

## סודות מסחריים -- תחרותיות ופערי מידע

### דיויד גילה\*

דין ודברים, כרך ב(2) ע' 675-709 (תשס"ו)

המאמר מנתח את ההשפעה התחרותית של ההגנה המשפטית על סודות מסחריים. הוא מראה שלהגנה על סודות מסחריים השפעה תחרותית ישירה, שנובעת ממניעת יתרון טכנולוגי או איכותי ממתחרים או דיכוי מתחרים חלשים, באופן שמנציח כוח שוק של בעל הידע. המאמר טוען עוד שיש להגנה על סודות מסחריים השפעה תחרותית אסטרטגית: היא יוצרת פערי מידע (אסימטריה באינפורמציה) בין פירמות. פערי מידע בין פירמות גורמים להן לשנות באופן אסטרטגי את התנהגותן כדי להעביר איתותים לפירמות אחרות. במקרים מסוימים ההשפעה האסטרטגית האמורה דווקא תורמת לתחרות ובמקרים אחרים היא פוגעת בתחרות, שכן ההשפעה תלויה בסוג הצדדים הנוגעים לעניין (פירמה ותיקה ופירמה מבוססת ופירמה חלשה, ספק ולקוח) וכן בסוג הידע המוגן. לפיכך המאמר חושף מקרים שבהם ההשפעה האסטרטגית של ההגנה על סודות מסחריים היא פרו-תחרותית וההשפעה הישירה היא אנטי-תחרותית, באופן שיכול להצדיק את התעלמות הפסיקה והחקיקה, העוסקות בסודות מסחריים, משיקולי תחרות. מאידך גיסא, המאמר מצביע על מקרים אחרים שבהם הן ההשפעה האסטרטגית והן ההשפעה הישירה הן אנטי-תחרותיות, באופן שמעורר תמיהה על התעלמות הפסיקה והחקיקה משיקולי תחרות. לבסוף, המאמר דן בהשלכות שיש לניתוח הכלכלי דלעיל על המחלוקת בדבר האופי הקנייני או המעין-קנייני של סודות מסחריים.

**א. מבוא. ב. העוגן המשפטי לשקילת שיקולי תחרות בקביעת ההגנה על סודות מסחריים. ג. חשיפת מידע של פירמה ותיקה בפני פירמה חדשה המבקשת להיכנס לשוק שלה: 1. ההשפעה הישירה על התחרות; 2. ההשפעה האסטרטגית על התחרות; 3. ניתוח ההשפעות על התחרות בראי הפסיקה. ד. חשיפת מידע על אודות פירמה בפני מתחרה בפועל: 1. חשיפת מידע בין שני מתחרים מבוססים (שאינן להם סיכוי לסלק אחד את השני מן השוק): (א) ההשפעה הישירה על התחרות: (1) ידע שמצמצם עלויות או משפר איכות; (2) ידע שמאפשר ביצור או הגדלה של נתח שוק על חשבון המתחרה; (ב) ההשפעה האסטרטגית על התחרות: (1) כשהסוד נוגע לעלויות; (2) כשהסוד נוגע לביקוש למוצר של הפירמה; (3) כשהסוד נוגע לכושר הייצור של הפירמה; (4) כשהסוד נוגע למבצעי הוזלות; 2. חשיפת מידע הנוגע למתחרה מבוסס בפני מתחרה חלש, שיש סיכוי**

\* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל אביב.  
ברצוני להודות למיכאל בירנהק, עמרי ידלון, ירון יחזקאל שני קוראים חיצוניים אנונימיים ומשתתפי סמינרים בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל אביב על הערותיהם המועילות, למרכז-על צגלה על הסיוע הכספי, ולעוזרת המחקר מיכל רוטשילד על עזרתה.

לסלקו מן השוק: (א) ההשפעה הישירה על התחרות; (ב) ההשפעה האסטרטגית על התחרות; 3. ניתוח ההשפעות על התחרות בראי הפסיקה. ה. **חשיפת מידע בין ספק ללקוח**: 1. כשהסוד נוגע לעלויות שבהן נושא המפיץ או לביקוש לשירותיו; 2. כשהסוד נוגע לעלויות שבהן נושא הספק; 3. כאשר הספק מספק מוצר בר קיימא. ו. **"סודיות יחסית"**. ז. **סיכום**.

## א. מבוא

על פי חוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999 (להלן: **חוק עוולות מסחריות**) סוד מסחרי הוא: 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 מבחינות רבות, עצמתה של ההגנה המשפטית על סודות מסחריים היא חסרת תקדים, ועולה במידה ניכרת על זו שמגינה על פטנטים. על פי הפסיקה, ההגנה על סוד מסחרי היא בלתי מוגבלת בזמן,<sup>1</sup> בעוד ההגנה על פטנטים מוגבלת בזמן. בנוסף, סוגי המידע שיכולים ליהנות מההגנה על סוד מסחרי הם כמעט בלתי מוגבלים. עוד בטרם נחקק חוק עוולות מסחריות, אומצה תדיר הגדרתו של פרופ' גד טדסקי לסוגי המידע הראויים להיות סודות מסחריים:

העניינים העסקיים שהסודיות הנדונה עשויה לחול עליהם הם שונים ומשונים: לא רק על אמצאה (כשירה או לא כשירה לפטנט) בדבר מכונות או בדבר תהליכי ייצור, אלא גם על "דע-כיצד" (know-how), שרטוטים טכניים, דגמים, רעיונות חדשים בענייני פרסומת, בידור, אופנה, בישול, בשמים, החלת תהליך מסוים על ענין שלא נהגו להפעילו בו, צירוף חדש של יסודות (אף אם כולם ידועים), רשימת לקוחות, מחקרים בעניין שיווק, מפות, סטטיסטיקות ועוד. בסיכום, אפשר לומר כי הסודות עשויים להתייחס לכל יסודות המפעל, גם הפנימיים (כגון ארגון טכני ומנהלי, שיטות עבודה ותהליכה, וכיוצא באלה) וגם חיצוניים (כגון לקוחות ומוניטין) - ובלבד שיהיו כאלה שמתחרה יוכל לעשות שימוש בהם בפעילותו העסקית המתחרה.<sup>2</sup>

גם בסעיף 5 לחוק עוולות מסחריות מוגדר כאמור סוד מסחרי כ"מידע עסקי, מכל סוג" ובלבד ששאר תנאי הסעיף מתקיימים. ואילו ההגנה על פטנטים דורשת אלמנטים של חידוש, תועלת, שימושיות תעשייתית והתקדמות המצאתית כתנאי סף לקביעת סוג הידע הראוי להגנה. סעיף 3 לחוק הפטנטים, התשכ"ז-1967 קובע כי:

אמצאה, בין שהיא מוצר ובין שהיא תהליך בכל תחום טכנולוגי, שהיא חדשה, מועילה, ניתנת לשימוש תעשייתי ויש בה התקדמות המצאתית – היא אמצאה כשירת פטנט.

במילים אחרות, בתחום הפטנטים מידת ההגנה על בעל הידע כבר מביאה בחשבון את הערך של תחרות חופשית. האיזון הוא בעיקר בין הרצון לעודד את פיתוח הידע מלכתחילה ובין הפגיעה

<sup>1</sup> ראו, למשל, דב"ג נג' 17-3 טועמה נ' **טכנו גומי ליסצקי**, פד"ע כה 227, בעמ' 234.  
<sup>2</sup> גד טדסקי, "סודות עסקיים", **הפרקליט** לה (תשמ"ג) 5, בעמ' 26. הדברים אומצו תכופות בפסיקה, כגון בע"מ 1371/90 **דמתי נ' גנור**, פ"ד מד (4) 847, בעמ' 851, ת"א (י-ם) 2325/00 **כהן נ' ט.מ.ל. מיקרו מחשבים בע"מ** (טרם פורסם); עת"מ 1149/02 **קר שירותי בריאות בע"מ נ' שר האוצר** (טרם פורסם); ה"פ (י-ם) 364/93 **רוסון בע"מ נ' אבנעל חב להפצה בע"מ**, פ"מ תשנ"ו (2) 500.

בתחרות שמסבה ההגנה על הידע. הפגיעה בתחרות נובעת מכך שאם אחרים לא יוכלו להשתמש בידע, מניעת הידע מהם עלולה להעניק לבעל הידע כוח שוק – הכוח להעלות מחירים מעל השוליות<sup>3</sup> שבהן נושא בעל הידע או לקבוע איכות או כמות לא תחרותיים.<sup>4</sup> האיזון החברתי המכתיב את מידת ההגנה על פטנטים מיושם אפוא גם באמצעות הגבלת משך ההגנה (משך הפגיעה בתחרות) וגם באמצעות דרישות סף הנוגעות לתרומתו החברתית של הידע, להבדיל מתרומתו של הידע לבעליו גרידא.

לעומת זאת, בתחום הגנה על סודות מסחריים, מידת ההגנה איננה מאזנת בין הרצון לעודד את פיתוח הידע ובין הרצון למנוע פגיעה בתחרות הכרוכה בהגנה על בעל הידע.<sup>5</sup> כל כולה יונקת מהתרומה של הידע לבעליו, ולא דווקא מתרומתו החברתית. בנוסף, תקופת ההגנה היא בלתי מוגבלת בזמן, כל עוד הידע הוא סודי. לפיכך הפגיעה בתחרות הכרוכה בהגנה על הסוד עשויה להיות בלתי מוגבלת, בלי קשר למידתה של הפגיעה.<sup>6</sup>

זאת ועוד, בתחום ההגנה על סודות מסחריים, הסיכוי שתיווצר הגנה על הידע דווקא ככל שפגיעתו בתחרות גדולה יותר, הוא רב וזאת מן הטעם הבא: ככל שגורמים רבים יותר מודעים לידע, כך קטנה לכאורה פגיעתו בתחרות, אבל כך גם קטנים הסיכויים שהידע יהיה זכאי להגנה כלשהי, משום שרק ידע, שנחשב ל"סודי" מספיק, זכאי להגנה. כדברי הנשיא וינוגרד בעניין **זנכל**:

ההחלטה אם נשמר המידע הסודי אם לאו, תלויה בנסיבות של כל מקרה ומקרה. כך, למשל: אם מוצר מסוים מגלה על פניו את דרכי ייצורו, כולל הסוד הנטען, או אם היצרן הציג את דרכי הייצור או דגם של המוצר בוועידה או בתערוכה בלי כל הסתייגות או אם ערך בדרך זו סיורים במפעלו, [...] מבלי שנקט באמצעים להסתיר את הסוד או להדגיש שהסוד מוגן ואין לגלותו או מבלי שהגילוי של הסוד היה כפוף להתחייבות מוקדמת -- מפורשת או מכללא – לשמירת הסודיות, כל אלה יכולים להיחשב, לפי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה, לחשיפה מרצון של הסוד המקצועי לכלל הציבור, ואזי אין ליצרן אלא להלין על עצמו.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> העלות השולית היא עלות הספקת יחידת מוצר נוספת.

<sup>4</sup> אכן, במקרה של פטנטים, המטרה המרכזית בהגנה על הידע היא לאפשר לבעל הידע לגרוף רווחים אנטי-תחרותיים, עד גבול מסוים, וזאת כדי לעודד אותו לפתח את הידע מלכתחילה.

<sup>5</sup> בת"א (ת"א) 1018/95 סחר ושירותי ים בע"מ נ' חברת Rhenus Air Transport GMBH (לא פורסם) (להלן: ת"א סחר ושירותי ים בע"מ), קבע בית המשפט המחוזי כי הסכם בדבר חובת סודיות ייחשב להסדר כובל על פי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, ס"ח 1831, ללא פטור סטטוטורי. אף שפסק הדין איננו כולל פירוט מעמיק של אופי הפגיעה בתחרות, הוא מתיישב עם האינטואיציה הבסיסית ולפיה הגנה על סודות מסחריים אכן עלולה לפגוע בתחרות. עם זאת, כפי שיובהר בהמשך, ההשלכות התחרותיות של ההגנה על סודות מסחריים הן מורכבות ואינן מובנות מאליהן.

<sup>6</sup> אמת, סודות מסחריים לעתים מתכלים או מתיישנים, אולם הדין מוכן להגן עליהם בלא הגבלה אם הם אינם מתכלים. יתרה מזו, סודות מסחריים בפירמה לעתים קרובות מתחדשים: סוד שהתיישן מוחלף בידע חדש, כך שכוח השוק שהגנה שוטפת על הידע מקנה לבעליו עלול להיות בלתי מוגבל בזמן. ראו דיויד גילה, "לקראת מדיניות משפטית חדשה כלפי תניות אי-תחרות", עיוני משפט כג (תש"ס) 63, בעמ' 98-99. יסוד אחר המחזק את מידת ההגנה על פטנט דווקא לעומת ההגנה על סוד מסחרי היא שסוד מסחרי מוגן רק מפני גזל של הסוד עצמו (למשל, באמצעות ריגול תעשייתי או העסקת עובד לשעבר של בעל הסוד), ואילו פטנט מוגן גם מפני מי שהצליח לפתח באופן עצמאי ונפרד את ההמצאה שזכתה להירשם כפטנט. מבחינה זו הפגיעה בתחרות שמסבה ההגנה על פטנט יכולה להיות גדולה יותר מזו שמסבה ההגנה על סוד מסחרי. מכל מקום, כל עוד אנו נוכחים שבהגנה על סודות מסחריים נגרמת פגיעה בלתי זניחה בתחרות, חשוב לזכור כי בדיני סודות מסחריים לא נעשה איזון כלשהו בין השיקולים למנוע פגיעה זו ובין השיקולים להגן על סוד, ואילו בדיני פטנטים קיים איזון מעין זה.

<sup>7</sup> ת"א (ת"א) 184/93 זנכל בע"מ נ' פרי טעים בע"מ, פ"מ תשנ"ה (א) 313, בעמ' 325 (להלן: ת"א זנכל).

גם אם המידע איננו נחלת הכלל, אך הוא ניתן לביורר בקלות יחסית, הוא לא ייחשב לסודי.<sup>8</sup> מידע אשר ניתן להנדסה חוזרת (כלומר, לפיענוח עצמאי על ידי אחרים באמצעות ניתוח של מוצרי בעל הידע) ייחשב, למשל, לסודי רק אם תהליך ההנדסה החוזרת כרוך במאמץ רב ובהשקעות מהותיות.<sup>9</sup>

חיזוק נוסף למצב פרדוקסלי כביכול זה, שלפיו ההגנה דווקא **מתחזקת** ככל שמתחזקת מידת פגיעתה בתחרות נעוץ בהוראת החוק הקובעת כי כדי שידע יזכה להגנת הדין, על בעליו לנקוט אמצעי זהירות להגנתו. בעניין **זנלכל** הבהיר הנשיא וינוגרד כי פירושה של הדרישה היא שאחרים יוכלו להשיג נגישות למידע "רק באמצעים לא כשרים או לא מקובלים".<sup>10</sup> בין היתר, הוזכרו בפסיקה אמצעי זהירות כגון נהלים פנימיים<sup>11</sup> וכתבי התחייבות לסודיות של העובדים.<sup>12</sup> שוב אנו נוכחים כי ככל שמתחזקים אמצעי הזהירות לשמירת הסודיות, המעידים על כך שהפגיעה של הסוד בתחרות היא לכאורה גדולה יותר, כך גם הסיכויים לקבל הגנה גדלים.

מצב דברים זה, הקיים בדיני סודות מסחריים, שוב מנוגד לדיני הפטנטים, שלמעשה מתנים את מתן ההגנה בהפיכת המידע המוגן עצמו לפומבי כדי להשיא את התרומה החברתית של המידע. ההשוואה לדיני פטנטים דווקא, להבדיל מענפים אחרים של קניין רוחני, נובעת מן הדמיון הרב (אם כי לא בהכרח דמיון מלא) בין פטנטים לסודות עסקיים מבחינת שיקולי המדיניות המתנגשים. שני סוגי ידע אלה במקרים רבים מקנים יתרון עסקי-תחרותי לבעליהם, בשניהם הגנה על הידע יכולה להגדיל את התמריצים ליצור אותו מלכתחילה, ובשניהם הגנה מעין זו יכולה להשפיע על התחרות.

על כן לכאורה לפנינו פרדוקס: מידת ההגנה על סודות מסחריים דווקא גדלה ככל שפגיעתם בתחרות גדלה, ומידת ההגנה עליהם גם איננה קשורה לתרומה החברתית של הידע. במקרה של פטנטים, לעומת זאת, קיים קשר חד, שמשלב עם האינטואיציה, בין תרומתם או נזקם החברתי ובין מידת ההגנה עליהם. הסבר אפשרי אחד למצב זה הוא שקיימים שיקולים בעד ההגנה על סודות מסחריים שהם כה חזקים עד ששיקולי תחרות נעשים זניחים ועל כן יוצאים מנוסחת האיזון המגדירה את מידת ההגנה.<sup>13</sup>

הסבר אפשרי אחר, שבו אתמקד במאמר זה, הוא שהפגיעה בתחרות הנגרמת מהגנה על סודות מסחריים היא מובנת מאליה פחות מהפגיעה בתחרות הכרוכה בהגנה על פטנטים. אכן, כפי שאטען במאמר זה, קיים הבדל מהותי בין פטנטים מחד גיסא ובין סודות מסחריים מאידך גיסא: הידע המוגן בתחום הפטנטים הוא פומבי והידע המוגן בתחום הסודות המסחריים הוא סודי. לפיכך הידע המוגן בפטנט איננו יוצר פערי מידע והידע המוגן כסוד מסחרי יוצר, מעצם מהותו,

<sup>8</sup> ראו דברי ההסבר להצעת החוק לאיסור תחרות בלתי הוגנת, התשנ"ו-1996, ה"ח 2471. דברי ההסבר (בעניין זה ההצעה אומצה בלא שינוי, ועל כן דברי ההסבר יכולים לשמש גם לפרשנות החוק).

