

פתרון מבני לבעיית יחסי הון-שלטון ותקשורת

עדי ליבזון*

תקציר

תיק 4000, שבו נאשם ראש הממשלה לשעבר בנימין נתניהו בעבירה של קבלת שוחד, מקדין על בעיית רוחב במערכת היחסים שבין הון-שלטון ותקשורת: שימוש של בעלי ההון השולטים בתאגיד עסקי משמעותי שבשליטתם בפלטפורמת תקשורת חדשותית-עיתונאית כדי להניא נבחרי ציבור ורגולטורים מלקדם את האינטרסים העסקיים שלהם. רשימה זו תציע פתרון שורשי וחדשני לבעיה זו באמצעות החלת הפרדה מבנית בין שליטה בפלטפורמת תקשורת חדשותית-עיתונאית לשליטה בעסק משמעותי במקביל, בדומה להפרדה המבנית שבין תאגידים ריאליים משמעותיים וגופים פיננסיים משמעותיים במסגרת החוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ד-2013. הרשימה תציג את היתרונות של השימוש בכלי ההפרדה המבנית ככלי להתמודדות עם הבעיה האמורה על פני השימוש בהטלת אחריות פלילית באמצעות עבירת השוחד ואת ההתמודדות עם החסרונות האפשריים של מנגנון זה.

274	מבוא
275	א. הדגמה של עוצמת הבעיה: פרשת בזק ופרשת אי.די.בי
280	ב. מבנה שוק התקשורת, חשיבותו וחשיפתו לאינטרסים עסקיים חיצוניים
	ג. החלופה המרכזית הקיימת להתמודדות עם בעיית הסיקור החיובי: הטלת אחריות פלילית
286	ד. החלופה המוצעת להתמודדות עם בעיית הסיקור החיובי: הפרדה מבנית בין החזקה בפלטפורמות תקשורת לבין החזקה בעסקים אחרים
294	1. ההצדקות להפרדה המבנית
295	2. מתכונת ההפרדה המבנית
300	ה. מגבלות אפשריות לפתרון ההפרדה המבנית
306	1. טענת הסינרגטיות
306	

* מרצה בכיר בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. ברצוני להודות לעדי אייל, להדר דנציג-רוזנברג, לרונית לוי-שנור, לגדעון פרחומבסקי ולרועי רוזנברג על הערותיהם המועילות ביותר. כמו כן, אני מודה מאוד לאביגיל טרסוב ולעדו כהן על סיוע מחקרי יעיל ביותר. כל הטעויות באחריותי הבלעדית.

308	2. טענת הסובסידיות
312	3. טענת ההשפעה הזרה
314	4. פתרון ביניים: הגבלה סלקטיבית
315	סיכום

מבוא

על אף ייחודו, תיק 4000 המיוחס לראש הממשלה לשעבר בנימין נתניהו, העומד במרכז ת"פ 20-01-67104 מדינת ישראל נ' בנימין בן בנימין נתניהו, אינו אירוע מבודד וחרגי. הוא מקרין על בעיית רוחב במערכת היחסים שבין הון-שלטון ותקשורת: שימוש של בעלי ההון השולטים בתאגיד עסקי משמעותי שבשליטתם בפלטפורמת תקשורת חדשותית-עיתונאית (להלן: פלטפורמת תקשורת) כדי לגרום לפוליטיקאים לקדם את האינטרסים העסקיים של החברה העסקית שבשליטתם באמצעות השפעה על הסיקור התקשורת של שלהם. ניתן למצוא דוגמה נוספת אפשרית לאותו דפוס של פעילות בפרשה של רכישת עיתון מעריב בידי נוחי דנקנר ודיסקונט השקעות (להלן: דסק"ש) כדי להשפיע על הדרג הפוליטי ועל הרגולטורים בלכום את הרפורמות הרגולטוריות שהתהוו, אשר פגעו בעסקיה של סלקום.

בעוד שהקושי הגדול הגלום במצב זה הוא ברור – הגורמים העסקיים מנצלים את שליטתם בגופי התקשורת כדי שפוליטיקאים יקדמו את האינטרס שלהם על חשבון האינטרס הציבורי – לא מובן מאליו מהו הכלי המשפטי שבו ראוי להשתמש על מנת להילחם בתופעה זו. בעוד שהכלי המשפטי שבו יש שימוש בפועל נגד התופעה הוא הטלת אחריות פלילית במסגרת עבירת השוחד, ברשימה זו אציע כלי משפטי שלטענתי הוא אפקטיבי יותר: הפרדה מבנית בין שליטה בתאגיד עסקי משמעותי ובין שליטה או עניין בפלטפורמת תקשורת. מנגנון ההפרדה המבנית אינו זר למחוקק הישראלי; יש בו שימוש במסגרת חוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות (להלן: חוק הריכוזיות),¹ שיצר הפרדה מבנית בין שליטה בתאגיד ריאלי ושליטה בתאגיד פיננסי.

היתרון במנגנון מעין זה בנוגע להטלת אחריות פלילית הוא כפול. מנגנון ההפרדה המבנית מציב קווים ברורים באשר למותר ולאסור, ובכך גורם לוודאות גבוהה יותר אצל השחקנים השונים באשר לאופן ההתנהגות הלגיטימי מבחינה משפטית. על פי רוב פוליטיקאים מנהלים מערכת יחסים של "תן וקח" עם גורמי תקשורת, וחלק גדול מהם – בייחוד מי שנושאים בתפקידים ברשות המבצעת – מקבלים החלטות שמהן חברות מסחריות מפסידות ומרוויחות. מספר המקרים שלהם יש פוטנציאל לסיבתיות בין השניים – טובה שפוליטיקאי או רגולטור מקבל מהמערכת התקשורתית והטבה רגולטורית שבעלי פלטפורמת התקשורת מקבלים – הוא עצום; הוכחת הסיבתיות היא מורכבת ביותר, כפי שמקרינה רשימת העדים בכתב האישום נגד נתניהו. לאור זאת, אין פלא שבמדינות אחרות אין מטילים אחריות פלילית בהקשר זה.²

1 חוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ד-2013 (להלן: "חוק הריכוזיות").

2 המשפטנים אלן דרשוויץ, אבי בל, נתן לוין, ג'וזף טיפוגרף וריצ'רד היירמן הציגו חוות דעת בשם ההגנה, ובה הם טוענים שאין תקדים להטלת אחריות פלילית במסגרת עבירת השוחד

יתרה מכך, מנגנון ההפרדה המבנית פותר גם את בעיית ניגודי האינטרסים בשורשה: הוא פועל אקס-אנטה ומונע את עצם קיומו של ניגוד האינטרסים, לעומת פתרון האכיפה הפלילי הפועל אקס-פוסט והמתיימר להרתיע מפני הבאת ניגוד האינטרסים לידי ביטוי במציאות. בתחומים משפטיים כגון הגבלים עסקיים, ישנה העדפה למנגנונים המתמודדים עם עצם קיומם של האינטרסים על פני פתרונות המתיימרים "לנהל" את המופע של ניגודי האינטרסים, שבמקרים רבים נכשלים.³ הספרות בנושא אתיקה התנהגותית מעניקה חיזוק נוסף להעדפת מנגנונים של מניעת ניגוד האינטרסים אקס-אנטה, בשל הטיות פסיכולוגיות שונות המונעות מן האפשרות להרתיע ולמנוע מגורם המצוי בניגוד עניינים מלקדם את האינטרס הפרטי שלו באמצעות הטלת אחריות אקס-פוסט.⁴

פרק א' של רשימה זו ידגים את עוצמת הבעיה באמצעות שתי פרשות מרכזיות – פרשת בזק ופרשת אי.די.בי. פרק ב' ירחיב על מבנה שוק התקשורת, חשיבותו וחשיפתו לאינטרסים חיצוניים. פרק ג' יפרט על הכלי המרכזי להתמודדות עם הבעיה במצב המשפטי הקיים – הטלת אחריות פלילית. פרק ד' ידון בפתרון המוצע לבעיית הסיקור החיובי – הפרדה מבנית בין החזקות עסקיות משמעותיות לבין החזקות בגופי תקשורת. בסעיף הראשון של פרק זה יוצגו ההצדקות המרכזיות לשימוש בפתרון ההפרדה המבנית. בסעיף השני של פרק זה יוצגו המתכונות השונות האפשריות לפתרון ההפרדה המבנית. פרק ה ידון במגבלות האפשריות של פתרון ההפרדה המבנית.

א. הדגמה של עוצמת הבעיה: פרשת בזק ופרשת אי.די.בי

ב-21 בנובמבר 2020 הגיש היועץ המשפטי לממשלה כתב אישום נגד ראש הממשלה בנימין נתניהו. שניים מתוך שלושת האישומים עסקו בעבירת שוחד, שבמסגרתה העניק נתניהו הטבות רגולטוריות שהיו בתחום אחריותו בתמורה לסיקור הוגן בתקשורת.⁵ לפי

על סיקור חיובי במשפט המשווה. התביעה לא הציגה אף תקדים במשפט המשווה להטלת אחריות פלילית בשל סיקור חיובי. בבדיקה שנערכה ב"גלובס" בעניין זה נבדקה טענת ההגנה, ונטען שישנם תקדימים לכך באוסטרליה ובפרו. אולם מקרים אלה אינם תקדים לסיקור חיובי. במקרה האוסטרלי כלל לא הוגש כתב אישום, כך שלא הוטלה אחריות פלילית (מעבר לכך ששם אף דובר בהסכמה מפורשת לסיקור בעד הטבה רגולטורית, ללא צורך בהסתמכות על חוקה כפי שנדרש בעניין דנן), ובמקרה של פרו דובר במעילה שבמסגרתה ניתנו משאבים ציבוריים מתוך תקציב הביטחון. ראו: צוות המשרוקית של גלובס "מאוסטרליה ועד פרו: לא רק בישראל חוקרים סיקור חיובי לפוליטיקאים" גלובס (21.12.2019) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001311781>

3 ראו דיוויד גילה "רגולציה מגוף ראשון: איזה סוג של רגולציה עדיף" מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 115 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים 2016). להדגמת הבעייתיות של מגבלות התנהגותיות ולדיון בה, ראו להלן ה"ש 94-99 והטקסט הנלווה.

4 ראו להלן ה"ש 100-105 והטקסט הנלווה.

5 פרשת 2000, שאף היא ממוקדת בסיקור חיובי כשוחד, רלוונטית פחות לרשימה זו. רשימה זו מתמקדת בסיקור חיובי בידי המשחד, שנועד לכך שהמשוחד ייטיב עם עסקיו האחרים של המשחד. בפרשת 2000 מטרת הסיקור החיובי היא להיטיב עם קבוצת ידיעות עצמה באמצעות

כתב האישום, בפרשת 4000 הקשורה ל'אלוביץ' ולבזק פעל נתניהו להאיץ את מתן האישור לעסקת בזק-ים במסגרת תפקידו כשר התקשורת. קבוצת בזק רצתה לרכוש את ההחזקות של חברת יורוקום, והאישור נצרך על מנת לאפשר לחברת יורוקום להשתמש בתקבולים כדי לפרוע את חובותיה הקרובים.⁶ העסקה קיבלה את אישור הממונה על ההגבלים העסקיים בחודש מרץ 2014,⁷ והיא נחתמה בחודש מרץ 2015; אך עדיין נדרש אישור משרד התקשורת, אשר לפי ההסכם הוקצבו רק 90 יום להשגתו.⁸ משרד התקשורת השתהה במתן האישור, מאחר שהוא ביקש להתנותו ביישום אפקטיבי של רפורמת השוק הסיטונאי שפתח את שוק הטלפוניה הקווית שבשליטת בזק לתחרות. לפי כתב האישום אלוביץ' ניהל עסקת שוחד עם נתניהו, שבמסגרתה הוא נתן לו מתת באמצעות היענות לדרישות נתניהו באשר לאופן פרסומו ופרסום יריביו הפוליטיים באתר "וואלה" שבבעלותו, ובתמורה נתניהו פעל לקידום האישורים הרגולטוריים הנצרכים עבור קבוצת בזק, ובעיקר לקידום אישור העסקה של מכירת מניות יס לקבוצת בזק.⁹

השימוש בבעלות על פלטפורמת תקשורת כדי להפעיל לחץ על פוליטיקאים ועל רגולטורים לצורך קידום אינטרסים עסקיים על חשבון הציבור הרחב אינו ייחודי לפרשיות השוחד שבהן נתניהו מעורב. מסתבר שישנם מקרים רבים נוספים שבהם בעלי שליטה פועלים בדפוס דומה, אלא שלרוב הפעילות נעשית במחשכים ואינה גלויה לעיני כול.¹⁰ מקרה נוסף שבו בעל שליטה פעל בהתאם לדפוס זה הוא הפרשה של רכישת עיתון מעריב בידי נוחי דנקנר ודסק"ש, מקרה אשר צף על פני השטח בזכות הליך משפטי של תביעה

אימוץ חקיקה או רגולציה הנוגעת לחינמונים ובפרט לישראל היום, המתחרה המרכזי של ידיעות אחרונות. ההצעה שביסוד רשימה זו לא תפתור מצבים אלו של סיקור חיובי על מנת שהמשוחד ייטיב עם גוף התקשורת עצמו, ואינה נוגעת אליה. אולם הבעיה המוסדית שפרשת 2000 מציבה היא מצומצמת הרבה יותר מזו של פרשת 4000. הנוק החברתי הפוטנציאלי של שוחד המיטיב עם סקטור קטן ומצומצם של פלטפורמות התקשורת הוא קטן הרבה יותר מהנוק החברתי הפוטנציאלי של שוחד המיטיב עם כלל הסקטורים העסקיים, לרבות הגדולים ביותר ואלו שבהם מתרחשות רפורמות משמעותיות.

6 פס' 11 לכתב אישום מתוקן בת"פ (מחוזי י-ם) 67104-01-20 מדינת ישראל נ' נתניהו (3.1.2021).

7 שם, פס' 10.

8 שם.

9 שם, פס' 58-74. פרשת 2000 מציגה דפוס חוזר של פרשת 4000, שאף במסגרתה נתניהו נאשם בקבלת שוחד, ובה המתת הוא סיקור אוהד בידיעות אחרונות שבבעלות ארנון מוזס בתמורה לפעולתו של נתניהו להעביר חוק שיגביל את הפעילות של חינמון בשוק התקשורת ובפועל יגביל את היריב העסקי העיקרי של ידיעות אחרונות – החינמון ישראל היום. ואולם בשונה מפרשת 4000, ברקע לפרשת 2000 אין עומדת שליטה צולבת בתאגיד עסקי ובגוף תקשורת; התאגיד שדרכו מתבצע המתת והתאגיד שעבורו מתקבלת התמורה הם אותו תאגיד – ידיעות אחרונות.

10 בדומה לעסקאות שוחד אחרות, ראו למשל ע"פ 4506/15 בר נ' מדינת ישראל, פס' 40 לפסק הדין של השופט סולברג (נבו 11.12.2016): "אכן מן המפורסמות היא שעבירת השוחד נעשית במחשכים ולפיכך הקושי להוכיח את התרחשותה הוא רב".

נגזרת.¹¹ סלקום, אחת החברות הגדולות בבעלות דסק"ש, הייתה נתונה במצב דומה למצב שבזק הייתה נתונה בו בשנות ההתרחשות של תיק 4000 – הליכים מתהווים של רפורמות רגולטוריות בתחום התקשורת הניידת, כגון רפורמת דמי הקישוריות ופתיחת השוק לתחרות, שהיו בעלי פוטנציאל לפגיעה משמעותית בסלקום. על מניע זה לרכישת מעריב לא הוצהר מפורשות, אך ההליך המשפטי של הבקשה לתביעה נגזרת סביב רכישה זו מאפשר לצלול לתוך התנהלות הדירקטוריון בנוגע להחלטה על הרכישה ומניעיה.

בעל המניות בדסק"ש, רמי אוסטרובסקי, הגיש בקשה לתביעה נגזרת נגד דירקטוריון דסק"ש על כך שהוא אישר את הרכישה אשר הסבה הפסדים ניכרים לדסק"ש, אשר התובעים העריכו בכ-360 מיליון שקלים חדשים. מחיר הקנייה הראשונית של 65% מהמניות המונפקות של מעריב עמד על כ-168 מיליון שקלים חדשים.¹² אך בשל מצבה הכספי הרעוע של מעריב, דסק"ש הייתה צריכה להעביר לה הלוואות בעלים ולרכוש אגרות חוב של מעריב שעמדו לפירעון מיידי. סך ההשקעה של דסק"ש במעריב הגיע כמעט ל-360 מיליון שקלים חדשים. התובעים טענו שעסקה משמעותית זו עברה בדירקטוריון כמעט ללא דיון. נוחי דנקנר הציג לדירקטוריון את ההצעה כהצעה סגורה, ללא הצגת חלופות וללא הערכת שווי מסודרת של מעריב. זאת ועוד, לא הוצגה תוכנית עסקית להבראת החברה, שבשנים עובר לרכישתה הפסידה עשרות מיליוני שקלים מדי שנה. ואולם מעבר לכל זה, לא נערך דיון של ממש באשר לטעם לרכישת מעריב בידי דסק"ש.

בית המשפט קיבל את הבקשה לתביעה נגזרת בעילה של הפרת חובת זהירות בידי הדירקטוריון, לאור קביעתו שחריג ה"פזיזות" לפטור מחובת זהירות התקיים במקרה זה.¹³ השופט עופר גרוסקופף קבע ש"לא הוצגה לדירקטוריון תועלת ממשית שרכישת מעריב עשויה להביא לדסק"ש".¹⁴ אולם ניסוח זה הוא תיאור עדין של הדיון שהתנהל בדירקטוריון באשר להצדקה של הרכישה. נאמר בו גבב של טיעונים פשטניים שאין ביניהם אפילו קוהרנטיות פנימית:

"מעריב הינה יצרן של תוכן כתוב באמצעות העיתונים שלה. בשנים הקרובות צפויה התלכדות בין עולם הטלוויזיה לעולם האינטרנט, ואת התוכן שמפיקה מעריב יהיה אפשר לשלב במדיה החדשה. ההשקעה במעריב מהווה למעשה רכישה של גישה לתוכן שמעריב מסוגלת לייצר, ובהתחשב בסכומים הגדולים שמוציאות הוט וייס על רכישת תוכן, נראה משתלם להשקיע בכך סכום של כ-140 מיליון ש"ח".¹⁵

כפי שהשופט גרוסקופף העיר,

- 11 תנ"ג (מחוזי מר') 12-09-10466 אוסטרובסקי נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ (נבו 9.8.2015).
- 12 שם, פס' 10.
- 13 חובת הזהירות שנושאי המשרה חבים לחברה (הימנעות מהתנהגות רשלנית) היא דיספוזיטיבית וניתן להתנות עליה, ראו ס' 258(ב) לחוק החברות, התשנ"ט-1999. חברות רבות אכן פוטרות את נושאי המשרה מחובה זו. אולם החוק אינו מאפשר לפטור נושאי משרה מהפרה של חובת זהירות שנעשתה בפזיזות, ראו ס' 263(2) לחוק החברות.
- 14 עניין אוסטרובסקי, לעיל ה"ש 11, פס' 52.
- 15 שם.

"קשה לראות כיצד המשפטים מסתדרים מבחינה לוגית זה עם זה. מה הקשר בין השקעותיהן של בזק והוט בסרטים ובהפקות מקור לתוכן החדשותי שמעריב יודעת לספק? כיצד משתלב מעריב, עיתון מודפס בעיקרו, בהתלכדות בין הטלוויזיה לאינטרנט? איך אפשר יהיה לשלב, הלכה למעשה, את התוכן של מעריב במדיה החדשה באופן שיניב רווחים לדסק"ש? כיצד ההוצאות העצומות של המתחרות על תוכן מצדיקות השקעה של 140 מיליון ש"ח ברכישת מעריב? בלשון המשל – כיצד הבגדים החדשים מועילים לפאר את הגוף הקיים? על כל אלו אין תשובה בפרוטוקול, כנראה מהטעם הפשוט שאיש מן הדירקטורים לא שאל שאלות מתבקשות אלו, וממילא לא נענה על ידי ההנהלה. כל שנימצא בהמשך הפרוטוקול בהקשר זה הוא חזרה של מר דנקנר על מנטרה דומה לזו בה השתמש מר אראל (הרכישה מהווה תגובה לחוסר שיש בתחום בקבוצה כתחום המדיה וההשקעה) ואמירה שאינה מתיישבת עם הלהט שבו נטען טיעון התוכן לפני, 'אפשר לראות בהשקעה גם מהלך חברתי ודמוקרטי'".¹⁶

במהלך כמה עמודים בפסק הדין חשף השופט גרוסקופף את הגמגום של המומחים סביב הרציונל לרכישת מעריב, נוסף על מהירות קבלת ההחלטה. אולם הגמגום יוצא הדופן וחוסר הקוהרנטיות של הדירקטוריון ושל המומחים מטעם המשיבים אינם נובעים בהכרח מנמהרות ומהיעדר חשיבה קיצוניים. קשה להאמין שהאנשים הרציניים שישבו בדירקטוריון שוכנעו באמצעות סדרת משפטים "שאינם מסתדרים לוגית זה עם זה". ייתכן שחוסר הפשר לרכישה אינו נובע מפעולה קפריזית של ההנהלה ושל הדירקטוריון, אלא מכך שלא היה אפשר להעלות את הרציונל האמיתי לרכישה על השולחן – לא בישיבת הדירקטוריון ואפילו לא בדיון שלאחר מעשה בבית המשפט. בפסק הדין אף נרמז באופן אגבי כי השינויים ברגולציה בשוק הסלולר עומדים ברקע הרכישה, ללא פירוט הנוגע לקשר ביניהם.¹⁷

מתווה פעולה דומה לזה של אלוביץ' יכול להסביר את המוטיבציה שמאחורי הרכישה של מעריב, וכן מדוע המניע האמיתי לרכישה לא הועלה על דפי הפרוטוקול ולא צוין בבית המשפט. סלקום הייתה נתונה למצב דומה לזה של בזק: היא עמדה בפני רפורמה רגולטורית מחוללת תחרות העתידה לפגוע ברווחיה בצורה משמעותית. דנקנר ככל הנראה רצה לפעול לפי אותו דפוס פעולה שבו לכאורה אלוביץ' פעל – שליטה בפלטפורמת תקשורת ויצירת לחץ על פוליטיקאים באמצעותו כדי שישפיעו וימתנו את הרפורמה הרגולטורית העשויה לפגוע בהם. בשל הבעיות החוקיות שדפוס פעולה זה עשוי להעלות, לא היה אפשר להעלות רציונל זה במסגרת הדירקטוריון ואף לא בבית המשפט. אילו הועלתה הצדקה זו במסגרת הדירקטוריון, היו הדירקטורים חייבים להתנגד לעסקה גם אם היא הייתה עשויה להועיל לחברה, כדי לא להיות חשופים לאחריות פלילית.¹⁸ מסתבר שכל הדירקטורים, שחבר

16 ש.ש.

17 ש.ש. פס' 25.

