

## האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד־הוק? הגיעה השעה לחצוץ בין הסדרים אופקיים לאנכיים

מאת

ד"ר דיויד גילה\*

### תקציר

הפסיקה הישראלית הרחיבה יתר על המידה את רשימת הכבילות שייראו כהסדר כובל בלי קשר לפגיעתן בתחרות, ובפרט כללה ברשימת הכבילות האלה גם הסדרים אנכיים – בין ספק ללקוחו. אולם הסדרים אנכיים עשויים להיות מונעים משלל הניעות (מוטיווציות) לגיטימיות, ופגיעתם בתחרות אינה מובנת מאליה. על־כן, הכתמה אוטומטית של הסדרים אנכיים ככובלים, בלי קשר לנסיבות המקרה, מניבה תוצאה אנומלית. הפסיקה מנסה לאחרונה לחמוק מתוצאה אנומלית זו בדרכים מלאכותיות, אד־הוק, המאמר מראה כי דרכים אד־הוק אלה לפתרון הבעיה אינן ראויות. כך, נסיון הפסיקה לאפשר לבעל מקרקעין ליצור הסדרים כובלים כלשהם עם פירמה המשתמשת במקרקעין אינו ראוי, באשר מקרקעין הם לא יותר מאשר תשומה לצורך עשיית עסקים, ככל תשומה או "חומר־גלם" אחר. פתרון אד־הוק אחר של הפסיקה היה בניסיון להשתמש באופן גורף בכלל של "זוטי־דברים" או בפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת־ערך. המאמר מזהיר מפני שימוש לא־נכון בכללים מעין אלה. בפרט, הכתמה אוטומטית של הסדרים אנכיים ככובלים, מחד גיסא, ופתיחת הדלת להכשרתם בעזרת פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת־ערך, מאידך גיסא, מעבירה, שלא בצדק, את נטל הראיה כי ההסדר אינו פוגע בתחרות אל הצד החפץ בהסדר. שנית, היעדר ההבחנה בין הסדרים אנכיים לבין ההסדרים האופקיים החמורים ביותר יוצר לא רק גישה מחמירה מדי כלפי ההסדרים האנכיים, אלא גם חשש לגישה מקילה מדי כלפי ההסדרים האופקיים החמורים ביותר. בפרט, גם ההסדרים האופקיים החמורים ביותר יוכלו אז ליהנות מפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת־ערך. המאמר מראה מדוע תוצאה זו אינה ראויה. הפתרון המוצע במאמר להתמודדות עם האנומליה שבפסיקה הוא לעקור אותה מהשורש באופן שיטתי: הסדרים אנכיים יוכלו להיות הסדרים כובלים רק לפי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים, קרי, רק אם הם עלולים לפגוע בתחרות, בענף רלוונטי כלשהו, באופן לא זניח. המאמר מסביר מדוע יש להחיל כלל זה אף על הכתבת מחירי מינימום, שאף המשפט המשווה נוהג כלפיהם כבהסדרים האופקיים החמורים ביותר. בתי־המשפט יידרשו לשם כך לניתוח כלכלי של שאלת הפגיעה בתחרות בענף הרלוונטי. לעומת זאת, סעיף 2(ב) לחוק,

\* מרצה, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל־אביב.

המכתים הסדרים ככובלים בלי קשר לפגיעתם בתחרות, יחול רק על ההסדרים האופקיים החמורים ביותר. פגיעתם של הסדרים אלה בתחרות מובנת מאליה כמעט, וקיימות הניעות לגיטימיות מעטות לעשותם. רוב ההסדרים האופקיים הללו ייכללו גם ברשימת הכבילות שלא יוכלו ליהנות מפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך. רק בהסדרים מעין אלה יהא בית-משפט אזרחי פטור מן הניתוח הכלכלי האומד את פגיעת ההסדר בתחרות בענף הרלוונטי.

א. מבוא

ב. תחולת סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים גם על הסדרים אנכיים והבעייתיות הכרוכה בה

1. פגיעת הסדרים אנכיים בתחרות אינה מובנת מאליה

(א) הסדרי בלעדיות

(ב) הכתבת מחירים מרביים

(ג) הכתבת מחירי מינימום או מכסות מרביות

ג. התמודדות הפסיקה עם הרחבת סעיף 2 באמצעות גדרות אד-הוק

1. פרשנות לא-תכליתית של הגדרת "הסדר כובל" לפי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים

2. כבילה הנוגעת בזכות השימוש במקרקעין

3. צמאונה המוגזם של הפסיקה לכלל של זוטי-דברים

(א) היתרון ברשימה צרה של כבילות שלא תוכל ליהנות מפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך

(ב) מהי רשימת הכבילות שלא יוכלו ליהנות מפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך?

(ג) יישום פטור הסוג להסדרים שפגיעתם קלת-ערך מצריך ניתוח כלכלי אמיתי

(1) קווים מנחים לניתוח הכלכלי של ההסדרים בעניין **א.מ. חניות**

I. מהו שוק המוצר הרלוונטי?

II. האם השוק הרלוונטי הוא לא-מקומי באופיו?

III. מי הם המתחרים המשמעותיים בשוק הרלוונטי?

ד. סיכום

## א. מבוא

מאמר זה בא להתריע על מגמה כללית לא-ראויה שמאפיינת את התפתחותם של דיני ההגבלים העסקיים בישראל. מחד גיסא, הפסיקה הרחיבה באופן חסר תקדים את רשימת ההסדרים שיראו אותם כהסדר כובל בלי קשר לפגיעתם בתחרות בענף הרלוונטי. בכך פרצה הפסיקה סכר וגרמה לשיטפון - ריבוי הסדרים תמימים ולא-פוגעניים המוכתמים

כהסדרים כובלים – שיטפון שהפסיקה עצמה אינה יודעת כיצד להתמודד עמו. נסיון ההתמודדות של בית-המשפט עם השיטפון שנוצר, בפסקי-דין שניתנו לאחרונה, נעשה על-ידי בניית גדרות אד-הוק המנסים לעצור את השיטפון. הגדרות אד-הוק לובשים צורות שונות. התחמקות אד-הוק אחת משיטפון ההסדרים הכובלים היתה, לאחרונה, בעניין ת"א (ת"א) 2011/02 יקבי רמת הגולן נ' שטרן,<sup>1</sup> בדמות פרשנות לא-תכליתית של הגדרת הסדר כובל לפי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988,<sup>2</sup> שלפיה סעיף זה חל, לכאורה, רק כאשר הפגיעה בתחרות היא בשוק של הצד הכבול על-ידי ההסדר. אך פרשנות זו מובילה לתוצאות אבסורדיות ברגע שמביאים בחשבון את הניתוח הכלכלי של השפעת הסדרי בלעדיות בין ספק ללקוח על התחרות.

התחמקות אד-הוק נוספת שניסתה לחסום את שטפון ההסדרים הכובלים מצויה בפסק-דינו של השופט ריבלין בעניין ע"א 3700/98 א.מ. הניות (ירושלים) 1993 בע"מ נ' עיריית ירושלים.<sup>3</sup> בפרשה זו נידון הסדר בין עיריית ירושלים, בעלים של מקרקעי חניון, לבין מפעיל החניון. ההסדר הכתיב למפעיל החניון מחיר ומכסה מרביים לגבי מנויים שהמפעיל ימכור. עולה מפסק-דינו של השופט ריבלין כי הוא היה נותן לבעל מקרקעין יד-חופשית לעשות הסדרים כובלים עם מי שמקבל זכות שימוש במקרקעין. מאמר זה טוען, לעומת זאת, שבהקשר ההגבלים העסקיים, מקרקעין הם לא הרבה יותר מאשר תשומה לצורך עשיית עסקים. על-כן אין הצדקה לראות במי שמשמש לצורך עסקיו במקרקעין של אחר את "ידו הארוכה" של בעל המקרקעין ובהגבלת פעילות המשתמש במקרקעין על-ידי בעל המקרקעין מעשה חד-צדדי של בעל המקרקעין. בהתאם, אין הצדקה לתת להסדרים כובלים עם בעל מקרקעין היתר רחב מזה שניתן במפורש על-ידי מחוקק חוק ההגבלים.

לבסוף, גדר אד-הוק נוספת שבית-המשפט נעזר בה לאחרונה בעניין א.מ. הניות על-מנת לנסות להתמודד עם אותו שיטפון של הסדרים כובלים היא דרך השימוש בכלל של זוטרי-דברים או בכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך), תשס"א-2001,<sup>4</sup> הפוטרים הסדר כובל אם פגיעתו בתחרות בענף הרלוונטי הינה זניחה. אנו מראים כי גם דרך זו הינה בעייתית מכמה בחינות. הבעיה הראשונה בדרך ניתוח זו היא שבית-המשפט בעניין א.מ. הניות יוצא מנקודת-המוצא (הבעייתית כשלעצמה) שהסדרים אנכיים (בין ספק ללקוחו, קרי מפיץ, רוכש של תשומה וכדומה) כובלים אוטומטית, בלי קשר לפגיעתם בתחרות. הסיבה שנקודת-המוצא זו הינה בעייתית

1 (לא פורסם), תקדין (2003/8), תקדין מחוזי 2002(3) 3379 (להלן: עניין יקבי רמת הגולן); וע"א 10638/02 שטרן נ' יקבי רמת הגולן (טרם פורסם), דינים ועוד (39), הלכות 07/03, דינים עליון סד 3. ראו גם את ההחלטה של בית-המשפט המחוזי בעניין ת"א (ת"א) 1160/03 שיקובטה סירו נ' לב אשדוד בע"מ (טרם פורסם), דינים ועוד (39), הלכות 07/03, דינים מחוזי לג(8) 1, המיישם פרשנות דומה לזו של עניין יקבי רמת הגולן.

2 ס"ח 1258 (להלן: חוק ההגבלים).

3 פ"ד נז(2) 590 (להלן: עניין א.מ. הניות).

4 ק"ת 6096 (להלן: פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך).

כשלעצמה היא שפגיעת הסדרים אנכיים בתחרות אינה מובנת מאליה כלל, וקיים שלל הניעות (מוטיווציות) לגיטימיות לעשייתם, שלא כמו בהסדרים האופקיים (הסדרים בין מתחרים או מתחרים-בכוח) מן הסוג החמור ביותר, שאין כמעט הניעות לגיטימיות לעשייתם מלבד הרצון לפגוע בתחרות.<sup>5</sup> בית-המשפט בעניין א.מ. חניות מוצא מזור לאנומליה שנוצרת מהכתמת כל ההסדרים האנכיים ככובלים אוטומטית בקביעה שהסדרים מעין אלה יוכלו, במקרה מתאים, ליהנות מפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך. אולם המאמר מראה כי מזור זה הינו בעייתי כשלעצמו. זאת משום שעל-פי גישה זו של בית-המשפט, במקרה של הסדרים אנכיים שבהם הפגיעה בתחרות אינה מובנת מאליה, נטל שאינו קל-ערך מוטל על הצד החפץ בהסדר להראות שפגיעתו בתחרות קלת-ערך; בעוד שהיה ראוי, כמו במשפט המשווה, שבמקרה של הסדרים אנכיים יוטל מלוא הנטל להראות שהסדר עלול לפגוע בתחרות בענפים הרלוונטיים על כתפי מי שתוקף את ההסדר.

הבעיה השנייה בדרך ניתוח זו של בית-המשפט בעניין א.מ. חניות היא שמן הניתוח של דעת הרוב בפרשה זו עולה כי פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך או הכלל של זוטי-דברים פתוחים לשימוש הן במקרה של הסדרים אנכיים והן במקרה של ההסדרים האופקיים החמורים ביותר. מנגד, כפי שהמאמר מראה, לא ראוי לפתוח את פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך להסדרים האופקיים החמורים ביותר.<sup>6</sup> כמו במשפט המשווה, ראוי שבמקרה של ההסדרים האופקיים החמורים ביותר יהיה בית-משפט אזרחי (להבדיל מן הממונה על ההגבלים העסקיים)<sup>7</sup> ובית-הדין להגבלים עסקיים) פטור מניתוח כלכלי של השפעת ההסדר על התחרות בשוק הרלוונטי, שהרי הפגיעה בתחרות בהסדרים חמורים מעין אלה מובנת מאליה.

לבסוף, המאמר מדגיש שאם בית-המשפט בוחר להסתמך על פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך, או על הכלל המקביל בדבר זוטי-דברים, מוטלת עליו החובה לנתח ניתוח כלכלי מעמיק המראה כי פגיעת ההסדר בתחרות בשוקים הרלוונטיים המושפעים ממנו הינה אכן קלת ערך. המאמר מראה כי בעניין א.מ. חניות, אף שדעת הרוב הכריעה על-סמך "פגיעה קלת ערך בתחרות", לא נעשתה כל בדיקה כלכלית מעין

5 אף-על-פי שכוונת הצדדים אינה רלוונטית לשאלה אם הסדר הינו כובל (כפי שעולה בבירור מהגדרת הסדר כובל בסעיפים 2(א) ו-2(ב) לחוק ההגבלים), העובדה שהסדרים אנכיים יכולים להיות מונעים משלל הניעות לגיטימיות מעידה שראוי לבחון כל הסדר אנכי לגופו, על-פי מעמד הצדדים בשוקים הרלוונטיים, המבנה של שוקים אלה והשפעת ההסדר עליהם לפני שמכתימים אותו ככובל. להבדיל מן ההסדרים האופקיים החמורים ביותר, שראוי לפוסלם אוטומטית, בלי קשר לניתוח הכלכלי האמור, וזאת מן הסיבות שאנו מפרטים במאמר.

6 המאמר גם מראה שכבר כיום, אם מפרשים נכון את פטורי הסוג, קיימת רשימה כזו של כבילות שלא תוכל ליהנות מפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך, לעיל הערה 4.

7 להלן: הממונה.

זו. לצורך המחשת הבעייתיות בהיעדר ניתוח מעמיק מעין זה, אנו מביאים קווים מנחים ליישום ניתוח כלכלי כזה על עובדות המקרה בעניין א.מ. חניות, ומראים שנסיבות כלכליות מסוימות (ולא בלתי-סבירות) היו יכולות להביא לידי מסקנה שהכבילות שנידונו בעניין א.מ. חניות עלולות לפגוע משמעותית בתחרות בענפים הרלוונטיים.

### ב. תחולת סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים גם על הסדרים אנכיים והבעייתיות הכרוכה בה

סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים חורץ את דינן של כבילות מסוג מסוים, הנכנסות לגדרו, כהסדרים כובלים, וזאת בלי קשר לפגיעתן בתחרות. סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים פורש בפסיקה, כפי שנראה להלן, בהרחבה רבה גם על הסדרים אנכיים.<sup>8</sup> כך, הסדרי בלעדיות, שספק מתחייב בהם כלפי לקוחו (כגון יצרן המשתמש בתשומה של הספק, מפיץ, קמעונאי וכדומה) כי ימכור רק לאותו לקוח ("הסדר הפצה בלעדית"), או שהלקוח מתחייב כלפי הספק כי ירכוש רק מאותו ספק ("הסדר רכישה בלעדית"), נפסקו כנכנסים לגדר סעיף 2(ב)3 לחוק ההגבלים, מאחר שנקבע כי הם מהווים חלוקה של השוק לפי "סוג האנשים" שהספק או הלקוח יעסקו עמם.<sup>9</sup> מאותה סיבה, הסדרים שבהם הספק מחלק את

8 גם סעיף 2(א) לחוק ההגבלים, הדורש, על-פי לשונו, פגיעה מסתברת בתחרות על-מנת שהסדר יהיה כובל על-פיו, פורש בפסיקה בהרחבה יתרה. כך, מהחלטת הממונה בדבר אישור מיזוג בתנאים - *Columbus Capital Corporation* מקבוצת קלארידג', לבין כור תעשיות בע"מ (1998, הגבלים עסקיים), 3001322, עולה כי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים מכתים כהסדר כובל כל שיתוף-פעולה בין מתחרים בלי קשר למעמדם בענף הרלוונטי. ראו גם מ' מזרחי "מיזום משותף כהסדר כובל" משפטים כג (תשנ"ד) 213; החלטת בית-הדין להגבלים עסקיים בה"ע 2/97 מזרחי נ' הממונה על ההגבלים העסקיים - פטור מאישור הסדר כובל עפ"י סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים (1999, הגבלים עסקיים), 3004577, פסקה 43 לפסק-הדין. כפי שציינתי במקומות אחרים (ראו ד' גילה "לקראת מדיניות משפטית חדשה כלפי תניות אי-תחרות" עיוני משפט כג (2000), 63, 112; ד' גילה "חווים המגבילים תחרות, הגבלים עסקיים, ומונופולין" חוזים (ד' פרידמן ונ' כהן עורכים, 2003, כרך ג) 635, גם לפרשנות מרחיבה ולא-תכליתית זו של סעיף 2(א) לחוק ההגבלים אין מקום, ועל הסעיף לחול רק על הסדרים העלולים לפגוע בתחרות בענפים הרלוונטיים.