<sup>9</sup> ראו סעיף 8 להצעת החוק לאיסור תחרות בלתי הוגנת; ת"א (ת"א) 956/88 **תעשיות אלקטרו כימיות (פרוטארום) בע"מ נ' משיח** (לא פורסם). כן ראו סעיף 6(ג) לחוק עוולות מסחריות, המתיר הנדסה חוזרת.

<sup>10</sup> ת"א **זנלכל** (לעיל, הערה 7), בסעי' 6. ראו גם ע"ע 1141/00 **הר זהב שירותי מזון בע"מ נ' פודליין בע"מ**, פד"ע לח 72.

<sup>11</sup> רע"א 2015/95 **Krone AG נ' ענבר פלסטיק משוריין**, פ"ד נא (3) 548 (להלן: רע"א **ענבר**).

<sup>12</sup> ע"א 2600/90 **עלית חברה ישראלית לתעשיות שוקולד וסוכריות בע"מ נ' סרנגה**, פ"ד מט (5) 796 (להלן: ע"א

**עלית**), בעמ' 801.

<sup>13</sup> ניתן, למשל, לחשוב על שיקולים חוץ-תחרותיים כגון שמירת יחסי אמון בתוך הפירמה, מניעת מידור יתר בתוך הפירמה, הגנה על פרטיות בעל הידע, עידוד פיתוח הידע מלכתחילה, ועוד. שיקולים חוץ-תחרותיים אלה הם מחוץ לתחומה של רשימה זו. האפשרות שמשקלם של שיקולים אלה כה מכריע יכולה להתחזק אם נתרשם שהפגיעה בתחרות שגורמת ההגנה על סודות עסקיים היא קטנה יחסית מטבעה לעומת הפגיעה בתחרות הגלומה בהגנה על פטנטים. גם שיקולים הנראים לכאורה חוץ-תחרותיים, יכולים להשליך בעקיפין על הניתוח התחרותי. למשל, בהיעדר הגנה על סודות מסחריים, מידור יתר, או אי-פיתוח ידע מלכתחילה, עשויים להרתיע פירמה מלהיכנס לשוק או להתרחב בו.

פערים – בין בעל הסוד ובין הגורמים העסקיים הסובבים אותו: מתחריו, מתחריו הפוטנציאליים, לקוחותיו וספקיו.

תורת הארגון התעשייתי כוללת תובנות שונות, המשתנות לפי ההקשר, באשר להשפעה של פערי מידע על התחרות. במקרים מסוימים, פערי מידע **תורמים** לתחרות. אלה, כפי שיובהר להלן, המקרים שבהם בעל הידע מתנהג, אסטרטגית, באופן תחרותי יותר כדי לשלוח אותות או רמזים לפירמה אחרת, שאיננה מודעת לידע. במקרים אלה, ההשפעה על התחרות, שנודעת להגנה על סודות מסחריים, איננה ברורה. מחד גיסא קיימת **ההשפעה הישירה** של ההגנה על סודות מסחריים, בדמות מתן כוח שוק לבעל הידע, אך מאידך גיסא קיימת **ההשפעה העקיפה** או **ההשפעה האסטרטגית** של ההגנה על סודות מסחריים, שעשויה לפעול בכיוון מנוגד, של קידום התחרות. בהיעדר יכולת לבצע בדיקה אמפירית איזו מן ההשפעות גוברת, ניתן אפוא להצדיק את אי-הרלוונטיות (שלכאורה הייתה תמוהה) של שיקולי התחרות לכללים ולפסיקה הנוגעים להגנה על סודות מסחריים.

לעומת זאת, המאמר מצביע על מקרים אחרים, שבהם פערי המידע ש"מייצרת" ההגנה על סודות מסחריים דווקא מלבה עוד יותר את הפגיעה הישירה בתחרות, פגיעה שמסבה ממילא הגנה זו. במקרים מעין אלה נראה שלא ניתן להצדיק את התעלמות הכללים והפסיקה הנוגעים להגנה על סודות מסחריים משיקולי תחרות. אמנם ההשפעות התחרותיות האסטרטגיות, שהמאמר דן בהן, הן הסתברותיות באופיין. ככלות הכול, לא תמיד פירמה תשנה את התנהגותה כדי לשלוח איתותים למתחרים, שהרי מספר רב של שיקולים אחרים משפיעים על התנהגותה. עם זאת לדעתי, גם השפעה תחרותית הסתברותית, אם היא משכנעת דיה, צריכה להישזר במלאכת האיזון הראויה של בית המשפט, בבואו להכריע בדבר ההשפעה החברתית של ההגנה על סודות עסקיים.

מסקנה נוספת העולה מן הניתוח היא כי יש קשר, שטרם נידון עד כה, בין סוג הידע המוגן ובין השאלה אם ראוי להגן עליו. הניתוח התחרותי של ההגנה על סוד מסחרי יכול להשתנות כאשר הידע המוגן מאפשר הפחתת עלויות או שיפור איכות המוצר (כגון תהליכי ייצור), או כאשר הוא רק מאפשר ביצור של נתח שוק על חשבון המתחרה (כגון רשימת לקוחות). כן אראה שיש נפקויות שונות לתוכן הידע המוגן – אם הוא נוגע לעלויות שבהן נושאת הפירמה, לביקוש למוצר שלה, לכושר הייצור שלה או למבצעי ההוזלות שלה.

מן הניתוח במאמר עולה שתיתכן גם הצדקה לתת הגנה של **סודיות יחסית** על סודות מסחריים, כלומר ייתכן שיהא ראוי להגן על סוד מסחרי מפני פירמות מסוג מסוים, בעוד לא יהא ראוי להגן עליו מפני פירמות מסוג אחר. הטעם להבחנה הוא שההשפעה האסטרטגית על התחרות הנודעת להגנה על סודות מסחריים תלויה בשאלה מפני מי הידע נשמר בסוד. מן הניתוח במאמר עולה, למשל, שייתכנו מקרים שבהם ראוי להגן על סוד עסקי מפני מתחרה פוטנציאלי של בעל הסוד, בעוד לא יהא זה ראוי להגן על הסוד מפני מתחרה מבוסס של בעל הסוד. מסקנה זו מאירה באור חדש את הדיון במעמד הקנייני או המעין קנייני של הסוד המסחרי.

בפרק הבא אראה כי קיים במשפט הישראלי עוגן משפטי לשקילת שיקולי תחרות בין השיקולים בעד ונגד ההגנה על סודות עסקיים. בפרק ג אדון בהשפעות התחרותיות הישירות והאסטרטגיות של ההגנה על סודות מסחריים של פירמה ותיקה מפני פירמה חדשה המבקשת להיכנס לשוק שלה. בפרק ד אדון בהשפעות התחרותיות הישירות והאסטרטגיות שבהגנה על סודות מסחריים של פירמה מפני מתחרה שלה בפועל. בפרק ה אדון בהשפעות התחרותיות של

ההגנה על סודות מסחריים בין ספק ללקוחו. בפרק ו' אצביע על העובדה שבגלל ההשפעות התחרותיות של סודות מסחריים שהמאמר חושף, יש מקום לטעון לסודיות יחסית של סוד מסחרי, כלומר שלעתים יהא ראוי שמידע יישמר כסוד מסחרי מפני פירמות מסוג מסוים ולא יישמר כך מפני פירמות מסוג אחר. פרק ז' כולל סיכום.

## **ב. העוגן המשפטי לשקילת שיקולי תחרות בקביעת ההגנה על סודות מסחריים**

לבית המשפט, בדונו בהגנה על סוד מסחרי, נתון שיקול דעת לאזן בין שיקולי הגנה על הידע ובין שיקולים בדבר מידת הפגיעה של הגנה זו בתחרות. סעיף 7(א)(2) לחוק עוולות מסחריות קובע, למשל, שלא תהיה אחריות בשל גזל סוד מסחרי אם השימוש בסוד המסחרי מוצדק מטעמי תקנת הציבור. תקנת הציבור כוללת את הערך של תחרות חופשית.

עקרון תקנת הציבור, כמו גם חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, יכולים גם לשמש עוגן משפטי להגבלת יכולתם של צדדים להגן על סודות מסחריים באמצעות הסכם, אם בית המשפט מתרשם שהפגיעה בתחרות, שהסכמים מעין אלה עלולים להסב, מצדיקה זאת. אם הסכם המבצר הגנה על סודות מסחריים עלול לפגוע בתחרות בשוק כלשהו, אזי הוא בגדר "הסדר בין בני אדם המנהלים עסקים העלול לפגוע בתחרות", ועל כן הוא בגדר הסדר כובל אסור על פי סעיף 2(א) לחוק.<sup>14</sup> גם אם הצדדים להסכם הסודיות הם עובד ומעבידו, הסעיף צופה לעבר תקופה שבה העובד יהיה מחוץ לפירמה של בעל הסוד, ועל כן מדובר ב"הסדר בין בני אדם המנהלים עסקים" כדרישת הסעיף.<sup>15</sup>

גם אם בתי המשפט יתעלמו מחוק ההגבלים העסקיים, כמקור להגבלת יכולת הצדדים להגן על סודות מסחריים באמצעות הסכם, הרי כשם שהם לעתים קרובות מצמצמים את הנפקות החוזית של הסכם הגנה על סודות מסחריים מתוקף האינטרס של חופש העיסוק,<sup>16</sup> כך הם יכולים, במקרה נתון, לצמצם את הנפקות החוזית של הסכם כזה על יסוד פגיעתו בתחרות, מכוח הוראת סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, המכריזה על פסלות חוזה הנוגד את תקנת הציבור.

<sup>14</sup> השוו לת"א סחר ושירותים בע"מ (לעיל, הערה 5), לעניין הפרשנות הראויה, לדעתי, לסעיף 2(א) לחוק, באופן שהוא חל על הסדר העלול לפגוע בתחרות בין בשוק של הצד שכבל עצמו (כאן -- מי שמתחייב לסודיות) ובין בשוק של הנהנה מן הכבילה (כאן -- בעל הסוד) ראו דיויד גילה, "כבילה הפוגעת בתחרות בין הצד הנהנה ממנה למתחריו", עיוני משפט כח (תשס"ד) 553.

<sup>15</sup> ראו את הכרעת הרוב בדני"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56(להלן: דני"א טבעול), בעמ' 92, ולפיה תניית אי-תחרות בין שותפים שנועדה לחול בעת פירוק השותפות היא "הסדר בין בני אדם המנהלים עסקים" ולכן בגדר הסדר כובל. ניתוח המקרה של עובד המתחייב לשמור על סודות מסחריים של הפירמה עם עזבו את הפירמה הוא, לדעתי, דומה. גם עובד לשעבר שמתחייב לשמור על סודות מסחריים של מעסיקו לשעבר בעברו לעבוד עבור מעסיק חדש הוא "מנהל עסקים" לצורך זה, משום שהוא מהווה ספק של תשומת העבודה שלו, ככל ספק תשומות אחר (חומר גלם, מוצרים בסיטונות, שירותי ייעוץ וכו'). להרחבת טיעונים אלה, ראו דיויד גילה "חוזים המגבילים תחרות, הגבלים עסקיים ומונופולין", חוזים כרך ג (דניאל פרידמן ונילי כהן -- עורכים, אבירם, תשנ"א-תשס"ד) 635, בעמ' 719-721.

<sup>16</sup> ראו, למשל, ע"א עלית (לעיל, הערה 12), ותב"ע (ת"א) נד/2882-12 גבים תעשיות מערכות אוטמציה בע"מ נ' קליר (לא פורסם).

## ג. חשיפת מידע של פירמה ותיקה בפני פירמה חדשה המבקשת להיכנס לשוק שלה

חלק גדול מהפסיקה הישראלית בנוגע לסודות מסחריים דן במצב שבו פירמה ותיקה תוקפת פירמה חדשה המבקשת להיכנס לשוק (כגון מועסק לשעבר שיוכל להשתמש בידע כדי להיכנס לשוק שבו פועל מעסיקו לשעבר, או מועסק לשעבר שחפץ להצטרף כדמות בכירה בפירמה העלולה להיות מתחרה פוטנציאלית בשוק של המעסיק לשעבר) באמצעות שימוש בסודות מסחריים של הפירמה הוותיקה.<sup>17</sup> מהי ההשפעה התחרותית של הגנה על סוד מסחרי בנסיבות מעין אלה? כפי שנראה מיד, ההשפעה על התחרות נחלקת ל**השפעה ישירה** ולהשפעה **אסטרטגית**. יתרה מזו, ההשפעה על התחרות תלויה בסוג הידע המוגן. נחשוף מיד שקיימת השפעה מיוחדת להגנה על סוד, שנגישות אליו מגדילה את סיכויי הכניסה לשוק (כגון סודות על אודות תהליכים ושיטות ייצור ושיווק, ערוצי שיווק או רשימת לקוחות), וקיימת השפעה בעלת אופי אחר לשמירת סודיות העלויות שבהן נושא בעל הסוד.

### 1. ההשפעה הישירה על התחרות

הניתוח של ההשפעה הישירה של הגנה על סוד עסקי מפני מתחרה פוטנציאלי היא אינטואיטיבית למדי. השפעה זו קיימת כאשר ההגנה על הסוד מקטינה את הסיכוי שהמתחרה הפוטנציאלי אכן ייכנס לשוק. היא חזקה במיוחד כאשר נגישות לסוד יכולה לצמצם את עלויות הכניסה לשוק (כגון כאשר הסוד נוגע לתהליכים ושיטות ייצור ושיווק, או לערוצי שיווק) או להגדיל את הרווחים הפוטנציאליים או את נפח הפעילות של המתחרה הפוטנציאלי (כגון כאשר הסוד נוגע לרשימת לקוחות).

מידת הפגיעה הישירה בתחרות תלויה כמובן בנסיבותיו של כל מקרה. אם המתחרה הפוטנציאלי יכול, בהשקעה סבירה, לפתח בעצמו שיטות ייצור יעילות לא פחות מאלה של הפירמה הוותיקה, ולבנות לעצמו חוג לקוחות, אזי הגנה על סודות שנוגעים לתהליכי הייצור, או ללקוחות וערוצי השיווק, בהתאמה, פוגעת פחות בסיכויי הכניסה לשוק, והפגיעה התחרותית הישירה תהיה זניחה.

### 2. ההשפעה האסטרטגית על התחרות

כאשר הסוד המסחרי כולל מידע על העלויות שהפירמה נושאת בהן, ובפרט העלויות השוליות של פירמה ותיקה בשוק, הסתרת הסוד מפני מתחרים פוטנציאליים עשויה **לתרום** לתחרות. כפי שמראים מילגרום (Milgrom) ורוברטס (Roberts),<sup>18</sup> כאשר מתחרה פוטנציאלי אינו יודע מהי

<sup>17</sup> ראו, למשל, ע"א עלית (לעיל, הערה 12) (מועסק לשעבר של חברת עלית חפץ להשתמש בידע שצבר בעלית ולחבור לאחר כדי להיכנס לענף הקפה השחור, שבו פעלה עלית); בג"ץ 1683/93 **יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים**, פ"ד מז(4) 702 (להלן: בג"ץ **יבין פלסט בע"מ**) (עובד לשעבר של חברה שעסקה בתחום הגומי חפץ להשתמש בידע כדי לחבור לחברה שחפצה להיכנס לתחום).

<sup>18</sup> ראו: Paul Milgrom and John Roberts, "Limit Pricing and Entry Under Incomplete Information: An Equilibrium Analysis," 50 *Econometrica* (1982) 443.

מידת היעילות של הפירמות הוותיקות בשוק מסוים לעומת היעילות הצפויה שלו עצמו, הפירמות הוותיקות ירצו לאותת לו (להבהיר לו באמצעות התנהגותן) שהן אכן יעילות מאוד ומטרתן להקטין את הסיכוי שהוא ייכנס לשוק. האיתות האמין ביותר המשרת מטרה זו הוא באמצעות גביית מחירים נמוכים מהמחירים שהפירמות הוותיקות היו גובות אלמלא הרצון לאותת כאמור. המתחרה הפוטנציאלי יסיק מן המחירים הנמוכים שגם העלויות השוליות אצל הפירמות הוותיקות נמוכות, שאחרת, כיצד יכלו להרשות לעצמן לגבות מחירים נמוכים במשך תקופה ארוכה?

