

הצעה לסדר 2

הסדרת הפיקוח על עמלות היתר בשוק הפרסום

תהילה שוורץ אלטשולר, נדיב מרדכי

ינואר 2013



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

הסדרת הפיקוח על עמלות היתר בשוק הפרסום

תהילה שוורץ אלטשולר, נדיב מרדכי



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

הצעה לסדר 2

ירושלים, ינואר 2013

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי, לא מפלגתי, הממוקם בתפר שבין האקדמיה לפוליטיקה. המכון עוסק בתכנון מדיניות ובעיצוב רפורמות בממשל, במינהל הציבורי ובמוסדות הדמוקרטיה.

בתכניותיו ובמפעליו המכון חותר לחזק את מוסדות הדמוקרטיה המתהווה בישראל ולגבש את ערכיה. בהמשך לעבודת מחקר מעמיקה הוא מגיש המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של משטר דמוקרטי יציב, המותאם למבנה, לערכים ולנורמות של החברה הישראלית. המכון שואף לקדם בישראל שיח ציבורי בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות, לשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולקהל הרחב, לספק מידע ולהציג מחקר משווה.

החוקרים במכון הישראלי לדמוקרטיה הם אנשי אקדמיה, והם מובילים פרויקטים במגוון תחומים של החברה והמשטר בישראל. מחלקת ההוצאה לאור של המכון מפיקה, משוקת ומפיצה את פירות עבודתם.

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

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.

להזמנת ספרים ומחקרי מדיניות בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה:
טלפון: 02-5300867 ; פקס: 02-5300800, 1-800-20-2222
דוא"ל: orders@idi.org.il
אתר האינטרנט: www.idi.org.il
המכון הישראלי לדמוקרטיה, ת"ד 4482, ירושלים 9104401

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ד), תשע"ג
Copyright © 2013 by The Israel Democracy Institute (R. A.)
Printed in Israel

תוכן העניינים

5	תקציר
7	א. מבוא
8	ב. תיאור התופעה
12	ג. הגופים הרגולטוריים המעורבים
13	1. רשות ההגבלים העסקיים: הסדרה "מסורתית" (מדי) והיעדר אמירה ברורה על מצב השוק
17	2. הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו: התערבות אינטנסיבית על גבול הסמכות
21	3. משרד התקשורת: היערכות להסדרה כוללת ולאחר מכן נסיגה
23	4. המחוקק (הפרטי): איתותים על נכונות להסדרה
25	ד. הצעה להסדרת הפיקוח על עמלות היתר בשוק הפרסום
26	1. השלב הראשון: רגולציה חזקה יותר בהובלת הממונה על ההגבלים העסקיים
30	2. השלב השני: הסדרה של סוגיית עמלות היתר בחקיקה
32	ה. סיכום

תקציר

עמלות היתר הן עמלות המשולמת לחברות פרסום גדולות על ידי ספקים בשוק הפרסום (כלומר, על ידי המפרסמים) ועל ידי החברות המספקות את המדיה (כלומר, עיתונים והערוצים המסחריים של הטלוויזיה והרדיו).

עמלות היתר מגדילות את הרווח של משרדי הפרסום על חשבון השחקנים האחרים באופן לא תחרותי, משום שהן משולמות למשרדי הפרסום בגלל הדומיננטיות של חברות רכש המדיה – החברות הרוכשות מאמצעי התקשורת את שטחי הפרסום או זמני הפרסום – שבשליטתם. המפרסמים, מצדם, אינם מודעים להיקפי התשלום ולכן אינם יכולים לדרוש החזר אפקטיבי.

תופעת עמלות היתר מעלה בעיה של כשל מידע בשוק הפרסום הנובע מריכוזיות אנכית ואופקית. הריכוזיות האנכית מתבטאת בכך שחברות הפרסום שולטות גם בחברות רכש המדיה; הריכוזיות האופקית מתבטאת בכך שחברות רכש המדיה מאוגדות בהסדרים הגורמים לשוק רכש המדיה להיות ריכוזי.

לעמלות היתר השפעה רבה גם על ההסדרה של שוק התקשורת. שיעור גבוה של עמלות מקטיץ את היכולת של גופי המדיה המשלמים אותן להשקיע את ההון באפיקים אחרים (במקרה של זכייניות הטלוויזיה, למשל, בהפקות מקור), וכן משפיע כמובן על יציבותם הכלכלית.

מדובר בסוגיה שהסדרה מקצועית שלה דורשת התחשבות בשיקולים הן מתחום התחרות והן מתחום התקשורת (במובנו הרחב). זוהי סוגיה רגישה הנמצאת בתווך שבין המפרסמים הגדולים לבין חברות הפרסום הגדולות, וכמה גופים רגולטורים מעורבים בהסדרתה.

ההמלצות לפעולה כוללות שני שלבים. בשלב הראשון אנו ממליצים שהממונה ינקוט שורה של צעדים מידיים ואקטיביים בדפוסי פעולה מיוחדים שלא ננקטו בעבר: שימוש אינטנסיבי יותר בסמכות ההיוועצות במקרים של פטורים ומיזוגים, דרישה להנמקה רחבה ושימוש בסמכות ליתן חוות דעת מקדמית לצורך בחינה יזומה של התחרותיות בשוק. על פי המלצתנו, צעדים

אלה יינקטו מתוך שיתוף פעולה ותיאום – ולא רק היוועצות – עם רגולטורים נוספים לצורך גיבוש מדיניות מקיפה ושקופה יותר מהמדיניות הנוכחית. בשלב השני – אם יתברר כי הצעדים המידיים שננקטו בשלב הראשון אינם יעילים דיים, בהתחשב במצב החמור שאליו נקלע השוק – יש לפעול בחקיקה להקטנת הריכוזיות בשוק הפרסום ובשוק רכש המדיה ולהגברת השקיפות בעסקאות בשוק זה, לפי המתווה שיפורט להלן:

1. יש להסדיר את שיתוף הפעולה בין הרגולטורים בתחום עמלות היתר. אנו ממליצים להסדיר בחקיקה את דרכי הפעולה המשותפות של כל גורמי ההסדרה ולא את שיעור העמלות או את כמות רכש המדיה, שהם היבטים נקודתיים מכדי להסדירם בחקיקה קשיחה.

2. יש להסמיך את הממונה בהסמכה מפורשת לבחון את התחרותיות בענף הפרסום במסגרת חטיבת התחרותיות. חטיבה זו, שהוקמה בשנת 2011, מוסמכת לנהל מעקב שוטף אחרי התחרות בשווקים נבחרים במשק, והיא הגוף המתאים לממש את ההסמכה שתינתן בחוק.

3. יש להטיל חובת כתב וחובת שקיפות על עסקאות בשוק רכש המדיה (במשולש היחסים שבין מפרסמים, פרסומאים וחברות מדיה). פיקוח מסוג זה חיוני מאוד להגדלת היקף המידע שבידי המתקשרים.

לדעתנו אין לכלול בהצעה הסדר של פיקוח על מחירים או הגבלה על הטווח של שטחי המדיה שאפשר לרכוש. גם הסמכה של שר התקשורת לקביעת שיעור העמלות המרבי שאותו יוכל אמצעי התקשורת לשלם למתווך התקשורת עלולה להוביל לעיוותים לא רצויים, כגון לחצים על השר, אי-יכולת להגיב בצורה מהירה דיה לשוק משתנה וחוסר יעילות. אם תוענק לשר התקשורת סמכות להתערב בשוק או לקבוע את שיעור העמלות, חובה להתנות אותה בהסמכה של הממונה על ההגבלים העסקיים לקביעות השר.

נוסף על כך לא ראוי בעינינו להסדיר את הנושא בחקיקה פרטית. ראוי שההסדרה כאמור תיעשה על ידי גורמים מקצועיים רלוונטיים, ולשם כך יש לבצע במסלול של חקיקה ממשלתית.

בעידן של משברים קשים בשוק הטלוויזיה המסחרית ובעיתונות הכתובה, הסדרה מידית של נושא עמלות היתר בשוק הפרסום היא הכרחית.

א. מבוא

עמלות היתר הן עמלות המשולמות לחברות פרסום גדולות על ידי ספקים בשוק הפרסום (כלומר, על ידי המפרסמים) ועל ידי החברות המספקות את המדיה (כלומר, עיתונים וערוצים מסחריים של טלוויזיה ורדיו).

לטענתנו, עמלות היתר מגדילות את הרווח של משרדי הפרסום על חשבון השחקנים האחרים באופן לא תחרותי, משום שהן משולמות למשרדי הפרסום בגלל הדומיננטיות של חברות רכש המדיה – החברות הרוכשות מאמצעי התקשורת את שטחי הפרסום או זמני הפרסום – שבשליטתם. המפרסמים, מצדם, אינם מודעים להיקפי התשלום ולכן אינם יכולים לדרוש החזר אפקטיבי. תופעת עמלות היתר מעלה בעיה של כשל מידע בשוק הפרסום הנובע מריכוזיות אנכית ואופקית. הריכוזיות האנכית מתבטאת בכך שחברות הפרסום שולטות גם בחברות רכש המדיה; הריכוזיות האופקית מתבטאת בכך שחברות רכש המדיה מאוגדות בהסדרים הגורמים לשוק רכש המדיה להיות ריכוזי. משמעות הדברים היא שבשוק הפרסום פועל "שחקן מתווך" ריכוזי בדמות חברות רכש המדיה. לחברות הפרסום יש אינטרס למנוע שקיפות באשר לשיעור העמלות שהן מקבלות עקב השימוש בשחקן המתווך.

אין מדובר רק בהגנה על תחרות. לעמלות היתר השפעה רבה גם על ההסדרה של שוק התקשורת. שיעור גבוה של עמלות משפיע על היכולת של גופי המדיה המשלמים אותן להשקיע את ההון באפיקים אחרים (במקרה של זכיניות הטלוויזיה, למשל, בהפקות מקור) והוא גם משפיע, כמובן, על יציבותם הכלכלית. סוגיית עמלות היתר והצורך לטפל בתופעה אינם חדשים,¹ אבל הקריסה בשוק התקשורת מחזירה אל שולחן הדיונים את הצורך לטפל בה. בחודשים

1 לדיון מקיף ראשון בסוגיה ראו דרור שטרם, בדיקת תופעת "עמלות היתר" בראי האינטרס הציבורי עליו מופקד הרשות השנייה (עיקר ממצאי הדוח), אוגוסט 2007, זמין באתר האינטרנט של הרשות השנייה: <http://tinyurl.com/b2broqu> (להלן: דוח שטרם). להתייחסות לנושא במסגרת בחינה רחבה של הרפורמה בשוק הטלוויזיה המסחרית ראו דין וחשבון הועדה הבינמשרדית לבחינת משמעות והיתכנות של שינוי שיטת ההסדרה בתחום שידורי הטלוויזיה המסחריים, מרץ 2009 (להלן: דוח מרכזי). כל אתרי האינטרנט במסמך זה אוחדו לאחרונה ביום 17.10.2012.