18 העלאת אפשרות של השימוש באמצעי התקשורת כמנוף לחץ על רגולטורים במפורש מקרבת אותם למתחם עבירת השוחד – שידור כוונה לתת תמורה בצורת הסיקור של נבחר הציבור בעקבות מתת של אותו הגורם לחברה העסקית. לפי ס' 294(א) ו-294(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, עצם הצעת השוחד, גם אם היא אינה נענית או שהיא נדחית ועסקת השוחד אינה יוצאת לפועל, משיתה אחריות פלילית על מציע השוחד. באשר לפירוט בעניין יסודות

הרפורמה כבר הייתה על צווארם ומניית סלקום כבר ספגה ירידה חדה בערכה בעקבות הציפייה לרפורמה, ידעו מה תכלית העסקה ועל כן נמנעו מלשאול שאלות.¹⁹ דפוס הפעולה של אלוביץ' אינו חדש; יש חשש לא-מבוטל כי הוא מתרחש בכמה מקרים נוספים, שבהם אין חקירה משטרית שמתנהלת לאורך שנים או פסק דין המעלה תמונה תמוהה ביותר באשר לאופן התנהלות הדירקטוריון של אחת החברות הגדולות במשק הישראלי, וכי הוא משקף רק קצה קרחון. כפי שאנו יודעים, רפורמת הסולולר הייתה רפורמה חשובה ביותר שחסכה לציבור הרחב מיליארדי שקלים;²⁰ כך גם רפורמת השוק הנייה היא רפורמה שאמורה לחסוך לציבור הרחב משאבים רבים.²¹ מניעת היכולת של בעלי העסקים

עבירת השוחד וייתור הצורך בהצעה מפורשת לשוחד כדי להשית אחריות פלילית, ראו להלן בפרק ד. אף שזו אינה בהכרח עבירה אלא רק כניסה "למתחם סיכון משפטי", בפסיקה בישראל – בדומה לחוק שבדלוור – אין הבחנה בין פעולות של דירקטורים שרק יצרו "סיכון משפטי" לבין הפרה ברורה של החוק. בכל מקרה שבית המשפט יכריע בסופו של דבר שהפעולה אכן היוותה הפרה של החוק, הדירקטורים יישאו באחריות אישית אם הם היו מודעים לאפשרות זאת. ראו: תנ"ג (כלכלית ת"א) 47621-07-16 חורב נ' בי קומיוניקיישנס בע"מ, פס' 85 (נבו 18.7.2019). (קביעת השופטת רות רונן שכלל שיקול הדעת העסקי אינו מגן על נושאי משרה שנטלו סיכון משפטי, אף שהוא מגן עליהם כשהם נטלו סיכון עסקי); תנ"ג (כלכלית ת"א) 59581-06-18 כהן נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פס' 31-37 (נבו 19.1.2020). (השופטת רות רונן אינה מבחינה בין מודעות של נושאי משרה להפרה לבין מודעות של נושאי משרה לסיכון של הפרה – בשניהם נושאי המשרה מפירים את חובת האמונים).

19 מובן שאי-אפשר לתת לכך ראיות מפורשות, לאור הטענה המרכזית במאמר זה כי הדירקטורים אינם יכולים להרשות לעצמם להיקשר לעניין מעין זה בשל האחריות הפלילית האישית שאליה הם נחשפים. עם זאת ניתן למצוא אינדיקציות לכך שזה אכן היה המניע של הדירקטורים באישור העסקה. בכתב ההגנה שהוגש מטעם הדירקטורים צבי לבנת ושאלו בן-זאב יש רמיזה לכך שמטרת הרכישה הייתה "השפעה תקשורתית לטובת דסק"ש", ככל הנראה באמצעות השפעה על נבחרי הציבור המחליטים בעניינם: "אם הטענה המועלת בכתב התביעה ביחס ל'אינטרסים זרים' מתייחסת לרצון להשיג השפעה תקשורתית לטובת דסק"ש אשר תסייע לה בעסקיה, אזי ממילא אין בכך כל פגם מנקודת מבטה של דסק"ש ומדובר בשיקול ענייני". ראו ס' 199 לכתב ההגנה מטעם נתבעים 6 ר 10 בתנ"ג (מחוזי מר') 10466-09-12 חברת השקעות דיסקונט בע"מ נ' דנקנר (12.1.2016).

20 אמיתי זיו "הסכום המדהים שחסכה לנו רפורמת הסולולר – והאם המחירים יעלו בקרוב?" **TheMarker** (9.5.2016); <https://www.themarker.com/technation/1.2938246>; ארז כהן "התערבות או מעורבות: תהליכי רגולציה בענף התקשורת הסולולרית בישראל" **מסגרות מדיה** 11, 79, 97 (2013): "הירידה הבולטת ברווחי החברות השפיעה מיד על ערכי המניות שלהן. ערכן של מניות חברות פרטנר וסלקום (הנסחרות בבורסות הישראלית והאמריקנית) החל לרדת במהירות רבה מתחילת שנת 2011 ועד למחצית השנייה של שנת 2012. ירידות בולטות אלה בשערי מניות חברות התקשורת הישראליות בתקופה של כשנה וחצי בלבד הרתיעו את המשקיעים הפרטיים והמוסדיים, והם החלו מושכים את יתרת אחזקותיהם במניות אלה ומימשו את ההפסדים".

21 ההערכה של החיסכון הציבורי בהוצאות על מני לקו טלפון קווי על חשבון הרווחים של בזק הוא מעל מיליארד שקלים חדשים בשנה. ראו: אמיתי זיו "הרפורמה הגדולה בטלפון הקווי יוצאת

לעצור או להגביל רפורמות אלו באמצעות שימוש בשליטתם בגופי תקשורת להשפיע על דרג נבחר היא חשובה ביותר, ועשויה למנוע פגיעה משמעותית בציבור הרחב. השאלה כיצד ניתן לעצור דפוס פעולה זה בצורה האפקטיבית ביותר היא השאלה המרכזית העומדת במרכזה של רשימה זו.

ב. מבנה שוק התקשורת, חשיבותו וחשיפתו לאינטרסים עסקיים חיצוניים

עקרונית, ככל שוק אחר, היינו מצפים שמנגנון השוק בתחום התקשורת ידאג לייצר את המוצרים האופטימליים עבור צרכני התקשורת מקרב הציבור. אולם לשוק פלטפורמות התקשורת יש מאפיין מרכזי הגורם לו להיות מושפע מאינטרסים נוספים לאלו של צרכני התקשורת: זהו שוק דו-צדדי (two-sided market). גופי התקשורת מתקשרים מצד אחד עם מפרסמים, שהם מקור מימון מרכזי של גופי התקשורת, ומוכרים להם שטחי פרסום ופוטנציאל חשיפה. מן הצד האחר, הם מוכרים או משווקים את המוצר שהם מייצרים לצרכני תקשורת. כך שהמוצר לא בהכרח נועד למקסם את האינטרסים של לקוחות הקצה בהתאם להעדפותיהם, אלא עשוי להתעצב בהתאם לאינטרסים של המפרסמים ושל קהל היעד שבו הם הכי מעוניינים.²² בעיית השוק הדו-צדדי היא חמורה יותר, כאשר עבור אחד הצדדים המוצר הוא מוצר התנסות (experience good) שניתן להעריך את איכותו רק לאחר צריכתו, ולעיתים זמן רב לאחר מכן. יתרה מכך, לאור העובדה שהאינטרסים שפלטפורמת התקשורת מקדמת על חשבון האמת העובדתית אינם חשופים לצרכן, הוא לא יוכל להעריך כלל את איכות המוצר אשר הוא צרך גם בעתיד. מבנה זה עלול ליצור מצב שבו משקל המפרסמים בעיצוב המוצר הוא גדול יותר מזה של הצרכנים, אשר להעדפותיהם אין השפעה חזקה על איכות המוצר אשר הם בוחרים לצרוך בהווה.²³

אולם הגורמים העסקיים המפרסמים עשויים שלא להסתפק בכוח היחסי שהם יכולים להפעיל על הגורם המתווך, אלא יחזרו להוצאת הגורם המתווך מהתמונה ולמעבר ממה שמכונה בספרות מנהל העסקים "paid media" – פרסום תמורת תשלום, ל-"owned media" – בעלות על פלטפורמת התקשורת; בעלות זו מאפשרת שליטה טובה יותר במסר הפרסומי, בקהל היעד ובקונטקסט שבו המסר הפרסומי מופיע.²⁴ אסטרטגיה זו תאפשר לגורמים עסקיים לנצל טוב יותר את החולשות של קהל הצרכנים באמצעות פרסום סמוי ואמצעים מניפולטיביים אחרים אשר יידונו בהמשך, שהיכולת של קהל הצרכנים להיות ביקורתי כלפיהם היא חלשה יותר.

לדרך: כך תוכלו לחסוך מאות שקלים "TheMarker (12.3.2017) <https://www.themarker.com/technation/1.3919804>

22 באשר לתכונות הייחודיות של שוק דו-צדדי, ראו Jean Charles Rochet & Jean Tirole, *Platform Competition in Two-sided Markets*, 1 J. EUR. ECON. ASS. 990 (2003).

23 על היותו של מוצר התקשורת "experience good", ראו John H. McManus, *What Kind of Commodity is News?*, 19 COMM'N RSCH. 787 (1992).

24 ELI NOAM, WHO OWNS THE WORLD'S MEDIA? MEDIA CONCENTRATION AND OWNERSHIP AROUND THE WORLD (2016).

האפשרות להשפעה החזקה על קהל הצרכנים ועל הציבור הרחב מביאה אותנו לרגישות הגבוהה שיש כלפי תפקוד נאות של שוק התקשורת. כל עוד השימוש בבעלות ככלי התקשורת ככלי להשפעה תודעתית מוכוון לתחום המסחרי, הוא אינו בהכרח מעורר קושי משום שהוא אינו שונה כטגוריאלי מפרסום, שאף הוא מאפשר השפעה על תודעת הצרכנים, גם אם פחותה. יש מי שיטענו, שכוח ההשפעה של עיצוב התכנים על התודעה שהבעלות מאפשרת הוא חזק יותר משמעותית מפרסום ופותח פתח למניפולציות תודעתיות, ועל כן צריך להגבילו.²⁵ אולם זו אינה הטענה במאמר זה. כל עוד ההשפעה מוגבלת לתחום המסחרי, אין כאן בהכרח בעיה המצדיקה מגבלות ייחודיות. התשתית שמאמר זה מבוסס עליה היא שהמוצר התקשורתי איננו רק "עוד מוצר נוסף" הנצרך בידי הציבור; התקשורת היא כלי חשוב ביותר לצורך דמוקרטיה מתפקדת דווקא בשל יכולת ההשפעה שלה על הציבור, מאחר שהיא בעלת תפקיד חשוב ומרכזי בפיקוח על השלטון.²⁶ בשל בעיית הפעולה המשותפת (collective action) אורחים מן השורה אינם יכולים להשקיע זמן לכרוך בדיקה יסודית אם הממשלה אכן עומדת ביעדים שלה, אם החלטות מתקבלות באופן ענייני או שהן מושפעות מניגודי אינטרסים שאינם מופיעים על פני השטח.²⁷ העבודה העיתונאית והתקשורתית "פותרת" בצורה מסוימת את בעיית הפעולה המשותפת, שכן עובדיה הם סוכנים המתמחים בעבודה זו ועושים זאת עבור החברה בכללותה.²⁸ תפקיד זה של התקשורת משרת לא רק את הצרכנים של גוף התקשורת, אלא את כלל האזרחים. לנוכח תפקיד זה, לפוליטיקאים ולגורמי ממשל יש אינטרס "לשבות" (capture) או "לקנות" את גורמי התקשורת על מנת לאפשר להם חופש פעולה רחב יותר, ובכלל זה קידום האינטרסים הפרטיים שלהם על חשבון הציבור. לאור העובדה שהציבור תלוי בגורמי התקשורת כדי לפקח בצורה אפקטיבית על הממשלה, השתלטות על חלק ניכר מן המערכת התקשורתית מאפשרת לממשלה להתנהל ללא פיקוח אפקטיבי של האזרחים ושל הבוחרים.

25 ניתן למצוא ביטוי לגישה זו במגבלה בחוק המונעת מסוכן פרסום לקבל רישיון לשידורי טלוויזיה, ראו ס' 41(א)3 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990.

26 ראו: גיא פסח "הבסיס העיוני של עיקרון חופש הביטוי" משפטים לא 895, 936-937 (2001) (מצביע על חשיבותה של מערכת העיתונות ביצירת משטר של איזונים ובלמים בשל היותה גורם חיצוני ובלתי-תלוי במערכת השלטונית, בשונה מרשויות אחרות כגון הרשות השופטת או מבקר המדינה, שיש להם תלות מסוימת במערכת השלטונית). ראו גם: אהרן ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה" משפטים כז 223, 238 (1996) (להלן: ברק "המסורת של חופש הביטוי"); אסף וינר ותהילה אלטשולר ריכוזיות בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי (מחקר מדיניות 138, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2020); C. EDWIN BAKER, MEDIA CONCENTRATION; AND DEMOCRACY: WHY OWNERSHIP MATTERS 26 (2007).

27 כאשר לבעיית הפעולה המשותפת – יעדים שניתן להגשים רק באמצעות פעולה משותפת, אך לכל יחיד יש אינטרס שהאחרים יפעלו להגשמת היעד ללא השקעה מצידו – ראו: MANCUR OLSON, THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION: PUBLIC GOODS AND THE THEORY OF GROUPS 5-16 (2nd ed. 1971).

28 Joseph Stiglitz, *Fostering an Independent Media with Diversity of Views*, in INFORMATION AND PUBLIC CHOICE 139 (Roumeen Islam ed., 2008).

נוסף על תפקיד הפיקוח, לתקשורת יש כוח רב ביצירת התודעה הציבורית ובשימורו של שוק רעיונות, שהוא הכרחי לצורך קיומה של דמוקרטיה. הממד הדליברטיבי של דמוקרטיה מצריך את קיומן של גישות שונות לשאלה מהו הטוב החברתי וכיצד יש לקדמו, תוך עריכת דיון ואפילו מאבק רעיוני בין הגישות השונות.²⁹ פלטפורמות התקשורת הן הזירה העיקרית לקיום דיון זה.³⁰ השתלטות על חלק מן הפלטפורמות בידי גורמים בעלי אינטרסים מסוימים עשויה לצמצם את מספר הגישות המוצגות לציבור הרחב ואת עריכת הדיון הממשי בין הגישות השונות.³¹ כך, עיקר הבעיה הנובעת מבעלות צולבת (משותפת) של חברה עסקית ושל פלטפורמת תקשורת, אשר מאמר זה יתרכז בה, הוא ההשפעה של הבעלות הצולבת על התחום הפוליטי, ולא עצם השימוש בבעלות על פלטפורמת תקשורת לצורך קידום אינטרסים עסקיים.³²

קיומן של הרשתות החברתיות מעלה לכאורה שאלה סביב הניתוח האמור: ריכוזיות בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי צריכה פחות להטריד אותנו כאשר חלק גדול מן הידיעות החדשותיות עובר ישירות מן העיתונאי או מספק התוכן אל הצרכן ללא תיווך של פלטפורמת חדשות. אולם התמונה היא מורכבת הרבה יותר. לפני הכול יש לציין, שהרשתות החברתיות ממלאות תפקיד דומה לפלטפורמות החדשות בכך שהן מחליטות בעניין התפוצה של התוכן החדשותי העובר בהן.³³ הדוגמה הטובה ביותר היא ההחלטה של טוויטר ושל פייסבוק לסגור את החשבון של הנשיא טראמפ לאחר הבחירות בארצות הברית.³⁴ זוהי אומנם דוגמה קיצונית, אך יש אינדיקציות שהרשתות החברתיות מתערבות התערבות מסיבית בתוכן החדשותי בפלטפורמה באמצעות שליטה בתפוצה שלו.³⁵ משפטנים רבים סבורים, שברגע שפלטפורמות אלו מתערבות בתפוצה של התכנים דינן כדין מוציא לאור של עיתון.³⁶ לאור

29 ראו וינר ואלטשולר, לעיל ה"ש 26, בעמ' 24.

30 FRED S. SIEBEIT, THEODORE PETERSON & WILBUR SCHRAMM, *FOUR THEORIES OF THE PRESS* 92, 89 (1956); ברק "המסורת של חופש הביטוי", לעיל ה"ש 26, בעמ' 240.

31 שם, עמ' 25.

32 יש קושי להבחין בין בעלות צולבת שמטרתה השפעה עסקית לבין בעלות צולבת שמטרתה השפעה על רגולטורים ועל דרג נבחר.

33 ראו: Jack M. Balkin, *Free Speech is a Triangle*, 118 COLUM. L. REV. 2011 (2018); Kate Klonick, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, 131 HARV. L. REV. 1599 (2018).

34 Kate Conger, Mike Isaac and Sheera Frenkel, *Twitter and Facebook Lock Trump's Accounts After Violence on Capitol Hill*, N.Y. TIMES (Jan. 6, 2021), <https://www.nytimes.com/2021/01/06/technology/capitol-twitter-facebook-trump.html>

35 ראו: Rebecca J. Hamilton, *Governing the Public Square*, 62 HARV. INT'L. L.J. 117 (2021) (סוקרת מגוון רחב של מקרים של התערבות של פלטפורמות הרשתות החברתיות בתכנים המועברים בהן, הן בארצות הברית ובאירופה והן מחוצה להן).

36 בארצות הברית לפלטפורמות של הפצת מידע יש חסינות מאחריות משפטית על התכנים המופצים בהן, בשונה ממוציאים לאור (publishers). על כן, כל עוד הגורם המתווך אינו מפעיל שום שיקול דעת עריכתי כאשר לתכנים המופצים דרכו, הוא ייהנה מחסינות. ראו 47 U.S.C. § 230(c)(2) גם *Cubby Inc v. CompuServe Inc.*, 776 F. Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991)

זאת הניתוח האמור צריך לחול גם על שחקנים אלו: יש למנוע שבעליהן של פלטפורמות אלו יהיו בעלי עסקים מסחריים משמעותיים.

זאת ועוד, האפשרות של עיתונאים ושל גורמים אחרים להעביר מידע ישירות לצרכן התוכן באמצעות רשתות חברתיות אינה הופכת את פלטפורמות התוכן העיתונאי-חדשותי לחסר משמעות. משתמשי הקצה מוצפים בתכנים, שמהימנותם של נתחים נכבדים מתוכם מוטלת בספק והם מכונים "fake news".³⁷ במצב זה ישנה חשיבות לזהות של ספק התוכן ולשיוך המקצועי שלו. אלו משמשים איתות לאיכות המידע שהוא מעביר. לא רק שיש השפעה של שיוך הספק לפלטפורמת חדשות על ערך המידע שלו, אלא שלמידע של ספק התוכן יש גם השפעה על המוניטין של פלטפורמת החדשות שאליה הוא משויך. כאשר פלטפורמה עיתונאית-חדשותית מקדמת במכוון אג'נדה חדשותית מסוימת, העיתונאים המשויכים לפלטפורמה אינם בהכרח חופשיים להפיץ כל מידע שהוא ברשתות החברתיות. המידע שהם מפיצים מקריין על פלטפורמת החדשות שאליה הם משויכים, ועל כן הפלטפורמה החדשותית-עיתונאית עשויה להגביל את העיתונאים העובדים בה בנוגע למידע שהם מעבירים בערוצים אחרים.³⁸

עיקר הדיון בשימור תפקידים חשובים אלו של מערכת התקשורת ממוקד לרוב כפן ההגבלי הקלאסי – מניעת ריכוזיות בשוק התקשורת ושימור של מספר שחקנים גדול בשוק.³⁹ האספקט ההגבלי נותח לאחרונה בידי אסף וינר ותהילה אלטשולר, ואחת ממסקנותיהם העיקריות היא שיש לבחון את שוק התוכן העיתונאי-חדשותי בכללותו מבחינת רמת הריכוזיות שבו, ללא הבחנה בין סוגי אמצעי התקשורת שבהם התוכן מסופק.⁴⁰ טענה מבנית זו אכן משכנעת. ברשימה זו אבקש להדגיש אספקט מבני שונה, המשפיע על אופן תפקודו של שוק התקשורת – אופיים ומהותם של השחקנים עצמם בתוך השוק. אספקט זה עוסק בהבחנה בין שני מצבים: (א) פלטפורמת התקשורת נשלטת בידי שחקן עסקי, והחזקה בפלטפורמה נועדה להשפיע על רגולטורים ועל נבחרים כדי לקדם את האינטרסים העסקיים השונים שלו; (ב) הפלטפורמה מוחזקת בידי שחקן המתמחה והמתמקד בשוק התקשורת, או שלחלופין

(בית המשפט פטר מאחריות את החברה בעלת הפורום שבו התפרסמו תכנים פוגעניים, לאור העובדה שהיא אינה מפעילה שיקול דעת בנוגע לתכנים המפורסמים בו). כאשר להצעות לצמצום החסינות לפלטפורמות של הרשתות החברתיות, ראו למשל: Danielle Keats Citron & Benjamin Wittes, *The Internet Will Not Break: Denying Bad Samaritans* § 230 Immunity, 86 FORDHAM L. REV. 401, 414-19 (2017).

37 להגדרה, ראו: David O. Klein & Joshua R. Wueller, *Fake News: A Legal Perspective*, 20 J. INTERNET L. 5, 5-6 (2017).

38 באשר למחקר על ההגבלות שפלטפורמות חדשותיות עיתונאיות מטילות על השימוש ברשתות החברתיות בידי העיתונאים העובדים בהן, ראו: Amjad Omar Safori, *Journalist Use of Social Media: Guidelines for Media Organizations*, 5 J. Soc. Sci. Rsch. 772, 774-77 (2018).

39 ראו: זוהר גושן, שמואל לשם וירון אזרחי בעלות צולבת – שליטה ותחרות בשוק התקשורת הישראלי: היבטים כלכליים ומשפטיים והשלכותיהם על הדמוקרטיה הישראלית 12 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2003).

40 וינר ואלטשולר, לעיל ה"ש 26, בעמ' 12.

היא מוחזקת בצורה מבוזרת בידי הציבור ללא בעל שליטה. מעבר למספר השחקנים שבשוק התקשורת, למאפיינים של השחקנים בשוק יש חשיבות רבה בהשפעה על מוצר התקשורת המיוצר ועל מילוי הפונקציות החשובות שהוא אמור למלא, אשר צוינו לעיל. רמת התחרות היא רק רכיב חלקי בקביעת מוצר התקשורת שיוצר.

המאפיין העיקרי שרשימה זו תתמקד בו הוא האינטרסים העסקיים הלב-תקשורתיים של בעל השליטה, תוך התמקדות באינטרס להשפיע על רשויות השלטון. אינטרס כלכלי משמעותי לבר-תקשורת יכול להוביל את בעל השליטה לייצר מוצר תקשורת שאינו ממלא את שני התפקידים העיקריים של פלטפורמות תקשורת במערכת דמוקרטית: פיקוח על השלטון ופיתוח ושימור של מגוון רחב של דעות.⁴¹ התלות בפוליטיקאים וברגולטורים לצורך קידום עסקיו האחרים עלולה להוביל את בעל השליטה בגוף התקשורת להגביל את הפיקוח על גורמי ממשל ואף לגונן עליהם מפני ביקורת, גם אם היא מוצדקת, כדי שהם יפעלו לקדם את האינטרסים העסקיים האחרים שלו. זאת ועוד, האינטרסים העסקיים שלו עלולים להתנגש התנגשות ישירה עם האינטרס הציבורי; לאור זאת בעל השליטה בפלטפורמת התקשורת ינסה להטות את הדיון הציבורי ולמנוע ולהשתיק דעות המתנגשות עם האינטרסים העסקיים שלו (כגון פתיחת השוק שבו הוא פועל לתחרות, התנגדות לקידוח מסוים בשל נזק סביבתי כאשר מדובר בחברת אנרגיה ומקרים דומים).⁴²

יש לציין שהחקיקה הקיימת מציבה דרישות מבניות מסוימות לשחקנים כדי שיהיו כשירים להשתתף בשוק התקשורת, אך רק בתחום הטלוויזיה. חוק הרשות השנייה מגביל את האפשרות שבעל רישיון לשידורים יהיה בעל שליטה דומיננטי, וקובע כי עליו להחזיק פחות מ-74% מסוג כלשהו של אמצעי שליטה.⁴³ נוסף על כך, החוק קובע ש-40% מתוך מניות ההצבעה יהיו בידי הרשות השנייה.⁴⁴ החוק אף דורש שלפחות 26% מאמצעי השליטה יהיו

41 שם, בעמ' 17. אומנם גם במצב שאין בעלות צולבת ייתכנו מצבים שבהם גוף התקשורת אינו ממלא את הפונקציות האמורות, כגון בעל הון ללא החזקה בגורם עסקי משמעותי או מפלגה המחזיקים בפלטפורמת תקשורת, אך מעוניינים בקידום אג'נדה מסוימת שלכאורה אינה עולה בקנה אחד עם הפונקציות האמורות. על כך יש שתי תשובות: התשובה הראשונה היא, שגם אם אין ערובה לכך שמניעת החזקה צולבת תביא בהכרח לקידום פונקציות אלו, הרי היא מסירה בעיה סיסטמטית שעשויה לפשות בקרב כלל המערכת התקשורתית, בעוד שהמקרים האמורים הם מקרים נקודתיים ואינם מהווים סכנה כלל-מערכתית למילוי הפונקציות הרצויות של פלטפורמות התקשורת; התשובה השנייה היא, שגם אם כל אחד מהשחקנים הללו בפני עצמו אינו ממלא את הפונקציות הרצויות, הרי כל עוד אין חסמי כניסה לשחקנים אחרים ושחקנים אחרים עם אג'נדות הפוכות ייכנסו לשוק, במצטבר כל השחקנים יחד כן ימלאו פונקציות אלו.

