכלי חלקי וחסר.²⁹⁸ יתרה מזו, מאחר שמדד הרפינדל־הירשמן נחשב לנקודת ההתחלה בלבד לבחינת השאלה התחרותית, אין בהצעתנו כדי לייחס משקל מכריע לתוצאותיו של המדד המותאם.

כמפורט בסעיפים הבאים, אנו מציעים שלצורך בחינת השפעותיהן של עסקאות בשוק התוכן העיתונאי־חדשותי על איכות התוצרים או על המגוון שלהם יאומצו מדדים משוכללים יותר, שיזהו את כוחם היחסי של המתחרים בהיבט ההשפעה על דעת הקהל או על תהליכי קבלת ההחלטות השלטוניות. נפנה כעת להציג את שלושת הנתונים העיקריים שיש לאסוף ולשקול במסגרת ניתוח תחרות של שוק התוכן העיתונאי־חדשותי.

- (1) מידת חשיפה חוצת פלטפורמות של גופי התוכן המתמזגים (מדד חלופי לנתח שוק);
- (2) טיב השפעתו של בעל השליטה על הפעילות ועל התוצרים של גוף התוכן העיתונאי־חדשותי שבשליטתו;
- (3) מידת ההשפעה של גופי התוכן על דעת הקהל, על סדר היום הפוליטי או על תהליכי קבלת ההחלטות השלטוניות.

297 Brunell, לעיל ה"ש 275, בעמ' 209-210.

298 שם, בעמ' 203.

כפי שהראינו בפרק 6, נתונים אלו הכרחיים לשם בחינה של חששות היסוד שמעוררות עסקות מיזוג או החלפת בעלות בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי, ובכוחן של רשויות התחרות לאסוף אותם.

שיטות להערכת מידת החשיפה של גופי תוכן עיתונאי-חדשותי (כמדד חלופי ל"נתח שוק")

כאמור, אמת המידה המסורתית למדידת נתח שוק אינה רגישה דיה למאפייני הייחודיים של שוק התוכן העיתונאי-חדשותי, משום שלפי התפיסה המסורתית גופי תוכן שפועלים בפלטפורמות שונות אינם מתחרים באותו שוק; ואולם דפוסי הצריכה העכשוויים מלמדים כי בעיני הצרכן סוגי המדיה השונים הם לרוב תחליפיים. נוסף על כך, הערכת נתחי שוק של עיתונות מודפסת, משודרת ומקוונת נעשית לפי מדדים שונים זה מזה.²⁹⁹

לפיכך אנו ממליצים לאמץ בזירה הישראלית את מדד החשיפה המשוקלל, המספק מתודולוגיה להערכה ולהשוואה של צריכת מקורות חדשותיים באופן חוצה פלטפורמות. מדד זה, שכאמור פותח ושוכלל על ידי רשות התקשורת הבריטית בעשור האחרון, מתרכז בצריכה (consumption) של מקורות חדשותיים ומבוסס על נתונים באשר לתדירות ולזמן הכולל שהצרכן מקדיש למקור חדשות ספציפי (בניגוד למדדים מדויקים פחות, כגון תפוצה). כך הוא מאפשר למדוד כוח השפעה יחסי של ספקי תוכן עיתונאי-חדשותי שמפיצים את תכניהם באמצעות סוגי מדיה שונים ולהשוות ביניהם.

בזירה הבריטית המידע לצורך חישוב המדד נאסף באמצעות ראינות ושאלונים שנערכים בקרב מדגם מייצג של האוכלוסייה ואשר כוללים שאלות בדבר המקורות החדשותיים שהנבדק משתמש בהם ובדבר התדירות ומשך השימוש בכל מקור.

²⁹⁹ בעיתונות המודפסת מקובל להעריך את נתח השוק היחסי של מתחרים באמצעות נתונים על מכירות או תפוצה של עיתונים; בעיתונות המשודרת מקובל להעריכו בעזרת האמצעים המוכרים למדידת רייטינג; ובחוסם העיתונות המקוונת אפשר למדוד אותו לפי כמות החעבורה והמשתמשים הייחודיים של כל אתר, בהתבסס על מידע שיספקו גופי החדשות או באמצעות שירותי צד שלישי המאפשרים למדוד תעבורה באינטרנט. בבריטניה נאספו הנתונים באמצעות שירות ComScore. בישראל קיימים שירותים דומים, ובהם QuantCast ו-SimilarWeb.

באמצעות סכימת כלל הזמן המוקדש לכל אחד מהמקורות החדשתיים אפשר לחשב את נתח השוק היחסי שלהם ביחס לצריכת החדשות (או נתח השוק שלהם ביחס לתשומת ליבו של הציבור), למדוד את כוחם היחסי של ספקי תוכן עיתונאי־חדשותי בכלל הפלטפורמות ולהשוותם.³⁰⁰

יודגש כי לשיטתנו, כמו לשיטתם של רגולטור התקשורת ורשות התחרות הבריטיים, מדד החשיפה המשוקלל איננו חף מבעיות, ובראשן הקושי הברור של מהימנות הדיווח העצמי על דפוסי הצריכה (לעומת מדידה חיצונית שלהם). לכן אין לראות במדד זה אמת מידה יחידה שיש להשתמש בה להערכת הדומיננטיות וההשפעה של ספקי תוכן עיתונאי־חדשותי, אלא אמצעי משלים לאמצעים המוכרים של מדידת נתח שוק עבור כל פלטפורמה בנפרד. עם זאת, מכיוון שצרכני תוכן עיתונאי־חדשותי נוטים לראות פלטפורמות שונות כתחליפיות או כמתחרות ישירות, מדד זה מספק אמת מידה משוכללת יותר להשוואה חוצת פלטפורמות בין כוחם היחסי של מתחרים בשוק אספקת התוכן העיתונאי־חדשותי, ובפרט הוא מאפשר לבחון באופן המבוסס על עובדות כיצד מיוזגים או הסדרים קובלים צפויים להשפיע על כוחם של המתחרים לעצב דעת קהל וסדר יום פוליטי.

שיטות להערכת מידת השפעתו של בעל שליטה על תוצריו של גוף התוכן העיתונאי־חדשותי

מידת השפעתו של בעל שליטה בגוף תוכן עיתונאי־חדשותי על טיב התוצרים שהוא מספק משתקפת במבנה האחזקות בגוף התוכן וביכולתו של בעל השליטה למנות אנשים מטעמו לתפקידי עריכה. היכולת לנתח את מבנה השליטה בחברה והיכולת להבחין בין שליטה מלאה, מהותית או משמעותית, הן בליבת המומחיות של רשות התחרות. בתוך כך, מדידת השפעתו של בעל שליטה על תוצריו של גוף תוכן עיתונאי חדשותי צריכה להימדד לא רק בעל בסיס שיעור אחזקותיו, אלא גם בשים לב ליכולתו להשפיע על מינוי דירקטורים ונושאי משרה בגוף התוכן. כך, באמצעות שילוב של נתונים הנלמדים ממבנה האחזקות, שיעורי הבעלות ועדויות מהשטח על ערוצי השפעה בלתי פורמליים,³⁰¹ אפשר לבחון

300 ראו לעיל בסעיף 6.1.

301 כך למשל, בהליך הבדיקה שקיימה רשות התחרות הבריטית רואיינו בעלי תפקידים

באופן מבוסס על עובדות אם בעל המאה צפוי להיות גם בעל הדעה – חשש היסוד שמעוררת ריכוזיות בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי.

שיטות להערכת מידת ההשפעה של גוף תוכן עיתונאי-חדשותי על דעת הקהל וההליך הפוליטי

התמונה מורכבת יותר כאשר מבקשים לאסוף נתונים באשר לכוח השפעתם היחסי של גופי תוכן עיתונאי-חדשותי על דעת הקהל, על סדר היום בתקשורת או על תהליכי קבלת ההחלטות השלטוניות. אבל גם במקרה הזה אפשר להעריך את המצב על בסיס נתונים כמותניים ואיכותניים. כפי שמדגים הניתוח של רשות התחרות הבריטית, כוח ההשפעה של גוף תוכן עיתונאי-חדשותי על דעת הקהל וההליך הפוליטי תלוי בעיקרו בשני משתנים מדידים: מידת החשיפה של גוף התוכן ומידת האמון שהוא זוכה לה בקרב הציבור או מקבלי ההחלטות.

