



שר הבינוי והשיכון

בס"ד, ירושלים, י"ב באייר, תשע"ד
12 במאי, 2014
סימוכין: 2014051202503

לכבוד,
ח"כ יולי (יואל) אדלשטיין
יו"ר הכנסת

שלום רב,

הנדון: הצעת חוק לקידום והגנת העיתונות הכתובה בישראל, תשע"ד-2014

הנני מתכבד להעביר לך את חוות דעתו של פרופסור ברק מדינה.
להלן ציטוט המסיים את חוות הדעת:
"לאור כל זאת, אני סבור כי ההסדר המוצע בהצעת החוק לתיקון פקודת העיתונות פוגע פגיעה בלתי מוצדקת בזכויות יסוד חוקתיות. אני סבור כי אם תתקבל הצעת החוק בית המשפט צפוי להכריז עליה כבטלה .

זו חוות דעת מקצועית ברמה הגבוהה ביותר הראויה להתחשבות.

בכבוד רב,
אורי יהודה אריאל הכהן
שר הבינוי והשיכון

העתק:
מר בנימין נתניהו, ראש הממשלה
שרים בממשלה
חברי כנסת
מר יהודה וינשטיין, יועץ משפטי לכנסת

פרופ' ברק מדינה
הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים
הר הצופים, ירושלים 91905
טלפון: 02 5882528; פקס: 02 5823042
barak.medina@mail.huji.ac.il

8 במאי 2014

הנדון: הצעת חוק לקידום והגנת העיתונות הכתובה בישראל, תשע"ד-2014

הצעת חוק לקידום ו[ל]הגנת העיתונות הכתובה בישראל, תשע"ד-2014, נועדה לאסור על הפצת עיתון בחינם, ואף במחיר זול יותר מאשר שבעים אחוזים ממחירו של עיתון יומי נפוץ אחר. זוהי הצעה שדומה במידה רבה להצעות חוק קודמות באותו נושא שלא התקבלו (למשל, הצעת חוק לתיקון פקודת העיתונות (הגבלה על הפצתו בחינם של עיתון בתפוצה ארצית), התש"ע-2010). לאחר בחינה של הצעת החוק הנוכחית הגעתי למסקנה שהיא פוגעת שלא כדין בזכויות יסוד המוגנות מכוח חוק-יסוד: חופש העיסוק ומכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפיכך אינה חוקתית. אני סבור כי אם הצעת החוק תתקבל, בית-המשפט צפוי להכריז עליה כבטלה.

בתמצית, אלה הם הטעמים העיקריים למסקנתי זו:

1. ההסדר המוצע פוגע בזכויות יסוד חוקתיות של בעלי עיתונים, בזכויותיהם של מי שמועסקים בעיתונים אלה, וכן בזכות לחופש ביטוי של הציבור בכללותו.
2. יש יסוד סביר להניח שתכליתו העיקרית של ההסדר המוצע היא "פרסונלית", כלומר היא נועדה למנוע את המשך הוצאתו לאור (או לצמצמם את התפוצה) של עיתון מסוים, קרי העיתון "ישראל היום". זוהי תכלית שאינה ראויה ודי בכך כדי לשלול את תוקפו של ההסדר המוצע.
3. ההסדר המוצע אינו תקף משום שהוא גורם פגיעה שאינה מידתית בזכויות היסוד. ההסדר קובע הסדר שאינו אפקטיבי להשגת התכלית המוצהרת בו, בדבר הגנה על שוק העיתונות המודפסת, הוא אינו נחוץ לשם השגת תכלית זו והתועלת החברתית המושגת בזכות החלתו של ההסדר נופלה לאין שיעור מן העלות החברתית הכרוכה בו. אף משום כך ההסדר המוצע אינו עולה בקנה אחד עם הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק.

בשורות הבאות אפרט את הנימוקים לכל אחת מן המסקנות הללו. אפתח בתיאור קצר של הצעת החוק ושל הטעמים שביסודה, כפי שהם מובאים בדברי ההסבר (פרק א); בעקבות זאת אדון בקצרה בנושא של הפצת עיתונים בחינם והניסיון שנצבר בנושא בעולם (פרק ב); ובמצבו של שוק העיתונות בישראל (פרק ג); אז אצביע על-כך שהצעת החוק פוגעת בזכויות יסוד חוקתיות לחופש עיסוק, לקניין ולחופש הביטוי (פרק ד); בהמשך אראה שתכליתו של ההסדר המוצע אינן "תכליות ראויות" כמובן בפסקת ההגבלה (סעיף 8) שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפיכך הפגיעה אינה מותרת (פרק ה); ואצביע על-כך שהפגיעה הנובעת מהצעת החוק "עולה על הנדרש", כלומר היא אינה עומדת בדרישת ה"מידתיות" שבפסקת ההגבלה (פרק ו).

א. הצעת החוק

1. בהצעת החוק מוצע לקבוע מחיר מינימום של עיתונים יומיים בישראל. מוצע לקבוע איסור להפיץ בחינם "עיתון יומי בעל תפוצה רחבה", לתקופה העולה על שישה חודשים (סעיף 4). למעשה, האיסור רחב יותר, שכן על-פי ההצעה, הגדרת המושג "חינם" היא "לרבות תמורה סמלית", שהיא "לא פחות משבעים אחוז ממחיר של עיתון יומי אחר שמחירו הוא הנמוך ביותר מבין [ארבעת] העיתונים הנמכרים בעלי התפוצה הרחבה ביותר" (סעיף 1). בהצעה מוצע להחיל את האיסור על עיתון "היוצא לאור 6 ימים בשבוע, וכולל לפחות 30 עמודים בימי חול ו- 100 עמודים בסופי שבוע ובערבי חג", שהוא "אחד מארבעה העיתונים היומיים בעלי התפוצה הרחבה ביותר, המיועד לציבור הרחב ומופץ למרבית חלקי המדינה" (סעיף 1). מוצע לקבוע אחריות פלילית ואחריות אזרחית (בנוזיקין) בגין הפרת האיסור האמור.

2. הצעת החוק באה אם כן להוסיף למגבלות הקיימות כיום בפקודת העיתונות בעניין הוצאה לאור של עיתונים בישראל. פקודת העיתונות קובעת, כידוע, כי הוצאה לאור של עיתון מותנית בקבלת רישיון לכך מאת הממונה על המחוז במשרד הפנים (סעיף 5); מכוחה מוסמך שר הפנים להורות על הפסקת פרסומו של עיתון מחמת ידיעות המתפרסמות בו (סעיף 19); ובית-המשפט מוסמך להורות על הפסקת פרסומו של עיתון אם העיתון הורשע בדין בגין פרסום דבר הסתה (סעיף 23). ההסדר המוצע הוא יוצא דופן אף ביחס להסדרים הקבועים כבר בפקודת העיתונות, שהם חריגים מאד כשלעצמם לעומת המקובל במשטרים דמוקרטיים, בקובעו הגבלות על היבט מסחרי של ההוצאה לאור של העיתון.

3. על-פי האמור בדברי ההסבר להצעת החוק, תכליתו של ההסדר המוצע לסייע לענף העיתונות הכתובה בישראל, שמצוי במשבר כלכלי. נטען שם כי לאור כך ש"חלק מהעיתונים מחולקים היום בחינם... הם [כלומר, העיתונים הללו – ב"מ] מונעים תחרות גם על המחיר, המהווה מרכיב חשוב ביכולתו של עיתון לשרוד כלכלית, מרסקים את התחרות ההוגנת ואינם מאפשרים לשוק להתאושש". השימוש בביטוי "תחרות על המחיר" אינו מתאים כאן, שהרי תכלית ההצעה דווקא למנוע תחרות כזו ולקבוע מחיר מינימום, שייקבע על-פי מחירו של העיתון המתחרה הזול ביותר. המטרה היא הפוכה, למנוע תחרות על המחיר, וזאת כדי לקדם את האינטרסים הכלכליים של עיתונים ובדרך זו, כך הטענה, למנוע את קריסתם. על-פי האמור בהצעת החוק, "במדינות רבות בעולם המערבי מקובל היום להעניק תמיכה כלכלית לעיתונים על מנת להבטיח את המשך פעילותם החיונית לדמוקרטיה". בהצעת החוק מוצע להטיל את מלוא הנטל הזה של "תמיכה כלכלית" בעיתונים על צרכני העיתונים. אין מובא הסבר מדוע אין מקום ליישם את ההסדר שלפי האמור בהצעת החוק עצמה מקובל "במדינות רבות בעולם המערבי" ולקבוע סיוע כלשהו לעיתונים שיבוא מקופת המדינה, למשל באמצעות הקלות במסים ישירים או עקיפים.

