

כבילה הפוגעת בתחרות בין הצד הנהנה ממנה למתחריו*

דיויד גילה*

תוכן עניינים

1	מבוא	1
5	מדוע בתי המשפט האזרחיים נרתעים מטענת הסדר כובל?	5
8	3. כיצד נוצרה הפרשנות החדשה של סעיף 2(א)? על יקבים, יינגים וקניונים	8
10	4. הכלל העולה מעניין יקבי רמת הגולן גורם לתוצאות אבסורדיות: ניתוח על פי ההסדרים האנכיים לסוגיהם:	10
10	4.1 הסכם רכישה בלעדית	10
13	4.2 הסכם הפצה בלעדית	13
21	4.3 הסדרים המסירים את התחרות בין מפיצי אותו מותג	21
28	4.4 הסדר לקוח מועדף	28
33	4.5 הכתבת מחירי מקסימום	33
36	5. גלגולה של לשון רשלנית: ההסטוריה החקיקתית של סעיף 2(א) לחוק	36
38	6. סיכום	38

1. מבוא

נתאר לעצמנו הסדר שבו כל רשתות השיווק התחייבו כלפי "תנובה" כי הן תרכושנה רק מוצרים של תנובה, ולא מוצרים של המחלבות האחרות, טרה ושטראוס. האם הסדר כזה עלול לפגוע בתחרות? אין צורך להיות כלכלן או מומחה להגבלים עסקיים על מנת להסיק כי התשובה חיובית. ההסדר עלול לדחוק מענפי חלב מסוימים את שטראוס ואת טרה, להנציח ולהאדיר את מעמדה הדומיננטי של תנובה בענפים מסוימים, ולהרתיע מחלבות חדשות מלהכנס לענף, שהרי ללא יכולת לשווק את המוצרים דרך רשתות השיווק, ספק אם מחלבה תוכל להפיק רווחים מספיקים על מנת להתקיים בשוק. אם כן, האם ראוי שההסדרים המתוארים שבין תנובה לרשתות השיווק יהיו הסדרים כובלים? שוב, התשובה כמובן חיובית.

אולם, בית המשפט המחוזי בעניין ת"א (ת"א) 2011/02 יקבי רמת הגולן נ' שטרן¹, באימוץ לקוני מצד בית המשפט העליון,² קבע הלכה לפיה הסדרים מעין אלה לא יהיו הסדרים

* עתיד להתפרסם בעיוני משפט, כרך כ"ח, 2004.

¹ מרצה הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל אביב. gilod@post.tau.ac.il

² (לא פורסם), תקדין (2003/8), תקדין מחוזי 2002(3) 3379 (להלן: עניין יקבי רמת הגולן).

³ ע"א 10638/02 שטרן נ' יקבי רמת הגולן (טרם פורסם), דינים ועוד (39), הלכות 07/03, דינים עליון סד 3.

כובלים לפי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988.³ כל כך למה? בגלל לשונו המצער מעט של סעיף 2(א) לחוק ההגבלים, שעולה ממנה, לכאורה, שעל מנת שהסדר (שאיננו בין מתחרים) יהיה כובל, צריך שהפגיעה המסתברת שלו בתחרות תהא בין הצד שהגביל עצמו לבין מתחריו.⁴ בדוגמת תנובה ורשתות השיווק לעיל, הצד שהגביל עצמו הוא רשת השיווק. אולם, למרבה הצער, הפגיעה בתחרות היא, כפי שהודגם לעיל, בענפים של תנובה, הצד שנהנה מן התנייה.

עד פסיקת בית המשפט בעניין יקבי רמת הגולן, חיו דיני ההגבלים הישראליים "בשלום" עם הלשון המעט רשלנית של סעיף 2(א) לחוק, והשכילו להתעלם מן הכשל הלשוני הנזכר. הסדרים כגון הדוגמא של תנובה ורשתות השיווק דלעיל נפסקו, כמעט כעניין מובן מאליו, כהסדרים כובלים לפי סעיף 2(א).⁵ כך, למשל, בית הדין להגבלים עסקיים בעניין דלק התייחס לטענה של חברת "דלק" כי לאור לשונו האמורה של סעיף 2(א) "זירת התחרות הרלוונטית, במסגרתה יש לבחון את הפגיעה בתחרות הכרוכה בהסדרי [בלעדיות בהן תחנות הדלק הן שהגבילו עצמן להעניק בלעדיות לחברת הדלק] היא זירת התחרות בין תחנות הדלק, ולא זירת התחרות שבין חברות הדלק."⁶ בית הדין, מפיו של השופט יהונתן עדיאל, קבע כי טענה זו של חברת "דלק":

"...אינה עולה בקנה אחד עם תכלית החקיקה. הגדרת ההסדר הכובל על-פי החוק אמנם איננה דורשת שכל הצדדים להסדר יגבילו עצמם בתחרות והיא מסתפקת בכך שצד אחד בלבד מבין הצדדים להסדר ייטול על עצמו מגבלה כזאת. אולם, צמצום זה של יסודות

³ ס"ח 1258, 128 (להלן: חוק ההגבלים).

⁴ סעיף 2(א) לחוק קובע כי הסדר כובל הוא: "הסדר בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר." [ההדגשות שלי – ד' ג'].

⁵ ראו, למשל, דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' מ"י, פ"ד נו(1) 56, פסקה 38 לפסק דינו של השופט חשין; הי"ע 469/98 דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' תחנות דלק באר יעקב (2001, הגבלים עסקיים); 3010588 (להלן: "עניין דלק"), פסקה 62; החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים [להלן: הממונה] בעניין הסדר כובל בהסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעלי תחנות תדלוק, קביעה לפי סעיף 43 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988, ההגבלים העסקיים-החלטות הממונה ופסקי דין (הוצאת ועד מחוז תל אביב, תשנ"ה) כרך א, 19 (להלן: עניין תחנות התדלוק) (שם נידונו הסדרים בהם תחנות התדלוק התחייבו כלפי חברות הדלק פז דלק וסונול כי ירכשו רק מהן למשך תקופות ארוכות.), קמח כשר לפסח התשנ"ד-הסדר כובל בהתקשרויות לאספקה ורכישה (ההגבלים העסקיים-החלטות הממונה ופסקי דין, הוצאת ועד מחוז תל אביב, כרך א', פסקה IV.4; פסק הדין של בית המשפט המחוזי בעניין א 1000/95 פז חברת נפט בע"מ נ' עמוס, פסקה 26 לפסק הדין; המ' 1135/96 פז חברת נפט בע"מ נ' תחנות דלק סביון בע"מ, פסקה ה לפסק הדין.

⁶ עניין דלק, שם, פסקה 61.

ההגדרה נועד להרחיב את תחולתה של ההגדרה ולהחילה גם על הסדרים שבהם רק צד אחד להסדר נוטל על עצמו מגבלה בתחרות. שיטתה הפרשנית של המבקשת עושה בהגדרה שימוש הפוך, שכן היא מבקשת לנצל את צמצום יסודות ההגדרה, צמצום אשר נועד להרחיב את תחולתה, כדי לצמצם את שיקוליו של בית הדין בבואו לבחון את אישור ההסדר.

השפעתה של מגבלה שנטל על עצמו צד להסדר אנכי תבטא תמיד בתחרות בינו לבין אחרים שאינם צדדים להסדר. שהרי זה טיבו של הסדר אנכי [בין ספק ללקוח-ד'ג'], שהצדדים להסדר נמצאים בחוליות שונות בשרשרת הייצור והם אינם מתחרים זה בזה. ואולם פן נוסף של אותה מגבלה בא לידי ביטוי ביתרון הצומח ממגבלה זו לצד האחר להסדר – שלא נטל על עצמו מגבלה – בתחרות בינו לבין אחרים שאינם צדדים להסדר הכובל. למשל, הסדר כובל שבו מבטיח לעצמו הספק (שלא נטל על עצמו מגבלה על-פי ההסדר) בלעדיות על צינורות השיווק, עשוי לפגוע בתחרות בין אותו ספק לבין ספקים אחרים. חשש זה, הנוגע להשפעתו האופקית של ההסדר על מתחריו של הספק, הקושר אליו בהסכמים בלעדיים את המפיצים וחוסם את הגישה למפיצים אלה בפני ספקים אחרים, הוא החשש העיקרי הכרוך בהסדרי בלעדיות ... פרשנותה של המבקשת מתעלמת מהשלכותיו של ההסדר הכובל על התחרות בין הצדדים שלא הגבילו עצמם על-פי ההסדר לבין אחרים ומהשלכות האופקיות של הסדרים כובלים אנכיים על השווקים שבהם פעילים צדדים אלה. הוצאתה של פגיעה מרכזית זו הכרוכה בהסדרים כובלים אנכיים מגדר שיקוליו של בית הדין בדונו בבקשה לאישור ההסדר, הנה בלתי סבירה ונוגדת בעליל את תכלית החקיקה, המחייבת התחשבות במלוא השפעותיו של ההסדר הכובל על טובת הציבור.⁷

אולם, לאחרונה, נראה לי שבתי המשפט האזרחיים נרתעים מטענה של צד להסכם כי ההסכם הוא כובל, ועל כן הם מחפשים דרכים, ולו מלאכותיות ולא תכליתיות, להצר את תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים. ההחלטה בעניין יקבי רמת הגולן, והחלטות דומות לה,⁸ הן סימפטום לתופעה זו.

⁷ שם, פסקה 62. למרות שההליך נשוא פסק הדין בעניין דלק לא נסב על עצב השאלה אם ההסדר שם הוא כובל ונגע רק לאישורו של ההסדר הכובל על ידי בית הדין להגבלים עסקיים, ברור מצטטה זו כי לדעת בית הדין יש לפרש את סעיף 2(א) לחוק באופן תכליתי, תוך התעלמות מן הכשל הלשוני האמור.

⁸ ראו גם את ההחלטה של בית המשפט המחוזי בעניין ת"א (ת"א) 1160/03 שיקובטה סירו נ' לב אשדוד בע"מ (טרם פורסם), דינים ועוד (39), הלכות 07/03, דינים מחוזי לג(8) 1 (להלן: עניין לב אשדוד) (המיישם פרשנות דומה לזו של

במאמר זה אני מראה כיצד מבחינת תכלית החוק לא ייתכן שהמחוקק התכוון לפרשנות העולה מעניין יקבי רמת הגולן. זאת על ידי השוואת השפעתם על התחרות של סוגים שונים של הסדרים בין ספק ללקוח ("הסדרים אנכיים"). בפרט, אני מראה כיצד מכל ההסדרים האנכיים, הפגיעה בתחרות היא החדה והברורה ביותר דווקא בהסדרי רכישה בלעדית, כגון הדוגמא לעיל שבה רשתות השיווק מתחייבות לבלעדיות כלפי תנובה, ודווקא הסדרים מעין אלה אינם כובלים לפי סעיף 2(א) על פי הפרשנות ביקבי רמת הגולן. זאת לעומת, למשל, הסדרים המסירים את התחרות בין המפיצים של אותו ספק, כגון חלוקת מפיצים של ספק מסוים לטריטוריות בלעדיות, שפגיעתם בתחרות הרבה פחות ודאית, ושנויה במחלוקת רבה, כאשר דווקא הסדרים מסוג זה נכנסים בקלות להגדרת הסדר כובל לפי סעיף 2(א) אליבא דבית המשפט ביקבי רמת הגולן.

אני מראה גם כיצד הסדר הפצה בלעדית, שבו ספק של תשומה או של מוצר מתחייב כלפי לקוחו כי יספק רק לו, דווקא כן עשוי להיות כובל לפי סעיף 2(א), אפילו לשיטת בית המשפט ביקבי רמת הגולן. בהתאם, אני מראה כי ההכרעות בעניין יקבי רמת הגולן⁹ ובעניין לב אשדוד¹⁰ שיצרו את הפרשנות הנידונה, הן מוטעות אפילו לשיטתן הן, שהרי פרשות אלה דנות בבעל קניין המתחייב שלא להשכיר לחנות מתחרה, או ביועץ מקצועי המתחייב שלא ליעץ לחברה מתחרה. אני מראה שמבחינת הניתוח הכלכלי של ההסדרים בפרשות אלה, הם דומים להסדרי הפצה בלעדית. כפי שאנו מראים, דרך הניתוח הכלכלי של הכתבת מחירי מקסימום למפיצים על ידי הספק ושל "הסדר לקוח מועדף", שבו הספק מתחייב כלפי מפיציו שכל הטבה שיקבל אחד מהם יקבלו גם האחרים, גדלה האנומליה שבגישת בית המשפט ביקבי רמת הגולן. זאת משום שהסדרי הכתבת מחירי מקסימום והסדרי לקוח מועדף, לאור הניתוח הכלכלי שלהם, כן עלולים, במקרים מסוימים, לפגוע בתחרות בין הצד שכבל עצמו למתחריו, ועל כן להוות הסדר כובל לגישת בית המשפט ביקבי רמת הגולן. מנגד, שוב, הפגיעה בתחרות הרבה פחות ודאית והרבה פחות מובנת מאליה בהסדרים אלה מאשר בהסדרי רכישה בלעדית.

עניין יקבי רמת הגולן), שתידון להלן בפסקה 3, ואת החלטת בית המשפט העליון בעניין ע"א 3700/98 א.מ. חניות (ירושלים) 1993 בע"מ נ' עיריית ירושלים פ"ד נו(2) 590 (להלן: עניין א.מ. חניות). מעניין א.מ. חניות עולה גישה המחילה בקלות רבה מדי את פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך, גם כשמדובר בכבילות מן הסוגים החמורים ביותר. על כך ראו בהרחבה ד' גילה "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוקיים? הגיעה השעה לחצוץ בין הסדרים אופקיים לאנכיים" עיוני משפט כ"ז, 751 [להלן: גילה, סכר ההסדרים הכובלים].

⁹ לעיל הערה 2.

¹⁰ לעיל הערה 8.

לבסוף, אני מנתח את ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 2(א) לחוק ההגבלים, כפי שהוא מנוסח היום, ומגלה כי המחוקק ביטא באופן ברור את כוונתו כי סעיף 2(א) לחוק יכתים כהסדר כובל כל הסדר שעלול לפגוע בתחרות בענף כלשהו, בין אם הוא הענף של הצד שכבל עצמו ובין אם הוא הענף של הצד שנהנה מן הכבילה.

2. מדוע בתי המשפט האזרחיים נרתעים מטענת הסדר כובל?

מתקבל על ידי הרושם שחלק מבתי המשפט האזרחיים נרתעים מטענה של צד להסכם כי ההסכם הוא הסדר כובל? נראה לי כי תופעה זו מונעת משתי סיבות עיקריות.

הסיבה האחת היא שקיימת אסכולה של שופטים שאינם רואים בעין יפה ניסיון של צד אחד לחוזה להתנער מהתחייבותו בטענה כי ההתחייבות מהווה הסדר כובל בלתי חוקי ובטל. אסכולה זו רואה בניסיון התנערות זה התנהגות חסרת תום לב.¹¹ נראה כי גם בית המשפט העליון בעניין יקבי רמת הגולן הושפע, בין היתר, מאסכולה זו, כאשר אימץ, בפסק דין של מספר שורות, את הפרשנות האמורה של בית המשפט המחוזי לסעיף 2(א) לחוק. כדברי בית המשפט העליון:

"[מדובר ב]מי שנטל על עצמו התחייבות חוזית מפורשת, שקיבל בגינה תמורה כספית מלאה, ועתה מבקש הוא להשתחרר מהתחייבותו".

עם כל הכבוד, הדין הישראלי הכריע כנגד אסכולה זו. בדיון הנוסף בעניין דנ"א 4465/98 **טבעול (1993) בע"מ נ' מ"י**,¹² בהרכב של שבעה שופטים, וברוב של חמישה, כנגד דעת המיעוט מפי השופט טירקל, אינטרס הציבור בתחרות הוכרע כגובר. בלשונו המאלפת של השופט חשין:

"אני מתקשה להבין כיצד לא נשמע לטענת האי-חוקיות, והרי כמורדים במלכות נחשב משגזר המחוקק על הסכם פלוני כי הסכם בלתי-חוקי הוא, כיצד זה שנתעלם מדברו כמו-לא-היה? והרי אם נעבור על פני החוק ולא נשגיח בו, בעצם מחדלנו זה נרוקן את החוק מתוכו. ... נזכור-נא, אל-נשכח, כי אותם שניים שאנו מתבקשים להכריע בעניינם, קשרו קשר ביניהם להפקיע לטובתם-שלהם נכסים מנכסיו של הכלל, לשלול שלל מיחידי הכלל. ... תחרות חופשית משקפת גם "ערכים מוסריים"; ולדעתי, ערכים אלה אין מישקלם קל ממישקל ערכו של החיוב המוסרי לקיים התחייבויות."¹³

¹¹ ראו, למשל, את דעת המיעוט של השופט טירקל בע"א 6222/97 **טבעול (1933) בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(3) 145, ואת דעת הרוב בעניין רע"א 2059/98 **וולטה יצוב קרקע בע"מ נ' P.R.S. מדיטרונין בע"מ**, פ"ד נב(4) 721.

¹² פ"ד נו(1) 56 (להלן: עניין דנ"א **טבעול**).

¹³ **שם**, פסקאות 54, 55, 56.