9 ראו, למשל, החלטת הממונה בעניין הסדר כובל בהסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי תחנות תדלוק, ההגבלים העסקיים - החלטות הממונה ופסקי דין (הוצאת ועד מחוז תל-אביב, תשנ"ה, כרך א) 19 (להלן: עניין תחנות התדלוק); הסדר כובל בהתקשרויות לאספקה לרכישה של קמח כשר לפסח התשנ"ד - קביעה לפי סעיף 143 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, ההגבלים העסקיים - החלטות הממונה ופסקי דין (הוצאת ועד מחוז תל-אביב, תשנ"ה, כרך א) 57, 62-63; החלטת הממונה

לקוחותיו לטריטוריות בלעדיות, וקובע כי אל להם לפלוש האחד לטריטוריה של השני, או לתכני אוכלוסייה בלעדיים, גם הם נפסקו כהסדרים כובלים לפי סעיף 2(ב)3 האמור בלי קשר לפגיעתם בתחרות.<sup>10</sup> גם הסדר שבו הספק מכתבי ללקוח אילו מחירים לגבות מצרכנים נפסק כנכנס לגדר סעיף 2(ב)1, מאחר שמדובר בכבילה לגבי "המחיר שיידרש".<sup>11</sup> לבסוף, הסדר שבו הספק מכתבי ללקוח את כמות המוצרים, רואים גם אותו, אנלוגית, כהסדר כובל על-פי קו-מחשבה זה, וזאת מכוח סעיף 2(ב)4 לחוק ההגבלים, הקובע כי כבילה לגבי כמות המוצרים היא הסדר כובל. זו גם גישתו הבסיסית של השופט אור (וייתכן שגם של השופט טירקל, המצטרף בהנמקתו לשופט אור) בעניין א.מ. הניו.<sup>12</sup> לדעתנו, ראוי שסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, המכתיב הסדרים ככובלים אוטומטית, יחול רק על סוגים חמורים של הסדרים אופקיים בין מתחרים, שהסברתם שלא על רקע הרצון להגביל את התחרות בענף הרלוונטי קשה עד כדי כך שדיני ההגבלים העסקיים מגנים אותם אוטומטית. כאלה הם, למשל, הסדרים לקביעת המחיר, הכמות או האיכות בין מתחרים, או הסדרים לחלוקת השוק בין מתחרים (או מתחרים-בכוח). אף שייתכנו מקרים חריגים שתהיה בהם הצדקה חברתית להסדרים מעין אלה,<sup>13</sup> ומקרים כאלה אכן יהיו

בעניין הסדרים כובלים בין יצרני אריזות מקרטון גלי - קביעה לפי סעיף 43 לחוק ההגבלים העסקיים, ההגבלים העסקיים - החלטות הממונה ופסקי דין (הוצאת ועד מחוז תל-אביב, תשנ"ו, כרך ב' 66, 70; ה"פ 267/97 ברמן נ' ניקוטרון בע"מ (1998), הגבלים עסקיים), 3001472 (להלן: עניין ברמן); ה"ע 469/98 דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' תחנת דלק באר יעקב (2001, הגבלים עסקיים), 3010588, פסקות 67-68.

10 ראו עניין ברמן, שם. גורם שמרכז את האיסור הגורף האמור על הסדרי בלעדיות למיניהם, לרבות חלוקת לקוחות לטריטוריות בלעדיות, תחת תנאים מסוימים התלויים במעמדם של הספק או הלקוח בשוק, בשאלה אם הם מתחרים זה בזה או בכבילות נוספות שנטלו על עצמם, הוא כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי רכישה בלעדית), תשס"א-2001, ק"ת 6096 (להלן: פטור סוג להסכמי רכישה בלעדית) וכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית), תשס"א-2001, ק"ת 6069 (להלן: פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית). אולם תחולת פטורי סוג אלה צרה למדי. כך, למשל, אין הם חלים אם הספק והלקוח, או חברות הקשורות אליהם, מתחרים זה בזה בענף כלשהו. ראו גילה, לעיל הערה 8, בע' 660-663, 665-668. נוסף על כך ראו את הסייג המצוי בסעיף 3(6) לחוק ההגבלים, הפוטר, במקרים מסוימים, הסדרי בלעדיות הדדית. גם סייג זה פורש בפסיקה בצמצום. ראו גילה, שם, בע' 679-681.

11 ראו החלטת הממונה בעניין חברת ישראלכרט בע"מ - קביעה לפי סעיף 43 לחוק ההגבלים העסקיים הסדר כובל בהסכם ספק, ההגבלים העסקיים - החלטות הממונה ופסקי דין (הוצאת ועד מחוז תל-אביב, תשנ"ו, כרך ב' 56, 62 (להלן: עניין ישראלכרט).

12 לעיל הערה 3.

13 ראו, למשל: *Broadcast Music Inc. v. Columbia Broadcasting System Inc.*, 441 U.S. 1, 99 S.Ct. 1551 (1979), שבו אישר בית-המשפט העליון בארצות-הברית תיאום

ראויים להכשר פרטני על-ידי גוף המוסמך לכך.<sup>14</sup> לעומת זאת, לעשיית הסדרים אנכיים בין ספק ללקוח קיימים מניעים טבעיים רבים שאינם קשורים במקרים רבים לפגיעה בתחרות בענף הרלוונטי. אכן, אף שהסדרים אנכיים עלולים לפגוע בתחרות במקרים מסוימים, כפי שאנו מראים במקום אחר,<sup>15</sup> השאלה תלויה באופן חיוני במעמד הספק והלקוח בשווקים שלהם, מעמד מתחריהם ופרמטרים ספציפיים אחרים של השווקים הרלוונטיים.

לא רק שפרשנות מרחיבה זו של סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים אינה ראויה לדעתנו לגופה, אלא שהיא הגורם העיקרי, לדעתנו, שגרם לתגובת-הנגד בפסיקה, שתוארה במבוא: הפרשנות המרחיבה האמורה יצרה שיטפון של הסדרים כובלים שאינם פוגעים כלל בתחרות, ועתה הפסיקה מנסה למצוא דרכים מלאכותיות אד-הוק לחסום שיטפון זה. בטרם נפרט את הבעייתיות שבדרכים אד-הוק אלה לחסימת השיטפון, נראה מדוע מקור השיטפון – החלת סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים גם על הסדרים אנכיים – ראוי לביטול. אם תאומן דעתנו, שתפורט להלן, כי אין מקום להחיל את סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים על הסדרים אנכיים, ממילא יגווע מקורו של שטפון ההסדרים הכובלים, ולא יהיה צורך בפתרונות אד-הוק, שאינם ראויים כשלעצמם, שנמצאו בפסיקה שניתנה לאחרונה.

## 1. פגיעת הסדרים אנכיים בתחרות אינה מובנת מאליה

בפסיקה זו נסביר את שורש הבעייתיות שבהכמת הסדרים אנכיים ככובלים אוטומטית בלי קשר לפגיעתם בתחרות בענפים הרלוונטיים, הווה אומר, נסביר מדוע פגיעת ההסדרים האנכיים לסוגיהם בתחרות אינה מובנת מאליה כמו הפגיעה בהסדרים האופקיים החמורים ביותר.

---

מחירים בין יוצרים חברי ארגון זכויות יוצרים בשל הרצון לשמור על קניינם הרוחני. בארצות-הברית, שלא כמו בחוק ההגבלים הישראלי, שיקולים חברתיים, כגון הרצון להגן על קניין רוחני, נכללים בניתוח עצם השאלה אם ההסדר הינו כובל. בישראל ייחד המחוקק במפורש שיקולים חברתיים (חוק-תחרותיים) המצדיקים הסדר כובל רק להליך של אישור מראש של ההסדר לפני בית-הדין להגבלים עסקיים, ואין שיקולים אלה משליכים על השאלה אם ההסדר הינו כובל, שנחתכת רק על-סמך שיקולים תחרותיים.

14 גם כבילות מן הסוג החמור ביותר יכולות לקבל בישראל פטור מראש מן הממונה, והתנאי העיקרי לכך הוא שפגיעתן בתחרות בענפים הרלוונטיים אינה משמעותית (על-פי סעיף 14 לחוק ההגבלים), והן עשויות לקבל אישור מראש מבית-הדין להגבלים עסקיים אם בהסדר יש יתרונות חברתיים הגוברים על הפגיעה בתחרות (על-פי סעיף 9 לחוק ההגבלים).

15 ראו ד' גילה כבילה הפוגעת בתחרות בין הצד הנהנה ממנה למתחריו (2003), עתיד להתפרסם.

## (א) הסדרי בלעדיות

קיימים כמה סוגים של הסדרי בלעדיות. בהסדרי רכישה בלעדית ("exclusive dealing"; "exclusive purchasing"), לקוח מתחייב לרכוש מוצר או שירות, לתקופה מסוימת, אך ורק מספק מסוים, ולא מן הספקים המתחרים. לצורך בהירות הניתוח, נכנה את הלקוח להלן *מפיץ*, אם כי הניתוח תקף עקרונית גם ליחסים אנכיים שונים מיחסי ספק-מפיץ, כגון היחסים בין ספק תשומה לפירמה הרוכשת את התשומה, וכדומה. כפי שצינו לעיל, החשש העיקרי לפגיעה בתחרות בהסדר רכישה בלעדית הוא שההסדר יפגע בתחרות על-ידי מניעת כניסתם של ספקים חדשים לשוק או על-ידי סילוק או צימוק הפעילות של ספקים מתחרים. כך, בעניין תחנות התדלוק<sup>16</sup> למשל, היו רוב תחנות הדלק כבולות בהסדרי רכישה בלעדית לטווחים ארוכים, של כארבעים עד חמישים שנה, לשלוש חברות-הדלק: פו, דלק וסונול. כפי שקבע הממונה, הסדרי בלעדיות אלה היוו חסם בפני כניסתן של חברות-דלק חדשות לשוק ובפני התרחבות של חברות דלק קטנות. חברת דלק זקוקה לתחנות תדלוק לשם מכירת הדלק לצרכנים. הקמת תחנות-דלק חדשות כרוכה בעלויות נכבדות ובקשיי רישוי. על-כן, כבילה של תחנות רבות בהסדרי בלעדיות ארוכי-טווח יכולה להפוך כניסה לשוק הדלק לבלתי-רווחית לנכנסים חדשים.

עם זאת, הפגיעה בתחרות בהסדרי רכישה בלעדית אינה מובנת מאליה. תנאי חיוני לפגיעה בתחרות הוא ששוק הספקים יכלול מתחרים משמעותיים מעטים (אחרת, צימוק או סילוק ספקים אחדים או חסימת כניסתם אינם פוגעים משמעותית בתחרות, שהרי קיימים ממילא די ספקים משמעותיים), שאחוז גדול מהמפיצים "תפוס" על-ידי הסדרי בלעדיות או הסדרים אנלוגיים, שהמפיצים הלא-תפוסים הם בעלי ביקושים נמוכים יחסית, שכניסה מקבילה של ספק לענף ההפצה יקרה יחסית וקשה עקב עלויות כניסה נכבדות, קשיי רישוי וכדומה. הווה אומר, במקרים רבים לא יפגעו הסדרי רכישה בלעדית משמעותית בתחרות, והשאלה מחייבת ניתוח פרטני של השוק.

אכן, ספקים רבים יבקשו ליהנות מבלעדיות מול המפיצים שלהם, גם כאשר מטרתם אינה לפגוע בתחרות בענף הרלוונטי, משום שבהסדרי רכישה בלעדית גלומים במקרים רבים יתרונות מבחינת יעילות ההפצה וההספקה, המתורגמים בדרך-כלל גם ליתרונות חברתיים. הווה אומר, שלא כמו הסדרים אופקיים מן הסוגים החמורים יותר, כגון תיאום מחירים בין מתחרים או חלוקת שוק בין מתחרים, עצם העובדה שנכרת הסכם רכישה בלעדית אינה מצביעה כשלעצמה על הסתברות גבוהה לפגיעה בתחרות, שהרי קל במקרים רבים להצביע על הניעות לגיטימיות לעשיית הסדרי רכישה בלעדית. אף-על-פי שצר המקום ברשימה זו מלפרט יתרונות אלה,<sup>17</sup> מדובר ביתרונות הקשורים לדרבון הספק להשקיע השקעות המשפרות את ההתקשרות עם המפיץ, אך יורדות לטמיון אם המפיץ מתקשר בתוך זמן קצר מדי עם ספקים מתחרים. השקעות מעין אלה כוללות, בין היתר,

16 לעיל הערה 9.

17 ראו, למשל: P. Areeda & L. Kaplow *Antitrust Analysis* (New York, 5th ed., 1997) 770-773.



קידום מכירות על-ידי הספק המפנה צרכנים למפיץ ספציפי, הכשרת המפיץ, השקעה בתשתית עסקו של המפיץ, השקעה במוניטין של הספק וכיוצא בזה. משום כך אין פלא שבמשפט המשווה נוהגים ליישם על הסדר רכישה בלעדית "כלל סבירות", להבדיל מאיסור "per se". הוזה אומר, הסדר רכישה בלעדית במשפט המשווה מהווה הסדר כובל רק אם ניתוח פרטני של השוק הרלוונטי מעיד שקיימת פגיעה לא־זניחה בתחרות, וכי אין יתרונות חברתיים המצדיקים את פגיעת ההסדר בתחרות.<sup>18</sup> כלומר, הן במשפט האמריקאי והן במשפט של הקהילייה האירופית אין את ורע לפסיקה הגורפת הקיימת אצלנו, המפרשת הסדר רכישה בלעדית ככלול בנשימה אחת עם ההסדרים האופקיים החמורים ביותר.

סוג נוסף של הסדר בלעדיות שהוכתם על-ידי הפסיקה הישראלית ככלול ברשימת הכבילות שייראו כהסדר כובל בלי קשר לפגיעתן בתחרות הוא הסדר הפצה בלעדית (sole outlet, exclusive distribution). כזכור, זה הסדר שלפיו ספק מתחייב כלפי מפיץ שהוא ימכור רק לאותו מפיץ. גם במקרה של הסדר הפצה בלעדית אין הפגיעה המסתברת בתחרות בענף הרלוונטי מובנת מאליה, אלא תלויה באופן חיוני בעובדות המקרה, מאידך גיסא, קיימות הניעות לא־מעטות שאינן קשורות לפגיעה בתחרות בענף היכולות להסביר מדוע ספק ומפיץ מגיעים להסדרי הפצה בלעדית.<sup>19</sup> הסיבה שהפגיעה בתחרות בענף אינה מובנת מאליה היא שההסדר משפיע באופן ישיר רק על תחרות בין מפיצי המוצר או השירות של הספק המקנה את הבלעדיות, ורק לעיתים הוא משליך על התחרות בין הספק לבין מתחריו. ניתוח כלכלי מראה כי התחרות בין מפיצי המוצר או השירות של ספק מסוים אינה משליכה בדרך־כלל על המחיר לצרכן.

18 ראו בארצות־הברית: *Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co.*, 365 U.S. 320, 327, 81 S.Ct. 623 (1961); *Maris Distrib. Co. v. Anheuser-Busch, Inc.*, 302 F.3d 1207, 1218 (2002); *Minnesota Ass'n of Nurse Anesthetists v. Unity Hosp.*, 208 F.3d Case no. 23/67 *Brasserie de* ראו: 655, 660, 661 (2000) ובקהילייה האירופית ראו: *Haecht I v. Wilkin and Wilkin*, 1967 ECR 407; Case no. C-234/89 *Delimitis v. Henniger Brau AG*, 1991 ECR I-935 באירופה קיים גם פטור סוג הפוטר אוטומטית חלק מהסדרי הרכישה הבלעדית. ראו: Commission Regulation (EC) No 1582/97, 1997 OJ L 214, 30 July 1997. אולם העובדה בלבד שקיים פטור סוג לחלק מהסדרי הרכישה הבלעדית בקהילייה האירופית אינה גורמת לפסילה אוטומטית של הסדרי רכישה בלעדית שאינם נהנים מפטור הסוג. כך ראוי שיהא הדין גם בישראל. אף שקיים פטור סוג להסדרי רכישה בלעדית (לעיל הערה 10), גם הסדרי רכישה בלעדית שאינם נכנסים לגבי הדרישות המחמירות והכוללניות של פטור הסוג ראויים שתיבדק פרטנית פגיעתם בתחרות בענף לפני שיוכתמו כהסדרים כובלים.

19 ראו, למשל: D. Gilo "Retail Competition Percolating through to Suppliers-and the use of vertical integration, tying and vertical restraints to stop it" 20 *Yale Journal on Regulation* (2003) 25, 54-56

נדגים נקודה זו, בקצרה, באמצעות שתי דוגמות. בדוגמה הראשונה, לספק מתחרים רבים ולמפיץ מתחרים רבים, וכל ספק מוכר את המותג שלו, שמתחרה במותגים שהספקים האחרים מוכרים. נניח שספק א מתחייב למכור את המוצר שלו (מותג א) רק למפיץ א. העובדה שאין מפיץ אחר המוכר את מותג א אינה פוגעת במחיר לצרכן, משום שאם יעלה מפיץ א את מחירו של מותג א, יוכלו הצרכנים לרכוש בנקל, במחיר נמוך יותר, את המותגים המתחרים, למשל אצל המפיצים המתחרים או אף אצל מפיץ א. על-כן מפיץ א אינו מסוגל לנצל לרעה את העובדה שהוא המפיץ הבלעדי של מותג א, והוא ידרוש מחירים תחרותיים.

