

חוזים המגבילים תחרות, הגבלים עסקיים, ומונופולין  
דיויד גילה

מבוא 637

כללי 637

מטרת חוק ההגבלים ויתרונותיה החברתיים של תחרות 637

מושגי יסוד הנוגעים לתחרות – הגדרת השוק ותחליפיות 638

הוראות חוק ההגבלים בענין הסדרים הפוגעים בתחרות – כללי 641

חוזים בין מתחרים להפחתת התחרות ביניהם ("חוזים אופקיים") 642

"ההסדר האופקי" ויחסו לדיני חוזים 645

הסדר שאינו "בין בני אדם שמנהלים עסקים" 647

חלוקת השוק בין מתחרים 648

הסדרים מקלים (facilitating practices) 649

מיזמים משותפים בין מתחרים 652

הסדרים אנכיים 658

מבוא 658

הסדרי בלעדיות 658

הסדר ספק בלעדי 658

פטור הסוג להסכמי רכישה בלעדית 660

החלת פטור הסוג למיזמים משותפים על הסדר ספק בלעדי 664

מפיץ בלעדי 665

פטור הסוג להסדרי הפצה בלעדית 665

החלת פטור הסוג למיזמים משותפים על הסדרי מפיץ בלעדי 668

הסדרים המונעים את התחרות בין מפיצי אותו מותג 669

החלת פטור הסוג להפצה בלעדית על חלוקה טריטוריאלית בין מפיצים 670

הכתבת מחירי מקסימום (Maximum Resale Price Maintenance) 671

אלמנט תהסכם האנכי 672

הסדרים שאינם נחשבים לכובלים – סעיף 3 לחוק ההגבלים 673

הסדרים שכל כבילותיהם על פי דין 673

כבילות הנוגעות לזכות השימוש בקניין רוחני 675

דיייד גילה

- 677 כבילות הנוגעות לשימוש במקרקעין  
678 הסדר בתוך הפירמה  
679 כבילות הנוגעות לגידולים חקלאיים  
679 בלעדיות הדדית  
682 כבילות הנוגעות לתובלה בינלאומית  
682 הסדר עם ארגון עובדים או ארגון מעבידים  
683 פטור סוג להסדרים שפגיעתם קלת ערך  
687 חוזים למיזוג פירמות  
687 כללי  
688 תחולת החוק על המיזוג  
689 החלטת הממונה אם לאשר את המיזוג  
689 סוגים של מיזוגים, פגיעתם בתחרות, ויתרוניתיהם החברתיים  
691 מיזוג עם פירמה שנכשלה פיננסית  
691 האם ניתן לתקוף מיזוג כ"הסדר כובל"?  
692 חוזים של בעל מונופולין  
692 מיהו בעל מונופולין  
693 חוזים אחידים של בעל מונופולין  
693 ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה  
693 סירוב בלתי סביר להתקשר  
694 פגיעה בציבור ותמורה לא הוגנת  
696 גביית מחיר מופרז או רכישה במחיר נמוך במידה מופרזת  
697 מחיר אספקה נמוך מדי (תמחור טורפני)  
698 אפליה בין לקוחות  
700 קשירה (tying)  
702 חוזים המנוגדים לחוק ההגבלים – תחולת דין הפסלות  
702 חוזה הנעשה תוך ניצול לרעה של מונופול  
703 הסדר כובל המנוגד לחוק  
707 תניות איתחרות  
707 מבוא  
707 פגיעת תניות איתחרות בחופש העיסוק  
708 פגיעת תניות איתחרות בתחרות  
716 נפקות הגבלת היקף התניה  
719 נפקות היות התניה מוגבלת בזמן  
719 תניות איתחרות כהסדר כובל  
722 תניות איתחרות הנלוות למכירת עסק  
725 היתרונות החברתיים של תניות איתחרות  
726 התוצאות הנובעות מתניות איתחרות ומפסלותה

מבוא

כללי

30.1 פרק זה עוסק בחוזים המגבילים את התחרות החופשית וכו ארבעה חלקים מרכזיים. החלק הראשון עוסק בהוראות חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988<sup>1</sup> (להלן – "חוק ההגבלים"), שהוא החוק המרכזי בתחום זה, לענין הסדרים כובלים. החלק השני עוסק בחוזים למיזוג חברות. החלק השלישי עוסק בחוזים של בעל מונופולין. החלק הרביעי עוסק בתניות אי תחרות, היינו תניות האמורות לחול לאחר ביצוע או סיום החלק המרכזי של החוזה, למשל, כאשר עובד מתחייב כלפי מעבידו שלאחר סיום תקופת עבודתו לא יעבוד בעסק המתחרה באותו מעביד.

הפרק הנוכחי אינו מבקש לעסוק במכלול הסוגיות של הגבלים עסקיים ואף לא בכל השאלות הפרשניות העולות מחוק ההגבלים<sup>2</sup>. ההתמקדות תהיה בעיקר בניית סוגי החוזים המהווים או עשויים להוות הגבל עסקי. כל חוזה מכר לכאורה פוגע פוטנציאלית בתחרות, באשר הוא מדיר רגליהם של צדדים אחרים, לענין הנכס הספציפי נשוא החוזה ולענין תקופת החוזה. מכאן שדיני ההגבלים העסקיים אינם יכולים להתערב בכל חוזה וחוזה, מחשש לטרפד את הפעילות המסחרית כולה. אולם חופש חוזים מוחלט עלול לגרום צמצום חריף בתחרות. זאת משום שתחרות נוטה להקטין את רווחי הפירמות הכפופות לתחרות, והן תרצינה להתחייב שלא להתחרות זו בזו, על מנת להאדיר רווחיהן, על חשבון ציבור הצרכנים. דיני ההגבלים העסקיים נועדו למנוע פגיעה בתחרות, אך עם זאת ראוי שיתערבו בפעילות הכלכלית רק באותם מקרים שבהם הפגיעה בתחרות היא משמעותית. כפי שפרק זה יראה, המשפט המצוי חורג במידת מה מאידיאל זה. חוזים רבים מהווים, על פי הדין הישראלי, הסדר כובל אסור, גם כאשר אינם פוגעים משמעותית בתחרות.

מטרת חוק ההגבלים ויתרונוחיה החברתיים של תחרות

30.2 מטרתו המוצהרת של חוק ההגבלים העסקיים היא קידום התחרות. פסיקת בתי המשפט הדגישה את התחרות החופשית כערך חשוב שהמשפט הישראלי חפץ לקדם<sup>3</sup>. ניתן להגדיר "תחרות" כצורת התנהגות בשוק של פירמות המספקות

1 ס"ח תשמ"ח, 128.

2 ראו, כללית: י' יגור, דיני הגבלים עסקיים (מהדורה 3, 2002).

3 ראו, למשל, דני"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, 70, 79 (השופט חשין), התחרות היא "אינטרס ... השואב את חיותו ואת עצמתו מעקרון תקנת הציבור במובנו הרחב, מטובת הציבור הכללית. ... תחרות חופשית חיונית היא להגברת היעילות במשק, לפיתוחו של המשק ולצמיחתו...". שס; רע"א 371/89 ליבוביץ נ' א. את י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309, 327-329; בג"צ 125/57 אניות מיכל ומשא נ' שר האוצר, פ"ד יא 1490, 1501; בג"צ 311/60 י' מילר, מהנדס (סוכנות ויבוא) בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד טו(3) 1989, 1999; בג"צ 1008/94 גל קשר בע"מ נ' שרת התקשורת, דינים עליין מב

או רוכשות מוצרים או שירותים שהם "תחליפיים" מספיק זה לזה בעיני הצרכנים<sup>4</sup>. תחרות עשויה להיות לא רק ביחס למחיר המוצר או השירות, אלא גם באשר לאיכותו או לתכונות אחרות שלו.

לתחרות מספר יתרונות. יתרון אחד כרוך בסוג של "צדק חלוקתי": העדר תחרות באספקת מוצרים או שירותים בין הפירמות נוטה להעביר עושר מציבור הצרכנים אל הפירמות. עידוד תחרות על ידי הדין יש בו כדי להקטין העברת עושר מעין זה. יתרון נוסף, ואולי אף חשוב יותר של תחרות, קשור בשיקולי יעילות. כל העלאה של המחיר מעל לעלות השולית<sup>5</sup> של אספקתו תוביל לעיוות בהקצאת משאבים (allocative inefficiency), המשתקף בכך שיהיו צרכנים שלאור העלאת המחירים לא יצרכו את המוצר, למרות שראוי היה, מבחינה כלכלית, שיצרכו אותו<sup>6</sup>.

כמו כן, עשויה התחרות לקדם יעילות בייצור או באספקה בטווח הארוך. היא מעודדת כניסה או התרחבות של פירמות יעילות בשוק, וגורמת לפירמות ותיקות, ופחות יעילות, להתייעל.

#### מושגי יסוד הנוגעים לתחרות – הגדרת השוק ותחליפיות

30.3 מכיוון שמטרתו של חוק ההגבלים היא למנוע או לצמצם הסדרים הפוגעים בתחרות, ראוי להתייחס לשיקולים המרכזיים שלאורם נבחנת שאלת התחרות. נושא זה הוא בעל חשיבות ראשונה במעלה הן לצורך פרשנות הוראות חוק ההגבלים והן לצורך השיקולים הנוגעים למתן אישור להסדר כובל (הסדר ללא אישור כזה הוא בלתי חוקי) והן לצורך קבלת פטור מהצורך באישור, כאשר המשמעות המעשית של קבלת פטור או אישור היא שההסדר איננו מנוגד לחוק<sup>7</sup>. יחד עם זאת, נציין כבר בשלב זה, שבמקרים מסויימים ניתנה לחוק ההגבלים פרשנות מילולית, שבעקבותיה נקבע שחזים מסויימים מנוגדים לחוק, אף שלמעשה אין הם פוגעים בתחרות או שפגיעתם שולית לחלוטין.

כל ניתוח של מידת הפגיעה בתחרות, לצורך דיני ההגבלים העסקיים, מצריך הגדרה של השוק הרלבנטי. הגדרה זו חשובה גם לצורך סוגיות נוספות דוגמת מהו נתח השוק של פירמה, על מנת לברר אם היא בעלת מונופולין, לצורך תחולת הוראות הפיקוח על בעל מונופולין. השאלה היא אפוא מהו ה"שוק"

209, 203; ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577; ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, פ"ד נב(5) 213, 229-230.

4 המושג של תחליפיות מספקת בין מוצרים או שירותים יובהר כריון בהגדרת השוק, סעיף 30.3 להלן.

5 העלות השולית היא עלות אספקת היחידה האחרונה של המוצר.

6 ראו ד' גילה, "הגבלים עסקיים – מדיניות וניתוח כלכלי" (נייר עבודה, 2003).

7 ביחס לפטור או אישור ראו הערה 22 להלן.

שבו פועלים הצדדים לחוזה, ומיהן הפירמות האחרות הפועלות בשוק זה. הגישה הרווחת להגדרת השוק מבוססת על מבחן התחליפיות הסבירה, הבוחן באיזו מידה רואה הצרכן את שני המוצרים המועמדים להיות כאותו השוק כתחליפיים זה לזה.<sup>8</sup> כך, נניח, כי נעשה הסדר בין פירמות המייצרות יוגורט הקובע מחיר מינימום ליחידה. לצורך אמירת מידת הפגיעה בתחרות שבהסדר, או לצורך השאלה אם ההסדר יכול להינות מפטור או לזכות באישור,<sup>9</sup> יש צורך להגדיר את השוק הרלבנטי בו פועלות הפירמות, ואת נתחי השוק שלהן ושל מתחריהן בשוק זה. האם מדובר בשוק היוגורט, או שמא השוק הרלבנטי רחב יותר, וכולל את מכלול מעדני החלב? השאלה המנחה, המבוססת כאמור על מבחן התחליפיות הסבירה, היא האם מעדני חלב אחרים מהווים, בעיני הצרכן, תחליף סביר ליוגורט. כך, אם מחיר היוגורט יעלה משמעותית (למשל, ב-5%), האם יעברו צרכנים רבים יחסית לצורך מעדני חלב אחרים במקום יוגורט? אם התשובה חיובית, ייקבע בדרך כלל כי שוק מעדני החלב בכללותו הוא השוק הרלבנטי. כתוצאה מכך, נתחי השוק של יצרני היוגורט שבהסדר קטנים יותר, מתחריהם רבים ורציניים יותר, וסיכויי של ההסדר להיות מוכשר על פי דיני ההגבלים העסקיים גדולים יותר. האינטואיציה המובילה לתוצאה זו היא פשוטה. אם יצרני היוגורט בדוגמא דלעיל ינסו לקבוע מחיר גבוה, מעל לרמה התחרותית, הם יאבדו לקוחות שיעברו לצורך מעדני חלב אחרים. כתוצאה מכך יצרני היוגורט לא יוכלו להעלות את המחיר באופן רווחי. זאת אף אם הם תופסים נתח ניכר מכלל ייצור היוגורט. מכאן שהחשש לפגיעה בתחרות הנובע מן ההסדר קטן ככל שחלקם של הצדדים להסדר בשוק הרלבנטי קטן יותר, וככל שיש להם יותר מתחרים משמעותיים בשוק זה שאינם צד להסדר.<sup>10</sup>

30.4 הפסיקה הישראלית יישמה את מבחן התחליפיות הסבירה, עד כה, באופן אינטואיטיבי, מבלי להתייחס למדידות אמפיריות או שיטתיות של נתוני שוק.<sup>11</sup>

8 ראו ערר 2/94 (י"ם) תנובה מרכז שיתופי לשיווק נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, ההגבלים העסקיים-החלטות הממונה ופסקי דין (הוצאת ועד מחוז ת"א, כרך ב') 159, שאושר בפסק דין תנובה, הערה 3 לעיל; ערר 7/95 (י"ם) "בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, דינים מחוזי לב(1) 66; החלטת הממונה בענין רכש דקלה ע"י הראל. המשמר ומור מכוון למידע רפואי-החלטה בדבר אישור מיזוג, ההגבלים העסקיים-החלטות הממונה ופסקי דין (הוצאת ועד מחוז ת"א, כרך א') 158, 169-178; הנחיות להגדרה ומדידה של שוק רלבנטי לענין חוק ההגבלים העסקיים, אוגוסט 2001, גוסס להערות הציבור, רשות ההגבלים העסקיים, פרסום 3011839 (2001).

9 בענין פטור ואישור ראו הערה 22 להלן.  
10 לענין זה נלקחות בחשבון רק פירמות בעלות נתח שוק וכושר ייצור משמעותי. פירמות קטנות אינן משפיעות, בדרך כלל, על הניתוח. כאשר הפירמות המשמעותיות בשוק, למשל, מעלות מחירים, לוקחות הפירמות האיזטריות את המחיר שנקבע על ידי הפירמות המשמעותיות כנתון, ומאמצות מחיר זה.

11 ראו, למשל, ערר תנובה, הערה 8 לעיל, והחלטת הממונה בענין רכש דקלה על ידי הראל, שם. וכך ראו החלטת הממונה בענין מיזוג בין חברת השמירה טכנולוגיות מיגון (1971) בע"מ (מוקד

רשויות ההגבלים העסקיים האמריקאיות, לעומת זאת, נוקטות מבחן מובנה, מתמטי יותר, המבוסס גם הוא על תחליפיות סבירה<sup>12</sup>.

מבחן התחליפיות חל גם על הגדרת השוק הגיאוגרפי הרלבנטי. כך, במיזוג בין תחנות דלק תהיה חשיבות לשוק הגיאוגרפי הרלבנטי בו פועלות אותן התחנות. תחנת דלק בצפון תל-אביב, למשל, איננה מספקת שירות התחליפי לזה של תחנת דלק בצפון הארץ. גם אם המחיר בתחנה התל-אביבית גבוה, אדם סביר לא יסע, בשל כך, לתחנה בצפון הארץ על מנת למלא דלק. כך גם לגבי שווקים קמעונאיים אחרים, וכל שוק שבו יש חשיבות למיקום.

30.5 משהוגדר שוק המוצר והשוק הגיאוגרפי הרלבנטי, יש לבחון את מעמדן של הפירמות המצויות בשוק זה כדי להעריך את מידת הפגיעה בתחרות של ההתנהגות שמדובר בה. במסגרת הניתוח יש לכלול גם פירמות העומדות "בקצה השוק", כלומר, פירמות שאינן פועלות בשוק עתה, אך צפויות להיכנס אליו בעתיד בעלות נמוכה ובמהירות גבוהה יחסית, למשל, עקב העלאת מחירים מצד הפירמות הקיימות בשוק<sup>13</sup>. במקרים מתאימים גם יבוא (קיים או פוטנציאלי) ייכלל בשוק הרלבנטי<sup>14</sup>. ככל שמכסים או מגבלות אחרות ליבוא המוצר לישראל

99" לבין אהון – מוקד שירותי אבטחה מוקד אלחוטי בע"מ ("אמון") החלטה להסכים למיזוג חברות, ההגבלים העסקיים-החלטות הממונה ופסקי דין (הוצאת ועד מחוז ת"א, כרך ג') 39. 12 ראו: U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, 57 FR 41552 (1992). מבחן של הרשויות האמריקאיות אומץ בטיטת ההנחיות להגדרת השוק שהוציאה לאחרונה רשות ההגבלים הישראלית. ראו הנחיות להגדרה ומדידה של שוק רלבנטי, הערה 8 לעיל. מובן שהגדרת שוק נכונה ניוונה לא רק ממבחינים מתמטיים-אמפיריים אלא גם מראיות ספציפיות, כגון עדויות על התנהגות צרכנים במעבר ממוצר למוצר, השאלה אם הפירמות עצמן רואות פירמות אחרות כמתחרות, דמיון בשימוש פונקציונאלי של המוצרים, איכותם היחסית, ועוד, שם, בע' 6. ראו גם נימוקים להתנגדות למיזוג הריבוע הכחול ישראל בע"מ – ירקון (פלוס 2000) סיטונאות מזון בע"מ, החלטת הממונה מיום 10.10.2001, רשות ההגבלים עסקיים, פרסום 3012217, בפסקה 11. יתרה מזו, הגדרת השוק הרלבנטי יכולה להשתנות על פי ההגבל העסקי הנדון ומהות הצדדים לו. ראו הנחיות להגדרה ומדידה של שוק רלבנטי, שם; ערר 1/00 פוד קלאב בע"מ ו' הממונה על ההגבלים העסקיים, רשות ההגבלים העסקיים, פרסום 3009766, פסקה 11. 13 ראו הנחיות להגדרה ומדידה של שוק רלבנטי, הערה 8 לעיל, בע' 11-12. אך ראו בהערה 15 להלן את סוגיית הדיון בחסמי הכניסה שעשויים להרתיע פירמות מלהיכנס לשוק. אמנם, גם אם פירמות בקצה השוק לא מתכוונות להיכנס אליו, הרי עצם קיומן של הנכנסות הפוטנציאליות עשוי להגביר את תחרותיות השוק. ראו ד' גילה, הערה 6 לעיל. 14 להחלטות בהן יבוא או יבוא פוטנציאלי השפיע לטובת גישה מקלה כלפי העסקה, ראו החלטות הממונה בענין מתן פטור לאישור הסדר כובל-שותפות "פוליגר" ויריעות פוליאתילן לחקלאות, ההגבלים העסקיים-החלטות הממונה ופסקי דין (הוצאת ועד מחוז ת"א, כרך א') 108; טף לבוד בע"מ. תעשיות והשקעות של ספן בע"מ-אישור מיזוג בתנאים, ההגבלים העסקיים-החלטות הממונה ופסקי דין (הוצאת ועד מחוז ת"א, כרך ג') 104; וכן החלטת בית הדין בערר 1/97 איסכור שירותי פלדות בע"מ, ההגבלים העסקיים-החלטות הממונה ופסקי דין (הוצאת ועד מחוז ת"א, כרך ד') 256.

קטנים, ועלויות התובלה והשיווק של המוצר לישראל נמוכות, כך יכול היבוא, או היבוא הפוטנציאלי של המוצר, להיחשב חלק מן האספקה בשוק הרלבנטי. הכללת יבוא או יבוא פוטנציאלי במסגרת השוק הרלבנטי מהווה שיקול העשוי לפעול להכשרת ההתנהגות או העסקה מבחינת דיני ההגבלים העסקיים, שהרי יבוא או יבוא פוטנציאלי במחירים נמוכים יחסית יכולים להוות חסם המונע מהפירמות, המעורבות בהתנהגות או בעסקה הנידונה, מלהעלות מחירים, להוריד איכות או לפגוע בתחרות.

30.6 כאשר בודקים עסקה או התנהגות באספקלריה של דיני ההגבלים העסקיים, יש לקחת בחשבון לא רק את הפירמות המשמעותיות הקיימות בשוק, אלא גם את פוטנציאל הכניסה לשוק של פירמות משמעותיות חדשות ואת פוטנציאל ההתרחבות של פירמות שלפניהם היו איוטריות. ככל שצפוי כי תכנסנה יותר פירמות משמעותיות לשוק, או שפירמות שהיו לפניהם איוטריות תתרחבנה ותהפוכנה למשמעותיות בעתיד, כך קטן החשש שהעסקה או התנהגות שמדובר בה יפגעו בתחרות. אולם, בפועל קיימים במקרים רבים חסמים תמירים בפני כניסה או התרחבות בשוק.<sup>15</sup>

הוראות חוק ההגבלים בענין הסדרים הפוגעים בתחרות – כללי

30.7 פרק ב' של חוק ההגבלים עוסק במה שמכונה על ידו "הסדר כובל", שהוא הסדר המגביל או מונע תחרות, כפי שהוגדר בסעיף 2 לחוק. סעיף 3 מונה שורה של הסדרים שאינם מהווים הסדר כובל, ובכך הוא קובע למעשה שורה של חריגים להוראת סעיף 2. סעיף 4 לחוק אוסר על כל אדם להיות צד להסדר כובל, אלא אם ניתן לו אישור על ידי בית הדין להגבלים עסקיים או שניתן לו היתר זמני על-ידי אב בית הדין או שניתן לו פטור על ידי הממונה על הגבלים עסקיים, האדם המופקד על אכיפת חוק ההגבלים (להלן – "הממונה"). כמו כן ניתנה לממונה סמכות לפטור סוגים מסוימים של הסדרים כובלים מהצורך בקבלת אישור. פטור כללי כזה זכה לכינוי "פטור סוג" (סעיף 15א לחוק). הנושאים של אישור הסדר כובל, היתר זמני, פטור ופטור סוג, לרבות ההליכים הכרוכים בהשגתם, מפורטים בסעיפים 7–16 לחוק.

הפרת ההוראה שבסעיף 4 לחוק, האוסרת על השתתפות בהסדר כובל, שלא ניתן לו פטור, אישור או היתר, מהווה עבירה פלילית (סעיף 47 לחוק) וכן עוולה בנויקין (סעיף 50 לחוק). כן נכללות בחוק הוראות בענין תביעה ייצוגית (סעיפים 446–46\*).

15 לפירוט מהם חסמי הכניסה ומתי הם חריפים במיוחד ראו ד' גילה, הערה 6 לעיל.

ראוי להצביע על כך שהאיסור חל על השתתפות בהסדר כובל (שלא ניתן לו פטור, אישור או היתר). המונח "הסדר" רחב מחוזה והוא חל על דרכי התנהגות מסוימות גם אם לא נכרת חוזה בין הצדדים<sup>16</sup>. אנו נתרכז בחוזים המהווים הסדר כובל. מקובל לחלק חוזים אלה לשתי קטגוריות מרכזיות. האחת, "חוזים (או הסדרים) אופקיים", כלומר בין פירמות המתחרות או עשויות להתחרות זו בזו, והשנייה, "חוזים (או הסדרים) אנכיים", שהם הסכמים בין פירמה לבין צינורות השיווק או האספקה שלה. הכינוי "אנכיים" מקורו בכך שאלה הסכמים היורדים במורד או עולים במעלה חוליות האספקה, להבדיל מהסדרים אופקיים, שהם בין מתחרים או מתחרים פוטנציאליים. נפתח את הדיון בחוזים אופקיים ולאחר מכן נעסוק בחוזים אנכיים.

### חוזים בין מתחרים להפחתת התחרות ביניהם ("חוזים אופקיים")

30.8 הסוג הבוטה ביותר של חוזים העלולים לפגוע בתחרות הם חוזים או הסדרים בין המתחרים לבין עצמם להפחתת התחרות ביניהם (הסדרים המכוונים, במקרה הבוטה שלהם, גם "קרטל"). סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים מגדיר הסדר כובל כ:

"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."

אין ספק כי הסדרים בין מתחרים העלולים לפגוע בתחרות נכנסים לגדרו של סעיף 2(א) האמור. בנוסף, סעיף 2(ב) לחוק כולל רשימה של מקרים בהם יראו כהסדר כובל הסדר בו הכבילה נוגעת לעניינים המנויים בסעיף, וזאת בלי קשר לפגיעת ההסדר בתחרות<sup>17</sup>. כבילות אלה כוללות:

(1) המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם;

(2) הריווח שיופק;

16 ראו גם סעיפים 5 ו-6 לחוק.

17 כך נקבע בע"א 6222/97 טבעול (1933) בע"ח נגד מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 145, 176-178. פסק דין זה אושר בדנ"א טבעול, הערה 3 לעיל. ראו גם החלטות הממונה בענין הסדר כובל בהסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי תחנות התדלוק קביעה ע"פ ט' 43, ההגבלים העסקיים-החלטות הממונה ופסקי דין (הוצאת ועד מחוז ת"א, כרך א') 19; קמח כשר לפסח התשנ"ד-הסדר כובל בהתקשרויות לאספקה ורכישה, ההגבלים העסקיים-החלטות הממונה ופסקי דין (הוצאת ועד מחוז ת"א, כרך א') 57, 62; ת"פ 160/96 (י"ם) מדינת ישראל נ' חוליות תעשיות פלסטיקה, דינים מחוזי כו(7) 761, בענין קרטל בענף צינורות הפי וי סי, אשר אושר בבית המשפט העליון בע"פ 2754/97 צור צבי נ' מדינת ישראל, דינים עליון נג 409.

- (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.<sup>18</sup>
- אכן, חלק גדול מן ההסדרים האופקיים נכנסים גם לגדרו של סעיף 2(ב) הנ"ל.

הסדרים אופקיים עשויים להיות לא רק להפחתת תחרות המחירים בין המתחרים<sup>18</sup>, אלא גם להפחתת התחרות סביב פרמטרים אחרים, כגון איכות המוצר. כך, בהחלטת הממונה על הגבלים העסקיים בעניין מתן פטור מאישור הסדר כובל, איגוד יבואני הרכב<sup>19</sup>, הגביל ההסדר בין יבואני הרכב שנדון שם את התחרות לענין אופן הפרסום על ידי המתחרים. בעניין הסדר כובל בין חברת החדשות של הערוץ השני לבין רשות השידור קביעה ע"פ ס' 20<sup>43</sup>, נדון הסדר בין רשות השידור לחברת החדשות של הערוץ השני בדבר תיאום השאלה אם אירוע יסוקר אם לאו. בה"ע 1393/96 (י"ם) בנק אדנים למשכנתאות בע"מ נ' המועצה הישראלית לצרכנות<sup>21</sup> נדון הסדר בין הבנקים שלפיו היום בו בנקים יהיו סגורים יהיה יום ו'. למותר לומר כי בכל ההחלטות האלה נקבע כי מדובר בהסדר כובל אופקי<sup>22</sup>.

30.9 קיימים הסדרים בין מתחרים שאינם בהכרח מפחיתים את התחרות בין צדדי ההסדר ישירות, אלא עושים זאת בדרך עקיפה, על ידי פגיעה במתחרה אחר, כגון על ידי שלילת הטבות של עמותה, שהמתחרים הם חבריה, ממתחרה, או שכנוע ספקים או לקוחות להתרימו. הפסיקה האמריקאית והאירופית מתייחסות לגרסאות בוטות של הסדרים מסוג זה, הקרויות group boycott ("חרם מאורגן") באופן מחמיר, ואוסרות עליהן כשלעצמן ("per se"), כלומר, מבלי צורך להוכיח פגיעה בתחרות בשוק הרלבנטי או התחשבות ביתרונות חברתיים של הסדר

18 ראו, למשל, ת"פ 201/96 (י"ם) מדינת ישראל נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, דינים מחוזי כו(7) 468, בענין קרטל חברות הביטוח; וכן פסק דין חוליות תעשיות פלסטיקה, הערה 17 לעיל, בע' 765.

19 ההגבלים העסקיים-החלטות הממונה ופסקי דין (הוצאת ועד מחוז ת"א, כרך ב') 80.

20 רשות ההגבלים העסקיים, פרסום 3001373 (1998).

21 רשות ההגבלים העסקיים, פרסום 3006123 (1997).

22 שם. יש להדגיש כי הסדרים אופקיים, מכל הסוגים, עשויים לכלול בחובם יתרונות חברתיים. יתרונות אלה אינם רלבנטיים לשאלה אם ההסדר הוא כובל. זוהי שאלה הנעוצה אך ורק בפגיעה המסתברת של ההסדר בתחרות (על פי סעיף 2(א) לחוק) או בהיכנסו של ההסדר לגדר הכבילות המנויות בסעיף 2(ב) לחוק. יתרונות חברתיים הם שיקול לאישור ההסדר על ידי בית הדין להגבלים עסקיים על פי סעיף 9 לחוק ההגבלים. מנגנונים נוספים המאפשרים פטור או סייג להסדרים הנכנסים לגדר סעיף 2 לחוק הם: פטור מראש מן הממונה על הגבלים עסקיים, על-פי סעיף 14 לחוק, הניתן להסדרים העונים על דרישת הסעיף, שרובה ככולה: פגיעה בלתי משמעותית בתחרות; סייג מסייגי סעיף 3, ראו סעיף 30.39 ואילך להלן; פטורי הסוג שהוציא הממונה, שהעיקריים שבהם יסקרו להלן.

ספציפי<sup>23</sup>. גם בישראל נקט הממונה על הגבלים עסקיים גישה דומה<sup>24</sup>. גם פטורי הסוג שהוצאו לאחרונה, הפוטרים סוגים של הסדרים כובלים מדיני ההגבלים, אינם מאפשרים לחרם מאורגן מעין זה ליהנות מפטור סוג<sup>25</sup>. מפתיע, אמנם, כי דווקא סוג בוטה זה של הסדר אופקי, שזוכה לאיסור מחמיר במשפט המשווה, לא נכלל מפורשות במסגרת הכבילות של סעיף 2(ב). עם זאת, אין קושי לכלול הסדרים מעין אלה בגדר סעיף 2(א) לחוק, כפי שפורש בפסיקה<sup>26</sup>, באשר הם עלולים להפחית את התחרות בין הצדדים להסדר לבין "מי שאינו צד להסדר" – אותו מתחרה שנפגע מן ההסדר. במרבית המקרים, יש בהסדרים אלה גם כדי להפחית את התחרות בין הצדדים לחרם לבין עצמם, שהרי התנהגות תחרותית בדרך כלל היתה מכתובה לכל פירמה לסטות מן החרם.

30.10 המוטיבאציה של מתחרים להגביל את התחרות ביניהם ברורה. ללא תחרות, רווחי הפירמות גדולים יותר. עם זאת, הסדרים אופקיים עלולים לפגוע בתחרות בשוק רק כאשר הפירמות שהן צד להסדר הן פירמות משמעותיות בשוק. ככל שנתח השוק של הפירמות שהינן צד להסדר הינו קטן יחסית לחלקן של פירמות אחרות הפועלות בשוק, שאינן בעצמן צד להסדר, כך תהא פגיעתו של ההסדר בתחרות קטנה יותר. זאת משום שכוחם של הצדדים להסדר להשפיע על השוק הוא מוגבל, ואם הם ינסו למשל להעלות את המחיר, תהא התוצאה שהם יפסידו נתחי שוק לפירמות האחרות (שאינן צדדים להסדר) והאסטרטגיה של העלאת המחיר תוכה כבלתי רווחית<sup>27</sup>. למרות זאת, דיני ההגבלים בישראל מכתמים הסדרים אופקיים מסוימים ככובלים גם כאשר נתחי השוק של הצדדים להסדר קטנים וכאשר אין בהסדרים כדי לפגוע בתחרות בשוק. כך, כאמור, הסדרים הנכנסים לגדרו של סעיף 2(ב) הם בחזקת הסדרים כובלים בלי קשר לפגיעתם בתחרות בשוק. יתרה מזו, גם סעיף 2(א), הדורש, לכאורה, פגיעה מסתברת בתחרות על מנת לראות בהסדר ככובל, פורש על ידי הממונה על הגבלים עסקיים כחל על הסדרים רבים שאין בהם כדי לפגוע בתחרות<sup>28</sup>. כך, בנימוקים לתנאים שהציב

23 ראו למשל, בארה"ב, Fashion Originators Guild of America v. FTC 312 U.S. 30 (1930), ובקהילייה האירופית, ראו: Lindrup, *Butterworths Competition Law Handbook* (3<sup>rd</sup> ed., 1993) 293.

24 ראו איגוד סוכנות השחקנים קיום הסדר כובל, ההגבלים העסקיים-החלטות הממונה ופסקי דין (הוצאת ועד מחוז ת"א, כרך א') 86, בענין עמותה של סוכנות שחקנים שביקשה לארגן חרם כנגד סוכנת שחפצה גם ללהק; החלטת הממונה בענין קמח כשר לפסח, הערה 17 לעיל, בענין יצרני מצות שהתארגנו על מנת למנוע אספקת קמח כשר לפסח ליצרני מצות מתחרים.

25 ראו סעיף 4(4) לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), תשס"א-2001, ק"ת 6096.

26 ראו סעיף 30.10 להלן.

27 לעתים אין זו מלאכה קלה לאתר אותן פירמות מתחרות. הדבר דורש הגדרה של השוק הרלבנטי. ראו סעיפים 30.3-30.6 לעיל.

28 פטורי הסוג שהוצאו לאחרונה על ידי הממונה מרככים, במידה מסוימת, תוצאה קשה זו.

הממונה על הגבלים עסקיים<sup>29</sup>, אומר הממונה, בפרשו את סעיף 2(א) לחוק ההגבלים כי:

"בהקשר סעיף 2 לחוק הסתפק המחוקק בשאלה האם מגביל ההסדר את התחרות בין הצדדים להסדר לבין עצמם... ולא דרש כי תוכח מניעה או הפחתה של התחרות בכללותה. התוצאה היא כי סעיף 2 לחוק רחב בהיקפו, ומסתפק במבחן של חשש והשפעה לכאורה על התחרות שבין הצדדים להסדר, בלא צורך להוכיח פגיעה של ממש במכלול התחרות, בפועל או בכוח. בשוק הרלוונטי" (ההדגשות שלי – ד' ג')<sup>30</sup>.

גם מהחלטת בית הדין להגבלים עסקיים בה"ע 2/97 מזרחי נ' הממונה על הגבלים העסקיים<sup>31</sup> עולה כי ממלא מקום אב בית הדין להגבלים עסקיים נוטה לפרשנות מרחיבה זו בקובעו:

"...לשונו של סעיף 2(א), המגדירה הסדר כובל (גם) כהסדר שהכבילה שבו מגבילה את התחרות בין הצדדים, מקשה על אימוץ כלל 'זוטי הרברים', שהרי כלל זה נועד לבחון את השפעת ההסדר על התחרות בשוק, ולא על התחרות בין הצדדים להסדר בלבד" (ההדגשות שלי – ד' ג').

לדעתי פרשנות מרחיבה ולא תכליתית זו של סעיף 2(א) לחוק איננה במקום<sup>32</sup>. אין משמעות למושג "תחרות" שלא באספקלריה של ענף רלבנטי שבו פירמות מתחרות זו בזו. אם ההסדר איננו עלול להפחית את התחרות בענף הרי שהצדדים "לא הצליחו", למעשה, להפחית את התחרות ביניהם, גם אם ההסדר, מבחינה מילולית, מפחית לכאורה את ה-"תחרות" בינם לבין עצמם.

#### "ההסדר האופקי" ויחסו לדיני חוזים

30.11 האיסור בחוק ההגבלים הוא על הסדר כובל. קיימת חפיפה חלקית בלבד בין מושג זה של הסדר לבין יסודות כריתתו של חוזה. בלשון כללית נציין שמושג ההסדר רחב מהמושג של חוזה, שכן כל חוזה בין מתחרים להגבלת התחרות נכלל במסגרת המושג הסדר<sup>33</sup>. אולם יתכנו הסדרים שאינם בגדר חוזה. כך, למשל, הסכם

29 החלטת הממונה ברבר אישור מיזוג בתנאים Columbus Capital Corporation מקבוצת קלארידג', כור תעשיות בע"מ, רשות ההגבלים העסקיים, פרסום 3001322 (1998).

30 ראו גם מ' מזרחי "מיזם משותף כהסדר כובל", משפטים כג (1994) 213.

31 דינים מחוזי לב(4) 556, בפסקה 43.

32 ד' גילה, "לקראת מדיניות משפטית חדשה כלפי תניות אי-תחרות" עיוני משפט כג (2000) 63, 112.

33 סעיף 1 לחוק ההגבלים העסקיים מגדיר "הסדר" כצורה רחבה ביותר וקובע "הסדר" – בין במפורש ובין מכללא, בין בכתב ובין בעל-פה או בהתנהגות, בין אם הוא מחייב על פי דין ובין אם לאו." ראו גם ת"א 396/87 (י"ם) קיסין נ' פטרולגו חברת הגז הישראלית (1969)

גינטלמני בין פירמות להפחתת התחרות ביניהן יכול להיחשב כחסד, בעוד שעל פי דיני החוזים הסכם כזה לא נועד להקנות זכויות וחובות משפטיות<sup>34</sup>. גם המלצה גרידא של פירמה, למשל אודות המחיר שיש לגבות, שמאומצת על ידי מתחריה, תהווה הסדר כובל, אף אם התנהגות זו איננה עולה כדי הצעה וקיבול המשכללים חוזה<sup>35</sup>.

בכל הנוגע לענייננו נצביע על כך שכל הסדר כובל, בין אם הוא מתיימר להיות חוזה ובין אם לאו, כפוף להוראות חוק ההגבלים. לפיכך, אם לא ניתן לו אישור או היתר ואם אין הוא נהנה מפטור, הרי הצדדים להסדר מבצעים עבירה פלילית וכן הם עלולים להיות אחראים בנוזיקין<sup>36</sup>.

אולם אם לא התמלאו יסודות החוזה לגבי ההסדר שמדובר בו, הרי הוא מחוץ לדיני חוזים. אין לו תוקף של חוזה והוראות סעיפים 30–31 לחוק החוזים, העוסקים בחוזים פסולים, אינם חלים על הסדר זה. הדיון בהסדר זה עשוי להתקיים במסגרת דיני עונשין או כתביעת נזיקין, אך הנושא חורג מענייננו. לעומת זאת, כאשר מדובר בהסדר כובל, שהתקיימו לגביו יסודות החוזה, הרי הוא כפוף לדיני החוזים<sup>37</sup>. משמעות הדבר היא שאם ניתן לחוזה אישור או היתר כדין, או שחל לגביו

בע"מ, דינים מחוזי לב(6) 650. ההגדרה שבסעיף 1 הורחבה באמצעות הוראות סעיפים 4–6 לחוק ההגבלים העסקיים. אולם בהקשר של הסדרים בין ספק ללקוח הגדרת אלמנט ההסכם צרה יותר. ראו סעיף 30.38 ואילך להלן.

סעיפים 9.62–9.63 לעיל. 34

ראו סעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים, וכן סעיף 6 לחוק המורה כי "אדם המנהל עסק וכיודעו על קיום הסדר כובל מתאים את פעולותיו להסדר, כולו או מקצתו, יראו אותו כצד להסדר". ראו גם ה"ע 2421/98 (י"ם) דסה קאר ישראל בע"מ נ' הממונה על ההגבלים עסקיים, דינים מחוזי לב(6) 667, שם קבע בית הדין להגבלים עסקיים שתוכנה לשימוש שמאים שאימצו החברות בעוונתן, לענין גובה ואופן קביעת שומות הביטוח לגבי נזקי רכב מבטוח, מהווה הסדר כובל; כן ראו החלטת הממונה בענין קביעת קו פעולה על ידי לשכת שחאי המקרקעין, ההגבלים העסקיים-החלטות הממונה ופסקי דין ב 37.

35

שאלה היא אם קיימת אפשרות שייוצר הסדר כובל ללא קומניקציה כלשהי בין המתחרים. בשוק בו פועל מספר קטן של פירמות משמעותיות, כפי שניתן להראות, הפירמות עשויות להצליח לגבות מחירים קרטליסטיים גם ללא קומניקציה ביניהן. הוזה אומר, הן עלולות לייצב "קרטל סמוי" (tacit collusion), שבו המחיר מתייצב על מחיר קרטליסטי עקב התנהגות עצמאית של הפירמות, ואף פירמה איננה חותכת במחיר עקב חששה שהחיתוך יגרוור מלחמת מחירים והפסדים בטווח הארוך. המשפט המשווה מלמד שקרטלים סמויים אינם אסורים על פי דיני ההגבלים העסקיים. ראו, למשל, בארה"ב, את פסק דין Williamson Tobacco Corp. & Brooke Group v. Brown 13 S.Ct. 2578 (1993) ובקהילייה האירופית, את פסק דין Suiker Unie v. E.C. Commission [1976] 1 CMLR 295. זו לדעתי תוצאה ראויה, אך גם אם לא ראוי לאסור על קרטלים סמויים, עדיין ניתן, וראוי, לאסור על הסדרים מפורשים שיש בהם כדי להקל על יציבותם או השגתם של קרטלים סמויים. ראו ר' גילה, הערה 6 לעיל, וסעיף 30.14 להלן. בנוסף, יחכנו מקרים בהם קיימת קומניקציה עקיפה, כגון דרך צדדים שלישיים, או דרך הצהרות ו"איתותים" מצד המתחרים באמצעי התקשורת.

סעיף 30.7 לעיל. 36

זאת כמובן בצד האחריות הפלילית או האחריות בנוזיקין העשויות לחול על הצדדים לחוזה זה. 37

פטור, יהא החוזה כפוף לכל מערכת דיני החוזים לרבות האפשרות לתבוע סעד מתאים בשל הפרתו. אולם אם היה החוזה הכובל מנוגד להוראות חוק ההגבלים, הרי הוא בגדר חוזה פסול, שהוא אמנם בטל לפי סעיף 30 לחוק החוזים, אך עם זאת עשויים הצדדים לזכות בסעדים מסויימים, כאמור בסעיף 31 לחוק החוזים, ובכפוף לשיקול הדעת שיש לבית המשפט לפי סעיף זה<sup>38</sup>.

הסדר שאינו "בין בני אדם שמנהלים עסקים"

30.12 סעיף 2(א) לחוק ההגבלים מגדיר הסדר כובל כהסדר בין "בני אדם המנהלים עסקים". לפיכך אם נערך חוזה בין צדדים שאינם מנהלים עסקים (או שנערך חוזה בין שני צדדים, שאחד מהם איננו מנהל עסקים), אין זה הסדר כובל במובן החוק. מובן גם שאם אחד הצדדים מנהל עסקים, אך ההסדר איננו נוגע כלל לניהול עסקו, אלא לענין פרטי – אין בפנינו הסדר כובל.

נראה כי כוונת החוק היא שלא להתערב בחוזים שבהם לפחות אחד הצדדים הוא ישות לא עסקית, כגון צרכן סופי (כלומר, צרכן הרוכש את המוצר או השירות לשימושו ולא כתשומה לצורך עסק). גם רשות שלטונית הרוכשת, במישור המסחרי, מוצר או שירות לשימושה מהווה לענין זה צרכן סופי, וגם היא איננה מנהלת עסק. דין דומה חל על רשויות המדינה הפועלות בכשירותן השלטונית היות שהן אינן "מנהלות עסק" ועל כן אינן יכולות, בכשירותן זו, להיות צד להסדר כובל<sup>39</sup>. הטעם לדרישה זו איננו ברור כל צרכו. ככלות הכול, אם הסדר עלול לפגוע בתחרות, מה הנפקא מינה אם הוא לא "בין בני אדם המנהלים עסקים"? תכלית חוק ההגבלים היא למנוע. כדוגמא ניתן להביא הסדר "התאמת הנחות" ("price matching")<sup>40</sup>. הסדר מעין זה עלול לפגוע בתחרות, לעתים אף משמעותית. אולם, במידה שהפירמה המאמצת את הפרקטיקה של התאמת הנחות מוכרת לצרכנים סופיים, אין מדובר בהסדר כובל, משום שצרכנים סופיים אינם מנהלים עסקים. דוגמא נוספת היא של הסדרים הכובלים צרכנים אל פירמה לתקופה ארוכה. אם פירמה זו היא דומיננטית בשוק, והפרקטיקה חוסמת כניסה של גורמים חדשים, ההסדר עלול לפגוע בתחרות, אך אין הוא יכול להיחשב כובל, באשר הוא עם צרכנים סופיים.