ב. רקע: הפצת עיתונים בחינם ושוק העיתונות העולמי

4. מקורות המימון של העיתונות הכתובה הם בעיקרם הכנסות ממכירת מודעות בתשלום והכנסות ממכירת עיתונים. מאז 1940, אז החלה ההפצה של העיתון היומי Walnut Green בקליפורניה, ככל הנראה העיתון הראשון שהופץ בחינם, מקובלים בתעשיית העיתונות הן המודל של הפצה בחינם והן המודל של מכירת עיתונים. עיתונים יומיים המופצים חינם נפוצים במדינות שבהן מערכת מפותחת של הסעת המונים ברכבות,

והמגמה של התגברות ההפצה של עיתונים בחינם הגיעה לשיאה באמצע העשור הראשון של המאה הנוכחית. ראו, למשל, Eric Pfanner, "Read all about it: Free circulation in the newspaper war" THE NEW-YORK TIMES (August 6, 2006).

בשנים האחרונות ניכרת ירידה מסוימת במספר העיתונים היומיים המופצים בחינם בעולם המערבי. כך, למשל, בשנת 2007 באירופה לבדה הופצו בחינם 139 עיתונים בתפוצה ארצית ב- 33 מדינות וב- 2010 ירד המספר ל- 82 עיתונים ב- 32 מדינות. הירידה נמשכה, בצורה מתונה, גם בשנים האחרונות, והממוצע כיום באירופה הוא כ- 3 עיתונים למדינה המופצים חינם בתפוצה ארצית, ושיעור התפוצה של עיתונים המופצים חינם באירופה הוא בממוצע כ- 20% מכלל התפוצה של עיתונים יומיים בכל מדינה. לפירוט הנתונים ראו, בין היתר, באתר <http://www.newspaperinnovation.com>.

5. הפצת העיתון בחינם היא אסטרטגיה עסקית המבוססת על העובדה שהיקף ההכנסות ממודעות פרסומת בעיתון נקבע במידה רבה בהתאם להיקף התפוצה של העיתון והיקף החשיפה לו. הפצת העיתון בחינם גורעת אמנם מן ההכנסות של העיתון ממכירת גיליונות אך מגדילה את תפוצת העיתון ולפיכך גם את הכנסותיו ממודעות, ועיתונים לא מעטים החליטו בשנים האחרונות לנקוט באסטרטגיה שכזו. כך, למשל, העיתון הבריטי הידוע The London Evening Standard, שמתפרסם ברציפות מאז 1827, החליט ב- 2009 לעבור להפצה בחינם. הדבר הגדיל את תפוצת העיתון מכ- 250,000 גיליונות ביום לכ- 700,000 כיום, וכיום הוא העיתון הרביעי הנפוץ ביותר בבריטניה והנפוץ ביותר בלונדון. הנתון החשוב הוא שבעוד שבשנה האחרונה שבה הופץ בתשלום, 2009, הפסיד העיתון 30 מיליון ליש"ט, והיה על סף סגירה, בזכות המעבר להפצה בחינם צומצמו ההפסדים ובשנת 2012 עבר העיתון לרווח (הרווח הנקי ב- 2012 היה 1 מיליון ליש"ט), שכן הירידה בהכנסות ממכירת עיתונים עקב ההפצה בחינם הייתה קטנה בהרבה מן העלייה מן ההכנסות ממכירת מודעות. ראו:

<http://www.theguardian.com/media/greenslade/2012/oct/16/london-evening-standard-evgeny-lebedev>

6. המדיניות של הפצת עיתונים בחינם זכתה כמובן לדחיפה חזקה עם המצאת האינטרנט והגידול העצום בהיקף השימוש בו. כיום מופצים חינם באמצעות האינטרנט גרסאות מלאות או חלקיות של כמעט כל העיתונים היומיים המופצים בישראל וזו גם המגמה המקובלת בעולם. למעשה, המודל העסקי המקובל ביותר כיום לחברות העוסקות בהפצת מידע באינטרנט הוא זה של הפצת המידע בחינם והסתמכות על מכירת פרסומות כמקור ההכנסה הבלעדי. גביית תשלום בגין האפשרות לעיין במידע חדשותי המופץ באינטרנט היא החריג, בעוד הפצת המידע בחינם והסתמכות על הכנסות ממודעות בתשלום היא הדרך המקובלת ביותר.

7. ההפצה של עיתונים בחינם – בין אם מדובר בעיתונים מודפסים ובין אם מדובר בעיתונים המופצים באינטרנט – מגבירה כמובן את התחרות בשוק זה, והיא מוליכה לא אחת לירידה בהיקף התפוצה של עיתונים הנמכרים תמורת תשלום. באופן כללי, זוהי תופעה שעולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי. היא מגבירה את הנגישות של הציבור הרחב לעיתונות, וממילא מעשירה את המידע המופץ לציבור ואת הנגישות למגוון דעות בסוגיות שונות. היא מביאה גם להוזלה של מחיר המוצר לציבור. הניסיון שנצבר בשנים

האחרונות מלמד שמגמה זו אינה מביאה ליצירת מונופולין, אלא להפך: היא מגדילה במידה ניכרת את מספר העיתונות היוצאים לאור, בדפוס או באינטרנט.

8. בכל העולם המערבי ניכרת מזה מספר שנים ירידה בתפוצה של העיתונות המודפסת, ובעקבות זאת ירידה ברווחי העיתונים. זוהי תופעה מדאיגה, משום שהיא עלולה לפגוע באינטרס הציבורי החיוני בקיומה של עיתונות חופשית, שהיא גורם הכרחי בכל משטר דמוקרטי. אולם, וזה החשוב לעניין הנדון כאן, במחקרים שנערכו בנושא לא נמצא מתאם בין היקף התפוצה של עיתונים יומיים בחינם לבין הירידה בהיקף התפוצה של עיתונים בתשלום ושל הרווחיות שלהם. המחקרים מלמדים שהירידה בהיקף התפוצה של העיתונים המודפסים מושפעת בעיקרה מהגברת הנגישות של מידע ברשת האינטרנט ומשינויים בהרגלי הצריכה, ולא מהיקף ההפצה של עיתונים יומיים בחינם. ראו, למשל: Pieter Bakker, "The Impact of Free Daily Newspapers on the Circulation of Paid Newspapers" (2007); Karen Hoff, "The Impact of Free Newspapers on Us Markets" (2012).

9. לאור זאת, אף שהתופעה של הפצת עיתונים יומיים בחינם היא כאמור מקובלת מאד בעולם, לפי מיטב ידיעתי אין תקדים בעולם הדמוקרטי לחקיקה האוסרת על הפצת עיתונים בחינם (החריג לכך, וגם הוא גדיר למדי, הוא איסור על הפצה בחינם, בדרכים מסוימות, של כל חומר פרסומי כדי למנוע לכלוך). חקיקה האוסרת על הפצת עיתונים בחינם ניתן למצוא במדינות לא-דמוקרטיות, והיא לרוב נועדה לפגוע בחופש הביטוי ובחופש העיתונות או לפגוע באופן אישי במוציאים לאור מסוימים (זהו ככל הנראה ההסבר לחקיקת חוק האוסר על הפצת עיתונים בחינם שהתקבל בסין בינואר 2010). השילוב של שיקולים כלכליים עם הכרה בחשיבות של הזכות לחופש ביטוי הוביל לכך שבעולם הדמוקרטי אין מתייחסים לעיתונים יומיים המופצים חינם כבעיה או כגורם שיש להצר באופן כלשהו את צעדיו. ההפך הוא הנכון: ההתפתחות של עיתונים יומיים המופצים חינם נתפסת כתרומה חשובה מאד לחופש הביטוי ולחופש העיתונות, וכפי שמלמד המקרה של ה-London Evening Standard (ומקרים רבים אחרים), הפצה בחינם היא לעיתים אסטרטגיה עסקית מוצלחת.