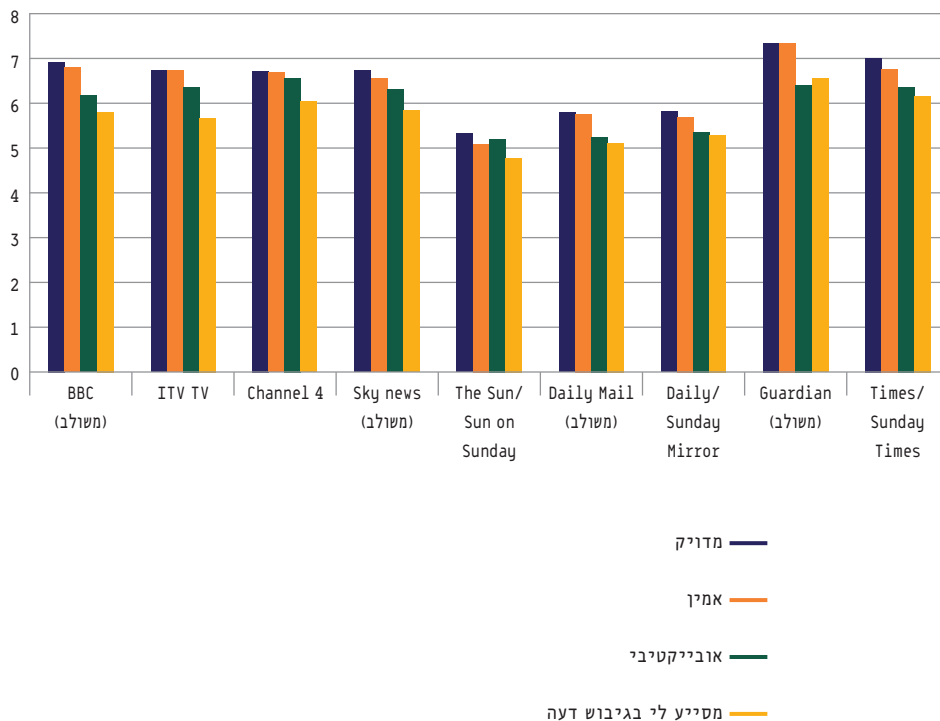
כאמור, מידת החשיפה היחסית של גופי תוכן עיתונאי-חדשותי ניתנת למדידה באמצעות מדד החשיפה המשוקלל. באופן דומה, מידת האמון היחסי שגופי התוכן זוכים לה ניתנת להערכה באמצעות מדדים כמותניים ואיכותניים המתבססים על שאלונים. שאלונים אלו מחולקים למדגם מייצג של פלחי אוכלוסייה רלוונטיים – בגירים, בכירים בשוק הפרטי, בכירים במגזר הציבורי – המתבקשים להעריך את מידת האמון, הדיוק והאובייקטיביות שהם מייחסים לגופי התוכן הנבדקים.

לדוגמה, בשנת 2016 התבקש מדגם מייצג של הציבור בבריטניה להעריך את ספקי התוכן העיתונאי-חדשותי לפי הפרמטרים הבאים: דיוק ומהימנות (accurate and reliable), אמון (trustworthy), אובייקטיביות והיעדר הטיות (impartial and unbiased), והמידה שבו הוא עוזר לצרכן לגבש דעה בעניינים פוליטיים או בענייני היום (Helps me make up my mind). תוצאות השאלון מוצגות בתרשים 3.

בכירים בעיתונים של רש News Corporation (העורך של *The Sunday Times* בשנים 1983-1994 ובשנים 1995-2012, העורך של *The Times* בשנים 1992-2002, ועורכת העיתון *The Sun* בשנים 2003-2009), והם העידו על מעורבותו המתמשכת של מרדוק בעריכתם של העיתונים שבבעלותו.

חרשים 3

מידת האמון הציבורי בספקי החדשות הבולטים בבריטניה, 2016
(ציון ממוצע במדד בסולם של 1-10)

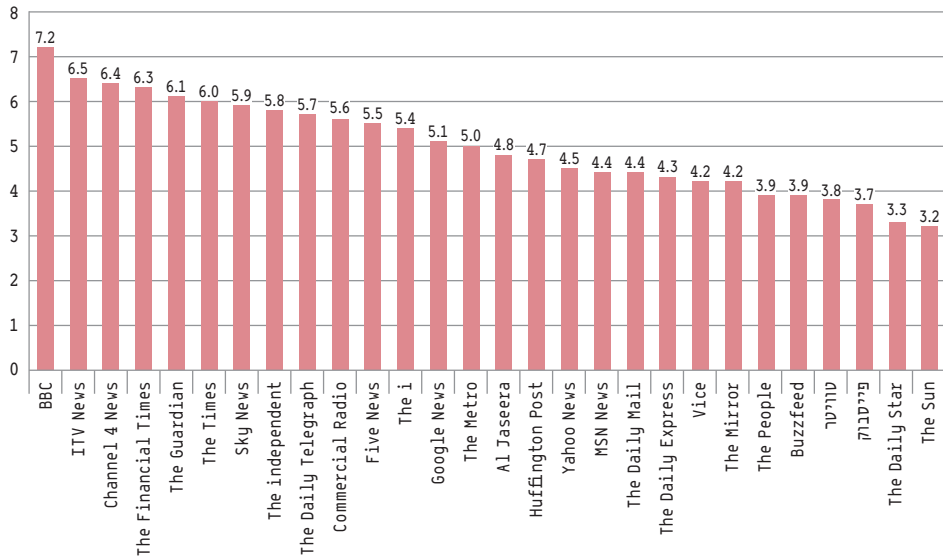


מקור: CMA Report on the Anticipated Acquisition by 21st Century Fox, Inc of Sky Plc (5.6.2018), p. 202

תרשים זה ממחיש את ההבדלים בין רמת האמון שרוחש הציבור לספקי התוכן העיתונאי-חדשותי השונים, וכפועל יוצא – את מידת ההשפעה היחסית שלהם על עיצוב תפיסת העולם והעמדות של הנחשפים להם. את מידת ההשפעה היחסית של ספקי תוכן עיתונאי-חדשותי אפשר למדוד גם באמצעות סקרים וראיונות המבקשים מצרכני חדשות לדרג את מידת האמון (trust) שהם רוחשים למתחרים השונים, כמודגם בתרשים 4.

4 חרשים

**דירוג מידת האמון הציבורי של ספקי תוכן עיתונאי-חדשותי
בבריטניה, 2017 (ציון ממוצע במדד בסולם של 1-10)**



מקור: CMA Report on the Anticipated Acquisition by 21st Century Fox, Inc of Sky Plc (5.6.2018), p. 203

נתונים אלו באשר למידת האמון וההערכה היחסיים שספקי תוכן עיתונאי-חדשותי זוכים להם הם רכיב חיוני בניתוח התחרות בזירה זו, שכן העוצמה היחסית של המתחרים בשוק אינה נובעת רק מהיקף החשיפה אליהם אלא גם ממידת האמון שהציבור רוחש להם. בהתאמה, מדידת האמון שרוחש הציבור למתחרים בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי מאפשרת לזהות את כוח ההשפעה של ספקי התוכן השונים על דעת הקהל וההליך הפוליטי ולהעריך כיצד מיזוגים ביניהם צפויים להגבירו.

שלושת המדדים שתיארנו כאן – מידת החשיפה היחסית של אמצעי התקשורת, יכולת ההשפעה בפועל של בעליו על טיב הסיקור, ומידת האמון היחסית שהוא ומתחריו זוכים לה – מאפשרים להעריך באופן המבוסס על עובדות את פוטנציאל

הפגיעה של הריכוזיות, קרי את סבירות היווצרותו של מצב שבו מעטים ישפיעו על דעת הקהל, על סדר היום הפוליטי או על תהליכי קבלת החלטות שלטוניים.

אכן, מדידת כוח ההשפעה של אמצעי תקשורת על דעת הקהל או על תהליכי קבלת ההחלטות השלטוניות כרוכה בקשיים מושגיים ומעשיים לא מבוטלים. ואולם שיטות הניתוח שהצענו בפרק זה מאפשרות לבחון באופן המבוסס על עובדות את שני התנאים הנדרשים להתקיימותה של פגיעה כזאת: כוח יחסי גדול מדי של ספק תוכן להשפיע על דעת הקהל ועל תהליכי קבלת ההחלטות השלטוניות, וכוח גדול מדי של גורם יחיד להשפיע על טיב התוצרים של גוף התוכן.

בשלב הראשון של ניתוח התחרות יש למדוד את כוחם היחסי של ספקי התוכן בציבור באמצעות מידת החשיפה ומידת האמון שהם זוכים לה. אם המתחרים שנבחנו אכן זוכים למידה גבוהה של חשיפה ואמון הציבור, יש לעבור לשלב השני של הניתוח. בשלב זה, התערבות מבנית (בדמות סירוב למיזוג או להסדר כובל, או התלייתם בתנאים) נדרשת רק אם יש ראיות לכך שלבעלי השליטה בספקי התוכן יש או תהיה יכולת אפקטיבית להשפיע על טיב הסיקור ועל אופן הסיקור.

שיטת ניתוח זו אינה זרה למהותם של דיני ההגבלים העסקיים הקיימים. האתוס והתכלית של רגולציה מבנית־כלכלית, ושל דיני ההגבלים העסקיים בפרט, הוא למנוע ניצול לרעה של כוח שוק. גם בתחום התוכן העיתונאי־חדשותי צריך ניתוח התחרות לבחון את שאלת קיומו של כוח שאפשר לנצל, ומה הסבירות שהוא אכן ינוצל לרעה. המתודולוגיות שהצגנו כאן מאפשרות לבחון באופן סדור ומבוסס עובדות את השאלות האלה.

פיתוח הדין והחקיקה בישראל להתמודדות עם ריכוזיות בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי

כפי שהראינו, אסדרה של שוק התוכן העיתונאי-חדשותי המבוססת אך ורק על דיני התחרות המסורתיים איננה יכולה להתמודד כראוי עם ההיבטים הייחודיים של שוק זה ועם השפעותיו על שווקים אחרים ועל כלל הציבור. בפרק זה נציע להרחיב את הדין הקיים באמצעות מודל שכולל הסדר ייעודי לענף התוכן העיתונאי-חדשותי. הסדר זה יעגן את העקרונות ואת השיקולים שעל רשות התחרות לאמץ בבואה לבחון מיזוגים, הסדרים כובלים או שיתופי פעולה אחרים בתחום זה.