38 ראו להלן סעיף 30.69 ואילך.

39 ראו, למשל, ע"א 2768/90 פטרולגז חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מונ(3) 599, 603-604. אולם כאשר היה מדובר בגופים עסקיים בחרה הפסיקה לפרש את המונח "מנהלים עסקים" פרשנות מרחיבה, שט; החלטת הממונה בענין הסדר כובל בין חברת החדשות של הערוץ השני לבין רשות השידור, הערה 20 לעיל.

40 ראו סעיף 30.15 להלן.

חלוקת השוק בין מתחרים

30.13 התנהגות אנלוגית לקרטל מחירים היא חלוקת השוק הרלבנטי בין המתחרים, כך שכל מתחרה יוכל למכור בלעדית לחלק מסוים מהשוק<sup>41</sup>. על פי סעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים, חלוקת השוק על פי מקום העיסוק או על פי סוג האנשים עימם הפירמות יעסקו מהווה הסדר כובל, וזאת בלי קשר למידת הפגיעה בתחרות בשוק הרלבנטי. חלוקות שוק הנכנסות לגדר סעיף 2(ב)(3) על כן כוללות חלוקת שוק גיאוגראפית: קרי, חלוקת השוק הרלבנטי למספר אזורים כך שבכל אזור למתחרה מאן דהוא קיימת בלעדיות באספקת המוצר או השירות. יתכנו גם מקרים בהם חלוקת השוק היא לא גיאוגראפית, אלא על פי חתכי אוכלוסייה. כך, למשל, יתכן כי יוקצו למתחרה אחד כל הלקוחות הפרטיים, ולמתחרה האחר כל הלקוחות העסקיים. חלוקת שוק מעין זו, אם היא מיושמת בצורה אפקטיבית, מונעת תחרות בין הפירמות הפועלות בתחום שהן צד להסדר. זאת משום שהחלוקה נותנת, באופן מלאכותי, כוח מונופוליסטי לכל פירמה בחלק השוק הבלעדי שלה<sup>42</sup>.

סוג נוסף של "חלוקת שוק" הוא הסדר בין פירמות שיכולות לספק את אותם המוצרים או השירותים שעל פיו תתמקד כל פירמה באספקת מוצר או שירות שייחודיים לה. כך, למשל, אם חנויות א' ו-ב' הסמוכות זו לזו, מסוגלות כל אחת לספק נעליים וסנדלים, ובעלי החנויות מתאמים ביניהם שחנות א' תספק רק נעליים וחנות ב' תספק רק סנדלים, אין ספק שמדובר בהסדר אופקי כובל, שמשול לקרטל בין החנויות. כך, בהנחה שאלה חנויות הנעליים היחידות בשוק הגיאוגראפי הרלבנטי, הרי שכל חנות תהיה בעלת כוח מונופוליסטי לגבי המוצר בו היא מתמקדת. אלמלא ההסדר, היו שתי החנויות יכולות לספק הן נעליים והן סנדלים, והיתה נוצרת תחרות ביניהן על חסדי הלקוחות הן לגבי הנעליים והן לגבי הסנדלים. חלוקת שוק מעין זו נדונה בהחלטת הממונה בענין הסדר כובל בין המתחרים במכרו בזק-קביעה ע"פ ס' 43<sup>43</sup>. בעניין זה, בזק ערכה מכרו סגור לצורך רכישת שקעים ותקעים של טלפון. חמש מתוך שש החברות שהשתתפו במכרו תיאמו ביניהן כי כל אחת מהן תגיש את ההצעה הזולה ביותר לגבי פריט מסוים. מטרתן של סיכום זה היתה, כי כל אחת מהחברות תזכה במכרו לענין אותו הפריט שלגביו הצעת החברה, על פי הסיכום בין החברות, היא הזולה ביותר. התוצאה

41 בארה"ב נחשב הסדר לחלוקת שוק בין מתחרים בלתי חוקי מעצם טבעו (per se illegality). ראו: United States v. Topco Associates 405 U.S. 596 (1972); Palmer v. BRG of Georgia 111 S.Ct. 401 (1990). גם בקהילייה האירופית קיימת הלכה דומה. ראו, למשל: Re Peroxygen Products [1985] 1 CMLR 481; Re Soda-ash-Solvay ICI, OJ [1991] L 152/1, 85.

42 גם אם קיימות בשוק הרלבנטי פירמות שאינן צרדים לחלוקת השוק, עלולה חלוקת השוק לפגוע משמעותית בתחרות, שכן היא מקטינה את מספר הפירמות המתחרות ככל אחד מחלקי השוק. השו"ס סעיף 30.57 להלן.

43 ההגבלים העסקיים-החלטות הממונה ופסקי דין (הוצאת ועד מחוז ת"א, כרך א') 71.

היא חלוקה בין הפירמות המתחרות באשר לתחום או למוצר, בו כל חברה תפעל בלעדית. בכך ניטל עוקצה של התחרות המאפיינת מכרז, שבה כל משתתף במכרז מוריד את המחיר של הצעתו, בגין כלל הפריטים, כמידת יכולתו הכלכלית, מתוך אי ידיעת המתירים בהצעותיהן של הפירמות האחרות המשתתפות במכרז.

חלוקת שוק על פי סוג המוצר לכאורה איננה נכנסת ללשון סעיף 2(ב)(3) לחוק, החלה רק על חלוקת שוק גיאוגרפית או על פי חתכי אוכלוסיה. עם זאת, האפקט האנטי-תחרותי של חלוקת שוק לפי סוג המוצר מובן מאליה לא פחות מאשר חלוקות שוק מסוגים אחרים. על כן ראוי לכלול גם חלוקות שוק על פי סוג המוצר במסגרת סעיף 2(ב), הקובע כי הכבילות הכלולות בו הן הסדר כובל בלי קשר למידת הפגיעה בתחרות. דבר זה יכול להיעשות דרך סעיף 2(ב)(4). הדן בהסדרים הקובעים את סוג הנכסים שבעסק<sup>44</sup>.

יש לציין כי חלוקת שוק עשויה להיות גם בין מתחרים פוטנציאליים. כך, אם חברת מזון א', שבשלב זה איננה מוכרת קפה, תתחייב כלפי חברת מזון ב', העוסקת במכירת קפה, שבעתיד לא תיכנס לענף הקפה, בפנינו חלוקת שוק הנכנסת לגדר סעיף 2(ב) לחוק. זאת משום שחברה א' הינה, בדוגמא זו, מתחרה פוטנציאלי בענף הקפה, והבטחה שלה להדיר רגליה מענף זה "מחלקת" את השוק כך שחברה ב' (ופירמות קיימות אחרות) תשרתנה את כולו. התחייבות כזו היא אנלוגית לתניית אי-תחרות הנלווית לחוזה הפצה, מכירת עסק, פירוק שותפות, חוזה עבודה, וכד'. גם אלה, אם כן, מהוות חלוקת שוק ועל כן הסדרים כובלים מכוח סעיף 2(ב) (להלן סעיף 30.82).

הסדרים מקלים (facilitating practices)

30.14 קיימים הסדרים המקלים על יציבותם או יכולת תיאומם של קרטלים. הסדר ההופך קרטל (סמוי או גלוי) לקל יותר להשגה וייצוב, גם הוא עלול לפגוע בתחרות, ועל כן מהווה הסדר כובל על פי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים. דוגמא אחת להסדר העלול להקל על יציבותו של קרטל, בשוק בו קיים מספר קטן של פירמות, הוא הסדר לחילופי אינפורמציה על המחיר שהפירמות גובות. במקרים מסוימים, כאשר מתחרים מחליפים ביניהם אינפורמציה עדכנית לגבי המחיר

44 כך נעשה בפסק דין ה"פ 711/97 (ת"א) טבעול (1993) בע"מ נגד מדינת ישראל, דינים מחוזי כו(7) 88. ראו גם פסק דינו של בית המשפט העליון באותו ענין, הערה 17 לעיל, והדין הנוסף בו, הערה 3 לעיל, שם אימץ בית המשפט העליון את פרשנות בית המשפט המחוזי לסעיף 2(ב)(4). כאשר ההסדר כולל, מלבד חלוקת שוק על פי סוג המוצר, גם הסדר לגבי המחיר שכל צד להסדר יגבה, ייכנס ההסדר גם לגדר סעיף 2(ב)(1) הנוגע להסדרים הקובעים את מחיר המוצר (ראו, למשל, הסדר כובל בין המתחרים במכרז בוק, הערה 43 לעיל). בדנ"א טבעול, הערה 3 לעיל, בע' 97, מציין השופט חשין כי חלוקת שוק לפי סוג המוצר עשויה להיכנס אף לגדר סעיף 2(ב)(3) לחוק, למרות לשונו האמורה.

שהם גובים, למשל, ממפיצים הרוכשים מהם, הדבר מרתיע אותם מלסטות מן הקרטל<sup>45</sup>.

הסדר נוסף העשוי להקל על יציבותו של קרטל, בשוק בו פועל מספר קטן של פירמות, הוא "הסדר לקוח מועדף". נראה כי זהו הסדר נפוץ מאוד בקהילייה העסקית. על פיו, ספק מבטיח למפיצים הרוכשים ממנו כי אם הוא יתן הנחה למפיץ אחד, הוא יתן את אותה ההנחה למפיצים האחרים<sup>46</sup>. הבטחה "תמימה" מעין זו, שהיא לכאורה הבטחה להגינות ולמחירים נמוכים, עלולה להנציח מחירים גבוהים, הן עבור המפיצים והן עבור הצרכנים. זאת, שוב, מפני שכאשר פירמה מתחייבת כלפי לקוחותיה בהסדר לקוח מועדף, תמריצה לסטות ממחיר קרטליסטי עלולים, במקרים מסויימים, לקטון. בפרט, סטייה מקרטל, עבור פירמה שאימצה הסדר לקוח מועדף, היא שקופה יותר למתחרותיה וניתנת לגילוי מהיר יותר, ועל כן היא הופכת לפחות אטרקטיבית ועוזרת לייצב קרטלים<sup>47</sup>. למרות זאת קיים ספק אם ניתן לראות בהסדר לקוח מועדף הסדר כובל, ולא ברור אם ניתן לתקוף הסדר לקוח מועדף על פי דיני ההגבלים העסקיים הישראליים<sup>48</sup>, נוכח העובדה שסעיף 29א(ב)(3) לחוק ההגבלים אוסר על בעל מונופולין (הווה אומר, פירמה עם נתח שוק העולה על מחצית)<sup>49</sup> לקבוע תנאי התקשרות שונים לעסקאות דומות העשויים להעניק ללקוחות מסויימים יתרון בלתי הוגן כלפי המתחרים בהם. איסור אפליה זה הוא למעשה יישום חקיקתי של הסדר לקוח מועדף, שלפיו הנחה הניתנת למפיץ אחד צריכה להינתן גם למפיצים האחרים<sup>50</sup>. אמנם ניתן לשאול מה דינה של פירמה שאיננה בעלת מונופולין המאמצת הסדר לקוח מועדף. טענה אפשרית היא כי במקרה של בעל מונופולין, הסכים המחוקק להקריב את החשש להקלה על קרטלים שבעל המונופולין מעורב בהם לטובת הגנה על מפיצים שהופלו לרעה על ידי פירמה דומיננטית בשוק. לעומת זאת במקרה של פירמה שאיננה בעלת מונופולין,

- 45 ראו כללית, ח' ליכטנשטיין, "חילופי מידע בין מתחרים – סוגיה בדיני הגבלים עסקיים" חשפטים כו (1995) 333 U.S. 333 ; 493 United States v. Container Corp of America (1969). לניתוח כלכלי כיצד הסדרים לחילופי אינפורמציה עלולים להקל על יציבותם של קרטלים ראו ד' גילה, הערה 6 לעיל.
- 46 כאשר ההבטחה ניתנת לצרכן סופי נראה שאין היא יכולה להיות בגדר הסדר כובל, שכן אין היא בין אנשים המנהלים עסקים, סעיף 30.12 לעיל.
- 47 ראו ד' גילה, הערה 6 לעיל, וכן: Baker, "Vertical Restraints with Horizontal Consequences: Competitive Effects of 'Most-Favored-Customer' Clauses" 64 *Antitrust L.J.* 517 (1996); Cooper, "Most-Favored-Customer Pricing and Tacit Collusion" 17 *Rand J. Econ.* 377 (1986); ראו גם: Tirole, *The Theory of Industrial Organization* (Cambridge, 1988) 330.
- 48 גם בארה"ב, סירב בית המשפט הפדראלי לערעורים בפסק דין E.I. du Pont De Nemours & Co. v. FTC 729 F.2d 128 (1984), לקבוע כי הסדר לקוח מועדף הוא אסור על פי דיני ההגבלים העסקיים, למרות טענת נציבות הסחר הפדראלית כי הוא עלול לפגוע בתחרות.
- 49 על הגדרת בעל מונופולין ראו הערה 58 להלן. על הפיקוח על בעל מונופולין ראו להלן סעיף 30.60 ואילך.
- 50 ביחס לדעה שלפיה יש להוראה זו גם חסרונות ראו סעיף 30.66 להלן.

האינטרס של הגנה על מפיצים מופלים חלש יותר, שכן הספק המפלה איננו דומיננטי בשוק והם יוכלו לרכוש את המוצר מספקים חלופיים, בעוד שהחשש להקלה על קרטלים נשאר בעינו.

30.15 הסדר נוסף שעלול להקל על יציבותם של קרטלים הוא הסדר התאמת הנחות ("price matching"). בשוק בו פועל מספר קטן של פירמות משמעותיות, כאשר מתחרה מבטיח לקונים כי הוא יתאים כל הנחה של מתחריו, הבטחה לכאורית זו "להתחרות" עשויה למעשה להשיג תוצאה הפוכה, של ייצוב קרטל<sup>51</sup>. זאת משום שכאשר מתחרה מבטיח להתאים ולגבור על הנחות מצד מתחריו, הוא מרתיע את מתחריו מלהעניק הנחות מלכתחילה. על פי גישה זו, אם פירמה חפצה להתחרות ולחתוך מחירים, שתתכבד ותעשה זאת, ולא תסתפק באיום גרידא לחתוך מחירים רק אם מתחרייה עושים זאת. עם זאת, אם ההבטחה להתאים הנחות מופנית לצרכנים סופיים, ה"הסדר" המתקיים הוא הסדר בין הפירמה המבטיחה לבין הצרכן, המבקש ממנה לממש הבטחתה להתאים הנחות. הסדר כזה איננו "בין בני אדם המנהלים עסקים" ועל כן לא ניתן לטעון לגביו שהינו הסדר כובל<sup>52</sup>. טענה כזו ניתן להעלות רק אם ההבטחה בדבר התאמת הנחות ניתנת על ידי הפירמה למפיצים הרוכשים ממנה, ולא לצרכנים סופיים.

אולם אפילו נניח שהסדר כזה לוקה באי חוקיות, עשויות הנסיבות להצביע על כך שמדובר באי חוקיות חד צדדית בלבד, כלומר אי חוקיות שרק הפירמה אחראית לה ואילו המפיצים פטורים מאחריות לגביה. באפשרות זו נדון בסעיף 30.71 להלן.

30.16 סוג נוסף של הסדרים העשויים להקל על הצלחתם של קרטלים הוא הסדרים ל"יישור הבדלים". הבדלים בין הפירמות, כאשר לתהליכי הייצור, סוג המוצר, עלויות התובלה, וכד', מקשים על תיאום קרטל, באשר כל אחת מהן, לאור תכונותיה, היתה מעדיפה מחיר קרטליסטי אחר<sup>53</sup>. אם פירמות אינן יכולות להגיע לעמק השווה מבחינת תנאי הקרטל, ובעיקר מבחינת המחיר הקרטליסטי, יקרוס הקרטל מאיליו. פירמות יכולות לפתור בעייה זו על ידי הסדרים ה"מיישרים" את ההבדלים ביניהן, כגון הסדרים ל"סטנדרטיזציה של המוצר", של עלויות תובלה, או תהליכי ייצור<sup>54</sup>.

51 ראו ד' גילה, הערה 6 לעיל, וכן ראו: Edlin, "Do Guaranteed-Low-Price Policies Guarantee High Prices, and Can Antitrust Rise to The Challenge?" 111 *Harv. L. Rev.* 528 (1997).

52 ראו סעיף 30.12 לעיל.

53 ראו ד' גילה, הערה 6 לעיל. ראו גם את החלטת הממונה בענין הסדרים כובלים בין יצרני אריזות מקדטון גליקביעה ע"פ ט' 43, ההגבלים העסקיים-החלטות הממונה ופסקי דין (הוצאת ועד מחוז ת"א, כרך ב') 66, 70, שם נראה שהממונה מודע לכך שהומוגניות של המוצר מקלה על תיאום קרטלים.

54 במקרה מתאים, הסדרים ליישור הבדלים יכולים להיתקף כקרטלי איכות ישירים, ולא רק

מיוזמים משותפים בין מתחרים

30.17 כפי שציינו לעיל<sup>55</sup>, פסיקת הממונה פרשה את סעיף 2(א) לחוק ההגבלים באופן שכל שיתוף פעולה בין מתחרים, לפחות אם שיתוף הפעולה נוגע לתחום התחרות ביניהם, הוא הסדר כובל, בלי קשר לאופי שיתוף הפעולה או למעמד המתחרים בשוק. בין היתר, על מנת להתמודד עם תוצאה מרחיקת לכת זו, הוציא הממונה את כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיוזמים משותפים), התשס"א-2001<sup>56</sup> הנותנים הכשר לשיתופי פעולה עסקיים הנופלים לגדר הפטור גם אם הם מהווים הסדרים כובלים. "מיוזם משותף" מוגדר בסעיף 1 לפטור בצורה רחבה כ"חווה לשיתוף פעולה בייצור טובין, שיווקם או רכישתם"<sup>57</sup>. על מנת להבין את תחומו של פטור חשוב זה, שומא עלינו לתאר ביתר פירוט את סייגיו.

סעיף 9(1) לפטור מציין שהוא לא יחול אם צד למיזם הוא בעל מונופולין בשוק נשוא המיזם או בשוק משיק<sup>58</sup>. בנוסף, הפטור לא יחול אם צד למיזם הוא בעל מונופולין בשוק אחר, שאינו השוק בו עוסק המיזם או שוק משיק לו, אם צד אחר למיזם מתחרה בו בשוק שבו הוא בעל מונופולין<sup>59</sup>. סייג אחרון זה נובע כנראה מן החשש שהמיזם יפגום בתחרות בשוק שבו צד למיזם הוא בעל מונופולין, למרות שהשוק בו עוסק המיזם הוא אחר לגמרי. לדעתנו חשש מעין זה איננו מבוסס, כפי שיובהר בהמשך.

אם צד למיזם הוא בעל מונופולין, אף בשוק שאינו נוגע למיזם, והמיזם צפוי להיות בעל מונופולין בשוק בו פועל המיזם, גם אז לא יחול הפטור, אלא אם המיזם יוצר שוק מוצר חדש<sup>60</sup>. כך, אם אחד הצדדים הוא בעל מונופולין בענף הבנייה, והמיזם צפוי להיות בעל מונופולין בענף הטקסטיל, לא יחול הפטור. סייג זה נובע מהחשש ששיתוף פעולה בשוק אחד, שוק הטקסטיל למשל, יגרע מן התחרות

כהסדרים המקלים על קרטל מחירים. הסדר לסטנדרטיזציה של המוצר מסיר את התחרות בין הפירמות לענין איכות המוצר, ועל כן מהווה הסדר כובל מכוח הוראת סעיף 2(ב)(4), בלי קשר לפגיעתו בתחרות.

55 סעיף 30.10 לעיל.

56 ק"ת 662.

57 המונח "טובין" כולל, בפטורי הסוג, גם שירותים וזכויות. ראו סעיף 1 לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), התשס"א-2001, ק"ת 6095.

58 "בעל מונופולין", על פי סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים, הוא מי שמספק או רוכש יותר ממחצית מכלל האספקה או הרכישה בשוק רלבנטי, אלא אם שר המסחר והתעשייה קבע, על פי סעיף 26(ג) לחוק, שדי באחוז נמוך יותר לענף מסוים. פטורי הסוג מגדירים "שוקי מוצר משיקים" כ"שוקי מוצר שהטובין המיוצרים באחד מהם, משמשים תשומה בייצורם או בשיווקם של טובין מן השוק האחר, וכן שווקי מוצר שהטובין המיוצרים בהם מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים-מיוצרים, משווקים או מופצים יחד, או שהם מוצרים משלימים". ראו סעיף 1 לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות).

59 סעיף 9(2) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיוזמים משותפים).

60 סעיף 9(3), ש.ס.

בשוק אחר לגמרי, כרוגמת שוק הבנייה. אולם חשש זה, כאמור, איננו מבוסס דיו, לדעתנו. אולם אם המיזם יוצר תוכנה חדשה הממלאת תפקיד מסוים, ואין ולא היו לה תחליפים סבירים בשוק, ניתן לומר כי המיזם יוצר שוק מוצר חדש, ועל כן הפטור עשוי לחול.

סייג נוסף השולל את הפטור הוא אם המיזם מחייב אדם להיות צד לו למשך יותר מעשר שנים רצופות, ללא אפשרות להשתחרר מן המיזם בהודעה שייתן זמן סביר מראש<sup>61</sup>. לבסוף, אם עיקרו של המיזם בהפחתת התחרות או במניעתה, או שיש בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו, לא יחול הפטור<sup>62</sup>.

30.18 הפטור נוקט גישה מחמירה יותר כלפי מיזם משותף בין מתחרים כאשר המיזם נוגע לשוק שבו הם מתחרים (או לשוק משיק לשוק שבו הם מתחרים) מאשר כלפי מיזם משותף בין מתחרים שאינו נוגע או "משיק" לשוק שבו מתחרים הצדדים למיזם. דוגמא למקרה האחרון, החמור פחות, היא של שני קבלני בניין המקימים יחדיו עסק לייצור או שיווק בתחום הטקסטיל. למרות שקבלני הבניין מתחרים ביניהם בענף הבנייה, המיזם המשותף עוסק בטקסטיל, שאינו חופף או משיק לענף הבנייה. דוגמא למקרה הראשון, החמור יותר, הוא של פירמות בתחום הטקסטיל המקימות מיזם בתחום הטקסטיל, או, למשל, בתחום הכדים, שהוא משיק לתחום הטקסטיל. ההבדל, מבחינת תחולת הפטור, בין שני המקרים יובהר להלן.

במיזם בין מתחרים<sup>63</sup>, שאינו בתחום התחרות של הצדדים לו, עוסק סעיף 3 לפטור הסוג, הדורש שורה של תנאים על מנת שהפטור יחול. לדעתנו, מיזם בין מתחרים שאינו נוגע לתחום שבו הם מתחרים כלל איננו בגדר הסדר כובל, אלא אם יש בו כבילות הנוגעות לתחום התחרות שבין הצדדים. אף לפי פרשנותו "המילולית" של סעיף 2(א) לחוק, שהוזכרה לעיל<sup>64</sup>, לפיו די שהסדר עלול לפגוע בתחרות בין הצדדים להסדר לבין עצמם, בלי קשר למעמדם בשוק, אין זה ברור כיצד מיזם בין מתחרים שאינו נוגע לתחום התחרות מהווה הסדר כובל<sup>65</sup>. עם זאת, ברור מפטור הסוג כי חלק מן המיזמים בקטגוריה זו מעלים את חששו של הממונה.

61 סעיף 9(4), ש.ס.

62 סעיפים 9(5) ו-9(6), ש.ס. סייגים דומים לאלה קיימים לגבי כל פטורי הסוג.

63 "מתחרים" על פי פטורי הסוג, כוללים גם מתחרים בכוח, ולא רק מתחרים בפועל. על כן אסם, עוד לפני שנכנסה לתחום הקפה, נחשבה, לצורך פטורי הסוג, "מתחרה" של עלית בתחום הקפה, עקב היותה מתחרה פוטנציאלית לתחום זה. "מתחרה בכוח" מוגדר בפטורי הסוג כ-"אדם שמתקיים בו אחד או יותר מאלה: (1) הוא מסוגל לייצר טובין תחליפיים או לספקם, באופן מיידי; (2) הוא מסוגל להתחיל לייצר טובין תחליפיים או להתחיל לספקם, בעלות סבירה ובאופן סדיר, בתוך שנה; (3) הוא גילה דעתו, בכיצוע הכנות לייצור או הספקה של טובין תחליפיים או בדרך אחרת, כי בכוונתו להתחיל בייצור או הספקה כאמור במועד קרוב".

64 סעיף 30.10 לעיל.

65 גם אם, מסיבה כלשהי, מיזם מסוג זה ייחרץ כהסדר כובל, הוא ייחנה בדרך כלל מפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך, שיידון בסעיף 30.51 ואילך להלן.

של המיזם הוא משמעותי. יתרה מזו, אלמלא הסייג האמור לתחולת הפטור, היה קיים החשש כי בהמשך תכלע פעילות המיזם את פעילות הצדדים לו, כך שהם יפנו את מירב פעילותם אל המיזם, על חשבון פעילותם העצמאית, ובכך תצטמצם התחרות בשוק.<sup>77</sup>

הסייג האמור מעורר קושי במקרה שמדובר בצדדים למיזם, שהם מתחרים פוטנציאליים בתחום המיזם אך אינם מתחרים בו בפועל. כך, אם שני מתחרים פוטנציאליים בענף הטקסטיל מקימים יחדיו מיזם טקסטיל, הם לא ייהנו מפטור הסוג, שהרי היקף פעילותם בתחום הטקסטיל בשלב זה הוא אפס. לפיכך, הם לא יעמדו בדרישה האמורה שלפיה היקף פעילות המיזם לא יעלה על 20% מהיקף פעילות כל אחת מהן בענף. מכאן שמיזם בין פירמות שזה עתה נכנסו לענף אך ורק במסגרת המיזם סובל מיחס מחמיר בהשוואה למיזם בין מתחרים בפועל בענף. זוהי תוצאה אבסורדית, שהרי מיזם בין נכנסים חדשים תורם לתחרות יותר מאשר מיזם בין מתחרים בפועל. הראשון יוצר פירמה חדשה בענף, שמקימה לא תפקדו בענף לפני כן, בעוד האחרון אין בו כדי ליצור מתחרה חדש ממש, שהרי הוא לא יותר מאשר זרועם הארוכה של שני מתחרים וותיקים. על כן ראוי היה לשנות את הדרישה האמורה ולהחיל אותה רק על מיזם בין מתחרים בפועל בתחום המיזם.

דרישות נוספות שמציב פטור הסוג לענין מיזם בין מתחרים, בתחום התחרות, הן כי חלקם המשותף של הצדדים למיזם, שמתחרים זה בזה, לא יעלה על 20% מן השוק בו הם מתחרים, וכי בכל שוק בו הצדדים למיזם מתחרים קיימים לפחות עוד שלושה מתחרים בפועל שאינם צד למיזם ולכל אחד מהם נתח של לפחות 10% מאותו השוק.<sup>78</sup> דרישה זו היא במקומה ככל שהיא נוגעת לשוק בו עוסק המיזם. ככל שמעמד הצדדים בשוק זה משמעותי יותר, וככל שקיימים פחות מתחרים משמעותיים אחרים בשוק זה, כן עלולה הקמת המיזם לפגוע יותר בתחרות.<sup>79</sup> אולם, הדרישה מנוסחת כחלה גם על שווקים שאינם קשורים לתחום המיזם, שבהם הצדדים למיזם מתחרים זה בזה. כך, אם שני יצרני טקסטיל שהקימו מיזם טקסטיל מתחרים ביניהם גם בשוק הבניה, חלה הדרישה גם על מעמדו ומעמדו מתחריהן בשוק הבניה. החששות העולים לכאורה במקרה אחרון זה אנלוגיים לחששות שעלו במסגרת הקטגוריה הקודמת, של מיזמים בין מתחרים שלא בתחום התחרות. אם כך, גם אם נתעלם מבקורתנו הנ"ל על חששות אלה, במקרים אלה היו הדרישות צריכות להיות פחות מחמירות, וזהות לדרישות המתאימות לקטגוריה הקודמת, לפיהן חלקם של הצדדים בשוק בו הם מתחרים אינו עולה על 30%, וקיימים בשווקים אלה לפחות עוד שני מתחרים בעלי נתח של לפחות 10% מאותו השוק.

77 במקרה הקיצוני, שבו כל פעילות הצדדים עוברת למיזם, פועל המיזם כמיזוג הצדדים לכדי פירמה אחת והקטנת מספר המתחרים בשוק באחד. השוו סעיפים 30.54 ואילך להלן, העוסקים בחוזי מיזוג.

78 סעיפים 4(א)2) ר-4(א)3) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים).

79 ראו ד' גילה, הערה 6 לעיל.

30.21 מגבלה חשובה נוספת שחלה לגבי פטור למיזם בין מתחרים בתחום התחרות היא כי מיזם זה חייב להיות מיזם לייצור או לרכישה, ואל לו לעסוק בשיווק טובין בשוק שבו הצדדים מתחרים<sup>80</sup>. כך, פירמות הטקסטיל שבדוגמא יכולות להקים מיזם לייצור בגדים, אך מיזם לשיווק מוצרי טקסטיל לא ייחנה מן הפטור. על מנת ליהנות מן הפטור, יהא על הפירמות לשווק את תוצרת המיזם כל אחד בעצמה, ללא שיתוף פעולה ביניהן. הסיבה לסייג זה היא שמיזם ייצור איננו כולל בחובו תיאום מחירים. אולם שיווק המוצרים יחדיו כרוך מטבע הדברים בתיאום מחירים ופרמטרים אחרים במכירה לאחר (כגון לצרכנים או למפיצים). יתרה מזו, תיאום המחירים לצורך מיזם השיווק עשוי לגלוש לפעילות השיווק העצמאית של הצדדים. הצדדים יוכלו לאמץ, גם בפעילותם העצמאית, את המחירים והפרמטרים האחרים שנקבעו לצורך מיזם השיווק, והתוצאה תהא כאילו עשו הצדדים קרטל ביניהם<sup>81</sup>. עם זאת, הוצע לאחרונה לתקן את פטור הסוג על מנת לאפשר למיזם ייצור גם לשווק את תוצרתו<sup>82</sup>. מטרת התיקון להקל על מיזמי ייצור, שכדרך כלל מלווים בתועלת חברתית. זאת ועוד, החששות מפגיעה בתחרות מוגבלים ממילא, לאור המגבלות לגבי מעמד הצדדים בשוק ומספר מתחריהם הרציניים. האיסור שחל על מתחרים להקים מיזם לשיווק גרידא בתחום התחרות יישאר, גם על פי הצעת התיקון, בעינו.

30.22 במיזם בין מתחרים בתחום התחרות, מותר לצדדים להתחייב שלא להתחרות במיזם (או בצד למיזם שהופקד על ייצור עבור המיזם) במשך תקופת המיזם, אולם תניית אי-תחרות המגבילה צד מלהתחרות במיזם (או בצד למיזם שהופקד על הייצור) לאחר עזיבתו את המיזם איננה כלולה בפטור<sup>83</sup>. בנוסף, מותר לצד למיזם להתחייב לרכוש מן המיזם בלבד, ולא מאחר, ובלבד ש"ההתחייבות סויגה כך שלא תחול אם ניתן לרכוש, באותה עת, את הטובין ממקור אחר בתנאי רכישה טובים יותר", והמיזם (או הצד שהופקד על ייצור עבור המיזם) מסרב למכור את הטובין באותם תנאים. כך, אם שני יצרני טקסטיל הקימו מיזם לייצור בדים, מותר לצדדים להתחייב לרכוש בדים רק מן המיזם, ובלבד שיהיו רשאים לרכוש בדים בתנאים טובים יותר מיצרן בדים מתחרה אם המיזם מסרב למכור להם את הבדים באותם תנאים. לכאורה, אין בכבילה מעודנת מעין זו משום פגיעה חמורה ביצרני בדים מתחרים (או מתחרי פוטנציאליים), שהרי הם מקבלים הזדמנות להציע לצדדים למיזם הצעות אטרקטיביות יותר מאלה של המיזם עצמו. אולם על

80 סעיף 4(א)4 (4) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים).

81 ראו הערה 35 לעיל.

82 ראו דברי הסבר לתיקון כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים): <http://80.70.129.21/vol001/009/503009105.htm>

83 סעיף 4(ב)1 (1) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים).

פי תניה זו, יש למיזם זכות ראשונים, וכל שעליו לעשות על מנת למנוע רכישה של בדים מתחרים הוא להתאים את תנאי הרכישה לאלה של המתחרים<sup>84</sup>.

## הסדרים אנכיים

מבוא

30.23 הסדר אנכי הוא הסדר בין פירמה לבין צינור השיווק או האספקה שלה, כגון הסדר בין יצרן לבין מי שמפיץ את תוצרתו, או בין סיטונאי לקמעונאי המשווק הלאה את הטובין. כן ניתן לכלול במסגרת זו הסכם בין ספק של חומר גלם או תשומה אחרת לבין פירמה המשתמשת באותה תשומה לצורך עסקיה. קיימים סוגים מסוימים של הסדרים אנכיים העלולים להוות הסדרים כובלים<sup>85</sup>, והם יפורטו בסעיפים הבאים.

## הסדרי בלעדיות

30.24 הסדר ספק בלעדי – הסדר ספק בלעדי (exclusive dealing, exclusive purchasing) הוא הסדר שבו מפיץ מתחייב לרכוש מוצר או שירות, לתקופה מסוימת, אך ורק מספק מסוים, ולא מן הספקים המתחרים. 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. כך, למשל, בהחלטת הממונה בענין הסדר כובל בהסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי תחנות התדלוק<sup>86</sup> היו רוב תחנות הדלק ככולות בהסדרי ספק בלעדי לטווחים ארוכים, של כ-40–50 שנה, עם שלוש חברות הדלק פז, דלק וסנוול. כפי שקבע הממונה, הסדרי בלעדיות אלה היוו חסם לכניסת חברות דלק חדשות לשוק. חברת דלק זקוקה לתחנות שכאמצעותן תמכור דלק לצרכנים. הקמת תחנות דלק חדשות כרוכה בעלויות נכבדות וקשיים מנהליים. על כן כבילה של תחנות רבות בהסדרי בלעדיות ארוכי טווח יכולה להכביד ואולי אף למנוע כניסת ספקים חדשים לשוק הדלק<sup>87</sup>.

מכאן שהסדרי ספק בלעדי, בתנאי שוק מסוימים, עלולים לפגוע בתחרות, ולהוות הסדרים כובלים על פי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים. אכן, סעיף 2(א) לחוק ההגבלים מגדיר כהסדר כובל הסדר שבו "אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן

84 ראו סעיף 30.24 להלן, הדן בפגיעה בתחרות בהסדרי רכישה בלעדית מעין אלה.

85 סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, המגדיר הסדר כובל מהו, חל באופן כוללני הן על הסדרים בין מתחרים והן על הסדרים מסוגים אחרים, לרבות הסדרים אנכיים.

86 הערה 17 לעיל.

87 להרחבת הניתוח הכלכלי של פגיעה זו ראו ד' גילה, הערה 6 לעיל.

העלול למנוע או להפחית את התחרות בינו לבין ... אדם שאינו צד להסדר". הסדרי ספק בלעדי עלולים, כאמור לעיל, להפחית את התחרות בין הספק לבין מתחריו, או מתחריו הפוטנציאליים. בפסק דין ה"ע 496/98 זלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' תחנת דלק באר יעקב<sup>88</sup> טענה חברת דלק כי הטענות לפגיעה בתחרות בהסדר ספק בלעדי הן במישור התחרות בין הספקים (חברות הדלק); ואילו מי שמגביל עצמו מלעסוק עם ספקים אחרים הוא המפיץ (תחנות הדלק). לפיכך אין תחולה לסעיף 2(א) שלפיו הסדר כובל הוא הסדר הפוגע בתחרות בשוק שבו פועל הצד שהגביל עצמו (ובמקרה זה הצד שהגביל עצמו הוא תחנת הדלק ולא הספק). בית הדין בהחלטתו הסתייג מפרשנות זו וציין כי היא מנוגדת לתכלית החוק<sup>89</sup>. אולם, לאחרונה התקבלה טענה זו בפרשת שטרן נ' יקבי רמת הגולן בע"מ<sup>90</sup>. כאן נידונה התחייבות של יועץ, מומחה בינלאומי לייץ, כלפי יקבי רמת הגולן, שלא להתקשר עם פירמה מתחרה במשך שנתיים מתום ההתקשרות. בית המשפט המחוזי, באישור לקוני של בית המשפט העליון, קבע כי על מנת שהסדר יהיה כובל לפי סעיף 2(א) הפגיעה בתחרות צריכה להיות בענף בו פועל הגורם שהכבילה מגבילה אותו. למרות שאין ספק כי סעיף 2 מנוסח ברישול מבחינה זו, נראה לנו כי יש להעדיף את עמדת בית הדין להגבלים עסקיים בעניין דלק הנ"ל, ולפרש את הסעיף, למרות לשונו, באופן תכליתי, כחל על כל הסדר העלול לפגוע בתחרות בענף מסוים, בלי קשר לשאלה אם הצד שהגביל עצמו פועל כאותו הענף אם לאו.

בנוסף, הסדרי בלעדיות, לרבות הסדר ספק בלעדי, פורשו כנכנסים לגדר סעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים, הקובע כי הסדר ל"חלוקת השוק... לפי מקום העיסוק או לפי סוג האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו" הוא כובל, בלי קשר לפגיעה בתחרות<sup>91</sup>. פרשנות מרחיבה זו של סעיף 2(ב)(3) היא לדעתנו מרחיקת לכת ובתנאי מוצדקת. כך, על פי פרשנות זו, מתווך דירות המקבל בלעדיות מבעל בניין משותף, לפיה לא ימכור בעל הבניין דירות שלא באמצעות אותו המתווך, נחשבת כהסדר כובל, בלי קשר למעמד הצדדים בשוק הרלבנטי. כך גם קיוסק למכירת גלידות, המתחייב כלפי ספק גלידות מסוים, כי לא ירכוש מספקים אחרים, יוצר גם הוא

88 רשות ההגבלים העסקיים, פרסום 3010588 (2001).  
 89 ראו שם, בפסקה 62. אמנם בית הדין לא נזקק לקביעה זו בהחלטתו, שהרי קבע כי הסדרי ספק בלעדי הם כובלים ממילא מכוח סעיף 2(ב) לחוק.  
 90 ת"א 2011/02 יקבי רמת הגולן נ' שטרן (טרם פורסם) (בית המשפט המחוזי), וע"א 10638/20 שטרן נ' יקבי רמת הגולן (טרם פורסם) (בית המשפט העליון). פסק דין נוסף המבטא עמדה זו הוא 001160/03 שיקובטה סירו נ' לב אשדוד בע"מ (טרם פורסם).  
 91 ראו, למשל, החלטת הממונה בענין הסדר כובל בהסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי תחנות התדלוק, הערה 17 לעיל; החלטת הממונה בענין קמח כשר לפסח, שם; החלטת הממונה בענין הסדרי כובלים בין יצרני אריזות מקרטון גלי, הערה 53 לעיל; ה"פ 267/97 (ת"א) ברמן נ' ניקוסרון בע"מ, רשות ההגבלים העסקיים, פרסום 3001472 (1998); פסק דין דלק, הערה 88 לעיל, בפסקאות 67-68.

הסדר כובל, בלי קשר למספר העסקים בהם נמכרות גלילות באזור הרלבנטי, או למספר ספקי הגלידה בשוק. לפיכך, פרשנות זו של סעיף 2(ב)(3) מכתימה כהסדר כובל מספר רב של הסדרים הנפוצים ביותר במשק, גם בנסיבות שאלה אינם כלל משליכים על התחרות<sup>92</sup> ולדעתנו אין לקבלה. פטורי הסוג להסדרי בלעדיות, שהוצאו בינואר 2001, מאפשרים לפתור אנומליה זו, אם כי תחולתם צרה יחסית, כפי שנראה להלן. מכל מקום בעינינו ראוי היה לפרש את סעיף 2(ב)(3) כחל רק על חלוקת השוק בין מתחרים (או מתחרים פוטנציאליים) לבין עצמם, התנהגות שהיא אכן אנטי-תחרותית באופן בוטה ומשולה לקרטל<sup>93</sup>.

30.25 פטור הסוג להסכמי רכישה בלעדית – כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי רכישה בלעדית), תשס"א-2001<sup>94</sup>, פותרים חלקית, את האנומליה שלפיה כל הסדר ספק בלעדי, בלי קשר למעמד הצדדים בשוק, הוא כובל. הכללים פוטרים, כפוף לסייגים שייסקרו להלן, התחייבות של מפיץ "כי הוא לא ייצר ולא ישווק טובין תחליפיים לטובין נושא ההסכם לרכישה בלעדית". סעיף 1 לפטור מגדיר "הסכם רכישה" כ"חוזה בין מוכר לבין ספק, לרכישת טובין לשם מכירתם". ה"מוכר", בטרמינולוגיה של פטור הסוג הוא, בטרמינולוגיה שלנו, ה"מפיץ" הרוכש את הטובין או השירותים מן הספק ומוכר אותם הלאה. פטור הסוג ניתן אך ורק ל"הסכם רכישה" מסוג זה. המושג איננו חל כלשונו, למשל על מתווך דירות, המתקשר עם בעל בניין החפץ למכור את הדירות בבניין. גם אם נראה כמתווך "ספק" של שירותי תיווך, קשה לראות את בעל הבניין כמי שרוכש את שירותי התיווך לשם מכירתם. התקשרות המתווך ובעל הבניין היא בין ספקי מוצרים או שירותים משלימים – כאלה שבני אדם נוהגים לצרוך יחדיו. אדם הקונה דירה נזקק הן לדירה עצמה והן לשירותי התיווך בקשר עמה. באופן דומה, אדם הקונה מחשב זקוק גם לחמרת המחשב וגם למערכת ההפעלה. אם כך, לשון הפטור מוציאה מתחום הפטור הסדרי בלעדיות בין ספקי מוצרים או שירותים משלימים, והאנומליה בהכתמתם כהסדרים כובלים, בלי קשר למעמד הצדדים בשוק, נשארת, במידה רבה, בעינה<sup>95</sup>. כך, אם הסדר הבלעדיות לא הוכשר על ידי רשויות ההגבלים

92 בנוסף, יש להסדרי ספק בלעדי, במקרים רבים, יתרונות חברתיים לא מבוטלים, ראו ד' גילה, הערה 6 לעיל. בכך יש כדי לתמוך בפרשנות מקלה יותר, המוציאה הסדרים מעין אלה מחזקת סעיף 2(ב).

93 השוו להחלטת בית הדין להגבלים עסקיים בפסק דין מזרחי, הערה 31 לעיל, שאינו דן בהסדרי בלעדיות, אך עם זאת עולה ממנו כי יש לפרש את סעיף 2(ב)(3) כצורה מצרה, לאור מקורות ההשראה שלו במשפט המשווה, המכוונים לחלוקת שוק בין מתחרים. יש לזכור, עם זאת, כי אותו בית דין קבע מאוחר יותר, בפסק דין זלמן, הערה 88 לעיל, כי הסדרי בלעדיות כן נכנסים לגדר הוראת סעיף 2(ב)(3) הנ"ל.

94 ק"ת 6096, ע' 668.

95 ניתן אולי לראות את המתווך כספק תשומה המשמשת את בעל הבניין בעסקו, ובמקרה זה הבלעדיות תוכשר, בתנאים מחמירים יותר, כמפורט בפסקה הבאה.

