

## הסדרים כובלים – יסודות האיסור

מאת

מיכל גל, אמיר ישראלי, מנחם פרלמן\*

### א. מבוא

פרק ב לחוק ההגבלים העסקיים, המסדיר עריכת הסדרים כובלים, הוא הפרק החשוב ביותר בחוק מבחינת היקף תחולתו והשפעתו על המשק הישראלי. הסדרים כובלים "עירומים" (דהיינו הסדרים ללא יתרונות מאזנים לרווחת הציבור, הקרויים גם "קרטלים") היוו מאז ומעולם רעה חולה במשק הישראלי. זאת, בין היתר, בשל ריכוזיותם הגבוהה של שווקים רבים וגובהם של חסמי הכניסה אליהם, המגבירים את יכולתם של גופים עסקיים לתאם את התנהגותם לשם פגיעה בתחרות.<sup>1</sup> תיאום כאמור פוגע באופן מובהק באושיות היסוד של המשק הקפיטליסטי ושל הדינמיקה התחרותית המניעה את גלגליו. בהתאם לרעיון שעליו מבוססת כלכלת השוק, גופים כלכליים מתחרים עם גופים אחרים על לבו וכיסו של הצרכן. תחרות זו היא הגורמת לירידת המחיר, לעליית הכמות והאיכות ולהגדלת הרווחה המצרפית. תיאום עירום בין מתחרים פועל בצורה הפוכה, בהגבילו בהסכמה את התחרות בין הפועלים בשוק, לשם הגדלת הרווח של חבריו, על חשבון הרווחה המצרפית. כפי שקבע בית המשפט העליון בארצות-הברית, קרטלים הם הרעה האולטימטיבית של דיני ההגבלים העסקיים.<sup>2</sup>

בה בעת, הסדרים בין גופים כלכליים – אם מתחרים ואם אחרים – עשויים להועיל לרווחה החברתית במגוון דרכים. כך למשל הסדר בין מספר מתחרים קטנים או בינוניים המאפשר להם ליהנות מיתרונות לגודל עשוי להגביר את התחרות בין הצדדים להסדר לבין

\* מיכל גל, פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים אוניברסיטת חיפה; אמיר ישראלי, עורך דין, שותף במשרד עורכי דין כהן, ישראלי ושות'; מנחם פרלמן, כלכלן, שותף במשרד הייעוץ הכלכלי סוארי ושות'.

1 ראו M.S. Gal *Competition Policy for Small Market Economies* (2003), chapter 1  
2 *Verizon Communications Inc. v. Law offices of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 398, 124 S. Ct. 872 (2004) ("Negotiation between competitors may facilitate the supreme evil of antitrust: collusion")

צדדים שלישיים. בדומה, מיזם משותף בין כמה גופים בעלי טכנולוגיות או אמצעי ייצור משלימים הוא בעל פוטנציאל להגדיל את היעילות בייצור ואף לגרום ליעילות דינמית בדרך של יצירת מוצרים חדשים וטובים יותר. גם חוק ההגבלים העסקיים מכיר בתועלות לציבור הטמונות במיזמים משותפים. על כן הוראותיו פותחות פתח להוצאת הסדרים מסוג זה מגדר האיסור החל על עריכת הסדרים כובלים.<sup>3</sup> בהתאם לכך, המטרה העיקרית של דיני התחרות היא למנוע הסדרים כובלים כשפגיעתם בתחרות עולה על יתרונותיהם לטובת הציבור. לצורך כך יש הכרח לקבוע קריטריונים על מנת לאבחן הסדרים כובלים אסורים אל מול הסדרים המשרתים את טובת הציבור. כל רשויות התחרות בעולם מתמודדות עם הצורך בהגשמת מטרה זו. בעוד שטרם נמצא לצורך כך "פיתרון קסם", ישנם כלים אחדים, אשר בחלקם גם נעשה שימוש בישראל, המקלים על האבחנה האמורה.

הסדרים כובלים עירומים ("קרטלים") גרמו בעבר, ויש להניח שגורמים הם גם כיום, נזק רב לכלכלה הישראלית בהגדילם את רווחת הצדדים להסדר על חשבון הגופים הפועלים עמם, אם צרכנים ואם ספקים. למעשה, בעיית ההסדרים הכובלים העירומים היא שהובילה את המחוקק הישראלי לחקיקת חוק ההגבלים העסקיים הראשון משנת 1959 מלכתחילה.<sup>4</sup> במהלך השנים נתגלו במשק הישראלי הסדרים כובלים חמורים, דוגמת הקרטל בשוק הביטוח, בשוק חומרי ההדברה, בשוק המרצפות ובשוק הירקות הקפואים. בגין קרטלים אלו הוגשו כתבי אישום והוטלו על המבצעים קנסות גבוהים ואף עונשי מאסר. לפני שנים אחדות קבע בית המשפט העליון כי העונש הראוי למי שנתפס מבצע עבירה של קרטל הוא מאסר בפועל.<sup>5</sup> קביעה זו היא קביעה ראויה. בשל הנזק העצום שגורמים קרטלים למשק, הנעדרים יתרונות מאזנים לטובת הציבור, יש לקבוע רמת ענישה שיהיה בה כדי להרתיע מפני יצירת קרטל מלכתחילה. אכן, אין זה מפתיע כי במדינות רבות עלה בשנים האחרונות רף הענישה בעבירות של הסדרים כובלים ומדינות רבות אימצו, או שוקלות לאמץ, מודל ענישה פלילית בדומה לזה הקיים בישראל.

פרק זה מנתח את היסודות הנדרשים להתקיימות הסדר כובל בהתאם להוראות סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, בעוד שהפרק הבא יתמקד באותם מקרים הנופלים לגדר הסעיף, אך פטורים מתחולת האיסור על עריכתו. בצד התיאור הדסקרפטיבי של הדין הקיים ייערך גם ניתוח נורמטיבי, בדבר הדין הרצוי. בבסיסו של הניתוח הנורמטיבי תעמוד מטרת החוק, המקרינה מטבע הדברים על פרשנותם הראויה של סעיפיו. מטרה זו היא ההגנה על התחרות

- 3 סעיפים 9 ו-10 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988. ראו גם דברי השופט לויזן בבג"ץ 588/84 ק.ש.ר סחר אסבסט בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד מ(1) 29, 38-39.
- 4 מ' (שיצר) גל "חמישים גוונים לפורמאיקה: ריאליזם משפטי בדיני ההגבלים העסקיים" מחקרי משפט כג (תשס"ז) 709.
- 5 ע"פ 1042/03 מצרפלים שותפות מוגבלת בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 721 (להלן: עניין מצרפלים).

החופשית במשק במקום שבו היא מקדמת את הרווחה החברתית. נציין כבר עתה כי פרשנותם של הסעיפים המסדירים את פעולתם של הסדרים כובלים איננה פשוטה. אכן, המחוקק הציב בפנינו אתגר לשוני ומבני קשה. סעיף 2 לחוק מרחיב במקרים רבים היכן שראוי להצר, ומצר במקרים שראוי להרחיב. לשונו של הסעיף זכתה לביקורת רבה בכתיבה האקדמית ובפסיקתם של בתי המשפט השונים.<sup>6</sup> לשונו הבעייתית של הסעיף אף חייבה את בתי המשפט ורשויות האכיפה לחפש דרכים אשר יעקפו את לשונו הברורה, בעת שזו לא עלתה בקנה אחד עם מטרות החוק. כפי שיפורט בהרחבה להלן, חלק מדרכים אלו הן בעייתיות, אך חלקן מצביעות על כמה מגמות חיוביות בפרשנות החוק.<sup>7</sup> המגמה העולה מהפסיקה האחרונה היא מתן פרשנות תכליתית, להבדיל מפרשנות מילולית פשטנית, לסעיפי החוק. זוהי מגמה ראויה, והיא שתדריכנו בנייתו הנורמטיבי של הוראות החוק. כלשונו הציורית של השופט מישראל חשין בדנ"א א.מ. חניות:<sup>8</sup>

"חוק ההגבלים העסקיים פורש עצמו על פני מרחבים אדירים, וכבודו מאופק-אל-אופק. המחוקק יכול היה לטפל בנושא ההגבלים העסקיים בדרך אחרת משבחר ללכת בה, ואולם משבחר ללכת בדרך שבחר בה, נטל הוא המוטל עלינו – ככל מעשה פרשנות דבר אמנות – לפרש את החוק ולהחיל הוראותיו על ארועי החיים בשום שכל ובטוב טעם... ולא נכתים עסקה להיותה הסדר כובל אם נתברר לנו כי פוגעת היא בעקרון – התשתית של החוק, הרי הוא עקרון התחרות החופשית... תכלית זו היא עמוד האש ועמוד הענן להוליכנו הדרך..."

כיום מונחת על שולחנו של המחוקק הצעה לתיקון חוק ההגבלים העסקיים שעיקרה תיקון ההגדרה של הסדר כובל בחוק. הצעת החוק היא פרי עבודתה של ועדה מיוחדת שמינה שר התעשייה והמסחר בתחילת שנת 2005, שמסקנתה הייתה כי קיים צורך ברור

- 6 ראו למשל א' לבנה "חוק ההגבלים העסקיים: בעיות מבניות וחוקתיות בתחום ההסדרים הכובלים" משפט וממשל ח (תשס"ה) 257.
- 7 ראו ד' גילה "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוקיים? הגיעה השעה לחצוץ בין הסדרים אופקיים לאנכיים" עיוני משפט כז (תשס"ד) 751; מ' (שיצר) גל "לבור את המוץ מהתבן – היקף תחולתו של האיסור לערוך הסדר כובל בהתאם לפסיקה האחרונה" דין ודברים א (2004) 533; ד' גילה "כבילה הפוגעת בתחרות בין הצד הנהנה ממנה למתחריו" עיוני משפט כח (2005) 517; א' ישראלי "תחרות בלי ערכים או תחרות בין ערכים – טענות של הסדר כובל המועלות בידי צד לחוזה" דין ודברים ב (2006) 297.
- 8 דנ"א 3113/03 א.מ. חניות (ירושלים) (1993) בע"מ נ' עיריית ירושלים, פורסם בנבו, בפס' 10 לפסק הדין.

ומידי בתיקון ההגדרה.<sup>9</sup> בעקבות ההמלצה, הוחלט לקדם הליך חקיקה נפרד לתיקון הגדרת ההסדר הכובל בחוק, גם בטרם השלמת עבודת הוועדה בנושאים אחרים. על השינוי החקיקתי הצפוי, אשר יש בו כדי לפתור את מרבית הקשיים שבלשון החוק, יש בהחלט לברך. פרק זה יסקור את יתרונותיו של התיקון הצפוי, כמו גם את הבעיות שהוא איננו פותר. עם זאת אין בשינוי החקיקתי כדי לייתר את הדיון בפרשנות הראויה של החוק הקיים, אשר ימשיך לחול על מקרים שהתרחשו בטרם התיקון. בנוסף, חלק גדול מיסודות האיסור בנוסחו הקיים ימשיכו להתקיים גם בהתאם לנוסח המוצע, ועל כן פרשנותם תמשיך ותושפע מהדין הקיים.

## ב. ניתוח כלכלי של הסדרים כובלים

את הדיון הכלכלי בהסדרים כובלים מועיל לפתוח מציטוט של השופט האמריקני ברנדייס מלפני כמאה שנים:

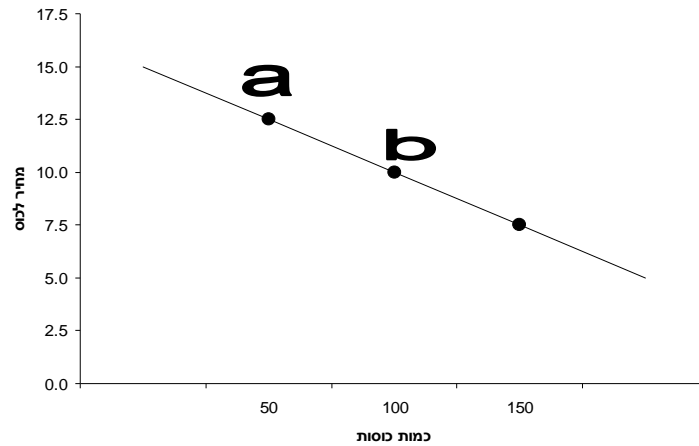
“Every agreement concerning trade, every regulation of trade, restrains. To bind, to restrain, is of their very essence. The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition or whether it is such as may suppress or even destroy competition”.<sup>10</sup>

כדברי השופט, ניתוח מילולי של המושג “כבילה” אינו מספיק ואינו מסייע להבנת מטרת הפיקוח על הסדרים כובלים. לצורך כך יש צורך בניתוח כלכלי והבנה של האופן שבו הסדרים בין בני אדם עשויים להביא לפגיעה בתחרות החופשית. לצורך הפשטות נציג את העקרונות הבסיסיים של ניתוח כלכלי שכזה באמצעות דוגמה של בית קפה שכונתי. כמות הקפה שיימכרו בבית הקפה נגזרת ישירות מהמחיר לכוס, וככל שהמחיר ייעלה, כמות הכוסות שיימכרו תקטן. את הקשר שבין כמות הכוסות שיימכרו למחיר לכוס ניתן לתאר באמצעות “עקומת הביקוש” העומדת בפני בית הקפה, המתוארת בתרשים 1.

9 הממונה על ההגבלים העסקיים תזכיר חוק – שם החוק המוצע: חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 9) התשס"ה-2005 פרסום 5000166 (21.9.05), <http://www.antitrust.gov.il/>, .NR/rdonlyres/3FA0A882-744E-4F30-B9E4-BE8BD6F8A11D/255/Tazkirlaw.DOC

10 *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 (1918)

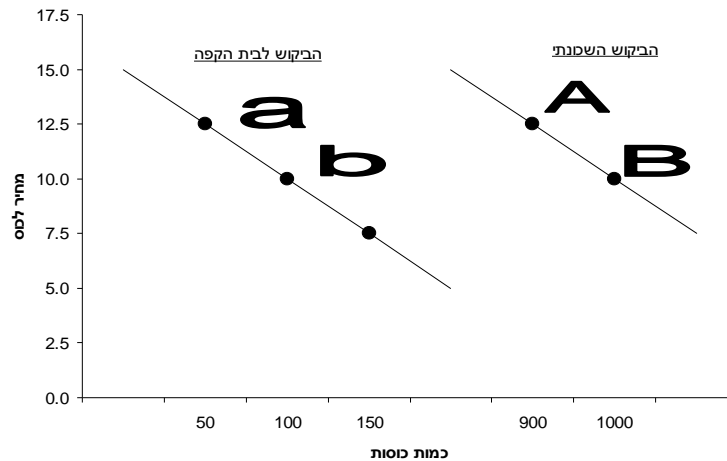
### תרשים 1: עקומת הביקוש לשירותי בית הקפה



כך, לדוגמה, במחיר של 10 ש"ח לכוס, ימכור בית הקפה מידי יום 100 כוסות (נקודה b בתרשים 1). אך במידה והמחיר יעלה ל-12.5 ש"ח ירכשו הלקוחות רק 50 כוסות ביום (נקודה a). ניתן להניח כי חלק מאותם 50 לקוחות שיפסיקו לרכוש קפה באותו בית קפה כתוצאה מעליית המחיר, יעדיפו לרכוש את הקפה בבית קפה אחרים בשכונה וחלק מהלקוחות יחדלו כלל מלרכוש קפה מחוץ לבית או שיצמצמו את כמות הרכישות. בהנחה שעלות הכנת כוס קפה לבית הקפה היא 5 ש"ח ("עלות משתנה") ניתן לחשב את השינוי ברווח שיפיק בית הקפה כתוצאה מהשינוי ברכישת הקפה על ידי הלקוחות: במחיר של 10 ש"ח לכוס נמכרות 100 כוסות, ולכן הרווח (לפני הוצאות קבועות) הוא המכפלה של 100 כוסות ב-5 ש"ח (המחיר של 10 ש"ח פחות העלות המשתנה של 5 ש"ח), דהיינו 500 ש"ח; לעומת זאת אם יעלה המחיר ל-12.5 ש"ח לכוס, הרווח יסתכם במכפלה של 50 כוסות ב-7.5 ש"ח, דהיינו 375 ש"ח. ניתן לראות כי בדוגמה זו ירוויח בית הקפה יותר אם מחירה של כוס קפה יעמוד על סך של 10 ש"ח ולכן הוא ימנע מהעלאת המחירים ל-12.5 ש"ח לכוס.

כעת, ניתן להציג לצד עקומת הביקוש העומדת בפני בית הקפה גם את עקומת הביקוש הכוללת לקפה באותה שכונה, המתוארת בתרשים 2.

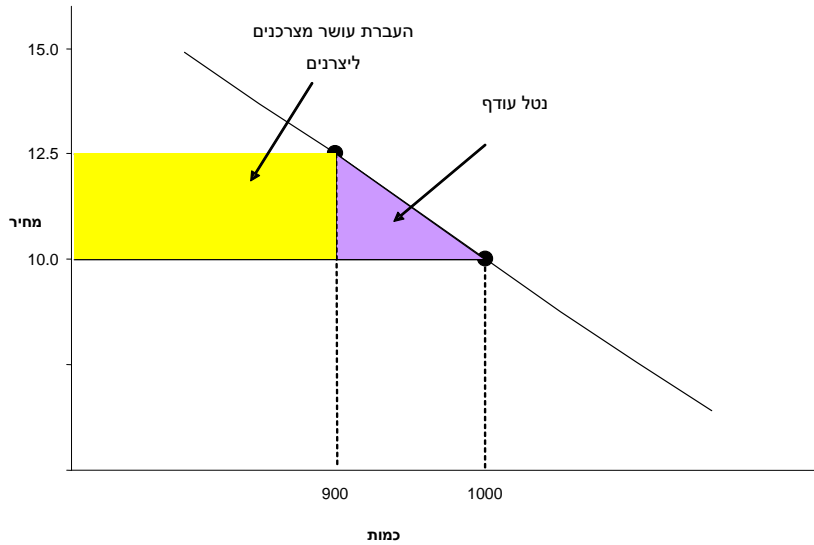
**תרשים 2: עקומת הביקוש לשירותי בית הקפה ועקומת הביקוש של השוק**



מתרשים 2 ניתן לראות שכאשר כל בתי הקפה בשכונה גובים מחיר של 10 ש"ח לכוס, הם מוכרים יחדיו 1,000 כוסות (נקודה B). כאשר כל בתי הקפה יגבו מחיר של 12.5 ש"ח, הם ימכרו ביחד 900 כוסות (נקודה A). אותם 100 לקוחות שיפסיקו לרכוש קפה בעקבות עליית המחיר לא יפנו לבתי קפה אחרים בשכונה (שהרי כל בתי הקפה בשכונה העלו את המחיר), וסביר כי הם יפסיקו לרכוש קפה מחוץ לבית או שיצמצמו את כמות הרכישות (תחת ההנחה כי שאר בתי הקפה הפזורים ביתר השכונות אינם מהווים תחליף לתושבי השכונה לקפה השכונתי). זו הסיבה לכך שכאשר השוק כולו מעלה את המחיר, קטנה הכמות המבוקשת ב-10% בלבד; ואילו כאשר בית קפה מסוים לבדו מעלה מחיר קטנה הכמות המבוקשת באותו בית קפה ב-50%.

