

- בפני:** כב' השופט י' עדיאל - המשנה לאב"ד
עו"ד לורי לוי זולברג - חברה
מר איתן אביבי - חבר
- בענין:** סעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988
- ובענין:** הממונה על ההגבלים העסקיים

המבקש

- נ ג ד -

1. ידיעות אחרונות בע"מ
2. ידיעות תקשורת בע"מ

המשיבים

ה ח ל ט ה

הבקשה

1. הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן - "הממונה") מבקש, במסגרת הבקשה העקרית למתן הוראות למונופול מכח סעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1983 (להלן - "החוק"), ליתן צו ביניים המורה למשיבים (להלן "ידיעות") כדלקמן:
 - א. לא להתנות אספקת, או אופן אספקת, העיתון "ידיעות אחרונות" לנקודת מכירה כלשהי בהתחייבות אותה נקודה לרכוש עיתונים מקבוצת "ידיעות אחרונות" בלבד.
 - ב. לא להתנות את אספקת, או אופן אספקת, העיתון "ידיעות אחרונות" לנקודת מכירה כלשהי בתנאי הקשור, במישרין או בעקיפין, לאופן מכירת העיתון "מעריב" באותה נקודת מכירה.
 - ג. לא להעניק לנקודת מכירה, או לקבוצת נקודות מכירה, עמלות מוגדלות בגין מכירת העיתון "ידיעות אחרונות" אם הגידול בעמלה מותנה בביטול זכות ההחזרה של עיתוני "ידיעות אחרונות" שלא נמכרו או בגידול בכמות עיתוני "ידיעות אחרונות" הנמכרת באותה נקודה.
2. כרקע לבקשה יש לציין כי "ידיעות" הוכרז על ידי הממונה כמונופול בתחום העיתונות היומית העברית. המונופולין של "ידיעות" מתבטא בכך שכ- 40% מהציבור קוראים ביום ו'.

רק את "ידיעות אחרונות". ביום חול קוראים עיתון זה בלבד כ- 33.5% מהציבור. לעומת זאת, העיתון "מעריב", שהוא לטענת הממונה הנפגע העיקרי משיטת שיווק זו, מצליח למכור את עיתונו בלעדית רק ל- 9% מהציבור בימי ו', ול- 8% מהציבור בימי חול (על-פי סקר איגוד המפרסמים).

תפוצתו של "ידיעות אחרונות" גדולה, על פי עדותו של מר יעקובי, המצהיר מטעם "ידיעות", פי 3 מזו של "מעריב", ועל פי עדותו של מר קן, המצהיר מטעם הממונה (שהוא גם עובד של "מעריב"), היחס בין תפוצת שני העיתונים עומד על שלוש ("מעריב") לשבע "ידיעות אחרונות".

3. על פי הסכמת הצדדים ניתן הצו המבוקש (בשינויים מסוימים) לגבי שני הסעיפים הראשונים לבקשה, המחלקות שנתרה מתייחסת לסעיף השלישי, שעניינו בהגדלת העמלה המוענקת על ידי "ידיעות" לקמעונאים, תוך התנאות קבלתה בביטול זכות החזרה (או הגדלת הכמות המבוקשת). שיטת שיווק זו תכונה בהמשך (על ההסבר ראה להלן) כ"הנחת נאמנות". ראינו להזכיר, על אף ההסכמה אליה הגיעו הצדדים, את צו הביניים שניתן לגבי שני הסעיפים הראשונים לבקשה, כדי להדגיש שבעקרון, עשוי להיווצר מצב שבו אין הבדל מהותי אמיתי בין התנהגות המונופול שכבר נאסרה (על פי צו הביניים שניתן בהסכמה), לבין זו העומדת עתה לדיון לשון אחר, הנהגת שיטת שיווק הכרוכה במתן תמריצים להעדפת מכירת מוצר א' ("ידיעות אחרונות") על פני מוצר ב' ("מעריב"), עלולה, בתנאים מסוימים, לגרור אחריה תוצאות דומות לאלה הנובעות מהתנאה מפורשת האוסרת על הקמעונאי להפיץ את "מעריב". פעמים, שיטת התמריצים עלולה להתגלות אף כיעילה יותר מזו המבוססת על הסכמה חוזית בדבר החרמתו של המתחרה.

אם אכן כזה הוא המצב שבפנינו, כי אז, דומה, שאין מנוס מן המסקנה שהתנהגות המונופולין נשוא הבקשה הינה, לכאורה, בגדר תחרות בלתי הוגנת בעסקים, שיש לאסור עליה, כשם שנאסרה ההתנהגות נשוא שני הסעיפים הראשונים לבקשה.

התשתית הנורמטיבית

4. הבקשה הוגשה מכח סעיף 30 לחוק הקובע:

"ראה בית הדין, על פי פניה של הממונה או של ארגון צרכנים כי כתוצאה מקיומו של מונופולין נפגע הציבור באחת מאלה:

- (1) רמת המחירים של נכס או של שירות;
 - (2) איכות נמוכה של נכס או של שירות;
 - (3)
 - (4) קיום תחרות בלתי הוגנת בעסקים בין בעל המונופולין לבין אחרים;
- ראשי הוא לתת לבעל המונופולין הוראות בדבר הצעדים שעליו לנקוט כדי למנוע את הפגיעה.

לטענת הממונה, שיטת שיווק זו של מתן הנחות נאמנות כמתואר לעיל, הינה שיטת תחרות בלתי הוגנת ועל כן יש למנוע בעד "ידיעות" מלנקוט בה.

בטרם נכנס לדיון לגופה של הסוגיה מן הראוי להתייחס לתשתית הנורמטיבית שבסוד הדיון.

ראשית, יש לציין כי בניגוד להסדר כובל האסור על פי דין כל עוד לא אושר על ידי בית הדין (או הממונה) להגבלים עסקיים, דינו של המונופולין שונה. החוק אינו אוסר א-פריורי על פעילותו של המונופולין.

כפי שנקבע בנושא זה בעניין "דובק" (תיק מונופול 1/93 הממונה נגד דובק ואח' טרם פורסם): "מונופול כשלעצמו אינו אסור בדין. כעקרון, גם לחברה שיש לה מונופול זכות לנהל את ענייניה כהבנתה שלה. זכות זו מעוגנת היום בחוק יסוד: חופש העיסוק..."

משמע פעילותו של המונופולין מותרת, כל עוד לא הוגבלה על ידי בית הדין.

שנית, הגבלת פעילותו של המונופולין אפשרית רק כאשר היא גורמת לפגיעה בציבור בהתקיים אחד התנאים הקבועים בחוק. התנאי הרלבנטי לבקשה זו, הוא זה שעניינו בתחרות בלתי הוגנת בעסקים בין בעל המונופולין לבין אחרים" כקבוע בסעיף 30(4) לחוק.

שלישית, לאור חוק היסוד האמור, אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

בעקרון, כפי שנקבע בפרשת "דובק", הגבלת חופש העיסוק של בעל המונופולין כדי למנוע פגיעה בתחרות או בצרכנים, הינה לתכלית ראויה. יחד עם זאת, כפי שציין בית הדין באותו ענין כאשר נשקלת השאלה של מתן הוראות יש ליתן את הדעת על כך שההוראות כאמור בסעיף זה, שמעצם טיבן פוגעות בזכותו של בעל המונופולין לנהל את ענייניו כהבנתו, תינתנה במידה "שאינה עולה על הנדרש" כלשון סעיף 4 לחוק יסוד חופש העיסוק"

5. המבחן המשמש לבחינת התנהגותו והגינותו של בעל המונופולין בתחרות בעסקים, הינו מבחן אובייקטיבי של הסתברות לפגיעה ממשית: "לאמר שיש מקום ליתן הוראות למונופולין כדי למנוע פגיעה עתידית כאשר קיימת אפשרות סבירה לפגיעה ממשית בערכים שעליהם מגן סעיף 30 לחוק..."

("דובק", שם, בעקבות בג"צ 1452/93 איגלו, נ' שר המסחר והתעשייה פ"ד מ"ז (5) 610). אשר לטיבה של התחרות הבלתי הוגנת בעסקים, כפי שצויין בית הדין באותו ענין, נהוג "לחלק את הסכנות העולות לנבוע מהתנהגות המונופולין לשתי קטגוריות החופפות לעיתים: ניצול (exploitation) - שימוש לרעה במעמד הדומיננטי בשוק לעשיית ריווחים על חשבון חוליות אחרות ב- שרשרת השחקנים בשוק, ובעיקר על חשבון הצרכן, והתנהגות בלתי תחרותית (anti-competitiveness) - עשיית פעולות הדוחקות גלי מתחרים אחרים, קיימים או פוטנציאליים מהשוק" (דובק, שם, 52).

בחינת התנהגותו של בעל המונופולין צריך שתיעשה בזיקה לכלל שעל המונופול חלים כללי התנהגות מיוחדים, כללים שאינם חלים על שחקן רגיל בשוק. צעד עסקי שמבצע מונופולין יבחן ביתר חשדנות, בשל האיום שהוא עלול להוות לתחרות החופשית הנובע ממעמדו כמונופולין". על המונופול מוטלת איפוא אחריות מיוחדת, אחריות המתבטאת בכך "כי מעשים דומים הנעשים על ידי גורמים לאו מונופוליסטיים, שמעמדם בשוק אינו דומיננטי, עשויים שלא להחשב בלתי לגיטימיים" (דובק, שם, בעמ' 52, 53).

שיטת השיווק נשוא הדיון תבחן איפוא על הרקע הנורמטיבי דלעיל.

תיאור השיטה

6. העיתונים "ידיעות אחרונות" ו- "מעריב" נמכרים לציבור בעיקר באמצעות קמעונאיים. הקמעונאי מקבל מדי יום את כמות העיתונים המוזמנת על ידו. הוא מקבל עמלה של 14.5% על כל עיתון שהוא מוכר, ואת העיתונים שלא נמכרו הוא מחזיר. הקמעונאי אינו מחוייב בגין הכמות המוחזרת, אלא בגין העיתונים שנמכרו בלבד.