העסקיים, באמצעות פטור ספציפי או אישור<sup>96</sup>, ואם העסקה לא תוכל להיכנס לגדר פטור הסוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך<sup>97</sup>, בעל הבניין, בדוגמא הנ"ל, יוכל להתנער מהתחייבותו ולעסוק עם מתווכים אחרים, או למכור את הדירות שלא דרך מתווך, מבלי שייחשב כמפר חוזה, משום שסעיף הבלעדיות ייחשב כבטל בשל אי חוקיותו<sup>98</sup>. מובן שתוצאה בלתי סבירה זו לא תתרחש אם תתקבל עמדתנו שלפיה יש לפרש את חוק ההגבלים באופן שהסדר כזה (הסדר אנכי), שאיננו פוגע בתחרות, לא ייחשב הסדר כובל.

סוג נוסף של יחסי ספק לקוח שאינו נופל ללשון "הסכם רכישה" נוגע למקרה של ספק חומר גלם המוכר את חומר הגלם לפירמה המשתמשת בחומר הגלם על מנת לייצר מוצר חדש. קשה לראות את הפירמה שרוכשת את חומר הגלם כמי שרוכשת טובין מספק "לשם מכירתם", שהרי לא את חומר הגלם היא מוכרת אלא מוצר שונה לחלוטין. מקרה הרחוק עוד יותר מלשון הפטור הוא של ספק תשומה, כגון ספק של חשמל, מים, שירותי ניקיון, מכשירי כתיבה לשימוש העובדים, וכו', המוכר את התשומה לפירמה אחרת, המשתמשת באותה התשומה לצורך העסק שלה. לטיפול בהסדרי בלעדיות מעין אלה, הוסיף פטור הסוג את סעיף 4, הקובע כי הפטור יחול גם על הסדר ספק בלעדי ברכישת תשומה כאמור, אך בתנאי ש"סך כל הכמות הנמכרת בידי אותו ספק לכל הרוכשים ממנו טובין כאמור, בהסכם בלעדיות, אינה עולה על 10% מכלל הצריכה של טובין מאותו סוג". כפי שיתברר להלן, דרישה זו מחמירה יותר מזו הנוגעת להסכמי רכישה רגילים, בהם הרוכש מוכר את מוצרו של הספק הלאה<sup>99</sup>.

פטור הסוג מציין כי הוא לא יחול אם הצדדים להסכם הם מתחרים או מתחרים פוטנציאליים<sup>100</sup>. כך, אם מפיץ מכשירי חשמל התחייב כלפי היצרן לרכוש מכשירי חשמל רק מאותו יצרן, והמפיץ עוסק, או יכול לעסוק גם בייצור, או שהיצרן עוסק בעצמו, או יכול לעסוק בעצמו, גם בהפצה, אין פטור הסוג חל, וזאת בלי קשר למעמדם של הצדדים בשוק. גם אם הספק והמפיץ מתחרים ביניהם בענף אחר לגמרי מן הענף נשוא הסכם הבלעדיות, לא יחול הפטור<sup>101</sup>.

96 הערה 22 לעיל.

97 לגבי פטור סוג זה ראו סעיף 30.51 להלן.

98 ראו להלן סעיף 30.69 ואילך, הדנה בתוצאת הבטלות של הסדרים כובלים. להסדר כובל גם תוצאות פליליות ונזיקיות, אולם קשה לתאר מצב שבו תוגש תביעה פלילית או נזיקית בגין הסכם התיווך האמור ודוגמאות שכמותו.

99 הסיבה להחמרה היא שהסדרי בלעדיות לרכישת תשומה הם במקרים רבים אפקטיביים יותר בחסימת כניסה חדשה לשוק אספקת התשומות מאשר הסדרי בלעדיות בהסכמי רכישה לצורך הפצה. על כך ראו ד' גילה, הערה 6 לעיל.

100 סעיף 1(3) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי רכישה בלעדית). על ההגדרה של מתחרה פוטנציאלי, ראו הערה 63 לעיל. לאתרונה הוצע לייחד סייג זה רק למתחרים בפועל, להבדיל ממתחרים פוטנציאליים גרידא. ראו דברי הסבר לתיקון פטורי הסוג להסדרים אנכיים (הפצה ורכישה בלעדית חכיינות) 503009110.htm http://80.70.129.21/vol001/503/009/

101 יתרה מזו, על פי סעיף 2 לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), "הגבלה או

30.26 בנוסף, אם חלקו של אחד הצדדים בשוק הרלבנטי (שוק האספקה או שוק ההפצה, לפי הענין) עולה על 30%, פטור הסוג לא יחול<sup>102</sup>. דרישה זו מהווה כלל אצבע (מעט גס אמנם) לעצירת הסדרי בלעדיות העלולים לפגוע בתחרות במישור האספקה. אם ספק, הנהנה מבלעדיות, תופס מעל 30% משוק האספקה, קיים חשש כי שוק האספקה הוא ריכוזי, כי ספק זה הוא דומיננטי בשוק, וכי יש לאפשר כניסה חדשה של ספקים לשוק או התרחבות של ספקים קטנים יותר. הסדר בלעדיות מעין זה ראוי, אם כן, לבדיקה פרטנית, במסגרת פטור פרטני או אישור של ההסדר, בו ייבדק איזה חלק משוק ההפצה "תפוס" על ידי הסדרי בלעדיות, ועד כמה שוק האספקה הוא תחרותי. בנוסף, אם הסדר בלעדיות תופס, בעצמו, מעל 30% משוק ההפצה הרלבנטי, אין ספק כי הוא עשוי להעלות חששות של דחיקת מתחרים של הספק או חסימת כניסה של מתחרים חדשים, ושוב הסדר כזה ראוי לבדיקה פרטנית.

סייג נוסף שולל את תחולת הפטור אם צד להסכם הוא בעל מונופולין בשוק המוצר נשוא ההסכם או בשוק של מוצר משיק<sup>103</sup>. על כן, אם חברת דלק תופסת פחות מ-30% משוק הדלק, והיא מחתימה תחנת דלק על בלעדיות כאשר התחנה תופסת פחות מ-30% משוק תחנות התדלוק הרלבנטי, עדיין ההסדר לא ייחנה מן הפטור אם חברת הדלק היא בעלת מונופולין בזיקוק דלק, או במכירת שמנים או תוספים לדלק. אלה הם שווקים משיקים, ועל כן יפעל הסייג האמור. יתכן שהחשש המניע סייג זה הוא כי חברת הדלק, בדוגמא זו, תנצל את מעמדה הדומיננטי בשוק המשיק על מנת להשיג הסדרי בלעדיות דומים ממספר רב של תחנות, באופן שיגרור אפקט מצטבר שייפגע בתחרות. במקרה של מפיץ שהוא בעל מונופולין בשוק משיק, כגון רשת תחנות דלק שהיא בעלת מונופולין, באזור מסוים, במכירת שמני מנוע, מבטא הסייג האמור את החשש כי התקשרות עם רשת תחנות זו עשויה להיות חיונית לספקי דלק מתחרים על מנת להיכנס או לתפקד בשוק.

נראה כי עדיף היה להתוות סייגים לתחולת הפטור המכוונים ביתר דיוק לאיתור הסדרי ספק בלעדי המסוכנים לתחרות, במקום להשתמש בכללי האצבע שבפטור. קיימים שני פרמטרים המצביעים על פגיעה משמעותית בתחרות של הסדרי ספק בלעדי: שוק ספקים עם מעט מתחרים משמעותיים (כלומר, שוק ספקים ריכוזי),

תנאי החלים מכוח כללי פטור סוג על צד להסכם יחולו גם על אדם הקשור לצד כאמור... "אדם קשור" מוגדר, בסעיף 1, שם, כ"אדם השולט בצד להסכם, תאגיד הנשלט על ידי צד להסכם וכל תאגיד הנשלט בידי מי מהם". על כן, גם אם המפיץ והספק שהם צדדים להסדר הבלעדיות אינם מתחרים זה בזה, בשוק כלשהו, די שפירמות או בני אדם השולטים או נשלטים על ידיהם (או פירמות בהמשך שרשראות השליטה) מתחרות זו בזו בשוק כלשהו. "שליטה" מוגדרת, בסעיף 1, כ"יכולת לכונן, במישרין או בעקיפין, פעילותו של תאגיד". בנוסף, קיימת רשימה של צורות החזקה או זכויות מינוי מנהלים או דירקטורים שיראו אותם כ"שליטה" על פי הסעיף, שם.

102 סעיף 3(2) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי רכישה בלעדית).

103 סעיף 3(3), שם.

ר"תפיסה", בבלעדיות, של אחוז גדול מדי מענף ההפצה. עדיף היה לעצב, אם כך, את הסייגים לתחולת הפטור כך שרק אם שוק הספקים עובר סף מסוים של ריכוזיות, ואם, בנוסף, אחוז גדול מספיק מענף ההפצה "תפוס" על ידי הסדר הבלעדיות, הפטור לא יחול. הנתונים הדרושים על מנת לברר אם סייג מעין זה חל אינם שונים משמעותית מן הנתונים הדרושים לכירור הסייגים הגסים והרחבים יותר, הקיימים כיום.

סייג נוסף לתחולת הפטור מגביל את יכולתם של הספק והמפיץ להכתיב זה לזה מחירים או רווחים. בפרט, הפטור לא יחול אם הסכימו הספק והמפיץ לגבי המחיר בו ימכור המפיץ את הטובין לאחר. לדוגמא, אסור לחברת הדלק ולתחנת הדלק נשוא הסדר הספק הבלעדי לקבוע איזה מחיר תדרוש תחנת הדלק מצרכנים<sup>104</sup>.

הכתבת מחירים מעין זו ממילא אסורה על פי חוק ההגבלים, לפחות כשמדובר בהכתבת מחיר מינימלי שאל למפיץ לרדת ממנו<sup>105</sup>. כמו כן לא יחול הפטור אם ההסכם קובע איזה מחיר ידרוש ספק הדלק מתחנות אחרות. נראה כי סייג זה כולל "הסדר לקוח מועדף" בו מבטיחה חברת הדלק לתחנת דלק כי המחירים שהיא גובה מהתחנה לא יעלו על מחירים שתחנות אחרות משלמות לה. קל וחומר שהסייג יחול על התחייבות של חברת הדלק לגבות מתחנות אחרות מחירים גבוהים מאלה שהיא גובה מן התחנה נשוא הסכם הבלעדיות.

הכתבת מחירים נוספת, השוללת את תחולת הפטור, מתייחסת למחיר שישולם בעד הטובין, למשל על ידי הספק<sup>106</sup>. כך, אם ההסכם מחייב חברת דלק לשלם עבור הדלק שהיא רוכשת (למשל מבתי הזיקוק, או מגורם ביניים הרוכש מבתי הזיקוק ומוכר לחברת הדלק) לא יותר מאשר מחיר מסוים, לא יחול הפטור. סייג זה נראה מיותר. חזקה על הספק שידאג לשלם לא יותר מן הנדרש עבור הטובין.

כמו כן לא יחול הפטור אם הצדדים קובעים את שיעור הרווח שיפיק צד להסכם<sup>107</sup>. הסיבה לכך היא שקביעת רווח מכתובה, במידה רבה, גם את המחירים, והפטור התכוון לסייג עצמו במקרה זה.

30.27 עוד קובע הפטור, כשאר פטורי הסוג, כי הוא לא יחול אם הסדר הבלעדיות מחייב אדם להיות צד לו לפרק זמן העולה על עשר שנים רצופות, בלי אפשרות להשתחרר בהודעה שייתן זמן סביר מראש. הפטור לא יחול אם עיקרו של ההסכם בהפתתת התחרות או במניעתה, או אם ההסכם כולל כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו<sup>108</sup>.

104 סעיף 3(4)(א), ש.ס.

105 ראו להלן סעיף 30.35.

106 סעיף 3(4)(ב) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי רכישה בלעדית).

107 סעיף 3(4)(ג), ש.ס.

108 סעיפים 3(5), (6), ר"ת(7), ש.ס.

30.28 החלת פטור הסוג למיזמים משותפים על הסדר ספק בלעדי – כיום חלק מהסדרי ספק בלעדי יכולים ליהנות מפטור הסוג למיזמים משותפים. כזכור, מיזם משותף מוגדר בפטור הסוג המתייחס אליו כ"חווה לשיתוף פעולה בייצור טובין, שיווקם או רכישתם". הסדר אספקה בין ספק למפיץ הוא חווה לשיתוף פעולה בשיווק טובין. הספק מספק את המוצר או את השירות, והמפיץ תורם ל-"מיזם" את השימוש במתקניו לצורך שיווק הפצה וכד'. אם המפיץ והספק הם מתחרים או מתחרים פוטנציאליים זה לזה בתחום המיזם (למשל, הספק עוסק גם בהפצה באזור בו פועל המפיץ), לא יוכל הסדר הספק הבלעדי שביניהם ליהנות מפטור הסוג, שכן מיזם מסוג זה לא יהנה מן הפטור אם הוא נוגע בשיווק המוצר<sup>109</sup>. אולם אם הספק והמפיץ אינם מתחרים או מתחרים פוטנציאליים זה בזה בתחום המיזם, יחול על המיזם סעיף 2(ב)(1) לפטור הסוג למיזמים משותפים. במקרה כזה, אם המיזם עומד בשאר דרישות פטור הסוג, ניתן לכלול בו התחייבות המונעת מן המפיץ להתחרות בספק בייצור או בשיווק הטובין נשוא ההסדר. בנוסף, סעיף 2(ב)(7) לפטור הסוג למיזמים משותפים מאפשר למפיץ להתחייב להימנע מרכישת הטובין מאחר, וסעיף 2(ב)(8) מאפשר למפיץ להתחייב שלא להתחרות במיזם במשך תקופה סבירה לאחר פרישתו ממנו.

אכן, פטור הסוג למיזמים משותפים חשוב במיוחד כאשר הספק והמפיץ אינם מתחרים או מתחרים פוטנציאליים זה לזה באף שוק. אם הם מתחרים או מתחרים פוטנציאליים בשוק כלשהו, יהיו דרישות פטור הסוג למיזמים משותפים מחמירות יותר, יחסית לדרישות פטור הסוג להסכם רכישה בלעדית. אולם, אם הספק והמפיץ אינם מתחרים או מתחרים פוטנציאליים זה בזה באף שוק, יהא פטור הסוג למיזמים משותפים מחמיר הרבה פחות. בפרט, הוא מכשיר את הכבילות הנ"ל כל עוד הצדדים הם לא בעלי מונופולין, בשוק נשוא ההסדר, בשוק משיק, או בשוק אחר<sup>110</sup>. זאת בעוד פטור הסוג לרכישה בלעדית מחמיר יותר עם הצדדים, בעיקר מבחינת הגבלת נתחי השוק של הספק והלקוח, בכך שעליהם להיות פחות מ-30% מן השוק. ניתוח זה מיתר, במידה רבה, את דרישותיו המחמירות יותר של פטור הסוג לרכישה בלעדית.

משום כך ניתן לגרוס שראוי לפרש את פטור הסוג למיזמים משותפים כך שלא יחול על הסדר לרכישה בלעדית, למרות שלפי לשונו הוא עשוי לחול גם על הסדר זה, וכי הנושא של רכישה בלעדית יידון אך ורק על פי פטור הסוג המיוחד להסדר מעין זה, שהוא, כאמור, מחמיר יותר בדרישותיו. אכן הוצע לאחרונה לתקן את פטור הסוג למיזמים משותפים כך שלא יחול על הסדרים שהם בעיקרם אנכיים – בין ספק ללקוח (להבדיל משיתופי פעולה עסקיים שהיחסים האנכיים בין הצדדים למיזם הם רק תופעת לוואי שלהם)<sup>111</sup>.

109 סעיף 4(א)(4) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים).

110 סעיף 9, ש.ס.

111 ראו דברי הסבר לתיקון פטור הסוג למיזמים משותפים, הערה 82 לעיל.

30.29 חפיץ בלעדי – הסדר מפיץ בלעדי (sole outlet, exclusive distribution) הוא הסדר שלפיו ספק מתחייב כלפי מפיץ כי ימכור רק לאותו מפיץ. הסדרים מעין אלה הם נפוצים ביותר, ולא פעם נאכפים על ידי בתי המשפט במישור החוזי, מבלי שהם מתייחסים לשאלת הפגיעה בתחרות או לאפשרות שהחוזה עלול להיות בלתי חוקי בהיותו מנוגד לחוק ההגבלים העסקיים<sup>112</sup>. כאשר קיימים מעט מתחרים משמעותיים בשוקי הספק והמפיץ, עלולים הסדרי מפיץ בלעדי לפגוע בתחרות ובמחיר לצרכן, אם כי התיאוריות הכלכליות המצביעות על כך מורכבות, ותלויות בפרמטרים שונים<sup>113</sup>. הסדר מפיץ בלעדי יהווה הסדר כובל על פי סעיף 2(א), באותם מקרים שבהם הוא עלול לפגוע בתחרות. בנוסף, כפי שראינו לעיל, על פי הפסיקה, כל הסדר מפיץ בלעדי מהווה הסדר כובל על פי סעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים, בלי קשר לפגיעתו בתחרות<sup>114</sup>. עם זאת הדגשנו לעיל את עמדתנו שפרשנות זו איננה סבירה, וכי יש לפרש את סעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים לאור תכליתו ובאופן שלא יחול על הסדרי בלעדיות.

30.30 פטור הסוג להסדרי הפצה בלעדית – כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית), תשס"א–2001<sup>115</sup> מעניקים פטור ל"הסכם הפצה" שבו "מתחייב הספק למכור או לספק טובין לשם הפצה בשטח ההסכם למפיץ בלבד"<sup>116</sup>, כפוף לתנאים שייסקרו להלן. "מפיץ" מוגדר בפטור כ"צד להסכם הפצה הרוכש

112 דוגמאות קיצוניות לפרקטיקה זו של בתי המשפט ניתן למצוא בפסקי דינו של בית המשפט העליון בפסק דין ליבוביץ, הערה 3 לעיל; ע"א 901/90 נחמיאס נ' קולומביה סחר ומשקה בע"מ, פ"ד מז(1) 252. באותם פסקי דין דן בית המשפט במעמדו החוזי של הסדר מפיץ בלעדי בין השאר על רקע חוק ההגבלים העסקיים והשיבותה של התחרות למשק. וזאת מבלי לבחון את מעמדה של תניית הבלעדיות כהסדר כובל. ראו גם ע"א 5630/90 תדמור נ' ישפאר חברה לסחר אלקטרוניקה בע"מ, פ"ד מז(2) 517.

113 ראו ד' גילה, הערה 6 לעיל; David Gilo, "Retail Competition Perculating through to Supplies, and the use of vertical intergration, tying, and vertical restraints to stop it", 20 Yale Journal on Regulation 25, 54 (2003).

114 ראו הערה 91 לעיל וטכסט להערה זו. גם המשפט האמריקאי מתייחס בחשדנות להסדרי מפיץ בלעדי, כאשר לספק יש די מעמד בשוק. ראו, למשל: Packard Motor Car Co. v. Webster Motor Car Co. 242 F.2d 418, cert. denied, 355 U.S. 822 (1957); Areeda & Kaplow, *Antitrust Analysis* (4<sup>th</sup> ed., 1988) 657, note 44, ופסקי הדין המאוזכרים שם. עם זאת, הפסיקה האמריקאית מנתחת הסדרי מפיץ בלעדי על פי כלל סבירות, תוך אמידת מידת הפגיעה בתחרות בשוק הרלבנטי, ואיננה קובעת חזקה חלוטה כי מדובר בהסדר כובל. ראו שם, וכן: Continental T.V. v. GTE Sylvania, 433 U.S. 36 (1977). הסדר מפיץ בלעדי עשוי להיות כובל לפי סעיף 2(א) גם על פי הפרשנות המילולית הנוכרת של בית המשפט בענין יקבי רמת הגולן, לעיל הערה 90, לסעיף זה. כזכור, על פי פרשנות זו הפגיעה בתחרות צריכה להיות בשוק בו פועל הצד שהגביל עצמו. ניתוח כלכלי מראה שהסדר מפיץ בלעדי עלול לפגוע בתחרות בין הספק (הצד שהגביל עצמו) לבין מתחריו. ראו גילה, לעיל הערה 6.

115 ק"ת 6069, ע' 669.

116 סעיף 1 לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית).

טובין מספק לשם מכירתם<sup>117</sup>. "ספק" מוגדר כ"צד להסכם הפצה המספק או מוכר טובין למפיץ לשם מכירתם"<sup>118</sup>. שלא כמו פטור הסוג לרכישה בלעדית, אין הפטור חל מילולית על שירות או על הסכם לרכישת תשומה, שכן זו אינה נמכרת ללקוחות המפיץ. על כן, כאשר מתווך דירות מתחייב כלפי בעל בניין כי יתווך רק עבורו, באזור מסוים, אין הפטור חל, והצדדים יצטרכו להסתמך על פטור הסוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך, על פטור פרטני מן הממונה, או על אישור פרטני של ההסכם. כך גם במקרה בו ספק של חומר גלם או תשומה אחרת מתחייב כלפי רוכש התשומה כי יספק את התשומה רק לאותו הרוכש. תחומו הצר של פטור הסוג להפצה בלעדית איננו מוצדק וראוי היה להרחיבו גם להסדרים לאספקת תשומה ולהסדרים בין ספקי מוצרים משלימים, כדוגמת התיווך דלעיל<sup>119</sup>. אמנם ייחוד תשומה (רבת יישומים) למפיץ בלעדי, יכולה במקרים מסוימים להגביל את התחרות במספר שווקי הפצה, אולם הפטור יכול היה למזער את החששות במקרים מעין אלה על ידי התווית תנאים מיוחדים למתן פטור במקרים אלה, כפי שעושה פטור הסוג להסדרי רכישה בלעדית.

הפטור מציין כי מותר לכלול בהסכם התחייבות של המפיץ לרכוש את הטובין שבהסכם להפצה בלעדית רק מאת הספק<sup>120</sup>. היתר זה הוא מיותר, משום שכאשר הבלעדיות היא "הדדית", ייכלל ההסדר ממילא בגדר הסייג שבסעיף 3(6) לחוק ההגבלים עצמו, ולפיכך לא יהווה הסדר כובל (סעיף 30.46 ואילך להלן).

30.31 פטור הסוג קובע כי הוא לא יחול אם הצדדים להסכם הם מתחרים או מתחרים פוטנציאליים<sup>121</sup>. אין ספק כי אלמלא סייג זה, היו מתחרים יכולים להסוות הסדר לאי־תחרות ביניהם כהסדר הפצה בלעדית. כך, למשל, היתה תנובה יכולה להתחייב להפסיק להפיץ את תוצרתה בעצמה, או דרך מפיצים עצמאיים, ובמקום זאת להפיץ תוצרתה רק דרך חברת שטראוס, המתחרה בה. במקרה כזה היה גוף אחד (בדוגמא זו: שטראוס) קובע את המחירים שבהם ישווקו מוצרי שני המתחרים. הפגיעה בתחרות בנסיבות אלה היא מובנת מאליה. ברור פחות, אמנם, מדוע מסוייג הפטור גם כאשר הספק מתחרה בתחום ההפצה, כגון המקרה שבו לתנובה חנויות מפעל המתחרות בשופרסל, ותנובה מתחייבת לא למכור למפיצים עצמאיים מתחרים. במקרה מעין זה שוק ההפצה תחרותי יותר מאשר אלמלא היתה תנובה מפיצה בעצמה, ודווקא במקרה מעין זה פטור הסוג מנוע מלחול.

117 ש.ס.

118 ש.ס.

119 לא ברור אם ניתן להשיג תוצאה רצויה זו באמצעות היקש.

120 סעיף 2(ב)(2), ש.ס.

121 סעיף 3(1) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית). גם דרישה זו הוצע לרכך, כך שיסוייג הפטור רק למתחרים בפועל ולא למתחרים פוטנציאליים. הערה 100 לעיל וטכסט להערה זו. מכל מקום המונח "מתחרים פוטנציאליים" ראוי לפירוש מצמצם ביותר.

כמו כן נקבע בפטור כי הוא לא יחול אם הספק והמפיץ מתחרים או מתחרים פוטנציאליים בענף אחר מן הענף נשוא הסכם הבלעדיות. גם הטעם לסייג זה ברור הרבה פחות. נראה כי הרחבת הסייג גם למקרה זה נובעת מן החשש כי שיתוף פעולה בין הצדדים בענף שבו אין תחרות ביניהם יגרע מן התחרות בענף שבו הם מתחרים. את בקורתנו על חשש מעין זה הבענו לעיל<sup>122</sup>. בנוסף, לא יחול פטור הסוג אם צד להסכם הוא בעל מונופולין בשוק נשוא ההפצה הבלעדית או בשוק של מוצר משיק<sup>123</sup>. עוד קובע הפטור שהוא לא יחול אם חלקו של המפיץ בשוק נשוא הבלעדיות יהיה, לאחר כריתת ההסכם להפצה בלעדית, 30% או יותר.

הפטור קובע גם כי הוא לא יחול אם "אין אספקה סדירה של טובין תחליפיים בשטח ההסכם להפצה בלעדית"<sup>124</sup>. לסייג זה נפקות רק אם השטח בו חל ההסכם ההפצה צר יותר משוק המוצר הרלבנטי. למשל, השוק הגיאוגרפי הרלבנטי עשוי להיות "צפון תל-אביב", ושטח ההסכם עשוי להיות "רמת אביב ג'". אם "אין אספקה סדירה של טובין תחליפיים" בשטח שהוא חופף לשוק הרלבנטי (כל צפון תל-אביב, בדוגמא לעיל), ממילא צפוי להיות למפיץ נתח של מעל 30% משוק זה, והפטור לא יחול. אולם אם שטח ההסכם צר מן השוק הרלבנטי, אין זה ברור מדוע ראה לנכון הפטור לסייג עצמו למקרה שאין אספקה סדירה של טובין תחליפיים דווקא בשטח צר זה. משמעות הסייג בדוגמא זו היא שפטור הסוג לא יחול במקרה שאין טובין תחליפיים באזור רמת אביב ג', למרות שקיימים טובין תחליפיים באזור הקרוב מספיק בצפון תל-אביב אליו יכולים צרכנים להגיע ללא קושי. הגדרת השוק הגיאוגרפי הרלבנטי – "צפון תל אביב" כבר כוללת בחובה את השאלה אם הצרכנים יכולים, באופן סביר, להשיג מוצרים תחליפיים לאלה נשוא ההפצה הבלעדית. אם צרכנים תושבי רמת אביב ג' אינם רואים באזורים אחרים של צפון תל אביב כתחליף סביר, ממילא הגדרת השוק הגיאוגרפי הנכונה היא צרה יותר, וכוללת רק את אזור רמת-אביב ג'.

סייג נוסף לתחולת הפטור הוא כאשר ההסכם מחייב בלעדיות לתקופה העולה על עשר שנים רצופות ללא יכולת להשתחרר בהודעה שתניתן זמן סביר מראש<sup>125</sup>.

30.32 פטור הסוג מסייג את תחולתו אם הצדדים קובעים את המחיר בו יציע המפיץ את הטובין לאחר<sup>126</sup>.

כפי שציינו לעיל, הכתבת מחירים מעין זו ממילא מהווה הסדר כובל, לפחות כאשר מוכתב מחיר מינימום<sup>127</sup>. בנוסף, לא יחול הפטור אם ההסכם מכתב לספק

122 סעיף 30.19 לעיל.

123 סעיף 3(3) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית).

124 סעיף 3(2), ש.ס.

125 סעיף 3(6), ש.ס.

126 סעיף 3(4)(א), ש.ס.

127 ראו להלן סעיף 30.35.

איזה מחיר לגבות מגורמים אחרים<sup>128</sup>. הסיבה לסייג זה איננה ברורה כל צרכה. אם פטור הסוג מוכן לאפשר לספק להתחייב כלפי המפיץ שלא למכור כלל לאחרים, מדוע להגבילו לגבי המחירים שהוא גובה מאחרים שההסכם מתיר מכירה להם? עוד סייג לתחולת הפטור חל אם ההסכם מכתיב את המחיר שישולם לגורמים אחרים בעד הטובין<sup>129</sup>. ככל שהסייג חל על המחיר שמשלם הספק עבור הטובין, אין מקום לסייג, שהרי חזקה על הספק שינסה למזער מחיר זה ככל האפשר. הפטור מבהיר כי גם קביעת הרווח שיופק על ידי המפיץ, הספק או אדם אחר ממכירת הטובין מוציאה מגדר הפטור<sup>130</sup>. אולם סעיף 4(ה) לפטור מבהיר כי אין בסייגים אלה "כדי למנוע הסכם לענין המחיר המרבי שייגבה בעד המוצר, או לענין הפצה של רשימת מחירים מומלצים בידי הספק". אם כך, הכתבת מחירי מקסימום, שאל למפיץ לגבות מעליהם, איננה מוציאה מגדר פטור הסוג<sup>131</sup>. כגוסף, המלצה גרידא מצד הספק לגבי המחירים שייגבו על ידי המפיץ, גם היא איננה מוציאה מגדר הפטור, ונתפסת כלגיטימית<sup>132</sup>.

30.33 סייג נוסף לתחולת הפטור נוגע לשירותי אחזקה או תיקון שמעניק המפיץ הבלעדי. על פי סעיף 4 לפטור, אם מציע המפיץ שירותים כאלה, בעצמו או באמצעות אחר, הפטור יחול רק אם מציע המפיץ את אותם השירותים, ללא אפליה, לכל מי שרכש טובין כמו אלה נשוא ההפצה הבלעדית, גם אם לא נרכשו מן המפיץ הבלעדי. סייג זה צופה סיטואציה שבה הספק מוכר את הטובין דרך מספר מפיצים, אלא שלכל מפיץ בלעדיות בשטח מסוים. על מנת ליהנות מן הפטור, גם צרכנים שרכשו את המוצר ממפיצים אחרים יוכלו לקבל שירותי תיקון או אחזקה מכל מפיץ הנהנה מבלעדיות בטריטוריה כלשהי, בתנאים בלתי מפלים. אם תנאי זה איננו מתמלא – לא יחול הפטור על אותה הבלעדיות.

30.34 החלת פטור הסוג למיזמים משותפים על הסדרי מפיץ בלעדי – כפי שניתן כיום להחיל את פטור הסוג למיזמים משותפים על הסדרי ספק בלעדי, ניתן, באופן דומה, להחילם על חלק מהסדרי ההפצה הבלעדית, ובלבד שהספק והמפיץ אינם מתחרים או מתחרים פוטנציאליים אחד של השני בשוק נשוא ההסדר וההסדר עומד בשאר תנאי פטור הסוג למיזמים משותפים<sup>133</sup>. בפרט, סעיף 2(ב)(1) מאפשר לספק, באותם מקרים שפטור הסוג למיזמים משותפים חל, שלא להתחרות במפיץ בייצור או שיווק המוצר נשוא ההפצה הבלעדית, וסעיף 2(ב)(8) מאפשר לצדדים

- 128 ש.ס.  
 129 סעיף 3(4)(ב), לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית).  
 130 סעיף 3(4)(ג), ש.ס.  
 131 סעיף 30.37 להלן.  
 132 סעיף 30.38 להלן.  
 133 ראו סעיף 30.28 לעיל. כאמור לעיל, הוצע לאחרונה שלא לאפשר לפטור הסוג למיזמים משותפים לחול על הסדרים שהם בעיקרם אנכיים, כהסדרי מפיץ בלעדי הנידונים כאן. ראו הערה 111 לעיל והטכסט להערה זו.

להתחייב שלא להתחרות במיזם תקופה סבירה לאחר פרישתם ממנו. מבחינה זו, ההכשר שניתן לדלות מפטור הסוג למיזמים משותפים צר יותר מזה הנדון בפטור הסוג להסדרי הפצה בלעדית, שכן לא ניתן להחיל את פטור הסוג למיזמים משותפים על התחייבות של הספק שלא לספק למפיצים אחרים. ניתן רק להחיל את הפטור האמור על התחייבות הספק כי הוא לא יתחרה במפיץ בעצמו, למשל על ידי שיווק עצמאי של הטובין.

הסדרים המונעים את התחרות בין מפיצי אותו מותג

30.35 סוג נוסף של הסדרים אנכיים הם הסדרים המונעים תחרות בין מפיצים של מותג הספק. קיימים שלושה סוגים עיקריים של הסדרים מעין אלה: הסדר מפיץ בלעדי, שהוזכר לעיל, לפיו הספק מתחייב למכור רק למפיץ מסוים. הסדר זה מונע תחרות בין מפיצי מותג הספק, על ידי שלילת מותג זה ממפיצים מתחרים. שנית, הסדר המכתיב למפיצים מחיר מינימום לצרכן במכירת המוצר של הספק, שאל להם לדרוש מתחתיו (minimum resale price maintenance), גם הוא מסיר את תחרות המחירים בין המפיצים. לבסוף, הסדר המעניק לכל מפיץ טריטוריה גיאוגראפית בלעדית (exclusive territories), שאל למפיץ אחר לפלוש אליה, או פלח אוכלוסייה בלעדי (customer allocation), או סוג שימוש בלעדי במוצר או בשירות של הספק.

דיני ההגבלים הישראליים מתייחסים להכתבת מחירי מינימום ביתר בחומרה מאשר לסוגים האחרים של הסדרים בקטגוריה זו. כך, בעוד שטריטוריות בלעדיות ומפיץ בלעדי יכולים ליהנות, במקרים מסוימים מפטור סוג, נראה שאין הכתבת מחירי מינימום יכולה ליהנות מפטור סוג כלשהו<sup>134</sup>.

כל ההסדרים מן הסוג הנדון נכנסים, על פי הפסיקה, לגדר סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, הקובע כי הם כובלים בלי קשר לפגיעתם בתחרות. הכתבת מחירי מינימום נכנסת לגדר סעיף 2(ב)(1)<sup>135</sup> הדין בכבילות לענין "המחיר שיידרש",

134 סעיף 4(1) לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות).

ראו החלטת הממונה בענין קביעה ע"פ ס' 43 ח'ב'רת ישראל כרט בע"מ, ההגבלים העסקיים- החלטות הממונה ופסקי דין (הוצאת ועד מחוז ת"א, כרך ב') 55, 62. בע"א 3700/98 א.מ. חניות (ירושלים) 1993 בע"מ נ' עיריית ירושלים, פ"ד נו(2) 590, שנדון בבית המשפט העליון, השופטים אור וטירקל גרסו גם הם כי הכתבה על ידי בעל חניון לגבי הכמות המקסימאלית של מנויים שיכול מפעיל החניון למכור נכנסת לגדר סעיף 2(ב)(2) הדין בכבילה לגבי כמות המוצרים. עם זאת, הם גרסו כי אין מדובר בהסדר כובל שיש להתערב בו עקב הפגיעה הזניחה של ההסדר בתחרות. לדעתנו, ניתן היה להגיע לתוצאה זו בדרך אחרת, על ידי קביעה שסעיף 2(ב) איננו חל על הסדר אנכי — בין בעל החניון למפעיל החניון, וכי הסדר מעין זה יכול להיות כובל רק אם הוא "עלול לפגוע בתחרות" על פי מבחנו של סעיף 2(א) לחוק. ראו ד' גילה, "האם ראוי לפרוץ את הסכר ולחסום את שטפון ההסדרים הכובלים בגדרות אר הוקיים?" שיפורסם בעיוני משפט כז.

וטריטוריות וחתכי אוכלוסייה בלעדיים נכנסים, על פי הפסיקה, לגדר "חלוקת שוק" על פי סעיף 2(ב)(3)<sup>136</sup>.

גם הפסיקה האמריקאית רואה ביתר חומרה הכתבת מחירי מינימום (או כמויות מקסימום), הכפופים לאיסור "per se"<sup>137</sup>, בהשוואה להסדרים כגון טריטוריות וסגמנטים בלעדיים, הנבחנים תחת כלל סבירות, תוך לקיחה בחשבון של יתרונות ההסדר, והשפעתו על התחרות בשוק הרלבנטי<sup>138</sup>.

אם כך, כמו הסדרי בלעדיות, גם הסדרים אנכיים למניעת התחרות בין מפיצי אותו מותג, למרבה הצער, נכנסים לגדר סעיף 2(ב), ועל כן מהווים הסדרים כובלים בלי קשר לפגיעתם בתחרות במקרה הקונקרטי<sup>139</sup>. הסיבה שיש להצטער על כך היא שהסדרים אנכיים מעין אלה, כמו הסדרי בלעדיות, השפעתם השלילית על התחרות כלל איננה מובנת מאליה, והיא קיימת, אם בכלל, רק במקרים ספציפיים. היה ראוי לדעתנו לפרש את סעיף 2(ב) לחוק כמכוון לחול רק על הסדרים אופקיים, שהם בין מתחרים לבין עצמם, ובהם כבילות שברשימת סעיף 2(ב) כמעט תמיד אנטי-תחרותיות, ולא על הסדרים אנכיים – בין ספק ללקוח, שבהם הכבילות המפורטות ברשימה שבסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים עלולות לפגוע בתחרות רק במקרים מסויימים ביותר. מכאן גם שאם התקבל עמדתנו בענין פרשנות הסעיף, רק הסדרים אנכיים העלולים לפגוע בתחרות באופן בלתי זניח יהיו הסדר כובל, וזאת מכוח סעיף 2(א) לחוק<sup>140</sup>. כאן המקום לציין כי הסדרים המסירים את התחרות בין מפיצי אותו מותג פוגעים, במקרה מתאים, בתחרות בשוק המפיצים – שהם הצד שהגביל עצמו. מכאן שהסדרים בקטגוריה זו עשויים להיות הסדר כובל לפי סעיף 2(א) גם לפי גישת יקבי רמת הגולן, לעיל הערה 90.

30.36 החלת פטור הסוג להפצה בלעדית על חלוקה טריטוריאלית בין מפיצים – חלק מהסדרי חלוקה טריטוריאלית בין מפיצים יכולים ליהנות מפטור הסוג להפצה בלעדית שהוזכר לעיל<sup>141</sup>. בפרט, בהסכם הפצה בלעדית שנהנה מפטור הסוג, מותר לכלול כבילה שלפיה המפיץ יימנע מקידום מכירות פעיל של הטובין שבהסכם מחוץ לשטח ההסכם, או מפעילויות אנלוגיות לכך<sup>142</sup>. אולם, על מנת ליהנות מפטור הסוג, צריך הסדר החלוקה הטריטוריאלית להיכנס לקטגוריה האמורה של הסדר להפצה בלעדית, כלומר, הסדר שבו ספק מתחייב לספק טובין או שירותים, לשם

- 136 ראו הערה 91 לעיל וטכסט להערה זו.  
 137 פסק הדין המנחה בענין זה הוא: Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co. 220 U.S. 373 (1911).  
 138 ראו פסק דין Continental T.V., הערה 114 לעיל.  
 139 לניתוח של הפגיעה בתחרות, במקרים מסויימים, והיתרונות החברתיים של הסדרים מעין אלה ראו ד' גילה, הערה 6 לעיל.  
 140 ראו גם Gilo, הערה 113 לעיל, וכן ד' גילה הערה 135 לעיל.  
 141 הערה 115 לעיל וטכסט להערה זו.  
 142 סעיף 2(ב)(3) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית).

הפצה, בשטח ההסכם, רק למפיץ. הווה אומר, אם לספק, על פי ההסדר, מותר למכור למפיצים נוספים בשטח ההסדר, לא יחול פטור הסוג, והצדדים יצטרכו לבדוק אם ההסדר נהנה מפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך<sup>143</sup>, או להכשיר את ההסדר מראש אצל רשות ההגבלים העסקיים או בית הדין להגבלים עסקיים. זוהי תוצאה תמוהה, לפיה הסדר עם יותר כבילות (כבילת הספק כי יספק רק למפיץ בשטח ההסכם וגם כבילת המפיצים כי לא יפלוש לשטחי מפיצים אחרים) עשוי להינות מפטור הסוג להפצה בלעדית, בעוד הסדר עם פחות כבילות (רק כבילת המפיצים כי לא יפלוש לשטחי מפיצים אחרים, מבלי לכבול את הספק כלל) איננו נהנה מפטור סוג ספציפי כלשהו.

הסדר המחלק בין מפיצים חתכי אוכלוסייה, או תחום עיסוק, להבדיל מטריטוריות גיאוגרפיות, ככל הנראה איננו יכול ליהנות מפטור הסוג להפצה בלעדית. זאת משום שפטור הסוג האמור מתייחס לחלוקה בין המפיצים לפי "שטחים", כשהכוונה היא כנראה לשטחים גיאוגרפיים, להבדיל מחתכי אוכלוסייה, או חלוקה לפי חתכים אחרים. כמו כן, חלוקה טריטוריאלית או אחרת, בין לקוחות של אותו הספק, שאינם רוכשים את הטובין לשם מכירתם הלאה, אלא כתשומה לצורך עסקם, גם היא איננה נהנית מפטור סוג ספציפי. כך, למשל, אם ספק של חומר בידוד שמשמש לבניית גגות מוכר את חומר הבידוד למספר בוני גגות מתחרים, והוא מכתוב לכל אחד מהם טריטוריה בלעדית בה ישתמש בחומר הבידוד שלו על מנת לבנות גגות, אין תחולה לפטור הסוג, משום שלא מדובר ברכישת חומר הבידוד לשם מכירתו הלאה, אלא ברכישתו כתשומה לצורך בניית הגגות.

הכתבת מחירי מקסימום (*Maximum Resale Price Maintenance*)

30.37 השפעת הסדר שבו הספק מכתוב למפיצים מחיר מקסימום, שאל להם לגבות מעליו, שונה מזו של הכתבת מחיר מינימום, משום שההסדר איננו פוסל תחרות בין המפיצים להורדת המחיר הקמעונאי אל מתחת למחיר המקסימום. למרות זאת, שללה הפסיקה האמריקאית, בתחילה, הסדר למחיר מקסימום ואסרה עליו "כשלעצמו" ("per se")<sup>144</sup>. עשרות שנים לאחר מכן הפך בית המשפט העליון האמריקאי הלכה זו וקבע כי על הכתבת מחיר מקסימלי (להבדיל מהכתבת מחיר מינימום) יש ליישם את כלל הסבירות<sup>145</sup>. גם מפטורי הסוג בישראל עולה גישה מקלה כלפי הכתבת מחירי מקסימום. אמנם הכתבת מחירי מקסימום נכנסת, לכאורה לגדר סעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים, כאשר היא כבילה "לגבי המחיר שיידרש", ועל כן היא לכאורה מהווה הסדר כובל בלי קשר לפגיעתה בתחרות (זאת, על פי הפירוש

143 ראו להלן סעיף 30.51. כפי שנראה יתכן כי גם פטור הסוג להסדרים שפגיעתם קלת ערך איננו חל על חלוקת שוק בין מפיצים.

144 ראו, למשל: *Albrecht v. The Herald Co.* 390 U.S. 145 (1968).

145 ראו: *State Oil Company v. Khan* 522 U.S. 3 (1997).

המקובל והמחמיר, פירוש שאנו חולקים עליו). בנוסף, ההוראות הכלליות של פטורי הסוג שוללים תחולת פטורי סוג, אלא אם נאמר במפורש אחרת בפטור סוג מסוים, על "הכתבת מחירים" מבלי להבחין בין הכתבת מחירי מקסימום לבין הכתבת מחירי מינימום<sup>146</sup>. אולם, בפטור הסוג להסדרי מפיץ בלעדי נאמר, כפי שכבר ציינו, כי "הסכם לענין המחיר המרבי שייגבה עבור המוצר" איננו שולל את תחולת פטור הסוג הנ"ל<sup>147</sup>. מכאן עולה, לכאורה, תפיסה שונה, המפגינה פחות חשש מהכתבת מחירי מקסימום<sup>148</sup>. לדעתנו, הכתבת מחירי מקסימום יכולה להיות הסדר כובל רק אם היא עלולה, באופן בלתי זניח, לפגוע בתחרות, וזאת מכוח סעיף 2(א) לחוק.