האחרונים ערכה ועדת הכלכלה של הכנסת דיונים באפשרות שתונח על שולחן הכנסת הצעת חוק פרטית להסדרת השוק של רכש המדיה.² בנייר עמדה קצר זה אנו מסבירים את התופעה של עמלות היתר, מתארים את השחקנים הרלוונטיים לטיפול בה ומנתחים כיצד פעל כל אחד מהם עד היום. בסופו נציע מתווה להסדרת הסוגיה שעיקרו שילוב כוחות בין השחקנים הרגולטוריים הרלוונטיים³ בהנהגתו של הממונה על ההגבלים העסקיים, המחזיק ביתרון היחסי להסדרת הסוגיה. במסגרת זו אנו מציעים להקנות לממונה על ההגבלים העסקיים סמכות לייעץ ולפקח על מחירים באופן שונה מזה שבחוק ההגבלים, לאור תפיסה אקטיבית יותר של תפקיד הממונה. אנו מתנגדים לקביעה בחוק של שיעור עמלות קבוע ואפילו להסמכת שר התקשורת לקבוע שיעור כזה: מדובר בהתערבות אינטנסיבית מדי, שתקשה על התפתחות השוק ועל הפיקוח עליו.

ב. תיאור התופעה

עמלות היתר הן עמלות תיווך המשולמות במסגרת עסקאות לקנייה של שירותי פרסום ורכש מדיה בישראל. המקטע שאנו עוסקים בו ב"שרשרת הערך" של שוק הפרסום⁴ הוא שוק רכש המדיה. חברות מדיה (כמו עיתונים וערוצים

2 פרוטוקול דיון מס' 937, "כשלי שוק ועמלות בתחום הפרסום", ישיבה של ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 2.8.2012, זמין באתר האינטרנט של ועדת הכלכלה: www.knesset.gov.il/protocols/heb/protocol_search.aspx?comID=3 (להלן: ישיבה של ועדת הכלכלה).

3 כמו גם קבוצות אינטרס המתאפיינות ברגולציה עצמית, במקרה זה – איגוד הפרסומאים. ראו ענת בייז-לובביץ', "עלינו לקעקע את תרמית החזירים שדבקה באנשי הפרסום", גלובס, 4.9.2012.

4 הגדרת השוק בתחום זה, כמו בתחומים רבים, יכולה להיות בעייתית. התיאור הנוכחי רגיש למקטעים בתוך שוק הפרסום עצמו. נוסף על כך יש שווקים משיקים, כמו למשל "שוק היצירה". ראו דוח שטרום (לעיל הערה 1), עמ' 3. לסקירה תמציתית של שוק הפרסום בטלוויזיה, של חסמים בו ושל שאלות חלוקתיות העולות מחוסר היעילות בו ראו מיטל שניר, תקציר מנהלים: שוק הפרסום הטלוויזיוני, יולי 2006 (תקציר מנהלים של מחקר שבוצע במסגרת קרן קורת-מילקן, זמין באתר הקרן: www.kmifellows.org/research/HEB_S/16-HB-S.pdf).

מסחריים של טלוויזיה ורדיו) מוכרות משאבי מדיה (זמן או מקום לפרסום) לגורמים המעוניינים בפרסום (המפרסמים). משאבי הפרסום כוללים בעיקר זמן פרסום בטלוויזיה, ברדיו ובאינטרנט, ובהיקפים קטנים יותר – גם בקולנוע, בשטחי החוצות ובשירותים סלולריים. במצב הנוכחי מפרסמים אינם מתקשרים בעסקאות רכישה ישירות מול חברות המדיה; הם עושים זאת רק בתיווך של חברות הפרסום (הפרסומאים). הפרסומאים רוכשים את כלל משאבי המדיה עבור המפרסמים – בטלוויזיה, בעיתונות, באינטרנט ובסלולר.⁵ במסגרת ההתקשרות עם המפרסמים, הפרסומאים מספקים שני שירותים: הם מפיקים עבור המפרסם "קריאייטיב" (קרי, הפרסומת או מסע הפרסום), והם מבצעים עבורו "רכש מדיה" מחברות המדיה. במסגרת הרכש הפרסומאים קובעים את התמהיל של אמצעי המדיה שישמשו בפרסום ורוכשים אותם בהתאם.⁶

מבנה רכישה זה בא לידי ביטוי גם בהתפתחות התאגידית של חברות הפרסום בישראל. כיום חברות הפרסום הגדולות בישראל כוללות חברות בת העוסקות באופן ייעודי ברכש מדיה.⁷ הפרסומאי משמש אפוא סוכן של המפרסם מול חברות המדיה: הוא פועל עבור מפרסם מוגדר לצורך רכש המדיה מתקציב המפרסם, ובכך, מבחינה משפטית, הוא שלוחו של המפרסם.⁸ מבנה זה מכתוב גם את התשלום שהפרסומאי מקבל ואת מבנה הרווח שלו. רכיב ראשון של רווח הפרסומאי הוא עמלת הפרסום (עמלת בסיס). מקובל לומר שעמלה זו היא כ-15% מתקציב הפרסום של המפרסם וששיעורה ידוע למפרסם תמיד. רכיב שני של רווח הפרסומאי הוא עמלת היתר המשולמת לו

5 בשנת 2010 עמדה ההוצאה על פרסום בטלוויזיה על 42% משיעור ההוצאה הכללית; שיעורי ההוצאה שאחריה היו על עיתונות (31%) ועל אינטרנט (16%). ראו תמיר אגמון ועמי צדיק, ניתוח ההשלכות הכלכליות של ריכוזיות ובעלויות צולבות על כלי התקשורת, נובמבר 2011, עמ' 18 (להלן: אגמון וצדוק). זמין באתר הכנסת:

www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02952.pdf

6 דוח מרכזי (לעיל הערה 1), עמ' 105.

7 לסקירה של מבנה השוק בהקשר זה, משנת 2008, ראו ענת ביינ-לובוביץ', "דירוג חברות רכש המדיה של גלובס: יוניברסל מקאן רוכשת כיום 30% מהפרסום בטלוויזיה", גלובס, 29.7.2008. זמין באתר גלובס: www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000366146

8 דוח שטרם (לעיל הערה 1), עמ' 4.

על ידי חברת המדיה (למשל ערוץ הטלוויזיה). שיעורה נקבע כנגזרת של כמות המדיה שרכש. ככל שהפרסומאי רוכש כמות גדולה יותר של מדיה, כך גדלה עמלת היתר שמשלמת לו חברת המדיה. השיעור של עמלת היתר אינו ידוע למפרסמים (לפחות לא במלואו) ואינו מאושר על ידם חרף העובדה שמקורו בתקציבי הפרסום שלהם.

לפי הערכות של כמה גורמים, השיעור של עמלות היתר נע בין 5% ל-20%. כך, למשל, נתונים שנמסרו לעו"ד דרור שטרם על ידי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו – והועברו אליה לבקשתה מהזכייניות – העלו כי בתקופה שבין 1995 ל-2005 חל גידול בעמלות היתר משיעור ממוצע של 15% בתחילת התקופה ל-28% בסופה.¹⁰ עם זאת, גם כיום קשה לומר שיש נתונים מסודרים ושקופים בנושא.¹¹

עוד נציין כי מאז 2007 מוכרת תופעה של בקשות החזר מצד מפרסמים בגין עמלות היתר. התופעה אמנם זוהתה, אך ממדיה ומאפייניה אינם ברורים דיים: אין נתונים מדויקים לגבי בקשות ומגעים כאמור, לגבי תעריפי החזר, לגבי יכולת המיקוח של המפרסמים או לגבי שיעורי החזרים שהם מקבלים.¹²

התוצאה המתקבלת היא שחלק ניכר מהרווח של שוק הטלוויזיה המסחרית בישראל ושל שוק הפרסום בעיתונות ובאמצעי מדיה אחרים אינו מועבר למפרסמים באופן שיאפשר להגדיל את עוגת הפרסום, אלא מופנה אל השחקן המתווך הדומיננטי בשוק – הפרסומאים. בהינתן שהמפרסמים אינם מודעים לשיעור העמלה מדובר בכשל מידע בשוק הפרסום המשפיע על יכולתם לדרוש מחיר תחרותי יותר.¹³

אפשר למנות כמה גורמים לגידול בעמלות היתר המשולמות לפרסומאים. ראשית, בשנים האחרונות חלה מגמת גידול ניכרת בכוחם של משרדי הפרסום.

9 שטרם (שם, שם) העריך כי העמלה מגיעה לשיעור אפקטיבי של 15%. ראוי לציין שחלק ניכר מהבעיה נובע מכך שמאז 2008 אין הערכות מפורסמות של הנושא. ראו נתי טוקר, "המאבק על המנוע האמיתי של שוק הפרסום", הארץ, דה-מרקר, 11.12.2012, זמין באתר דה מרקר:

www.themarket.com/advertising/1.1883570

10 דוח שטרם (לעיל הערה 1), עמ' 5.

11 שם, שם. ראו גם בפרוטוקול הדיון בוועדת הכלכלה מאוגוסט 2012 (לעיל הערה 2).

12 שם, עמ' 4. ראו גם בפרוטוקול הדיון בוועדת הכלכלה מאוגוסט 2012 (לעיל הערה 2).

13 שם, עמ' 7.