אמנם מילגרום ורברטס מראים שהמתחרה הפוטנציאלי מבין שהפירמות הוותיקות עשויות לנסות להטעות אותו, ולהוריד מחירים לרמה נמוכה מכפי שיעילותן מחייבת,<sup>19</sup> אולם מכל מקום ההסתברות שהמתחרה הפוטנציאלי יניח שהפירמות הוותיקות הן אכן יעילות ממנו, אכן גדלה אם הן גובות מחיר נמוך יחסית. ככלות הכול, כניסה חדשה לשוק כרוכה במקרים רבים, מבחינתו של המתחרה הפוטנציאלי, בעלויות נכבדות והסיכון הוא גבוה. על כן לעתים קרובות די לו בהסתברות גבוהה שהפירמות הוותיקות יעילות ממנו כדי שהלה יבחר שלא להיכנס לשוק. יתרה מזו, מגבייה ממושכת של מחיר נמוך מסוים, המתחרה הפוטנציאלי יוכל להסיק שהעלויות אצל הפירמות הוותיקות נמוכות מן המחיר שהן גבו בפועל, שהרי לא ייתכן שהן ימכרו את מוצריהן במחירי הפסד במשך תקופה ארוכה.

אלמלא היו נשמרות העלויות אצל הפירמות הוותיקות בסוד מפני מתחרים פוטנציאליים, האחרונים היו יודעים אל נכון את מידת היעילות של הפירמות הוותיקות. במצב זה, הפירמות הוותיקות היו מרגישות חופשיות להעלות מחירים ככל שכוח השוק שלהן היה מרשה להן. אם מתחרה פוטנציאלי מבין שהפירמות הוותיקות יעילות יותר ממנו, ממילא סביר שלא ייכנס לשוק, משום שהוא יודע שאם ייכנס לשוק, הפירמות הוותיקות יוכלו להוריד מחירים לרמות נמוכות, לפי מידת יעילותן היחסית, באופן שישאיר למתחרה החדש רווחים מועטים או אפסיים, שלא יצדיקו את ההשקעה בכניסה לשוק. חשיפת העלויות אצל הפירמות הוותיקות מאפשרת להן "לחגוג" בגביית מחירים גבוהים עד כניסת המתחרה לשוק. מתחרה פוטנציאלי מבין שהמחירים הגבוהים הללו אינם סימן לעלויות גבוהות, שהרי הוא יודע שהעלויות אצל הפירמות הוותיקות נמוכות.

מנגד, אם מתחרה פוטנציאלי מבין שהפירמות הוותיקות יעילות פחות ממנו, סביר שיבחר להיכנס לשוק בשלב כלשהו (בהיעדר חסמים תמירים לכניסה חדשה, כגון חסמים רגולטוריים, חסימת ערוצי ההפצה או ההספקה, וכדו').<sup>20</sup> במצב כזה לא תצמח לפירמות הוותיקות תועלת מהורדת מחירים לפני הכניסה. הן ינצלו את כוח השוק שלהן ככל שניתן (כל עוד אין כניסה חדשה לשוק), וידרשו מחירים גבוהים עד הכניסה.

במילים אחרות, ביחסים שבין פירמה ותיקה למתחרה פוטנציאלי בשוק שלה, דווקא סודיות באשר לעלויות השוליות אצל הפירמה הוותיקה מעודדת יותר תחרות, ומביאה לידי מחירים נמוכים יותר. נודעת אפוא משמעות מיוחדת להגנה על סוד עסקי בדבר ההוצאות השוליות של פירמה. למיטב ידיעתי, הדיון בסודות עסקיים התרכז עד כה בידע מסוגים אחרים,

<sup>19</sup> ראו גם: Jean Tirole, *The Theory of Industrial Organization* (1988) 368.

<sup>20</sup> לסקירה של חסמי כניסה אפשריים ראו דיויד גילה, "הערת פסיקה: ערר 2/94 תנובה מרכז שיתופי לשיווק נ" הממונה על ההגבלים העסקיים", *המשפט* ד (תשנ"ח) 351.



כגון רשימת הלקוחות, תהליכי הייצור, וכו'. ניתן אפוא לראות שלהגנה על ידע בנוגע לעלויות ישנן השלכות מדיניות מיוחדות.

מעניין אמנם לציין בהקשר זה שאם הפירמה הוותיקה היא באמת יעילה יחסית, היא תעדיף דווקא לחשוף את העלות השולית אצלה בפני מתחרים פוטנציאליים כדי שהם באמת ייווכחו ביעילותה. לכאורה אפוא ממילא אין תועלת בהגנה על סודות מסחריים משום שבעלת הסוד, הפירמה הוותיקה, לא תחפוץ לשמור ידע זה בסוד מפני המתחרה הפוטנציאלי. אולם ישנם כמה טעמים לכך שפירמה ותיקה בכל זאת תרצה לשמור את הידע בסוד.<sup>21</sup> ראשית, הידע הכולל את העלות השולית עשוי לכלול בצורה שאינה ניתנת להפרדה פרמטרים נוספים, כגון שיטות ייצור, שהפירמה הוותיקה אינה מעוניינת לחשוף, ואין לה אפשרות לדלות מתוכם בצורה אמינה אך ורק פרטים בנוגע לעלות השולית. הסיבה, למשל, לכך שפירמה ותיקה לא תהא מעוניינת לחשוף שיטות ייצור בפני מתחרה פוטנציאלי היא, שידע בנוגע לשיטות הייצור מצמצם כשהוא לעצמו את עלויות הכניסה של המתחרה ועל כן מגדיל את סיכויי הכניסה.

אמנם ככל שבעל הסוד חושש יותר לחשוף ידע, כגון תהליכי הייצור שלו, שיכול לשפר את סיכויי הכניסה של המתחרה הפוטנציאלי, כן סביר להניח שהסתרת ידע זה כרוכה בפגיעה ישירה בתחרות שנדונה קודם לכן,<sup>22</sup> אולם, בכך אין כדי להכריע שהפגיעה הישירה בתחרות אכן גוברת על התרומה לתחרות הנובעת מן ההשפעה האסטרטגית הפרו-תחרותית שנדונה לעיל. שיקולים מנוגדים יכולים להכריע את הכף: ראשית, העובדה שבעל הסוד חושש מכניסת המתחרה לא בהכרח מצביעה על כך שהמתחרה הפוטנציאלי אכן ייכנס לשוק כאשר באמתחתו הסוד. שנית, אף אם ברור לחלוטין שהמתחרה הפוטנציאלי ייכנס לשוק, אם יתגלה לו הסוד, אין שום ערובה לכך שהרווחה הכוללת תהיה אז גדולה יותר מאשר במצב שבו הסוד נשמר, המתחרה הפוטנציאלי נשאר מחוץ לשוק, והפירמות שבשוק מורידות מחירים כדי להרתיע מפני כניסה כזו. יש לזכור שלאחר כניסת המתחרה לשוק, כבר אין את מי להרתיע, והפירמות שבשוק יכולות "לחגוג" בגביית מחירים גבוהים ככל שכוח השוק שלהן מרשה להן (למשל, באמצעות קרטלים סמויים<sup>23</sup> או תחרות לא מושלמת). שלישית, גם במצב כזה, שבו מצב הצרכנים והרווחה הכוללת נהיה גרוע יותר כשיש כניסה חדשה לשוק, ייתכן בהחלט שבעל הסוד יעדיף שלא תהא כניסה חדשה לשוק, משום שגם אם המחירים יהיו גבוהים יותר, נתח השוק של בעל הסוד יקטן, עקב חטיפת חלק משמעותי מנתח השוק שלו על ידי המתחרה הפוטנציאלי, שבאמתחתו מידע על תהליכי הייצור שלו (ואולי גם על רשימת לקוחותיו וספקיו).

גם לו היה בעל הסוד יכול לבודד רק את המידע בדבר הוצאותיו השוליות, ולחשוף רק מידע זה, בנפרד מסודות קשורים כגון תהליכי ייצור, קיימות סיטואציות שבהן בעל הסוד לא יהא מעוניין לחשוף אפילו את העלויות השוליות בפני המתחרה הפוטנציאלי. פירמה ותיקה, שהיא יחסית לא יעילה, הייתה, למשל, רוצה להוריד מחירים במידה מסוימת כדי "להטעות" את הנכנסים הפוטנציאליים ולהניח להם לחשוב שהיא יעילה יותר מכפי שהיא באמת. במקרה כזה

<sup>21</sup> אם בעל הסוד הוא חברה ציבורית, ניתן היה לסבור, לכאורה, שניתן לדלות את המידע בדבר ההוצאה השולית שלו מן הפרטים החשופים לציבור המשקיעים, אולם כדי שמידע בדוחותיה של פירמה יוכל לחשוף את הוצאותיה השוליות באופן אמין, עליו לכלול פרטים בדבר הטכנולוגיה שלה ובדבר תהליכי הייצור, ופירמה לעתים רחוקות תרצה לחשוף פרטים אלה לפני הציבור, כפי שמצוין בטקסט. יתרה מזו, "עלויות" כפי שהן נקובות בדוחות החשבונאיים של החברה הן רחוקות מאוד מלהיות ההוצאות השוליות האמיתיות של החברה.

<sup>22</sup> ראו פרק ג.1.

<sup>23</sup> עוד על קרטלים סמויים (שמירה על מחיר קרטליסטי בלא קומוניקציה בין המתחרים באופן שאינו כפוף לדיני ההגבלים העסקיים) ראו להלן, הערה 42 והטקסט שליטה.

הפירמה הוותיקה כמובן לא תהיה מעוניינת לחשוף לפני מתחרים פוטנציאליים את העלויות האמיתיות אצלה, לבל יתגלה הכזב.<sup>24</sup>

### 3. ניתוח ההשפעות על התחרות בראי הפסיקה

בעניין ע"א עלית,<sup>25</sup> הסוד המסחרי הנטען היה שייך ליצרנית והמשווקת הדומיננטית של קפה בישראל, חברת עלית. מי שגזל את הסוד היה מסגר, סרנגה שמו, שבמשך 15 שנים ביצע עבודות אחזקה שוטפות ועבודות שונות אחרות בתנורי הקלייה ובשאר הציוד לייצור קפה במפעלה של עלית, ובתוקף עבודתו הייתה לו גישה חופשית לכל השלבים ותהליכי ייצור הקפה השחור מתחילתם ועד סופם ואף קיבל לידי, לצורך עבודתו, תרשימים ומסמכים שונים הנוגעים למערך הציוד ולתהליכי הייצור. משום מעמד רגיש זה הוחתם סרנגה על הצהרת סודיות שבה התחייב שלא לגלות או למסור לשום אדם אחר או גוף אחר כל תכניות או ידיעות בקשר לקווי ייצור, שינוע, מרשמים, תהליכים ושיטות ייצור הנוגעים למוצר כלשהו המיוצר במפעלי עלית ושלא להשתמש בהם לטובתו שלו או לטובת צד שלישי, וזאת למשך כל תקופת עבודתו בעלית ו-5 שנים נוספות לאחר מכן. אולם עוד פני שסיים את עבודתו בעלית, חבר סרנגה לשותף, והקים מפעל שבו ייצרו השניים קפה שחור במערך ייצור זהה למערך של עלית. בית המשפט קבע כי תהליך הייצור של קפה שחור מהווה, בנסיבות העניין, סוד מסחרי של עלית. בין היתר אמר בית המשפט המחוזי:

מקובל עלי כי תהליך ייצור של קפה שחור עד כמה פשוט שלא יהיה, הרי עדיין נמצא הוא מחוץ לתחום ידיעותיו של האדם המצוי. אחד כזה אשר ירצה לייצר קפה, כדי לחסוך בזמן רב ובהוצאות מרובות עוד יותר, תוך ניסיונות עצמיים על דרך של ניסוי ותהייה -- ייאלץ להוציא מכספו ולשלם למומחה המתמצא בענף על מנת שיורהו את הסוד.<sup>26</sup>

מדברים אלה ניתן להסיק כי גם בפרשה זו, כמו בוודאי במקרים רבים אחרים, שמירת הסוד של עלית מפני מתחרים פוטנציאליים, כגון השותפות של סרנגה וחברו, משפיעה במישרין על התחרות: הרשאה לסרנגה לחבור לפירמה שחפצה להיכנס לתחום הקפה הייתה מקטינה את עלויות הכניסה לשוק עבור פירמה זו ועל כן מגדילה את הסיכויים שפירמה חדשה כזו תיכנס לתחום הקפה. ככל שקמים לעלית מתחרים רבים יותר, אף אם נתח השוק שלהם קטן בתחילה, הם יכולים לצמוח בעתיד, להתמזג זה עם זה, או לקבל מימון חיצוני בעתיד, וכך, לפחות בעתיד, לרסן את יכולתה של עלית לנצל את הדומיננטיות שלה בשוק כדי להעלות מחירים ולקבוע איכות לא תחרותית.<sup>27</sup> אולם עוד נאמר בפסק הדין:

<sup>24</sup> ההנחה כאן היא שהפירמה הוותיקה, הלא יעילה, גובה מחיר שהוא גבוה מהוצאותיה, אבל נמוך מן המחיר שמשא את רווחיה של פירמה לא יעילה. כידוע, המחיר שמשא את רווחיה של פירמה לא יעילה הוא גבוה מן המחיר שמשא את רווחיה של פירמה יעילה. על כן ההתנהגות המתוארת יכולה להטעות מתחרה פוטנציאלי לחשוב שהפירמה הוותיקה היא יעילה. כאשר פירמה, שהיא יחסית לא יעילה, מורידה מחירים כדי להיראות יעילה למתחרים פוטנציאליים, אכן שמירת המידע בסוד מדרבנת את הורדת המחירים, דבר שהוא טוב מבחינה חברתית. אולם במקרים מסוימים, שמירת הסוד גם תאפשר לפירמה ותיקה שאיננה יעילה "לשקר" באופן זה ולהרתיע כניסה, כאשר אלמלא שמירת הסוד, המתחרים הפוטנציאליים היו מודעים לכך שהפירמה הוותיקה איננה יעילה והיו אולי נכנסים לשוק. במקרים מעין אלה, אפילו ההשפעה האסטרטגית של הגנה על הסוד היא דו-משמעית מבחינת הפגיעה בתחרות: מחד גיסא היא גורמת להורדת מחיר על ידי הפירמה הוותיקה, אך מאידך גיסא היא עלולה לגרום לחסימת כניסת מתחרה חדש. גם כאן קשה לדעת במקרה נתון איזה מן האפקטים – הפרו-תחרותי או האנטי-תחרותי, יגבר.

<sup>25</sup> ע"א עלית (לעיל, הערה 12).

<sup>26</sup> שם, בעמ' 802 (ציטוט מפסק דינו של בית המשפט המחוזי).

<sup>27</sup> השו" גילה (לעיל, הערה 20) (דיון בניתוח דינמי של השוק, שבו פירמות קטנות עשויות לקרוא תיגר, בעתיד הרחוק, על הדומיננטיות של הפירמה החזקה בשוק).

אומנם כל אחד יכול לקלות קפה בביתו ולהיעזר לצורך כך בספרי הדרכה או בישול, אולם לא בייצור ביתי עסקינין אלא בייצור תעשייתי הצריך להיות זול, יעיל ובאיכות טובה...<sup>28</sup>

עולה אפוא כי כמו כמעט בכל המקרים שבהם הסוד נוגע לתהליכי הייצור, חלק מן הידע שסרגנה היה חשוף לו, ושהוא מנסה להשתמש בו כדי להיכנס לשוק כמתחרה, הוא ידע בנוגע לעלויות הייצור של עלית. כפי שציינתי לעיל, מועיל לתחרות שמתחרה פוטנציאלי, כגון השותפות שסרגנה חבר אליה, לא ידע את עלויות הייצור של הפירמה הוותיקה – עלית. אסימטריה זו באינפורמציה, שבה מתחרים פוטנציאליים בשוק הקפה השחור אינם יודעים את העלויות של עלית, עשויה לדרבן את עלית להוריד מחירים כדי לאותת למתחרים הפוטנציאליים שהיא יעלה. בהורדת מחירים זו, כשהיא לעצמה, יש ברכה לצרכנים ולרווחה הכללית, וגם אותה, במקרה כגון זה, יש להביא בחשבון.

מבחינה זו אולי צדק בית המשפט כאשר נמנע (כפי הנראה מבלי משים) מניתוח כלשהו של שיקולי תחרות בשוק הרלוונטי לצורך ההחלטה אם להגן או שלא להגן על הסוד המסחרי של עלית. זהו אכן מקרה שבו ההשפעה הכוללת על התחרות איננה ברורה: ההשפעה הישירה על התחרות וההשפעה האסטרטגית על התחרות פועלות בכיוונים מנוגדים ואין דרך אמינה להשוות בין חוזקן של שתי ההשפעות הללו.