אלמנט ההסכם האנכי

30.38 על מנת שהסדר אנכי יהיה בגדר הסדר כובל עליו להוות "הסדר" צורך דיני ההגבלים העסקיים. אולם הגדרת "הסדר" בהקשר של הסדר אנכי, קרי, בין ספק ללקוח, היא הגדרה צרה באופן יחסי. זאת בניגוד להגדרה הרחבה עד מאוד של "הסדר" הנוהגת בהקשר של הסדרים אופקיים (הסדרים בין מתחרים). מובן כי התנהגות חד צדדית של הספק או של המפיץ, שאיננה מלווה בקומוניקציה כלשהי ביניהם אודות אותה ההתנהגות, לא תהווה הסדר. כך, אם ספק בוחר, חד צדדית, למכור רק למפיץ אחד, מבלי להתחייב כלפי אותו המפיץ שימכור רק לו, אין מדובר בהסדר. יתרה מזו, אם אחד הצדדים רק ממליץ על התנהגות מסוימת, על פי המשפט המשווה, האמריקאי והאירופאי, אין מדובר בהסדר, גם אם הצד השני מאמץ את ההמלצה באופן עקבי. כך, אם ספק ממליץ למפיציו על המחיר הקמעונאי שישלמו מצרכנים, לא יהיה זה הסדר, גם אם המפיצים גובים מצרכנים בעקביות את המחיר המומלץ<sup>149</sup>. גם בישראל עולה מהוראות מוסכמות שהממונה נותן לבעלי מונופולין שונים כי המלצה על מחיר קמעונאי הינה לגיטימית<sup>150</sup>. כך גם עולה מת"א 2586/98 (ת"א) גרונר נ' ביו אומגה (ישראל) בע"מ<sup>151</sup>. במקרה זה נטען כי אימוץ על ידי רשתות השיווק של המחיר המומלץ שהוטבע על ידי המחלבות על גבי מוצרי החלב, על רקע צו הפיקוח

146 ראו סעיף 14(1) לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות).  
 147 ראו סעיף 3(ד)(5) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית).  
 148 ראו ד' גילה, הערה 6 לעיל, לניתוח פגיעה אפשרית בתחרות בהכתבת מחירי מקסימום.  
 149 ראו בארה"ב: United States v. Areeda, *Antitrust Law* (New York, 1989), 269, par. 1623c; *United States v. Colgate & Company* 250 U.S. 300 (1919); *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.* 465 U.S. 752 (1984); *Lattice Semiconductor Corporation v. Interface Electronic Corporation* 1994-2 Trade Cas. (CCH) P70, 779, at p. 15 (1994).  
 בקהילייה האירופאית *Re Pronuptia de Paris GmbH* [1986] CMLR 414; *Yves Rocher* [1988] 4 CMLR 461.  
 150 ראו, למשל, הוראות לבעל מונופולין החברה הישראלית לייצור משקאות קלים בע"מ, רשות ההגבלים העסקיים, פרסום 3006300 (1998).  
 151 דינים מחוייב(2) 502.

על מצרכים ושירותים (הצגת מחיר של סוג מצרכים מסוימים), תשנ"א-1991<sup>152</sup>, מהווה הסדר כובל. התביעה נמחקה בהסכמה. גם פטור הסוג להפצה בלעדית<sup>153</sup> קובע כי אין באיסור על הכתבת מחירי מינימום כדי למנוע המלצה על המחיר הקמעונאי. אם כן, דיני ההגבלים אינם רואים בהמלצה (אנכית) הסדר, גם כאשר צינורות השיווק מאמצים אותה בעקביות. הפטיקה האמריקאית אף מרחיקה לכת, וקובעת כי אף אם הספק מצהיר כי לא יעסוק עם מפיצים שאינם מאמצים את המחיר הקמעונאי המומלץ, ואף אם קמעונאים גוברים את המחיר המומלץ כתוצאה מאיום זה, אין מדובר בהסדר, אלא באקט חד צדדי של הספק<sup>154</sup>. אולם, הלכה מרחיקת לכת זו לא אומצה בקהילייה האירופאית<sup>155</sup>. גם בישראל לא נראה כי תאומץ הלכה זו. כל אימת שאימוץ המחיר המומלץ על ידי המפיץ נובע מאיום של הספק, או מתמרוץ כלכלי או אחר, נראה כי ייקבע כי מדובר בהסדר<sup>156</sup>.

על רקע מצב משפטי זה, עולה מסקנה מעניינת לגבי נפקותה החוזית של התנהגות הצדדים. אם ספק ממליץ על המחיר הקמעונאי, והמפיץ מאמץ המלצה זו באופן קבוע, יתכן שהצדדים ייראו כמי שכרתו חוזה בהתנהגות. אולם, אם יסטה המפיץ מן המחיר המומלץ, והספק ינסה לתבוע אותו בגין הפרת חוזה, יטען המפיץ, בצדק, כי כפייתו לאימוץ המחיר המומלץ אסורה מכוח דיני ההגבלים העסקיים, ועל כן גם אם נכרת חוזה, הוא בטל<sup>157</sup>. על כן אין משמעות רבה למסקנה כאילו נכרת במקרה זה חוזה על דרך ההתנהגות. בכל מקרה המלצת הספק איננה מחייבת מבחינה חוזית<sup>158</sup>. מכל מקום בכל שיטות המשפט, כמו גם בישראל, קומוניקציה בין הספק למפיץ שבמסגרתה מסכימים הצדדים על דרך התנהגות, וכל אישור מצד מפיץ לדרישתו של הספק, יהוו הסדר<sup>159</sup>.

### הסדרים שאינם נחשבים לכובלים – סעיף 3 לחוק ההגבלים

הסדרים שכל כבילותיהם על פי דין

30.39 על פי סעיף 3(1) לחוק ההגבלים "הסדר שכל כבילותיו נקבעו על

- 152 ק"ת 5380.
- 153 סעיף 3(ד)(5) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית).
- 154 ראו פסק הדין Re Colgate, הערה 149 לעיל, וכן פסק דין Re Monsanto, ש.ס.
- 155 ראו, למשל: Camera Care LTD v. Victor Hasselblad AB [1982] 2 CMLR 233, par. 65-66.
- 156 השוו ת"פ 4783/93 (ת"א) מדינת ישראל נגד גיבור סברניה מפעילי טקסטיל בע"מ, דינים שלום טז 490, בו נקבע כי סירוב של ספק בעל מונופולין לספק לקמעונאי, שסטה מן המחיר המומלץ, מהווה הפרת ההוראות החלות על בעל מונופולין.
- 157 ראו סעיף 30.69 להלן.
- 158 אולם אם התיימרו הצדדים לכרות חוזה המנוגד לדיני ההגבלים העסקיים, עלולה להיות לכך משמעות מבחינת דיני עונשין או דיני נזיקין.
- 159 ראו המקורות בהערה 149 לעיל. ראו גם קביעה לפי סעיף 43(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים בענין שוק הבשמים הטלקטיביים (לא פורסם).

פי דין" לא ייחשב הסדר כובל, גם אם הוא נכלל בהגדרת הסדר כובל על פי ההגדרות שבסעיפים 2(א) ו-2(ב) לחוק ההגבלים. אכן, כאשר המחוקק הראשי מתיר מפורשות פגיעה בתחרות, למשל, על ידי הסדר חקיקתי של שוק מסוים, חוק ההגבלים נסוג. עם זאת, יש להדגיש כי על מנת שזההסדר יהנה מן הסייג, צריכות כל הכבילות הכלולות בו להיות על פי דין.

בנוסף, סייג זה יחול רק מקום שהמחוקק הראשי הסמיך את הפגיעה בתחרות. כך, חוק שמאי המקרקעין, תשכ"ב-1962 קבע בסעיף 13(א) כי על שמאי מקרקעין להתנהג התנהגות ההולמת את המקצוע, והסמיך את שר המשפטים לקבוע תקנות לענין זה. השר אכן התקין תקנות, שבהן קבע, בין היתר, כי "קביעת שכר, או קבלת שכר, למטה מן הסביר והמקובל במקצוע לגבי השירות שניתן" מהווה התנהגות לא הולמת<sup>160</sup>. או אז, באה מועצת שמאי המקרקעין, המופקדת על אכיפת התקנות, וקבעה כי "אגודת שמאי המקרקעין" היא שתקבע מהו שכר "למטה מן הסביר והמקובל" לצורך יישום התקנות. אגודת שמאי המקרקעין, ששמה נשתנה לאחר מכן ל"לשכת שמאי המקרקעין" היא עמותה וולונטארית, שאכן קבעה, מפעם לפעם, תעריפי מינימום לשירותי שמאות המקרקעין שאל לו לשמאי מקרקעין לרדת מהם<sup>161</sup>. הממונה על הגבלים עסקיים קבע כי קביעה זו של תעריפי מינימום מהווה הסדר כובל, שאיננו נכנס לגדר הסייג של סעיף 13(1). זאת מכיוון שמועצת שמאי המקרקעין לא היתה מוסמכת, על פי התקנות, לקבוע תעריף מינימום או להאציל סמכות זו לאחר. כל תפקידה, על פי התקנות, היה לאכוף את התקנות ותו לא<sup>162</sup>. הממונה לא נדרש בהחלטתו זו לשאלה אם המחוקק הראשי התיר מפורשות פגיעה בתחרות, משום שמצא כי היתה חריגה אף מהתקנות שהותקנו מכוח החוק. אולם, לדעתנו, בפרשה זו, גם שר המשפטים שהתקין את תקנות שמאי המקרקעין חרג מסמכותו כאשר קבע כי "התנהגות הולמת" על פי חוק שמאי המקרקעין משמעה, בין היתר, קביעת שכר מתחת לסביר ולמקובל. תקנותיו של השר פוגעות בתחרות, שהרי הן עוזרות להנציח שוק קרטליסטי, שבו התעריף "הסביר והמקובל" גבוה, ואל לשמאי מקרקעין, על פי התקנות, לגבות פחות ממחיר זה. זאת, בעוד שהמחוקק הראשי לא הסמיך את השר לפגוע בתחרות, אלא רק להגדיר "התנהגות הולמת" מהי. הסמכה זו יש לפרש בהחשב כחוק ההגבלים העסקיים, הבא לקדם את התחרות. לפיכך, אין לפרש את סמכות השר ככוללת אפשרות להכניס לגדר המושג "התנהגות הולמת" תכנים אנטי-תחרותיים. אכן, כפי שנקבע בפסק דין בזק<sup>163</sup>:

"בהעדר פטור סטטוטורי מפורש, הגישה העקרונית לטענה השוללת את תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים על יסוד פטור משתמע על-פי דין, תהא

160 ראו תקנה 1(7) לתקנות שמאי מקרקעין (אתיקה מקצועית), תשכ"ו-1966.  
 161 החלטת הממונה בענין קביעת קו פעולה על ידי לשכת שמאי המקרקעין, הערה 35 לעיל, בפסקאות 5-7.  
 162 שם, בפסקאות 27-28.  
 163 הערה 8 לעיל, בפסקה 18.

שלילית. נקודת המוצא בבחינתה של טענה כזו תהא, שיש לפרש את חוק ההגבלים העסקיים בהרמוניה עם דין אחר (בדרגה נורמטיבית זהה) החל על אותו ענין, ובאופן שאינו שולל את תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים...<sup>164</sup>.

כבילות הנוגעות לזכות השימוש בקניין רוחני

30.40 סעיף 3(2) לחוק ההגבלים קובע כי לא יהווה הסדר כובל "הסדר שכל כבילותיו נוגעות לזכות השימוש ב... פטנט, מדגם, סימן מסחרי, זכות יוצרים, זכות מבצעים או זכות מטפחים" ובלבד ש"ההסדר הוא בין בעל נכס כאמור ובין מקבל זכות השימוש בו", וכן שהקניין הרוחני האמור נרשם – אם הוא טעון רישום. סייג זה פורש גם הוא באופן מיצר בפסיקה. הודגשה הוראת הסעיף שלפיה על מנת שהסייג יחול נדרש שכל הכבילות תתייחסנה לזכות השימוש בקניין הרוחני<sup>165</sup>. בהחלטה בענין הסדר כובל בהסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין חפעילי תחנות התדלוק<sup>166</sup>, קבע הממונה על הגבלים עסקיים כי הסייג איננו חל על מקרה שבו הכבילה מגבילה את מקבל זכות השימוש בקניין הרוחני מלרכוש או למכור מותגים מתחרים לזה של בעל הקניין הרוחני. על כן, כבילה שלפיה תחנת תדלוק הרוכשת מחברת הדלק פז, למשל, מתחייבת שלא לרכוש דלק מחברה מתחרה איננה נהנית מן הסייג, למרות שהמותג "פז" נהנה מסימן מסחר רשום. כבילה זו איננה נוגעת לזכות השימוש במותג זה, ועל כן הסייג איננו חל<sup>167</sup>. באופן דומה, פירמה הרוכשת זכות שימוש בפטנט ומתחייבת כי לא תרכוש טכנולוגיות מתחרות לזו של בעל הפטנט איננה יכולה ליהנות מן הסייג<sup>168</sup>.

מטרתו של הסייג היא לאפשר לבעל קניין רוחני לנצל את היתרונות שמקנים לו דיני הקניין הרוחני, מבלי שייחשב כמפר של דיני ההגבלים העסקיים. דיני ההגבלים העסקיים אינם צריכים לפגוע במטרתם של דיני הקניין הרוחני, המעניקים לבעל הקניין הרוחני מונופול לגבי קניינו. אולם דיני הקניין הרוחני אינם מבטיחים לבעלים מעמד מונופוליסטי בשוק מוצרים כלשהו, אלא רק מעניקים לו את הזכות למנוע מאחרים שימוש בקניין הרוחני השייך לו. בדומה לכך, גם סעיף 3(2) לחוק ההגבלים איננו מתיר לבעל הקניין הרוחני לנצל את מעמדו על מנת לפגוע בתחרות בינו לבין פירמות אחרות, שאינן מפרות את זכויות הקניין הרוחני שלו<sup>169</sup>.

164 ראו גם ה"ע 3276/99 (י"ם) ערוצי זהב ושות' נ' איגוד במאי קולנוע וטלוויזיה בישראל, דינים מחוזי לב(7) 594, בפסקאות 32-34.

165 ראו החלטת הממונה בענין הסדר כובל בענף דלתות הבטחון, רשות ההגבלים העסקיים, פרסום 3003977 (1995), בפסקה 86.

166 הערה 17 לעיל.

167 שם.

168 ראו החלטת הממונה בענין הסדר כובל בענף דלתות הבטחון, הערה 165 לעיל, בפסקה 91; ע"א 18/75 ליברמן נ' דייטלצווייג, פ"ד כט(2) 513.

169 החלטת הממונה בענין הסדר כובל בענף דלתות הבטחון, שם, בפסקה 88.

שאלה קשה יותר היא אם הסייג שבסעיף 3(2) יכול לחול על התחייבות של בעל הקניין הרוחני כלפי מקבל זכות השימוש בו לכל יתן בעל הקניין הרוחני זכות שימוש בקניין זה לאחר. כבילה מעין זו מהווה הסדר כובל דוגמת הסדר "מפיץ בלעדי" בו ספק מתחייב כלפי מפיץ כי ימכור רק לו<sup>170</sup>. ברוח הפסיקה הנוהגת לפרש את הביטוי "נוגע לזכות השימוש" באופן מצר, ניתן להסיק כי כבילה מעין זו לא נוגעת לזכות השימוש בקניין הרוחני, שהרי היא מגבילה את נותן זכות השימוש לכל יתן זכות שימוש אחרת. אולם מבחינה כלכלית ניתן להראות, כי לעתים כאשר בעל קניין רוחני מאפשר תחרות בין פירמות הרוכשות ממנו זכות שימוש, הדבר עלול לכרסם בכוח בעל הקניין הרוחני להפיק את הרווחים מן הקניין הרוחני שדיני הקניין הרוחני התכוונו להעניק לו<sup>171</sup>. מבחינה זו, ראוי יותר לקבוע כי גם כבילות המסירות את התחרות בין מקבלי זכות שימוש ייהנו מן הסייג.

30.41 שאלה קשורה היא אם הסייג חל על הכתבת מחירים שאותם ידרוש מקבל זכות השימוש בקניין הרוחני במכירת המוצר או השירות נשוא אותה זכות שימוש, או על חלוקה טריטוריאלית בין מקבלי זכות השימוש. כך, למשל, אם בעל פטנט נותן לפירמות א' וב' זכות שימוש בטכנולוגיה נשוא הפטנט על מנת שפירמות א' וב' תיצרנה מוצר מסוים, ובעל הפטנט מכתוב לפירמות א' וב' אילו מחירים לדרוש מצרכנים בגין אותו המוצר, האם הכתבת המחירים האמורה נהנית מן הסייג? ומה דין חלוקה טריטוריאלית בין פירמה א' וב', המוכתבת על ידי בעל הפטנט? שוב, כאמור לעיל, מבחינה כלכלית ניתן לטעון כי הכתבת מחירים, או הגבלת תחרות כלשהי בין המשתמשים בפטנט, היא חיונית, במקרים רבים, על מנת לאפשר לבעל הפטנט להפיק ממנו את הרווחים שדיני הפטנטים התכוונו להעניק לו<sup>172</sup>. יש בסיס תכליתי, אם כן, להחלת הסייג על מקרים מעין אלה<sup>173</sup>.

שאלה נוספת היא מה דין הסדר בין מתחרים שלפיו מתחרה אחד נותן זכויות שימוש בטכנולוגיה שלו למתחרה אחר. הממונה בהחלטתו בענין הסדרים כובלים בין יצרני אריזות וקרטון גלי<sup>174</sup>, נטה לדעה כי הסייג איננו חל על הסדר בין מתחרים, אך לא הכריע בנקודה זו. לנו נראה כי לענין העברת זכויות השימוש בקניין הרוחני, מערכת היחסים בין מתחרים אלה היא אנכית – בין ספק של זכות השימוש לבין מי שרוכש את זכות השימוש, וכי הסייג שבסעיף 3(2) לחוק ההגבלים חל גם על המקרה שבו הצדדים מתחרים זה בזה.

170 ראו סעיף 30.29 לעיל

171 ראו ד' גילה, הערה 6 לעיל; Gilo, לעיל הערה 113.

172 ש.ס.

173 להנחיות מפורטות של רשויות האכיפה האמריקאיות בענין הסדרים הנוגעים לזכות

השימוש בקניין רוחני ראו: Department of Justice, Antitrust Guidelines for the Licensing

of Intellectual Property (1995).

174 הערה 53 לעיל.

## כבילות הנוגעות לשימוש במקרקעין

30.42 סעיף 3(3) לחוק ההגבלים קובע כי לא יהווה הסדר כובל "הסדר, בין מי שמקנה זכות במקרקעין לבין מי שרוכש את הזכות, שכל כבילותיו נוגעות לסוג הנכסים או השירותים בהם יעסוק רוכש הזכות באותם מקרקעין". סייג זה צר יותר מזה הנוגע לקניין רוחני מן הבחינה שאך ורק כבילות לגבי "סוג הנכסים או השירותים בהם יעסוק רוכש הזכות..." נכנסות לסייג, ולא כל כבילה "הנוגעת" לזכות השימוש במקרקעין. נקודת המוצא של הסייג היא כי בעל זכות קניינית במקרקעין רשאי להגביל את זכות השימוש במקרקעין, כשם שהוא רשאי, בדרך כלל, שלא להעניק בהם זכות שימוש כלל.

על מנת ליהנות מן הסייג צריכה המגבלה לחול על מי שרכש את הזכות במקרקעין, ולא על בעל המקרקעין עצמו.

זאת למרות שלעתים קרובות בעל המקרקעין עצמו מעוניין לכבול עצמו. כך, לעתים קרובות בעלי קניונים או מרכזים מסחריים מתחייבים כלפי שוכרי חנויות כי לא ישכירו לחנויות מתחרות. כבילה מעין זו היא כחוקת הסדר כובל על פי סעיף 2(ב)(3) לחוק, כפי שפורש<sup>175</sup>. היא לא יכולה ליהנות מפטור הסוג להפצה בלעדית, משום ששוכר החנות איננו רוכש את זכויות השכירות "לשם מכירתן" הלאה<sup>176</sup>. שאלה נפרדת, שתיבתן בהמשך, היא אם ההסדר יוכל ליהנות מפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך<sup>177</sup>. לבסוף, הכבילה לא נכנסת לסייג של סעיף 3(3), משום שהיא מגבילה את בעל המקרקעין – בעל הקניון בדוגמא, ולא את השוכר. כך, בת"א 1724/01 (ת"א) סופר פארם (ישראל) בע"מ נ' חברת קניון אדומים בע"מ<sup>178</sup> קבע בית המשפט המתחזי כי התחייבות בעל קניון כלפי סופר-פארם כי לא ישכיר לבית מרקחת מתחרה הינה הסדר כובל, וכי אין הוא נופל לסייג של סעיף 3(3), באשר המגבלה היא על בעל המקרקעין, ולא על רוכש זכות השימוש בהם. אין ספק כי פרשנות זו מתיישבת יפה עם ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 3(3) ועם דברי ההסבר להצעת החוק<sup>179</sup>.

175 ראו סעיף 30.29 לעיל.

176 ראו סעיף 30.30 לעיל.

177 ראו סעיף 30.51 להלן.

178 (טרם פורסם).

179 ראו הצעת חוק ההגבלים העסקיים, החשמ"ד-1983. הנוסח שהוצע בהצעת החוק, שפטרה כמפורש כבילות המגבילות את בעל המקרקעין ואימצה בכך את ההלכה הנושנה של ע"א 626/70 שחמוני נ' אולמי לחיים בע"מ, פ"ד כה(1) 824, לא התקבל בנוסח הסופי של החוק. ראו פסק דין סופר פארם, שם. גם בית המשפט המחוזי בענין 001160/30 שיקובטה סירו נ' לב אשדוד בע"מ (טרם פורסם) מקבל גישה זו לענין פרשנות סעיף 3(3) לחוק. עם זאת, הוכרע שם כי התחייבות בעל קניון כלפי השוכר שלא להשכיר לחנות מתחרה איננה הסדר כובל לפי סעיף 2(א) לחוק מסיבות אחרות, שפורטו לעיל, הערה 90 והטקסט הנלווה אליה. על פי גישה זו, כיון שהפגיעה המסתברת בתחרות היא בין השוכר לבין מתחריו, ובעל

אם כך, בעל קניון יכול להגביל שוכר לענין סוג העיסוק שלו, וכך לתכנן את מבנה ומגוון החנויות בקניון. הוא גם רשאי, כהחלטה חד צדדית שלו, להשכיר לחנות אחת מכל סוג, ולא לחנויות מתחרות. עם זאת, בעל הקניון עשוי למצוא עצמו כצד להסדר כובל אם הוא מתחייב כלפי שוכר כי לא ישכיר לחנות מתחרה<sup>180</sup>.

30.43 שאלה נוספת נוגעת לסוג הכבילות הנכנסות לגדר סעיף 3(3). בענין זה נפסק על ידי הממונה כי הסייג איננו חל על כבילות הנוגעות למוחג שבו יעסוק רוכש הזכות במקרקעין, אלא רק על הסוג הכללי של נכסים או שירותים<sup>181</sup>. לפי פירוש זה, אם חברת דלק היא בעלת מקרקעי תחנת דלק, והיא משכירה את המקרקעין למפעיל עצמאי של תחנת דלק, אין היא רשאית להסתמך על סעיף 3(3) לחוק ההגבלים על מנת לאסור על בעל התחנה לרכוש דלק של חברה מתחרה<sup>182</sup>. בנוסף, כיון שהסייג מתיר רק כבילות לגבי סוג המוצרים, ממילא אין הוא מתיר כבילות לגבי פרמטרים אחרים, כגון מחירם או כמותם<sup>183</sup>.

#### הסדר בתוך הפירמה

30.44 דיני ההגבלים העסקיים אינם חלים על הסדרים פנימיים בתוך הפירמה<sup>184</sup>, כגון הסדר בין חברה אם לחברת בת<sup>185</sup>, או אף הסדר בין חברות אחיות, המצויות

- הקניון, המשכיר, הוא הצד שהגביל עצמו, הרי שאין מדובר בהסדר כובל על פי הפרשנות המילולית האמורה של סעיף 2(א) לחוק ההגבלים.
- 180 אולם ראו סעיף 30.51 ואילך להלן, בענין הפטור להסדרים שפגיעתם קלת ערך. כמו כן מנסחת רשות ההגבלים העסקיים לאחרונה פטור סוג הנוגע לסוג זה של כבילות. יש לציין כי פטור סוג החל על כבילות מעין אלה צריך להיות מנוסח בזהירות. ככלות הכול, ההשפעה האנטי-תחרותית של אי-תחרות בקניון או במרכז מסחרי עשויה להיות גדולה. צרכנים הפוקדים את הקניון ממילא עשויים שלא לראות קמעונאים המצויים מחוץ לקניון כתחליף סביר, גם אם המרחק הגאוגרפי שלהם מהקניון קטן יחסית.
- 181 ראו החלטת הממונה בענין הסדר כובל בהסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי תחנות התדלוק, הערה 17 לעיל, בפסקה 4(2); החלטת הממונה בענין הכרזת מונופולין אגד ונצב"א, רשות ההגבלים העסקיים, פרסום 3003820 (1999), בפסקה 10.3.
- 182 החלטת הממונה בענין הסדר כובל בהסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי תחנות התדלוק, שם.
- 183 בפסק דין א.מ. חניות, הערה 135 לעיל, גורס השופט א' ריבלין, בדעת יחיד, כי גם הכתבת הכמות והמחיר על ידי בעל המקרקעין איננה בגדר הסדר כובל, שם, בפסקה 11 לפסק דינו של השופט ריבלין. אולם, אנו מסכימים עם עמדתו החולקת של השופט אור, שם, כי כבילות מעין אלה אינן בגדר הסייג ועל כן עשויות להוות הסדר כובל.
- 184 אך ראו סעיף 30.72 ואילך להלן, בענין תניות אי-תחרות עם עובדי הפירמה.
- 185 ראו סעיף 5(3) לחוק ההגבלים העסקיים, הקובע כי הסדר בין חברה לחברה המחזיקה מעל 50% ממניותיה לא ייחשב כהסדר כובל. בהחלטת הממונה בענין עסקאות אלטינט בע"מ Pickr International Inc. ואלטינט בע"מ GE Medical Systems — פטור ע"פ ס' 14 מאישור בי"ד להסדר כובל, רשות ההגבלים העסקיים, פרסום 3001950 (1999), קבע הממונה כי גם בעלות קטנה מ-50% תוציא הסדר מגדר דיני ההסדרים הכובלים אם הבעלות

בשליטה משותפת<sup>186</sup>. הטעם לגישה זו נעוץ ברצון להימנע מהתערבות חמורה יתר על המידה במערך הפנימי של הפירמה. פירמה, או קונצרן הנמצא בשליטה משותפת, רשאי לנהל את ענייניו הפנימיים ללא התערבות של דיני ההסדרים הכובלים, ורואים את ההסדרים הפנימיים לפירמה או לקונצרן כאקט חד צדדי<sup>187</sup>.

#### כבילות הנוגעות לגידולים חקלאיים

30.45 סעיף 3(4) לחוק ההגבלים מוציא מהגדרת הסדר כובל "הסדר שכל כבילותיו נוגעות לגידול ושיווק של תוצרת חקלאית מגידול מקומי מסוגים אלה: פירות, ירקות, גידולי שדה, חלב, ביצים, דבש, בקר, צאן, עופות או דגים, אם כל הצדדים להסדר הם המגדלים או המשווקים בסיטונות; הוראה זו לא תחול על מוצרים שיוצרו מתוצרת חקלאית כאמור; ...". על מנת ליהנות מן הסייג, צריכות כל הכבילות להתייחס לגידול ולשיווק של התוצרת, וכל הצדדים להסדר צריכים להיות מגדלים או משווקים בסיטונות. הסייג מכשיר אפוא קרטלים אופקיים בין מגדלים לכין עצמם או בין משווקים בסיטונות לכין עצמם. הסייג מכשיר גם הסדרים אנכיים, שאחרת היו נחשבים ככובלים, כגון הסדרי בלעדיות והכתבת מחירים, בין המגדלים לבין המשווקים בסיטונות הרוכשים מהם. אולם הסעיף מורה שאם הגידולים עוברים תהליך של עיבוד, הם יוצאים מגדר הסייג. כך, בפסק דין תנובה<sup>188</sup>, נטה בית הדין להגבילם עסקיים לדעה, מבלי שהיה צורך להכריע בענין, כי שחיטת עוף מהווה תהליך של עיבוד המוציא הסדרים הנוגעים לשחיטה מגדר הסייג.

#### בלעדיות הדריח

30.46 סעיף 3(6) לחוק ההגבלים קובע כי לא ייחשב כהסדר כובל "הסדר בין רוכש נכס או שירות לבין ספק, שכל כבילותיו הם התחייבות הספק שלא יספק נכסים או שירותים מסוימים, לשם שיווק, אלא לרוכש, ובהתחייבות הרוכש לרכוש אותם נכסים או שירותים רק מהספק, ובלבד שהספק והרוכש, שניהם, אינם עוסקים

מקנה שליטה מספקת. הלכה ברוח דומה קיימת גם בארה"ב, ראו: *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.* 467 U.S. 752, 771 (1984).

186 בארה"ב קיימת פסיקה הרואה בהסדר כזה הסדר בתוך הפירמה, הפטור מדיני ההסדרים הכובלים. ראו, למשל: *Advanced Health-Care Servs. v. Radford Community Hosp.* 910 F.2d 139 (1990); *Novatel Communications, Inc. v. Cellular Tel. Supply, Inc.* 1986-2 Trade Cas. (CCH) par. 67412 (1986). ראו לציין אמנם כי פסיקה זו מתייחסת לחברות הנמצאות בבעלות מלאה (100%) של אותו הגורם.

187 מכאן שניתן לתקוף את האקט החד צדדי אם מדובר בעל מונופולין והאקט מפר הוראה מהוראות פרק ד' לחוק ההגבלים, העוסק בפיקוח על בעל מונופולין.

188 הערה 8 לעיל, בע' 170-171.

בייצור אותם נכסים או במתן אותם שירותים; הסדר כאמור יכול שיהיה לכל שטח המדינה או לחלק ממנו". סייג זה הינו תמוה במיוחד, משום שהוא מעניק פטור גורף לציורף של הסדר ספק בלעדי והסדר מפייץ בלעדי, הגורר צירוף של הפגיעות האפשריות של הסדרים אלה בתחרות<sup>189</sup>. נראה כי אחד המניעים לחיקוק הסייג הוא המחשבה, שבלעדיות שמעניק ספק למפייץ היא פוגענית פחות אם אותו המפייץ עוסק רק עם אותו הספק, ולא עם ספקים אחרים. זאת משום שהספקים האחרים יצטרכו לעסוק עם המפייצים האחרים, כך שתחרות בין מפייצים שונים המחזיקים מותגים מתחרים תימשך<sup>190</sup>. לדעתנו שיקול זה איננו מצדיק פטור גורף לבלעדיות הדדית<sup>191</sup>.

מכל מקום, כל עוד לא בוטל הסייג, הוא מהווה מכשיר נוח לצדדים להכשיר הסדרי בלעדיות שאינם נהנים מפטורי הסוג השונים. עם זאת, הסייג פורש בצמצום בפסיקה. כך, על מנת ליהנות מן הסייג, וכפי שמעידה לשונו, על המפייץ לרכוש מוצרים מן הספק לשם מכירתם הלאה. יחסי ספק-לקוח מסוגים אחרים, כגון רכישה על ידי לקוח של תשומה לצורך ייצור מוצר חדש<sup>192</sup>, או התקשרות בין ספקים המספקים שירותים או מוצרים משלימים<sup>193</sup>, לא יכללו בסייג. בנוסף, כפי שהסייג פורש, הוא לא יחול אם הספק והמפייץ הם מתחרים: המפייץ מתחרה בספק, או שהספק מתחרה במפייץ<sup>194</sup>. ההגיון במגבלה זו הוא החשש כי מתחרים ישתמשו בהפצה או באספקה בלעדית על מנת לפגוע בתחרות בינם לבין עצמם<sup>195</sup>. למרות שהפסיקה, בפרשה את הסעיף, נוקטת לשון רחבה לפיה הסייג לא יחול כל אימת שקיימים יחסי תחרות כלשהם בין הספק למפייץ<sup>196</sup>, הדעת נוחתת כי כוונתו של הסעיף היתה לשלול את הסייג רק כאשר התחרות בין הספק למפייץ נוגעת למוצרים

189 ראו ד' גילה, הערה 6 לעיל. אמנם צירוף של ספק בלעדי ומפייץ בלעדי בהסכם אחד מצרף יחודי גם את היתרונות החברתיים של הסדרים משני סוגים אלה, אך אין בכך כדי להצדיק פטור גורף כאמור, שהרי גם הפגיעות המסתברות בתחרות של שני סוגי ההסדרים מצטרפות, כאמור, זו לזו.

190 ראו, למשל, החלטת הממונה בענין קמח כשר לפסח, הערה 17 לעיל, בסעיף VI; החלטת הממונה בענין הסדרים כובלים בין יצרני אריזות מקרטון ג'י, הערה 53 לעיל, בפסקה 35, משם עולים גם רציונאליים אפשריים נוספים לסייג, שגם נכונותם נתונה, לדעתנו, בספק. ראו ד' גילה, הערה 6 לעיל.

191 ד' גילה, שם.

192 ראו החלטת הממונה בענין קמח כשר לפסח, הערה 17 לעיל, בפסקה VI ח.

193 השוו סעיפים 30.25-30.30 לעיל.

194 ראו החלטת הממונה בענין הסדר כובל בהסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי תחנות התדלוק, הערה 17 לעיל, בפסקה 4(3); החלטת הממונה בענין קמח כשר לפסח, הערה 17 לעיל, בפסקה VI ח; החלטת הממונה בענין הסדר כובל בענף זלתות הבטחון, הערה 165 לעיל, בפסקאות 98-99.

195 מגבלה דומה חלה לגבי פטורי הסוג להסדרי בלעדיות, סעיף 30.31 לעיל.

196 ראו הערה 194 לעיל וטכסט להערה זו. זו גם הגישה הננקטת בפטורי הסוג להסדרי בלעדיות. אם הספק והמפייץ מתחרים בענף כלשהו, אף שאין הוא הענף נשוא הסכם הבלעדיות, פטורי הסוג האמורים לא יחולו. ראו סעיף 30.31 לעיל.

נשוא הבלעדיות ההדדית. אם הספק והמפיץ מתחרים ביניהם בענפים אחרים מן הענף נשוא הבלעדיות ההדדית, ברור פחות מדוע דווקא אז יש לשלול את הסייג הסטטוטורי.

30.47 על מנת שסייג הבלעדיות ההדדית יחול, על המפיץ הבלעדי להיות בודד, ולא חלק מקבוצה של מפיצים עצמאיים המקבלים יחדיו בלעדיות על מותגו של הספק<sup>197</sup>. גם הסיפא של הסעיף, שלפיה הבלעדיות ההדדית יכולה להתייחס גם לחלק מן המדינה, פורשה באופן מצמצם. לפי פירוש זה היא חלה רק על סיטואציה שבה — במקביל לבלעדיות שנותן המפיץ לספק — ניתנת למפיץ בלעדיות אפקטיבית על פלח שוק רלבנטי, מבלי שיתחרו בו מפיצים אחרים המפיצים את המוצר של אותו הספק<sup>198</sup>. כך, בהחלטת הממונה בענין הסדר כובל בהסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי תחנות התדלוק טענו חלק מחברות הדלק לתחולת הסייג, בנימוק שבמקביל לבלעדיות שהעניקה להן תחנת דלק פלוניא, קיבל בעל התחנה "בלעדיות" על אותו המגרש בו שוכנת התחנה<sup>199</sup>. בדחתו טענה זו קבע הממונה כי "הסדר מלאכותי כמתואר אינו יכול לבוא בגדר הפטור". זאת משום שאותה "בלעדיות", ממנה נהנה בעל התחנה, איננה מחסנת אותו מתחרות אפקטיבית מצד תחנות מתחרות המצויות בקרבה מספקת לתחנה, והרוכשות מאותה חברת הדלק.

30.48 לבסוף, לדעתנו, אין להשתמש בסייג שבסעיף 3(6) כדי להכשיר התחייבות אופקית בין מתחרים פוטנציאליים שלא להיכנס זה לשוק של זה. כך, אם המפיץ הוא נכנס פוטנציאלי לשוק של הספק ו/או הספק הוא נכנס פוטנציאלי לשוק של המפיץ, התחייבות של מי מהם שלא להיכנס לשוק של השני מהווה חלוקת שוק אסורה, מהסוג של "תניית אי-תחרות"<sup>200</sup>. הווה אומר, דרישת הסעיף שלפיה כתנאי לתחולתו אסור לספק ולמפיץ להיות מתחרים צריכה להתקיים עקב התנהגות חד צדדית של כל אחד מהם, ולא עקב הסדר ביניהם, שאם לא כן, ייתן הסעיף הכשר, בדלת האחורית, לחלוקת שוק אופקית בין מתחרה למתחרה פוטנציאלי.

- 197 החלטת הממונה בענין קמח כשר לפסח, הערה 17 לעיל, בפסקה VI. בנוסף, אין די להתחייב לבלעדיות הדדית. אם התחייבות זו איננה מקיימת בפועל, באורח הדדי כאמור, אין הסייג חל. ראו החלטת הממונה בענין הסדרים כובלים בין יצרני אריות מרקטון גזי, הערה 53 לעיל, בפסקה 34. מאידך, לא די בהתנהגות בלבד, שאיננה מלווה בהתחייבות לבלעדיות. כך, אם מפיץ בלעדי רוכש רק מן הספק שנתן לו בלעדיות, אך דשאי, על פי החוזה ביניהם, לרכוש גם מאחר, הבלעדיות איננה הדדית. ראו בר"ע 2668/00 (ת"א) קונצפט לרוקחות בע"מ נ' כ.צ.ט. כימיקלים בע"מ, דינים מחוזי לב(8) 749.
- 198 ראו החלטת הממונה בענין הסדר כובל בהסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי תחנות התדלוק, הערה 17 לעיל, בפסקה 4(3).
- 199 שם.
- 200 ראו סעיף 30.72 ואילך להלן.

כבילות הנוגעות לתובלה בינלאומית

30.49 סעיף 3(7) לחוק ההגבלים קובע כי לא ייחשב להסדר כובל "הסדר שכל כבילותיו נוגעות לתובלה בינלאומית בים או באויר או לתובלה בינלאומית משולבת בים, באויר וביבשה ובלבד שכל הצדדים לו הם: 1. מובילים בים או באויר; או, 2. מובילים בים או באויר, ואיגוד בינלאומי של חברות תעופה או ספנות שאושר לענין זה על ידי שר התחבורה; ושהודעה עליו נמסרה לשר התחבורה בדרך שקבע; שר התחבורה יודיע, אחת לשנה, לועדת הכלכלה של הכנסת על הודעות כאמור." גם בהקשר של סייג זה פורשה הדרישה כי כל הכבילות נוגעות לתובלה בינלאומית באופן צר. בית המשפט העליון בכג"צ 47/83 תור אויר (ישראל) בע"מ נ' יו"ד המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים<sup>201</sup>, קבע כי "לא די 'בנגיעה' קלושה ורופפת בין כבילות ההסדר, לבין התובלה הבינלאומית", אלא "המתבקש ממטרת החוק ומתכליתו הוא, כי 'הנגיעה' הקבועה בסעיף 10א לחוק תהא נגיעה ממשית וישירה, וכי הזיקה שבין כבילות ההסדר לבין התובלה הבינלאומית תהיה זיקה קרובה ואינטימית". בפסק דין זה נידונו שתי כבילות: האחת שלפיה סוכן נסיעות לא יהיה רשאי לארגן טיסות קבוצתיות לברו, אלא ישאיר זאת לחברה המשותפת לסוכני הנסיעות ולאלי-על. על פי הכבילה השנייה, עבור ההפנייה של נוסעים לחברה המשותפת, יגבו הסוכנים עמלה נוספת מן הנוסעים, שחלקה יועבר לחברה המשותפת לכיסוי הוצאותיה וחלקה ישאר בידי סוכן הנסיעות. בית המשפט העליון קבע כי הכבילה הראשונה, וכן ההסכם להעביר חלק מן העמלה הנוספת לחברה המשותפת, הן כבילות שנוגעות לתובלה בינלאומית, ואילו ההסכם להשאר תרת העמלה הנוספת בידי הסוכן אינו נוגע לתובלה בינלאומית, אלא לענף סוכנות הנסיעות גרידא<sup>202</sup>.

הסדר עם ארגון עובדים או ארגון מעבידים

30.50 סעיף 3(9) לחוק ההגבלים קובע כי "הסדר שארגון עובדים או ארגון מעבידים צד לו וכל כבילותיו נוגעות להעסקתם של עובדים ולתנאי עבודה" לא יהא הסדר כובל. גם סעיף זה פורש בצמצום. ראשית, מובן הוא כי לא די שההסדר ישליך על תנאי העבודה או על העסקתם של עובדים. יש צורך שכל כבילותיו ייעשו

201 פ"ד לט(1) 178, 180 (השופט ברק).

202 יש לציין כי פסק הדין תור אויר, שם, דן בנוסח הישן של סייג זה, שלא כלל את הדרישה הנוספת כי כל הצדדים להסדר יהיו מובילים בים או באויר, או מובילים בים ובאויר ואיגוד בינלאומי של חברות תעופה או ספנות שאושר על ידי שר התחבורה. משום כך לא שלל בית המשפט אוטומטית את תחולת סעיף 3(7) על הכבילות בפרשה זו למרות שסוכני נסיעות היו צד להסדר (שם, בע' 183). עם זאת, הניתוח שבפסק הדין עדיין יפה להבנת הדרישה, הקיימת גם בנוסח הנוכחי, כי הכבילות תגענה בתובלה בינלאומית.

כן. על כן, הסדר לפיו בנקים מתחייבים זה כלפי זה שלא להיפתח ביום ר', והכל על מנת להיענות לדרישת עובדיהם, מהווה הסדר כוכל שאיננו נהנה מן הסייג של סעיף 3(9), גם אם צד לו הוא ארגון עובדים או ארגון מעבידים<sup>203</sup>. תוצאה זו מובנת. כאשר מעביד, כגון הבנקים בענין הנ"ל, חפץ להיטיב עם עובדיו, אך, בד בבד, מבקש לקבל את הבטחתם של מתחריו כי גם הם ייטיבו עם עובדיהם באופן דומה, כבר אין מדובר בהסדר שכל כבילותיו נוגעות להעסקת עובדים או ליחסי עבודה, אלא בהסדר שכוכל את המעבידים לבל יתחרו ביניהם לבין עצמם לענין תנאי העבודה שהם מציעים לעובדיהם או לענין רמת השירות שהם מציעים לציבור.

בית הדין להגבלים עסקיים בענין ההסדר בין הבנקים הנזכר לעיל לא פסל טענה לפיה גם אם כל כבילותיו של הסדר נוגעות לתנאי עבודה, עליהן להיות "סבירות" על מנת להכנס לגדר הסעיף. אולם, גם בית הדין הכיר בכך שיישום מכתן סבירות אבסטרקטי הוא קשה, ולדעתנו אין מקום להוסיף לסעיף דרישה זו, שאיננה נזכרת בו כלל.

#### פטור סוג להסדרים שפגיעתם קלת ערך

30.51 כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך), התשס"א-2001<sup>204</sup> מעניקים פטור ל"הסכם שפגיעתו בתחרות קלת ערך ... בהתחשב, בין השאר, במעמדם של הצדדים בשוק המוצר, משך הזמן שבו היא נועדה להתקיים ומידת התחרות הקיימת באותו שוק מוצר"<sup>205</sup>. הפטור קובע גם חזקות, הניתנות לסתירה, לתחולת ולאי תחולת הפטור. סעיף 2 לפטור קובע כי אם נתח השוק המצרפי של צדדי ההסדר בשוק אינו עולה על 10%, קמה חזקה כי פגיעתו של ההסדר קלת ערך. לעומת זאת, סעיף 3 לפטור קובע חזקה כי אם נתח השוק המצרפי של הצדדים עולה על 20%, או שצד להסדר הוא בעל מונופולין בשוק נשוא ההסדר או בשוק מוצר משיק, או שמדובר בהסכם לרכישה של זכות בתאגיד מתחרה, אזי הפגיעה בתחרות איננה קלת ערך<sup>206</sup>, וזאת אף כאשר נתח השוק המצרפי של הצדדים קטן מ-10%.