הגדולים וביכולתם לרכוש מדיה במשותף. מגמה זו באה לידי ביטוי בקונסולידציה של השוק במקטע זה, הכוללת, כאמור, הקמה של מיזמים גדולים לרכש מדיה המשותפים לכמה משרדי פרסום. ביטוי אחר לגידול בכוח של משרדי הפרסום הגדולים הוא התופעה של רכש מדיה על ידי משרדי פרסום גדולים עבור משרדי פרסום קטנים.¹⁴ גורם שני לגידול בעמלות היתר הוא התעצמות התחרות בין זכייניות הטלוויזיה המסחרית על רקע ההקמה של ערוצים מסחריים נוספים ומלחמת החורמה על כיס המפרסמים. שלישית, רמת ההתפתחות הנמוכה של ערוצי הפרסום האלטרנטיביים כמו האינטרנט והסלולר והעובדה שערוצים אלה טרם מוצו וטרם פותחו בשוק הפרסום גורמות לכך שהם אינם חלופה אפקטיבית לפרסום בטלוויזיה. שיקולים אלה אמנם רלוונטיים בעיקר לתחום של רכש מדיה בטלוויזיה, שהוא חלק מרכזי בשוק, אך מטבע הדברים הם משפיעים על רכש מדיה בעיתונות הכתובה.

מצב שבו השוק מתפתח באופן הכולל פעילות של מתווכים אינו חריג; קיומו של שחקן מתווך בשוק הוא תופעה ידועה ומוכרת, ויש שווקים שבהם פעילות המתווכים מוסדרת.¹⁵ לקיומו של מתווך יש יתרונות וחסרונות. היתרונות באים לידי ביטוי בכך שהגורם המתווך מפתח מקצועיות והבנה של השוק, המאפשרת לו לשפר את יכולת המשא ומתן של המתקשר מול הספק. כך, בענייננו, חברות רכש מדיה בבעלות של חברות פרסום מגלמות מומחיות ייחודית בתחום, המשפיעה על כוח המיקוח של המפרסמים. הן מסוגלות לתכנן את הקנייה של משאבי הפרסום בצורה טובה יותר מהמפרסם ולנתח את התמהיל הנכון שנדרש לביצוע קמפיין וכך לשפר את היעילות של רכש המדיה. בצד היתרונות יש חסרונות.¹⁶ אחד החסרונות הוא מניעת מידע רלוונטי מהלקוח באופן המשפיע על יעילות העסקה. עמלות היתר משקפות מצב שבו הלקוח-המפרסם אינו מודע לנתונים הנוגעים לרכיב חשוב במחיר שהוא משלם. במילותיו של עו"ד שטרוב:

היעדר שקיפות בשוק, לגבי חלק מהותי מתקציבי הפרסום, יוצר מצב בו נראה כי התנאים המסחריים בענף נסגרים בין משרדי

14 שם, עמ' 5.

15 ראו, למשל, חוק המתווכים במקרקעין, תשנ"ו-1996.

16 דוח מרכזי (לעיל הערה 1), עמ' 106.

הפרסום הגדולים לבין שלוש הזכייניות¹⁷ ללא בקרה ולחץ מספיק של המפרסמים.¹⁸

על האמור כאן יש להוסיף את מגמת הירידה בשיעור ההוצאה על הפרסום מהתוצר בשנים 2004-2010. על פי מחקר שעסק בתופעת הבעלויות הצולבות/ האלקסוניות בשוק התקשורת, שיעור ההוצאה על פרסום מהתוצר עלה בתקופה זו ב- 12% ואילו שיעור התל"ג עלה ב- 44%. התוצאה היא ירידה בשיעור ההוצאה על פרסום מהתוצר – מ- 0.62% בשנת 2004 ל- 0.48% בשנת 2010, כמחצית מהיחס במדינות מפותחות בעולם.¹⁹ ההוצאה הנמוכה בישראל מוסברת במחקר על ידי שלושה גורמים: דמי התיווך הגבוהים בשל עמלות היתר; רמת הריכוזיות הגבוהה בכלל המשק הישראלי, הגורמת להוצאה נמוכה על פרסום; ורמת הריכוזיות הגבוהה בשוק המדיה, בעיקר בענפי הרדיו והטלוויזיה. בכל מקרה, היעדר התחרותיות בענף הפרסום הוא גורם דומיננטי.²⁰

ג. הגופים הרגולטוריים המעורבים

הצורך בהסדרה של סוגיית עמלות היתר יוצר מפגש בין כמה גורמי הסדרה: רשות ההגבלים העסקיים, הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, משרד התקשורת (ולמעשה הממשלה) והמחוקק. כל אחד מגורמי ההסדרה מוסמך להגן על אינטרס

17 כאמור, הניתוח של שטרם עסק במקטע הטלוויזיה בלבד, אף על פי שהתופעה רחבה בהרבה.

18 דוח שטרם (לעיל הערה 1), עמ' 8.

19 אגמון וצדיק (לעיל הערה 5), עמ' 18. בהקשר זה יש לציין את הירידה הניכרת בשיעור ההוצאה על פרסום בעיתונות (31%) ואת העלייה הדרמטית בשיעור ההוצאה על פרסום באינטרנט (484%) בתקופה הנסקרת. וראו גם דוידה לחמן-מסר, "על התלות בתשתית כלכלית ועל חסרונם של מודלים מובניים אל מול המציאות", העין השביעית 23.08.2012, זמין באתר העין השביעית: <http://tinyurl.com/the7eye-230812>

20 ראו שולחן עגול, מה הקשר? על הקשרים בין שוק הפרסום הישראלי לשוק התוכן במידה, ינואר 2012. קישור לשולחן העגול זמין באתר המכון הישראלי לדמוקרטיה: www.idi.org.il/events1/RoundTableDiscussion/Pages/116.aspx

אחר. לשני הראשונים מומחיות צרה יחסית ולשני האחרונים יכולת להסדיר את הנושא מתוך שקילות שיקולים רחבים או כלל-משקיים.²¹ עד היום נעשתה הסדרת הנושא באופן מקרי ולא מתוך ראייה אינטגרטיבית ורחבה של השאלות שהסוגיה מעלה בכלל ושל השלכותיה על שוק הטלוויזיה המסחרית בפרט. בכמה מקרים במשך השנים אף ניכר היה שגורם ההסדרה שהיה צריך לטפל בסוגיה נמנע מלעשות זאת ממש. במקרה אחד החל רגולטור תקשורת להסדיר את הסוגיה, אך פעילותו העלתה חשש לחריגה מסמכות. כדי לסקור את הניסיונות להסדרת הסוגיה וכדי להבין את עמלות היתר כשאלה מורכבת, המשקפת מפגש בין אינטרסים של כמה גורמי הסדרה, נציג את היקף המעורבות של כל אחד מהגורמים. הצגה זו תסייע לנו להכיר את האינטרסים המעורבים ובהמשך – את הצורך בשילוב כוחות בין גורמי ההסדרה לנוכח קיומה של רתיעה רגולטורית מהתערבות בנושא.

1. רשות ההגבלים העסקיים: הסדרה "מסורתית" (מדי) והיעדר אמירה ברורה על מצב השוק

כאמור, הסוגיה של עמלות היתר מעלה שאלה בדבר מניעת פגיעה בתחרות בגלל ריכוזיות שוק הפרסום. בתור שכזו, הסדרתה נמצאת באופן טבעי במסגרת המנדט החקיקתי והמומחיות של רשות ההגבלים העסקיים. אכן, רשות ההגבלים העסקיים עסקה בנושא במסגרת תפקידה בפיקוח על הסדרים כובלים ומיזוגים של מיזמי רכש מדיה. הסדרה כזו נאמנה לתפיסת המסורתית של ההתערבות ההגבלית: היא מתבצעת באופן תגובתי ולנוכח עסקה קונקרטית שעומדת על הפרק. כך, במשך השנים, במסגרת בקשות של שחקנים בשוק רכש המדיה (שהוא, כאמור, חלק משוק הפרסום), נדרשה הרשות לדון בפטורים מאישור הסדרים כובלים בבית הדין להגבלים עסקיים. במסגרת בקשות אלה לא נדרשה הרשות לסוגיה של עמלות היתר ברמה העקרונית והרוחבית, אלא עשתה בחינה נקודתית של מערכות היחסים בין הצדדים לבקשה ספציפית בשים לב למצב

21 שיקול הסדרה כלל-משקי הוא שיקול המתחשב בהשפעה של נושא ההסדרה על המשק בכללותו ולא על הענף הספציפי או על התחום הספציפי המוסדר. ראו, למשל, את התפיסה המגולמת בהצעת חוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ב-2012.

התחרות בשוק רכש המדיה באותה עת. החלטות הממונה בתחום זה ניתנות לאיתור באתר הרשות, ועולה מהן מדיניות לא אחידה בכל הנוגע לנטייה של הממונה לפטור שחקנים מאישור הסדרים ביניהם בתחום רכישת המדיה.

בשנת 2005 הניחה תפיסת הממונה שמדובר בשוק מבוזר ושאפשר לאשר פטורים למיזמים של רכש מדיה. תפיסה זו נבעה מתוך הנחה שאישור כאמור יעניק יתרונות לגודל. עם זאת, כבר בשנת 2005, במסגרת החלטה להעניק פטור לחברות ראובני-פרידן ושלמור-אבנון-עמיחי,²² בחר הממונה דאז (עו"ד דרור שטרום) להעיר על תופעת עמלות היתר הערה שלפיה – חרף העובדה שהוא לא מזהה בעיה בשלב הנוכחי – אם יתברר כי הקונסולידציה בשוק רכש המדיה תוביל להחרפת התופעה, יהיה מקום להציב תנאים באישור מיזמים של רכש מדיה כדי להבטיח את שקיפות המחירים בין המיזם לבין המפרסמים.²³ להערה זו קדמה בדיקה מטעם רשות ההגבלים העסקיים של התופעה של עמלות יתר בשנה שקדמה לה, שהובילה למסקנה שבשלב זה התופעה אינה "חרیפה".²⁴

לאחר שלוש שנים הונחה לפני הממונה בקשה לפטור את חברות יוניברסל ויונייטד (שתי שחקניות גדולות בשוק) מאישור הסדר ביניהן שזכה בעבר לפטור. או אז החליט הממונה שלא לפטור את החברות מאישור ההסדר משום שמדובר בהסדר שיקרב את החברות לכוח מונופוליסטי.²⁵ במסגרת החלטתו התייחס הממונה בפירוט לתופעת עמלות היתר. מסקנתו הייתה שחל גידול תלול בשיעורן, ולנוכח מסקנה זו החליט שלא לחדש את הפטור שמכוחו פעלה חברת יונייטד עד אז.²⁶ החלטה זו, בניגוד להחלטה הקודמת, כוללת ניתוח שוק מפורט המעיד על ריכוזיות ניכרת בשוק רכש המדיה. עולה ממנה כי בשנת 2008 סבר הממונה כי חל "גידול משמעותי בריכוזיות בקרב החברות לרכש מדיה",²⁷

- 22 החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים מיום 1.8.2005. נוסח ההחלטה זמין באתר רשות ההגבלים העסקיים: <http://tinyurl.com/bzp2rnp>
- 23 שם, עמ' 3-4.
- 24 שם, שם.
- 25 עותק של החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים מיום 14.8.2008. גלוי לעיון הציבור (זמין אצל הכותבים) (להלן: החלטת הממונה 2008).
- 26 שם, עמ' 3.
- 27 "ריכוזיות" במובנה ה"הגבלי" קרי ריכוזיות בתוך השוק של רכש המדיה לאור מדדי הריכוזיות שעל פיהם ערך הממונה את הבחינה.