שיעור ההחזרות הממוצע של עיתוני "מעריב" עומד על 20%. "ידיעות" ביקש שלא לגלות את שיעור ההחזרות הממוצע של עיתונו בשל טעמים שבסודיות מסחרית, אך לצורך הענין אין חשיבות לשיעור ההחזרות המדוייק של "ידיעות" עד כאן - לגבי שיטת ההפצה הרגילה.

על פי השיטה נשוא הבקשה, נוקט "ידיעות" לפעמים במבצעים בהם הוא מגדיל את העמלה הניתנה לקמעונאים, פעמים עד ל- 50% ממחיר העיתון. ואולם, הנחה זו מותנית בויתור על זכות ההחזרה. משמע, על - פי שיטה זו אמנם אין הקמעונאי מנוע מלהחזיר את העיתונים הלא מכורים, אך אם לא יגדיל את כמות העיתונים הנרכשים על ידו, הוא יפסיד את העמלה המוגדלת.

הנחת הנאמנות

7. לטענת הממונה, שעליה למעשה לא חלק גם ב"כ "ידיעות", שיטת שיווק זו וההטבות או ההנחות הניתנות במסגרתה לקמעונאים, נמנית על סוג ההנחות הידוע כ"הנחת נאמנות", או בלעז: (loyalty (fidelity) rebate).

סוג זה של הנחות הוגדר על ידי: butterworths: Competition Law Vol. 2 at para 645 [1996] כדלקמן:

"loyalty rebates are financial inducements given to purchasers who obtain a certain proportion of their requirements from the relevant supplier".

קימות צורות שונות של הנחות נאמנות. הנחת נאמנות יכולה להינתן, כתמריץ המותנה בכך שהלקוח ירכוש את מלוא הכמות שהוא זקוק לה מבעל המונופולין, ולא מאף מתחרה אחר. סוג זה של הנחות נאמנות, נאסר, כאמור, על פי צו הביניים בהסכמת הצדדים.

סוג אחר של הנחת נאמנות היא הנחה הניתנת עבור רכישת שיעור מסוים מרכישותיו של הלקוח אצל בעל המונופולין.

הנחת נאמנות אחרת היא ההנחה הידועה כ- Target Discounts הנחה זו כפי שמציין Butterworths בו התנתה היצרנית מישלן מתן טובות הנאה או הנחות ללקוחותיה, בהשגת יעדי רכישה מסוימים. הנחה נתנה ללקוח מראש, תוך התנאותה בכך זה ירכוש במהלך השנה שלאחר מכן כמות מסוימת של סחורה. כפי שנקבע באותו עניין, הנחה זו אמנם לא מנעה מהלקוחות להתקשר עם יצרן אחר, אך היא הציבה בפניהם פיתוי כה גדול לעמוד בהיקף הרכישות הנדרש, עד כי היה בה משום תחרות בלתי הוגנת.

8. מכאן עולה, כי הנחת הנאמנות היא לא רק הנחה המותנית בקיומו של תנאי חוזי מפורש המונע מהלקוח מלהתקשר עם אחרים, אלא גם הנחה היוצרת תנאים המביאים לתוצאה זהה בשל הפיתוי הכלכלי הכרוך בהם.

המאפיין סוג זה של הנחות נאמנות הוא, שהעילה למתן ההנחה אין מקורה בכמות הסחורה הנרכשת על ידי הלקוח, אלא ב"נאמנותו" לבעל המונופולין. נאמנות זו נקבעת בהתאם לנכונותו לעמוד במטרות העסקיות המוצבות על ידי המונופול, בד"כ הגדלת הכמות הנרכשת.

האבחנה בין הנחת נאמנות לבין הנחת כמות ממחישה את אופיה הבלתי הוגן של הנחת הנאמנות, כאשר היא ניתנת על ידי בעל המונופולין.

כפי שמציין בענין זה Butterworths :

"The rebate is a reward for loyalty and is not, like a quantity rebate, related to the actual volume which is purchased" (Ibid At para 645).

הנחת כמות ניתנת על ידי המונופול לכל מי שרוכש אצלו סחורה בהתאם להיקף הרכישות. על פי שיטה זו, קמעונאי שירכוש, למשל 10 גיליונות "ידיעות אחרונות" יוכל לקבל הנחה של 10% בגין כל גיליון הנרכש על ידו. אם יגדיל הקמעונאי את הכמות הנרכשת, למשל, ב- 2 עיתונים נוספים, הוא יקבל הנחה של 10% עבור כל עיתון נוסף שירכוש. ההנחה יכולה להיות אף הנחה פרוגרסיבית, דהיינו, הנחה הגדלה עם הגדלת הכמות הנרכשת.

בשיטה זו אין גם "מעריב" מנוע מלהתחרות, שכן גם הוא יכול ליתן הנחה בשיעור זהה. נכון אמנם שההנחה הכוללת המצטברת בידי הקמעונאי ממכירת עיתוני "ידיעות אחרונות" גדולה מזו המתקבלת אצל הקמעונאי ממכירת עיתוני "מעריב" זאת בשל חלקו הגדול יותר של ידיעות בשוק. אולם, יתרון זה אינו מקטין את התמריץ של הקמעונאי למכור את העיתון "מעריב", ואין בו משום פיתוי (לקמעונאי) להעדיף את מכירת "ידיעות אחרונות" על פני מכירת "מעריב" השיקול הקובע לענין זה, מבחינתו של הקמעונאי הוא השיקול של הריווח השולי שיצמח לו ממכירת כל עיתון נוסף. מבחינה זו, אין לקמעונאי סיבה להעדיף את מכירת "ידיעות אחרונות" על פני מכירת "מעריב" שכן הריווח השולי הצומח לו ממכירת כל אחד משני העיתונים הינו שווה (אם ישווה מעריב את הנחת הכמות הניתנת על ידי "ידיעות").

9. בהנחת נאמנות כגון זו שבפנינו המצב שונה. בהנחת זו העילה למתן ההנחה אינה הכמות הכוללת הנרכשת על ידי הקמעונאי, אלא הכמות הנוספת הנרכשת על ידו (בשוליים). בעל המונופולין מבקש על פי שיטה זו לתמרץ את הקמעונאי להגדיל את הכמות הנמכרת והוא עושה כן על ידי מתן תמריץ המותנה בהגדלת הכמות. אולם היקפו של התמריץ, אינו נקבע בהתאם לכמות הנוספת הנרכשת, אלא בהתאם לכמות הכוללת, לרבות זו שנרכשה באופן "טבעי" עוד קודם למתן ההנחה. במקרה שבפנינו יקבל הקמעונאי, אם יעמוד במטרה העסקית שנקבעה לו על ידי בעל המונופולין, היינו, לא יחזיר את עודף העיתונים שהוזמנו ולא נמכרו על ידו, או, אף יגדיל את היקף הרכישות, הנחה שתחושב על פי ההיקף הכולל של רכישותיו. אם, בדוגמה שהובאה לעיל, מוכר הקמעונאי בד"כ 10 עיתוני "ידיעות אחרונות" מתוך 12 עיתוני "ידיעות אחרונות" שהוא מזמין ו- 4 עיתוני "מעריב" הרי שהעמלה שיקבל מ"ידיעות" עבור הרכישה (או אי החזרה) של שני העיתונים הנוספים, תעמוד על 1 ש"ח לכל עיתון, והיא תסתכם (לא כולל הכמות הנוספת) ב- 10 ש"ח. כדי להתחרות בתמריץ זה, יהא גם על "מעריב" לתת לקמעונאי תמריץ זהה של 10 ש"ח, אך לשם כך הוא צריך, למעשה, למסור לאותו קמעונאי את כל עיתוניו ללא תמורה.

אי ההגינות שבשיטה, מקורה בכך שבעל המונופולין מנצל את גודלו, או את המונופול שבידו כדי לקנות יתרון על מתחריו שאינם מסוגלים לעמוד בהתמודדות כזו.

מעבר לכך, הגדלת המכירות בדרך זו, אינה מושגת תוך תחרות על טעמו וכיסו של הצרכן, אין בה גם כדי לשפר את איכותו של המוצר או להפחית את מחירו, ובכך להגביר את האטרקטיביות שברכישתו לצרכן. הגדלת המכירות מושגת בדרך זו אך ורק עקב חלוקת הטבות בתוך מערך ההפצה באמצעות "קניית" הקמעונאי על ידי הגדלת עמלותיו, מה שאינו תורם מאומה לרווחת הצרכנים.

10. על רקע זה נקבע בדיני הקהילה האירופית כי מתן הנחת נאמנות על ידי מי שיש לו מעמד דומיננטי בשוק, יש בו משום תחרות בלתי הוגנת והוא אסור על פי סעיף 86 לאמנת רומא. הנחת הנאמנות, כך נקבע בפסיקה הקהילה האירופית, פוגעת בתחרות, הן במובן זה שהיא שומר, מנציחה, ואולי אף מגבירה את הכח המונופולסטי, והן בכך שהיא דוחקת רגלי מתחרים אחרים, כאשר היא ננקטת על ידי מי שהוא בעל מעמד דומיננטי בשוק.

כך מציינים Van bael & Bellis בספרם :

Competition Law of the European Community (3rd, ed, 1994):

“Where the dominant firm grants fidelity rebates it may be difficult for smaller competitors to gain some business at the expense of the dominant firm. The rebates that smaller competitors would have to grant to the clients of the dominant undertaking to make it sufficiently attractive for them to forgo the fidelity rebate would be out of proportion to the rebate granted by the dominant undertaking”
(p584)

ראה בעניין זה גם :

Hoffmann La roche v Commission of the European Communities, ECR (1979)
p. 461.
BPB Industries plc and British Gypsum Limited V E.C. Commission (1993) 5
C.M.L.R 32.

