

עיקר ממצאי הדו"ח

א. כללי

1. מוקד הבדיקה שנעשתה הוא בהבנת המשמעות של שינויים כלכליים שחלו בשוק הטלוויזיה המסחרית ובשווקים המשיקים לו – על האינטרס הציבורי עליו מופקדת הרשות השנייה על פי חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן – 1990 (להלן: "חוק הרשות השנייה"). בשלב עוקב התבקשו המלצות לפעולה אם נמצא שיש יסוד לפעולה מצד הרשות.

2. הבדיקה נעשתה על יסוד מידע שבידי הרשות וראיונות עם הנפשות הפועלות בסקטורים הרלבנטיים. המידע שנתקבל, לעתים חרף קשיים שהערימו גורמים שונים הנוגעים למעגל הבדיקה, מגבש תמונה סבירה אודות עיקרי המגמות וההתרחשויות "בשוק", הכל ברמת הראיה המנהלית הנדרשת מרשויות המינהל.

3. האינטרס הציבורי עליו מופקדת הרשות השנייה הוא בראש ובראשונה – איכות שידורי הטלוויזיה המסחרית, תקינותם ונאותותם, המגוון שלהם, הביטוי ליצירה הישראלית והעברית בהם, רמתם וכיוצא באלה. איכות השידורים נמדדת בין היתר בכמות ההפקות שהן "הפקות סוגה עילית" והפקות שהן "הפקות מקור". להגשמת אינטרסים אלה ישנם ערכים שהם בעלי אופי מכשירי (אינסטרומנטלי): התחרות בענף, רמת היצירה, רווחיות הזכיינים וכיוצא באלה.

על פי חוק הרשות השנייה – ס' 5(א) תפקיד הרשות הוא "קיום שידורים והפיקוח עליהם".¹ לשם כך ניתנו למועצה סמכויות, בסעיף 24 לחוק, להתקין כללים, בין היתר לנושאים אלה:²

"(1) סוגי השידורים, נושאייהם, תוכנם, אופיים ורמתם, בין בדרך כלל ובין לעניין מסויים"

(8) מספר התוכניות והיחס הכמותי ביניהן לפי: (א) סוגי התוכניות; (ב) אוכלוסיות היעד אליהן מכוונת התוכניות; (ג) הפקות מקומיות, כהגדרתן בסעיף 58, או תוכניות אחרות; (ד) הפקות מקומיות קניות, או הפקות עצמיות של בעל הזכויות."

(10) דינים וחשבונות שיתן בעל הזכויות לרשות."

4. על פי המודל הסטטוטורי הקיים – ישנה זיקה הדוקה בין רמת ההוצאות שמוציאים הזכיינים לבין כמות ההפקות שהם מחויבים בהן,³ ולגובה התמלוגים שהם משלמים לרשות השנייה:⁴ ככל

¹ סעיף 5(ב) מחייב את הרשות לפעול במגמה לקיים אינטרסים חברתיים מגוונים. ² סעיף 24 לחוק. ³ סעיף 24 לחוק. ⁴ סעיף 24 לחוק.

³ ראו התוספת השניה לחוק הרשות השנייה. היקף הפקות הסוגה העילית שם נגזר מן ההוצאה השנתית המזערית המוגדרת לפי הכנסות הזכיינים. המונח "הכנסות" מופנה לסעיף 100 לחוק אשר מכוחו הותקנו תקנות הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (כספים), התשנ"ב – 1992 (ק"ת 5453, התשנ"ב עמ' 510) – להלן: "תקנות הכספים".

- שהוצאות הזכיינים בגין "עמלות והנחות" גבוהות יותר – כן קטנה "עוגת ההפקות" שהרשות מטילה על הזכיינים לבצע בשם האינטרס הציבורי עליו הופקדה – איכות השידורים. קיים אפוא **אינטרס ציבורי ברור ש"עוגת ההפקות" לא תקטן שלא כדין**, או באופן שיש בו פגם כלשהו.
5. על פי דיווחי השנים האחרונות – גדל מאד המרכיב של "עמלות והנחות" אותן מנכות הזכייניות מכלל הכנסותיהן מפרסום. המדובר בעליית מרכיב כלל ה"עמלות והנחות" מרמה ממוצעת של **15% בשנת 1995** – לרמה ממוצעת של **28% בשנת 2005** (כשאחד הזכיינים מגיע ל-30%). זהו גידול מאסיבי במרכיב "מפחית הפקות" כשעוגת הפרסום כולה לא פחתה.
6. הפחתה זו המאיימת על האינטרס הציבורי הישיר עליו מופקדת הרשות השנייה הניעה אותה לתהליך בדיקה של התהליך הכלכלי שבסיומו מתקיימים השידורים וההפקות.
7. מטרת הבדיקה היתה לבדוק אם ההתפתחות שהביאה לגידול המאסיבי במרכיב העמלות הינה התפתחות שוק טבעית שאין אלא להשלים עימה או "פגם שוק" שיש לבדוק את האפשרות לפעול לצמצומו ולתיקונו, בכלים הקיימים (או בכלים שיש לבקש מהמחוקק). מלאכה זו נושאת מאפיינים מובהקים של רגולציה כלכלית. לכן יש לבחנה בכלים המשמשים בסוג זה של הסדרה.
8. מן הבדיקה שנערכה לאורך חודשים עולים מספר מימצאים המחייבים, לדעתי, את הרשות לפעולה בכמה רמות, במהלכים עוקבים ומותנים על פני זמן. תחילה יפורטו עיקר המימצאים.