ג. שוק העיתונות בישראל

10. שוק העיתונות הכתובה בישראל אופיין במשך שנים רבות, עוד לפני כניסתם לשוק של העיתונים המופצים חינם בתפוצה ארצית, כתחרות בין מעטים ("אוליגופול"), ובו ריכוזיות רבה. ראו יחיאל לימור, "תקשורת ההמונים בישראל" **מגמות בחברה הישראלית** 1030 (2003). ראו גם אהרן ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיתיה" **משפטים** כז 223, 243 (1997): "העיתון שולט בבמת הדיבור, שהיא מהבמות הציבוריות החשובות ביותר במשטר הדמוקרטי. עקרונית, כל אחד יכול לרכוש לעצמו במה זו. למעשה מעטים הם הרוכשים. ישנה ריכוזיות של שליטה בבמה זו. קיים 'כשל שוק חוקתי' בתחום זה. מי ששולט בבמה זו שולט בנכס שהוא חיוני למשטר דמוקרטי"; אהרן ברק "על העיתונות הפרטית" **עלי משפט** ב 293, 294 (2002). בשוק זה נוצרה לא אחת "התאמה אוליגופוליסטית" (או "קשר שבשתיקה", tacit collusion). ראו, למשל, ע"פ 2560/08 **מדינת ישראל – רשות ההגבלים העסקיים נ' וול** (6.7.2009): "התאמה אוליגופוליסטית... מאפיינת שווקים ריכוזיים כמו ענפי הדלק, הביטוח והעיתונות

- בישראל, אשר נשלטים על-ידי מספר חברות מצומצם". בעקבות מציאות זו הוכרו אחד העיתונים, "ידיעות אחרונות", כמונופול בתחום העיתונות הכתובה, לראשונה ב-1995 ושוב ב-1999.
11. במהלך השנים הופצו חנימ עיתונים מקומיים, אך אלה לא השפיעו על המעמד המונופוליסטי שהשיג העיתון "ידיעות אחרונות". כניסתם לשוק העיתונות בישראל של עיתונים המופצים חנימ, ובעיקר העיתון "ישראל היום", שהחל לצאת לאור ב-2007, הביאה לשינוי יסודי בשוק זה, שכתוצאה ממנו הודיעה בתחילת 2010 הממונה על ההגבלים העסקיים על ביטול ההכרזה על העיתון "ידיעות אחרונות" כמונופול. הפצת עיתון יומי בחנימ, תוך שימוש במפיצים המציעים את העיתון לקוראים פוטנציאליים, התבררה כמהלך הכרחי כדי להתגבר על מחסומי כניסה לענף שנוצרו עקב ההרגל של קוראים לרכוש עיתון יומי מסוים.
12. לפי דיווחים שונים, שוק העיתונות הכתובה בישראל מצוי במשבר. העיתונים "מעריב" ו"מקור ראשון" נקלעו לאחרונה לקשיים כספיים חמורים. עם זאת, סגירת עיתונים יומיים היא תופעה מוכרת וידועה בישראל, שנים רבות לפני שהחלה ההפצה של עיתונים יומיים בחנימ (כך, למשל, שני עיתונים שיצאו לאור במשך עשרות שנים, "דבר" ו"על המשמר", נסגרו ב-1996 וב-1995, בהתאמה, וכמוהם עיתונים רבים נוספים). בנוסף, אין דיווחים על-כך שהעיתונים היומיים הנפוצים האחרים בישראל, "ידיעות אחרונות", "הארץ", "גלובס" ועיתונים נוספים, עומדים בפני סגירה. קל וחומר שאין דיווחים בדוקים, שעליהם ניתן לבסס הצעת חוק כה מרחיקת לכת, באשר לסיבות בירידה ברווחיות של העיתונים, ככל שיש כזו, באשר להשפעה של ההפצה בחנימ של "ישראל היום" על הירידה ברווחיות, באשר להשפעה הצפויה של החקיקה הנדונה על מחירי העיתונים, מחירי המודעות וכדומה.
13. לפי הערכות שונות, עליית התפוצה של העיתון "ישראל היום" גרמה לירידה מסוימת ברווחים של העיתונים המודפסים האחרים, אך עיקר ההשפעה נבע מירידה מסוימת במחירי פרסום המודעות בעיתונות הכתובה ולא בגין ירידה בהכנסות ממכירת עיתונים. ראו איתמר ב"ז, "זה לא החנימ טמבל" **העין השביעית** (1.5.2014). לפי הערכות אלה, הסיבה לירידה במחירי הפרסום אינה קשורה כלל להפצת עיתונים בחנימ, אלא לתופעה שבה תאגידים עסקיים, שיש להם אינטרסים בעולם הפרסום, משתתפים בבעלות על עיתונים. בגין כך, לחברות העסקיות הללו אינטרס להוזיל את מחירי הפרסום, אף במחיר ירידה בהכנסות של העיתונים שבבעלותן החלקית. ראו אלעד מן, "מי משלם על עיתוני החנימ" **העין השביעית** (1.5.2014).
14. לסיכום עניין זה: מרבית העיתונים הם בבעלות פרטית, ולכן אין מתפרסמים נתונים רשמיים על התוצאות הכספיות שלהם. מן הנתונים המתפרסמים בציבור, אין דיווחים על-כך שקיימת סכנה קרובה לכך שהעיתון "ידיעות אחרונות" עלול להיסגר בקרוב בשל קשיים כספיים. במידה לא מעטה, העיתון "ישראל היום" השיג את המעמד שבו החזיק בעבר העיתון "מעריב" כעיתון הנפוץ הנוסף במדינת ישראל, בלא שנגרמה פגיעה במגוון העיתונים המוצע לציבור. למעשה, הנגישות כיום של הציבור הרחב לעיתונות המודפסת היא גדולה יותר מאשר הייתה בזמן כלשהו בעבר; ובהתווסף לכך העושר העצום של עיתונות אלקטרונית ובאינטרנט, אין מקום לסברה שיש אינטרס ציבורי להתערב בשוק העיתונות בישראל.
15. התערבות מן הסוג המוצע בהצעת החוק, של קביעת מחיר מינימום של עיתון, תפגע כמעט בוודאות בהיקף ההפצה של עיתונים בישראל. ניסיון העבר מלמד שההפצה של עיתונים בחנימ בישראל הובילה

להגדלה ניכרת של היקף ההפצה הכולל של עיתונים בישראל, וממילא של הנגישות של עיתונות לציבור הרחב. אין זאת אלא שההתערבות המוצעת בשוק העיתונות תביא לעלייה ברווחיהם של בעלי עיתונים מסוימים, תוך פגיעה חמורה בציבור קוראי העיתונים. בהתבסס על ניסיון העבר הקרוב, קיים חשש ממשי שאם יוחל האיסור על הפצת עיתונים יומיים בחינם תיגרם חזרה למונופולין של עיתון אחד ופגיעה של ממש בתחרותיות בשוק העיתונות המודפסת בישראל. יתר על-כן, פגיעה בכוח השוק של העיתון "ישראל היום" עלולה להביא גם לייקור עלויות הפרסום בעיתונים, ובאופן עקיף לתרום לייקור המוצרים הנמכרים בישראל, שוב בניגוד לאינטרס הציבורי.

ד. הצעת החוק פוגעת בזכויות יסוד חוקתיות

16. ההסדר המוצע פוגע במספר של זכויות יסוד המוגנות מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ומכוח חוק-יסוד: חופש העיסוק; חופש העיסוק, הזכות לקניין, חופש הביטוי והזכות לשוויון. אתיחס בקצרה לפגיעה בכל אחת מזכויות היסוד הללו.