כאשר המחיר (הזהה לכלל בתי הקפה בשכונה) הוא 10 ש"ח הרווח הכולל של בתי הקפה בשכונה הוא 5,000 ש"ח (1,000 כוסות כפול רווח של 5 ש"ח לכוס). לעומת זאת אם המחיר יעלה ל-12.5 ש"ח הרווח הכולל של בתי הקפה יהיה 6,750 ש"ח (900 כוסות כפול 7.5 ש"ח לכוס). כלומר, אם בתי הקפה יקבלו החלטה משותפת לגבות מחיר זהה עבור הקפה הנמכר בשכונה, ישתלם להם לקבוע מחיר של 12.5 ש"ח לכוס. כזכור, כאשר בית קפה מסוים נדרש להחליט לבדו מהו מחיר הקפה, בהתעלם מתגובת יתר בתי הקפה בשכונה, הוא יבחר לקבוע מחיר של 10 ש"ח לכוס.

את הנזק לציבור כתוצאה מפעילותם המתואמת של בעלי בתי הקפה ניתן להציג באמצעות התרשים הבא:



את הנזק לציבור כתוצאה מההחלטה המשותפת של בתי הקפה על המחיר ניתן לחלק לשני חלקים: ראשית, הנזק שנגרם לחברה כתוצאה מהירידה בצריכה של כוסות קפה מ-1,000 כוסות קפה ל-900 כוסות בלבד מתואר במשולש שבתרשים לעיל. נזק זה מכונה ה"נטל העודף" ("deadweightloss") והוא הנזק שנגרם לאותם 100 צרכנים שלולא העלאת המחיר היו נהנים מצריכת כוס קפה בבית הקפה (בדוגמה זו ניתן לכמתו בסך של 125 ש"ח); שנית, הנזק שנגרם לצרכנים שממשיכים לרכוש קפה, אך במחיר גבוה יותר, המתואר במלבן שבתרשים. כתוצאה מכך נגרמת העברת עושר מהצרכנים לבתי הקפה בהשוואה למחיר התחרותי (בדוגמה זו הוא שווה ל-2,250 ש"ח).

דוגמה זו מבהירה את הכלל הבסיסי שלפיו, ככלל, בשוק תחרותי המחירים נמוכים יותר והתפוקה גדולה יותר מבשוק הנשלט על ידי יצרן יחיד (מונופול). התוצאה התחרותית היא התוצאה היעילה ואילו תוצאת המונופול מביאה לפגיעה בצרכנים, לפגיעה ביעילות הכלכלית ולפגיעה ברווחה הכוללת. תוצאה זו נובעת מכך שבשוק תחרותי, הפחתת התפוקה גורמת לעלייה במחיר ולהגדלת הרווח הכולל של כל הפירמות (כמו בדוגמה לעיל). אלא שבהיעדר תיאום, כל פירמה בשוק תשקול מול ההפסד הנובע מהפחתת התפוקה שלה רק את הגידול ברווחיה שלה ותתעלם מה"תועלת" שתיגרם לשאר הפירמות בענף. ובקרטל, באופן הפוך – כלל הפירמות בענף מחליטות במשותף להגביל את תפוקתן על מנת להגדיל את סך רווחיהן. במילים אחרות, הקרטל מאפשר לפירמות העצמאיות בענף להפנים את ההשפעות החיצוניות (Externalities) שיש להפחתת התפוקה של כל אחת מהן על הרווחים של כולן. לא למותר לציין כי אף שדוגמת בית הקפה שהובאה עסקה רק

בהקטנת הכמות והעלאת המחיר כתוצאה מהסכם בין מתחרים, פגיעתו של ההסדר יכולה להיות גם באיכות המוצרים. כך למשל עלולים מתחרים להסכים כי איש לא ייצר מוצרים באיכות גבוהה יותר או ישקיע במחקר ופיתוח, על מנת שלא לערער את הסטטוס קוו הקיים. ייתכן כי הפגיעה באיכות היא החמורה מכולן.

לכן, הגרעין הקשה של הסדרים כובלים הפוגעים בתחרות הם הקרטלים, שאותם בראש ובראשונה מבקש חוק ההגבלים העסקיים למנוע. קרטלים כוללים, בין היתר, הסדרים בין מתחרים לקבוע מחירים, לתאם הצעות במכרזים, לקבוע מכסות תפוקה, להגביל תפוקה, לשתף או לחלק שווקים על ידי הקצאת צרכנים, ספקים, טריטוריות או סוג פעילויות עסקיות, ללא יתרונות מאזנים. הסדרים אלו מכונים גם בשם הסדרים בעלי "כבילות עירומות", הואיל ולא ניתן להצדיקם בשיקולים עסקיים לגיטימיים או בתועלות כלשהן, זולת הרצון להשיא רווחים תוך פגיעה בתחרות החופשית. כאמור, הסדרים מסוג קרטל חמורים במיוחד ורמת הענישה בגינם היא הגבוהה ביותר מקרב העבירות ההגבליות.

אולם אפילו אם נתעלם מהעובדה שלקייחת חלק בקרטל אינה חוקית, יש לכל אחד מהחברים כשלעצמו בקרטל תמריץ ל"רמות" ולסטות מהסכמות הקרטל גם בהתעלם מהחשש מענישה פלילית. אם נשוב לדוגמת בתי הקפה בשכונה, הרי שלאחר העלאת המחירים המתואמת, ישתלם לכל אחד מבתי הקפה להוריד במעט את המחיר ולהגדיל בכך באופן משמעותי את מכירותיו ורווחיו. כל זאת כמובן בתנאי שרק אותו בית קפה נוהג כך ואילו שאר בתי הקפה ממשיכים לנהוג על פי המחיר המוסכם. תמריץ זה יוביל לכך שכל בית קפה הסבור כי הוא מסוגל להוריד מחיר בחשאי מבלי שמתחריו/שותפיו יגלו זאת, יעשה כן. לפירמות בשוק יש תמריץ ליצור קרטל, אך בד בבד גם לסטות מהסכמה ו"לרמות" את שותפיהן. במידה ורבים מחברי הקרטל יסטו מההסכמות סופו של הקרטל להתפרק. מכאן, שהאויב הגדול ביותר של הקרטל אינן בהכרח רשויות האכיפה כי אם הצדדים לו. קרטל אשר אינו מסוגל לעקוב אחרי התנהגות חבריו ו"להעניש" אותם על סטייה מהמחיר המוסכם נדון אפוא לכישלון.

כאמור, לפירמות החברות בקרטל יש תמריץ לסטות בסתר מהסכמות התיאום ול"רמות" את שותפותיהן לקרטל. הניסיון האמפירי מראה שישנם קרטלים ששרדו לאורך זמן ממושך,<sup>11</sup> לעומת קרטלים שהתפרקו מיד לאחר היווצרותם.<sup>12</sup> כישלוננו של קרטל לאחר זמן רב עשוי לנבוע משינויים בביקושים, מהופעת תחליפים למוצרי הקרטל, מכניסת מתחרים לשוק שלא חוברים לקרטל ומעוד סיבות. כישלוננו המידי של קרטל עשוי לנבוע מתנאי שוק המקשים על התיאום בין חבריו.

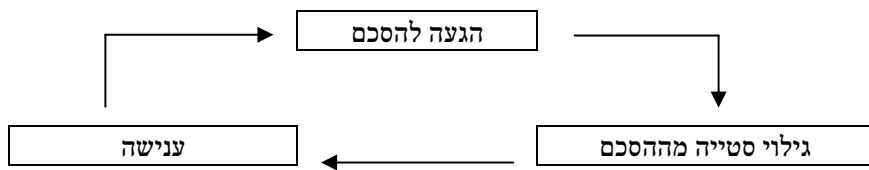
11 דוגמה מקומית לכך הוא קרטל יצרני המרצפות שהתקיים בישראל במשך 14 שנים, להלן הערה 42.

12 M.C. Levenstein, V.Y. Suslow "What Determines Cartel Success" *J. Econ. Literature* 44 (2006).



הכלכלן, חתן פרס הנובל, ג'ורג' סטיגלר<sup>13</sup> חיפש את הגורם המונע מפירמות מלתאם, ומצא שהגורם העיקרי הוא עלות המידע וההגעה להסכם, שכן על הגופים הפועלים בשוק להיות מודעים היטב לפעולות מתחריהם על מנת שהתיאום יצלח. הבנה זו הובילה לזיהוי שלושת השלבים המחזוריים הנדרשים על מנת שפירמות בשוק יתאמו בהצלחה את פעולותיהם: (1) הגעה לתנאי התיאום (במפורש או במרומז) בין הפירמות בשוק; (2) יכולת זיהוי של סטיית מתחרים מההתנהגות המוסכמת; (3) יכולת הענשה של המתחרים בגין סטייה מההתנהגות המתואמת,<sup>14</sup> כפי שמודגם בדיאגרמה מס' 1.

**דיאגרמה 1: שלושת השלבים המחזוריים של התנהגות מתואמת**



התנאי הראשון<sup>15</sup> מחייב כי החברות יסכימו על רמת המחירים ועל יתר התנאים העסקיים למכירה, שכן אחרת תתכן שונות במחיר, בתנאי האספקה וכדומה, אשר עלולים לגרום לתחרות בשוק. על מנת שתנאי זה יתמלא, יש להבטיח כי כל אחד מהמתחרים ייחנה מן ההסדר, שאם לא כן הוא לא ייתן הסכמתו לו מלכתחילה. למשל, קביעת מכסת הכמויות שאותן ייצרו היצרנים המשתתפים בהסדר תיעשה לרוב ביחס ישר לנתח השוק המוחזק על ידם בטרם ההסכמה, שכן אחרת עלול יצרן שנתח השוק שלו תחת תנאי ההסדר קטן מנתחו טרם ההסדר, שלא להסכים להגביל את תפוקתו.<sup>16</sup> לא למותר להדגיש כי ההתנהגות המתואמת איננה מחייבת התנהגות זהה. כך למשל ייתכן כי החברות יסכימו ביניהן כי כל אחת תייצר כמות שונה מהמוצר או מוצר שונה במקצת. אין בכך כדי לפגוע בקיומו של הסדר, אף שייתכן שיהא בעובדה זו כדי להקשות על הוכחתו ואכיפתו.

שני התנאים הנוספים מטרתם להבטיח כי לכל חברה יהיה תמריץ חזק שלא לסטות מההסכמה האמורה. בשל העובדה שגם בהיותה שותפה בקרטל כל חברה עדיין מפעילה שיקול דעת עצמאי, יש צורך כי הסטטוס קוו ימקסם את רווחיה בכל רגע נתון, בהשוואה

13 G.J. Stigler "A Theory of Oligopoly" 44 *J. Pol. Econ.* (1964) 72

14 שם.

15 שתי הפסקאות הבאות לקוחות מתוך מ' (שיצר) גל "מהו הסדר? קו התפר בין תאום והתאמה בחוק ההגבלים העסקיים" עיוני משפט כט (תשס"ו) 591.

16 אלא אם רווחיו תחת האסטרטגיה החדשה גבוהים יותר, כיוון שמחיר כל מוצר גבוה יותר או כיוון שיתר חברי הקרטל משלמים לו פיצויים עבור הקטנת רווחיו תמורת הגדל הרווח הכולל של חברי הקרטל.

למצבים אפשריים אחרים בתנאי השוק הקיימים. הקרטל יוצר שיווי משקל לא יציב אינהרנטית, שכן כל חברה שוקלת בכל רגע נתון את העובדה כי אם תסטה מהסטטוס קוו ותוריד מחירים, ולו במעט, יגדל נתח השוק שלה על חשבון מתחרותיה. זאת, כיוון שאם אין הבדל משמעותי בין המוצרים בעיני הצרכנים, גם הבדל קטן במחיר יגרום להם לעבור ולרכוש את המוצר הזול יותר. על כן חיוני ונחוץ שיהיו לקרטל מערכי מעקב ופקוח על חבריו, וכי סטייה מההסכמה תלווה בענישה אשר תוריד את רווחיה של החברה אל מתחת לרווחים שהייתה גורפת אילולא הייתה סוטה מההסדר. ניתוח תמריצה של חברה לסטות מהסטטוס קוו הוא דינמי וארוך טווח. בהתאם לכך, כל חברה תשקול לא רק את התוצאה המידית של חיתוך מחיר, דהיינו גידול בכמות הלקוחות, כי אם גם את התנהגותם הצפויה של מתחריה ואת הקטנת רווחיה כתוצאה מתגובה זו. נניח למשל כי העונש על גילוי סטייה מהקרטל הוא מלחמת מחירים. בעוד שמלחמת מחירים עשויה להפחית את הכדאיות שבסטייה מהקרטל, תוצאה זו מותנית במשכה ובאמינותה. ראשית, על שאר החברות להיות בעלות יכולת להגדלת כושר הייצור שלהן באופן מידי על מנת להגדיל את הכמות בשוק ובדרך זו להוריד את מחיריהן. שנית, אסטרטגיה זו אמינה רק אם כדאי לשאר החברות לפתוח במלחמת מחירים מאשר פשוט לאפשר לחברה הסוטה להמשיך ולייצר יותר.<sup>17</sup> ישנן אסטרטגיות שונות שחברות עשויות לאמץ על מנת להגביר את אמינות ההענשה. כך למשל הן עשויות לכלול בחוזהן התחייבות לדרוש את המחיר הנמוך ביותר הקיים בשוק ובדרך זו להתחייב, בעצם, להענשת מתחרה אשר יסטה מהמחיר המוסכם. בבסיס פעולות אלו עומד פרדוקס: כל פעולה אשר תאפשר לחברה או תחייבה במצבים מסוימים לפעול באופן יותר תחרותי, עשויה למעשה לחזק את ההתנהגות המתואמת או המותאמת על ידי יצירת אמינות גבוהה יותר להענשה של הסוטה.

על מנת ששלושת השלבים של סטיגלר התומכים בתיאום יוכלו להתקיים, יש צורך בקיומם של כמה תנאים בשוק. ככל שרבים מאותם תנאים מתקיימים, כך יהיה השוק יותר מועד לתיאום (וגם להתאמה אוליגופוליסטית). להלן יפורטו כמה מהתנאים הרלוונטיים והשכיחים להקלה על תיאום:<sup>18</sup>

1. הומוגניות של הפירמות והמוצרים מקלה על תיאום – אסימטריה במבנה העלויות של המתחרים או שונות באיכות המוצרים מקשים על התאמה אוליגופוליסטית. בשוק כזה קשה יותר "להעניש" ולמנוע מהמתחרים בעלי מבנה העלויות הנמוך מלסטות

J.B. Baker "Two Sherman Act Section 1 Dilemmas: Parallel Pricing, the Oligopoly Problem, and Contemporary Economic Theory" 38 *Antitrust Bull.* (1993) 143 17

M. Ivaldi, B. Jullien, P. Rey, P. Seabright, J. Tirole "The Economics of Tacit Collusion" *Final Report for DG Competition, EC* (2003) [http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/review/the\\_economics\\_of\\_tacit\\_collusion\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/review/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf); חלק מהתנאים האמורים הוזכרו גם בפסק דינו של בית הדין בעניין ערר 1/00 פוד קלאב בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פורסם בנבו, פס' 131 לפסק הדין. 18

- מההסכמות, שכן הענישה תידרש להיות חמורה דיה על מנת לקזז את רווחיהם מהסטייה. שנית, הומוגניות במוצרים מקלה על זיהוי סטייה ממחירי הקרטל.
2. ככל שמספר המתחרים בשוק קטן יותר, התיאום קל יותר – תוצאה אינטואיטיבית וברורה, שהיא למעשה התוצאה היחידה שאושרה גם במחקרים אמפיריים.<sup>19</sup>
3. חסמי כניסה משמעותיים מגבירים את החשש מפני תיאום – בהיעדר חסמי כניסה משמעותיים, הרווחים העל-תחרותיים של המתחרים יתמרצו מתחרים חדשים להיכנס לשוק. כניסת מתחרים נוספים תוביל לשחיקה ברווחיות הקרטל.
4. שקיפות העסקאות בשוק מקלה על התיאום – ככל שזיהוי סטייה מתנאי ההתאמה יהיה מהיר יותר, הענישה עשויה להיות אפקטיבית יותר. לכן, שקיפות בשוק המאפשרת למתחרים להשיג מידע, תוך פרק זמן קצר, בנוגע למחירים ולכמויות שנוקבים מתחריהם בעסקאות קונקרטיות, תזרו את זיהוי הסטייה מהסכמות הקרטל ותקל עליו.
5. מחזורי עסקים ושונות גבוהה בביקוש מקשים על תיאום – כאשר הביקוש יציב על פני זמן, מתחרה שמגלה שמכירותיו קטנו באופן משמעותי יוכל לייחס עובדה זו לסטייה של המתחרים מהסכמות הקרטל בשוק. לעומת זאת כאשר הביקוש אינו יציב, לא יוכל המתחרה לדעת בבירור אם הירידה במכירותיו היא תוצאה של סטייה או של שינוי בביקוש הצרכני ויכולת איתור הסטייה והענישה עליה תהיה קטנה יותר.
6. בשוק בנסיגה ("Declining Market") ההתאמה האוליגופוליסטית קשה יותר – קיימים שווקים, ובפרט שווקים מסורתיים, שקיימת ירידה משמעותית בביקוש למוצריהם או לשירותיהם. בשווקים שכאלה המתחרים ייתנו משקל גדול יותר לרווחים המידיים מאשר להפסדים העתידיים. מאחר והבסיס ליציבות הקרטל הוא הציפייה לרווחים העתידיים והחשש מפני ענישה בעתיד, יהיה קשה יותר בשווקים כאלה לקיים התאמה כאמור.
7. הזמנות קטנות וחוזרות מסייעות לתיאום – כאשר השוק מאופיין במספר גדול של עסקאות שכיחות וחוזרות קל יותר למתחרים להעניש על סטייה. לעומת זאת כאשר השוק מאופיין בעסקאות גדולות המתרחשות לעתים רחוקות יהיה קשה יותר להעניש בגינה.
8. עודף כושר ייצור בידי פירמות מובילות מקל על תיאום – עודף כושר הייצור יאפשר לפירמות להגדיל את הכמות המיוצרת על ידם בתוך תקופת זמן קצרה. יכולת זו מאפשרת לפתוח ב"מלחמת מחירים" ולהעניש את מי שסוטה מהקרטל באופן משמעותי, ולכן היא יוצרת תמריץ חזק יותר שלא לסטות מההסכמה.
9. פעילות במספר שווקים במקביל (שווקים מרובים – *Multi Market Contact*) מקלה על תיאום – כאשר אותן פירמות פועלות במקביל בכמה שווקים, יכול מתחרה לבחור לקיים את הענישה בשוק או בשווקים בהם היא תכאיב ביותר למתחרה שסטה מתנאי הקרטל.