203 ראו פסק דין בנק אדונים, הערה 21 לעיל.

204 ק"ת 6096, ע' 660.

205 סעיף 1 לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך).

206 זכות בתאגיד מתחרה מוגדרת בסעיף 1 לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), כרכישה של בעלות במניה, הזכות להחזיקה או להורות על מכירתה, של זכויות הצבעה מנוחה באסיפה הכללית, של זכות למנות דירקטור או מנהל כללי, או זכות להשתתף ברווחי התאגיד, או לחלוק ביהרת נכסיו לאחר סילוק חובותיו בעת פירוקו. בשוק בו קיים מספר קטן של פירמות משמעותיות, אכן השקעה של מתחרה אחר במשנהו עלולה לפגוע בתחרות. ראו 99 Mich. L. Rev. "The Anticompetitive Effect of Passive Investment" Gilo, (2000) 1. אולם, אם בהשקעה מעורבות פירמות התופסות אך נתח קטן מן השוק (כגון נתח שוק משותף של פחות מ-10%) נחיצותה של החזקה הנ"ל איננה ברורה כל צרכה.

30.52 בנוסף, סעיף 4 לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), כולל רשימה של כבילות שלא יכולות ליהנות מפטורי הסוג, אלא אם פטור הסוג נתן להן הכשר ספציפי. כבילות אלה כוללות הסדרים המכתיבים מחירים שישולמו על ידי צדדים שלישיים או יידרשו מצדדים שלישיים<sup>207</sup>. כבילות מעין אלה מהוות הסדר כובל כאמור בסעיף 2(ב)(1) להיוון הסדר כובל, ולא קיים פטור סוג שיצילן. בנוסף, לא יינתן פטור סוג להסדרים המגבילים את הכמות של הטובין שתסופק לצדדים שלישיים או תרכש מהם<sup>208</sup>.

סעיף 4(3) לפטורי הסוג – הוראות כלליות קובע גם, כי "חלוקת שווקים בין צדדים לפי אזור, לקוחות מוצרים או בכל דרך אחרת" לא תוכל ליהנות מפטור סוג<sup>209</sup>. המדובר, בראש ובראשונה, בחלוקת שווקים בין מתחרים או מתחרים פוטנציאליים, שפגיעתה בתחרות וחזקתה כהסדר כובל נדונו בסעיף 30.13 לעיל. אולם, ניתן לכאורה לטעון כי מדובר גם בהסדרי בלעדיות בין ספק ללקוח שניסבות הצדדים ושווקיהם אינם מאפשרים להם ליהנות מפטור הסוג לרכישה בלעדית<sup>210</sup> ופטור הסוג להפצה בלעדית<sup>211</sup>. מסקנה לכאורית זו נובעת מן השימוש במינוח "חלוקת שווקים בין צדדים", להבדיל מן המינוח "חלוקת שווקים בין מתחרים". כפי שכבר צוין לעיל, הסדרי בלעדיות פורשו בפסיקה כסוג של חלוקת שוק<sup>212</sup>. הדעת נותנת, כי פרשנות דומה תחול גם לגבי דיבור זה בפטורי הסוג – הוראות כלליות. זוהי תוצאה קשה ביותר. כפי שהראינו לעיל<sup>213</sup>, קיימים הסדרי בלעדיות רבים בין ספק ללקוח שאינם נופלים לגדר פטורי הסוג הספציפיים להסדרי בלעדיות. כך הדבר למשל בדוגמת מתווך הדיירות המקבל בלעדיות לענין תיווך מכירת דיירותיו של בעל בניין. כפי שהראינו בסעיף 30.30 לעיל, הבלעדיות לא תיהנה מפטור הסוג להפצה בלעדית, כאשר ההסדר אינו עוסק במפיץ הרוכש טובין לשם מכירתם הלאה.

207 סעיף 4(1), לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), ש.ס.

208 סעיף 4(2), ש.ס. השופטים אור וטירקל בפסק דין א.מ. חנויות, הערה 135 לעיל, גרסו, אגב אורחא, כי פטור הסוג לפגיעות קלות ערך עשוי לחול גם על הכתבת מחירים או כמויות. באותו פסק דין הכתיבה עיריית ירושלים למפעיל חניון מחירי מקסימום לכל מגוי וכמות מקסימלית לגבי מספר המגויים. השופטים התעלמו מהוראת סעיף 4 האמורה, השוללת, על פי לשונה, את תחולת פטור הסוג על הכתבת מחירים או כמויות מעין זו. לדעתנו, הפתרון הראוי למקרים כגון אלה הוא שלא להחיל את סעיף 4 האמור על הסדרים אנכיים, לרבות הכתבת מחירים או כמויות אנכית, אלא רק על הסדרים אופקיים (בין מתחרים), כגון קרטל מחירים. למרות הגישה המחמירה של הפסיקה בישראל ובעולם כלפי הכתבה אנכית של מחירי מינימום או מכסות מקסימום, מבחינה כלכלית ניתן להראות כי פגיעתם של אלה בתחרות כלל איננה מובנת מאליה. ראו ד' גילה, הערה 6 לעיל. משום כך, דעתם של השופטים אור וטירקל בענין זה מקובלת עלינו, ואכן ראוי לאפשר החלה של פטור הסוג להסדרים שפגיעתם קלת ערך על הסדרים אנכיים מעין אלה.

209 סעיף 4(3), ש.ס.

210 סעיף 30.52 לעיל.

211 סעיף 30.30 לעיל.

212 הערה 91 לעיל וטכסט להערה זו.

213 ראו סעיפים 30.25 ו-30.30 לעיל.

מנגד, מדובר על פי הפרשנות בפסיקה (שאיננה מקובלת עלינו), ב"חלוקת שוק" שהיא בחזקת הסדר כובל, על פי סעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים. חלוקת שוק מעין זו, על פי אותה גישה פרשנית, איננה יכולה ליהנות גם מפטור הסוג להסדרים שפגיעתם קלת ערך. כך גם לגבי הסדרי "ספק בלעדי" ו"מפיץ בלעדי" אחרים, שמסיבות שונות אינם נופלים לגדר פטורי הסוג לרכישה בלעדית ולהפצה בלעדית<sup>214</sup>. הפתרון לאנומליה זו הוא פשוט. כפי שצינו לעיל, אין להחיל את סעיף 2(ב) לחוק על הסדרים אנכיים (בין ספק ללקוח), אלא רק על הסדרים אופקיים – בין מתחרים. באופן זה, הסדר בלעדיות שאיננו נהנה מפטורי הסוג להסדרי בלעדיות, יהיה הסדר כובל (על פי סעיף 2(א) לחוק) רק אם הוא "עלול לפגוע בתחרות", באופן לא זניח, בענף כלשהו.

כאמור פטור הסוג להסדרים שפגיעתם קלת ערך אינו ניתן להחלה על הסדרים הנכנסים לגדר סעיף 4 לפטורי הסוג – הוראות כלליות, אלא אם פטור סוג מכשיר את הכבילה בהכשר ספציפי. כל פרשנות אחרת תייתר את סעיף 4 לפטורי הסוג – הוראות כלליות הקובע, כאמור, כי "זולת אם נאמר אחרת בכללי פטור סוג, לא יחול פטור סוג על הסכם ... " בעניינים המפורטים בסעיף. אם גם פגיעה קלת ערך בתחרות מהווה "אמירה אחרת" כאמור, המוציאה את תחולתו של סעיף 4 הנ"ל, אין צורך כלל בסעיף 4. זאת משום שתחת פרשנות מעין זו, כל אמירתו של סעיף 4 הנ"ל היא כי הסדר שאיננו נהנה משום פטור סוג, לא יוכל להנות משום פטור סוג – אמירה טאוטולוגית ברורה. אין זאת אלא שכוונת סעיף 4 היא לשלול מן הכבילות המצויות בו את פטור הסוג להסדרים שפגיעתם קלת ערך, שהוא מטבע הדברים כללי, ולא נוגע לסוג מיוחד של הסדרים. זוהי פרשנות ראויה, ככל שמדובר בכבילות אופקיות – בין מתחרים – הכלולות בסעיף 4 (כגון קביעת מחירים או חלוקת שוק אופקית). כשמדובר בכבילות מעין אלה, המוטיבאציה האנטי-תחרותית כה מובנת מאליה שמתן פטור המבוסס על פגיעה קלת ערך בתחרות איננו רצוי. מתן פטור מעין זה יוביל למצב שצדדים יתיימרו לתרוץ דין לעצמם שכבילותיהם החמורות פוגעות פגיעה קלת ערך בתחרות. זאת בעוד שבכבילות חמורות מסוג זה, המוטיבאציה האנטי-תחרותית כה מובנת מאליה, שראוי שהממונה עצמו יכשיר אותן מראש, אם יתברר, לאחר בדיקה כלכלית דקדקנית יותר, כי הפגיעה בתחרות אכן קלת ערך. תוצאה זו מיישמת כישראל, במידה מסוימת, את העיקרון המושרש במשפט האמריקאי, שלפיו בסוגים מסוימים של כבילות (כגון קביעת מחירים בין מתחרים) מדובר בהסדר אסור (per se), בלי צורך בניתוח פרטני של מידת הפגיעה בתחרות<sup>215</sup>.

214 דוגמא להסדר בלעדיות מסוג זה היא של בעל קניון, למשל, המתחייב כלפי שוכר חנות כי לא ישכיר לחנות מתחרה. ראו סעיף 30.42 לעיל.

215 אמנם דיני ההגבלים הישראליים עדיין שונים מאלה האמריקאיים, מן הבחינה שאף כבילות הנכנסות לרשימת הכבילות החמורות הללו יכולות לקבל פטור אינדבידואלי או אישור אינדבידואלי מן הממונה או מבית הדין להגבלים עסקיים. תפיסת החוק הישראלי היא

הפתרון, אם כך, לתוצאה האנומלית שלפיה הסדרי בלעדיות לכאורה אינם יכולים ליהנות מפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך, איננו בריקון מתוכן של סעיף 4 האמור. הפתרון הראוי הוא לאמץ פרשנות שונה מזו המקובלת בפסיקה, ולקבוע כי הביטוי "חלוקת שווקים בין צדדים", ראוי שיחול רק על חלוקת שוק אופקית (בין מתחרים או מתחרים פוטנציאליים), ולא על הסדרי בלעדיות אנכיים<sup>216</sup>. לפי פירוש זה לא ימנע סעיף 4 את תחולת פטור הסוג לפגיעות קלות ערך על חלוקת שוק אנכית. באופן דומה, אין להתחיל את "הרשימה השחורה" של סעיף 4 האמור גם על הסדרים אנכיים אחרים, כגון הכתבת מחירים או כמויות בין ספק ללקוח<sup>217</sup>.

30.53 סעיף 4(4) לפטורי הסוג – הוראות כלליות קובע, כי "הסדר שעניינו הטלת חרם מסחרי מלא או חלקי על אדם או על סוג בני אדם" לא יוכל ליהנות מפטור סוג. אכן, כפי שצינו, הסדר המטיל חרם מעין זה נצפה בחומרה על ידי דיני ההגבלים העסקיים בארץ ובמשפט המשווה<sup>218</sup>. לבסוף, "הסדר שעניינו הגשה או אי הגשה של הצעה למכרו או פרט כלשהו בתוכן ההצעה", גם הוא לא יוכל ליהנות מפטור סוג כלשהו<sup>219</sup>. כך, אם מספר מציעים במכרו מתאמים ביניהם את תוכן הצעתם, או מתאמים כי אחד או יותר מהם לא ישתתף במכרו, זהו הסדר כובל שלא יוכל להינות מפטור סוג, גם אם פגיעתו בתחרות קלת ערך<sup>220</sup>. הדעת גם נותנת שתיאום כזה מהווה הפרה של עקרון תום הלב במשא ומתן, זאת ללא קשר לחוק ההגבלים<sup>221</sup>.

רשויות מומחיות להגבלים עסקיים יכולות להכשיר אפילו הסדרים מן הסוגים החמורים יותר, כגון הסדר בין מתחרים לגבי המחיר שייגבנו. עם זאת, כאשר הסדרים מעין אלה, שלא הוכשרו מראש על ידי הרשויות המומחיות, מגיעים לדיון בבית משפט רגיל, שאיננו מומחה במיוחד להגבלים עסקיים, התוצאה היא כמו זו של המשפט האמריקאי: ההסדרים פסולים בלי צורך להיכנס לשאלה הכלכלית עד כמה נפגעה התחרות בענף או מה יתרונות ההסדר. ראו ד' גילה, לעיל הערה 135.

- 216 השוו סעיף 30.24 לעיל, המציע פרשנות מעין זו גם לסעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים העסקיים.
- 217 השוו סעיף 30.35 לעיל, המציע שלא להחיל גם את סעיף 2(ב) לחוק על הסדרים אנכיים מעין אלה.
- 218 סעיף 30.9 לעיל.
- 219 סעיף 4(5) לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות).
- 220 תיאום במסגרת מכרו בדרך כלל ייכנס לגדר אחת מן ההוראות שבסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים. כך הרבר כאשר מדובר בתיאום מחירים (סעיף 2(ב)(1)), בחלוקת שווקים (סעיף 2(ב)(3)), או בתיאום סוג המוצר או השירות (סעיף 2(ב)(4)). ראו גם את החלטת הממונה בענין הטזר כובל בין המתחרים במכרו בזק, הערה 43 לעיל. שיתוף פעולה גלוי בין פירמות (אף שהן אולי מתחרות או מתחרות פוטנציאליות זו של זו) לצורך הגשת הצעה יחדיו במכרו איננו נכנס לגדר כבילות חמורות מעין אלה, ועדיין עשוי להינות מפטור הסוג למיזמים משותפים, שנדון בסעיף 30.17 ואילך לעיל.
- 221 בענין חוסר תום לב במשא ומתן ראו פרק 12 לעיל.

## חוזים למיזוג פירמות

כללי

30.54 חוזים למיזוג בין פירמות מעלים, לעתים, חששות לפגיעה בתחרות, וחוק ההגבלים מסמיך את הממונה להתנגד לחלק מן המיזוגים, או להתנות אותם בתנאים, על פי הוראות פרק ג' לחוק.

מיזוג, לצורך חוק ההגבלים, כולל מגוון גדול של חוזים בין פירמות, ולא רק מעבר של שתי פירמות לשליטה או בעלות משותפת. ראשית, על פי סעיף 1 לחוק ההגבלים, מיזוג חברות כולל רכישה על ידי פירמה אחת של עיקר נכסי הפירמה השנייה<sup>222</sup>. בנוסף, מיזוג כולל רכישה על ידי פירמה אחת של מניות פירמה אחרת, המקנה יותר מרבע מזכויות ההצבעה, הון המניות, הרווחים, או הזכות למנות דירקטורים בפירמה האחרת<sup>223</sup>. יתרה מזו, הפסיקה פירשה את סעיף 1 לחוק, המגדיר מיזוג חברות, כבלתי ממצה<sup>224</sup>. עסקה יכולה להוות מיזוג גם אם איננה נכנסת לגדר סעיף 1 הנ"ל אם פירמה רוכשת יכולת לכוון את פעילותה העסקית של פירמה אחרת<sup>225</sup>. כך, אם פירמה אחת רוכשת רק 20% ממניות פירמה אחרת, אין העסקה נכנסת לגדר סעיף 1 לחוק, הדורש רכישה המקנה יותר מרבע מזכויות מסוימות. אולם, אם הפירמה הרוכשת, כתוצאה מן הרכישה, היא בעלת המניות הדומיננטיות, בעוד שאר בעלי המניות בפירמה הנרכשת קטנים ובלתי מאורגנים, יכולה רכישה זו להקנות לפירמה הרוכשת שליטה למעשה בפעילות הפירמה הנרכשת, ועל כן העסקה מהווה מיזוג כמובנו בחוק ההגבלים.

כמו כן, רכישת מניות, או חוזה, שמקנה לפירמה אחת זכות למנות את המנכ"ל, או יושב ראש הדירקטוריון, של פירמה אחרת, מקנה גם היא יכולת לכוון את

222 פרשנות המונח "עיקר הנכסים" ראוי שתהא תכליתית: מדובר בעיקר הנכסים המשמשים לפעילות התחרותית של הפירמה באיזשהו שוק רלבנטי. כך, אם לחברה פלוגית נכסי גדל"ן בחו"ל, שאין קשר בינם לבין פעילותה התחרותית בשווקים בהם היא פועלת, לא ראוי שרכישתם על ידי פירמה אחרת תיחשב מיזוג, גם אם מבחינה חשבונאית הם מהווים את החלק הארי של כלל נכסי אותה פירמה פלוגית. מאידך, רכישת פס ייצור למוצר א' של חברה העוסקת במספר שווקים, כאשר פס הייצור הנ"ל הוא עיקר נכסי החברה בשוק של מוצר א', גם היא צריכה להיחשב מיזוג לענין זה.

223 הסעיף מוסיף כי הרכישה ייכול שתהא במישרין או בעקיפין או באמצעות זכויות המוקנות בחוזה". ראו גם החלטת הממונה בענין רכישת מניות נחושתן על ידי מר גרשון זלקינד קביעה ע"פ ס' 43, ההגבלים העסקיים-החלטות הממונה ופסקי דין (הוצאת ועד מחוז ת"א, כרך א') 113; מימוש אופציות למניות כור תעשיות בע"מ ע"י קבוצת בנק הפועלים-קביעה ע"פ ס' 43, ההגבלים העסקיים-החלטות הממונה ופסקי דין (הוצאת ועד מחוז ת"א, כרך ג') 55.

224 ראו, למשל, ערר תנובה, הערה 8 לעיל; וכן פסק דין תנובה, הערה 3 לעיל.  
225 ראו, למשל, החלטת הממונה בענין רכש מניות בנק ברקליס דיסקונט בע"מ על ידי בנק דיסקונט לישראל בע"מ-קביעה ע"פ ס' 43, ההגבלים העסקיים-החלטות הממונה ופסקי דין (הוצאת ועד מחוז ת"א, כרך א') 123; ובענין מיזוג בין גרלן בע"מ. א.ב. אלקטרוניקה בע"מ-החלטה שלא לאשר מיזוג, ההגבלים העסקיים-החלטות הממונה ופסקי דין (הוצאת ועד מחוז ת"א, כרך א') 196.

הפעילות העסקית, באמצעות המינוי הנ"ל, ועל כן גם היא מהווה מיזוג. לבסוף, נקבע גם שרכישת מניות מיעוט בפירמה אחרת, המלווה בזכויות וטו לעניינים הקשורים לפעילות העסקית של הפירמה הנרכשת, עולה כדי יכולת לכוון את הפעילות העסקית, ועל כן כמקימה "מיזוג" לצורך החוק<sup>226</sup>. מכל מקום, על מנת לאבחן בין מיזוגים, הנידונים בפרק ג' לחוק, לבין הסדרים, הנידונים בפרק ב' לחוק, יש להתוות אבחנה בין חוזה רגיל, המכוון את הפעילות העסקית של צדדיו מכוח הוראות החוזה, לבין מיזוג, בהגדרתו הרחבה הנ"ל, הכרוך ביכולת לכוון את הפעילות העסקית של פירמה דרך האורגנים שלה. אם לא נהיה ערים לאבחנה זו, עלול כל חוזה להיחשב ל"מיזוג" לצורך חוק ההגבלים, באשר כל חוזה מבטא הכוונה של הפעילות העסקית של צדדיו.

#### תחולת החוק על המיזוג

30.55 גם אם עסקה מהווה "מיזוג" לצורך החוק, אין חובה להודיע עליה לממונה אם החוק איננו חל על המיזוג. התנאים לתחולת החוק על המיזוג נקובים בסעיף 17 לחוק ההגבלים, וכוללים שלוש חלופות, שדי באחת מהן על מנת שתחול חובת הודעה לממונה על המיזוג. על פי החלופה הראשונה, אם כתוצאה מן המיזוג נתח השוק המשותף של הצדדים עולה על מחצית מן השוק, חלה חובת ההודעה. על פי החלופה השנייה, אם מחזור המכירות המשותף של הפירמות עובר סף מסויים, הקבוע בחוק, ומתעדכן מדי פעם, ואם, בנוסף, מחזור המכירות של כל פירמה בנפרד עובר סף מסויים<sup>227</sup>, אזי, בלי קשר לנתחי השוק של הפירמות המתמזגות, חלה חובת ההודעה. לבסוף, על פי החלופה השלישית, בכל מקרה מיזוג עם בעל מונופולין<sup>228</sup> מחייב הודעה לממונה.

226 ראו החלטת הממונה בענין חימוש אופציות למניות כור תעשיות בע"מ ע"י קבוצת בנק הפועלים, הערה 223 לעיל. מענין לציין כי הגדרה רחבה זו של "מיזוג חברות" פועלת רווקא לטובת הפירמות. זאת משום שפרק ג' לחוק, הדן במיזוגים, מקל יותר עם הפירמות מאשר פרק ב' לחוק, הדן בהסדרים כובלים. הגישה המקלה יותר של פרק ג' לחוק מתבטאת במספר גורמים. נסקור את החשובים שבהם. ראשית, סעיף 17 לחוק פוטר חלק גדול מן המיזוגים, אלה שאינם בין פירמות עם נתחי שוק משמעותיים, מחזורי מכירות משמעותיים, או מיזוג עם בעל מונופולין, מתחולת החוק. פרק ב', לעומת זאת, איננו כולל מסגרת כסעף 17. שנית, המבחן להתערבות של פרק ג', המצוי בסעיף 21 לחוק, מקל יותר עם הפירמות, ודורש "חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות" על מנת להצדיק התנגדות למיזוג או התנייתו בתנאים. זאת בעוד התנאים לפטור או אישור של הסדר כובל דורשניים יותר: פגיעה בלתי משמעותית בתחרות או יתרונות חברתיים העולים על הפגיעה בתחרות, בהתאמה. ראו סעיף 30.59 להלן, המראה כי אין לאפשר תקיפת מיזוג כהסדר כובל. אילו עסקה, כגון רכישת מניות המקנה זכות וטו לרוכש בחברה הנרכשת, לא היתה נחשבת למיזוג, היא היתה חשופה לבדיקה תחת כנפי פרק ב' לחוק.

227 סף זה נקבע ומתעדכן מדי פעם בתקנות שהוצאו מכוח החוק. במקרה של מיזוג עם פירמה שהיא חלק מאשכול חברות, יבחנו לצורך ענין זה את מחזור המכירות של אשכול החברות כולו.

228 על הגדרת בעל מונופולין ראו הערה 58 לעיל.

החלטת הממונה אם לאשר את המיזוג

30.56 כאמור, אם עסקה מהווה מיזוג לצורך החוק, ואם, בנוסף, החוק חל על המיזוג, חלה חובת הודעה לממונה על המיזוג, על פי סעיף 19 לחוק. סעיף 21(א) לחוק קובע כי "הממונה יתנגד למיזוג חברות או יתנה אותו בתנאים אם לדעתו קיים חשש סביר כי כתוצאה מן המיזוג כפי שהוצע תיפגע באופן משמעותי התחרות באותו ענף או יפגע הציבור באחת מאלה: (1) רמת המחירים של נכס או של שירות; (2) איכות נמוכה של נכס או של שירות; (3) הכמות המסופקת של הנכס או היקף השירות, או סדירות האספקה ותנאיה". בנוסף, נפסק כי לממונה שיקול דעת לאשר מיזוגים על סמך יתרונות חברתיים, כגון שיפור קואורדינציה בייצור, חסכון בייצור, יתרון לגודל, וכד'<sup>229</sup>.

סוגים של מיזוגים, פגיעתם בתחרות, ויתרונותיהם החברתיים

30.57 קיימים סוגים שונים של מיזוגים. העיקריים שבהם: מיזוגים אופקיים – בין מתחרים, מיזוגים אנכיים – בין ספק ללקוח, ומיזוגים קונגלומראטיים – שאינם בין מתחרים ואינם בין ספק ללקוח. סיווג של המיזוג חשוב מבחינת מידת וסוג הפגיעה בתחרות, והיתרונות המצדיקים את אישורו, ועל כן הוא אינטגרלי להחלטת הממונה אם לאשר את המיזוג, במידה שהיתה עליו חובת הודעה. הפגיעה בתחרות במיזוגים אופקיים – בין מתחרים, היא בלי ספק האינטואיטיבית וגם המסתברת ביותר. בשוק בו קיימים מעט מתחרים, מעבר שני מתחרים לשליטה משותפת (מלאה או אף חלקית) עלול להקטין את מספר המתחרים המשמעותיים בשוק. הדבר עשוי להגדיל את כוחם של המתחרים שנותרו להעלות מחירים, ולהקל על יציבותם של קרטלים בשוק<sup>230</sup>. מנגד, לחלק מן המיזוגים האופקיים יתרונות חברתיים, שראוי כי הממונה יאזנם, במקרה נתון, אל מול פגיעתם בתחרות, ויתכן כי יכריעו את הכף לטובת אישור המיזוג. כפי שפורש סעיף 21 לחוק ההגבלים, הממונה מוסמך לאזן בין היתרונות החברתיים של המיזוגים לבין פגיעתם בתחרות. מיזוגים הכרוכים במעבר מתחרים לשליטה משותפת עשויים לטמון בחובם יתרונות חברתיים לא מבוטלים, בעיקר כאשר היקף הפעילות המוגדל כתוצאה מן המיזוג מאפשר חיסכון בהוצאות או שיפור סיכויי ההתמודדות בשווקים בינלאומיים. נראה כי יתרונות אלה הם שהניעו את המחוקק ליחד פרק נפרד לטיפול במיזוגים, מתוך גישה יותר מקלה עם הפירמות מאשר זו של הטיפול בהסדרים כובלים<sup>231</sup>.

229 ראו, למשל, ערר תנובה, הערה 8 לעיל, בע' 169 (בית המשפט העליון, שאישר את פסק הדין, לא נזקק לסוגייה זו לצורך הכרעה).

230 ראו: Horizontal Merger Guidelines, הערה 12 לעיל; החלטת הממונה בענין ניחוקים להתנגדות למיזוג הריבוע הכחול ישראל בע"מ, הערה 12 לעיל, בפסקה ג.

231 ראו דו"ח הוועדה למיזוגים וקונגלומראטים (1977) הפרקליט לב (1988), 559, 578.

כאשר פירמה דומיננטית בשוק מתמזגת עם פירמה קטנה, קיים פיתוי שגוי לנקוט גישה מקלה כלפי המיזוג. זאת משום שמזוג עם הפירמה הקטנה, כשלעצמו, אינו מוסיף משמעותית למבנה האנטי-תחרותי של השוק, שהיה קיים גם קודם לכן. אכן, דרך ניתוח מסוג זה ננקטה על ידי בית המשפט העליון בפסק דין תנובה, כאשר קבע כי מיזוג בין תנובה, הדומיננטית בענף המשתטות, לבין משחטה קטנה, היה ראוי לאישור<sup>232</sup>. אולם, כאשר פירמה דומיננטית רוכשת פירמה קטנה, אין די בניתוח "סטטי" של השוק. יש לנתח את האפקט של המיזוג באספקלריה של מגמת מבנה השוק בטווח הארוך<sup>233</sup>. לפירמה דומיננטית יש אינטרס לבלוע את מתחרותיה הקטנות אחת אחת, על מנת למנוע מצב שבטווח הארוך אלה תצמחנה, או תתמזגנה זו עם זו, ותהוונה חסם ליכולת הפירמה הדומיננטית להעלות מחירים.

אינטואיטיבית, מיזוגים אנכיים (בין ספק ללקוח), פגיעתם בתחרות היא פחות מובנת מאליה, והשאלה אם קיימת פגיעה כזו שנוייה במחלוקת בין כלכלנים. נטען אמנם שמזוגים אנכיים עלולים להקל על קרטל בין הספק המתמזג עם לקוחו לבין מתחריו של הספק<sup>234</sup>. עוד נטען, כי לקוח המצוי תחת פיקוח מחירים עלול לעקוף את פיקוח המחירים באמצעות מיזוג אנכי עם ספק<sup>235</sup>. טענה נוספת כנגד מיזוגים אנכיים היא שמזוגים אנכיים מאפשרים לספק דומיננטי בשוק לעקוף איסור אפליית מחירים החל עליו<sup>236</sup>.

טענה מרכזית כנגד מיזוגים אנכיים, בשווקים בהם פועל מספר קטן של מתחרים, הוא כי המיזוג ידרבן את הספק הממוזג והלקוח הממוזג להרע את התנאים שהם מעניקים לספקים ולקוחות לא ממוזגים, וכך לגרום להפחתת התחרות ו/או להעלאת מחירים<sup>237</sup>. מגוון טענות אלה כנגד מיזוגים אנכיים שנוי

- 232 פסק דין תנובה, הערה 3 לעיל.
- 233 ד' גילה, "הערת פסיקה: ערר 94/2 תנובה מרכזי שיחופי לשיווק ג' הממונה על ההגבלים העסקיים" המשפט ח (1998).
- 234 ראו, למשל, Krattenmaker & Salop, "Analyzing Anticompetitive Exclusion" 56 *Antitrust L.J.* 71, 85 (1987); Riordan & Salop, "Evaluating Vertical Mergers: A Post Chicago Approach" 63 *Antitrust L.J.* 513, 557-561 (1995); Lamoille Valley Railroad Company v. Interstate Commerce Commission 711 F.2d 295, 318-319 (1983) הערה 6 לעיל.
- 235 ראו, למשל, ד' גילה, הערה 6 לעיל, וכן: Krattenmaker & Salop, הערה 234 לעיל, בע' 561-564, Riordan & Salop, שם, בע' 318-319; Re Lamoille Valley Railroad Company, שם.
- 236 ראו המקורות בהערה 234 לעיל; וכן השוו סעיף 30.66 להלן.
- 237 ראו, למשל, את פסק דינו של בית המשפט העליון בארה"ב בענין Ford Motor Co. v. United States v. Western Elec Co. 900 F.2d. 562 (1972) וכן: Ordover, Salop & Saloner, 283 (1990) שגיני מיזוג בשל השעות מעין אלה. וכן ראו: "Equilibrium Vertical Foreclosure" 80 *Am. Econ. Rev.* 127, 127-142 (1990); Reiffen, "Equilibrium Vertical Foreclosure: Comment" 82 *Am. Econ. Rev.* 694, 694-697 (1992); Hart & Tirole, "Vertical Integration and Market Foreclosure" 1990 *Brookings Papers: Microeconomics* 205 (1990), Krattenmaker & Salop, הערה 234 לעיל.

במחלוקת, ובכל אופן תלוי במידה רבה בהקשר הקונקרטי של המיזוג<sup>238</sup>. טיעון אחר כנגד מיזוגים אנכיים הוא שהם עלולים, במקרים מסויימים, להרתיע פירמות חדשות מלהיכנס לשוק, להרתיע פירמות קטנות מלהתרחב, או לגרום לפירמות בשוק לצמק את פעילותן. זאת הן בענף הלקוח שהתמזג והן בענף הספק שהתמזג<sup>239</sup>. אולם נראה שפעמים יש במיזוגים אנכיים יתרונות, והם אף עשויים להביא לעתים להורדת מחירים, על ידי הסרת כפל מרווחים בשרשרת האספקה<sup>240</sup>.

#### מיזוג עם פירמה שנכשלה פיננסית

30.58 כאשר המיזוג הוא עם פירמה שנכשלה מבחינה פיננסית וצועדת לקראת פירוק, הוא עשוי לטמון בחובו יתרונות חברתיים בדמות השארת הפירמה הנכשלת כעסק חי, מניעת פיטורי העובדים והצלת נושי הפירמה הנכשלת מירידת כספיהם לטמיון. בהחלטות הממונה, כמו גם במשפט המשווה, קיימים שיקולים מיוחדים לאישור מיזוג כזה, בתנאים מסויימים, הכוללים, בין היתר, אי קיומם של רוכשים תלופיים שמיזוג עמם יפגע פחות בתחרות, אי קיום אפיקים חלופיים להתאוששות הפירמה הנכשלת, וצפי כי אלמלא המיזוג המוצע נתח השוק של הפירמה הנכשלת ממילא היה עובר ברובו אל הפירמה הרוכשת<sup>241</sup>.

האם ניתן לתקוף מיזוג כ"הסדר כובל"?

30.59 הדעת נותנת שאם עסקה מהווה "מיזוג" לצורך חוק ההגבלים, אין אפשרות לתקפה "בדלת האתורית" דרך פרק ב' לחוק, כהסדר כובל. כוונת המחוקק היתה כי פרק ג' הוא שיחול על מיזוגים, לאור תפיסה לפיה מיזוגים כוללים בחובם יותר יתרונות חברתיים מאשר הסדרים כובלים<sup>242</sup>. למרות שניתן

238 ד' גילה, הערה 6 לעיל. לתיאוריות חדישות שלפיהן יש במיזוגים אנכיים בשווקים ריכוזיים כדי לפגוע במחירים, ראו Gilo, לעיל הערה 113, כע' 46-53.

239 ראו למשל, Hart & Tirole, הערה 237 לעיל; ד' גילה, הערה 6 לעיל.

240 דאו ד' גילה, הערה 6 לעיל, וכן, למשל, Byars v. Bluff City News Co. 609 F.2d 843, 861 (1979); Town of Concord v. Boston Edison 915 F. 2d at 24 (1990); Riordan & Salop; הערה 234 לעיל, כע' 525, הערה 37; Areeda & Kaplow, הערה 114 לעיל, כע' 490-491. ראו גם 2, ch. Hart, *Firms, Contracts, and Financial Structure* (Oxford, 1995); וכן את החלטת הממונה בענין עץ לבד בע"מ, הערה 14 לעיל, שבה הוא מציין את יתרונותיו של מיזוג, שהוא קבוע יותר, על פני הסדר כובל, שהוא ארעי יותר, ואת עמדת בית הדין בפסק דין תנובה, הערה 8 לעיל, שם צויין בקצרה תיאום טוב יותר בין ספק ללקוח כיתרון של מיזוג אנכי.

241 ראו החלטת הממונה בענין אישור מיזוג בתנאים השמירה טכנולוגיות מיגון (1971) בע"מ לבין נוריאל, רשות ההגבלים העסקיים, פרסום 3001328 (1998), בפסקה 1.3; וכן Horizontal Merger Guidelines, הערה 12 לעיל, בפסקה 5.1.

242 ראו הערה 231 לעיל וטכסט להערה זו.

לחלוק על נקודת מוצא זו, שהרי קיימים הסדרים שאינם מיזוגים, כגון מיזמים משותפים, הטומנים בחובם לא פחות יתרונות חברתיים מאשר מיזוגים, אין ספק כי תכלית המחוקק היתה לייחד פרק מיוחד לדיון במיזוגים, ויש לכבד תכלית זו. אם תתאפשר תקיפה מקבילה של מיזוגים כ"הסדרים כובלים", תרוקן כוונה חקיקתית זו מתוכן.

אולם לעתים קובעים הצדדים למיזוג תניות חוזיות שונות, החלות, למשל, אם הפירמות תפרדנה בעתיד, או מגבילות את הפעולה של פירמות הקשורות להן. תניות אלה תיבחנה כהסדר, ולא כמיזוג. עם זאת, קיימת נטייה לאשר תניות כובלות מסוימות הנתפסות כחיוניות לכדאיות מיזוג שראוי בעצמו לאישור, וכנלוות לו<sup>243</sup>.

### חוזים של בעל מונופולין

מיהו בעל מונופולין

30.60 בעל מונופולין מוגדר בסעיף 26(א) כמי שמחזיק "יותר ממחצית מכלל אספקת הנכסים או אספקת השירותים או רכישתם"<sup>244</sup>. הווה אומר, על מנת לזהות פירמה כבעלת מונופולין, יש להגדיר את השוק הרלבנטי<sup>245</sup>. שאלה זו עשויה כמובן לעורר מחלוקת, ובענין זה ניתנה לממונה סמכות להכריז בהודעה ברשומות על קיומו של מונופולין<sup>246</sup>. נפסק לא פעם כי הוראות חוק ההגבלים חלות על בעל מונופולין, הקיים למעשה, אף שהממונה לא הכריז עליו ככזה<sup>247</sup>. אולם מובן שבהעדר הכרזה של הממונה, יהיה על הטוען לקיום המונופולין להוכיח זאת. בנוסף, על פי סעיף 26(ד), רשאי הממונה להכריז על מספר פירמות כ"קבוצת ריכוז", אם התחרות ביניהן מועטה או שאיננה קיימת. אם פירמות מהוות "קבוצת ריכוז" ונתח השוק המשותף שלהן עולה על מחצית מן השוק, יראו את קבוצת הריכוז כבעל מונופולין, אם הממונה קבע זאת<sup>248</sup>.

243 רשות ההגבלים העסקיים שוקדת בימים אלה על הכנת פטור סוג לתניות מעין אלה, הנלוות למיזוגים.

244 על פי סעיף 26(ג) לחוק ההגבלים העסקיים רשאי שר המסחר והתעשייה לקבוע כי לענף מסויים די בפחות ממחצית השוק.

245 ראו סעיף 30.3 לעיל.

246 קיימת אפשרות לערער על ההכרזה באמצעות הליכים המפורטים בסעיף 43 לחוק.

247 הכרזת הממונה על בעל מונופולין היא דקלראטיבית בלבד, ראו פסק דין בזק, הערה 8 לעיל; ה"פ 109/90 (ת"א) הוצאת עיתון הארץ בע"מ נ' שירותי פרסומת בע"מ, דינים מחוזי לב(1) 374; ת"א 4/95 (ב"ש) קרגל בע"מ נ' גילן אריות בע"מ, דינים מחוזי (כו) 4) 992. ההכרזה מהווה ראייה לכאורה לנכונותה בכל הליך משפטי (ראו סעיפים 26(א), 43(ה) לחוק ההגבלים העסקיים).

248 גם ביחס להכרזה על קבוצת ריכוז נפסק על ידי השופט הנדל בפסק דין קרגל, שם, שהיא דקלראטיבית. אולם בענין זה עולה מלשון סעיף 26(ד) כי הכרזה על קבוצת ריכוז, שלא כמו הכרזה על מונופולין, היא קונסטיטטיבית. זהו גם הפירוש העדיף נוכח העובדה שמדובר

## חוזים אחידים של בעל מונופולין

30.61 סעיף 27(א)(1) לחוק ההגבלים מסמיך את הממונה לדרוש בכתב מבעל מונופולין המתקשר או המתכוון להתקשר עם לקוחות או ספקים על פי חוזה אחיד, שיגיש את החוזה לאישור לבית הדין לחוזים אחידים<sup>249</sup>. אם לא פנה בעל מונופולין תוך הזמן שנקבע בדרישה, אין הוא רשאי להתקשר באמצעות החוזה האחיד שעליו חלה הדרישה. קשה להניח שבעל מונופולין יפר את ההוראה האוסרת עליו להתקשר בחוזה האחיד, שכן הפרה עשויה לגרור סנקציות פליליות ולהוות עוולה אזרחית לפי סעיף 50 לחוק ההגבלים. לפיכך, השאלה מה מעמדו של חוזה אחיד כזה, שנקשר על ידי בעל מונופולין בניגוד להוראות סעיף 27(א)(1), תתעורר אם בכלל רק במקרים נדירים, ואנו נתייחס אליה בקצרה רבה. במקרה כזה קיימים שני פתרונות אפשריים. האחד, שהחוזה יעמוד בעינו כפוף לכך שלא יהיה כל תוקף לתנאים הכלליים שבחוזה האחיד. הצדדים יהיו קשורים אך ורק בתנאים שהוסכמו בנפרד על ידם (מחיר, כמות וכד') ואילו כל היתר יושלם באמצעות ההוראות הדיספוזיטיביות שבחקיקה. האפשרות השניה היא שלא רק התנאים הכלליים יהיו חסרי תוקף, אלא שהחוזה כולו יהיה נגוע באי חוקיות, כך שיחולו עליו הוראות סעיפים 30–31 לחוק החוזים, כפוף לכך שאי החוקיות שמדובר בה היא אי חוקיות של צד אחד בלבד (בעל המונופולין). התוצאה היא שהצד השני יוכל לתבוע על פי החוזה כאילו היה זה חוזה תקף (אולם הוא לא יהיה כפוף לתנאים הכלליים). לעומת זאת, אם יבקש בעל המונופולין לתבוע, תחתך תביעתו על יסוד ההוראות סעיפים 30–31 הנ"ל<sup>250</sup>.

## ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה

30.62 סירוב בלתי סביר להתקשר — סעיף 29 לחוק ההגבלים אוסר על בעל מונופולין לסרב "סירוב בלתי סביר לספק את הנכס או השירות שבמונופולין". כך, בפסק דין גיבור<sup>251</sup> סירב בעל מונופולין למכור את הנכס שבמונופולין לקמעונאי שגבה מחירים נמוכים מן המחיר הקמעונאי שהומלץ על-ידי בעל המונופולין. בית המשפט קבע כי מדובר בסירוב בלתי סביר המפר את סעיף 29 לחוק<sup>252</sup>. כאשר

בחוק הקובע סנקציות פליליות, ואי הבהירות העשויה להתקיים בשאלה אם תחרות בין פירמות היא מועטה או שאיננה קיימת.

249 לבעל המונופולין קיימת אפשרות לערער על הדרישה (סעיף 28 לחוק ההגבלים העסקיים).

250 ביחס לאי חוקיות של צד אחד ראו סעיפים 29.12–29.16 לעיל.

251 הערה 156 לעיל.

252 עובדות פסק דין גיבור, שם, מצביעות למעשה על סנקציה (אי מכירה) שמטרתה לאכוף

"המלצה" של הספק על מחירי מינימום. על הסדרים להכתבת מחירי מינימום ראו סעיף

30.35 לעיל. על קיום אלמנט ההסכם (לצורך שאלת ההסדר הכובל) במקרים אלו, ראו

סעיף 30.38 לעיל.

בעל המונופולין חולש על "משאב חיוני" ("essential facility"), כלומר, מוצר או שירות החיוני לתפקוד פירמות בענף מסוים, וקשה או יקר מאוד לפירמות ליצור משאב כזה בעצמן, עולה מן הפסיקה כי סירוב לספק משאב זה במחיר סביר הוא סירוב בלתי סביר, המפר, בין היתר, את סעיף 29 לחוק<sup>253</sup>. סירוב הוא לגיטימי רק כאשר הוא "סביר", כגון סירוב הנובע ממגבלה בכושר הייצור, חשש סביר ומבוסס באשר ליכולת הפירעון של לקוח מסוים, וכד'. בהעדר נימוק סביר קיימת חובה לכרות חוזה, ואם בעל המונופולין מסרב שלא כדין לעשות זאת, יכול הצד השני לדרוש מבית המשפט שיכפה עליו לכרות את החוזה. זאת בצד סעדים אחרים העשויים לעמוד לרשות אותו צד, ובעיקר תביעת נזיקין מכוח סעיף 50 לחוק ההגבלים. אשר לתנאי החוזה שמחייבים את בעל המונופול לכרות, הרי הם צריכים להיקבע לאור הוראת סעיף 29 לחוק ההגבלים, שייבחן בסעיפים הבאים, האוסרת למשל קביעת מחיר לא הוגן, או הפליה העלולה לפגוע בתחרות.

ההוראה שבסעיף 29 עוסקת בסירובו של בעל המונופולין לספק נכס או שירות. אין היא מחייבת בעל מונופול רכישה (מונופסון), החולש על מעל מחצית מן הרכישה בשוק מסוים, לרכוש מכל מי שמעונין למכור לו. הטעם לכך הוא כפי הנראה שחיוב פירמה לרכוש מוצר או שירות מסוים נחזה כהתערבות מרהיבת לכת בחופש העיסוק של אותה הפירמה. זאת בשונה מבעל מונופולין באספקה, שממילא מייצר את המוצר או מספק את השירות, ומסרב למכור אותו למי שמבקש לרכשו. עם זאת, כפוף גם בעל מונופול קניה (מונופסון) להוראת סעיף 29 לחוק ההגבלים שייבחן להלן, והפליית ספק מסויים המבקש למכור לו, עשויה להיות מנוגדת להוראת סעיף 29 ולהקנות לספק הנפגע סעד. סעד זה יכול שישתקף בפיוציני נזיקין, אך ניתן אולי לתאר נסיבות שבהן יידרש בעל המונופולין לרכוש כמות מסוימת מהספק שנפגע.