כמו גם "גידול תלול בעמלת היתר שמקבלות חברות רכש המדיה, תוך פגיעה בתחרות ובציבור". בחינת הריכוזיות של שוק רכש המדיה לפי מדד נתח השוק של ארבע החברות הגדולות העלתה כי היא עולה בהתמדה. בשנת 2003 עמד מדד זה על 49%, ובשנת 2008 – נקודת הבחינה של הממונה – על 78%. בחינת השיעורים של עמלות היתר העלתה כי "בתוך תקופה של מספר שנים, עמלת היתר גדלה בממוצע בשיעור של למעלה מ-60%".²⁸ מסקנתו של הממונה הייתה שההסדר הכובל יוביל לתוצאות רעות ולכן – לנוכח קיומו של כוח שוק בתחום רכש המדיה – אין לאשר את הפטור.

הממונה הוסיף וקבע כי לעמלות היתר ולריכוזיות בשוק של רכש המדיה יש השפעה עצומה על ערוצי הטלוויזיה המסחרית. בלשונו: "הדינמיקה המסחרית בין חברות רכש המדיה לבין הערוצים המסחריים מתאפיינת בכושר מיקוח משמעותי של חברות הרכש הנובע ממבנה העלות הקשיח של הערוצים המסחריים ומהיכולת של חברות רכש המדיה לווסת את הקניות של משאבי פרסום בין הערוצים השונים". עוד קבע הממונה כי "חוסר היענות של ערוץ מסחרי למתן הטבה כזו או אחרת [לחברות הרכש; המחברים] עשוי לעלות לו בהסטת זמן פרסום לספק אחר".²⁹

נתון נוסף המייחד את חוות הדעת משנת 2008 הוא הניסיון הראשוני והלא מוצלח לשיתוף פעולה בין הממונה לבין הרגולטור של שוק התקשורת בבחינה של הסדר כובל. סעיף 14(ד) לחוק ההגבלים העסקיים קובע חובת הודעה של הממונה למנכ"ל משרד על בקשה לפטור שבתחום אחריותו של משרד ממשלתי.³⁰ במסגרת ההליך שקדם לחוות דעתו פנה הממונה למשרד התקשורת וזה הגיש לו חוות דעת. גם הרשות השנייה בחרה להגיש לממונה חוות דעת, המבוססת על ממצאיו של עו"ד שטרום. הממונה לא פירט את השיקולים שהובאו בחוות הדעת, אך ציין כי הם חיזקו את מסקנתו שלא לאשר

28 החלטת הממונה 2008 (לעיל הערה 25), עמ' 8.

29 שם, עמ' 7.

30 לשון הסעיף: "הוגשה בקשה לפטור לגבי הסדר בענין שהוא בתחום אחריותו של משרד ממשלתי הממשלה, יודיע הממונה למנהל הכללי של אותו משרד על דבר הבקשה ולא יחליט בבקשה לפני שעברו ארבעה עשר ימים מיום שנשלחה ההודעה".

את הפטור.³¹ חלק מההערכה של הממונה – שההסדר יפגע בתחרות – התבססה על חשיבותו של האינטרס הציבורי הנוגע לאיכות התוכן בערוצים המסחריים. הממונה ציין במפורש כי "אף הוקם גוף רגולטורי" האמון על הנושא, אך לא פירט בהרחבה כיצד שקל את אופי הפגיעה במגוון ובתוכן של התכנים בערוצים המסחריים ואף לא את ההשלכות של פגיעה זו על שווקים נוספים.³² מכל מקום, התמונה העולה מהחלטות הממונה שלא לתת פטור למיזם יונייטד ברורה מאוד: שיעורן של עמלות היתר עולה בהתמדה, יש ריכוזיות בשוק רכש המדיה, ויש צורך להגן על התחרות בשוק זה. נקודת ההתערבות הבאה הראויה לציון הייתה בשנת 2010, שעה שהובאה לפני הממונה בקשה לפטור מאישור הסדר כובל של חברות יוניברסל וגליקמן-נטלר-סמסונוב.³³ יוניברסל היא חברת רכש המדיה המובילה בישראל, והיא מספקת שירותים לחברת מאקאן-אריקסון, חברת הפרסום המובילה בישראל. יוניברסל ביקשה להתקשר בהסכם שלפיו היא תרכוש מדיה עבור משרד גליקמן במסגרת המגמה הכללית של חברות רכש המדיה הגדולות לרכוש מדיה עבור שחקנים קטנים בשוק. לאחר בחינה של הריכוזיות בשוק רכש המדיה החליט הממונה לאפשר הענקת פטור למבקשות. הנמקתו התבססה על כך ששוק רכש המדיה עובר תהליך של "שינוי במגמת ההתרכזות שזוהתה בעבר" ושכוח הרכישה של חברת יוניברסל אינו מעורר חשש לפגיעה בתחרות בתחום רכש המדיה.³⁴ החלטתו של הממונה לא נומקה, בניגוד בולט להחלטה המפורטת משנת 2008 שכללה נתונים רבים על מצב השוק ואף את שיעורי העמלות. כמו כן, אין בהחלטת הממונה ניתוח או הנמקה של מאפייני השינוי במגמת ההתרכזות של

31 החלטת ממונה 2008 (לעיל הערה 25), עמ' 12.

32 שם, עמ' 10.

33 החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים מיום 25.11.10; נוסח ההחלטה זמין באתר רשות ההגבלים העסקיים: <http://archive.antitrust.gov.il/ANTGetItemHtml.aspx?ID=10624>; ראו גם טוקר (לעיל הערה 9).

34 שם, בעמ' 3, נכתב: "בחינה של הענף כיום מלמדת על שינוי במגמת ההתרכזות שזוהתה בעבר. בפרט, מהנתונים המצויים בידי הרשות עולה כי כוח הרכישה המרוכז נכון להיום בידיה של יוניברסל (לרבות זה הנובע לה מהקשר עם גליקמן) אינו מעורר חשש לפגיעה בתחרות בתחום רכש המדיה".

השוק, של נתונים לגבי שיעורי עמלות היתר או של נתונים רלוונטיים אחרים. החלטת הממונה משנת 2010 היא העמדה הרשמית האחרונה שפרסמה רשות ההגבלים העסקיים. כזכור, עמדה זו אינה עמדה "עקרונית" בנוגע לריכוזיות בשוק הפרסום או בנוגע לעמלות היתר, אלא היא עמדה "אגבית" לצורך בקשת פטור נקודתית. מכל מקום, עמדת הממונה משנת 2010 – שלפיה שוק רכש המדיה עובר שינוי ודה-צנטרליזציה – אינה מבוססת על נתונים ועומדת בניגוד מובהק למגמה שזיהה בשנת 2008.

הנה כי כן, דיני ההגבלים העסקיים הם נתיב רגולטורי מרכזי להסדרת שוק עסקאות רכש המדיה. בה בעת, תיאור התופעה של עמלות היתר במונחי תחרות בשוק העסקאות בלבד מחמיץ את מלוא התמונה. ניסיון להצדיק את ההתערבות במונחים שוקיים בלבד יכול להוביל להצדקות צרות מדי, חרף קיומה של בעיה המצדיקה התערבות רחבה יותר. הסיבה לכך היא שעמלות היתר משפיעות במישרין על יכולת ההתפתחות של השחקנים בשוק התקשורת. בעיקר הן משפיעות על היכולת של זכייניות הטלוויזיה לייצר תוכן איכותי יותר ועל השוק הגוסס של העיתונות הכתובה. זו הסיבה המרכזית לכך שלטעמנו, תופעת עמלות היתר ממוקמת במרחב רגולטורי משותף (Shared Regulatory Space)³⁵ לרשות ההגבלים העסקיים ולשחקנים נוספים במערכת ההסדרה. להלן נראה את השחקנים הרלוונטיים הנוספים ואת הדרכים (הלא מוצלחות) שבהן הם פעלו (או חדלו מלפעול) עד כה.

2. הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו: התערבות אינטנסיבית על גבול הסמכות

בשנת 2007 החלה הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו לגבש מדיניות להסדרה של עמלות היתר לאור עמדתה שמדובר בנושא המשפיע במידה ניכרת על האינטרס הציבורי שעליו היא מופקדת. במסגרת זו, בתקופת כהונתה של יו"ר המועצה

35 לדיון תאורטי עקרוני במושג "המרחב הרגולטורי המשותף" ובדרכים לשיפור הפעולה הרגולטורית במצבים כאלה ראו, לאחרונה, Jody Freeman and Jim Rossi, "Agency Coordination in Shared Regulatory Space" 125 *Harv. L. Rev.* 1131 (2012)

הציבורית של הרשות דאז נורית דאבוש, גיבש הממונה על ההגבלים העסקיים (לשעבר) עו"ד דרור שטרם חוות דעת מומחה שהציגה את הפגיעה של עמלות היתר ביכולת של הזכייניות לבצע הפקות מקור. וכך יוצא שטרם התערבויות הממונה מהשנים 2008 ו-2010 כבר החליט הרגולטור על התקשורת המסחרית בישראל לנהל מדיניות בתחום עמלות היתר. לדעתנו מעורבות הרשות השנייה השפיעה במידה מסוימת על מעורבות הממונה על ההגבלים העסקיים, ובכך נודע לה יתרון מסוים, אך כלל לא ברור שהיא בוצעה במסגרת הסמכות של הרשות השנייה.

ההצדקה המרכזית להתערבותה של הרשות, כעולה מחוות הדעת של שטרם, היא הקשר בין רכיב עמלות היתר לבין רכיב הפקות המקור שבהן חויבו הזכייניות. אכן, יש קשר הדוק בין שיעור ההוצאות של הזכייניות לבין שיעור החובות שלהן בתחום התוכן: חובת הזכייניות לייצר תוכן איכותי היא פונקציה של שיעור ההכנסות שלהן, ולכן ככל שהן מציגות הוצאות גדולות יותר חובה זו מצטמצמת. גידול ברכיב של עמלות יתר (הוצאה של הזכייניות) מוביל מיד לצמצום המחויבות שהרשות השנייה יכולה להטיל עליהן בתחום הפקות המקור.