הווה אומר, אם הסדר עלול לפגוע, באופן לא זניח, בתחרות בענף מסוים, רצונו של הציבור כולו, ושל המחוקק, הוא שהסדר זה לא יצא אל הפועל.¹⁴ העובדה שצד לחוזה אוכף את רצונו של הציבור ושל המחוקק, על ידי סטייה מן ההסדר האנטי-תחרותי, מבורכת. דווקא בהקשר של הגבלים עסקיים דברים אלה מקבלים משנה תוקף, שהרי בהסדרים הפוגעים בתחרות קיימת נטייה טבעית לכל צד לנסות לסטות מן ההסדרים על מנת לקדם את התחרות ואת האינטרסים של אותו הצד בטווח הקצר. על המשפט דווקא לעודד זאת, למען הציבור כולו. כך הוא, למשל, בהסדר לתיאום מחירים בין מתחרים, שהרי בהנחה ששאר המתחרים מתאמים מחירים, קיימת לעתים נטייה לכל מתחרה בודד לסטות מן המחיר הקרטליסטי ולחטוף נתחי שוק למתחריו. אכן, זוהי הפרה אופורטוניסטית של הסדר, אך ההסדר בלתי חוקי הוא והסטייה לטובת הציבור היא. כך גם בהסדרים אנכיים – בין ספק ללקוח. נביט, למשל, על הדוגמא שהובאה במבוא, שבה רשתות השיווק עשו הסדרים עם תנובה לפיהם הן לא תשווקנה תוצרת של מתחרי תנובה. בהינתן ההסדר, יתכן שרשתות השיווק ירצו לסטות ממנו, על מנת להגדיל את מגוון המוצרים שהן משווקות, ולרכוש גם מטרה ומשטראוס, או ממחלבות חדשות שנכנסו לשוק, לעתים במחירים סיטונאיים מוזלים, המשרתים את האינטרס לטווח הקצר של הרשתות. מנקודת הראות של רשת השיווק, זוהי סטייה אופורטוניסטית מן ההסדר, אך ההסדר בלתי חוקי הוא והסטייה היא לטובת הציבור. היא עוזרת לרשויות האכיפה הציבוריות לאכוף את אינטרס הציבור בתחרות. המטרה היא שתנובה לא תדרוש בלעדיות כזו מלכתחילה, בידעה, בעזרת יועציה המשפטיים, כי מדובר בהסדר כובל. אולם, יש חשש כבד שלא נשיג מטרה זו אם בתי המשפט יאכפו הסדרים כאלה לטובת תנובה, ויחשיבו את התנערות רשתות השיווק מן ההסדר כהפרת חוזה או כחוסר תום לב.

הסיבה השנייה להחלטות כגון ההחלטה ביקבי רמת הגולן היא שהפסיקה הרחיבה יתר על המידה, במהלך השנים, את ההגדרה של הסדר כובל, עד כי נכללו בהגדרה זו הסדרים רבים שכלל אין בהם כדי לפגוע פגיעה של ממש בתחרות. כך, סעיף 2(א) לחוק ההגבלים, הדורש, לכאורה, פגיעה מסתברת בתחרות על מנת שהסדרים יהיו הסדרים כובלים על פיו, הוחל על כל

¹⁴ כמובן, לעתים שיקולים חברתיים מצדיקים פגיעה בתחרות בהקשר מסוים. המחוקק בחר לטפל בעניין זה באופן הבא: בחוק ההגבלים העסקיים קיים מנגנון שבו בית הדין להגבלים עסקיים יכול להכשיר מראש הסדרים, שלמרות פגיעתם בתחרות, טומנים בחובם יתרונות חברתיים המצדיקים אותם. ראו סעיפים 9-10 לחוק ההגבלים. בנוסף, הממונה מוסמך לתת פטור, בתנאים מסוימים, להסדרים שפגיעתם בתחרות קטנה, ומוסמך, בתנאים מסוימים, להוציא פטורים לסוגים של הסדרים מעין אלה (ראו סעיפים 14, 15 לחוק ההגבלים).

שיתוף פעולה בין מתחרים, בלי קשר למעמדם בשוק או למבנה השוק הרלבנטי.¹⁵ בנוסף, סעיף 2 (ב) לחוק, הכולל רשימה של כבילות שתיראנה כהסדר כובל בלי קשר לפגיעתן בתחרות,¹⁶ הוחל גם על הסדרים אנכיים, בין ספק ללקוח, כגון הסדרי בלעדיות והסדרי הכתבת מחירים, וזאת שוב בלי קשר למעמד הצדדים בשווקים הרלבנטיים או למבנה שווקים אלה.¹⁷

אני מסכים לחלוטין כי אלה הן הרחבות לא רצויות של הגדרת הסדר כובל. אולם, המזור להרחבה יתרה זו איננו בפרשנות לא תכליתית של סעיף 2(א) לחוק, כמו הפרשנות שנקטה בעניין יקבי רמת הגולן. פרשנות מעין זו עלולה לגרום להסדרים דוגמת הסדר הבלעדיות בין רשתות השיווק לתנובה, בדוגמא לעיל, להיות כשרים לפי סעיף 2(א) לחוק, ואין ספק כי זוהי תוצאה לא ראויה. הדרך להתגבר על ההרחבה היתרה של הגדרת ההסדר הכובל היא לטפל בבעיה מן השורש, לאמור: הסדר כובל לפי סעיף 2(א) לחוק הוא אך ורק הסדר שעלול לפגוע באופן לא זניח בתחרות בענף רלבנטי כלשהו, כלומר, לאור ניתוח כלכלי אמיתי של מבנה השוק, מעמד הצדדים בשוק, והשפעת ההסדר על התחרות בשוק זה. בנוסף, רשימת הכבילות של סעיף 2(ב), שיראו אותן כהסדרים כובלים אוטומטית, בלי צורך לבצע בדיקה כלכלית של הפגיעה בתחרות, צריכה להתפרש כחלה רק על ההסדרים האופקיים – בין מתחרים – החמורים ביותר: תיאום מחירים, רווחים או כמויות בין מתחרים, חלוקת השוק בין מתחרים או מתחרים פוטנציאליים, ותיאום סוג המוצר או איכותו בין מתחרים. זאת משום שהפגיעה בתחרות בכבילות חמורות מעין אלה כמעט מובנת מאליה, ולא קיימות מוטיבציות רבות לכבילות כאלה זולת רצון הצדדים להפחית

¹⁵ ראו גילה, סכר ההסדרים הכובלים, לעיל הערה 8, פסקה ג'1..

¹⁶ כפי שנקבע בעניין דני"א טבעול, לעיל הערה 12. על פי סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים יש לראות כהסדר כובל כבילה לגבי:

"(1) המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם;

(2) הריווח שיופק;

(3) חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו;

(4) כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם."

¹⁷ הווה אומר, סעיף 2(ב) פורש כחל גם על הסדרים אנכיים, לאור העובדה שלשון הסעיף איננה מבחינה במפורש בין הסדרים אופקיים לאנכיים, וזאת, לדעתי, בהתעלם מתכלית החוק והפרשנות הראויה. לבקורת על הפרשנות המסורתית הזו של סעיף 2(ב) ראו בהרחבה, גילה, סכר ההסדרים הכובלים, לעיל הערה 8. נראה כי אחת מן הסיבות לפרשנות הגדרת ההסדר הכובל כמי שאינה מצריכה בדיקה כלכלית של הפגיעה בתחרות היא החשש של בתי המשפט האזרחיים מביצוע ניתוח כלכלי. ראו, למשל, פסקה 12 לפסק דינה של השופטת נאור בעניין רע"א 6233/02 **אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשיה, שיווק אלומיניום זכוכית ופרזל בע"מ**, טרם פורסם. לאמיתו של דבר, גם הנטייה של הלכות כגון הלכת יקבי רמת הגולן להכשיר הסדרים אוטומטית כמי שאינם כובלים, וזאת בלי קשר לפגיעה בתחרות, גם היא עקבית אם החשש האמור של בתי המשפט האזרחיים. מכל מקום, כפי שאני אראה ברשימה נפרדת, חשש זה של בתי המשפט האזרחיים מניתוח כלכלי במסגרת דיני ההסדרים הכובלים איננו מבוסס.

את התחרות.¹⁸ לעומת זאת, אין להחיל את סעיף 2(ב) לחוק על הסדרים אנכיים, בין ספק ללקוח. זאת משום שהסדרים אלה פגיעתם בתחרות הרבה פחות מובנת מאליה, וקיימות מוטיבציות רבות, תמימות, שעשויות להניע את הצדדים להגיע להסדרים אנכיים.¹⁹

3. כיצד נוצרה הפרשנות החדשה של סעיף 2(א)? על יקבים, ייננים וקניונים

בעניין יקבי רמת הגולן נידונה התחייבות של יינן שהוא מומחה בקנה מידה עולמי, שטרן, העוסק במתן ייעוץ ליקבים שונים ברחבי העולם בתחום ייצור יינות ופועל במסגרת תאגיד בבעלותו, כלפי יקבי רמת הגולן, שלא יתקשר עם פירמה מתחרה במשך שנתיים מתום ההתקשרות. כאשר נודע לשטרן כי יקבי רמת הגולן מתכוונת לשלם לו בחידוש החוזה עמו סכום נמוך בהרבה מזה שנהנה ממנו לפניכן, החליט לסיים את קשריו עם יקבי רמת הגולן ולהעניק את שירותי הייעוץ שלו למתחרה הדומיננטית של יקבי רמת הגולן, כרמל מזרחי. יקבי רמת הגולן הגישה תביעה למתן צו מניעה האוכף את התחייבותו האמורה של שטרן שלא לתת ייעוץ לעסק מתחרה במשך שנתיים מתום ההתקשרות. שטרן וכרמל מזרחי, מצדם, טענו, בין היתר, כי התנייה איננה מחייבת, משום שהיא מהווה הסדר כובל הן לפי סעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים²⁰ והן לפי סעיף 2(א) לחוק. בית המשפט המחוזי, באישור לקוני של בית המשפט העליון,²¹ מתעלמים מן הטענה כי מדובר בהסדר כובל לפי סעיף 2(ב)(3) ודנים רק בטענה לפיה מדובר בהסדר כובל לפי סעיף 2(א). בעניין זה הם קובעים כי לא מדובר בהסדר כובל לפי סעיף 2(א), שהרי סעיף זה, על פי לשונו,²² מגדיר ככובל רק

¹⁸ קיימים מקרים ספציפיים, כמובן, בהם למרות שהכבילה נצפית ככבילה חמורה בין מתחרים, להסדר מוטיבציות לגיטימיות והפגיעה בתחרות קטנה היא. או אז יכולים הצדדים להגיש את ההסדר מראש לממונה על ההגבלים העסקיים לקבלת פטור על פי סעיף 14 לחוק ההגבלים.

¹⁹ להרחבה לגבי גישה זו ראו גילה, סכר ההסדרים הכובלים, **לעיל** הערה 8. גישה זו לגבי אי תחולת סעיף 2(ב) לחוק על הסדרים אנכיים אומצה, בדעת יחיד, על ידי השופט טירקל בעניין אקסטל, **לעיל** הערה 17, כנגד דעת יחיד חולקת של השופטת נאור. ראו דיון על כך בפסקה 6 להלן. כמובן, הוראות חקיקתיות מפורשות המדגישות "ברחל בתך הקטנה" את האבחנות שאנו מציעים עתה ליישם דרך פרשנות של החוק הקיים תוכלנה להבהיר אבחנות אלה במקום בתי המשפט. עם זאת, לדעתנו, גם ללא שינויים חקיקתיים, האבחנות בהחלט ראויות וברורות יישום על דרך הפרשנות התכליתית של החוק הקיים. יפים לעניין זה דבריו של פרופסור מנחם מאוטנר לפיהם "זה מכבר הוכר כי החקיקה מבטאת תפישה של 'חלוקת עבודה' בין המחוקק ובין השופט לפיה בתי המשפט צריכים להיות מעורבים באורח אינטנסיבי ביצירתן של נורמות הדין האזרחי." (ראו מ' מאוטנר "כללים וסטונדרטים בחקיקה האזרחית החדשה - לשאלת תורת המשפט של החקיקה" משפטים י"ז, 321).

²⁰ ראו את ציטוט סעיף 2(ב) לחוק **לעיל** הערה 16.

²¹ **לעיל** הערה 2.

²² **לעיל** הערה 4.

הסדר העלול לפגוע בתחרות בין הצד שכבל את עצמו לבין מתחריו. לעומת זאת, אליבא דבית המשפט, הפגיעה בתחרות בפרשה זו היא בין יקבי רמת הגולן, הצד הנהנה מן התנייה, לבין מתחרהו, כרמל מזרחי. כיון שלדעת בית המשפט הפגיעה בתחרות היא לא בין שטרן, היינן, הצד שכבל עצמו, למתחריו, הרי שאין מדובר בהסדר כובל לפי סעיף 2(א).²³

פרשנות זו של סעיף 2(א) לחוק, שנוצרה על ידי השופט זפט בעניין יקבי רמת הגולן, יושמה על ידו גם בעניין לב אשדוד.²⁴ פסק דין מחוזי זה דן במקרה הנפוץ למדי בו בעל קניון מתחייב כלפי שוכר של חנות שלא להשכיר לחנות מתחרה. בעל הקניון טען, בין היתר, כי התחייבות זו איננה מחייבת, באשר היא מהווה הסדר כובל.²⁵ אכן, כשנתיים לפני כן, השופט זפט עצמו קבע בפסק הדין המחוזי בעניין סופר פארם²⁶ כי התחייבות של בעל קניון כלפי סופר פארם כי לא ישכיר לבית מרקחת מתחרה מהווה הסדר כובל לפי סעיף 2(א). כפי שציין השופט זפט:

"האיסור על פתיחת בית מרקחת מתחרה נועד למנוע מכל החפץ בכך להתחרות בעיסקה [של סופרפארם] על ידי פתיחת בית מרקחת מתחרה בתוך תחומי הקניות. בכך מתקיימת

בענייננו הגדרת המונח הסדר כובל על פי סעיף 2(א) סיפא לחוק"²⁷

עם זאת, בעניין לב אשדוד, המאוחר יותר מעניין סופרפארם, חזר בו השופט מגישתו זו, ואימץ פרשנות זהה לזו שיישם השופט (כשנה וחצי לאחר מכן) בעניין יקבי רמת הגולן: התחייבות בעל הקניון כלפי שוכר כי לא ישכיר לחנות מתחרה איננה בגדר הסדר כובל לפי סעיף 2(א) לחוק, משום שהפגיעה המסתברת בתחרות היא בין השוכר לבין מתחריו, ואילו הצד שהגביל עצמו הוא בעל הקניון.²⁸

²³ אנו נראה להלן בפסקה 4.2 שההכרעה בעניין יקבי רמת הגולן שגויה גם על פי פרשנותה היא. זאת משום שהתחייבות של יינן כלפי יקב כי לא יספק שירותיו ליקבים מתחרים כן עלולה, במקרים מסוימים, לפגוע בתחרות בין היינן לבין מתחריו בתחום הייננות. על כן ההתחייבות של היינן עשויה להיות הסדר כובל גם לפי השיטה הפרשנית של בית המשפט ביקבי רמת הגולן.

²⁴ לעיל הערה 8.

²⁵ לא קיימת מחלוקת בפסיקה כי הסייג שקבוע בסעיף 3(3) לחוק ההגבלים, הקובע כי לא יהווה הסדר כובל הסדר בין בעל מקרקעין לבין מקבל זכות שימוש במקרקעין המגביל את סוג הנכסים או השירותים בהם יעסוק רוכש הזכות, איננו חל על התחייבות של בעל קניון כלפי שוכר כי לא ישכיר לחנות מתחרה. ראו עניין לב אשדוד, לעיל הערה 8, בע' 5, ועניין ת"א (ת"א) 1724/01 סופר פארם (ישראל) בע"מ נ' חברת קניון אדומים בע"מ (טרם פורסם), הגבלים עסקיים 3011071.

²⁶ ש.ם.

²⁷ ש.ם, בע' 2.

²⁸ ראו עניין לב אשדוד, לעיל הערה 8, ע' 4 לפסק הדין. גם בעניין זה שוגה, לדעתנו, בית המשפט גם לפי השיטה הפרשנית שלו עצמו. כפי שנראה להלן בפסקה 4.2, בנסיבות מסוימות, שטעונות בדיקה על ידי בית המשפט, התחייבות של בעל קניון כלפי שוכר כי לא ישכיר לחנות מתחרה עלולה לפגוע גם בתחרות בין בעל הקניון לבין בעלי

אולם, ניתוח כלכלי ותכליתי של הסדרים אנכיים – בין ספק ללקוח, מראה כי פרשנות זו של פסקי הדין בעניין יקבי רמת הגולן ולב אשדוד מובילה לתוצאות אבסורדיות. בפסקאות הבאות נבהיר אבסורד זה כפי שהוא עולה בהקשר של ההסדרים האנכיים לסוגיהם.

4. הכלל העולה מעניין יקבי רמת הגולן גורם לתוצאות אבסורדיות: ניתוח על פי ההסדרים האנכיים

לסוגיהם:

4.1 הסכם רכישה בלעדית

הסכם רכישה בלעדית הוא הסדר שבו לקוח, כגון מפיץ הרוכש מוצר לצורך מכירתו הלאה, או פירמה הרוכשת תשומה לצורך עסקיה, מתחייב לרכוש מוצר או שירות, לתקופה מסוימת, אך ורק מספק מסוים, ולא מן הספקים המתחרים. המקרה ההיפוטי שהוזכר במבוא, שבו רשתות השיווק התחייבו כי ירכשו רק מתנובה, מהווה דוגמא להסדר רכישה בלעדית. החשש העיקרי לפגיעה בתחרות בהסדר זה הוא כי הדבר יימנע כניסת ספקים חדשים לשוק, או שיצמצם את הפעילות של ספקים מתחרים ואולי אף יביא לסילוקם מהשוק. פגיעה מסתברת זו בתחרות בהסכמי רכישה בלעדית התבטאה בצורה חדה בעניין תחנות התדלוק.²⁹ בפרשה זו היו רוב תחנות הדלק כבולות בהסדרי רכישה בלעדית לטווחים ארוכים, של כ-40-50 שנה, עם שלוש חברות הדלק הוותיקות פז, דלק וסונול. כפי שקבע הממונה, הסדרי בלעדיות אלה היוו חסם לכניסת חברות דלק חדשות, כגון אלון ודור אנרגיה, לשוק. חברת דלק זקוקה לערוץ ההפצה של תחנות התדלוק על מנת להתקיים באופן רווחי בשוק. יתרה מזו, נקבע כי קשה ביותר לחברה חדשה בתחום הדלק להקים תחנות דלק חדשות בעצמה, משום שהדבר כרוך בעלויות נכבדות וקשיים מנהלים, המרתיעים כשלעצמם כניסה חדשה לשוק. על כן כבילה של תחנות רבות בהסדרי בלעדיות ארוכי טווח יכולה להכביד ואולי אף למנוע כניסת ספקים חדשים לשוק הדלק. גם במשפט המשווה התעוררו חששות דומים כשהיה מדובר בהסדרי רכישה בלעדית שהיה בהם כדי לחסום חלק ניכר מן הלקוחות בשוק בפני ספקים המתחרים בספק הנהנה מן הכבילה.³⁰

מקרקעין סמוכים על ליבם של שוכרים פוטנציאליים בשוק הרלבנטי. בהתאם, ההתחייבות עשויה להיות הסדר כובל גם לפי השיטה הפרשנית של בית המשפט בעניין יקבי רמת הגולן ולב אשדוד.