ב. הרקע – השחקנים בתעשייה ו"שרשרת המזון"

9. התעשייה המניבה את הכנסות הזכיינים היא רובה ככולה תעשיית הפרסום ולפיכך התמקדה הבדיקה בה.
10. השחקנים העיקריים בקו הייצור הכלכלי של זרם הכנסות בתעשייה הם: המפרסמים – שתקציבי הפרסום שלהם גוזרים את תוחלת ההפקות; הפרסומאים – המבצעים עבור המפרסמים את הפקות הפרסומות ("קריאייטיב") וברוב המקרים גם רוכשים עבורם את הפרסומות ("רכש מדיה"); ופלטפורמות הפרסום – גורמי וערוצי המדיה לסוגיהם – המוכרים מקום וזמן להבאת הפרסומות לעינו, אוזנו ותשומת ליבו של הציבור.
- צד ל"שרשרת המזון" הזו הם גם יוצרים ומפיקים המעניקים שירותים הן ביצירת מכלול התכנים המופקים עבור בעלי הזכויות כהפקות מקומיות, והן עבור שוק תשדירי הפרסומות שהוא שוק משני עבורם, אך בעל חשיבות כלכלית. ככלל, ניתן לומר כי "שוק היצירה" ניזון באופן דומיננטי ממעגל ההכנסות הנעות כתקציב פרסום מכיסם של המפרסמים – אל בעלי הזכויות הרוכשים בו תכנים. לצד "שוק הפרסום הטלוויזיוני" ושוק "התוכן" לצופים קיים אפוא גם "שוק היצירה הטלוויזיונית".
11. לעולם זה נכנסו לפני שנים שחקנים המתמקצעים ברכש מדיה ואינם משרדי פרסום – חברות מדיה עצמאיות. עד היום נתח השוק של שחקנים אלה הינו צנוע מאד. ככלל, ניתן לומר שהשוק

⁴ תקנות הכספים סעיפים 4 ו-5, ש.מ.

הישראלי לא עבר לדפוס של פיצול בין זהות ספק "הקריאייטיב" לבין ספק המדיה, כפי שקורה במקומות אחרים בעולם.⁵

12. משרד הפרסום משמש כ"סוכן" של המפרסם, שלוחו לרכישת מדיה – אל מול ערוצי הטלוויזיה השונים. הוא אינו "מפיץ" הרוכש סחורה למלאי שלו ואחר כך מוכר אותה למפרסמים בשוק הפתוח.⁶ הוא פועל עבור מפרסמים מוגדרים, מקבל מהם את כספם כתקציב ורוכש בו לפי הוראותיהם.⁷

13. התחקות אחר מעגל ההכנסות וזרימת תקציב הפרסום מעלה כי מתקציב הפרסום מקבלים הפרסומאים עמלה בסיסית ששיעורה עומד לרוב על 15%. עמלה זו ידועה ללקוחותיהם המפרסמים.

14. בנוסף לכך מקבלים משרדי הפרסום עמלה מערוצי הטלוויזיה המסחרית בשיעור המגיע לעתים אפקטיבית כדי 15% (ועשוי להגיע במקרי קיצון גם כדי 20-17% בהתאם להסכמים הספציפיים שבין בעל הזכיון לפרסומאים או למיזמי רכש המדיה שלהם), וזאת בהתאם לכמות המדיה הנרכשת על ידי משרד הפרסום (ככל שהמשרד רוכש כמות זמן פרסום גדולה יותר – גדל שיעור עמלת היתר).⁸ שיעורה של עמלה זו אינו ידוע למפרסמים ואינה מאושרת על ידם, אף שמקורה בתקציביהם המרוכזים אצל אותו משרד פרסום. למרות זאת, מאז שקיומה של תופעת עמלות היתר בכללותה, כענין מהותי וניכר, נודע ברבים – דאגו חלק מן המפרסמים לדרוש ולקבל "החזר" בדמות אחוזים בודדים (בדרך כלל, על פי המדווח, בין 4-6% עם סטיות שבהשפעה הכללית אינן משמעותיות).

15. בנוסף לאלה ולכאורה ללא קשר להכנסות הפרסומאי – מתקיים משא ומתן בין משרד הפרסום (בשם לקוחו המפרסם) לבין ערוצי הטלוויזיה על המחיר למפרסם של "זמן שידור פרסומי". משא ומתן זה נערך לעתים בנוכחות המפרסם והמחיר שנקבע הוא המחיר הידוע למפרסם.