19 ראו Levenstein &amp; Suslow, לעיל הערה 12.

לסיכום חלק זה, הסדרים עירומים בין מתחרים הם בעלי השפעות שליליות רבות על הרווחה החברתית. לא בכדי הם אסורים במרבית מדינות העולם. בה בעת, על מנת שהם יתקיימו, יש צורך בקיום שלושה תנאים בסיסיים המושפעים בחלקם מתנאי השוק. בכלכלה קטנה דוגמת ישראל שכיחות התנאים הללו הינה גבוהה יחסית, ולכן חשוב ביותר להשקיע את המשאבים הנדרשים על מנת לאכוף באופן אופטימלי את הוראות החוק.<sup>20</sup> נעבור עתה לבחינת הוראות החוק על רקע מטרותיו.

## ג. הסדר כובל – כללי

### 1. מבנה החוק

הוראות חוק ההגבלים העסקיים המסדירות את הדין המהותי החל על הסדרים כובלים כלולות בפרק ב לחוק. עיקרו של הפרק הוא האיסור על עריכת הסדר כובל, הכלול בסעיף 4 לחוק, הקובע כדלקמן:

“לא יהיה אדם צד להסדר כובל, כולו או מקצתו, אלא אם כן קיבל מאת בית הדין אישור לפי סעיף 9 או היתר זמני לפי סעיף 13 או פטור לפי סעיף 14, או שכל הכבילות שבהסדר פטורות בהתאם לפטור סוג שנקבע לפי סעיף 15א; היו האישור, ההיתר הזמני, הפטור או פטור הסוג מותנים – לא יהיה להם תוקף, אלא אם כן נתמלאו תנאיהם”.

הפרת הוראה זו מהווה עבירה פלילית, שדינה עונשי מאסר וקנס.<sup>21</sup> בנוסף, הנפגע מהסדר כובל רשאי להגיש תביעה נזיקית בגין הנזקים שנגרמו לו.<sup>22</sup> חוק ההגבלים העסקיים כולל גם מנגנון המאפשר הגשת תובענה ייצוגית בשמם של כלל הנפגעים כתוצאה מעריכת הסדר כובל.<sup>23</sup> בנוסף, בהתאם לפסיקתו של בית המשפט המחוזי, חברה ציבורית שהייתה צד להסדר כובל ולא הודיעה על כך למשקיעיה עוברת גם על הוראות חוק ניירות ערך<sup>24</sup>

20 ראו Gal, לעיל הערה 1, בפרקים 1 ו-5.

21 ס' 27 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, ס"ח 128 (להלן: חוק ההגבלים העסקיים).

22 שם, ס' 50.

23 שם, ס' 46. להרחבה ראו א' ישראלי "כוחו של השוק: על התביעה הייצוגית מכוח חוק ההגבלים העסקיים" משפטים 131 (תשס"ז) 131.

24 ס' 36 לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968, ס"ח 541.

וצפויה לעונשים הקבועים בו.<sup>25</sup> לבסוף, המתקשרים צפויים להכרות ההסדר – כולו או חלקו – כבטל בשל אי-חוקיותו בהתאם להוראות סעיף 30 לחוק החוזים.<sup>26</sup>  
הסדר כובל מוגדר בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, כדלקמן:

2. (א) הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפי אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר.

(ב) מבלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף קטן (א) יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת לאחד העניינים הבאים:

(1) המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם;

(2) הריווח שיופק;

(3) חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או

סוג האנשים שעמם יעסקו;

(4) כמות הנכסים או השירותים בעסק, איכותם או סוגם.”

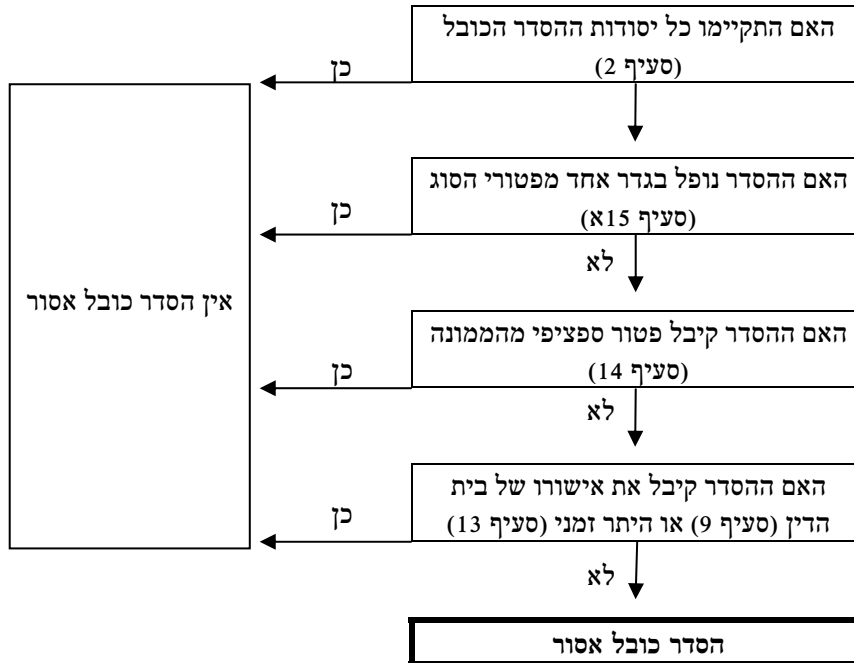
כפי שיפורט להלן, ההגדרה מבחינה בין שני סוגי הסדרים. סעיף 2(א) מהווה הוראה כללית, הוראת סל, החלה על כל סוגי ההסדרים הכובלים. הדגש בסעיף זה הוא הפגיעה הפוטנציאלית של ההסדר בתחרות. סעיף 2(ב) חל רק על סוג מסוים של הסדרים, הכוללים כבילות המנויות בסעיף. במקרים הנופלים בגדרו, יראו את ההסדר כפוגע בתחרות. בכל יתר המקרים, יש צורך להוכיח פוטנציאל לפגיעה בתחרות על מנת שההסדר יוגדר כהסדר כובל. במקביל לאיסור הרחב על עריכת הסדרים כובלים, אימץ המחוקק הישראלי מנגנון לאישור אותם הסדרים אשר יתרונותיהם לטובת הציבור עולים על פגיעתם בתחרות. מנגנון זה מחייב את אישורם של הסדרים כאמור בפני בית הדין להגבלים עסקיים. לבית הדין נתונה הסמכות לאשר את ההסדר, כולו או חלקו, ולהתנותו בתנאים, אם הוא לטובת הציבור.<sup>27</sup> כן נתונה לממונה על ההגבלים העסקיים סמכות לפטור מאישור בית הדין הסדרים בהם הפגיעה בתחרות איננה משמעותית. מכוח סמכות זו, ועל מנת למנוע את הצפת רשות ההגבלים בבקשות למתן פטור להסדרים אשר פגיעתם בתחרות זניחה, פורסמו מספר כללי פטור-סוג, אשר כשמשם כן הם, חלים הם על סוגים מסוימים של הסדרים ופוטרים אותם באופן אוטומטי מתחולת האיסור ההגבלי. תרשים 1 מייצג באופן גרפי את האיסור על עריכת הסדר כובל.

25 ת"פ (י-ם) 1274/00 מדינת ישראל נ' ישראל מנדלסון, הספקה טכנית והנדסית, פורסם בנבו (החלטת ביניים מיום 23.4.02).

26 ס' 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118 (להלן: חוק החוזים).

27 ס' 9 לחוק ההגבלים העסקיים.

**תרשים זרימה 1: תרשים זרימה של האיסור על עריכת הסדר כובל**



נציין כבר עתה כי מנגנון זה, המחייב מתן אישור או פטור לכל הסדר כובל אשר פגיעתו בתחרות איננה זניחה או אשר כבילתו נופלת תחת החזקות החלוטות לפגיעה בתחרות הקבועות בחוק, הוא אחד השאירים היחידים לשיטת הסדרה זו בעולם. מרבית המדינות אשר שיטת הסדרה דומה אומצה על ידיהם בעבר, דוגמת אנגליה והקהילה האירופית, ביטלו אותה בשל הנטל הכבד שהיא מטילה על הצדדים להסדר כובל להכשירו, גם אם הוא עולה בקנה אחד עם מטרת החוק. כפי שיפורט בהרחבה להלן, שינוי שיטת ההסדרה ואימוץ שיטה הכוללת איסור כללי של כל הסדר כובל הפוגע ברווחת הציבור בלא לחייב הסדרים כובלים רבים לעמוד מראש לביקורת הממונה או בית הדין, עשויה לייעל באופן משמעותי את מנגנון האיסור ההגבלי. ההצעה לתיקון החוק מותירה בעינה שיטת הסדרה זו, ובכך חולשתה.

**2. התנאים לקיומו של הסדר כובל לפי סעיף 2(א)**

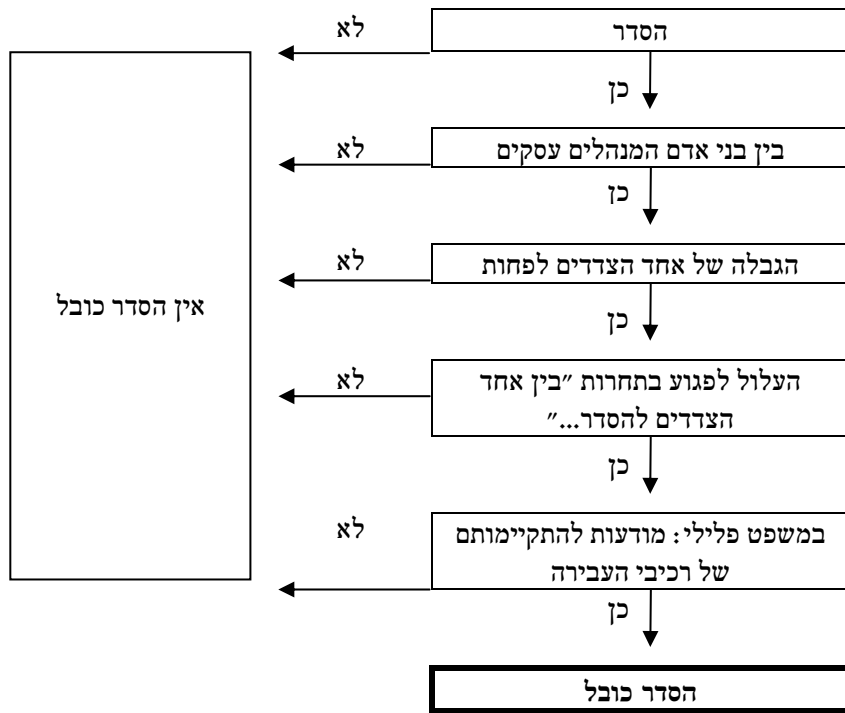
סעיף 2(א) כולל מספר תנאים מצטברים: (1) הסדר; (2) בין בני אדם המנהלים עסקים; (3) הגבלה של אחד הצדדים לפחות; (4) באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות

בעסקים. ארבעת תנאים אלו נלמדים מלשון הסעיף. במשפט פלילי יש צורך להוכיח גם יסוד חמישי, שעניינו היסוד הנפשי בכצוע העבירה. בהתאם להצעה לתיקון החוק יוגדר "הסדר כובל" באופן הבא:

"הסדר כובל הוא הסדר בין בני אדם המנהלים עסקים, העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים".

ההגדרה המוצעת משמיטה מההגדרה הקיימת שני יסודות. ראשית, הושמטה הדרישה להגבלה של אחד הצדדים לפחות. שנית, הושמטה הסיפא של התנאי להפחתה בתחרות בעסקים, המחייבת פגיעה בתחרות בין צדדים מסוימים להסדר. כפי שפורט להלן, השינוי המוצע מהווה דין רצוי בהשמיטו מהנוסח הקיים את אותם מרכיבים אשר הכבידו על החלתו, בלא ששירתו את מטרת החוק.

**תרשים זרימה 2: תרשים זרימה של הגדרת הסדר כובל**



נעבור עתה על יסודות ההסדר הכובל כסדרם.

### 3. "הסדר" 28

#### (א) מהו הסדר?

הנדבך הראשון בהגדרתו של הסדר כובל מחייב קיומו של "הסדר". יסוד ההסדר הוא הרכיב ההתנהגותי-עובדתי של האיסור על עריכת הסדר כובל. מתן מענה לשאלה מה מהווה הסדר לצורך חוק ההגבלים העסקיים הוא משימה לא פשוטה, המחייבת הבנה של תנאי השוק. אין חולק כי לקיומו של הסדר נדרשת מידה מסוימת של הסכמה, וכי נדרשים לו לפחות שני צדדים, אולם עדיין נשאלת השאלה מהי אותה רמה של הסכמה הנדרשת לשם קיומו. כך למשל האם העלאת מחיר של חברה שבאה כתגובה להעלאת מחיר של מתחרה מהווה הסדר, אם הראשונה יכולה להניח ברמה גבוהה של סבירות כי השנייה תחריח-תחזיק אחריה ותשנה את מחירה?

חוק ההגבלים העסקיים אינו כולל הגדרה ממצה למונח הסדר. עם זאת סעיף 1 לחוק קובע כי הסדר יכול שיהיה "בין במפורש ובין מכללא, בין בכתב ובין בעל פה או בהתנהגות, בין אם הוא מחייב על פי דין ובין אם לאו". מהגדרה זו משתמע כי המחוקק התכוון להעניק פרשנות מרחיבה ככל שניתן למונח הסדר, בכדי ללכוד ברשת את כל הדרכים האפשריות שבהן ניתן ליצור הסדרים כובלים. עם חלוף הזמן והגברת יעילותם של מנגנוני האכיפה, גופים עסקיים מאמצים דרכים מתוחכמות יותר ויותר ליצירת הסדר, תוך ניסיון לחמוק מההגדרות בחוק. פרשנות רחבה ודינמית למונח הסדר היא אפוא הכרחית על מנת שגורמי האכיפה יוכלו להתמודד כראוי עם ניסיונות התחמקות אלה. כדבריו של הנשיא זילר בפסק דין קיסין, שצוטטו בהסכמה בידי השופט חשין בדנ"א טבעול:<sup>29</sup>

"המחוקק נאלץ להשתמש להשתמש בהגדרות רחבות מאוד בחוק. הוא רצה להבטיח לעצמו את 'לכידת' כל הווריאציות והאפשרויות הלא-רצויות, והכמעט אין-סופיות, הקיימות בעשיית הסדרים ובניהול עסקים. ניסיון החיים מורה כי כל סדק בחוק מנוצל על ידי מעוניינים כדי להתחמק מהוראותיו. החוק קא עסקינן נועד 'לדכא', בין השאר, עוצמות כלכליות גדולות, והניסיון למצוא דרכים איך 'לחלחל' חוצה מהמעטה שהחוק עטף בו את הוראותיו, חזק לכן שבעתיים, והוא צפוי מראש".

28 להרחבה בשאלה זו ראו גל, לעיל הערה 15.  
29 דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, פס' 28 לפסק דינו של השופט חשין.



הסדר כובל יכול להשתכלל במפורש, אך גם במשתמע. כאמור, לא הדרך שבה מגיעים להסדר היא העיקר, אלא העיקר הוא קיומו של הסדר שהושג בדרך כלשהי.<sup>30</sup> ישנן דרכים רבות שבהן צדדים יכולים לאותת זה לזה על הסכמתם להצטרף להסדר. עמד על כך השופט זיילר באמירתו המפורסמת בפסק דין קיסין:<sup>31</sup>

“המילה הסדר כוללת כל דרך מתואמת שמגמתה השלטת הסדר כובל. אין זה מעניינו של החוק אם הושג בדרכי קונספירציה, או בדרכי הסדר, או באמצעות צד ג או על ידי קריצת עין, או על ידי צחוק של הבנה, או על ידי מתאם שהוא זר להסדר, או על ידי דברים שנאמרו למאן דהוא שאינו שייך לענין, כדי שהדברים יישמעו על ידי מי ששייך לענין, או בכל דרך אחרת... החוק דובר אל קוראיו כך: כל דרך שתנקטו אותה ושיש בה, או שהיא מובילה, לתיאום המוביל להסדר כובל, הוא ה'הסדר' הכתוב בחוק”.