בדוגמה השנייה נניח שספק א הוא הספק היחיד בשוק, וכי אין לו מותגים מתחרים. כאשר הספק נותן בלעדיות למפיץ א, האם יכול המחיר לצרכן להיפגע? למרבה ההפתעה, ניתוח כלכלי מעמיק מראה שגם כאן התשובה אינה מובנת מאליה. גם אם הספק המונופוליסטי מוכר לכמה מפיצים מתחרים, הספק שולט במחיר לצרכן באמצעות המחיר הסיטוני שהוא דורש מן המפיצים. אם התחרות בין המפיצים מובילה למחיר לצרכן שמתחת למחיר האופטימלי מבחינת הספק (המחיר המונופוליסטי), כל שעל הספק לעשות על-מנת להעלות את המחיר לצרכן עד למחיר המונופוליסטי הוא להעלות את המחיר הסיטוני שהוא דורש מהמפיצים. המפיצים יאלצו להעלות את המחיר לצרכן, שהרי עלויותיהם השוליות לרכישת כל יחידה גבוהות יותר. אומנם, כאשר הספק נותן בלעדיות למפיץ אחד, התחרות בין המפיצים נעלמת, המפיצים האחרים נפגעים, והמפיץ זוכה ביכולת להעלות מחירים, יכולת שלא היתה לו לפני-כן. אולם, מודלים כלכליים מנבאים שהספק והמפיץ ינהלו משא-ומתן שיעמיד את המחיר לצרכן על מחיר שאינו גבוה מהמחיר המונופוליסטי.<sup>20</sup>

לכאורה, המסקנה מדוגמות אלה היא שאין בהסדר הפצה בלעדית כדי לפגוע בתחרות בשום מקרה.<sup>21</sup> עם זאת, תיאוריות כלכליות חדישות יותר מוצאות שכאשר קיימים בשוק

20 הווה אומר, על-מנת להשיא את רווחיהם המשותפים, הספק והמפיץ שואפים לקבוע מחיר לצרכן כאילו הם פירמה אחת, ואז לחלק ביניהם את רווחיהם המשותפים באמצעות החוזה שביניהם. הם יכולים לעשות זאת, למשל, על-ידי הסדר זיכיון, שבו הספק מסכים למכור למפיץ הבלעדי במחיר השווה לעלות השולית של הספק, ובתמורה להנחה זו המפיץ משלם לספק דמי זיכיון קבועים. או אז יקבע המפיץ את המחיר המונופוליסטי לצרכן, או לעיתים, כפי שניתן להראות והיריעה צרה כאן מלפרט, אף מחיר נמוך יותר, והכוח המונופוליסטי לקביעת מחירים שהיה לפנים לספק "מועבר" עתה למפיץ. ראו: G.F. Mathewson & R.A. Winter "An Economic Theory of Vertical Restraints" 15 *Rand J. of Econ.* (1984) 27

21 אכן, היו כלכלנים שהטיפו נחרצות כי הסדרים מעין אלה אינם פוגעים כלל בתחרות. ראו, למשל: P. Areeda & D.F. Turner *Antitrust Law – An Analysis of Antitrust Principles and their Applications* (New York, 2nd ed., 2002, Vol. 3) 725B, 297–298; R.H. Bork *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself* (New Haven, 1978) 289. טענות דומות נשמעו בהקשר האנלוגי של סירוב הספק לספק

ספקים ומפיצים מעטים, הסדר הפצה בלעדית עלול, במקרים מסוימים, לפגוע בתחרות, הן בענף המפיצים והן בענף הספקים. הפגיעה תלויה במרכיבים רבים, הספציפיים לשוק הנידון, כגון כושר הייצור של הספקים המתחרים, אופי התחרות בין המפיצים של המותגים השונים לבין עצמם, השאלה אם ספקים יכולים לפתח מוניטין של מי שאינם נותנים הנחות למפיצים וכולי.<sup>22</sup> על קצה המזלג, כאשר קיימת תחרות בין המפיצים של הספק, ניתן להראות כי במקרים מסוימים הספק שבוי בתמריץ אופורטוניסטי להעניק הנחות למפיץ אחד על-חשבון מפיץ אחר, תופעה שיש בה כדי להוריד מחירים סיטוניים וקמעוניים – לטובתם של הצרכנים. מכיוון שהפצה בלעדית היא דרך למנוע תחרות בין מפיצים של הספק, היא מאפשרת לספק להתחייב באופן אמין לא לתת הנחות למפיץ אחד על-חשבון מפיץ אחר, ובכך להעלות את המחירים הסיטוניים והקמעוניים. עם זאת, אף שפגיעה מסתברת ובלתי-זניחה בתחרות אפשרית בהסדרי הפצה בלעדית, אין היא מובנת מאליה כלל כמו בהסדרים האופקיים החמורים ביותר.

יתר על-כן, גם הסדרי הפצה בלעדית, כמו הסדרי רכישה בלעדית, יכולים להיות מונעים על-ידי הניעות לגיטימיות רבות שאינן קשורות לרצון כלשהו לפגוע בתחרות בענף הרלוונטי. כך, למשל, הסדר הפצה בלעדית נחוץ לעיתים כדי לעודד קידום מכירות יעיל מצד המפיץ, השקעה בשירותים הניתנים לאחר המכירה ולפניה, השקעה במוניטין של המפיץ וכדומה. החשש הוא, בין היתר, שאם תאפשר תחרות בין מפיצים של אותו מותג, ייעלמו התמריצים של המפיץ להשקיע השקעות אלה מחשש שמפיצים מתחרים, שאינם משקיעים השקעות כאלה, יתפסו נסיעת-חינם מכוח השקעותיו של המפיץ.<sup>23</sup>

המסר מניתוח זה הוא שאין שום הצדקה להכתים הסדר הפצה בלעדית כהסדר כובל בלי קשר לניתוח הפגיעה בתחרות בשוק הרלוונטי נשוא ההסדר הספציפי. אכן, בדיני ההגבלים העסקיים של ארצות-הברית והקהילייה האירופית, הסדר הפצה בלעדית אינו נחשב לאסור *per se*, אלא גם הוא, כמו הסדר רכישה בלעדית שנדון לעיל, מנותח על-פי כלל סבירות הבודק את מידת פגיעתו בתחרות בשוק הרלוונטי ופרמטרים אחרים לפני הכתמת ההסדר ככובל.<sup>24</sup>

J. Cirace "An Economic Analysis of Antitrust Law's Natural Monopoly Cases" 88 *W. Va. L. Rev.* (1985–1986) 677, note 197 and accompanying text; C.R. Andres "Refusals to Deal by Vertically Integrating Newspaper Monopolists: *Paschall v. Kansas City Star Co.*" 11 *Wm. Mitchell L. Rev.* (1985) 527, note 170 and accompanying text  
 22 ראו: Gilo, *supra* note 19, at pp. 54–56.  
 23 ראו, למשל; 3 *J. L.* L.G. Telser "Why Should Manufacturers Want Fair Trade?" 86 *Econ.* (1960)  
 24 ראו בארצות-הברית, למשל: 138 F. *Schwing Motor Co. v. Hudson Sales Corp.*, 138 F. Supp. 899 (1956, C.D. Md.), *aff'd*, 239 F.2d 176 (1956), cert. denied, 355 U.S. 823, 78 S.Ct. 30 (1957); *Packard Motor Car Co. v. Webster Motor Car Co.*, 243 F.2d 418 (1957), cert. denied, 355 U.S. 822, 78 S.Ct. 29 (1957) בקהילייה

גם הסדרים שבהם הספק מוכר למפיצים אחדים בשוק הרלוונטי, אך כל מפיץ נהנה מבלעדיות באיזור גיאוגרפי מסוים או לגבי חתך אוכלוסייה מסוים (להלן: חלוקה טריטוריאלית), נידונים באופן אנלוגי להסדר שבו הספק מתחייב למכור למפיץ אחד בשוק הרלוונטי. מחד גיסא, גם חלוקה טריטוריאלית מוגדרת בפסיקה הישראלית, כאמור לעיל, כ"חלוקת שוק" הנכנסת לגדר סעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים, והמהווה לפיכך הסדר כובל בלי קשר לפגיעה בתחרות. מאידך גיסא, גם בחלוקה טריטוריאלית הפגיעה בתחרות אינה מובנת מאליה כלל. נהפוך הוא, קיימות פחות תיאוריות כלכליות המבססות פגיעה בתחרות בחלוקה טריטוריאלית של השוק הרלוונטי בין מפיצים אחדים מאשר במקרה שבו הספק מתחייב למכור רק למפיץ אחד בשוק הרלוונטי כולו.<sup>25</sup> ההניעות הלגיטימיות שהוזכרו לעיל לעניין הסדר הפצה בלעדית חלות גם לגבי חלוקה טריטוריאלית. לבסוף, גם במקרה של חלוקה טריטוריאלית אין המשפט המשווה מכתים את ההסדר אוטומטית כהסדר כובל, אלא דן בו במסגרת כלל הסבירות.<sup>26</sup>

#### (ב) הכתבת מחירים מרביים

אחד ההסדרים שנידונו בעניין א.מ. חניות הוא הכתבת המחיר המרבי שא.מ. חניות רשאית לגבות ממנויים. נקודת-המוצא של השופט אור (וכנראה גם של השופט טירקל) היא, כאמור לעיל, שמדובר בהסדר כובל לפי סעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים, מאחר שמדובר בכבילה לגבי המחיר. גם במקרה של הכתבת מחיר מרבי, כמו במקרה של הסדרי בלעדיות שנידונו לעיל, גישת הפסיקה הישראלית כי מדובר בהסדר כובל בלי קשר לפגיעתו בתחרות הינה אנומלית. כאשר הספק מכתים למפיצים מחיר מרבי, שאל להם לגבות גבוה ממנו, אין ההסדר פוסל תחרות בין המפיצים והורדת המחיר הקמעוני אל מתחת למחיר המרבי. מבחינה זו, ההיגיון הבריא אומר שהכתבת מחיר מרבי יכולה רק

האירופית, כלל הסבירות חל לגבי התחייבות של הספק כלפי מפיץ כי באיזור שבו קיבל המפיץ בלעדיות, לא יספק הספק את המוצר שלו לצרכנים סופיים או למפיצים מתחרים. ראו: *Case no. 56/65 Societe Technique Miniere v. Maschinenbau Ulm GmbH*, 1966 ECR 235. קיים באירופה גם פטור סוג לסוג כזה של הסדרים, בתנאים מסוימים. ראו: *Commission Regulation (EC) No 1582/97, supra note 18*. אומנם, דיני הקהילייה האירופית מתייחסים בחומרה יתרה למגבלות חריפות יותר על הספק, המחייבות אותו למנוע "יבוא מקביל" של המוצר על-ידי מפיצים שמחוץ לטריטוריה של המפיץ הבלעדי. ראו, למשל, החלטת הנציבות האירופית בעניין: *Volkswagen, O.J.*, L124, 25 April 1998. נראה שגם פטור הסוג הישראלי להפצה בלעדית אינו חל על מגבלות מעין אלה למניעת "יבוא מקביל". ראו פטור הסוג להסכמי הפצה בלעדית, לעיל הערה 10.

25 הסיבה לכך היא שהתחייבות למכור למפיץ אחד בלבד עלולה לפגוע במבנה של שוק ההפצה, בעוד שחלוקה טריטוריאלית בין מפיצים אינה עלולה לפגוע במבנה השוק.

26 ראו בארצות-הברית: *Continental T.V. v. GTE Sylvania*, 433 U.S. 36, 97 S.Ct. 2549 (1977), ובקהילייה האירופית את ההלכות המאוזכרות לעיל, בהערה 24.

להוריד את המחיר לצרכן (על-ידי דיכוי רצונו של המפיץ להעלות מחירים), ולא להעלותו.

אכן, אף שהפסיקה האמריקאית ראתה, בתחילה, הסדרים להכתבת מחיר מרבי בעין לא יפה, ואסרה עליהם באיסור *per se*,<sup>27</sup> הפך בית-המשפט העליון האמריקאי הלכה זו כעבור עשרות שנים, וקבע שיש ליישם לגבי הכתבת מחיר מרבי (להבדיל מהכתבת מחיר מינימום) את כלל הסבירות.<sup>28</sup> זאת לאור התפיסה שהכתבת מחירים מרביים יש בה דווקא כדי לרסן את המחיר הקמעוני, ולא להעלותו.<sup>29</sup> התיאוריה הכלכלית המודרנית עלולה אומנם, במקרים מסוימים, להצביע על תוצאים (אפקטים) אנטי-חרותיים של הכתבת מחירים מרביים,<sup>30</sup> אולם תוצא (אפקט) אנטי-חרותי זה רחוק מלהיות מובן מאליו, והוא תלוי בפרמטרים של השוק הרלוונטי. מכאן שהגישה האמריקאית, המיישמת כלל סבירות ובודקת את נתוני השוק הרלוונטי ואת הצדדים המעורבים, הינה במקומה כשמדובר בהכתבת מחירים מרביים. על-כן, ביקורתנו על ניתוח המחירים המרביים שהוכתבו בעניין א.מ. חניות דומה לביקורתנו הנוגעת בגישת הפסיקה כלפי הסדרי בלעדיות: במקום להניח אוטומטית כי מדובר בהסדר כובל, כפי שעשו השופטים אור וטירקל, ואז לפתור את האנומליה שבתוצאה זו באמצעות פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך, היה ראוי להתייחס אל הסדר הכתבה של מחיר מרבי כאל הסדר כובל רק על-פי סעיף 2(א): רק אם ניתוח כלכלי מראה כי במקרה הקונקרטי, ההסדר עלול לפגוע, באופן

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

28 ראו: *State Oil Company v. Khan*, 522 U.S. 3, 118 S.Ct. 275 (1997) (להלן: עניין *Khan*). גם מפטורי הסוג בישראל עולה גישה מקילה כלפי הכתבת מחירים מרביים. אומנם, ההוראות הכלליות של פטורי הסוג שוללות לכאורה את תחולת פטורי הסוג – אלא אם נאמר במפורש אחרת בפטור סוג מסוים – על "תיאום מחירים... או הכתבתם" מבלי להבחין בין הכתבת מחירים מרביים לבין הכתבת מחירי מינימום (סעיף 14(1) לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), תשס"א–2001, ק"ת 6096) (להלן: פטורי הסוג הוראות כלליות). ראו גם להלן פסקה ב1(ג), אולם בפטור הסוג להסדרי הפצה בלעדית נאמר כי "הסכם לעניין המחיר המרבי שייגבה בעד המוצר" אינו שולל את תחולת פטור הסוג הנ"ל (ראו סעיף 3(ה) לפטור הסוג להסכמי הפצה בלעדית, לעיל הערה 10).

29 *Khan, ibid*, at p. 15.

30 ראו: *Gilo, supra note 19*, at pp. 61–62. בפרט, מכיוון שהכתבת מחירים מרביים יש בה כדי להקטין את רווחי המפיצים ממכירות, ניתן להראות כי יש בה כדי להקטין את התמריץ האופורטוניסטי של הספק להעניק הנחות למפיץ אחד על-חשבון מפיץ אחר. זאת משום שהתמריץ האמור למתן הנחות ניזון מרצונם של ספק ומפיץ המקבל את ההנחה לחטוף חלק מן הרווחים ממכירות של המפיץ אחר. אם כך, גם הכתבת מחירים מרביים יכולה לסייע לספק להתחייב למחירים סיטוניים גבוהים יותר. מחירים סיטוניים גבוהים יותר מביאים עמם גם מחירים קמעוניים גבוהים יותר.

לא־זניה, בתחרות בשוק הרלוונטי. או אז היה מתייחר הצורך לדון בהכתבת מחירים מרביים על פי פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת־ערך.

### (ג) הכתבת מחירי מינימום או מכסות מרביות

כבילה נוספת שנידונה בעניין א.מ. חניות היתה הכתבת המכסה המרבית של מנויים ש.א.מ. חניות היתה רשאית למכור. באופן עקרוני, להכתבת מכסה מרבית יש תוצאה דומה להכתבת מחיר מינימום. בהינתן ביקוש למוצר, הכמות המסופקת לצרכנים והמחיר הנדרש מהם הם תמונת־ראי זה לזה. מכיוון שהביקוש למוצר יורד ככל שמחירו גבוה יותר, ומכיוון שהגבלת הכמות המסופקת גוררת עודף ביקוש על היצע, הגורר מחיר גבוה יותר, הכתבת מחיר מזערי משולה עקרונית להכתבת כמות מרבית, ולהיפך.<sup>31</sup> משום כך נדון להלן בהסדר של הכתבת מחיר מינימום, מתוך הבנה כי הדיון בהסדר של הכתבת מכסה מרבית הינו אנלוגי עקרונית.

גם הסדר שבו הספק מכתוב ללקוח מחיר מזערי שהלה יגבה, מצרכנים למשל, הינו הסדר אנכי – בין ספק ללקוח. גם הוא, כמו, למשל, הסדר הפצה בלעדית או חלוקה טריטוריאלית, פוגע בתחרות בין המפיצים הרוכשים מאותו ספק, ולא דווקא בתחרות בין הספקים לבין עצמם. בפסקה (א) לעיל הראינו שהפגיעה של הסדרי הפצה בלעדית או חלוקה טריטוריאלית בתחרות אינה מובנת מאליה כלל. ניתן לומר שהכתבת מחיר מזערי אף פוגעת פחות בתחרות בין המפיצים, משום שהיא מנטרלת רק את תחרות המחירים בין המפיצים, אך מאפשרת תחרות ביניהם לעניין האיכות או לעניין פרמטרים אחרים. לעומת זאת, הסדר הפצה בלעדית או חלוקה טריטוריאלית מנטרלים את התחרות בין המפיצים לגבי כלל הפרמטרים, לרבות מחיר המוצר ואיכות השירות שהם מספקים.