42 באשר לכוחם של גופי תקשורת להשפיע על התודעה הציבורית ולקבוע את סדר היום הציבורי, ראו: C. Edwin Baker, *Viewpoint Diversity and Media Ownership*, 61 FED. COMM. L.J. 651, 665 (2009); Max McCombs & Donald Shaw, *The Agenda Setting Function of Mass Media*, 36 PUB. OPINION Q. 176 (1972); Patti M. Valkenburg et al., *Media Effects: Theory and Research*, 67 ANNU. REV. PSYCHOL. 315, 319 (2016).

43 ס' 42(ב)4 (4) לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו.

44 שם, ס' 41(א)1.

נתונים בידי אזרחים ישראלים תושבי ישראל.⁴⁵ החוק אינו מאפשר להעניק רישיון טלוויזיה לגורם שהוא סוכן פרסום או שמטרתו העיקרית היא רכישת אמצעי פרסום.⁴⁶ מגבלות אלו הן מגבלות בעלות חלקיות, שאינן מתייחסות לבעלות צולבת של עסק ריאלי משמעותי במקביל לבעלות על פלטפורמת תקשורת, אלא רק לכך שלאף גורם לא תהיה שליטה מוחלטת על ערוץ שידור טלוויזיוני; בכך הן מגבילות במידה מסוימת את היכולת להטות תכנים לפי האינטרסים המסחריים של בעל השליטה.⁴⁷ עם זאת מגבלות מבניות מעין אלו אינן קיימות כלל בתחום העיתונות המודפסת והמקוונת. גם כאן רלוונטי טיעונם של וינר ואלטשולר על כך שאין הצדקה להבחין בין פלטפורמות התקשורת השונות בעניין המגבלות המבניות.⁴⁸ בפועל יש לא מעט פלטפורמות תקשורת שלבעליהן יש החזקה צולבת בעסק ריאלי. החברה המרכזית לייצור משקאות קלים, הנשלטת בידי משפחת פישמן, מחזיקה ב-52.4% ממניות שידורי קשת בע"מ, הבעלים של קשת ערוץ 12, Mako ו-N-12, נוסף ל-7.6% שמשפחת ורטהיים מחזיקה ישירות באמצעות מ' ורטהיים אחזקות בע"מ. משפחת תשובה (באמצעות בתו של יצחק תשובה, גל נאור) מחזיקה ב-22.1% ממניות קשת ערוץ 12. יש להדגיש, שעניינה המרכזי של רשימה זו אינו התמודדות עם שחקנים בתחום התקשורת שהם בעלי אינטרסים לבר-תקשורתיים באופן כללי. ניתן להבחין בין שני סוגי שימוש של שחקנים בעלי אינטרסים לבר-תקשורתיים בבעלותם בגופי תקשורת. הסוג הראשון הוא שימוש בבעלות בגוף התקשורת כדי לקדם ישירות את האינטרסים העסקיים הבר-תקשורתיים – שימוש בפלטפורמה כאמצעי ליחסי ציבור עבור העסקים האחרים של הבעלים והשפעה על הצרכנים הפוטנציאליים של אותם עסקים אחרים. הסוג השני הוא שימוש עקיף בפלטפורמת התקשורת לקידום עסקיו האחרים של הבעלים באמצעות השפעה על הרגולטור ועל דרג פוליטי שעסקיו האחרים תלויים בהם. עניינה של רשימה זו הוא בעיקרו בסוג השימוש השני – השפעה על הרגולטור ועל דרג פוליטי. הקושי בשימוש הראשון הוא מועט, אם בכלל קיים. השפעה על שוק המוצרים באמצעות בעלות על פלטפורמת תקשורת אינה נבדלת מהותית משימוש בפרסומות סמויות כדי להשפיע על שוק המוצרים, גם ללא בעלות על פלטפורמת התקשורת. במקום הקמה של מנגנון ההשפעה בצורה חוזית, המנגנון מוקם בצורה קניינית.⁴⁹ לא תמיד יש אפשרות להבחין בין שני סוגי השימוש – כלומר אם הבעלות הצולבת נועדה לשם שימוש בפלטפורמת התקשורת באופן הראשון או השני. בחלק האחרון של רשימה זו אציע מנגנונים שיתמקדו בטיפול בשימוש הראשון באמצעות מיקוד המגבלות בסקטורים

45 ש.ם.

46 ש.ם, ס' 41(א) ו-41(א)(4).

47 פרוטוקול ישיבה 6 של הוועדה המשותפת לוועדת הכלכלה ולוועדת הכנסת לדיון בהצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון – אסדרת הערוצים הייעודיים), התשפ"ח-2017, פ/4143/20, של הכנסת ה-20, 68 (14.1.2018). ראו גם: אסף וינר ואלעד מן "המחוקק כמאסדר: מגבלות ואילווצי חקיקה באסדרת תקשורת ושידורים" חוקים יב 117 (2018).

48 וינר ואלטשולר, לעיל ה"ש 26.

49 בהמשך המאמר אדון בקושי הגלום בסוג השפעה זה ובהבדל שבין השפעה באמצעות בעלות על הפלטפורמה לבין שימוש בפרסום. אומנם ניתן לאסור על פרסום סמוי, אך קשה מאוד לאכוף איסור מעין זה ולהוכיח את קיומו.

המועדים להיות מוכוונים להשפעה על הרגולטורים.⁵⁰ רשימה זו מדגישה את הצורך להחיל הגבלות משמעותיות יותר על המאפיינים של בעלי שליטה, ובעיקר להחיל הגבלות מבניות משמעותיות בציר של הפרדה בין בעלות על עסקים ריאליים אחרים משמעותיים והבעלות על פלטפורמת תקשורת, כדי לוודא שפלטפורמות תקשורת ייטו למלא את התפקיד החשוב המוטל עליהן במערכת דמוקרטית.

ג. החלופה המרכזית הקיימת להתמודדות עם בעיית הסיקור החיובי: הטלת אחריות פלילית

עיקר עניינה של רשימה זו הוא ההתמודדות עם ניצול החזקה צולבת של פלטפורמת תקשורת במקביל להחזקה בתאגיד עסקי החשוף להחלטות רגולטוריות או אחרות של הדרג הנבחר, כמנוף לחץ על עובד או על נבחר ציבור באמצעות הסיקור החיובי או השלילי של פלטפורמת התקשורת כדי להיטיב עם האינטרסים של התאגיד העסקי.⁵¹ המקרה הקלאסי להתנהלות זו הוא תיק 4000, שבו לכאורה ניצל שאול אלוביץ' את החזקותיו בפלטפורמת התקשורת של וואלה לקידום האינטרסים שלו בבזק באמצעות מתן סיקור חיובי לגורמים פוליטיים המעורבים בהחלטות רגולטוריות משמעותיות הנוגעות לבזק. במקרה זה השתמשה הפרקליטות בכלי המרכזי שבידיה לצורך התמודדות עם תופעה בעייתית זו – סעיף השוחד.⁵² לפי סעיף 290 לחוק העונשין, "עובד ציבור הלוקח שוחד בעד פעולה הקשורה בתפקידו, דינו – מאסר עשר שנים או קנס שהוא אחד מאלה, הגבוה מביניהם".⁵³ יש לציין כי עבירת השוחד המנויה בסעיף זה אינה עומדת בפני עצמה, ויש לקרוא אותה לאור ההוראות המשלימות של סעיפים 293-294 לחוק העונשין.⁵⁴ עבירת השוחד היא ביסודה עבירה התנהגותית המורכבת מרכיב התנהגותי – "הלוקח", ומשלושה רכיבים נסיבתיים – "עובד ציבור", "שוחד" ו"בעד פעולה הקשורה בתפקידו".⁵⁵ באשר ליסוד הנפשי של העבירה, חל סעיף 19 לחוק העונשין הדורש מודעות לטיב המעשה ולקיום הנסיבות.⁵⁶ בהקשר של סיקור חיובי, כאשר הוא בעל ערך משמעותי עבור עובד הציבור – הוא השוחד הניתן לו.⁵⁷ כפי שצוין בפסיקה, אין צורך שתינתן בפעולת תמורה כדי שהסיקור

- 50 ראו להלן בפרק ה.
- 51 להסבר להתמקדות בבעייתיות של שימוש בבעלות התקשורתית בהשפעה על עובד ציבור או על נבחר ציבור ולא בשימוש בהשפעה התקשורתית על הספרה העסקית, ראו לעיל בפרק א.
- 52 אומנם ניתן להשתמש גם בס' 284 לחוק העונשין (מרמה והפרת אמונים), שהוא רחב יותר, אולם השימוש בסעיף זה על מנת להפליל מעשים שאי-אפשר להפליל בסעיפים האחרים הוא בעייתי ביותר, ופוגע בעקרון החוקתיות ובצורך בבחירות בדין הפלילי. ראו להלן ה"ש 66.
- 53 ס' 290 לחוק העונשין.
- 54 יעקב קרמי על הדין בפלילים: חוק העונשין חלק רביעי (2006).
- 55 ע"פ 8573/96 מרקדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 481 (1997).
- 56 שם.
- 57 בס' 293(2) לחוק העונשין נקבע, כי אין נפקא מינה בשוחד אם הוא היה בעד עשייה או בעד חדילה, השגחה, החשה, האטה, העדפה או הפליה לרעה. בכך ביקש המחוקק לתת להתנהגות

החיובי ייחשב לשוחד, אלא מספיק שהייתה ציפייה של נותן השוחד לתמורה ושמקבל השוחד היה מודע לציפייה זו כחלק מן היסוד הנפשי של העבירה.⁵⁸ לאור העובדה ששוחד ניתן במחשכים ושקשה מאוד להוכיח את המודעות לציפייה לתמורה, השתרשה בפסיקה חזקה, שאם בפועל ניתנה תמורה מצד עובד המדינה הרי היא נבעה מתוך מודעות לכך שהייתה ציפייה מצד הנותן לקבל דבר בתמורה.⁵⁹

בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו בעניין שמעוני עמדה השופטת מרגולין-יחידי על תפקידה של עבירת השוחד בהקשר של סיקור חיובי – לא רק לצורך שמירה על טוהר המידות של עובדי הציבור, אלא אף על טוהר כלי התקשורת, אשר להם תפקיד מרכזי בדמוקרטיה, על מנת למנוע השפעות זרות על דיווחיהם:⁶⁰

”בשל תפקידה החיוני של התקשורת, ההנחה ש'אור השמש הוא המחטא הטוב ביותר', וחשיבות מעמדה העצמאי של התקשורת בחברה דמוקרטית חפצת חיים, יש לשמור על החופש של התקשורת ולשאוף שתהא בלתי תלויה, ומונעת משיקולים מקצועיים וענייניים ולא מאינטרסים זרים... בשל אופייה ומעמדה של התקשורת, נדרשת מחד גיסא, זהירות בייחוס פליליות להתנהגות שהתקשורת מעורבת בה, שכן טיפול בכלים הפליליים בנושאים הקשורים לתקשורת, עלול במקרים הלא מתאימים לגרור פגיעה בערכים שצוינו. מאידך גיסא, דרושה ההכרה שאי התערבות של המשפט הפלילי בהתנהלות שיש בה שימוש לרעה בפלטפורמה של כלי התקשורת, על הכוח הרב שהם אוצרים בחובם, למטרות אישיות שאין ביניהן לבין זכות הציבור לדעת, וביניהן לבין החשיפה לאור השמש דבר וחצי דבר, עלולה לאפשר לאלה שאינם חפצים בתקשורת פתוחה, ביקורתית, וחוקרת לכרסם בכוחה של התקשורת, באמינותה, תקפותה ובהצדקה למעמדה הייחודי במשטר דמוקרטי, וכך בכך לבצע עבירה חמורה של לקיחת שוחד מבלי לתת את הדין על כך.”

גם השופטת מרגולין-יחידי בפסק דינה מצביעה על בעיה רחבה יותר מהשחתת טוהר המידות של עובד ציבור: פעילות אינטרסנטית של פלטפורמת תקשורת הפוגעת פגיעה כפולה בציבור – הן בהשחתת עובד הציבור והן בעצם פעילותה האינטרסנטית הגורמת לה לסטות מדיווח אמיתי ומדויק. השופטת מודעת לבעיות העשויות לצמוח מהחלת אחריות פלילית על התנהלות של גורם תקשורת, אך היא סבורה שהתועלת של התערבות מסוג זה עשויה לעלות על נזקה.

כפי שנאמר בפסיקה, על אף ההנחיות שניתנו בסעיפים 293-294 המחוקק לא תחם את עבירת השוחד, כך שישנו מגוון רחב של מופעים אפשריים למופע של שוחד בחיי היום יום.⁶¹ אחת הבעיות המרכזיות בהחלת עבירת השוחד בהקשר של סיקור חיובי של פלטפורמת תקשורת היא רוחב היריעה הפוטנציאלית של דוקטרינה זו. על מנת להחיל את הסעיף נדרש

המצופה ממקבל השוחד משמעות מקיפה ורחבה יותר. ראו קדמי, לעיל ה"ש 54, בעמ' 1745.
 58 ע"פ 7593/08 ריטבלט נ' מדינת ישראל, פס' 32 לפסק דינה של השופטת נאור (נבו 1.9.2009).
 59 ע"פ 1877/99 מדינת ישראל נ' בן עטר, פ"ד נג(4) 695, 710 (1999); ע"פ 8027/04 אלגריסי נ' מדינת ישראל, פס' 14 (נבו 23.2.2006).
 60 ת"פ 12935-02-17 (מחוזי ת"א) מדינת ישראל נ' שמעוני, פס' 13 (נבו 11.11.2019).
 61 ע"פ 521/87 מדינת ישראל נ' עינב, פ"ד מה(1) 418 (1990).

מתת של סיקור אוהד וציפייה לקבל תמורה בדמותה של הטבה רגולטורית לבעלים של גוף התקשורת שסיפק את הסיקור האוהד. הפרשנות המקובלת העומדת בבסיס כתב התביעה נגד נתניהו בשאלה מה נחשב לסיקור אוהד היא סובייקטיבית-יחסית ולא אובייקטיבית-אבסולוטית. הווי אומר, לא נדרש רף אבסולוטי מסוים של יחס חיובי כלפי נבחר ציבור כדי שסיקור ייחשב לאוהד, אלא מספיק שינוי חיובי לעומת סיקור שפורסם בעבר, גם אם הסיקור בפני עצמו איננו חיובי ביותר. גישה זו משתקפת גם בעניין שמעוני, שבו קבעה השופטת מרגולין-יחידי שגם שינוי ביחס כלפי עובד המדינה, גם אם אינו סיקור חיובי באופן אבסולוטי ייחשב לסיקור אוהד.⁶² השופטת מרגולין-יחידי מקבלת את האפשרות שכל שינוי בדפוס הסיקור של נבחר הציבור, אפילו כאשר מדובר בצנזורה של ביקורת ולא דווקא בהגברת פרסום חיובי, עשוי להיחשב כטובת הנאה שהנותן מעניק לנבחר הציבור, המקיים את הרכיב העובדתי לצורך עילת השוחד. פרשנות זו מרחיבה מאוד את ההגדרה של סיקור הנחשב לסיקור אוהד, ולפיה אין צורך שהסיקור יגיע לרף גבוה מאוד של בולטות חיובית. לאור פרשנות זו, כמעט כל נציג ציבור מקבל סיקור אוהד מזמן לזמן, בהינתן שכל שינוי חיובי של אופן הסיקור שלו נחשב לסיקור חיובי גם אם מבחינה אבסולוטית הוא אינו מגיע בהכרח לרף גבוה של סיקור חיובי.

גם מושג התמורה הוא רחב ומכסה מספר גדול מאוד של מקרים.⁶³ כמעט לכל החלטה רגולטורית יש מרוויחים ומפסידים. מבחינה סטטיסטית, בהחלט ייתכן שאחד המרוויחים מהחלטה רגולטורית הוא גורם עסקי השולט בפלטפורמת תקשורת. אם כל רווח מהחלטה רגולטורית נחשב לתמורה, יש לא מעט מקרים של תמורות המגיעות לגורמים עסקיים, ובכלל זה גורמים עסקיים שבבעלותם פלטפורמת תקשורת. נציגי ציבור היו מעורבים בהחלטות שיצרו חלק מאותן תמורות.

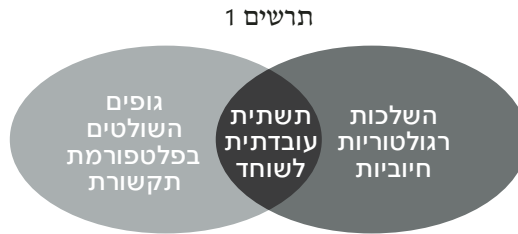
בשל הרוחב של מושגי המתת והתמורה, יהיו באופן תמידי לא מעט נבחרי ציבור שתאורתית אפשר להחיל עליהם את החזקה שהם קיבלו שוחד, לאור עצם קיומם של מתת ותמורה.⁶⁴ על פי הגדרת המתת המרחיבה של השופטת מרגולין-יחידי, די בכמה ידיעות שבהם נבחרי הציבור מסוקרים סיקור ניטרלי, לעומת אייטמים מן העבר שבהם הם סוקרו

62 עניין שמעוני, לעיל ה"ש 60, פס' 14 ("יש לבחון אם כלי התקשורת מחזיק באופן עקבי בעמדה ובהשקפת עולם כלשהי, אשר מתיישבת מבחינת האג'נדה שלו עם פרסומים הנוחים לנבחר הציבור, שאז הפרסומים האוהדים אינם קשורים בהכרח לקשר מול נבחר הציבור, או שמא הפרסומים ברוח האמורה נובעים רק מהקשר עם נבחר הציבור ו/או מבטאים שינוי בעמדה שאז הקשר שלהם לטובת הנאה נפסדת הוא ברור יותר... ועוד בעניין תוכן ונושאי התערבות, יש לבחון אם ההתערבות מתבטאת בהגברת הפרסומים החיוביים לגבי נבחר הציבור ופעילותו ו/או התערבות בצנזור ביקורת... מובן שכלל שההתערבות היא בנושאים רבים יותר האפשרות שמדובר בטובת הנאה אסורה היא וודאית יותר").

63 עקרונית כל טובת הנאה יכולה להיחשב לשוחד, ראו קרמי, לעיל ה"ש 54, בעמ' 1743.

64 מסיבה זו גם בועז סנג'רו סבור שעד שהמחוקק לא יפרט בהגדרת העבירה את ההתנהגויות המפליגות, על השופטים לפעול באיפוק מרבי ולמנוע את הרחבתה של תחולת העבירה ללא גבולות. בועז סנג'רו "האם סיקור תקשורת אוהד הוא שוחד" (נבו, 2019), <https://www-nevo-co-il.ezprimo1.idc.ac.il/SearchResults.aspx?query=91982bcb-3014-44a7-8384-fl124661d8cf&pagesize=50>.

סיקור שלילי, כדי לראות בהם מי שמקבלים מתת של סיקור אוהד.⁶⁵ כל מגע שלהם עם החלטה רגולטורית יכול להיחשב תמורה, שכן כמעט מכל החלטה רגולטורית יש מרוויחים שניתן לראות בהם מי שמקבלים תמורה מנבחר הציבור. אצל לא מעט מהם עשויה להיות הצטלבות בין הגורם שממנו הם קיבלו את המתת של הסיקור ההוגן (באופן יחסי) לבין התמורה של הטבה רגולטורית. בכל אותם המקרים, שעל פניו נראה שהם אינם מעטים, נוצרת תשתית לאישום בשוחד: ישנו מתת לעובד ציבור וישנה תמורה בכיוון ההפוך מאת עובד הציבור, כפי שמוצג בתרשים 1.⁶⁶



מנגד, קושי נוסף המתעורר מהחלת עבירת השוחד בהקשר של הסיקור החיובי הוא תחולתה המצומצמת של העבירה בשל הצורך להוכיח את הקשר הסיבתי. מובן שעצם קיומם של מתת ותמורה אינו מספיק כדי להרשיע בעבירה של שוחד. יש להוכיח את הסיבתיות שבין השניים או לפחות צפי של המקבל לקבל דבר בתמורה, גם כאשר אין ניתנת תמורה בפועל; כפי שמצוין בלשון החוק, התמורה צריכה להיות "בעד פעולה הקשורה בתפקידו".⁶⁷

65 עניין שמעוני, לעיל ה"ש 60, פס' 14.

66 ההרחבה המושגית של מתת ותמורה מעמיקה את הבעיה האינהרנטית שבתפיסה המרחיבה של עבירת השוחד בפסיקה. מרים גור-אריה כבר העירה על הקושי שבהרחבת הערך המוגן שעליו מגינה העבירה לשמירה על טוהר המידות של המנהל הציבורי, כפי שנקבע בע"פ 355/88 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 221, 236 (1989). ראו: מרים גור-אריה "הפרת אמונים מצד עובדי הציבור ונבחרי – האם עבירה פלילית?" פלילים ח 253, 257-258 (1999) (להלן: גור-אריה "הפרת אמונים"). מרדכי קרמניצר וליאת לבנון גם ביקרו את התפיסה המרחיבה בפסיקה של עבירת השוחד ככוללת מקרים שבהם טובת ההנאה אינה נובעת מצד שלישי. ראו: מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "עד היכן תרחב עוד עבירת השוחד?" עלי משפט א 369 (2000). קבלת תפיסה מרחיבה לעבירה פלילית, המשאירה את גבולותיה פתוחים, יוצרת בעיה חוקתית בכך שהיא מפירה את עקרון החוקיות בתחום הפלילי, אשר לפיו על המחוקק לקבוע את היקף האיסור הפלילי בצורה ברורה כדי שיספק אזהרה הוגנת לפרט. באשר לעקרון החוקיות, ראו: ע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח 785 (1954); דנ"פ 1397/03 מדינת ישראל נ' שבס, פ"ד נט(4) 385, פס' 29 לפסק דינו של הנשיא ברק (2004); מרים גור-אריה "פניקה מוסרית והשחיתות השלטונית: השתלטות העברה הפלילית של הפרת אמונים על התחום האתי והמשמעותי" משפט ועסקים יז 447, 458-460 (2014) (להלן: גור-אריה "פניקה מוסרית"); Mordechai Kremnitzer, *Interpretation in Criminal Law*, 21 Isr. L. Rev. 358 (1986).