יש לציין בהקשר זה כי סעיף 86 לאמנת רומא אומץ בדין המקומי בסעיף 29א', שהוסף לאחרונה לחוק ההגבלים העסקיים, האוסר על בעל מונופולין לנצל את מעמדו לרעה. (ראה דברי ההסבר להצעת החוק ה"ח 14.11.95 עמ' 129).

תוצאותיה של שיטת הגדלת העמלות תוך ביטול זכות החזרה

11. לטענת הממונה מביאה שיטת שיווק זו לכך שמצב דברים זה "האינטרס הראשון של הקמעונאי הוא להיפטר מכל גליונות "ידיעות" שקיבל כך שלא יישאר בסוף היום עם גליונות "ידיעות" לא מכורים. אינטרס זה הוא ברור: כאשר נשללת מהקמעונאי הזכות להחזרת הוא מחויב בגין כל כמות גליונות "ידיעות" שקיבל (בניגוד למצב הרגיל בו הוא מחויב רק בגין גליונות שנמכרו בפועל), לכן כל גליון ידיעות שלא יימכר יהיה על חשבוננו.

במצב דברים זה, כל עוד הקמעונאי לא יסיים למכור את כל גיליונות "ידיעות" שקיבל, על כל מכירה של גיליון "מעריב" לא זו בלבד שלא ירוויח, הוא יפסיד כסף. הקמעונאי אמנם ירוויח את העמלה ש"מעריב" מעניק לו בגין מכירת מעריב, אבל הוא יידרש לשלם ל"ידיעות" בגין כל צרכן שהעדיף לרכוש את "מעריב" ולא את "ידיעות".

שיטת לרכוש את "מעריב" ולא את "ידיעות".

שיטת תגמול זו, מוסיף הממונה וטוען בבקשתו: "גורמת לקמעונאי להקטין את הרכישות של "מעריב" ולהסתיר את "מעריב" עד לסיום מכירת כל גיליונות "ידיעות"... חוסר הגינותה של השיטה, אליבא הממונה, נובע מכך שלמעריב אין למעשה אפשרות כלכלית למנוע מהקמעונאי לקדם את מכירת "ידיעות" על חשבון "מעריב". "מעריב" אינו יכול להשוות את ההטבות הפיננסיות אשר "ידיעות" מעניק לקמעונאי הואיל וההטבות גורמות לתוצאות שפורטו קודם רק בשל מעמדו הדומיננטי. לשון אחר, כל ניסיון של "מעריב" להשוות את הטבות שמעניק "ידיעות" נדון מלכתחילה לכשלוך".

עקרונית, טיעונו של הממונה מקובל עלינו. עם זאת, נבקש להבהיר מספר נקודות.

ההנחה שביסוד הדיון הינה שהקמעונאי פועל בצורה כלכלית סבירה, היינו, מטרתו היא להביא את רווחיו למקסימום. לאור כך, גם לאחר שעשה את העיסקה שעשה עם "ידיעות", היינו התחייב בגין רכישת כל העיתונים שהזמין בלא זכות החזרה, אין פירוש הדבר כי מקסום רווחיו מחייבו, בכל מקרה, למכור רק גיליונות של "ידיעות אחרונות".

לאחר שרכש את כל הכמות המוזמנת של עיתוני "ידיעות אחרונות", ירוויח הקמעונאי מכל גיליון "ידיעות" שימכור את מלוא מחירו לצרכן. ניטול דוגמה שבה, הכמות המוזמנת היא 12 גיליונות הכמות הנמכרת הרגילה עומדת על 10 גיליונות, הכמות המוחזרת הרגילה עומדת על 2 גיליונות, ומחיר העיתון לצרכן הינו 2 שקלים. במצב של 50% עמלה ללא החזרות, השקיע הקמעונאי שקל אחד בכל גיליון "ידיעות" שהזמין. עתה, לאחר שהזמין את כמות העיתונים שהזמין וחויב בגינה, הריווח שלו עבור כל עיתון "ידיעות" שימכור יעמוד על 2 שקלים (מלוא מחיר העיתון). אם יעניק "מעריב" לקמעונאי עמלה בשיעור זהה של 2 שקלים עבור כל גיליון "מעריב" יצליח "מעריב" להשוות את התמריץ המוענק לקמעונאי על ידי "ידיעות". במצב דברים זה יהיה הקמעונאי אדיש בין מכירת גיליון נוסף של "ידיעות" לבין מכירת גיליון נוסף של "מעריב", שכן, מכירה של כל אחד משני העיתונים תכניס לו רווח שולי זהה.

משמע, קיימת ל"מעריב" לפחות תשובה אחת למבצע הנחת הנאמנות, אולם, תשובה זו אינה תשובה כלכלית, שכן היא מחייבת את "מעריב" להפיץ את העיתון ללא תמורה באותן נקודות מכירה בהן מקיים "ידיעות" את מבצעו.

במקרה כזה, מתקיים אותו מצב שהזכירו Van bael & Bellis בספרם שזכר לעיל שבו:

“...the rebates that smaller competitors would have to grant to the clients of the dominant undertaking to make it sufficiently attractive for them to forgo the fidelity rebate would be out of proportion to the rebate granted by the dominant undertaking.

(ההדגשה לא במקור)

12. על רקע זה קיימת חשיבות רבה לנסיבות בהן נוקט "ידיעות" בטאקטיקה זו. אם "ידיעות" הוא היוזם של מבצעי הנחת הנאמנות, ואם תוצאתם של מבצעים אלה היא חיובו של "מעריב" לשווק את עיתוניו בחינם, או להשלים עם נגיסת "ידיעות" בתפוצתו, הרי שלכאורה, נראה כי מדובר בתחרות בלתי הוגנת, אותה יש להפסיק.

אולם, לטענתו של "ידיעות" היא כי, ככלל, אין הוא נוקט בשיטת שיווק זו אלא כתשובה למבצעי ההפצה של "מעריב" בחינם. כלשונו של מר יעקובי, המצהיר מטעם "ידיעות": "במרבית המקרים אשר היוו את הבסיס לבקשת הממונה, "ידיעות" היא שפעלה בתגובה לפעולות שיווקיות של "מעריב"... הפעולות השיווקיות שכנגדן נזעק "מעריב" אינן חלק מאסטרטגית שיווק כוללת אשר משתרעת על פני כל השנה ובכל שטח המדינה ... (אלא) בוצעו כתגובה מקומית ומוגבלת בזמן לפעולות שיווקיות שננקטו על ידי "מעריב" ... "הפעילות השיווקית העיקרית של "מעריב" היא חלוקת עיתונים בחינם". מכאן, שמבחינה מעשית, עיקר הבעיה נעוץ בזכות התגובה של "ידיעות" למבצעי הפצת עיתון "מעריב" בחינם.

לאור כך, השאלה הנשאלת הינה האם נקיטת טאקטיקה שיווקית זו, מתן הנחת נאמנות כמבצעי הגנה נגד שיטת השיווק של העיתון המתחרה באותם מקרים, באותן נקודות מכירה ובאותם הזמנים בהם הוא מפיץ את עיתונו בחינם יש בה משום תחרות בלתי הוגנת הפוגעת בציבור.

כפי שראינו, במצב דברים זה, אם ישיב "ידיעות" למבצע החינם של "מעריב" בהגדלת העמלות תוך ביטול זכות החזרה, יהיה הקמעונאי אדיש בין מכירת גיליונות "מעריב" לבין מכירת גיליונות נוספים של "ידיעות אחרונות" שכן, מכירת כל אחד משני העיתונים תכניס לו רווח שולי זהה, ועל כן לא אמור להיות לו, לכאורה, אינטרס להעדיף מכירת עיתון נוסף אחד על פני משנהו.

מכאן, ששיטה זו, כאשר היא ננקטת כפעולת הגנה של "ידיעות" נגד מבצעי חינם של "מעריב", מטרתה ותוצאתה מוגבלת להשוואת הפיתוי הכלכלי העומד בפני הקמעונאי בהפצת "ידיעות", לזה של מעריב, ובכך היא מחזירה את הגלגל לאחור ומעמידה את שני העיתונים במצב הדברים ההתחלתי בו נמכרו שניהם עם זכות החזרה ועמלה זהה.

בכך לא אמרנו שהמונופול אינו מנצל גם במצב זה את יתרון הגודל שלו. עובדה היא, כי המונופול מנטרל במקרה זה את הפעולה השיווקית של המתחרה במחצית העלות, והוא יכול לעשות כן רק בשל גודלו וחלקו הדומיננטי בשוק.

13. שאלה אחרת היא האם השימוש הנעשה בכוח המונופוליסטי במקרה כזה, שימוש המוגבל לאיזון התמריצים ולמניעת התערבותו של הקמעונאי בטעמי הצרכנים משיקולים אופורטיוניסטיים, יש בו משום תחרות בלתי הוגנת תוך ניצול בלתי הוגן של כוחו של בעל המונופולין.

אין בדעתנו לנקוט עמדה בשאלות אלה בשלב זה של הבקשה לסעד זמני. עם זאת, לאור הנפקות המוגבלות של השימוש בשיטת ההנחות במקרים אלה, ולאור העובדה כי אין בה לכאורה כדי לפגוע בציבור, אנו סבורים שאין להיעתר לבקשה, ככל שהיא מתייחסת לנקיטת

שית השיווק הנדונה כתגובה למבצעי החינם של "מעריב" באותן נקודות מכירה ובאותם הזמנים בהם מתנחלים אותם מבצעים.