אכן, הניתוח הכלכלי של הכתבת מחיר מינימום דומה במידה רבה לניתוח הכלכלי של הסדר חלוקה טריטוריאלית, שבו הספק מנטרל את התחרות בין כמה מפיצים שהוא מוכר להם. כמו בחלוקה טריטוריאלית, קיימים מקרים קונקרטיים שבהם הכתבת מחיר מינימום תפגע בתחרות, וקיימים מקרים רבים שבהם הפגיעה בתחרות בין מפיצי המותג של הספק אינה משפיעה כלל על התחרות הכוללת בענף הרלוונטי או על המחיר לצרכן. מבחינה זו, הכתבת מחיר מינימום מבלי שתוטל על הספק מגבלה באשר למכירה למפיצים אחרים בשוק הרלוונטי פוגעת בכוח בתחרות פחות מאשר הסדר הפצה בלעדית, שבו הספק מתחייב למכור למפיץ בודד בשוק הרלוונטי כולו. כך, למשל, הסדר הפצה בלעדית עלול לסלק או לצמק את מתחרי המפיץ הבלעדי, או להעלות את עלויותיהם, או להגביל את

31 העירייה בעניין א.מ. חניות ביצעה שתי הכתבות "סותרות" לא.מ. חניות: מחד גיסא, היא הכתיבה כמות מרבית של מנויים, דבר שהיה גורם בתנאי שוק רגילים לניפוח המחיר למנוי שתדרוש א.מ. חניות כאשר הביקוש למנויים וההיצע (המוגבל מכוח ההכתבה) יתאזנו זה עם זה. אולם מאידך גיסא הכתיבה העירייה לא.מ. חניות מחיר מרבי למנוי, תוך מניעת ניפוח מחירים מעין זה. עם זאת, כפי שנראה להלן, בכך בלבד אין כדי למנוע חשש לפגיעה בתחרות ולהעלאת מחירים בשוק הרלוונטי.

כניסתם, וכך לפגוע בסופו של דבר בתחרות בין הספקים לבין עצמם.<sup>32</sup> לעומת זאת, הכתבת מחירי מינימום לכלל המפיצים של ספק מסוים אין בה, עקרונית, כדי לפגוע במפיצים, ועל-כן אין היא יוצרת את התוצא האמור. מנגד, כל הסיבות הלגיטימיות שעשויות להניע ספק ומפיצים להגיע להסדרי חלוקה טריטוריאלית או הפצה בלעדית יכולות באותה מידה להצדיק הסדר להכתבת מחירי מינימום, לרבות שיפור של יעילות ההפצה, מניעת תפיסה של נסיעת-חינם של מפיצים על גבי השקעותיהם של מתחריהם וכולי.

עם כל זאת, המשפט המשווה מתייחס בחומרה רבה כלפי הסדרים אנכיים להכתבת מחירי מינימום (או כלפי ההתנהגות האנלוגית של הכתבת מכסה מרבית). הן בארצות-הברית והן בקהילייה האירופית רואים כבילות מעין אלה כפסולות אוטומטית (per se), מבלי להיכנס לניתוח השוק הרלוונטי.<sup>33</sup> גם המשפט הישראלי מתייחס בחומרה רבה לכבילות מעין אלה. כאמור לעיל,<sup>34</sup> הפסיקה קבעה כי הן מצויות במסגרת סעיפים 2(ב) ו-1(ב) (4) לחוק ההגבלים, ועל-כן הן בחזקת הסדר כובל ללא קשר לפגיעתן בתחרות. יתר על-כן, הסדרים כובלים מסוג זה אף היו מושא להליכים פליליים שגררו עונשי מאסר בפועל וקנסות. העונשים היו חמורים באופן שיש לו תקדים בישראל עד כה רק כשהיה מדובר בקרטלים בין מתחרים מן הסוגים הבוטים ביותר.<sup>35</sup>

ההצדקה היחידה שניתן אולי למצוא לגישה מחמירה זו דווקא כלפי הכתבת מחירי מינימום או מכסות מרביות היא שקיימות תיאוריות שלפיהן הכתבת מחירי מינימום (או מכסות מרביות) על-ידי כל הספקים המשמעותיים בשוק עלולה להקל על יצירת קרטלים בין הספקים לבין עצמם.<sup>36</sup> אם כל הספקים המשמעותיים בשוק מכתיבים מחירי מינימום

32 ראו: T.G. Krattenmaker & S.C. Salop "Analyzing Anticompetitive Exclusion" 71 *56 Antitrust Law Journal* (1987)

33 ראו, בארצות-הברית, את פסק-הדין המנחה בעניין: *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373. 31 S.Ct. 376 (1911) המאומץ עד היום בדבקות על-ידי בתי-המשפט והרשויות. בקהילייה האירופית ראו: *Case no. 243/83 Binon v. AMP*, 1985 ECR 2015; *Case no. 161/84 Pronuptia de Paris v. Pronuptia de Paris*, 1986 ECR 353

34 ראו עניין ישראלכרט, לעיל הערה 11.

35 ראו בפרט ת"פ (י"ם) 1142/01 מדינת ישראל נ' שולשטיין ראובן (לא פורסם), תקדין (2003/8), תקדין מחוזי 2001(1)19518, פסקה 8 לגזר-הדין (להלן: עניין טמבור). חברת טמבור, שהכתיבה מחירי מינימום שיגבו לקוחותיה (בעיקר רשתות שיווק מסוג "עשה זאת בעצמך") מן הצרכנים, שילמה קנס של 2,250,000 ש"ח, והמנכ"ל שלה נידון לשלושה חודשי מאסר בפועל בדרך של עבודות שירות. כפי שציינה השופטת מרים מורחי, שם, בפסקה 4 לגזר-הדין: "בטיעון שבפניי הציגו שני הצדדים את ההסדרים כהסדרים אנכיים. ואולם, להסדרים אלה יש נפקויות אופקיות ממשיות בכל הנוגע לתחרות שבין רשתות השיווק עצמן."

36 ראו, למשל: *B. Jullien & P. Rey Resale Price Maintenance and Collusion* (Working Paper, 9 May 2000, Universite des Sciences Sociales Toulouse)

למפיציהם, ניתן אולי לחשוש שהספקים אוכפים קרטל בין המפיצים (של כלל המותגים) לבין עצמם. אולם גם תיאוריות אלה שנויות במחלוקת,<sup>37</sup> וכמו התיאוריות האחרות בנוגע לתוצאים האנטי-חרותיים של הסדרים אנכיים, אין הן מעידות על פגיעה מובנת מאליה בתחרות, אלא רק על פגיעה שהיא פונקציה של הפרמטרים הספציפיים של השוק. הפסיקה הישראלית תצטרך להכריע אם היא ממשיכה לאמץ את הקו הנוקשה הנוהג באופן עקבי במשפט המשווה כלפי הכתבת מחירי מינימום (וכלפי ההתנהגות האנלוגית של הכתבת מכסות מרביות), או לחדש ולהכריע כי הכתבת מחירי מינימום, כמו הסדרים אנכיים אחרים, צריכים להידון תחת "כלל סבירות": הווה ואומר, לא להיכנס לגדר רשימת הכבילות החמורות של סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים. ההנמקה לחדשנות פסיקתית עולמית כזו תהא שהניתוח הכלכלי של הכתבת מחירי מינימום ומכסות מרביות דומה, רובו ככולו, לניתוח הכלכלי של הסדרים אנכיים אחרים שהמשפט המשווה דן בהם על-פי מבחן הסבירות. על-פי קו חדשני מעין זה, הכתבת אנכית של מחירי מינימום (או מכסות מרביות) תהווה הסדר כובל רק אם ניתוח כלכלי יראה שהיא עלולה לפגוע באופן לא-זניח בתחרות בענף הרלוונטי של הספק או של הלקוח.<sup>38</sup>

### ג. התמודדות הפסיקה עם הרחבת סעיף 2 באמצעות גדרות אד-הוק

#### 1. פרשנות לא-תכליתית של הגדרת "הסדר כובל" לפי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים

אחת הדרכים אד-הוק שבאמצעותן ניסתה הפסיקה לפתור לאחורונה את האנומליה שבהכתמת שלל הסדרים אנכיים כהסדרים כובלים היא על דרך פרשנות לא-תכליתית של סעיף 2(א) לחוק ההגבלים על-ידי בית-המשפט המחוזי ובית-המשפט העליון בעניין יקבי רמת הגולן.<sup>39</sup> כאן נידונה התחייבות של יועץ מומחה כלפי הפירמה שיעץ לה לא

37 כך, למשל, התיאוריה של Jullien & Rey, *ibid* מבוססת על ההנחה שספק שנמנע מלאכוף הסדר להכתבת מחירי מינימום סטה בהכרח מקרטל עם הספקים האחרים, דבר שעושה את הסטייה מן הקרטל שקופה יותר, ועל-כן רווחית פחות. אולם ספק יכול להימנע מלאכוף את ההסדר גם מסיבות אחרות, ועל-כן קיומו של ההסדר אינו עושה בהכרח את הסטייה שקופה יותר.

38 מנגד, אם דיני ההגבלים הישראליים ימשיכו להכריע כי לעת עתה תישפט הכתבת אנכית של מחירי מינימום או מכסות מרביות אוטומטית לחומרה, כמצב במשפט המשווה כיום, אין זה מתיישב לדעתנו עם ההכרעה בעניין א.מ. חניות. זאת משום שכבילה כגון זו שהושתה על א.מ. חניות, של הכתבת מכסה מרבית, תצטרך במקרה כזה להיכנס לרשימת הכבילות, שהיא אוטומטית בגדר הסדר כובל, וכפי שנבהיר מיד, אל לה ליהנות אז מפטור אוטומטי בשל פגיעה קלת-ערך בתחרות.

39 ראו לעיל הערה 1.



להתקשר עם פירמה מתחרה במשך תקופה מסוימת מתום ההתקשרות. בית-המשפט המחוזי קבע, באישור קצוצר של בית-המשפט העליון, כי על-מנת שהסדר יהיה כובל לפי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים, הפגיעה בתחרות צריכה להיות בענף שבו הגורם שהכבילה מגבילה אותו פועל. פרשנות זו מובילה לתוצאות אבסורדיות ברגע שמביאים בחשבון את הניתוח הכלכלי הנכון של הסדרים אנכיים. בפרט, על-פיה, הסדרים אנכיים, כגון הסדרי רכישה בלעדית, שנידונו לעיל, יהיו הסדרים כובלים על-פי פרשנות זו לעיתים רחוקות מאוד, בעוד שהסדרים אנכיים, כגון הסדרי טריטוריה בלעדית והפצה בלעדית, עשויים להיות הסדרים כובלים על-פיה. זו תוצאה אבסורדית, מאחר שהפגיעה המסתברת בתחרות בהסדרי רכישה בלעדית, במקרה מתאים, חדה יותר ושנויה פחות במחלוקת מאשר הפגיעה המסתברת בתחרות בהסדרים מן הסוגים האחרים.<sup>40</sup>

## 2. כבילה הנוגעת בזכות השימוש במקרקעין

דרך אד-הוק נוספת ששימשה את הפסיקה שניתנה לאחרונה לצורך ניסיון לחסום את שיטפון ההסדרים הכובלים היא בדמות פסק-דינו של השופט ריבלין בעניין א.מ. חניות הנזכר. בפרשה זו דובר במכרו שפרסמה עיריית ירושלים לבחירת חברה שתשכור ותפעיל חניון בכיכר ספרא שבמרכז העיר. העירייה תכננה להפוך איזור זה למרכז המשמש את משרדי העירייה, והתחזית היתה שהכיכר תיהפך למרכז מסחרי ועסקי שוקק חיים. חברת א.מ. חניות (ירושלים) 1993 בע"מ<sup>41</sup> זכתה במכרו, ובהתאם שכרה את החניון לתקופה של עשר שנים בקירוב. את דמי השכירות שילמה מראש, והיא הוגבלה, בין היתר, לעניין מספר המנויים שתוכל למכור ולעניין המחיר שתוכל לדרוש בגין כל מנוי – הגבלות שהיוו את לב פסק-הדין.

אולם, המציאות טפחה על פני הצדדים, והצלחת הכיכר מבחינת נפח המשתמשים בה הסתברה כקטנה משמעותית מן התחזיות. כלשונו הציורית של בית-המשפט קמא: "על האזור סביב כיכר העירייה נופלת תרדמת אלוהים בשעות הערב. גם בשעות היום, קשה לומר שהמראה סביב הכיכר מרנין את הלב."<sup>42</sup>

א.מ. חניות טענה שנגרמים לה נזקים מתפוסתו הנמוכה של החניון, ותבעה את העירייה תביעה כספית, בין היתר על-יסוד דיני ההגבלים העסקיים, בפרט לגבי הכתבת המחיר המרבי למנוי שא.מ. חניות רשאית לגבות והמספר המרבי של מנויים שהיא רשאית

40 ראו גילה, לעיל הערה 15, המראה כיצד פרשנות בית-המשפט בעניין יקבי רמת הגולן, לעיל הערה 1, מובילה לתוצאות אבסורדיות אלה, ואינה מתיישבת עם תכלית החקיקה וההיסטוריה החקיקתית.

41 להלן: א.מ. חניות.

42 ת"א (י"ם) 1803/96 א.מ. חניות בע"מ נ' עריית ירושלים (לא פורסם), דינים ועוד (39), הלכות 07/03, דינים מחוזי לב(2) 186 (להלן: עניין א.מ. חניות במחוזי).

למכור. לטענת א.מ. חניות, הגבלות אלה שהטילה עליה העירייה מהוות הסדרים כובלים, כאשר הן מגבילות את המחיר שהיא יכולה לדרוש ממנויים וכן את מספר המנויים המרבי. על-פי טענת התובעת, הגבלת המחיר המרבי שא.מ. חניות רשאית לגבות ממנויים היא מגבלה לגבי "המחיר שיידרש" (סעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים) וכן לגבי "הרווח שיופק" (סעיף 2(ב)(2) לחוק ההגבלים). אף-על-פי שאין בפסק-דינו של בית-המשפט המחוזי דיון בהגבלת מספר המנויים המרבי, דן בית-המשפט העליון גם בשאלה זו,<sup>43</sup> הנכנסת לכאורה, כפי שהראינו לעיל, לגדר סעיף 2(ב)(4) לחוק ההגבלים.<sup>44</sup>

בדיון בכבילות אלה בבית-המשפט העליון, הונע השופט ריבלין במסקנתו, כפי הנראה בדעת יחיד,<sup>45</sup> בעיקר מן העובדה כי עיריית ירושלים במקרה זה היא בעלת המקרקעין שהחניון מצוי בהם, וככזו יש לה "זכות אינהרנטית" להכתיב לשוכר, מפעיל החניון, אילו מחירים לדרוש בעבור כל מגוי וכמה מנויים למכור.<sup>46</sup> כדבריו של השופט ריבלין:<sup>47</sup>

"המשיבה [עיריית ירושלים - ד' ג'], שבבעלותה חניון כיכר ספרא, הייתה בת-חורין שלא להעניק לאחרים זכות שימוש בנכס שהושכר כבחניון. היא הייתה רשאית להפעילו בעצמה. משהחליטה להעניק לאחרים את הזכות להפעיל את החניון, ועשתה כך בכפוף להגבלות מסוימות שתכליתן עולה בקנה אחד עם הצורך להבטיח את רווחת הציבור, אין לבוא עמה חשבון."

קביעה ברוח דומה נעשתה בפסק-הדין המוקדם של בית-המשפט העליון בע"א 626/70 שמעוני נ' אולמי לחיים בע"מ.<sup>48</sup> בעניין זה דובר בהסכם שנערך בין צלמת מקצועית לבין אולם אירועים, ובמסגרתו התחייב האולם למסור לצלמת את הזכות הבלעדית לצלם באולם. הצלמת התחייבה לדרוש מלקוחותיה מחיר מסוים בעבור מקצת התמונות שתצלם. השופט לנדוי בבית-המשפט העליון קבע כי על-אף לשונו הנוקשה של

43 עניין א.מ. חניות, לעיל הערה 3, בע' 598.

44 בית-המשפט העליון אינו מבהיר כיצד בדיוק טענה זו להסדר כובל משרתת את א.מ. חניות, אולם מכתב-התביעה, המצוטט על-ידי בית-המשפט המחוזי, עולה כי טענת ההסדר הכובל היתה בסיס לתביעה כספית, שם, בע' 594-595. כמו בית-המשפט העליון, נתעלם גם אנו כאן מן המסגרת הדיונית האמורה, ונדון במהות הטענה כי כבילות אלה מהוות הסדר כובל.

45 כפי שיובהר להלן בהערות 54-55 ובטקסט נלווה להערות אלה, לא ברור מפסק-דינו של השופט טירקל אם הוא מסכים להנמקה זו של השופט ריבלין.

46 נימוק נוסף שהשפיע על מסקנתו של השופט ריבלין הוא שהעירייה, בכשירותה כמשכירת החניון במקרה זה, אינה "מנהלת עסקים" כנדרש מצדדים להסדר כובל. עניין א.מ. חניות, לעיל הערה 3, בע' 600. אולם לדעתנו, יש לקבל את קביעתו של השופט אור, שם, שם, שכשירותה של העירייה במקרה זה היא של מי שמנהל עסקים בתחום המסחרי, והעירייה לא פעלה כאן בכשירותה השלטונית.

47 שם, בע' 600.

48 פ"ד כה(1) 824.

סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים בנוסחו דאז – הוא חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט – 1959 – יש לפרש הוראה זו כך שלא תמנע את בעל המקרקעין, כאשר הוא מעניק זכויות לאחר במקרקעיו, מלהגביל זכויות אלה באמצעות תנאים שונים. כאמור, בפרשה זו נידון חוק ההגבלים העסקיים בנוסחו הישן. עם זאת, בנוסחו החדש של החוק, סייגה הלכה זו במפורש, ונקבע, בסעיף 3(3) לחוק כי "הסדר, בין מי שמקנה זכות במקרקעין לבין מי שרוכש את הזכות, שכל כבילותיו נוגעות לסוג הנכסים או השירותים בהם יעסוק רוכש הזכות באותם מקרקעין" [ההדגשה שלי – ד' ג'] לא יהווה הסדר כובל.

למרות שהשופט ריבלין ער להבדל הברור בין נוסחו של החוק החדש, המתיר לבעל המקרקעין רק לקבוע את "סוג הנכסים או השירותים בהם יעסוק רוכש הזכות באותם מקרקעין", לבין הלכת שמעוני הנ"ל, שעולה ממנה שגם כבילות לגבי המחיר והכמות הן לגיטימיות, השופט קובע בכל-זאת כי "הגיון הדברים יפה גם לענייננו", ועל-כן כבילות לגבי המחיר והכמות הן לגיטימיות גם היום.

עם כל הכבוד, אנו חולקים על גישה זו (של השופט ריבלין). המחוקק כבר נתן את דעתו על העובדה שמותר לבעל מקרקעין לעשות הסדרים כובלים מסוימים תוך כדי שימוש על-ידי אחר במקרקעיו, והמחוקק התווה את גבולות ההיתר באופן ברור: מותרים הסדרים המגבילים את המשתמש במקרקעין רק אם הם נוגעים בסוג הנכס או השירות שבהם יעסוק רוכש הזכות במקרקעין. הווה אומר, הסדרים המכתיבים את המחיר שידרוש המשתמש במקרקעין בעד מוצריו או שירותיו או הסדרים המכתיבים את כמות המוצרים או השירותים שימכור אינם חוסים בצילו של הפטור.<sup>49</sup>

קביעות כגון אלה של השופט ריבלין ואלה של בית-המשפט המחוזי נובעות, לדעתנו, מן התפיסה שהנעשה במקרקעין של פירמה הוא עניינה, והסדרים המכתיבים את דרך עשיית העסקים במקרקעין לאו הסדרים הם, אלא הם יותר בבחינת מעשה חד-צדדי של בעל המקרקעין, המכתיב ל"ידו הארוכה" – מקבל זכות השימוש במקרקעין – כיצד עליו לעשות עסקים במקרקעיו.<sup>50</sup> אולם אין לתפיסה זו מקום בהקשר ההגבלים העסקיים, משום שבהקשר זה מקרקעין הם ברגיל לא יותר מאשר תשומה לצורך עשיית עסקים. אכן, בעל המקרקעין יכול לעשות בעצמו שימוש בתשומה זו, להקים על מקרקעיו עסק בעצמו ולהכתיב או לעצמו את המחיר, הכמות וסוג המוצרים או השירותים שבהם יעסוק. זאת כשם שיצרן שוקולד, שיש לו קניין בשוקולד שהוא מייצר, יכול לפתוח בעצמו חנות מפעל ולמכור שם את תוצרתו. או אז הוא יוכל לקבוע חד-צדדית את סוג השוקולד הנמכר בחנות המפעל, את מחירו וכמותו מבלי שיהיה חשוף לטענה כי ביצע בכך הסדר כובל.

אולם לעיתים, יצרן השוקולד אינו חפץ, או שאין זה כלכלי מבחינתו, למכור את כל השוקולד שלו בחנות מפעל כאמור. או אז הוא מעדיף להעביר את "זכות השימוש" בשוקולד שלו לקמעונאי עצמאי, שימכור את השוקולד הלאה לצרכנים. כאן, באותם

49 זו גם עמדת היחיד של השופט אור בפסק-דינו בעניין א.מ. חניות, לעיל הערה 3.  
50 לביקורת כללית, בתחום דיני הקניין, על התפיסה של חלק מן הפסיקה בישראל המפרשת את זכות הבעלות במקרקעין כזכות רחבה מדי, ראו ח' דגן "קניין, אחריות חברתית וצדק חלוקתי" צדק חלוקתי בישראל (מ' מאוטנר עורך, תשס"א) 97.

מקרים שבהם, על־מנת לעשות עסקים, הפעילות העסקית מתפצלת לשני גופים עסקיים עצמאיים, יצרן השוקולד והקמעונאי, נכנסים לפעולה דיני ההסדרים הכובלים. ניתן לומר שדיני ההגבלים העסקיים "מנצלים", לצורך קידום התחרות, את העובדה שיצרן השוקולד אינו מסוגל, או שאינו חפץ, למכור את כל השוקולד בעצמו. על־כן אין דיני ההגבלים העסקיים מאפשרים ליצרן השוקולד להגביל קמעונאי עצמאי באותה מידה שבה היה יצרן השוקולד יכול להגביל את עצמו בחנות המפעל.<sup>51</sup>

השוקולד הוא תשומה לגבי הקמעונאי לצורך עסקיו ממש כשם שהמקרקעין של חניון הם תשומה לצורך עסקיו של מפעיל עצמאי של החניון, השוכר אותו מבעל החניון. אם יצרן השוקולד מכתוב את המחירים או את כמות השוקולד שימכור הקמעונאי, מדובר, על־פי הפסיקה המקובלת, בהסדרים כובלים אסורים, אלא אם הם קיבלו פטור מפורש. השוואה זו תתחדד עוד יותר אם נשים את ליבנו לכך כי במקרים רבים הקניין בשוקולד עשוי להישאר של יצרן השוקולד, גם כאשר הוא בחזקת הקמעונאי העצמאי. זה המקרה הרווח למדי של עסקת קונסיגנציה, הקובעת שהקניין בתשומה מסוימת (כאן – השוקולד) נשאר של ספק התשומה עד למכירתה לצרכן. אם כך, גם כאן יש לכאורה להפעיל את ההיגיון

51 במקרים מסוימים, כאשר בעל התשומה (כגון יצרן השוקולד) משתמש בה בעצמו, קיימים יתרונות חברתיים אינהרנטיים הנעלמים כאשר בעל התשומה מוכר את התשומה לקמעונאי עצמאי, המוכר לצרכנים. בפרט ייתכן שכאשר השוקולד נמכר על־ידי קמעונאי עצמאי, יסבלו הצרכנים מ"מרווח כפול" (double marginalization), של יצרן השוקולד ושל הקמעונאי, בעוד שכאשר יצרן השוקולד משתמש בתשומתו בעצמו ומוכר ישירות לצרכנים, מרווח כפול זה נעלם. הסיבה לכך היא שאם יצרן השוקולד מסוגל לגבות מחירים העולים על עלותו השולית (עלות הייצור של היחידה השולית של שוקולד), הוא עשוי לנצל כוח זה ולמכור לקמעונאי במחיר מוגדל. זה הקמעונאי רואה מחיר סיטוני זה כחלק מעלויותיו. אם גם הסיטוני מסוגל לגבות מחירים מעל לעלויותיו השוליות, הוא יעמיס גם את ה"מרווח" שלו על עלויות אלה, המנופחות ממילא עקב העלאת המחירים על־ידי היצרן. לעומת זאת, כאשר יצרן השוקולד מוכר בעצמו את השוקולד לצרכנים, בחנות המפעל, "מרווח כפול" זה נעלם, והמחיר לצרכן עשוי לרדת ביחס למצב הקודם, משום שיצרן השוקולד "מוכר" את השוקולד לעצמו במחיר השווה לעלות השולית, וקיים רק מרווח אחד, המרווח הקמעונאי שחנות המפעל נהנית ממנו. ראו: J. Tirole *The Theory of Industrial Organization* (Cambridge, 8th ed., 1995, Ch. 4). בדוגמה לעיל היווה המחיר הסיטוני של השוקולד "עלות משתנה" לגבי הקמעונאי. הווה אומר, עלות זו של הקמעונאי משתנה כאשר היקף המכירות של הקמעונאי משתנה. נסיבות עניין א.מ. חניות שונות, משום שמפעיל החניון כאן משלם לעירייה, כפי הנראה, דמי שכירות קבועים. בעניין זה, כפי שתואר על־ידי בית־המשפט המחוזי, דמי השכירות אינם מהווים עלות משתנה, אלא עלות קבועה, משום שהם אינם משתנים לפי מספר האנשים החונים בחניון או מספר המנויים. ניתן להראות שברגיל, לא יסבלו הצרכנים במקרה כזה מ"מרווח כפול" גם כאשר בעל החניון ומפעילו הם גורמים שונים זה מזה.

העומד מאחורי פסק-דינו של השופט ריבלין, ולומר כי בעל השוקולד יכול לקבוע מה ייעשה בשוקולד, לרבות הכתבת המחירים והכמויות שבהם יימכר השוקולד על-ידי בעל החנות. אך ההיגיון הבריא אומר אחרת: אם הכתבת מחירים, למשל, היא בגדר הסדר כובל, לא יוכלו הצדדים לחמוק מן האיסור רק על-ידי שינוי אופי העסקה לעסקת קונסיגנציה.

זאת ועוד, אם נניח כי הרציונל העומד מאחורי סעיף 3(3) לחוק ההגבלים הוא עידוד בעל המקרקעין להשקיע בפיתוח מקרקעיו (כשם שהרציונל מאחורי סעיף 3(2) לחוק ההגבלים, העוסק בהסדרים כובלים הקשורים לקניין רוחני, נועד לעודד השקעה בפיתוח קניין רוחני מלכתחילה), הרי שמבחינת התמריצים של בעל המקרקעין ויצרן השוקולד לפתח את קניינם מלכתחילה אין הצדקה אינהרנטית להגן יותר על הזכות הקניינית במקרקעין מאשר על הזכות הקניינית בשוקולד. ייתכן בהחלט שיצרן השוקולד השקיע בפיתוח הידע, ברכישת הציוד ובמחקר ופיתוח יותר משהשקיע בעל המקרקעין במקרקעיו, כך שקשה בדרך-כלל לטעון שקיימת הצדקה רבה יותר, מבחינת התמריצים לפיתוח הקניין מלכתחילה, לאפשר הסדרים כובלים של בעל המקרקעין מאשר לאפשר הסדרים כובלים של יצרן השוקולד. למרות אנלוגיה זו בין הקניין של יצרן השוקולד בשוקולד שהוא מייצר לבין בעל מקרקעין, אכן שם המחוקק של חוק ההגבלים משקל-יתר בסוגים מסוימים של קניין, לרבות קניין רוחני<sup>52</sup> ומקרקעין, והוא פוטר חלק מן ההסדרים הכובלים הנוגעים בזכות השימוש בזכויות קניין ספציפיות אלה. ניתן להצדיק את הפטור החלקי להסדרים כובלים הנוגעים בזכות השימוש בקניין רוחני בכך שקיימת חשיבות רבה לעודד את בעל הקניין הרוחני לפתח אותו מלכתחילה. לעיתים קרובות, עלות המחקר והפיתוח בפיתוח של המצאות, זכויות יוצרים, סימני-מסחר וכיוצא בזה הינה משמעותית. קשה להצביע על שיקול אינהרנטי דומה לעניין פיתוח מקרקעין על-ידי בעליהם, אך המחוקק בחר בכל-זאת לתת פטור מוגבל מסוים גם להסדרים כובלים של בעל מקרקעין. עם זאת, יש להחיל פטור זה בדווקנות, ואין שום סיבה להרשות לבעל מקרקעין לעשות הסדרים כובלים רבים יותר מאשר אלה שהתיר המחוקק במפורש.

### 3. צמאונה המוגזם של הפסיקה לכלל של זוטי-דברים

פסק-הדין של בית-המשפט העליון בעניין א.מ. חניות הביא עמו דרך אד-הוק בעייתית נוספת להתמודדות עם שטפון ההסדרים הכובלים, בדמות יישום, בעייתית לדעתנו, של העיקרון של זוטי-דברים, או פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך.

בעוד שהשופט ריבלין סמך את פסק-דינו בעניין א.מ. חניות בעיקר על התפיסה האמורה שבעל החניון יכול לעשות במקרקעיו כבתוך שלו, לרבות הכתבת המחיר והכמות שימכור המפעיל העצמאי של החניון, התנגד השופט אור בפרשה זו להנמקת השופט

52 השוו עם סעיף 3(2) לחוק ההגבלים, הפוטר, בנסיבות מסוימות, הסדרים שכל כבילותיהם נוגעות בזכות השימוש בקניין רוחני.

ריבלין, וסמך את הכרעתו על הדוקטרינה של זוטי־דברים, שלפיה, גם אם הסדר הינו כובל, אין להפעיל עליו את החוק אם פגיעתו בתחרות היא זניחה או מזערית. השופט אור אף הרחיב וציין, אגב אורחא, כי לדעתו ההסדרים הכובלים הנידונים היו נהנים מפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת־ערך אילו היה פטור סוג זה קיים כאשר ההסדרים נערכו. פטור סוג זה מעניק 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>53</sup> השופט השלישי, השופט טירקל, "מסכים למסקנתו של השופט ריבלין"<sup>54</sup> (ומכאן לא ברור אם הוא מאמץ גם את הנמקתו או שמא רק את מסקנתו הסופית), וגם מעיר: "מקובלת עליי החלת העיקרון של 'זוטי דברים' במקרה דנן כפי שמציע חברי השופט אור."<sup>55</sup> דווקא השופט ריבלין מסתייג מהחלת העיקרון של זוטי־דברים.<sup>56</sup> אם כך, החלת העיקרון האמור של זוטי־דברים על המקרה מקובלת על שניים משלושת השופטים.<sup>57</sup>

לדעתנו, הדרך בה החילו השופטים אור וטירקל את העיקרון של זוטי־דברים ואת פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת־ערך והדרך שבה יישמו את העיקרון במקרה הינן בעייתיות מכמה בחינות, כפי שיפורט להלן. מכיוון שכיום אין ספק שהחיקוק הרלוונטי הוא פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת־ערך, נתמקד בו, ולא בעיקרון הפסיקתי של זוטי־דברים, שקדם לחיקוק זה, אולם דרך הניתוח והמסקנות שלנו הנוגעות בפטור הסוג ישימים גם לעניין העיקרון הפסיקתי האמור.

בעניין א.מ. חניות היו ההסדרים הנידונים אנכיים: בין עיריית ירושלים, בעלת החניון, שהשכירה את החניון לא.מ. חניות לצורך הפעלתו. ההסדרים הם אנכיים משום שהם בין ספק תשומה (בעל מקרקעי החניון) לבין פירמה עצמאית (א.מ. חניות) המשתמשת בתשומה לצורך עסקיה: מתן שירותי חנייה בתשלום לציבור. כפי שצינו לעיל, ההסדרים האנכיים שנטען לגביהם שהינם כובלים הם הסדר להכתבת מחיר מרבי למנויים שאל למפעיל החניון לדרוש גבוה ממנו, וכן להכתבת כמות מרבית של מנויים שמותר למפעיל למכור. אך השופטים אור וטירקל הכריעו, ברוב דעות, כי אף־על־פי שהסדרים אלה הינם כובלים, עקרונית, על־פי סעיף 2(ב) לחוק, פגיעתם בתחרות זניחה, ועל־כן אין אפשרות לתוקפם כהסדרים כובלים מכוח הכלל של זוטי־דברים ופטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת־ערך. כפי שהשופט אור מציין בפסק־דינו:<sup>58</sup>

"אין טעם להחיל את דיני ההגבלים העסקיים על פעילות עסקית שאינה גורמת פגיעה ממשית כלשהי לתחרות בענף או במשק."

53 סעיף 1 לפטור הסוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת־ערך, לעיל הערה 4.

54 עניין א.מ. חניות, לעיל הערה 3, בע' 602.

55 שם, שם.

56 שם, בע' 600.

57 הבקשה של א.מ. חניות לנהל דיון נוסף בפסק־דינו של בית־המשפט העליון נדחתה. ראו דנ"א 3113/03 א.מ. חניות בע"מ נ' עיריית ירושלים (טרם פורסם), תקדין (2003/8), תקדין עליון 2003 (2) 3599.

58 עניין א.מ. חניות, לעיל הערה 3, בע' 601.

אופן ניתוח זה הינו בעייתי מכמה סיבות, הכרוכות זו בזו: ראשית, כפי שהובהר בפסקה 11 לעיל, הרחבה של רשימת הכבילות שייראו כהסדר כובל בלי קשר לפגיעה בתחרות בענף הרלוונטי מכתימה כהסדרים כובלים שלל הסדרים, ובפרט הסדרים אנכיים – בין ספק ללקוח – שאין זה מובן מאליו כלל שהם פוגעים בתחרות. כפי שהבהרנו לעיל, לדעתנו, הסדרים אנכיים אינם צריכים כלל להיות ברשימת כבילות זו. לכאורה, דעתו של הקורא עשויה לנוח עקב כך שבית-המשפט עוזר בעניין א.מ. חניות לפתור תוצאה אנומלית זו על-ידי פתיחת הדלת לתחולת פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך על הסדרים אנכיים. אולם פתיחת הדלת הגורפת שנעשתה לתחולת פטור הסוג האמור מהווה פתרון בעייתי בפני עצמו, משתי סיבות. נתחיל בסיבה קלת-הערך יותר:

הכתמת הסדרים אנכיים ככובלים אוטומטית תוך פתיחת הדלת לתחולת פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך מעבירה את נטל הראיה אל הצד החפץ בהסדר, במקרה של תקיפתו כהסדר כובל, להראות כי פגיעת ההסדר בתחרות הינה קלת-ערך.<sup>59</sup> זו תוצאה לא-ראויה, משום שפגיעתם של הסדרים אנכיים בתחרות אינה מובנת מאליה, ויש להם הניעות לגיטימיות רבות. אין שום סיבה מיוחדת להחמיר איתם באופן זה ולהחיל עליהם חריג לכלל הרגיל, שלפיו הנטל להראות שההסדר עלול לפגוע בתחרות באופן בלתי-זניח מוטל על מי שתוקף את ההסדר. העברת נטל הראיה אל הצד החפץ לקיים את ההסדר עלולה להוביל לריבוי תקיפות של הסדרים אנכיים בטענה שהם כובלים ולעלויות התדיינות נכבדות. הצפי לתקיפות ולעלויות מסוג זה עלול להניע צדדים להימנע מראש מן ההסדר האנכי אף אם פגיעתו בתחרות הינה אכן קלת-ערך ואף אם יש בו יתרונות לצדדים.