עמדתו של עו"ד שטרם הייתה שעל הרשות השנייה לפעול להגברת השקיפות במה שנוגע לשיעור עמלות היתר ולהפעיל את הסמכויות המסורות לה בחוק לצורך קבלת דין וחשבון מהזכייניות. עו"ד שטרם המליץ כי בשלב הראשון תפעיל הרשות את סמכותה לפי סעיף 24(א)(10) לחוק הרשות השנייה, המאפשר להתקין כללים בעניין דינים וחשבונות שייתן בעל הזיכיון לרשות לצורך הסדרת הדיווח על עמלות היתר; בשלב השני תורה הרשות לזכייניות לדווח על עמלות היתר וההנחות שניתנו למפרסמים לשם הגברת השקיפות של רכיב זה; ובשלב השלישי היא תפעל לפרסם לציבור את הנתונים שמסרו הזכייניות כדי להגביר את שקיפות המחירים בשוק. עו"ד שטרם הכיר בכך שפרסום המידע לציבור מחייב שינוי בתקנות הרשות.³⁶

הגברת שקיפות המחירים הייתה הצעד הראשון שהוצע ולאחריו הומלץ לנקוט שני צעדים נוספים: האחד הוא הסמכת הרשות שלא להכיר בהוצאות

36 דוח שטרם (לעיל הערה 1), עמ' 10.

מסוימות של זכייניות (קרי, בשיעור מסוים של עמלות היתר), והאחר הוא נקיטת עמדה מצד הרשות במיזמים לרכישה משותפת של מדיה. במסגרת המלצה זו ציין עו"ד שטרומ כי חוק ההגבלים העסקיים מאפשר – ולעתים מחייב – היוועצות בגורמים מקצועיים וכי במקרים של מיזמי רכש מדיה מומלץ שהרשות השנייה תחתור לגבש עמדה ברורה ולהציג אותה לפני הממונה על ההגבלים העסקיים. עו"ד שטרומ סיים את המלצותיו בכך שאם צעדים אלה לא יועילו, על הרשות השנייה לפנות למשרדי המשפטים והתקשורת כדי ליזום חקיקה בתחום עמלות היתר ולבחון את האפשרות לאמץ את המודל הצרפתי, שם החוק אוסר על תשלום של עמלות סוכן בשוק הפרסומות.

מועצת הרשות השנייה דנה בדוח שטרומ בשנת 2008 ואימצה כמה ממסקנותיו. מההחלטה שקיבלה ביום 6.1.2008 עולה כי המועצה "רשמה לפניה" את דוח שטרומ בנוגע לצורך בהסדרת הנושא והחליטה על ארבעה צעדים:

א. בכדי לוודא שהאינטרס הציבורי נשמר בהתאם לחוק ולכללים יש לוודא קיומה של שקיפות מלאה בין הרשות לבין בעלי הזיכיון בטלוויזיה וברדיו בכל הנוגע לעמלות המשולמות ע"י בעלי הזיכיון. לשם כך יש לקבוע מנגנון פשוט להעברת המידע הרלוונטי לרשות, תוך אבחנה בין סוגי העמלות השונות (עמלות בסיסיות, עמלות יתר, הטבות והנחות שונות הניתנות על ידי הזכיינים למפרסמים ולפרסומאים). המועצה מנחה את ועדת כספים לדון עם הנהלת הרשות על הסדרת מנגנון שיבטיח את השקיפות הנדרשת.

ב. לקראת הדיון בממצאי הדוח השנתי של הרשות לשנת 2007 (במחצית שנת 2008) בכוונת המועצה לבחון את שיעור העמלות הנוהג ובהתאם להתפתחויות להכריע האם יש צורך בקביעת שיעור העמלות המקסימלי שיוכר בניכוי מהכנסות הזכייין לצורך קביעת הכנסתו נטו. זאת, בדומה לעקרון שמצא ביטוי בשעתו בתקנות הכספים בעניין זה. המועצה מנחה את יועמ"ש הרשות לגבש ולהגיש לחברי המועצה טיוטת התקנות שידרשו לעניין זה.

ג. המועצה מנחה את יו"ר המועצה לפנות במכתב לממונה על ההגבלים העסקיים במטרה להגביל מיזמי רכש מדיה משותפים למשרדי פרסום גדולים אשר יש בהם סכנה לפגיעה בתחרות בשוק הפרסום.

ד. המועצה אינה מוצאת לנכון ליזום חקיקה הנוגעת להסדרת העמלות בסוגי המדיה השונים וזאת ע"מ להימנע מהחלשת המדיום הטלוויזיוני.³⁷

הרשות השנייה לא אימצה את כל ההמלצות שבדוח שטרם אלא רק את השלב הראשון, קרי את הדרישה מהזכייניות להעביר מידע בנוגע לשיעורים של עמלות היתר. נוסף על כך גובשה הצעה לתיקון של תקנות הרשות השנייה כך שיאפשרו פיקוח אינטנסיבי יותר על השקיפות בעסקאות רכש המדיה של הזכייניות. במסגרת ההצעה, שהועברה לשר התקשורת, נשקלה גם אפשרות מחמירה שלפיה לא יוכרו ניכויי הוצאות של הזכייניות אלא לפי הסכמים כתובים שיציג הזכייין בנוגע לשיעור העמלות. אפשרות אחרת שנשקלה היא קביעת שיעור לניכוי מרבי של עמלות, בדומה למצב שהיה נהוג בעבר. ייתכן שהרשות נקטה צעדים נוספים, אך לא איתרנו מידע רשמי ועדכני על צעדים כאלה.

המעורבות של הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו נבעה מהכרה בהשפעה המידית שיש לעמלות היתר על הפעילות של זכייניות הטלוויזיה המסחרית המפוקחים על ידה. עיקר ההשפעה נוגעת להיקף התוכן האיכותי שזכייניות הטלוויזיה המסחרית מפיקות – עניין שהוא לב האינטרס שעליו מופקדת הרשות. עם זאת, קשה להתעלם מכך שהתערבותה של הרשות השנייה הייתה, במהותה, התערבות "הגבלית" לשם פיקוח ושקיפות מחירים בשוק רכש המדיה (רק בעסקאות של הזכייניות) – שוק שאינו מוסדר, ולא אמור להיות מוסדר, על ידי הרשות השנייה. הממונה על ההגבלים העסקיים מחזיק בסמכות ייחודית להגנה על תחרות, והרשות השנייה מחזיקה בסמכות ייחודית לפיקוח על שידורי הטלוויזיה המסחרית. המחוקק הבחין במפורש בין שתי ההסמכות. שימוש

37 ההדגשות שלנו. נוסח ההחלטה זמין באתר הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו: <http://tinyurl.com/ag5luop>

בסמכות של הרשות השנייה לשם הגנה על האינטרס הציבורי בתחום התחרות הוא שימוש לא מוצדק.

עניין זה העלה מיד את שאלת הסמכות של הרשות השנייה להתערבות כזו. נראה כי החלטת המועצה – שלא אימצה את מכלול הצעדים שהציע עו"ד שטרם – מעלה שהרשות הייתה מודעת במידה כלשהי לשאלה זו. גם ברמה המקצועית – אף שברור כי הרשות השנייה רלוונטית לבחינה של הסדרת הסוגיה – אי-אפשר להתעלם מכך שהשוק שהיא מסדירה ושהפריזמה שהמנדט החקיקתי שלה מכתוב הפכים אותה לגורם מוגבל, ככל שהיא עומדת לכדה. במקרה הגרוע יותר – שעה שהיא מנסה להוציא לפועל יוזמות שמהותן היא הסדרה של תחרות בשוק רכש המדיה – אפשר אף לטעון שמדובר בחריגה מסמכות (ולו מפני שהיא מוסמכת להסדיר את שידורי הטלוויזיה והרדיו המסחריים, וסמכות זו כלל אינה כוללת פיקוח על שוק הלווין או פיקוח על העיתונות והמדיה באינטרנט). לכן – אף שהרשות הייתה תומכת נלהבת באינטרסים של הזכייניות בהקשר זה – מכלול האינטרסים שלה אינו מקיף את כל השחקנים הרלוונטיים בתחום. אנו סבורים כי מדובר במעורבות לא רצויה של שחקן במרחב הרגולטורי, המשקפת את רצונו להתרחב להסדרה של התחרות בשוק הפרסום ללא הצדקה עניינית (וקרוב לוודאי שלא סמכות חוקית), שהרי לצד ההשפעה המידית של עמלות היתר על הפחתת הפקות מקור בשוק הטלוויזיה ועל מצבו הכלכלי הרעוע של ערוץ 10, יש להתייחס גם לפגיעה בשוק העיתונות הקורס ובסיכונים מסוגים רבים, וכן לפגיעה בהתפתחות של שוק הפרסום באינטרנט ובחדירה של מפרסמים ואתרי תשתית לישראל וכיוצא באלה.