ברור אפוא כי לשם קיומו של הסדר כובל אין הכרח בקיום מסמך חתום בכתב וגם אין צורך בתקשורת מילולית מפורשת.<sup>32</sup> הסדר יכול שיווצר על ידי כל דרך המהווה שפה משותפת בין הצדדים, בין על סמך הבנות מוסכמות ובין בדרך של התנהגות. די בקיום הבנה וציפייה שמקורן ב"אווירה של נעשה ונשמע" לשם יצירת הסדר.<sup>33</sup> זאת ועוד: לשם קיומו של הסדר אין צורך כי הצדדים כלל ייפגשו זה עם זה. בהתאם לכך, הסדרים כובלים עשויים להיווצר גם במקום שבו הצדדים פועלים באמצעות גורם שלישי מתאם או מתווך.<sup>34</sup> כך למשל יצרני המרצפות מינו מתאם לקרטל על מנת שישמור על רמת מחירים אחידה ויעקוב אחר הכמויות שכל יצרן מכר דרכו.<sup>35</sup> נציין כי גורם שלישי יכול לתווך גם ללא ידיעתו ואף ללא הסכמתו. כך למשל ייתכן כי הגורם המתווך הוא כלי תקשורת, אשר הצדדים להסדר מנצלים את שירותיו כלל ללא ידיעתו ושולחים זה לזה דרכו מסרים מוסכמים.<sup>36</sup>

ש.ם 30

ת"א (י"ם) 396/87 קיסין נ' פטרולגז חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ, פורסם בנבו. 31

ראו עניין מצרפלט, לעיל הערה 5. 32

ת"פ (י"ם) 417/97 מדינת ישראל נ' הפניקס חברה לביטוח, פורסם בנבו (החלטה מיום 18.12.01) (להלן: ת"פ הפניקס). 33

ש.ם 34

עניין קרטל המרצפות, להלן הערה 42; הממונה על ההגבלים העסקיים הסדרים כובלים בין יצרני אריזות מקרטון גלי – קביעה בדבר הסדר כובל פרסום 3001361 (1995), הערה 19. 35

כך למשל רשתות השיווק הטילו קנסות על ספקי המזון במקום שבו נתגלו הפרשים במחיר המוצר בין הרשתות. פרקטיקה זו הובילה את הספקים לשמש כמתאמי מחירים בין הרשתות, מחשש כי יוטלו עליהם קנסות נוספים; ראו הממונה על ההגבלים העסקיים עמדת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין הסדרי סחר בין ספקים ורשתות קמעונאיות פרסום 5000007 (2005). 36

כאמור, לא הדרך שבה משתכלל ההסדר היא העיקר לצורך תחולת סעיף 2 לחוק ההגבלים. עם זאת לדרך שבה משתכלל ההסדר קיימת חשיבות במישור הראייתי, שכן ככל שניתן להצביע על ראיות ברורות יותר לקיומו של הסדר, כך יקל על המבקש להוכיחו.<sup>37</sup> אולם לא בכל המקרים יש צורך בקיומן של ראיות ישירות על מנת להוכיח קיומו של הסדר. דרישה זו הייתה מעמיסה קשיים רבים מדי על ראיות האכיפה, בפרט כאשר מדובר במעוללים מתוחכמים. קיימים מקרים שבהם ניתן להוכיח קיומו של הסדר על סמך ראיות נסיבתיות של פעולה מקבילה, אשר אין לה רציונל עסקי אחר זולת הסדר מקדים בין החברות. כך למשל בפסק דין הפניקס קבע בית המשפט כי הפצה סימולטנית של תעריפים זהים כמעט לחלוטין בידי כל החברות השונות וכן מתן הוראה זהה מטעמן בדבר מועד כניסת התעריפים החדשים לפועל, לא הייתה יכולה להיות מקרית, בהיעדר אירוע חיצוני להעלאת התעריפים בשיעורים זהים ובתאריך דומה, והיא מצביעה על קיומו של הסדר בין החברות.<sup>38</sup>

מלשוננו של סעיף 1 לחוק ומטרתו עולים כמה כללים משפטיים נוספים.<sup>39</sup> ראשית, הסדר יכול להתקיים בין כל שני גופים עסקיים או יותר, ואין צורך שהם יתחרו זה בזה ויפעלו באותו שוק.<sup>40</sup> שנית, הסדר איננו כולל פעולה חד-צדדית של אחד הצדדים הפועלים בשוק. פעולות מסוג זה עשויות להיות מוסדרות בהתאם לפרק המונופולין בחוק ההגבלים, אם מי שמבצען הוא בעל מעמד מונופוליסטי בשוק הרלוונטי.<sup>41</sup> שלישית, גם אם השתכלל הסדר, אין חובה כי הוא יהיה מחייב משפטית. לכלל זה היגיון רב שכן דרישה הפוכה הייתה מקהה משמעותית את שינוי של החוק. רביעית, הסדר משתכלל בעצם ההסכמה על תנאיו. בדומה לעבירת הקשר, ברגע שהושגה הסכמה באים יסודות ההסדר על סיפוקם ואין צורך כי הצדדים יפעלו בהתאם לו.<sup>42</sup> יתירה מכך, אין בעובדה כי אחד הצדדים או יותר נסוגו מביצוע ההסדר הכובל לאחר מתן הסכמתם לו כדי להעלות או להוריד לעניין השלמת היסוד של עריכת הסדר. ניסיון להגיע להסכמה אשר לא צלח לא יגבש את יסודות ההסדר, אולם

37 ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (להלן: ע"פ הפניקס), בפס' 76 לפסק הדין: "...החשיבות הנוגעת לאופן הבעת ההסכמה איננה, אם כן, במישור המהותי אלא במישור הראייתי גרידא".

38 ת"פ הפניקס, לעיל הערה 33.

39 להרחבה ראו גל, לעיל הערה 15.

40 להלכה ברוח זו במשפט האירופי ראו החלטת בית הדין האירופי בעניין *Establisements Consten SA and Grundig-Verkaufs GMBH v. Commission* (1966) ECR 299, 399-40, CMLR 418, 469-71 (1966). ברוח זו פסקו גם בתי המשפט בישראל. ראו לדוגמה ע"פ 7495/02 שניידרמן נ' מדינת ישראל, פורסם בנבו.

41 פרק ד לחוק ההגבלים העסקיים.

42 ראו ע"פ 2929/02 מדינת ישראל נ' סבירסקי, פ"ד נו(3) 135, 142 (2003) (להלן: עניין קרטל המרצפות).

הוא עשוי לגבש את יסודותיה של עבירת הניסיון.<sup>43</sup> בהתאם לכך, גם המלצה על קו פעולה אשר מתחריו פועלים על פיו, ואשר איננו מחייב חוזית את הפועלים על פיו, יכול לעלות לכדי הסדר.<sup>44</sup> לבסוף, ההסדר אינו צריך להיות חוקי על מנת שייחשב כהסדר לצורך חוק ההגבלים. בעניין מצרפלוס העלה הנאשם את הטענה כי לא ניתן להרשיעו על בסיס הסכם שאין לו תוקף משפטי. בית המשפט העליון, מפי השופטת נאור, דחה טענה זו בקובעו כי "אכן, הסדר כובל בטל הוא, כאמור בהלכת טבעול. אולם מכך אין להסיק שלא ניתן להעמיד לדין ולהרשיע מי שהיה צד להסדר כובל. קבלת הטענה שהעלה הרץ תביא לריקון כל ההוראות הפליליות שבחוק ההגבלים העסקיים מתוכנן. בטלות ההסדר היא לגבי תוצאותיו האזרחיות, ולא לגבי הפליליות שבעשייתו".<sup>45</sup>

### (ב) מה בין הסדר לחוזה?

מה בין הסדר לבין חוזה? בהתאם ללשון החוק וההלכה הקיימת, אין כל הכרח כי הסדר, כמשמעותו בחוק ההגבלים העסקיים, יעלה עד לכדי חוזה כמשמעותו בחוק החוזים.<sup>46</sup> ניתן לטעון כי אילו ביקש המחוקק להחיל את דיני ההגבלים על חוזים כהגדרתם בחוק החוזים, היה בוחר להשתמש במונח חוזה גם בחוק ההגבלים. אכן, כמה בתי משפט סברו כי הבחירה במונח "הסדר" הייתה מכוונת, על מנת להרחיב את הגדרת ההסדר אל מעבר להגדרת חוזה בדיני החוזים.<sup>47</sup> עם זאת אין בעצם השימוש במונח אחר משום קביעה פוזיטיבית כי התנאים ליצירת חוזה אינם רלוונטיים לצורך יצירת הסדר, ונראה לנו כי יש לבחון לעניין זה כל תנאי לגופו. כן יש לבחון אם בהתאם לדיני החוזים המקובלים כיום אכן קיים הבדל משמעותי בין הסדר לבין חוזה.

הערכים והמטרות העומדים בבסיס דיני החוזים שונים בתכלית מהערכים והמטרות העומדים בבסיס דיני ההגבלים העסקיים. דיני החוזים נועדו בעיקרם לאפשר לצדדים לממש את חופש ההתקשרות שלהם ולוודא כי רצונם הוא שמשתקף בהוראות החוזה שעליו הם חתומים. מטרתם העיקרית של דיני החוזים היא אפוא לשמר את הביטחון המסחרי ולהעניק משקל לצורך המוסרי בקיום הבטחות.<sup>48</sup> לעומת זאת מטרתם העיקרית של דיני ההגבלים העסקיים היא להגן על התחרות בשוק. דיני ההגבלים העסקיים שמים פחות דגש, אם בכלל,

43 ע"פ 7399/95 נחושטן תעשיות מעליות בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 105 (1998).

44 ראו למשל הממונה על ההגבלים העסקיים האיגוד הישראלי לפרסום – קביעה בגין הסדר כובל פרסום 3003671 (1993). בהתאם לכך, גם אוסר החוק על קביעת קו פעולה על ידי איגוד עסקי (ס' 5 לחוק) ועל התאמה של פעילות לזו של הסדר כובל (ס' 6 לחוק).

45 עניין מצרפלוס, לעיל הערה 5, פסקה 14.

46 שם; עניין קיסין, לעיל הערה 31.

47 ת"פ הפניקס, לעיל הערה 33, בשער הראשון לפסק הדין, חלק שני, פס' 5; עניין קיסין, שם.

48 ג' שלו דיני חוזים – חלק כללי (תשס"ה), 16.

על חופש ההתקשרות של הצדדים, ועניינם הוא בעיקר בהגנה על הציבור הרחב, המעוניין בקיום התחרות חופשית בענפי המשק. בשל המטרות השונות העומדות בבסיס הדינים, עלינו לשקול במשנה זהירות אלו מהתנאים הנדרשים לצורך יצירת חוזה עלינו לאמץ במסגרת סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים.

הפסיקה קבעה כי הסדר כובל איננו חייב למלא אחר הדרישות הקונסטטיטויביות של דיני החוזים "בדבר הצעה וקיבול או מסוימות... די ברמה מינימלית כלשהי של הבנה משותפת, הסכמה או שיתוף פעולה בין הצדדים לשם יצירתו".<sup>49</sup> עם זאת נראה כי בהתאם להתפתחויות בדיני החוזים המודרניים, המוצאות ביטוי בהגמשת התנאים לכריתתו של חוזה, ההבחנה בין הסדר ובין חוזה אינה כה חדה כפי שהיא מצטיירת מאמירה זו.<sup>50</sup> בעשורים האחרונים הוגמשו באופן משמעותי התנאים הקונסטטיטויביים לכריתת חוזה. כיום חוזה יכול לרוב להיכרת בעל פה ולא דווקא בכתב, וכך הוא יכול להיכרת בהתנהגות או בשתיקה. פעולות מסוימות שאותן מבצעים הצדדים עשויות ללמד על ההסכמה הנדרשת לכריתת חוזה, ללא שתיווצר ביניהם כל אינטראקציה טרם הכריתה. הפרשנות הניתנת כיום לדרישות ההצעה והקיבול בחוק החוזים היא פרשנות רחבה, ואף יש מלומדים הטוענים כי מדובר בסעיף דקלרטיבי בלבד.<sup>51</sup>

מה הם אפוא תנאי הסף לצורך יצירת חוזה, והאם יש מקום ליישם גם על הגדרת ההסדר? כלל הבסיס בדיני החוזים הוא כי חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול, עם זאת בדיני החוזים המודרניים אין הכרח לאבחן את רגע מתן ההצעה ואת רגע הקיבול. בחוזים רבים אין זה כלל אפשרי. מקובל לומר כי על מנת שיווצר חוזה קיים הכרח בהתקיימות "מפגש רצונות" בין הצדדים. דרישה זו שרירה וקיימת גם בהגדירנו הסדר.

דרישה קונסטטיטויבית נוספת היא דרישת המסוימות: על החוזה להיות מסוים דיו על מנת שיוכל הוא להוות ראייה לרצונם של הצדדים. האם מן הראוי לאמץ את דרישת המסוימות גם לעניין יצירת הסדר כובל? האם קיימים פרטים מסוימים שאותם חייב ההסדר לכלול על מנת שייחשב ככזה? האם למשל חייב הסדר לכלול פרטים מדויקים בדבר מהות הכבילה? האם חייב ההסדר לכלול פרטים בדבר מועד התחלה וסיום? האם חייב ההסדר לכלול פרטים בדבר קיומם של גורמים המפקחים על אכיפתו? אנו סבורים כי באופן עקרוני התשובה לשאלות אלו היא בשלילה. קיים הבדל משמעותי בין האינטרסים של צדדים המבקשים להיקשר בחוזה לבין גופים המבקשים ליצור הסדר כובל. ביוצאם חוזה, האינטרס של הצדדים לו הוא להגיע לרמת פירוט גבוהה מספיק על מנת שבמידה ויתעורר סכסוך משפטי, משמעותו של החוזה תהיה ברורה לכל. בתי המשפט יימנעו מלאכוף חוזה בלתי

49 ע"פ הפניקס, לעיל הערה 37, בפסקה 79 לפסק הדין.

50 ראו בהרחבה גל, לעיל הערה 15.

51 ראו ג' שלו דיני חוזים (מהדורה שנייה, תשנ"ה), 83.

מסוים, בשל החשש כי כוונת הצדדים אינה משתקפת ממנו. דרישת המסוימות נועדה לעודד צדדים לחוזה להסדיר את יחסיהם תוך פירוט מקסימלי, וזאת על מנת לשמור על הביטחון המסחרי במשק ולמנוע סכסוכים משפטיים. הדין החל על יצירת הסדר כובל שונה בתכלית. בהתאם להוראות הדין, הסדרים כובלים אינם אכיפים וסוגיית אכיפתם אינה אמורה לעמוד להכרעת בית המשפט במקרה של סכסוך. בנוסף, על מנת לחמוק מאחריות פלילית תוך הקטנת סיכויי ההרשעה, סביר כי מטרת הצדדים להסדר תהיה לשמור על רמת מסוימות מינימלית ככל שניתן. במרבית המקרים יסתפקו הצדדים בגיבושן של כמה הסכמות בסיס, אשר יהיה די בהן על מנת להשיג את המטרה המיוחלת, היא הפחתת התחרות החופשית והשגת רווחים על-תחרותיים. במרבית המקרים יתר תניות ההסדר יתבססו על הבנות שבשתיקה. לעתים די בנקודת ייחוס (focal point) המאותתת למתחרים על התוצאה המועדפת, אשר תמקסם את רווחיהם.<sup>52</sup> כך למשל נניח כי הצדדים מבקשים לתאם ביניהם את עלויות ההובלה, על מנת שמחיר מוצריהם לא ישתנה בהתאם למיקומם היחסי ללקוח. לעתים די בהסכמה על נקודת מוצא ממנה מחושבות עלויות ההובלה, אם נוסחת החישוב ידועה מראש ומקובלת בתחום. זאת ועוד, מטבעם של דברים, קיימים פרטים מסוימים אשר מעצם טבעם צדדים להסדר נמנעים מלהסכים עליהם. כך למשל הסדרים כובלים לרוב אינם קובעים את מועד סיומם. הטעם לכך הוא שכדי להקטין את תמריצי הצדדים לסטות מהסכמותיהם, על משכו של ההסדר להיות בלתי מוגבל בזמן, לפחות בנקודת כריתתו.<sup>53</sup> על כן אין לדרוש פרטים אלו לצורך קיום דרישת ה"הסדר"

בהתאם לכך אנו סבורים כי כל הסכמה שהיא בין גופים עסקיים יכולה לעלות לכדי הסדר, כל עוד היא מסייעת לצדדים לקיום שלושת התנאים של סטיגלר. להוכחת הסדר אין הכרח להראות כי הצדדים הסכימו בנוגע לכל הפרטים הדרושים ליצירתו ולאכיפתו של ההסדר, או אף בנוגע למרביתם. לסיכום נקודה זו, בהתחשב בהבדלים בין מטרות דיני החוזים לדיני ההגבלים העסקיים ובתמריצי הצדדים, דרישת המסוימות היא פחות נוקשה בנוגע לרכיב ההסדר בהגדרת ההסדר הכובל. כפי שקבע בית המשפט העליון בפרשת הפניקס, "די ברמה מינימלית כלשהי של הבנה משותפת, הסכמה או שיתוף פעולה בין הצדדים לשם יצירתו".<sup>54</sup> עם זאת חשוב לציין כי גם בהתאם לדיני החוזים המודרניים

T. Schelling *The Strategy of Conflict* (1960); F.M. Scherer "Focal Point Pricing and Conscious Parallelism" in F.M. Scherer *Competition Policy, Domestic and International* (2000) 89.

53 גל, לעיל הערה 15, בעמ' 600.

54 ע"פ הפניקס, לעיל הערה 37.

דרישת המסוימות הוגמשה רבות ולעתים די בשלד של הסכמה על מנת שבית המשפט ייתן לה תוקף, גם בהתאם לדיני החוזים.<sup>55</sup> נראה אפוא כי המקרים שבהם ייחשב כ"הסדר" מה שאיננו "חווה" הם יחסית נדירים, אם כי הם בהחלט ייתכנו. כך למשל הסדר כובל יכול שיהיה הסכם ג'נטלמני, אשר אין לו כל משמעות מחייבת בהתאם לדיני החוזים.<sup>56</sup> ייתכן במקרים מסוימים כי חווה למראית עין יהיה הסדר כובל, הגם שמבחינה חוזית הוא נעדר תוקף. הסדר כובל יכול גם להתקיים במנותק מדרישות קונסטיטיוטיות ליצירת חווה הקבועות בדינים אחרים, כדוגמת הדרישה כי הסכם המעביר זכות בנסס מקרקעין יוצר בכתב.<sup>57</sup>

### (ג) הסדר מול פעולה חד-צדדית

התנאי כי יתקיים הסדר בין הצדדים מחייב הבחנה בין פעולות הנעשות בהסכמה לבין פעולות חד-צדדיות, אשר אינן עולות לכדי הסדר, הגם שהן עשויות להוביל לפגיעה בתחרות.<sup>58</sup> קיימות פעולות אנטי-תחרותיות רבות המבוצעות בידי מתחרים בשוק, הנעשות מכוח שיקולים עצמאיים וללא הסכמה מצד יתר הגורמים הפועלים בשוק. כך לדוגמה, ייתכן כי משווק כלשהו יחליט באופן עצמאי וללא הסדר, משיקולים של מוניטין, נוחות או בטיחות, לשווק אך ורק את מוצריו של ספק אחד בשוק. ברור כי פעולה שכזו אינה מהווה הסדר כובל, וזאת בניגוד למצב שבו המשווק מתחייב לבלעדיות כלפי הספק. אולם לא תמיד ההבחנה האמורה פשוטה. מה הדין למשל במקום שבו הספק מחליט על מדיניות תימחור או שיווק אחידה לכל משווקיו ואלו מאמצים מדיניות זו כחלק ממערך היחסים ביניהם? שאלה זו טרם זכתה לליבון ממצה בישראל והיא מהווה סלע מחלוקת בין גישות פרשנויות שונות ברחבי העולם.