17. ראשית, ההסדר פוגע בחופש העיסוק. הזכות לחופש עיסוק מוקנית, לפי סעיף 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, לכל "אזרח או תושב של המדינה". הטלת איסור על החלת מודל עסקי של הפצת עיתון בחינם והתבססות על הכנסות ממכירת מודעות עלולה למנוע מבעליו של עיתון להמשיך להוציא לאור. ההפצה של עיתון בחינם פונה לפלח שוק מסוים, ולפחות חלקו צפוי להימנע מלרכוש את העיתון אם יידרש לשלם בגינו מחיר. איסור על האפשרות להפיץ מוצר בחינם מהווה לכן פגיעה יסודית ועמוקה בזכותו של הבעלים של עיתון לחופש עיסוק.

ההסדר המוצע עלול לגרום גם לפגיעה עקיפה בחופש העיסוק של רבים שיכלו היו להיות מועסקים כעיתונאים וכבעלי תפקידים אחרים בעיתונות הכתובה אלמלא הוטלה ההגבלה הנדונה. כאמור, דווקא החלת המגבלות המוצעות בהצעת החוק עלולה לצמצם את מספר העיתונים היוצאים לאור בישראל ולהחזיר את שוק העיתונות לריכוזיות הרבה שאפיינה אותו לפני שנים מעטות. התוצאה עלולה להיות, בין היתר, פגיעה בזכות לחופש עיסוק ובתנאי העסקה של העובדים-בפועל ושל העובדים-בכוח בעיתונים הקיימים, בהיעדר היצע מספיק של מקומות עבודה לכלל האנשים החפצים לעסוק במקצוע העיתונאות ובמקצועות גלויים.

18. שנית, החלת ההסדר המוצע בחוק צפויה לגרום לפגיעה קשה בזכות הקניין של מי שבבעלותו עיתון היוצא לאור בישראל. הזכות לקניין מעוגנת במפורש בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. נדרשת השקעה כספית גבוהה מאד לשם הקמת עיתון, בהעסקת מערך העובדים הנחוץ לכך, ביצירת מוניטין בקרב קהל הקוראים והמפרסמים. שלילת האפשרות של אדם להמשיך להפיץ עיתון בחינם ולבסס את הכנסות העיתון על מכירת מודעות, צפויה לגרום לפגיעה קשה בקניינו של הבעלים.

19. שלישית, ההסדר המוצע גורם גם לפגיעה בזכות לחופש ביטוי. הזכות לחופש ביטוי אינה מעוגנת אמנם במפורש בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך בשורה ארוכה של פסקי-דין הוכרה העמדה שהזכות לחופש הביטוי נכללת בגדר הזכות החוקתית לכבוד האדם (למשל, בג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (2008) והמקורות המובאים שם). הזכות לחופש ביטוי נפגעת כאן בשני

היבטים: היבט אחד הוא זה הנלווה לפגיעה בחופש העיסוק של בעל העיתון, העורך והעיתונאים. בית- המשפט העליון פסק לא אחת כי כאשר העיסוק הנפגע עקב מגבלות המוטלות על חופש הפעולה של הפרט הוא עיסוק במקצוע "תקשורתי", יש לראות בכך גם פגיעה בחופש הביטוי, ולפיכך המבחן שיוחל לבחינת חוקיות הפגיעה הוא מבחן מחמיר במיוחד. ראו, למשל, בג"ץ 1452/93 איגלו חברה קבלנית לעבודות צנרת בנין ופיתוח בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מז(5) 610, 617-618 (1993). שלילת האפשרות של אדם להוציא לאור עיתון בישראל המופץ בחינם מהווה פגיעה בחופש הביטוי שלו.

20. היבט שני שבו עלולה להיפגע הזכות לחופש ביטוי הוא זכות הציבור לדעת ולהיחשף למגוון של דעות. חופש הביטוי מגן לא רק על אינטרסים של הדובר אלא גם, ולפי גישות מסוימות בעיקר, על אינטרסים של השומעים-בכוח של הדובר. ראו, למשל, T.M. Scanlon, *Freedom of Expression and Categories*, *of Expression*, 40 U. PITT. L. REV. 519, 520-528 (1979). ברוח זו נקבע למשל ב-בג"ץ 6218/93 כהן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מט(2) 529, 541 (1994) כד: "בין הזכויות הבאות להגשים את עקרון חופש הביטוי ניתן להזכיר את הזכות לקבל מידע ואת הזכות להגיב על מידע. הזכות לגילוי המידע נובעת מעקרון חופש הביטוי ומסייעת בהגשמתו. יש להניח כי הגבלות נורמטיביות חריפות על עקרון חופש הביטוי עלולות להימצא כבלתי חוקתיות. טול, למשל, ... העמדת תנאי רישוי בלתי סבירים לחלוטין לצורך הוצאה לאור של אמצעי תקשורת. הוא הדין באשר לזכות הטכנית לקליטת הביטוי... קיצורו של דבר, זכות הגישה לאמצעי התקשורת משתייכת לקבוצת הזכויות המיועדות לאפשר את מימושו של עקרון חופש הביטוי".

21. הטלת האיסור להפיץ עיתון בחינם צפויה להביא לצמצום מספר העיתונים היוצאים לאור (או תמנע את הגדלת מספרם), ועקב כך לפגיעה בשוק הרעיונות והדעות וממילא בחופש הביטוי. היא צפויה גם להביא לכך שציבור לא קטן של קוראים, שנהנה כיום מגישות לעיתונים המופצים חינם, לא יוכל להמשיך לקרוא עיתונים. הדרישה לשלם מחיר תמורת הזכות לקרוא בעיתון מהווה מחסום כלכלי בפני ציבור לא קטן בישראל. נתוני התפוצה של עיתונים בישראל מלמדים כי מאז החלה ההפצה בחינם של עיתונים חל גידול בהיקף הכולל של קריאת עיתונים בישראל, על כל המשמעויות החיוביות הנלוות לכך מבחינת חופש הביטוי, הזכות למידע והחשיבות של הפצת המידע בחברה דמוקרטית. איסור על הפצת עיתונים יביא, בוודאות, להקטנה של מספר קוראי העיתונים בישראל ויפגע לכן בחופש הביטוי.

22. הצעת החוק פוגעת גם בזכות לשוויון. לפי הפסיקה, הזכות לשוויון מעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, משום שהיא נגזרת מזכותו של אדם לכבוד, והיא מוקנית לכל אדם. ראו, למשל, בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים** (2006) והמקורות המובאים שם. הפגיעה בשוויון נגרמת בשני מישורים עיקריים. במישור ה"פנימי" של שוק העיתונות, ההסדר המוצע הוא מפלה משום שהוא מיועד לחול אך ורק על עיתונים בתפוצה ארצית ואינו חל על עיתונים בתפוצה מקומית. במציאות בישראל, שבה האוכלוסייה מרוכזת בשלושה אזורים מצומצמים יחסית – גוש דן, ירושלים וחיפה – נקל לעקוף את האיסור באמצעות הגדרת העיתון כעיתון בתפוצה מקומית. עיתונים כאלה עלולים לפגוע בתחרותיות במידה שאינה פחותה מאשר עיתונים בתפוצה ארצית, אם אמנם הפצה בחינם בכלל עושה כן. בנוסף, קשה לראות מהי ההצדקה

להגביל את תחולת האיסור לעיתונים בתפוצה ארצית דווקא, באופן שיביא לפגיעה בציבור הקוראים בפריפריה ויפלה בין עיתונים בתפוצה ארצית לבין עיתונים בתפוצה מקומית. לכך נוספת ההגדרה המובאת בהצעת החוק באשר להיקפו של העיתון שעליו תחול הדרישה למחיר מינימום – עיתון שכולל לפחות 30 עמודים בימי חול ו-100 עמודים בסופי שבוע – שנראית שרירותית. הגבלות אלה באשר להיקף התחולה של ההתערבות בחופש הפעולה של עיתונים מסוימים יוצרות חשש ממשי שההסדר המוצע מכונן נגד עיתון מסוים, שאמות-המידה שנחזות להיות כלליות "נתפרו" לפי מידותיו, קרי העיתון "ישראל היום", באופן שיש בו לכן גם פגיעה ממשית בזכות החוקתית לשוויון.