מסתמנת תופעה לפיה חלק ממשרדי הפרסום הגדולים מקבלים הנחה נוספת (מעבר להנחה שסוכמה עם לקוחם המפרסם) על כמות הזמן הכוללת זמני השידור של לקוחותיהם המפרסמים – וכי הנחה זו אינה ידועה למפרסם וגם אינה מועברת לו כהנחה, אלא למשרד הפרסום.⁹

16. בחינת הנעשה בתעשייה מגלה מגמה ברורה: הגידול המסיבי לאורך זמן אינו ב"עמלה הבסיסית" שמשלמים המפרסמים לפרסומאים – אלא דווקא באותו נתח של הכנסת הפרסומאים שהוא סמוי

⁵ ככלל, דוחפים משרדי הפרסום להצמדת השירותים של קריאייטיב ורכש מדיה ל"סל אחד" של שירותים למפרסם. זאת, למרות שהשוק יכול להציעם בנפרד. במצב זה ההכנסה של הפרסומאים מרכש מדיה מסבדת לא פעם את הקריאייטיב. השוק אמנם מציע שירותי רכש מדיה בנפרד, אולם קיימות מגבלות בנושא זה (לעתים אף מצד המדיה עצמה), לחצים (מכרז הרכבת) וגם חוסר נחישות של המפרסמים. הסבר חלקי לתופעה מצוי בכך ששירותי הפרסומאים הם, בסוף היום, מבודלים במהותם.

⁶ ע"א 442/85 זוהר נ' מעבדות טרבנול פ"ד מד(3) 661.

⁷ משמעות הדבר היא כי הוא חב חובת נאמנות כלפי שולחו המפרסם, וכן כי אין הוא רשאי לקבל טובת הנאה בקשר עם השליחות שאינה בהסכמתו וממילא בדיעתו של השולח - חוק השליחות, התשכ"ח – 1968, סעיף 8.

⁸ הגידול הינו "מן השקל הראשון" – דהיינו כשעולים מדרגה בשיעור העמלה המגיעה למשרד הפרסום – חל הגידול רטרואקטיבית על כל ההכנסות שהביא אותו משרד באותה שנה. תופעה זו אינה מתקיימת בדווקנות כזו במדינות אחרות.

⁹ נראה כי במהותה זו דומה ההנחה על זמן לעמלת יתר הסמויה מעינו של המפרסם.

מעניי לקוחם המפרסם – עמלות היתר, אותן מקבלים הפרסומאים מבעלי הזכיון - ערוצי הטלוויזיה.

17. יש לציין כי אל מול גידול מסיבי זה אין מזוהה כל שירות חדש מהותי ומשמעותי שמקבלים ערוצי הטלוויזיה מהפרסומאים. המשמעות היא כי מסך "עוגת" תקציבי הפרסום נגס חלק הולך וגדל לטובת הפרסומאים, כשהקטנת "עוגת ההכנסות" של בעלי הזכיון בטלוויזיה היא בעלת השלכה ישירה על היקף ההפקות, לרבות הפקות סוגה עלית, שבעלי הזכיונות חייבים בהן.¹⁰

18. בחינת התהליכים שהובילו לגידול זה מצביעה על מספר גורמים, שאינם בהכרח בגדר "רשימה סגורה" ועיקרם בהתרחשות כמעט מקבילה של אלה:

18.1 **גידול בעוצמת משרדי הפרסום כרוכשי מדיה** – עם הקמת מיזמי רכש מדיה המשותפים למספר משרדי פרסום משמעותיים וזאת במצטבר לתופעה של רכש מדיה על ידי משרדי פרסום גדולים עבור משרדים אחרים, קטנים יותר.¹¹

18.2 **הגברת התחרות בין זכייניות הטלוויזיה המסחרית** – על רקע עלייתו של ערוץ שלישי ותחילת פעולתו של "ישראל 10".

18.3 **התפתחות ערוצי פרסום נוספים ואלטרנטיביים** צומחים כמקור איום עתידי לצד אימוץ, על ידי חלק מהמפרסמים של דפוסי פרסום מוגבלים. בהקשר זה ניתן להצביע על ההצבר של כל אלה: התפתחות מואצת של שוק הפרסום באינטרנט, הגידול בערוצי הטלוויזיה המפרסמים, התפתחות הפרסום על גבי הפלטפורמה הסלולרית, אימוץ דפוס חדש של השקת מוצרים חדשים בעצימות פרסומית נמוכה.

18.4 **מצב השוק**: לצד ווקטורים אלה, שלרובם אופי של מגמה יציבה, כמעט קבועה, שיחק גם מצב השוק ורמת הביקושים לפרסום בטלוויזיה תפקיד של ממש, כאשר הגידול בביקושים אלה כפועל יוצא של היציאה מהמיתון במשק והגברת הצמיחה – בושש לבוא. נראה כי מצב זה יצר עמדת מיקוח נוחה יותר לרוכשי המדיה.¹²

19. כל הגורמים הללו הביאו לכך שמרכיב עמלות היתר (בהגדרתו ברחבה - לרבות בנוסחים והנחות הניתנות לפרסומאים) האמיר באופן מהותי ומשמעותי וכמעט שהכפיל את עצמו לאורך עשור, כאמור מרמה של כ-15% לרמה של כ-28% במוצק לכלל הזכיינים כאשר לחלק מהם הוא גבוה מכך. נתוני ריכוז מדוחות הזכיינים לרשות השנייה שנמסר לי על ידי הרשות מצביעים על כך:

¹⁰ השלכה מפחיתה זו נובעת מכך שמחויבויות הזכיינים נגזרות מהיקף "הכנסותיהם" כשהמונח "הכנסות" מוגדר בתקנות הכספים כסך כל טובות ההנאה שמקבלים בעלי הזכיונות למעט עמלות למפרסמים (תקנה 4 לתקנות הכספים).