הממונה והמצהיר מטעמו, מר קן, טענו כי אפילו במצב דברים זה, יעדיף הקמעונאי להזמין יותר עיתונים של "ידיעות" ולהקטין את כמות העיתונים המוזמנת מ"מעריב". אולם, לא שוכנענו, בשלב זה, כי היקפה של תופעה זו, הנוגדת כל הגיון כלכלי, מצדיק את הפגיעה בזכות התגובה של "ידיעות", אפילו מקום בו מנהיג המתחרה מבצעי חלוקה בחינם, ולגבי אותן נקודות ואותם הזמנים בה מתקיימים מבצעי החינם של "מעריב" הרחבת כזו של הצו, יש בה לדעתנו משום פגיעה בחופש העיסוק של "ידיעות" מעבר לנדרש, ובשלב זה, לא שוכנענו כי היא אכן מוצדקת.

למותר לציין כי מסקנה זו יפה לשלב זה, ולצורך הדיון בבקשה זו בלבד.

14. ניתן היה כמובן להקשות, כפי שמקשה ב"כ הממונה, מדוע לא ינקוט "ידיעות" באותה טאקטיקה שיווקית של "מעריב", היינו, מדוע לא יפיץ גם הוא את עיתונו בחינם. על כך ניתנו על ידי ב"כ ידיעות שתי תשובות, ששתיהן מניחות בשלב זה את דעתנו: התשובה הראשונה היא שאין עילה להגביל את תגובת "ידיעות" דווקא לשיטת השיווק של "מעריב", כל עוד אין בתגובתו משום תחרות בלתי הוגנת.

התשובה השניה היא כי במצב דברים זה, נקיטת טאקטיקה שיווקית זהה של הפצת העיתון בחינם, כפי שעושה "מעריב", תגרום ל"ידיעות" הפסדים כבדים, הרבה מעבר לאלה הנגרמים ל"מעריב", שכן על "ידיעות" יהיה, במקרה כזה, להפיץ ללא תמורה את כל כמות העיתונים שהוא מוכר בד"כ, כמות הגדולה בהרבה מזו הנמכרת על ידי "מעריב".

בנסיבות אלה, מקובלת עלינו הטענה כי המונופול רשאי לאמץ לעצמו טאקטיקה שיווקית כזו, שמחד, תיתן מענה הולם למתקפת המתחרה, בלא שיהא בה משום תחרות בלתי הוגנת (בהנחה דלעיל, כי אכן כזה הוא המצב) ומאידך, לא תהא כרוכה מבחינתו בחסרונות הנובעים מגודלו, שבהן יש יתרון דווקא למתחרה הקטן.

15. נותרה השאלה האם יש מקום למנוע בעד "ידיעות" מלנקוט בשיטה זו, גם שלא כתגובה ישירה כמבצעי החינם של "מעריב". כאשר אנו מדברים על תגובה בלתי ישירה, כוונתנו גם למקום בו התגובה נעשית שלא בנקודות המכירה בהן מקיים "מעריב" את מבצעו, או שלא בזמן המבצע של "מעריב".

ואמנם, כפי שהודה מר יעקובי, התגובה של "ידיעות" אינה מתבצעת בהכרח באותם מקומות בהם מקיים "מעריב" את מבצעו. כלשונו: התשובה היא שאנחנו יוזמים בהתאם למשחק שחמט בינו לבין "מעריב" כך שהתגובה אם "מעריב" עושה מבצע בחדרה, אני לא בהכרח מגיב בחדרה, יוזם מבצע בנתניה על מנת להכאיב לו אפוא שכואב לו שהוא מכאיב לי באזור שכואב לי.

16. טענתו העיקרית של "ידיעות" לעניין זה הינה כי האפשרות של הפצה בחינם אינה התשובה היחידה העומדת לרשות "מעריב", שכן אין כל מניעה ש"מעריב" יגיב, באותה שיטה ממש, היינו, יציע אף הוא לקמעונאי להגדיל את עמלותיו תוך ויתור על זכות החזרה (עם או בלי הגדלת הכמות המוזמנת או הנמכרת).

לשם הוכחת טיעונו הגיש "ידיעות" במסגרת סיכומיו תחשיבים כלכליים בהם ניסה להוכיח כי מבחינתו של הקמעונאי קיימת כדאיות כלכלית בהפצת "מעריב" באותה שיטה של הנחת הנאמנות גם מקום ש"ידיעות" כבר נוקט בשיטה כזו. אם ינקוט "מעריב" באותה שיטה, טוען ידיעות, שוב לא תהא לקמעונאי סיבה להעדיף למכור דווקא את "ידיעות" שכן לאחר ששילם מראש גם עבור גיליונות "מעריב", יהא הריווח הטמון מבחינתו במכירת גיליון נוסף לש "ידיעות" זהה לריווח שיצמח לו ממכירת גיליון נוסף של "מעריב". לעניין זה יש לבחון את התנהגותו של הקמעונאי בשתי נקודות זמן:

הנקודה האחת היא הנקודה בה כבר ביצע הקמעונאי את שתי העסקות, היינו, הוא פועל על פי שיטת העמלות המוגדלות עם שני העיתונים והא כבר מחויב ברכישת מלוא הכמות המוזמנת של שני העיתונים יחד.

בנקודת זמן זו, מקובלת עלינו טענת "ידיעות" כי לא יהא לקמעונאי תמריץ להעדיף מכירת עיתון אחד על פני משנהו, שכן הרווח השולי המושג על ידו ממכירת כל אחד משני העיתונים זהה (מלוא המחיר).

ואולם, השאלה הקובעת בנסיבות אלה היא כיצד ינהג הקמעונאי בשלב הקודם, שבו עליו להחליט אם לאמץ את השיטה ואם כן, האם יעשה זאת עם שני העיתונים, או רק עם אחד.

כפי שהראה ב"כ "ידיעות" בסיכומיו, בעקרון, השיטה של הגדלת העמלות ללא החזרות אמורה להיות כדאית לקמעונאי כל עוד לא יעלה שיעור ההחזרות על היקף מסוים, שבו עלות הויתור על זכות ההחזרה לא תכסה את הפרשי העמלות. אולם, שיעור זה נמצא הרבה מעבר לתחום הרלבנטי לענייננו.

בכפוף לכך, לא יכול להיות ספק בכך שאם יחליט הקמעונאי לעבוד בשיטה זו רק אם אחד העיתונים, חזקה עליו שיעדיף לעשות כן עם "ידיעות", זאת בשל יתרון הגודל של ידיעות וטיבה של השיטה, המתגמלת את הקמעונאי בהתאם להיקף הכולל של הרכישות.

השאלה הנוותרת היא, האם, במצב זה, בו כבר עובד הקמעונאי על פי שיטת שיווק זו עם "ידיעות", יהיה לו כדאי לעבוד באותה צורה גם עם "מעריב"? לטענת ב"כ "ידיעות", גם במצב דברים זה, כדאי יהיה לקמעונאי לעבוד על פי אותה שיטה גם עם "מעריב" והוא גייס לעזרתו מערך של נוסחאות שנועד להוכיח תיזה זו.

17. לא שוכנעו בשלב זה מטיעונו של ב"כ "ידיעות", והדוגמא שלהלן תוכיח: נניח, על פי אותה דוגמא שהובאה לעיל כי הקמעונאי מוכר 10 גיליונות "ידיעות" (מתוך כמות מוזמנת של 12 גיליונות) ו-4 גיליונות "מעריב" (מתוך כמות מוזמנת של 5 גיליונות). עוד נניח כי הכמות הנמכרת הכוללת הינה כמות קבועה, ואולם לקמעונאי יש יכולת תמרון בהיקפי המכירות של שני העיתונים (כגון הסתרת עיתון "מעריב") במצב של הנחת נאמנות ל"ידיעות" בלבד, סביר להניח כי הקמעונאי יעדיף למכור את העיתון "ידיעות אחרונות" הריווח המירבי אותו יכול הקמעונאי להפיק ממכירת כל עיתוני "ידיעות אחרונות" המוזמנים על ידו (על חשבון מכירת עיתוני "מעריב"), הוא 12 שקלים. במצב דברים זה הוא ימכור רק 2 גיליונות "מעריב" ומכך הוא ירוויח (על פי עמלה רגילה של 15% של 0.60 ש"ח. הריווח הכולל של הקמעונאי ממכירת שני העיתונים יעמוד במצב זה על 12.60 ש"ח.

אם, לעומת זאת, יסכים הקמעונאי לנהוג באותה שיטה גם בהפצת "מעריב" הרי שאז, לאחר שרכש את מלוא הכמות המוזמנת של שני העיתונים, לא יהיה לו לכאורה מניע

להעדיף מכירת עיתון אחר על פני משנהו. במצב דברים זה הוא יחזור להיות אדיש לגבי היקף המכירות של כל עיתון והמכירות תתבצענה כמקודם בהתאם לביקוש ה"טבעי". במצב זה הוא ימכור 10 (מתוך 12) גיליונות של "ידיעות אחרונות" שהריווח בגינם (לאחר שרכש את מלוא הכמות של עיתוני "ידיעות אחרונות") יעמוד על 8 שקלים, ואילו הרווח בגין מכירת 4 (מתוך כמות מוזמנת של 5) עיתוני "מעריב" יעמוד על 3 שקלים, משמע, סך הרווח יעמוד על 11 שקלים, ויפחת מהריווח שיתקבל במצב בו הוא עובד על פי שיטת הנחת הנמנות רק עם "ידיעות".

מכאן, שהיתור על מכירת 2 עיתוני "ידיעות" שמשמעו הפסד של 4 שקלים, אינו מתקזז אל מול הרווח הגלום במכירת 4 עיתוני "מעריב" העומד על 3 שקלים בלבד, ובניכוי הרווח הרגיל הטמון במכירת 2 עיתוני "מעריב".

קל לראות גם כי תוצאה זו תשתנה אם נניח שהיקף המכירה לש "מעריב" זהה להיקף המכירה של "ידיעות", היינו, עומד אף הוא על 10 עיתונים. במקרה כזה, ברור כי כדאי לקמעונאי לעבוד עם שני העיתונים באותה שיטה. משמע, חלקו של "מעריב" בשוק הוא הגורם לכך שהקמעונאי יעדיף שלא להפיצו בשיטה זו שבה הוא מוכן לעבוד עם "ידיעות". השיטה של הנחת הנאמנות מקנה לקמעונאי בונס בגין מלוא הכמות הנמכרת, וזו, כמובן גדולה הרבה יותר אצל בעל המונופולין.