²⁹ לעיל הערה 5.

³⁰ ראו, למשל, *Standard Oil Company of California Et Al. v. United States*, 337 U.S. 293 (1949) (שם בית המשפט העליון האמריקאי גינה כהסדר כובל אסור הסדרי רכישה בלעדית בין חברות דלק למפעילי תחנות תדלוק שחשמו 16% מתחנות הדלק לספקים מתחרים). ובקהילייה האירופית, ראו:

מנגד, על פי פרשנות בית המשפט בעניין יקבי רמת הגולן, הסדר רכישה בלעדית אף פעם לא יוכל להיות כובל לפי סעיף 2(א). זאת משום שהפגיעה של הסדר רכישה בלעדית בתחרות היא תמיד בין הספק, הצד שנהנה מן הכבילה, למתחריו, ולא בין הלקוח, שכבל עצמו, לבין מתחריו. האם יתכן שהמחוקק התכוון, כפי שעולה מפרשנות בית המשפט בעניין יקבי רמת הגולן, שסעיף 2(א) לחוק, האמור להגדיר מהו הסדר כובל על פי פגיעתו המסתברת בתחרות, יעמוד חסר אונים מול שרשרת הסדרים כגון זו של עניין תחנות התדלוק או זו שבדוגמת תנובה ורשתות השיווק לעיל? האם יתכן שסעיף 2(א) יימנע מלחול על הסדרי רכישה בלעדית, בלי קשר לפגיעת אלה בתחרות במקרים קונקרטיים, באופן שאין לו אח ורע בדיני ההגבלים בארה"ב ובקהילייה האירופאית? ברור לחלוטין כי התשובה היא בשלילה.

האנומליה שבאי החלת סעיף 2(א) לחוק על הסדרי רכישה בלעדית גוברת עוד יותר לאור היחס בין סעיף 2(א) לחוק, הדורש פגיעה מסתברת בתחרות על מנת שהסדר יהא כובל, לבין סעיף 2(ב) לחוק, הכולל רשימה של כבילות חמורות שרואים אותן כהסדר כובל בלי קשר לפגיעתן בתחרות. עוד מתחילת שנות ה-90, ובאופן חוזר ונשנה מאז, הסדרי בלעדיות, לרבות הסדר רכישה בלעדית, פורשו בפסיקה כנכנסים לגדר סעיף 2(ב)3 לחוק ההגבלים, הקובע כי הסדר ל-"חלוקת השוק... לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו" הוא כובל, בלי קשר לפגיעתו בתחרות.³¹ בתי המשפט בעניין יקבי רמת הגולן,³² ובעניין לב אשדוד³³ התעלמו לחלוטין

BP Kemi-DDSF, OJ (L286), Nov. 14, 1979, p. 32 (שם קבעה הנציבות האירופאית שכאשר לקוח של תשומה מתחייב לרכוש את התשומה רק מספק מסוים, ולא ממתחריו, הדבר עשוי להוות הסדר כובל על פי סעיף 81 (לשעבר 85) לאמנת רומא, אם הוא (והסדרים שכמותו) חוסמים אחוז נכבד מספיק מן הלקוחות בפני ספקים המתחרים בספק שנהנה מן הכבילה, וכן ראו את:

Case 23/67 Brasserie de Haecht I, 1967 ECR 525; Case C-303/88 Delimitis, 1991 ECR I-935 קביעה דומה לגבי הסכמי רכישה בלעדית בהם מפיץ, הרוכש את המוצר על מנת למוכרו הלאה, מתחייב לרכוש את המוצר רק מספק מסוים).

³¹ ראו, למשל, החלטת הממונה בעניין תחנות התדלוק, לעיל הערה 5; הסדר כובל בהתקשרויות לאספקה לרכישה של קמח כשר לפסח התשנ"ד – קביעה לפי סעיף 43(1) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988, ההגבלים העסקיים-החלטות הממונה ופסקי דין (הוצאת ועד מחוז תל אביב, תשנ"ה) כרך א, 57, בע' 62; החלטת הממונה בעניין הסדרים כובלים בין יצרני אריזות מקרטון גלי-קביעה לפי סעיף 43 לחוק ההגבלים העסקיים, ההגבלים העסקיים-החלטות הממונה ופסקי דין (הוצאת ועד מחוז תל אביב, תשנ"ו) כרך ב, 66, בע' 70; ה"פ 267/97 ברמן נ' ניקוטרוני בע"מ (1998, הגבלים עסקיים) 3001472; ה"ע 469/98 זלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' תחנת זלק באר יעקב (2001, הגבלים עסקיים); 3010588, פסקאות 67 - 68; החלטת הממונה בעניין פילסבורי ישראל בע"מ-אומני תעשיית פיצות בע"מ, הגבלים עסקיים 503005899.

³² לעיל הערה 1, 2.

³³ לעיל הערה 8.

בהכרעתם מהלכות אלה, ולא דנו כלל בשאלת תחולת סעיף 2(ב)3 על הסדרי הבלעדיות שנידונו שם.

אך מצב פסיקתי זה, לפיו הסדרי רכישה בלעדית הם בחזקת הסדרים כובלים לפי סעיף 2(ב)3, והם, מאידך, אינם הסדרים כובלים על פי סעיף 2(א), מעורר שתי אנומליות. ראשית, כיצד יתכן שהפסיקה רואה הסדרי בלעדיות בכלל, והסדרי רכישה בלעדית בפרט, כהסדר כובל מהסוג החמור ביותר, הנכנס לגדר ה-"רשימה השחורה" של כבילות לפי סעיף 2(ב), ובהתאם רואים אותם כהסדרים כובלים בלי קשר לפגיעתם בתחרות, מחד, ומאידך, הסדרי רכישה בלעדית כלל אינם מהווים הסדר כובל לפי סעיף 2(א) לחוק, הדורש, לצורך תחולתו, להראות פגיעה מסתברת בתחרות? סעיף 2(ב) לחוק אמור לחול, מטבע הדברים, על כבילות חמורות יותר, שהרי בהן המחוקק מניח אוטומטית פגיעה בתחרות, ומקל וחומר היינו צריכים להסיק שכבילות מעין אלה עשויות להכנס גם לגדר סעיף 2(א) לחוק, החל מטבע הדברים אף על כבילות חמורות פחות, שבנסיבותיהן הספציפיות עלולות לפגוע בתחרות.

שנית, כפי שצינו לעיל,³⁴ דווקא סעיף 2(ב) לחוק לא מתאים שיחול על הסדרים אנכיים, ובכלל זה הסדרי רכישה בלעדית, שהרי הפגיעה בתחרות בהסדרים מעין אלה איננה מובנת מאליה, והיא תלויה בנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה, וקיימות מוטיבציות רבות לעשיית הסדרים מעין אלה שאינם קשורים ברצון להגביל את התחרות. כפי שהדגשנו,³⁵ ראוי כי סעיף 2(ב) לחוק יחול על כבילות שפגיעתן בתחרות כמעט מובנת מאליה, כגון תיאום מחירים, כמויות או איכויות בין מתחרים, וחלוקת שווקים בין מתחרים או בין מתחרים פוטנציאליים. אם כך, דווקא לסעיף 2(א), הדורש בדיקה כלכלית של פגיעה מסתברת בתחרות על מנת שהסדרים יהיו כובלים על פיו, יש ערך רב כשמדובר בהסדרים האנכיים כולם, והסדרי רכישה בלעדית בפרט. דווקא תחולתו היקרה של סעיף זה נכחדת במידה רבה³⁶ על ידי פרשנות בית המשפט בעניין יקבי רמת הגולן.

על רקע הגישה הקלאסית בפסיקה הישראלית שלפני עניין יקבי רמת הגולן וגישת המשפט המשווה, לפיה הסדרי רכישה בלעדית עשויים להוות הסדרים כובלים, ועל רקע התפתחות הפסיקה בישראל לפיה הסדרי רכישה בלעדית מהווים הסדר כובל בלי קשר לפגיעתם

³⁴ לעיל פסקה 8, וכן: גילה, סכר ההסדרים הכובלים, לעיל הערה 8.

³⁵ שם.

³⁶ כפי שנראה להלן, הסדרים אנכיים מלבד הסדרי רכישה בלעדית עשויים להיות כובלים לפי סעיף 2(א) לחוק אף לשיטת הלכת יקבי רמת הגולן.

בתחרות, מכוח סעיף 2(ב)3, התקין הממונה, בשנת 2001, את כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי רכישה בלעדית), תשס"א-2001,³⁷ הפוטרים אוטומטית חלק מהסדרי הרכישה הבלעדית, על סמך פרמטרים שונים, הנוגעים לסוג היחסים בין הספק ללקוח, נתחי השוק שלהם, וכד'. למותר לומר שעל רקע פרשנות בית המשפט בעניין יקבי רמת הגולן, ואם תתקבל דעתנו שהסדרי רכישה בלעדית צריכים להידון רק לפי סעיף 2(א) לחוק, ולא להיות כובלים לפי סעיף 2(ב) לחוק, פטור סוג מפורט וחשוב זה מיותר לחלוטין, שהרי על פי הפרשנות בעניין יקבי רמת הגולן הסכמי רכישה בלעדית לעולם אינם כובלים, ועל כן אין הם נזקקים לפטור סוג.

4.2 הסכם הפצה בלעדית

נמשיך עם המחשת האנומליה שבפרשנות בית המשפט בעניין יקבי רמת הגולן על דרך ניתוח הסכמי הפצה בלעדית. אלה הם הסכמים בהם ספק מתחייב כלפי לקוח כי ימכור רק לאותו הלקוח. שוב, הלקוח יכול להיות רוכש של תשומה הנחוצה לו לצורך עסקו, או מפיץ הרוכש את המוצר לשם מכירתו הלאה.

דוגמא מעניינת ל-"הפצה בלעדית" של תשומה, כאמור לעיל, היא הסדרי הבלעדיות בקניונים, נוסח פרשות לב אשדוד³⁸ וסופר פארם,³⁹ שזכרו לעיל. ניתן לראות בבעל הקניון כמי שמוכר את תשומת המקרקעין של חנויות הקניון לבעלי החנויות. בעל עסק החנות זקוק לתשומת המקרקעין על מנת להפעיל את עסקו, והוא רוכש אותה מבעל הקניון. כאשר בעל הקניון מתחייב כי לא ישכיר למתחרים של שוכר מסוים, כגון חנות לבני נשים, בעל הקניון מבטיח גישה בלעדית לתשומה זו, בתחום חנויות לבני הנשים בקניון, לשוכר הנהנה מן הכבילה. כמצוין לעיל, השופט זפט בעניין לב אשדוד שינה שם את גישתו הקודמת לפיה כבילה מעין זו היא הסדר כובל לפי סעיף 2(א) לחוק ו-"הפעיל" על התנייה את הפרשנות האמורה של עניין יקבי רמת הגולן: הפגיעה בתחרות היא בין חנות לבני הנשים, הנהנית מן הכבילה, לבין מתחרים פוטנציאליים שלה בקניון, ועל כן איננה הסדר כובל לפי סעיף 2(א) לחוק. לפי גישה זו אילו הפגיעה המסתברת בתחרות היתה בענף בו פועל בעל הקניון, הצד שהגביל עצמו, או אז ההסדר כן היה כובל לפי סעיף 2(א). כדברי השופט זפט בעניין לב אשדוד:

³⁷ ק"ת 6096. ראו בהרחבה ד' גילה, חוזים המגבילים תחרות, הסכמים מגבילים ומונופולין, חוזים (ד' פרידמן ונ' כהן ועורכים, 2003, כרך ג' 635), (להלן: "גילה-חוזים") פסקה 30.25.

³⁸ לעיל הערה 8.

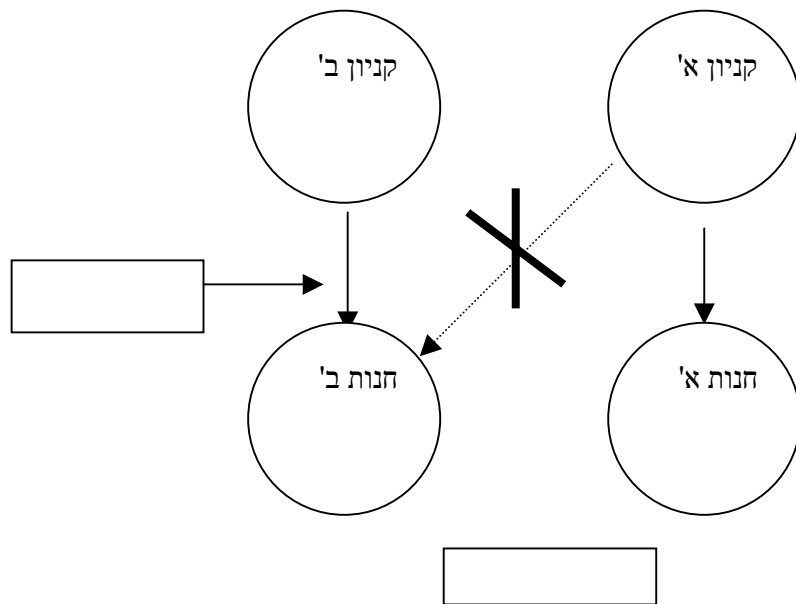
³⁹ לעיל הערה 25.

”לב אשדוד אינה עוסקת במכירת לבני נשים וממילא הפגיעה הצפויה אינה בתחרות בין הצדדים להסדר. החלופה האחרת היא, שההגבלה פוגעת בתחרות בין הצד שעליו הוטלה ההגבלה לבין אדם שאינו צד להסדר.

כאמור מי שעליו הוטלה ההגבלה היא לב אשדוד, ומאחר וזו אינה עוסקת במכירת לבני נשים, לא התקיים התנאי החלופי לפיו ההגבלה פוגעת בתחרות בין לב אשדוד לבין אדם שאינו צד להסדר”

אולם, שלא כמו הסדרי רכישה בלעדית, שניתוח כלכלי שלהם, כאמור לעיל, מראה כי אכן הפגיעה היחידה שלהם בתחרות היא במישור הצד שנהנה מן התנייה (בהסדרי רכישה בלעדית, הספק), הרי שבהסדרי הפצה בלעדית, לרבות דוגמת התחייבות בעל קניון שלא להשכיר לחנויות מתחרות, הפגיעה בתחרות עשויה להיות לא רק בשוק של הצד שנהנה מן התנייה (כאן, השוכר), כי אם גם בשוק בו פועל בעל הקניון, הצד שהגביל עצמו. כל כך למה? משום שכאשר בעל הקניון מתחייב שלא להשכיר, למשל, לחנות לבני נשים מתחרה, בעלי מקרקעין הסמוכים לקניון, אם יש מעט כאלה,⁴⁰ ובהנחה שהם מודעים לבלעדיות שהוענקה לחנות לבני הנשים בקניון הראשון, מקבלים את הכוח לדרוש דמי שכירות גבוהים יותר מחנויות לבני נשים, כמומחש בתרשים מספר 1 להלן. אלמלא התחייב בעל הקניון לבלעדיות כאמור, היה בעל הקניון מתחרה בבעל המקרקעין הסמוכים על ליבן של חנויות לבני נשים החפצות לפעול באזור, דבר שהיה בו כדי להקטין את דמי השכירות שחנויות אלה היו צריכות לשלם.

⁴⁰ ראו להלן הערה 41.



אם כך, כאשר קיימים מקרקעין מתאימים הסמוכים מספיק לקניון שהגביל עצמו, התחרות בין בעלי מקרקעין אלה לבין בעל הקניון, על ליבם של שוכרי חנויות בתחום הרלבאנטי לכבילה, כן עלולה להפגע מן הכבילה. יתרה מזו, במקרים רבים דמי השכירות שמשלמות החנויות אינם קבועים, אלא שהם עולים ככל שהחנויות מוכרות יותר. במקרים מעין אלה דמי השכירות מהווים "עלות משתנה", כלומר, עלות המשתנה כפונקציה של היקף הפעילות של העסק, להבדיל מ-"עלות קבועה", שאינה משתנה כפונקציה של היקף הפעילות. כאשר דמי השכירות מהווים עלות משתנה כאמור, ניתן להראות שלא רק שהחנות המתחרה, השוכרת מבעל המקרקעין הסמוכים, תשלם יותר, אלא שהיא תגלגל חלק מעלויות מוגדלות אלה על לקוחותיה. זאת משום שעלויות משתנות, במקרה הרגיל, נוטות להיות מגולגלות, בחלקן, על לקוחות הפירמה.