¹¹ כיום מחזיקים מיזמי המדיה של משרדי הפרסום הגדולים בנפח משמעותי מכלל רכישות המדיה.

¹² לאחרונה ניכרת הטבה במצב השוק על רקע מה שמסתמן כ"תגובה מאוחרת" של דרגי קבלת החלטות למצב הכלכלי המשופר ונתוני הצמיחה.

אחוז הנחות ועמלות	ערוץ 10
	2002
	2003
29%	2004
30%	2005

לא כולל את טלעד

אחוז הנחות ועמלות	כלל ערוץ 2
15%	1995
15%	1996
18%	1997
18%	1998
21%	1999
22%	2000
21%	2001
24%	2002
30%	2003
25%	2004
28%	2005

לא כולל את רשת

שיעורים אלה כוללים גם טובות הנאה אחרות הניתנות לפרסומאים, לרבות זיכויים, תשלומים אחרים וכן הנחות שניתנו בדיעבד (לאחר קבלת כספי תקציב הפרסום בידי המדיה) – אם ניתנו.

20. אמנם ממרכיב זה של עמלות יתר נהנה בעקיפין גם חלק מהמפרסמים, שכן לחלק מהם ניתן "החזר" של חלק מהעמלות (העומד על שיערו של כ 4-6% מהתקציב), אולם הבעיה המרכזית היא שגידול כה מסיבי במרכיב עמלות היתר אינו חשוף וגלוי ל"מבחן השוק" אלא נשמר במסתרים, הרחק מעיני המפרסמים ומידעתם כאשר תקציביהם הם מקור הדבר.

במילים אחרות, התמונה המתקבלת היא כי חלק ממשי ואף מהותי מפירות התחרות המתגברת בשוק הטלוויזיה המסחרית, במקום שייטיב עם המפרסמים, יביא להגדלת עוגת הפרסום ויוריד עוד יותר את המחירים – הופנה לתמרוץ המתווכים הגדולים בענף, תוך הגדלת מרכיב ההוצאות של הזכייניות באופן ניכר ומהותי, באופן שיש בו להשליך על "עוגת ההפקות" המחויבת עבור ציבור הצופים.

21. התמונה המתקבלת מן השיחות עם הנפשות הפועלות בשוק היא של שוק שפועל בתנאי חוסר שקיפות, בהיקפים מהותיים (גודל אי השקיפות "נטו" מסתמן בכ-10% מהתקציבים).¹³

22. התופעה המדאיגה בתהליך זה אינה רווחיותם של משרדי הפרסום. רגולציה בכלל והרשות השנייה בפרט אינם עוסקים ב"חלוקת העושר" בין שחקנים בשוק, ואין זה מתפקידם לדאוג לרווחיות או מפני חוסר רווחיות אדם זה או אחר, בפרט כאלה שאינם בעלי רשיונות או זכויות מטעמם של הגורמים הממלכתיים המסדירים. על כן רווחיות זו של משרדי הפרסום (או העדרה) לא עמדה במוקד הבדיקה ואינה נמנית על מימצאיה ובהתאם, היא גם אינה עניין לפעולת הרשות השנייה.¹⁴

¹³ במספר ניכר של שיחות דווח לי על כך שלחוסר השקיפות נלווים לעתים נהגים מדאיגים של חשבונות המוצאות גבוהות יותר מהעלות בפועל "כדי שהלקוח יראה" אבל בפועל יוצא "זיכוי" למשרד הפרסום (עצם קיומו של הזיכוי קיים בהסכמים של הפרסומאים עם זכייני טלוויזיה); דובר בכך שלעתים ביקשו מזכיינים להוציא חשבונות כפולות; להוציא אישורים בעייתיים; לתת הנחה מהמחיר לזמן שידור אבל להוציא ללקוח המפרסם "חשבונות כרגיל".
¹⁴ עצם בדיקת הנושא העלתה והציפה כלפי מפרסמים אחדים את הבעיה שלהם עם משרדי הפרסום הפועלים עבורם כשלוחים וכסוכני פרסום, והיו גם כאלה שהגישו הליכי משפט בשל כך.

23. הבעיה העיקרית היא מה תופעה כלכלית של הגדלת עמלות היתר בצורה כה מהותית – עושה לאינטרס הציבורי עליו מופקדת הרשות השנייה: כמות השידורים לציבור, איכותם ומגוונם. כאשר עקב התפתחות שוק נורמלית, טבעית שאינה בה פגם – נפגע האינטרס הציבורי כי אז אין בידי הרשות להתערב שכן אין בידה לשנות מהותית את אורחות פעולתו של שוק תחרותי ותקין.