18. אין בדעתנו להיכנס במסגרת זו לניתוח הטעון "הנוסחתי" של "ידיעות" זאת, גם משום שלא הוגשו בשלב זה חוות דעת כלכליות, הלך שלא ראינו אפשרות להתיר בשלב זה של בקשת הביניים (ומה גם ש"ידיעות" לא הציג חוות דעת כזו לקראת הדיון). לפיכך, נסייג את האמור בהחלטה זו, בכלל, ולגבי נושא הנוסחאות - בפרט, כמו כל החלטת ביניים, לרמה הלכאורית בלבד.

עם זאת, ובכפוף לאמור לעיל, אנו סבורים כי הצגת הדברים בניתוח שכלל ב"כ "ידיעות" בסיכומיו לוקח בכך שהנוסחאות שפורטו בסעיף 37 לסיכומים מניחות כי מבחינתו של הקמעונאי, בשני המקרים (היינו, בין אם יעבוד רק עם "ידיעות" בשיטת העמלות המוגדלות, ובין אם יעשה כן עם שני העיתונים), לא תשתנינה הכמויות הנמכרות של כל עיתון. על פי הנחת המוצא שלנו, שהיא גם ההנחה העומדת ביסוד הדיון כולו, לקמעונאי שי שליטה על "טעמו" של הצרכן, והוא עלול לנצלה עם ייתן לו הפיתוי המתאים. משמע, במקרה בו יעבוד בשיטת העמלות המוגדלות תוך ביטול זכות ההחזרה רק עם "ידיעות" שאין הבדל בכמויות הנמכרות בשתי השיטות, מניח למעשה מראש את המבוקש, היינו מניח, כי השיטה נשוא הדיון אינה לוקה בחוסר הגינות. אולם, הנחה כזו הופכת את הדיון בשאלת יכולתו של "מעריב" להשוות את השיטה, לבלתי רלוונטי.

19. בהעדר מודל כלכלי מלא, המביא בחשבון את כל המשתנים לרבות ההשפעות הנובעות ממעבר משיטה לשיטה, לא נוכל להגיע בענין זה למסקנה כללית שתהיה תקיפה לגבי כל מקרה ומקרה. אולם, בענין זה באו בפנינו ראיות נוספות המחזקות את הטעון כי "מעריב", לא יוכל להתמודד עם "ידיעות" בשיטה זו.

מר קן, המצהיר מטעם הממונה, העיד בענין זה כי: "מעריב" אינו יכול לדורש מהקמעונאי למכור את העיתון ללא החזרות. אם נדרוש זאת, הקמעונאי פשוט לא ייקח "מעריב". מעמדנו בנקודת המכירה איננו כמעמדו של "ידיעות" - הקמעונאי יכול להרשות לעצמו לוותר על מעריב" זה לא קשור לחישובים מתמטיים שלך, זה קשור למציאות שבשטח. כי הקמעונאי הוא לא יושב פה."

ב"כ "ידיעות" טוען כי אין להסתפק לעניין זה בעדותו של מר קן, ואולם, גרסתו של מר קן נתמכת גם בעדותו של מר יעקובי אשר הודה כי קיימים מקומות, כמו חיפה שבהם "היכולת לעשות מבצעים של חמישים אחוז היא מאד מוגבלת כי מרבית הקמעונאים לא הסכימו לעשות חמישים אחוז בגלל ש"מעריב" מספיק חזק באזור חיפה יחסית לאזורים אחרים. משמע, היכולת לנקוט בשיטת שיווק זו מותנית גם אליבא "ידיעות" במעמדו של העיתון ובחלקו בשוק. אם "ידיעות" מתקשה לנקוט בשיטת הנחות הנאמנות מקום שבו אין לו יתרון משמעותי על "מעריב", ולרות שגם בנקודות אלה עדיין עולה תפוצתו של "ידיעות" על זו של "מעריב" מקל וחומר שגם "מעריב" לא יוכל לנקוט בשיטה זו מקום שביתרון הגודל מוקנה ל"ידיעות", וכזה הוא המצב בכל, או ברוב אזורי הארץ. זו הייתה, כאמור, טענתו של מר קן, ועדותו של מר יעקובי, חזקה אותה בנקודה זו.

לאור עדיותה לה, אין להוציא מכלל אפשרות כי אפילו נכון הטיעון כלכלי של "ידיעות", היינו כי כלכלית ירוויח הקמעונאי מאימוץ הנחת נאמנות זו שתוצע לו על ידי "מעריב" גם מקום שהוא כבר נוקט בשיטה זו בהפצת "ידיעות אחרונות", גם אז, אין משמעות הדבר כי כך יתנהלו הדברים הלכה למעשה גם בשטח, ועדויותיהם של מר קן ומר יעקובי יוכיחו.

הדין הנוהג בקהילה האירופית המשותפת ובארה"ב

20. הצדדים הקדישו בסיכומיהם שימת לב מרובה לדין הנוהג בעניין שה באירופה בארצות הברית.

נראה לנו כי ניתוח השיטה ונפקותה, כפי שפורט לעיל, די בו כדי להיענות לבקשה, ולו באופן חלקי, ואין בדעתנו להיכנס במסגרת זו של צו ביניים לבחינה מעמיקה של הדין הנוהג בארצות אלה. לפיכך, נסתפק לעניין זה בהערות שלהלן.

אשר לדין הנוהג בארצות הקהילה האירופית, זה, כפי שהראינו לעיל, אוסר על מתן הנחות הנאמנות מסוג זה מכח סעיף 86 לאמנת רומא.

נראה שהמצב המשפטי במשפט האמריקאי בעניין זה פחות חד משמעי, ושם אין הנחת הנאמנות אסורה באופן כה גורף כבדיני הקהילה האירופית.

כך מציינת E.M FOK במאמרה:

“Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency Opportunity and Fairness”

61 Notre Dame L. Rev 931:

“U.S. courts would not conclude, with strokes so broad, that fidelity rebates and discounts, exclusive dealing and requirements contracts by dominant firms are illegal”. (p. 1009)

המחברת מזכירה באותו מאמר כי בתי המשפט בארה"ב, פסלו הנחת נאמנות מקום בו הביאה ההנחה לקביעת מחירי היצר, או מחירים שנקבעו באופן זמני ובמטרה להעלותם לאחר הוצאת המתחרה מן השוק, וכן במקום בו יצרה ההנחה מחסומי כניסה גבוהים שמנעו כניסת מתחרים לענף. אכן, דומה כי אין המקרה הנוכחי בא בגדר מקרים אלה. עוד מציינת

המחברת, כי, בניגוד לפסיקת הקהילה האירופית, אין בעובדה שההנחה יוצרת פיתוי כלכלי כזה שקשה לעמוד בפניו, כדי לפסול את הנחת הנאמנות במשפט במשפט האמריקאי.

מאידך מציינת המחברת גם כי :

“Loyalty discounts are low priced competition Requirements contracts tend to save costs (reduce risks and lower transaction costs) for buyers, and exclusive dealing contracts can save costs for sellers, particularly when knowledge of demand is important for production planning. Competition by lowering costs and lowering prices, even by a monopolist, is favored under U.S. law.

Under U.S. law, loyalty discounts and exclusive dealing contracts by a dominant firm could constitute monopolization only if they maintain or increase market power or unnecessarily exclude rivals and are not means of giving consumers what they want”.

(p. 1009)

משמע, הטעם התומך בהתרת הנחת הנאמנות הוא, כי זו יכולה להביא להגברת התחרות תוך הורדת מחירים וחסכון בהוצאות. מאידך, גם על פי המשפט הנוהג בארה"ב הנחות נאמנות והסכמי בלעדיות הנעשים על ידי פירמות דומיננטיות אסורים כאשר מטרתם הינה לשמר את כוחו של המונופול (או להגדילו) או לדחוק רגלי מתחרים.

במקרה שבפנינו, אין מדובר בהנחות נאמנות המגבירות את התחרות תוך הפחתת המחיר לצרכן, או לחסכון בהוצאות. להיפך, מדובר בהנחות שמטרתן לשמר את כוחו של בעל המונופולין ולדחוק רגלי מתחרים, וספק אם כזו היא מותרת גם במשפט הנוהג בארה"ב.

ב"כ הממונה מבקש מאיתנו להעדיף, בכל מקרה, את ההלכות הנוהגות בענין זה בדיני הקהילה האירופית, על אלה שנקבעו בבית המשפט בארה"ב (בכפוף לטענתו כי גם במשפט האמריקאי, אסורה הנחה כגון זו).

אין בדעתנו להכריע בשאלה זו במסגרת של צו הביניים. עם זאת, יש להזכיר שעל אף המסגרת הרחבה יחסית של הדיון הנוכחי, שחרג מהמקובל לגבי סעדים זמניים, השאלה העומדת בפנינו בשלב זה, מבחינת סיכויי הבקשה העיקרית, הינה האם קיימת שאלה רצינית הראויה לדיון, וקיומה של שאלה כזו, אכן הוכח, גם בלא להכריע במסגרת זו העם יש להעדיף בעניין זה את ההלכות ככפי שהתגבשו בקהילת השוק המשותף, או בארה"ב.

זכות התגובה והגנת ה- Meeting Competition

21. בהתבססו על הדין הנוהג במשפט האמריקאי, מיקד ב"כ ידיעות חלק נכבד מטיעונו בזכות התגובה או זכות ההגנה של המונופול באנלוגיה להגנת ה- "Meeting Competition" הנוגעת על פי הדין האמריקאי.