67 ס' 290 לחוק העונשין; ראו גם: עניין לוי, לעיל ה"ש 66.

במקרים רבים של מערכות יחסים מורכבות וללא התקשרות מפורשת, יש קושי להוכיח שאכן הייתה ציפייה מצד הנותן לפעולה מצד המקבל. כפי שהשופטת מרגולין-יחידי מציינת,

"יוער כי מקום שעבירת השוחד הנטענת מבוססת על קידום אינטרסים מגוונים ומתמשכים של נותן המתת שעובד הציבור עשוי לסייע לו בהם, ועל ציפיותו למשוא פנים בדרך של שלח לחמך, ללא תמורה קונקרטית כלל, אזי הקו המפריד בין עבירת השוחד לבין עבירת הפרת האמונים הוא דק מדק, והוא מבוסס בעיקר על השוני בהיבטי העיתוי, העוצמה והתוכן והאופי של הציפייה, בהתאם למכלול הנסיבות".⁶⁸

לאור הקושי להוכיח את יסודות העבירה של שוחד⁶⁹ ובעיקר את קיומה של ציפייה לתמורה, קבעה הפסיקה חזקה עובדתית: מתת לעובד הציבור מאת אדם הנמצא עימו בקשר רשמי ניתנת בעד פעולה הקשורה לתפקידו.⁷⁰ אולם כפי שנקבע בפסק הדין בעניין בר, חזקה זו היא מוגבלת וחזקה מותנה בנסיבות העניין:

"אחד מן האמצעים להתמודד עם החסר הראיתי הוא השימוש בהנחה לפיה מתת שניתנה לעובד ציבור ניתנה לו בעד פעולה הקשורה בתפקידו. אולם גם הנחה זו אי אפשר למתוח עד אין קץ, ויש להסיק אותה מתוך מערכת הקשרים שבין עובד הציבור והנותן".⁷¹

הפסיקה, שהכירה במגבלותיה של החזקה, אף ציינה שחזקה זו אינה בהכרח מעבירה את נטל הראיה לנאשם.⁷²

הנסיבות בהקשר של סיקור חיובי מחלישות בצורה ניכרת את החזקה לכך שהמתת שניתנה לעובד ציבור ניתנה לו בעד פעולה הקשורה בתפקידו. החזקה בנויה על כך שכאשר גורם מסוים מוציא משאבים מכיסו, הוא אינו עושה זאת ללא סיבה, משום ש"אין ארוחות חינם". ההסבר ההגיוני והמסתבר ביותר למוכנות של גורם להפסיד משאב ולהעבירו לאחר היא ציפיותו לקבל דבר בתמורה. לאור זאת, ישנה חזקה שנותן המתת עושה זאת בציפייה לקבל תמורה מהמקבל.⁷³ הנסיבות של סיקור חיובי הן שונות – נותן המתת לא בהכרח נגרע או "הפסיד" משאב. גם כאשר הסיקור החיובי הוא בעל ערך רב למקבל, במקרה הרגיל אין

68 עניין שמעוני, לעיל ה"ש 60, פס' 17.

69 לעיל ה"ש 10. ראו גם ע"פ 4456/14 קלנר נ' מדינת ישראל, פס' 4 (ג) לפסק הדין של השופט הנדל (נבו 29.12.2015); ע"פ 5270/14 אולמרט נ' מדינת ישראל, פס' 86 לפסק הדין של השופט ג'ובראן (נבו 29.12.2015); אביה אלף "על כוח, כסף ועברות צווארון לבן" משפט ועסקים כא 263 (2018).

70 ע"פ 1877/99 מדינת ישראל נ' בן עטר, פ"ד נג(4) 695, 710-711 (1999).

71 עניין בר, לעיל ה"ש 10, שם.

72 ע"פ 8027/04 אלגריסי נ' מדינת ישראל, פס' 15 (נבו 23.2.2006) ("החזקה אינה קמה אלא במקום שבו העובדות המקימות אותה מבוססות כדבעי, ומכל מקום אין היא מעבירה את נטל השכנוע אל כתפי הנאשם ודי כי הנאשם יעורר ספק סביר לגבי המסקנה הנובעת מאותה חזקה כדי למוטט את ההנחה שביסודה").

73 ע"פ 647/75 קליין נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(3) 275 (1976).

עלות אלטרנטיבית לסיקור חיובי מצידו של הנותן; הוא לא הפסיד הזדמנות לרווח מעצם המתת – מתן סיקור חיובי.⁷⁴ במתת הסטנדרטי של שוחד – של כסף או של משאב אחר – הרווח למקבל זהה להפסד של הנותן. מידת ההתעשרות של המקבל ממאה השקלים או מגרש הוא המאה שקלים או המגרש שהוא קיבל, והיא זהה למידת ההפסד שנגרמה לנותן, אשר נגרעו ממנו מאה שקלים או מגרש. הרווח למקבל הנובע מן הנתניה זהה להפסד של הנותן. במצבים ייחודיים כמו במקרה של סיקור חיובי אין זהות בין השניים. אף שהמקבל קיבל דבר מה בעל ערך רב עבורו, ייתכן שהנותן לא נגרע דבר. לבעלים של פלטפורמת התקשורת אין בהכרח עלות אלטרנטיבית מן הסיקור החיובי; לאור המגבלות על מכירת התכנים הנסקרים, בניגוד לפרסום המופיע בפלטפורמת התקשורת, הוא לא בהכרח הפסיד הזדמנות עסקית מכך שהעניק סיקור חיובי לגורם מסוים. בטרמינולוגיה הכלכלית פעולות מסוג זה של סיקור חיובי מכונות החצנה חיוביות, כלומר פעולה של אינדיבידואל המניבה תועלת לצדדים שלישיים ללא עלות נוספת לפועל. הדוגמה הקלאסית בספרות הכלכלית להחצנה חיובית שנתן זוהי פרס נובל בכלכלה ג'יימס מיד היא ההשפעה החיובית שיש לבעל מטע של עצי תפוח על תנובת הדבורים של הכוורן הסמוך אליו. בעל המטע אינו מפסיד דבר מן הגידול בתנובת הדבורים בעקבות קרבתן למטע התפוחים שלו. רווחיו היו זהים גם אלמלא היה לידו כוורן דבורים.⁷⁵ בפעולה מסוג זה של החצנה חיובית, שהנותן אינו מפסיד דבר ממה שהוא מעניק למקבל, קשה יותר להפעיל את החזקה שהפעולה נעשתה מתוך ציפייה לקבל תמורה. מאחר שהנותן אינו מפסיד דבר מן הפעולה שהעניקה למקבל דבר מה, בהחלט ייתכן שהוא היה מעניק את המתת גם ללא שום ציפייה לקבל דבר בתמורה. לאור זאת, גם במקרה של סיקור חיובי שניתן לראותו כיוצר החצנה חיובית עבור המקבל ללא הפסד עבור הנותן, אין מקום להחיל את החזקה שהנותן לא היה מבצע את פעולת הנתניה ללא ציפייה לקבל תמורה.⁷⁶

הסיבה לכך שבמקרה של סיקור חיובי אין לפעולה זו "עלות אלטרנטיבית" – הפסד של הזדמנות עסקית – היא שפלטפורמת תקשורת הסוחרת בתכניה ובאפשרותה להעניק סיקור

74 לכאורה היה אפשר להציע שהחזקה כן תהיה תקפה כאשר הסיקור אינו מהווה החצנה חיובית: פלטפורמת התקשורת מפסידה מהפרסום, אם בשל פגיעה במוניטין בקרב קוראי העיתון ואם בקרב עובדים או עובדים פוטנציאליים. אולם היקף פגיעה במוניטין הוא קשה מאוד להערכה; בעוד שבעיני חלק מהקוראים ומהעובדים התמיכה במועמד פוליטי מסוים עשויה להוריד את קרנה של הפלטפורמה, בעיני האחרים היא עשויה להעלותה. על כן גם אם יש מקום להכיר בחרגי זה, צריך לעשות זאת רק במקרים קיצוניים ביותר.

75 James E. Meade, *External Economies and Diseconomies in a Competitive Situation*, 62 *Econ. J.* 54, 56-57 (1952).

76 אומנם גם אם לא נגרם הפסד ישיר לנותן השוחד בעקבות נתניתו, נגרם הפסד לחברה בכללה. אך ההפסד של החברה אינו רכיב בעבירת השוחד, שהאלמנט המרכזי בו הוא נתניה תוך ציפייה לתת תמורה. בשל הקושי להוכיח את קיומה של ציפייה נעזרים בחזקה שכאשר ישנה נתנית ותמורה – ישנה ציפייה. הקביעה שישנה ציפייה לאור קיום נתניה ותמורה היא קביעה שאינה טריוויאלית, ולכן כאשר ישנן נסיבות המחלישות את החזקה החלשה ניכרת – אין להחילה. כאשר לא הייתה עלות לנתניה, ישנה חולשה ניכרת בקביעת קיומה של חזקה. ההפסד החברתי אינו מחזק את קיומה של ציפייה.

חיובי תפסיד את אמינותה ואת המוניטין שלה, ולכן עקרונית התכנים עצמם אינם אמורים להיות סחירים. מכיוון שלא בהכרח נגרם הפסד לנותן, עוצמת החזקה, אשר כפי שצוין לעיל היא רגישה ביותר לנסיבות המקרה, נחלשת משמעותית. החזקה שהאדם מצפה לתמורה מעובד הציבור רלוונטית בעיקר כאשר הגורם הנותן נפסד דבר מה, כלומר חזקה שהוא אינו מפסיד ללא סיבה. אך כאשר לא נגרם לו הפסד מן הנתינה, חזקה זו נחלשת משמעותית.⁷⁷ יש להדגיש שטיעון זה אינו בהכרח מפריד בין נתינה של מזומן לבין נתינה של שירותים. ברוב המקרים שהמתת היא בהענקת שירות, עדיין ישנו הפסד כלכלי של הנותן. ככל שהשירות הוא סחיר, יש לנותן עלות אלטרנטיבית בהענקת השירות ללא תשלום לעובד הציבור. כך למשל, עורך דין צמרת המקדיש שעות לייצוג עובד ציבור ללא תשלום, ספג הפסד כלכלי מסוים: לשעות העבודה שלו יש ערך גבוה, ועל כן הקדשתן לעובד ציבור גרמו לו הפסד כלכלי באי-היכולת להקדישן ללקוח שהיה משלם מחיר גבוה עבור אותו השירות. אכן, קיומו של הפסד הוא ברור מאליו כאשר מדובר בנתינה של מזומן או של משאב אחר כגון קרקע או מניות, אך גם בהענקת שירותים יש צורך לחשוף את הפסד הנותן, מאחר שבמקרים רבים של הענקת שירותים ייתכן הפסד מסוג זה.⁷⁸

השימוש בעבירת השוחד בהקשר של סיקור חיובי הוא רחב מדי מצד אחד; הוא פורס את מצורתו על היקף רחב מאוד של מקרים פוטנציאליים בשל ההיקף הרחב הן של מקרי המתת והן מקרי התמורה. מן הצד האחר הוא מצומצם מדי בשל הקושי להוכיח קשר סיבתי בין המתת לבין התמורה או קיומה של ציפייה לקבלת תמורה.

אם עילת השוחד אינה מעניקה מענה אפקטיבי לבעיית הסיקור החיובי, אפשר להציע עילת אלטרנטיביות על מנת להתמודד עם הבעיה בצורה אפקטיבית באמצעות הטלת אחריות פלילית על המסקר ועל הנסקר. ניתן לאסור על עצם התקשורת בין הצדדים – רגולטור ובעל שליטה בפלטפורמת תקשורת או מי מטעמו. איסור מעין זה לא יצריך להוכיח את

77 נוסף על העובדה שבסיקור חיובי אין בהכרח הפסד לנותן המתת, מדובר בפעולה שגרתית של גופי תקשורת – מושאי דיווחיהם זוכים לעיתים לסיקור חיובי ולעיתים לסיקור שלילי. השופטת בן פורת קבעה, ש"ככל שטובת ההנאה היא פעוטה ומקובלת בחיי יום-יום... כן תידרש ראייה יותר חזקה לכוונה הפלילית הדרושה בעבירה של קבלת השוחד" (ע"פ 621/78 אסא נ' מדינת ישראל, פ"ד לג' (1) 75, 79 (1978)). הווי אומר – לאור העובדה שמדובר בפעולה שגרתית, החזקה לכוונה הפלילית נחלשת (ראו גם קדמי, לעיל ה"ש 54, בעמ' 1778, ס' ד-ה).

78 פסק דין רלוונטי לסוגיה זו של נתינת שירות כשוחד הוא ת"פ (מחוזי ת"א) 40778-12-09 מדינת ישראל נ' ויטה (נבו 31.10.2011). פסק דין זה זיכה את יעקב וינרוט מנתינת שוחד לעובד מס ההכנסה שוקי ויטה בין השאר בשל הספק אם נתינת השירות בחינם הייתה בהכרח שוחד, לאור העובדה שהשירות ניתן חינם גם לגורמים אחרים שאינם עובדי ציבור. אולם מבחינה מושגית השופט נויטל השתמש בהמשגה אחרת, שהמקבל "לא נהנה" מבקשת חנינה ללא שכר טרחה בצידה, לעומת אחרים" (שם, פס' 19). אני סבור כי הנקודה אינה שהמקבל לא נהנה – הוא נהנה והפיק תועלת מהשירות שהוא קיבל – אך העובדה שאין בהכרח תשלום עבור שירות זה מראה שיתכן שלא הייתה עלות אלטרנטיבית לנותן, ואם הוא לא היה נותן שירות זה בחינם לנאשם, ייתכן מאוד שהוא היה נותן שירות זה בחינם לגורם אחר. לאור העובדה שלא בהכרח נגרם לו הפסד מנתינת השירותים, החזקה שפעולה זו נעשתה בציפייה לקבל תמורה מהמקבל נחלשת.

קיומם של מתת ותמורה – עצם ההתקשרות בין הצדדים תטיל אחריות פלילית עליהם, ללא קשר לתוצאתה ולהשלכותיה.

ואולם הבעיה באיסור מעין זה היא שמחד הוא מטיל אחריות פלילית בתחומים רחבים מדי, אך מאידך הוא צר מדי ואינו מכסה קשת רחבה של השפעות על הספרה הפוליטית לקידום ענייניו של בעל השליטה. הוא רחב מדי, כי תקשורת בין פוליטיקאים ובעלי פלטפורמות תקשורת היא חלק הכרחי במנגנון דמוקרטי. פוליטיקאים תלויים באופן הסיקור של פעולותיהם. כאשר הם חושבים שגורם תקשורת הוא מוטה בנוגע לכיסוי פעוליהם, לגיטימי ואף רצוי הוא שהם יפנו לגורמים האחראים על הפלטפורמה – עד רמת בעל השליטה – כדי לשטוח את טענותיהם ולנסות להשפיע על כך שהסיקור של פעולתם יהיה הוגן. הטלת איסור פלילי על תקשורת מסוג זה תפגע בפעולה תקינה של המנגנון הדמוקרטי.⁷⁹

בה בעת איסור מעין זה הוא צר מדי, כי הוא אינו חל על קשת רחבה של צורות השפעה משמעותיות של בעל השליטה בפלטפורמת התקשורת על הפוליטיקאי, ומובן שגם עבירת השוחד המצומצמת יותר לא תחול עליהן. ישנם מקרים רבים של ניצול פלטפורמת תקשורת שלא רק שהם אינם מבוססים על תיאום בין הצדדים, אלא שהם חד-צדדיים באופן מובהק. בהיעדר תיאום כלשהו בין הצדדים לא רק שאין שוחד, אלא שאפילו העבירה הרחבה יותר האוסרת על התקשרות בין הצדדים אינה מתקיימת. גם ללא כל התקשרות בין בעל השליטה בפלטפורמת התקשורת והפוליטיקאי או הרגולטור הרלוונטיים, עצם ההחזקה בפלטפורמת תקשורת תגרום לפוליטיקאי או לרגולטור להיטיב עם הבעלים. גם ללא הסכמה שהתגבשה ביניהם, הפוליטיקאי או הרגולטור יחששו מהיחס של בעל השליטה כלפיהם, ועל כן יתנהלו בצורה זהירה כלפי האינטרסים שלו. משחק מסוג זה, שאינו בנוי על תיאום או על ציפייה אלא על תגובה ללא תיאום, אי-אפשר לרסן באמצעות עבירת השוחד, שמושאה הוא הסכמה ותיאום בין הצדדים – בין אם במפורש ובין אם במובלע.

יתרה מכך, כדי שהשליטה בפלטפורמת התקשורת תשפיע על השחקן הפוליטי, לא רק שאין צורך בתיאום, אלא שאפילו אין צורך בפעולה מצידו של בעל פלטפורמת התקשורת. בדומה למנגנון הרתעה של אכיפה מדינתית, כוחו מופעל גם כאשר אין אכיפה בפועל. גם ללא שינוי דפוס הסיקור של השחקן הפוליטי בידי בעל השליטה, עצם החשש או הציפייה לשינוי באופן הסיקור עשויים להשפיע על אופן התנהלותו של השחקן הפוליטי כלפי בעל השליטה. כאשר ישנה השפעה ואין אפשרות להצביע על מנגנון תיאום ואף לא על עצם קיומה של תמורה, עבירת השוחד אינה יכולה למנוע השפעה באפיק זה, ואף לא העבירה הרחבה יותר שהוצעה לעיל.

לאור המגבלות של הטלת אחריות פלילית כדי להתמודד עם בעיית הסיקור החיובי, אפשר להציע שימוש בכלים דומים אך רכים יותר, כגון כלים מהמשפט המנהלי ואחריות ואתיקה מקצועית. לאור העובדה שלעיתונות החדשותית יש תפקיד מרכזי במשטר דמוקרטי, יש להחיל על גופים אלו כלים מהמשפט המנהלי החלים על גוף דו-מהותי.⁸⁰ התייחסות

79 באשר לקושי החוקתי הטמון במתכונת הרחבה של עבירת השוחד עם "הרקמה הפתוחה", ראו לעיל ה"ש 66.

80 לווריסה של טיעון זה, ראו: אהרון ברק "על העיתונות הפרטית" עלי משפט ב 293 (2002) (הטוען שעל העיתונות הפרטית חלה חובת נאמנות כלפי הציבור לאור האינטרס הציבורי)

לגופי תקשורת חדשותיים כאל גופים דו־מהותיים תצריך מהם גילוי שיאפשר לזהות את דפוס ההתנהגות הבעייתי של השפעה על הרגולטור מצידו של בעל השליטה.⁸¹ זאת ועוד, התייחסות לגופי תקשורת כאל גופים דו־מהותיים יכולה להגביל את השיקולים שניתן לשקול בפרסום דיווח עיתונאי מסוים. ניתן אף להחיל על בעל השליטה ועל העורכים הסכמי ניגוד עניינים בדומה לאלו של עובדי ציבור, ולהטיל סנקציות על הפרתם.⁸² אפשרות נוספת היא להשתמש בכלי של תקנון האתיקה המקצועית של העיתונות. ניתן להקים במועצת העיתונות גוף מעין־שיפוטי לאכיפת תקנון האתיקה המקצועית של העיתונות, שתהיה לו סמכות להוציא צווי מניעה כאשר יש חשש ממשי להפרה של סעיף 15א לתקנון האתיקה המקצועית של העיתונות – העמדת כלי התקשורת העיתונאי במצב של ניגוד עניינים.⁸³ ואולם כלים "רכים" אלו לא יוכלו לפתור את הבעיה. עיקר הקושי בהתמודדות עם בעיית הסיקור החיובי הוא בהשגת המידע שאכן מופעל מנגנון להדגשת סיקור חיובי ולניפוי סיקור שלילי עבור שחקנים מסוימים. כפי שרשימת 333 העדים בפרשת 4000 מעידה, מטרה זו אינה קלה כלל וכלל, בייחוד לאור העובדה שאין די במידע מהן הידיעות שהתפרסמו אלא יש צורך לדעת גם אלו ידיעות לא התפרסמו. חובת גילוי כשלעצמה, בייחוד שהיא איננה במסגרת הדין הפלילי, אינה מספיקה כדי להגיע למידע זה, שמצוי לעיתים קרובות בערוצי מידע לא־פורמליים. רק מאמץ משטרתי מרוכז ביותר מאפשר להשיג מידע זה. כאשר אין מדובר בהפרה של הדין הפלילי, ספק גדול אם ניתן להשתמש שימוש מסיבי בזרועות המשטרה כדי להשיג את המידע. נוסף על כך, ההרתעה של גורם התקשורת היא חלשה יותר משמעותית כאשר הסנקציה איננה פלילית. קל וחומר שאי־אפשר להסתמך על כלים שוקיים כגון רגולציה פרטית וחרם צרכני. לאור העובדה שהמידע הנוגע לאופן הסלקציה אינו ידוע, גורמים מבחוץ אינם יכולים לדעת אלו ידיעות היו מונחות לפתחו של כלי התקשורת אשר העדיף שלא לפרסמם; אין מידע מדויק כאשר לאופן עיבוד המידע בידי גורם התקשורת, ולכן כלים שוקיים אינם יכולים לפתור את הבעיה. אין להם את הכלים להצביע על קיומה של בעיה במקרה קונקרטי.

בפרק הבא אציע מנגנון אשר אף שהוא "רך" יותר מהפתרון הפלילי, הוא "קשיח" יותר כאשר לבעיית המידע. לאור העובדה שיש קושי מהותי בהשגת מידע על קיומה של בעיה של סיקור חיובי, המנגנון המוצע מונע את התנאים לקיום הבעיה של סיקור חיובי באמצעות הפרדה מבנית בין החזקות עסקיות משמעותיות לבין החזקה בכלי תקשורת חדשותיים.

ד. החלופה המוצעת להתמודדות עם בעיית הסיקור החיובי: הפרדה מבנית בין החזקה בפלטפורמות תקשורת לבין החזקה בעסקים אחרים

לאור המגבלות של הטלת אחריות פלילית כדי להתמודד עם בעיית הסיקור החיובי, פתרון ההפרדה המבנית נראה אפקטיבי יותר: מחד הוא מונע מהתנהגויות של צדדים

שהעיתונות הפרטית ממלאת). ראו גם: ברק "המסורת של חופש הביטוי", לעיל ה"ש 26.

81 שם, בעמ' 238.

82 שם.

83 ס' 15א לתקנון האתיקה המקצועית של העיתונות (ספטמבר 2020).

תמי לב מלהיתפס ברשתו, ומאידך ביכולתו לתפוס ברשתו התנהגויות של השפעה מזיקה שמנגנון האחריות המשפטית לא היה מצליח להגביל.⁸⁴ לפי פתרון ההפרדה המבנית, על החוק לאסור מראש החזקה צולבת בפעילות עסקית משמעותית לצד החזקה משמעותית בפלטפורמת תקשורת. היעדר ההחזקה הצולבת יעקור מן השורש את האינטרס של בעליה של פלטפורמת התקשורת להטות את אופי הסיקור שלו בהתאם לאינטרסים העסקיים שלו בהחזקותיו האחרות. יש להרגיש שהפרדה מבנית אינה תחליף מושלם לשימוש בעבירת השוחד בהתמודדות עם בעיית הסיקור החיובי; ייתכנו מקרים שחברת התקשורת נוקטת סיקור חיובי לצורך השפעה על רגולטורים או על נבחרי ציבור בעניינה גם ללא בעלות צולבת שבמסגרתה הבעלים של חברת התקשורת הוא בעלים של חברה עסקית נוספת.⁸⁵ קיומה של הפרדה מבנית לא תשפיע על סיקור חיובי ולא תמנע אותו במקרים אלו. עם זאת מקרים אלו הם מקרי קצה, והם אינם עומדים בליבת הבעיה של הסיקור החיובי. בעיית הסיקור החיובי נובעת מן החשש שיהיה שימוש סיסטמטי של גורמים עסקיים דומיננטיים הנתונים לפיקוח רגולטורי צמוד בבעלות צולבת של חברות תקשורת כדי להשפיע על רגולטורים ועל נבחרי ציבור בעניינם. הבעיה בסיקור החיובי היא השפעתו הפוטנציאלית הכלל-משקית. כל עוד מדובר בשימוש בכלי זה רק בידי חברות התקשורת עצמן, זו אינה בעיה סיסטמית כלל-משקית.