24. ואולם, כאשר נראה כי ההתפתחות הכלכלית המאיימת לפגוע ופוגעת באינטרס הציבורי עליו מופקדת הרשות השנייה אינה תולדה של התפתחות בשוק תחרותי ונורמלי, אלא כרוכה בפגם שוק או בכשל שוק – כי אז על הרשות חובה לבחון שימוש בסמכויותיה לעשות לתיקון המעוות בכל הקשור בתפוקת השידורים לציבור, ובדגש על אותם מקטעים בהם אמורה פעילות הרשות לתקן "כשל שוק" ("הפקות סוגה עילית" כחלק מעוגת ה"הפקות המקומיות" ועידוד ההפקה ו"היצירה הישראלית").

25. בהקשר זה של הגידול המסיבי בעמלות היתר לאורך שנים, המשולמות על ידי הזכיינים למפיצים כשלוחי המפרסמים, ללא ידיעת המפרסמים עצמם על היקפי תשלומי העמלות - ניתן וצריך להצביע על שני מוקדי בעייתיות עיקריים של פגיעה באינטרס הציבורי עליו מופקדת הרשות:

25.1 האחד – עניינו במבנה ההוצאה לשידור של הזכייניות. על פי הדין החל נגזרות חובותיהן של זכייניות הטלוויזיה המסחרית מהיקף הכנסותיהן לחסר הוצאותיהן על "עמלות למפרסמים". יוצא כי ככל שגדל מרכיב העמלות וההנחות – יורד היקף התוצר לציבור של הפקות שונות ובהן הפקות סוגה עילית והפקות מקור. עניינה המרכזי של הרשות הוא בפגם זה.

25.2 בעיה אחרת היא בהטיה הפוטנציאלית ובהקהיית מנגנון השוק - העדר השקיפות ופגם השוק שנוצר עקב כך מונעים שרשרת תועלת המלאה מן התחרות בין הזכייניות לידי מבקשי הפרסום וצרכניו הסופיים – קהל המפרסמים. יש מקום להנחה הסבירה כי שרשרת ההכנסות הנובעת מתקציבי הפרסום היתה שקופה, היו המפרסמים מפקים תועלת גבוהה יותר (מחיר לדקה חשיפה נמוך יותר), התוצר הפרסומי היה עולה ומזין את התעשייה בצמיחה גבוהה יותר משקרה בפועל. כל זאת בהעדר ראייה להיפוכו של דבר, ובהנחה כי בתנאי שקיפות ומידע מכלכלים השחקנים את פעולותיהם להשאת תועלתם.

26. אגב אורחא ובשולי הדברים אעיר כי נראה שקיים פוטנציאל לתפקוד לא תקין של השוק כאשר מנגנון השוק מועד במערך התמריצים הקיים להטיה ברורה הנובעת מניגוד עניינים פוטנציאלי.¹⁵

27. בהקשר זה עלתה מחלק השיחות האפשרות כי התחרות בין חברות המדיה לא תביא לפתרון הבעיה אלא במידת מה החריפה אותה משום שהתחרות מתנהלת בין היתר על הגברת התמריצים השליליים ואי השקיפות ולא "נטו" על מתן ההטבות למפרסמים. תחרות המתנהלת בתנאי חוסר שקיפות מהותיים עלולה פעמים רבות ליצור עיוותים קשים בשוק ולהחריפם.

¹⁵ פרסומאי עלול למצוא את עצמו בניגוד עניינים בניהול ענייניו של המפרסם: מחד – עומדת טובת הלקוח באשר לערוץ הפרסומי שייבחר ומאידך עומדת טובתו של הפרסומאי עצמו – בהשאת עמלותיו מערוץ פרסומי מסוים. פוטנציאל קשה זה של ניגוד עניינים טבוע בסיטואציה של עמלות היתר ומחיריף ככל שחלקן היחסי של עמלות אלה בעוגת ההכנסות של הפרסומאי – גדל. עניין זה אמנם אינו במוקד פעולתה של הרשות וסמכויותיה אך יש בו ללמד על ההטייה הגלומה במנגנון עמלות היתר בתנאים בהם אין עמלות אלה שקופות ל-Principal ממנו נובע וזורם תקציב הפרסום המזין את התעשייה כולה.

28. משיחה עם חברות המדיה עצמן – עולה כי הבעיה אינה רק נחלתה של הטלוויזיה: קיימת גם בתעשיית המדיה המודפסת (עיתונות – Print) (אם כי נראה שהדברים מתנהלים שם במתכונת מעט שונה ובהיקף מוגבל יותר) וגם באינטרנט (בהיקף גבוה בהרבה לאור חולשתו היחסית של התחום כאטרקציה פרסומית). נדרשת ראיית פתרונות רחבים יותר מאשר לטלוויזיה בלבד, אבל הטלוויזיה נראית בהחלט מוקד מהותי ומשמעותי מאד של הבעיה.