30.63 פגיעה בציבור ותמורה לא הוגנת — סעיף 29א(א) לחוק ההגבלים, שהוא כמעט העתקה של סעיף 82 (לשעבר 86) של אמנת רומא, אוסר על בעל מונופולין לנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות או לפגוע בציבור. זהו מבחן סל ששלל חוזים שעושה בעל מונופולין יכולים להיכנס לגדרו. הגישה המקובלת בקהילייה האירופית היא כי ניתן לחלקם לשני סוגים. האחד, חוזים שיש בהם כדי לסלק או לדחוק מתחרים של בעל המונופולין, להרתיע כניסת מתחרים או לבצר את מעמדו של בעל המונופולין. השני, חוזים שיש בהם כדי לקבל תמורה מופרזת או בלתי סבירה מאלה העושים עסקים עם בעל מונופולין או רוכשים מבעל המונופולין<sup>254</sup>. גישת הפסיקה האמריקאית, לעומת זאת, היא כי הפיקוח של

253 החלטת הממונה בענין הכרזת מונופולין אגד ונצב"א, הערה 181 לעיל. מקום שבעל מונופולין דורש מחיר מופרז עשוי הרבר להיות כפיה כלכלית. ראו סעיף 30.64 להלן.

254 ראו למשל את החלטות בית המשפט העליון של הקהילייה האירופית (Court of Justice) בפסק דין [1997] 5 CMLR 601, par. GT-Link A/S v De Danske Statsbaner (DSB)



30.64 גביית מחיר מופרז או רכישה במחיר נמוך במידה מופרזת – כאמור, כאשר בעל מונופולין גובה מחיר מופרז עבור המוצר או השירות שלגביו יש לו מונופול, כלומר מחיר הגבוה באופן בלתי סביר מן העלויות, נראה שהדבר ייחשב כגביית "מחירים בלתי הוגנים". התוצאה היא הפרה של הוראות חוק ההגבלים על כל המשמעויות הנובעות מכך במישור הפלילי והאזרחי. מכיון שהמעשה מהווה גם עוולה בנויקין לפי סעיף 50 לחוק ההגבלים, יוכלו הלקוחות לתבוע מבעל המונופול את נזקם, המשתקף במקרה זה בהפרש שבין המחיר הסביר של המוצר או השירות, לבין הסכום המופרז ששילמו למעשה. הדעת גם נותנת שעומדת להם תביעה אלטרנטיבית בעשיית עושר, להשבת הפרש מחירים זה, המשקף התעשרות בלתי מוצדקת של בעל המונופול. העובדה שהלקוחות "הסכימו" למחיר המופרז במסגרת התווה שכרתו עם בעל המונופול לא תשמש לו הגנה, נוכח העובדה שהמעשה הוגדר על ידי המחוקק כעבירה וכעוולה בנויקין<sup>261</sup>. שאלת דינו של החוזה שנכרת בין הצדדים, מן ההיבט של אי חוקיות תיבחן בסעיף 30.69 ואילך להלן.

שאלות מקבילות מתעוררות במקרה של מונופסון, היינו גוף החולש על מעל מחצית מרכישת מוצרים או שירותים בשוק רלבנטי מסויים. מדובר במצב שבו קיימים מספר ספקים של המוצר או השירות, אך קיים גוף דומיננטי שרק (או כמעט רק) לו הם יכולים למכור<sup>262</sup>. במקרה כזה יכול המונופסון, בגבולות מסויימים, להכתיב את המחיר שבו יקנה. יש להניח שהשאלות של קביעת מחיר נמוך במידה לא הוגנת על ידי רוכש דומיננטי נדירות יותר מאלה המתעוררות לגבי גביית מחיר גבוה במידה לא הוגנת על ידי ספק דומיננטי. אולם, מן ההיבט המשפטי, הפתרונות הם אנלוגיים, והמוכרים זכאים לתבוע את ההפרש בין המחיר ששולם להם לבין המחיר הסביר, וזאת בין כפיצוי בנויקין ובין בדיני עשיית עושר. אולם יש לזכור כי תכלית סעיף 29 היא הגנה על התחרות ועל הציבור, ולא רק הגנה על ספק ספציפי שרווחיו נפגעו עקב כוח מיקוח של רוכש דומיננטי. אם כוח המיקוח של הרוכש הדומיננטי מתורגם למחירים נמוכים יותר, בטווח הארוך, לצרכנים הרוכשים ממנו, יהיה קשה לקבוע כי מדובר בהפרה של סעיף 29א. המצב עשוי להיות שונה אם התנהגותו של הרוכש הדומיננטי עלולה לגרום לסילוק או הקטנת היקף משמעותית של ספקיו, באופן העלול לפגוע בתחרות בין ספקים אלה בטווח הארוך<sup>263</sup>.

אחר) אלא גם את יתר התנאים הניתנים עבור הסכום הנקוב. לרבות אשראי, מועדי אספקה, ואף תקופת אחריות.

261 בשאלה באילו נסיבות יש בכריתת החוזה עם המונופול משום כפייה כלכלית ראו סעיפים 16.37-16.38 לעיל, וכן ד' פרידמן, דיני עשיית עושר 958-960.

262 כאשר גם הספק וגם הרוכש הם גופים מונופוליסטיים, יש להניח שיימצאו נקודת איוון נאותה ביניהם. מכל מקום, אנו לא נרחיב את הדיבור על מצב זה.

263 הניתוח הכלכלי של כוח רכישה והשפעותיו על הרווחה שנוי במחלוקת ומורכב ביותר. ראו, למשל, Blair & Harrison, *Monopsony* (Princeton, 1993).

30.65 מחיר אספקה נמוך מדי (תמחור טורפני) – פעמים בוחר בעל מונופולין לגבות עבור מוצריו ושירותיו מחיר נמוך במידה בלתי הוגנת במגמה לאלץ את מתחריו להסתלק מן השוק, או להקטין משמעותית את פעילותם. במקרה כזה עשוי בעל המונופולין להיקבע כמי שמנצל לרעה את כוחו<sup>264</sup>, ואכן, גם התנהגות כזו עשויה להיכלל בגדר הוראות סעיף 29א(ב)(1) לחוק ההגבלים. השאלה מתי מהווים מחירים נמוכים ניצול לרעה היא קשה לבירור. הדעת נותנת שאם המחיר הנמוך נובע אך ורק מיעילותו של בעל המונופולין, לא ניתן לטעון שהוא בלתי הוגן. גם כאן צריך המבחן להתבסס על היחס בין הוצאות הייצור של בעל המונופולין לבין המחיר שהוא גובה. על פי הדין האמריקאי וזה של הקהילה האירופאית, בדרך כלל מחירים הגבוהים מן העלות המשתנה הממוצעת<sup>265</sup> הם בחזקת מחירים שאינם טורפניים<sup>266</sup>. אולם, חזקה זו עלולה להיסתר על ידי ראיות מסוגים שונים, כגון ראיות על כוונה לדחוק מתחרים<sup>267</sup>. מנגד, מחירים הנמוכים מן העלות המשתנה הממוצעת ייראו, על פי המשפט האירופאי, כטורפניים<sup>268</sup>. מכל מקום, לאור הלכת המשפט האירופאי, שכפי הנראה תיקלט בישראל, הטוען לתמחור טורפני איננו חייב להראות סיכוי סביר להחזר הפסדיו של המונופוליסט מתמחור טורפני דרך העלאת מחירים בעתיד<sup>269</sup>. אולם הדעת נותנת שהעלאת המחיר מיד לאתר דחיקת המתחרים

- 264 ראו, כללית: Bolton & Scharfstein, "A Theory of Predation Based on Agency Problems in Financial Contracting" 80 *Am. Econ. Rev.* 93 (1990); Bolton, Brodley & Riordan, "Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy" (Working Paper, 1999) 13
- 265 "עלות משתנה ממוצעת" היא סך העלויות המשתנות המצטברות מחולק במספר היחידות שסופקו. "עלות משתנה" היא עלות שמשתנה כפונקציה של הגדלת היקף הייצור בהינתן כושר ייצור נתון, הווה אומר, לא כולל הוצאות להגדלת התשתית, הגדלת כושר הייצור, פרסום, וכו'. העובדה בלבד שפירמה דומיננטית מורידה מחירים כתגובה לכניסת מתחרים לשוק אין בה כדי להצביע על תמחור טורפני. ראו ה"ע 9/97 (י"ם) בזק בינלאומי בע"מ נ' המחנה על ההגבלים העסקיים, דינים מחוזי לב(6) 676, וכן פסק דין ידועות אחרונות, הערה 258 לעיל.
- 266 אך ראו: Edlin, "Stopping Above-Cost Predatory Pricing" 111 *Yale L. J.* 941 (2001), הטוען כי יש לאסור על פירמה דומיננטית להוריד מחירים משמעותית לאחר כניסת מתחרה חדשה לשוק, גם אם המחירים הנגבים הם מעל לעלויות הפירמה הדומיננטית. זאת על מנת לדרבן את הפירמה הדומיננטית לגבות מחירים כאלה עוד לפני כניסת המתחרה לשוק.
- 267 הרלבנטיות של הכוונה מקורה בעיקר ממשפט הקהילה האירופאית (כגון בית הדין הגבוה לצדק בפסק הדין [1991] Case C-62/86 E.C.R. I-3439, *AKZO Chemie BV v. Commission*, ובפסק דין [1996] Case C-333/94 E.C.R. I-5951, par. 41, *Tetra Pak International SA v. Commission*). כאמור, משפט הקהילה מהווה, ככל הנראה, עוגן דומיננטי לפרשנות סעיף 29א הישראלי, ראו הערה 256 לעיל והטכסט להערה זו. חלק גדול מן הפסיקה האמריקאית מפפק בלבנטיות של כוונה טורפנית, ראו, למשל: *A.A. Poultry Farms v. Rose Acre Farms* 881 F.2d 1396, 1401-1402 (1989), *cert. denied*, 494 U.S. 1019 (1990); *Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp.* 724 F.2d 227, 232 (1983).
- 268 שם. ראו גם החלטת הממונה בענין בקשה להכריז על מונופולין מפעלי פלדה מאוחדים בע"מ (מפ"מ), ההגבלים העסקיים-החלטות הממונה ופסקי דין (הוצאת ועד מחוז ת"א, כרך א') 275, 277, משם עולה במשמע כי מחיר הנמוך מן העלות המשתנה הוא טורפני.
- 269 ראו פסק דין *Tetra Pak*, הערה 267 לעיל, בע' 44. זאת בהבדל מן ההלכה האמריקאית, שלפיה סיכוי סביר להחזר ההשקעה הוא יסוד חיוני לגינוי מחירים טורפניים. ראו: *Brooke*

מהשוק תוכל לשמש ראייה התומכת כטיעון בדבר תמחור טורפני. לבסוף, בית הדין בידיעות אחרונות<sup>270</sup> לא הכריע בשאלה מה הדין כאשר התמחור הטורפני הוא תגובה שנועדה אך ורק להשוות, באופן נקודתי ופרופורציונאלי, לתמחור או שיווק אגרסיבי (מבחינה תחרותית) של מתחרים. במקרה כזה קיימת אפשרות שהתמחור של המונופוליסט יוכר כלגיטימי. אולם הוכחה על ידי בית הדין כי פעולה של בעל המונופולין שבאה "לנצח" או "להרתיע" תחרות אגרסיבית מצד מתחריו לא תוכל לחסות בצילה של הגנה מעין זו, שכוחה יפה רק לגבי פעולה שבאה להשוות את תנאיו של המתחרה, כצעד הגנה גרידא. בפסק דין ידיעות אחרונות היה מדובר בכך ש"מעריב" חילק את עיתוניו, בנקודות מכירה מסוימות, בחינם או שמכרם בהנחה משמעותית. בית הדין היה מוכן לשקול אם חלוקה לצרכנים במחיר זהה לזה של "מעריב", באותן נקודות מכירה, תחסה בצל הגנה זו. אולם, בית הדין פסל את התנהגותה של ידיעות אחרונות, שבאה לדרכן את המפיצים באותן נקודות מכירה להפחית או להפסיק רכישותיהם מ"מעריב".

ברור שבתקופה שבה היה המחיר נמוך במידה בלתי הוגנת (תמחור טורפני), לא נגרם ללקוחותיו של בעל המונופול כל הפסד, לפחות לא בשלב הראשון. הם רק "הרוויחו" בכך שרכשו את המוצר או השירות במחיר מוזל. הניזוקים הם מתחריו של בעל המונופול. להם עשויה לעמוד בשל כך תביעה בנוזיקין (סעיף 50 לחוק ההגבלים). אולם כרגיל לא יתעוררו שאלות חוזיות, שכן יחסי המתחרים במקרה זה אינם מושתתים על חוזה. אולם אם בעל המונופול העלה את מחיריו, לאחר שהדיח את מתחריו באמצעות התמחור הטורפני, ייפגעו הלקוחות הרוכשים ממנו. במקרה כזה ניתן יהיה לטעון כי המחיר (הגבוה) החדש הוא בלתי הוגן, ויחול האמור בסעיף 30.69 להלן. יחד עם זאת, ראוי להצביע על כך שהמחיר הטורפני ששרר קודם לכן איננו יכול לשמש קנה מידה למחיר הסביר (אשר לטענת הלקוחות הוא נמוך ממה שהם נדרשים לשלם כעת), ואותו יש לקבוע בנפרד<sup>271</sup>.

30.66 אפליה בין לקוחות – בענין זה מורה סעיף 29א(ב)(3) כי "קביעת תנאי התקשרות שונים לעסקות דומות אשר עשויים להעניק ללקוחות או לספקים מסוימים יתרון בלתי הוגן כלפי המתחרים בהם" מהווה ניצול לרעה. הסעיף חל על "עסקאות דומות", ואין לו תחולה כאשר התנאים השונים שנקבעו לעסקאות נובעים מכך שהעסקאות הן בעלות אופי שונה, למשל, משום שאחת כרוכה

Group v. Brown & Williamson Tobacco 509 U.S. 209 (1993). ערות לתחילת הקליטה של הגישה האמריקאית ניתן למצוא בענין פוד קלאב, לעיל הערה 12, פסקה 114.

270 ראו הע מוני' 2/92 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ, רשות ההגבלים העסקיים, פרסום 503007106 (2000), פסקה 83 ואילך; וכן, Bolton & Scharfstein, הערה 263 לעיל.

271 שאלה יפה היא האם יש לנכות מתביעת הלקוחות את הסכום ש"חסכו" שעה שהמחיר הטורפני עמד בעינו. מכל מקום אין בהכרח זהות בין הלקוחות הנפגעים מהמחיר החדש לאלה שנהנו מהמחיר הטורפני.

בהוצאות גבוהות יותר מהאחרת. אולם הסעיף יחול למשל, אם ספק שהוא בעל מונופולין מעניק הנחה למפיץ א', ולא למפיץ ב', המתחרה במפיץ א'. זאת כאשר ההנחה איננה מוצדקת על ידי עלות אספקה נמוכה יותר למפיץ א', והנחה זו נותנת למפיץ א' יתרון תחרותי על פני מפיץ ב'. במקרה כזה יראו את הספק כמי שניצל לרעה את כוחו, אם אותו יתרון תחרותי הוא "בלתי הוגן". איסור דומה מצוי במשפט האמריקאי<sup>272</sup> ובקהילייה האירופאית<sup>273</sup>. קיימת אמנם סברה שלפיה האיסור הוא בעיית<sup>274</sup>, אך נראה כי הוא נובע מרצון לשמור על כללי הגינות כלפי פירמות הנפגעות מפירמה דומיננטית.

במקרה כזה מעמדו של המפיץ שהופלה לרעה, בכל הנוגע לסעדים העומדים לרשותו (תביעת פיצויים, תביעה בעשיית עושר וטיעון ביחס לתוקף החוזה), אנלוגי למעמד הלקוח שרכש מבעל המונופולין מוצרים או שירותים במחיר מופרז, סוגיה שתיבחן בסעיף 30.69 להלן.

שאלה נפרדת מתעוררת כאשר בעל המונופולין מעניק הנחות או הטבות המותנות בהיקף הרכישה. אם למשל נותן הספק (בעל המונופולין) תנאים עדיפים למי שרוכש אלף יחידות בהשוואה למי שרוכש רק חמישים יחידות, ניתן לגרוס שאין הדבר מנוגד להוראת סעיף 29א(ב)(3) שכן אין אלה "עסקאות דומות". אולם התנאי לכך הוא שהנחות אלה ניתנות לכל מי שרוכש כמות דומה. במקרה כזה לכאורה אין בפנינו הפליה. אולם מה דינו של מפיץ שמבחינת קיבולת עסקו איננו מסוגל לרכוש את הכמויות בהן מוצעת ההנחה הנ"ל? הפסיקה האמריקאית נוטה לקבוע שאפליה בפועל מעין זו גם היא אסורה<sup>275</sup>. אולם בעינינו ספק אם ניתן לראות בכך הפליה.

עם זאת הנחות או יתרונות שהספק הדומיננטי מעניק למפיציו, המותנות בהגדלת הרכישה מהספק, או בשמירה על היקף הרכישות הקיים, או בשמירה על יעד רכישות של מרבית רכישותיו הקיימות, עלולות להיתפס כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי על פי סעיף 29א(א), גם אם אין בהם הפליה<sup>276</sup>. הנחות מעין אלה (המכונות לעתים "הנחות מטרה") עלולות לגרום למפיצים לרכוש פחות מספקים מתחרים, עקב רצונם לזכות בהנחה. הנחות אלה עלולות אפוא להנציח את מעמדו

272 ראו: Robinson-Patman Act s. 1(a), 15 U.S.C. 13(a) (2000).

273 ראו סעיף 82 לאמנת רומא.

274 הטיעון הוא שבתנאים מסויימים הוא מקל על פעולת קרטל בין הספק למתחריו וכן שהוא עלול לגרום להעלאת מחירים. ראו ד' גילה, הערה 6 לעיל; Gilo, הערה 113 לעיל, בע' 43.

275 ראו Federal Trade Commission v. Morton Salt Co. 334 U.S. 37 (1948).

276 ראו פסק דין ידיעות אחרונות, הערה 270 לעיל, ובקהילייה האירופאית: Hoffmann-La Roche [1976] 2 CMLR D25, par. 120; BPB Industries Plc and British Gypsum Ltd v. Commission [1993] Case T-65/89 ECR II-389, par. 68; Re Soda Ash: The Community v. Solvay [1994] 4 CMLR 645, 670; Tetra Pak International SA v. Commission [1994] Case T-83/91 ECR II-755, par. 6. הפסיקה האמריקאית נרתעת יותר מלגנות הנחות מטרה של פירמה דומיננטית. שלא כמו הפסיקה האירופאית, המניחה כי הן אנטי-תחרותיות, דורשת הפסיקה האמריקאית ראיות קונקרטיות לפגיעה מסתברת בתחרות. ראו, למשל, Barr Laboratories, Inc. v. Abbott Laboratories 978 F.2d 98, 111 (1992).

הדומיננטי של בעל המונופולין ואף להאדירו. הסברה היא שלבעל המונופולין קל יותר להעניק הנחות מעין אלה מאשר למתחריו, משום שהוא ממילא מוכר למפיץ כמויות גדולות יחסית למתחריו.

במקרה שמתקבלת העמדה שלפיה מערך ההנחות שהקים בעל המונופול (אפילו אין הוא מושתת על הפליה בין לקוחות) מהווה ניצול לרעה של מעמדו בשוק בניגוד להוראת סעיף 29א(א) לחוק ההגבלים, עולה שאלת הסעד. גם כאן, ניתן להניח שהלקוחות שזכו להנחה לא יוכלו לטעון לנוק כלשהו. יתכן שיוכלו אמנם להעלות טענה בענין תוקפו של החוזה שנכרת עמם. השאלה היא במידה רבה תיאורטית, אך אנו נתייחס אליה בסעיף 30.69 להלן. הענין העיקרי בתביעה כנגד בעל המונופולין במקרה של "הנחות מטרחה" כאמור יהיה עניינם של מתחריו, שמערך ההנחות של בעל המונופולין (אם אכן היה בו משום ניצול לרעה של מעמדו בשוק) פגע ביכולתם לפעול בשוק. תביעה כזו תושתת מטבע הדברים על דיני נזיקין (סעיף 50 לחוק ההגבלים).

30.67 קשירה (tying) — סעיף 29א(ב)(4) לחוק ההגבלים קובע כי "התניית ההתקשרות בדבר הנכס או השירות שבמונופולין בתנאים אשר מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים אינם נוגעים לנושא ההתקשרות" מהווה ניצול לרעה של מעמדו של בעל המונופולין. אחת ההתנהגויות הכולטות בהן עולה שאלה זו היא קשירה של המוצר או השירות שבמונופולין ("המוצר הקושר") אל מוצר או שירות אחר ("המוצר הקשור") שלבעל המונופולין אינטרס במכירתו<sup>277</sup>. בהקשר של ניצול לרעה הנדון כאן, החשש העיקרי הוא כי הקשירה תגרום לסילוק או צימוק מתחרים בענף המוצר הקשור, או להרתעת כניסה אל ענף זה<sup>278</sup>. נפסק כי

277 על פי הפסיקה האמריקאית הנוגעת להסדרי קשירה, על מנת שתתהווה עילת קשירה, יש צורך שלחברה הנחבעת, המספקת את המוצר הקושר, יהיה אינטרס כלכלי במוצר ה"קשור". ראו: *Roberts v. Elaine Powers Figure Salons, Inc.* 708 F.2d 1476, 1478-1479 (1983); *Robert's Waikiki U-Drive, Inc. v. Budget Rent-A-Car Systems, Inc.* 732 F.2d 1403, 1407 (1984). בנושא זה השוו גם לדיון בסוגיה זו מן ההיבט של חוק החוזים האחרים (סעיף 31.42 להלן).

278 ראו *Hovenkamp*, הערה 255 לעיל, בע' 366-381. *Kaplow*, "Extension of Monopoly Power Through Leverage" 85 *Colum. L. Rev.* 515 (1985); *Whinston*, "Tying, Foreclosure, and Exclusion" 80 *Am. Econ. Rev.* 837 (1990). עם זאת, יש לקשירה של מוטיבאציות אפשריות אחרות, החל בבקרת איכות המוצר, וכלה בספיגת ערך גדול יותר מלקוחות שהמוצר הקושר שווה להם יותר (*Hovenkamp*, שם). במקרים מסוימים הטענה היא כי קשירה מסייעת לבעל המונופולין לבצר את מעמדו בשוק נשוא המונופולין. זו היתה הטענה המרכזית, לענין הקשירה, בפסקי דינה של חברת מיקרוסופט (ראו: *United States v. Microsoft Corporation* 1999 U.S. Dist. LEXIS 17110 (1999); *United States v. Microsoft Corporation* 2000 U.S. Dist. LEXIS 4014, 2, 41-56 (2000); *United States v. Microsoft Corporation* 2000 U.S. Dist. LEXIS 7582 (2000)), שם נידונה קשירת מערכת ההפעלה של מיקרוסופט לדפדפן האינטרנט שלה, כדי לצמצם את כוחם של דפדפני אינטרנט מתחרים, על מנת למנוע כרסום במעמד מערכת ההפעלה בטווח הארוך. קשירה גם יכולה

גם תמרוץ כלכלי המשפיע על הלקוח לרכוש המוצרים יחד עשוי להיכנס לגדר סעיף 29א(ב)(4)<sup>279</sup>. כך, מתן המוצר הקשור בחינם, לכל מי שרוכש את המוצר הקושר נשוא המונופולין, עשוי להוות התניה הנכנסת לגדר סעיף 29א(ב)(4)<sup>280</sup>. עם זאת, נאמר בפסיקה שכאשר ההתנהגות הינה מקובלת בענף, אין היא בגדר סעיף 29א(ב)(4), אלא שבמקרה כזה הדרך פתוחה להראות שיש בכך ניצול לרעה העלול לפגוע בתחרות או בציבור לפי סעיף 29א(א)<sup>281</sup>.

דוגמאות לקשירה כזו יוכלו לשמש מקרים שבהם דורש יצרן מלקוחותיו לתקן את המוצר רק באמצעות מנגנון שירותים שהוא מספק או מנגנון הקשור עמו או שהוא דורש להשתמש לצורך התיקון רק בחלקי חילוף שהוא מייצר. דרישה כזו מהווה "קשירה" העשויה להיות מנוגדת להוראות הסעיף. הוראת הסעיף מוגבלת לקשירה על ידי בעל מונופולין. אולם קשירה עשויה להיות פסולה גם כאשר הספק לכאורה איננו בעל מונופולין. כך, למשל, נניח שיצרן, שנתח השוק שלו, במכירת מכשיר מסויים הוא 10% בלבד, מתנה עם לקוחותיו שירכשו רק חלקי חילוף המיוצרים על ידו. בכך הוא מונע תחרות על חלקי החילוף במגזר השוק שלו הוא מוכר. צרכנים הרוכשים את המכשיר של אותו היצרן כבולים עתה לאותו היצרן, לטווח הארוך, לענין חלקי החילוף. במקרה מתאים, יש לראות את השוק הרלבנטי, במקרים מעין אלה, כשוק לחלקי החילוף של מכשירי אותו יצרן, שהרי מי שרכש מכשיר כזה איננו רואה חלקי חילוף המתאימים למכשיר אחר כתחליף סביר<sup>282</sup>. מבחינה זו, אותו יצרן הוא בעל מונופולין, וסעיף 29א(ב)(4) עשוי לאסור על הקשירה. יתרה מזו, קשירה כזו יכולה להיות מנוגדת לתקנת הציבור, גם אם איננה מנוגדת להוראת סעיף 29א(ב)(4). אולם מובן שאם, בנסיבות הענין, הקשירה הינה סבירה, היא תהיה כשרה, הן לענין עילת סעיף 29א(ב)(4) והן לענין תקנת הציבור. כך הדבר, למשל, כאשר היצרן מתנה, בנסיבות סבירות, את מתן האחריות על המוצר בשימוש בחלקי חילוף שלו.

הוראת חקיקה ספציפית האוסרת קשירה נקבעה בסעיף 7(א) לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981 ולפיה "לא יתנה תאגיד בנקאי מתן שירות בקניית שירות אחר או נכס ממנו או מאדם אחר שהתאגיד ציין, אלא אם קיים קשר עסקי

לעזור לפירמה הקושרת להחזיר לעצמה כוח שוק שנמוג עקב תמריץ אופורטוניסטי להעניק הנחות אלמלא הקשירה. ראו: Gilo, הערה 113 לעיל, בפרק II.E.  
279 פסק דין ידיעות אחרונות, הערה 264 לעיל, בפסקה 61 ואילך.

280 ש.ס.

281 ש.ס, פסקה 179. הלכה זו בעייתית משתי בחינות. ראשית, העובדה שמתחרים קטנים של בעל המונופולין נוהגים באופן דומה אין בה כדי להצדיק התנהגות דומה של בעל המונופולין. בעוד שהתנהגות המתחרים הקטנים עשויה להיות בגדר פרקטיקה שיווקית לא מזיקה, קשירה על ידי פירמה דומיננטית עלולה להזיק לתחרות. יתרה מזו, אם כל הפירמות המשמעותיות בענף נוהגות לקשור מוצר במוצר, יקשה עוד יותר על נכנס פוטנציאלי לענף המוצר הקשור להיכנס לענף זה.

282 לגבי סוגיית "השוק השבו" השוו להלן הערה 338 וטכסט להערה זו.

סביר בין השירות המבוקש לבין קיום התנאי". הפרת איסור זה מהווה עבירה פלילית וכן עוולה בנזיקין. שלא כמו איסור הקשירה מכוח דיני ההגבלים, זהו איסור החל על כל הבנקים ואין הוא מוגבל לתאגיד בנקאי שהוא דומיננטי בענף. התניה כזו של שירות בשירות עשויה לפגוע בתחרות. כך, למשל, במקרה שהבנק מתנה מתן אשראי בפתיחת תוכנית חיסכון, לא יוכל הלקוח הזקוק לאשראי מאותו בנק לפנות לבנק אחר ולפתוח בו את תוכנית החיסכון (אם כי הוא יוכל כמובן לנסות לקבל את האשראי בבנק אחר). אולם נראה שהטעם המרכזי לאיסור נעוץ ברצון להגן על הלקוח הנמצא בנחיתות לעומת הבנק ובכך שהדבר עלול לשמש אמצעי להעלאת מחיר מוסויות, כאשר במקרים רבים אין ללקוח המידע הדרוש כדי לעמוד על כך (רכישת השירות הנוסף, כאשר אין ללקוח ענין אמיתי בו מהווה הוצאה נוספת המייקרת עבורו בעקיפין את השירות שבו הוא חפץ). חשש אפשרי נוסף הוא שהבנק ינסה לקשור שירות בשירות על מנת לעקוף תעריפי ריבית מרביים המצויים בפיקוח. שאלת דינם של חוזים שנכרתו תוך הפרת סעיף 7(א) הנ"ל והאם חל עליהם דין אי החוקיות נבחנו בסעיפים 19.13 ו-29.23 לעיל.

שאלה של קשירה עשויה היתה להתעורר בסדרת המשפטים שעסקו במכירת בקבוקי גז לצורך ייצור ביתי של סודה לשתיה, כאשר מוכר הבקבוקים ביקש לגרום לכך שהקונים החפצים למלא את הבקבוק בגז, ירכשו את הגז ממנו ולא מיצרן אחר. אולם, בית המשפט לא בחן את הסוגיה מהיבט זה<sup>283</sup>.

סעיף קשירה המנוגד להוראות חוק ההגבלים או לתקנת הציבור הינו בטל. לא ברור אם במקרה כזה ראוי לפסול את החוזה כולו על יסוד סעיף 30 לחוק החוזים<sup>284</sup>, וקיימת אפשרות להסתפק בשלילת תוקפו של סעיף הקשירה. קיומו של סעיף כזה עשוי כמובן לגרום נזק למתחריו של בעל המונופולין, שכן הלקוחות עשויים לנהוג על פי ההוראה הקושרת, גם אם אין לה תוקף. במקרה כזה פתוחה בפני המתחרים האפשרות לתבוע בנזיקין (סעיף 50 לחוק ההגבלים).

### חוזים המנוגדים לחוק ההגבלים – תחולת דין הפסלות

חוזה הנעשה תוך ניצול לרעה של מונופול

30.68 חוזה שכורת בעל מונופולין, המנוגד להוראת סעיף 29 לחוק ההגבלים

- 283 ראו ע"א 347/90 סודהגל בע"מ נ' ספילמן, פ"ד מז(3) 459, וע"א 6064/93 מימסב חברה למילוי מיכלי סודה ביתיים בע"מ נ' סודהגל בע"מ, פ"ד נ(3) 35, שנדונו אצל ד' פרידמן, דיני עשיית עושר 68-72. השוו לכך גם את הפסיקה בענין יבוא מקביל, שהדגישה את חשיבות התחרות, המובאת בהערה 363 לסעיף 29.63 לעיל.
- 284 אפילו טוברים שאי החוקיות מכתימה את החוזה כולו הרי זו אי חוקיות של צד אחד, נושא שייבחן בסעיף 30.73 להלן. אפשרות נוספת היא להניח שהקשירה הפסולה מהווה כפיה כלכלית המקנה לצד שנפגע ברירת ביטול, ראו את הריון בסעיף 29.23 להלן.

מחמת שיש בו ניצול לרעה של כוחו בשוק, הינו לכאורה חוזה פסול, כאמור בסעיף 30 לחוק החוזים. אולם מכיוון שהאחריות במלואה רובצת בענין זה על בעל המונופולין, יש להתייחס לחוזה כלוקה באי חוקיות של צד אחד בלבד. משמעות הדבר היא שבעל המונופולין לא יוכל לדרוש אכיפה או פיצויים על הפרת החוזה בעוד שהצד השני לחוזה יהיה חופשי, לפי בחירתו, או לכפור בתוקף החוזה מחמת אי חוקיות או להתייחס לחוזה כאל חוזה תקף, ולדרוש כל סעד בשל הפרת חוזה, כפוף לכך שלא יוכל לדרוש אכיפה של התנהגות בלתי חוקית<sup>285</sup>. יוצאים מכלל זה הם המקרים שבהם ההוראה הפסולה המצויה בחוזה ניתנת להפרדה ואיננה מכתימה את החוזה כולו, אפשרות שתיבחן בקצרה בסעיף 30.71 להלן, בהקשר להסדרים כובלים.

#### הסדר כובל המוגדר לחוק

30.69 חוק ההגבלים העסקיים מטיל סנקציות פליליות על צדדים להסדר כובל, שאין לגביו פטור כללי (מכוח סעיף 3 לחוק או מכוחו של אחד מפטורי הסוג), אם לא ניתן להם מראש פטור או אישור אינדיבידואלי במסגרת החוק<sup>286</sup>. כמו כן קובע סעיף 50 לחוק, כי השתתפות בהסדר כובל שאין לגביו פטור או אישור מהווה עוולה בנזיקין. לכך מצטרפות תוצאות במישור דיני החוזים. כפי שכבר צוין קיימים הסדרים כובלים שלגביהם לא התמלאו כלל היסודות הדרושים לקשירת חוזה. לגבי מקרים אלה לא מתעוררת שאלה נוספת כמישור החוזי, שהרי הצדדים ממילא לא התכוונו ליצור חוזה מחייב. אולם באותם מקרים, שבהם התקיימו לגבי ההסדר הכובל היסודות הדרושים לקשירת חוזה, מתעוררות שאלות הכרוכות בתחולתם של דיני חוזים. במקרים אלה בפנינו חוזה פסול, שלגביו מורה סעיף 30 לחוק החוזים כי "חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים... בטל". יחד עם זאת, סעיף 31 לחוק החוזים קובע, בין היתר, כי "... כבטלות לפי סעיף 30 רשאי בית המשפט, אם ראה שמן הצדק לעשות כן ובתנאים שימצא לנכון ... במידה שצד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה — לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד ..."<sup>287</sup>. השופט טירקל בע"א טבעול<sup>288</sup> מביע את דעתו, בעמדת מיעוט, כי אין לאפשר לצד לחוזה להתנער מהתחייבותו תוך טענה כי היא מהווה הסדר כובל. דעת הרוב, מפי השופט גולדברג, שאליו הצטרפה השופטת דורנר, הכריעה כי "היעד ש[חוק]

285 כיחס לאי חוקיות של צד אחד ראו סעיפים 29.12–29.16 לעיל.

286 הממונה מוסמך לפטור מראש הסדר כובל המובא בפניו אם עיקרו של ההסדר אינו בהפחתת תחרות, אין בו כבילות שלא נחוצות למימוש עיקרו, והוא לא פוגע משמעותית בתחרות. ראו סעיף 14 לחוק ההגבלים. בנוסף, בית הדין להגבלים עסקיים מוסמך לאשר מראש הסדר כובל, גם אם פגיעתו בתחרות משמעותית, אם מצא כי היתרונות שיש לציבור בהסדר גוברים על פגיעתו בתחרות. ראו סעיף 9 לחוק ההגבלים.

287 ראו גם פרק 29, הדן בנושא של חוזה בלתי חוקי.

288 הערה 17 לעיל.

ההגבלים] נועד להגשים הינו ... שמירה על התחרות החופשית במשק. תניית ההגבלה הינה הסדר כובל, המגביל את התחרות החופשית, ועל כן אין מקום לאפשר את קיומו<sup>289</sup>. זמן קצר לאחר מתן פסק הדין בע"א טבעול, אימצו שופטי הרוב ברע"א 2059/98 וולטה יצוב קרקע בע"מ נ' P.R.S. מדיטורנין בע"מ<sup>290</sup> את דעת המיעוט של השופט טירקל בפסק דין ע"א טבעול. המחלוקת בין שתי המגמות הוכרעה בפסק דין דנ"א טבעול, ברוב של חמישה שופטים, כנגד דעתו החולקת של השופט טירקל. בלשונו של השופט חשין:

"אני מתקשה להבין כיצד לא נשמע לטענת האי-חוקיות, והרי כמורדים במלכות ניחשב. 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. ... תחרות חופשית משקפת גם 'ערכים מוסריים'; ולדעתי, ערכים אלה אין משקלם קל ממשקל ערכו של החיוב המוסרי לקיים התחייבויות"<sup>291</sup>.

30.70 במחלוקת שבין שופטי הרוב לשופטי המיעוט בדנ"א טבעול הנ"ל, יש להעדיף את דעתם של שופטי הרוב. מתן תוקף משפטי להסדרים כובלים חותר תחת רצונו של המחוקק. המחוקק ביקש למנוע היווצרותם ויישומם של הסדרים כובלים ועל כן חוקק את חוק ההגבלים. כך הדבר במיוחד כאשר מדובר בהסדר שכל מטרתו היא פגיעה בתחרות. גם בחוזים בעלי תוכן פרודוקטיבי, שמטרתם איננה אך ורק פגיעה בתחרות, אך תוצאתם היא פגיעה בתחרות, ראוי לדעתנו, שבתי המשפט ישתמשו בזהירות, ובמקרים חריגים בלבד, בשיקול הדעת הנתון להם על פי סעיף 31 לחוק החוזים להורות על קיום החוזה<sup>292</sup>. דווקא בהקשר של דיני ההגבלים העסקיים קיימת הצדקה מיוחדת לדין הבטלות. הסדרים אנטי-תחרותיים הם, מטבעם, רווחיים לצדדים, בשל אופיים האנטי-תחרותי, ובלבד שכל הצדדים יקיימו את ההסדר. עם זאת, תכונה אופיינית להסדרים כובלים היא שכאשר מרבית הצדדים מקיימים את ההסדר, יהא זה רווחי ביותר לאחד מן הצדדים לסטות מן ההסדר על מנת לגרוף רווחים בטווח הקצר, על ידי פעילות תחרותית המנוגדת להסדר<sup>293</sup>. לפיכך, כאשר בתי המשפט אוכפים

289 ע' 181 לפסה"ד.

290 פ"ד נב(4) 721.

291 פסק דין דנ"א טבעול, הערה 3 לעיל, בע' 106-108.

292 בענין אפשרות זו והתנאים הנדרשים לשם כך ראו לעיל סעיף 29.112 ואילך.

293 כך, למשל, צד לקרטל מחירים עשוי להיות מעוניין לסטות מן הקרטל ולחתוך מחירים על מנת להגביר את המכירות ולגרוף בדרך זו רווחים בטווח הקצר. ספק שהבטיח בלעדיות למפיץ א' ירצה למכור גם למפיץ ב', תוך הגברת התחרות בין מפיצים, על מנת להרוויח יותר (למשל דרך קבלת תשלומים ממפיץ ב') בטווח הקצר (השוו, ד' גילה, הערה 6 לעיל). בנוסף, מפיץ שהבטיח בלעדיות לספק א' ירצה לסטות מן ההסדר ולרכוש גם מספק ב', תוך הקלה על כניסתו או התרחבותו של ספק ב' בשוק הספקים.

הסדרים כובלים, הם נותנים יד ליציבות הפגיעה בתחרות על ידי דיכוי התמריץ הטבעי והפרו-תחרותי של הצדדים לסטות מן ההסדר. לעומת זאת, יישום סעיף 30 לחוק החוזים, כלשונו, ייתן דרור לתמריץ הטבעי של הצדדים לסטות מן ההסדר וכך יגשים בצורה אפקטיבית את מטרת חוק ההגבלים. יתר על כן, ככל שגוברת המודעות לחוק ההגבלים העסקיים ולערך של קידום התחרות, כך גדלה ההסתברות שכבר בעת יצירת ההסדר הכובל, ידעו שני הצדדים, ומכל מקום צריכים היו לדעת, על הפסול שבו. שניהם צריכים לפיכך לשאת לא רק בסיכון של הליכים פליליים ואזרחיים על פי חוק ההגבלים העסקיים, אלא גם לכך שהצד השני יתנער מן ההסדר בעתיד למרות רצון הצד הראשון לקיימו.

שקילת האפשרות להורות על קיום ההסכם (בהנחה שהתמלאו התנאים האחרים הנדרשים לשם כך)<sup>294</sup> צריכה, כאמור להיעשות בזהירות רבה. בענין זה יש להביא בחשבון את מידת הפגיעה בתחרות ואת השאלה אם המקרה נמצא על גבול אחד הפטורים או קרוב אליו, והאם היה זה סביר מצד הצדדים להניח כי אחד הפטורים אכן חל. אולם גם במקרה זה כלל היסוד הוא שבית המשפט לא יורה על ביצוע מעשה לא חוקי, וכל עוד עומדת אי החוקיות בעינה לא יורה בית המשפט על ביצוע מעשה המנוגד לחוק. עם זאת, ניתן לשקול מתן אפשרות לצדדים לפנות לגוף המתאים לקבלת אישור או פטור, אם נראה שיש סיכוי סביר להצליח בכך, למרות שהפנייה איננה מראש, כראוי לפנייה מעין זו. אם ניתן אישור או פטור מתאים, עשוי הדבר להצדיק מתן צו קיום, למרות שבעת כריתת החוזה וכמשך תקופה מסוימת שבה פעלו הצדדים לפיו היה הדבר מנוגד לחוק ההגבלים. אפשרות נוספת היא מתן צו קיום על תנאי (שיושג אישור).

30.71 סוגיה נוספת הכרוכה בהוראת סעיף 31 לחוק החוזים נוגעת לשאלת ההשבה. העיקרון הכללי הוא שבחוזה הבטל מחמת אי חוקיות זכאי כל צד להשבת מה שנתן לצד האחר. זאת, אם לא החליט בית המשפט ליתן צו קיום או שהחליט לשלול את זכות ההשבה.<sup>295</sup> במרבית המקרים אין שאלת ההשבה מתעוררת בהקשר של חוזים המהווים הסדר כובל. הטעם לכך הוא שהתמורה שכל צד נותן לצד האחר משתקפת בהתחייבות של כל אחד מהם שלא להתחרות בשני<sup>296</sup>. אם שני הצדדים פעלו פרק זמן על פי ההסכם, כרגיל אין מקום להשבה. כל אחד מהם קיבל באותו פרק זמן את התמורה המבוקשת וניתן להשאיר את הצדדים במצב שבו מצאו את עצמם. אולם ניתן לתאר מצבים שבהם עשויה שאלת ההשבה להתעורר. דוגמא

294 לעיל סעיף 29.112 ואילך.

295 לדיון ראו לעיל סעיף 29.97 ואילך.

296 כזו היתה, כנראה, תניית אי-התחרות בדנ"א טבעול, הערה 3 לעיל, שלפיה התחייבו שני צדדים לשותפות כי לא יתחרו זה בזה חמש שנים מתום השותפות. ראו ע' 65 לפסה"ד, פסקה 3 לפסק דינו של השופט השני. כלומר, התמורה שכל צד קיבל, עבור התחייבותו שלא להתחרות במשנהו, היא התחייבות הצד השני כי הלה לא יתחרה בו.

אפשרית היא זו שבה שילם צד אחד (בכסף, בסחורה או במתן הנחה במחיר) תמורת התחייבות של הצד האחר שלא להתחרות או להגביל את פעילותו העסקית. במקרה כזה, אם חל על ההסכם דין החוזה הפסול, והצד השני איננו מקיים את חלקו, ראוי לבחון אם יש מקום להשיב לצד ששילם את התמורה שנתן עבור ההתחייבות הפסולה. במסגרת בחינה זו יש לשים לב כי חיוב בהשבת התמורה שצד נתן עבור ההתחייבות הפסולה עלול להרתיעו מלסטות מהתחייבותו מלכתחילה. כאמור לעיל, מטרת דיני ההגבלים העסקיים היא לעודד את נטייתו הטבעית של אותו הצד דווקא לסטות מהתחייבות אנטי-תחרותית. אולם זוהי למעשה התוצאה בכל מקרה של השבה. עצם קיומה של זכות זו יש בה משום הרתעה מסויימת בפני הסתמכות על טענת אי החוקיות כדי להתנער מהחוזה. למרות זאת העדיף המחוקק את הצדק שבהשבה על פני השיקול שהדבר יוצר תמריץ לקיום החוזה הפסול<sup>297</sup>.