ראוי יותר אם כך שבהסדרים אנכיים יוטל הנטל על מי שתוקף את ההסדר להוכיח כי

59 סעיף 2 לפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך, לעיל הערה 4, קובע אומנם כי "חוקה כי הסכם... פוגע פגיעה קלת-ערך בתחרות, אם נתח השוק המצרפי של כל הצדדים לו בשוק המוצר אינו עולה על שיעור של 10% משוק כאמור". מנוסח סעיף זה ברור שהוא נועד לחול על הסדרים אופקיים בין מתחרים, שהרי בהסדרים אנכיים לא ניתן "לצרף" את נתחי השוק של הצדדים "בשוק המוצר". בהסדרים אנכיים הצדדים פועלים בשווקים נפרדים זה מזה. ניתן, אולי, להחיל את החוקה על דרך ההיקש, ולומר שאם הספק הוא בעל נתח שוק של 10% או פחות מן השוק הרלוונטי שלו, וכן הלקוח הוא בעל 10% או פחות מן השוק הרלוונטי שלו, אזי החוקה חלה לגבי הסדרים כובלים ביניהם. במצב זה, הצד החפץ בהסדר יצטרך להרים את הנטל שאינו של מה בכך של הגדרה כלכלית שתאמר מהם השווקים הרלוונטיים של הספק ושל הלקוח, וכן להראות כי נתחי השוק שלהם אכן מהווים 10% או פחות משווקים אלה. או אז יעבור הנטל אל הצד התוקף את ההסדר, להראות שלמרות נתחי השוק הנמוכים יחסית, אין הפגיעה בתחרות קלת-ערך. לדעתנו, גם הנטל המוטל על הצד החפץ בהסדר להראות את הגדרת השווקים הרלוונטיים כאמור ואת נתחי השוק של הצדדים מהווה היפוך שאינו של מה בכך של נטל הראיה הרגיל. זו תוצאה לא-ראויה במקרה של הסדרים אנכיים.

ההסדר עלול לפגוע, באופן בלתי־זניח, בתחרות בענף הרלוונטי. תוצאה זו תושג בנקל על־ידי קביעה כי הסדרים אנכיים אינם נכנסים לגדר סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, המכתיים הסדרים ככובלים בלי קשר לפגיעתם בתחרות. או אז יוכל הסדר אנכי להיחשב לכובל רק אם הוא נכנס לגדר סעיף 2(א) לחוק ההגבלים, הווה אומר רק אם הוא "עלול לפגוע בתחרות" (והכוונה לפגיעה בלתי־זניחה) בענפים הרלוונטיים שהספק או הלקוח שהם הצדדים להסדר פועלים בהם.

**(א) היתרון ברשימה צרה של כבילות שלא תוכל ליהנות מפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת־ערך**

עתה נעבור לסיבה הפחות קלת־ערך לבעייתיות במגמת הפסיקה, המרחיבה, מחד גיסא, את רשימת הכבילות שייראו כהסדר כובל בלי קשר לפגיעתן בתחרות, ופוחתת, מאידך גיסא, את תחולת פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת־ערך על־מנת לחסום אדי־הוק את הסכר שנפרץ.

הכתמה של הסדרים אנכיים ככובלים באופן אוטומטי – כלומר בקטיגוריה של הכבילות החמורות ביותר, אלא אם הוכח אחרת – גורמת שהסדרים אנכיים יידונו כמקשה אחת עם הסדרים שהם באמת מן הסוג החמור ביותר – הסדרים אופקיים לגבי המחיר, הכמות, סוג המוצר וחלוקת שוק אופקית – בין מתחרים (או מתחרים־בכוח) לבין עצמם. כלומר, הנטייה היא להכתיים, מחד גיסא, את שני סוגי ההסדרים – האנכיים והאופקיים – ככבילות מן הסוג החמור ביותר, ולאפשר, מאידך גיסא, את תחולת פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת־ערך על שני סוגי ההסדרים.<sup>60</sup> החשש העולה ממגמה זו של הפסיקה הוא שצדדים ירגישו חופשיים יותר לעשות הסדרים אופקיים מן הסוג החמור ביותר לאחר שישתכנעו שהפגיעה בתחרות הינה קלת־ערך; זאת בעוד שהיה ראוי לשמר רשימה צרה של כבילות שפגיעתן בתחרות כה מובנת מאליה עד שהן לא יוכלו ליהנות מפטור בשל "פגיעה קלת־ערך" בתחרות.

במילים אחרות, אם כי ייתכן בהחלט שתוצאת פסק־הדין בעניין א.מ. חניות נכונה לגופה, כפי שיובהר בהמשך, ההנמקה בפסק־הדין הינה, לדעתנו, תוצאה של מגמה לא־נכונה בהתפתחות דיני ההגבלים העסקיים בישראל: הפסיקה הרחיבה יתר על המידה את יריעת הכבילות שייראו כהסדר כובל בלי קשר לפגיעתן בתחרות, דבר שהניע בתי־המשפט "להשתוקק" יתר על המידה להשתמש בכלל של זוטי־דברים או בפטור הסוג

60 המחשה מסוימת נוספת למגמה זו מצויה בפסק־הדין המחוזי בעניין ת"פ 287/98 מ"י נ' מנורה (רמזורים) בע"מ (טרם פורסם), דינים ועוד (39), הלכות 07/03, דינים מחוזי לב(6) 278, פסקות 47-52, שם זיכתה השופטת מזרחי נאשמים שיצרו ביניהם הסדר כובל אופקי מהסוג החמור ביותר במסגרת ההגנה של זוטי־דברים. (במקרה זה, עריית חיפה, שהיתה אמורה ליהנות מן התחרות שנכחדה, חסמה בעצמה את הדרך בפני תחרות זו, ומכאן הזיכוי.) השופטת מדגישה אומנם כי השימוש בדוקטרינה במקרה שלפניה הוא לצורך שאלת ההרשעה הפלילית, אולם היא תומכת את החלטתה, בין היתר, בעניין א.מ. חניות, שהחילה את הדוקטרינה באופן גורף גם במישור האזרחי.



להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך. הפתרון הראוי, לדעתנו, לרצון המבורך שהביע השופט אור "שלא להחיל את דיני ההגבלים העסקיים על פעילות עסקית שאינה גורמת פגיעה ממשית כלשהי לתחרות בענף או במשק" הוא לצמצם דווקא, באופן מחושב, שיטתי ומבוקר, את רשימת המקרים שיראו אותם כהסדר כובל בלי קשר לפגיעתם בתחרות, כלומר להצר את הגדרת ההסדר הכובל עצמו, להבדיל מ"לפרוץ את הסכר", ביד אחת, על-ידי הכתמת שלל הסדרים ככובלים בלי קשר לפגיעתם בתחרות, ואז, ביד האחרת, לנסות לחסום את השיטפון על-ידי הפעלה אד-הוק של כלל זוטי-דברים או פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך.

לפני שנבהיר כי קיים יתרון גדול בשמירת רשימה של "גזע נוקשה" של הכבילות החמורות ביותר, שלא יוכלו ליהנות מפטור הסוג לפגיעות קלות-ערך בתחרות, נדגיש כי במשפט הפוזיטיבי הישראלי קיימת כיום רשימה כזו, שבית-המשפט העליון בעניין א.מ. חניות, בהניחו שפטור הסוג היה חל על המקרה שלפניו אילו חוקק בזמן המקרה, התעלם מקיומה. סעיף 4 לכללי פטורי הסוג – הוראות כלליות<sup>61</sup> כולל רשימה של כבילות שלא יוכלו ליהנות מפטורי הסוג, אלא אם ניתן להן פטור סוג הכשר ספציפי,<sup>62</sup> כלשון סעיף 4 האמור:

"זולת אם נאמר אחרת בכללי פטור סוג, לא יחול פטור סוג על הסכם הכולל, במישרין או בעקיפין, כבילה באחד או יותר מעניינים אלה:  
(1) תיאום מחירים שיוצעו, יידרשו או ישולמו, או הכתבתם;  
(2) הגבלת הכמויות המרביות של טובין שיווצרו, יסופקו, ישווקו או ייובאו;  
(3) חלוקת שווקים בין צדדים לפי אזור, לקוחות, מוצרים או בכל דרך אחרת;  
(4) הסדר שענינו הטלת חרם מסחרי מלא או חלקי על אדם או על סוג בני אדם;  
(5) הסדר שענינו הגשה או אי הגשה של הצעה למכרז או פרט כלשהו בתוכן ההצעה."

הפרשנות הסבירה היחידה של רשימת סעיף 4 היא כי פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך לא ניתן להחלה על הסדרים הנכנסים לרשימה זו. לפחות לפי לשון סעיפים (1) ו-4(2), רשימה זו כוללת גם את הכתבת המחירים והכמויות נשוא עניין א.מ. חניות. קיימת אומנם פרשנות צרה ותכליתית יותר של הרשימה, היכולה לשנות תוצאה זו במידת-מה, אך לפני שנעסוק בכך, חשוב לנו להבהיר שקיימת "רשימה שחורה" מעין זו, שפטור הסוג לפגיעות קלות-ערך בתחרות אינו פתוח לפניה. כל פרשנות אחרת תייתר לחלוטין את כל 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.

מה פשר הדיבור "זולת אם נאמר אחרת בכללי פטור סוג..."? אם גם פגיעה קלת-ערך בתחרות מהווה "אמירה אחרת" כאמור, המוציאה את תחולתו של סעיף 4 הנ"ל, אין כל

61 לעיל הערה 28.

62 להלן: רשימת סעיף 4, או הרשימה השחורה.

צורך בסעיף 4, משום שתחת פרשנות מעין זו, כל אמירתו של סעיף 4 הנ"ל היא כי הסדר שאינו נהנה משום פטור סוג לא יוכל ליהנות משום פטור סוג – אמירה טאוטולוגית ברורה. אין זאת אלא שכוונת סעיף 4 היא לשלול מן הכבילות המצויות בו את פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך, שהוא כללי מטבע הדברים ואינו נוגע בסוג מיוחד של הסדרים. לעומת זאת, אם פטור סוג כלשהו פוטר במפורש את סוג הכבילה הנידון, תגבר ההוראה הספציפית של פטור סוג זה, והכבילה תהא פטורה גם אם היא כלולה ברשימת סעיף 4. כך, למשל, תניית אי-תחרות בין שותפים החלה לאחר פירוק השותפות מהווה "חלוקת שוק בין צדדים"<sup>63</sup> ועל-כן היא נכנסת לרשימת סעיף 4 בגדר סעיף 4(3). עם זאת, אם השותפים חברו למיזם משותף, למשל, הנהנה, על-פי תנאי השוק הרלוונטי ותכונות המיזם, מפטור הסוג למיזמים משותפים,<sup>64</sup> הרי שסעיף 4(ב)(8) לפטור הסוג למיזמים משותפים מכשיר במפורש "התחייבות צד שלא להתחרות במיזם המשותף... למשך תקופה סבירה לאחר פרישתו ממנו". זהו הכשר ספציפי, הגובר על רשימת סעיף 4, ותניית אי-התחרות הנידונה תהא פטורה במקרה זה.

אמור מעתה, כדי לתת משמעות כלשהי לרשימת סעיף 4, יש לפרש את הדיבור "זולת אם נאמר אחרת בכללי פטור סוג..." באופן תכליתי, כאומר: "זולת אם נאמר במפורש אחרת בכללי פטור סוג..." "ישאל השואל: האם לא ראוי לרוקן מתוכן את רשימת סעיף 4 ולהפכה לאות מתה? ובכן, ראוי לדעתנו שתהא "רשימה שחורה" של כבילות שלא יוכלו ליהנות מפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך. עם זאת, כפי שיובהר להלן, הרשימה השחורה האמורה צריכה להיות צרה ולכלול רק את הגזע הנוקשה של הכבילות החמורות ביותר, כגון קביעת מחירים בין מתחרים, חלוקת שוק בין מתחרים או מתחרים-בכוח וכדומה.

כאשר מדובר בכבילות חמורות מעין אלה, ההניעה האנטי-תחרותית כה מובנת מאליה שלא ראוי לתת להן פטור המבוסס על פגיעה קלת-ערך בתחרות. מתן פטור מעין זה יוביל למצב שצדדים יתיימרו לחרוץ דין לעצמם שכבילותיהם החמורות, כגון קביעת מחירים או חלוקת שוק בין מתחרים, פוגעות פגיעה קלת-ערך בתחרות. כך, למשל, בקרטל המרצפות הראוי לשמצה, שבו תיאמו חברות המרצפות מחירים, חילקו את השוק באופן קפדני ואכפו כבילות אלה בדקדקנות במשך ארבע-עשרה שנה, היו הצדדים יכולים לקבל חוות-דעת שלפיה פגיעת הקרטל שלהם בתחרות קלת-ערך.

הפרקטיקה מגלה כי צדדים החפצים בהסדר כובל, על רווחיו האנטי-תחרותיים הנאים, ששים מאוד לקבל חוות-דעת כאלה, ודעתם נחה בקלות-יתר מקיומן של חוות-דעת כאלה. כך, בעניין ת"פ (י"ם) 149/96 מדינת ישראל נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית לישראל בע"מ<sup>65</sup> נקבע כי תנובה וחברת מאיר עזרא ובניו היו צדדים

63 השוו, למשל, דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' מ"י, פ"ד נו(1) 56 (להלן: עניין טבעול).

64 כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים), תשס"א-2001, ק"ת 6096 (להלן: פטור הסוג למיזמים משותפים).

65 טרם פורסם (להלן: עניין תנובה).

להסדר כובל מן הסוגים הבוטים ביותר: תיאום מחירים בין מתחרים וחלוקת שוק בין מתחרים. עם זאת, המנכ"לים של שתי החברות זוכו על-ידי בית-המשפט המחוזי משום שהם -

"פעלו... תוך שהם סומכים בתום לב על עצה משפטית שקבלו... טעותם של הנאשמים הייתה בלתי נמנעת באופן סביר, באופן שמקים להם הגנה מכוח סעיף 34<sup>66</sup> ל"חוק העונשין."

אם כך אירע לגבי עצם השאלה אם תיאום מחירים וחלוקת שוק בין מתחרים מהווים הסדר כובל, יהיה קל לדמיין את שיתרחש אם יפתח בית-המשפט את הדלת לתחולה גורפת של פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך גם כאשר מדובר בכבילות האופקיות החמורות ביותר. ככלות הכל, הניתוח הכלכלי של מידת הפגיעה בתחרות בענף הרלוונטי מורכב ביותר. אף בכבילות החמורות ביותר, כגון קרטל מחירים בין מתחרים, הצדדים עשויים להצטייד בתום-לב בחוות-דעת תמת-לב שלפיה פגיעת ההסדר בתחרות הינה קלת-ערך משום שהשוק הרלוונטי, לדעת כותב חוות-הדעת, רחב מאוד, למשל.<sup>67</sup> כך, למשל, בקרטל מחירים בין שני יצרני יוגורט, חוות-הדעת תאמר שהשוק הרלוונטי כולל את כל מוצרי החלב, ובו פירמות רבות שיוכלו בוודאי לרסן את יכולתו של ההסדר לפגוע בתחרות. גישתו של כותב חוות-הדעת תהיה שצרכנים רואים, לדעתו, מוצרי חלב אחרים, כגון משקאות חלב, מעדני גבינה, לבן וכדומה, כתחליף סביר דיו ליוגורט. הגדרת השוק הרלוונטי היא נושא סבוך, שעשוי להיות במקרה קונקרטי שנוי במחלוקת כנה בין מומחים. הממונה עשוי לגרוס, למשל, כי השוק הרלוונטי בעניין זה הוא דווקא שוק היוגורט, משום שצרכנים אינם רואים מוצרי חלב אחרים כתחליף סביר ליוגורט.

על דיני ההגבלים העסקיים להיות ברורים ונחרצים בעניין רשימת הכבילות שלא יוכלו ליהנות מפטור הסוג לפגיעות קלות-ערך. אם הכבילה היא מן הסוגים החמורים ביותר - בדוגמה זו, קרטל מחירים בין מתחרים - הפגיעה בתחרות כה מובנת מאליה שיש לחסוך מהציבור, מהצדדים ומבית-המשפט את העלויות הכרוכות בהתדיינות הכלכלית הסבוכה סביב סוגיה זו. על-פי גישה זו, אם חברות היוגורט בדוגמה זו תיאמו מחירים, הרי שמכיוון שקשה למצוא הניעות לגיטימיות לתיאום מחירים בין מתחרים, נראה שהשוק הרלוונטי הוא אכן שוק היוגורט והפגיעה בתחרות אינה זניחה אף בלי צורך להתדיין סביב סוגיה זו.