כמפורט בפרק הקודם, מקצת הפתרונות לכשלי השוק הייחודיים לתעשיית התוכן העיתונאי-חדשותי ניתנים לדעתנו ליישום במסגרת הדין הקיים. ברם, ספק אם הכלים הסטטוטוריים הקיימים מאפשרים להתחשב בצורך הדמוקרטי במגוון ובמניעת השפעה מופרזת על דעת הקהל, או בכשלי שוק אחרים הרלוונטיים לענף – בין שהכשלים הללו עומדים בפני עצמם ובין שהם נשקלים כחלק בלתי נפרד ממכלול ההיבטים של חוק ההגבלים העסקיים. יתר על כן, המצב המשפטי המצוי אינו מובהק, כך שפתרונות אלו עלולים להיות שנויים במחלוקת פרשנית בכל הנוגע לסמכויותיה של רשות התחרות ולסרבל את האכיפה. הדבר נכון במיוחד בענף העיתונות, הטעון פוליטית, שהתערבות בו יכולה להתפס כהתערבות במשחק הפוליטי או כפגיעה בחופש העיתונות.

לפיכך אנו מציעים כמה תוספות ועדכונים לחוק ההגבלים העסקיים שיקבעו הסדרים ייחודיים לתחום התוכן העיתונאי-חדשותי מתוך התייחסות למאפייניו הכלכליים והחברתיים. הצעותינו שאובות, בין השאר, מהחוק האנגלי ומהניסיון המעשי שנצבר שם בהפעלתו.

8.א.1. הגדרתו של גוף תוכן עיתונאי חדשותי

כדי להוסיף לחוק ההגבלים העסקיים הסדרים ייעודיים שקובעים הוראות ייחודיות לטיפול במיזוגים, במונופולין ובהסדרים כובלים שמעורבים בהם גופי תוכן עיתונאי חדשותי, יש להגדיר בחקיקה את מהותם של הגופים שבנינם יחולו ההסדרים הייעודיים. לשם כך אנו מציעים להוסיף לסעיף ההגדרות שבחוק ההגבלים העסקיים את התיבה הבאה:

"גוף תוכן עיתונאי חדשותי" – הוא תאגיד העונה לאחת או יותר מההגדרות הבאות:

- (1) "גוף בעל השפעה בתחום השידורים או העיתונות הכתובה", כהגדרתו בסעיף 4(ו) לחוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ד-2013.³⁰²
- (2) תאגיד שעיקר עיסוקו הוא הפצה של חדשות או מידע בענייני היום המיועדים לציבור בישראל, במקרה שיש לו שליטה עריכתית על התוכן שהוא מספק.³⁰³

302 למטרת אחידות והרמוניה חקיקתית, הסעיף המוצע הזה מתבסס על ההגדרות הקיימות שנקבעו בחקיקה העדכנית לטיפול בריכוזיות, אשר מגדירה "גורם בעל השפעה בתחום השידורים או העיתונות הכתובה" כאחד מאלו: (1) עיתון יומי המופץ במרבית רחבי המדינה; (2) בעל זיכיון או רישיון לשידורים לפי חוק הרשות השנייה; (3) משדר ערוץ ייעודי כהגדרתו בחוק התקשורת, המשדר שידורי חדשות או תכניות בענייני היום; (4) מפיק חדשות עצמאי כהגדרתו בחוק התקשורת; (5) משדר ערוץ נושאי בנושא חדשות לפי חוק הפצת שידורים; (6) בעל רישיון כללי לשידורי טלוויזיה באמצעות לוויין או כבלים לפי חוק התקשורת; (7) בעל רישיון כללי לשידורים באמצעות תחנות השידור הספרתיות כהגדרתו בחוק הפצת שידורים; (8) בעל רישיון לשידור ערוץ חדשות בין-לאומי כהגדרתו בחוק התקשורת. ראו סעיף 4(ו) לחוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ד-2013.

303 בניגוד להגדרות הנפוצות בחקיקה הישראלית הקיימת, סעיף זה משקף בניסוחו גישה ניטרלית לטכנולוגיה, המאפשרת לזהות ספקי תוכן עיתונאי חדשותי הפועלים במרחב המקוון (הן באמצעות אחרי אינטרנט והן באמצעות אפליקציות ייעודיות).

8.א.2. הגדרת האינטרסים הציבוריים שיש לשקול בעניין שוק התוכן העיתונאי-חדשותי

לדעתנו, ניתן להגדיר בחקיקה את האינטרסים הציבוריים הרחבים, או הקריטריונים להערכת ביצועי השוק, שעל הרגולציה המבנית של ענף התוכן העיתונאי-חדשותי לקדם על פי הרשימה הבאה:³⁰⁴

- (1) להבטיח את איכות המוצרים – להפחית דיווחים מוטים או שקריים ולעודד דיווחים אמינים.
- (2) להסיר חסמים להבעה, הפצה וצריכה של רעיונות ודעות.
- (3) להבטיח מגוון במספר האנשים השולטים על ספקי תוכן עיתונאי-חדשותי ובנקודות המבט והדעות הזמינות לציבור.
- (4) לקדם צריכה של חדשות ושיח פוליטי.
- (5) להגביר את תפוקתה של העיתונות החוקרת (הפקה ויצירה של מידע חדש).
- (6) לתמרץ התייחסות וביקורת הדדית בין אמצעי התקשורת במטרה להגביר את השקיפות בכל הנוגע לאינטרסים של אמצעי התקשורת והטיותיהם.
- (7) לעודד ביזור בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי ולהגביל את כוחם של יחידים להשפיע על דעת הקהל ועל ההליך הפוליטי באמצעות גופי התוכן העיתונאי-חדשותי הנתונים לשליטתם או להשפעתם.

כפי שהראינו בפרק 6, על סמכותו וחובתו של מערך ההגבלים העסקיים להגן על רכיבים אלו של האינטרס הציבורי בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי מלמד גם נוסחו הקיים של החוק. עם זאת, לנוכח נטייתה של רשות ההגבלים והעומדים בראשה לאמץ גישה מצמצמת באשר לסמכויותיה לטפל ברכיבים אלו של האינטרס הציבורי, אנו סבורים כי יש להסמיכה במפורש לכך. יתר על כן, מלכתחילה אין בנמצא מבנה שוק שמקדם באופן מקסימלי את כל היעדים שצינו כאן, ולכן יש להבטיח גם את סמכותה של הרשות לאזן בין רכיבים אלו

304 אלו למעשה קריטריונים מקובלים להערכת ביצועי ענף התוכן העיתונאי-חדשותי.

ראו DENIS McQUAIL, MEDIA PERFORMANCE: MASS COMMUNICATION AND THE PUBLIC INTEREST (1992)

של האינטרס הציבורי ולתעדף אותם כאשר מדובר בתחום התוכן העיתונאי־חדשותי.³⁰⁵

1.8

עיגון של שיקולי המדיניות בחקיקה

1.1.8. מיזוג

מיזוגים, כהגדרתם בחוק ההגבלים העסקיים, הם המופע המרכזי של הגבל עסקי הצפוי להגביר את הריכוזיות בכלל ענפי המשק ובתחום התוכן העיתונאי־חדשותי בפרט. בהיעדר רגישותו של הדין הקיים למאפייניו הייחודיים של שוק התוכן העיתונאי־חדשותי, מכלול נזקיה של הריכוזיות בתחום אינו נלכד תחת הרף המחשיד שקובע הדין הקיים.³⁰⁶ לכן אנו מציעים כאן עדכונים לפרק המיזוגים בחוק ההגבלים העסקיים.

עדכון סעיף 17(א): הגדרת סוגי המיזוגים המחויבים באישור הממונה

לפי סעיף 17 לחוק, המקרים שבהם יש להגיש הודעת מיזוג ולקבל את הסכמתו של הממונה הם אלו: (1) נתח השוק של החברה הממוזגת יעלה על מחצית מכלל הייצור, המכירה, השיווק או הרכישה של נכס או שירות; (2) מחזור המכירות של החברות המתמזגות עולה על סכום של 150 מיליון שקלים חדשים; (3) אחת החברות המתמזגות היא בעל מונופולין.

Peter J. Alexander & Keith Brown, *Policymaking and Policy Trade-Offs: Broadcast Media Regulation in the United States*, in THE ECONOMIC REGULATION OF BROADCASTING MARKETS: EVOLVING TECHNOLOGY AND CHALLENGES FOR POLICY 255 (Jürgen von Hagen & Paul Seabright eds., 2007)

306 לתיאור המצב הקיים, שעל פיו שינויי בעלות של פחות מ-25% אינם נחשבים למיזוג מחשיד על פי דיני ההגבלים העסקיים הכלליים, ראו לעיל בסעיף 3.1.4.

כפי שתיארנו עד כה, תנאים אלו אינם תופסים את כלל הסכנות הנובעות מריכוזיות בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי. בחלופות (1) ו-(3) אמת המידה לריכוזיות היא נתח השוק, אולם במציאות לא קיים גוף תוכן עיתונאי-חדשותי המהווה מונופולין או אחוז בנתח שוק העולה על 50%. יתרה מזו, הראינו כיצד גם גוף תוכן עיתונאי-חדשותי בעל נתח שוק בינוני עשוי להשפיע במידה ניכרת על דעת הקהל ועל השיח הציבורי. באשר לחלופה (2), הראינו כי גם הקריטריון של מחזור מכירות יכול שלא להתאים להערכת סכנות הריכוזיות בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי, שכן גם לעיתון שתפוצתו או מחזור המכירות שלו בינוניים יש השפעה על דעת הקהל, על השיח הציבורי וגם על הבטחת איכות המוצרים של גופי תוכן עיתונאי-חדשותי אחרים. יתרה מזו, השימוש בקריטריון של מחזור מכירות איננו מתאים למודלים החדשים של הפצת תוכן עיתונאי-חדשותי באופן "חינמי", המתקיים כיום בחלק מהעיתונות המודפסת, בעיתונות המשודרת וביתר שאת בעיתונות המקוונת.