1. ההצדקות להפרדה המבנית

פתרון ההפרדה המבנית מוכר בתחומים אחרים, בעיקר בתחום ההגבלים העסקיים.⁸⁶ אך יש בו שימוש גם בתחום החברות במסגרת חוק הריכוזיות על מנת להתמודד עם בעיית ניגוד האינטרסים של בעלי שליטה השולטים בחברות פיננסיות ובחברות ריאליות.⁸⁷ חוק הריכוזיות נחקק בעקבות המלצות ועדת שני, אשר הוקמה כדי להתמודד עם בעיות מבניות בשוק הישראלי. הוועדה מצאה, כי "המשק בישראל מתאפיין בריכוזיות על-ענפית יתירה בהשוואה לשווקים אחרים ברחבי העולם. ריכוזיות זו מתבטאת, בין השאר, בכך

84 השימוש בעבירה פלילית כדי להתמודד עם בעיה של שחיתות שלטונית שניתן ועדיף להתמודד עימה באמצעות כלים משפטיים חלופיים אפקטיביים יותר עשוי לנבוע ממה שמרים גור-אריה מכנה "פניקה מוסרית". ראו: גור-אריה "פניקה מוסרית", לעיל ה"ש 66, בעמ' 462-466. המושג המקורי נטבע בידי סטנלי כהן. ראו Stanley Cohen, *Folk Devils and Moral Panics* (3rd ed. 2002).

85 ראו למשל את מקרה ידיעות אחרונות, העומד במרכזו של תיק 2000 שבו נחקר נתניהו, לעיל ה"ש 5.

86 לעניין היתרונות של שימוש בכלים מבניים על פני כלים התנהגותיים המכתיבים הגבלות על ההתנהגות של בעלי כוח שוק, ראו: גילה, לעיל ה"ש 3. באשר ליישום של כלים מבניים בסקטור התקשורת, ראו Adam Candeub, *Media Ownership Regulation, The First Amendment and Democracy's Future*, 41 U.C. Davis L. Rev. 1547 (2008).

87 באשר ליישום נוסף של הפרדה מבנית ולהגבלות על בעלות צולבת בתחום שבין הגבלים עסקיים לבין דיני חברות, ראו את הדיון בעניין מגבלות החזקה של שחקנים מוסדיים באותו הסקטור, להלן ה"ש 94-99 וטקסט נלווה.

שמספר מצומצם של אנשי עסקים שולט בשיעור ניכר של נכסים ריאליים ופיננסיים במשק.⁸⁸ המבנה הריכוזי מסכן את יציבות המערכת הפיננסית, מוביל לפגיעה בתחרות העסקית ואף גורם לפגיעה במשקיעים מקרב הציבור, שהם באופן טיפוסי בעלי מניות המיעוט בחברות שעליהן שולטים הגורמים הריכוזיים.⁸⁹ החוק מכיל שלושה מנגנונים מרכזיים להתמודדות עם בעיית הריכוזיות: התחשבות בשיקולי ריכוזיות בהקצאת זכויות בידי המדינה;⁹⁰ השטחת מבנים פירמידיאליים של חברות, מה שיגביל את היכולת של שחקן מסוים לשלוט במנגנון עסקי הגדול באופן לא-פרופורציונלי להון שברשותו;⁹¹ ומניעת היכולת לשלוט הן בחברות ריאליות והן בחברות פיננסיות.⁹² עניינה של רשימה זו הוא פתרון לבעיית הסיקור החיובי באמצעות שימוש במנגנון השלישי להתמודדות עם בעיית הריכוזיות – יצירת הפרדה בין הגורמים השולטים בחברות ריאליות לגורמים השולטים בחברות פיננסיות. מטרת מכניזם זה היא בעיקר למנוע פגיעה בתחרות העסקית באמצעות ניצול שליטה בתחום הפיננסי לדיכוי מתחרים של החברה הריאלית שאף היא בבעלות אותו הגורם.⁹³

היתרון הגדול שבשימוש באמצעי של הפרדה מבנית ושל סעדים מבניים באופן כללי יותר הוא בעקירת האינטרס לפעול בניגוד לאינטרס החברתי של מקסום הרווחה המצרפית, במקום לטפל באינטרס זה טיפול סימפטומטי ולוודא שהוא לא יבוא לידי ביטוי. הדוגמה הטובה ביותר לכך היא בתחום של הגבלים עסקיים. ישנן שתי צורות להתמודד עם שחקן הצובר כוח שוק העלול להעמידו במצב של מונופול: ניתן להשית עליו חובות משפטיות התנהגותיות שונות, ולנסות לוודא שהוא לא ינצל את כוחו המונופוליסטי, כך למשל באמצעות פיקוח על המחירים; אמצעי חלופי הוא סעד מבני – למנוע את צבירת כוח השוק באמצעות הגבלת רכישות ומיזוגים שהוא מבצע לשם כך, ואפילו לפרק את כוחו של השחקן בין כמה שחקנים שונים. גם בספרות ההגבלית ישנם רבים המבכרים את צורת ההתמודדות השנייה על פני הראשונה, לאור הטענה שטיפול סימפטומטי התנהגותי דינו להיכשל.⁹⁴ גם אם מגבילים את השימוש בכוח שוק במישור מסוים, יש סיכוי סביר שהשחקן בעל הכוח ימצא צורה לנצל את כוחו במישור אחר. כך למשל, גוגל הפעילה את כוחה המונופוליסטי במגוון רחב של תחומים בצורה לא-חוקית: מתן עדיפות למוצרים שלה בתוצאות חיפוש;⁹⁵ חיוב

- 88 דברי הסבר להצעת חוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ב-2012, ה"ח הממשלה 706, 1084; ראו גם: הוועדה להגברת התחרותיות במשק: המלצות סופיות והשלמה לדו"ח הביניים, מרץ 2012, <https://www.gov.il/BlobFolder/unit/competitiveness-committee/he/>, Vaadot_ahchud_CompetitivenessCommittee_FinalReport_FinalRec.pdf
- 89 שם, בעמ' 1110.
- 90 שם.
- 91 שם.
- 92 שם.
- 93 לפירוט על הסכנה המשקית הגלומה בבעלות הצולבת, ראו לעיל בפרק ב.
- 94 ראו למשל: COMPETITION COMM'N, MERGER REMEDIES: COMPETITION COMMISSION GUIDELINES (2008) 14-15.
- 95 בנוגע להחלטת הנציבות האירופית להטיל על גוגל קנס בשל התנהגות זו, ראו: Mark Scott, *Google Fined Record \$2.7 Billion in E.U. Antitrust Ruling*, N.Y. TIMES (Jan. 27, 2017), <https://www.nytimes.com/2017/06/27/technology/eu-google-fine.html>

שותפיה העיקריים לקנות שירותי פרסום רק משירות AdSense שהיא מציעה;⁹⁶ והחקירה האחרונה של משרד המשפטים האמריקני על כך שהיא סיכמה עם אפל על האקסקלוסיביות של שירות החיפוש שלה בכרירת המחדל במכשירי האיפון.⁹⁷ המגוון העצום של התחומים ושל הצורות השונות שגוגל יכולה לנצל את כוחה גורם לכך שקשה מאוד ובלתי-אפשרי כמעט לפקח על כך שגוגל לא תנצל את כוחה לרעה. בניגוד לחובות התנהגות, פתרון מבני המגביל את אפשרותו של אותו הגורם להיות הבעלים של מכלול הפעילות העסקית הענפה מעקר את כוח השוק של השחקן ופותר את הבעיה משורשה. זו הסיבה לכך שגם במקרה של ענקיות הטכנולוגיה, ישנם רבים התומכים בפירוקן כאמצעי האפקטיבי ביותר לריסון השימוש בכוחן לרעה.⁹⁸ אומנם לפתרון המבני חסרונות אחרים, כגון חוסר יעילות בשל איבוד יתרונות לגודל של שחקן עסקי גדול יותר ופגיעה גדולה יותר בזכות הקניין, אך הוא אפקטיבי יותר בהתמודדות עם הבעיה המרכזית של ניצול כוח השוק.⁹⁹

בדומה לכך, במצב של החזקה צולבת בגורם עסקי ובפלטפורמת תקשורת, לבעלים ייווצר אינטרס להשתמש בפלטפורמת התקשורת כדי ללחוץ על נבחרי ציבור ועל רגולטורים באמצעות סיקור חיובי או שלילי על מנת לקדם את עסקיו האחרים. אפשר לנסות למנוע ניצול זה באמצעות הטלת אחריות משפטית פלילית על מעשה זה. אולם ישנו מגוון רחב של צורות שהבעלים יכול להשתמש בפלטפורמת התקשורת כדי ללחוץ על נבחרי ציבור, ואפילו מגוון רחב של אפשרויות להעניק סיקור חיובי; קשה לדעת כיצד היה הבעלים מסקר נבחר ציבור או רגולטור לולא קיומו של האינטרס העסקי. ההפרדה המבנית חוסכת את הצורך "לחפש" כיצד נוצלו פלטפורמות התקשורת לקידום עסקיו האחרים של הבעלים. היא עוקרת משורשו את האינטרס לנצל את פלטפורמת התקשורת באמצעות ההפרדה בינה לבין עסקיו האחרים של הבעלים.

השימוש בפתרונות מבניים המאיינים את ניגוד העניינים על פני החלופות של פתרונות הרתעתיים מקבל חיזוק מן הספרות של אתיקה התנהגותית שהתפתחה מאוד בשנים האחרונות. ספרות זו מצביעה על כך, שחלק נכבד מהפעולות המבוצעות תוך ניגוד עניינים אינן מבוצעות בידי אנשים "רעים" המעוניינים במודע לקדם את האינטרס שלהם על פני האינטרס של הציבור, אלא בידי "אנשים טובים" המוכנים במודע להקריב את האינטרס הפרטי שלהם לטובת הכלל; אלא שמנגנונים פסיכולוגיים חצי-מודעים מאפשרים לאנשים אלה להתעלם מן הפגיעה באינטרס הציבור הנלווה למעשיהם, תופעה המכונה בספרות "אתיקה מוגבלת"

96 להחלטת הנציבות האירופית להטיל על גוגל קנס בשל התנהגות זו, ראו: European Comm'n, *Antitrust: Commission Fines Google 1.49 Billion EUR for Abusive Practices in Online Advertising* (Press Release, Mar. 20, 2019), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1770

97 U.S. Dep't of Just., *Justice Department Sues Monopolist Google for Violating Antitrust Law* (Press Release, Oct. 20, 2020), <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-monopolist-google-violating-antitrust-laws>

98 ראו: Sissi Cao, *Congress Reveals Plans to Break Up Amazon, Facebook, Apple and Google*, THE OBSERVER (Oct. 7, 2014), <https://observer.com/2020/10/house-democrat-antitrust-amazon-facebook-google-breakup>

99 .ROBERT H. BORK, THE ANTITRUST PARADOX: A POLICY AT WAR WITH ITSELF 104-6 (1993)

(bounded ethicality).¹⁰⁰ כך למשל, אנשים ייטו יותר לקדם את האינטרס האישי שלהם ככל שהתמורה שהם מקבלים היא לא־מוחשית והם יכולים להמעיט בערכה;¹⁰¹ אנשים ייטו יותר לקדם אינטרס שלהם באמצעות מחדל מאשר באמצעות פעולה אקטיבית, בשל הבולטות הנמוכה יותר של התנהגות לא־אתית פסיבית, גם אם הפעולה האקטיבית יכולה להיטיב עימם אף יותר;¹⁰² אנשים ייטו יותר לקבל החלטות לא־אתיות המקדמות את האינטרס הפרטי שלהם כאשר ההחלטות מתקבלות בקבוצות ומאפשרות להם להמעיט מאחריותם להחלטה.¹⁰³ כאשר ישנה איזושהי אי־ודאות באשר ללגיטימיות של המעשה שלהם, בין אם אי־ודאות עובדתית ובין אם אי־ודאות משפטית, אנשים ייטו להתעלם מן הפן הבעייתי

- Dolly Chugh, Max H. Bazerman & Mahzarin R. Banaji, *Bounded Ethicality as a Psychological Barrier to Recognizing Conflicts of Interest*, in CONFLICTS OF INTEREST: CHALLENGES AND SOLUTIONS IN BUSINESS, LAW, MEDICINE, AND PUBLIC POLICY 74 (Don A. Yuval Moore et al. eds., 2005). להרחבה על הממצאים האמפיריים המבססים גישה זו, ראו: Yuval Feldman, *The Law of Good People: Challenging States' Ability to Regulate Human Behavior* 1-22 (2018). 100
- James Heyman & Dan Ariely, *Effort for Payment: A Tale of Two Markets*, 15 PSYCHOL. SCI. 787 (2004). ראו גם Feldman, לעיל ה"ש 100, בעמ' 103; Yuval Feldman, Adi Libson & Gideon Parchomovsky, *Corporate Law for Good People*, 115 Nw. U. L. Rev. 1125, 1134-35 (2020). 101
- הטיית המחדל קיבלה התייחסות רחבה כהטיה הגורמת לסטייה מקידום האינטרסים של הפרט הפועל במסגרת של כלכלה התנהגותית, שראשיתה במחקרים של כהנמן וטברסקי. ראו: Daniel Kahneman & Amos Tversky, *The Psychology of Preferences*, 246 Sci. Am. 160 (1982). ראו גם Ilana Ritov & Jonathan Baron, *Reluctance to Vaccinate: Omission Bias and Ambiguity*, 3 J. BEHAV. DECISION MAKING 263 (1990). להסבר של הטיית המחדל כדילול של אחריות מוסרית שמאפשר את קישורה גם לתחום של אתיקה התנהגותית, ראו: Eyal Zamir, *Law, Psychology and Morality: The Role of Loss Aversion* 17-21 (2015). על הטיית המחדל בתחום של אתיקה התנהגותית, ראו Nina Mazar & Scot Hawkins, *Choice Architecture in Conflicts of Interest: Default as Physical and Psychological Barriers to (Dis)honesty*, 59 J. EXPERIMENTAL SOC. PSYCHOL. 113 (2015). על יישום של הטיית המחדל בתחום האתיקה ההתנהגותית בהקשר הישראלי, ראו: עדי ליבזון "ניגוד העניינים של הבנקים בכורסה: ביטויים, השלכות והתמודדות" *משפטים* מז 491 (2018). 102
- באשר להשפעה של החלטה בקבוצות על קבלות החלטות המבכרות אינטרס אישי בצורה לא־לגיטימית (כך למשל שקרים), ראו: Matthias Sutter, *Deception Through Telling the Truth?! Experimental Evidence from Individuals and Teams*, 119 ECON. J. 47 (2009); Ori Weisel & Shaul Shalvi, *The Collaborative Roots of Corruption*, 112 PROC. NAT'L ACAD. SCI. U.S.A 10651 (2015); Julian Conrads et al., *Lying and Team Incentives*, 34 J. ECON. PSYCHOL. 1 (2013); Gerd Muehlheusser et al., *Gender Differences in Honesty: Groups Versus Individuals*, 128 ECON. LETT. 25 (2015); Feldman, לעיל ה"ש 100, בעמ' 103. על הסיבות השונות הגורמות לגידול בהתנהגות לא־אתית בהחלטות קבוצתיות, ראו: Marlin G. Kocher, et al., *I Lie? We Lie! Why? Experimental Evidence on a Dishonesty Shift in Groups*, 64 MGM'T. SCI. 1 (2017). 103

של מעשיהם.¹⁰⁴ קידום האינטרס של צד שלישי באמצעות הפעולה "תכשיר" בעיניהם את ביצוע הפעולה הלגיטימית, כגון לשקר.¹⁰⁵

ספרות זו מצביעה על ההטיות הפסיכולוגיות הגורמות לאנשים להתעלם מן הממד הבעייתי של פעולותיהם, מה שהופך מנגנוני אכיפה אקס-פוסט לאפקטיביים פחות. הצעד הראשון "להפעלת" מנגנון ההרתעה הוא ההבנה של הבעייתיות שבפעולה. רק לאחר שקילת "המחיר" של ההתנהגות הבעייתית, הסוכן הפועל יכול להיות מורתע. הספרות של אתיקה התנהגותית מצביעה על מגוון רחב של מנגנונים פסיכולוגיים הגורמים לכך שהסוכן הפועל יתעלם מן הבעייתיות הגלומה במעשיו; לאור זאת הוא גם לא יורתע, מאחר שהוא לא ישקול בצורה מלאה את ה"מחיר" להתנהגותו הבעייתית. בעוד שספרות זו מצביעה על המגבלה הכללית של ניהול ניגוד אינטרסים באמצעות מנגנון הרתעה, היא רלוונטית ביותר למקרים שבהם מתקיימים רבים מן המאפיינים של המנגנונים שאליהם היא מתייחסת. מקרה השוחד באמצעות סיקור חיובי הוא מקרה קלאסי ליישום חלק מן המנגנונים של הספרות מהתחום של אתיקה התנהגותית. לאור העובדה שהתמורה היא לא-מוחשית – אופן סיקור – שני הצדדים עשויים להתעלם ולהמעיט בערכה של תמורה זו, וכפועל יוצא לא להכיר באי-החוקיות או בבעייתיות שבעסקה. בעילת שוחד יש כר נרחב לפרשנות. אחד מיסודות העבירה הוא קיומה של ציפייה אצל עובד הציבור לקבל תמורה בעד ההטבה שהוא מעניק, והנותן צריך להיות מודע לציפייה זו על מנת שמעשהו יעלה כדי שוחד.¹⁰⁶ דרישה זו מעלה את השאלה שיש קושי לענות עליה, אם לנבחר או לעובד הציבור אכן הייתה ציפייה לקבל תמורה. זוהי שאלה המשאירה מרחב תמרון פרשני לכל אחד מהצדדים, אך בעיקר לצד הנותן – האם

של כמות ההצדקות הניתנות להחלטה הבעייתית; והיותה של ההחלטה מיטיבה גם עם אחרים באותה צורה ולכן נתפסת כאתית יותר).

104 ראו: Maurice E. Schweitzer & Christopher K. Hsee, *Stretching the Truth: Elastic Justification and Motivated Communications of Uncertain Information*, 25 J. Risk Uncertainty 185 (2002); לדיון נורמטיבי באשר לאפקט, ראו: Yuval Feldman & Henry E. Smith, *Behavioral Equity*, 170 J. INSTITUTIONAL & THEORETICAL ECON. 137 (2014); גם: Yuval Feldman et al., *Reference Points and Contractual Choices: An Experimental Examination*, 103 J. EMPIRICAL L. STUD. 512 (2013); וכן: Yuval Feldman & Doron Teichman, *Are All Legal Probabilities Created Equal*, 84 N.Y.U. L. REV. 980 (2009); Yuval Feldman & Alon Harel, *Social Norms, Self-Interest and Ambiguity: An Experimental Analysis of the Rule vs. Standard Dilemma*, 4 REV. L. & ECON. 81 (2008).

105 כך למשל, אנשים נטו יותר לשקר כאשר גם צדדים שלישיים הרוויחו מהשקר שלהם. ראו: Scott S. Wiltermuth, *Cheating More When the Spoils are Split*, 115 ORG. BEHAV. & HUM. DECIS. PROCESS. 157 (2011). מחקרים אף הראו שאנשים נטו יותר לשקר על מנת להעלות את התקבולים של שחקנים "עניים" שהפסידו בהגרלה שקדמה למשחק הרלוונטי. ראו: Francesca Gino & Lamar Pierce, *Dishonesty in the Name of Equity*, 20 PSYCHOL. SCI. 1153, 1159 (2009). עוד על האפקט הזה, ראו: Yuval Feldman, Libson & Parhomovsky, לעיל ה"ש 101, בעמ' 1135.

106 לעיל ה"ש 57-58.

הוא היה מודע לציפייה של הצד השני?¹⁰⁷ כפי שספרות האתיקה ההתנהגותית מדגישה, כאשר ישנו מרחב פרשני הצדדים ייטו לפרשו בצורה המכשירה את מעשיהם ולהתעלם מהפרשנות הבעייתית של מעשיהם, גם כאשר היא חזקה יותר.¹⁰⁸ במקרים רבים של שוחד, הנתינה בידי הנבחר או עובד המדינה נעשית בצורה של מחדל. גם בתשתית העובדתית של השוחד בפרשת 4000 וגם בתשתית העובדתית המקבילה של פרשת מעריב-סלקום, ההטבה שנותן השוחד ייחל לה היא באמצעות מחדל של נבחר הציבור – אי-ביצוע של רפורמה. ישנה כאמור נטייה חזקה יותר לקדם אינטרס אישי בצורה לא-לגיטימית כאשר הדבר נעשה בצורה של מחדל, לאור הקלות הגדולה יותר שבה השחקן יכול להתעלם מהבעייתיות של התנהגות פסיבית.¹⁰⁹

הממצאים מן הספרות של האתיקה ההתנהגותית מחזקים אפוא את היתרונות הגלומים בפתרונות מבניים אקס-אנטה לבעיית ניגוד האינטרסים המתיימרים למנוע את קיומם של ניגודי האינטרסים מראש. כך בהשוואה למנגנוני הטלת אחריות אקס-פוסט, המתיימרים למנוע את ההשפעה של ניגוד האינטרסים ושל העדפה לא-לגיטימית של אינטרס אישי של השחקן הרלוונטי, אשר יתרונותיהם פחותים.¹¹⁰

2. מתכונת ההפרדה המבנית

חוק הריכוזיות במתכונתו הנוכחית מתייחס עקרונית גם לכוח הגלום באמצעי תקשורת, ועל כן כולל גם אמצעי תקשורת בהגבלות החלות על הקצאת זכויות לגורם בעל ריכוזיות כלל-משקית: "גורם בעל השפעה בתחום השידורים או העיתונות הכתובה".¹¹¹ ואולם אין די בכך. אני סבור כי היחס לשליטה צולבת של גופי תקשורת ושל עסקים משמעותיים אחרים צריך להיות מקביל לזה של שליטה בנכסים פיננסיים במקביל לשליטה בנכסים ריאליים משמעותיים – הגבלה שאינה נוגעת רק להקצאת זכויות עתידיות, אלא שיש לה השלכות גם לזכויות הקיימות. במסגרת חוק הריכוזיות חויבו גורמים השולטים הן בתאגיד ריאלי משמעותי והן בתאגיד פיננסי משמעותי לוותר על אחד מהשניים ולמכור אותו כדי למנוע שימוש בבעלות בחברה הפיננסית על מנת לפגוע במתחרים של החברה הריאלית

107 על הדרישה של יסוד נפשי לציפייה לקבלת תמורה ולמודעות של הצד המעניק את התמורה לקיומה של ציפייה זו במסגרת עבירת השוחד ועל ניתוח מרכיבי עבירת השוחד, ראו לעיל ה"ש 57-58 והטקסט הנלווה. על התפיסה המרחיבה של עבירת השוחד בפסיקה, הרואה בערך החברתי שעליו היא מגינה הקפדה על טוהר המידות של המנהל הציבורי, ועל הקושי הגלום בתפיסה זו, ראו: גור-אריה "הפרת אמונים", לעיל ה"ש 66, בעמ' 257-258.