66 שם, פסקה 142 לפסק-דינו של השופט עדיאל.

67 גם אם בתי-המשפט, שלא כמו בית-המשפט בעניין תנובה, שם, יפסקו בדיעבד לגבי חלק מחוות-הדעת האלה שאין הן פוטרות את מנהלי הפירמות, צפוי בכל-זאת שחוות-דעת מעין אלה יניחו מראש את דעתם של חלק גדול מן המנהלים. הרווחים מן ההסדר הכובל הינם עכשוויים ובהסתברות גבוהה; החשש שההסדר הכובל יתגלה בדיעבד, ושנוסף על כך לא יתנהג בית-המשפט כמו בית-המשפט בעניין תנובה, הינו הסתברותי, נוגע בעתיד הרחוק ומעורפל.

המסר של דברים אלה הוא שבכבילות חמורות מסוג זה, ובפרט תיאום מחירים וכמויות בין מתחרים, חלוקת שוק בין מתחרים או מתחרים-בכוח, או חרם מסחרי שמתחרים מטילים על מתחרה שלהם, ההניעה האנטי-תחרותית כה מובנת מאליה שראוי שהמונה עצמו ישיר אותן מראש אם יתברר, לאחר בדיקה כלכלית דקדקנית יותר, כי הפגיעה בתחרות אכן קלת-ערך. כאשר בתי-המשפט דנים כמקשה אחת הן בהסדרים אנכיים – שפגיעתם אינה מובנת מאליה, והן בהסדרים האופקיים החמורים ביותר – שפגיעתם מובנת מאליה, ומאפשרים את תחולתו של פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך גם על ההסדרים האופקיים החמורים ביותר, נשלח לציבור מסר לא-ראוי, שעשוי לעודדו לעשות הסדרים אופקיים מהסוג החמור ביותר, תוך הצטיידות שיטתית בחוות-דעת מהסוג שתואר לעיל שלפיהן הפגיעה של ההסדר שלהם בתחרות קלת-ערך.

מסקנה זו מיישמת בישראל, במידה מסוימת, את העיקרון המושרש במשפט האמריקאי ובקהילייה האירופית כי בסוגים מסוימים של כבילות (כגון קביעת מחירים או חלוקת שווקים בין מתחרים) מדובר בהסדר אסור *per se*, בלי צורך בניתוח פרטני של מידת הפגיעה בתחרות ובלי אפשרות לקבל "פטור אוטומטי" גם אם הצדדים השתכנעו ומנסים לשכנע את בית-המשפט כי פגיעת ההסדר בתחרות קלת-ערך. אומנם, דיני ההגבלים הישראליים שונים עדיין מאלה האמריקאיים מן הבחינה שאף כבילות הנכנסות לרשימת הכבילות החמורות הללו יכולות לקבל פטור אינדיווידואלי או אישור אינדיווידואלי מן הממונה או מבית-הדין להגבלים עסקיים. תפיסת החוק הישראלי היא שרשויות מומחיות להגבלים עסקיים יכולות להכשיר אפילו הסדרים מן הסוגים החמורים יותר, כגון תיאום מחירים או חלוקת שוק בין מתחרים. עם זאת, כאשר הסדרים מעין אלה, שלא הוכשרו מראש על-ידי הרשויות המומחיות, מגיעים לדיון בבית-משפט רגיל, שאינו מומחה במיוחד להגבלים עסקיים, התוצאה היא כמו זו של המשפט האמריקאי: ההסדרים פסולים באופן בלתי-ניתן לסתירה, בלי צורך להיכנס לשאלה הכלכלית עד כמה נפגעה התחרות בענף או מה הם יתרונותיו של ההסדר.

**(ב) מהי רשימת הכבילות שלא יוכלו ליהנות מפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך?**

עתה, משהגענו למסקנה כי אכן המצב במשפט הישראלי דהיום, שלפיו קיימת רשימה שחורה של כבילות שלא יוכלו ליהנות מפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך, הינו ראוי, יש להכריע אילו כבילות מצויות באותה רשימה. כפי שהבהרנו לעיל, הסדרים אנכיים – בין ספק ללקוח, פגיעתם בתחרות אינה מובנת מאליה כמו פגיעתם של ההסדרים האופקיים – בין מתחרים, מן הסוגים החמורים שזכרו לעיל. יתר על-כן, לגבי הסדרים אנכיים קיימים הסברים חלופיים לרצונם של הצדדים לעשותם, מלבד הרצון לפגוע בתחרות. על-פי גישה זו, ראוי שהרשימה השחורה תיוחד להסדרים אופקיים מן הסוגים הנקובים בה, הווה אומר תיאום או הכתבת מחירים או כמויות מרביות בין מתחרים, חלוקת השוק בין מתחרים (או מתחרים-בכוח), חרם מסחרי המתואם בין

מתחרים והסדר בין מתחרים (או מתחרים-בכוח) לגבי פרטי הצעות במכרו או הגשה או אי-הגשה של הצעות למכרו.<sup>68</sup>

אחת המסקנות החשובות הנגזרות מגישה זו היא שהסדרי בלעדיות לא יהיו ברשימה השחורה. גישה זו עקבית עם הטפתנו, בפסקה ב(א) לעיל, לשלול את הפסיקה שהכתימה הסדרי בלעדיות כ"חלוקת שוק". אם נאמץ את הפסיקה הרואה בהסדרי בלעדיות חלוקת שוק ונהיה עקביים, לא יהיה מנוס מלכלול גם הסדרי בלעדיות ברשימה השחורה של סעיף 4, הכוללת, בסעיף-קטן (3), "חלוקת השוק בין צדדים...". משמעות הדבר תהיה שהסדרי בלעדיות בין ספק ללקוח שנוסויות הצדדים ומבנה שוקיהם אינם מאפשרים להם ליהנות מפטור הסוג לרכישה בלעדית<sup>69</sup> או מפטור הסוג להפצה בלעדית<sup>70</sup> לא יוכלו ליהנות מפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך. זו תוצאה קשה ביותר, משום שכפי שהראינו לעיל, הפגיעה בתחרות בהסדרי בלעדיות אינה מובנת כלל מאליה, והיא תלויה בנסיבות הספציפיות של השוק.

אולם, כפי שציינו לעיל, ראוי לפרש את המונח "חלוקת שוק" כחל רק על חלוקת שוק אופקית, בין מתחרים או בין מתחרים-בכוח. אכן, חלוקת שוק אופקית היא אחת הכבילות החמורות ביותר. היא מהווה הסדר כובל בלי קשר לפגיעה בתחרות על-פי סעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים, וממילא לא תוכל ליהנות מפטור הסוג לפגיעות קלות-ערך עקב סעיף 4(3). לעומת זאת, לגישתנו, הסדרי בלעדיות יוכלו להוות הסדר כובל רק מכוח סעיף 2(א) לחוק ההגבלים, מאחר שמדובר בחלוקת שוק. משום כך, הם יהיו הסדרים כובלים רק אם הם עלולים לפגוע בתחרות באופן לא-זניח. אם אין הם הסדרים כובלים על-פי מבחן הפגיעה בתחרות האמור, הם לא יודקו ממילא לתחולת פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך.

שאלה קשה יותר עולה לגבי הסדרים אנכיים מסוג הכתבת מחירים והכתבת מכסות מרביות. כאמור לעיל, גישת המשפט המשווה כלפי הכתבה אנכית של מחירי מינימום או מכסות מרביות מכניסה אותם לרשימה השחורה של האיסור per se.<sup>71</sup> אם דיני ההגבלים הישראליים יאמצו את הגישה הנוקשה הזאת, הדעת נותנת שגם הכתבת מחירי מינימום או

68 סוג אחד של כבילות שנעדר מרשימת סעיף 4 הוא הסדר בין מתחרים לגבי סוג המוצר או איכותו. הסדר זה נכנס לרשימת הכבילות של סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, שיראו אותן כהסדר כובל בלי קשר לפגיעתן בתחרות. אולם היעדרן מרשימת סעיף 4 מעידה שניתן לטעון לגבי כבילות אלה לתחולת פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך. ייתכן שהכוונה היא לפתוח את הדלת לתחולת פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך על שיתופי-פעולה בין מתחרים הקובעים תקן איכות, תקן בטיחות וכדומה. זה סוג של הסדרים אופקיים שעשוי להיות מונע על-ידי מטרות שאינן קשורות לפגיעה בתחרות במישור האיכות, ועל-כן הפגיעה בתחרות אינה מובנת מאליה כמו במקרה של, למשל, קרטל מחירים או חלוקת השוק בין מתחרים.

69 לעיל הערה 10.

70 שם.

71 לעיל הערה 33 והטקסט הנלווה אליה.

מכסות מרביות תיכנס לרשימה השחורה של סעיף 4, ולא תוכל לפיכך ליהנות מפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך. לכך ניתן לצרף את לשון סעיף 4(1), שנוסף להכללת "תיאום מחירים" ברשימת סעיף 4, טורח להוסיף גם "...או הכתבתם". נראה שכוונת הממונה בחוקקו את סעיף 4 הנ"ל היתה הכתבת מחירים אנכית (במיוחד על רקע הגישה הנוקשה כלפי כבילה מעין זו במשפט המשווה). באופן אנלוגי, ניתן לטעון לכאורה שגם סעיף 4(2), הודן בהכתבת כמויות מרביות, חל גם על הכתבה אנכית של כמויות מרביות. אולם כפי שהבהרנו לעיל, הגישה המחמירה של המשפט המשווה כלפי הכתבת מחירי מינימום (או מכסות מרביות) אינה במקום, לדעתנו, וראוי לזוּם שינוי בעניין זה שלפיו הכתבת מחירי מינימום או מכסות מרביות בין ספק ללקוח לא ייכנסו לרשימה השחורה של סעיף 4, כשם שלא ראוי לגישתנו שייכנסו לגדר סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים.<sup>72</sup>

למעשה, אם תאומין גישתנו, הסדר אנכי להכתבת מחירי מינימום או מכסות מרביות ייבחן רק לפי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים, ועל-כן, אם אינו עלול לפגוע באופן לא-זניח בתחרות בענפים הרלוונטיים, הוא לא יהווה כלל הסדר כובל, וממילא לא יזקק לתחולת פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך.

מאידך גיסא, אם נישם את הגישה המקובלת במשפט המשווה, הרואה בחומרה הכתבה אנכית של מחירי מינימום או מכסות מרביות, יהא ההסדר שנידון בעניין א.מ. חניות הסדר כובל, בלי קשר לפגיעתו בתחרות, מכוח סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, וממילא ייכנס, לפי גישה זו, לרשימת סעיף 4, ועל-כן לא יוכל ליהנות מפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך. אם גישה מקובלת זו תגבר, הן הניתוח והן המסקנה של פסקי-הדין של השופטים אור וטירקל בעניין א.מ. חניות מוטעים, לפחות ככל שהם מתיימרים לחול גם היום על הסדרים שנעשו לאחר חקיקת פטור הסוג להסדרים שפגיעתם קלת-ערך, שחוקק בד בבד עם רשימת סעיף 4 האמורה. זאת משום שהשופטים אור וטירקל מתעלמים מן העובדה שכבילת א.מ. חניות לעניין המכסה המרבית של מנויים נכנסת, לפי הגישה המחמירה המקובלת כלפי כבילות מעין אלה, לרשימה השחורה של סעיף 4.

אולם גם אם תתקבל גישתנו שהכתבת מחירי מינימום או מכסות מרביות יכולה להיות הסדר כובל רק על-פי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים, ואין היא נכנסת לגדר סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, גם אז תישאר דרך הניתוח של השופטים אור וטירקל לא-נכונה. דרך ניתוח זו מניחה כי מדובר בהסדר כובל לפי סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, ומחילה את פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך. לעומת זאת, היה ראוי, ראשית, לנתח אם מדובר כלל בהסדר כובל, וזאת רק על-פי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים הדורש ניתוח כלכלי שיקבע אם ההסדר עלול לפגוע באופן לא-זניח בתחרות בענפים הרלוונטיים. הנטל לעניין זה צריך שיוטל על מי שתוקף את ההסדר (בעניין זה – על א.מ. חניות). ניתוח זה היה מייתר את השימוש בפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך, שבו הנטל צריך להיות מוטל על הצד החפץ לקיים את ההסדר (בעניין זה – העירייה).<sup>73</sup>

72 ראו לעיל פסקה ב(ג).

73 כאמור לעיל בהערה 59, נטל זה הוא להראות לכל הפחות מהם השווקים הרלוונטיים, וכי

### (ג) יישום פטור הסוג להסדרים שפגיעתם קלת-ערך מצריך ניתוח כלכלי אמיתי

באותם מקרים שבית-המשפט מגיע בהם למסקנה כי הסדר כובל פטור מכוח פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך (או על-סמך הדוקטרינה הישנה יותר של זוטי-דבריים) שומה עליו לנתח באופן כלכלי את השפעת ההסדר הכובל על השווקים הרלוונטיים, ואכן להגיע למסקנה כי הפגיעה בתחרות הינה קלת-ערך. לא ניתן להכריע על-סמך תחושת-בטן בלבד ובלי ניתוח כלכלי מעמיק אם הסדר כובל פוגע בתחרות בענפים הרלוונטיים באופן זניח אם לאו. כאן גם המקום לומר כי ההניעות והרקע להסדר הספציפי אינם יכולים, כשלעצמם, לפטור את בית-המשפט מן הניתוח הכלכלי. כך, בעניין א.מ. חניות ייתכן שכוונתה של עיריית ירושלים בהכתיבה מסכות מרביות ומחירים מרביים למנויים לא היתה כלל לפגוע בתחרות, אלא, למשל, להזיל את המנוי לעובדי העירייה, מחד גיסא, ולפתוח לפני הציבור הרחב מקומות חנייה רבים יותר שאינם שמורים למנויים, מאידך גיסא. אולם כוונת הצדדים, הניעותיהם ואף התועלת החברתית של ההסדר, מלבד פגיעתו בתחרות, אינם רלוונטיים לעניין השאלה אם פגיעת ההסדר בתחרות קלת-ערך. מה שמכריע לעניין זה הוא רק התוצא הכלכלי של ההסדר על התחרות בענפים הרלוונטיים.

ניתוח כלכלי של מידת פגיעתו של ההסדר הכובל בתחרות בענפים הרלוונטיים לא נעשה בפרשה זו, לא על-ידי בית-המשפט המחוזי ולא על-ידי בית-המשפט העליון. השופטים בשתי הערכאות הניחו כי הפגיעה בתחרות אינה משמעותית. ההימנעות העקבית של בתי-המשפט הרגילים (להבדיל מן הממונה ובית-הדין להגבלים עסקיים) מניתוח כלכלי של הפגיעה בתחרות בענפים הרלוונטיים הינה תופעה דומיננטית בפסיקה הישראלית.<sup>74</sup> ההחלטות של בתי-המשפט הרגילים העוסקות בהסדרים כובלים מכריעות רובן ככולן בסוגיה בדרכים אחרות, מבלי להיכנס לניתוח הכלכלי.

במקרים רבים, ההימנעות מן הניתוח הכלכלי היא במקומה. זאת כאשר הכבילה נכנסת לגדר סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים ומהווה הסדר כובל בלי קשר לפגיעתה בתחרות. אם הכבילה נכנסת גם לגדר הרשימה השחורה של סעיף 4 לפטורי הסוג – הוראות כלליות, היא לא תוכל ממילא ליהנות מפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך, וגורל הכבילה מוכרע לפיכך ללא צורך בניתוח כלכלי: מדובר בהסדר כובל שלא ייושע מפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך. אם, נוסף על כך, לא תוכל הכבילה ליהנות מפטור סוג ספציפי כלשהו, כגון פטור הסוג למיזמים משותפים, אכן יהיה בית-המשפט פטור מן הניתוח הכלכלי, וההסדר יהיה כובל באין אישור או פטור מראש מאת בית-הדין להגבלים עסקיים או הממונה.

מאידך גיסא, קיימים מקרים אחרים שבהם בית-המשפט חייב להידרש לניתוח הכלכלי.

נתחי השוק של הצדדים (כאן – העירייה וא.מ. חניות) בשווקים הרלוונטיים נופלים מ-10%. אם נטל זה אינו מורם, הנטל כבד אף יותר, ועל הצד החפץ בהסדר (כאן – העירייה) להראות כי פגיעת ההסדר בתחרות בענפים האמורים הינה קלת-ערך.

74 לעניין הימנעות זו מניתוח כלכלי בהקשר של תניות אי-תחרות ראו גילה, לעיל הערה 8, בע' 112.

ראשית, אם נטען כי ההסדר הינו כובל לפי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים, יהיה על בית- המשפט להגיע למסקנה כי ההסדר עלול לפגוע באופן לא-זניח בתחרות בענף הרלוונטי על-מנת שההסדר יהא כובל.<sup>75</sup> שנית, הצדדים יטענו לעיתים לתחולת פטור סוג ספציפי, כגון פטורי הסוג להסדרי בלעדיות או פטור הסוג למיזמים משותפים. לצורך תחולתם של פטורי הסוג האלה נחוץ, באופן טיפוסי, להגיע למסקנה מהו השוק הרלוונטי שהצדדים פועלים בו על-מנת לקבוע את נתחי השוק שלהם ושל מתחריהם. הגדרת השוק הרלוונטי, ונתחי השוק של הצדדים דורשת, כמובן, ניתוח כלכלי.