29. כללית ניתן לסכם ולומר כי העדר השקיפות בשוק, לגבי חלק מהותי מתקציבי הפרסום, יוצר מצב בו נראה כי התנאים המסחריים בענף נסגרים בין משרדי הפרסום הגדולים לבין שלוש הזכייניות ללא בקרה ולחץ מספיק של המפרסמים. ברור כי אין דרך בה תוגבר השקיפות ותפחת התחרות. דעתי היא כי המצב הקיים מחייב התערבות מוגבלת בשלב ראשון של הרשות השנייה, במקטע הרלבנטי לה – היחסים בינה ובין הזכיינים, ואם התערבות מוגבלת זו שעיקרה בהגברת שקיפות לא תצלח בתוך פרק זמן סביר – יהיה מקום להתערבות סטטוטורית ומנהלית ישירה במתכונת המוצעת בהמשך הדברים.

ג. עיקר המלצות:

30. ההמלצות לפעולה נגזרות מן ההבנה של ליקויים במצב הקיים ככל שהם נוגעים לפעילות הרשות מול זכייניה – חברות המפעילות ערוצי טלוויזיה מסחרית. אין ההמלצות עוסקות ואינן מבקשות לעסוק בהסדרת מקטע היחסים שבין המפרסמים לפרסומאים, שאינו נתון למרותה של הרשות השנייה.

31. הנחת היסוד ברגולציה כלכלית הינה כי ככלל מנגנוני השוק, כל עוד מתקיימים תחרותיות ומידע מלא, מביאים לתוצאה כלכלית אופטימלית וכי פיקוח על מחירים, גובה עמלות ושיעור הנחות אינו מוצדק כל עוד קיים סיכוי ממשי שבתנאי תחרותיות ומידע מלא – יבואו פגמים על תיקונם. הנחה זו עומדת ביסוד פסיקתו של בית המשפט העליון לגבי הסרה כלכלית של שווקים:

"ההנחה היא שהתוצאה המושגת במשטר של פיקוח מרכזי יעילה פחות מן התוצאה המושגת באמצעות שוק תחרותי."¹⁶

32. במקרה זה, אין מקום לקביעה כי אין מתקיימת תחרות בשוק בין הפרסומאים. אמנם קיימת בשוק זה, בפרט בתחום רכש המדיה תופעה מתמדת של קונסולידציה בדמות מיזמי רכש המדיה, אך עדיין בכל פלח שוק נתון קיימים מספר לא מועט של שחקנים מתחרים. מאידך, ברור כי קיים פגם שוק שעיקרו באי שקיפות ובהיעדר מידע מספק, בדמות נוהג שאימצו רוב מניינם ובניינם של השחקנים בענף והמונע מן התחרות בשוק לעשות את שלה באפקטיביות. הנוהג

¹⁶ השופט טירקל בבג"ץ 1869/95 **חבריה להובלת דלק נ' שר התחבורה**, פ"ד מט (5) 559, שם נדונה הקצאת רשיונות באורח המיטיב עם מתחרים חדשים בשוק שהיה עד לאותה עת בשליטה בלעדית של גורם אחד.

הקיים של עמלות היתר למיניהן, המתגבר ברמתו ובמשקלו לאורך שנים מגלם פגיעה של ממש באינטרס הציבורי המוגן.

33. **המלצה ראשונה: הגברת השקיפות לגבי עמלות היתר:** הקו המנחה בהמלצות הינו כי התערבות הרשות בפעולת השוק חייבת להיות תחומה בשלב ראשון להגברת השקיפות ולזרימת מידע חופשית בדבר דרך פעולת השוק. פעולה זו תאפשר לתחרות בשוק לעשות את שלה באופן העשוי להביא ל"איזון השוק" ולהביא למיתון ולהפחתה של תופעת עמלות היתר למימדים סבירים יותר.

המלצתי היא כי רק בשלב מאוחר יותר, באם לא ימצא כי להגברת השקיפות יהיה האפקט הרצוי בתוך תקופה סבירה, או אם יתברר שאינה מתאפשרת עקב מכשלות כאלה או אחרות שמציבים השחקנים בשוק לסוגיהם להגברת השקיפות – יש לנקוט בצעדים נוספים המפורטים בהמשך ואשר המלצתי הברורה היא להכניס מבעוד מועד, בסמוך ומייד לאחר אימוץ המלצות אלה, אם תחילת הרשות השניה לאמצן. אני מדגיש את הדבר משום שהמלצותי הן מקשה אחת: הגברת שקיפות ומתן אפשרות למנגנון השוק לפעול לצד הכנה במקביל של כלים רגולטיביים להתערבות נחושה וברורה להדרת התופעה. ללא כלים מוכנים כאלה יש להניח כי גם ההמלצה בדבר הגברת שקיפות עלולה להתמסס. זה טיבו של שוק שכוחות הכלכלה בו גדולים מכל המלצה רגולטיבית ובאין עשייה וכלים מוכנים לפעולה, ישוב הכוח הכלכלי לעשות את שלו.

34. תנאי ראשון לזרימת מידע חופשי הינו, אפוא, הגברת השקיפות בין הזכיינים לבין הרשות. בהקשר זה יש לשנות את המצב בו הזכיינים מעבירים לידיעת הרשות מידע אגרטיבי כולל שאינו מבחין הבחנה מדויקת בין עמלות בסיסיות, עמלות יתר והטבות והנחות הניתנות על ידם למפרסמים ולפרסומאים בצורות שונות: הנחות, זיכויים ועמלות אקראיות.