108 ראו: Schwitzer & Hsee, לעיל ה"ש 104; Feldman & Smith, לעיל ה"ש 104; Feldman et al., לעיל ה"ש 104, וכן: Feldman & Teichman, לעיל ה"ש 104; Feldman & Harel, לעיל ה"ש 104.

109 לעיל ה"ש 102.

110 FELDMAN, לעיל ה"ש 100, בעמ' 206.

111 ס' 4 לחוק הריכוזיות. באשר למאפיינים הבסיסיים של חוק הריכוזיות, ראו ה"ש 88 והדיון הנלווה.

שבבעלות אותו הגורם.¹¹² החלת הוראה דומה על שליטה צולבת בגורם תקשורת ובחברה מסחרית משמעותית תוכל לטפל בצורה אפקטיבית בבעיה של "הסיקור החיובי" – השימוש בפלטפורמות תקשורת כדי להפעיל לחץ על פוליטיקאים ועל גולטורים לקבל החלטות המיטיבות עם בעל השליטה על חשבון האינטרס הציבורי.¹¹³

במסגרת חוק הריכוזיות תוקן חוק הבנקאות (רישוי), התשמ"א – 1981 (להלן: חוק הבנקאות),¹¹⁴ המגביל החזקה בתאגידים פיננסיים משמעותיים (ערך נכסים גבוה מכ-40 מיליארד שקלים חדשים) בידי בעל שליטה בתאגידים ריאליים משמעותיים (בעלי מחזור מכירות של מעל 6 מיליארד שקלים חדשים, ו-2 מיליארד שקלים חדשים בשוק מונופוליסטי).¹¹⁵ ואולם על פניו נראה, שאפילו באשר להפרדה המבנית בין נכסים ריאליים, רף ערך נכסים של 40 מיליארד שקלים חדשים שקבע המחוקק הוא גבוה מדי. בעת כתיבת שורות אלו, לאחר הנפילה בבורסה בעקבות הקורונה, יש רק חברה אחת שעוברת רף זה; מדובר בחברת נייס שהיא חברה דואלית, כך שרוב פעילותה מתרחשת מחוץ לישראל, וערך נכסיה בעת כתיבת שורות אלו הוא מעט מעל 46 מיליארד שקלים חדשים.¹¹⁶

אני סבור כי ההגדרה של חברה עסקית משמעותית צריכה לכלול את החברות שבמדד ת"א 35, שנועד להיות המדד עבור החברות הציבוריות הגדולות בארץ, ואולי אפילו לכלול את 50 החברות הגדולות, לא רק בהקשר של מגבלות החזקה של גופי תקשורת, אלא בהקשר הכללי של מגבלות ההחזקה הצולבת של חוק הריכוזיות. על מנת להיכלל ברשימה זו ערך החברה צריך להיות 4.92 או 3.24 מיליארד שקלים חדשים בהתאמה נכון לכתיבת שורות אלו.¹¹⁷ לכן יש להוריד את רף העסק המשמעותי לאזור ה-5 מיליארד שקלים חדשים, אם לא אפילו לאזור ה-3 מיליארד שקלים חדשים. עם זאת ייתכן שרלוונטי יותר לקבוע מהו עסק משמעותי לפי הערך היחסי שלו לחברות האחרות בשוק, ולא לפי הערך האבסולוטי שלו, כדי למנוע מצבים שבהם ההגדרה האבסולוטית אינה רלוונטית עוד לאור תנודות משמעותיות בשוק. מעבר לכך, לעניין ניגוד האינטרסים הגורם החשוב יותר הוא הגודל היחסי ולא הגודל האבסולוטי – העובדה שהחברה היא אחת החברות הגדולות בישראל ולא דווקא רמת הערך האבסולוטי שלה. גם אם הערך האבסולוטי הוא נמוך אך מדובר

112 לפירוט באשר לרציונל שבבסיס הגבלות אלו של חוק הריכוזיות, ראו לעיל ה"ש 88 והדיון הנלווה. בהגדרת תאגיד פיננסי נכלל כל גוף המספק שירות פיננסי, כגון תאגידים בנקאיים, חברות ביטוח, סולקים, מנהלי תיקים ומנהלי קרן להשקעות. תאגיד ריאלי הוא כל תאגיד שאינו גוף פיננסי כאמור. ראו ס' 28 לחוק הריכוזיות.

113 על הוורסיות השונות ליישום ההפרדה המבנית בין גופי תקשורת וגופים עסקיים, ראו להלן פרק 5 (פרק זה ידון באיזון הראוי שבין שימור התמריץ לבעלות על גוף תקשורת הנובע מאינטרסים עסקיים לבר-תקשורתיים לבין המגבלות המבניות באמצעות הטלת המגבלות רק על שחקנים עסקיים מסוימים ה"מועדים" במוטיבציה שלהם להשפיע על הרגולטור).

114 ס' 35 לחוק הריכוזיות.

115 שם, ס' 30(ג2)(ב).

116 "מדד ת"א-125 – מדדי שווי שוק" הבורסה לניירות ערך תל-אביב (25.11.2021). <https://info.tase.co.il/Heb/MarketData/Indices/MarketCap/Pages/IndexComponents.aspx?IndexId=137>

117 ת"א 125 – הרכב מדד "הבורסה לניירות ערך תל-אביב (6.4.2020)". https://www.tase.co.il/he/market_data/index/137/components/index_weight

באחת החברות בעלות הערך הגבוה ביותר בארץ, עדיין ישנו חשש שבעל השליטה יושפע משמעותית מן האינטרסים העסקיים של החברה שבבעלותו. לעניין ההשפעה על בעל השליטה, הגורם היחסי משמעותי יותר מהגורם האבסולוטי. לאור זאת הייתי ממליץ לאמץ רף יחסי, המגדיר חברה עסקית משמעותית כחברה המנויה במדד תל-אביב 35 (או הערך הנכסי של החברה שבתחתית רשימה זו, אם מדובר בחברה פרטית שאינה רשומה למסחר בבורסה) או אפילו אחת מ-50 החברות הגדולות בערך השוק שלהן, ללא ציון רף של ערך אבסולוטי של החברה.

לאחר התיקונים בחוק הבנקאות לאור חוק הריכוזיות, בעל שליטה בתאגיד ריאלי (לרבות המחזיק בדבוקת שליטה לפי חוק החברות – החזקה של 25% ומעלה מכלל המניות) אינו יכול להחזיק ביותר מ-10% בתאגיד בנקאי עם גרעין שליטה, וביותר מ-5% בבנק ללא גרעין שליטה.¹¹⁸ זאת ועוד, שולט בתאגיד בנקאי משמעותי אינו יכול להחזיק ביותר מ-5% בתאגיד ריאלי משמעותי.¹¹⁹ הגבלה דומה נקבעה גם בנוגע לתאגידי פיננסיים משמעותיים אחרים, כגון חברות ביטוח,¹²⁰ קרנות נאמנות¹²¹ וקופות גמל. ההגבלה החלה על קרנות נאמנות ועל קופות גמל היא על החזקה של יותר מ-10% בתאגיד ריאלי משמעותי.¹²² החוק נתן לבעל שליטה פרק זמן של 6 שנים למכור את אחת ההחזקות.¹²³ ואכן בעקבות החוק מכרו כמה בעלי שליטה את שליטתם בחברה: צדיק בינו מכר את גרעין השליטה שלו בפז כדי שיוכל להמשיך להחזיק בבנק הבינלאומי;¹²⁴ דודי ורטהיימר מכר חלק משמעותי מהחזקותיו בחברת אלוני חץ בשל החזקותיו בבנק מזרחי טפחות;¹²⁵ אדוארדו אלשטיין מכר את גרעין השליטה שלו בכלל לאור החזקותיה של אי.די.בי בחברות ריאליות כגון סלקום ושופרסל.¹²⁶

הגבלה על החזקה הצולבת נועדה להתמודד עם בעיית ניגוד האינטרסים העשויה לנבוע מהחזקות צולבות אלו. בעל עניין או שולט בחברה ריאלית עשוי להשתמש בשליטתו בתאגיד הפיננסי כדי לספק תנאי מימון נוחים לחברה הריאלית שבבעלותו ו"לייבש" את החברות הריאליות המתחרות באמצעות מניעת אשראי. כפי שמפורט בדברי ההסבר של הצעת החוק:

118 ס' 35ב(ב) לחוק הבנקאות (רישוי), התשמ"א-1981.

119 שם, ס' 35ב(ג).

120 ס' 32א לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981.

121 חוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד-1994.

122 ס' 26ב לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה-2005.

123 ס' 39(ד) לחוק הריכוזיות.

124 ניצן כהן "צדיק בינו מכר מניות פז נפט – והפסיק להיות בעל השליטה" גלובס (18.9.2016) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001152853>.

125 גיא בן סימון "דודי ורטהיימר מכר מחצית מההחזקות במניות אלוני חץ" גלובס (26.11.2019) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001308720>.

126 נועם דוד בוטוש תיאור וניתוח של יישום חוק הריכוזיות והשפעותיו הכלכליות על המשק 30 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2020). לסיכום ההשלכות של ההוראות בחוק הריכוזיות להפרדת החזקה של נכסים ריאליים לשנת 2019, השנה שבה תהליך ההפרדה הקבוע בחוק היה אמור להסתיים, ראו גם: רשות התחרות "הושלמה ההפרדה בין תאגידיים ריאליים משמעותיים ובין גופים פיננסיים משמעותיים" (הודעה לעיתונות 16.2.2020) <https://www.gov.il/he/departments/news/realcorporations>.

"שליטה מעין זו מעלה חשש ממשי לפגיעה בשיקול הדעת של הגוף הפיננסי כמקצה אשראי לפעילות ריאלית במשק. חשש זה עלול להוביל להערפת מתן אשראי לתאגיד הריאלי או לתאגידים הקשורים אליו (חברות בנות, ספקים, לקוחות), להעברת מידע בין הגוף הפיננסי לבין התאגיד הריאלי השולט בו או החולק עמו בעל שליטה משותף, למניעת אשראי מהמתחרים של התאגיד הריאלי וכן למימון צולב בין שני בעלי שליטה, בעלי פעילות ריאלית ופיננסית. ניגוד עניינים זה עלול אף לפגוע ביכולתם של הגופים הפיננסיים למלא כראוי את תפקידם כנציגי ציבור המשקיעים בתאגידים הריאליים".¹²⁷

בדומה לאפשרות של תאגיד עסקי ריאלי לנצל את כוח ההשפעה שלו על גורם פיננסי כדי לקדם את האינטרס שלו, כך באפשרותו גם להשתמש בכוח השפעתו על כלי תקשורת שימוש דומה. במקרים רבים כוחו של כלי תקשורת לקידום האינטרסים של החברה יכול להיות לא פחות משמעותי מכוחו של גורם פיננסי. בדומה לשימוש בגורם הפיננסי, גם השימוש בפלטפורמת התקשורת עשוי לגרום לפגיעה בה עצמה. המשמעות של שימוש בגורם הפיננסי היא קבלת החלטות תת־אופטימליות למתן אשראי, הן בהענקת אשראי למקורבים לבעל השליטה בחברה הריאלית עם פרמיית סיכון קטנה מדי, והן בסירוב להעניק מימון למתחרים של בעל השליטה בחברה הריאלית בתנאים שהיו כדאיים לגורם הפיננסי. החלטות אלו פוגעות בגורם הפיננסי עצמו. בדומה לכך, גם השימוש בפלטפורמת התקשורת יכול לפגוע בה עצמה. עצם השימוש בגורם התקשורת לקידום האינטרסים של בעל השליטה יכול לגרום לפגיעה במוניטין של אותו גורם ולניתוק מהעדפותיהם של צרכני כלי התקשורת. הקושי בשני המקרים הוא, שמחיר הפגיעה של הגורם שבו בעל השליטה משתמש כדי לקדם את האינטרסים הפרטיים שלו אינו שקוף וברור לכול. בהקשר הבנקאי, התנאים להענקת אשראי ולהערכת רמת סיכון הם מורכבים ביותר, וההפסד הנגרם מפעולות אלו אינו ניכר לכול. הדברים אמורים גם בהקשר של פלטפורמת תקשורת – יש קושי לאתר ולכמת את הנזק הנגרם לכלי התקשורת לנוכח קידום האינטרסים של בעלי השליטה בחברה הריאלית, מאחר שניזק זה הוא מוסווה. אומנם ישנה תחרות בין גופי התקשורת השונים, המספקת תמריץ לגופי התקשורת האחרים לחשוף את העיוותים אצל המתחרים על מנת לבסס את המוניטין שלהם; אך בקצב מהיר של זרימת הידיעות החדשותיות בעידן הדיגיטלי קשה מאוד לערוך דיון לכירורג אמינותה של ידיעה מסוימת, קושי שהביא לגידול בטענות בדבר קיומם של "fake news".¹²⁸ מעבר לכך, ההטיות אינן באות לידי ביטוי בסילוף העובדות, אלא בעיקר בקביעת סדר היום הציבורי באמצעות ניסוח של הכותרות, הבולטות הניתנת לאיטמים השונים ובחירת התמונות לאיטמים השונים. הבלטה של ידיעה או שימוש בתמונה מחמיאה מסוימת ולא בתמונה מחמיאה פחות אינם ידיעות שניתן להזים.¹²⁹ תיק 4000 הוא המחשה מעולה לעניין זה: האישום בשימוש בכוח התקשורת לסיקור חיובי כולל ברובו רכיבים של "agenda setting" ולא של העלאת ידיעות שאינן נכונות, כלומר הבלטת מיקומן של

127 דברי הסבר להצעת חוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, לעיל ה"ש 88, בעמ' 1110.

128 על הקשיים שבהערכת תוכן המידע החדשותי, ראו וינר ואלטשולר, לעיל ה"ש 26.

129 באשר לפונקציה של התקשורת של "agenda setting", ראו: Max McCombs & Donald L. Shaw, *The Agenda-Setting Function of Mass Media*, 36 PUB. OPINION Q. 176 (1972).

ידיעות חיוביות על נתניהו והארכת הזמן של הצגתן לעומת צמצום זמן החשיפה לידיעות שליליות, והעלאת ידיעות העוסקות בפעילותה הציבורית של שרה נתניהו.¹³⁰ מעבר לכך, הנזק מניצול הכוח בפלטפורמת תקשורת לצורך קידום אינטרסים של חברה ריאלית המוחזקת בבעלות צולבת אף גדול יותר מהנזק של ניצול חברות פיננסיות לקידום אינטרסים של חברה ריאלית. במקרה של בעלות צולבת של חברה ריאלית ופיננסית המפסידים העיקריים הם צדדים הקשורים לאחת משתי החברות.¹³¹ לעומת זאת, במקרה של שימוש בהחזקה בחברת תקשורת, מעבר להפסד של צדדים הקשורים לחברת התקשורת, נפגע גם צד שלישי פגיעה מהותית – הציבור ככלול. ההבדל אינו רק בהיקף הרחב יותר של הפגיעה, אלא גם באופייה: הפגיעה היא לא רק פגיעה קניינית, אלא פגיעה בתשתית לקיום משטר דמוקרטי מלא, הכולל תשתית לפיקוח אפקטיבי על השלטון. השימוש בגורם התקשורת נועד לחזק את התמיכה החברתית בעמדות, אשר לולא ההתערבות ההתנגדות הציבורית להן הייתה גדולה יותר. דוגמה לשימוש בגורמי תקשורת היא בהקשר של חיפוש נפט וגז; ייתכן שהציבור היה מתנגד לפעילות חיפוש מסוימת, אך החזקה של חברת חיפוש נפט וגז בגורם תקשורת עשויה לגרום לו לאמץ עמדה המנוגדת לאינטרס הציבורי. כאן יש צורך להדגיש, שאין בהכרח בשימוש בחברות יחסי ציבור ופרסום כדי לחזק את התמיכה בעמדה מסוימת. הפצת מידע בידי כלל השחקנים היא חשובה לצורך קיום דיון ציבורי רחב בסוגיות מרכזיות. הקושי הוא שהשפעה באמצעות שליטה בפלטפורמת התקשורת עצמה היא נסתרת יותר ועל כן בעייתית יותר. להבדיל מפרסומות ומאמצעים דומים, צרכן התקשורת אינו מודע לכך שמגיש חדשות "אובייקטיבי" בעצם מדווח דרך הפריזמה של אחד מבעלי העניין בפלטפורמת התקשורת. על כן הנזק החברתי מבעלות צולבת עשוי להיות רחב הרבה יותר כאשר מדובר בשימוש בהחזקה בפלטפורמת תקשורת מאשר בהחזקה בתאגיד פיננסי משמעותי.

הגבלה על מבנה החזקות כדי להתמודד עם בעיה של ניגוד אינטרסים באופן כללי היא סוגיה "חמה" בשנים האחרונות בארצות הברית, לאור בעיית ההחזקות של השחקנים המוסדיים בנתח משמעותי מסקטורים שלמים, תופעה אשר יש מי שטוענים שהורידה את רמת התחרות בסקטור ויצרה מעין קבוצת ריכוז. חוזה אזאר, מרטינ שמלץ ואיזבל טקו הציביעו על ראיות לכך, שההחזקה הצולבת של שחקנים מוסדיים בכמה חברות בתחום התעופה גרמה לירידה ברמת התחרות בסקטור ולעלייה במחירי הכרטיסים בקווים הנשלטים בידי חברות שהשחקנים המוסדיים מחזיקים בנתח משמעותי מהן.¹³² ההחזקה המשמעותית של כמה מתחרים בתוך סקטור אחד בידי אותם הבעלים גורמת להפחתת התחרות ביניהם, לאור העובדה שלבעלים אין אינטרס בתחרות מוגברת בין השחקנים, אשר רק תשחק את כלל רווחיהם מהחברות שהם מחזיקים בסקטור. בעקבות הדיון בבעיה זו היו מי שהציעו

130 כתב האישום נגד בנימין נתניהו, לעיל ה"ש 6, בעמ' 9.

131 אף שהנפגעים הישירים הם בעלי מניות באחת החברות, אשר משמשת לקידום האינטרסים של החברה האחרת, גם כלל הציבור נפגע כאשר שימוש זה דוחק מתחרים החוצה והופך סקטור מסוים לריכוזי יותר ובעל מאפיינים אוליגופוליים.

132 José Azar, Martin C. Schmalz & Isabel Tecu, *Anticompetitive Effects of Common Ownership*, 73 J. FIN. 1513 (2018)

הגבלות מבניות חמורות יותר – אפילו כאשר השחקנים אינם בעלי שליטה באף חברה – המונעות מהשחקנים להחזיק אפילו החזקות קטנות בכמה חברות באותו הסקטור. דוגמה לכך היא ההצעה של אריק פוזנר, פיונה מורטון וג'ון ווייל: השחקנים המוסדיים צריכים לבחור בין בעלות של עד 1% בכל אחת מהפירמות בסקטור לבין בעלות בשיעור גבוה יותר בשחקן אחד בסקטור, שתמנע מהם את האפשרות להחזיק במקביל באחד השחקנים האחרים בסקטור, אפילו בשיעור מינימלי.¹³³

העוגן של ההפרדה המבנית בין נכסים ריאליים לנכסים פיננסיים הוא עוגן שימושי גם להפרדה בין בעלות בפלטפורמת תקשורת ובעלות בעסקים אחרים, אולם אין חובה לאמצו כפי שהוא, וניתן לעשות בו התאמות. ניתן להעלות את רף ההחזקה של בעל שליטה בפלטפורמת תקשורת בעסקים אחרים מ-5% ל-10% כדי לאפשר יותר גמישות ולהגדיל את כמות השולטים הישראליים תושבי ישראל הפוטנציאליים. כדי להוריד את הרף שימנע משחקנים ישראלים תושבי ישראל להיכנס לשוק השליטה בגופי תקשורת, ניתן להגביל את ההחזקה הצולבת רק לתחומים עסקיים מסוימים, כפי שיוצע בהמשך רשימה זו; דוגמה לכך היא עסקי האנרגיה ותשתיות התקשורת, אשר לנוכח הרגולציה המוגברת המוטלת עליהם הפיתוי לנצל את כוח התקשורת העיתונאית-חדשותית לטובת העסקים האחרים הוא חזק יותר.¹³⁴ ההבחנה אינה חייבת להיות בינארית – לאסור החזקה צולבת של גופי תקשורת ושל גופים עסקיים בתחום האנרגיה ותשתיות התקשורת, אך להתיר החזקה צולבת של עסקים אחרים בעוד שהתחום של אותם עסקים יכול להשפיע על רף הנכסים להגדרת העסק כמשמעותי; ניתן לקבוע שבתחום האנרגיה והתקשורת הרף הוא נכסים בשווי 5 מיליארד שקלים חדשים, אך בתחומים אחרים עסק משמעותי ייחשב ככזה רק כאשר הוא עובר את רף ה-3 מיליארד שקלים חדשים.¹³⁵ יש היגיון במודל זה, מכיוון שעוצמת האינטרס שיש לבעל השליטה תלויה הן ברגישות העסק ליחסם של נבחרים ושל רגולטורים והן בערך האבסולוטי של העסקים האחרים, ומורכבת מגורמים אלו. גם כאשר מדובר בעסק שאינו מושפע השפעה חזקה מיחסם של נבחרים ושל רגולטורים אליו, הרי אם הוא עסק גדול גם השפעה חלשה של רגולטורים עשויה לגרום לתמריץ גדול יותר להשפיע עליהם מאשר אם מדובר בעסק קטן המושפע בצורה חזקה מיחסם של נבחרים ושל רגולטורים אליו. מנגד, ייתכן שביישום ההפרדה המבנית בהפרדה בין גופי תקשורת לבין עסקים משמעותיים אחרים יש להחמיר יותר בהפרדה ולהוריד את רף ההחזקה המותר בגופי תקשורת, כך שהגבלה לא תחול רק על החזקה של 25% ומעלה, אלא אפילו על 10% ומעלה, ותמנע

Eric A. Posner, Fiona M. Scott Morton & E. Glen Weyl, *A Proposal to Limit the Anticompetitive Power of Institutional Investors*, 81 ANTITRUST L.J. 669 (2017) 133

לעניין הקושי שבהפרדה המבנית בכך שהיא עשויה לגרום לכך שבעיקר אזרחים זרים ישלטו על פלטפורמות התקשורת, ראו להלן בפרק ה. לעניין האפשרות להבחין בין עסקים בתחומים שונים כאשר לרף ההחזקה המקבילה בגופי תקשורת, ראו שם. 134

ניתן גם להבחין בין התחומים לפי המדרד היחסי שהוצע קודם לכן (לעיל ה"ש 116 וטקסט נלווה) – ולפיו בתחום האנרגיה והתקשורת המגבלות יוטלו על כל חברה בגודל ממוצע ומעלה בסקטורים אלו, אך על חברות מחוץ לסקטור זה רק אם הן אחת מעשרים החברות הגדולות במשק. 135

מגורם מסוים להחזיק 10% ומעלה בפלטפורמת תקשורת במקביל להחזקה של 10% בגורם עסקי משמעותי.¹³⁶ הסיבה לצורך בהחמרה זו נובעת מכך שהסכנה של ניצול פלטפורמת תקשורת היא גדולה יותר בשל חשיבותה למערך הדמוקרטי במדינה, ועל כן יש להיות זהירים יותר בקביעת רף ההחזקה המקבילה המותרת.¹³⁷ זאת ועוד, השימוש בהשפעה התקשורתית הוא קל יותר ואין לו בהכרח עלות אלטרנטיבית, ולכן גם שיעור החזקה נמוך יותר עשוי עדיין לאפשר שימוש בפלטפורמת התקשורת עבור האינטרסים של המחזיקים בו, גם כאשר שיעור ההחזקה הוא נמוך יחסית. מטרת רשימה זו אינה לקבוע מסמרות באשר לרף הראוי להגבלת ההחזקה הצולבת בפלטפורמת תקשורת וחברה עסקית משמעותית במסגרת הפתרון המבני, אלא רק להציג את המודל הכללי ואת השיקולים השונים, העשויים להרחיב מעט או לצמצם מעט את ההגבלות על החזקה צולבת בחברה פיננסית וריאלית משמעותית.