בעניין דב"ע נג 3-177/ דוברת שרם ושות' בע"מ ואח' נ' גלובס פבלישר עיתונות (1983)

בע"מ<sup>29</sup> התבקש בית הדין לעבודה לאסור על העיתונאי מתי גולן לחבור לאחרים כדי להקים עיתון כלכלי חדש בשם טלגרף, שיתחרה בעיתון הכלכלי גלובס. גולן שימש במשך ארבע שנים, שקדמו לניסיון הכניסה של טלגרף, כעורך הראשי של גלובס. אשר לסודות המסחריים, שגלובס טענה להן בתביעתה להוצאת צו מניעה שימנע את כניסת העיתון טלגרף לשוק, קבע בית הדין האזורי:

מצאתי כי הוכח לכאורה וכפי שדרוש בשלב זה של ההליך כי יש בעתון גלובס ייחודיות מעיתונים אחרים, וזאת במיוחד לאור המועד בו העיתון יוצא, הצורך להשיג מידע עדכני לאותם מועדים, להדפיסו ולהפיצו במהירות האפשרית ישירות לבתי המנויים בכל אזורי הארץ [...] דווקא הצירוף של כל המרכיבים הדרושים להוצאתו לאור של העתון, הוא הוא הנותן את הייחודיות שבו, והטומן בחובו את סודותיה העסקיים של המבקשת.<sup>30</sup>

בית הדין הארצי לעבודה, באמצע דברים אלה, הוסיף כי:

...ביישומם של ידיעות בסיסיות וראשוניות [...] בדרך הנוחה והזולה להשגה מידית של נתוני הבורסה, מנגנון ניתוחם, ודרכי ההפצה, הם הסוד המקצועי הראוי להגנה.<sup>31</sup>

בעוד בית הדין האזורי לעבודה נתן לגלובס את הצו המבוקש, בית הדין הארצי ביטל את הצו משיקולים אחרים,<sup>32</sup> אולם שתי הערכאות היו תמימות דעים שמדובר בסודות מסחריים הראויים

<sup>28</sup> ע"א עלית (לעיל, הערה 12), בעמ' 802 (ציטוט מפסק דינו של בית המשפט המחוזי).

<sup>29</sup> פד"ע כה 395.

<sup>30</sup> הדברים מצוטטים על ידי בית הדין הארצי, שם, בעמ' 403.

<sup>31</sup> שם, בעמ' 404.

להגנה על פי הדין. בנוסף, שתי הערכאות, כמו בית המשפט בעניין **עלית**, לא ניתחו את השפעת ההחלטה להגן על הסודות המסחריים על התחרות בשוק הרלוונטי. כידוע, שוק העיתונות הכלכלית הוא ריכוזי ביותר, מועד לקרטליזציה, ומועד לניצול לרעה של כוח שוק.<sup>33</sup> כיצד אפוא ניתן להסביר את ההתעלמות משיקולי תחרות בעת הדיון בשאלה אם למנוע ממתחרה פוטנציאלי (טלגרף) להיכנס לענף ריכוזי זה של עיתונות כלכלית שבו פועלת גלובס?

גם בעניין זה, כמו בעניין ע"א **עלית**, ניתן להצדיק את ההתעלמות משיקולי תחרות בטענה שהידע שהגיע לידי גולן, בתפקידו כעורך ראשי, נגע גם לעלויות השוליות של העיתון, וגם לפרטים שיכולים היו להזייל את הכניסה לשוק של טלגרף. כיוון שהמידע נגע גם לעלויות השוליות של גלובס, הרי הסתרתו ממתחרה פוטנציאלי לשוק שבו גלובס פועל הייתה יכולה לגרום לגלובס להוריד מחירים, כדי לאותת למתחרה פוטנציאלי כזה שהיא יעילה. מבחינה זו יש להגנה על הסוד המסחרי **השפעה אסטרטגית** פרו-תחרותית. מנגד, נגישות של מתחרה פוטנציאלי כטלגרף לידע שהיה בידי גולן הייתה יכולה להזייל משמעותית את עלות הכניסה לשוק עבור טלגרף ובכך להגדיל את סיכוייה להיכנס לשוק. מבחינה זו יש להגנה על הסוד המסחרי **השפעה ישירה** אנטי-תחרותית. גם כאן, כמו בעניין ע"א **עלית**, אין כלים של ממש להשוות בין ההשפעות הללו.

#### **ד. חשיפת מידע על אודות פירמה בפני מתחרה בפועל**

הפרק הקודם דן במקרה הנפוץ שבו בעל הסוד המסחרי הוא פירמה ותיקה והוא מבקש להשתמש בדיני הסודות המסחריים כדי למנוע נגישות למידע על אודות הפירמה ממתחרה פוטנציאלי בשוק שלו. השפעות ההגנה על סודות מסחריים משתנות כאשר בעל הסוד המסחרי מבקש להשתמש בדיני הסודות המסחריים כדי למנוע נגישות למידע **ממתחרה קיים**. כפי שנראה מיד, ניתוח השפעה על התחרות שונה כאשר מדובר בשני מתחרים מבוססים, שאין אף לאחד מהם סיכוי להתנהג באופן שיסלק את המתחרה האחר מן השוק, או כאשר מדובר במתחרה מבוסס ומתחרה חלש יותר, כאשר למתחרה המבוסס סיכויים להתנהג באופן שיסלק את המתחרה החלש יותר מן השוק.

<sup>32</sup> בית הדין הארצי פירש את חוזה העבודה בין גלובס ובין גולן כמתיר במפורש לגולן להקים, בשלב מסוים, עיתון מתחרה.

<sup>33</sup> ראו, למשל, נימוקי התנגדות למיזוג בין בראון פישמן תקשורת בע"מ לבין ידיעות אחרונות בע"מ, 2002, הגבלים עסקיים 3015790.

1. חשיפת מידע בין שני מתחרים מבוססים (שאינן להם סיכוי לסלק זה את זה מן השוק)

#### (א) ההשפעה הישירה על התחרות

##### (1) ידע שמצמצם עלויות או משפר איכות

אם הסוד המסחרי כולל ידע שמאפשר לבעל הסוד לספק מוצר או שירות בעלויות נמוכות יותר (כגון ידע בדבר שיפור טכנולוגי) או באיכות גבוהה יותר (כגון ידע בדבר תהליך הספקה או ייצור) מהעלויות או איכויות המוצרים או השירותים של מתחריו, קיימת השפעה ישירה ברורה להגנה על הסוד, והיא מניעת יתרונות אלה מן המתחרים. נניח, למשל, שלפירמה א' ידע על שיפור טכנולוגי המצמצם את העלויות השוליות של המוצר או השירות של פירמה א' ב-10 ש' ליחידה. נניח, למשל, שהעלות השולית אצל מתחרי פירמה א' היא 40 ש' ליחידה, ואילו העלות השולית אצל פירמה א' היא רק 30 ש' ליחידה, בזכות הסוד המסחרי. הגנה על הידע יוצרת מצב שבו פירמה א' מסוגלת להעלות את המחיר שלה לפחות ל-40 ש' ליחידה (כלומר ליהנות מרווח של לפחות 10 ש' ליחידה), ועדיין לגבות מחירים שווים לאלה של מתחריה, אף אם מתחריה גובים מחיר השווה לעלויות השוליות של מוצריהם (שהן 40 ש' ליחידה). אם הידע לא יהיה מוגן בפני המתחרים של פירמה א', גם הם יוכלו לנצל את השיפור הטכנולוגי, עלויות מוצריהם ירדו ל-30 ש' ליחידה, ואז הם יוכלו להוריד מחירים, למשל ל-30 ש' ליחידה. בעלת הסוד תיאלץ גם היא להוריד מחירים ל-30 ש' ליחידה. במצב כזה הצרכנים והרווחה החברתית יצאו נשכרים מחשיפת הידע למתחרים.<sup>34</sup>

ניתוח דומה חל בנוגע לסוד מסחרי שמאפשר לבעליו לפתח מוצר או שירות איכותיים יותר. אם תהליך ייצור מסוים מאפשר למחלבה לשווק, למשל, יוגורט איכותי יותר מן היוגורט של המתחרים שלה, הדבר יאפשר לה לדרוש מחירים גבוהים יותר מן המתחרים, בלי לאבד נתחי שוק משמעותיים למתחרים, עקב היתרון באיכות היוגורט של בעלת הידע. הגנה על הידע הזה מפני מתחרים של בעלת הידע תנציח כוח זה להעלות מחירים. מנגד, היעדר הגנה על הידע יאפשר גם למתחרים לפתח את היוגורט האיכותי יותר, ותחרות מצדם תדרבן את בעלת הידע להוריד מחירים, מחשש לאבדן נתחי שוק משמעותיים למתחרים. כך ירדו גם מחירי היוגורט וגם תשתפר איכות היוגורט הנרכש אצל מתחרים של בעל הידע המקורי.

##### (2) ידע שמאפשר ביצור או הגדלה של נתח שוק על חשבון המתחרה

אם הסוד המסחרי כולל ידע שמאפשר ביצור או הגדלה של נתח השוק של בעל הידע על חשבון מתחרה מבוסס שלו, והוא חפץ להסתיר את הידע מאותו מתחרה מבוסס, אזי בדרך כלל לא תהיה השלכה תחרותית משמעותית להגנה על הידע. מידע הנוגע לרשימת לקוחות עשוי, למשל, לאפשר לבעל המידע נגישות ללקוחות אלה, להבדיל ממתחריו, שלא ידעו על לקוחות אלה כלקוחות פוטנציאליים החפצים במוצר. במידע מעין זה יש כדי להגדיל את נתח השוק של בעל הידע על חשבון מתחריו, שאינן להם נגישות לידע. אולם ניתוח כלכלי מראה שהגנה משפטית המגדילה

<sup>34</sup> כאמור, יש לזכור שאנו מתעלמים כאן משיקולים חיזוניים לתחרות שעשויים להצדיק את ההגנה על סודות מסחריים, כגון עידוד פיתוח השיפור הטכנולוגי מלכתחילה.

במידת מה את נתח השוק של מתחרה מבוסס אחד על חשבון מתחרה מבוסס אחר לא מגבירה ממש את כוחם של המתחרים להעלות מחירים.

אמנם במקרה של רשימת לקוחות הנשמרת בסוד, אם הלקוחות שברשימה זו אינם מודעים כלל לקיומם של מתחרים זולת הפירמה שמחזיקה את הרשימה, ברור כי פירמה זו תוכל לגבות מלקוחות בורים אלה מחירים גבוהים יחסית. לעומת זאת, הפירמה עשויה לחשוש שגם לקוחות אלה ילמדו על מתחרי הפירמה בעצמם, והדבר ירסן את המחירים שהיא תוכל לגבות מלקוחות אלה. שמירת הרשימה בסוד אמנם מונעת שיווק ממוקד של המתחרים על פיה ללקוחות שברשימה, אך אין היא מונעת כמובן מצב שבו הלקוחות יגיבו, ביזמתם, לשיווק כללי או מקרי מצד המתחרים.

ניתוח דומה חל גם על פריטי ידע אחרים, כגון מידע על ערוצי הספקה או ערוצי הפצה. ייתכן שמונופול על מידע כזה יכול לאפשר לפירמה לבצר נתח שוק שלה או להגדילו על חשבון מתחרים, אם כי במידע כזה יש גם לעתים כדי לצמצם את העלויות השוליות אצל בעלת הידע (עקב ידיעה בלעדית של ערוצי הספקה או שיווק יעילים יותר) ואז יהיו בידע אספקטים אנטי-תחרותיים מן הסוג שנדון לעיל.<sup>35</sup>

## (ב) ההשפעה האסטרטגית על התחרות

### (1) כשהסוד נוגע לעלויות

כאשר מדובר בידע הנוגע לעלויות השוליות אצל פירמה אחת, המוסתר ממתחריה המבוססים של פירמה זו, ההשפעה האסטרטגית של שמירת הידע בסוד היא בדרך כלל מנוגדת להשפעה האסטרטגית במקרה של פירמה ותיקה ומתחרים פוטנציאליים בשוק שלה: שמירת הידע בסוד מפני מתחרים מבוססים גורמת להעלאה אסטרטגית של מחירים, ועל כן ההשפעה האסטרטגית היא של פגיעה בתחרות, כפי שיפורט להלן.

פירמה חסרת סיכוי לסלק את מתחריה המבוססים (להלן: "פירמה א'") תהיה מעוניינת להציג בפני מתחריה המבוססים עלויות גבוהות יותר מכפי שהן באמת, וזאת כדי לדרבן את המתחרים להעלות מחירים בעצמם. כפי שניתן להראות, לפירמה שעלויות מוצריה גבוהות "כואב" פחות (מבחינת אבדן רווחים עקב אבדן נתחי שוק) להעלות מחירים מאשר לפירמה שעלויות מוצריה נמוכות. משום כך, פירמה א' יכולה "להתחפש" לפירמה שעלויות מוצריה גבוהות (כאשר מתחרים מבוססים אינם מודעים לעלויותיה) באמצעות העלאת מחירים. זוהי אסטרטגיה רווחית עבור פירמה א', משום שכאמור לעיל היא מדרבנת גם את המתחרים שלה להעלות מחירים, במחשבה שיריבתם יחסית אינה יעילה.<sup>36</sup>

אלמלא היה המידע בדבר העלויות מוגן כסוד מסחרי, המתחרים היו יודעים את העלויות שפירמה א' נושאת בהן לאשורן. בהיעדר פערי מידע, העלאת מחיר מצד פירמה א' לעומת המחיר

<sup>35</sup> לעיל, הערה 34 והטקסט שלידה.

<sup>36</sup> גם למתחרים זו אסטרטגיה רווחית להעלות מחירים כאמור, משום שהם יודעים שאין להם סיכוי לסלק מן השוק את פירמה א'. הם "מנצלים" אפוא את חוסר יעילותה הנחזית לצורך העלאת מחירים והגדלת הרווחיות שלהם לכל יחידה נמכרת. יתרה מזו, גם המתחרים עשויים לנקוט אסטרטגיה דומה, של ניפוח המחיר שהם גובים, כדי שהמתחרים שלהם יחשבו שעלויות מוצריהם גבוהות, דבר שידרבן גם מתחרים אלה להעלות מחירים. במודלים העוסקים במצבים אלה של תחרות מחירים במצב של פערי מידע, ההנחה היא שהמחיר איננו מתנפח עד אין סוף, או עד המחיר שהיה שורר בקרטל בשוק, שכן סביר להניח שלכל פירמה מושג כלשהו על טווח העלויות האפשרי של יריביה. מכאן שיש גבול עד כמה אפשר לתעתע במתחרים באמצעות "התחפשות" לפירמה שעלויות מוצריה מנופחות. ראו: **Tirole** (לעיל, הערה 19), בעמ' 365.

שאמור לרווח בשוק לא תטעה את היריבים. פירמה א' אינה יכולה "להתחפש" לפירמה יעילה פחות מכפי שהיא באמת. אילו הייתה בכל זאת מנסה להעלות מחיר, המתחרים היו מבינים שזהו מחיר גבוה יותר מן המחיר שאמור לנבוע מן התחרות בשוק זה, והם היו גובים מחיר נמוך יותר ממנו, משום שהם יודעים שהמחיר המוגדל של פירמה א' לא יאריך ימים. העלאת מחיר כזו מצד פירמה א' לא תהא אפוא רווחית כאשר המידע על אודות העלויות אצלה הוא גם נחלת יריביה.<sup>37</sup>

מעניין לציין שבמקרה הנדון כאן הרצון של פירמה להגן על סוד מסחרי שלה מפני מתחרים מבוססים נובע, בין היתר, מן ההשפעה האסטרטגית האמורה: הרווחים של הפירמות גדולים יותר, והמחירים גבוהים יותר, כאשר המידע על עלויות חסום בפני המתחרים. פירמה כזו תרצה להגן על הסוד, גם מהסיבה האסטרטגית הזו גרידא, וגם כאשר המידע בדבר העלויות איננו כרוך במידע רגיש אחר.<sup>38</sup>

## (2) כשהסוד נוגע לביקוש למוצר של הפירמה

ייתכן מצב שבו המידע המוגן נוגע למידת הביקוש למוצר של בעל הסוד. המידע יכול להיות, למשל, תוצאות של סקר שיצרן משחת שיניים המכילה אבקת סודה עשה לבדיקת טעמי הצרכנים ומידת העדפתם למשחת שיניים זו לעומת משחת שיניים שאיננה מכילה אבקת סודה. גם להגנה על מידע כזה תיתכן השפעה תחרותית אסטרטגית. בייחוד אם המידע נשמר בסוד ממתחרים, הפירמות בשוק זה היו רוצות לאותת זו לזו שהביקוש למוצר שלהן גבוה מכפי שהוא באמת באמצעות גביית מחירים גבוהים יותר מאלה שהיו גובות אילו המידע היה גלוי. גביית מחירים גבוהים יותר עשויה לדרבן את הפירמות היריבות להעלות מחירים גם הן.