השינוי, אם ייעשה באופן אפקטיבי, צפוי להביא לכך שלרשות, כגוף המופקד על האינטרס הציבורי ושמירת "עוגת ההפקות" יהיה נהיר בכל עת מהותם ושיעורם של המרכיבים "מפחית ההפקות" שבהוצאות הזכייניות. בהקשר זה אני סבור כי על הרשות להשתמש בסמכותה להתקין כללים לגבי "דינים וחשבונות שיתן בעל זכיון לרשות".¹⁷

35. בהקשר זה, יש לנהוג מנהג דומה לפירוט המחוייב לגבי הכנסות הזכיינים. הסדר זה קיים בתקנות הכספים וניתן לעגנו באנלוגיה.¹⁸

¹⁷ סמכות זו נתונה למועצה בסעיף 24(א)(10) לחוק הרשות השניה.

¹⁸ תקנה 9 לתקנות הכספים קובעת: "א) מבלי לגרוע מהוראות סעיף 108 לחוק ומהוראות זכיונו של בעל זכיון, יהיה בעל הזכיון מחוייב להגיש למנהל, לפי דרישתו מפעם לפעם, כל דו"ח או נתון שידרוש המנהל לענין הישוב הכנסותיו של בעל זכיון החייבות בתשלום תמלוגים, לרבות העתק מכל – (1) הסכם שעניינו הכנסות בעל הזכיון; (2) דו"ח מהוגש לכל רשות על פי דין הכולל הכנסות בעל זכיון, בין הכנסות החייבות בתמלוגים ובין שאינן חייבות."
(ב) "מבלי לגרוע מהאמור בתקנת משנה (א), יגיש בעל הזכיון למנהל, תוך 30 ימים מתום כל שנה – (1) הצהרה ובה פירוט מלא של הכנסות בעל הזכיון באותה שנה וחישוב התמלוגים המגיעים בשלהן; (2) חוות דעת רואה חשבון אשר ביקר את הנתונים הנוגעים להכנסות בעל הזכיון כפי שדווחו למנהל, לענין התמלוגים המגיעים מבעל הזכיון."

36. אדגיש כי להבדיל מעצם הגילוי לרשות הרי שהיקף הרשות אינו חייב להיות פרטני, לגבי כל עיסקה שעורך בעל זכיון עם פרסומאי, אלא אגרגטיבי במהותו. היקף הגילוי הוא כהיקף האינטרס הציבורי המוגן. נראה כי די במידע כולל על סך העמלות, הזכויים, ההנחות וכל טובות הנאה אחרות שניתנו על ידי הזכיון באותה שנה, לפי סוגים הבאים:

36.1 עמלות יתר שניתנו לפרסומאים;

36.2 הנחות שניתנו למפרסמים;

36.3 הנחות שניתנו לפרסומאים מעבר להנחות שניתנו למפרסמים;

36.4 תשלומים אחרים שניתנו לפרסומאים במהלך התקופה הנסקרת, לרבות בדמות "זיכויים" והטבות שונות, לרבות אקראיות.

37. קיומו של מידע זה הינו תנאי ראשוני להבנה כלכלית נכוחה של המתרחש בשוק, להחלטות מושכלות של הרשות השנייה בדבר מתן הקלות לזכיון זה או אחר ובעתיד – גם לגבי נאותות ההכרה של הרשות בהוצאות שונות של הזכיינים.

38. ההנחה היסודית היא כי המידע בדבר היקפים ממוצעים של עמלות היתר ניתן לרשות לא רק לשם שימוש עצמי שלה, אלא כדי שברמתו הכללית והממוצעת לכלל הזכיינים – ניתן יהיה לגלותו לציבור. הרשות היא, בראש ובראשונה, **נאמן הציבור** וכל עוד אין במידע שהיא מעמידה לרשות הציבור משום חשיפת נתוניו של פרסומאי או של זכיון זה או אחר, אלא במידע כללי וממוצע בלבד בדבר הרמה הכללית של עמלות היתר בשוק לאותה שנה בממוצע לכלל הפרסומאים ולכלל הזכיינים, אין בכך כדי חשיפת סוד מסחרי אלא חשיפת מציאות כלכלית המתמצת את מנגנוני השוק לפעול בדרך העולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי עליו מופקדת הרשות.

39. בהקשר זה אני ממליץ לעגן את סמכותה של הרשות לגלות לציבור נתון כללי וממוצע זה של עמלות היתר. מומלץ כי ככל שקיום גילוי לציבור על נתוני העמלות וההנחות הכלליים כמפורט לעיל מחייב **שינוי תקנות וכללי הרשות השנייה** – תחליט הרשות לאמץ תיקון כזה ולהביא לאישורו **באופן מיידי**. עוד מומלץ כי מסירת המידע תיעשה בדרכים מקובלות ותחת דרישה לאימות המידע על ידי נושאי משרה בזכיינים ולא בצורתו הנוכחית.