לכן אנו מציעים להוסיף לסעיף 17(א) את התת-סעיף הבא:

17(א)

[...]

(4) אחת החברות המתמזגות היא גוף תוכן עיתונאי-חדשותי [כמשמעו בסעיף ההגדרות שהצענו לעיל], אלא אם לפי בדיקה מקדימה של הממונה מידת החשיפה לאחד הגופים המתמזגים או לגוף הממוזג היא בשיעור זניח.³⁰⁷

נדגיש כי עדכון סעיף 17(א) כאמור לעיל אינו מיועד לאסור על מיזוגים בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי. הוא רק מרחיב את רשימת המקרים שבהם נדרשת

307 כדי לקבוע אם מידת החשיפה לגוף תוכן-עיתונאי חדשותי מסוים היא "אינה זניחה" אפשר להשתמש באמת מידה מוחלטת או יחסית. לפי אמת מידה מוחלטת, מידת חשיפה שאינה זניחה מתקיימת כאשר נתח השוק (זה של אחד הגופים המתמזגים או זה הצפוי לגוף הממוזג) עולה על 15% בפלטפורמה המסוימת או על 10% בבחינה חוצת פלטפורמות (לפי מדד החשיפה המשוקלל). לפי אמת מידת יחסית, מידת חשיפה שאינה זניחה מתקיימת כאשר אחד הגופים המתמזגים או הגוף הממוזג הם אחד משלושת הגופים הנחשפים ביותר באותה פלטפורמה או אחד מחמשת הגופים הנחשפים ביותר בכלל הענף, בבחינה חוצת פלטפורמות (לפי מדד החשיפה המשוקלל).

בדיקה של השפעות המיזוג על התחרות או על תוצריו של השוק, ומבטא הכרה בכך שבמיזוגים בשוק התוכן העיתונאי־חדשותי יש פוטנציאל לא מבוטל לפגיעה בתחרות או בציבור. הצעתנו כאן אינה קובעת איסורים או מגבלות אלא רק מחייבת הודעת מיזוג ומסמיכה את הממונה לבחון את המיזוג. הודעת מיזוג במקרה זה מאזנת בין הצורך לקיים הליך של בחינת תחרות בזירה הרגישה של תחום התוכן העיתונאי־חדשותי ובין שיקולי יעילות וחסכון במשאבים, באמצעות התמקדות בגופים שאכן יש להם פוטנציאל של ממש להשפיע על התחרות בשוק או על איכות המוצרים בו.

עדכון סעיף 21(א): הגדרת עילות ההתנגדות או ההתניה של מיזוג חברות הטעון אישור

בנוסחו הקיים של החוק, סעיף 21(א) מגדיר את העילות או האינטרסים הציבוריים שעל בסיסם נדרש הממונה לבחון אם לאשר את המיזוג, להתנגד לו או להתלותו בתנאים. כיום סעיף זה קובע כי הממונה יתנגד למיזוג –

[...] אם לדעתו קיים חשש סביר כי כתוצאה מן המיזוג כפי שהוצע תיפגע באופן משמעותי התחרות באותו ענף או ייפגע הציבור באחת מאלה:

- (1) רמת המחירים של נכס או של שירות;
- (2) איכות נמוכה של נכס או של שירות;
- (3) הכמות המסופקת של הנכס או היקף השירות, או סדירות האספקה ותנאיה.

לנוכח השפעותיו הייחודיות של ענף התוכן העיתונאי־חדשותי על צרכניו ועל כלל הציבור, ובשים לב לחשיבותו לתפקודה התקין של הדמוקרטיה, אנו סבורים כי הנוסח הזה אינו מגלה רגישות לכלל הפגיעות האפשריות שמעורר מיזוג המערב גוף תוכן עיתונאי־חדשותי. לכן אנו מציעים להוסיף לפרק המיזוגים סעיף שמספרו 21א וכותרתו "מיזוגים בתעשיית התוכן העיתונאי־חדשותי":

21א. (א) הממונה יתנגד למיזוג חברות אשר צד אחד או יותר לו הוא גוף תוכן עיתונאי־חדשותי, או יתלה אותו בתנאים, אם לדעתו קיים חשש סביר שכתוצאה מהמיזוג ייפגע הציבור באחת מאלה:

- א. תצומצם במידה ניכרת תפוקת העיתונות החוקרת וחופשיותה.
- ב. ייווצרו או יוגברו במידה ניכרת חסמים בפני הבעת רעיונות ודעות באמצעי התקשורת.
- ג. החשיפה למידע חדשותי ולשיח פוליטי תצומצם במידה ניכרת.
- ד. התמריץ של הצדדים המתמזגים למתן דיווחים מוטים יגדל במידה ניכרת.
- ה. תתחזק במידה ניכרת השפעת עניינם האישי של בעלי השליטה המתמזגים על דעת הקהל, על נבחרים ציבור או על בעלי תפקידים ציבוריים.
- ו. (ב) החלטת הממונה תביא בחשבון, בין היתר, את מידת החשיפה בפועל של גופי התוכן העיתונאי־חדשותי הרלוונטי, את מידת ההשפעה של בעלי השליטה בגופי התוכן על תוצריהם, ואת מידת ההשפעה של גופי התוכן על דעת הקהל, על סדר היום הפוליטי ועל תהליכי קבלת החלטות שלטוניים.

סעיף קטן (ב) מתיר לממונה שיקול דעת בעת בחינת הפגיעות האפשריות של המיזוג. בהקשר זה נדגיש נקודות אחדות. ראשית, כאשר עיצבנו את הליך הבחינה של מיזוג גופים בתחום התוכן העיתונאי־חדשותי התלבטנו אם לאמץ במלואו את המודל הבריטי, אשר מחייב גם את רגולטור התקשורת לקיים הליך בדיקה, לצד ההליך שמקיימת רשות התחרות. אנו סבורים כי בזירה הישראלית אין מקום להסדר דומה, משתי סיבות. הסיבה הראשונה היא שמרבית גופי התוכן העיתונאי־חדשותי, כגון העיתונות המודפסת והעיתונות המקוונת, אינם כפופים לרשויות הרגולציה של תחום התקשורת בישראל; ובאשר לעיתונות המשודרת, חקיקת התקשורת קובעת ממילא את סמכותה של הרשות הרלוונטית לאשר הליכי מיזוג או העברת מניות או לקבוע תנאים להם.³⁰⁸ שנית, הניסיון שהצטבר בזירה הישראלית מלמד כי שיתוף פעולה בין־רגולטורי בתחום

308 ראו למשל סעיף 36 לחוק הרשות השנייה, המעגן את תפקידה ואת סמכותה של מועצת הרשות השנייה לאשר הליך העברת מניות של מורשה לשידורים.

התקשורת נוטה להיות מסורבל ולא יעיל (כפי שהראו הטיפול בעמלות היתר בשוק הפרסום והליכי אישור המיזוג בין רשת לערוץ 10)³⁰⁹, ולכן הבעייתיות בו עולה על התועלת. עם זאת, נציין כי אין מניעה שהממונה או רשות התחרות ייוועצו ברגולטורים הרלוונטיים לצורך בדיקת המיזוג ואישורו, אם יש צורך בכך ובהתאם לסמכות ההיוועצות הכללית של רשויות המינהל.

שנית, סוג הנתונים שהסעיף מגדיר כבסיס הכרחי להחלטה – מידת החשיפה של גופי התוכן המתמזגים, טיב השפעתו של בעל השליטה על תוצריהם ומידת ההשפעה של גופי התוכן על דעת הקהל, על סדר היום הפוליטי ועל תהליכי קבלת החלטות שלטוניים – אינו סוג הנתונים שרשות התחרות נדרשת לבחון בדרך כלל. ואולם, כפי שהראינו בפרק 7, נתונים אלו הכרחיים לשם בחינת חששות היסוד שמעוררות עסקות מיזוג או החלפת בעלות בשוק התוכן העיתונאי־חדשותי, ויתר על כן, יש ביכולתן של רשויות התחרות לאסוף נתונים כאלה. החשיפה היחסית של המתחרים בשוק התוכן העיתונאי־חדשותי ניתנת למדידה ולהשוואה חוצת פלטפורמות באמצעות שיטת מדד החשיפה המשוקלל, הדומה במהותה למדידת נתח שוק, שרשות התחרות מורגלת בה. את היקף השפעתו של בעל שליטה בחברה על טיב המוצרים שהיא מספקת אפשר לקבוע לפי ניתוח מבנה האחזקות בגוף התוכן ולפי יכולתו של בעל השליטה למנות אנשים מטעמו לתפקידים עריכתיים. גם כאן, ניתוח מבנה השליטה בחברה וההבחנה בין שליטה מלאה, מהותית או משמעותית הם מיומנויות שבליבת המומחיות של רשות התחרות.³¹⁰ כוח ההשפעה היחסי של גופי התוכן ניתן אף הוא למדידה, כפי שתיארנו בפרק הקודם.