בחלק ממקרים אלה עלול להתעורר קושי הנעוץ בצורך להפריד חלקים שונים של התמורה שניתנה. נניח, למשל, שבית מסחר מסויים, שלו סניפים במקומות שונים בארץ, מחליט למכור לפלוני את הסניף באזור חיפה. במסגרת החוזה התחייב פלוני שלא למכור מחוץ לאזור חיפה ולא לפתוח סניפים באזור אחר בארץ. ההסדר הוא הסדר כובל. פתרון נפוץ במקרים אלה הוא לקבוע בפשטות שהסניף בחוזה, המגביל את התחרות, בטל, ולהשאיר בעינן את יתר הוראות החוזה. אולם עקרונית יש להביא בחשבון אפשרויות נוספות, בעיקר כאשר כרוך שהמחיר ששילם פלוני עבור הסניף שרכש הופחת במידה ניכרת עקב ההתחייבות שנתן שלא להתחרות. האחד, השבה מלאה. כלומר פלוני ישיב את הסניף שרכש ויקבל בתורה את המחיר ששילם. הבסיס לפתרון זה הוא שהחוזה כולו "נגוע" באי חוקיות, ומשום כך יש מקום להשבה. פתרון אפשרי אחר כרוך בניסיון לברר מה היה "מחיר" ההתחייבות שלא להתחרות, כלומר בכמה הופחת מחירו של הסניף שנמכר בהתחשב בתניית אי-התחרות, ובעקבות זאת לחייב את פלוני בהשבת ההנחה שזכה בה עבור ההתחייבות שנתן ואשר הינה בטלה מחמת אי חוקיות.

עוד ראוי להצביע על האפשרות שבמקרים מסויימים יהיה ההסדר הכובל כרוך באי חוקיות של צד אחד בלבד. אולם מקרים אלה הם נדירים. לרוב, כאשר מדובר בהסדר כובל המנוגד לחוק, יהיו כל המתקשרים שותפים לאי החוקיות. עם זאת ניתן לתאר מצבים מסויימים של אי חוקיות חד צדדית גם בהקשר זה. דוגמא אפשרית לכך הם חוזים עם לקוחות המקלים על פעולתו של קרטל בין הספקים, שנבחנו בסעיפים 30.14–30.16 לעיל. חוזים אלה, אף אם הם לוקים באי חוקיות (שאלה העשויה להיות שנויה במחלוקת), הרי זו לרוב אי חוקיות של צד אחד בלבד. תוצאותיו של חוזה כזה נבחנו בסעיפים 29.12–29.26 לעיל.

297 סעיף 29.102 לעיל.

תניות אי־תחרות

מבוא

30.72 תח פרק זה עוסק בתניות בהן צד לחוזה מתחייב שלא להתחרות בצד אחר לחוזה עם תום תקופת החוזה. תניות מעין אלה שכיחות בחוזי העסקה, שבהם המועסק (יהא זה עובד או קבלן עצמאי) מתחייב שלא להתחרות במעסיק בפלח שוק מסויים תקופה מסויימת לאחר תום העסקתו. תניות כאלה שכיחות גם בחוזי מכר של עסק, שבהם מתחייב מוכר העסק שלא להתחרות ברוכש העסק, בפלח שוק מסויים, תקופה מסויימת לאחר המכירה. תניית אי־תחרות עשויה להילוות גם להסכם בין שותפים, המגבילים את התחרות ביניהם עם פירוק השותפות. גם בחוזים בין ספק לבין מפיץ, המוכר הלאה את סחורתו של הספק, ניתן למצוא תניות מעין אלה, המגבילות את המפיץ מלהתחרות בספק עם תום היחסים ביניהם.

פגיעת תניית אי־תחרות בחופש העיסוק

30.73 ההיבט העיקרי שעורר את תשומת ליבם של בתי המשפט בבחונם תניות אי־תחרות היה פגיעתן בחופש העיסוק של צד לחוזה<sup>298</sup>. פגיעה אפשרית נוספת של תניות אלה היא בקידום מעמדו של הצד שהגביל עצמו<sup>299</sup>. עם זאת, עשויה להיות לתניית אי־תחרות השפעה הפוכה, של שיפור מעמד המועסק במקום עיסוקו הנוכחי. זאת משום שחתימת המועסק על תניית אי־תחרות מדרבנת את המעסיק לקדם את המועסק ולחשוף בפניו אינפורמציה רגישה.

מידת הפגיעה של תניית אי־תחרות בחופש העיסוק תלויה בהיקף הפעילות המקצועית או העסקית הפוטנציאלית של הצד שהגביל עצמו, שאותה הוא היה עשוי

298 על הערך של חופש העיסוק כזכות יסוד ראו, למשל, בג"צ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב(1) 80; בג"צ 337/81 מיסרני נ' שר התחבורה, פ"ד ל"ז(3) 337. ערך זה מקבל משנה תוקף לאחר חקיקת חוק יסוד: חופש העיסוק, זאת למרות שחוקי היסוד, על פי הרעה המקובלת, אינם בעלי תחולה ישירה במשפט הפרטי. ראו: א' ברק, פרשנות במשפט (1994), כרך ג, שער 8; נ' כהן, "תחרות מסחרית וחופש עיסוק" עיוני משפט יט (1995) 353, 356 והאסמכתאות המובאות שם; ע"א 717/88 חיים רוכורגר חברה לבניין והשקעות בע"מ נ' מילר, פ"ד מה(2) 284, 288; בד"ע נג/173 יבין פלסט בע"מ נ' טכנו גומי ליסטצקי בע"מ, פד"ע כה 225, 227, 238, שאושר בכית המשפט העליון בבג"צ 1683/93 יבין פלסט נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מו(4) 702. לענין תחולתם העקיפה ראו Friedmann & Barak-Erez (ed.), *Human Rights in Private Law* (2002).

לאחרונה העלתה פסיקת בית המשפט העליון ובית הדין הארצי לעבודה על נס את הערך של חופש העיסוק בהקשר של תניות אי־תחרות בחוזי עבודה. ראו ע"א 6601/96 ABS SYSTEM INC. נ' סער, פ"ד נד(3) 850; ע"ע 164/99 פרומר נ' דגארד בע"מ, תק"אר 99(2) 115 (הידוע כפסק דין צ'ק פוינט); ע"ע 292/99 עמיחי נ' חברת יוסי גולדהאמר בע"מ, תק"אר 2000(2) 259.

299 זכות היסוד של אדם לבנות את מעמדו בחברה הוזכר בספרות כחלק מזכות היסוד לחופש העיסוק. ראו נ' כהן, שם, בע' 355, והאסמכתאות המובאות שם. ראו גם את פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה בענין פרומר, שם, בפסקה 14 לפסה"ד.

למשל אלמלא התניה, וכן במשך זמן ההגבלה ובהיקפה התוכני והגיאוגרפי<sup>300</sup>. מידת הפגיעה בחופש העיסוק תלויה גם במידת האינפורמציה שבידי הצד שהגביל עצמו אודות תוחלת הפגיעה בו<sup>301</sup>.

במקרים רבים אין לצד המגביל עצמו עם תחילת מערכת היחסים החוזית, אינפורמציה מדוייקת אודות השאלה עד כמה תניית אי־תחרות תגרע ממנו. זאת משום שפגיעה זו תלויה בפרמטרים שיהיו נהירים רק עם תום מערכת היחסים, כאשר התניה תיכנס לפעולה. עם זאת, לצד שהוא מתוחכם מספיק קיימת, כבר עם יצירת התניה, אינפורמציה מספקת אודות תוחלת הערך שהתניה גורעת ממנו. כך, עובד בכיר בענף ההיי־טק הוא בדרך כלל כעל אינפורמציה מספקת, כבר עם יצירת תניית אי־תחרות בתחילת יחסי העבודה, אודות תוחלת הפגיעה בחופש העיסוק שלו עם תום יחסי העבודה, וניתן להניח שידאג לקבל תמורה נאותה עבור הפגיעה בחופש העיסוק שלו, באמצעות התנאים האחרים בחוזה העבודה. ניתן לגרוס שבמקרה כזה אין הצדקה לקבוע באופן פטרנליסטי, כי נפגע חופש העיסוק של אותו עובד, שניאות לסחור בחופש זה ולקבל עבורו מחיר ראוי<sup>302</sup>.

#### פגיעת תניית אי־תחרות בתחרות

30.74 לעתים עלולות תניות אי־תחרות לפגוע בתחרות באופן משמעותי<sup>303</sup>. פסיקת בתי המשפט נמנעה כל השנים, באופן עקבי, מניתוח פגיעת תניות אי־תחרות בתחרות, ובמקרים רבים התעלמה מסוגיה זו לחלוטין<sup>304</sup>. במקרים אחרים אזכר

300 ראו למשל בד"ע יבין פלסט, הערה 298 לעיל; המ' 1388/88 (ת"א) שטיינר נ' זיג, דינים מחוזי כו(3) 284; ה"פ 854/84 (נצ'י) תבור נ' עמיעד מוצרי ייעול 1972 בע"מ, פ"מ מה(3) 221, 229-230; ע"א 672/96 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' רכטמן, פ"ד נג(25) 38, 25 (הפגיעה בחופש העיסוק של נהג אגד קטנה יחסית, שכן התאפשר לנהג לעסוק בהסעת תלמידים ועובדים ובהפעלת מוניית לנסיעות מיוחדות); ע"א 2600/90 עלית חברה ישראלית לתעשיית שוקולד וטוכריות בע"מ נ' טרנגה, פ"ד מט(5) 796, 810 (הגבלת מסגר שלא לעסוק בייצור קפה איננה פוגעת בחופש העיסוק באופן משמעותי).

301 ראו ד' גילה, הערה 32 לעיל. דוגמאות בפסיקה לצד מתוחכם שהגביל עצמו, ולגישה מקלה של בית המשפט כלפי התניה בעקבות זאת, ניתן למצוא בפסק הדין תבור, שם; ראו גם ע"א 566/77 דיקר נ' חוך, פ"ד לב(2) 141, 141-144.

302 קביעת כלל גורף השולל את תוקפן של תניות כאלה, היא בעלת אופי פטרנליסטי ותמנע גם מצד מתוחכם להגביל עצמו באמצעות תניית אי־תחרות, ולקבל תמורה מתאימה מהצד האחר עבור הגבלה זו. לניתוח כלכלי של ההיבטים השונים של תניית אי תחרות ראו ד' גילה, הערה 32 לעיל, בע' 74.

303 ראו ד' גילה, שם, בע' 75-101.

304 ראו, למשל: ע"א 155/80 רב בריח בע"מ נ' אחגר, פ"ד לה(1) 817; ע"א 80/79 אורבך נ' י.מ.ש איילין, פ"ד לד(1) 125; ה"פ 1193/91 (ת"א) אפנת ג'נודי בע"מ נ' חסון, פ"מ תשנ"ב(3) 289; ע"א 369/74 "טרומאטבסט" חברה להרכבת מבנים טרומיים בע"מ נ' זכאי, פ"ד ל(1) 793; ע"א 312/74 החברה לכבלים ולחומי חשמל בישראל בע"מ נ' קריסטיאנפולד, פ"ד כט(1) 316; ע"א 157/88 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' מירון, פ"ד מד(1) 522; פסק דין אגד, הערה 300 לעיל; פסק דין טער, הערה 298 לעיל. עם זאת, פסע

בית המשפט את הערך של תחרות חופשית בעלמא, אך לא ניתח את פגיעת התניה בתחרות בענף הרלבנטי<sup>305</sup>. אולם לאחרונה נקט בית המשפט העליון בדנ"א טבעול עמדה ששינתה את מעמדה הנורמטיבי של התחרות כערך שהחברה חפצה להגן עליו, והציבה אותה כבעלת ערך מקביל בחשיבותו לחופש העיסוק, שיש לקחתו בחשבון במסגרת השאלה אם להכשיר את התניה<sup>306</sup>.

עם זאת, לא נעשה בדנ"א טבעול ניתוח עובדתי שאמד את מידת הפגיעה בתחרות בשוק הרלבנטי. בפסק דין זה נדונה תניית אי-תחרות שנלוותה להסכם שלפיו תפרוש טבעול משותפות עם קיבוץ אילון וחברת שף הים גיהול בע"מ. התניה הגבילה את קיבוץ אילון ואת חברת שף הים, שותפתו, מלעסוק כפיתוח או ייצור של "מוצרי מזון דמויי בשר המורכבים בעיקרם מחלבון צמחי"<sup>307</sup>. דעת הרוב בבית המשפט העליון בדנ"א טבעול מציינת כי בתניה כזו הפגיעה המסתברת בתחרות מובנת מאליה<sup>308</sup>. יתרה מזו, כפי שנראה מיד, תניית אי-תחרות כזו היא הסדר כובל על פי סעיף 2(ב) לחוק, ועל כן היא בגדר הסדר כובל בלי קשר לפגיעתה בתחרות.

לאחרונה בית הדין הארצי לעבודה ככתב ררך מסוימת לכיוון ניתוח תחרותי. ראו פסק דין עמחי, הערה 298 לעיל.

305 ד' גילה, הערה 32 לעיל, בע' 75-76, 84-89. ראו, למשל, ע"א 4/74 ברמן נ' משרד להובלת משאות פרדסחנה-כרכור והסביבה "עמל" בע"מ, פ"ד (כט) 718, איזכור הערך של תחרות חופשית תוך הדגשה כי ערך זה מקבל משקל כמעט אפסי. וכן, ראו פסק דין פרומר, הערה 298 לעיל, איזכור בעלמא של הערך של תחרות חופשית ללא ניתוח הפגיעה בתחרות. עוד דוגמאות לפסקי דין שהזכירו את הערך של תחרות אך לא ייחסו לו משקל בהחלטתם הם: ע"א 618/85 מעיינות הגליל המערבי בע"מ נ' תבורי — ביח"ר למשקאות קלים בע"מ, פ"ד (4) 343, 349; פסק דין דיקר, הערה 301 לעיל, בע' 147. ראו גם א"ד חרמון, "תקנת הציבור והגבלות על חופש העיסוק באספקלריה של הפסיקה הישראלית והאנגלית" ספר יצחק כחן (1989) 393, 403, חזרה קצרה על הרטוריקה הנזכרת של הפסיקה, המציינת, במסגרת השיקולים שיש לקחת בחשבון, את אינטרס הציבור לתחרות חופשית; מ' גולדברג, "הגבלת חופש העיסוק של עובד מכוח חוזה" מחקרי משפט ה' 7 (1987), אינו מיישם שיקולי תחרות כלשהם, אלא מרגיש רק את הערך של חופש העיסוק, ואת האינטרסים של הצד הנהנה מן התניה. המחבר מסכם וקובע כי "חופש העיסוק הוא מזכויות היסוד, וכל פגיעה בזכות זו מצד רשות שלטונית ראויה להגנה מירבית של בתי המשפט. אך משבחר אדם מרצונו, ובדרך כלל אף עבור תמורה נאותה, לצמצם את זכותו זו, תקנת הציבור דורשת, שבתי המשפט יתנו נפקות להגבלה זו, וכתוצאה מכך תינתן הגנה למעבידיו של אותו אדם, אף אם ההגבלה עשויה להיראות חורגת מן המינימום הדרוש לשמירת האינטרס של אותו מעביד" (שם, בע' 26-27).

למעשה, למיטב ידיעתנו, בכל הפסיקה ארוכת השנים שיישמה את הדוקטרינה החוזית החלה על תניות אי-תחרות קיימת רק החלטה בודדת אחת הכוללת ניתוח אמיתי של הפגיעה בתחרות. זוהי ההחלטה של בית המשפט העליון, מפי השופט לנדוי, בע"א 127/62 "יחד" קואופרטיב עובדי ומובילי בשר בחיפה בע"מ נ' שימנסקי, פ"ד (טו) 2341. פסק דין זה יידון בהערה 339 להלן ובטכסט להערה זו.

306 דנ"א טבעול, הערה 3 לעיל, בע' 75-77.

307 ע' 64 לפסה"ד.

308 ש.ס.

אולם, במקרים רבים תניות אי-תחרות נידונות לא כמישור ההגבלים העסקיים אלא על פי הדוקטרינה החוזית בדבר תקנת הציבור<sup>309</sup>, ואז שומא על בית המשפט לנתח את מידת פגיעתה בתחרות. שאלה מעניינת בהקשר זה היא מה דינה של תניית אי-תחרות שהוכשרה מבחינת דיני ההגבלים, למשל באמצעות פטור או אישור אינדיבידואליים, כאשר זו נידונה על פי הדוקטרינה החוזית. כיון שהגופים המעניקים פטור או אישור על פי חוק ההגבלים העסקיים אינם לוקחים בחשבון את פגיעת התניה בחופש העיסוק, יתכן מצב שצירוף פגיעת התניה בחופש העיסוק ובתחרות הוא כזה שפוסל את התניה למרות הפטור שקיבלה במסגרת דיני ההגבלים העסקיים<sup>310</sup>. לעומת זאת ניתן לתאר מצבים שבהם ניתוח כלכלי של התחרות בענף הרלבנטי צריך רווקא להביא להכשרת התניה, למרות פגיעתה בחופש העיסוק, וזאת הודות לתרומתה של התניה לתחרות, למשל, דרך מתן אורך נשימה למתחרה קטן, הנהנה מן התניה<sup>311</sup>.

במסגרת הנוכחית נתרכז בהשלכות שיש לתניה על התחרות בענף. ההיבט החשוב האחר של תניות מסוג זה, היינו ההיבט הנוגע לחופש העיסוק, נבחן בסעיפים 29.76–29.82 לעיל.

למרות שחלק מתניות אי-התחרות פוגעות משמעותית בתחרות, ישנן תניות רבות מסוג זה שאינן פוגעות בתחרות כלל, ומכל מקום לא באופן משמעותי. ניתוח מידת הפגיעה בתחרות מחייב בדיקה עובדתית של מבנה השוק הרלבנטי, מעמדם של המשתתפים בו, ומעמד הצדדים לתניה באותו השוק. כך, לדוגמא, בעובדות פסק דין ע"א טבעול, על מנת לאמוד את מידת הפגיעה בתחרות יש לבדוק אם "מוצרי מזון דמויי בשר המורכבים בעיקרם מחלבון צמחי" מהווים שוק רלבנטי, או שמא יש למוצרים אלה תחליפים סבירים בעיני הצרכנים, כך שגם תחליפים אלה שייכים לשוק הרלבנטי<sup>312</sup>. לאחר מכן, יש לברר מיהן הפירמות הפועלות בשוק הרלבנטי האמור. אם קיימות בו פירמות רציניות רבות, או נכנסים פוטנציאליים רבים, פגיעת התניה בתחרות עשויה לא להיות משמעותית<sup>313</sup>. ההימנעות העקבית של הפסיקה שדנה בדוקטרינה החוזית של תניות אי תחרות מניתוח פגיעת תניות אי-תחרות בתחרות איננה רצויה. כפי שדנ"א טבעול קובע בחריפות, תחרות היא ערך חשוב, שיש לאזנו אל מול יתר האינטרסים הראויים להגנה. אם כך הדבר, חובה עלינו לאמוד את מידת הפגיעה בתחרות במקרה מתאים, ובדיקה זו מחייבת ניתוח עובדתי של השוק הרלבנטי, הגופים הפועלים בו, והשפעת התניה על התחרות בשוק קונקרטי זה.

כמו כן מוטל על בית המשפט לנתח את מידת הפגיעה בתחרות בהקשר של

309 לדיון בעקרון תקנת הציבור ובחוזים המנוגדים לתקנת הציבור ראו לעיל סעיף 29.45 ואילך.  
 310 ראו ד' גילה, הערה 32 לעיל, בע' 129–132.  
 311 ראו הערה 336 להלן וטכסט להערה זו.  
 312 ראו סעיפים 30.3–30.6 לעיל.  
 313 ראו ד' גילה, הערה 32 לעיל, בע' 75–89, וסעיפים 30.75–30.76 להלן.

תניות אי־תחרות הנלוות למכירת עסק בשלמותו, שלגביה יש לאמוד את מידת הפגיעה בתחרות על מנת לבחון אם התניה עומדת בנהגים סבירים ומקובלים, לצורך תחולת הפטור המצוי בסעיף 3(8) לחוק ההגבלים.<sup>314</sup>

30.75 תניית אי־תחרות האוסרת על צד לחוזה לפתוח עסק מתחרה חוסמת את כניסתו לשוק של אותו הצד. מרבית השווקים בישראל הם אוליגופוליטיים, הווה אומר, קיים בהם מספר מועט של פירמות. כשווקים מעין אלה, כניסת גורמים חדשים לשוק יכולה לשפר את תחרותיות השוק באופן משמעותי.<sup>315</sup> אפקט אנטי־תחרותי זה קיים, כעקרון, בלי קשר לסוג תניית אי־תחרות. בין אם תניית אי־תחרות חוסמת כניסה לשוק של עובד לשעבר של העסק, מפיץ לשעבר של העסק, שותף לשעבר של העסק, או בעלים לשעבר של העסק. בכל מקרה התניה חוסמת כניסתו של מתחרה פוטנציאלי לשוק. העובדה שחסימת הכניסה של מתחרה פוטנציאלי עלולה לפגוע משמעותית בתחרות, בשווקים בהם פועל מספר קטן של פירמות, נובעת משתי סיבות עיקריות. ראשית, בשווקים אוליגופוליטיים, ככל שיש פחות פירמות בשוק, קרטל בין הפירמות, המונע את התחרות ביניהן תוך פגיעה בציבור הצרכנים, הוא קל יותר להשגה.<sup>316</sup> כיון שבשוק מעין זה גם קרטלים סמויים, משמע, שאינם כרוכים בקומוניקציה בין המתחרים, הם ברי השגה, לא ניתן לסמוך על הכללים האוסרים על קרטלים שיימנעו את הפגיעה האמורה. יתר על כן, ככל שמספר הפירמות בענף קטן יותר, כך גדל בדרך כלל כוחן של הפירמות להעלות מחירים, וזאת גם אם לא שורר בשוק קרטל סמוי או גלוי.<sup>317</sup> אם כך,

314 ראו סעיף 30.84 להלן.

315 דיני ההגבלים העסקיים בישראל ובמשפט המשווה אכן חוששים מעסקאות העלולות לחסום נכנסים פוטנציאליים לשוק, כגון מיזוג בין פירמה בשוק לבין נכנס פוטנציאלי לאותו השוק או מיזם משותף בין נכנסים פוטנציאליים לשוק הרלבנטי. ראו, למשל, בארה"ב, Hovenkamp, הערה 255 לעיל, בע' 515–508; Department of Justice, Merger Guidelines; 49 FR 26823 (1984); United States v. El Paso Natural Gas Co. 376 U.S. 561 (1964); United States v. Penn-Olin Chem. Co. 378 U.S. 158 (1964); United States v. Falstaff Brewing Co. 410 U.S. 526 (1973). בדיני ההגבלים העסקיים של הקהילה האירופית, ראו: British Telecommunications — MCI Communications Corporation [1994] Case; In Re Iridium [1997] 4 CMLR 1065; IV/34.857 223 OJ L 36; וכישראל, ראו את הנימוקים לתנאים שהציב הממונה בדבר אישור מיזוג בתנאים Columbus Capital Corporation מקבוצת קלארידג', הערה 29 לעיל; החלטת הממונה על אי מתן פטור מאישור הסדר כובל לאנרגיית המזרח התיכון (1997, טרם פורסם); החלטת הממונה בדבר אישור מיזוג בתנאים שטראוס החזקות בע"מ. עלית תעשיות בע"מ, ההגבלים העסקיים-החלטות הממונה ופסקי דין (הוצאת ועד מחוז ת"א, כרך ג') 29; החלטה בדבר אישור מיזוג בתנאים תנובה ואטס השקעות בע"מ, ההגבלים העסקיים-החלטות הממונה ופסקי דין (הוצאת ועד מחוז ת"א, כרך ג') 76.

316 מבחינה זו, מניעת כניסה לשוק היא בעלת אפקט דומה לזה של מיזוג בין מתחרים. מיזוג בין מתחרים מפחית את מספר הפירמות בשוק, ומניעת כניסת מתחרה פוטנציאלי לשוק מנציחה את המספר הקטן של פירמות. השוו סעיף 30.57 לעיל.

317 השוו סעיף 30.57 לעיל.

בשווקים אוליגופוליסטיים, תניות אי-תחרות עלולות לפגוע משמעותית בתחרות ובמחיר לצרכן.

אפקט זה מקבל משנה תוקף לאור העובדה שהגביל עצמו בתניית אי-תחרות הוא בדרך כלל מתחרה פוטנציאלי סביר ביותר בענף הרלבנטי. זאת לאור ניסיונו בענף, היכרותו עם הנתונים הרלבנטיים של ביקוש, תהליכי ייצור, וקשריו עם מערכי הפצה, ועוד. זהו המצב לגבי עובד לשעבר, שרכש ניסיון והכיר את הנתונים הרלבנטיים תוך כדי עבודתו אצל המעביד. הוא הדין לגבי מפיץ או שותף לשעבר שהסכים לתניית אי-תחרות, והכיר את תנאי השוק תוך כדי עבודתו עם הספק, והוא הדין לגבי מוכר עסק שהגביל את יכולתו להתחרות בקוונה. מנקודת הראות של קידום התחרות, ככל שהמתחרה הפוטנציאלי שכניסתו לשוק נשללה הוא בעל ידע רב יותר אודות השוק, כך גדלה הפגיעה בתחרות שבחסימת כניסה זו<sup>318</sup>. זאת משום שפירמות רבות, שאינן נהנות מניסיון וידע דומים, נרתעות מלהיכנס לשוק הרלבנטי. ניסיון, או "למידה על ידי עשייה" (learning by doing) הוכח כפרמטר המפחית את עלויות התפקוד בשוק<sup>319</sup>. אלמנט נוסף המרתיע כניסה של פירמה חסרת ניסיון בענף הוא חוסר הוודאות לגבי רווחיות הכניסה. חוסר וודאות לגבי הנתונים הרלבנטיים בשוק (דוגמת טעמי הצרכנים, מבנה הביקוש והעלויות, ערוצי הפצה), גורר חוסר וודאות לגבי הרווחיות לאחר הכניסה. בכך יש כדי להרתיע פירמה חסרת ניסיון בענף מלהיכנס לשוק. אם כך, תניית אי-תחרות עלולה לחסום את כניסתו לשוק של אחד המתחרים הפוטנציאליים היחידים לשוק<sup>320</sup>.

30.76 גם תניות אי-תחרות שאינן מגבילות ישירות כניסה חדשה לשוק, אלא מגבילות רק העסקה על ידי מתחרים, עשויות להגביל כניסה חדשה לשוק. הדבר יתרחש באותם מקרים שבהם הצד שהגביל עצמו, לאחר תום חוזהו עם הצד הנהנה מן התניה, חפץ להיות מועסק על ידי נכנס חדש לשוק. עובד לשעבר המצטרף אל פירמה, שהיא מצטרפת חדשה לשוק, עשוי להיות מפתח לכניסה רווחית של

318 בכך אין כדי לגרוע מן העובדה שלתניית אי-תחרות, לצד פגיעתה בתחרות, יתרונות הנובעים, למשל מהרצון להגן על סודות עסקיים. עם זאת, יש לאזן יתרונות אלו אל מול הפגיעה האמורה בתחרות בכל מקרה על פי נסיבותיו. ראו סעיף 30.86 להלן.

319 ראו: Scherer & Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance* (3<sup>rd</sup> ed., 1990) 272-273. לענין מידת הסבירות כי הצד שהחייב שלא להתחרות אכן מהווה נכנס פוטנציאלי לענף, עשויים להיות הבדלים ממקרה למקרה, ובפרט לענין סוג היחסים בין הצדדים. הסיכויים כי עובד בכיר לשעבר ייכנס לענף גדולים יותר משל עובד זוטא לשעבר. בנוסף, ייתכן כי הסיכויים שמוכר עסק ייכנס מחדש לשוק ממנו יצא קטנים יותר מאשר עובד לשעבר, מפיץ לשעבר או שותף לשעבר. עם זאת, יש לזכור כי הצד שנהנה מן התניה לא היה מחתים את הצד השני על תניית אי-תחרות אלמלא היה סיכוי סביר מספיק כי הלה ינסה להתחרות בו, באופן זה או אחר.

320 מובן שככל שמספר הנכנסים הפוטנציאליים האחרים לשוק גדול יותר, פגיעתה בתחרות של תניית אי-תחרות קטנה יותר.

אותה פירמה לשוק. זאת לאור ניסיונו של העובד בענף, הידע שברשותו, והמוניטין והקשרים שהעובד צבר. יתרה מזו, גם אם הצד שהגביל עצמו יכול לאפשר הפיכת פירמה איזוטרתית בשוק לפירמה רצינית ומבוססת, כבילתו מלעשות כן על ידי תניית אי-התחרות עלולה לפגוע משמעותית בתחרות. הפיכת פירמה איזוטרתית למבוססת מוסיפה לשוק מתחרה משמעותי נוסף, העשוי להגדיל את התחרות ולחסום את יכולת מתחריו המבוססים להעלות מחירים.

משום כך, תניה המגבילה את יכולתו של צד להיות מועסק על ידי מתחרים קיימים ומבוססים פוגעת פחות בתחרות מאשר תניה המגבילה את יכולתו להיכנס בעצמו לשוק, להיות מועסק על ידי נכנס חדש לשוק, או להיות מועסק על ידי מתחרה לא מבוסס. ראוי היה כי בתי המשפט הבוחנים תניות אי-התחרות יקחו אבחנה זו בחשבון<sup>321</sup>. אולם בית הדין הארצי לעבודה אימץ בבר"ע יבין פלסט<sup>322</sup>, דווקא אבחנה הפוכה. עולה מפסק הדין כי יש להצדיק יותר את תניית אי-התחרות אם היא מגבילה העסקה אצל נכנס חדש לשוק מאשר אם היא מגבילה העסקה על ידי מתחרה קיים. כפי שציינה נילי כהן במאמרה: "... מנקודת-מבטו של אינטרס הציבור בקידומה של תחרות, כודאי אין לצמצם מצבי תחרות רק למקרים שבהם מבקשים לסייע בקידומו של עסק קיים"<sup>323</sup>. אכן, כאמור בסעיף זה לעיל, דווקא הגבלת העסקה על ידי נכנס חדש פוגעת יותר בתחרות מאשר הגבלת העסקה על ידי מתחרה קיים ומבוסס<sup>324</sup>.

כאמור, בתי המשפט הישראליים התעלמו בדרך כלל מן הפגיעה בתחרות הגלומה בתניות אי-התחרות המגבילות את הכניסה לשוק. כך, בפסק דין רב בריח<sup>325</sup>, נאכפה תניית אי-התחרות אשר מנעה את כניסתו של עובד לשעבר אל ענף דלתות הפלדה ומנעולי הביטחון, שבו פעל המעביד. זהו ענף הידוע במיעוט הפירמות הפועלות בו והסדרים כובלים בו נדונו על ידי רשויות ההגבלים העסקיים<sup>326</sup>. למרות זאת, אין בהחלטה כל ניתוח של פגיעת התניה בתחרות בענף

321 עמדה כזו מצד בתי המשפט עשויה לדרבן את הצדדים לעדן את התניה בהתאם, על מנת שתגביל, למשל, רק העסקה על ידי מתחרים מבוססים של הצד הנהנה מן התניה.

322 הערה 298 לעיל, בע' 238, 241. פסק הדין אושר על ידי בית המשפט העליון בבג"צ יבין פלסט, הערה 298 לעיל, נראה כי לא היה בית המשפט מגיע לתוצאה דומה לזו של פסק דין יבין פלסט כיום, לאור פסקי הדין פרומו וסער, הערה 298 לעיל, ששמו דגש מכריע על חופש העיסוק. עם זאת, כאמור, נראה כי הצורך לנחח לעומק את מידת הפגיעה בתחרות בכל מקרה לגופו לא הופנמה גם על ידי פסקי דין מאוחרים אלה.

323 ג' כהן, הערה 298 לעיל, בע' 382.

324 בפסק דין אגד, הערה 304 לעיל, בע' 524, תניית אי-התחרות נוסחה כמגבילה רק העסקה על ידי נכנסים חדשים לשוק ולא העסקה על ידי מתחרים מבוססים. זוהי הבחנה הפוכה מזו הראוייה, מנקודת ראות של הפגיעה בתחרות. אולם, בית המשפט לא הפעיל שיקולי תחרות כלשהם ופסל את התניה על בסיס הפגיעה בחופש העיסוק בלבד.

325 הערה 304 לעיל.

326 החלטת הממונה בענין הסדר כובל בענף דלתות הבטחון, הערה 165 לעיל.

הרלבנטי. בפסק דין אורבך<sup>327</sup> נדונה תניית אי־תחרות שהסמה כניסת איש מכירות לשעבר לענף שיווק מעליות בישראל, למשך שנתיים מתום עבודתו. בית המשפט העליון אישר צו מגיעה זמני שאכף את התניה. זאת, שוב, ללא כל ניתוח של הפגיעה בתחרות, ובשעה שענף המעליות בישראל ידוע במיעוט המתחרים ונטייתו לקרטלים<sup>328</sup>.

בפסק הדין של בית המשפט המחוזי בעניין תבור<sup>329</sup>, עולה מן העובדות המעטות שפורש בית המשפט לענין השוק הרלבנטי, כי למעביד (קיבוץ עמיעד) היה מונופול במתחמי שוק מסויימים בענף ההשקיה, מכוח פטנטים וסודות עסקיים. בית המשפט הכשיר תניית אי־תחרות שאסרה על העובד להתחרות במעביד בכל שטח המדינה למשך חמש שנים מתום עבודתו. העובד היה מי שהציא ותכנן חלק מן ההמצאות שבידי קיבוץ עמיעד, ומשום כך סביר שהיה בין הגורמים היחידים, אם לא היחיד, המסוגלים לפתח טכנולוגיה מתחרה לזו של המעביד שאיננה מפרה את הפטנטים. אולם, בית המשפט לא נכנס כלל לניתוח הפגיעה בתחרות. התניה הוכשרה על רקע העובדה שהפגיעה בחופש העיסוק של העובד לשעבר, לדעת בית המשפט, היתה קטנה יחסית, משום שהעובד, שהיה הנדסאי מנוסה, יכול היה לעסוק במשלח ידו גם במתחמי שוק אחרים משל המעביד<sup>330</sup>. התעלמות דומה מגיתוח פגיעת התניה בתחרות קיימת בנכ/12-1048, שפי אריות בע"מ<sup>331</sup>, שם הכשיר בית הדין לעבודה תניית אי־תחרות, שאסרה על מנהל ייצור לשעבר של חברה מבוססת בענף של ייצור אריות קרטון גלי, להתחרות בחברה המעבידה במשך שנתיים מתום עבודתו. העובד לשעבר הועסק, עם תום עבודתו, על ידי נכנסת חדשה לענף. גם ענף אריות הקרטון הגלי הוא ריכוזי ומועד לקרטלים, כפי שמעידה החלטת הממונה בענין הסדרים כובלים בין יצרני אריות מקרטון גלי<sup>332</sup>. בית הדין היה צריך לנתח את פגיעת התניה בתחרות בענף הרלבנטי, ואת מידת חיוניותו של העובד לשעבר לכדאיות הכניסה של הנכנסת החדשה לשוק שהעסיקה אותו.

בפסק דין אגד<sup>333</sup> אישר בית המשפט העליון תניית אי־תחרות שאסרה על חברי אגד שיצאו לפנסיה מוקדמת מלהתחרות באגד בישראל כמשך שלוש שנים

- 327 הערה 304 לעיל.  
 328 ראו למשל ת"פ 238/94 מדינת ישראל נ' נחושטן תעשיות מעליות בע"מ, רשות ההגבלים העסקיים, פרסום 3001783 (1995), שהרשיע פירמות בענף המעליות ביצירה ובהפעלה של קרטל.  
 329 הערה 300 לעיל.  
 330 תניות אי תחרות בשווקים טכנולוגיים מסוג זה עשויות להיות נחוצות לצורך הגנה על סודות עסקיים. ליתרון החברתי שבהגנה על סודות אלה נתייחס להלן. בסעיף זו אנו מתמקדים בפגיעת תניות אי־תחרות בתחרות, ובהתעלמות העקבית של הפסיקה מן הצורך לנתח את מידת הפגיעה בתחרות.  
 331 פד"ע כה(ה) 12.  
 332 החלטת הממונה בענין הסדרים כובלים בין יצרני אריות מקרטון גלי, הערה 53 לעיל.  
 333 הערה 300 לעיל.

מעזיבתם את אגד. שוב נעדר כל ניתוח של הפגיעה בתחרות. התעלמות זו מסוגיית הפגיעה בתחרות בולטת במיוחד לאור המבנה המונופוליסטי של ענף התחבורה הציבורית, ופתיחתו לכניסת מתחרים חדשים בתקופה האחרונה בלבד<sup>334</sup>. דווקא כאשר שוק מונופוליסטי נפתח לתחרות, חשוב מאוד לשמור על הגחלת של נכנסים פוטנציאליים לענף. צפוי כי חברים ותיקים של אגד, היוצאים לפנסיה מוקדמת, הם נכנסים פוטנציאליים סבירים ביותר, לאור ניסיונם הרב בענף, הידע שברשותם וקשריהם. מכאן שניתוח הפגיעה בתחרות הוא אינטגרלי למקרה כזה.

30.77 גם בהחלטות שפסלו תניות אי־תחרות על בסיס פגיעתן בחופש העיסוק ניכרת התעלמות מניתוח במישור התחרות. כך, בפסק דין פרומר הנ"ל<sup>335</sup>, שבו נפסלה התניה על בסיס פגיעתה בחופש העיסוק, המעביד שנהנה מן התניה (חברת רדגארד) היה כפי הנראה פירמה קטנה החפצה לגדול ולהוות מתחרה לצ'ק פוינט, הפירמה הדומיננטית, כפי הנראה, בענף הרלבנטי. יתכן שבמקרה זה הניתוח התחרותי היה מצביע דווקא לכיוון הצדקת התניה: יתכן שפירמות קטנות בשוק הרלבנטי זקוקות לתניות אי־תחרות על מנת לתת להן אורך נשימה, להתרחב בעתיד, ולהוות, בטווח הארוך, חסם ליכולתה של צ'ק פוינט להעלות מחירים. יתכן שפירמה דומיננטית כמו צ'ק פוינט מנציחה את מעמדה הדומיננטי בשוק, בין היתר, על ידי "חטיפת" עובדים בכירים ו"מוחות" של מתחרותיה, ומניעת צמיחתן. אילו רדגארד בפרשה זו היתה טוענת לאפקט הפרו־תחרותי האמור של התניה, ומראה כי מבנה השוק אכן עונה על הנחותינו לעיל, על בית הדין הארצי לעבודה היה לאזן יתרון זה של התניה אל מול פגיעתה בחופש העיסוק<sup>336</sup>. בפסק דין סער הנזכר<sup>337</sup>, שבו נפסלה תניה על רקע פגיעתה בחופש העיסוק, שוב נעדר ניתוח תחרותי בשוק הרלבנטי. אולם, הפעם מוביל השיקול התחרותי למסקנה הפוכה מזו שבפסק דין פרומר. התניה בפסק דין סער ביקשה למנוע מעובד לשעבר להעניק שירותים מתחרים הקשורים בתוכנה שסיפק המעביד. במסגרת ניתוח פגיעת התניה בתחרות ראוי היה לברר מהו השוק הרלבנטי. האם השוק הרלבנטי הוא "שוק השירותים לתוכנה אותה מספק המעביד", לאור העובדה שמי שרוכש תכנה זו

334 ראו החלטת הממונה הכרות מונופולין אגד ונצב"א, הערה 181 לעיל, הדנה ארוכות במבנה המונופוליסטי של שוק התחבורה הציבורית ובחשיבות הקלת הכניסה של גורמים חדשים אליו.

335 הערה 298 לעיל.

336 הוכחה בריעבד לגבי חולשתה היחסית של חברת רדגארד בתקופת פסק הדין בעניינה היא התמוטטותה של זו זמן קצר לאחר מתן פסק הדין. ראו: "דנון", המפרקת הזמנית של רדגארד: לא ישקיעו בחברה השקעה שתביא להבראתה" גלובס, 03.05.2001, נמצא ב: [www.globes.co.il](http://www.globes.co.il); "אלפסי", הנהלת רדגארד כמו"מ עם עובדי החברה לחידוש פעילות חלקי" גלובס, 15.04.2001, נמצא ב: [www.globes.co.il](http://www.globes.co.il); "דנון וג' נס" רדגארד מבקשת למנות לה בדיחות מפרק זמני: חובות החברה מוערכים ב-42.3 מיליון שקל" גלובס, 04.04.2001, נמצא ב: [www.globes.co.il](http://www.globes.co.il).

337 הערה 304 לעיל.

"שבו" וחייב לקבל שירות ממי שמכיר תוכנה ספציפית זו<sup>338</sup>? אם התשובה לכך חיובית, וקיימות מעט פירמות המספקות שירות לתוכנת המעביד מלבד המעביד עצמו, היתה הפגיעה בתחרות בפרשה זו צריכה לחזק את התנגדות בית המשפט העליון לתניה.

משלל הפסיקה בענין תניות אי-תחרות ישנה רק החלטה אחת של בית המשפט העליון, בפסק דין יחז<sup>339</sup>, הכוללת ניתוח ממשי של פגיעת תניה כזו בתחרות. בפסק דין זה נידונה תניית אי-תחרות, שנכללה בתקנות אגודה שיתופית של מובילי כשר בחיפה, ולפיה התחייב כל חבר באגודה שלא להתחרות באגודה ובחבריה, באזור חיפה, בו פעלה האגודה, במשך חמש שנים מיום הפסקת חברותו באגודה. בית המשפט ציין את העובדה שהתניה מנעה כניסת גורמים חדשים לענף ובכך עזרה להנצית את המעמד המונופוליסטי-קרטליסטי של האגודה השיתופית. לפיכך, בית המשפט פסל את התניה על יסוד שיקולים של פגיעה בתחרות<sup>340</sup>. יתכן שתשומת הלב הנדירה שהעניק בית המשפט לניתוח מידת הפגיעה בתחרות בפסק דין יחז נובע מן האופי הבוטא של הפגיעה בתחרות בעניין זה, ומן העובדה שבשר הוא מוצר חיוני. כאשר מוצר הוא חיוני, הדעת נותנת שצרכנים רבים ירכשו אותו גם כאשר מחירו קרטליסטי, דבר ההופך קרטלים ליותר רווחיים וחומסניים. אולם, כפי שהבהרנו לעיל, תניית אי-תחרות עלולה לפגוע משמעותית בתחרות גם כאשר העובדות בוטות פחות.

#### נפקות הגבלת היקף התניה

30.78 בתי המשפט נטו בעקביות להתערב פחות בתניות אי-תחרות ככל שהן מגבילות עצמן מבחינת היקף תחולתן הגיאוגרפית, חתך האוכלוסייה, או תחום העיסוק<sup>341</sup>. אמנם, לאחרונה ניכרת בפסיקת בית המשפט העליון ובית הדין הארצי לעבודה הרחבה ניכרת של ההגנה על חופש העיסוק של העובד, עד כדי פסילה של תניות שהיקף פועלן היה לכאורה צר<sup>342</sup>. ניתן לטעון כי הגבלת היקף התניה עשוי להביא לפגיעה קטנה יותר בחופש העיסוק. כך, ככל שהשטח הגיאוגרפי, חתך

338 השור: Eastman Kodak Company v. Image Technical services, Inc. 504 U.S. 451 (1992).  
339 הערה 305 לעיל.

340 הפגיעה בתחרות היא שהכריעה לרעת התניה. בית המשפט מציין שמבחינת "היחסים שבין חברי האגודה בינם לבין עצמם ... כפות המאזניים לצד ביטול התקנה או לצד קיומה מעויינות פחות או יותר", ע' 2346 לפסה"ד.

341 ראו, למשל, פסק דין חניינות הגליל, הערה 305 לעיל, בע' 350; פסק דין אנד, הערה 304 לעיל, בע' 527; פסק דין ברמן, הערה 305 לעיל, בע' 723; ע"א 238/73 שרעבי נ' חמנני, פד"י כח(1) 85, 90.

342 כך, בפסק דין פרומו, הערה 298 לעיל, נפסלה תניה שמשכה היה 22 חודשים, ובפסק דין סער, שם, נפסלה דרישתו של המעסיק למנוע מן העובד להתחרות במשך 18 חודשים (בענין זה התניה בחוזה העבודה עצמו לא נתחמה בזמן).