הפסיקה האמריקנית אימצה בשאלה זו גישה נוקשה ודווקנית.<sup>59</sup> בפסק הדין המנחה בעניין *Colgate*,<sup>60</sup> קבע בית המשפט העליון כי החלטה חד-צדדית מוקדמת של ספק

55 בהקשר זה מן הראוי לציין את דבריה של השופטת דורנר ברע"א 4976/00 בית הפסנתר נ' דליה מור, פ"ד נו(1) 577, שלפיהם במשפט המודרני דרישת המסוימות איבדה מחשיבותה, ותחתיה נקבעים קני מידה גמישים יותר המתמקדים בצורך להשלים את החווה שנכרת, ככל שהוא חסר.

56 כך נקבע בפסיקת בתי הדין האירופאים, ראו *ACF Chemiefarma NV v. Commission* (41/69) ECR 661, paras 110-114 (1970).

57 ראו ס' 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, ס"ח 575.

58 לדיון מקיף ראו א' ישראלי "על רשתות גדולות וספקים קטנים: הגיעה העת כי דיני ההגבלים העסקיים יכירו בקיומו של 'כוח חוזי יחסי' עלי משפט ד (תשס"ה) 279.

59 ד' פרידמן, נ' כהן חוזים (תשס"א), 673.

60 ראו *U.S. v. Colgate & Co.* 250 U.S. 300, 307 (1919).

להתקשר אך ורק עם משווקים אשר יסכימו מראש לדרישותיו המוקדמות, לרבות הדרישה למכור את המוצר במחיר מוכתב, מהווה פעולה חד־צדדית אשר אינה עולה לכדי הסדר, גם אם משווקיו התקשרו עמו מאוחר יותר בקבלם תנאים מוכתבים אלו.<sup>61</sup>

לטעמנו, ההלכה האמריקנית היא בעייתית, כיוון שהיא מאפשרת למשווקים להתחמק מהוראות החוק ולהשתמש בספקים כגוף מתאם, זאת, בין היתר, לאור הקושי הראייתי בהוכחת קיומו של הסדר כובל. אנו סבורים כי ההסדר מתגבש בעצם ההסכמה של משווק להיכנס להסדר עם ספק אשר הצהיר – טרם כריתת החוזה או במהלכו – כי יתקשר אך ורק עם ספקים אשר יסכימו לשמור על תנאים המגבילים את התחרות. במקרה שכזה, הסכמת המשווק להתקשר עם הספק בתנאים המגבילים ממלאת אחר הדרישה כי התקיים הסדר בין הצדדים, כיוון שתמיד עומדת בפניו האפשרות שלא להסכים לתנאי ההסדר. עם זאת במקרה שהספק הוא בעל כוח שוק משמעותי – דהיינו הוא בעל מונופולין במובן הכלכלי – ולמשווקים אין ברירה אלא להסכים לתנאיו, יש מקום לבחון את ההסדר בייחוד תחת הוראותיו של פרק ד לחוק העוסק בהסדרת פעולותיו של בעל מונופולין.

דומה כי בדרך זו הלכו בתי המשפט האירופיים,<sup>62</sup> כך למשל בעניין *Bayer*<sup>63</sup> נדונה מדיניות השיווק של יצרנית תרופות. בחלק ממדינות אירופה נקבעו מחירי התרופות מתוצרתה על ידי הממשל. כתוצאה מכך, נוצרו פערי מחירים גדולים בין המדינות השונות אשר הובילו לסחר בתרופה בין המדינות השונות ולפגיעה ברווחיה של Bayer. בתגובה, הגבילה Bayer את כמות התרופות שספקו למשווקים במדינות שבהן מחיר התרופות היה נמוך, על מנת שלא יוכלו לייצא את עודפיהם למדינות אחרות. כתוצאה מכך עלה מחיר התרופות בשנית. רשות ההגבלים העסקיים האירופאית טענה כי מדובר בהסדר בלתי חוקי בין Bayer לבין המשווקים המוגבלים. בית הדין דחה טענות אלו, בקובעו כי פעולותיהם של Bayer ושל הספקים, הגם שהשפיעו על התחרות, הן פעולות חד־צדדיות אשר אינן עולות לכדי הסדר, כיוון שלמשווקים לא היה כל אינטרס בשמירה על מחיר אחד ולא הייתה להם ברירה אלא לשנות את תנאי ההתקשרות עם Bayer בשל מעמדה המונופוליסטי בשוק.

61 ראו בדומה *Monsanto co. v. Spray-Rite Service corp.*, 465 U.S. 752 (1984), שם נקבע כי אין מדובר בהסדר במקום שבו ספק החליט שלא לחדש חוזה עם משווק, אפילו נבע הסירוב מתלונות של משווקים אחרים על סטייתו של אותו משווק מרמת מחירים קבועה שנגבתה בעבור המוצר. *Ware House Corp v. Esprit De Corp and Federated Department Stores*, 769 F. 2d 919 (2d Cir. 1985), שם נדחתה טענתו של מפיץ בגדים לקיום הסדר בין ספק בגדים גדול ורשת גדולה להפצת בגדים שלפיו יימנע הספק ממכירת בגדיו לאותו מפיץ. בהתאם להלכת מונסנטו, נקבע כי המפיץ לא הצליח להראות כי פעולותיו של הספק לא נעשו משיקולים כלכליים עצמאיים.

62 *V. Korah Introduction to EC Competition Law and Practice* (2004), 45-47  
 63 *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure e.V. and Commission v. Bayer (C-2 & 3/01P, 6 Jan 2004)*

בה בעת, במקום שבו עומדת בפני הצדדים להסדר ברירה כלכלית אמיתית אם להתקשר בחוזה אם לאו, מתקיים הסדר. את שאלת הברירה הכלכלית העומדת בפני צדדים לחוזה יש לבחון תוך התבוננות על מערכת היחסים הכוללת שבין הצדדים. בהתאם לכך, התנהגות הצדדים עשויה להוות הסדר גם במקום שבו לכאורה ביצעו הצדדים פעולות חד-צדדיות, במקום שבו ניתן לראות את אותן פעולות כחלק ממערכת היחסים המתמשכת בין הצדדים. גישה זו עולה בקנה אחד עם התאוריה החוזית בדבר קיום "מערכת חוזית יחסנית" ("Relational Contract").<sup>64</sup> מאפייניו העיקריים של החוזה היחסני הם משך הרצה ארוך וגמישות. בניגוד לחוזים סטנדרטיים, הרי שמרבית תנאיו של החוזה היחסני אינם נקבעים מראש, אלא במהלך ההתקשרות, בהתאם להשתנות הנסיבות.<sup>65</sup> החוזה היחסני עובר שינויים רבים במהלך תקופתו, וכאשר מתגלע סכסוך בין הצדדים, ייתכן ונוסחו המקורי לא יהיה רלוונטי לפתרון ההתרחשויות העדכניות בין הצדדים לו.<sup>66</sup> על בסיס תאוריות חוזיות אלו, גם שינוי מאוחר המוכתב על ידי אחד הצדדים אך מתקבל על ידי הצדדים האחרים לו מהווה חלק מההסדר בין הצדדים. זאת כיוון שבעת בה מתרחש כל שינוי מאוחר במערכת היחסים בין הצדדים, עורך כל צד חישוב כדאיות: האם משתלם לו להמשיך בהתקשרות בתנאים הנוכחיים או שמא המשך ההתקשרות בתנאים הקיימים איננה כדאית. גישה זו מודגמת בעניין *Sandoz* אשר נדון בפני בית הדין האירופאי,<sup>67</sup> שם ניסתה הנתבעת למנוע יבוא מתחרה של מוצריה בין מדינות אירופה השונות על ידי מתן הנחיות למשווקיה אשר הגבילו את יכולתם לסחור במוצריה בין מדינות אירופה. בין הצדדים

- 64 הורו מולידו של המחקר על חוזים אלו הוא איאן מקניל. ראו למשל: I.R. Macneil "Contracts: Adjustment of Long-term Economic Relations under Classical NeoClassical and Relational Contract Law" 72 *Nw. U. L. Rev.* (1995) 854; I.R. Macneil "Economic Analysis of Contractual Relations, its Shortfalls and the Need for a 'Rich Classificatory Appartus'" 75 *Nw. U. L. Rev.* (1981) 1018; V. Goldberg "Towards an Expanded Theory of Contracts" 10 *J. Econ. Issues* (1976) 45, 58, בעמ' 287.
- 65 נראה כי בית המשפט העליון מכיר בכך בקובעו כי "הסדרים כובלים אינם מתגבשים, בהכרח, באחת... יש והסכמה מתגבשת בהדרגה, ולאורך זמן"; ע"פ הפניקס, לעיל הערה 37, בפס' 133 לפסק הדין.
- 66 לכמה גישות המבקשות להתמודד עם בעייתיות זו ראו למשל I.R. Macneil "Values in Contract, Internal and External" 78 *Nw. U. L. Rev.* (1983) 340, 383; C. Goets, R. Scott "Principles in Relational Contracts, 67 *Va. L. Rev.* (1981) 1089; R. Scott, A. Relational Theory of Default Rules for Commercial Contracts" 19 *J. Legal Stud.* (1990) 597; A. Schwartz "Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies" 21 *J. Legal Stud.* (1992) 271.
- 67 *Sandoz Prodotti Farmaceutici SpA v. Commission* (277/87), 11 January 1990, [1990] ECR I-45.



מעולם לא נחתם הסכם פורמלי בדבר מילוי ההנחיות. בנוסף, מילוי אחר הוראותיה של הנתבעת לא שירת את האינטרס הישיר של המשווקים, כיוון שהוא פגע ברווחיהם מייצוא מקביל. למרות זאת, מרבית המשווקים מילאו אחר ההנחיות. בית הדין קבע כי מתן ההנחיות הווה חלק ממערכת יחסים ארוכת טווח ומורכבת בין הנתבעת והמשווקים, המהווה הסדר, וכי אותם המשווקים אשר אימצו בשתיקה את הוראותיה של Sandoz עברו על הוראות החוק. גישה דומה, המבוססת על התבוננות במכלול היחסים בין הצדדים נקט בית הדין האירופאי גם במקרים נוספים.<sup>68</sup> חשוב להדגיש כי עניין Bayer, המאוחר יותר, אשר נדון לעיל, מהווה אבחון של עניין Sandoz, הואיל ושם הגיע בית המשפט למסקנה כי התניה המגבילה אשר השיתה Bayer על משווקיה סתתה באופן משמעותי מההסדר הקיים בין הצדדים ולא היוותה חלק אינטגרלי ממנו, ולמשווקים הקיימים, אשר היו קשורים עמה בחוזים ארוכי טווח שבגדרם השקיעו המשווקים השקעות רבות, לא הייתה כל ברירה כלכלית אלא לפעול על פי הנחייתה.

שאלת קו הגבול בין פעולה חד-צדדית לבין הסדר טרם נדונה בהרחבה בדין הישראלי, אולם נראה כי באופן עקרוני הדין הישראלי מכיר בהבחנה זו. כפי שיפורט להלן, ההבחנה שעורך הדין הישראלי בין תיאום מחירים לבין התאמה אוליגופוליסטית מבוססת על כך. אנו סבורים כי על הדין הישראלי לאמץ את הגישה האירופאית הבוחנת את התניה הרלוונטית על רקע מערכת היחסים הכוללת בין הצדדים. בעולם העסקים המודרני מורכב השוק מגופים עסקיים הקשורים זה עם זה במערכות יחסים חוזיות מורכבות. התבוננות בתניה חוזית אחת לצורך בחינה אם מתקיים הסדר, במנותק ממערכת היחסים בכללותה, בהכרח תיצור תמונה חלקית ומעוותת של מהות היחסים בין הצדדים, והתמריצים השונים המכתיבים את פעילותם. את השאלה אם נוצר "הסדר" בנסיבות העניין יש אפוא לבחון על רקע מערכת היחסים העסקית בכללותה, לרבות תמריצי הצדדים והסכמות דומות שנוצרו ביניהם בעבר. נניח לדוגמה כי חברת קוקה-קולה ממליצה למשווקים למכור את מוצריה במחיר מומלץ. בהתאם להחלטת הממונה, התנהגות כזו מהווה פעולה חד-צדדית.<sup>69</sup> עם זאת נניח כי המשווקים יודעים כי אם יאמצו את המלצת קוקה-קולה, ייזכו הם בעתיד לתנאי אשראי מועדפים ולהטבות נוספות על פני אותם משווקים אשר ימכרו את המוצר בהנחה. ברור כי התבוננות בהמלצה בלבד לצורך בחינה אם מדובר בהסדר, ללא בחינה מעמיקה של מערכת היחסים בין הצדדים, תוביל לתוצאה המנותקת מהמציאות העסקית במסגרתה

68 ראו *AEG – Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG v. Commission* 3151 [1983] ECR (107/02), וכך *Ford Werke AG and Ford of Europe Inc v. Commission* 2725, [1985] ECR (25 & 26/84), 3 CMLR 528, CMR 14144 [1985].  
69 הממונה על ההגבלים העסקיים טמפו תעשיות בירה בע"מ – הוראות לבעל מונופולין פרסום 3006301 (1998).

פועלים הצדדים. עם זאת מן הראוי להפעיל ניתוח זה במידת הזהירות הראויה. יש לבחון אם ההתנהגות הקונקרטיה העומדת לדיון היא אכן חלק אינטגרלי מאותה מערכת יחסים מוסכמת, או שמא מדובר בפעולות חד-צדדיות בעלות אופי ייחודי החורגות מההסכמות הכלליות על בסיסן פועלים הצדדים. בחינה זו יש לעשות תוך ניתוח נסיבותיו של כל מקרה ומקרה.

גישה זו באה לידי ביטוי בהחלטת הממונה בעניין רשתות השיווק וספקיהן,<sup>70</sup> שם נקטו רשתות השיווק הגדולות בפרקטיקות עסקיות נוקשות כלפי חלק מספקיהם. בין השאר, כאשר גילתה רשת שיווק כי מוצריו של ספק פלוני נמכרים במחיר נמוך יותר ברשת שיווק מתחרה, היא הטילה על הספק קנס בגובה ההפרש במחיר. חלק מהספקים ספגו את הקנס ונמנעו בעתיד ממתן הנחות לרשתות השיווק האחרות. הממונה על ההגבלים העסקיים קבע כי הטלת הקנס על ידי הרשת והימנעות הספקים בתגובה מלהעניק הנחות בעתיד, מגבשים הסדר כובל אסור. אם בוחנים פעולות אלו במנותק ממערכת היחסים הכוללת בין הצדדים, ניתן לטעון כי לא התקיים הסדר. אמנם, תגובת הספקים הונעה על ידי הטלת הקנס על ידי רשתות השיווק, ותגובה זו הייתה צפויה ועל כן נקטו אותה רשתות השיווק מלכתחילה, אך בכך אין די על מנת לבסס קיומו של הסדר. רשתות השיווק כפו את תשלום הקנס על הספקים, ואלו הגיבו לשינוי בתנאי השוק בהחלטה חד-צדדית לא להעמיד עצמם שוב במצב דומה. אולם בהתאם לאמור לעיל, יש לבחון את פעולות הצדדים במערכת יחסים הנמשכת בין הצדדים. בהתאם למבחן זה ניתן לטעון כי הפעולות האמורות מהוות חלק אינטגרלי ממערכת היחסים כאמור, הגם שהן פוגעות בספקים ואלו לא היו מסכימים לאמצן אילו הן עמדו בוד, ולא במסגרת היחסים הנמשכים בין הצדדים. אולם כדי לבסס קיומו של הסדר, על הרשות האוכפת להשתכנע כי הן הטלת הקנסות מצד הרשתות הן ההימנעות בדיעבד ממתן הנחות על ידי הספקים, הן פעולות המהוות חלק אינטגרלי ממערכת העסקית ארוכת הטווח בין הצדדים. לו הוכח כי הספקים פעלו בשל הפחד כי רשתות השיווק יפסיקו למכור את מוצריהם, וכי לא הייתה להם ברירה במערכת היחסים שנוצרה אלא להגיב בהתאם למרות הפגיעה באינטרסיהם, וכי הטלת הקנסות חורגת משמעותית מציפיותם הסבירה של הספקים עת התקשרו בחוזה מלכתחילה, הרי תגובתם הייתה צריכה להיחשב כפעולה חד-צדדית, המנותקת ממערכת היחסים הכוללת בין הצדדים, בדומה להלכת

*Bayer*,<sup>71</sup>

חולשתו העיקרית של מבחן מערכת היחסים הכוללת, הוא בעובדה שהוא יוצר ואקום הגבלי בנוגע לפעולות של חברות שאינן בעלות מונופולין אך הן בעלות כוח רב כופה במערכות היחסים ביניהן לבין ספקיהן, משווקיהן או גופים אחרים שעמם הן מצויות

<sup>70</sup> לדיון נרחב בהחלטה זו ראו ישראלי, לעיל הערה 58.

<sup>71</sup> שם, בעמ' 315-316.

בקשרים מסחריים. זאת כיוון שאם לא נראה בפעולות אלו הסדר, הרי הן לא תיתפסנה תחת הוראותיו של פרק ב לחוק. אם הצד הכופה אינו בעל מונופולין, כהגדרתו בחוק, לא יחולו גם האיסורים הקבועים בפרק ד לחוק ועל כן פעולותיו לא תיבחנה לאור הוראות חוק ההגבלים העסקיים, למרות שהן עלולות לפגוע באופן משמעותי בתחרות. לאור בעייתיות זו נבחן בתת-הפרק הבא את האפשרות להגדיר הפעלת כוח כופה כהסדר.

הפעלת כוח כהסדר?