3. משרד התקשורת: היערכות להסדרה כוללת ולאחר מכן נסיגה

משרד התקשורת הוא השחקן השלישי במרחב הרגולטורי. חשיבותו בכך שבמדינת ישראל – כמו במדינות דמוקרטיות רבות – אין הסדרה רגולטורית מרכזית של סקטור הפרסום, המוסדר ברגולציה עצמית. הואיל וזה המצב, התערבות למען הסדרה של היבטים נקודתיים בשוק צריכה לכלול את משרד התקשורת, שהוא הגורם הממשלתי הרלוונטי להסדרה האמורה. למרות הצורך במעורבותו המשרד נדרש לסוגיה באופן מהוסס ומעורר תהיות. תחילה קראה ועדה מקצועית חשובה

להסדרה מקיפה של הפיקוח על עמלות היתר, אך לאחר מכן נקטעו באבחה ניסיונות של גורמים מקצועיים במשרד לנהל מדיניות בנושא. בשנת 2009 נדון נושא עמלות היתר בוועדת מרדכי, שבחנה אפשרות לשינוי של שיטת ההסדרה בתחום הטלוויזיה המסחרית.³⁸ ועדת מרדכי התייחסה לנושא בקצרה, אך הציבה אותו כחלק מהשאלות שיש לבחון במסגרת הסדרה מחודשת של שוק הטלוויזיה המסחרית. המלצת הוועדה בהקשר זה הייתה שמשדרי הממשלה הרלוונטיים יבחנו את הצורך בהסדרה ואת אופן ההסדרה הנכון של עמלות הפרסום בכל אמצעי המדיה עד לאמצע שנת 2010.³⁹ יש לשער שהוועדה ביקשה לקדם את בחינת הצורך בהסדרת הנושא בחקיקה ממשלתית בצד הצורך באכיפה מוגברת בכלים שכבר עמדו לרשותם של הרגולטורים הרלוונטיים. "בשל מורכבות הנושא"⁴⁰ בחרה הוועדה שלא לבחון אותו לעומק בעצמה, אלא רק לקרוא לגורמים הרלוונטיים להסדירו בצורה מקיפה יותר. בהמשך, במאי 2009, התקבלה החלטת ממשלה מס' 133. בסעיף 6 להחלטה (המאמץ למעשה את המסקנות של ועדת מרדכי) נקבע כי הממשלה מחליטה –

להנחות את שר התקשורת לגבש בהתייעצות עם מועצת הכבלים והלויין והרשות השנייה עד ליום 1 באוקטובר 2009 מדיניות לטיפול בנושא עמלות הפרסום המשולמות על ידי המפרסמים והגופים אשר מוכרים זמן שידורי פרסומות לחברות המתווכות בתחום הפרסום, לרבות מנגנון שיבטיח שקיפות בתשלום עמלות. שר התקשורת יציג בפני ועדת שרים לענייני חברה וכלכלה עד למועד האמור את המדיניות האמורה וכן המלצות להמשך פעולה בנושא.⁴¹

בדצמבר 2009 דווח בעיתונות כי בכיר במשרד התקשורת שלח מכתב לחברות הפרסום ובו, על פי הדיווח, "התבקשו החברות להעביר מידע על עמלות היתר

38 רוח מרדכי (לעיל הערה 1).

39 שם, עמ' 7.

40 שם, עמ' 105.

41 נוסח ההחלטה זמין באתר של משרד ראש הממשלה:

www.pmo.gov.il/Secretary/GovDecisions/2009/Pages/spoke133.aspx

שהן מקבלות ממשרדי הפרסום שלהן".⁴² על פי אותו דיווח, הצעד של שר התקשורת נבע מלחץ שהפעיל עליו מנכ"ל ערוץ 10, ובעקבות המכתב פנו משרדי הפרסום לייעוץ משפטי וגיבשו טענה שלפיה לא מוטלת עליהם כל חובה להעביר למשרד התקשורת נתונים על שיעורי העמלות. מיד לאחר מכן התייחס שר התקשורת לנושא והצהיר כי נושא ההסדרה של עמלות היתר והגברת שקיפותן "אינו על סדר היום" של משרד התקשורת וכי למשרד אין כוונה לעסוק בהסדרתו.⁴³ בהמשך נדחתה יוזמה להקמת ועדה מקצועית לטיפול בסוגיה, וכן נדחתה הכוונה לחוקק אותה במסגרת חוק ההסדרים.⁴⁴ מהתיאור לעיל עולה, לכל הפחות, כי גורמים מקצועיים במשרד התקשורת (הן בוועדת מרדכי והן באגף הכלכלי במשרד) סברו בשנת 2009 כי ראוי שהמשרד יתערב, אבל לחצים מלחצים שונים הובילו להסרת הסוגיה מסדר היום.

4. המחוקק (הפרטי): איתותים על נכונות להסדרה

סוגיית עמלות היתר הגיעה לכנסת בשנה האחרונה בעקבות איתותים של חברי כנסת בדבר כוונתם להסדירה בחוק. בשלב זה מדובר בהסדרה במסגרת חקיקה פרטית ולא בהודעה של הממשלה על כוונה לחוקק. מובילי היוזמה בכנסת היוצאת הם חברי הכנסת יוליה שמאלוב-ברקוביץ' מקדימה וכרמל שאמה-הכהן מהליכוד. הללו הודיעו כי בכוונתם להסדיר את הנושא בחוק בהשראת הצעתו של עו"ד שטרומ וברוח החקיקה בצרפת, האוסרת תשלומי עמלה בעסקאות פרסום. בשלב זה טרם פורסמה הצעת החוק, ונדמה כי פרסומה מתעכב משיקולים הנוגעים לרגישות העניין.

42 ראו מיכל תוסייה כהן, "המכתב המסתורי שהצית מחדש את פרשת עמלות היתר", **כלכליסט**, 1.12.2009; זמין באתר כלכליסט:

www.calcalist.co.il/marketing/articles/0,7340,L-3369504,00.html

43 ראו, למשל, לייאור אברבך, "משרד התקשורת מקפיא את הבריקה בנושא עמלות היתר", **גלובס** 3.12.2009; זמין באתר גלובס:

www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000519398

44 ישיבה של ועדת הכלכלה (לעיל הערה 2), עמ' 32-33.

במסגרת מאמצי החקיקה כינס ח"כ שאמה-הכהן דיון פגרה מיוחד ב"כשלי שוק והעמלות בתחום הפרסום".⁴⁵ מהדיון, שעסק ביוזמת החקיקה בנושא, עולה כי בזמן הדיון כלל לא היה ברור שעמלות היתר מושפעות רק מכוח השוק של הפרסומאים (אף שהללו עדיין דומיננטיים בקביעתן); ייתכן שהעמימות בשוק העסקאות היא אינטרס הן של המפרסמים הן של הפרסומאים, המתדיינים ביניהם על תשלומי החזר מתוך העמלות ששולמו.⁴⁶ עוד עלה מהדיון כי נציגים של ארגוני המפרסמים והפרסומאים הצהירו כי בקרב המפרסמים והפרסומאים יש הכרה גוברת – ככל הנראה בעקבות איתותי המחוקק – בצורך להגביר את השקיפות בשוק עסקאות הפרסום ואף בצורך להגביר את הרגולציה העצמית של סקטור הפרסום.⁴⁷ מדברים שנשאו נציגי רשות ההגבלים העסקיים שהשתתפו בדיון עלה כי הרשות לא פעלה בנושא בשנים האחרונות משום שלא נדרשה אליו במסגרת בקשות קונקרטיות לפטורים או לעסקאות מיזוג. אף על פי שהצעת החוק טרם פורסמה בזמן הדיון בחרה ח"כ שמאלוב-ברקוביץ' לסיים את הדיון בוועדה בהקראה של כמה מסעיפי ההצעה, ככל הנראה כדי לחזק את הצהרת הכוונות שלה ושל ח"כ שאמה-הכהן ולרמוז על הסדרים המרכזיים שייכללו בה. הסעיפים שצוטטו מבטאים רצון להסדיר ישירות את השקיפות בשוק העסקאות אבל גם לפקח באופן הדוק מדי על המחירים בשוק זה:

- א. לא ימכור אמצעי תקשורת למתווך תקשורת שטח פרסום, זמן שידור או שירות הוצאה לאור או הפצה של עלוני פרסום שלא עבור מפרסם מסוים, ידוע מראש, ובמסגרת חוזה הרשאה כתוב ממפרסם זה.
- ב. בכל הקשור לרכישת זמן שידור או שטח פרסום עבור מפרסם מסוים, יהא המפרסם צד להסכם של מתווך תקשורת עם אמצעי התקשורת.

45 ראו לעיל הערה 1.

46 ישיבה של ועדת הכלכלה (לעיל הערה 2), עמ' 12-13, 18, 26-27.

47 שם, עמ' 16, 18, 20-27.

ג. כל הנחה, טובת הנאה או יתרון כספי שווה ערך מכל סוג אותו מעניק אמצעי התקשורת למתווך התקשורת יפורטו בהסכם בין שלושת הצדדים.

ד. לא יקצה אמצעי תקשורת יותר מ-18% מזמן שידור תשדירי פרסומת או משטח הפרסום אותם הוא מציע למתווך תקשורת אחד או לכל חברה הקשורה אליו.

ה. השר, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, יקבע את שיעור העמלות המרבי אותו יוכל לשלם אמצעי התקשורת למתווך התקשורת.⁴⁸

כעולה מהסעיפים לעיל, ההצעה הנוכחית תוביל להסדרה נחוושה של הנושא ובכלל זה לקביעה של שיעורי העמלות בתקנות שיקבע שר התקשורת. במילים אחרות: ההצעה תביא למשטר של פיקוח על מחירים הלכה למעשה. אף שייתכן שכמה מרכיבי ההצעה הם איתותים בלבד שתכליתם לשדר לשוק הפרסום ולשחקניו כי אם לא ישנו את המצב המחוקק יתערב, נראה כי המחדל הרגולטורי עד עתה יצר את ההכרה בצורך הדחוף שבהסדרת הנושא בעקבות ההשפעות השליליות העצומות של המצב. מפרוטוקול הדיון בוועדת הכלכלה עולה גם ההכרה של המפרסמים והפרסומאים בצורך זה.

ד. הצעה להסדרת הטיפול בעמלות היתר בשוק הפרסום

בחלק זה נציע מתווה כללי להסדרת עמלות היתר. הנחת העבודה שלנו בשלב ההמלצות היא שמדובר בסוגיה רגישה ומורכבת, שיש לה השפעות עצומות על התחרותיות בשוק הפרסום ועל הפעילות של שחקנים מרכזיים בשוק התקשורת. נקדים ונאמר כי בעידן של משברים קשים בשוק הטלוויזיה המסחרית ובעיתונות הכתובה, הסדרה מיידית של הנושא הכרחית. בצד זה, הסדרת הנושא צריכה להתחשב בכל השחקנים המעורבים ובכלל זה בחברות הפרסום (ובשחקנים אחרים בשוק הפרסום). עליה לכלול גם את הגורמים המאגדים את האינטרסים של שחקנים אלה.

אופי ההסדרה המוצעת צריך להתחשב בתובנות העולות מניתוח ההסדרה עד היום. בראש ובראשונה מדובר בסוגיה שגורמים רבים במרחב הרגולטורי קראו ופעלו להסדרתה. נוסף על הרשות להגבלים עסקיים (שפעלה רק באופן מגיב) ניסו שני רגולטורים חשובים – הרשות השנייה ומשרד התקשורת – לנהל מדיניות בנושא (הראשונה באופן אגרסיבי והשני באופן פסיבי ומהוסס). המדיניות של הרשות השנייה שאפה להגביר את שקיפות התעריפים של עמלות היתר. משרד התקשורת היה אמור לטפל בסוגיה לאור המלצות ועדת מרכזי, וככל הנראה גם במסגרת נוספות, אך בשלב מסוים נסוג במוצהר ובמפורש. נראה כי ניסיונות לנהל מדיניות הסדרה של רשות אחת בלבד לא צלחו.