23. באופן דומה, אין זה ברור מהו בסיס ההבחנה בין עיתונות כתובה לבין עיתונות המתפרסמת באינטרנט. כאמור לעיל, רוב רובם של העיתונים היומיים היוצאים לאור בישראל מתפרסמים גם באינטרנט, בחינם. לפרסום זה השפעה ניכרת ומכרעת על היקף ההכנסות ממכירת עיתונים וממכירת מודעות פרסום, ואין זה ברור מהו הבסיס להבחנה שבחוק בין איסור על הפצה בחינם של עיתון מודפס והיתר להמשיך להפיץ בחינם עיתונים באינטרנט.

24. בנוסף, במישור ה"חיצוני" לשוק העיתונות הכתובה, ההסדר המוצע מפלה בין בעליהם של עיתונים לבין בעליהם של תאגידים עסקיים אחרים. ההסדר המוצע אינו מגביל את כוחם של תאגידים אחרים להפיץ מוצרים בחינם, או במחירים נמוכים ממחיר העלות, ומתמקד אך ורק בשוק העיתונות הכתובה. הקביעה כי ההגבלה הנדונה תוחל רק לעניין הפצת עיתונים ולא תוחל על פעילותם של גופים אחרים, מפלה לרעה את העוסקים בתחום העיתונות. אין זה ברור מהי ההצדקה להותיר את ההכרעה ביחס לגופים עסקיים אחרים בידי הרשות להגבלים עסקיים, תוך הכפפתה לביקורת שיפוטית, ולהימנע מכך ביחס לעיתונים דווקא.

25. לפיכך, ההסדר המוצע כאן גורם לפגיעה קשה וחמורה בשורה של זכויות יסוד חוקתיות, המוגנות מכוח הוראות חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. פגיעה שכזו היא תקפה רק אם היא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה (סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק וסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). כידוע, המדובר בעיקרו של דבר בשני תנאים: החוק נועד ל"תכלית ראויה", והפגיעה הנגרמת מכוח החוק אינה עולה על הנדרש (היא "מידתית"). כמפורט להלן, אני סבור שההסדר המוצע אינו עומד בדרישות הללו ולפיכך דינו בטלות.

ה. ההסדר המוצע בהצעת החוק לא נועד ל"תכלית ראויה"

26. הבחינה מהי התכלית של הצעת החוק צריכה להתבסס הן על בחינה של "התכלית האובייקטיבית", שעניינה הערכה מהם היעדים שעליהם ניתן ללמוד מתוך ההסדרים הקבועים בהצעת החוק, והן על בחינה של "התכלית הסובייקטיבית", שעניינה ההסדרים שעליהם מצהירים מנסחי הצעת החוק, הן בהסתמך על דברי ההסבר המצורפים להצעה והן בהסתמך על מקורות אחרים. ראו בהקשר זה, למשל, בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 664 (2002): "בנסיבות העניין, לאור לשון התיקון לחוק והדרך שבה התקבל, דעתי היא כי התיקון לחוק כולל בחובו שתי תכליות ברמות הפשטה שונות: ברמת ההפשטה הנמוכה, אין ספק בעיניי כי תכלית החוק היא להכשיר דווקא את ערוץ 7 ותחנות נוספות אשר הפרו חוק במשך תקופת הזמן הקבועה בו. תכלית זו עולה מניסוח התיקון לחוק המתמקד בהכשרת תחנות

רדיו העומדות בתנאיו, ולא באיתור אוכלוסיות הנוקקות לייצוג תקשורת. תכלית זו עולה אף מהדיון במליאת הכנסת בקריאה שנייה ושלישית. ...למותר לציין, כי תכלית זו של מתן רישיון וזיכיון לתחנות רדיו אשר פעלו ללא רישיון וזיכיון כדין, אינה ראויה בעליל. ...יש בה פגיעה בחופש העיסוק של מתחרים פוטנציאליים בלי לקדם יעד חברתי כלשהו. ...ייתכן שהתיקון לחוק מקפל בחובו תכלית נוספת, ברמת הפשטה גבוהה יותר, והיא מתן ייצוג תקשורת פלורליסטי. תכלית זו נתמכת במידה מסוימת באמות-המידה הקבועות בתיקון לחוק לצורך קבלת רישיון וזיכיון על-פיו, אשר ניתן לפרשן, אם כי בדוחק, באופן שהן נועדו לאתר תחנות רדיו אשר יש להן קהל מאזינים רחב אשר לא מצא סיפוק לצרכיו בשידורי הרדיו המתנהלים במסגרת מארג החוקים הקיים". לדיון באופן הזהויו של התכלית ראו גם, למשל, בג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים** (2006), פס' 14 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; פס' 24 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

27. בהסתמך על אמות מידה אלה אני סבור שלהצעת החוק שתי תכליות: האחת, הפרטיקולארית, היא מניעת המשך הוצאתו לאור של עיתון מסוים היוצא לאור בישראל בתקופה האחרונה – העיתון "ישראל היום". זוהי כמדומני התכלית העיקרית של הצעת החוק, וזאת בהתבסס על הטעמים המפורטים להלן. תכלית אפשרית שנייה, כללית יותר, היא זו המוצהרת בדברי ההסבר להצעת החוק, בדבר הגנה על העוסקים בשוק העיתונות בישראל. אתיחס לכל אחת מן התכליות הללו.

28. ניתן ללמוד על התכלית הראשונה, ה"פרסונלית", מתוך התבטאויות של יוזמי החוק ומתוך ההסדרים הקבועים בו. במישור הראשון, באמצעי התקשורת פורסמו בשבועות האחרונים שורה של התבטאויות המיוחסות לחברי-כנסת, שמהם עולה כי התכלית העיקרית של הצעת החוק היא השאיפה למנוע את המשך הפצתו של העיתון "ישראל היום". אלה באות בהמשך להצעות חוק קודמות שבהן הוצעו הגבלות שונות שנועדו להשיג תוצאה דומה. לפי התבטאויות אלה, העובדה שעיתון זה, שמופץ חינם, הצליח לצבור נתח שוק משמעותי, שהציב אותו במקום השני ברשימת התפוצה של עיתונים בישראל, פוגעת במעמדם של עיתונים אחרים, ותיקים יותר, היוצאים לאור בישראל. הטענה היא כי ההפצה של העיתון בחינם גורמת לירידה במספר הקוראים של העיתונים האחרים, ובעקבותיה ירידה גם בהכנסות מפרסום, באופן המסכן את המשך קיומם של חלק מן העיתונים הללו. עוד נטען בהתבטאויות אלה כי יש לפעול למנוע את המשך הפצתו של העיתון "ישראל היום" משום שעיתון זה מזוהה, כך הטענה, עם קו פוליטי מסוים (שעיקרו, לפי הטענה, תמיכה בראש הממשלה הנוכחי, מר בנימין נתניהו, ובעמדותיו). להערכה דומה בדבר תכלית זו של סדרת הצעות החוק הקודמות בהקשר זה ראו, למשל: חנוך מרמרי, "חוק רק לא אדלסון" **העין השביעית** (2009).

29. בהצעת החוק עצמה אין אמנם ביטוי מפורש לכך שתכליתה העיקרית היא להצר את צעדיו של העיתון "ישראל היום" דווקא, אך ניתן ללמוד על כך מתוך מכלול ההסדרים שבהצעת החוק, ה"תפורים" למידותיו של עיתון זה, ומבטיחים הימנעות מהחלתם של עיתונים אחרים היוצאים לאור בישראל כיום. בין היתר, ניתן ללמוד על כך מן ההוראות הבאות שבהצעת החוק:

- (א) ההסדר שבהצעת החוק מוגבל בתחולתו לעיתונים היוצאים לאור בישראל בתפוצה ארצית דווקא, אך לא על עיתונים היוצאים לאור בתפוצה מקומית;
- (ב) ההסדר חל, באופן שרירותי, רק על עיתונים שכוללים לפחות 30 עמודים בימי חול ו-100 עמודים בסופי שבוע;
- (ג) ההסדר המוצע אינו מוחל ביחס להפצת עיתונים באינטרנט;
- (ד) הכנסת נמנעה מלהתערב בשוק העיתונות המודפסת לכל אורך התקופה שבה נהנה עיתון אחד ממונופול בשוק זה, וההצעה לעשות כן באה דווקא כאשר ההפצה בחינם של העיתון "ישראל היום" הגבירה את התחרותיות בשוק ונגסה בנתח השוק של העיתון בעל המונופול;
- (ה) לבסוף, הקביעה שיש להחיל את ההסדר המוצע גם על עיתונים שכבר פועלים בישראל, בלא להסתפק בהחלתו מכאן ולהבא, מהווה אף היא אינדיקציה משמעותית לכך שאין מדובר כאן בהסדר שתכליתו כללית אלא בהסדר שתכליתו העיקרית היא "פרסונלית". לדיון בתפקיד החשוב של הימנעות מהחלה מיידית של הסדרים מסוג זה כדי להבטיח שלחקיקה לא תהא תכלית "פרסונלית" כאמור ראו, למשל, *Adrian Vermeule, Veil of Ignorance Rules in Constitutional Law*, 111 YALE L.J. 399, 399-426 (2001).