למשל, אם יצרן משחת השיניים המכילה אבקת סודה מעלה מחירים לעומת המחירים שהיה גובה אילו הידע באשר לביקוש למוצר שלו היה חשוף למתחרים, הוא מאותת בכך ליצרני המוצרים המתחרים של משחות השיניים שמספר הצרכנים המעדיפים משחת שיניים הכוללת אבקת סודה הוא גבוה יחסית. יצרני משחות השיניים האחרים יגיבו בדרך כלל בהעלאת מחירים גם הם. הם יניחו שאם הרבה אנשים מעדיפים משחת שיניים שיש בה אבקת סודה, אכן יצרן משחת השיניים הכוללת אבקת הסודה יכול להעלות את מחירו, ואזי היצרנים המתחרים, אלה שמייצרים משחת שיניים בלי אבקת סודה, יוכלו להרשות לעצמם להעלות מחירים, בלי לאבד נתחי שוק משמעותיים.<sup>39</sup>

אם הסוד בדבר מידת הביקוש למשחת שיניים, שיש בה אבקת סודה, נחשף למתחרים, אזי אילו היה היצרן של משחת שיניים זו מנסה להעלות את המחיר שאמור לרווח בשיווי משקל

<sup>37</sup> חריג אחד הוא כאשר ניתן לייצב מחיר קרטליסטי בשוק באמצעות העלאת מחירים מעין זו (למשל, באמצעות "קרטל סמוי" – בלא קומוניקציה מפורשת בין המתחרים – ראו להלן, פסקה ד.1(ב)4. אולם אם קרטל מעין זה הוא יציב, הוא יהיה יציב בלי קשר לפערי המידע. הנקודה המובהקת בטקסט היא שגם אם קרטל מעין זה איננו יציב, המחיר ה"תחרותי" (שהוא מחיר תוצאת תחרות לא מושלמת בין מעט מתחרים) בדרך כלל יעלה כאשר יש פערי מידע בין מתחרים מבוססים. ראו גם הערה 41 להלן.

<sup>38</sup> במציאות יש לפירמה לעתים גם מתחרים פוטנציאליים וגם מתחרים בפועל. הניתוח בפסקה הנוכחית מצביע על שיקולים נגד מתן הגנה לידע בדבר עלויות שוליות מפני מתחרה מבוסס, ואילו הניתוח לעיל, בהערות 18-24 והטקסט שלידן, מצביע על שיקולים בעד מתן הגנה לידע בדבר העלויות השוליות מפני מתחרה פוטנציאלי. על יסוד ההנחה ששיקולים אלה יגברו על שיקולים אחרים (כגון ההשפעות הישירות על התחרות, ושיקולים חיצוניים לתחרות), המדיניות הראויה תהא לאפשר את חלחול הידע למתחרה המבוסס, ולחסום את חלחולו אל המתחרה הפוטנציאלי. כך יושג מצב שבו מתחרים מבוססים ידעו זה את עלויותיו של זה, ועל כן הם לא יעלו מחירים לצורך איתות על עלויות גבוהות, ומנגד, המתחרים בשוק ירצו לשמור על מחירים נמוכים יחסית כדי לאותת למתחרים הפוטנציאליים בדבר אי-כדאיות הכניסה.

<sup>39</sup> במילים אחרות, ניתן לומר שפערי המידע במקרה זה נוגעים למידת הבידול בשוק, כלומר לכמות הצרכנים המעדיפים משחת שיניים שיש בה אבקת סודה ולמידה שבה מעדיפי משחת השיניים הזו מוכנים לשלם עבורה יותר. על יסוד ההנחה שיש צרכנים מסוג אחר, המעדיפים דווקא את התחליפים לאבקת סודה, או צרכנים האדישים להבדל בין סוגי משחות השיניים, מתחרי יצרן המשחה הכוללת אבקת סודה ירגישו שהם יכולים להעלות מחירים לצרכנים אלה, משום שהתחליף, שכולל אבקת סודה, ממילא יקר יחסית.

בשוק זה, היריבים לא היו מגיבים בהעלאת מחירים משל עצמם, אלא היו גובים את המחיר הנמוך יותר, לפי שיווי המשקל האמור. המתחרים היו מבינים שהמחיר הגבוה שגובה יצרן משחת השיניים הכוללת את אבקת הסודה לא יאריך ימים, ואיננו נובע מנתונים אובייקטיביים (כגון ביקוש גבוה למוצר). בודעו זאת, גם יצרן משחת השיניים הכוללת אבקת הסודה יימנע מלגבות מחיר גבוה יותר מזה שמכתיבים תנאי השוק.

גם כאשר המידע נוגע לביקוש למוצר של הפירמה, ולא רק לעלויות שלו, הסתרתו מיריביה המבוססים טומנת אפוא בחובה השפעה אסטרטגית **שלילית** על התחרות.

### (3) כשהסוד נוגע לכושר הייצור של הפירמה

כאשר המידע נוגע לכושר הייצור של הפירמה (כגון כושר ההספקה היומי של המפעל, מספר העובדים, נפח ערוצי ההספקה וההפצה, וכד') נודעת להסתרת המידע דווקא השפעה אסטרטגית **חיובית** על התחרות. מודלים כלכליים מראים שכאשר מתחרה א' מעלה את כושר הייצור שלו (למשל, מגדיל את המפעל שלו) התגובה הרווחית של מתחרה ב' היא לסגת ולהקטין את המפעל שלו.<sup>40</sup> מכאן שהן מתחרה א' והן מתחרה ב' היו רוצים להיראות ליריב כבעלי כושר ייצור גדול ככל האפשר. כאשר המידע בנוגע לכושר הייצור הוא חשוף, המתחרים אינם צריכים להשתמש בכמות שהם מספקים בפועל כמכשיר לאותת ליריבם מהו כושר הייצור שלהם. במצב כזה, מתחרה א', למשל, לא יהסס למכור כמות נמוכה מכושר הייצור המלא שלו, ולהעלות מחירים, אם רווחי לעשות כן מבחינות אחרות. אולם אם מתחרה ב' אינו יודע מהו כושר הייצור של מתחרה א', מכירת כמות נמוכה כאמור עשויה לאותת למתחרה ב' שכושר הייצור של מתחרה א' הוא נמוך. כדי להראות למתחרה ב' באופן אמין שכושר הייצור שלו גבוה, על מתחרה א' להעלות את הכמות המסופקת על ידיו בפועל, עד שתהא שווה או קרובה לכושר הייצור המלא שלו. אולם גם מתחרה ב' ינהג באופן דומה אם מתחרה א' איננו מודע לכושר הייצור של מתחרה ב', ועל כן גם מתחרה ב' יהסס מלספק כמות קטנה מכושר הייצור המלא שלו.

שמירת המידע בנוגע לכושר הייצור בסוד מפני מתחרים מדרבנת אפוא פירמות לייצר כמות גדולה יותר מזו שהיו מייצרות לו המידע היה חשוף למתחרים, וכידוע ייצור כמות גדולה יותר מביאה, בהינתן הביקוש למוצר, לידי מחיר נמוך יותר ורווחה גבוהה יותר.

### (4) כשהסוד נוגע למבצעי הוזלות

כאשר מדובר בידע בנוגע למבצעי הוזלות, מבצעים מתוכננים או מבצעים שאירעו בעבר, והפירמות בענף הרלוונטי מוכרות באמצעות מפיצים או למספר מצומצם של לקוחות עסקיים, שוב קיימת השפעה אסטרטגית חיובית על התחרות בהגנה על הידע. הסיבה נוגעת לתנאים ליציבותם של קרטלים (גלויים או סמויים) בשוק.<sup>41</sup> קרטל (גלוי או סמוי) נשאר יציב כל עוד הרווח

<sup>40</sup> ראו: **Tirole** (לעיל, הערה 19), בעמ' 342; Jeremy Bulow et al., "Multimarket Oligopoly: Strategic Substitutes and Complements," 93 *J. Pol. Econ.* (1985) 488.

<sup>41</sup> הכוונה ב"קרטלים סמויים" היא למצב שבו הפירמות בשוק גובות מחירים דמויי קרטל בלי שהתקיימה ביניהן תקשורת, וזאת משום שכל פירמה חוששת לסטות מן המחיר הקרטליסטי, מחשש שהדבר יגרור מלחמת מחירים שיפגע בה לטווח ארוך. קרטל סמוי קשה מאוד לאיתור ולהוכחה על ידי רשויות וספק אם יש אמצעי אכיפה נגדו. ראו **גילה** (לעיל, הערה 15), הערה 35. יש להדגיש כי קרטל סמוי הוא תופעה שונה מן התופעה של העלאת מחירים עקב פערי מידע שנידונה לעיל, בהערות 36-39 ובטקסט שלידן. קרטל סמוי עלול לייצב בשוק מחיר דמוי קרטל – כזה המשיא את רווחי הפירמות לטווח ארוך. לעומת זאת, התופעה שנידונה שם נוגעת להעלאתו של המחיר התחרותי כאשר קרטל סמוי איננו יציב. כאשר קיימות מעט פירמות בשוק, גם המחיר התחרותי הוא מעל העלויות אצל



לטווח קצר, שכל פירמה בענף יכולה לגרוף מסטייה מהקרטל, נמוך יותר מן ההפסד לטווח ארוך שתספוג עקב מלחמת המחירים שתתפתח בעקבות הורדת המחיר מצדה. קרטלים יציבים יותר כאשר המתחרים יודעים טוב יותר אילו מבצעי הוזלות יריביהם עושים. ככל שמבצע הוזלות של מתחרה א' שקוף יותר למתחרה ב', כך סביר יותר שמתחרה ב' או מתחרים אחרים יגיבו מהר יותר ובצורה נחרצת יותר באמצעות מבצע הוזלות משלהם. "ענישה" מסוג זה על ידי המתחרים מרתיעה את מתחרה א' מלצאת במבצע הוזלות כזה מלכתחילה, דבר המייצב את הקרטל.

במילים אחרות, שקיפות של מבצעי הוזלות מקטינה את הרווח לטווח קצר שמתחרה א', בדוגמה הנ"ל, יכול לגרוף עקב סטייה מן הקרטל, ועל כן מרתיעה אותו מלסטות מן הקרטל, שכן המתחרים שלו יגיבו מהר יותר ובאופן אגרסיבי יותר על מבצע ההוזלות כאשר הידע שלהם עליו רב וודאי יותר. כאשר הפירמות בענף מוכרות ישירות לצרכנים, ממילא מבצעי ההוזלות שלהן שקופים ליריבים, משום שהן ממילא צריכות לצאת בפומבי במבצע ההוזלות. אולם כאשר הפירמות מוכרות באמצעות מפיצים, או מוכרות למספר מצומצם יחסית של לקוחות עסקיים, אין הן צריכות לצאת בפומבי במבצע ההוזלות. הן יכולות לשמרו בסוד מפני המתחרים שלהם.<sup>42</sup> אמנם אם פירמה מורידה מחירים למפיצה, והמפיצים משתמשים בהורדת המחירים כדי להוריד מחירים לצרכנים, המתחרים של אותה פירמה יוכלו לראות את הורדת המחיר מצד המפיצים, ולחשוד שמקורה בהורדת מחירים מצד יריבים. אולם חשד זה יהא מעומעם ולא ודאי. מפיצים עשויים להוריד מחירים, מעת לעת, גם מסיבות אחרות, כגון התייעלות של המפיץ, ירידה בביקוש לשירותיו, או מבצע הוזלות שיוזם המפיץ עצמו, על חשבון רווחיו שלו.

שמירת מבצעי ההוזלות במקרים אלה בסוד מפני המתחרים מקדמת את התחרות שכן היא מרככת את ה"עונש" שהפירמה ("מתחרה א'") צפויה לשאת בו כאשר היא יוצאת במבצע הוזלות תוך סטייה ממחירי קרטל סמוי או גלוי. אם המתחרים אינם יודעים דבר על מבצע ההוזלות של מתחרה א', או מגלים אותו רק באיחור, אזי התגובה שלהם על המבצע מרוככת ואטית, ומתחרה א' יוכל לגרוף, לטווח קצר, רווח גדול יותר מסטייה מן הקרטל. כך גוברים הסיכויים שהקרטל יקרוס. יתרה מזו, אם המתחרים של מתחרה א' מודעים מראש לעובדה שסטייה מקרטל יכולה להיות רווחית עבור מתחרה א', דווקא משום שמבצעי ההוזלות שלו שמורים כך בסוד, אזי הם לא יאותרו להשתתף בקרטל מלכתחילה, מחשש שממילא מתחרה א' יסטה ממנו משיכון הקרטל.

בפרקטיקה ישנם מצבים שבהם הסוד המסחרי כולל, למשל, מבצעי הוזלות מתוכננים (כגון מבצע מיוחד לקראת חודש מסוים). אם יריבים אינם מודעים למבצע המתוכנן, יש סיכוי גדול יותר שהוא יצא אל הפועל, והמחירים בפועל ירדו. יתרה מזו, מתחרים היודעים שמבצע מכירות כזה עשוי להתרחש, בלי ידיעתם, יכולים להקדים רפואה למכה ולדרוש מחירים אטרקטיביים כבר מלכתחילה. אולם אם בעל הסוד צופה זאת, לא יהיה רווחי מבחינתו לתכנן

הפירמות, מסיבות שונות, כגון בידול (העובדה שצרכנים אינם רואים את מוצרי הפירמות כתחליפים מושלמים) או מגבלות בכושר ייצור [ראו, למשל, גילה (לעיל, הערה 6), בעמ' 81-82 המסביר כיצד ומתי בתחרות בין פירמות אחדות המחיר התחרותי הוא מעל העלות השולית]. פערי מידע בין מתחרים יכולים לגרום לניפוח נוסף של המחיר התחרותי האמור.

<sup>42</sup> לקוח עסקי או מפיץ עשוי לגלות בעצמו פרטים למתחרה ב' על מבצע הוזלות של מתחרה א', אולם לא תמיד "גילוי" זה יהא אמין לחלוטין בעיני מתחרה ב'. בנוסף, אם הלקוח רוצה להגדיל את הסיכוי שמתחרה א' ייתן לו הנחות מעין אלה מלכתחילה, עליו לפתח מוניטין, במערכת היחסים שלו עם מתחרה א', לפיו הוא לא מגלה למתחריו של מתחרה א' על אודות ההנחות.

מבצעי הוזלות השקופים באופן זה למתחריו, וממילא גם מתחריו לא יורידו מחירים, בהיעדר מבצע הוזלות מתוכנן של יריבם.

ישנם מצבים שבהם הסוד המסחרי נוגע גם למבצעי הוזלות שכבר בוצעו בעבר. אם ניתן לשמור על מבצע בסוד גם לאחר שהסתיים, הסיכויים שיצא לפועל גדלים, משום שהפירמה, העורכת את המבצע, יודעת שיריביה לא ידעו גם בעתיד על המבצע והסיכויים שיגיבו באגרסיביות, למשל, באמצעות מבצע משלהם, קטנים. מנגד, אם הסוד בדבר מבצע שנערך בעבר אינו יכול להישמר לטווח ארוך, והמתחרים, משייודע להם שיריבם ערך בעבר מבצע כזה, עלולים "להענישו", למשל, באמצעות כינון מבצע משלהם אזי ענישה צפויה מעין זו מרתיעה מראש את היריב מלצאת במבצע.

2. חשיפת מידע הנוגע למתחרה מבוסס בפני מתחרה חלש, שיש סיכוי לסלקו מן השוק

#### (א) ההשפעה הישירה על התחרות

שלא כמו במקרה שבו הידע מוסתר ממתחרים מבוססים של בעל הידע, הרי כאשר פירמה מבוססת מסתירה ידע מפני מתחרה חלש שלה, שיש סיכוי לסלקו מן השוק (עקב נתח שוק קטן, מוניטין שעדיין לא נבנה, טכנולוגיה או מוצר נחותים, מגבלות פיננסיות, וכד') אזי לשמירת הידע בסוד יש השפעות ישירות שליליות על התחרות. השפעה זו מתקיימת בין שמדובר בידע שמצמצם עלויות או משפר איכות ובין שמדובר בידע שמאפשר ביצור או הגדלה של נתח שוק על חשבון המתחרה. כאשר מדובר בידע שמצמצם עלויות או משפר איכות,<sup>43</sup> מובן שהתרת נגישות לידע למתחרה, ובוודאי למתחרה חלש יחסית, תאפשר שיפור של התחרותיות בשוק, מן הסיבות שכבר נדונו.<sup>44</sup> יתרה מזו, חשיפת הידע בפני המתחרה החלש תעזור לו להיפך למתחרה מבוסס יותר, שיוכל בצורה טובה יותר לרסן את יכולתם של יריביו המבוססים לפגוע בתחרות. על כן ההשפעה האנטי-תחרותית הישירה של הסתרת הידע אפילו חמורה יותר כאשר הידע מוסתר ממתחרה חלש.

גם כאשר מדובר בידע שאינו מצמצם עלויות או משפר איכות, אלא רק מאפשר למתחרה המבוסס לבצר או להגדיל את נתח השוק שלו על חשבון יריביו, שמירת הידע בסוד עלולה לפגוע בתחרות כאשר הידע נשמר מפני מתחרים חלשים של בעל הידע. ביצור או הגדלה של נתח השוק של בעל הידע על חשבון מתחריו החלשים עלול לגרום לסילוקם מן השוק של מתחרים חלשים אלה. או אז, יהיו פחות שחקנים בשוק, ופחות גורמים יוכלו לרסן את יכולתן של הפירמות המבוססות שנותרו בשוק לפגוע בתחרות. יאבד גם הפוטנציאל שהמתחרים החלשים ייהפכו, עם הזמן, למתחרים מבוססים.

<sup>43</sup> לעיל, הערה 34 והטקסט שלידה.