ה. מגבלות אפשריות לפתרון ההפרדה המבנית

ישנם שלושה טיעוני נגד מרכזיים לפתרון ההפרדה המבנית: דיכוי הסינרגטיות הפוטנציאלית העשויה לנבוע מהחזקה של גוף תקשורת במקביל להחזקה עסקית (טענת הסינרגטיות); פגיעה בשוק התקשורת בשל אופיו ההפסדי המצריך סבסוד צולב באמצעות בעלות של שחקן עסקי (טענת הסובסידיות); והפגיעה הלאומית שתיגרם עקב הפרדה בשל חינוק השליטה של שחקנים זרים בשוק התקשורת (טענת ההשפעות הזרות). בפרק זה יוצג כל אחד מטיעוני נגד אלו וההתמודדות עימו.

1. טענת הסינרגטיות

המגבלה העיקרית של פתרון ההפרדה המבנית היא ההתערבות השוקית, הכופה הפרדה והמונעת שוק חופשי המתגבש לאור רצון הצדדים והממקסם את רווחתם. ככלל התערבות שוקית יש חשש שלהתערבות השוקית השלכות כלכליות שליליות. התכנסות השוק למבנה מסוים נובעת מן היתרונות הכלכליים הגלומים בו, ועל כן התערבות הכופה הפרדה בין שני סוגי עסקים עשויה לגרום להפסד היתרונות הכלכליים של מבנה זה. אם המניע הכלכלי היחיד להתכנסות זו של בעלות מקבילה בחברות ריאליות ובפלטפורמות תקשורת הוא כדי להשפיע על פוליטיקאים ועל רגולטורים לקדם את האינטרס שלהם על חשבון אינטרס הציבור, אזי התערבות מסוג זה אינה רצויה; יצירת כוח השוק רק פוגעת ברווחת הציבור בכללו. אולם זהו אינו בהכרח המניע היחיד. למבנה בעלות מסוג זה עשויים להיות יתרונות כלכליים אחרים, הנובעים מן הסינרגיה של חברות ריאליות ופלטפורמת תקשורת. אומנם בתחילת הרשימה הטלתי ספק בסינרגיות שאנשי דסק"ש טענו שישנן בין בעלות על חברת סלולר ועיתון,¹³⁸ אך אין בכך כדי לשלול את עצם קיומן של סינרגיות אחרות בין פלטפורמות

136 הרף של 10% להפרדה המבנית מבוסס על שיעור ההחזקה להחלת ההפרדה המבנית במסגרת חוק הריכוזיות.

137 לעניין מרכזיותן וחשיבותן של פלטפורמות תקשורת להתנהלות הדמוקרטית, ראו לעיל ה"ש 32-26 והטקסט הנלווה.

138 לעיל ה"ש 14-16 והטקסט הנלווה.

תקשורת וחברות אחרות. אחת הסינרגיות המשמעותיות צומחת מן היתרונות הפרסומיים הנובעים משליטה על אמצעי הפרסום, בניגוד לפרסום נרכש. יכולת השליטה הגדולה יותר על מסר פרסומי כאשר למפרסם יש שליטה והשפעה על אמצעי הפרסום הופכת את הפרסום לאפקטיבי יותר ולכלי שיווק יעיל. בספרות מתחום מנהל העסקים נמנים כמה יתרונות ל-"owned media" על פני "paid media": היכולת לשלוט בצורה אפקטיבית יותר במסר, בקהל היעד ובקונטקסט של המסר הפרסומי.¹³⁹ לדעת המבקרים, כפיית הפרדה מבנית בין חברות ריאליות משמעותיות ופלטפורמות תקשורת עלולה לגרום לאיבוד סינרגיות לבניית מוניטין ולמטרות אחרות ובכך לגרום לפגיעה כלכלית במשק ולרווחה המצרפית.

אף שייטכנו סינרגיות הנובעות מן הבעלות הצולבת של פלטפורמות תקשורת ועסקים ריאליים, עולה שאלה אם הדוגמה הראשית בתחום הפרסום שניתנה קודם אכן מהווה סינרגיה התורמת לרווחה המצרפית. אומנם לחברה עשוי להיות יתרון גדול בכך שמסריה עוברים דרך פלטפורמת תקשורת ישירות ולא באמצעות פרסומות קונבנציונליות, אך ייתכן שמבחינת הציבור בכללו העברת מידע בצורה זו פוגעת ברווחתו.¹⁴⁰ אחד היתרונות המרכזיים של בעלות של חברה בפלטפורמת תקשורת הוא שמסריה אינם מוצגים כפרסומת מטעם החברה, אלא כפרסום סמוי אשר צרכן המידע מודע פחות לאינטרסים העומדים מאחוריו, ועל כן הוא אינו שוקל אותו כיאות. דיווח חדשותי על מחקר חדש בדבר השלכות בריאותיות חיוביות של צריכת קפה בפלטפורמה המוחזקת בין השאר בידי חברה שחלק משמעותי מהייצור שלה הוא בתחום הקפה נתפס אחרת בידי הצרכן מאשר אותו מידע המועבר במסגרת של פרסומת קונוונציונלית לקפה. במקרה של פרסומת קונוונציונלית הצרכן מודע לאינטרסים העומדים בבסיס המידע המועבר, ולכן ייתכן שהוא יחפש ואף ימצא מחקרים עם ממצאים הפוכים. במקרה של דיווח חדשותי הצרכן מודע פחות לאינטרסים שמאחורי המידע המועבר, ועל כן ישקיע פחות בבדיקת המידע שהוצג ויניח שלקפה אכן השלכות חיוביות על הבריאות. אומנם המדיום של דיווח חדשותי להעברת המסר הוא רווחי יותר עבור החברה העסקית, אך ייתכן שהוא מזיק לחברה בכללה לאור היכולת הגבוהה יותר לטעת בו דעות כוזבות מאשר בפרסום קונוונציונלי. במילים אחרות, בעוד ששליטה בפלטפורמת תקשורת ובכך ריאלי יוצרת סינרגיות חיוביות עבור השולט, סינרגיות אלו נובעות מן ההחצנות השליליות שהן גורמות לצדדים שלישיים, ועל כן בסופו של דבר אינן מגדילות את הרווחה המצרפית וייתכן שאף פוגעות בה.

נוסף על כך שהמחירים של ההתערבות אינם גבוהים כפי שנדמה – רבים מן היתרונות השוקיים במצב של הבעלות הצולבת פוגעים באינטרס הציבורי – יתרונותיה גדולים ומשמעותיים. טענת נגד נוספת היא שאין צורך בהתערבות השוקית: מכיוון שככל שמדובר בשוק דינמי ללא חסמי כניסה, גם אם פלטפורמת תקשורת אחת תנסה להיטיב עם הרגולטור, הפלטפורמות האחרות יציגו את התמונה שאינה מושפעת מן האינטרסים של הגוף בעל

Mark Bonchek, *Making Sense of Owned Media*, HARV. BUS. REV. (Oct. 10, 2014), <https://hbr.org/2014/10/making-sense-of-owned-media.%20Accessed%2013%20February%202018>.

140 ענת בלינט בתוך הקופסה: מיתוג סמוי שידורי הטלוויזיה המסחרית בישראל (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2012).

הבעלות הצולבת, ועל כן הערך של סיקור חיובי לא יהיה משמעותי. לפי טענה זו, תחום התקשורת הוא ענף ללא חסמי כניסה, בייחוד בעידן הדיגיטלי. אין עוד צורך במערך הפצה – עלויות ההפצה הן נמוכות ביותר, ועל כן אין רכיב משמעותי של יתרונות לגודל. הערך של התערבות שוקית לטובת הפרדה מבנית הוא בעל ערך נמוך: הפגיעה באינטרס הציבורי לאור סיקור חיובי הנובע מאינטרסים של בעל שליטה הוא נמוך ביותר, בהינתן שיש פלטפורמות רבות אשר הסיקור שלהן לא יושפע מן האינטרס הזר של בעל השליטה.¹⁴¹ גם אם בנייתו כלכלית-אורטי נראה ששוק התקשורת הוא שוק תחרותי עם חסמי כניסה מועטים, בפועל זה אינו המצב. בשנים האחרונות ישנה מגמה עולמית של הפיכת שוק התקשורת לריכוזי יותר, עם פחות שחקנים.¹⁴² אלי נועם מצביע על המאפיינים הכלכליים של התחום, שבעטיים הוא נהפך לריכוזי יותר. המאפיין הראשון והמרכזי הוא השינוי ביחס שבין העלויות הקבועות לבין העלויות השוליות: בעוד העלויות הקבועות כגון בנייה, עיצוב וערכון של האתר עולות, העלויות השוליות כגון הירידה בעלויות ההפצה של המוצר בעידן הדיגיטלי יורדות. עלות קבועה גבוהה יוצרת יתרון לגודל, ומקשה על שחקנים קטנים להישאר בשוק.¹⁴³ המאפיין השני הוא כלכלת רשתות: צרכן מניב ערך גבוה יותר ממוצר התקשורת שהוא צורך ככל שיש יותר צרכנים אחרים, מה שמגדיל את היכולת להשתלב בשיחות על ענייני דיומא וכדומה. כלכלת הרשתות יוצרת יתרון לגודל, המקשה על שחקנים קטנים להיכנס לשוק ולהישאר בו.¹⁴⁴ המאפיין השלישי הוא דיפלציה במחיר, הן בשל כך שלמידע יש מאפיין של מוצר ציבורי שקשה לגבות עבורו מחיר, והן בשל היצע הולך וגובר יחסית לביקוש מוגבל ויציב למידע (מוגבלות של קשב).¹⁴⁵ המחיר הנמוך והאפסי כמעט של תוכן תקשורתי גורם לכך ששחקנים חזקים יכולים ביתר קלות להפעיל לחץ על שחקנים קטנים שלא יצליחו לשרוד.¹⁴⁶ מאפיינים כלכליים אלו גורמים לכך ששוק התקשורת הוא ריכוזי ביותר, ואי-אפשר להסתמך על כניסה של מתחרים שיספקו מוצר באיכות גבוהה יותר מהמוצר של היצרנים המוטים בידי האינטרסים המיוחדים שלהם.

2. טענת הסובסידיות

מאפיינים כלכליים אלו מבססים הצדקה אחרת להתנגד להפרדה המבנית. הן בשל המאפיין של מידע כמוצר ציבורי והן בשל ההיצע הגדול אל מול ביקוש מצומצם, הגורם

141 באשר להשלכות של ריכוזיות תקשורתית על רמת השחיתות, ראו Joel F. Houston et al., *Media Ownership, Concentration and Corruption in Bank Lending*, 100 J. FIN. ECON. 326, (2011) (המחקר, המבוסס על ממצאים מ-59 מדינות שונות, מצא קורלציה חיובית בין רמת הריכוזיות בתחום התקשורת לבין רמת השחיתות בסקטור הבנקאי).

142 NOAM, לעיל ה"ש 24. הספר הדומיננטי שהבליט את נושא הריכוזיות ההולכת וגוברת של תחום התקשורת הוא BEN BAGDIKIAN, *THE NEW MEDIA MONOPOLY* (2014). הספר מצביע על חמישה שחקנים עולמיים השולטים בשוק התקשורת העולמית ומתנהגים כקרטל: Time Warner, Viacom, Disney, News Corp ו-Bertelsmann.

143 NOAM, לעיל ה"ש 24, בעמ' 10.

144 שם, בעמ' 11.

145 שם, בעמ' 12.

146 שם.

לדיפליציה במחירים של מוצרי התקשורת החדשותית-עיתונאית, קשה מאוד לשחקנים בתחום התקשורת ליצור רווחים שיאפשרו להם להישאר בשוק לאורך זמן. לאור זאת ובשל החשיבות של שוק התקשורת ושל קיומו של שוק דעות במסגרת דמוקרטית, ייתכן שיש צורך לסבסד את השחקנים בתחום התקשורת החדשותית-עיתונאית. הבעלות הצולבת על פלטפורמת תקשורת במקביל לעסק ריאלי משמעותי מאפשר סבסוד צולב: אף שפלטפורמת התקשורת היא הפסדית בפני עצמה, הבעלים מוכן לסבסד אותה בשל הערך שהיא מניבה לעסקיה האחרים. כלל משפטי שימנע בעלות צולבת ישלול מפלטפורמות התקשורת את המימון הדרוש לקיומן. ללא הסבסוד הצולב הנובע מהחזקה צולבת של פלטפורמת תקשורת עם עסקים אחרים, חלק הארי של פלטפורמות התקשורת לא יוכלו להתקיים כלכלית, והמגוון של פלטפורמות התקשורת יצטמצם בצורה ניכרת.¹⁴⁷

על טענה זו ניתן להשיב בשני מישורים. במישור הראשון, גם אם מקבלים את ההנחה ששוק התקשורת חייב סבסוד חיצוני כדי להתקיים, הרי סבסוד בידי בעלי עסקים ריאליים משמעותיים הוא מתכונת נחותה לסבסוד. אם יש צורך בסבסוד, עדיף שהוא ייעשה במתכונת הקונוונציונלית של סבסוד – סבסוד ישיר של המדינה. כפי שפורט מוקדם יותר, סבסוד בידי גורמים עסקיים גורם להטיה מובנית של פלטפורמת התקשורת לטובת האינטרסים של בעל השליטה והאינטרסים של החברות האחרות שבהן הוא שולט. כפי שהודגש, להטיה זו מחיר כבד בעיוות שוק הדעות ובחוסר היכולת של הצרכנים להתמודד עם הטיות מבניות מסוג זה. אף שסבסוד מדינתי יצריך להקדיש משאבים מדינתיים לסבסוד שוק התקשורת, המחיר החברתי הישיר של סבסוד זה הוא נמוך יותר מהמחיר החברתי העקיף של סבסוד באמצעות סבסוד צולב של תאגידים עסקיים, הגורמים להטיה מובנית של פלטפורמות התקשורת. אומנם תיתכן הטיה והשפעה של גורמים פוליטיים על שוק הדעות לאור הסבסוד המדינתי, אך ייתכן שאפשר לטפל בקושי זה באמצעות תחימת הסבסוד לדרג הממשלתי המקצועי, עם קריטריונים שקופים ככל האפשר.

ייתכן שהרעיון לסבסוד ממשלתי נשמע מעט תלוש מהמציאות, אך בפועל יש כבר סבסוד ממשלתי לפלטפורמות התקשורת. הפקות מקור ותכנים אחרים של פלטפורמות תקשורת מסובסדות כבר כיום, ומובן שישנו תאגיד שידור ממשלתי המסובסד ישירות בידי המדינה.¹⁴⁸ כדי להחליף את הסבסוד הצולב של פלטפורמות תקשורת בידי גופים עסקיים משמעותיים בסבסוד ממשלתי, יש להפוך את הסבסוד הממשלתי לסבסוד סיסטמטי של סקטור התקשורת ולא לסבסוד לוקאלי לתכנים מסוימים ולשחקנים מסוימים. תמיכה בשחקן מסוים עשויה לחבל בקיומו של "שוק רעיונות" בשל היתרון הסיסטמטי של אותו גורם. אפשרות הסבסוד בידי המדינה לצורך שמירה על הגיוון התקשורת החיוני למשטר דמוקרטי מעלה חששות כבדים ששחקנים פוליטיים ישלטו במערך הסבסוד, ובמקום לתרום למשטר הדמוקרטי מערך הסבסוד ישרת את גורמי השלטון בהחלשת הביקורת עליו ויפגע במשטר הדמוקרטי; הדרג הפוליטי הנבחר יפעל לכך שהסבסוד יינתן לפלטפורמות המיטיבות עימו ולא לאלו המבקרות אותו.

147 גושן, לשם ואזרחי, לעיל ה"ש 39, בעמ' 46; ראו גם: תמיר אגמון ועמי צדיק תיאור וניתוח הבעלויות על כלי התקשורת בישראל (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2013)

148 ס' 64 לחוק השידור הציבורי הישראלי, התשע"ד-2014.

אפשר לנסות להתמודד עם בעיה זו באמצעות הפקדת הסכסוך תחת רשות עצמאית המנותקת מהדרג הפוליטי, בדומה לרשויות אחרות כגון בנק ישראל, רשות שוק ההון, רשות התחרות ואפילו תאגיד השידור הציבורי.¹⁴⁹ ככולם הדרג הפוליטי מנוע מלהתערב בהחלטות שגופים אלו מקבלים. אולם גם כאשר מדובר בהפרדה מוחלטת על הנייר, השפעת הדרג הפוליטי עדיין עשויה לחלחל בדרכים שונות. דוגמה טובה לכך הוא תאגיד השידור הציבורי. תאגיד השידור הציבורי נשלט בידי 12 חברי מועצה מקצועיים הנבחרים בידי ועדה בלתי-תלויה.¹⁵⁰ ואולם בסופו של דבר שר התקשורת ממנה את חברי הוועדה ובדרך זו הוא שולט על רוח המינויים במועצה, כך שהשפעה הפוליטית בכל זאת יכולה לחלחל.¹⁵¹ זאת ועוד, למרות עצמאותו של התאגיד, ככל גורם סטטוטורי הוא חשוף להשפעה באמצעות שינויי חקיקה של פוליטיקאים. הדרג הפוליטי עשוי לנפנף בחרב של שינויי חקיקה כדי לגרום לתאגיד להתיישר לפי רצונותיו. דוגמה לכך הוא האיום של נתניהו לסגור את התאגיד על מנת להשפיע על מינויים בו שיהיו יותר לרוחו.¹⁵²

מכניזם אלטרנטיבי לסכסוך, המנותק בצורה משמעותית יותר מהדרג הפוליטי, הוא קביעה של הסכסוך ישירות בידי הציבור. אפשר לעשות זאת בשתי דרכים. דרך אחת היא לפי רמת הצריכה של הציבור של פלטפורמות התקשורת השונות. בדומה לתמיכה ישירה במוצרים היוצרים החצנה חיובית במקביל לערך הפרטי שהם מניבים ליצרן, ניתן להוסיף סכסוך ממשלתי על הצריכה השוקית של המוצר כדי להגיע לרמת הייצור האופטימלית של המוצר מבחינת הרווחה המצרפית. כך למשל, בייצור חשמלי סולרי יצרני החשמל מקבלים תוספת למחיר השוק שהם יכולים לקבל עבור כל קילוואט-שעה (KWH). בשונה מהנהוג בארץ, ישנן מדינות המסכסדות קלאות ואת ההחצנות החיוביות של גידולים חקלאיים באמצעות סובסידיה ישירה לכל גידול חקלאי שנמכר. בדומה לכך, ניתן לסכסך פלטפורמות תקשורת לפי רמת הצריכה שלהן: ככל שיש יותר צרכנים לפלטפורמה, הסכסוך הממשלתי שהיא תקבל יהיה גדול יותר.

הקושי הגדול בפתרון מעין זה הוא אופן ביצוע המדידה. ישנן דרכים שונות למדוד "צריכה" של פלטפורמות תקשורת: האם לפי מספר כניסות? האם לפי זמן שהייה? ומה המשקל היחסי שצריך להינתן לצריכה באמצעות האינטרנט לעומת דרכים אלטרנטיביות לצריכת תוכן חדשות? מחלוקות סביב שאלות מדידה מעין אלו גרמו לתאגיד השידור הציבורי לפרוש מוועדת המדרוג האחראית על מדידה זו. שאלות המדידה פותחות פתח גם ללחצים פוליטיים.

ישנה אפשרות שנייה לסכסוך ישיר: מתן זכות לכל אזרח להחליט לאיזו פלטפורמת חדשות הוא יעניק יחידת מימון. שיטה זו מבוססת על שיטת הוואוצ'רים הידועה של מילטון

149 שם, ס' 7 (ב-ג), (א), 24(א), 43(2).

150 שם, ס' 9.

151 שם.

152 חגי עמית "האיום החדש על התאגיד: הצעת חוק של הליכוד להפרטתו" *TheMarker* (16.11.2019) <https://www.themarker.com/news/politics/.premium-1.8132686> ("נראה שכל עוד נתניהו בשלטון אי אפשר להפריד מהלך לסגירת התאגיד מההקשר הפוליטי שלו").

פרידמן לסבסוד חינוך ציבורי – מוצר נוסף בעל החצנות חיוביות כלל-חברתיות.¹⁵³ מעבר להתגברות על בעיית המדידה, לשיטה זו יתרון נוסף – קלט אזרחי מפורש באשר לפלטפורמות הראויות לסבסוד. הצריכה בפועל של אזרחים מפלטפורמות מסוימות לאו דווקא מעידה שאלו הפלטפורמות שראוי לסבסוד בעיני האזרח. ייתכן שהאזרח מחליט לצרוך בפועל מפלטפורמה בעלת ערך חברתי נמוך משלל סיבות, כגון עיתונות צהובה יותר המושכת את סקרנותו אך היא בעלת ערך חברתי נמוך יותר. בניסוח אחר, אין תמיד הלימה בין הערך הפרטי של הצריכה לבין הערך הציבורי של ההצנה. ייתכן שהמוצר החדשותי שאותו הצרכן צורך בשל הערך הפרטי הגדול ביותר המתקבל מצריכתו יוצר את ההצנה החיובית החלשה ביותר, אם לא אפילו ההצנה שלילית. היכולת לפצל בין הצריכה בפועל לבין החלטה באשר לפלטפורמה שתקבל יחידת מימון תוביל למימון פלטפורמות היוצרות החצנות חיוביות בצורה יעילה יותר, על פי ההערכה של אזרחים את עוצמת ההצנה החיובית שהן יוצרות. למערכת סבסוד זו, הדומה למערכת הוואוצ'רים, יש יתרונות רבים, אך יש גם חיסרון – היישום שלה יקר. יישום מתכונת זו של סבסוד דורש הקמת מערכת שתאסוף מידע מאזרחים, תוך וידוא שמערכת ההצבעה היא הוגנת ואינה חשופה למניפולציות. עלות הקמתה של מערכת מעין זו, הדומה לכל מערכת הצבעה אחרת, היא גבוהה מאוד. זאת ועוד, שיטת הוואוצ'רים עדיין "מחזקת את החזקים" – מקנה מימון לפלטפורמות הפופולריות ומקשה על כניסה של שחקנים חדשים. ייתכן שצריכה להיות תמיכה מסוימת פר פלטפורמה במנותק מרמת הפופולריות שלה על מנת לעודד כניסה של שחקנים חדשים.