לבסוף, והחשוב מכל לענייננו, אם בית-המשפט מתיימר להחיל על הסדר כובל מסוים את פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך (או את הכלל הישן יותר בדבר זוטי-דברים), הוא מחויב, כאמור לעיל, וכפי שלא נעשה בפרשה שלפנינו, לערוך ניתוח כלכלי של השפעת ההסדר על התחרות בשוק הרלוונטי. להלן כמה קווים שצריכים להנחות ניתוח כלכלי מעין זה, כפי שהיו צריכים להיות מיושמים לגבי בדיקת הפגיעה המסתברת בתחרות בעניין א.מ. חניות.

#### (1) קווים מנחים לניתוח הכלכלי של ההסדרים בעניין א.מ. חניות

##### 1. מהו שוק המוצר הרלוונטי?

על-מנת לערוך ניתוח כלכלי של השפעת ההסדר הנידון על התחרות, יש להגדיר מהו שוק המוצר הרלוונטי שההסדר משליך עליו. מכיוון שהמגבלות שהוטלו על א.מ. חניות הן לעניין מנויים בחניון, נראה שקהל-היעד הרלוונטי המושפע מן ההסדר מורכב מאנשים הפוקדים את האיזור סביב החניון לעיתים תכופות. מבקרים מזדמנים לא יראו רכישת מנוי בתשלום תקופתי כאופציה כלכלית סבירה. תחימת השוק הרלוונטי נעשית לפי מבחן של חלופיות סבירה בעיני הצרכנים הרלוונטיים.<sup>76</sup>

חשיבותה של תחימת השוק הרלוונטי לצורך אמידה של מידת הפגיעה בתחרות יכולה להיות מומחשת כדלהלן. השאלה שיש לשאול בהמשך הניתוח היא אילו חניונים באיזור החניון הנידון ואילו אופציות חנייה חלופיות, כגון חנייה חוקית לצד המדרכה, קיימות

75 בעניין זה יש לאמץ, לדעתנו, את הפרשנות התכליתית של סעיף 2(א) לחוק ההגבלים, שלפיה לא די בכך שמתחרים, למשל, משתפים-פעולה על-מנת שיהיה מדובר בהסדר כובל לפי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים. נדרשת פגיעה מסתברת בתחרות בענף הרלוונטי. ראו לעיל הערות 8-11 והטקסט הנלווה אליהן.

76 ראו, למשל, ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, פ"ד נב(5) 213; ערר 7/95 (י"ם) "בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על הגבלים העסקיים (1997, הגבלים עסקיים), 3001553; החלטת הממונה בעניין רכש "רקלה" על-ידי "הראל", "המשמר" ו"מור" מכון למידע רפואי - החלטה בדבר אישור מיזוג, ההגבלים העסקיים - החלטות הממונה ופסקי-דין (הוצאת ועד מחוז תל-אביב, תשנ"ה, כרך א) 158, 169-178; הנחיות להגדרה ומדידה של שוק רלוונטי לעניין חוק ההגבלים העסקיים (2001, הגבלים עסקיים), 3011839, טיוטה להערות הציבור.



בעיני אנשים הפוקדים את המקום לעיתים תכופות.<sup>77</sup> ככל שאופציות חלופיות אלה דלות יותר, כן השפעתן של הכבילות הנדונות על התחרות חמורה יותר. כך, למשל, נניח כי אין לאנשים הפוקדים את המקום באופן תכוף אופציות חנייה סבירות אחרות. הווה אומר, א.מ. חניות היא מונופול – הפירמה היחידה בשוק הרלוונטי. הצרכנים ירגישו מחויבים לרכוש מנוי מא.מ. חניות. אלה שירכשו את המנוי ראשונים ייהנו אומנם מהמחיר המרבי למנוי שמוכתב לא.מ. חניות על-ידי העירייה. מאידך גיסא, ייתכן שיהיו לקוחות רבים שלא יוכלו לרכוש מנוי כלל, עקב המכסה המרבית המוכתבת לא.מ. חניות. מניעת מוצר מאנשים החפצים לרכשו היא דוגמה קלסית לפגיעה בתחרות בענף.<sup>78</sup>

יתר על-כן, מעניין שהטענות הכלכליות הרגילות שמרככות בקרב כלכלנים את גישתם כלפי הכתבת מכסות מרביות או מחירי מינימום<sup>79</sup> אינן קיימות כנראה במקרה שלפנינו. אילו היתה העירייה קובעת לא.מ. חניות מכסות מרביות של מנויים מבלי להגביל את מחיר המנוי, היה ניתוח כלכלי מעמיק מביא אולי לידי מסקנה שהתחרות אינה צפויה להיפגע משמעותית יחסית למצב אלמלא הכבילה. זאת משום שגם ללא הכבילה, היתה העירייה יכולה לגרום בעצמה להגבלת מספר המנויים על-ידי התאמת דמי השכירות שא.מ. חניות משלמת למספר המנויים ויצירת דמי שכירות הגדלים ככל שמספר המנויים שא.מ. חניות מוכרת עולה. זה היה מגדיל את עלויות א.מ. חניות בהספקת מנויים, ומניע אותה בסופו של דבר להעלות את מחיר המנוי ולהקטין בהתאם את מספר המנויים. אולם בפרשה שלפנינו ידוע לנו כי העירייה אינה מעוניינת במחיר מנוי מנופח כאמור, שהרי היא טרחה להכתיב לא.מ. חניות מחיר מרבי נמוך למנוי. על-כן אין זה סביר, ככל הנראה, שאלמלא הכבילה לגבי כמות המנויים היתה העירייה חפצה להגיע לתוצאה דומה באמצעות ניפוח העלויות של א.מ. חניות בהספקת מנויים. בכך יש כדי להחריף לכאורה את הפגיעה בתחרות הנעוצה בהגבלת מספרם של המנויים.

נניח עתה שקיימים, למשל, שני חניונים נוספים באזור הרלוונטי היכולים למכור מנויים. מטבע הדברים, ייתכן שמספר המנויים שהחניונים הנוספים האלה יכולים להציע הינו מוגבל. ככל שהוא מוגבל יותר, כן יהיה התוצא האמור של הפחתת מספר המנויים המוצעת ביחס לביקוש למנויים אלה גדול יותר. נוסף על כך, ההתחייבות של א.מ. חניות למכסת מנויים מרבית נותנת לחניונים המתחרים כוח להעלות את מחיר המנוי לגבי אותם לקוחות שלא הצליחו להשיג מנוי אצל א.מ. חניות. אלמלא המכסה המרבית שהוכתבה

77 ראו להלן פסקה II.

78 הקטנה של מספר המנויים משמעה אומנם הגדלת ההיצע ללקוחות מזדמנים שאינם מנויים. בכך יש דווקא כדי לשפר את רווחת הלקוחות המזדמנים, ופוטנציאלית להוריד את מחיר החנייה ללקוחות אלה בכל השוק הרלוונטי. אולם גם זה נתון הראוי לבדיקה מעמיקה ופרטנית. נוסף על כך, לא ברור לחלוטין, בדיני ההגבלים העסקיים, אם תרומה לצרכנים של שוק אחד (שוק הלקוחות המזדמנים) יכולה להצדיק פגיעה בתחרות בשוק אחר (שוק הלקוחות למנויים) לעניין השאלה אם הסדר הינו כובל או אם פגיעתו בתחרות בענף הרלוונטי קלת-ערך.

79 השוו לעיל פסקה ב(ג).

לא.מ. חניות, היא היתה נהפכת למתחרה אמיתי של החניונים האחרים על אותם מנויים, ומחיר המנוי היה יורד בחניונים המתחרים.<sup>80</sup> גם זו דוגמה לפגיעה בתחרות בענף הרלוונטי, וזאת גם אם קיימים, כאמור, חניונים אחדים בשוק הרלוונטי.

### II. האם השוק הרלוונטי הוא לא־מקומי באופיו?

כבר מן הניתוח בפסקה הקודמת נהיר כי יש להגדיר לא רק את שוק המוצר הרלוונטי, כאמור לעיל, אלא גם את השוק הגיאוגרפי הרלוונטי.<sup>81</sup> מטבע הדברים, אדם הפוקד במכוניתו את האיזור של כיכר ספרא אינו רואה חניונים או מקומות חנייה מרוחקים כתחליף סביר. על־כן, השוק הגיאוגרפי הרלוונטי מותחם לרדיוס מוגבל סביב כיכר ספרא. נראה כי האופי המקומי של ההסדר הכובל השפיע בפרשה זו על תחושת־הבטן של בתי־המשפט המחוזי והעליון בהסיקם בתכלית הקיצור כי הפגיעה בתחרות הינה זניחה. אך נהפוך הוא. האופי המקומי של השוק הרלוונטי גורם לכך שמבחינת הפגיעה בתחרות, ה**תוצא היחיד** הרלוונטי הוא זה המקומי. העובדה שההסדר אינו משפיע על שוקי חנייה אחרים בירושלים או במדינה אינה מעלה ואינה מורידה לעניין הניתוח של מידת פגיעתו של ההסדר בתחרות. דיני ההגבלים העסקיים רואים כל שוק רלוונטי כ"עולם ומלואו" מבחינת האינטרס של קידום התחרות. זאת לאור עצם ההגדרה של שוק רלוונטי: הפגיעה בצרכנים המושפעים מן ההסדר הכובל בשוק הגיאוגרפי הרלוונטי המצומצם של סביבת כיכר ספרא אינה מופחתת בכהוא זה רק בשל העובדה שההסדר אינו משפיע על שווקים גיאוגרפיים אחרים. כך גם לגבי שוק המוצר הרלוונטי. העובדה בלבד שההסדר הנידון משפיע רק על אנשים הפוקדים את האיזור באופן תכוף (הקהל־בכוח של מנויים) אינה מפחיתה בכהוא זה מחומרת הפגיעה בתחרות. זאת משום שהפגיעה בתחרות נמדדת רק באספקלריה של שוק המוצר הרלוונטי, קרי שוק האנשים הפוקדים את האיזור באופן תכוף.

### III. מי הם המתחרים המשמעותיים בשוק הרלוונטי?

השאלה הרלוונטית שהיה על בית־המשפט לשאול אם־כך, לפני שהכריע כי מדובר בפגיעה בלתי־משמעותית בתחרות, היא: האם קיימים חניונים אחרים או מקומות חנייה מורשים אחרים בקרבה מספקת לקמפוס כיכר ספרא, שהמשתמשים הקבועים בקמפוס – אלה שנוקקים ברגיל למנוי בחניון – עובדיו ומבקריהם הקבועים רואים כחלופה סבירה לחנייה בחניון נשוא הדיון? כפי שהובהר לעיל, אם אין מתחרים משמעותיים בשוק

80 על העובדה שבתחרות בין מתחרים מעטים אין המחיר יורד, בדרך־כלל, עד למחיר התחרותי, עקב כוחן של הפירמות להעלות מחירים, ראו גילה, לעיל הערה 8, בע' 83-80, וכן: Tirole, *supra* note 51, chaps. 5-6. על העובדה שמכסה מרבית, ככל מגבלה בכושר ייצור, עלולה לגרום להאמרת המחירים עוד יותר, ראו: Tirole, *ibid*, at p. 212.

81 ראו, למשל, נימוקי התנגדות למיזוג הריבוע הכחול ישראל בע"מ, ירקון (פלוס 2000) סיטונאות מזון בע"מ, (2001, הגבלים עסקיים), 3012217, בע' 18 לפסק־הדין.

הרלוונטי מלבד א.מ. חניות, אזי צמצומו של מספר המנויים האפשריים אכן פוגע בתחרות בשוק הרלוונטי במובן הבוטה ביותר: הוא מקטין את היצע השירות בשוק הרלוונטי. גם אם קיימות חלופות סבירות, השאלה היא מהו מספרן ומהי הקיבולת שלהן. ככל שאלה קטנים יותר, כן הפגיעה המסתברת בתחרות שבהגבלת מספר המנויים גדולה יותר, ויקשה יותר להסיק כי מדובר בפגיעה בלתי־משמעותית בתחרות.

האם קיימים חנויות מתחרים לחניון שמופעל על־ידי א.מ. חניות והאם קיימות אופציות חנייה אחרות לאנשים הפוקדים את האיזור באופן תכוף בשוק המוצר ובשוק הגיאוגרפי הרלוונטיים? קשה, כמובן, לדלות מפקס־הדין, שכלל לא עסק, כאמור, בניתוח הפגיעה בתחרות, נתונים ברורים בעניין זה. עם זאת, בעניין א.מ. חניות במחוזי<sup>82</sup> נאמר: "הפרויקט מורכב מקמפוס של 13 מבנים (חדשים ומשופצים), בשטח של כ־50,000 מ"ר (כולל מקלטים), חניון ל־800 מקומות חניה (בשטח של כ־26,300 מ"ר), שטחי מסחר חדשים בשטח כ־4,000 מ"ר. סה"כ שטח מבונה של כ־80,000 מ"ר בנוסף לכ־16,000 מ"ר כבישים, כיכרות ושטחים פתוחים."

מקריאת נתונים אלה ניתן להסיק לכאורה כי החניון נשוא פסק־הדין הוא היחיד המשרת ישירות אותו קמפוס נרחב, על מבקריו ועובדיו. נוסף על כך ידוע לנו מפסק־הדין כי החניון ממוקם במרכז העיר ירושלים. ייתכן שאופציות החנייה שלא בחנויות, בצידו המדרכות, מוגבלות באיזור זה, בפרט כאשר מדובר באנשים הפוקדים את המקום לעיתים תכופות, למשל לצורכי עבודתם. יתכן בהחלט שניתוח העובדות היה מראה שצרכנים כאלה אינם יכולים להרשות לעצמם לחפש אחר מקום חנייה מזדמן, לצדי המדרכה, בכל בוקר ובוקר. מעובדות אלה עולה, לפחות לכאורה ובאין ראיות נוספות בפסק־הדין, כי השוק הרלוונטי עשוי בהחלט לכלול רק את החניון המופעל על־ידי א.מ. חניות. או אז הפגיעה בתחרות שבהכתבת מספר המנויים המרבי הינה בוטה וכלל אינה זניחה.

אומנם, פסקי־הדין, המחזיז והעליון, חושפים בעקיפין שקיים חניון סמוך, במגרש הרוסים. מידת קרבתו וגודלו של חניון זה, והיכולת והקיבולת שלו להציע מנויים שייתפסו בעיני קהל הלקוחות הרלוונטי כחלופות סבירות למנויים של א.מ. חניות – כל אלה נתונים אינטגרליים שהיה על בית־המשפט לנתח מפורשות לפני שהסיק כי מדובר בפגיעה בלתי־משמעותית בתחרות. פרשן מבחוץ יכול להסיק, מבין השיטין ואגב דיונו של בית־המשפט בנושאים אחרים, שהיתה סבירות מסוימת של חלופיות בין הביקוש לחניון שבמגרש הרוסים לבין הביקוש לחניון של א.מ. חניות, ולו משום שא.מ. חניות טענה שנגרם לה נזק כספי מכך שהחניון במגרש הרוסים לא נסגר, כפי שהבטיחה העירייה, על־פי הטענה.<sup>83</sup>

כאמור לעיל, גם אם היווה החניון במגרש הרוסים חלופה סבירה לחניון הנידון, היה צורך לבדוק כמה מנויים החניון במגרש הרוסים מסוגל להציע, עד כמה חניון זה נחות או עדיף בעיני הצרכנים־בכוח, אם קיימים גם חנויות נוספים בשוק הרלוונטי וכמה מנויים

82 לעיל הערה 42, פסקה 2.

83 שם, פסקה 4.

הם מסוגלים להציע. שוק רלוונטי עם שני מתחרים משמעותיים בלבד רחוק מלהיות נטול חששות מפגיעה בתחרות. הסדר המגביל את מספר המנויים של אחד מהם, בהתאם, אינו יכול להיחשב מלכתחילה, בלי בדיקה מעמיקה יותר, להסדר שפגיעתו בתחרות קלת-ערך.

#### ד. סיכום

דיני ההגבלים העסקיים בישראל ניצבים על פרשת דרכים. הפסיקה הרחיבה ברבות השנים יתר על המידה את רשימת הכבילות שייראו כהסדר כובל בלי קשר לפגיעתן בתחרות. על-מנת להתמודד עם תוצאה אנומלית זו, אנו עדים לכמה פסקי-דין שמנסים לחמוק מן התוצאה בדרכים מלאכותיות, אד-הוק, שמוליכות להלכות בעייתיות ביותר. הדרך הראויה להתמודד עם האנומליה היא להכותה ביסודה, באופן שיטתי: על-פי גישתנו, הסדרים אנכיים יוכלו להיות הסדרים כובלים רק לפי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים, ועל-כן רק אם הם עלולים לפגוע בתחרות בענף רלוונטי כלשהו באופן לא-זניח. בתי-המשפט ידרשו לשם כך לניתוח כלכלי של שאלת הפגיעה בתחרות בענף הרלוונטי. סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, לעומת זאת, המכתיב הסדרים ככובלים בלי קשר לפגיעתם בתחרות, יחול רק על ההסדרים האופקיים החמורים ביותר – אלה שפגיעתם בתחרות מובנת כמעט מאליה. רוב ההסדרים האלה ייכללו גם ברשימת הכבילות שלא יוכלו ליהנות מפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך. רק בהסדרים מעין אלה יהא בית-משפט רגיל פטור מן הניתוח הכלכלי האומד את פגיעת ההסדר בתחרות בענף הרלוונטי.