309 על בעיות שיתוף הפעולה הבינ־רגולטורי בחוסם עמלות היתר ראו תהילה שוורץ אלטשולר ונדיב מרדכי הסדרת הפיקוח על עמלות היתר בשוק הפרסום (הצעה לסדר 2, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2013). על בעיות בשיתוף הפעולה הבינ־רגולטורי בהליכי המיזוג בין רשת וערוץ 10 ראו למשל בהחלטת מועצת הכבלים והלוויין 710 בעניין בקשת מיזוג רשת ועשר (7.10.2018), שם טענה מועצת הכבלים והלוויין כי הממונה על ההגבלים העסקיים סירבה לשחרר עימה חומרים עובדתיים וחוות דעת ביחס למיזוג.

310 כפי שמראה המקרה בבריטניה, רשות התחרות יכולה לשכלל את איסוף המידע שלה באשר להשפעתו של בעל שליטה על עבודת המערכת העיתונאית באמצעות ראיונות של בעלי תפקידים (בעבר או בהווה) בגוף התוכן העיתונאי־חדשותי, אשר עשויים לספק עדות ממקור ראשון על מידת השפעתו של בעל שליטה ועל הסבירות להתערבותו. ראו לעיל ה"ש 301 והטקסט שבצידה.

**עדכון סעיף 4(ג) לתקנות ההגבלים העסקיים
(מרשם, פרסום ודיווח על עסקאות): הגבלת
האפשרות להגיש הודעת מיזוג מקוצרת**

חוק ההגבלים העסקיים קובע כי מיזוג בין חברות שמחזור המכירות המשותף שלהן עולה על 360 מיליון שקלים מחויב בהגשת הודעת מיזוג לממונה וקבלת אישורו.³¹¹ לצד חובה כללית זו, תקנות ההגבלים העסקיים מאפשרות להגיש "הודעת מיזוג מקוצרת", אם החברות עומדות בתנאים הבאים:³¹² (1) חלקן המצרפי בישראל של החברות המתמזגות, לרבות כל אדם קשור למי מהן, בשוק המוצר נושא עסקת המיזוג – אינו עולה על שלושים אחוזים; (2) אף אחת מהחברות המתמזגות, לרבות כל אדם קשור למי מהן, אינה בעל מונופולין בשוק מוצר משיק לשוק המוצר נושא עסקת המיזוג; (3) אף אחת מהחברות המתמזגות, לרבות אדם קשור למי מהן, אינה צד להסדר עם צד שלישי המתחרה בה בשוק המוצר נושא עסקת המיזוג. ככל שעסקת מיזוג עומדת בתנאים אלו, הנחת המוצא של הליך בדיקת המיזוג היא שעסקה מסוג זה אינה מעלה חשש לפגיעה משמעותית בתחרות ולכן נטל השכנוע המוטל על המבקשים הוא קל בהרבה.

כדי לבחון ברגישות הראויה מיזוגים בעלי השפעה על השיח הציבורי ולהעריך את השפעותיו המורכבות של מיזוג בענף העיתונות על הדמוקרטיה, ומאחר שהידע והניסיון הנוגעים להשפעות אלו עדיין בחיתוליהם, אנו מציעים לסייג את האפשרות להגיש הודעת מיזוג מקוצרת בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי. לפיכך אנו מציעים להוסיף תנאי רביעי לסעיף 4(ג) לתקנות ההגבלים העסקיים (מרשם, פרסום ודיווח על עסקאות), תשס"ד-2004 (תנאים להגשת הודעת מיזוג מקוצרת):

4. [...]

(ג) [...]

(4) אף אחד מהצדדים אינו גוף תוכן עיתונאי-חדשותי, כהגדרתו בחוק ההגבלים העסקיים.

311 ס' 17(2) לחוק ההגבלים העסקיים.

312 ס' 4(ג) לתקנות ההגבלים העסקיים (מרשם, פרסום ודיווח על עסקאות), תשס"ד-2004.

2.1.8. מונופולין

לנוכח תובנות המחקר שספקי תוכן עיתונאי־חדשותי עשויים לנצל את כוחם לרעה גם כאשר רמת הריכוזיות נמוכה יחסית, אנו מציעים לראות בגופי התוכן העיתונאי־חדשותי הנחשפים ביותר בישראל מונופולין, ובבעליהם – בעלי מונופולין.

הגדרה כזאת תשמש רק לצורך הוראות הליבה של פרק המונופולין בחוק ההגבלים העסקיים: איסור על סירוב בלתי סביר לספק או לרכוש את הנכס או השירות שבמונופולין, והאיסור לנצל את מעמדו בשוק באופן שעלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור (למשל, לנוקט פרקטיקה של תמחור טורפני). איננו סבורים כי יש להחיל על גופי תוכן עיתונאי־חדשותי (שאינם מונופול כהגדרתו הקיימת) את סמכות הממונה להורות על הפרדה מבנית.

כדי לזהות את גופי התוכן העיתונאי־חדשותי שרמת החשיפה שלהם גבוהה יחסית (ולכן יש להתייחס אליהם כאל מונופולין) אנו מציעים שני כלי מדידה חלופיים. הראשון מבוסס על שיטת הניתוח המסורתית של דיני ההגבלים העסקיים, הבוחנת את נתח השוק באופן תלוי מדיום. לפי שיטה זו אנו מציעים לראות באספקת עיתונות ארצית (מודפסת, משודרת או מקוונת) כמונופולין, אם שיעור האספקה עולה על 35% מכלל האספקה בשוק המוצר שהיא פועלת בו. כלי המדידה השני, והרצוי יותר לשיטתנו, הוא שיטת מדד החשיפה המשוקלל שהצגנו לעיל, הבוחנת את מידת החשיפה היחסית של כלל ספקי התוכן העיתונאי־חדשותי באופן חוצה פלטפורמות. לפי שיטה זו, יש לראות בשלושת ספקי התוכן העיתונאי־חדשותי הנחשפים ביותר, באופן חוצה פלטפורמות, מונופולין.

מבחינה מעשית, הגדרת ספקי התוכן עיתונאי־חדשותי הדומיננטיים כמונופולין יכולה להיעשות אף ללא תיקון חקיקה. בעבר (טרם תיקון 21 לחוק ההגבלים העסקיים) היה נדרש לשם כך צו מתאים של שר הכלכלה,³¹³ אולם כיום הממונה

313 עד לתיקון חוק ההגבלים העסקיים בראשית שנת 2019, סעיף 26(ג) לחוק קבע כי השר רשאי, לפי המלצת הממונה, לקבוע כי לגבי נכסים מסוימים או שירות מסוים, יראו כמונופולין גם גורם המחזיק בנתח שוק הנמוך מ־50%, אם ראה כי למי שבידו

על ההגבלים העסקיים יכול להכריז עצמאית על כל גורם דומיננטי (לרבות ספק תוכן עיתונאי-חדשותי) כמונופולין, גם אם נתח השוק שלו אינו עולה על מחצית).

לחלופין אנו מציעים לעדכן את הגדרתו של מונופולין, הקבועה בסעיף 26 לחוק ההגבלים העסקיים, ולהוסיף לה את סעיף קטן (א):

26. (א) לעניין פרק זה יראה כמונופולין גם גוף תוכן עיתונאי-חדשותי [כהגדרתו לעיל] אשר נמנה עם שלושת ספקי התוכן העיתונאי-חדשותי הנחשפים ביותר בקרב הציבור הישראלי.³¹⁴

לכאורה, לאור תיקון החוק האחרון הצעה זו איננה הכרחית. עם זאת, סברנו כי גם אם הממונה יכול להכריז על מי שמחזיק ב"כוח שוק משמעותי" כעל מונופול, ראוי שיובהר כי יש להתייחס אחרת לגוף המשתייך לשוק התוכן העיתונאי-חדשותי. לפיכך הנוסח המוצע הוא "גם גוף תוכן עיתונאי-חדשותי".

3.1.8. הסדר כובל

לנוכח הסכנות הייחודיות של זיקות ושיתופי פעולה בין גופי תוכן עיתונאי-חדשותי לבין עצמם ובינם לבין גופים עסקיים אחרים, אנו מציעים להוסיף לחוק ההגבלים העסקיים את סעיף 2א כדלהלן:

2א. מבלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף קטן (א), תיראה כהסדר כובל התחייבות אשר עלולה לצמצם את החופש העיתונאי, לצמצם את עצמאותם של עורכים בגופי תוכן עיתונאי-חדשותי או לצמצם את מגוון הקולות ונקודות המבט הזמין לציבור, גם אם הצדדים להסדר אינם גופי תוכן עיתונאי-חדשותי או בעלים שלהם.

ריכוז כאמור יש השפעה מכרעת בשוק לגבי אותם נכסים או אותם שירותים. לאחר תיקון 21 נמסרה לממונה הסמכות להכריז על "אדם המחזיק כוח שוק משמעותי ביחס לאספקת נכסים או רכישתם, או ביחס למתן שירותים או רכישתם" כי הוא בעל מונופולין.

314 על מדידת החשיפה למקורות תוכן עיתונאי-חדשותי ועל יכולתה של רשות התחרות לבצע ראו לעיל בסעיף 7.ה.

תוספת זו לפרק ההסדרים הכובלים שבחוק מיועדת להתמודד עם שלושה סוגי הסדרים שעשויים לפגוע בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי. הראשון הוא הסדר בין שני גופי תוכן עיתונאי-חדשותי (למשל, בין עיתון הארץ ובין אתר וואלה! News). הסדר כזה, היוצר זיקה עסקית בין שני "מתחרים" בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי, מחייב הליך בחינה ואישור מאחר שזיקה כזאת עלולה להניא את שני הגופים מפרסום מידע שיפגע בשותפותם העסקית, ומתוך כך היא עלולה לפגוע באיכות המוצר העיתונאי-חדשותי ובציבור בכלל. הסדר מסוג זה אינו נתפס בהגדרה הנוכחית של הגבלים עסקיים שכן הוא אינו עוסק ישירות בתמחור, בכמות או באיכות המוצרים שהצדדים להסכם מספקים. ואולם גם זיקות או שיתופי פעולה עסקיים לגיטימיים, שאינם עוסקים בתמחור או בחלוקת שוק, יוצרים בין גופי תוכן עיתונאי-חדשותי זהות אינטרסים הפוגעת בבקרת האיכות הפנימית של השוק על תוצריו.