אכן יש יסוד לסבסוד של פלטפורמות חדשות בשל ההצנות החיוביות שהן גורמות. אך בדומה לכל סובסידיה, יש סכנה שההתערבות הממשלתית תגרום יותר נזק מתועלת. מכאן אני מגיע למישור השני של ההתמודדות עם הצורך בסבסוד הצולב לצורך שימור הגיוון בשוק התקשורת – ההתנגדות לעצם ההנחה שסקטור התקשורת זקוק לסבסוד כדי לשמר את המגוון הקיים בתוכו. כפי שאלו נועם העיר, אחת הבעיות של שוק התקשורת היא עודף היצע; יש היצע גדול, אך הביקוש לתוכן תקשורתי והמשאבים הקוגניטיביים לצריכתו מוגבלים, כך שבאופן סיסטמטי יש היצע גדול לתכנים, בעיקר לאור העלות השולית הנמוכה של אספקת מידע.¹⁵⁴ גם ללא סבסוד חיצוני יהיה היצע גדול. אומנם אפשר לטעון שתכנים איכותיים – תחקירים ותכנים חדשותיים יקרים אחרים – לא יוכלו להיווצר בשוק מעין זה; השאלה היא אם איכות המוצר עולה כאשר הוא מבוסס על סבסוד חיצוני של בעלי אינטרסים עסקיים. מימון חיצוני אכן יוכל לאפשר את קיומם של תחקירים, אך מובן שלא בנושאים שבהם הגורמים העסקיים אינם מעוניינים. מעבר לכך, ייתכן שסבסוד בידי גורמים עסקיים רק יצמצם את המגוון. מימון משמעותי לפלטפורמות מסוימות יאפשר להן ליצור לעצמן כוח שוק באמצעות גיוס משמעותי של "טאלנטים", אשר ימנע את היווצרותן של פלטפורמות חדשותיות קטנות יותר.¹⁵⁵ האם ה"טאלנטים" התקשורתיים לא היו קיימים

Milton Friedman, *The Role of Government in Education*, in *ECONOMICS AND THE PUBLIC* 153
INTEREST 123 (Robert Solo ed., 1955).

154, NOAM לעיל ה"ש 24.

155 ייתכן שהמשבר בערוץ 10 בשנת 2015, שהגיע לסף קריסה לפני שנרכש בידי קבוצת RGE, נבע מדינמיקה שכזו – ההשקעה הגבוהה בערוץ 2, שלא אפשרה לו להתחרות מולו. ראו:

בעולם ללא סבסוד? קרוב לוודאי שהם היו קיימים, אלא שבצורה מבוזרת יותר, על פני כמות גדולה של פלטפורמות תקשורת וללא הרנטות המונופוליסטיות של שחקנים בעלי כוח שוק המשתקפות בשכרם.

3. טענת ההשפעה הזרה

בעיה נוספת שעלולה להיווצר בעקבות הטלת מגבלות מבניות על בעלות בשוק התקשורת היא הותרת הבעלות בגופי תקשורת לשחקנים זרים. לאור הכוח העצום הגלום במערכת התקשורת בהשפעה ואפילו בעיצוב דעת הקהל המקומית, הותרת השליטה על גופי תקשורת לגופים זרים עשויה לחשוף את הדמוקרטיה הישראלית להשפעות חיצוניות חזקות, ולהחליש את היכולת של הציבור הישראלי לשלוט על הנעשה בישראל. החקיקה הקיימת מטילה מגבלות על שליטה בגופי שידור ישראליים באמצעות גורמים זרים, ומחייבת שלפחות 26% מאמצעי השליטה בגופי שידור ציבוריים בעלי רישיון שידור יהיו בידי אזרחים ישראלים תושבי ישראל.¹⁵⁶

ישנן שלוש צורות להתמודד עם בעיה זו. צורת ההתמודדות הראשונה היא לאמץ מגבלה הדומה למגבלה שבחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו שצוינה לעיל.¹⁵⁷ זוהי מגבלה צנועה, המאפשרת לאזרחים זרים להחזיק חלק משמעותי מאמצעי השליטה. אומנם חלק זה אינו מאפשר להם שליטה מלאה, לאור העובדה שהרשות השנייה מחזיקה ב-40% מאמצעי השליטה בגופים בעלי רישיון שידור, אך עם 34% אחוז הם עדיין נותרים בעלי המניות המשמעותיים ביותר.¹⁵⁸ אולם ייתכן שהפתרון של חוק הרשות השנייה יהיה אפקטיבי פחות לאחר המגבלות המבניות. בעוד שבמסגרת חוק הרשות השנייה, גם אם גורם זר מחזיק בחלק משמעותי מאמצעי השליטה, בפועל בגופי שידור ישנו תמיד גורם ישראלי משמעותי לצידו המקרה את הבעיה של השליטה הזרה. אף על פי כן, בהינתן המגבלות המבניות, ייתכן שלא יישארו שחקנים ישראלים שיוכלו להחזיק בנתח משמעותי מגופי התקשורת לצד השחקנים הזרים, וכך החשיפה של המערכת הדמוקרטית הישראלית להשפעות זרות תהיה גבוהה משמעותית לעומת המצב הקיים.

הצורה השנייה להתמודד עם בעיית ההשפעות הזרות תתמודד גם עם הבעיה האמורה. במסגרת ההגבלות המבניות ניתן לחזק את המגבלות המוטלות לא רק על שחקנים ישראלים, אלא גם על שחקנים זרים: משקלם לא יוכל לעלות על משקלו של המשקיע הישראלי הגדול ביותר, כך שאם אין משקיע ישראלי שהוא לבדו בעל עניין בגוף התקשורת, לא יוכל להיות משקיע זר שהוא בעל עניין. מבחינה מעשית, מגבלה מסוג זה יכולה לגרום לכך שלא יהיה אף גורם שהוא בעל שליטה על גוף התקשורת; לאור המגבלות המבניות המונעות מהגופים העסקיים הדומיננטיים בישראל מלהחזיק בגופי תקשורת, ישנה הסתברות לא־מבוטלת שאף גורם ישראלי אחר לא ירכוש חלק משמעותי מאמצעי השליטה בגוף התקשורת. זו הייתה

אביב גלעד "נא להכיר אלה בעלי השליטה החדשים בערוץ 10" גלובס (5.6.2015) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001042180>

156 ס' 42(ב)(4) לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו.

157 ש.ם.

158 ש.ם, ס' 41(א)(1).

אחת ההשלכות העיקריות של המגבלות המבניות להפרדה בין שליטה בתאגידיים ריאליים ותאגידיים פיננסיים. כמה חברות גדולות שהיו בבעלות ריכוזית עברו לבעלות מבוזרת בעקבות חוק הריכוזיות, בצורה חסרת תקדים כמעט בשוק ההון הישראלי. בין השאר אפשר למנות חברות כמו פז, שופרסל, כלל, אלוני חץ, פועלים ודיסקונט, אשר עברו מבעלות ריכוזית לבעלות מבוזרת.¹⁵⁹

הדרך השלישית להתמודד עם בעיית ההשפעות הזרות היא להטיל מגבלה זו דהיורה בחקיקה מפורשת, ולא רק כתוצאה עקיפה של המגבלות האחרות – הגבלת האפשרות לבעלות ריכוזית בחברות עיתונאיות-חדשותיות. כפי שיעיד תהליך הביזור במספר לא-מבוטל של חברות גדולות במשק הישראלי, גם חברות ישראליות גדולות יכולות להתנהל תחת בעלות מבוזרת. בעלות מבוזרת אומנם יוצרת בעיית נציג חדשה: במקום בעיית הנציג בין רוב ומיעוט הרלוונטית לבעל השליטה, שהססת גוף התקשורת לקידום האינטרסים הפרטיים שלו היא אחת מביטויה, עשויה להופיע על פני השטח בעיית נציג חדשה – בעיית הנציג בין ההנהלה לבין בעלי המניות. כאשר אין בעל שליטה, ההנהלה יכולה להכתיב את האג'נדה של גוף התקשורת לפי ראות עיניה ולפי האינטרסים שלה, גם כאשר הדבר אינו עולה בקנה אחד עם האינטרסים של שאר בעלי המניות. אין לזלזל בבעיה זו, וייתכן שיש להתאים מנגנוני ממשל תאגידיים ייחודיים, אשר יתמודדו עם בעיות הנציג הנוצרות בחברה בעלת מבנה שליטה מבוזר, כפי שמציע לאון אנידג'ר.¹⁶⁰

159 ראו לעיל ה"ש 52.

160 לאון יהודה אנידג'ר "לקראת עיצובם של משטרי ממשל תאגידי יחסיים בישראל" משפטים נ 189 (2020). צורה אחת ליצירת הבחנה בין מבנה בעלות מרוכז ומבנה בעלות מבוזר היא הרחבת הביקורת השיפוטית על מנהלים ועל דירקטורים באמצעות צמצום כלל שיקול הדעת העסקי, לאור העובדה שאין בעל שליטה המפקח עליהם ולאור קיומו של ניגוד אינטרסים בינם לבין בעלי מניות בגיבוש האג'נדה של כלי התקשורת. בדומה להצעתו של אנידג'ר, כפי שיש להבחין בין סוגי חברות שונים באופן ההחלה של כלל שיקול הדעת העסקי ולהחילו בצורה רחבה יותר בהקשר של חברות פיננסיות לאור ההשלכות הכלל-משקיות של מעידות שלהן, כך יש להחילו בצורה רחבה ביותר בחברות תקשורת. כפי שפורט לעיל, גם אופן התנהלותם של גופי תקשורת יוצר החצנות משמעותיות על החברה בכללה, אפילו בצורה שעולה על מוסדות פיננסיים, בהשפעתם על עצם התנהלותה הדמוקרטית של המדינה. מעבר לכך, ניגוד העניינים המובנה שבין הנהלה לבין בעלי מניות הוא חזק יותר בגופי תקשורת, לאור העובדה שקביעת האג'נדה מאפשרת נטילה מוגברת של טובות הנאה פרטיות על חשבון בעלי המניות. לרבים יש אינטרס אישי בקביעת האג'נדה הציבורית לפי השקפת עולמם והעדפותיהם הפוליטיות האישיות. להבדיל מטובות הנאה פרטיות הנובעות מנכסים מוחשיים של החברה שניתן לאתר בצורה קלה יחסית, קשה לאתר טובות הנאה פרטיות הנובעות ישירות מהאג'נדה שהתאגיד מאמץ. אני סבור כי נימוק זה הוא משמעותי יותר בהבחנה ברמת הביקורת השיפוטית בין סוגי חברות שונות מנימוקו של אנידג'ר. הרחבת האחריות המשפטית של נושאי משרה כלפי בעלי מניות אינו בהכרח הכלי המתאים להתמודד עם בעיית ההחצנות על החברה בכללה שהפירמה עצמה יוצרת. החלטות היוצרות החצנות אלו עשויות לקדם את האינטרסים של בעלי המניות עצמם, ועל כן הרחבת הזכות המשפטית לבעלי מניות ולחברה לעתור נגד החלטות אלו אינה הכלי המתאים להתמודד עם החצנות הללו. לעומת זאת, חברות שבהן קל יותר לנושאי משרה

4. פתרון ביניים: הגבלה סלקטיבית

כדי להתמודד עם הבעיה המרכזית שהועלתה בפרק זה בפתרון ההפרדה המבנית – יצירת חסמי כניסה משמעותיים לשוק התקשורת על פלח משקיעים רחב – אפשר להציע הגבלה חלקית לשליטה הצולבת בחברת תקשורת ובחברה ריאלית, והחלתה רק על חברות ריאליות מסוימות. הגבלה הרמטית על האפשרות שיהיה בעל שליטה בחברה תקשורת עשויה לעורר קושי, לאור היתרונות שעשויים לצמוח מדפוס בעלות זה – עלויות נציג שהן קטנות יותר מעלויות הנציג בין נושאי משרה לבעלי מניות בחברות מבוזרות והאפשרות לסינרגיות, שיוכלו לצאת לפועל רק באמצעות בעלות צולבת.¹⁶¹ כפי שצוין לעיל, גם אם אין מגבלה פורמלית על האפשרות שיהיה בעל שליטה בחברת תקשורת, מניעת האפשרות של שחקנים עסקיים משמעותיים ושל גורמים זרים להיות בעלי שליטה עשויה להפיקטו לגרום למצב שקיומו של בעל שליטה אינו אפשרי.¹⁶² החלה חלקית של ההגבלות המבניות – רק על חלק מהשחקנים העסקיים – עשויה להביא מזוור לבעיה זו.

להחלה החלקית של ההגבלה המבנית עשויה להיות הצדקה כשלעצמה. הרציונל להגבלה המבנית נובע מן הפוטנציאל לניגוד עניינים בין שחקנים עסקיים לבין גופי תקשורת שיהיו בבעלותם ומן האפשרות לנצל את גופי התקשורת כדי לקדם את עניינם העסקי על חשבון בעלי המניות האחרים של גוף התקשורת ועל חשבון הפגיעה באינטרס הציבורי. אולם הפוטנציאל לפגיעה זו אינו שווה עבור כל השחקנים העסקיים. ישנם סוגי עסקים המושפעים יותר מהחלטות רגולטוריות, ועל כן הפיתוי לנצל את כוח התקשורת עבור עניינם העסקי ולפגוע באינטרס הציבורי גדול יותר משל מי שאינם מושפעים באותה מידה מהחלטות רגולטוריות. שני המקרים שנדונו בתחילת רשימה זו – פרשיית בזק-וואלה ופרשיית דסק"ש-סלקום ומעריב – משקפים את המניע החזק הקיים בתחום תשתיות התקשורת לנצל שליטה בפלטפורמת תקשורת כדי להשפיע על הדרג הפוליטי ועל הרגולטורים לאמץ רגולציה המיטיבה עימם. עבור בזק דובר ככל הנראה על רצון לצמצם את פתיחת שוק הטלפוניה הקווית לתחרות, ועבור סלקום דובר על קביעת גובה דמי הקישוריות ועל פתיחת שוק התקשורת הסלולרית לתחרות. תחום תשתיות התקשורת הוא אכן תחום המושפע מאוד בידי רגולטורים. ואולם ישנם עסקים גדולים אחרים המושפעים מרגולציה, ובהם שחקנים משוק

להפיק טובות הנאה פרטיות על חשבון בעלי המניות האחרים מהוות הצדקה טובה יותר להרחבת האחריות המשפטית של נושאי המשרה כלפי החברה וכלפי בעלי המניות.

161 עקרונית ניתן להביא לידי ביטוי סינרגיות בין שתי פעילויות עסקיות בצורה חזונית. אולם ייתכנו מקרים שבהם עלויות העסקה החזונית הן גבוהות מדי או שהתמריץ שהסינרגיות מספקות אינו חזק דיו כדי למסדם, לאור העובדה שאין שחקן אחד שיהינה ממלוא הסינרגיות (מה שכן אפשרי כאשר גורם אחד שולט בשתי החברות ומפיק את מלוא הרווח מקיומה של הסינרגיה).

162 עקרונית ניתן לאפשר זאת ביתר קלות באמצעות יצירת חיץ בין זכויות שליטה לבין זכויות הוניות – גם גורם ללא הון משמעותי יוכל להפוך לבעל השליטה באמצעות החזקה משמעותית בזכויות השליטה ללא החזקה משמעותית בזכויות ההוניות. אך חיץ זה אינו אפשרי בחברות ציבוריות, ועקרונית הוא אינו רצוי באופן כללי בשל החמרת בעיית הנציג המתלווה למצב זה. ראו: זוהר גושן "בעיית הנציג כתיאוריה מאחדת לדיני התאגידים" ספר זיכרון לגואלטיארו פרוקצ'יה – חיבורי משפט 239 (אהרן ברק ואח' עורכים 1996).

האנרגיה. רישיונות לחיפוש משאבים, אישורים להפקה ולהולכה שלהם ומובן שקביעת גובה דמי התגמולים גורמים לכך שגם השחקנים בתחום האנרגיה רגישים מאוד להחלטות רגולטוריות, וגם להם יש תמריץ אדיר להשפיע על הרגולטור ועל קובעי מדיניות.¹⁶³ לאור זאת, לא מפתיע שאחד הבעלים של גוף התקשורת הדומיננטי ביותר בארץ – ערוץ 12 – הוא יצחק תשובה, המחזיק כ-20% ממניות הערוץ באמצעות בתו, ושהוא גם בעל השליטה בקבוצת דלק השולטת בדלק קידוחים ובאבנר חיפושי נפט – התאגידים הדומיננטיים בארץ לקידוחים בתחום האנרגיה ולהפקה ולהולכה של אנרגיה.¹⁶⁴

מעבר לסקטורים הספציפיים, כל שחקן בעל כוח שוק משמעותי בשוק שלו עשוי להיות רגיש מאוד להחלטות של הרגולטור לחולל תחרות בתחומו ולהוריד חסמי כניסה. ייתכן שיש להטיל את ההגבלות המבניות רק על שחקנים אלו ולא על אחרים. לפיכך, הטלה סלקטיבית של המגבלות המבניות – רק על גורמים עסקיים משמעותיים בתחומים עתירי רגולציה כגון תשתיות תקשורת ואנרגיה או על בעלי מונופולין או כוח שוק משמעותי בתחומים אחרים – עשויה לאפשר איזון מיטבי בין פתיחת הפתח לקיומם של בעלי שליטה ישראלים על אמצעי תקשורת ומניעה מגורמים זרים שלהם תמריץ מובנה חזק לניצול הכוח התקשורתי כדי לקדם את עניינם העסקי מלשמש בעלי שליטה על פלטפורמות תקשורת.

בדומה לפתרון ההפרדה המבנית המלאה, פתרון זה יצריך שינוי חקיקה והוספה של סעיף בחוק הריכוזיות, המקביל לסעיף של ההפרדה המבנית בין תאגיד ריאלי ותאגיד פיננסי. בהינתן אימוץ ההפרדה המבנית הסלקטיבית, על סקטורים עתירי רגולציה דוגמת שוק תשתיות התקשורת והאנרגיה יחולו מגבלות דומות למגבלות של ההפרדה המבנית בין תאגיד ריאלי ותאגיד פיננסי – בעיקר על החזקות של למעלה מ-10% בפלטפורמת תקשורת ותאגיד באחד הסקטורים האמורים. כמו כן תהיה מגבלה על החזקה צולבת של פלטפורמת תקשורת ותאגיד ריאלי שאינם מן הסקטורים המנויים, אם לתאגיד הריאלי יש מעמד של מונופולין או אפילו כוח שוק משמעותי של למעלה מ-40% מהשוק הרלוונטי.

סיכום

בעיית השימוש בפלטפורמת תקשורת כדי להשפיע על נבחרי ציבור ועל רגולטורים לצורך קידום העסקים האחרים של בעל השליטה היא בעיה עמוקה, שעלולה לגרום לפגיעה גדולה מאוד בקרב הציבור. המופעים של הבעיה אשר נדונו בתחילת רשימה זו – בזק וואלה, סלקום ומעריב – קרוב לוודאי שהם רק קצה קרחון של תופעה רחבה הרבה יותר, אשר מטבעה מתרחשת במחשכים ולכן השלכותיה לרוב ייעלמו מעינינו. המצב החקיקתי הקיים אינו נותן מענה אפקטיבי לבעיה זו: הכלי המשפטי העיקרי שניתן להשתמש בו נגד תופעה זו הוא עבירת השוחד באמצעות הגדרת סיקור תקשורתי חיובי כמתת לעובד ציבור המקיים את יסודות העבירה של שוחד. השימוש בכלי זה כדי להתמודד עם בעיית ניצול השליטה בתקשורת על מנת לקדם אינטרסים עסקיים הוא כפול. מחד גיסא הוא רחב מדי,

163 שרון ירין רגולציה חדשה: מהפכה במשפט הציבורי 77 (2018). לעניין הטענה כי המדינה "שבויה" באינטרסים של המפוקחים, במקרה הזה של שותפויות הגז, ראו שם, בעמ' 87-88.

164 שם, בעמ' 73.

שכן לפי הגדרה זו מאגר המקרים הפוטנציאלי לשוחד הוא גדול מאוד והופך חלק ניכר מנפח דיווחי התקשורת לשוחד בפוטנציה. מאידך גיסא הוא צר מדי, שכן ישנם מקרים רבים שבעלי אינטרסים עסקיים מנצלים את הכוח התקשורתי בצורה הפוגעת באינטרס הציבורי, גם כאשר ברור שאין ציפייה של ממש לתמורה מצד בעל השליטה ואפילו ללא שום פעולה מצידו, אלא באמצעות הרתעת קובע המדיניות בעצם ההחזקה שלו בפלטפורמת תקשורת. גם במצבים שניתן לטעון כי הייתה בהם ציפייה שכזו, יש קושי להפעיל את החזקה שעובר המדינה היה מודע לציפייה לתמורה מצד הנותן כאשר מדובר בנתינה כגון סיקור חיובי שלא חסרה את כיסו של הנותן.

רשימה זו הציעה מנגנון חלופי להתמודדות עם הבעיה של ניצול פלטפורמות התקשורת בידי בעלי אינטרס עסקי כדי להשפיע על דרג נבחר: הטלת מגבלות מבניות על שליטה צולבת בגוף עסקי משמעותי ובפלטפורמת תקשורת במקביל. מנגנון זה נועד לעקור את ניגוד האינטרסים שבין בעל השליטה בגוף התקשורת השולט על עסקים משמעותיים אחרים לבין בעלי המניות האחרים בפלטפורמת התקשורת והציבור בכללו. אולם ייתכן שרף הפרדה המבנית צריך להיות חמור במקרה של הפרדה בין שליטה על פעילות עסקית משמעותית ושליטה בפלטפורמת תקשורת. שתי סיבות לכך: סיבה אחת היא, כי בשל מרכזיותן של פלטפורמות תקשורת להתנהלות דמוקרטית תקינה הסיכון והפגיעה באינטרס הציבורי הוא רחב ועמוק יותר בהשפעה של אינטרסים עסקיים חיצוניים על המנגנון התקשורתי, ועל כן מרווח הביטחון מפני השפעה מעין זו צריך להיות גדול יותר. הסיבה האחרת היא, כי לניצול פלטפורמת תקשורת לטובת קידום אינטרסים עסקיים זרים אין בהכרח עלות אלטרנטיבית עבור החברה, ועל כן קל יותר להשפיע על ניצול מעין זה גם כאשר ההחזקה היא מצומצמת יחסית, שכן ההתנגדות של שאר בעלי המניות תהיה חלשה יותר.

רשימה זו דנה בכמה בעיות שעשויות לצוץ בעקבות הפרדה המבנית: השקעה תת־אופטימלית בתחום התקשורת, מבנה בעלות תת־אופטימלי של גופי תקשורת שייאלצו להיות בבעלות מבוזרת גם כאשר ישנם יתרונות כלכליים ניכרים לבעלות מרוכזת והשתלטות של גורמים זרים על מנגנוני התקשורת הישראליים. גם בהינתן שבעיות אלו הן בעיות של ממש, יש מגוון כלים שניתן להשתמש בהם במסגרת הפרדה המבנית כדי למתן ואפילו לעקור תופעות לוואי אלו מן השורש. הכלי המרכזי שבהם הוא האפשרות לווסת את רפי החזקה על מנת לגמד תופעות אלו. מעבר לכך, ניתן לעשות דיפרנציאציה בין תחומי עסקים שונים מבחינת רף ההגבלות שיחול עליהם. באמצעות מנגנונים אלו ניתן לתקן את הטרייד־אוף שבין היתרונות של הפרדה המבנית לבין חסרונותיה בצורה האופטימלית.

מנגנון הפרדה המבנית מספק פתרון אפקטיבי לבעיית ניגוד האינטרסים בתחום התקשורת ולשימוש של בעלי עסקים בשליטתם על גופי תקשורת על מנת להשפיע על נבחי ציבור ועל עובדי ציבור על חשבון האינטרס הציבורי. הפרדה המבנית פותרת את הבעיה בשורשה באמצעות עקירת ניגוד האינטרסים, במקום הפתרונות הקיימים שמתיימרים לנהל את ניגוד האינטרסים הקיים, אך ללא הועיל.