במקרים מעין אלה, אפילו לפי הגישה הפרשנית של בית המשפט ביקבי רמת הגולן, התחייבותו של בעל הקניון שלא להשכיר לחנות מתחרה עשויה להיות הסדר כובל לפי סעיף 2 (א).⁴¹ ניתן להרחיב מסקנה זו גם למקרים בהם לא קיימים מקרקעין סמוכים דווקא, אך קיימים

⁴¹ אם קיים מספר גדול יחסית של משכירים פוטנציאליים לחנויות מן הסוג הנדון, וקיים מספר גדול יחסית של חנויות מתחרות מן הסוג הנדון באזור הגיאוגרפי הרלבאנטי, המהוות תחליף סביר זו לזו בעיני הצרכנים, הפגיעה בתחרות תהא זניחה, והתחייבות בעל הקניון לא תהווה הסדר כובל לפי סעיף 2(א). ניתוח כלכלי מעין זה של שוקי המשכירים הפוטנציאליים והשוכרים הפוטנציאליים לא נעשה בעניין לב אשדוד או בפרשות דומות. הממונה הוציא

מקרקעין המהווים, מנקודת ראותה של חנות לבני נשים החפצה להיפתח, תחליף סביר לפתיחת החנות בקניון. גם אז התחרות בין בעל הקניון לבעלי המקרקעין המתחרים עלולה להפגע עקב התחייבות בעל הקניון שלא להשכיר לחנות מתחרה.⁴²

ניתוח מעין זה יישם גם לכבילה דוגמת זו שנידונה בעניין יקבי רמת הגולן.⁴³ יתכן כי מספר המומחים הבינלאומיים לייצור יינות המוכנים ויכולים לייצא ליקבים ישראלים הוא מוגבל (לצערנו עובדה רלבאנטית זו לא התבררה על ידי בית המשפט). על פי הכבילה שנידונה בעניין יקבי רמת הגולן, מומחה א' מתחייב כי לתקופה מסוימת, הוא לא יתחרה עם מומחית ב' על מתן השירות לכרמל מזרחי וליריבות האחרות של יקבי רמת הגולן. התחייבות זו מאפשרת למומחית ב' להעלות את המחיר שהיא גובה, למשל, מכרמל מזרחי, עבור שירותי ייעוץ. ממש כבדוגמת הקניון לעיל, אם כך, הכבילה עלולה לפגוע בתחרות לא רק בין יקבי רמת הגולן, שנהנית מן הכבילה, לכרמל מזרחי, אלא גם בין היועץ, שכבל עצמו, לבין מתחריו בשוק הרלבאנטי למתן שירותי ייעוץ. שוב, כמו בדוגמת הקניון, אם השכר ליועץ הוא פונקציה כלשהי של היקף הפעילות ביקב, מדובר אף בעלות משתנה עבור כרמל מזרחי, שתגולגל בחלקה אף לצרכני היין. אף אם השכר בגין ייעוץ איננו עלות משתנה, ואיננו מגולגל על צרכני היין, התחרות במתחם שירותי הייעוץ עלולה בכל מקרה להפגע, במקרה מתאים (קרי, מקרה שבו מספר המומחים בקנה מידה מסוג זה היכולים לתת את שירותיהם בישראל מוגבל). משום כך, מוטעית מסקנת השופט זפט בעניין יקבי רמת הגולן, שנבעה מן הגישה כי:

"ההגבלה אינה עלולה למנוע או להפחית את התחרות בין [היועץ] ל[יקבי רמת הגולן], שהרי אילו אינם מתחרים בעסקיהם זה בזה, ומאותה סיבה ההגבלה אינה עלולה למנוע

לאחרונה טיטה מוצעת לפטור סוג להסדרי בלעדיות במקרקעין. ראו דברי הסבר לפטור הסוג להסדרי בלעדיות במקרקעין: <http://80.70.129.21/vol001/503/009/503009099.htm>. פטור הסוג חל, בין היתר, על סמך מספר החנויות המתחרות, במתחם הגיאוגרפי הרלבאנטי. להרחבת הניתוח על פטור סוג מוצע זה ראו ד' גילה וי' שפיגל "הסדרים אנכיים" ניתוח כלכלי ומשפטי של דיני ההגבלים העסקיים (מ' גל ומ' פרלמן, עורכים) 2004 (עתיד להתפרסם) (להלן: גילה ושפיגל).

⁴² בכל מקרה, הפסיקה החוזרת ונשנית לפיה הסדרי בלעדיות הם כובלים גם לפי סעיף 2(ב)(3), בלי קשר לפגיעתם בתחרות, חלה גם על הסדרי הפצה בלעדית על סוגיהם השונים. ראו את האסמכתאות המובאות לעיל הערה 31. כפי שציינתי בגילה, סכר ההסדרים הכובלים, לעיל הערה 8, זו איננה תוצאה ראויה, והסדרי הפצה בלעדית צריכים להידון רק על סמך סעיף 2(א), ולהיות כובלים רק כאשר ניתוח כלכלי קונקרטי מראה שהם עלולים לפגוע, באופן לא זניח, בתחרות בשווקים הרלבאנטיים. גורם שמרכז במידה מסוימת את הכתמת כל הסדרי הפצה הבלעדית ככובלים הוא כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית), תשס"א-2001, ק"ת 6069, הפוטר את חלק מהסכמי הפצה הבלעדית, בתלות בסוג היחסים בין הצדדים, נתחי השוק שלהם, ועוד. ראו בהרחבה גילה-חוזים, לעיל הערה 37, פסקה 30.30.

⁴³ לעיל הערה 2,1.

או להפחית את התחרות בין [היועץ] ובין כרמל מזרחי, שכן [היועץ וחברת הייעוץ שבבעלותו] אינם מתחרים בכרמל מזרחי. לפיכך, אני סבור שההגבלה בעיסוק [נשוא הבלעדיות האמורה] אינה הסדר כובל כמשמעותו בחוק."

לאור הניתוח שלנו לעיל, בדיקה קונקרטית של שוק הייעוץ הרלבאנטי במקרה הנדון היתה בהחלט יכולה להביא למסקנה שעלולה להפגע התחרות בין הצד שכבל עצמו – היועץ, לבין מתחריו בתחום הייעוץ. כמובן, ניתוח כלכלי פרטני של המקרה היה יכול לחשוף גם נתונים נוספים העשויים להשליך על השאלה אם עלולה להפגע התחרות. כך, למשל, למרות הפגיעה האפשרית בתחרות בתחום הייעוץ הרלבאנטי, ייתכן שהתחרות בתחום היקבים בישראל, לטווח הארוך, דווקא תשתפר הודות להתחייבות היינן כלפי יקבי רמת הגולן. זאת משום שיקבי רמת הגולן היא, על פי הידוע לי, מתחרה קטן יותר, המצוי בצמיחה, בעוד שכרמל מזרחי היא המתחרה הדומיננטי בענף. אם כיום יקבי רמת הגולן היא קטנה מדי, מבחינת כושר הייצור והמעמד בשוק, מכדי לרסן את יכולתה של כרמל מזרחי להעלות מחירים, יתכן שקיים יתרון פרו-תחרותי בהתחייבות היינן שלא לתת את שירותיו לכרמל מזרחי למשך תקופה מסוימת. אכיפת ההתחייבות של היינן המומחה שלא לייעץ למתחרים כגון כרמל מזרחי במשך שנתיים מתום העסקתו ביקבי רמת הגולן יכולה לאפשר ליקבי רמת הגולן אורך נשימה, ולסייע לצמיחתה, כך שתוכל בטווח הארוך להפוך למתחרה מבוסס, שיוכל לרסן את יכולתה של כרמל מזרחי להעלות מחירים.

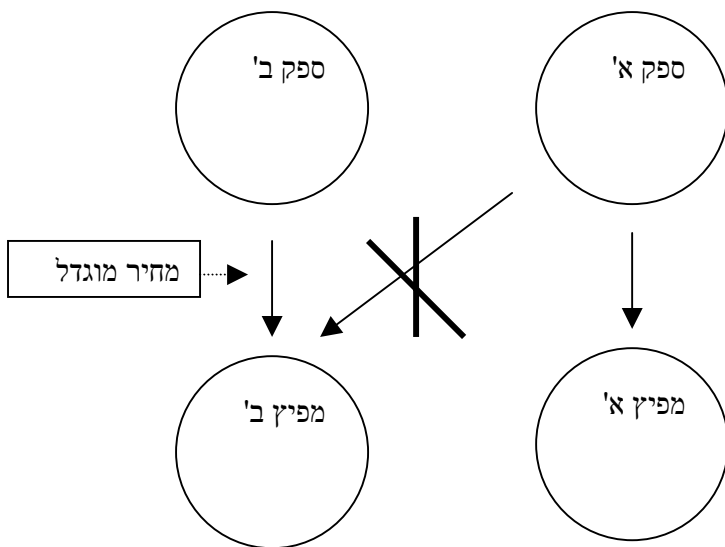
מבחינה זו עניין יקבי רמת הגולן יכול היה להיות דוגמא מעניינת לפגיעה אפשרית בתחרות בשוק אחד (תחום הייננים) המלווה בשיפור אפשרי של התחרות בתחום אחר (תחום היקבים). שאלה היא אם לצורך הערכה אם הסדר הוא כובל עקב פגיעתו המסתברת בתחרות ניתן לשקלל בין השפעה אנטי-תחרותית בשוק אחד להשפעה פרו-תחרותית בשוק אחר. אלא שלמרבה הצער, בית המשפט ביקבי רמת הגולן לא נכנס כלל לניתוח הפגיעה בתחרות בשוק רלבאנטי כלשהו, כך ששאלה זו כמובן לא נידונה.

מכל מקום, לגישתי, כיון שתכלית חוק ההגבלים העסקיים היא הגנה על התחרות, למען ציבור הצרכנים, הרי שכאשר הסדר עלול לפגוע בתחרות על ליבם של צרכנים בשוק אחד ולתרום לתחרות על ליבם של צרכנים בשוק אחר על הגורם המכריע לאזן בין הפגיעה בצרכנים הראשונים לבין ההטבה עם הצרכנים האחרונים ולקבוע איזה מהם גובר. בעניין יקבי רמת הגולן, באותם המקרים, שאובחנו לעיל, שבהם העלות הגבוהה יותר של העסקת ייננים בשוק משפיעה על מחירי היין לצרכן, אותו ציבור צרכנים – צרכני היין בישראל – הוא שמושפע מן ההסדר מחד לרעה (עקב

העלאת מחירי היין) ומאידך לטובה (עקב חיזוקו של מתחרה איזוטרי ואיזון הכוחות בשוק). מאידך, במקרים, שאובחנו לעיל, שבהם העלות הגבוהה יותר של העסקת ייננים בשוק איננה משפיעה על מחירי היין לצרכן, מלאכת האיזון קשה יותר: הנפגעים מן הפגיעה בתחרות הם היקבים עצמם (ולא הצרכנים שלהם), ואילו הזוכים מתרומת ההסדר לתחרות הם צרכני היין. במלאכת איזון זו עולות שאלות ערכיות, של איזה משקל ראוי לתת לרווחת הפירמות (כאן-היקבים), יחסית למשקל שראוי לתת לרווחת הצרכנים.

כאמור, הדוגמאות של בלעדיות בקניונים, או בלעדיות בשירותי ייעוץ, שנידונו לעיל, הן דוגמאות של הפצה בלעדית של תשומה. מסקנה דומה, לפיה הסדר הפצה בלעדית עלול לפגוע בתחרות גם בין הספק שכבל עצמו למתחריו, יפה גם להסדרי הפצה בלעדית בהם המפיץ רוכש מוצר לשם מכירתו הלאה, ולא כתשומה לצורך עסקיו. אם ספק א' מתחייב למכור רק למפיץ א', ספק ב', המתחרה בספק א', מקבל את הכוח להעלות את המחיר שהוא גובה ממפיץ ב', המתחרה במפיץ א', כמומחש בתרשים מספר 44.2.

⁴⁴ במלים אחרות, מפיץ א', דרך הבלעדיות שספק א' העניק לו, הצליח "להעלות את עלויות היריב" שלו (מפיץ ב') דרך העלאת המחירים מצד ספק ב'. ראו, כללית: T. G. Krattenmaker & S. C. Salop "Analyzing Anticompetitive Exclusion" 56 *ANTITRUST L. J.* 71, 85 (1987); T. G. Krattenmaker & S. C. Salop "Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs To Achieve Power over Price" 96 *Yale L.J.* 209 (1986).



תרשים מספר 2

תוצאה זו כמובן תלויה במיעוט המתחרים, במיוחד במישור האספקה. האפקט הוא חזק במיוחד כאשר ספק א' וספק ב' הם המתחרים היחידים. אם לספק ב' מתחרים נוספים המתחרים עמו על חסדי מפיץ ב' (או מפיצים נוספים) ספק ב' והספקים המתחרים לא יוכלו להעלות באופן משמעותי את המחירים שהם גובים מן המפיצים המתחרים במפיץ א'. מכל מקום, הראינו כי הסדר הפצה בלעדית עלול לפגוע בתחרות, במקרים מסוימים, לא רק בין המפיץ (הנהנה מן הכבילה) לבין מתחריו, אלא גם בין ספק א' (שכבל עצמו) למתחריו, ועל כן מהווה הסדר כובל, במקרה מתאים, גם לפי גישת בית המשפט ביקבי רמת הגולן.

זאת ועוד, קיימות כמה וכמה תיאוריות כלכליות נוספות לפיהן הסדר הפצה בלעדית עלול לפגוע גם בתחרות בין הספק (הצד שכבל עצמו) למתחריו. ניקח, כדוגמא, את הסיטואציה הנ"ל, שבה פועלים שני מפיצים מתחרים, מפיץ א' ומפיץ ב', ושני ספקים מתחרים, ספק א' וספק ב', ונניח כי ספק א' הבטיח למכור רק למפיץ א'. אם לספק ב' כושר ייצור דל יחסית, מפיץ ב', היכול לרכוש כעת רק מספק ב', נאלץ להקטין את היקף פעילותו ולהצטמק. יהיו פחות סיכויים שיוכל להינות מיתרונות לגודל,⁴⁵ ועל כן הוא יהיה פחות יעיל, ויהיו לו פחות תמריצים להשקיע בשיפורים טכנולוגיים ואחרים. במקרים קיצוניים, הוא יאלץ, עקב אבדן הרווחיות, להפוך לפירמה איזוטרית או להסתלק מן השוק. עד כה נראה כאילו הפגיעה בתחרות היא רק בין מפיץ א', שנהנה מן הכבילה, למתחריו. מאותה הסיבה, גם כניסה של מפיצים חדשים לשוק עלולה

⁴⁵ יתרון לגודל מתרחש כאשר ככל שהיקף הפעילות של הפירמה גדל, כך הוצאותיה קטנות.

להחסם, עקב העובדה שהמפיץ החדש ידע כי גם אם יעשה את המאמצים להכנס לתחום ההפצה, הוא יאלץ לפעול בהיקף מצומצם.

אולם, כאשר מפיץ ב', בדוגמא זו, מצטמק, הופך לשחקן יותר איזטורי בשוק, או מסתלק מן השוק, נפגעת משמעותית גם התחרות בין ספק א' (הצד שכבל עצמו) לבין מתחרהו. כל כך למה? משום שעתה מפיץ א' יהפוך למפיץ היחיד, או הדומיננטי, בשוק ההפצה, ושני המותגים ה-"מתחרים" – זה של ספק א' וזה של ספק ב', יימכרו לצרכנים, כמעט בלעדית, על ידי מפיץ א', שיקבע עבור שני המותגים הללו מחירי הפצה מונופוליסטיים. אם כך, הצרכנים לא ייהנו מן התחרות בין ספק א' לספק ב', משום ששני המותגים מתנקזים אל "צוואר בקבוק", במישור ההפצה, בדמות מפיץ א'. מפיץ א' ייהנה מן התחרות בין ספק א' וספק ב' במידה שהדבר יאפשר הוזלה של התמורה שמפיץ א' משלם עבור שני המותגים. במקרים מסוימים הוזלה זו מתורגמת למחירים (מונופוליסטיים) נמוכים יותר, במידה מסוימת, לצרכן. אולם, תחרות בין המותגים, מבחינת המחיר לצרכן – שהאינטרס שלו הוא בלב דיני ההגבלים העסקיים – אין כאן. תוצאה דומה מבחינה איכותית תתקבל אם לפני ההסדר היו יותר משני מפיצים (אך עדיין מספר מצומצם של מפיצים). הקטנת מספר המפיצים המשמעותיים בשוק, כמו גם הרתעת כניסה של מפיצים חדשים לשוק, בשוק שבו ממילא קיים מספר קטן של מפיצים, גם הוא, באותו האופן שהודגם לעיל לגבי המקרה של שני מפיצים, פוגע בתחרות בין הספקים ופוגע במחיר לצרכן.

יתרה מזו, כיון שבהסדר הפצה בלעדית יש, כמובן, כדי להסיר תחרות בין המפיצים של מותג הספק שהתחייב לבלעדיות, קיימות תיאוריות נוספות, שיידונו בפסקה 4.3 להלן, במסגרת הדיון בהסדרים אחרים המסירים את התחרות בין מפיצי אותו מותג, שגם לפיהן הסדרים מעין אלה עלולים לפגוע בתחרות בין הספק למתחריו, ולא רק בין המפיץ למתחריו.

בניתוח כלכלי זה של הסדרי הפצה בלעדית, המראה שהם עשויים להיות כובלים, בתלות במבנה השווקים הרלבאנטיים, אף לפי פרשנות בית המשפט ביקבי רמת הגולן, אין כוונתנו כלל לאמץ או לחזק את הפרשנות של בית המשפט בעניין יקבי רמת הגולן לסעיף 2(א). נהפוך הוא, כוונתנו להראות עד כמה פרשנות זו מובילה לתוצאות אבסורדיות, שהרי לפיה הסדרי רכישה בלעדית, שנידונו בפסקה 4.1 לעיל, לעולם אינם כובלים לפי סעיף 2(א) לחוק, בעוד הסדרי הפצה בלעדית, שנידונו בפסקה זו, כן עשויים להיות כובלים, בתנאי שוק מתאימים. הסיבה שזוהי תוצאה אבסורדית היא שהפגיעה בתחרות בהסדרי רכישה בלעדית איננה פחות חדה מאשר הפגיעה בתחרות בהסדרי הפצה בלעדית, כפי שיוסבר להלן.