התוצאה היא שהשאיפה להצר את צעדיו של העיתון "ישראל היום" היא ככל הנראה התכלית העיקרית של הצעת החוק הנדונה.

30. ככל שהתכלית של הצעת החוק היא מניעת המשך הפצתו של העיתון "ישראל היום", נקל לקבוע כי אין זו "תכלית ראויה" של הסדר הפוגע בזכויות יסוד. מכוח מושכלות יסוד של משטר דמוקרטי, הכנסת אינה רשאית להשתמש בסמכות החקיקה שלה כדי לפגוע באדם מסוים או כדי להגן על האינטרסים של אדם מסוים אחר. דרישה יסודית, הנובעת מעקרון שלטון החוק, היא זו של כלליות. המשמעות של דרישה זו היא, כי הנורמות המשפטיות יבטאו עמדה עקרונית באשר לדרך ההתנהגות הראויה במצבים מסוימים ולא יתבססו על זהויותיהם של האנשים אליהן מכוונות הנורמות. דרישה זו מנוסחת לעתים כשאיפה שהכרעות חברתיות יתקבלו "מאחורי מסך של בערות" ("behind a veil of ignorance"). כאשר ההכרעות השלטוניות אינן מתקבלות "מאחורי מסך של בערות", גדל החשש מפני שימוש לרעה בסמכות השלטונית. הדרישה לכלליות חלה, באופן עקרוני, ביחס לחקיקה ראשית. עקרון שלטון החוק, במובנו המהותי, מחייב כי הנורמות הקבועות בחקיקה יהיו כלליות ("אוניברסליות") במהותן: הן אמורות לחול על קבוצה בלתי מסוימת של אנשים, המאופיינת לפי תכונות מסוימות. חקיקה "פרטית", המכוונת לאנשים מסוימים – בין אם הם נמנים במפורש בשמותיהם ובין אם מדובר בהגדרה שהיא כללית למראית עין בלבד, אך מכוונת למעשה לאנשים מסוימים – עומדת בסתירה לעקרון שלטון החוק. דוגמאות מובהקות לחקיקה בלתי ראויה בהקשר זה היא הענקת פטור מתחולה של חובה כללית לגורמים המנויים בשמם וההוראות בדבר "כספים ייחודיים" שהיו מקובלות בעבר בחוקי התקציב השנתיים.

31. חקיקה "פרסונלית" מגבירה את החשש כי החקיקה בכנסת מושפעת מאינטרסים צרים של קבוצות כוח שונות, ואינה מבטאת הערכה של חברי-הכנסת באשר להסדר הרצוי לאור שיקולים כלליים. מכאן התפיסה שהסדרים הפוגעים בזכויות יסוד ואשר יש בהם סממנים מובהקים של חקיקה "פרטית" אינם לגיטימיים. לדיון ביקורתי בחקיקה "פרסונלית" כאמור ראו, למשל, בג"ץ 1406/02 אסקין נ' מדינת ישראל (לא פורסם); וכן בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נו(6) 117, 170-171, שם ציין השופט ריבלין כי בית המשפט יחיל ביקורת שיפוטית הדוקה במיוחד על חקיקה שהיא "פרטית" מעצם טיבה. ראו גם יואב דותן, "המעמד החוקתי של זכות הקניין", משפטים כח 535, 554 (1997).

32. כפי שכבר הוזכר לעיל, בפרשת אורון, שעסקה בנושא קרוב לזה הנדון כאן, הכריז בית-המשפט על בטלותו של חוק בהתבסס על הקביעה שהתכלית ה"פרטית" שביסודו – הענקת זיכיון לשידורי רדיו לגורם מסוים – אינה יכולה להיחשב "תכלית ראויה". ההסדר הנדון כאן אמנם אינו עוסק בהענקת זיכיון, אך תוצאתו אינה רחוקה מכך. כאמור לעיל, התוצאה הנובעת מהחלתו של ההסדר הנדון היא הגנה על האינטרסים של בעלי העיתונים הוותיקים מפני התחרות שמציב בפניהם העיתון "ישראל היום". זוהי גישה העומדת בסתירה לעקרונות יסוד של הפרדת הרשויות והיא אינה לגיטימית. מטעם זה בדיוק מתחייב מעקרון הפרדת הרשויות להותיר את היישום של עקרונות כלליים שנועדו להסדיר את התחרות בשווקים בידי רשות מקצועית ובלתי תלויה כמו הרשות להגבלים עסקיים.

33. הניסיון להתערב בשוק היא חמורה במיוחד בנסיבות הנדונות כאן, שבהן הניסיון לפגוע בעיתון מסוים נובע, כך לפי טענות מסוימות, לא רק מחמת האסטרטגיה השיווקית שבה נקט עיתון זה (חלוקת העיתון בחינם), הפוגעת ברווחיהם של עיתונים אחרים, אלא מחמת הקו המערכתי המאפיין את העיתון. האפשרות שחברי-הכנסת מבקשים להתנכל לעיתון מסוים משום שהפרסומים בו מבטאים עמדה פוליטית מסוימת שלה מתנגדים חברי הכנסת היא מסוכנת מאד. יש בה ניסיון חמור לפגוע בחופש הביטוי, באופן המדגים בצורה מובהקת את הסכנה שבחקיקה "פרסונלית" מן הסוג הנדון כאן.

34. חקיקה "פרסונלית" שכזו היא פגומה משום שהיא מבטאת חריגה מסמכותה של הכנסת כמי שאמונה על קביעה של אמות-מידה כלליות ואינה רשאית לעסוק ביישום של נורמות כלליות ביחס למקרים קונקרטיים, לשם פגיעה בגורם פלוני או לשם קידום האינטרסים של אלמוני. על הכנסת להותיר את ההסדרה של אופן הפעילות העסקית בשווקים מסוימים, ושוק העיתונות בכלל זה, לרשות המבצעת, בהקשר הנוכחי לממונה על ההגבלים העסקיים. הממונה הוא גוף מעין-שיפוטי, שמחויב לפעול ללא משוא פנים, תוך הימנעות ממצב של ניגוד אינטרסים, ללא שיקולים פוליטיים. בעיקר, עליו להתבסס על מידע עובדתי מפורט באשר לנסיבות הרלוונטיות בשוק, על הערכות מקצועיות בדבר ההשלכות הצפויות של התערבות בשוק, וכדומה. הסדרה של הפעילות בשוק מסוים על-ידי הכנסת חותרת תחת מושכלות היסוד הללו של עקרון הפרדת הרשויות בחברה דמוקרטית.