לבסוף, מדובר בסוגיה רגישה שבין המפרסמים הגדולים לבין חברות הפרסום הגדולות – מצב שהופך את הסדרתה ל"יקרה" לרגולטור אחד ול"מסוכנת" לפוליטיקאים.

לנוכח כל האמור לעיל מתווה ההמלצות לפעולה כולל שני שלבים. בשלב הראשון, אנו ממליצים על פעולה מידית של הממונה על ההגבלים עסקיים בשיתוף רגולטורים בשוק התקשורת ותוך הפעלה אקטיבית של סמכות. בשלב השני – בהנחה שהפעולה שבשלב הראשון לא תהיה אפקטיבית – שילוב הסמכה ספציפית של הממונה על ההגבלים העסקיים לפעולה בשוק הפרסום, בצד ההסדרים המוצעים בהצעת החוק של חברי הכנסת שמאלוב-ברקוביץ ושאמה-הכהן.

1. השלב הראשון: רגולציה חזקה יותר בהובלת

הממונה על ההגבלים העסקיים

אנו ממליצים כי הממונה על ההגבלים העסקיים יפעל מיד להסדרה נחושה יותר של הסוגיה באמצעות פעולה ממשית לבחינת התחרותיות בשוק הפרסום, ללא צורך בשינוי המצב החוקי והמשפטי.

המלצה זו מבוססת על ההבנה, העולה בבירור מהסקירה דלעיל, שהתופעה מעלה שאלות מורכבות של תחרותיות בשוק הפרסום הנוגעות לסמכותו ולמומחיותו של הממונה על ההגבלים העסקיים. עמדתנו העקרונית היא שראוי שרשות ההגבלים העסקיים היא שתוביל את המדיניות לצורך הבהרת הסוגיה.

אם, כעולה מעמדת הממונה משנת 2010, עמדת רשות ההגבלים העסקיים היא שאין בעיית תחרות בשוק רכש המדיה, ראוי שעמדה זו תובלט לעיני הציבור בצורה מנומקת וגלויה בהרבה מזו הנוכחית. לעומת זאת אם הטענות של הרשות השנייה ושל שחקנים אחרים בשוק נכונות, ראוי לאמץ מיד מדיניות של שקיפות מחירים בנוגע לעמלות היתר ולבחון בצורה מקצועית את הנושא על ידי הגורמים הרלוונטיים.

מורכבות הסוגיה ורבי-ממדיותה – כמו גם מיקומה במרחב רגולטורי משותף לכמה רשויות הסדרה – מצדיקים שיתופי פעולה הדוקים עם הרגולטורים בתחום התקשורת, ובכלל זה נקיטת פעולה ממשית (ולא מגיבה) של הממונה בדפוסי פעולה מיוחדים שלא ננקטו בעבר. לשם כך אנו ממליצים על כמה צעדים:

א. רגולציה משותפת, ללא צורך בחקיקה, בהובלת הממונה על ההגבלים העסקיים. בהמשך להמלצות של ועדת מרדכי אנו מצטרפים לעמדה שלפיה הסדרה אפקטיבית של הסוגיה תיעשה באמצעות פעולה משותפת של הרגולטורים הרלוונטיים. ואולם בניגוד להמלצות ולהחלטות קודמות, אנו סבורים כי ראוי שהממונה על ההגבלים העסקיים יוביל את הסדרת הסוגיה. בהובלת הממונה אפשר יהיה לקבוע מדיניות במשותף, למשל: להתקין תקנות במשותף, להתקין הנחיות מינהליות במשותף ולפרסם הצהרות משותפות של מדיניות פומבית. פעולות כאלה ואחרות⁴⁹ שונות מפעולות היועצות, שהן לרוב תוצאה של כפייה. דרך הפעולה המוצעת אינה טעונה חקיקה ראשית, אך היא בהחלט טעונה החלטה של גורמי ההסדרה להתחיל לפעול.

49 פעולות נוספות שאפשר לחשוב עליהן הן שילוב של כללים שנקבעו ברשות אחת במסגרת התקנת כללים של רשות אחרת; פעולה לפי כללים לדוגמה של רשות אחרת; יצירת כללים במשותף (Joint Rulemaking) או יצירת מסמכי הבנות (Memorandum Of Understanding; MOU). ראו Freeman and Rossi (לעיל הערה 35), עמ' 1167-1167 והערות שוליים 186 שם. דוגמה להסכם הבנות כזה, משנת 1954, היא ההסכמה בין FDA לבין FTC בשאלות של פרסומות לתרופות מרשם: לפי ההסכם, רק אחת מהרשויות תפעיל אכיפה נגד שחקן שהפר נורמות בתחום אלא אם האינטרס הציבורי מחייב אחרת. ראו שם, והערות שוליים 140. בעמ' 1162-1163, שם מובאות דוגמאות מורכבות יותר, מהשנים האחרונות, בכלל זה דוגמה להסכם משנת 2009 לשיתוף פעולה בין תשע רשויות בנוגע לתשתיות חשמל בקרקעות פרדליות.

- ב. שימוש אינטנסיבי יותר בסמכות היועצות במקרים של פטורים ומיזוגים. במסגרת זו אנו סבורים כי גם במצב המשפטי הנוכחי על הממונה לאמץ פרשנות שלפיה היועצות עם רגולטורים בשוק התקשורת במקרים של מיזוגים או פטורים בשוק הפרסום היא היועצות שבחובה.
- ג. דרישה להנמקה רחבה של החלטות הממונה בנוגע לשוק. הכוונה להנמקה רחבה בהרבה מזו שניתנה בהחלטות פטור קודמות. דוגמה להנמקה רחבה כזו היא ההחלטה משנת 2008, שנומקה באופן המאפשר לגורמים המקצועיים ולציבור להבין את הבעיה בצורה טובה יותר.
- ד. שימוש בסמכות ליתן חוות דעת מקדמית לצורך בחינה יזומה של התחרותית בשוק. אנו סבורים כי על הממונה לשקול הפעלה של סמכויות שמוקנות לו על פי החוק כדי להוביל מדיניות אקטיבית בנושא ולא להסתפק בהסדרתו באמצעות פיקוח על עסקאות ספציפיות. בהקשר זה אנו סבורים כי סוגיית עמלות היתר חשובה דיה כדי להצדיק הפעלה של סמכות הממונה לפי סעיף 43 לחוק,⁵⁰ שמכוחו הוא רשאי ליתן חוות דעת מקדמית (pre ruling). אכן, כלי זה משמש היום למטרות אחרות. בשנת 2004 אף גיבש הממונה, לפי סמכותו, אמות מידה למתן חוות דעת כזו,⁵¹ ונראה שהן מכוונות אותו לתת חוות דעת רק אגב עסקאות נקודתיות ולא בשאלות רוחביות עקרוניות (עניין הראוי לבחינה מיוחדת).⁵² ובכל זאת הסמכות הקבועה בסעיף 43 יכולה להיות נקודת מוצא טובה (גם אם לא ממצה) לבחינה מקיפה של שאלת עמלות היתר.⁵³

50 נוסח הסעיף: "הממונה רשאי ליתן חוות דעת מקדמית וכן לקבוע ולפרסם נוהל למתן חוות דעת כאמור; אין בהוראות סעיף זה כדי לפגוע בשיקול דעתו של הממונה אם ליתן חוות דעת מקדמית, ולעניין זה רשאי הממונה להביא בחשבון גם את נסיבות המקרה ואת סדרי העדיפויות בפעילות הרשות".

51 חוות הדעת זמינה באתר רשות ההגבלים העסקיים:
www.antitrust.gov.il/Files/HPLinks/Preruling2.pdf

52 שם, סעיפים 3-4.

53 ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 43 מרתקת. ראו למשל פרוטוקול דיון מס' 58 [ללא כותרת] משיבה של ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 19.9.2002, בעמ' 19.

התפיסה הבסיסית שאנו מציעים, הכוללת הפעלה ייחודית של סמכות ופעולה בשיתוף ובתיאום (ולא רק בהיוועצות) עם רגולטורים נוספים, צריכה להנחות את הממונה בגיבוש עמדתו בכל הנוגע לעמלות היתר בפרט ולשוק רכש המדיה בכלל. במסגרת עמדתו זו עליו לשתף פעולה עם רגולטורים ולוונטיים אחרים אגב שימוש בכלים משפטיים ואחרים לצורך גיבוש של מדיניות מקיפה ושקופה יותר מזו הנוכחית.

לדעתנו, עמדה זו גם מתיישבת עם עמדתו של הממונה על ההגבלים העסקיים עצמו בנוגע לתפקידיה של הרשות בשנים הקרובות, כפי שהיא משתקפת מתכנית העבודה שלו לשנת 2012.⁵⁴ עיון בתכנית העבודה מעלה כי הממונה אימץ תפיסה אקטיבית יותר להובלת הרשות בשנים הבאות, שבמסגרתה תעבור הרשות טרנספורמציה – "מרשות הגבלים לרשות תחרות".⁵⁵ תהליך זה יכול מאמצים לקידום אקטיבי של התחרות ולא רק למניעת פגיעה בה בכלים ההגבליים המוכרים,⁵⁶ בשאיפה ל"הרמוניה עם רגולטורים אחרים".⁵⁷ אם בכוונת הרשות למצב את עצמה כגורם המספק ייעוץ משפטי בתחום ההגבלים העסקיים למשרדי הממשלה⁵⁸ (ואולי אף למחוקקים ממש), פעילות בתחום עמלות היתר יכולה להיות צעד נכון וראוי בכיוון זה.

אנו מודעים לכך שהפעלת הסמכות באופן המוצע אינה אינטואיטיבית. לדעתנו, לשון הסעיף – כמו גם התכלית האובייקטיבית (ואולי אף הסובייקטיבית, אף שהיא פחות דומיננטית בפרשנות חקיקה בישראל) – מאפשרות הפעלה כזו. כאמור, השימוש שאנו מעוניינים שהממונה יעשה שונה מהשימוש ה"מסורתי", אבל הוא בהחלט אפשרי מבחינה משפטית. ברוח זו גם אפשר לאמץ חלופה מרוככת יותר ולהודיע כי הממונה שוקל להשתמש בסמכות זו לבריאת השוק.