הראינו לעיל שהסדרי רכישה בלעדית עלולים להקטין את מספר הספקים המבוססים בשוק, ושהסדרי הפצה בלעדית עלולים להקטין את מספר המפיצים המבוססים בשוק. קיומם של מספר ספקים מבוססים, כמו גם קיומם של מספר מפיצים מבוססים, מהווים שניהם תנאי בלעדיו אין על מנת שהשווקים הרלבאנטיים יהיו תחרותיים. כך, במקרה הקיצוני, אם הסדר רכישה בלעדית מכחיד אחד מתוך שני ספקים מבוססים בשוק, שוק האספקה הופך למונופוליסטי, והדבר יתבטא במחירים הסיטונאיים שמשלמים המפיצים, כמו גם המחיר לצרכן שהם גובים.⁴⁶ מנגד, אם הסדר הפצה בלעדית מכחיד אחד מתוך שני מפיצים, המחיר לצרכן יהפוך למונופוליסטי, והצרכנים לא ייהנו מן התחרות שבין מותגי שני הספקים.⁴⁷ אבחנה משפטית בין שני סוגי ההסדרים, תוך קביעה שרירותית גורפת שהסדרי רכישה בלעדית לעולם לא יהיו כובלים והסדרי הפצה בלעדית לעתים יהיו כובלים היא לפיכך אבסורדית מבחינת תכלית החוק, שהיא קידום התחרות ומניעת פגיעה בה.

אך האבסורד הנגרם מפרשנות בית המשפט בעניין יקבי רמת הגולן מחריף עוד יותר לאור הניתוח הכלכלי של הסדרים כגון הכתבת מחירי מינימום וטריטוריות בלעדיות, וכללית, הסדרים המסירים את התחרות בין מספר מפיצים של מותג הספק, שיידונו מיד.

4.3 הסדרים המסירים את התחרות בין מפיצי אותו מותג

בעוד שהסדר הפצה בלעדית מונע תחרות בין לקוחות הרוכשים מספק מסוים בדרך הבוטה ביותר, על ידי חסימת הספק מלספק ללקוחות אחרים זולת הלקוח שנהנה מן הבלעדיות, קיימים הסדרים המסירים את התחרות בין הלקוחות הרוכשים מספק מסוים, מבלי להגביל את יכולתו של הספק למכור ללקוח זה או אחר. כך, יתכן שהספק מוכר תשומה הנחוצה לפירמות בשוק מסוים, ובהסדר בין הספק לפירמות אלה כובלות עצמן הפירמות מלהתחרות זו בזו. לצורך בהירות הניסוח, נדגים את הדברים על המקרה הקלאסי, של מפיצים הרוכשים מותג של ספק מסוים, ומוכרים אותו הלאה, אך הדברים יפים, בשינויים המחויבים, גם לפירמות הרוכשות תשומה מאותו הספק לצורך עסקיהן.

אחד ההסדרים הקלאסיים הנכנסים לגדר הקטגוריה הנוכחית הוא הסדר המכתיב למפיצים מחיר מינימום לצרכן במכירת המוצר של הספק, שאל להם לדרוש מתחתיו (minimum

⁴⁶ ראו: J. Tirole *The Theory of Industrial Organization*, (Cambridge, 8th ed., 1995, Ch. 4), בפרק 4 (להלן):

(Tirole).

⁴⁷ ראו לעיל הערה 45 והטקסט הנלווה אליה.

resale price maintenance) הסדר זה בא למנוע תחרות מחירים בין המפיצים הרוכשים מספק מסוים.⁴⁸ עוד בקטגוריה זו מצוי הסדר האוסר על כל אחד מן המפיצים הרוכשים מהספק למכור מחוץ לטריטוריה גיאוגרפית שהוקצתה לו ("חלוקה טריטוריאלית", "exclusive territories") למכור מחוץ לפלח אוכלוסייה בלעדי שהוקצה לו ("חלוקה לפי חתכי אוכלוסייה", "customer allocation"), או לחרוג מסוג שימוש בלעדי שהוקצה לו במוצר או בשירות של הספק.

אם ניישם על הסדרים מסוג זה את פרשנות בית המשפט בעניין יקבי רמת הגולן, אין ספק כי הם עשויים להיות כובלים לפי סעיף 2(א), שהרי הצד שמגביל עצמו הוא המפיצים, והפגיעה בתחרות היא, בין היתר, בשוק של המפיצים.⁴⁹ זאת משום שעל פי עצם הגדרתם, הסדרים בקטגוריה זו מאיינים את התחרות בין מפיצים אלה. אולם, ניתוח כלכלי של הסדרים אלה מראה כי פגיעתם במחיר לצרכן הרבה פחות ודאית ומובנת מאלה מאשר במקרה של הסדרי רכישה בלעדית (שאינם כובלים כלל לפי פרשנות בית המשפט ביקבי רמת הגולן).

בהסדרי רכישה בלעדית (כמו גם בהסדרי הפצה בלעדית, שנידונו לעיל) קיים החשש של פגיעה במבנה התחרותי של השוק: סילוק או צימוק מתחרים או חסימת כניסת מתחרים חדשים (בענף האספקה או ההפצה בהתאמה). זהו אפקט שנעדר מהסדרי הכתבת מחיר מינימום, או הקצאת טריטוריות, סגמנטים או תחומי עיסוק, בלעדיים. ההסדרים האחרונים רק מסירים את התחרות בין מפיצי אותו מותג. אין בהם כדי לפגוע במפיץ או בספק כלשהם, ועל כן אין בהם כדי לפגוע במבנה השוק. אכן, מלומדים לא מעטים גרסו כי הסדרים מעין אלה לעולם אינם צריכים להיות כובלים, משום שלעולם אינם פוגעים בתחרות.⁵⁰

⁴⁸ הסדר אנלוגי להכתבת מחירי מינימום הוא הכתבת מכסות מקסימום שאל למפיצים לעבור אותן. ראו ביתר פירוט גילה, סכר ההסדרים הכובלים, לעיל הערה 8, פסקה ב.1.ג.1.

⁴⁹ בנוסף, כל ההסדרים בקטגוריה זו נכנסים, על פי הפסיקה, לגדר סעיף 2(ב) לחוק, ועל כן מהווים הסדרים כובלים גם בלי קשר לפגיעתם בתחרות. ראו בהרחבה גילה, סכר ההסדרים הכובלים, לעיל הערה 8, פסקה ב.1.ג.1. חלוקת המפיצים לטריטוריות בלעדיות עשויה, במקרים מסוימים, להינות מפטור הסוג להסכמי הפצה בלעדית. פירוט על כך מצוי בגילה, חוזים, לעיל הערה 37, פסקה 30.36. בגילה, שם, אני מציין את גישתי כי אין הצדקה להכללת הסדרים אנכיים אלה במסגרת סעיף 2(ב), וכי יש להכתימם ככובלים רק אם במקרה קונקרטי הם עלולים לפגוע, באופן לא זניח, בתחרות בשוק כלשהו, וזאת מכוח סעיף 2(א) לחוק. בנוסף, אנו מבקרים שם, בפסקה 6.2.3, את העובדה שהמשפט הישראלי והמשפט המשווה מתייחסים ביתר חומרה אל הסדרי הכתבת מחירי מינימום.

⁵⁰ ראו: "[o]rordinarily, a P. AREEDA & L. KAPLOW *ANTITRUST ANALYSIS* 612-13 (5th ed. 1997) manufacturer will maximize its profits by selling wholesale at a price satisfactory to itself and by encouraging maximum competition among dealers in order that their profit margins might be as low as possible ..."; R. A. POSNER, *ANTITRUST LAW, AN ECONOMIC PERSPECTIVE* 147 (1976); F. H. Easterbrook "Vertical Arrangements and the Rule of Reason" 53 *ANTITRUST L.J.* 135 (1984); H. P.

הסיבה המרכזית לדעה רווחת זו היא שכל שהסדרים אלה עושים הוא לשלול תחרות בין מפיצי מותג מסוים ("intra-brand competition"). אין בהם, לכאורה, כדי להשליך על התחרות בין המותגים של הספקים השונים ("inter-brand competition"), שהיא, על פי הטענה, החשובה מבחינתם של צרכנים והרווחה הכוללת. דרך המחשבה לפיה הסדרים הפוגעים אך בתחרות בין מפיצי אותו מותג אינם יכולים לפגוע במחיר לצרכן או ברווחה יכולה להיות מומחשת דרך הדוגמא של ספק יחיד המוכר לשני מפיצים המתחרים זה בזה. על פי הטענה, קיים "מחיר מונופוליסטי לצרכן" המביא למקסימום את רווחיו של הספק. גם אם המפיצים מתחרים זה בזה בצורה אינטנסיבית, ומביאים את המחיר לצרכן לרמות נמוכות – נמוכות יותר מהמחיר המונופוליסטי לצרכן, כל שעל הספק לעשות על מנת להעלות את המחיר לצרכן חזרה למחיר המונופוליסטי הוא להעלות ברמה מספקת את המחיר הסיטונאי ליחידה שהוא דורש מן המפיצים. אלה, למרות התחרות ביניהם, ייאלצו להעלות את המחיר לצרכן, עקב העלייה בעלויותיהם השוליות.

אם כך, על פי הטענה הנ"ל, הסרת התחרות בין המפיצים, למשל דרך הכתבת מחירי מינימום על ידי הספק, או על ידי מתן טריטוריה בלעדית לכל מפיץ, לא יכולה לפגוע במחיר לצרכן, שבכל מקרה לא רווחי עבור המפיצים או הספק להעלותו מעל למחיר המונופוליסטי לצרכן. הרי השתכנענו לעיל שגם ללא הסדרים המאיינים את התחרות בין המפיצים, הספק יגרום למחיר לצרכן להיות שווה למחיר המונופוליסטי לצרכן. מחיר גבוה מזה איננו כדאי לספק ולמפיצים ממילא.⁵¹ במלים אחרות, המחיר הגבוה לצרכן נובע בדוגמא זו מן המעמד

Marvel "The Resale Price Maintenance Controversy: Beyond the Conventional Wisdom" 63 *ANTITRUST L.J.* 59, 61 (1994); R. A. Posner "The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution-Per Se Legality" 48 *U. CHI. L. REV.* 6 (1981); L. G. Telser "Why Should Manufacturers Want Fair Trade?" 3 *J. L. & ECON.* 86 (1960); M. Katz, *Vertical Contractual Relationships* in *HANDBOOK OF INDUSTRIAL ORGANIZATION* ch.11 (Richard Schmalensee & R. Willig, eds. 1989) at 678; F.W. Taussig R. H. BORK, *THE "Price Maintenance"* 6 *AM. ECON. REV.* 170 (Papers & Proceedings 1916). *ANTITRUST PARADOX* 229, 290 (1978)

⁵¹ כידוע, בשווקים, רובם ככולם, צרכנים לא יהיו מוכנים לשלם מחיר אינסופי על מוצר, תהא אשר תהא נחיצותו להם. על כן תמיד יש איזשהו מחיר שאפילו למונופול לא כדאי לגבות מחיר גבוה ממנו, משום שמעל מחיר זה יותר מדי צרכנים יחליטו לא לרכוש את המוצר, ורווחיו של המונופול יתחילו לקטון.

יש להדגיש כי אמנם לפני ההסדר המאין את התחרות בין המפיצים, כוחם של המפיצים להעלות את המחיר לצרכן מעל לעלויותיהם השוליות היה קטן יותר. אולם, כאמור, הספק ממילא "יתגבר" על מתח תחרותי זה בין המפיצים על ידי ניפוח המחיר הסיטונאי ליחידה, דבר שיגרום למחיר לצרכן לטפס אל המחיר המונופוליסטי לצרכן. כאשר הספק מסיר את התחרות בין המפיצים, המתח התחרותי ביניהם נעלם, והספק כבר לא מוצא צורך לנפח את המחיר הסיטונאי כאמור. הניתוחים הכלכליים של סוגיה זו מניחים כי לאחר ההסדר, הספק עצמו יסכים להוריד את המחיר

המונופוליסטי של הספק, השולט ממילא על המחיר לצרכן דרך המחיר הסיטונאי שהוא דורש מן המפיצים, ואיננו קשור למידת התחרות בין המפיצים של אותו הספק. אותו הרעיון חל גם במקרים בהם קיימים כמה ספקים בשוק: אם לספק של מותג מסוים, המתחרה בספקים אחרים, יש כוח מסוים להעלות מחירים (למשל עקב העובדה שהמותג שלו, בעיני הצרכנים, לא תחליפי בצורה מושלמת למותגים האחרים),⁵² כוח זה מתבטא, על פי הגישה הרווחת, בין אם המפיצים של אותו מותג מתחרים זה בזה ובין אם לאו. זאת משום שגם עם תחרות בין מפיצי המותג, הספק ישיא את רווחיו על ידי "ניפוח" המחיר הסיטונאי כמידת יכולתו לנפח מחירים (והניפוח המתבקש מכך של המחיר לצרכן) עד לרמה האופטימאלית מבחינת הספק.

העובדה שמלומדים רבים מטיפים לגישה מקלה של דיני ההגבלים כלפי כבילה של המפיצים של מותג מסוים לבל יתחרו זה בזה, והעובדה שאכן במקרים רבים גישתם של מלומדים אלה מבוססת על ניתוח כלכלי נכון של הסדרים אלה, מוסיפה לאנומליה שבפרשנות בית המשפט בעניין יקבי רמת הגולן: לאור פרשנות זו, הסדרי רכישה בלעדית, שפגיעתם בתחרות הכי מובנת מאליה, אינם הסדרים כובלים לפי סעיף 2(א). הסדרי הפצה בלעדית, שגם הם, במקרים מסוימים, יכולים, כמו הסדרי רכישה בלעדית, לפגוע במבנה השוק, אמנם נכנסים, כפי שהראנו, לגדר סעיף 2(א) על פי הפרשנות ביקבי רמת הגולן, אך רק אם יורדים לעומק הניתוח הכלכלי של הסדרים מסוג זה. כך, למשל, בית המשפט לא ביצע ניתוח כלכלי כזה בפרשות יקבי רמת הגולן ולב אשדוד, והגיע למסקנה המוטעית (אפילו לשיטתו) כי הסדרי "ההפצה הבלעדית" בפרשות אלה אינם יכולים להיות כובלים לפי סעיף 2(א). לעומת כל אלה, כבילה של המפיצים של ספק מסוים לבל יתחרו זה עם זה, שכפי שראינו איננה משפיעה על מבנה השוק, והשפעתה השלילית על

הסיטונאי לכיוון עלויותיו השוליות, ובתמורה לקבל דמי זיכיון קבועים מן המפיצים. דמי הזיכיון הקבועים לא יגולגלו על הצרכנים, שהרי מדובר בהוצאה קבועה עבור המפיצים, שלא משפיעה על המחיר לצרכן. במלים אחרות, ברגע שהספק מתגבר על המתח התחרותי בין המפיצים, והוא לא צריך להשתמש בניפוח המחיר הסיטונאי כדי להביא למחיר מונופוליסטי לצרכן, ניתן להראות שהספק והמפיצים ישיאו את רווחיהם המשותפים על ידי קביעת מחיר סיטונאי נמוך, מחיר מונופוליסטי לצרכן, וחלוקת הרווחים דרך דמי הזיכיון הקבועים שמשלמים המפיצים לספק. ראו, למשל, Tirole, לעיל הערה 46, פרק 4.

⁵² הכוונה כאן היא לשוק בו קיים בידול בין מותגי הספקים המתחרים, כגון שוק הדגנים לארוחת בוקר, שוק היוגורט, או שווקים בהם קיימת חשיבות למיקום של העסק (כגון סיטונאים שמיקום מחסן המכירות שלהם חשוב לקמעונאים). למרות שהספקים מספקים מוצרים או שירותים שהם מספיק תחליפיים בעיני הצרכנים על מנת שהספקים יחשבו כמתחרים, בכל זאת הצרכנים אינם רואים אותם כתחליפים מושלמים. כך, למשל, קמעונאי מסוים עשוי להעדיף לרכוש דגנים לארוחת בוקר ממותג מסוים גם אם המותג המתחרה במידה מסוימת זול יותר, ועשוי לרכוש מסיטונאי שמחסן המכירות שלו קרוב אליו גם אם הסיטונאי המרוחק יותר במידה מסוימת זול יותר. נהיר כי בידול מעין זה נותן לספקים את הכוח לדרוש מחירים סיטונאיים שהם במידה מסוימת מעל לעלויותיהם השוליות.

המחיר לצרכן, לדעת רבים, היא בבחינת אשליה מוטעית, דווקא היא נכנסת בנקל לגדר סעיף 2(א) על פי הפרשנות בעניין יקבי רמת הגולן.