כאמור לעיל, הגענו למסקנה כי יש לראות בפעולות כופות, המהוות חלק ממערכת היחסים המתמשכת בין הצדדים, הסדר כובל כהגדרתו בחוק ההגבלים העסקיים. מטרתנו בחלק זה היא לבחון שנית הנחה זו, והפעם לאור ההוראות לעניין כריתת חוזה בכפייה המופיעות בחוק חוק החוזים. השאלה שאותה נשאל היא אם במקום שבו נוצר הסדר בעקבות הפעלה של כוח כופה, יש מקום להחיל עליו את העקרונות הכלליים של חוק החוזים ולא להתייחס אליו כאל הסדר? חוק החוזים דורש כי הסכמה ליצירת חוזה תהיה הסכמה מרצון, ואינו מאפשר לאכוף חוזים אשר מקורם בהפעלת לחצים אשר אינה לגיטימית.<sup>72</sup> נשאלת השאלה אם גם לצורך הוכחת הסדר כובל יש להראות כי ההסכמה להסדר ניתנה מרצון, או שמא גם הסכמה שהושגה כתוצאה מהפעלה של כוח כלכלי מהווה הסכמה לצורך תחולת החוק. כך למשל נניח כי יצרן כלשהו מאיים על אחד ממשווקיו כי במידה והאחרון יסרב למכור את המוצר במחיר קבוע, תופסק באופן חד-צדדי אספקת המוצר אליו. האם במידה והמשווק נאלץ להיעתר לדרישה קיים הסדר בין הצדדים? מחד גיסא, קיימת בעייתיות להגדיר הסכם שמקורו בכפייה כהסדר, המחייב הסכמה מרצון של הצדדים לו. זאת ועוד: כאמור לעיל, חוק ההגבלים העסקיים כולל כלים אלטרנטיביים להסדרת כפייה כלכלית במקום שבו לחברה הכופה יש כוח מונופוליסטי, במסגרת פרק ד לחוק. להבדיל מהפרק שעניינו הסדרים כובלים שמקורם בהסכמה, פרק המונופולין נועד להסדיר פעילות חד-צדדית מצד גופים בעלי עוצמה כלכלית משמעותית בשוק. בהתאם לכך, לרוב אין צורך להרחיב את דיני ההסדרים הכובלים על מנת לתפוס בגדרו של החוק גם פעולות הפוגעות בתחרות אשר נכפות על הפועלים בשוק כתוצאה מהמעמד המונופוליסטי של הגוף הכופה. בה בעת, כפייה יכולה להתקיים גם במקום שבו לכופה אין כוח מונופוליסטי כהגדרתו בחוק.<sup>73</sup>

מאידך גיסא, ניתן לטעון כי אין להחיל את דרישת ההסכמה מרצון במובנה הצר במישור ההגבלי, הואיל וביסוד הדינים עומדות מטרות שונות בתכלית: מטרת דוקטרינת ההסכמה מרצון שבדיני החוזים היא לוודא כי אכן רצונם של הצדדים הוא שמשתקף מלשון

72 ס' 15 לחוק החוזים.

73 ראו בהרחבה ישראלי, לעיל הערה 58.

החוזה שעליו חתמו. ברי כי חוזה אשר הושג תוך כפייה או בדרך של עושק אין בו בכדי לבטא הסכמה זו ועל כן אין לאוכפו, עם זאת מטרתם של דיני ההגבלים העסקיים היא ההגנה על התחרות החופשית ולא שמירה על כוונתם המקורית של הצדדים להסדר. לעניין הפגיעה בתחרות החופשית, אין זה משנה אם ההסכמה בעטיה נפגמה התחרות מקורה ברצון או בלחץ כלכלי.

סוגיה זו, של הפעלת כוח כהסדר, התעוררה בדין האמריקני בעניין *Garment District*<sup>74</sup> באותו עניין כפתה רשת גדולה לשיווק בגדים על אחד מספקיה להימנע ממכירת מוצריו לרשת מתחרה. בית המשפט לערעורים האמריקני קבע כי אין לטעון לקיום הסדר במקום שבו הספק פועל תחת כפייה. מכנגד, נראה לנו – בהיעדר הסדרה מיוחדת בדין הישראלי – כי יש דווקא לאמץ פרשנות מרחיבה לדיני ההסדרים הכובלים, ולאסור, במקרים המתאימים, גם על הסדרים אשר נוצרו כתוצאה מניצול של יחסי תלות כלכלית. מקרים מתאימים כאמור יתקיימו, כפי שצוין לעיל, במקום שבו ניתן לראות בפעולה הכופה חלק ממערכת היחסים החוזית המתמשכת בין הצדדים. האלטרנטיבה, שלפיה יותרו פגיעות קשות בתחרות רק בשל העובדה שצד אחד מפעיל כוח על הצד האחר, נראית לנו בלתי רצויה ואינה מתיישבת עם מטרת החוק. עם זאת נראה לנו כי מן הראוי לראות בהסדרים שמקורם בניצול תלות כלכלית הסדרים הלוקים באי-חוקיות של צד אחד בלבד – הצד בעל הכוח – ובהתאם לכך יש להטיל את הסנקציות, במישור האזרחי או הפלילי, אך ורק על גוף העסקי אשר עשה שימוש בכוחו החוזי היחסי לשם פגיעה בתחרות החופשית. אפשרות זו של אי-חוקיות חד-צדדית קיימת גם בדיני החוזים.<sup>75</sup> עם זאת לא למותר להדגיש כי בטלות החוזה צריכה לחול על כל הצדדים לחוזה.

#### (ד) תיאום מחירים מול התאמה אוליגופוליסטית<sup>76</sup>

(1) כללי

תחת תנאי תחרות מושלמת יכולתה של פירמה להעלות את מחיר המוצר מעל למחיר השוק מוגבלת על ידי הנעלמה של השוק. מוכר אשר יעלה את מחירו מעל למחיר השוק, ולו במעט, יאבד מיד את כל לקוחותיו. בתנאים אלו נהנה הצרכן ממוצר באיכות גבוהה ובמחיר נמוך והרווחה המצרפית במשק ממוקסמת, אולם מצב זה אינו אופטימלי

74 *Germant District, Inc., v. Belk Stores Services* 799 F. 2d 905 (4<sup>th</sup> Cir. 1986). באותו מקרה כפתה רשת בגדים גדולה על ספק בגדים להימנע ממכירת מוצריו לרשת מתחרה. בית המשפט לערעורים הפעיל את הלכת *Monsanto* וקבע כי המדובר בפעולות חד-צדדיות.  
75 לעניין הסדרים הלוקים באי-חוקיות של צד אחד בלבד ראו פרידמן וכהן, לעיל הערה 59, בעמ' 703.  
76 פרק זה מבוסס ברובו על גל, לעיל הערה 15. להרחבה בנושא זה ראו שם.

מבחינתו של היצרן. במצב של תחרות מושלמת נותר בידיו של היצרן רווח מינימלי לאחר הפחתת עלויות הייצור. כן הוא נאלץ להשקיע מאמצים בהתייעלות ובשיפור המוצר, לבל ימכרו מתחריו מוצר באיכות גבוהה יותר או במחיר נמוך יותר והוא יאלץ לצאת מהשוק. גם במקום שבו תנאי התחרות אינם אופטימליים תחרות פוגעת ברווחיות של לפחות חלק מהיצרנים.

במצב דברים זה קיים חשש כי המתחרים בשוק יחפשו דרכים אשר יסייעו להם להפחית את הלחץ התחרותי ולהגדיל את רווחיהם. חשש זה מתעצם כאשר מדובר בשווקים אוליגופוליסטיים. שווקים אוליגופוליסטיים הם שווקים המתאפיינים במיעוט מתחרים, כאשר בידי כל אחד מהם מצוי נתח שוק משמעותי. בשווקים אלו קיים חשש כי הגופים הפועלים בשוק ינקטו בפעולות מתואמות על מנת להפחית את התחרות ולהגדיל את רווחיהם על חשבון הצרכן. הדרך הישירה ביותר להפחתת התחרות היא יצירה של קרטל. הקרטל עשוי להתבטא בתיאום מחירים, תיאום כמויות ייצור, חרם על מתחרים או פעולות מוסכמות אחרות אשר יש בהן כדי להוביל להפחתת התחרות ולעלייה ברווחים. יצירת קרטל היא אפוא כדאית מאוד מבחינה כלכלית, אך מתלווה אליה הסיכון בענישה פלילית העשויה לכלול מאסר בפועל, קנסות גבוהים וכן סיכון לחשיפה לאחריות אזרחית, ובכלל זאת לתביעות ייצוגיות.

בשל גובהו של הסיכון הכרוך בעשיית קרטל, גופים עסקיים מחפשים דרכים אלטרנטיביות להגבלת התחרות החופשית ולהגדלת רווחיהם, תוך מיזעור הסיכון לחשיפה לסנקציות הקבועות בחוק. אחת מדרכים אלו מכונה התאמה אוליגופוליסטית. התאמה אוליגופוליסטית מתרחשת במקום שבו חברה מקבלת את החלטותיה באופן עצמאי, אך היא לוקחת במכלול שיקוליה את תגובתן הצפויה של מתחרותיה לפעולה זו. לשם המחשה נשתמש בדוגמה ההיפותטית הבאה:<sup>77</sup> שתי תחנות דלק ממוקמות זו מול זו, משני עבריו של כביש ארוך ללא גדר הפרדה. תחנות דלק נוספות מצויות במרחק רב מהן ואינן מהוות מוצר חלופי בעיני הצרכנים. שתי התחנות מעניקות שרות זהה ועל כן החלטתו של הצרכן לתדלק בתחנה אחת ולא ברעותה אינה מושפעת על ידי פרמטר זה. משך זמן רב מחיר הדלק בשתי התחנות היה זהה. בהתאם לכך, השיקול היחיד אשר השפיע על הנהגים באיזו תחנה לתדלק היה כיוון נסיעתם. יום אחד בעלת אחת מתחנות הדלק מחליטה להעלות את מחיר הדלק בעשר אגורות לליטר. זו החלטה עסקית, שאין בסיסה בהסכמה מוקדמת בין החברות. בעלת תחנת הדלק שמעבר לכביש רואה את השלט הגדול עם המחיר החדש. עומדות בפניה שתי אפשרויות עיקריות: להשאיר את מחיר הדלק על כנו או להעלותו בשיעור שהעלתה אותו יריבתה. ברור לה כי אם לא תתאים את המחיר לזה של יריבתה, גם היא תוריד שוב את המחיר. שאם לא כן, יעברו כל הנהגים לתדלק בתחנה בעלת המחיר הנמוך והעלאת המחיר

77 הדוגמה לקוחה ממאמרה של גל, שם.

לא תהיה רווחית עבורה.<sup>78</sup> על כן אימוץ אסטרטגיה זאת היא נכונה עבור תחנת הדלק השנייה אם הרווחים הזמניים מהסטת כל השוק אליה, עד שהתחנה הראשונה תוריד שוב את המחיר, גדולים מהפוטנציאל לרווח עתידי. האפשרות השנייה העומדת בפני התחנה השנייה היא להעלות את המחיר באותו שיעור. במקרה זה, הסטטוס קוו ביניהן יישאר על כנו, אך שתיהן ייהנו מרווחים גבוהים יותר, בהנחה שתנאי הביקוש השוק הם כאלה שהחברות לא יאבדו במחיר הגבוה מספר רב של צרכנים עד כי העלאת המחיר לא תהיה רווחית עבורן. למעשה, גם תחנת הדלק הראשונה הביאה בחשבון שיקולים אלו של יריבתה, ויש להניח כי לא הייתה מעלה את המחיר מלכתחילה אילולא ידעה כי ליריבתה יש אינטרס עסקי מובהק ללכת בעקבותיה.<sup>79</sup> בשל תנאי שוק הדלק שתוארו לעיל – שבו המחיר מפורסם באופן ברור וגלוי לכל, המוצר הוא אחד והתחנות סמוכות זו לזו – כל אחת מחברות הדלק חייבת לקחת במכלול שיקוליה העסקיים את תגובתה הצפויה של יריבתה. כל חברה פועלת באופן עצמאי במובן זה שהיא איננה מתייעצת עם האחרת, אך החלטתה תלויה באחרת במובן זה שהיא פועלת בהסתמך על התנהגותה הצפויה של האחרת. התנהגות אסטרטגית זו, המצויה בטווח בין התנהגות תחרותית טהורה לבין תאום קרויה התאמה אוליגופוליסטית.<sup>80</sup> הסכנה הטמונה בה מצויה באפשרותה ליצור כוח לחברות הפועלות בשוק אוליגופוליסטי בלא הסדר מפורש. השאלה העולה בהקשר זה היא אם התאמה אוליגופוליסטית מהווה הסדר, כהגדרתו בחוק ההגבלים.

(2) התאמה אוליגופוליסטית – ניתוח כלכלי

המאפיין העיקרי של שווקים אוליגופוליסטיים (שווקים מועטי מתחרים) הוא התלות ההדדית בין הפירמות הפועלות בו: החלטותיה של כל פירמה משפיעות מיידית על יריבותיה. בהתאם לכך, כל פירמה מקבלת את החלטותיה העסקיות תוך התחשבות בתגובתם הצפויה של מתחריה. מאפיין זה גורם לכך שפעמים רבות קיימת בין הפועלים בשוק אוליגופוליסטי תחרות מועטה, הנגזרת מההכרה של כל אחד מהשחקנים בשוק בקיומו של אינטרס משותף לשמירה על סטטוס קוו של מחיר, כמות, איכות או פרמטרים עסקיים אחרים, מעל למחיר התחרותי.<sup>81</sup> בשוק תחרותי, כל חברה אשר תעלה מחיר מעל המחיר התחרותי צפויה לעמוד בפני אבדן חלק משמעותי מקהל לקוחותיה. לעומת זאת בשוק אוליגופוליסטי, חברה המעוניינת להעלות את מחירה תכלול במסגרת שיקוליה את האפשרות כי גם יתר מתחריה יבינו כי קיים אינטרס משותף לכלל המתחרים בהעלאת המחיר. יתר המתחרים מודעים

78 זאת בהנחה שיריבתה יכולה לעמוד בביקוש המוגדל.  
 79 ראו לדוגמה A. Rapoport *Two-Person Game Theory: The Essential Ideas* (1966), 127.  
 80 P. Areeda, H. Hovenkamp *Antitrust Law* (vol. VI, 2<sup>nd</sup> ed., 2003), 286.  
 81 C. Shapiro "Theories of Oligopoly Behavior" *Handbook of Industrial Organization* 81  
 ; Gal, Ivaldi, Jullien, Rey, Seabright & Tirole (1989) 329, לעיל הערה 1, בעמ' 156-166.

היטב לכך שבמידה ולא יעלו אף הם מחירים, הרי שהחברה המובילה תוריד במהרה את מחיריה לרמתם הקודמת. לעומת זאת אם ילכו בעקבותיה, ייהנו כולן מרווחים גבוהים יותר. על כן גם ללא תקשורת ישירה, חברות בשוק אוליגופוליסטי יכולות להפחית את התחרות ביניהן דרך התאמה הדדית. כפי שציין בית הדין בעניין דלק:

”ככלל, שוק אוליגופוליסטי מתאפיין בהעדר מוטיבציה של המתחרים המעטים השולטים בשוק להתחרות זה בזה. זאת משום שהפחתת מחיר על ידי אחד המתחרים תגרור אחריה הפחתת מחיר על ידי המתחרים האחרים, דבר שיביא להקטנת הרווח של כל המתחרים, בלא לשנות את חלקו בשוק של מי מהם.”<sup>82</sup>

התאמה אוליגופוליסטית מפחיתה את התחרות, לעתים עד להיעדרה. רמת המחיר בשוק אוליגופוליסטי עשויה לעלות אף למחיר שאותו היה קובע מונופולין. שלושת התנאים של סטיגלר שנותחו לעיל רלוונטיים גם לשם הצלחתה של התאמה אוליגופוליסטית. בראש ובראשונה, על החברות ל”הסכים” על רמת המחירים ועל יתר התנאים לאספקה, שכן אחרת תיתכן שונות בין החברות במחיר, בתכונותיהם של המוצרים, בתנאי האספקה וכדומה, אשר עשויים להשיב את השוק למצב של תחרות חופשית. כפי שצוין לעיל, בשוק אוליגופוליסטי ההסכמה איננה חייבת להיות מפורשת. בשל מיעוט המתחרים, פעולתו של כל אחד מהם עשויה להניע פעולה מקבילה על ידי כל יתר המתחרים, אם היא מביאה להגדלת רווחיותם. כך למשל העלאת מחיר על ידי אחד מהמתחרים, אשר תשנה את הסטטוס קוו ותגדיל את רווחי הקבוצה כולה אם כולם יצטרפו לה, עשויה לגרור אחריה העלאה מקבילה של מחירים על ידי כל המתחרים. אנו עדים לתופעה זו בשווקים רבים בישראל. כך למשל כאשר אחת מחברות הוויזה החלה לגבות דמי שימוש חודשיים, החרו-החזיקו אחריה מתחרותיה העיקריות. כן ניכרת תופעה דומה גם ביחס לשינויים העוקבים במחירי העיתונים “ידיעות אחרונות” ו”מעריב”. עם זאת, וכפי שנבחר בהמשך, אין בעצם השינויים המקבילים או העוקבים במחירים על מנת לבסס, כשלעצמם, מסקנה בדבר קיום תחרות מועטה, אם בכלל. בנוסף, יש צורך כי לכל פירמה בקבוצה יהיה תמריץ חזק שלא לסטות מההסכמה האמורה. כיוון שכל פירמה בשוק אוליגופוליסטי מפעילה שיקול דעת עצמאי, קיים הכרח כי הסטטוס קוו ימקסם את רווחיה, בהשוואה למצבים אחרים אפשריים בתנאי השוק הקיימים. בין שיקוליה תשקול כל חברה את העובדה כי במידה ותסטה מהסטטוס קוו וסטייה זו תתגלה, צפויות שאר המתחרות בשוק לסטות אף הן מהסטטוס קוו ורווחיהן של

82 ה”ע 469/98 דלק חברת הדלק הישראלית בע”מ נ’ תחנת דלק באר יעקב, פורסם בנבו, בפס’ 132 לפסק הדין.

כל המתחרות ייפגעו. ניתוח תמריציה של פירמה לסטות מהסטטוס קוו הוא דינמי וארוך טווח. כך למשל תשקול כל פירמה לא רק את התוצאה המידית של חיתוך מחיר, דהיינו גידול בכמות הלקוחות, כי אם גם את התנהגותן הצפויה של מתחרותיה, אשר יורידו גם הן מחירים על מנת לשמור על נתח השוק שלהן, ואת הקטנת רווחיה כתוצאה מתגובה זו. בניגוד למונופולין או לתחרות מושלמת, תורת הכלכלה איננה יוצרת מודל יחיד של התנהגות בשוק אוליגופוליטי, והתוצאה תלויה לרוב בתנאי השוק הקיימים ובמבנהו. על כן לא ניתן ליצור כללים כלליים אשר יחזו את התנהגות השווקים האוליגופוליטיים על פני כל התעשיות, אולם בה בעת ניתן לומר בביטחה שבשווקים אוליגופוליטיים קיימת נטייה להתנהגות מותאמת אשר מימושה, הלכה למעשה, תלוי בתנאי השוק הספציפיים.