54 תכנית העבודה זמינה באתר רשות ההגבלים העסקיים: <http://tinyurl.com/b5eoxpk> (אוחזר לאחרונה ביום 17.10.2012).

55 שם, שקף 1.

56 שם, שקף שכותרתו "חטיבת התחרותיות".

57 שם, שקף שכותרתו "הרמוניה עם רגולטורים אחרים".

58 שם, שם.

2. השלב השני: הסדרה של סוגיית עמלות היתר בחקיקה

קשה להתחמק מהמסקנה שלנוכח ההיסטוריה של אי-הסדרה של סוגיית עמלות היתר ושל המצב החמור שאליו נקלע השוק, קידום הסדרה חקיקתית של הסוגיה הוא בלתי-נמנע. תופעת עמלות היתר היא מורכבת ורגישה משום שהיא נוגעת בעצביו הרגישים של שוק הפרסום. זו הסיבה שמאז שנת 2004 לא ננקטה כל פעולה יזומה מצד מי מהרגולטורים המוסמכים להסדרה מקיפה יותר של הנושא, פרט להערתה של ועדת מרדכי.

אנו סבורים כי הכלים שהוצעו לעיל בשלב הראשון צריכים לשמש בסיס לחקיקה. לטעמנו יש להסדיר את עצם שיתוף הפעולה בין הרגולטורים בתחום עמלות היתר, ולא את גובה העמלות או את כמות רכש המדיה, שהם היבטים פרטניים וקשיחים מכדי להסדירים בחקיקה.

יתרונה היחסי של רשות ההגבלים העסקיים הוא בפיקוח על התחרות. על כן אנו ממליצים להוסיף לרשות סמכויות שיגבירו את יכולת הפעולה של הממונה על ההגבלים ואת יכולת שיתוף הפעולה בין רגולטורים ולהסדיר את הסוגיה בחקיקה מפורשת – ככל שהדבר יידרש – בשים לב למאפיינים אלה:

א. ראשית, כלל לא ראוי להסדיר את הנושא בחקיקה פרטית. יש להעבירו למסלול חקיקה ממשלתית כדי לערב את גורמי המקצוע הרלוונטיים בהסדרתו. איננו מתעלמים מכך שבעבר נכשלו ניסיונות להסדרה ממשלתית, אך אין הדבר מייתר את הצורך הדוחק בכחינה מקצועית של הסוגיה על ידי הגורמים הממשלתיים. בהקשר זה נעיר כי בניגוד לניסיונות ההסדרה במשרד התקשורת ובמשרד האוצר, למיטב ידיעתנו לא נעשה ניסיון רציני לערב את הממונה על ההגבלים העסקיים ואת משרד המשפטים בגיבוש המדיניות ובהסדרה עקרונית של הסוגיה.

ב. הטלה של חובת כתב וחובת שקיפות על עסקאות בשוק רכש המדיה, ללא הגבלה על רכש מדיה וללא פיקוח על מחירים. אנו מצטרפים להסדר שהציעו חברי הכנסת שמאלוב-ברקוביץ' ושאמה-הכהן, בכל הנוגע לקביעת הסדרים שתכליתם הגברה של השקיפות בשוק העסקאות (במשולש מפרסמים-פרסומאים-חברות מדיה). פיקוח כזה, הן באמצעות דרישת כתב והן באמצעים אחרים, חיוני ביותר להגברת המידע שבידי המתקשרים. עם

זאת, לדעתנו אין לכלול בהצעה הסדר של פיקוח על מחירים או הגבלה על טווח שטחי המדיה שאפשר לרכוש, וודאי שאין לעשות זאת ללא מחקר מעמיק יותר של השוק, של היקף התחרותיות בו בעת הנוכחית ושל ההשלכות של פיקוח כזה על השחקנים בשוק העסקאות, על שוק התקשורת ועל הציבור. גם הסמכה של שר התקשורת לקבוע את שיעור העמלות המרבי שיוכל אמצעי תקשורת לשלם למתווך התקשורת יכולה לגרום עיוותים לא רצויים, כגון חוסר יעילות, לחצים על השר וחוסר יכולת להגיב במהירות הנדרשת לשוק משתנה.

ג. הסמכת הממונה לבחון את התחרותיות בענף הפרסום במסגרת חטיבת התחרותיות. לאחרונה, בייחוד לאחר המלצות דוח טרכטנברג, חל שינוי בתפיסת תפקידו של הממונה על ההגבלים העסקיים בישראל. השינוי בא לידי ביטוי בנכונות של הממשלה (ושל המחוקק) להטיל על הממונה תפקידים אקטיביים יותר בהגנה על התחרות במשק (וגם בכחינה של שאלות הנוגעות לריכוזיות על-ענפית). בין היתר בא שינוי זה לידי ביטוי בהקמה של חטיבת התחרותיות ברשות ההגבלים העסקיים. החטיבה, שהוקמה והחלה לפעול בשנה האחרונה, מוסמכת מכוח החלטת ממשלה לנהל מעקב שוטף אחר התחרות בשוקים נבחרים במשק.⁵⁹ החטיבה מתאימה מאוד לבחינת הסוגיה, ואנו מציעים שהיא תוסמך לבחינת התחרותיות בשוק הפרסום בכלל ובשוק רכש המדיה בפרט. אנו מציעים שהסדרת הנושא תבוצע באמצעות הסמכה מיוחדת מטעם המחוקק של הממונה על ההגבלים העסקיים לבחון את התחרותיות בשוק הפרסום. הסמכתה כמוצע תהיה המשך ישיר להתפתחות נכונה של הסדרת הנושא, אגב התמקדות בשוק הפרסום כמקרה נבחר להפעלת החטיבה. בפרט אנו מציעים לשלב הסמכה זו בהצעת החוק המתגבשת או אף לחוקקה כנפרד:

הממונה רשאי לערוך בדיקות לגבי רמת התחרות בענף הפרסום, לרבות בחינת קיומם של כשלים בתחרות וחסימים לתחרות, וכן

59 ראו סעיף 3 להחלטת הממשלה מס' 3984 מיום 18.12.2011. זמינה באתר של משרד ראש הממשלה: www.pmo.gov.il/Secretary/GovDecisions/2011/Pages/des3984.aspx

רשאי הוא למסור את המסקנות המנומקות של בדיקותיו ואת המלצותיו לשר התקשורת, לשר האוצר, ולעומד בראש גוף המוסמך להסדיר את ענף התקשורת לפי דין.⁶⁰

ד. לחלופין, במקרה של הסמכת שר התקשורת להתערב בשוק או לקבוע את מחירי העמלות, חובה לדעתנו שהסמכה זו תוקנה לצד חובה לקבל את הסכמתו של הממונה על ההגבלים העסקיים לקביעות השר.

ה. סיכום

תופעת עמלות היתר מעלה בעיה תחרותית בסיסית הקשורה לחוסר שקיפות המחירים בשוק רכש המדיה. ככל הנראה מצב זה פוגע בתחרות ויוצר השפעות לוואי על שווקים משיקים (טלוויזיה, עיתונות, תוכן, יצירה). הנחת העבודה הזו היא מחמירה מעט בהשוואה לעמדת רשות ההגבלים העסקיים, כפי שהיא משתקפת בהערת הממונה משנת 2010, והיא מקלה מאוד בהשוואה לחומרת התופעה כפי שמתארים אותה שחקנים בשוק התקשורת והטלוויזיה.

החשש לפגיעה בתחרות בשוק רכש המדיה משפיע השפעה מידית על שווקים נוספים, על יצירת תוכן ציבורי ועל ההגנה על שווקים בתחום התקשורת. מדובר בגורם המשפיע מהותית על שוק התוכן המפוקח על ידי הרשות השנייה, על שוק העיתונות וייתכן שעל היבטים רחבים יותר הנוגעים לרגולציה של שוק הפרסום עצמו. מדובר בסוגיה שהסדרה מקצועית שלה דורשת התחשבות בשיקולים מתחום התחרות ומתחום התקשורת (במובנו הרחב), ולא ברור שמהלך חקיקתי להסדרתה יכול לצאת לפועל בלי עבודת הכנה מקצועית משולבת שתעמיד את התשתית המקצועית לחקיקה כזו.

בנייר זה סקרנו את התופעה, את המרחב הרגולטורי המשותף שבו היא מתקיימת, את האינטרסים של גורמי ההסדרה ואת הניסיונות של גורמי ההסדרה לנהל מדיניות בנושא. המלצנו על צעדי פעולה בכמה שלבים, המתמקדים

60 השוו להצעת חוק לשינוי חברתי וכלכלי (תיקוני חקיקה) (הגברת התחרות), התשע"ב-2012, סעיף 44 לחוק העיקרי.

בתיאום ובשיתוף פעולה הדוק יותר בין גורמי ההסדרה בהובלת רשות ההגבלים העסקיים. אנו סבורים כי המלצותינו משקפות את דרך המלך להסדרה מקצועית ואפקטיבית יותר מזו שנהגה עד עתה או מאלה העומדות על הפרק.

לפני סיום נוסף כי אף שסוגיית עמלות היתר היא אתגר מרכזי בין האתגרים שבהסדרת תחום הפרסום, העיסוק בה איננו מייתר את הצורך להידרש בצורה רחבה יותר לשאלה בדבר מודל הפיקוח על סקטור הפרסום בישראל. מודל כזה יכול מתן מענה לשאלות רחבות יותר, בכללן מערכת היחסים בין משרדי הפרסום לבין היוצרים בתחום פרסום סמוי, אתיקה בפרסום ושימוש בהון פוליטי בשוק הפרסום. ייתכן שבעידן שבו מובעים ספקות כלליים באשר לאופי הפיקוח על שוק הטלוויזיה, כמו גם הצורך להסדיר את מגרש המשחקים באמצעות הכרעות על דרכי הפיקוח על תכנים זהים המועברים דרך כלל הפלטפורמות (שידורי ברודקסט, טלוויזיה רב-ערוצית ותכנים ברשת) וכפופים למשטרים רגולטוריים שונים זה מזה, חלקים בהסדרה צריכים לחול ישירות על הפרסומאים ולא רק על זכייני הטלוויזיה. דברים אלה דורשים דיון נרחב ומעמיק. מובן שיש להכריע גם באשר לסוג הרגולציה הראוי – רגולציה עצמית הפועלת בהצלחה חלקית בחלק מהנושאים או מעורבות רגולטורית גדולה יותר של המדינה.