אמנם, ניתוח כלכלי מעודן ומודרני יותר מראה שהטענה שנוכרה לעיל, לפיה הסדרים המסירים את התחרות בין מפיצי אותו מותג אינם יכולים לפגוע במחיר לצרכן, נכונה רק במקרים מסוימים. כך, למשל, קיימים מחקרים כלכליים המראים שללא הסרה אפקטיבית של התחרות בין מפיצי המותג של הספק, לספק עשוי להיות תמריץ אופורטוניסטי (אך טוב לצרכנים) לתת למפיץ אחד הנחות על חשבון המפיץ השני. הנחות אלה גורמות למחיר הסיטונאי ולמחיר לצרכן להיות נמוכים משמעותית ממה שהתיאוריות הקלאסיות צופות. כאשר הספק מצליח להסיר את התחרות בין מפיצי המותג שלו, לספק אין תמריץ אופורטוניסטי לתת הנחות, והמחיר הסיטונאי והמחיר לצרכן יעלו.⁵³

על מנת להדגים תיאוריות אלה, נניח, למשל, שהמפיצים משלמים לספק דמי זיכיון קבועים ומחיר סיטונאי ליחידה. השאלה היא אם הספק "מסוגל" לגבות מן המפיצים מחיר סיטונאי גבוה, מעל לעלויותיו, ליחידה, או שמא שבוי הוא בתמריץ אופורטוניסטי להעניק למפיציו הנחות במחיר הסיטונאי. נניח, לצורך הדיון, שהספק מסוגל לגבות מן המפיצים שלו מחיר סיטונאי גבוה, למשל של 10 ₪, ליחידה. נניח שכל אחד מן המפיצים יודע שאם גם המפיצים האחרים משלמים לספק 10 ₪ ליחידה, רווחי המפיץ הצפויים ממכירת המוצר יהיו 1,000 ₪ בחודש. בהתאם, מפיץ א' יסכים, לכאורה, לשלם לספק 10 ₪ ליחידה ולמשל דמי זיכיון קבועים של 400 ₪ לחודש, ועדיין להרוויח רווח צפוי נטו של 600 ₪ לחודש ממכירת המוצר. אולם, כאשר מפיץ א' כבר חתם על ההסכם לפיו הוא ישלם לספק דמי זיכיון של 400 ₪ לחודש, לספק עשוי להיות תמריץ להעניק למפיץ ב' הנחה מסוימת במחיר הסיטונאי. הנחה זו תאפשר למפיץ ב' להוריד מחירים ולחטוף לקוחות ממפיץ א'. רווחיו החדשיים של מפיץ א' יהיו אז נמוכים מה-1000 ₪ שהוא היה מצפה להם אילו גם מפיץ ב' היה משלם 10 ₪ ליחידה, ועשויים אף לרדת מתחת ל-400 ₪ (שהם דמי הזיכיון החדשיים שמפיץ א' הבטיח לשלם לספק). כיון שמפיץ א' חושש מלכתחילה שתינתן למפיץ ב' הנחה כזו על חשבון, ניתן להראות כי במקרים רבים מלכתחילה הוא לא יהיה מוכן לשלם לספק מחיר סיטונאי של 10 ₪ ליחידה, אלא רק מחיר נמוך יותר, וכן דמי זיכיון נמוכים יותר.

⁵³ ראו:

D. Gilo "Retail Competition Percolating through to Suppliers-and the use of vertical integration, tying and vertical restraints to stop it" 20 *Yale Journal on Regulation* (2003) 25, 57-61.

כך גם לגבי מפיץ ב', שידרוש לשלם מחיר סיטונאי נמוך מ-10 ש"ח ודמי זיכיון נמוכים יותר, עקב חששו שתינתן למפיץ א' הנחה על חשבוננו. הספק יכול להתגבר על אופורטוניזם זה שהוא שבו בו, שגרם למחיר הסיטונאי ולדמי הזיכיון להיות נמוכים יותר, על ידי איזון התחרות בין המפיצים, כגון על ידי הכתבת מחירי מינימום, טריטוריות בלעדיות למפיצים, התחייבות למכור רק למפיץ אחד, וכו'. כאשר אין תחרות בין מפיצים, ממילא לא ניתן לתת הנחה למפיץ אחד על חשבון האחר (משום שהמפיצים לא מתחרים זה בזה), ורווחי הספק, כמו גם המחיר לצרכן, יהיו גבוהים יותר. טענה זו יישימה הן למקרה בו קיים ספק יחיד, והן למקרה בו קיים מספר (קטן) של ספקים בשוק המתחרים זה בזה. היא גם יישימה לגבי עסקאות מורכבות יותר מן הדוגמא האמורה בין המפיצים לספק, כגון מצבים שבהם כל התשלומים לספק תלויים במכירות המפיצים בפועל.⁵⁴

אולם, תיאוריה זו, לפיה גם הסדרים המאיינים את התחרות בין מפיצי מותג מסוים עלולים לפגוע במחיר לצרכן, שנויה במחלוקת, וקיימים מקרים בהם בפועל התיאוריה לא תתאים לשוק הנדון. כך, אם לספק מערכת יחסים לטווח ארוך עם מפיציו, בתנאים מסוימים הספק יוכל לפתח מוניטין של מי שאיננו נותן הנחות, וכך להתנער מן התמריץ האופורטוניסטי שלו לתת הנחות, גם בלי הסדרים המסירים את התחרות בין מפיציו.⁵⁵ במקרים מעין אלה, אין בהסדרים המסירים את התחרות בין המפיצים של מותג מסוים כדי לגרום לעלייה במחיר לצרכן.

תיאוריה נוספת, שגם היא חלה במקרים מסוימים בלבד, גורסת שלעתים הסרת התחרות בין מפיצי המותג של ספק מסוים יכולה לגרום גם לתחרות בין הספק למתחריו להפוך לפחות אינטנסיבית.⁵⁶ זאת משום שכאשר מסירים את התחרות בין מפיצי המותג של ספק א', למשל, מפיצים אלה עשויים להפוך ל-"שחקנים אסטרטגיים", באשר רווחיהם ליחידה עולים. כאשר המפיצים של מותג א' הם שחקנים אסטרטגיים, ספק ב' עשוי להסס פחות להעלות מחירים. זאת משום שאם יעלה מחירים, ובעקבות זאת המפיצים שלו יעלו מחירים לצרכן, המפיצים של מותג א' עשויים גם הם להעלות מחירים.⁵⁷ בכך יש כדי להעלות את הכדאיות של ספק ב' להעלות

⁵⁴ ראו Gilo, שם.

⁵⁵ שם, בע' 37-40.

⁵⁶ P. Rey & J. Stiglitz "The Role of Exclusive Territories in Producers' Competition" 26 *RAND J.*

451] - pp. 431, Autumn 1995 Issue: [Volume 26, No. 3, .] *Econ.* 431

⁵⁷ לעניין התיאוריות המנסות לצפות כיצד יגיב יריב א' אם יריב ב' מעלה מחירים ראו:

מחירים. אלמלא איון התחרות בין מפיצי מותג א', יתכן שמפיצי מותג א' אינם שחקנים אסטרטגיים, לאור רווחיהם הדלים ליחידה. או אז ספק ב' מהסס להעלות מחירים, משום שמפיצי מותג א' לא יעלו מחירים בעקבות העלאת המחירים מצד מפיצי מותג ב', וספק ב' יאבד צרכנים לטובתו של ספק א'. מעצם ניסוחה המורכב של תיאוריה זו נהיר כי היא לא וודאית, וכי בחלק גדול מן המקרים היא איננה חלה. כך, למשל, קיימים מקרים רבים בהם האינטראקציה בין מפיצי מותג א' לבין מפיצי מותג ב' היא דווקא כזו שמפיצי מותג א', כשחקנים אסטרטגיים, יגיבו על העלאת מחירים מצד מפיצי מותג א' על ידי הורדת מחירים, ולא דווקא על ידי העלאת מחירים.⁵⁸ במקרים מעין אלה, התיאוריות האמורות אינן יישימות, ומתחזקת הטענה הקלאסית, לפיה הסרת התחרות בין מפיצי אותו מותג איננה יכולה לפגוע במחיר לצרכן או ברווחה.

מעניין לציין בהקשרנו כי לניתוח הסדרים המאיינים את התחרות בין מפיצים של אותו מותג שני רבדים של עומק. ברובד העמוק פחות נראה כאילו הסדרים מעין אלה פוגעים בתחרות רק בין המפיצים (הצד שהגביל עצמו), ועל כן הם עשויים כאמור להיות כובלים אף לפי הלכת יקבי רמת הגולן. עם זאת, כפי שהראינו לעיל, ניתוח כלכלי מעמיק יותר מראה כי השפעות שליליות של ההסדר על המחיר לצרכן אינן נובעות מאיון התחרות בין המפיצים גרידא, אלא, במקרים מסוימים וכאמור שנויים במחלוקת, מן ההשפעה שיש לאיון התחרות בין המפיצים על עוצמת התחרות בין הספקים, או על כוחו של ספק להעלות את המחיר הסיטונאי. באותם המקרים שבהם איון התחרות בין המפיצים משליך לרעה על המחיר לצרכן, או, כללית, על התחרות בענפים הרלבאנטיים, יהא מדובר בהסדר כובל, לדעתי, גם על פי הלכת יקבי רמת הגולן.

TIROLE, *supra* note 46, at 323-37; J. Bulow et al. "Multimarket Oligopoly: Strategic Substitutes and Complements" 93 *J. POL. ECON.* 488 (1985). [*J. I. Bulow, J. Geanakoplos & P. Klemperer*]. *Journal of Political Economy*, 93, no. 3 (June 1985), pp. 488-511].

המראים כי לעתים כאשר מתחרה א' הופך לפחות אגריסיבי (כגון חפץ לגבות מחירים גבוהים יותר, חפץ פחות לחתוך מחירים וכו') גם המתחרים האחרים משיאים את רווחיהם על ידי כך שגם הם הופכים לפחות אגריסיביים.

⁵⁸ קיימות תיאוריות נוספות, לפיהן הכתבת מחירי מינימום עלולה להקל על קרטלים בין הספקים לבין עצמם. ראו למשל B. Jullien & P. Rey *Resale Price Maintenance and Collusion* (Working Paper, 9 May 2000, Universite des Sciences Sociales Toulouse). אולם, גם תיאוריות אלה הן לא ודאיות ושנויות במחלוקת. למשל, הן מבוססות על כך שסטית ספק מקרטל בין הספקים היא קלה יותר לאיתור על ידי מתחריו אם הספק מכתוב מחירים למפיציו. זאת לאור ההנחה שאם ספק חפץ לסטות מקרטל, הוא ירצה "לוותר" למפיציו על מחיר המינימום ולאפשר להם להוריד מחירים בעצמם, על מנת לחטוף נתחי שוק מן הספקים האחרים. אולם, התיאוריה איננה מסבירה מדוע לא יתכן שהספק יוותר למפיציו על מחיר המינימום גם מסיבות אחרות, ולא רק עקב רצונו לסטות מקרטל, כגון תנודות בביקוש שהמפיצים רואים ושמצדיקות הורדת מחירים מתחת למחיר המינימום. ניתן להראות שכל שהסברים החלופיים לויתורו של הספק על מחיר המינימום סבירים יותר, כך הכתבת מחירי מינימום פחות מקלה (אם בכלל) על קרטל בין הספקים.

זאת משום שאין ספק כי התחרות בין המפיצים (הצד שהגביל עצמו) הוסרה ונפגעה, והסרת תחרות זו היתה הכלי לפגיעה בצרכנים. העובדה שעצם הפגיעה בצרכנים נוצרה לבסוף בשוק של הספק (הצד שנהנה מן הכבילה) איננו מעלה או מוריד לעניין מסקנה זו. יתרה מזו, שלילת התחרות בין המפיצים יכולה, במקרים מתאימים, לפגוע בפרמטרים השונים מן המחיר לצרכן, כגון איכות השירות, איכות המוצר, מגוון שירותי ההפצה, וכיוצא באלו. במקרים מעין אלו פשיטא שנפגעה בין היתר התחרות בין המפיצים.

4.4 הסדר לקוח מועדף

סוג נוסף של הסדרים שפרשנות בית המשפט בעניין יקבי רמת הגולן יכולה להשליך על מצבו המשפטי הוא הסדר לקוח מועדף "most favored customer clause". זהו הסדר שבו ספק מתחייב כלפי לקוח כי ימכור ללקוח בתנאים או במחיר שאינם גרועים יותר מן התנאים או המחיר שנותן הספק ללקוחות האחרים הרוכשים את המוצר ממנו (או הסדרים אנלוגיים). מספר כלכלנים הראו, במאמריהם, כי הסדר לקוח מועדף עלול לפגוע בתחרות בין הספק לבין מתחריו, על ידי הרתעת הספק מלהעניק הנחות מלכתחילה.⁵⁹ הווה אומר, כאשר הספק מתחייב כלפי לקוחותיו כי הנחה או הטבה שלקוח אחד מקבל, גם לקוחות אחרים יקבלו, הספק הופך מתן הנחה כלשהי ללקוח כלשהו לפחות כדאית עבורו. זאת משום שלעתים יהיה רווחי לספק להעניק הנחה ללקוח מסוים, ולא לאחרים. אם כן, הסדר לקוח מועדף עוזר להנציח מצב בו הספק כלל אינו מעניק הנחות, ובכך יש כדי להפוך את הספק למתחרה פחות אגרסיבי במתחריו. במקרים רבים, תגובת המתחרים גם היא תהא להתחרות באופן פחות אגרסיבי באותו הספק.⁶⁰ מכאן,

⁵⁹ ראו

TIROLE, *supra* note 46 at 330; J. B. Baker "Vertical Restraints with Horizontal Consequences: Competitive Effects of "Most-Favored-Customer" Clauses" 64 *ANTITRUST L.J.* 517 (1996); T. E. Cooper "Most-Favored-Customer Pricing and Tacit Collusion" 17 *RAND J. ECON.* [THE RAND JOURNAL OF ECONOMICS] 377 (1986) [volume 17, no.3, issue: autumn 1986, 377-388]; A. S. Edlin "Do Guaranteed-Low-Price Policies Guarantee High Prices, and Can Antitrust Rise to The Challenge?" 111 *HARV. L. REV.* (1997) 528.

⁶⁰ ראו :

TIROLE, *supra* note 46, at 323-37; Bulow et al., *supra* note 57.

כמובן, שלעתים הספק ירצה לכבול ידיו וליצור הסדרי לקוח מועדף עם לקוחותיו, כך שיוכל באופן אמין לאותת למתחריו כי הוא מתכוון להתחרות באופן פחות אגרסיבי.⁶¹

יישום חשוב של תיאוריה זו ניתן למצוא בעובדה שהסדר לקוח מועדף עלול להקל על קרטלים בין הספק לבין מתחריו. אם נניח כי מחיר קרטליסטי מתייצב בין הספק לבין מתחריו,⁶² יתכן שבכל זאת הספק היה מעדיף לסטות מן המחיר הקרטליסטי על מנת לגרוף רווח גדול בטווח הקצר, על חשבון מתחריו, וזאת על ידי מתן הנחה ללקוח בודד. יתכן שרק הנחה ללקוח זה היא דרך רווחית לסטות מן הקרטל משום שמדובר בלקוח "דיסקרטי" המצוי ביחסי אמון ארוכי טווח עם הספק, שלא יגלה את דבר החיתוך למתחרי הספק. כיון שמתחרי הספק יוכלו לאתר רק כעבור זמן כי הספק סטה מן הקרטל,⁶³ יוכל הספק, בתקופת הביניים, לגרוף רווח נאה מהורדת המחירים.

ואולם, יתרון זה של הספק ביכולת לבצע הורדה רווחית של מחיר קרטליסטי עשוי להוות חרב פיפיות עבור אותו הספק. כל כך למה? משום שמתחרי עשויים להבין מראש שחיתוך מעין זה, דרך "מפיץ דיסקרטי" כאמור, רווחי לספק, והם עשויים, לפיכך, לסרב לגבות מחיר

⁶¹ כאשר לספק מעל 50% משוק האספקה הרלבנטי, ממילא חל על הספק, כבעל מונופולין, איסור להפלות בין לקוחות שלו, לגבי עסקאות דומות, באופן המעניק ללקוח אחד יתרון בלתי הוגן על פני הלקוח האחר (סעיף 29א(ב)(3) לחוק ההגבלים). ניתן ללמוד מכך שהאיסור הסטטוטורי על אפליה מצד בעל מונופולין גם הוא במידה רבה לא ראוי, שהרי, כמו הסדר לקוח מועדף, הוא עלול לרכז את התחרות בין הספק המונופוליסטי למתחריו כמו גם, כפי שנראה להלן, לשלול את התמריץ האופורטוניסטי של הספק להעניק הנחות באופן המקטין מחירים סיטונאיים וקמעונאיים. ראו Gilo, לעיל הערה 53, בע' 43-46. משום כך, נראה שהסדר לקוח מועדף המאומץ על ידי ספק בעל מונופולין, ואינו אלא יישום חוזי של סעיף 29א(ב)(3) ה"ל, הוא הסדר ש-"כל כבילותיו על פי דין" ועל כן אין לראותו כהסדר כובל, וזאת מכוח סעיף 1(1) לחוק ההגבלים.

⁶² אני מניח כאן שהקרטל לא ניתן לאיתור או להוכחה ישירה, או שמדובר בקרטל סמוי, שנוצר בלי קומוניקציה בין המתחרים, ועל כן נצפה על ידי דיני ההגבלים העסקיים כתופעה מותרת. ראו גילה, חוזים, לעיל הערה 37, בפסקה 30.11.

⁶³ ההנחה כאן היא שכאשר הספק ומתחריו מוכרים דרך מספר מצומצם של מפיצים, המחיר הסיטונאי שהם דורשים מן המפיצים איננו נחלת הכלל, וספק אחד איננו יודע איזה מחיר הספק האחר גובה ממפיציו. במצב דברים זה, אם ספק סוטה מן הקרטל, למשל על דרך הנחה למפיץ אחד שלו, אמנם מפיץ זה גם הוא יחתוך מחירים, אולם יריביו של הספק לא יוכלו בנקל להסיק כי דווקא הספק סטה מן הקרטל, שהרי יתכן שהמפיץ התייעל, או החליט על דעת עצמו לצאת במבצעים, או שהביקוש לשירותיו נעשה קטן יותר, וכד'. ההנחה היא כי איתור הסטייה מן הקרטל נעשה באיחור יחסי, דבר שמאפשר לספק שסטה מן הקרטל לגרוף רווחים גדולים יותר, על חשבון מתחריו, בתקופת הביניים, לפני שהמתחרים מספיקים להגיב על ידי הורדת מחיר משלהם. מכאן ברור כי גם אם כל המפיצים "דיסקרטטיים באותה המידה" מבחינת נטייתם לגלות ליריבי הספק כי הספק הוריד מחירים, הורדת המחירים היא פחות שקופה כאשר היא נעשית עם מפיץ בודד. אם הורדת המחירים נעשית עם כל המפיצים, יהיה קל יותר לספקים המתחרים להסיק כי הספק סטה מן הקרטל, משום שלא סביר שכל המפיצים התייעלו, או שהביקוש לשירותי כולם ירד, בעת ובעונה אחת, כך שהורדת מחירים על ידי המפיצים יכולה להיות מוסברת כמעט רק על ידי סטייה של הספק מן הקרטל.