40. יש להניח כי בהעדר כשלי שוק – יפעל השוק את פעולתו ויביא לאיזון ההוצאה בסעיף זה, בהתבסס על יחסי כוחות השחקנים בשוק אשר יפעלו בתנאי מידע. שיקוף שיעור העמלות צפוי להביא לאחד מאלה: קיטון במרכיב עמלות היתר או גידול בתקציב הפנו של המפרסם והגדלת הכמות תוך הורדת המחיר האפקטיבי. בכל מקרה אין הגברת השקיפות צפויה לפגוע בתחרות או באינטרס הציבורי: אין דרך בה תוגבר השקיפות ותפחת התחרות.

41. ואולם, ככל שכשלים ימנעו איזון השוק ונרמולו בתוך **תקופת זמן סבירה**, שאינה עולה על **24 חודש**, או אם תסוכל הגברת השקיפות המוצעת על ידי מי מהשחקנים הקיימים (לרבות הזכיינים) מוצעות בזה המלצות נוספות שיש לפעול לגביהן במקביל כדלקמן:

42. המלצה שנייה – הקניית סמכות לרשות לאי הכרה בהוצאות מסויימות של הזכיינים, או להתניית ההכרה בתנאים: ההנחה היסודית שבתקנות הכספים היא כי הוצאות הזכיינים הן הוצאות כדין הנעשות במהלך עסקים רגיל וסביר. יצוין כי גם כיום קיימת אי בהירות בנושא הניכויים המותרים לבעלי הזכיון, טיבם ומקורם.¹⁹

ככל שיתברר כי הוצאות אלה אינן כדין או שהן נעשות באופן חריג ובלתי סביר כך שיש בו לפגוע ללא כל הצדקה באופן קיצוני באינטרס הציבורי שביסוד חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו – צריכה להתקיים סמכות עקרונית לרשות השנייה שלא להכיר בהוצאות אלה. על כן מוצע לעגן באופן מודגש וברור בתקנות הכספים כי בידי הרשות תהא הסמכות שלא להכיר בעמלות, הנחות או זיכויים אחרים שניתנו או יינתנו על ידי הזכייניות כסכומים בני-ניכוי, לצורך חישוב מחויבויות הזכיינים לעמידה בדרישות התוכן וההפקות.

שימשו בסמכות זו יאפשר לרשות לא רק למנוע הכרה בחלק מהוצאות של הזכיינים, אלא גם להתנות הכרה זו בתנאים שונים. במסגרת זו אפשר כי תנאי להכרה יהיה התחייבות הזכייין כי כל ההסכמות בינו לבין הפרסומאי כלולות בהסכמים כתובים, או כי כל ההוצאות שהוצאו על ידי הזכייין הן אך ורק על פי אותם הסכמים. כן ניתן יהיה לקבוע כתנאי חובת אימות כי ההסכם אינו כולל רכיבים נסתרים שאינם מנוגדים לדין.

המלצתי, על כן, היא לפעול לתיקון סטטוטורי מתאים ולהורות ליעוץ המשפטי של הרשות השנייה להכינו כפר עתה, על דעת הגורמים המוסמכים. המדובר בתיקון תקנות הכספים ובייזום פורמט דיווח מפורט, בין במסגרת תקנות הכספים ובין במסגרת תקנות ייעודיות לפי הסעיף המסמיך – סעיף 24(10) לחוק הרשות השנייה המסמיך את מועצת הרשות השנייה להתקין כללים לגבי "דינים וחשבונות שיתן בעל הזכיון לרשות".

43. המלצה שלישית – נקיטת עמדה בדבר מיזמים לרכש משותף של מתחרים

מיזמי רכש המדיה המשותפים לחלק ממשרדי הפרסום הגדולים יוצרים מנוף של המזכיר כוח שוק כלפי הזכיינים. כוח זה אינו נובע דווקא מגודלו של כל אחד ממרכיבי המיזם, אלא מגודל הרכש המצרפי של מרכיביו יחדיו.

מיזם רכש מדיה משותף כאמור טעון היתר לפי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988. חוק זה מאפשר ולעתים גם מחייב את רשות ההגבלים העסקיים להיוועצות בגורמים המסדירים את השוק ובמשרדי הממשלה הרלבנטיים.

מומלץ כי להבא, לאור התמונה המתקבלת כאן, תנקוט הרשות השנייה עמדה כאשר עניינם של מיזמים אלה עומד על הפרק לבחינה ברשות ההגבלים העסקיים, באופן שכאשר מדובר במיזמים שהיקף רכישות המדיה המצרפי של החברים בהם הינו ניכר, כך שיקשה על הזכייין שלא להיכנע

¹⁹ כך למשל לא ברור מה דינם של זיכויים הניתנים על ידי בעלי הזכויות לפרסומאים ולהנחות הניתנות להם שלא עקב שיבוץ תשדיר פרסומת לשידורי בעל הזכיון.

מומלץ לפנות בענין זה למשרדי המשפטים והתקשורת על מנת לפרוש בפניהם את הבעיה ואת ההסדרה שאפשר ותידרש ברמת תחום המדיה כולו. אופק הזמן לחקיקה כזו, בהעדר תיקון שוק הינו 18 חודש להתנעה, ומומלץ בענין זה לפנות למשרדים הרלבנטיים לתכנון מוקדם והיוועצות.

אני עומד לרשותכם ליצורך מתן הבהרות או השלמות בקשר עם האמור לעיל.

דרור שטרום,

עורך - דין