35. התכלית ה"פרסונלית" היא התכלית העיקרית של ההסדר המוצע. בצדה, ניתן להניח שלהצעת החוק גם תכלית משנית (או תוצאת לוואי) והיא הגנה על שוק העיתונות בישראל. ספק רב אם זו יכולה להיחשב

תכלית ראויה להגבלת זכויות יסוד. לפי התפיסה המקובלת, כלי הביטוי העיקריים בחברה דמוקרטית בתקופה המודרנית הם אמצעי התקשורת האלקטרוניים והמודפסים. אולם, עלייתו של האינטרנט כאמצעי תקשורת מרכזי מצמצמת במידה רבה את המונופול של אמצעי התקשורת המסורתיים כ"במה ציבורית". בהינתן הפלורליזם הרב בשוק התקשורת באינטרנט, ספק רב אם ניתן להצדיק התערבות חקיקתית הכרוכה בפגיעה קשה בזכויות יסוד שתכליתה הבטחת תחרותיות בשוק העיתונות המודפסת דווקא. יתר על-כן, בידי הכנסת אין הכלים להעריך פרקטיקות עסקיות שונות, בעיקר בתנאים של שוק משתנה. אין זה מקרה שהכנסת נמנעת לקבוע בחקיקה מחירי מינימום – או איסור על הפצה בחינם – של מוצרים מסוימים כדי להתמודד עם התששש לנקיטה באסטרטגיה של "תמחור טורפני". הכנסת מסתפקת בקביעת אמות מידה כלליות בהקשר זה ומותירה את יישומן ביחס לשווקים השונים לרשות להגבלים עסקיים ולבתי-המשפט.

36. מכל הטעמים הללו, אני סבור שההסדר המוצע אינו יכול להיחשב לכזה שנועד ל"תכלית ראויה", ולפיכך, לאור הוראות פסקת ההגבלה שבחוקי-היסוד ולאור העובדה שמדובר בהסדר הפוגע בזכויות יסוד חוקתיות, אין הכנסת רשאית לחוקק הסדר שכזה.

ו. ההסדר המוצע בהצעת החוק פוגע בזכויות "במידה העולה על הנדרש" (ההסדר אינו "מידתי")

37. הדרישה הנוספת המוחלטת ביחס להסדרים הפוגעים בזכויות יסוד חוקתיות היא זו של מידתיות. ההחלה של דרישת המידתיות נעשית בהתייחס לתכלית ההסדר, המוכרת כתכלית ראויה. מובן כי מניעת הפצתו של העיתון "ישראל היום" אינה מהווה, כשהיא לעצמה, תכלית ראויה, וממילא אין צורך כלל לבחון האם ההסדר שנקבע מקיים את דרישת המידתיות ביחס לתכלית זו. הדיון המובא להלן מבוסס על ההנחה שהתכלית של ההסדר הנדון היא הבטחת השמירה על תחרותיות בשוק העיתונות המודפסת.

38. דרישת המידתיות כוללת שלושה מבחני-משנה, ועל החקיקה הפוגעת לקיים את כולם: הראשון, עניינו בחינת האפקטיביות של ההסדר הנדון בהשגת התכלית שהפגיעה נועדה להשיג; השני, עניינו בחינה האם הפגיעה נחוצה להשגת המטרה, וזאת באמצעות הערכה האם יש חלופות פוגעניות פחות שבאמצעותן ניתן היה להשיג את המטרה; והשלישי, עניינו מידתיות במובן הצר, כלומר הערכה האם התועלת החברתית המושגת בזכות הפגיעה עולה על עלותה.

עמדתי היא כי ההסדר המוצע אינו מקיים את כל שלושת מבחני המשנה הללו. לאור העובדה שדי בכך שהחקיקה אינה מקיימת אפילו אחד ממבחני המשנה כדי לשלול את תוקפה, המסקנה כי ההסדר המוצע אינו תקף היא חזקה במיוחד במקרה זה.

39. "אפקטיביות": הטלת איסור להפיץ עיתונים בתפוצה ארצית בחינם צפויה להביא דווקא לפגיעה בתחרותיות בשוק העיתונות המודפסת ולא לחיזוקה. כאמור לעיל, ניסיון העבר הקרוב, מן התקופה שקדמה לתחילת ההפצה בחינם של עיתונים יומיים, מלמד זאת היטב. בנוסף, ההסדר המוצע הוא בעל "תחולת-חסר", ולכן אינו יכול להיחשב כאמצעי רציונלי לקידום התכלית המיוחסת לו. כך, למשל, המגבלה הנדונה כאן אינה מונעת הפצה בחינם של עיתונים בתפוצה מקומית; אין היא חלה על הפצה באינטרנט; ואין היא מונעת הפצה של עיתונים במחיר סמלי שאינם חייגים אך קרוב מאד לכך.

40. כאמור לעיל, שוק התקשורת בישראל מאופיין בריכוזיות רבה שמוליכה, כך מעריכים רבים, למידה מועטה בלבד של תחרות ולמידה רבה של "תיאום אוליגופוליסטי". ריכוזיות זו היא תוצאה של הסדרה מכוונת של המדינה בתחום התקשורת המשודרת, מכוח החלת משטר של זיכיונות; והיא תוצאה של כוחות השוק בתחום התקשורת המודפסת. הבעיה היא חמורה במיוחד בתחום התקשורת המודפסת שבה אין התערבות שלטונית משמעותית ביחס לתכנים, כך שאין מובטחת עמידה באמות-מידה של סיקור הוגן, אובייקטיבי ומאוזן, אין מובטחת מכוח החוק העצמאות וחופש הפעולה של העיתונאים, ואין מובטחת הפרדה בין אינטרסים עסקיים ואחרים של בעלי העיתונים לבין תוכנו של הדיווח בעיתונותם.

41. דווקא התערבות שלטונית בתחום ההוצאה לאור של עיתונים שתקדם את התכלית הראויה של הבטחת פלורליזם היא זו שתביא להגברת התחרותיות בשוק. נחוצה מדיניות שתביא להגדלה של מספר העיתונים היוצאים לאור בישראל. אולם ההסדר המוצע צפוי להוביל להשפעה הפוכה בדיוק. מגיעת הפצה בחינם של עיתונים עשויה דווקא להחריף את הריכוזיות בשוק העיתונות המודפסת בישראל. ההסדר הנדון אינו אפקטיבי להשגת המטרה של הגברת התחרותיות בשוק העיתונות והפחתת הריכוזיות משום שאין בו כל הסדרה של הפעילות העסקית של העיתונים (למשל, הטלת הגבלות על גורם שהוא בעל מונופול בשוק) שתמנע קריסה עיתונים שתפוצתם קטנה. בעיקר אין בהסדר המוצע כל התייחסות לבעיה החמורה הנובעת מכך שמספר בעלי העיתונים הנפוצים בישראל כיום הוא קטן מאד, ולכל אחד מאלה אפשרות רבה מאד להשפיע על עיצוב דעת הקהל בישראל. ריכוזיות זו, שבה כוחות השוק מקנים לבעלי השליטה במספר כה מועט של עיתונים מעמד מרכזי בקביעת תוכנו של השיח הציבורי בישראל, היא תוצאה בעייתית שעל המחוקק לפעול לתיקונה. ההסדר המוצע כאן פועל כאמור בכיוון ההפוך. לאור כל זאת, אני סבור שההסדר המוצע אינו עומד במבחן-המשנה הראשון של דרישת המידתיות.

42. "נחיצות": מבחן המשנה השני של דרישת המידתיות בוחן האם האמצעי שנבקט הכרחי לשם השגת התכלית, כלומר האם קיימות חלופות פוגעניות-פחות ובה בעת יעילות באותה מידה להשגת התכלית. ככל שהתכלית של ההסדר המוצע היא למנוע פגיעה בתחרותיות, אינני סבור, כאמור לעיל, שיש בפני הכנסת בסיס עובדתי נאות לקביעה כי ההסדר נחוץ להשגת התכלית האמורה. אין כל יסוד לסברה כי הבטחת התחרותיות והפלורליזם בענף התקשורת בישראל מחייבת התערבות כה בוטה בחירויות היסוד של בעליהם של עיתונים המופצים בחינם, עובדי העיתונים הללו וקוראיהם. אין כל בסיס לקביעה כי בתנאי השוק הנוכחיים העיתונים שאינם מופצים חינם סופגים הפסדים בשל הפצת עיתונים אחרים בחינם, או כי המעבר להפצה בחינם של עיתונים אלה יגרום להם הפסדים. כאמור לעיל, הממצאים הקיימים מלמדים שהפצת עיתונים בחינם כלל אינה יכולה להסביר את הירידה ברווחיות של העיתונות המודפסת בתשלום. בעיקר, אין כל בסיס לסברה כי ההסדר המוצע כאן נחוץ, בהינתן הסמכויות המסורות לרשות להגבלים עסקיים להתמודד עם פרקטיקות של "תמחור טורפני" ופרקטיקות אחרות שעלולות לפגוע בתחרותיות.