קרטליסטי מלכתחילה. לשם מה להם קרטל אם מיד יסטה ממנו הספק, ויגרוף נתחי שוק על חשבונם? בשוק מעין זה, קרטל עשוי לקרוס באיבו, והמחיר יהיה תחרותי. מלכתחילה הספק לא יוכל לגרוף רווחים קרטליסטיים. על מנת להינות מקרטל, על רווחיו הגבוהים, על הספק להתחייב באופן אמין כלפי מתחריו כי לא יסטה מהקרטל דרך אותו "מפיץ דיסקרטי". דרך אמנה לעשות זאת היא להתחייב חוזית כלפי המפיצים שלו שאם אחד מהם יקבל הנחה, כולם יקבלו את אותה ההנחה. מרגע שהספק אימץ הסדר לקוח מועדף מעין זה,⁶⁴ כבר לא יהיה לו תמריץ לסטות מן הקרטל, משום שיצטרך לתת את אותה ההנחה גם למפיצים ה-"לא דיסקרטיים", שעלולים לגלות מיד למתחרי הספק שקיבלו הנחה מיריבם, דבר שיגרום למתחרים להגיב מיד בגין הסטייה, על ידי הורדת מחירים משלהם, ויקטין משמעותית את הרווחים שיכול הספק לגרוף מהורדת מחירים. במצב דברים מעין זה, הסדר לקוח מועדף מקטין את רווחי הספק מסטייה מן הקרטל ועל כן מקטין את הסיכוי שיסטה מן הקרטל. בכך יש כדי להרגיע את מתחרי הספק, ולשכנעם להשתתף מראש בקרטל. כך הסדר לקוח מועדף עלול לייצב קרטל בשוק.

ההנחה הסמויה בניתוח זה היא כי הספק שאימץ את הסדר הלקוח המועדף הוא הספק ה-"אגרסיבי" ביותר בשוק – אותו הספק שעבורו סטייה מקרטל היא הרווחית ביותר. אם, לפני שהספק ("ספק א") אימץ את הסדר הלקוח המועדף, הספקים האחרים אגרסיביים באותה המידה (או אף יותר אגרסיביים) יחסית לספק א', כלומר, אם הפיתוי שלהם לסטות מקרטל זה (או גדול יותר) יחסית לזה של ספק א', הרי שהסדר הלקוח המועדף אין די בו כדי להקל על יציבות קרטל. זאת משום שלמרות שהסדר לקוח מועדף עשוי להקטין את הפיתוי של הספק שאימץ אותו לסטות מקרטל, הפיתוי של הספקים האחרים לסטות מן הקרטל נשאר בעינו, והקרטל יתייצב או יקרוס בתלות בפיתוי שלהם לסטות מן הקרטל, בלי קשר להסדר הלקוח המועדף.⁶⁵

תיאוריה נוספת לפיה הסדר לקוח מועדף הופך את הספק שאימץ אותו למתחרה פחות אגרסיבי, ולאחד שנותן פחות הנחות, קשורה לתמריץ האופורטוניסטי, שהוזכר לעיל,⁶⁶ שיש לספק להעניק הנחה למפיץ אחד שלו על חשבון מפיצים אחרים שלו. אחת הדרכים שמאפשרות לספק, באופן אמין, להימנע מן התמריץ האופורטוניסטי לתת הנחות הוא לאמץ הסדר לקוח

⁶⁴ הספק יוכל להגדיל את אמינות התחייבותו על ידי כינון מערכת כלשהי בקרב המפיצים שמקלה על איתור הנחות, כגון העברת חשבוניות שמוציא הספק למשרד רואי חשבון, שהמידע הנצבר אצלו יהא נגיש לכלל המפיצים.

⁶⁵ השוו: D. Gilo "The Anticompetitive Effect of Passive Investment" 99 *Mich. L. Rev.* 1 (2000). (המראה כיצד השקעה (פאסיבית) מצד פירמה במתחרים שלה עלולה להקל על קרטל, ובלבד שהפירמה המשקיעה היא האגרסיבית ביותר בשוק).

⁶⁶ הערה 53 והטקסט הנלווה אליה.

מועדף.⁶⁷ גם מבחינה זו הסדר לקוח מועדף עלול להיות אנטי-תחרותי, באשר הוא עלול לעזור לספק לדרוש מחירים סיטונאיים גבוהים, שבעקבותיהם גובים המפיצים מחירים קמעונאיים גבוהים. יתרה מזו, כיון שההסדר גורם לספק לגבות מחירים סיטונאיים גבוהים יותר מאשר בלעדיו, הספק מתחייב באופן אמין גם כלפי מתחריו להיפך לפחות אגרסיבי במדיניות המחירים שלו, דבר שיכול לגרור התנהגות דומה מצד המתחרים.⁶⁸

אם כך, קיימות תיאוריות כלכליות מבוססות לפיהן הסדר לקוח מועדף עלול, במקרים מסוימים, לפגוע בתחרות בין הספק (הצד שכבל עצמו) לבין מתחריו. גם הסדר זה, אם כך, עשוי להיות כובל על פי סעיף 2(א) אף לפי הפרשנות בעניין יקבי רמת הגולן. אולם, למרות שלדעתנו התיאוריות הכלכליות אודות הסכנות בהסדר לקוח מועדף מספיקות, בתנאי שוק מתאימים, כדי להסיק פגיעה מסתברת בתחרות לצורך סעיף 2(א) לחוק, אין ספק כי הן פחות ודאיות ויותר שנויות במחלוקת מאשר הפגיעה בתחרות בהסדרי רכישה בלעדית (אשר למרות שגם היא תלויה במבנה השוק הרלבנטי, היא הרבה יותר ודאית והרבה פחות שנויה במחלוקת). כך, כפי שצינו, הפגיעה בתחרות בהסדר לקוח מועדף תלויה לא רק במיעוט הפירמות בענף (אחד הדברים ההופך קרטלים או אינטראקציה אסטרטגית בין מתחרים בענף לאפשרות סבירה) ופרמטרים אחרים המאפשרים קיומה של קרטליזאציה בשוק, אלא שנדרש, למשל, כי הפירמה האגרסיבית בשוק היא שתאמץ את ההסדר על מנת שתהא לו השפעה מקלה על קרטל. אשר לכוחו של הסדר לקוח מועדף למנוע תמריץ אופורטוניסטי של הספק לתת הנחות, גם זו תוצאה לחלוטין לא ודאית ותלוית מודל, והיא לא תתקיים, למשל, אם הספק ממילא יכול לפתח מוניטין ארוך טווח של מי שאיננו נותן הנחות.⁶⁹

אם כך, גם הניתוח הכלכלי של הסדר לקוח מועדף מצביע על חוסר ההגיון בהלכת יקבי רמת הגולן, כאשר אנו משווים בדמיונו הסדר לקוח מועדף להסדר רכישה בלעדית. הראשון, לפי הלכת יקבי רמת הגולן, עשוי להיות כובל לפי סעיף 2(א), למרות שהתיאוריות התומכות בפגיעתו המסתברת בתחרות פחות מובנות מאליהן מאשר הפגיעה המסתברת בתחרות בהסדרי רכישה בלעדית, שעל פי הלכת יקבי רמת הגולן דווקא לא יכולים להיות כובלים לפי סעיף 2(א).

⁶⁷ גם בהקשר זה על הסדר הלקוח המועדף להיות נתמך על ידי מנגנון המגדיל את שקיפות המחירים שהספק גובה ממפיציו. ראו לעיל הערה 64.

⁶⁸ Bulow et al., לעיל הערה 57. ההשפעה הנידונה בטקסט איננה תלויה בקיומו של קרטל (סמוי או גלוי) בשוק. היא נוגעת לכוחם של המתחרים לגבות מחירים מעל לעלויותיהם השוליות גם בהיעדר קרטל, למשל עקב בידול ביניהם. ראו לעיל הערה 52.

⁶⁹ השווו לעיל הערה 55 והטקסט הנלווה אליה.

מכל מקום, מהחלטת הממונה בעניין פילסבורי ישראל בע"מ-אומני פיצה⁷⁰ עולה כי לדעת הממונה הסדר לקוח מועדף הוא הסדר כובל גם לפי סעיף 2(ב) לחוק, בלי קשר לפגיעתו בתחרות. בפרשה זו התחייבה, בין היתר, פילסבורי, הזכיינית ובעלת הרשיון להפצת גלידות האגן דאז בישראל, כלפי אומני פיצה, מפעילת רשת פיצריות דומינו, כי פילסבורי תמכור לאומני את גלידות האגן דאז במחיר שלא יעלה על המחיר הזול ביותר שפילסבורי דורשת מאחרים, למעט מפיצי משנה שלה. הממונה קבע כי כבילה מעין זו מהווה הסדר כובל, משום שיש בה כדי "להקטין את תמריציה של פילסבורי להעניק הנחות ללקוחות אחרים" וכן משום שההסכם גורע "מהתכנותם של קשרים בין צדדים שלישיים לבין פילסבורי, אם וכאשר צדדים אלה ירצו להציע לפילסבורי תנאים מסחריים עדיפים בתמורה להנחה גדולה יותר".

כל זאת למרות שנתח השוק של פילסבורי בשוק הרלבאנטי היה של אחוזים בודדים, ואומני היוותה ערוץ להפצה של פחות מ-1% מן הגלידה בשוק הרלבאנטי. בנוסף, שטראוס, הדומיננטית בענף, ונגה גלידה, המשווקת את גלידות נסטלה-מוטה, חלשו על נתח שוק של מעל 80% מן הענף, בעוד מותג האגן דאז, ששווקה פילסבורי, נתקל בקשיי חדירה לשוק. אכן, הממונה הגיע למסקנה כי פגיעת ההסדר שנדון שם בתחרות איננה משמעותית ועל כן זכאי ההסדר לפטור על פי סעיף 14 לחוק ההגבלים. אולם, מניתוח הממונה בהחלטה זו עולה כי, כמו הסדרי בלעדיות, לדעת הממונה גם הסדר לקוח מועדף מוכתם אוטומטית כהסדר כובל, בלי קשר לפגיעתו בתחרות, והכשרתו יכולה להיות רק באמצעות פטור אינדבדואלי או הנאה מפטור סוג. לדעתנו, ראוי היה לבחון הסדר לקוח מועדף, כמו הסדרים אנכיים מסוגים אחרים, אך ורק לאור סעיף 2(א) לחוק, ומראש להכתימו כהסדר כובל רק אם הוא עלול לפגוע, באופן לא זניח, בתחרות בענפים הרלבאנטיים.

לאחרונה נידון הסדר לקוח מועדף על ידי בית המשפט העליון בעניין אקסטל.⁷¹ בפרשה זו נידון הסדר בין יצרנית של פרופילי אלומיניום (אקסטל) לבין מפיץ, שבו, בין היתר, התחייבה אקסטל כי לא תמכור למפיצים אחרים במחירים זולים יותר מאשר שילם המפיץ. השופט טירקל, בדעת יחיד, קיבל את עמדתנו הנ"ל, לפיה הסדרים אנכיים צריכים להידון רק לפי סעיף 2(א) לחוק, וקבע כי הסדר הלקוח המועדף שלפניו איננו כובל, באשר לא הוכח כי הוא עלול לפגוע בתחרות בשווקים הרלבאנטיים. בהתאם, אין פלא שהשופט טירקל לא התייחס להלכת יקבי רמת הגולן נשוא דיוננו. אם לא הוכחה פגיעה מסתברת בתחרות באף שוק רלבאנטי, אין מדובר בהסדר

⁷⁰ לעיל הערה 31.

⁷¹ לעיל, הערה 17.

כובל לפי סעיף 2(א) לחוק, וזאת בין על פי הפרשנות שאנו דוגלים בה ברשימה זו ובין על פי פרשנות בית המשפט בעניין יקבי רמת הגולן. השופטת נאור, גם היא בדעת יחיד, קבעה, ברוח הפסיקה המסורתית בעניין הסדרים אנכיים, כי סעיף 2(ב)(1) לחוק חל על הסדר הלקוח המועדף, ושהוא כובל בלי קשר לפגיעתו בתחרות.

4.5 הכתבת מחירי מקסימום

הכתבת מחירי מקסימום (Maximum Resale Price Maintenance) היא הסדר שבו המפיצים מתחייבים כלפי הספק כי לא ידרשו מחיר העובר סף מסוים. השפעת הסדר מעין זה שונה מזו של הכתבת מחיר מינימום, משום שההסדר איננו פוסל תחרות בין המפיצים להורדת המחיר לצרכן אל מתחת למחיר המקסימום. מסיבה זו הפך בית המשפט העליון האמריקאי הלכה ישנה, לפיה הסדר מסוג זה היה אסור per se (בלי קשר לפגיעתו בתחרות)⁷² וקבע כי על הכתבת מחיר מרבי יש ליישם את כלל הסבירות, הבודק, בין היתר את מידת הפגיעה של ההסדר בתחרות בענף הרלבנטי.⁷³

למרות שהאינטואיציה אומרת שהכתבת מחירי מקסימום יכולה רק להועיל לצרכנים, על ידי ריסון המפיצים מלגבות מחירים קמעונאיים גבוהים מדי, קיימות תיאוריות כלכליות הצופות כי לעתים הכתבת מחירי מקסימום תפגע בתחרות. בפרט, כאשר הספק מכתב מחירי מקסימום למפיציו, הוא מקטין בכך את רווחי המפיצים ממכירות, ובכך מקטין את התמריץ האופורטוניסטי שלו, שהוזכר לעיל,⁷⁴ לתת למפיץ אחד הנחות על חשבון המפיץ האחר, באופן שגורם למחיר הסיטונאי והקמעונאי להיות נמוכים יותר. הקטנת התמריץ לתת הנחות, בין היתר, עוזרת לספק לפתח מוניטין של מי שאיננו מעניק הנחות כלל.⁷⁵

⁷² ראו: *Albrecht v. Herald Co.*, 390 U.S. 145, 88 S.Ct. 869 (1968).

⁷³ ראו: *State Oil Company v. Khan*, 522 U.S. 3, 118 S.Ct. 275 (1997).

⁷⁴ ראו *Gilo*, לעיל הערה 53, בע' 61-62.

⁷⁵ על קצה המזלג, ככל שהמפיצים מרוויחים יותר ממכירות, כך גדל התמריץ האופורטוניסטי של הספק לתת למפיץ אחד הנחות על חשבון המפיץ השני, שהרי הרווחים שמפיץ אחד יכול "לחטוף" למפיץ השני, באמצעות ההנחה, גדולים יותר. כאשר מפיצים מרוויחים מעט ממכירות, מרבית הרווחים ממכירות ממילא זורמים אל הספק. במצב זה, התמריץ האופורטוניסטי של הספק להעניק הנחות חלש, משום שהנחה שיינתן למפיץ אחד על חשבון המפיץ השני גורעת רק מעט מרווחי המפיץ השני, והיא בעיקרה על חשבון הספק עצמו. ראו *Gilo*, שם.

הווה אומר, הכתבת מחירי מקסימום עלולה להפוך את הספק למתחרה פחות אגריסיבי בשוק שלו, ולגרום לו להעלות מחירים. כפי שצינו לעיל, הפיכת הספק למתחרה פחות אגריסיבי עלולה לגרום גם למתחריו להיחפך לפחות אגריסיביים ולעלות מחירים בשוק כולו.⁷⁶ אם כך, הכתבת מחירי מקסימום עלולה לפגוע בתחרות בין הספק, הנהנה מן הכבילה, לבין מתחריו. על פי גישתנו, זוהי עילה להיות הסדר כובל לפי סעיף 2(א), שדורש, לדעתנו, פגיעה מסתברת בתחרות בענף כלשהו. אולם, אם ניישם את הלכת יקבי רמת הגולן על הניתוח עד כה, נמצא שלכאורה אין כאן הסדר כובל לפי סעיף 2(א) לחוק, שהרי הפגיעה בתחרות שהצבענו עליה איננה בשוק של הצד שכבל עצמו (המפיצים) כי אם בשוק של הצד שנהנה מן הכבילה (הספק).

אולם, מבט מפוכח יותר מראה כי הכתבת מחירי מקסימום עלולה לפגוע בתחרות, במקרים מתאימים, גם בענף של הצד שכבל עצמו – ענף המפיצים. כאמור, היכולת של ספק להתחייב באופן אמין שלא לתת הנחות למפיץ אחד על חשבון השני מאפשר לספק לנפח את המחיר הסיטונאי שהוא גובה ממפיציו. בכך יש כדי להפיג את המתח התחרותי בין המפיצים לבין עצמם. אמנם, בהינתן שמפיצים אחרים משלמים מחיר סיטונאי יקר זה, מפיץ בודד היה מעדיף לקבל הנחה מן הספק, על חשבון יריביו. אולם, כל המפיצים מעדיפים שהמחיר הסיטונאי יהיה מנופח לכולם מאשר שיהא נמוך לכולם. אם המחיר הסיטונאי יהיה נמוך לכל המפיצים, התחרות בין המפיצים תוביל למחיר נמוך לצרכן, והרווחים שניתן יהיה לגרוף על חשבון הצרכנים יהיו קטנים יותר. ניפוח המחיר הסיטונאי לכלל המפיצים יכול להוביל למחיר גבוה יותר לצרכן, שמאפשר גריפת רווחים גבוהים יותר על חשבון צרכנים.

אמת, חלק מן הרווחים הללו עוברים לספק, אך חלקם הולך למפיצים, הכל בהתאם לחוזה שבינם לבין הספק, המחלק את ה-"שלל" המופק על חשבונם של הצרכנים בין הספק למפיציו. כך, למשל, המפיצים יכולים לגרוף חלק מן הרווחים הללו דרך תשלומים קבועים מן הספק, בדמות "בונוסים" למיניהם שהספק מעניק להם. הנקודה החשובה היא שתחת מחיר סיטונאי מנופח לכלל המפיצים, המערכת האנכית כולה (ספק ומפיציו גם יחד) מרוויחה יותר, עקב הקהיית עוקצה של התחרות בין המפיצים. המסקנה המתבקשת היא שהכתבת מחירי מקסימום, באותם המקרים שבהם היא עוזרת לספק להתחייב שלא לתת הנחות, עלולה להקחות גם את עוקצה של התחרות בין המפיץ, הצד שכבל עצמו, למתחריו, ועל כן להוות הסדר כובל לפי סעיף 2(א) גם לאור הפרשנות ביקבי רמת הגולן.