### (3) התאמה אוליגופוליטית – הדין המצוי

סוגיית מעמדה המשפטי של ההתאמה האוליגופוליטית הוכרעה לאחרונה בפרשת הפניקס.<sup>83</sup> באותו עניין הואשמו שתי חברות ביטוח ומנהליהן בעבירות של עשיית הסדרים כובלים בענפי ביטוח שונים. אחת מטענות ההגנה המרכזיות של חברות הביטוח הייתה כי בשוק הביטוח קיימים דפוס של "העתקת התנהגות מובילה", שיש בו בכדי להסביר את הדמיון בהתנהגותן של חברות הביטוח השונות. השופט דוד חשין, בבית המשפט המחוזי, קבע מפורשות כי לשם הרשעה בעבירה של הסדר כובל אין די בביצוע פעולות של התאמת מחירים, וכי יש צורך להוכיח תיאום מחירים מצד המתחרים בשוק:

"עבירת ההסדר הכובל עניינה בתיאום פעילות עסקית בין מתחרים שונים. האיטור שבעבירה מתמקד בקיומו של הסדר בין המתחרים, אשר עלול למנוע או להפחית את התחרות החופשית והטבעית בעסקים. הסדר זה עלול להיווצר כאמור על ידי הסכמה, סיכום, הבנה משותפת, תיאום או שיתוף פעולה בין המתחרים השונים (והכול במפורש או מכללא). כל כן ברי כי העבירה אינה לוכדת ברשתה פעילות עסקית דומה או זהה בין מתחרים, כאשר זו אינה נובעת מקיומו של הסדר. כן העבירה אינה מתגבשת כאשר מתחרים באותו שוק מעלים באופן עצמאי את מחיריהם במקביל, או במועדים סמוכים, ללא תיאום ביניהם ומתוך החלטה עצמאית של כל

83 ע"פ הפניקס, לעיל הערה 37. קודם לכן נדונה הסוגיה בעניין קיסין, לעיל הערה 31 וכן בת"א (ת"א) 2738/99 שאבי נ' פלאפון תקשורת בע"מ, פורסם בנבו. דומה כי ההחלטה בעניין קיסין תומכת בהלכה שלפיה התאמה אוליגופוליטית אסורה, בעוד ההחלטה בעניין שאבי מאמצת גישה הפוכה.



מתחרה ומתחרה, גם אם זו מושפעת – וסביר שכך יהיה – מהחלטותיהם של המתחרים האחרים...<sup>84</sup>

על החלטתו של השופט חשין הוגש ערעור לבית המשפט העליון. בית המשפט העליון דחה את הערעור בקובעו כי "התנהגות דומה או זהה של מתחרים, אשר כל אחד מהם מחליט עליה באופן עצמאי, אף אם הוא מושפע מהתנהגות המתחרים האחרים, אינה מהווה הפרה של דיני ההגבלים העסקיים..."<sup>85</sup>. מכאן, שהתאמה אוליגופוליסטית איננה אסורה בהתאם לדין הישראלי.

לכלל האמור קיים חריג הקבוע בסעיף 6 לחוק, הקובע כי "אדם המנהל עסק וביודעו על קיום הסדר כובל מתאים את פעולותיו להסדר, כולו או מקצתו, יראו אותו כצד להסדר". זהו חריג ייחודי לדין הישראלי והגיונו בצדו, שאם לא כן, יופטרו צדדים מתחולת החוק רק בשל העובדה שלא היו צד להסדר המקורי, וכי הם מתאימים התנהגותם לו, אף שהתאמה זו עלולה לפגוע בתחרות בשוק והיא אף עשויה להיות ה"מלט" המחזק את ההסדר ומונע ממנו מלקרוס. נראה לנו כי לאור מטרת החוק, מבחן ההתאמה להסדר כובל איננו מחייב התאמה מוחלטת, אלא די בפעולה חקינית במידה רבה, אשר מחזקת את ההסדר הקיים ואת תמריץ החברות בו שלא לסטות ממנו.<sup>86</sup>

(4) האם ראוי לאסור על התאמה אוליגופוליסטית?<sup>87</sup>

ההלכה שלפיה אין לאסור על התאמה אוליגופוליסטית איננה ייחודית לדין הישראלי. למעשה, היא משותפת למרבית המדינות בעולם. כאמור, התאמה אוליגופוליסטית עשויה להשפיע על התחרות החופשית באופן שלילי בדומה לתיאום מחירים, הנחשב לצורה הגרועה ביותר של התנהגות אנטי-תחרותית. מדוע אפוא מבחינים בתי המשפט בין תיאום לבין התאמה? שאלה זו מקבלת משנה תוקף במשק הישראלי, המשופע בשווקים ריכוזיים המאופיינים בחסמי כניסה גבוהים. בשל מבנהו הריכוזי של המשק הישראלי, די לעתים בהתאמה אוליגופוליסטית על מנת לגרום להעלאת מחירים או לפגיעה אחרת בתחרות בשווקים השונים.<sup>88</sup> בעייתיות זו מתחזקת לאור העובדה שככל שתנאי השוק נוחים יותר להתאמה אוליגופוליסטית, כך גם קטן הצורך בהסדר מפורש.<sup>89</sup> בנוסף, קביעה כי התאמה אוליגופוליסטית מותרת, אינה עולה בקנה אחד עם הצורך בהגנת הצרכן מפני עליית

84 ע"פ הפניקס, שם, בפס' 1 לפסק הדין.

85 שם, בפס' 80 לפסק הדין.

86 גל, לעיל הערה 15, בעמ' 17.

87 פרק זה מבוסס במידה רבה על גל, שם.

88 Gal, לעיל הערה 1, בפרק 5.

89 Areeda & Hovenkap, לעיל הערה 80, בעמ' 157.

מחירים ופגיעה באיכות, שכן הכלל הנוכחי עלול להכשיר התאמה אוליגופוליסטית שפגיעתה בצרכנים ובתחרות עשויה להיות גדולה מזו של קרטל עם כוח שוק קטן יותר. יתירה מזאת, כלל זה מטיל קשיים מרובים על רשויות האכיפה. עם התגברות המודעות להוראות חוק ההגבלים העסקיים, צומצמו המקרים שבהם יימצא הסדר כובל מפורש בין חברות בשוק. סיווג ההתאמה כפעילות חוקית קשה מאוד על רשויות האכיפה כבואן למנוע התנהגות מקבילה של חברות. בנוסף, נדרשות רשויות האכיפה להשקיע משאבים רבים על מנת לבחון בכל מקרה לגופו אם בתיאום אסור עסקינן, או שמא בהתאמה מותרת. לבסוף, ארגו הכלים של דיני ההגבלים העסקיים לטיפול בהתאמה אוליגופוליסטית בדרך אחרת הוא כמעט ריק.<sup>90</sup>

זאת ועוד: מבחינה לשונית נראה כי סעיף 2 לחוק סובל פרשנות אשר בהתאם לה התאמה אוליגופוליסטית אסורה היא.<sup>91</sup> התאמה היא פעולה מודעת, מכוונת ורצונית, אשר תלויה בפעולה מקבילה וצפויה של הצד השני. בדומה לתיאום מחירים, גם התאמה אוליגופוליסטית מחייבת קיומם של שלושת התנאים המחזוריים של סטיגלר, ובראשם הגעה להסכמה כלשהי על תנאי השוק. העובדה כי כל צד יודע לחשב מראש את תגובתו הצפויה של יריבו והוא מביא עובדה זו בחשבון בעת קבלת החלטותיו העסקיות, אין בה, כשלעצמה, כדי להוציא התנהגות זו מגדר הסדר. טענה זו מתחזקת לאור העובדה שאם הצד השני לא פועל כפי שמצופה ממנו, הראשון ישוב, לרוב, לסטטוס קוו הקודם. בנוסף, גם בהתאם לדיני החוזים ייתכן וניתן לראות בהתאמה אוליגופוליסטית הצעה, אשר קיבולה נעשה בדרך של התנהגות.<sup>92</sup> מדוע אפוא הדין הנוהג ברחבי העולם, אשר אומץ גם בישראל, אינו אוסר על התאמה אוליגופוליסטית?

בתי המשפט השונים אשר דנו בחוקיותה של התאמה אוליגופוליסטית לא פרטו את הנימוקים אשר עמדו בבסיס הכרעתם. נראה לנו כי למרות הטעמים כבדי המשקל שהובאו לעיל, ההחלטה שלא לאסור על התאמה אוליגופוליסטית, להבדיל מתיאום, מהווה דין רצוי. קיימים שלושה נימוקים מרכזיים כנגד הטלת איסור על התאמה אוליגופוליסטית: שיקולי הגינות, בעיות אכיפה ונימוק לשוני. בראש התומכים בטעם הראשון עומד המלומד האמריקני דונלד טרנר. לשיטתו, אין זה הוגן לאסור על התאמה כיוון שהיא מתחייבת ממבנה השוק ותנאיו. בשוק אוליגופוליסטי החלטותיה העסקיות של חברה אחת משפיעות באופן ישיר על החלטותיה של חברה אחרת. על כן חברות המתאימות התנהגותן פועלות

90 לבעייתיות ההכרזה על קבוצת ריכוז ראו מ' (שיצר) גל, מ' פרלמן, ט' סלומון "קבוצת ריכוז – פתרון לעקב אכילס של דיני ההגבלים העסקיים?" משפטים לו (תשס"ו) 13.

91 לטענה ברוח זו ראו R.A. Posner "Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach" 21 *Stan. L. Rev.* (1969) 1562

R.A. Posner (2<sup>nd</sup> ed., 2001), 55-60.

92 Posner במאמרו ובספרו, שם.

באופן רציונלי לאור תנאי השוק. זאת ועוד: חברות בשוק אוליגופוליסטי פועלות בדומה לחברות בשוק תחרותי: הן קובעות את מחירן ואת כמויותיהן בדרך אשר תמקסם את רווחיהן בתנאי השוק שבהם הן פועלות. אלא שלמתחרה בשוק אוליגופוליסטי יש עוד גורם שעליה לשקול – השפעת התנהגותה על יריבותיה. משום שזהו שיקול הנגזר מתנאי השוק, אין להטיל סנקציות בגין התנהגות המתחשבת בו. שיקול זה מקבל משנה תוקף לאור העובדה כי בדין הישראלי האיסור על עריכת הסדר כובל גורר אחריו סטיגמה וסנקציות פליליות.<sup>93</sup> בעייתיות זו הובילה את טרנר להציע לאמץ חקיקה שתאפשר לפרק חברות אוליגופוליסטיות גדולות ליחידות עסקיות קטנות יותר.<sup>94</sup> מלומדים אחדים ביקרו את טיעוני ההגנות,<sup>95</sup> בטענה כי התאמה אוליגופוליסטית מחייבת פעולה מכוונת, רצונית ומודעת, ועל כן אין זה בלתי הוגן לאוסרה. מפגש הרצונות של מתחרים אוליגופוליסטיים המכירים באינטרס המשותף לויתור על רווחים קצרי מועד לטובת רווחים מונופוליסטיים ארוכי טווח שיושגו רק אם כל הפועלים בשוק יפעלו בצורה מקבילה, איננו שונה מהסדר קרטליסטי רגיל. מדובר בפעולה המחייבת אינטראקציה ממשית בין מתחרים פוטנציאליים אשר כל חברה יכולה למונעה בדרך של אי-מתן הסכמתה לסטייה מהסטטוס קוו.<sup>96</sup> אולם גם אם נניח כי התאמה אוליגופוליסטית איננה שונה מהסכמה מפורשת, ועל כן אין זה בלתי הוגן לאוסרה, עדיין נותרת על כנה בעית האכיפה: כיצד ניתן לרפא התאמה אוליגופוליסטית בדרך יעילה ואפקטיבית בכלים העומדים לרשות רשויות האכיפה ההגבליות? הדרך היחידה למנוע מחברה הפועלת בשוק להגיב להחלטה עסקית, עצמאית, של חברה אחרת, היא באמצעות צו המונע ממתחרים בשוק להגיב לשינויים. צו שכזה יעצור את כל מנגנון השוק החופשי. מדובר למעשה בהטלת איסורים חמורים אף יותר מאלו החלים על חברות בשוק מונופוליסטי.<sup>97</sup> צו המחייב גבייה של מחיר מסוים יחייב את רשויות האכיפה לנהוג כרגולטור של מחירים, ויחייב התערבות נמשכת בתנאי השוק בשווקים רבים ומגוונים. בעייתיות זו היא שהביאה לכך שמרבית המדינות השאירו את ההתאמה האוליגופוליסטית לכוחותיה (המוגבלים) של היד הנעלמה.

לנימוקים שצוינו לעיל ניתן למצוא חיזוק בלשונו של חוק ההגבלים העסקיים. סעיף 6 לחוק מטיל איסור על התאמת פעילות להסדר כובל קיים, בקובעו כי "אדם המנהל עסק וביודעו על הסדר כובל מתאים את פעולותיו להסדר, כולו או מקצתו, יראו אותו כצד

D.F. Turner "The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious parallelism and Refusals to Deal" 75 *Harv. L. Rev.* (1962) 655, 671, 681 93

D.F. Turner "The Scope of Antitrust and Other Economic Regulatory Policies" 82 *Harv. L. Rev.* (1969) 1207 94

Posner "Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach" 95 95

שם, בעמ' 1575. 96

Areeda & Hovenkap, לעיל הערה 80, בעמ' 232. 97

להסדר". באם ייקבע כי התאמה אוליגופוליסטית היא אסורה, הרי שסעיף 6 יתייטר, שכן בהתאם לכלל האוסר על התאמה, אין זה כלל משנה אם הצדדים מתאימים עצמם להסדר כובל קיים, או שהם מתאימים את עצמם לפעולות חד-צדדיות מצד מתחרה בשוק, ושני המקרים הם אסורים באותה המידה. כך למשל נניח כי בין שתי חברות ביטוח קיים הסדר לתיאום מחירי הפוליסות. בשלב מאוחר יותר, מתאימה חברת ביטוח שלישית את מחירי הפוליסות למחירי המתחרות. פעולה שכזו היא אסורה בהתאם לסעיף 6 לחוק, אולם במידה ונמצא כי התאמה אוליגופוליסטית של עצמה נופלת בגדרי סעיף 2, הרי שפעילותה של חברת הביטוח השלישית אסורה מלכתחילה בהתאם לסעיף 2, בין שחברת הביטוח התאימה את עצמה להסדר כובל קיים ובין שחברת הביטוח התאימה את פעולותיה לפעולות של ממתחריה, והוראת סעיף 6 מתייתרת.

(5) קביעת קו הגבול בין תיאום להתאמה

משנקבע כי התאמה אוליגופוליסטית מותרת היא, יש למתוח את קו הגבול בין המותר לאסור, בין תיאום להתאמה. בפרק זה נציג כמה מבחני עזר לקביעת קו הגבול כאמור, המפורטים במקום אחר.<sup>98</sup>

ראשית, נשלול כמה מבחנים פוטנציאליים. לא ניתן להבחין בין האסטרטגיות העסקיות על סמך קיומה של התנהגות מקבילה גרדא, שכן ייתכן שקיים הסבר אלטרנטיבי גיוני להתנהגות זו, שאיננו קיומו של הסדר.<sup>99</sup> כך למשל, עלייה מקבילה של מחירי האבץ בארץ יכולה להיות תוצאתו של שינוי חיצוני בשוק או של התאמה אוליגופוליסטית, שתיהן התנהגויות חוקיות. כן לא ניתן לבסס על תוצאות הפעולה המקבילה, שהרי בשני המקרים התוצאה – צמצום הכמות והעלאת המחיר בשוק – זהה. גם לא ניתן לבסס את האבחנה על המוטיבציה של החברות לרווח או על הכוונה לצמצם את התחרות בשוק. כן לא ניתן לבסס על התחשבות בתגובתו של היריב, שהרי תלות בתגובת היריב לפעולה היא אינהרנטית למבנה השוק האוליגופוליסטי. בנוסף, גם אין להבחין בין השתיים על סמך פעולה בניגוד לאינטרס הפרטי, כיוון שגם תחת התאמה חברות יכולות לפעול באופן הנוגד את האינטרס הפרטי של כל אחת מהן לו פעלה ללא התחשבות בתגובת יריבותיה, אולם איננו נוגד את האינטרס שלה כאשר מביאים בחשבון את השפעת החלטתה על תגובתן של יריבותיה.<sup>100</sup> גם אפשרות תאורטית לתיאום, כשלעצמה, דוגמת השתתפות באיגודים מקצועיים, אין בה די.

98 פרק זה מבוסס במידה רבה על גל, לעיל הערה 15.

99 לכלל זה במשפט האמריקני ראו Areeda & Hovenkap, לעיל הערה 80, בעמ' 236.

100 ראו למשל, *Weit v. Continental Illinois Natl. Bank*, 641 F. 2d 457, 463 (7<sup>th</sup> Cir. 1981), *cert.denied* 455 U.S. 988 (1982).

אם כן על מה ניתן לבסס את ההבחנה, במקום שבו אין ראיות להסדר מפורש? המבחן המקובל במרבית המדינות בעולם להבחנה בין תיאום לבין התאמה הוא אם ההתנהגות המקבילה נגזרת ממבנה השוק בלבד או שמא ננקטו פעולות רצוניות ההולכות מעבר לכך אשר מסייעות לחברות להגיע להבנה שאחרת לא הייתה נרקמת או שאחרת הייתה פחות יציבה. מבחן זה מהווה דין ראוי. בעוד שישנם טעמים חזקים שלא לאסור על התאמה אוליגופוליסטית, כשלעצמה, הרי יש לבחון תחת הוראות החוק כל פעולה החורגת מתנאי השוק הטבעיים ומסייעת לצדדים לשמור על סטטוס קוו על-תחרותי אשר לא היה נשמר לולא פעולותיהם היזומות והמכוונות של הצדדים. מבחן זה גם מאזן נכונה בין שמירה על תנאי תחרות בשוק לבין זכותם של הפועלים בשוק להתאים עצמם באופן אינטיליגנטי להתנהגות הקיימת והצפויה של מתחריהם.