43. בנוסף, ההסדר הנדון אינו עומד בדרישה שלפיה פגיעה בזכויות יסוד היא מוצדקת רק אם אין אמצעי חלופי להשגת התכלית שביסוד הפגיעה בזכויות. בהקשר הנדון, כפי שמציננים מנסחי ההצעה עצמם, יש אמצעי חלופי שכזה, והוא האמצעי המקובל במדינות רבות בעולם הדמוקרטי – סיוע שלטוני לעיתונים

מודפסים. הסיוע יכול להיעשות בדרכים שונות, למשל באמצעות הקלות במסים ישירים ועקיפים. ניתן לשקול גם הסדרים שנועדו להגביל בעלות על עיתונים של גורמים בעלי אינטרסים עסקיים אחרים, שעלולה לגרום לפגיעה ברווחיות העיתונים ממכירת מודעות פרסום. אין כל הסבר לדחייה של חלופות אלה לסיוע לענף העיתונות המודפסת, ככל שסיוע כזה אכן נחוץ, והחלה במקומן של הסדר שתוצאתו פגיעה בעוסקים מסוימים בענף, בציבור צרכני העיתונים, ברוכשי מודעות הפרסום בעיתונות ובעקיפין לכן בכלל הצרכנים במשק.

44. עוד יש לציין כי תמוהה במיוחד בהקשר זה הדרישה למחיר מינימום. כאמור, מציעי ההצעה אינם מסתפקים באיסור על הפצת העיתון בחינם, אלא מציעים לקבוע גם מנגנון יוצא-דופן, שלפיו מחיר המינימום יהיה 70% ממחירו של העיתון הזול ביותר מבין ארבעת העיתונים הנפוצים. זוהי קביעה שנחיצותה אינה ברורה. יש כאן סיוע של המחוקק – בדרך של הכתבה הנאכפת באמצעות הדין הפלילי! – לתיאום מחירים בין מתחרים. זהו הסדר שמעניק כוח לבעלים של עיתון אחד להכתיב את המחיר של עיתון אחר. הקביעה של השיעור של 70% היא שרירותית: אין בה כל התייחסות לעלויות הפקת העיתון או לגורם אחר שלפיו ניתן לקבוע מהו מחיר "הוגן". אין בהצעה גם כל התייחסות למחירי מודעות הפרסום, להבחנה בין מחירים למנויים לבין מחירים ללקוחות מזדמנים, ובעיקר היא אינה עולה בקנה אחד עם הדרישה שהגבלה על חירויות הפרט תהיה אכן נחוצה להשגת התכלית לשמה נקבעה הפגיעה בחירויות.

45. "מידתיות במובן הצר": לבסוף, מבחן-המשנה השלישי של דרישת המידתיות בוחן האם התועלת החברתית המושגת בזכות הפגיעה בזכויות היסוד עולה על העלות החברתית הנובעת מן הפגיעה. אני סבור שההסדר המוצע אינו עומד גם בדרישה זו. כאמור, התועלת הצפויה מהטלת האיסור על הפצת עיתונים בחינם היא מפקפקת למדי. אין זה ברור שתושג תועלת ממשית כלשהי מהגבלה שכזו. לעומת זאת, הנזקים שייגרמו בגינה הם ברורים ומוכחים, כפי שכבר הוסבר לעיל. האיסור יגרום לפגיעה בציבור רחב של קוראי עיתונים, שתימנע מהם האפשרות ליהנות מן האפשרות לקבל מידע ולהיחשף לעמדות שונות בזכות הפצת עיתונים חינם. האיסור עלול גם לגרום לחזרה למונופולין בשוק העיתונות, על כל ההשלכות השליליות שלו על מכלול הגורמים הפעילים בשוק התקשורת בישראל. משום כך, עמדתי היא שהתועלת שתושג מהצעת החוק הנדונה, אם בכלל תושג תועלת חברתית כלשהי, אינה מספיקה כדי להצדיק את הפגיעה בזכויות היסוד הנובעת ממנה ואת העלויות החברתיות האחרות שהיא צפויה לגרום, עקב הפגיעה בתחרותיות בשוק העיתונות הכתובה.

46. לכך יש להוסיף את הפגיעה הנובעת מהיעדר הוראות מעבר בהסדר המוצע. לפי התפיסה המקובלת בישראל, כפי שמצאה ביטוי מובהק בפרשת בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, נא(4) 367 (1997), מוטלת על המדינה החובה להתחשב התחשבות מיוחדת באינטרסים שכבר נרכשו לפני כניסתה לתוקף של מדיניות חדשה בתחום של מתן רישיונות לעיסוק בתחום מסוים. לפי הגישה הנוהגת, העובדה שיש אינטרס חברתי משמעותי המצדיק הטלת מגבלות חדשות על עוסקים בתחום מסוים אינה מספיקה כדי להצדיק את החלת המגבלות החדשות הללו גם על מי שכבר עוסקים בתחום ואינם עומדים במגבלות החדשות שנקבעו. האינטרס בדבר עידוד הסתמכות, וההכרה בדבר זכויות היסוד של האדם

בתחום חופש העיסוק וזכות הקניין, מחייבים להימנע ככל האפשר מהטלת מגבלות חדשות על מי שכבר עוסקים בענף.

47. בהקשר הנדון כאן, אינטרס ההסתמכות של הבעלים של עיתון שכבר היוצא לאור בישראל ומופץ חינם הוא עצום. ההשקעה הכרוכה בהקמת עיתון היא גדולה מאד. חיובו של הבעלים לחדול מאסטרטגית השיווק שבה בחר ואשר הביאה להצלחתו לצבור נתח נאה בשוק התקשורת עלולה לגרום לו לנזקים משמעותיים. לכך נוספת הפגיעה הקשה שתיגרם לכל עובדיו של העיתון, רבים מהם עיתונאים שעבדו קודם לכן בעיתונים אחרים בישראל. סגירת העיתון, או אפילו צמצום ניכר של פעילותו, עלולה לגרום לכך שעיתונאים אלה יימצאו ללא מקור פרנסה, לאחר שעזבו את מקום עבודתם הקודם. הן הבעלים והן העובדים רשאים היו להסתמך על הדין הנוהג ועל תפיסות יסוד נוהגות בהחליטם להקים את העיתון ולעבור לעבוד בו. שינוי למפרע של הכללים יגרום לפגיעה קשה ובלתי מוצדקת בהם.

48. משום כך אני סבור שהכנסת אינה רשאית להחיל את ההסדר המוצע על בעלי עיתונים שכבר קיבלו רישיון להוצאה לאור של עיתון בישראל ואשר מפיצים את העיתון בחינם. למעשה, הצעת החוק הנדונה כאן היא דוגמא נוספת לסכנה הרבה הכרוכה במשטר הרישוי הקיים כיום בישראל בתחום ההוצאה לאור של עיתונים. משטר הרישוי מקנה כוח לרשויות השלטון להחיל פיקוח על התכנים המתפרסמים בעיתונים ולאיים בשלילת הרישיון של עיתונים שהאמור בהם אינו לרוחם של נושאי משרות שלטוניות. הסכנה הנשקפת מכך לדמוקרטיה היא כמובן רבה ביותר. יפים לכאן דבריו של הנשיא שמגר ב- בג"ץ 6218/93 **כהן נ' לשכת עורכי הדין**, פ"ד מט(2) 529, 541, שציין כי "הגבלות נורמאטיביות חריפות על עקרון חופש הביטוי עלולות להימצא כבלתי חוקתיות. [בכלל זה] העמדת תנאי רישוי בלתי סבירים לחלוטין לצורך הוצאה לאור של אמצעי תקשורת".

לאור כל זאת, אני סבור כי ההסדר המוצע בהצעת החוק לתיקון פקודת העיתונות פוגע פגיעה בלתי מוצדקת בזכויות יסוד חוקתיות. אני סבור כי אם תתקבל הצעת החוק בית-המשפט צפוי להכריז עליה כבטלה.

בכבוד רב,
ברק מדינה