⁷⁶ Bulow et al., לעיל הערה 57.

בנוסף, אם במקרה קונקרטי ספקים בשוק מסוים מכתיבים לכלל מפיצייהם מחירי מקסימום, תוכל להיטען טענה כי מחירי המקסימום אינם אלא מסווה, או סיגנל, למחירי הפצה קרטליסטיים לגבי אותם מוצרים. כך, למשל, אם למפיצים בענף הפצה מסוים, כגון רשתות שיווק, קשה לתאם את המחיר הקרטליסטי לצרכן, עקב ריבוי המוצרים, ההבדלים בין הרשתות, וכו', ניתן להשתמש ב-"הכתבת מחירי מקסימום" מצד הספקים של המוצרים השונים, כלפי רשתות השיווק השונות, על מנת לאותת למפיצים מהו מחיר (או מחירי) ה-"סטטוס קוו" הקרטליסטי לצרכן לכל מותג. ללא סיגנל כזה יתכן שרשתות השיווק, למשל, יתקשו לתאם מחירים קרטליסטיים כאמור (במיוחד לאור האופי הפלילי של תיאום מפורש בעניין זה) וקרטל מעין זה עשוי לקרוס באיבו.⁷⁷ גם מבחינה זו הפגיעה בתחרות היא בשוק של הצד שכבל עצמו, המפיצים, ועל כן הסדר כובל, בסיטואציה מתאימה, לפי סעיף 2(א), גם לפי הפרשנות ביקבי רמת הגולן.⁷⁸ מכל מקום, תנאי להתכונותה של תיאוריה מעין זו הוא שכלל המפיצים דבקים במחיר המקסימום, ולא גובים בפועל מחירים נמוכים יותר.

גישת דיני ההגבלים הישראלים כלפי הכתבת מחירי מקסימום היא במידה רבה דו-ערכית. מחד, הכתבת מחירי מקסימום נכנסת, לכאורה, לגדר סעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים, באשר היא כבילה "לגבי המחיר שידרש", ועל כן היא לכאורה מהווה הסדר כובל בלי קשר לפגיעתה בתחרות.⁷⁹ בנוסף, ההוראות הכלליות של פטורי הסוג שוללים את תחולת פטורי סוג, אלא אם נאמר במפורש אחרת בפטור סוג מסוים, על "הכתבת מחירים" מבלי להבחין בין הכתבת מחירי מקסימום לבין הכתבת מחירי מינימום.⁸⁰ מאידך, בפטור הסוג להסכמי הפצה בלעדית נאמר, כי

⁷⁷ יצוין כי "קרטל" בין רשתות השיווק עשוי, במקרים מסוימים, להיות מאופיין דווקא על ידי מחיר שונה לכל מותג. כל עוד הצליחו הרשתות לאיין את תחרות המחירים ביניהן כך שתמחור (מגוון) זה של המותגים השונים נשאר יציב בין הרשתות, ניתן לומר כי הקרטל הצליח. מחירים קרטליסטיים שונים של מותגים שונים יכולים להיות מוסברים על ידי שוני בין המותגים, מבחינת איכותם בעיני הצרכנים, טכנולוגית הייצור שלהם, וכד'.

⁷⁸ כמובן יכולה בהקשר זה להישאל השאלה מה בצע להם לספקים בקרטל כלל ענפי בין המפיצים שלהם? באופן רגיל הספקים לא יהיו חפצים בקרטל כזה, שהרי הוא מקטין את היקף המכירות של מוצרי הספקים. אולם, השגת היעדר תחרות בין המפיצים לבין עצמם, מאידך, עוזרת לספקים להתגבר על התמריץ האופורטוניסטי שלהם לתת הנחות, ובכך יש כדי להגדיל את רווחי הספקים בטווח הארוך. ראו Gilo, לעיל הערה 53, בע' 36.

⁷⁹ בעניין א.מ. חניות, לעיל הערה 8, השופטים אור (וכפי הנראה גם טירקל, שהצטרף להנמקותיו של השופט אור) אכן ניתחו הכתבת מחירי מרבי ככנס לגדר סעיף 2(ב)(1) לחוק. בפרשה זו הכתיבה עיריית ירושלים למפעיל ששכר ממנה חניון את המחיר המרבי שהלה ידרוש ממנויים.

⁸⁰ ראו סעיף 1(4) לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), תשס"א-2001, ק"ת 6096. אמנם, במקום אחר, אנו מטיפים שלא להחיל את סעיף 4 הנ"ל על הסדרים אנכיים, דוגמת הכתבת מחירי מקסימום או מינימום. ראו גילה, לעיל הערה 8, בפסקה 6.4. יתרה מזו, ההוראות שוללות תחולת פטורי סוג על הכתבת מכסות מקסימום ולא שוללות את תחולתם על הכתבת מכסות מינימום. כיון שמכסות מקסימום אנלוגיות למחירי מינימום, ומכסות

"הסכם לעניין המחיר המרבי שייגבה עבור המוצר" איננו שולל את תחולת פטור הסוג הנ"ל.⁸¹ מכאן עולה, לכאורה, תפיסה שונה, המפגינה פחות חשש מהכתבת מחירי מקסימום. לגישתנו, ככל ההסדרים האנכיים, גם הכתבת מחירי מקסימום צריכה להבחן אך ורק לפי סעיף 2(א) לחוק ולא לפי סעיף 2(ב) לחוק. על פי גישה זו הכתבת מחירי מקסימום תהווה מלכתחילה הסדר כובל רק אם היא עלולה לפגוע (באופן לא זניח) בתחרות בענף רלבאנטי כלשהו, וכמובן, בניגוד לגישת בית המשפט ביקבי רמת הגולן, אחת היא באיזה ענף רלבאנטי עלולה להפגע התחרות.

5. גלגולה של לשון רשלנית: ההסטוריה החקיקתית של סעיף 2(א) לחוק

פסקאות אלה מטרתן להראות כיצד התגלגלה אותה לשון מצערת של סעיף 2(א) לחוק ששמשה את הפרשנות, המוטעית לדעתנו, שבעניין יקבי רמת הגולן. המסקנה הברורה מניתוח ההיסטוריה החקיקתית היא שלא היתה שום כוונה להגיע לתוצאה לפיה הסדר העלול לפגוע בתחרות בין הצד הנהנה מן הכבילה למתחריו איננו כובל.

חוק ההגבלים בנוסחו המקורי, הוא חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט-1959, לא כלל פגיעה מסתברת בתחרות כיסוד בהגדרת הסדר כובל, ובמקום זאת הסתפק ברשימה של כבילות שתיראינה כהסדר כובל. בפרט, סעיף 2 לחוק הישן קבע כי:

"הסדר כובל הוא הסדר בין בני-אדם המנהלים עסקים הבא למנוע או להגביל במפורש או מכללא את אחד הצדדים להסדר באחד העניינים המנויים להלן לגבי מצרך או לגבי שירות (להלן-כבילה), ולמעט הסדרים לפי סעיפים 5-10. ואלה העניינים:

(1) התמורה או כל גמול אחר (להלן-מחיר) שיידרש, שיקובל, שיוצע, או שיינתן בין שהוא מחיר קבוע ובין שהוא מחיר מינימום או מכסימום;

(2) הריווח שיופק;

(3) העיסוק, תנאיו, דרכיו, כמותו, איכותו, או סוגו;

(4) האנשים או סוג האנשים אשר אתם או בשבילם יעסקו;

(5) המקום שבו יעסקו;

(6) ההשקעה לשם העסק, כמותה, איכותה, תנאיה, ודרכיה"

מינימום אנלוגיות למחירי מקסימום, ניתן להסיק מכך שההוראות אינן שוללות תחולת פטורי הסוג על הכתבת מחירי מקסימום, אלא רק על הכתבת מחירי מינימום.

⁸¹ ראו סעיף 3(ד)(5) לפטור הסוג להפצה בלעדית, לעיל הערה 42. הוראה דומה מצויה בסעיף 2(3) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי זכיינות), התשס"א-2001, ק"ת 6096.

הווה אומר, החוק הישן הגדיר הסדר כובל על פי רשימה של כבילות שיראו אותן כהסדר כובל בלי קשר לפגיעה בתחרות בענפים הרלבאנטיים, כפי שעושה סעיף 2(ב) לחוק זהיום. כאשר חוקק החוק החדש מ-1988, המגמה המפורשת היתה להוסיף להגדרת הסדר כובל את היסוד של פגיעה מסתברת בתחרות. במכלול דברי הכנסת שליוו את הקריאות השונות לקבלת החוק מ-1988 לא בוטאה כוונה כלשהי להבחין בין הסדרים העלולים לפגוע בתחרות בשוק של הצד שכבל עצמו לבין הסדרים העלולים לפגוע בתחרות בשוק של הצד שנהנה מן הכבילה. כך, בדברי הכנסת של הישיבה הארבע-מאות-וארבע של הכנסת האחת-עשרה, יום שלישי, י"ב התשמ"ח (26 ביולי 1988) ציין ח"כ אוריאל לין, בשם ועדת הכלכלה ש :

"בתחום ההסדרים הכובלים השינויים העיקריים [בהצעת החוק החדש, ביחס לחוק

הישן] הם : הוכנס במפורש יסוד תחרות כבסיס להפעלת הוראות החוק..."

כוונה חקיקתית ברורה זו עולה גם מדברי ההסבר להצעת החוק⁸² החדש. בדברי ההסבר לנוסח סעיף 2(א) להצעת החוק, שכוללת כבר בחובה את הכשל הלשוני לפיו, לכאורה, הפגיעה בתחרות צריכה להיות בשוק של הצד שכבל עצמו על מנת שההסדר יהא כובל, נאמר במפורש, תוך בקורת על החוק הישן :

"האמור ב[סעיף 2 של החוק הישן] לא ממצה את מגוון האפשרויות מבחינת הענינים שיש בכבילה לגביהם השלכה על התחרות. הסעיף המוצע מדגיש את הפגיעה בתחרות הנובעת מהסדרים כובלים בכך שהוספה בסעיף קטן (א) הוראה כללית, לפיה כל הסדר שיש בו מניעה או הפחתה של תחרות ייחשב הסדר כובל [ההדגשות שלי-ד"ג].

גם במסגרת הדיון בהצעת החוק בוועדת הכלכלה בדצמבר 1984, מציין נציג משרד התעשייה מהמסחר, הממונה על ההגבלים העסקיים דאז זאב גלמור, כי :

"לגבי הסדר כובל לא היה שינוי מהותי אלא רק הערות כלליות. עד עכשיו, בחוק שלנו, הסדר כובל הוגדר רק בצורתו, הסדר בין אנשים בנושא זה או בנושא זה. אפילו מלה של "התחרות" לא הוכרה. הנוסח היה רק לגבי צורת ההסדר. בהצעת החוק המוצעת התווספה גם הגדרה כללית יותר. הסדר הוא גם הסדר שפוגע בתחרות, בלי לפרט במה. זו הגדרה כוללת יותר שיכולה לסייע ליישום החוק. לא מספיק להגדיר את הצורה, כי במשך הזמן הצדדים להסדר כובל הולכים ומתחכמים ומוצאים צורות חדשות".⁸³

⁸² הצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד-1983, ה"ח 1647, א' בכסלו התשמ"ד (7 בנובמבר 1983).

⁸³ פרוטוקול ועדת הכלכלה, 26.12.84, ע' 5.

אם כך, כוונת המחוקק הובהרה באופן חד: כל הסדר שעלול לפגוע בתחרות, בענף כלשהו, הוא כובל לפי סעיף 2(א) לחוק החדש. אלא שכוונה זו הוצאה אל הפועל בנוסח מעט רשלני. את הלשון של סעיף 2 לחוק הישן "הבא למנוע או להגביל... את אחד הצדדים להסדר..." ניסו לשמר, ו-"להלביש" עליה את היסוד של פגיעה מסתברת בתחרות. מנסיון "הלבשה" טכני זה יצא נוסח שמלשונו הצרה עולה, לכאורה, שהתחרות צריכה להפגע בשוק של הצד שהגביל עצמו. אולם, כשם שהפסיקה השכילה להתעלם מכשל לשוני זה עד עניין יקבי רמת הגולן, כך ראוי שהפסיקה תעשה גם היום, תוך כיבוד הכוונה הברורה של המחוקק.

הווה אומר, לא רק שתכלית החוק מובילה בבירור למסקנה כי סעיף 2(א) לחוק חל על כל הסדר שעלול לפגוע בתחרות בענף כלשהו, ולא רק שפרשנות כגון זו של פרשת יקבי רמת הגולן מובילה לתוצאות אבסורדיות, אלא שגם ההסטוריה החקיקתית מובילה לאותה המסקנה. במצב דברים זה, שומא עלינו ליישם את תכלית החוק, למרות לשונו המרושלת. אף בחוק הפלילי, למשל, מקובל כי אין לתת משקל כבד יותר ללשון החוק אם מובן כי אין בכך כדי להגשים את תכליתו (השוו סעיף 34כא רישא לחוק העונשין).

כפי שמציין פרופסור ברק, נשיא בית המשפט העליון, בספרו, כשמדובר בתיקון טעות בטקסט של נורמה משפטית, יש להפעיל את הכלל לפיו "חזקה על המחוקק כי ביקש לאפשר לשופט לתקן טעות בולטת בחוק ובלבד שתוגשם כוונת המחוקק.⁸⁴ כאמור, בתי המשפט השכילו, עשרות בשנים, לתקן טעות זו בפסיקתם, ולהחיל את סעיף 2(א) על כל הסדר שעלול לפגוע בתחרות בענף כלשהו. כל שאנו מבקשים כאן הוא כי בתי המשפט יחזרו לעקרון הפרשני התכליתי והראוי שהנחה אותם עד לפרשת יקבי רמת הגולן.

6. סיכום

מסקנתנו הברורה היא כי תכלית המחוקק בחוקקו את חוק ההגבלים העסקיים דהיום היא שכל הסדר העלול לפגוע בתחרות, באופן לא זניח, **בשוק כלשהו**, הוא הסדר כובל לפי סעיף 2(א) לחוק. אחת היא אם הפגיעה המסתברת בתחרות היא בשוק של הצד הנהנה מן הכבילה או בשוק של הצד שכבל את עצמו. הפסיקה שניתנה לאחרונה, המבוססת על הלשון המסורבלת של סעיף 2(א) הנ"ל, ולפיה הסדר הוא כובל על פי סעיף זה רק אם הוא עלול לפגוע בתחרות בשוק של הצד שכבל עצמו, מנוגדת לחלוטין לתכלית החוק, כפי שמעידה גם ההיסטוריה החקיקתית. יתרה מזו, אני

⁸⁴ א' ברק, "פרשנות במשפט", כרך א', עמ' 258.

מראה כיצד פרשנות זו מובילה לתוצאות אבסורדיות, ברגע שלוקחים בחשבון את הניתוח הכלכלי של סוגי ההסדרים האנכיים השונים.

פסיקה זו איננה אלא סימפטום לתופעה כללית של סלידת בתי המשפט האזרחיים מטענה של צד להסכם כי ההסכם הוא כובל. אני מראה כי סיבה אחת לסלידה זו, זניחת אינטרס הציבור בתחרות והתמקדות ביחסים בין הצדדים לחוזה האנטי-תחרותי, אינה מוצדקת. אני מראה גם שהסיבה האחרת לסלידה זו, שטמונה בהרחבת היתר של הגדרת ההסדר הכובל בעבר, ניתנת לטיפול תכליתי וממוקד, שאיננו מצריך פרשנות לא תכליתית של החוק.

לאחרונה, בפסק הדין של בית המשפט העליון בעניין רע"א 6233/02 **אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשיה, שיווק אלומיניום זכוכית ופרזול בע"מ**,⁸⁵ נידונה השאלה אם יש לפרש את סעיף 2(ב) לחוק, הקובע כי הסדרים הנכנסים לגדרו הם כובלים בלי קשר לפגיעתם בתחרות, בצורה תכליתית או לשונית. בפרט, השופט טירקל, בדעת יחיד, אימץ את דעתנו, שהבענו במקום אחר,⁸⁶ לפיה סעיף 2(ב) האמור צריך להתפרש כחל רק על ההסדרים האופקיים החמורים ביותר, בעוד שהסדרים אנכיים יוכלו להיות כובלים רק אם הם עלולים לפגוע בתחרות, על פי סעיף 2(א) לחוק. מנגד, השופט נאור, גם היא בדעת יחיד, קבעה, כלשון השופטת, כי:

"בדעה המובעת על ידי גילה, אותה מציע חברי לאמץ, יש קסם רב כהצעה למחוקק... לא ניתן, לדעתי, לקבלה כחלק מהדין המצוי בישראל. לא נוכל לדעתי לקבוע, בדרך של פרשנות את שמציע לנו גילה... "[ההדגשות במקור=דיג]."⁸⁷

בהתאם, אין בידינו הכרעה חד משמעית לגבי השאלה אם לפרש את סעיף 2(ב) לחוק באופן תכליתי או לשוני, ומהלכת יקבי רמת הגולן אנו למדים שבית המשפט העליון נטה לכיוון הפרשנות הלשונית של סעיף 2(א) לחוק וסטה מזו התכליתית. לדעתנו יש לפרש הן את סעיף 2(א) והן את סעיף 2(ב) בצורה תכליתית, שתקדם את כוונתו של המחוקק.

⁸⁵ טרם פורסם.

⁸⁶ ראו גילה, סכר ההסדרים הכובלים, לעיל הערה 49.

⁸⁷ ניתוח מפורט של פסק דין אקסטל הנ"ל נביא במקום אחר, בו ננסה להראות כי לא קיימת מניעה להחיל את הצעתנו גם על דרך הפרשנות.