<sup>44</sup> שם.

**(ב) ההשפעה האסטרטגית על התחרות**

בעוד ההשפעה הישירה על התחרות, הנובעת מהסתרת מידע על אודות פירמה מבוססת מפני פירמה חלשה, היא השפעה שלילית חד-משמעית, ההשפעה האסטרטגית על התחרות של הסתרת מידע מעין זה, ובפרט מידע הנוגע לעלויות שבהם נושאת הפירמה המבוססת, עשויה להיות הפוכה – פרו-תחרותית. ייתכן שהמתחרה המבוסס ירצה להוריד מחירים לעומת המחירים שהיה גובה אילו המתחרים החלשים ידעו את העלויות שבהן הוא נושא. מטרתו לאותת למתחרים החלשים שהמתחרה המבוסס יעיל יחסית, ולכן לא כדאי להם, למתחרים החלשים, להשקיע כספים כדי להישאר בשוק (אם השקעות כאלה נדרשות), דבר שיגרום להם בסופו של דבר להסתלק מן השוק.<sup>45</sup>

מבחינה זו, שמירת העלות השולית, שבה נושא המתחרה המבוסס, בסוד יכולה לשפר את מצב הצרכנים, עקב הורדת המחירים על ידיו. יש לשים לב שגם אם המידע לא היה נשמר בסוד, והמתחרים החלשים היו יודעים שהפירמה המבוססת יעילה יחסית, הם היו נרתעים מלהשקיע בהמשך קיומם בשוק והיו מסתלקים ממנו. במצבים מעין אלה, ההשפעה התחרותית האסטרטגית של שמירת המידע בסוד היא אך ורק חיובית: אם הידע אינו נשמר בסוד, המתחרה המבוסס איננו מחויב להוריד מחירים כדי לאותת שהוא יעיל, משום שהמתחרים החלשים ממילא יודעים זאת. אם הידע נשמר בסוד, המתחרה המבוסס צריך להוריד מחירים אם הוא רוצה לאותת, באופן אמין, למתחרים החלשים שהוא יעיל, והצרכנים ייהנו מהורדת המחירים שלו. יתרה מזו, אם פירמה מבוססת פועלת בכמה שווקים, כגון רשת חנויות הפועלת באזורים גאוגרפיים שונים במדינה, היא יכולה לשמור על מחירים נמוכים באזור גאוגרפי אחד כדי לאותת למתחרים חלשים יחסית באזור גאוגרפי אחר, שעלויותיה נמוכות. זהו, למשל, המצב כאשר העלות שבה נושאת רשת, כגון רשת השיווק שופרסל, דומה בכל האזורים, למשל, עקב כוח הקנייה המרוכז של הרשת. גם כאן אפוא יכול להיות ערך פרו-תחרותי לשמירת הסוד.<sup>46</sup> ייתכנו מקרים שבהם פירמה מבוססת, שאינה יעילה במיוחד, תרצה "להתחפש" ליעילה באמצעות הורדת המחיר שהייתה גובה אילו המידע היה בידי מתחריה החלשים. כאן שמירת הסוד אכן גורמת מחד גיסא להורדת מחירים לטווח קצר, אבל מאידך גיסא היא מעודדת את סילוקם של מתחרים חלשים רבים יותר ממספר המתחרים החלשים שהיו מסתלקים מן השוק אילו היו מודעים לכך שהפירמה המבוססת איננה יעילה.

**3. ניתוח ההשפעות על התחרות בראי הפסיקה**

בדב"ע נד/3-110 **שירות מחלקה ראשונה בע"מ נ' קוסאס**<sup>47</sup> נדונה תביעה של חברה, שעסקה בהפצת מתקני מים של חברת **מי עדן**, נגד סוכני מכירות לשעבר, שלאחר תום עבודתם בשיווק מתקני **מי עדן** עברו לעבוד בשיווק מתקני טיהור מים של חברת **מי צורים**. התביעה התבססה, בין

<sup>45</sup> ראו: David Scharfstein, "A Policy to Prevent Rational Test-Market Predation", 2 *Rand J. Econom* (1984) 229.

<sup>46</sup> ראו: David Kreps and Robert Wilson, "Reputation and Imperfect Information", 27 *Journal of Economics Theory* (1982) 253.

<sup>47</sup> פד"ע כו 451.

השאר, על התחייבות של סוכנים אלה להימנע מלחשוף את הסודות המסחריים הקשורים להפצת מתקני **מי עדן**, שהובאו לידיעתם במהלך עבודתם.

שאלה מרכזית, שנדונה בפסק הדין, היא אם **מי צורים** בכלל מתחרה ב**מי עדן**. בית הדין הארצי לעבודה הכריע, בצדק לדעתי, שהיא אכן מתחרה. המבחן המרכזי לקביעה אם שני מוצרים מתחרים זה בזה הוא מבחן החלופיות הסבירה בעיני הצרכנים. אם צרכנים רבים רואים במי ברז המטוהרים בעזרת מתקן **מי צורים** חלופה סבירה למי המעייין הארוזים בכדים של **מי עדן**, אזי מוצרים אלה מתחרים זה בזה, אף שהאחד מקורו במעייין, והשני מקורו בטיהור וניקוי של מי ברז. אכן, נראה שמטרת הצרכן, ברוכשו מתקן של **מי צורים** או של **מי עדן**, היא לרכוש מים שהם נקיים ו/או טעימים יותר ממי ברז רגילים.

מבחינת הניתוח שהוצע לעיל, ואף שלא נמסרו נתונים ברורים בפסק הדין, נראה כי מדובר בניסיון של מתחרה מבוסס אחד (מי שמשווק את מתקני **מי עדן**) למנוע נגישות למידע על אודותיו מפני מתחרה מבוסס אחר (מי שמשווק את מתקני **מי צורים**). כיוון שה"טכנולוגיות" של **מי עדן** ושל **מי צורים** שונות לחלוטין, אזי גם אם מדובר בידע שמקטין עלויות אצל משווק מי עדן או משפר את איכות השירות או המים, אין בהסתרתו מ**מי צורים** השפעה ישירה על התחרות.<sup>48</sup> ממילא, סביר ש**מי צורים** איננה יכולה לנצל, למשל, שיפור טכנולוגי ש**מי עדן** מנצלת, משום ששיפור טכנולוגי זה בוודאי מתאים רק לשיווק מי מעייין בכדים, ולא למתקן שנועד לטיהור מי ברז. דין דומה חל על מידע שיש בו כדי לשפר את איכות **מי עדן**.

אף שלא נמסרו נתונים ברורים בפסק הדין, נראה שהמידע העיקרי ש**מי עדן** חששה מחשיפתו בפני **מי צורים** הוא מידע שמאפשר ביצור או הגדלה של נתח השוק של **מי עדן** על חשבון **מי צורים**. סוכנים לשעבר, ששיווקו מתקנים של **מי עדן**, יכולים להכיר לקוחות בעלי העדפה למים נקיים ולדעת את כתובתם וצורכיהם. מידע זה יאפשר לסוכנים, העוברים לשווק את מתקני **מי צורים**, לפנות אל אותם לקוחות, ולשכנעם להעדיף מתקן טיהור של **מי צורים**, במקום לרכוש את כדאי המים של **מי עדן**.

ההשפעה התחרותית הישירה של שמירת מידע זה, לבל יעבור אל **מי צורים**, תלויה אפוא במידת חוסנה של **מי צורים**, אם היא מתחרה מבוסס של **מי עדן** או שמא מתחרה חלש, שיש ל**מי עדן** פוטנציאל לסלקו מן השוק. אם מדובר במתחרה מבוסס, כפי שראינו הגנה על מידע מעין זה היא בדרך כלל ניטרלית מבחינה תחרותית, שהרי הגדלה או ביצור נתח שוק של פירמה מבוססת אחת (**מי עדן**) על חשבון מניעת הגדלה של נתח השוק של פירמה מבוססת אחרת (**מי צורים**) לא תשפיע השפעה של ממש על עצמת התחרות בין הפירמות הללו.<sup>49</sup> עם זאת, כפי שהוזכר בניתוח הכללי של סוגיה זו לעיל, אותם לקוחות ש**מי עדן** מבקשת כי זהותם לא תיודע ל**מי צורים**, או שלא נחשפו לקיומה של **מי צורים**, עשויים לשלם יותר עקב ההגנה על המידע.

אם נראה את **מי צורים** כמתחרה חלש של **מי עדן**, יש סיכוי לסלק אותנו מן השוק,<sup>50</sup> ואז שמירת המידע על אודות לקוחות **מי עדן** בסוד מפני **מי צורים** עלול לחזק את **מי עדן** במאמציה לסלק את **מי צורים** מן השוק. **מי צורים** לא תוכל לאתר בקלות את לקוחותיה של **מי עדן** ולנסות

<sup>48</sup>ראו לעיל, הערה 34 והטקסט שלידה, הדין בהשפעה הישירה על התחרות של ידע שמקטין עלויות או משפר איכות, המוסתר ממתחרה של בעל הסוד.

<sup>49</sup>שם, בפסקה 2.

<sup>50</sup>הניסיון מוכיח ש**מי צורים** אכן הייתה ככל הנראה "מתחרה חלש" מסוג זה, שהרי כשבע שנים לאחר מתן פסק הדין הנ"ל, נתקלה **מי צורים** בקשיים פיננסיים, אם כי נחלצה מהם לבסוף בתהליך של שיקום והסדר עם נושיה. ראו שמואל דקלו, "הוקפאו ל-60 יום ההליכים נגד חברת מי צורים", גלובס 10.7.2001.

לשכנע אותם להחליף את מתקנם במתקן של **מי צורים**. צמצום הסיכוי שפירמה כגון **מי צורים** תיפלט מן השוק, וחיזוקה באמצעות חשיפת רשימת הלקוחות, יעזרו לרסן את כוחה של **מי עדן**, וחברות מבוססות אחרות בשוק זה, להעלות מחירים ולפגוע בתחרות באופנים אחרים.

אשר להשפעה האסטרטגית על התחרות, אם חלק מן הידע שצברו הסוכנים לשעבר של **מי עדן** נוגע לעלויות השוטפות שבהן היא נושאת (הבלאי של המתקנים אם הם מושאלים ללקוח, עלויות התובלה, שכר המובילים, עלות מילוי הכדים במפעל, וכד') ואם נראה את **מי צורים** כמתחרה מבוססת של **מי עדן**, הרי כלל משפטי, שיקבע כי **מי צורים** אינה יכולה לגשת למידע, ידרבן את **מי עדן** להעלות מחירים כדי לאותת לחברות כגון **מי צורים שמי עדן** יחסית אינה יעילה, ולדרבן בכך חברות כגון **מי צורים** להעלות מחירים בעצמן. זהו אפקט אנטי-תחרותי אסטרטגי של הגנה על הסודות המסחריים הללו.

מאידך גיסא, אם נראה את **מי צורים** כמתחרה חלש, אזי שמירה בסוד של המידע בדבר העלויות ש**מי עדן** נושאת בהן היא בדרך כלל דווקא בעלת השפעה אסטרטגית פרו-תחרותית: **מי עדן** תרצה לגבות מחירים נמוכים יחסית כדי לאותת ל**מי צורים** שהיא יעילה, דבר שיכול להתיע את **מי צורים** מלרצות להשקיע השקעות הנדרשות לצורך הישארות בשוק.<sup>51</sup> בהתנהגות זו של **מי עדן** יש ברכה לצרכנים, אלא אם כן **מי עדן** תנסה להעמיד פנים שהיא פירמה יעילה יותר מכפי שהיא באמת, באופן ש**מי צורים** תדורבן להסתלק לחלוטין מן השוק בחשבה, בטעות, ש**מי עדן** יעילה מאוד. אכן, קשה מאוד להכריע במקרה נתון איזה מן המקרים מאפיין את המציאות, שהרי קשה לבית המשפט לקבוע אם **מי עדן** יעילה, ועד כמה היא צריכה להיות יעילה כדי לדרבן את **מי צורים** להסתלק מן השוק.

סביר להניח שהמידע, שסוכני **מי עדן** לשעבר היו חשופים לו, נגע גם לביקוש למוצר של **מי עדן** (כלומר למידע על אודות האנשים המעוניינים במתקני מים מינרליים של **מי עדן**). כפי שהראינו לעיל, שמירת מידע זה בסוד מפני **מי צורים** כשהיא לעצמה יכולה לדרבן את **מי עדן** להעלות מחירים, כדי לאותת למתחרותיה שהביקוש למוצר שלה גבוה, צעד שידרבן מתחרות כגון **מי צורים** להעלות מחירים אף הן. גם מבחינה זו ההשפעה התחרותית האסטרטגית היא שלילית.

לבסוף, אם המידע שנמנע מ**מי צורים** נוגע גם לכושר הייצור, או כושר ההספקה של מתקני **מי עדן** (למשל, מספר המשאיות המובילות את המתקנים והכדים, תכיפות נסיעותיהן, פריסתה הגאוגרפית של החלוקה וכו'), אזי הסתרת המידע מ**מי צורים** דווקא משפרת את התחרות, שכן **מי עדן** תרצה למכור כמות גדולה יותר של כדים ומתקנים כדי לאותת למתחרותיה שכושר הייצור שלה גדול, ובלבד שמתחרות כגון **מי צורים** יכולות לראות, או לפחות להעריך, את כמות הכדים שמספקת **מי עדן**. הגדלת הכמות המסופקת על ידי **מי עדן** תעודד פירמות כגון **מי צורים** להקטין את כושר הייצור שלהן.

עינינו רואות שקשה לנתח בבית המשפט את ההשלכות התחרותיות של ההגנה על סודות מסחריים של משווקי מתקני **מי עדן**. ההשפעה התחרותית הישירה כשהיא לעצמה מורכבת ותלויה בסוג המידע ובחוסנה של **מי צורים**. אם בכך לא די, נוספת ההשפעה האסטרטגית על התחרות, שעשויה לפעול הן לטובת התחרות והן לרעתה, שוב על פי סוג המידע וחוסנה של **מי צורים**. אולם אם נראה את **מי צורים** כמתחרה מבוסס (שאינו בר סילוק) של **מי עדן**, הניתוח הכלכלי מבהיר ששמירת הסודות המסחריים של **מי עדן** מפני **מי צורים** יכולה רק לפגוע בתחרות

<sup>51</sup> ראו לעיל, הערות 45-46 והטקסט שלידן.

עקב ההשפעה האסטרטגית (אלא אם כן נייחס השפעה מכרעת לאפקט האסטרטגי הפרו-תחרותי של הסתרת המידע בדבר כושר הייצור של מי עדן). לעומת זאת, דווקא אם נראה את מי צורים כמתחרה חלש (ובר סילוק), אזי ההשפעה הישירה של הגנה על הסודות היא אנטי-תחרותית וההשפעה האסטרטגית עשויה להיות פרו-תחרותית, באופן שקשה לאמוד איזו מן ההשפעות המנוגדות הללו גוברת.

לפיכך ההתעלמות המוחלטת (והאופיינית) של בית הדין הארצי לעבודה משאלת הפגיעה בתחרות של ההגנה על סודות מסחריים יכולה להיות מוצדקת בפרשה זו במיוחד אם נראה את מי צורים כמתחרה חלש של מי עדן. בית הדין הארצי אמנם דן בשאלה אם מי צורים מתחרה במי עדן אך לא ייחד ולו מילה אחת לשאלה אם הגנה על הסודות המסחריים של מי עדן מפני מי צורים עלולה לפגוע בתחרות בשוק זה, שהנו שוק ריכוזי, שבו שחקנים מבוססים מועטים.<sup>52</sup>

בתב"ע (ת"א) נד/2882-12 **גבים תעשיות מערכות אוטמציה בע"מ נ' דוד קליר**<sup>53</sup> הגן בית הדין האזורי לעבודה על סודות מסחריים של חברת גבים תעשיית מערכות אוטומציה בע"מ (להלן: גבים), העוסקת בתכנון וייצור מכונות ופסי ייצור אוטומטיים המתוכננים ומיוצרים לפי הזמנותיהם של לקוחות. בית המשפט קיבל את עמדת גבים כי אין לאפשר למהנדס לשעבר בגבים לעבוד עבור חברת אגרותים יעוץ בע"מ (להלן: אגרותים), חברה שנכנסה כמה שנים קודם לכן לתחום התכנון והייצור של מכונות אוטומטיות לייצור ולהרכבת מוצרים, תחום דומה לזה של גבים.<sup>54</sup> הידע שנצבר אצל העובד לשעבר, שהיה כאמור מהנדס במקצועו, היה ידע הנדסי, בדבר תהליכי הייצור של גבים.