הסוג השני של הסדרים הוא הסדר בין גוף תוכן עיתונאי-חדשותי ובין גוף מסחרי אחר, הנוגע לאופן או לטיב הסיקור שיספק הראשון. הסדר כזה מקים פגיעה באיכות המוצרים בשוק אם ההסדר מוביל את הגוף העיתונאי-חדשותי לספק סיקור מוטה או להימנע מסיקור. הצורך להכפיף הסדרים מסוג זה לבחינה ולאישור של רשות התחרות נובע מכשל שוק ייחודי בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי, המתבטא בכך שסיקור מוטה, הפוגע באיכות המוצר ויש לו החצנה שלילית על הציבור, עשוי להיות משתלם מבחינה כלכלית עבור הצדדים להסכם.

הסוג השלישי של הסדרים שהסעיף המוצע נועד להתמודד עימם הוא הסדרים בין צדדים שאינם גוף תוכן עיתונאי-חדשותי, אך יש בהם כדי לפגוע בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי או בתוצריו. המקרה המובהק של הסדר כזה הוא "חרם מפרסמים", קרי הסכם בין גופים להימנע מפרסום אצל גוף תוכן עיתונאי-חדשותי מסוים ולפגוע במקור המימון שלו אם יסקר באופן ביקורתי או שלילי את אותם מפרסמים פוטנציאליים.³¹⁵ כפי שציינו לעיל, הפסיקה הישראלית טרם הכריעה בשאלת חוקיותו של חרם מפרסמים, אולם אנו סבורים כי הסדר כזה, שיעדו הוא גוף תוכן עיתונאי-חדשותי – גם אם אינו אסור מלכתחילה הוא מחייב לכל הפחות בדיקה ואישור. הסיבה לכך היא שקיומו, ואפילו עצם

האיום בקיומו, צפויים לפגוע באופן חמור בשיווי המשקל של התחרות: אם גוף התוכן לא ייענה לדרישות המחרימים הוא צפוי לספוג פגיעה כלכלית או אף להידחק מהשוק למרות איכות המוצר שהוא מספק לציבור. כלומר, עצם קיומו של הסדר מסוג "חרם מפרסמים" משבש את פעולת השוק במקרה שהגוף המוחרם מסרב להטות את תכניו בהתאם לדרישת המחרימים (מאחר שהוא צפוי להביא לדחיקת המוחרם מהשוק, למרות איכות מוצריו); ופוגע באיכות המוצרים ובציבור בכללותו במקרה שהגוף המוחרם נכנע לדרישות המחרימים.

נדגיש כי בהצעתנו לעדכון פרק ההסכמים הכובלים אין ניסיון לקבוע איסור מוחלט על זיקות או על שיתופי פעולה בין גופים בתחום התוכן העיתונאי־חדשותי. מטרת ההצעה אינה אלא להכפיף הסדרים כאלה לבדיקה של רשות התחרות, בשים לב לפוטנציאל הפגיעה הלא מבוטל שלהם באיכות המוצרים המסופקים לציבור.

ג.8

הסתייגויות ומענה להן

הצעותינו דלעיל לפיתוח הדין והמדיניות עשויות לעורר התנגדות מכמה כיוונים. עיקר הביקורת על שימוש בדיני ההגבלים העסקיים שמטרתו להבטיח אינטרסים ציבוריים בשוק התוכן העיתונאי־חדשותי הוא שלא ראוי לקיים התערבות רגולטורית על סמך שיקולים אמורפיים הנתונים במידה רבה לשיפוט ערכי (בניגוד להכרעה מקצועית וטכנית שנעשית על ידי מומחים). קושי זה הוא אינהרנטי לרגולציה של מדיה בכלל, מכיוון שמצד אחד הרגולציה צריכה להשתמש באמות מידה ברורות, עקביות ואחידות המחייבות שימוש בכלים כמותניים, אך מהצד האחר היא מערבת היבטים ציבוריים רחבים המחייבים לעיתים הגדרות כלליות ומנגנונים גמישים.³¹⁶ מסיבות דומות עשויה להתעורר השאלה אם הממונה והרשות, האמונים על בחינת שיקולים כלכליים במובנם הצר, כשירים לשקול שאלות רחבות מנקודת מבט של האינטרס הציבורי. כך

למשל נטען כי פיקוח על ערכים דמוקרטיים אינו בתחום התמחותם של רשות התחרות או הממונה עליה, וכי "אין כל תאוריה שעל בסיסה יהיה בכוחו להפעיל את סמכותו באופן עקבי, שקוף ואפקטיבי".³¹⁷

מחקר זה מספק מענה לביקורת זו באמצעות תרגום אמת המידה של "פגיעה בציבור" בהקשרים של תוכן עיתונאי-חדשותי למונחים וטענות כלכליים, אשר יקלו על הממונה לשקול אותם ואף יעניקו לו לגיטימציה לכך. המהלך הזה משקף מגמה במחקר הכלכלי העכשווי המותחת ביקורת חריפה על השפעותיה של אסכולת שיקגו. הטענה היא שאימוץ גישה זו מגביל את תפקידן של רשויות התחרות לשיקולים צרכניים צרים כגון השפעה על מחיר, על חשבון ערכים חשובים לא פחות.³¹⁸ בראש ובראשונה, מחקרנו מציע את התובנה הכלכלית הפשוטה שניתוח התחרות של תחום התוכן העיתונאי-חדשותי חייב להכיר בכך שהתחרות היא על מוניטין והשפעה ולא דווקא על הכנסות. קריטריונים כגון מגוון או פלורליזם אכן היו בעבר אמורפיים או "ערכיים" מכדי להיכלל בניתוח התחרות של שוק התוכן העיתונאי-חדשותי, אולם כיום יש מתודולוגיות משוכללות למדידה ולהערכה של מידת המגוון בשוקי תוכן עיתונאי-חדשותי.³¹⁹

ביקורת אפשרית אחרת היא הטענה שהגברת האסדרה המבנית של תחום התוכן העיתונאי-חדשותי פוגעת בחופש העיתונות או מצמצמת אותו. אנו סבורים כי אין ממש בטענה זו, שכן בימינו ריכוז של כוח פרטי בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי מאיים על חופש הביטוי במידה שאינה נופלת מזו הטמונה באיום של שליטה מדינתית. יתרה מזו, איננו רואים הבדל בין התחולה הכללית של חוק ההגבלים העסקיים על הענף ובין הצעתנו. הטענה שחופש העיתונות מעניק חסינות לענף בכל הקשור לדיני ההגבלים העסקיים נדחתה לא אחת,

317 גושן, לשם ואזרחי, לעיל ה"ש 45, בעמ' 37.

318 William E. Kovacic, *Two Views of Exclusion: Why the European Union and the United States Diverged on Google*, PROMARKET (2018), לעיל ה"ש 196.

319 ראו לעיל בדיון בסעיף 7.ה. על מערכת ניתוח סדורה של רמת המגוון וריבוי הקולות באמצעי התקשורת, ובעיקר של מגוון במידע הרלוונטי להסתתפות פוליטית. Ofcom, *Measurement Framework for Media Plurality* (2015) ראו

בארץ ובעולם, מתוך הכרה בכך שאסדרה מבנית של תחום העיתונות חיונית דווקא לשם הבטחת חופש העיתונות וזכות הציבור לדעת.

לבסוף, יש אף להתייחס לטענה הכללית נגד אסדרה מבנית של תעשיית המידע, הגורסת כי זו מגבילה את ההתפתחות, ההתייעלות או החדשנות של גופי התוכן, ומתוך כך גם את איכותם. אנו שותפים לחשש המובע בטענה זו, אך לא למסקנתה. אכן, רגולציה מבנית של ענף התוכן העיתונאי־חדשותי שתביא בחשבון רק את שיקול הפלורליזם ותתעלם לחלוטין משיקולי יעילות כלכלית – סופה שתפגע הן ביעילות הכלכלית של הענף הן בתרומתו לדמוקרטיה. עם זאת, התעלמות מוחלטת מהשיקולים הייחודיים לענף עלולה להביא לכשל חמור בפעולתה של הדמוקרטיה. נדרשת אפוא רגולציה מבנית זהירה ומדודה שתאזן בין הצורך לאפשר יוזמה עסקית חופשית בענף ובין הצורך להבטיח ולקדם את תרומתו לדמוקרטיה.³²⁰ כנקודת מוצא מוסכם כי יש להבטיח איכותו של התוכן העיתונאי־חדשותי, ועם זאת להכיר בכך שהחסרונות מהיעדרה של אסדרה מבנית לטווח הארוך עולים על יתרונותיה.

320 הזירה הבריטית, המתוארת לעיל בפרק 6, מדגימה היטב את יישומה של גישת ביניים זו.

סיכום

במחקר זה ביקשנו לבחון כיצד אפשר להתמודד עם תהליכי ריכוזיות בענף התוכן העיתונאי־חדשותי ועם השלכותיהם על רווחת הצרכנים והאזרחים באמצעות דיני ההגבלים העסקיים.