הגנה זו פותחה בארה"ב במסגרת סעיף 2 (B) ל -

Robinson Patman Antidiscrimination Act המעניק הגנה בפני אישום באפליית מחירים, במקרה ויוכח כי האפליה בוצעה בתום לב ובמטרה :

“...to meet the equally low price of a competitor or the services or facilities furnished by a competitor”

גם כאן, חורג הדיון הנוכחי מניתוח מלא של הגנה זו במשפט האמריקאי. כל שנוכל לומר בשלב זה הוא, כי ראשית, עצם השימוש בזכות ההגנה של ה- Meeting Competition כאנלוגיה לענייננו מוטל בספק. שנית, גם על פי הכללים החלים לגבי הגנה זו במשפט האמריקאי, ספק רב אם ניתן להתיר שיטה זו במקרה שבפנינו. מעבר לאלה, כפי שכבר צויין לעיל, מקובל גם עלינו, וללא קשר להגנת ה- Meeting Competition כי גם למונופולין עומדת זכות התגובה או זכות ההגנה מפני מתקפת המתחרה. השאלה היא האם זכות זו מופעלת בצורה לגיטימית ותוך שמירה על תחרות הוגנת בעסקים. גם ב"כ "ידיעות" מציין בסיכומיו כי הזכות להגנה עצמית משתרעת על אמצעי תגובה סבירים....". בנוסף, מקום בו נוקט בעל המונופולין בתחרות לא הוגנת, וכזה הוא לכאורה המצב מקום בו מנהיג בעל המונופולין שיטת שיווק המבוססת על מתן הנחות נאמנות, נטל ההוכחה לגבי סבירותה של התגובה מוטל עליו. גם בדין האמריקאי, עליו מתבסס לענין זה ב"כ "ידיעות" נטל הוכחת טענת ההגנה של ה- Meeting Competition, חל על הטען לה.

22. השאלה לאור כך היא, האם אמנם משתמש "ידיעות" בהנחת הנאמנות רק בתגובה למבצעי "מעריב", אם כן, האם הוכח, לפחות לכאורה, כי הדבר נעשה באופן סביר ובצורה הוגנת.

כפי שצוין לעיל, אנו מוכנים לקבל, לצורך בקשה זו, את ההנחה כי זכות התגובה הינה לגיטימית ונופלת במתחם הסבירות, מקום שמדובר בהתגוננות ישירה נגד מבצעי הפצה בחינם של מעריב, היינו, כאשר השיטה מופעלת בנקודות המכירה ובזמנים בהם מתנהלים שם מבצעי "מעריב". אולם, לאור הראיות שבאו בפנינו, איננו יכולים לקבוע ש"ידיעות" מפעיל את השיטה נשוא הדיון כאמצעי תגובה דווקא.

בתצהירו אמנם טען מר יעקובי כי "ידיעות" נוקט בהנחת הנאמנות רק בתגובה לפעולות שיווקיות של מעריב. אולם, מחקירתו וכן מראיות נוספות שהוצגו עולה, כי "ידיעות" מפרש את זכות התגובה הרחב ביותר, היינו, כחלק מטאקטיקה שיווקית המיועדת להכאיב ליריב - "מעריב" במקום שכואב לו, ולא דווקא כתגובה ישירה למבצעי ההוזלה של "מעריב".

כך עולה מהודעתו של מר יעקובי מיום 14.8.95, בה טען כי: "...המבצע בהיבט של הנחות כפי שנהוג באזורים שונים בארץ הן כתגובה והן כיוזמה". כך, גם עולה מדבריו של מר בוברמן, מנהל סניף תל אביב של "ידיעות" שאושרו על ידי מר יעקובי, על פיהם יזם "ידיעות" מבצעים כאלה בתל-אביב ללא כל קשר למבצעי הנחות של "מעריב".

במקרים אלה מדובר בטאקטיקה יזומה, שאין לה לכאורה קשר, ודאי לא קשר ישיר, להתנהגות "מעריב".

פעמים ננקטת שיטה זו, כעולה מעדותו של מר יעקובי, כתגובה ליוזמות של "מעריב" שאינן קשורות להפחתת המחיר, או הגדלת העמלות לקמעונאי. כך, הודה מר יעקובי בחקירתו כי "ידיעות" הגיב במבצעי הנחה לאחר ש"מעריב" צירף לגליון יום השבת שלו בחיפה שבועון מקומי. תגובה זו, מסתבר, אף לא נעשתה בחיפה, שכן, שם (בחיפה) "מעריב חזק מדי".

במקרה זה, נוצר איפוא מצב שבו, בעוד "מעריב" מנסה לשפר את איכותו ולהציע לצרכן מוצר אטרקטיבי יותר, מגיב "ידיעות" בצעד שאינו מכוון להתחרות על כיסו או טעמו של

הצרכן, אלא על כיסו של הקמעונאי, על ידי הצבת קשיים מלאכותיים במערך ההפצה, באמצעות ניצול היתרון לגודל של "ידיעות".

תגובה מסוג זה אינה תגובה לגיטימית, ואין בה, לדעתנו, כדי להצדיק שימוש בשיטת הנחת הנאמנות.

במקרים אחרים, אותם כבר הזכרנו לעיל, והם כנראה רוב המקרים, אמנם משתמש "ידיעות" בשיטת ההנחות כתגובה למבצעי חנם של "מעריב", אך תגובה זו אינה נעשית בנקודת המכירה בהן מקיים מעריב את מבצעיו וגם לא בזמני המבצע של "מעריב". התגובה במקרים אלה יכול שתבצע בערים אחרות, ובמקומות בהם "ידיעות" להכאיב ל"מעריב" היכן שכואב לו".

23. לענין זה נחלקו הצדדים לגבי השאלה האם יש להכיר בזכות התגובה, כאשר היא נעשית במקומות שונים ובזמנים שונים מאלה בהן בוצעה הפעולה השיווקית נשוא התגובה.

לטענת הממונה, גם במסגרת הגנת ה-Meeting Competition, אין להכיר בזכות התגובה, אלא כאשר היא נעשית באותם אזורים ובסמיכות זמנים לפעילות השיווקית של המתחרה עליה היא נועדה להגיב.

כאשר מתבצעת התגובה במקומות ובזמנים אחרים, אין לראותה, לטענת הממונה, כתגובה תחרותית, שכן אין בה, משום ניסיון להתמודד על חוג הלקוחות החשופים למבצעיו של המתחרה, אלא על לקוחות אחרים שאין להם כל קשר למבצעיו של מעריב. תגובה כזו, גם אינה מנסה לנטרל את התוצאות השיווקיות הצומחות ממבצעי החנם של "מעריב", שכן היא איננה מנסה להציע לקמעונאים או לצרכנים שנחשפו ל"פיתוי" מעריב תמריץ מושך יותר, אלא מציעה לקמעונאים או לצרכנים שנחשפו ל"פיתוי" מעריב תמריץ מושך יותר. אלא מציעה לקמעונאים אחרים טובות הנאה שמטרתן לגרום להם למנוע מלקוחותיהם את היכולת לרכוש את העיתון המועדף עליהם. טאקטיקה כזו אינה פעולת תגמול, שכל מטרתה היא להכאיב ל"מעריב" באיזור שכואב לו", ובאמצעים עליהם אין ל"מעריב" באיזור שכואב לו", ובאמצעים עליהם אין ל"מעריב" תשובה ושאתם אין הוא יכול להתמודד בשל יתרונות הגודל של בעל המונופולין.

24. ב"כ "ידיעות" טוען, לעומתו, כי על פי המשפט האמריקאי (פסה"ד בענין Falls City Ind v Competition Meeting), הגנת ה-Vanco 460 U.S. 428, אינה מוגבלת לנקודת מכירה ספציפית, והיא יכולה להשתרע על פני איזור שלם. כך גם זמן התגובה, אשר אינו מוגבל לאותה תקופה בה הפעיל המתחרה את מבצעיו, ויכול שישתרע גם מעבר לתקופה זו.

ספק רב בעינינו אם האנלוגיה להגנת ה-meeting competition תוכל לסייע ל"ידיעות" ראשית, בית המשפט בענין Falls City הנ"ל הדגיש כי מדובר בטענת הגנה, שבה ניתן להצדיק אפליית מחירים רק כאשר מוכח כי האדם סביר היה מאמין כי:

"..... the sellers lower price would meet the equally low price of a competitor". (ibid, 451).

קשה לראות כיצד ניתן לבצע meeting כזה, כאשר המתחרה מוריד את מחיריו (או נותן הנחה לקמעונאי) בחיפה והתשובה על כך ניתנת בבאר שבע. אכן, אין ספק כי במאזן התחרות הכולל שבין "ידיעות" ל"מעריב" יש בתגובה כזו משום יתרונות כלכליים מבחינתו

של המונופול, אך ההגנה של ה- Meeting Competition אין עניינה בטאקטיקה של לוחמה נגדית המיועדת לשמר את מאזן הכוחות או חלוקת השוק הכוללת בין המתחרים, אלא, בתחרות על הלוקוחות החשופים למתקפת המתחרה. כפי שהגדיר זאת בית המשפט בעניין Falls City הנ"ל:

"...We agree that a seller's response must be defensive, in the sense that the lower price must be calculated and offered in good faith to "meet not beat" the competitor's low price". (Ibid, p. 446).

כך גם קובע Callmann בספרו:

The Law of Unfair Competition.

Trademarks and Monopolies (4th ed, VOL 5, p. 114):

".....Accordingly, it is clear that the Act recognizes the price cut as a defensive measure only. It is not available as an offensive weapon because the seller is only allowed to meet not beat an actual competitor's equally low price".