מפסק הדין מתקבל הרושם כי אגרותים היא מתחרה מבוסס של גבים. למרות צעירותה בשוק, אגרותים מתוארת כחלק מאשכול חברות, הפועל כ-10 שנים בתחום הפיתוח של מוצרים וטכנולוגיות לתעשייה. אף שנכנסה לתחום הספציפי של גבים רק כמה שנים קודם לכן, מתקבל הרושם שלא מדובר בחברה שגבים יכולה לסלק בנקל מן השוק. לפיכך, ככל שהידע ההנדסי, שבית המשפט מתבקש להגן עליו, הוא ידע שמאפשר צמצום עלויות או שיפור איכות המוצר, הרי שמירה שלו מפני אגרותים, על פי הניתוח דלעיל, יהיה בעל השפעה ישירה אנטי-תחרותית. שמירת הידע בסוד תנציח את הכוח, שהמונופולין על הידע נותן לגבים, להעלות מחירים מעל ומעבר לעלויות. כיוון שמדובר במהנדס לשעבר, סביר להניח כי הידע שהוא נחשף אליו איננו כולל במובהק ידע המאפשר ביצור או הגדלה של נתח השוק של גבים על חשבון אגרותים.

בנוסף, ככל שהידע שבידי המהנדס לשעבר של גבים נוגע לעלויות השוליות שגבים נושאת בהן, הרי על פי הניתוח לעיל, כלל שמונע נגישות למידע זה ממתחרה כאגרותים מדרבן את גבים להעלות מחירים כדי לאותת לגבים שהעלויות גבוהות. רק אם נתפוס את אגרותים כמתחרה בר סילוק (תפיסה שלא עולה, כאמור, מעובדות פסק הדין), אזי ההשפעה האסטרטגית של שמירת הידע בנוגע לעלויות אצל גבים תפעל בכיוון מנוגד, של דרבון גבים להוריד מחירים דווקא. אמנם

<sup>52</sup> ראו החלטת פטור מאישור הסדר כובל להסכם בין מי עדן שיווק (2000) בע"מ לבין יפאורה תבורי בע"מ, 2004, הגבלים עסקיים 3020604 [URL: <http://www.antitrust.gov.il/antitrust/he-il>] (שוק המים המינרליים בבקבוקים הוא שוק ריכוזי, ובו שלושה שחקנים מרכזיים). מעניין לציין שבהחלטה זו של הממונה על ההגבלים העסקיים אין כל התייחסות לחברות כגון מי צורים כמתחרות בחברות המים המינרליים, אולם כאמור לעיל, ניתן בהחלט לחלוק על גישה מעין זו [URL: <http://www.antitrust.gov.il/antitrust/he-il>].

<sup>53</sup> (לא פורסם).  
<sup>54</sup> אגרותים נכנסה לתחום, אליבא דבית המשפט, באמצעות עובד בכיר לשעבר של גבים, שהתחיל לתת ייעוץ שוטף לאגרותים כמה שנים קודם לכן. הדיון בפסק הדין, מכל מקום, נגע למניעת מעבר של ידע נוסף אל אגרותים, באמצעות העסקת המהנדס הנוכח.

אם הידע נוגע לכושר הייצור של גבים, ההשפעה האסטרטגית של הסתרתו מאגרותים אכן תפעל לשיפור התחרות, באמצעות הנעת גבים לספק כמות גדולה יותר של מכונות כדי להפגין כושר ייצור גבוה. עם זאת, כיוון שמדובר בהספקה של מכונות על פי הזמנת הלקוח, ספק אם מנגנון איתות מעין זה הוא כלי אסטרטגי בר תוקף עבור גבים.

עניין **גבים ואגרותים** דווקא מרמז שמניעת חלחול הידע אל אגרותים כפי הנראה פגעה בתחרות, הן מבחינת ההשפעה הישירה על התחרות והן מבחינת ההשפעה האסטרטגית על התחרות, וזאת במיוחד אם השוק שבו פועלות חברות אלה הוא שוק ריכוזי יחסית (כלומר שמתחרה בו מספר קטן של שחקנים מבוססים). מבחינה זו חבל שבית המשפט לא הביא בחשבון את הערך של פגיעה בתחרות במלאכת האיזון. בית המשפט החשיב את הערך של פגיעה בחופש העיסוק של המהנדס לשעבר. בעניין זה הדגיש בית המשפט כי התחום, שבו נאסר עיסוקו של המהנדס, הוא אך ורק התחום הצר של ייצור מכונות אוטומטיות, ועל כן הפגיעה בחופש העיסוק קטנה יחסית.<sup>55</sup> עם זאת, בנתנו לגבים את הצו שביקשה, שמנע מן המהנדס לשעבר לעבוד באגרותים, התעלם בית המשפט לחלוטין מן הפגיעה בתחרות שבמתן צו מעין זה.

## ה. חשיפת מידע בין ספק ללקוח

בעוד מרבית הפסיקה בדבר הגנה על סודות מסחריים דנה בניסיון של פירמה להגן על סודותיה מפני מתחרים או מתחרים פוטנציאליים, ישנם מצבים שבהם הסודות המסחריים הנדונים הם בין ספק ללקוחו (כגון יצרן ומי שמפיץ את תוצרתו, סיטונאי וקמעונאי, יצרן של חומר גלם או תשומה ומי שרוכש את חומר הגלם או התשומה לצורך עסקיו שלו – שייקראו להלן לשם בהירות הניסוח: ספק ומפיץ). ייתכן אפוא שסכסוך בנוגע להגנה על סודות מסחריים יתגלע על רקע רצון של ספק למנוע ממפיץ שלו נגישות למידע על אודותיו או להפך.

כשמדובר בספק ומפיץ אזי בדרך כלל אין השפעה תחרותית ישירה להגנה על סודות מסחריים, משום שהספק והמפיץ אינם עוסקים באותו התחום, ועל כן זליגת המידע ביניהם אינה יכולה לגרום לחיזוק התחרות במובן הישיר. כל ההשפעות התחרותיות של ההגנה על הסוד במערכת יחסים זו הן אסטרטגיות, ומשתנות על פי סוג הידע הנשמר בסוד וזוהות בעליו – הספק או המפיץ.

### 1. כשהסוד נוגע לעלויות שבהן נושא המפיץ או לביקוש לשירותיו

כאשר ספק אינו מודע לעלויות שבהן נושא המפיץ שלו או אינו מודע למידת הביקוש לשירותיו (למשל, מספר הצרכנים הרוכשים את המוצר של הספק אצל המפיץ מדי שבוע), המחירים שהמפיץ יגבה מלקוחותיו (כגון מציבור הצרכנים) בדרך כלל יהיו גבוהים יותר מהמחירים שהיה גובה אילו לספק הייתה נגישות לפריטי מידע אלה, ובלבד שתנאי הרכישה של המפיץ מן הספק אינם כוללים מחיר סיטונאי ליחידה ותו לאו, אלא מערכת מורכבת יותר, הקובעת מחד גיסא מחיר סיטונאי ליחידה, ומאידך גיסא תשלום קבוע כלשהו, שאיננו מחיר ליחידה ("דמי זיכיון"), שמשלם המפיץ לספק בגין עצם הזכות לרכוש את המוצר מן ספק.

<sup>55</sup> ראו לעיל, הערה 53, פסקה 11 לפסק הדין.

כאשר הספק איננו יודע מהן העלויות שבהן נושא המפיץ או מהי מידת הביקוש לשירותיו, ואינו יודע כמה המפיץ מתעתד להרוויח ממכירת המוצר של הספק, או אז הספק מתקשה לקבוע את דמי הזיכיון, שאמורים להסיט אליו חלק מן הרווחים משיווק המוצר. בעת המשא ומתן לקביעת דמי הזיכיון, הספק נאלץ להסתמך אפוא על הנתונים שהמפיץ חושף בפניו בדבר רווחיו הצפויים. האינטרס של המפיץ הוא, כמובן, לצייר לפני הספק תמונה עגומה, ולפיה רווחיו הצפויים של המפיץ יהיו קטנים יחסית (עקב עלויות הפצה גבוהות או ביקוש נמוך באזור החנות שלו או ביקוש נמוך בחנותו למוצר של הספק). תמונה מעין זו תסייע לו להקטין את דמי הזיכיון שהספק ידרוש ממנו (שהרי המפיץ לא יסכים לשלם לספק דמי זיכיון הגבוהים מן הרווחים שהוא צופה להפיק מהפצת המוצר של הספק).

כדי לדרבן את המפיץ בכל זאת "לומר את האמת" בדבר רווחיו הצפויים, הספק יכול להשתמש בחוזה מכר מורכב יותר. המלומדת אסתר גל אור (Esther Gal-Or) מתארת במודל הכלכלי שלה חוזה מכר מעין זה, שלפיו המחיר הסיטונאי ליחידה שהספק גובה מן המפיץ גבוה יותר ככל שהעלויות שהמפיץ טוען שיש לו גדולות יותר וככל שהביקוש שהוא טוען שיש לו קטן יותר.<sup>56</sup> הווה אומר, ככל שהמפיץ "מדווח" לספק על רווחים צפויים קטנים יותר מהפצת המוצר, כך המחיר ליחידה שהמפיץ ישלם לספק עבור המוצר יהיה גבוה יותר. במודל של גל אור מנגנון זה מדרבן את המפיץ "לומר את האמת": אם רווחיו הצפויים גדולים יחסית, ידווח על כך ויזכה לשלם מחיר מוקטן ליחידה (אם כי דמי הזיכיון שישלם לספק יהיו גבוהים יחסית, באופן שישקף את רווחיו הגבוהים מההפצה). אם רווחיו הצפויים של המפיץ קטנים יחסית, ידווח על כך ויצטרך לשלם מחיר גבוה יותר ליחידה, אם כי דמי הזיכיון שיצטרך לשלם לספק יהיו קטנים יותר, באופן שישקף את רווחיו הקטנים מההפצה.

אולם למעט במקרה שהרווחים הצפויים של המפיץ הם הגבוהים ביותר בספקטרום האפשרויות העומד לנגד עיני הצדדים, מנגנון מעין זה מנפח את העלויות השוליות שבהן נושאים המפיצים בגלל ניפוח המחיר הסיטונאי ליחידה מעל הרמה שהייתה יכולה להיות רווחית אילו הספק היה יודע בעצמו מהי הרווחיות הצפויה של המפיץ. ניפוח זה של העלות השולית שבה נושא המפיץ יעלה גם את המחיר הקמעונאי שהמפיץ ידרוש מצרכניו ויפגע ברווחה.<sup>57</sup>

יש להעיר שכמו חלק מן ההשפעות האסטרטגיות שנדונו לעיל, גם במקרה זה פערי המידע הם בעוכרי הציבור ובעוכרי הצדדים גם יחד. אמנם כאשר הספק אינו מודע לרווחיות המפיץ, המפיץ יהיה מעוניין "לשקר", אולם כפי שראינו, ספק מתוחכם "יעניש" את המפיץ על רצון זה לשקר. אילו כל הסוד היה מתמצה ברווחיות המפיץ, ממילא המפיץ היה רוצה, בדרך אמינה כלשהי, לחשוף את הסוד בפני הספק. אולם בפרקטיקה צפוי שמפיץ לא ירצה, או לא יוכל, לחשוף סוד מסחרי זה. ברגיל סודות מסחריים של המפיץ -- המצויים, למשל, בידי עובד שלו לשעבר -- מורכבים מצירוף של נתונים על העלויות והביקוש לשירותים (פרמטרים שהמפיץ אולי היה רוצה לחשוף בפני הספק) עם פרמטרים שהמפיץ היה רוצה לשמור בסוד מפני הספק, כגון איכות

<sup>56</sup> ראו: Esther Gal-Or, "Vertical Restraints with Incomplete Information", 39 *J. of Industrial Econ.* 503, pp. 512-513 (1991).

<sup>57</sup> יש להעיר שדמי הזיכיון הקבועים שהמפיץ משלם לספק אינם אמורים להשפיע על המחיר הקמעונאי, משום שמדובר בעלות קבועה עבורו, שאינה משתנה על פי מספר היחידות שהוא מספק. העלות הקבועה איננה משפיעה על המחיר לצרכן, אלא רק העלות השולית (לכל יחידה), שכן המפיץ ימשיך לספק יחידות נוספות לצרכניו (ובכך יגרום להורדת מחירים) כל עוד הפדיון השולי ממכירת יחידה נוספת עולה על העלות השולית להספקתה. במילים אחרות, פירמות משיאות רווח באמצעות השוואה בין פדיון שולי לעלות שולית, בלי להביא בחשבון את העלויות הקבועות (שהן נושאות בהן בלי קשר לכמות המסופקת על ידיהן).



השירות, אינטנסיביות קידום המכירות של מוצר הספק לעומת מוצרים מתחרים, גודל המלאי של המפיץ, וכו'.

אולם הניתוח הכלכלי דלעיל בדבר ההשפעה האסטרטגית האנטי-תחרותית הנובעת משמירת נתוני רווחיותו של המפיץ בסוד מפני הספק מבוסס על כמה הנחות שלא תמיד מתקיימות. למשל, לא תמיד משלמים מפיצים לספק דמי זיכיון קבועים ולעתים קרובות כל העסקה בין הספק למפיץ מורכבת מתשלום מחיר סיטונאי מסוים לכל יחידת מוצר. כאשר אין דמי זיכיון קבועים, למפיץ אין טעם לתת לספק נתונים כוזבים על העלויות או הביקוש לשירותיו, ולספק אין טעם ליצור מנגנון של מחיר ליחידה העולה ככל שרווחיו המדווחים של המפיץ קטנים יותר. רווחיותו של המפיץ איננה רלוונטית לבניית העסקה בינו ובין הספק משום שאין בעסקה זו שום מנגנון לחלוקת רווחים אלה ביניהם. במקרים כגון אלה, שמירת רווחיותו של המפיץ בסוד מפני הספק לא בהכרח גורמת להעלאת מחירים.<sup>58</sup>

## 2. כשהסוד נוגע לעלויות שבהן נושא הספק

לשמירת העלויות השוליות, שבהן נושא הספק, בסוד מפני המפיצים של הספק גם כן עלולה להיות השפעה אסטרטגית שלילית על התחרות. לפי ממצאים כלכליים ספק בעל כוח שוק (כוח העלות מחירים מעל העלות השולית) עלול "לאבד" כוח שוק זה עקב תמריץ אופורטוניסטי שהוא שבו בו ליתן הנחות למפיץ אחד על חשבון האחר, עד כי המחיר הסיטונאי שהוא דורש ממפיצים נמוך בסופו של דבר במידה ניכרת מן המחיר שהיה הספק יכול לדרוש לפי כוח השוק שלו.<sup>59</sup> על סמך תיאוריה זו, הספק אף עשוי להעניק הנחות למפיצים שלו עד שהמחיר הסיטונאי ישתווה לעלות השולית שהוא נושא בה. כאשר מפיץ נתקל בהצעה של הספק למכור לו מוצר במחיר סיטונאי השווה לעלות השולית שבה נושא הספק, המפיץ "נרגע" ואיננו חושש כי הספק ימכור את מוצריו למפיצים מתחרים במחיר נמוך יותר, שכן המחיר לא ירד מן העלות השולית מנגד, אם מפיץ נתקל בהצעה של הספק למכור לו מוצר במחיר סיטונאי גבוה מן העלות השולית שבה נושא הספק, המפיץ יחשוש לקבל הצעה זו, שמא מאחורי גבו של המפיץ יעניק הספק הנחה למפיץ מתחרה, שיוכל להשתמש בהנחה זו כדי לחטוף את לקוחותיו של המפיץ הראשון.

אולם, אם המפיץ איננו מודע כלל לעלויות השוליות שהספק נושא בהן, לספק יהיה אינטרס להונות את המפיץ ולומר לו שהעלות השולית שבה הוא נושא גבוהה יותר מכפי שהיא באמת, כדי לנסות לגבות מן המפיצים מחיר סיטונאי גבוה מן העלות השולית האמיתית. לפיכך, הצפי הוא שכאשר העלות השולית אצל הספק נשמרת בסוד מפני המפיצים שלו, יהיו המחירים הסיטונאיים, ולכן גם המחירים הקמעונאיים שהמפיצים יגבו מן הצרכנים (עקב המחיר הסיטונאי המוגדל שהם צריכים לשלם בעצמם) גבוהים יותר. מנגד, אם נאפשר חשיפה של עלויות הספק בפני המפיצים שלו, הספק לא יוכל להונות את המפיץ. כל מחיר שהספק ינסה לגבות מן

<sup>58</sup> עם זאת, הספק והמפיץ יכולים לשכלל את העסקה שלהם באמצעות גיבוש תמחיר דו-ראשי, של מחיר יחידה ודמי זיכיון קבועים. אם, למשל, המפיץ מוכן לשלם לספק דמי זיכיון קבועים, הספק יהיה מוכן להוריד במידת מה את המחיר הסיטונאי ליחידה, וכך ייפתר חוסר היעילות הכרוך ב"בעיית המרווח הכפול" (הבעיה לפיה המחיר לצרכן עולה על המחיר שמשא את רווחיהם המשותפים של הספק ושל המפיץ עקב כך שהמפיץ משלם לספק מחיר סיטונאי גבוה ליחידה). ראו בעניין זה: **Tirole** (לעיל, הערה 19), פרק 4.

<sup>59</sup> ראו: David Gilo, "Retail Competition Percolating through to Suppliers, and Using Vertical Integration, Vertical Restraints and Tying to Stop It", 20 *Yale J. on Reg* (2003) 25.

המפיצים, הגבוה מהעלות השולית האמיתית אצל הספק, לא יניח את דעת המפיצים, והם ידרשו הנחה נוספת, מחשש שמפיצים אחרים יקבלו מחיר נמוך מן המחיר המוצע.