בחלקו הראשון של המחקר הצגנו את מאפייניו הכלכליים הייחודיים של שוק התוכן העיתונאי־חדשותי, המחייבים גולציה מבנית שתביא בחשבון את הבעיות הכלכליות של מסחר במידע ואת ההצננות החיוביות והשליליות הייחודיות של תוכן עיתונאי־חדשותי. בכלל זה, אפיינו את טיב הריכוזיות בשוק התוכן העיתונאי־חדשותי בישראל ומייפנו את בעלי השליטה ואת הזיקות המבניות בין הגופים המסחריים המרכיבים את שרשרת ההפקה וההפצה בשוק זה.

לאחר שעמדנו על בעיותיה הייחודיות של ריכוזיות בשוק התוכן העיתונאי־חדשותי וניתחנו אותן, פנינו להעריך את יכולתם של המכשירים המשפטיים והרגולטוריים הקיימים לטפל בריכוזיות בתחום התקשורת ובעיותיה. בחלק זה של המחקר התמקדנו בשני הערוצים העיקריים שבהם מתקיימת אסדרה מבנית של השחקנים בשוק התוכן העיתונאי־חדשותי: כללי אסדרה פרטניים לתחום החדשות הטלוויזיוניות ודיני ההגבלים העסקיים, שהם ערוץ האסדרה היחיד של העיתונות המודפסת והמקוונת. ניתחנו את החלטות בית הדין והממונה על ההגבלים העסקיים בעניין שוק התוכן העיתונאי־חדשותי בעשורים האחרונים והצגנו את מגבלותיהם של דיני התחרות הקיימים בבואם לנתח את השפעותיה של ריכוזיות בשוק ולתת מענה מספק לפגיעותיה בצרכן ובכלל החברה.

מטרתנו במחקר זה לא הייתה רק להעריך באופן ביקורתי את המצב הקיים ואת הסכנות הנובעות ממנו, אלא גם להציע פתרונות יישומיים לבעיה. משאפיינו את הצורך ברגולציה מבנית של ענף התוכן העיתונאי־חדשותי וזיהינו את מגבלות המכשירים המשפטיים הקיימים, הצענו דרכים אחדות לשיפור פעולתם של דיני ההגבלים בזירה זו:

א. יצירת אמות מידה ייחודיות להפעלת דיני התחרות בתחום התקשורת והעיתונות

בניגוד לנעשה במרבית הדמוקרטיות המערביות, חוק ההגבלים העסקיים הישראלי אינו כולל הוראות ייחודיות לטיפול בתחום התקשורת או בספקי תוכן עיתונאי-חדשותי. מכיוון ששוקי מידע, ובפרט שוק התוכן העיתונאי-חדשותי, אינם פועלים לפי הנחות המוצא הכלכליות של שווקים "רגילים", לא יעיל לבחון את פעולתם על בסיס אותן אמות מידה המשמשות לבחינת שוק המזון או שוק הביטוח. ממצאי המחקר מלמדים שהחלת אמות המידה הכלליות של חוק ההגבלים העסקיים בבחינת פגיעתם של מיזוגים או הסדרים כובלים בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי אינה רגישה דיה להחצנות המשמעותיות של תוצרי שוק זה ואינה מביאה בחשבון שבניגוד למתרחש בשווקים אחרים, מתחרים בשוק זה מונעים לא רק מהשאיפה למקסם רווחים אלא גם מהשאיפה לצבור כוח השפעה על השיח הציבורי.

ב. זניחת הגישה המסורתית שלפיה העיתונות המודפסת, המשודרת והמקוונת אינן פועלות באותו שוק

יש לזנוח את העמדה המסורתית של דיני ההגבלים העסקיים הגורסת כי ספקי תוכן עיתונאי-חדשותי הפועלים בטכנולוגיות שונות אינם "מתחרים" משום שאינם פועלים באותו שוק. עמדה זו אינה מתאימה עוד בימינו, שכן הצרכן אדיש למדיום שבאמצעותו הוא צורך את התוכן העיתונאי-חדשותי. בבריטניה, רגולטור התקשורת ורשות התחרות אימצו בשנים האחרונות את התבונה הזאת באופן גורף, והיא ניתנת ליישום מידי גם על ידי רשות התחרות הישראלית והממונה עליה. על הרשות לקיים בחינה מהותית של הגדרת השווקים ולנתח את מידת התחליפיות בכל מקרה המובא לפנייה.

יתרה מזו, גם כאשר הליך הבדיקה של רשות התחרות מעלה שאין תחליפיות מלאה בין מוצרי תוכן עיתונאי-חדשותי, יש להוסיף ולבחון את השפעות ההדדיות בין גופי חדשות שונים, בין שהם פועלים במה שמכונה "שוק נפרד" ובין שלא. כלומר, גם אם הרשות מוצאת כי אין תחליפיות מלאה בין עיתון כתוב לערוץ חדשות משודר או לאתר חדשות מקוון, אין בכך כדי להסיר את היריבות האסטרטגית הקיימת בין ערוצים אלו, המתבטאת במאבק על סקופים, ראיונות בלעדיים, אמינות ומוניטין. יריבות עקיפה זו על יוקרה ואמון ציבורי מובילה

אותם להתייחס זה לזה, להוסיף זה על זה, לאשר או להפריך זה את דיווחיו של זה. מתוך כך נתרמים האיכות והמגוון של כלל תעשיית התוכן העיתונאי-חדשותי.

ג. הכללה של הבטחת האיכות של תוצרי השוק ביעדי התחרות בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי

כפי שהראינו, ריכוזיות באמצעי התקשורת מקילה על בעלי כוח שלטוני או כלכלי להשפיע על הדיון הציבורי ודעת הקהל או לעוות אותו לטובת האינטרסים שלהם או של מקורביהם. לכן כאשר עוסקים בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי, יש לזכור שהתחרות בו אינה רק אמצעי להבטחת מחיר ראוי אלא גם אמצעי להבטחת האיכות והמגוון של תוצרי השוק. תוכן עיתונאי-חדשותי שקרי, מוטה או חסר הוא מוצר שאיכותו נמוכה, ולנוכח ממצאי מחקרים שצרכני תוכן עיתונאי-חדשותי אינם יכולים להעריך נאמנה את אמינות הדיווח שהם צורכים, והשוק לא "מעניש" מתחרה שסיפק מוצר באיכות נחותה, הניתוח התחרותי נדרש לבחון את השפעותיהם של מיזוגים או הסדרים כובלים על איכות תוצרי השוק. אם מהימנות הדיווח החדשותי היא אמת המידה המרכזית לאיכותו, על ניתוח התחרות להכיר בכך שריבוי מתחרים, והביקורת ההדדית שספקי התוכן העיתונאי-חדשותי מפעילים זה על דיווחיו של זה, הם האמצעים האפקטיביים ביותר להבטחת איכות תוצרי שוק התוכן העיתונאי-חדשותי.

ד. הגדרת סמכותו וחובתו של הממונה לבחון את השפעותיהם של מיזוגים ושל הסדרים כובלים על מידת המגוון בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי

ריכוזיות בתחום התקשורת, ובפרט בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי, אינה מאפשרת תקשורת מהימנה המציגה את המציאות מזוויות שונות. כלומר, את פגיעתה של הריכוזיות בשוקי תוכן עיתונאי-חדשותי אין לבחון רק על פי אמת המידה של פגיעה במחיר, אלא גם, ובעיקר, על פי אמת המידה של הבטחת מגוון קולות ודעות. מאחר שריכוזיות והיעדר מגוון מספק בתחום פוגעים בצרכנים ובכלל החברה, אחד מתפקידי הליבה של דיני ההגבלים העסקיים ושל גופי הפיקוח הוא להבטיח מידה מספקת של מגוון בבעלויות על אמצעי התקשורת. מגוון בעלויות הוא חיוני לשמירה על תפקודה התקין של התקשורת בחברה דמוקרטית. יתרה מזו, כאשר מדובר בעיתונות המודפסת או

המקוונת, דיני ההגבלים העסקיים הם הגורם המפקח היחיד שביכולתו להבטיח את איכות התוכן העיתונאי-חדשותי. מאחר שחוק ההגבלים העסקיים בישראל אינו מגביל את שיקול דעתן של רשויות האכיפה לשיקולי תחרות כלכליים בלבד אלא מתייחס גם להיבט של איכות המוצר והשירות ולהיבט של טובת הציבור, על דיני ההגבלים העסקיים לבחון את פגיעותיה של הריכוזיות באיכות התוצרים ובטובת הציבור ולהבטיח את יכולתו של שוק התוכן העיתונאי-חדשותי לקיים ביקורת פנימית על מהימנות או על דיוק תוצריו.

ה. אימוץ מתודולוגיות עדכניות להערכת השפעותיהם של מיזוגים או הסדרים כובלים בתחום התוכן העיתונאי-חדשותי על רווחת הצרכן והציבור

ממצאי המחקר מלמדים על חוסר נכונות של רשות ההגבלים העסקיים ושל הממונה עליה לבחון את השפעתם של מיזוגים או הסדרים כובלים בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי על האינטרסים החברתיים הייחודיים לו, ובראשם קיומו של מגוון דעות ורעיונות ומניעת ריכוז מופרז של כוח השפעה על דעת הקהל ועל תהליכי קבלת החלטות שלטוניות. ההימנעות מבחינת שיקולים אלו מבוססת בעיקרה על התפיסה שאלו הם שיקולים אמורפיים או ערכיים מכדי להיכלל בניתוח התחרות. לפיכך מחקרנו מציע מתודולוגיות חדשניות ומשוכללות למדידה ולהערכה של מידת המגוון בשוקי התוכן העיתונאי-חדשותי, ולהערכת מידת השליטה של גורמים פרטיים על אמצעי התקשורת שברשותם ומידת ההשפעה של אמצעי תקשורת שונים על דעת הקהל. כלים אלו רלוונטיים הן לשלב הגדרת השווקים (שכן הם מאפשרים לבחון את כוחם היחסי של ספקי תוכן עיתונאי-חדשותי הפועלים בטכנולוגיות הפצה שונות) והן לשלב בחינת ההסתברות לפגיעה בציבור כתוצאה מעסקת מיזוג או הסדר כובל.