בעניין "Falls City" אמנם דחה בית המשפט את ההשקפה כי הגנת ה- meeting competition מוגבלת ל- "customer to customer basis" וקבע כי הגנה זו, יכול שתחול גם על בסיס איזורי. עם זאת, הוסיף בית המשפט וקבע כי הפחתת המחיר צריך שתהיה אפקטיבית לגבי אותם לקוחות שניתן להניח באופן סביר כי הם חשופים למחיר המופחת של המתחרה:

"Of course, a seller must limit its lower price to that group of customers reasonably believed to have the lower price available to it from competitors" (Ibid, p. 450)

ואולם, מי שמבקש להפעיל את המחיר המפלה על בסיס איזורי, הוסיף בית המשפט וקבע באותו ענין:

"One choosing to price on a territorial basis, rather than on a customer by customer basis, must show that his decision was a genuine, reasonable response to prevailing competitive circumstances." (Ibid, p. 450-451)

כפי שראינו, התגובה של "ידיעות" אינה מוגבלת לאיזור בו מפעיל "מעריב" את שיטת ההפצה בחינם. השיקול של "ידיעות" בתגובתו כלל אינו שיקול איזורי, והוא מוכתב, כעולה מעדותו של מר יעקובי, על פי מידת האפקטיביות של התגובה. בנסיבות אלה לא עמד "ידיעות" בנטל להוכיח, ולא לכאורה, כי השיטה נשוא הדיון מפועלת על ידו על בסיס איזורי כ: "genuine, reasonable response to prevailing competitive circumstances". (Ibid)

25. נוסף ונציין, במאמר מוסגר, כי קשה לנו לראות, דווקא על פי שיטתו של "ידיעות", כיצד יש בשיטת הגדלת העמלות ללא החזרות, כאשר היא מופעלת בנקודת מכירה בהן אין "מעריב" מקיים את מבצעי ההפצה שלו, משום פעולה הגנתית יעילה כנגד מבצעי "מעריב". "ידיעות" הרי טוען כי מבחינתו של "מעריב" אין כל מניעה להשוות שיטה זו ולנקוט באותה

טאקטיקה של הגדלת העמלות ללא החזרות, גם באותן נקודות מכירה בהן מופעלת כבר השיטה על ידי "ידיעות".

במצב דברים זה, ועל פי שיטתו של "ידיעות", אם ישיב "מעריב" באותה מטבע, יביא הדבר, כפי שהראינו לעיל, להשוואת התמריצים של הקמעונאי במכירת שני העיתונים והוא יהיה אדיש בין מכירת עיתון נוסף של "ידיעות" לבין מכירת עיתון נוסף של "מעריב" הסביר נושא זה דווקא מר יעקובי:

ש: השאלה שלי היא מה לדעתך יקרה אם מעריב יפתח ב- 50% עמלה בלי החזרות ואתה תפתח ב- 50% בלי החזרות.

ת: אני חושב שמה שיקרה זה מה שנקרא בכלכלה אפקט האצטדיון. זאת אומרת האצטדיון אומר שבן אדם אחד צריך [לראות] יותר טוב אחריו קמים כולם רואים את המשחק בדיוק אותו הדבר כי כולם קמו אבל כולם עומדים. זה בדיוק מה שקורה בהנחות.

בסוף כולם מתיישרים על רמת הנחות זהה ומוכרים את אותם הכמויות רק היצרנים מרויחים פחות זה בדיוק מה שיקרה גם במקרה הזה. וזה גם מצב ידוע לש מתן הנחות".

אם יש בידי "מעריב" תשוב הולמת המנטרלת את טאקטיקת הגדלת העמלות הנקטת על ידי "ידיעות", ואם תביא השיטה לכך "שכולם קמו אבל כולם עומדים ורואים את המשחק בדיוק אותו הדבר", דהיינו, "שכולם קמו אבל כולם עומדים ורואים את המשחק בדיוק אותו הדבר", דהיינו, "כולם מתיישרים על רמת הנחות זהה ומוכרים את אותם הכמויות רק היצרנים מרוויחים פחות", כטענתו של מר יעקובי, כי אז, קיים בעינינו ספק לש ממש לגבי הצידוק בנקיטת שיטה זו, ככל שמדובר בשיקול ההגנתי.

שיקול זה יפה גם לגבי הנושא של מאזן הנחות, שהרי על פי שיטתו של "ידיעות" עצמו, היענות לבקשה והוצאת צו הביניים, לא זו בלבד שלא תפגע בכמויות הנמכרות על ידו, אלא בסופו של יום תביא דווקא להעלאת רווחיו ולמניעת מלחמת הנחות שבסופה יימצאו הן "ידיעות" והן "מעריב" במצב ההתחלתי שבו יצאו למבצעהם, אך עם ריווח נמוך יותר.

26. לאור האמור, אנו סבורים כי אין למנוע בשלב זה בעד זכות התגובה של "ידיעות" באותן נקודות מכירה ובאותם זמנים בהם מפעיל "מעריב" את טאקטיקת השיווק של הפצת העיתון שלו בחינם. אולם, אין בידינו לקבל בשלב זה את השיטה כאשר היא מופעלת ביוזמת "ידיעות" בנסיבות אחרות.

אנו ערים לכך שמגבלה זו, המעמידה למעשה את זכות התגובה על בסיס של customer by customer, כרוכה בקשיים, בייחוד מבחינת מימד הזמן, שהרי "מעריב" אינו מודיע ל"ידיעות" מראש מתי הוא עומד לפתוח במבצע חינם, וסביר כי פעמים יגלה "ידיעות" על דבר קיומו של המבצע לאחר מעשה. אם "ידיעות" אינו יכול להגיב בו זמנית על מבצעי "מעריב" עשויה להתעורר השאלה האם אין להרחיב את זכות התגובה הן מבחינת המימד האיזורי והן מבחינת מימד הזמן. מנגד, יכולה לעלות באותו הקשר הטענה כי בהעדר יכולת לתגובה נקודתית יעילה יש לאסור תגובה תחרותית בלתי הוגנת בכלל. ואולם, גם אם יתקבל העיקרון של התגובה האזורית, הרי הגדרת איזור התגובה, כמו גם תחמת זמן התגובה, הן מבחינת משכו, והן מבחינת סמיכותו למבצעי "מעריב" הם נושאים סבוכים. "ידיעות" לא

העלה בפנינו הצעת קונקרטיות בעניין זה, ובנסיבות אלה איננו רואים אפשרות לדון בנושאים אלה בשלב זה.

התנאים למתן צר הביניים

27. הצדדים הרחיבו את טיעוניהם גם לענין התנאים הנדרשים למתן צו ביניים, בכלל, ובתחום הגבלים העסקיים בפרט.

בעקרון, נראה לנו כי התנאים הנדרשים למתן צווי ביניים רגילים, יחולו גם על צווי ביניים בתחום ההגבלים העסקיים, בכפוף לכך שבנושא זה של דיני ההגבלים העסקיים נודעת חשיבות מרכזית לשיקול של טובת הציבור. לפיכך, תיבחנה במסגרת זו גם השפעותיו של הצו המבוקש, אם יינתן, או יסורב, על טובת הציבור.

לצד האינטרס הציבורי, יש לשקול, לדעתנו, גם את שיקולי הנוחות של המשיבים וכן, אלה המתחרים - הנפגעים. מסקנה זו נובעת מלשונו של סעיף 30(4) לחוק, המתייחס "לתחרות בלתי הוגנת בעסקים בין בעל המונופול לבין אחרים". מסקנה זו אף אומצה על ידי בית הדין בענן "דובק", שגם שם בדק בית הדין את השפעת מעשיה של דובק על המתחרים.

שאלה הראויה לבירור

28. לאור כך, עלינו לשקול, ראשית, אם הוכיח המבקש קיומה של שאלה הראויה להיות נדונה בפני בית הדין (ראה: כב' הפושט לוינ במאמרו: "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים", הפרקליט מב (3) 451); ד"ר זוסמן - סדרי הדין האזרחי, בעריכת כב' השופט ש. לוינ, מהדורה שביעית עמ' 616).

לאור השיקולים שהובאו לעיל, אנו סבורים שקיומה של שאלה כזו, הראויה לבירור, אכן הוכח.

מאזן הנוחות

29. מר יעקובי הצהיר כי: "התוצאה המיידית של מתן צו זמני, אשר יכלול גם את הסעד השני והשלישי תהיה שלילה כמעט מוחלטת של יכולת התגובה של ידיעות אחרונות לפעולות שיווקיות של מעריב. בהקשר זה חשוב להדגיש, שהניסיון שצברתי מוכיח, כי כאשר ידיעות נמנעת מלהגיב לפעילות של מעריב, נגרמת ירידה בהיקף המכירות של העיתון" כדי למנוע (או להפחית) תוצאה זו, טוען "ידיעות" יהא עליו לאמץ שיטות שיווק חלופיות, יקרות יותר כגון שימוש בדיילות, מתנות וכיו"ב.

אכן, סביר להניח כי האיסור על נקיטת שיטת שיווק זו תיפגע באותו יתרון כלכלי שמבקש "ידיעות" להשיג עקב הפעלתה. הדברים עולים הם מעדותו של מר יעקובי והן מעדותו של מר קן. מר קן העיד כי כאשר נוקט ידיעות בשיטת שיווק זו, כי אז פוחתת באותם נקודות תפוצתו של מעריב, ואילו מר יעקובי העיד כי "אנחנו גדלנו באותם מקומות".

צודק הממונה בטענתו כי גם כך נותרו באמתחתו של "ידיעות" שיטות שיווק נוספות, כגון, הגדלת העמלות מבלי להתנותן בויתור על זכות ההחזרה, חלוקת מתנות ומכירת העיתון באמצעות דיילות. אולם, לצורך בקשה זו, אנו מוכנים לקבל את טענת "ידיעות" כי עלותן של שיטות שיווק חלופיות אלה יקרה יותר, או שיעילותן פחותה מהשיטה נושא דיון זה,

מאידך, ידיעות לא הוכיח את תוספת העלויות שתיגרם לו בגין הויתור על השיטה הנוכחית והמרתה בשיטות שיווק חילופיות אלה ולענין זה יש להביא בחשבון את נחינותו של "מעריב" בהתמודדות עם "ידיעות". נחיתות זו מתבטאת בכך שמחד, יכול "ידיעות" לנטרל את מבצע החינם של מעריב במחצית העלות והוא אף יכול להמיר את שיטת השיווק נשוא הדיון בשיטות שיווק אחרות. מאידך, ל"מעריב", כפי שהוסבר, אין מענה של ממש לשיטה זו, מה שמביא בהכרח להקטנת תפוצתו באותן הנקודות בהן מופעלת השיטה, או מאלצו להפיץ את עיתונו באותן נקודות ללא תמורה.