### 3. כאשר הספק מספק מוצר בר קיימא

כאשר ספק מספק מוצר בר קיימא (כגון מקררים, מזגנים, אלומיניום, וכיוצא באלה מוצרים שאינם מתכלים במהירות) גם כאן התיאוריה הכלכלית מנבאת שהספק לעתים קרובות יתקשה לדרוש מחירים גבוהים במידה ניכרת מהעלויות השוליות, גם אם לספק מעמד דומיננטי בשוק ואפילו הוא הספק היחיד בשוק.<sup>60</sup> הסיבה לכך היא שספק היה רוצה לדרוש מחירים גבוהים עבור המוצר בשלבים מוקדמים של המכירה, ולמכור אותו במחירים אלה לצרכנים שמוכנים לשלם אותם, ובשלב מאוחר יותר, אחרי שהצרכנים הראשונים כבר רכשו את המוצר, להוריד את המחיר, ולמכור ברווח גם לצרכנים שמוכנים לשלם פחות עבור המוצר. אלא שחלק מהצרכנים, המוכנים לשלם הרבה עבור המוצר, מעריכים שהמחיר ירד, ויעדיפו להמתין להוזלה. באופן זה, כך מנבאת התיאוריה הנ"ל, הספק נאלץ להוריד מחירים כבר בתקופה הראשונה, כדי בכל זאת לפתות את הצרכנים שיכולים לשלם הרבה עבור המוצר לרכוש מיד את המוצר ולא להמתין להוזלה. למעשה, כאשר הספק חופשי לעדכן את מחיר המוצר לעתים קרובות, התיאוריה מנבאת שכבר בתחילה יוריד הספק את מחיר המוצר שלו למחיר השווה לעלות השולית של המוצר.<sup>61</sup>

אולם תיאוריה כלכלית זו מבוססת על ההנחה שהצרכנים והלקוחות של הספק מודעים לעלותו השולית של המוצר עבור הספק. כשהעלויות אצל הספק אינן ידועות ללקוחותיו, כפי שהמלומדים דנקר ואוסובל מראים,<sup>62</sup> המחיר שהספק יכול לדרוש יעלה, משום שהספק יכול להטעות את לקוחותיו ולטעון לעלויות גבוהות, ולדרוש מחיר גבוה מהעלויות האמיתיות כבר בתחילה. כאשר הלקוחות של הספק יראו שהוא גובה מחיר גבוה יחסית, הם לא ידעו אם כדאי להם לחכות עד שהמחיר יהיה נמוך יותר, משום שיייתכן שמחיר זה הוא כבר המחיר הנמוך ביותר האפשרי, השווה לעלות השולית של המוצר אצל הספק. לפיכך חלק מלקוחות אלה יסכים לשלם את המחיר הגבוה ולא ימתין להוזלה, וכך "יצדיק" את הטקטיקה השקרית של הספק.

גם כאן שמירת העלויות השוליות, שהספק נושא בהן, בסוד מפני לקוחותיו פוגעת ברווחה, כי היא מאפשרת לספק להעלות מחירים לעומת המחירים שהיה גובה אילו המידע הזה היה חשוף ללקוחות.

<sup>60</sup> תיאוריה זו פותחה לראשונה על ידי Coase ומכונה ה-coase conjecture. ראו: R. H. Coase, "Durability and Monopoly", 15 *J. of L. and Econ.* (1972) 143.

התיאוריה הוכחה פורמלית על ידי: Jeremy Bulow, "Durable Goods Monopolists," 90 *J. of Pol. Econ.* (1982) 314; Nancy L. Stokey, "Rational Expectations and Durable Goods Pricing," 12 *Bell J. of Economics* (1981) 112; Faruk Gul, Hugo Sonnenschein and Robert Wilson, "Foundations of Dynamic Monopoly and the Coase Conjecture," 39 *Journal of Economic Theory* (1986) 155.

<sup>61</sup> הספק ינסה כמובן לפתח אסטרטגיות להתגברות על אבדן זה של כוח השוק שלו, וישכיר, למשל, את הציוד במקום למכור אותו, או יגרום בכוונה לבלאי מהיר יותר של הציוד, וכו'. ראו: Tirole, (לעיל, הערה 19), בעמ' 83-87, הדעת נותנת שבמקרים רבים התיאוריה נכונה, ויש כרסום, ולו חלקי, בכוח השוק של ספקי מוצר בר קיימא.

<sup>62</sup> ראו: Lawrence M. Ausubel and Raymond J. Deneckere, "Durable Goods Monopoly with Incomplete Information", 59 *Rev. of Econ. Studies* (1992) 795.

## ו. "סודיות יחסית"

הניתוח הכלכלי דלעיל מצביע על כך שהיה אפשר לשפר את יעילות הכלל המשפטי בדבר הגנה על סודות מסחריים, לפחות בכל הקשור להשפעה התחרותית של ההגנה על סודות מסחריים לו ניתן היה להגן על הסודות המסחריים מפני פירמות מסוג מסוים ולחשוף אותם בפני אחרות. הניתוח בפרק ג<sup>63</sup> מצביע, למשל, על כך שמניעת נגישות לסוד ממתחרה פוטנציאלי היא בעלת השפעה אסטרטגית פרו-תחרותית והשפעה ישירה אנטי-תחרותית בדרך כלל, וקשה במקרה נתון לבדוק איזו מן ההשפעות גוברת. הואיל ושיקולים אחרים, חיצוניים לתחרות, בדרך כלל תומכים בהגנה על הסוד המסחרי (אם כי ישנם שיקולים חוץ-תחרותיים נוגדים, כגון חופש העיסוק של האדם, שאפשרויות העיסוק שלו מצטמצמות עקב החובה לשמור על הסיד המסחרי, ויש לאזן אותם אד-הוק) אזי הניתוח הראה שתיתכן הצדקה להגן על הסוד מפני מתחרה פוטנציאלי בשוק, תוך התעלמות משיקולים תחרותיים.

כאשר בעל הסוד חפץ להגן על הסוד מפני מתחרה שלו **בפועל**, אם המתחרה הוא מבוסס, ההשפעה הישירה על התחרות יכולה להיות שלילית (במקרה של מידע המקטין עלויות או משפר איכות) או זניחה (במקרה של מידע המבצר נתח שוק), ואילו ההשפעה האסטרטגית על התחרות תהא תמיד שלילית (אלא אם כן מדובר במידע על אודות כושר ייצור או מבצעי הוזלות). על כן בין מתחרים מבוססים, שיקולי התחרות בדרך כלל יתמכו בצמצום ההגנה על הסוד.

לפיכך בהחלט ייתכן שמדיניות ראויה, המאמצת את הניתוח דלעיל, הייתה מחייבת את בית המשפט לתת צו מניעה לשמירת סוד מסחרי מפני מתחרה פוטנציאלי של בעל הסוד, ואילו להימנע מלתת צו כזה בנוגע לאותו סוד מסחרי עצמו אם מדובר במתחרה מבוסס של בעל הסוד.

דוקטרינה הנותנת הגנה "יחסית" לסוד, לפי הגורם שמנסה "לגזול" אותו, איננה מעוגנת כמובן בכללים המשפטיים הקיימים, אבל מעניינת בהקשר זה קביעת הנשיא וינוגרד בעניין ת"א **זנלכל**<sup>64</sup> לפיה סוד מסחרי, אין הכרח שאיש לא ידע עליו זולת בעל הסוד. הסוד יכול להיות גלוי או ידוע לקבוצה מסוימת של אנשים או פירמות, ולהישאר סודי כלפי קבוצות אחרות. לפיכך ניתן לתאר כלל משפטי שמגן על סוד מסחרי מפני מתחרים פוטנציאליים, שאינם נמצאים בשוק, ואינו מגן עליו מפני מתחרים בפועל. אם כלל כזה יתקבל, וכדי להפכו לאפקטיבי ניתן יהיה לקבוע במקרים מסוימים שמתחרה מבוסס יוכל להשתמש בסוד של מתחרה מבוסס אחר, אך יהא עליו נטל לנקוט אמצעים סבירים לשמור על המידע בסוד מפני מתחרה פוטנציאלי שלהם.

ניתוח כלכלי זה משליך על ההכרעה אם סוד מסחרי הוא בגדר זכות קניינית, ובעל הסוד זכאי להגנת הסודיות כלפי כולי עלמא, ולהיעזר בבתי המשפט כדי להסתיר את המידע מכולי עלמא, או שמא הסוד המסחרי הוא זכות הפחותה מזכות קניינית, וההגנה היא רק כלפי אנשים מסוימים. הניתוח הכלכלי דלעיל מצביע על כך שמעמד קנייני, כלפי כולי עלמא, לסוד מסחרי עלול להביא לידי תוצאות לא ראויות מבחינת התחרות. אם סוד מסחרי מוגן כלפי כולי עלמא, משמע שהוא מוגן גם כלפי כנסים פוטנציאליים לשוק של בעל הסוד (דבר ראוי על פי הניתוח הנ"ל) וגם כלפי מתחרים מבוססים של בעל הסוד (דבר שהוא לא תמיד ראוי על פי הניתוח הנ"ל). גישה לפיה סוד מסחרי איננו בגדר זכות קניינית, אלא רק זכות כלפי אנשים מסוימים, מתאימה יותר לניתוח שהוצע כאן: לפי גישה זו, הסוד המסחרי יוגן, למשל, מפני מתחרים פוטנציאליים, ולעתים לא יוגן

<sup>63</sup> לעיל, הערות 17-33 והטקסט שלידן.

<sup>64</sup> ת"א **זנלכל** (לעיל, הערה 7).

מפני מתחרה מבוסס, וזאת כאשר הפגיעה התחרותית (האסטרטגית והישירה) שגורמת הגנה זו, הנוספת על הפגיעה החיצונית לתחרות, כגון הפגיעה בחופש העיסוק, גוברות על היתרונות החברתיים, החיצוניים לתחרות, שבהגנה על הסוד.

במהלך השנים הובעו בפסיקה הישראלית דעות נוגדות ומגוונות באשר לסיווג הסוד המסחרי כזכות קניין. לדבריו של הנשיא ברק בבג"ץ **יבין פלסט** :

הסוד המסחרי הוא "תופעת" משפט. טרם גובשה תורה כללית ואחידה אשר בכוחה להתמודד עם תופעה זו. יש הרואים בסוד המסחרי קניין, ומבקשים לדון בהגנתו באמצעות ההגנה הניתנת לקניין [...]. אחרים רואים בה "מעין קניין" ...<sup>65</sup> אליבא דטדסקי<sup>66</sup> הסוד המסחרי אינו קניין, אלא רק "מעין קניין", זאת מאחר שלגישתו אין לבעליו זכויות כלפי כולי עלמא, אלא רק כלפי קבוצה מסוימת של אנשים. דויטש, לעומתו, מעניק לזכות בנוגע לסוד המסחרי עצמה גבוהה יותר של זכות "דמוית קניין". לדבריו :

תכונותיה של הזכות [לסוד מסחרי – ד"ג] קרובות לזכות הקניין במובן זה, שהזכות עשויה להשליך, על פי התפישה המקובלת בתורת המשפט של דין הסודיות המסחרית, גם על צד שלישי תם-לב, שרכש את הזכות בהסתמך על ניקיון הזכויות. יחד עם זאת, במצבים מסוימים, צדדים תמי-לב שפעלו כאמור עשויים להיות מוגנים, הכל על פי שיקול דעתו של בית-המשפט.<sup>67</sup>

חוק עוולות מסחריות אינו נוקט עמדה מפורשת בסוגיית הקנייניות של הזכות לסודיות מסחרית, אם כי סעיף 8 לחוק בחר מודל מעורב של הגנה ולפיו רכישה בתום לב ובתמורה מקנה הגנה לצד שלישי, אלא אם כן בית המשפט סבור אחרת.<sup>68</sup> הסוגיה של הגנה על מי שרכש סוד מסחרי בתום לב ובתמורה שימשה אפוא יסוד לסיווג מידת ה"קנייניות" של הזכות בקרב מלומדים. הניתוח הכלכלי דלעיל מצביע על השלכות מסויגים אחרים, שבית המשפט יכול במקרים מתאימים להביא בחשבון בבדקו את זכאותו של צד ג', שרכש סוד מסחרי בתום לב ובתמורה. אם מתחרה פוטנציאלי בשוק של בעל הסוד רכש, למשל, את הסוד, ולו גם בתום לב ובתמורה, הניתוח הצביע על שיקולים לטובת מניעת המידע ממנו, כמובן בלי לגרוע משיקולים אחרים, כגון הגנה על צד ג' תם לב ששינה מצבו לרעה, או הגנה על חופש עיסוק של מאן דהו, שעשויים לפעול בכיוון מנוגד. על פי הניתוח שהוצע כאן, ישנם שיקולים שלא לתת הגנה לסודיות כלל כשמדובר במתחרה מבוסס של בעל הסוד, וזאת גם אם הוא אינו תם לב ולא שילם תמורה, משום ששמירת הסוד מפניו היא בעלת השפעות אנטי-תחרותיות – ישירות ואסטרטגיות, כפי שהובהר, בהסתייגויות, לעיל. זאת, שוב, מבלי לגרוע משיקולים אחרים, כגון הזכות של בעל הסוד לפרטיות, מניעת מידור יתר במפעלו, עידודו לפתח את הידע מלכתחילה, שעשויים לפעול בכיוון ההפוך, של מתן הגנת הסוד המסחרי גם כלפי מתחרה מבוסס.

<sup>65</sup> בג"ץ **יבין פלסט בע"מ** (לעיל, הערה 17), בעמ' 706. (ההפניות הושמטו – ד"ג).

<sup>66</sup> **טדסקי** (לעיל, הערה 2).

<sup>67</sup> מיגל דויטש, **קניין** (חלק א, בורסי, תשנ"ז-תשנ"ט), בעמ' 62.

<sup>68</sup> ראו גם מיגל דויטש, **עוולות מסחריות וסודות מסחר** (נבו, תשס"ב) 353 ואילך.

## ז. סיכום

התחרות היא ערך בעל חשיבות מרכזית בשיטת המשפט שלנו, ובית המשפט העליון השווה אותה מבחינת חשיבותה לערכי יסוד כגון חופש הביטוי.<sup>69</sup> לפיכך, אם להגנה על סודות מסחריים יש השפעה ניכרת על התחרות, שיטת משפט המגנה על סודות מסחריים חייבת להביא בחשבון, במקרה נתון, את ההשפעה של הגנה זו על התחרות בשוקים הרלוונטיים. עם זאת, ההשלכה על התחרות היא מורכבת, ומשתנה ממקרה למקרה. כאשר בית המשפט עוזר להסתיר והאסטרטגית מנוגדות, אם הידע כולל פרטים בנוגע לעלויות שהפירמה הוותיקה נושאת בהן. הוא הדין כאשר ידע מעין זה בנוגע למתחרה מבוסס מוסתר מפני מתחרה חלש, שיש סיכוי כי יסתלק מן השוק, וכאשר הידע נוגע לכושר הייצור של בעליו או למבצעי הוזלות.

כאשר בית המשפט עוזר להסתיר ידע על אודות מתחרה מבוסס מפני מתחרה מבוסס אחר, בדרך כלל הן ההשפעה הישירה והן ההשפעה האסטרטגית הן של פגיעה בתחרות. במקרים מעין אלה קשה מאוד אפוא להצדיק את התעלמות בתי המשפט מן הערך של תחרות בדונם בהגנה על סודות מסחריים. גם במקרה שבו בית המשפט יעזור להסתיר ידע על אודות העלויות, שהספק נושא בהן, מפני הלקוח שלו או ידע בדבר הרווחיות אצל מפיץ מפני הספק שלו: במקרים אלה, שבהם בדרך כלל אין השפעה ישירה על התחרות, ההשפעה האסטרטגית על התחרות היא לרוב שלילית.

כאשר מביאים בחשבון את ההשפעה התחרותית של ההגנה על סודות מסחריים, יש אפוא חשיבות לשאלה מיהו בעל הידע ומפני מי בית המשפט מסתיר ידע זה: בפרט, ייתכנו מקרים שבהם ראוי שלא להגן על סודות מסחריים מפני מתחרים מבוססים של בעל הידע, או ספקים ולקוחות שלו, ובד בבד ראוי להגן על אותם סודות מסחריים מפני מתחרים פוטנציאליים של בעל הידע או מפני מתחרים חלשים שלו. הכללת שיקולים מעין אלה במלאכת האיזון של בית המשפט יכולה להאיר באור חדש, ומורכב יותר, את הפולמוס סביב השאלה אם הגנה על סוד מסחרי היא "כלפי כולי עלמא" או רק כלפי אנשים מסוימים.

<sup>69</sup> דניאל טבעול (לעיל, הערה 15), בעמ' 70, 79 (השופט חשין), התחרות היא "אינטרס [...] השואב את חיותו ואת עוצמתו מעקרון תקנת הציבור במובנו הרחב, מטובת הציבור הכללית. [...] תחרות חופשית חיונית היא להגברת היעילות במשק, לפיתוחו של המשק ולצמיחתו...".