האוכלוסייה, או תחום העיסוק נשוא ההגבלה צר יותר, קיים סיכוי רב יותר שהצד שהגביל עצמו יוכל לעסוק במשלח ידו כמתחמים אחרים. אולם, ההשפעה של הגבלת היקף התניה על מידת הפגיעה בתחרות איננה מובנת מאליה. מידת פגיעת התניה בתחרות נמדדת באספקלריה של שוק רלבנטי, השוק בו פירמות מתחרות מוכרות מוצרים או שירותים שהם תחליפיים מספיק זה לזה בעיני הצרכנים.<sup>343</sup> אם התניה מחילה עצמה על שטח גיאוגרפי, תתן אוכלוסייה או תחום עיסוק מוגבלים, יש לבדוק אם אותו מתחם מוגבל מהווה בפני עצמו שוק רלבנטי. כך, למשל, גניח שעובד בכיר לשעבר של עלית, שעסק בתחום הקפה השחור, תתום על תניה לפיה לא יתחרה בעלית בתחום הקפה השחור בלבד. בכך פתוחה בפניו הדרך לעסוק בסוגים אחרים של קפה. אם יוכרע כי השוק הרלבנטי הוא שוק הקפה השחור, משום שצרכנים החפצים בקפה שחור אינם רואים קפה מסוגים אחרים כתחליף סביר, תהא המסקנה שמתחמה הצר של התניה (רק לתחום הקפה השחור) איננו גורע מפגיעתה בתחרות.

כך, בפסק דין ברטון<sup>344</sup> אסרה תניית אי-התחרות על עובד לשעבר, שהיה מנהל בכיר בחברת התובלה המעבידה, להתחרות במעבידה, עם תום יחסי העבודה, באזור פרדס חנה. בית המשפט הושפע מתחולתה הגיאוגראפית המצומצמת של התניה כאשר אישר אותה. זאת מבלי לנתח את פגיעת התניה בתחרות. אילו היה בית המשפט מנתח, כראוי, את מידת פגיעת התניה בתחרות יתכן שהיה מגיע למסקנה כי השוק הגיאוגראפי הרלבנטי הוא מקומי, אזור פרדס חנה. אכן, עולה מעובדות פסק הדין כי כל לקוחותיה הגדולים של המעבידה היו מאזור פרדס חנה. סביר, לפיכך, כי לקוחות אלה העדיפו לעבוד עם חברת תובלה שהמטה שלה קרוב לעסקיהם, וכי חברת תובלה שהמטה שלה מרוחק איננה מהווה תחליף סביר מספיק עבורם. בנסיבות אלה, היקפה הגיאוגראפי המצומצם של התניה איננו מפחית בכהוא זה את מידת פגיעתה בתחרות.

30.79 בפסק דין מעיינות הגליל<sup>345</sup>, הגבילה תשלובת תבורי, המספקת משקאות קלים, מפין סיטונאי לשעבר באזור נהרייה לבל יעסוק באספקה של משקאות קלים באזור נהרייה במשך שלוש שנים מהפסקת חוזה ההפצה<sup>346</sup>. אופייה המקומי

343 ראו סעיף 30.3 לעיל, וכן Hovenkamp, הערה 255 לעיל, בע' 508-515; Federal Antitrust Policy (1994) 82-100; ד' גילה, הערה 32 לעיל, בע' 89-99; החלטת הממונה בענין רכש דקלה ע"י הראל, הערה 8 לעיל, בע' 169-178.

344 הערה 305 לעיל.

345 ש.ס.

346 חוזה ההפצה בוטל לאחר שהמפין הפר סעיף בחוזה שבו התחייב לרכוש משקאות קלים בלעדית מתבורי. בית המשפט קבע כי ביטול החוזה הוא לגיטימי (ש, ע' 347). הוא לא התייחס, והצדדים גם לא טענו, לאפשרות שתניית הבלעדיות הינה הסדר כובל ועל כן חוזה בלתי חוקי.

של התניה השפיע על בית המשפט העליון שהחליט לאשר אותה<sup>347</sup>. שוב, בית המשפט לא ניתח כלל את פגיעת התניה בתחרות. אילו היה עושה כן, היה עומד על כך שהשוק הרלבנטי, מכירה סיטונאית של משקאות קלים, הוא מקומי. קמעונאי בנהרייה באופן רגיל רוכש משקאות קלים מסיטונאי המספק לאזור נהרייה, וזאת גם אם הסיטונאים באזור נהרייה הם מעטים, ומשווקים משקאות של ספקים מעטים, והמחירים הסיטונאיים גבוהים. משום כך אין נפקא מינה, מבחינת מידת הפגיעה בתחרות, שהתניה חלה על אזור נהרייה בלבד. היא הפחיתה באתר את מספר המתחרים הפוטנציאליים בשוק הרלבנטי, שהוא שיווק סיטונאי של משקאות קלים באזור נהרייה<sup>348</sup>.

בה"פ 1990/95 (ת"א) נורדנברג בע"מ נ' בן ארי<sup>349</sup> נדונה תניית אי-תחרות שהגבילה מתווך לשעבר של סוכנות תיווך שלא להתחרות בסוכנות התיווך באזור רחובות ונס-ציונה. בית המשפט המחוזי דן בתניה הן במישור הדוקטרינה החוזית והן במישור דיני ההגבלים העסקיים. במישור הדוקטרינה החוזית שוב נתן בית המשפט המחוזי נפקות לתחולתה הגיאוגראפית המצומצמת של התניה בקובעו שהתניה עומדת במבחני הסבירות של הדוקטרינה. במישור דיני ההגבלים העסקיים הוא הגיע למסקנה כי התניה בלתי חוקית מבלי להתייחס לתחרות<sup>350</sup>. נראה, כי היה מקום להתייחס לענף התיווך לנדל"ן לא עסקי, בו עסקו הצדדים כפרשה זו, כמקומי. אדם החפץ לרכוש בית באזור רחובות או נס-ציונה יפנה למתווך הפועל באזורים אלה, ומתווך הפועל בצפון תל-אביב, למשל, או באזור מרוחק אחר, איננו תחילפי מספיק עבורו.

בפסק דין יחוד<sup>351</sup>, שהוא, כאמור לעיל, ההחלטה היחידה המנתחת את מידת פגיעת התניה בתחרות, השכיל בית המשפט להבין את אופיו המקומי של השוק הרלבנטי. בפסק דין זה היה מדובר, כאמור, בענף השיווק וההובלה של בשר. בית המשפט, בפסלו את התניה על רקע פגיעתה בתחרות, לא ייחס תשיבות לכך שהתניה מוגבלת מבחינת תחולתה הגיאוגראפית רק לאזור חיפה. נראה כי בית המשפט היה ער לעובדה שהשוק הרלבנטי לשיווק והובלה של בשר הוא מקומי. משום כך, הגבלת תניית אי-תחרות לאזור חיפה בלבד, שהוא האזור בו פעלה האגודה שנהנתה מן התניה, לא היה בה כדי לגרוע ממידת הפגיעה בתחרות.

347 ע' 350 לפסה"ד.

348 מידת הפגיעה תהא תלויה במספר הספקים המתחרים ובמספר הסיטונאים המתחרים. אם מספרים אלה קטנים, ואין נכנסים פוטנציאליים רבים לענפים אלה, פגיעת התניה בתחרות עשויה להיות משמעותית.

349 דינים מחוזי לב(6) 645, הערעור לבית המשפט העליון נדחה מסיבות טכניות. ראו ע"א 8734/96 נורדנברג בע"מ נ' בן ארי (טרם פורסם).

350 בית המשפט הגיע למסקנה כי היא בלתי חוקית כאשר היא מהווה הסדר כובל לפי סעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים העסקיים. ראו שם.

351 הערה 305 לעיל.

30.80 ניתוח זה כוחו יפה גם לגבי תניות המגבילות עצמן מבחינת חתך האוכלוסייה או תחום העיסוק. אם השוק הרלבנטי ממילא מצטמצם למתחם שהתניה חלה עליו, הרי שצמצום התניה לאותו מתחם אינו גורע מפגיעתה בתחרות. כך, בפסק דין מעיינות הגליל<sup>352</sup>, שהוזכר לעיל, תחמה תניית אי-התחרות את עצמה לשיווק משקאות קלים בלבד, ולא שיווק של משקאות אחרים, כגון משקאות חריפים, או מוצרים אחרים. בית המשפט ייחס משמעות רבה להיקף המצומצם של התניה מבחינת תחום העיסוק המוגבל. אולם, שוק המוצרים הרלבנטי הוא ממילא שוק המשקאות הקלים. משקאות חריפים, או מוצרים אחרים, אינם מהווים תחליף סביר למשקאות קלים בעיני הצרכנים.

#### גפוקת היות התניה מוגבלת בזמן

30.81 בתי המשפט נוהגים לייחס משקל למגבלת הזמן של התניה בשאלה אם לאשרה. אולם הענין מחייב זהירות. אם עובר מנוע מלעסוק במשלח ידו במשך שנתיים, למשל, כיון שהוא צריך לעסוק ולהתפרנס בתקופת הצינון, קיים סיכוי גבוה שיעבור למשלח יד אחר או משיק, כך שהפגיעה בחופש העיסוק שלו זהה לזו של תניה שאיננה מוגבלת בזמן, והתוצאה מבחינת הפגיעה בתחרות עלולה להיות דומה. אולם הדבר תלוי בנסיבות<sup>353</sup> וניתן לתאר מצבים בהם קוצר הזמן של תקופת הצינון אכן תורם לסבירות התניה מבחינת פגיעתה בתחרות ובחופש העיסוק.

#### תניית אי-תחרות כהסדר כובל

30.82 לדעתנו כל תניית אי-תחרות המונעת כניסה חדשה לשוק היא בגדר הסדר כובל, עקב היותה הסדר אופקי ל"חלוקת שוק"<sup>354</sup>, שמכוחה מתחייב הצד הכפוף לתניה להדיר את רגליו משוק מסוים. כך, למשל, התחייבות של חברה א' כלפי חברה ב' שלא להיכנס לענף הממתקים, היא חלוקת שוק, גם אם כרגע חברה א' איננה עוסקת בייצור ממתקים. זהו אפוא דין כל התחייבות של מתחרה פוטנציאלי, קרי, הצד הכפוף לתניה, להדיר רגליו מן השוק של הצד הנהנה מן התניה. כזכור, חלוקת שוק מהווה הסדר כובל מכוח הוראת סעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים<sup>355</sup>. אמירה כי הצדדים לתניית אי-תחרות, כגון עובד ומעביד או שותפים באותו העסק, אינם "בני אדם המנהלים עסקים" כנדרש בסעיף 2(א) לחוק ההגבלים, איננה נכונה, משום שהתניה צופה אל עבר תקופה בה הצד הכפוף לתניה פוטנציאלית ינהל עסקים

352 ש.ס.

353 ראו הרחבה לגבי נקודה זו אצל ד' גילה, הערה 32 לעיל, בע' 99-101.

354 בית המשפט העליון בדנ"א טבעול, הערה 3 לעיל, בע' 82 ואילך, מאמץ עמדה זו. ראו גם פסק דין קונצפט לרוקחות, הערה 197 לעיל.

355 ראו סעיף 30.13 לעיל.

באופן עצמאי<sup>356</sup>. אולם כאשר התניה מגבילה עובד לשעבר מלעבוד עבור מתחרים של המעביד, מתעוררת שאלה האם העובד לשעבר הוא בגדר מי ש"מנהל עסקים"? פרשנות מרחיבה של המושג "ניהול עסקים" תגרור תשובה חיובית לשאלה זו בנימוק שהעובד מוכר את תשומת העבודה שלו בשוק העבודה. על-פי גישה זו אין מקום להבחין בין מכירת תשומת עבודה למכירת שירותי ייעוץ, או למכירת תשומות אחרות בשוק. מכל מקום, כאשר התניה מגבילה עובד מלעבוד עבור מתחרים של המעביד, אין מדובר בהסדר אופקי אלא בהסדר אנכי. כשם שהסדר בין מפיק לספק לפיו הספק לא יעסוק עם מתחרים של המפיק, בזמן ההתקשרות ביניהם או לאחריה, מהווה הסדר אנכי קלאסי בין הספק לבין המפיק, כך גם הסדר בין ספק תשומת עבודה (העובד) לבין המעביד שלפיו העובד לא יספק את תשומת העבודה שלו למתחרי המעביד עם תום היחסים ביניהם, הוא הסדר אנכי. כפי שהמלצנו לעיל<sup>357</sup>, יש לקבוע שהסדרים אנכיים אינם נכללים באופן אוטומטי בגדר סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, וכי הם ייחשבו "הסדרים כובלים" רק אם הם עלולים לפגוע בתחרות (באופן לא זניח) בענף הרלבנטי, כאמור בסעיף 2(א) לחוק. כך הדבר אם העסקת העובד (או, כללית, הצד הכפוף לתניה) על ידי מתחרה של המעביד (או הצד הנהנה מן התניה) היא מפתח לכניסה של פירמה חדשה לשוק, או להתרחבות של פירמה איזוטריית בשוק. במקרה כזה עלולה תניה המונעת העסקה כזו להנציח מבנה שוק לא תחרותי, ועל כן עשויה להיחשב הסדר כובל לפי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים<sup>358</sup>.

סעיף 3(8) לחוק ההגבלים, שיידון בהמשך, קובע כי "התחייבות של מוכר עסק, בשלמותו, כלפי רוכש העסק שלא לעסוק באותו סוג עסק, כשהתחייבות אינה בניגוד לנוהגים סבירים ומקובלים", ונותן מענה לסוגיית תניות אי-התחרות הנופלות לגדרו. אולם, החוק לא כולל היתר לתניות אי-התחרות שאינן נלוות למכירת עסק בשלמותו. אין ספק כי זוהי תוצאה מרחיקת לכת, שלפיה שלל תניות אי-התחרות מוכתם כהסדרים כובלים, בלי קשר לריכוזיות השוק הרלבנטי, ולמעמד הצד הנהנה מן התניה בשוק זה. הפתרון לאנומליה זו הוא בתיקון חוק ההגבלים, או בניסוח פטור סוג על ידי הממונה על ההגבלים העסקיים, שיתן פטור אוטומטי לתת-קבוצה של תניות אי-התחרות, על פי פרמטרים של השוק הרלבנטי<sup>359</sup>. פתרון

356 ראו בהרחבה, ד' גילה, הערה 32 לעיל, בע' 118. למרות שקיימים פסקי דין מחוזיים (למשל פסק דין תבור, הערה 300 לעיל, בע' 232), ושל בית הדין להגבלים עסקיים (למשל, פסק דין מזרחי, הערה 31 לעיל, בפסקאות 31-36), המאמצים את הגישה לפיה צדדים לתניות אי-התחרות אינם מנהלים עסקים, בית המשפט העליון, כנגד דעת המיעוט של השופט טירקל, הכריע בדנ"א טבעול, הערה 3 לעיל, בע' 92, כי תניית אי-התחרות הנלווית לפירוק שותפות היא בגדר הסדר כובל, בין בני אדם המנהלים עסקים. לא קיים הבדל אנליטי, לדעתנו, לענין הדרישה כי ההסדר יהיה "בין בני אדם המנהלים עסקים" בין עובדות פסק דין ע"א טבעול הנ"ל לבין תניות אי-התחרות מסוגים אחרים. המסקנה היא כי תניית אי-התחרות היא אכן "בין בני אדם המנהלים עסקים".

357 סעיף 30.24 לעיל.

358 ראו ד' גילה, הערה 32 לעיל, בע' 88-87.

359 הצעה לפטור סוג מעין זה מצויה אצל ד' גילה, שם, בע' 121. שם מוצע גם לכחון תניית

חלופי, שיכול להימצא בהיעדר תיקונים חקיקתיים מעין אלה, הוא לפרש את המושג "ניהול עסקים" באופן צר יותר, כך שעובד לשעבר, העובר לעבוד בפירמה מבוססת אחרת, לא ייחשב כמי ש"מנהל עסקים". באופן זה, רק אם הצד הכפוף לתניה יכנס לשוק בעצמו (ואולי גם אם יהווה מפתח לכניסה של פירמה חדשה לשוק), יראו בו מי שמהותית "מנהל עסקים". פירוש מעין זה יגביל את תחולת חוק ההגבלים לאותם מקרים שבהם תניית אי-התחרות פוגעת בתחרות באופן משמעותי, על ידי חסימת כניסה חדשה לשוק. אולם בעינינו עדיף לפטור את הבעיה באמצעות ניסוח פטור סוג מיוחד, כמוצע לעיל.

30.83 כפי שפטורי הסוג מנוסחים כיום, תניות אי-תחרות אינן יכולות, לדעתנו, ליהנות מאף אחד מהם, אלא אם הן נלוות למיזם משותף ועומדות בתנאים הנידונים בסעיף 30.22 לעיל<sup>360</sup>. אין מקום לדעתנו להחיל את פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך<sup>361</sup> על תניות אי-תחרות המגבילות כניסה לשוק. זאת משום שתניות אי-תחרות מעין אלה מהוות חלוקת שוק, שסעיף 4 לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות)<sup>362</sup> שולל תחולת פטור סוג כללי זה לגביה<sup>363</sup>. בעוד שכאמור ראוי היה שלא להחיל את הוראת סעיף 4 הנ"ל על הסדרים אנכיים, כגון הסדרי בלעדיות, או, לענייננו, תניות אי תחרות המונעות העסקה על ידי פירמה מתחרה, הרי שראוי להחיל את סעיף 4 האמור על חלוקות שוק בין מתחרים או מתחרים פוטנציאליים, כגון תניות אי-תחרות המגבילות כניסה לשוק, שהרי חלוקות שוק מעין אלה הן מסוגי הכבילות החמורות ביותר. רק אם יבוטל סעיף 4 האמור, או ירוקן מתוכן על דרך הפרשנות, ניתן יהיה להחיל את פטור הסוג לפגיעות קלות ערך על חלוקות שוק בין מתחרים ומתחרים פוטנציאליים, לרבות תניות אי-תחרות. בעוד שזהו פתרון מסוים לאנומאליה לפיה כל תניות אי התחרות המגבילות כניסה לשוק מוכתמות כהסדרים כובלים, יש בו כדי לכרסם בכוונת מתקין פטורי הסוג שבכבילות החמורות יותר לא יכריעו הצדדים בעצמם כי פגיעת ההסדר שלהם בתחרות קלת ערך. בנסיבות אלה הפתרון הראוי יותר, כאמור, לדעתנו, הוא לחוקק

אי-תחרות כהסדר כובל עם כניסתה לפעולה (למשל, עם תום יחסי העבודה, במקרה של חוזה עבודה) ולא עם כריתת התניה. זאת משום שבפני הצדדים ורשויות ההגבלים אינפורמאציה עדיפה אודות הפרמטרים הרלבנטיים עם כניסתה של התניה לפעולה, ואינפורמאציה חלקית בלבד אודות פרמטרים אלה עם כריתת התניה. ראו שם, בע' 108-111, לענין השפעת יישום גישה זו על המר"מ לקראת תניית אי-התחרות ועל הכללים שעל בתי המשפט והרשויות לאמץ לענין הפעלת עקרון ההפרדה (עקרון "העפרון הכחול").

360 רשות ההגבלים העסקיים שוקדת בימים אלה על ניסוח פטור סוג גם לתניות הנלוות למיווגים, ויש להניח שזה יכשיר חלק מתניות אי התחרות הנלוות למיווגים, בתנאים מתאימים.

361 הערה 204 לעיל וטכסט להערה זו.

362 הערה 25 לעיל וטכסט להערה זו.

363 ראו פרשנותנו לסעיף 4 הנ"ל, סעיף 30.52 לעיל.

פטור סוג מיוחד לתניות אי־תחרות, המכחין בין סוג התניות הפוגעות בתחרות באופן משמעותי לבין אלה שאינן כרוכות בפגיעה חמורה. בפסק דין וולטה<sup>364</sup> נדונה תניית אי־תחרות שלפיה התחייב מפיץ כי לא יתחרה בספק במשך שנה מיום הפסקת חוזה ההפצה ביניהם. בשאלה אם מדובר בהסדר כובל הכריע בית המשפט העליון כי לאור זאת שהמפיץ והספק היו ביחסי בלעדיות הדדית בתקופה שהיה חוזה הפצה ביניהם, נהנית תניית אי־תחרות האמורה מן הסייג הקבוע בסעיף 3(6) הקובע, כי "בלעדיות הדדית" לא תהווה הסדר כובל<sup>365</sup>. הלכה זו מסביר בית המשפט בכך שאם לא נכשיר תניית אי־תחרות מסוג זה, המפיץ, למשל, יכול לנצל את הקליאנטורה שרכש הודות להיותו מפיץ בלעדי, לעזוב את ההתקשרות עם הספק, ואז להיכנס בעצמו לענף של הספק<sup>366</sup>. עם כל הכבוד, לדעתנו קביעה זו איננה נכונה. אין ספק כי לתניות אי־תחרות הצדקות רבות, לרבות החשש כי הצד שהגביל עצמו ינצל קשרים או ידע שרכש תוך כדי ההתקשרות על מנת להתחרות, עם סיום ההתקשרות, בצד הנהנה מן התניה. בכך אין כדי להכריע אם תניית אי־תחרות היא הסדר כובל. כפי שכבר הדגשנו, שיקול מעין זה, על פי חוק ההגבלים הישראלי, הוא אך שיקול לאישורה של התניה בפני בית הדין להגבלים העסקיים. סייג הבלעדיות ההדדית שבסעיף 3(6) לחוק, כפי שנקבע בפסקי דין רבים, צריך להתפרש בצמצום<sup>367</sup>. לא ניתן לפיכך להכשיר דרכו התחייבות במישור האופקי — התחייבות של מתחרה פוטנציאלי להדיר רגליו משוק מסוים. יש בו רק כדי להכשיר התחייבות במישור האנכי: התחייבות הספק למכור רק למפיץ והתחייבות המפיץ לרכוש רק מהספק.

#### תניות אי־תחרות הגלוות למכירת עסק

30.84 חוק ההגבלים העסקיים קובע סייג מיוחד ביחס לתניות אי־תחרות הגלוות למכירת עסק, שלפיו תניות אלה, העומדות בדרישות הסעיף, אינן מהוות הסדר כובל. סעיף 3(8) לחוק ההגבלים קובע כי לא תהווה הסדר כובל "התחייבותו של מוכר עסק, בשלמותו, כלפי רוכש העסק שלא לעסוק באותו סוג עסק, כשהתחייבות אינה בניגוד לנוהגים סבירים ומקובלים". אחת השאלות הפרשניות שעלתה בפסיקה נוגעת לדרישת סעיף 3(8) כי העסק יימכר בשלמותו על מנת שתניית אי־תחרות תכנס לגדר הסייג. בפרט, אם פירמה היא בעלים של מספר מחלקות עסקיות, כגון פיתוח הטכנולוגיה לייצור, הייצור עצמו, והשיווק, והפירמה מוכרת רק מחלקה אחת, ומשאירה בידיה את המחלקות האחרות, האם היא נחשבת כמי שמכר את העסק "בשלמותו" לצורך תחולת הסייג

364 הערה 290 לעיל, בע' 730.

365 השוו סעיף 30.46 לעיל.

366 פסק דין וולטה, הערה 290 לעיל, בע' 730.

367 ראו סעיף 30.46 לעיל.

של סעיף 3(8)? בית המשפט המחוזי בה"פ טבעול<sup>368</sup>, ענה על כך בשלילה. פסק הדין עסק בתניית אי־תחרות שנלוותה לפירוק שותפות שכללה שני קווי ייצור: של מוצרי סורימי ושל מוצרי טבעול. השותפות התפרקה ועל פי הטענה "מכר" אחד השותפים לשותף השני רק קו ייצור אחד — זה של מוצרי טבעול. בית המשפט המחוזי סבר כי לפיכך לא נמכר העסק (שכלל הן מוצרי סורימי והן מוצרי טבעול) בשלמותו. השופט טירקל בע"א טבעול<sup>369</sup>, בדעת יחיד, קבע, לעומת זאת, כי:

"בסעיף 3(8) מדובר בהתחייבות של אדם המוכר 'עיסוק בייצור נכס' — להבדיל מייצור נכסים — 'במכירתו, בשיווקו וגו'. מכאן, שאם נמכר עיסוק שלם בנכס אחד, מתוך עיסוקיו של המוכר בנכסים שונים, ניתן לראות בכך מכירה של 'עסק, בשלמותו' הבאה בגדרו של סעיף 3(8) לחוק, ובלבד שהעיסוק הנמכר בנכס הוא חטיבה שלמה — של ייצור, מכירה, שיווק וכו' — העומדת בפני עצמה ויש לה קיום לעצמה. יש לבדוק, אפוא, בכל מקרה שבו מתעוררת שאלת תחולתו של סעיף 3(8), אם מדובר במכירת חטיבה שלמה כזאת."

דעת יחיד זו אומצה, בהערת אגב, גם על ידי שופטי הרוב בדנ"א טבעול<sup>370</sup>. עמדה זו מתיישבת עם אחד השיקולים החשובים שביסודו של סעיף 3(8), שלא הודגש בפסיקה, והוא שאדם המוכר עסקו בענף מסוים, הסבירות שירצה לשוב ולהיכנס לאותו ענף עצמו היא ממילא נמוכה, ומכאן שהתחייבותו שלא להיכנס כאמור איננו פוגעת משמעותית בתחרות<sup>371</sup>. אם כך, די שנמכרו כל אחזקותיו של אדם בענף מסוים, על מנת שהשיקול האמור לסעיף 3(8) יתקיים.

הפסיקה מדגישה את עידוד רוכש העסק לרכוש את העסק, על המוניטין שלו, כנימוק המרכזי עליו מושתת הקבוע בסעיף 3(8). הפרשנות הרווחת לדרישה כי העסק יימכר "בשלמותו" שואבת מנימוק זה. על פי נימוק זה, התניה נחוצה על מנת להבטיח לקונה, הרוכש את העסק יחד עם המוניטין שהעסק צבר, כי המוכר לא ישתמש במוניטין שפיתח במשך השנים כדי להתחרות בעסק הנמכר. כך, השופט גולדברג, בדעת הרוב בע"א טבעול<sup>372</sup>. הכריע כי הסייג איננו חל על תגיות אי־התחרות שנדרונו לפניו משום שהצד שנהנה מן התניה, טבעול, היה ממילא בעל המוניטין. על כן טבעול לא היתה זקוקה לתניה על מנת לעודדה לרכוש את חלקה של שף־הים בשותפותן שהתפרקה. לטבעול לא היה חשש כלשהו ששף־הים תשתמש במוניטין של העסק על מנת להתחרות בטבעול, שהרי המוניטין היה, ונשאר, מוניטין של טבעול<sup>373</sup>.

368 הערה 44 לעיל.

369 הערה 17 לעיל, בע' 162 (השופט טירקל).

370 הערה 3 לעיל, בע' 101.

371 ראו ד' גילה, הערה 32 לעיל, בע' 107.

372 הערה 17 לעיל, בע' 161 (השופט גולברג).

373 גישה זו אומצה גם בדנ"א טבעול, הערה 3 לעיל, בע' 99 (השופט חשין). ראו גם ל"א קסטנבאום, "הערות והרהורים על הצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד-1983" משפטים

30.85 כאשר שותף לעסק מוכר אך את חלקו, האם המכירה יכולה להיחשב כמכירת העסק בשלמותו לצורך הסייג שבסעיף 3(8)? השופט חשין בדנ"א טבעול איננו שולל אפשרות זו, אם כי משאיר אותה בצריך עיון. כדבריו:

"לעניות דעתי, חלקו של שותף בשותפות כולל גם חלק במוניטין של השותפות, לכן, שותף היוצא את השותפות או המעביר חלקו בשותפות לאחר ומקבל תמורה מאת שותפיו האחרים או מן הרוכש את חלקו, מקבל את התמורה גם עבור חלקו במוניטין השותפות. על כן, ההלכות שנקבעו לגבי הגבלת חופש עיסוק של מוכר מוניטין, תחולנה גם עליו. אכן, יכול הטוען לטעון כי הגיון המכירה ב'שלמות' שבהוראת סעיף 3(8) לחוק, יחול על מכירת 'שלמות' חלקו של שותף, גם אם 'שלמות' זו אין היא 'שלמות' מושלמת, לאמור, אין היא מכירת כל העסק כולו. סוגיה זו ראויה לבחינה מקרוב; יש בה פנים לכאן ולכאן, אך אין צורך שנכריע בה, שאין היא לענייננו עתה"<sup>374</sup>.

דרישה נוספת לתחולת הסייג של סעיף 3(8) היא כי "ההתחייבות אינה בניגוד לנהגים סבירים ומקובלים". דרישה זו מהווה הפנייה להלכות הפסוקות המיישמות את הדוקטרינה החוזית בענין תניות אי-תחרות. כך, השופט טירקל, בדעת יחיד, בע"א טבעול הנ"ל סבר, כי תניית אי-תחרות שנידונה שם עומדת לכאורה בנהגים סבירים ומקובלים כאשר היא היתה נחוצה כדי להגן על סודותיה העסקיים של טבעול, שנהנתה מן התניה<sup>375</sup>. שופטי הרוב בדנ"א טבעול, לעומת זאת, הכריעו כי התניה, בהעדר ראייה לסתור, איננה עומדת בנהגים סבירים ומקובלים. הנימה העולה מדנ"א טבעול היא כי תניית אי-תחרות מוחזקת כמי שאיננה עומדת בנהגים סבירים ומקובלים, לצורך סעיף 3(8) הנ"ל, אלא אם הצד הנהנה מן התניה הוכיח אחרת<sup>376</sup>. לדעתנו, עמידה בנהגים סבירים ומקובלים צריכה להיבחן על פי מידת הפגיעה בתחרות בשוק הרלבנטי, מידת הפגיעה בחופש העיסוק במקרה הקונקרטי, ומולם היתרונות החברתיים הגלומים בתניית אי-תחרות הנידונה. באופן דומה צריכה להיבחן, כמובן, תניית אי-תחרות הנלווית למכירת עסק, כאשר היא נידונה על פי הדוקטרינה החוזית עצמה, ולא בהקשר ההסדרים הכובלים.

טו (1986) 453, 461; פסק דין שרעבי, הערה 341 לעיל; ע"א 276/69 הילקוביץ נ' אלזיס (ישראל) בע"מ, פ"ד כד(1) 85.

374 דנ"א טבעול, הערה 3 לעיל, בע' 100 (השופט חשין). לגישה שלפיה מכירת חלקו של שותף איננה בגדר הסייג ראו ד' גילה, הערה 32 לעיל, בע' 107.

375 הערה 17 לעיל, בפסקה 15 לפסק דינו של השופט טירקל.

376 דנ"א טבעול, הערה 3 לעיל, בע' 100 (השופט חשין).

היתרונות החברתיים של תניות אי-תחרות

30.86 כאשר בוחנים תניית אי-תחרות באספקלרית הדוקטרינה החוזית של תקנת הציבור, יש לאזן את פגיעותיה החברתיות, בכל מקרה נתון, מול יתרונותיה החברתיים. שלא כמו פסיקה מוקדמת יותר<sup>377</sup>, ששמה דגש, בכחנה תניות אי-תחרות, על האינטרסים של הצדדים לחוזה גרידא, קובעת הפסיקה החדשה כי יש לשים דגש על איזון בין יתרונות חברתיים לחסרונות חברתיים<sup>378</sup>. הפסקאות הקודמות ניתחו את פגיעותיה החברתיות של תניית אי-תחרות. בפסקה זו נסקור בקצרה יתרונות חברתיים חשובים של תניות אי-תחרות.

היתרון החברתי המרכזי שהפסיקה ייחסה לתניות אי-תחרות, במיוחד בהקשר של עובד-מעביד אך גם בהקשרים של תניות אי-תחרות מסוגים אחרים, היה כי הן נחוצות לעתים להגנה על סודות עסקיים של הצד שנהנה מן התניה<sup>379</sup>. הגנה על סודות עסקיים טומנת בחובה יתרונות חברתיים לא מבוטלים. כאשר הידע נשוא הסוד הוא תוצאת פיתוח והשקעה והידע איננו נצבר במהלך העסקים הרגיל של הפירמה, מעודדת ההגנה על הידע כסוד עסקי את פיתוחו מלכתחילה. קיימים סוגים של ידע שללא הגנה עליהם כסוד, בעל הסוד ינהג מידור יתר בפירמה שלו, תוך פגיעה ביעילות תפקודה, פגיעה ביכולת הקידום והסיפוק בעבודה של עובדיו, הפרורוקטיביות של שותפיו העסקיים או מפיציו, לפי הענין ובמידת האמון שרוכש להם בעל הסוד. קיימים סודות עסקיים שפגיעה בהם מגיעה עד כדי פגיעה בפרטיות של בעל הסוד – המהווה ערך בפני עצמו. יתרונות אלה מצביעים על כך שאין סוד עסקי אחד דומה למשנהו ולא כולם ראויים למידת הגנה שווה. סוד עסקי שאיננו תוצאה של השקעה מיוחדת בפיתוח הידע, כגון רשימת לקוחות, ראוי לדעתנו להגנה פחותה מזו המוענקת לסוד עסקי שבעליו השקיע מיוחדת בפיתוחו. בסוג האחרון קיים אינטרס מיוחד להגנה על הסוד, בדמות עידוד בעל הידע לפתוח מלכתחילה, בעוד שיקול זה איננו קיים לגבי סוג הסוד הראשון<sup>380</sup>.

377 ראו למשל את המקורות המאוזכרים בחלקה הראשון של הערה 304 לעיל, וכן הערה 305 לעיל.

378 דנ"א טבעול, לעיל הערה 3, בע' 68-69; פסק דין טער, הערה 298 לעיל, בע' 861; פסק דין פרומר, הערה 298 לעיל, בפסקה 11.

379 ראו, למשל, פסק דין החברה לכבלים, הערה 304 לעיל, בע' 319; פסק דין דב בריח, הערה 304 לעיל, בע' 823; בג"צ יבין פלסט, הערה 298 לעיל; בר"ע יבין פלסט, שם, בע' 707; ג' טדסקי, "סודות עסקיים" הפרקליט לה (1987) 32. אף פסקי הדין טער, הערה 298 לעיל, בע' 878, ופרומר, שם, שהפנינו עוינות לתניות אי-תחרות, צויין בהם כי תניה הנחוצה להגנה על סודות עסקיים תקינים. סוד עסקי מוגדר, בסעיף 5 לחוק העוללות המסחריות, תשנ"ט-1999, כ"מידע עסקי, מכל סוג, שאינו נחלת הרבים ושאינו ניתן לגילוי כדין בנקל על ידי אחרים, אשר סודיותו מקנה לבעליו יתרון עסקי על פני מתחריו, ובלבד שבעליו נוקט אמצעים סבירים לשמור על סודיותו".

380 לאימוץ בפסיקה של האבחנה בין סוגים של סודות עסקיים הראויים לדרגה שונה של הגנה ראו פסק דין טרונגה, הערה 300 לעיל, בע' 810.

יתרון חברתי נוסף של תניות אי־תחרות, שמרבית הפסיקה מתעלמת ממנו, הוא עידוד הכשרה כללית יקרה. יתרון זה תקף במיוחד בהקשר של יחסי עובד-מעביד, אך גם הוא, כמו היתרון של סודות עסקיים, עשוי להיות רלבנטי גם לסוגים אחרים של תניות אי־תחרות. "הכשרה כללית" משמעותה הכשרה המקנה לאדם כישורים שהוא יכול לנצלם גם אצל מתחרים של הגורם שהעניק את ההכשרה (כגון שיעורי טיסה לטייסים של חברת תעופה, השתלמויות למפיצים העובדים עם ספק מסוים בענין שיווק המוצר ושירותים הנלווים אליו, וכו'). כאשר הצד שנהנה מן התניה מקנה לאחר הכשרה כללית יקרה, שהלה איננו יכול "לשלם" (או להתחייב לשלם) עבורה, הדבר יכול להצדיק את תניית אי־תחרות<sup>381</sup>. הסיבה היא שללא תניית אי־תחרות, עלולים תמריצי הצד הנהנה מן התניה להעניק את ההכשרה הכללית להיות תת־אופטימאליים מבחינה חברתית. במקרים רבים הוא לא יהיה מוכן לממן הכשרה כללית יקרה כאמור, אם יידע שמי שקיבל את ההכשרה ינצל כעבור זמן קצר את ההכשרה הכללית לטובת מתחריו של הצד שנהנה מן התניה<sup>382</sup>. מסקנה זו עומדת בניגוד לפסיקה המסורתית, שקבעה באופן עקבי כי "ידע כללי" או "הכשרה כללית" שרכש, למשל, העובד אצל מעבידו לא יוכלו להוות אינטרס מוגן המצדיק תניית אי־תחרות<sup>383</sup>.

בנוסף לעידוד הכשרה כללית, והגנה על סודות עסקיים, עשויים להיות לתניית אי־תחרות יתרונות נוספים, שגם אותם על בית המשפט לקחת בחשבון במסגרת אמידת סבירות התניה<sup>384</sup>. כך, למשל, אם הצד הנהנה מן התניה הוא פירמה קטנה ולא מבוססת בשוק, ומתחריו גדולים ומבוססים, תניית אי־תחרות, לפחות לתקופה מסוימת, יכולה לאפשר לו לצמוח ולהפוך לפירמה מבוססת, היכולה להוות חסם טוב יותר מפני כוח השוק (הכוח להעלות מחירים) של הפירמות המבוססות. כאן תניית אי־תחרות עשויה דווקא לשפר את תחרותיות השוק<sup>385</sup>.

381 ראו Rubin & Shedd, "Human Capital and Covenants not to Compete" 10 *J. Legal Stud.* 93 (1981); ד' גילה, הערה 32 לעיל, בע' 67-68.

382 ד' גילה, שם.

383 ראו, למשל, פסק דין החברה לכבלים, הערה 304 לעיל, בע' 319-320; ע"א 206/72 חייגן בע"מ נ' פאר, פ"ד כו(1) 567, 578; ע"א 1371/90 דחתי נ' גנור, פ"ד מד(4) 847, 854-855; בד"ע יבין פלסט, הערה 298 לעיל, בע' 233; פסק דין תבור, הערה 300 לעיל, בע' 227; פסק דין ברמן, הערה 305 לעיל, בע' 722; ע"א 136/56 פוקס נ' אילון את עניונו בע"מ, פ"ד יא(1) 358, 362; פסק דין רב בריח, הערה 304 לעיל, בע' 822. מאידך, פסק הדין של בית הדין הארצי לעבודה בענין פרומר, הערה 298 לעיל, בפסקה 15, פורץ דרך בכיוון הנכון בענין זה, בהזכירו הכשרה כללית יקרה כפועלת לטובת אישור התניה.

384 ראו ד' גילה, הערה 32 לעיל, בע' 69-71.

385 יתכן שכזו היתה תניית אי־תחרות שנפסלה (בלי ניתוח תחרותי של ממש) בפסק דין פרומר, הערה 298 לעיל, וכן הערה 336 לעיל וטכסט להערה זו. ראו גם ד' גילה, הערה 32 לעיל, בע' 70.

## התוצאות הנובעות מתניית אי־תחרות ומפסלותה

30.87 דינה של תניית אי־תחרות העומדת בתוקפה הוא כדין כל הוראה חוזית אחרת. במקרה של הפרה זכאי הנפגע לסעדים הרגילים בשל הפרת חוזה. כרגיל יהא הסעד המבוקש – צו מגיעה, אולם קיימת גם אפשרות לתבוע סעדים אחרים ובעיקר פיצויים<sup>386</sup>. מובן שאפשרויות אלה אינן קיימות אם התניה בטלה מחמת היותה מנוגדת לחוק ההגבלים או לתקנת הציבור. במקרה כזה מובן שאין מקום לסעד על הפרת אותה תניה. אולם במקרה כזה עלולות שאלות אחרות. שאלה אחת היא, האם ניתן "להציל" את התניה על ידי צמצומה לממדים שיאפשרו להכיר בתוקפה במסגרת המצומצמת. כך, נניח שעובד התחייב שלא לעבוד במפעל מתחרה במשך 5 שנים. נניח עוד שהגבלה זו היא בלתי סבירה ומנוגדת לתקנת הציבור, אולם ניתן היה להכיר בתוקפה (לרקע כל הנסיבות, לרבות מידת הפגיעה של התניה בתחרות בשוק הרלבנטי) אילו ניתנה ההתחייבות לשנה אחת בלבד. במצב זה, בהנחה שהתניה איננה מנוגדת לדיני ההגבלים העסקיים, קיימת אפשרות שבית משפט יישם את התניה תוך הגבלת תקופתה. בנוסף, הממונה על הגבלים, ובית הדין להגבלים עסקיים, כאשר הם דנים בשאלה אם לתת לתניה פטור או אישור, ראוי שגם הם יוכלו להפעיל עקרון זה ולתת פטור, או אישור, לפי הענין, לתניה המרוככת<sup>387</sup>.

שאלה אחרת נוגעת להשלכה שיש לפסלות ההתחייבות, אם אכן היתה ההתחייבות פסולה, על יתר הוראות החוזה. המגמה הכללית היא שאין הוראה פסולה מסוג זה פוגמת ביתר הוראות החוזה. ההנחה היא שהחוזה עוסק במגוון של נושאים (למשל, תנאי העסקתו של עובד או תנאי מכירה של עסק) החוזה עומד אפוא בתוקפו, כפוף לכך שנשלל תוקפה של ההוראה הפסולה. הצד, שההוראה נועדה לפעול לזכותו, יכול אמנם לגרום שהוא נתן תמורה עבור התחייבותו של הצד השני שלא להתחרות בו (למשל, שילם שכר גבוה יותר לעובד או שילם מחיר גבוה יותר לצד השני). אולם כרגיל אין שיקול זה מובא בחשבון, והכרזה על בטלותה של ההתחייבות איננה מזכה את מי שהתחייבות נועדה לטובתו, בהשבה<sup>388</sup>. מובן גם ששאלת ההשבה איננה מתעוררת במקרה שבו היו ההתחייבויות שלא להתחרות "הדדיות". אם שתי ההתחייבויות בטלות נוצר איזון בין הצדדים (אף אם התחייבותו של האחד היתה בעלת ערך גדול יותר מהתחייבותו

386 בענין האפשרות לתבוע השבת רווח ראו ד' פרידמן, דיני עשיית עושר 478 ואילך. הסוגיה תיבחן ביתר פירוט בכרך הרביעי של חיבור זה.

387 ראו ד' גילה, הערה 32 לעיל, בע' 108–111, לניתוח המסביר מדוע הפעלת עקרון "העפרון הכחול" האמור על ידי רשויות ההגבלים העסקיים חשוב לצורך מניעת אופורטוניזם של הצדדים החותמים על התניה.

388 מצב דומה קיים בהקשר לחוזים אחידים, כאשר נשללת תוקפה של הוראה בחוזה האחיד. כך גם במקרה שנשלל תוקפו של תנאי פטור מטעמי תקנת הציבור.

דיויד גילה

של האחר)<sup>389</sup>. שונים הדברים במקרה הנדיר שבו ניתנה תמורה חוקית נפרדת, בכסף או בשווה כסף, עבור ההתחייבות הפסולה. במקרה כזה קמה לכאורה זכות להשבת תמורה זו, כפוף לכוחו של בית המשפט לשלול את זכות ההשבה על יסוד סעיף 31 לחוק החוזים<sup>390</sup>. ניתן גם לתאר מקרים קיצוניים, שבהם לא נקבעה אמנם תמורה נפרדת עבור ההתחייבות שלא להתחרות, אך היא גרמה להגדלה משמעותית של המחיר ששילם הצד שלטובתו ניתנה התחייבות זו. במקרים אלה ניתן לשקול השבת המרכיב ששולם עבור ההתחייבות הפסולה כולו או חלקו.

389 כך היה המצב, כפי הנראה בדנ"א טבעול, הערה 3 לעיל, בע' 65, בפסקה 3 לפסק דינו של השופט חשין.

390 השבה מהווה תמריץ לביצוע החוזה הפסול. בענין שיקול זה ונימוקים לדחייתו ראו סעיף 29.102 לעיל.