ואולם, מאזן הנוחות נערך, לא רק על פי מאזן הכירות של שני העיתונים בנקודות המכירה בהן מופעלת השיטה. מבחינה זו, אפילו נתעלם מנחיתות יכולת התגובה של "מעריב", נחיתות הנובעת מעקרון הגודל של "ידיעות" ומשיטות השיווק החילופיות העומדות לרשות "ידיעות", גם אז ניתן, לכל היותר, לומר כי הגדרתית הנזקים שווים, שכן תוספת המכירות של "ידיעות" עקב הגדלת ההנחות ללא זכות החזרה, אמורה להשתוות להקטנת התפוצה של "מעריב". (ע"א 483/35, לב נ' דגם מערכות, פ"ד ל"ט (4) 726, בעמ' 732 ליד האות ו') אולם, השלכותיה של השיטה לגבי הפגיעה בתחרות צריך שתבחן מזווית ראייה רחבה יותר.

בהקשר זה, ברור שיש בשיטה מימד של איום והרתעה מפני ניסיונות של "מעריב" לשפר את איכותו ולהגדיל את תפוצתו, שכן כל ניסיון כזה, עלול להיתקל בתגובה של מתן הנחות נאמנות, שעל כך אין ל"מעריב" מענה.

מכאן, שההשפעה על מאזן הנוחות אינו בא לידי ביטוי אך במנין הנזקים בנקודות המכירה בהן מופעלת השיטה בפועל, אלא גם, אם לא בעיקר, באפקט ההרתעתי שלה והשפעתו המצטברת על בלימת התחרות בין העיתונים.

גם העובדה שכיום נוקט "ידיעות" בשיטה זו ב- 0.5% מנקודות המכירה (לטענתו של מר יעקובי), אין בה כדי לשלול מסקנה זו. ראשית, במצב הדברים הנוכחי, אין "ידיעות" מוגבל בתגובתו אך למספר כזה או אחר של נקודות מכירה. עובדה היא, כי בעת שהגביר "מעריב" את פעולות השיווק שלו, הגביר אף "ידיעות" את השימוש בשיטת הגדלת העמלות, עד כי תפוצתה הגיעה ל- 10% מנקודות המכירה שלו, משמע בכ- 700 נקודות מכירה. סביר איפוא להניח כי אם ישוב "מעריב" ל"סורו", בין בדרך של מבצעי הוזלות ובין בדרכים אחרות, כגון שיפור איכותו של העיתון, ישוב גם "ידיעות" אם לא יאסר עליו לעשות כן, ויגביר את היקף השימוש בשיטת שיווק זו.

מעבר לכך, אין מדובר בנקודות מכירה קבועות, שהרי "ידיעות" קובע את זהותן של נקודות המכירה, כדברי מר יעקובי, "בהתאם למשחק השחמט ביננו לבין "מעריב" ובמקומות בהן הוא יכול להכאיב ל"מעריב". כך, על פני תקופת זמן, עלולים מבצעי "ידיעות" להתפרס על פני מספר גדול מאד של נקודות מכירה.

להתפרסות כזו, עלולה להיות משמעות מרחיקת לכת, שכן היא עלולה להביא לשינוי בהרגלי הקריאה של הצרכנים, גם כאשר היא מופעלת משך תקופה קצרה.

נזקיו המדוייקים של "מעריב" אמנם אינם ניתנים להערכה, אך ברור שמדובר בנזקים משמעותיים בעלי השפעה ארוכת טווח על התפתחותו של העיתון, ואשר לא יהיו ניתנים לתיקון (ראה: ע"א 483/85 לב ואח' נ' דגם מערכות).

לענין זה מקובל עלינו כי אין הכרח, לצורך מתן צו ביניים להוכיח קיומו של סיכון לגבי עצם המשך קיומו של "מעריב" ודי בנזקים שהוכחו כדי להיעתר לבקשה.

בנוסף על אלה, יש בדעתנו, כאמור, בהמשך לצמצם את היקפו של הצו המתבקש על ידי הממונה, מה שיביא אף הוא להקטנת נזקיו של "ידיעות".

30. אשר לנזק הנגרם לציבור; זה בא לידי ביטוי בראש ובראשונה, בפגיעה בתחרות בין שני העיתונים. דומה כי על חשיבותה של התחרות החופשית, ועל הנזק שבפגיעה בתחרות מבחינתו של הציבור, אין עוד צורך להרחיב את הדיבור. בנסיבות שבפנינו, עשויה הפגיעה בתחרות שבין שני העיתונים לפגוע בציבור, על ידי כך שתמנע שיפור באיכותם של שני העיתונים, שיפור ממנו יכול וזכאי הציבור להינות.

ברמה העקרונית והיות הרחבה ניתן לומר, כי אם רעה הפגיעה בציבור הנגרמת עקב הגבלת התחרות ככלל, רעה היא שבעתיים כאשר מדובר בפגיעה בתחום רגיש זה של התקשורת.

קיומה של תחרות בלתי הוגנת בתחום זה פוגעת ב"שוק הרעיונות החופשי" שקיומו מחייב ביזור ומניעת ריכוזיות העלולה להביא למצב שבו "חוג מצומצם של בעלי שליטה מכתביים ומעצבים את "שוק הרעיונות" (דברי כב' הנשיא שמגר בבג"צ 6213/93, תקדין - עליון, כרך 95, 1460).

למעשה, הפגיעה בתחרות בתחום זה פוגעת בכל אותם ערכי היסוד, בראש ובראשונה, חופש הביטוי, שעליהם נועדה העיתונות להגן.

כאשר עולה חשש סביר לקיומה של פגיעה כזו, מן הראוי להפסיק את הפגיעה, ויפה שעה אחת קודם.

31. מעבר לאלה, מקובל עלינו, כאמור לעיל, שלא לפגוע בשלב זה בזכות התגובה של "ידיעות", ככל שמדובר בתגובה נקודתית המתבצעת באותן נקודות מכירה ובאותם זמנים בהם מתבצעים מבצעי המכירה של "מעריב". צמצום הצו במובן זה, יש בו, לדעתנו, לאזן בין האינטרסים הנוגדים, תוך מניעת נזק קשה, לתחרות, לציבור ו"למעריב" מחד, ומניעת פגיעה מעבר לדרוש בחופש העיסוק של "ידיעות", מאידך.

32. לאור האמור אנו סבורים כי במאזן הנוחות הכולל, עולים הנזקים העלולים להגרם עקב אי מתן הצו, לציבור ולמתחרה - "מעריב", על הנזקים העלולים להיגרם עקב מתן הצו ל"ידיעות".

נתנו דעתנו גם על טענותיו של ב"כ "ידיעות" לענין "הלימותו" (כלשונו) של צו הביניים את חוקי היסוד המגינים על חופש העיסוק, לרבות זה של בעל המונופולין. אנו סבורים כי צו הביניים הניתן על ידנו בהחלטה זו עולה בקנה אחד עם חוק היסוד האמור, שכן הוא ניתן לתכלית ראויה ופגיעתו בבעל המונופולין אינה עולה על הנדרש.

הרחבנו בדברינו, מעבר למקובל בבקשות מסוג זה, הן בעקבות סיכומי הצדדים, והן בשל כך שמדובר, ככל הידוע לנו, בסוגיה המתעוררת לראשונה במשפטנו. עם זאת, ומען הסר ספק, נבקש לציין כי מסקנותינו דלעיל, מוגבלות בשלב זה לרמה הלכאורית בלבד.

33. המשיבים טענו כי מערך השיווק וההפצה של העיתון "ידיעות אחרונות" מנוהל ומופעל על ידי ידיעות אחרונות בע"מ (המשיבה 1) וכי למשיבה 2 (ידיעות תקשורת בע"מ) אין בו כל חלק. הממונה לא חלק על טענה זו ולפיכך יינתן הצו שלהן כנגד המשיבה 1 בלבד.

34. א. המשיבה 1 - "ידיעות אחרונות" בע"מ לא תעניק לנקודת מכירה, או לקבוצת נקודות מכירה, עמלות מוגדלות בגין מכירת העיתון "ידיעות" אם הגידול בעמלה מותנה בביטול זכות ההחזרה של עיתוני "ידיעות" שלא נמכרו או בגידול בכמות עיתוני "ידיעות אחרונות" הנמכרת באותה נקודה.

ב. צו זה לא יחול על כל נקודת מכירה בה מפעיל מעריב מבצעי הוזלה או מבצעי הנחה, בין בהוזלת מחיר העיתון ובין בהגדלת העמלות, בין לציבור ובין לקמעונאי, וכל עוד מתקיים מבצע כזה באותה נקודה.

ראינו להרחיב את האמור בסייג זה על כל מבצע הוזלה, לאו דווקא הפצה בחינם, כדי למנוע עקיפת הצו על ידי מתן הנחות גדולות שאינן מגיעות עד כדי הפצת חינם. כך למשל, הפצת העיתון עבור 1.5 ש"ח תוך הגדלת עמלת הקמעונאי ל- 1 ש"ח, אינה רחוקה מהפצת העיתון בחינם. כן התרשמותנו כי עיקר הבעיה נעוץ במבצעי החינם של "מעריב".

ניתנה היום, כ"ח באלול תשנ"ו (12.09.96) בהעדר הצדדים.