לסיכום, מחקר זה מלמד כי דיני ההגבלים העסקיים הנוהגים אינם רגישים מספיק להשפעותיה של ריכוזיות בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי. הם מתרכזים באמות המידה המסורתיות של מחיר ושל כמות, אך אינם מתייחסים להחלשת מנגנון הביקורת הפנימית בשוק, המשיאה את המגוון והאיכות של תוצריו. לפיכך יש צורך לעדכן את עקרונות האסדרה וניתוח התחרות של שוק התוכן העיתונאי-חדשותי, שכן הריכוזיות בו אינה משפיעה רק על הארנק אלא גם על האוטונומיה ועל הדמוקרטיה שלנו.



Policy Paper 138

CONCENTRATION OF OWNERSHIP IN THE NEWS CONTENT MARKET

Asaf Wiener | Tehilla Shwartz Altshuler

January 2020

Text Editors [Hebrew]: Lidar Artzi, Tamar Shaked
Series and Cover Design: Studio Tamar Bar Dayan
Typesetting: Irit Nachum
Printed by Graphos Print, Jerusalem

ISBN: 978-965-519-282-7

No portion of this book may be reproduced, copied, photographed, recorded, translated, stored in a database, broadcast, or transmitted in any form or by any means, electronic, optical, mechanical, or otherwise. Commercial use in any form of the material contained in this book without the express written permission of the publisher is strictly forbidden.

Copyright © 2020 by the Israel Democracy Institute (RA)

Printed in Israel

The Israel Democracy Institute

4 Pinsker St., P.O.B. 4702, Jerusalem 9104602

Tel: (972)-2-5300-888

Website: en.idi.org.il

To order books:

Online Book Store: en.idi.org.il/publications

E-mail: orders@idi.org.il

Tel: (972)-2-5300-800; Fax: (972)-2-5300-867

All IDI publications may be downloaded for free, in full or in part, from our website.

The views expressed in this policy paper do not necessarily reflect those of the Israel Democracy Institute.

ABSTRACT

This study deals with concentration of ownership processes in the news content market and ways of contending with them by means of antitrust laws. The term “news content market” is used here to encompass all media, i.e., print, broadcast, and digital media. We have chosen this definition because in the age of media convergence, producers of content can distribute it by a variety of technological means, and the importance of the type of medium has become secondary to the source of the news content. Moreover, when media of various kinds are under the same or related ownership, they are vulnerable to a similar array of pressures, which may affect the quality of the content that they all provide to the public, irrespective of the specific medium.

Significant structural changes have taken place in the past two decades in the news content market in Israel. Dominant players have abandoned the field, few “traditional” players have joined, there have been full or partial mergers, and joint ventures have risen and fallen. Mainstream and alternative websites have been created, as have social media platforms and instant messaging applications for distributing news content. The relative size of the market segments held by the various players has changed substantially, as have their business models.

In view of these economic and technological changes, it is necessary to examine how well suited the present legal and regulatory arrangements are to the unique character of the news content market and its importance to democracy, as well as to the economic models of the news media and consumer protection.

First we discuss the uniqueness of the news content market, which stems in part from the economic problems entailed by information commerce, from the unique positive and negative externalities of news content, and of course, from the critical role of news content in ensuring the sound functioning of a democracy.

Because the study focuses on the news content market in Israel, we then describe the characteristics of concentration of ownership processes in this field and map out the holders of controlling interests and the structural ties among the commercial entities that make up the chain of production and distribution of news content.

The main part of the study examines the legal and regulatory tools that exist to deal with concentration of media ownership, especially the division of labor between dedicated regulation of broadcast media and antitrust laws. The focus is on the limits of the current antitrust laws in trying to identify and contend with the unique problems of concentration of ownership in the news content market. To this end we analyze decisions by officials in recent years and consider solutions proposed in other countries, especially in British competition law.

The study shows that current Israeli antitrust law, unlike that in many Western countries, has no special provisions for dealing with the media or with providers of news content. The general antitrust laws, however, are not sufficiently sensitive to the unique features of concentration of ownership in the news content market. They focus on the traditional criteria of price and quantity, without addressing declines in product quality in the democratic context of the marketplace of ideas. They

also do not take into account that competitors in this marketplace are motivated not only by a desire to maximize profits but also by a desire to amass power in order to influence the public discourse.

Therefore, the study suggests ways of contending with the limitations of Israeli law and policy: alternative interpretation of existing legislation; considerations that the Israel Competition Authority can and should apply and analytical and other methods that it can use; and amendment of the Economic Competition Law to include unique rules for journalism.

We propose establishing special criteria for competition law in the news content market, first and foremost by abandoning the traditional view that the print, broadcast, and digital media do not operate in the same market. In our view, consumers today do not care which particular medium provides their news content.

The study found that the Israel Competition Authority should be empowered to examine the effects of mergers and restrictive agreements on diversity in the news content market. Diversity of ownership in this market is essential to the proper functioning of the media in a democratic society. Moreover, in the case of the print and digital media, antitrust laws are the only supervisory means of ensuring the quality of news content. Since Israeli antitrust law does not restrict the enforcement authorities to acting according to considerations of economic competition, but also authorizes them to address the quality of products and services and the common good, antitrust laws should consider the harm done by concentration of ownership to product quality and the common good and ensure that the news content market can conduct its own internal inspections of the reliability and accuracy of its products.

As we see it, the unwillingness of the Israel Competition Authority and its top officials to consider the effect of mergers or restrictive agreements in the news content market on its unique social concerns is based primarily on the claim that these concerns are too amorphous or dependent on

subjective values to be included in an analysis of competition. We therefore propose methodologies for measuring and assessing diversity in news content markets, for assessing private entities' control of the media that they own, and appraising the influence of various media on public opinion. These tools are relevant both in the market definition stage (as they make it possible to examine the relative strength of news content providers using various distribution technologies) and when considering the likelihood that a merger or restrictive agreement will cause harm to the public. In the UK, the regulator of communications and the competition authority have adopted a similar insight, and it can be applied immediately by the Israel Competition Authority, too.

"שוק התוכן העיתונאי-חדשותי" הוא מונח הכולל את העיסוק בחדשות, באקטואליה ובעניינים שעל סדר היום החברתי והפוליטי בכל אמצעי התקשורת - עיתונות מודפסת, משודרת או מקוונת. זהו שוק מיוחד בשל הבעיות הכלכליות שמאפיינות מסחר במידע ובידיעות וגם בשל התפקיד הקריטי שתוכן עיתונאי-חדשותי ממלא בהבטחת התפקוד התקין של ההליך הדמוקרטי.

בעשור החולף התרחשו שינויים מבניים משמעותיים בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי - עקב תהליכי ריכוזיות המאפיינים את שוק העיתונות בכלל ומשום השפעתה המערערת של המהפכה הדיגיטלית. בעקבות זאת השתנו גם הגודל היחסי של נתחי השוק המוחזקים בידי שחקנים שונים וגם המודל העסקי שלהם.

לנוכח שינויים כלכליים וטכנולוגיים אלו מחקר זה מתמודד עם שלוש שאלות עיקריות: האם ההסדרים המשפטיים והרגולטוריים הקיימים לטיפול בריכוזיות בשווקים

כלכליים אחרים מתאימים לאופי המיוחד של ענף התוכן העיתונאי-חדשותי?

♦ האם עדיין נכון להפריד בין הרגולציה על הטלוויזיה לבין רגולציית התחרות הכללית שחלה על אמצעי התקשורת האחרים?

♦ האם רשויות התחרות ערוכות להתמודד עם האתגרים החדשים של הגדרת ענף התוכן העיתונאי-חדשותי ועם ההערכה והמדידה של ההשפעה שיש למי ששולטים בו?

מחקר המדיניות מציע פרשנות חלופית של חקיקת התחרות הקיימת ומתווה את השיקולים שרשות התחרות מוסמכת ונדרשת לשקול בבואה לטפל בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי; מספק שיטות ניתוח ומתודולוגיות חדשות שהרשות יכולה להיעזר בהן; וממליץ על קביעת הסדרים ייחודיים לתחום התוכן העיתונאי-חדשותי בחוק התחרות.

ד"ר אסף יוניר הוא מרצה מן החוג בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל אביב. מומחה למשפט ציבורי ולאסדרה ומדיניות בתחום התקשורת והאינטרנט.

ד"ר תהילה שוורץ אלטשולר היא עמיתה בכירה במכון הישראלי לדמוקרטיה ועומדת בראש התוכנית "רפורמות במדיה" "ודמוקרטיה בעידן המידע". עמיתה מחקר בכירה במרכז פדרמן למשפט וסייבר באוניברסיטה העברית בירושלים וחברת נשיאות מועצת העיתונות. מומחית לאסדרת תקשורת ולמשק שבין טכנולוגיה, משפט ומדיניות.



0 4500001232 5
דאנאקוד 450-1232