אולם כיצד ניתן לבחון אם פעילות מקבילה מקורה בתנאי השוק בלבד? הבעייתיות מתעוררת במקום שבו אין ראיות ישירות לפעולות ההולכות צעד אחד נוסף מעבר להתאמה אוליגופוליסטית. במקרים אלו, בתי משפט רבים ברחבי העולם נוקטים במבחן עזר המכונה "מבחן תנאי השוק": האם בתנאי השוק הקיימים סביר להניח כי הצדדים יכלו לנקוט בהתנהגות מקבילה, הממקסמת את רווחיהם, ללא התערבות ושינוי של תנאי השוק הקיימים. אם התשובה היא בשלילה, עסקינן בהסדר.<sup>101</sup> אם התשובה היא בחיוב, עדיין יש לבחון אם הצדדים נקטו בכל זאת בפעולות אשר הקלו על ההתאמה האוליגופוליסטית, כמפורט להלן. המציאות העסקית לרוב מורכבת: פעמים רבות קיימת שונות בין מתחרים פוטנציאליים במחיר, באחידות המוצר, במיצובו, במוניטין וכיוצא בזה. כדי ליצור תנאים על-תחרותיים הממקסמים את הרווח של כל שחקן הפועל בשוק יש צורך להסכים על פרמטרים עסקיים מורכבים, אשר לא תמיד ניתן להגיע אליהם ללא תיאום. בהתאם לכך, במקום שבו ניתוח התנאים הכלכליים השוררים בשוק מוכיח כי ללא הסדר מפורש לא היו הצדדים מצליחים לשמור על תנאי שוק הממקסמים את רווחיהם המצרפיים, מוכיחה עובדה זו את קיומו של הסדר, הגם בדרך עקיפה. כפי שקבע בית הדין להגבלים עסקיים בעניין עופקל:<sup>102</sup>

"התנהגות מקבילה מודעת עשויה להצביע על קיומו של הסדר כובל, בעיקר כאשר מדובר בהתנהגות, שבהעדר תיאום, איננה התנהגות סבירה. התנהגות מקבילה מודעת אינה יכולה ללמד על קיומו של הסדר כובל, כאשר קיימים שיקולים עסקיים העשויים להביא לאותה התנהגות גם ללא תיאום."

101 להחלטות אשר נסמכות על ניתוח תנאי השוק ראו למשל, *American Tobacco Co. v. U.S.*, 328 U.S. 781, 66 S. Ct. 1125 (1946); *Brand Name Prescription Drug Antitrust Litigation*, 288 F. 3d 1028 (7<sup>th</sup> Cir. 2002).

102 ערר פוד קלאב, לעיל הערה 18, בפס' 167 לפסק הדין.

מבחן תנאי השוק מחייב ניתוח כלכלי של התנאים המאפשרים למתחרים בשוק לפעול באופן מקביל. כך למשל אם מספר החברות הפועלות בשוק גבוה יחסית ומוצריהם שונים משמעותית זה מזה, ניתן להניח כי המחירים הנהוגים הם תוצאתו של הסדר ולא תוצאה של תנאי השוק הטבעיים. בדומה, אם מבנה השוק ותנאיו מצביעים על כך שההתנהגות הנבחנת איננה רצינונית ללא תיאום מוקדם, כיוון שההוצאות והסיכונים הכרוכים בפעולה חד-צדדית הם כה גבוהים עד כי מתחרה לא היה נוקט בה ללא ידיעה מפורשת מראש כי מתחריו ינקטו דרך דומה, הרי יש בכך אינדיקציה לקיומו של הסדר מקדים. לצורך החלת מבחן תנאי השוק בית המשפט יבחן את הראיות לפי המכלול שלהם וההקשר הכולל. לעתים אין צורך בניתוח שוק מעמיק על מנת להגיע למסקנה כי תנאיו הטבעיים בלבד לא יכולים ליתן הסבר מספק להתנהגות המקבילה. כך למשל הצעות זהות במכרז לייצור מוצרים ייחודיים וחד-פעמיים מהוות ראיה חד-משמעית, גם אם עקיפה, לקיומו של הסדר.<sup>103</sup>

הפסיקה האמריקנית פיתחה מבחן עזר לזיהוי הנפקות הראייתית של התנהגות מקבילה מודעת, מבחן הגורם המצרפי (Plus factor).<sup>104</sup> מבחן זה בוחן את קיומה של ראיה נוספת, מעבר להתנהגות המקבילה גרדא, אשר מקלה על ההתנהגות כאמור ומעלה את הסבירות ואת הקלות להגיע אליה, מעבר לתנאי השוק הקיימים. במקום שבו לא הוכח קיומו של גורם מצרפי, לא תיאסר ההתנהגות והיא תיחשב כהתאמה אוליגופוליסטית מותרת. במקום שבו הוכח קיומו של גורם מצרפי אשר אין בו תועלת למעט הקלה על תאום, מהווה עובדה זו ראיה לכאורה לקיומו של הסכם אסור. כך למשל בהחלטה בעניין *Morton Salt* בית המשפט הסיק את קיומו של הסכם מראיות על חילופי אינפורמציה מקדימים בין הצדדים, הסכמה על משקלות וקודים ושיחות טלפוניות לוודוא אם תנודות מחיר הן טעויות או שינוי מחירים מכוון.<sup>105</sup> במלים אחרות, הגורם המצרפי מהווה ראיה נסיבתית המצביעה על קיומו של תיאום אשר לא היה מתקיים ללא פעולה רצונית של הצדדים.

למעשה, כל פעולה שמטרתה להקל על התקיימותם של שלושת התנאים המחזוריים של סטיגלר עשויה להוות גורם מצרפי, דוגמת תלונות הדדיות בין החברות על אי-קיומו של הסדר, קביעת מנגנון שיטור – בין חיצוני ובין פנימי – לשמירה על הסטטוס קוו, פגישות בין מתחרים שאין להן כל הסבר חילופי או יצירת עודף היצע החורג משמעותית מהגידול הצפוי לביקוש למוצרי החברה. ככל שתנאי השוק ומבנהו מצביעים על סבירות גבוהה יותר להתנהגות מקבילה, כך הגורם המצרפי יכול להיות פחות משמעותי. בה בעת, הגורם

103 להמחשה ראו ההחלטה האמריקנית בעניין *FTC v. Cement Institute*, 333 U.S. 683, 713, 68 S. Ct. 793 (1948). שם ההצעות במכרז היו זהות עד ל-1/10,000 הסנט.

104 לפסיקה מהעת האחרונה ראו למשל *Williamson Oil Co., Inc. v. Phillip Morris USA*, 2003 WL 22304824 (11th Cir. 2003); *Twombly v. Bell Atlantic Corp.*, 2003 WL 22304824 (S.D.N.Y., 2003).

105 *U.S. v. Morton Salt Co.*, 235 F. 2d 573, 577 (10<sup>th</sup> Cir. 1956).

המצרפי צריך לבסס היפותזה לקיום הסתברות כי ההתנהגות המקבילה היא תוצאה של הסדר, וכי היפותזה זו סבירה יותר (בהתאם למאזן ההסתברויות הנדרש) מזו של פעולה מקבילה שהיא תוצאה של החלטות עסקיות עצמאיות. לא כל ההחלטות של הערכאות האמריקניות עומדות במבחן זה.<sup>106</sup>

מבחן הגורם המצרפי מיישם למעשה את מבחן תנאי השוק המפורט לעיל ומבוסס על ההבחנה הכלכלית בין תיאום לבין התאמה. בהקשר זה עולה שאלת נטל ההוכחה המוטל על התביעה. האם מוטל עליה להוכיח כי אכן בפועל הגורם הנוסף שינה את תנאי השוק, או עמד לשנותם, בדרך אשר בלעדיה לא הייתה התאמה אוליגופוליסטית מתקיימת, או שמא די בקיומו של גורם מצרפי, אשר עשוי היה להוות בסיס לתיאום כדי לעמוד בנטל ההוכחה. מרבית הערכאות האמריקניות קבעו כי די בהוכחת התנאי השני. לדעתנו, זהו גם הדין הרצוי. הטעם לכך הוא משולש: ראשית, עול ההוכחה של התנאי הראשון כבד מנשוא וייקשה על רשויות האכיפה לעמוד בו, שהרי אם מותחים את גבולות תורת הכלכלה, ניתן להוכיח כי כמעט בכל מקרה של שוק אוליגופוליסטי ניתן היה להגיע לתוצאה דומה באמצעים אחרים. שנית, משנקטו הצדדים בפעולה נוספת לשם הקלה על התיאום ביניהם, יש בכך אינדיקציה לכוונתם להתערב בתנאי השוק על מנת להפחית את התחרות. אם לא תיאסר פעולה זו, הכלל המשפטי לא יהא חד-משמעי ויפתח פתח למניפולציה על ידי הנתבעים. בנוסף, וחשוב מכל, עלות הטעויות מסדר ראשון (אם לא תאסר הפעולה אף שהיא פוגעת בתחרות) עלול להיות גדול משמעותית מעלות טעויות מסדר שני (אם נאסור גם מקרים שבהם היה ניתן להגיע להתאמה אוליגופוליסטית גם ללא הגורם המצרפי). זאת כיוון שסביר להניח שצדדים יאמצו פעולות המקילות על תיאום רק במקרה שבו הם סבורים כי בתנאי השוק הקיימים אין די כדי ליצור תיאום. לבסוף, כפי שפורט לעיל, אחד השיקולים העיקריים בהכשרתה של התאמה אוליגופוליסטית הוא הקושי באכיפת סעדים למניעתה. קושי זה אינו מתעורר במקום שבו הדין מונע התנהגות מקילה שאין יתרונה לציבור בצדה. על מנת שמבחן תנאי השוק, כמו גם מבחן הגורם המצרפי, לא יפגעו ברווחה החברתית, יש צורך לערוך בחינה נוספת שעניינה קיומו של הסבר אלטרנטיבי לגורם המצרפי (להלן: "מבחן חוסר ההצדקה העסקית"), דוגמת עודף היצע שהוא תוצאה של תחזיות שגויות בדבר הגידול בביקוש הצפוי בשוק, או הודעות מחיר מקדימות שהן תוצאתן של דרישות צרכנים המבקשים לדעת מראש את עלויותיהם הצפויות. באם לא נחיל מבחן זה, יתפוס מבחן תנאי השוק גם פעולות המקדמות את הרווחה החברתית, בניגוד למטרת החוק. לשיטתנו, על התביעה יוטל הנטל להוכיח כי על פני הדברים, אין הצדקה לפעולה החורגת מהרצון להקל על התיאום. חוזק הראיות אשר יידרשו מהתביעה יעלה ככל שההתנהגות

*Matsushita Electronic Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 579, 106 S. Ct. 106 .1348 (1986)

הנבחנת מקובלת בשוק ונורמטיבית. בשלב השני יוטל הנטל על הנתבע להוכיח כי במקרה הספציפי הייתה הצדקה כאמור. סירובו או חוסר יכולתו של הנאשם לתת הסבר אלטרנטיבי להתנהגות מקילה די בו כדי להוכיח קיומו של תיאום. חלוקת נטלים זו גם תפתור, ולו במעט, את הקושי בפניו עומדת התביעה, להוכיח חד-משמעית כי פעולה מקבילה בשוק לא הייתה מתאפשרת ללא פעולה נוספת.<sup>107</sup>

גם בתי המשפט הישראליים בפסיקתם בעניין הפניקס הלכו בדרך דומה ודרשו "דבר מה נוסף" על ההתנהגות המקבילה, אשר יעיד כי ההתנהגות היא תוצאתו של תיאום ולא של התאמה. בית המשפט המחוזי קבע מפורשות כי בזהות מחירים בשוק אוליגופוליסטי אין די כדי לשכלל קיום הסדר כובל.<sup>108</sup> יתירה מזאת, בשוק אוליגופוליסטי אשר הוכחה נטייתו להתאמה, תקום חזקה ניתנת לסתירה, שלפיה זהות מחירים היא תוצאה של התנהגות מקבילה ולא מגבילה.<sup>109</sup> בה בעת, במקום שאין ראיות ישירות לקיומו של הסדר בפועל, ניתן להסתמך על ראיות עקיפות, המקימות תשתית ראייתית מספקת לקביעה כי התנהגות עסקית דומה איננה נובעת מתאום בין מתחרים. לא הונחה תשתית מספקת כאמור, יקום ספק סביר שיפעל במשפט הפלילי לטובת הנאשמים, שלפיה התנהגותם המקבילה היא תוצאה של התאמה ולא של תאום.<sup>110</sup>

כך למשל באישום עריכת הסדר כובל בענף בתי העסק, מסתמך בית המשפט בהכרעתו על כך כי בין החברות התקיים הסדר כובל בעיקר על החלת התעריף הסימולטני, אשר לא התחייבה מתנאי השוק.<sup>111</sup> בענף ביטוח הציוד המיכני ההנדסי הוכח קיומו של הסדר כובל בעיקר לאור הראיות בדבר מגעים אינטנסיביים בין הצדדים בדבר תעריפי הביטוח ותנאיו, אשר באו לידי ביטוי, בין היתר, בהחלפת חוזרים בנושאים האמורים בין החברות. בית המשפט קבע כי מגעים אלו אינם יכולים להיחשב כחילופי אינפורמציה לגיטימיים בין מתחרים.<sup>112</sup> בענף ביטוח הדירות קבע בית המשפט כי ראיות בדבר פגישות ודיונים בין חברות הביטוח אשר כללו החלפת מידע ונקיטת מדיניות תעריפית זהה לאחר החלפה זו

107 להרחבה ראו גל, לעיל הערה 15. לחהלת המבחן המוצע ראו ת"פ (י-ם) 377/04 מדינת ישראל נ' וול, פורסם בנבו (3.7.07).  
108 ת"פ הפניקס, לעיל הערה 33, שער ראשון, חלק שני, פס' 55 לפסק הדין.  
109 שם, שם.  
110 שם, שם.  
111 שם, שער שני, חלק ראשון, פס' 36-39. ע"פ הפניקס, לעיל הערה 37, בפס' 156-157 לפסק הדין.  
112 ת"פ הפניקס, לעיל הערה 33, שער חמישי, פס' 52. ההכרעה אושרה בעליון. ע"פ הפניקס, לעיל הערה 37, בפס' 165-169 לפסק הדין.



מגבשות מסקנה שלפיה התקיים בין המתחרות הסדר כובל.<sup>113</sup> לכך הצטרפו ראיות בדבר נוהל שיטור תנאי ההסכם אשר התגבש בין החברות.<sup>114</sup> בדרך דומה הלך בית המשפט בהכרעת הדין שעניינה הסדרים כובלים בשוק המעטפות.<sup>115</sup> באותו עניין נשללה טענת הנאשמים, שלפיה זהות המחירים מקורה בתיאום אוליגופוליסטי, בשל קיומן של ישיבות משותפות בין הצדדים. בית המשפט קבע כי "ישיבות משותפות אשר לא ניתן לגביהן הסבר חלופי העומד בתנאי ההצדקה החברתית, מהוות התנהגות מקילה הסותרת את טענת ההתאמה האוליגופוליסטית". בית המשפט הבחין בין מפגשים אקראיים במפעל זה או אחר, או במסגרת כינוס, שאינם מהווים ראייה לתיאום לבין מפגשים מתוכננים. ראוי לציין כי בית המשפט הדגיש גורמים מצרפיים נוספים, כגון שיחות טלפוניות שהתקיימו בין הנאשמים ומסמכים בכתב ידם של הצדדים, המעידים על קיומו של "מנגנון להסדרת תמריצים" לקיום ההסדר.

נציין כי בישראל יש להביא בחשבון, בקביעת המבחן הרצוי, גם את רוחב יריעתו של החוק, כפי שהוא מפורש על ידי בתי המשפט, את נטל ההוכחה בטרם ענישה ואת רמת הענישה. שילוב של איסורים מוחלטים עם רמת ענישה גבוהה על עבירות של הסדרים כובלים יכול לגרום להעלאת נטל ההוכחה הנדרש על מנת להקטין את בעיית אכיפת היתר. על כן יש לשנות את הוראות החוק או להעלות את רמת ההוכחה הנדרשת לשם הוכחת קיומו של הסדר כובל.

לא למותר לציין כי לאור קשיי התביעה להוכיח את יסוד ההסדר, נוקטות רשויות הגבליות רבות ברחבי העולם, לרבות ישראל, בשיטת ה"גזר" על מנת לעודד איתורם והבאתם לדין של הסדרים כובלים הנסתרים מהעין. תוכניות חסינות (Leniency Programs) מנצלות את המתחים התחרותיים בין החברים בהסדר כובל על מנת לעודד הלשנה של אחד הצדדים לו לרשויות האכיפה על קיומו בדרך של הענקת חסינות מלאה לראשון אשר מדווח על קיום ההסדר ומספק פרטים מספיקים על מנת לאפשר לרשויות האכיפה להעמיד לדין את שאר החברים בו.<sup>116</sup> הרעיון העומד בבסיס תוכניות אלו דומה לזה העומד בבסיס משחק האסיר: אף אחד מהצדדים אינו יודע כיצד ינהג יריבו ומתי יחליט להפילילו, ועל כן גדל התמריץ לרוץ ראשון לרשויות האכיפה וקטן התמריץ לערוך הסדר כובל מלכתחילה. הניסיון המוכח של תוכניות האכיפה ברחבי העולם מעיד על הצלחתן באיתור הסדרים כובלים. לא למותר להדגיש כי תוכניות החסינות אינן תופסות בגדרן התאמה אוליגופוליסטית ועל כן אין בהם כדי למונעה.

113 ת"פ הפניקס, שם, שער רביעי, פס' 51.

114 שם, שער רביעי, פס' 57-60. ההכרעה אושרה בעליון. ע"פ הפניקס, לעיל הערה 37, בפס' 108-112 לפסק הדין.

115 ת"פ 377/04, לעיל הערה 107, בפס' 41 לפסק הדין.

116 ראו למשל [www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/lencorp.htm](http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/lencorp.htm).

#### 4. בין בני אדם המנהלים עסקים

##### (א) כללי

סעיף 2(א) לחוק מתנה את קיומו של הסדר כובל בכך שהסדר ייערך בין בני אדם המנהלים עסקים. מכאן שהסדר שנערך בין מי שאינם מנהלים עסקים בעניין הרלוונטי (או לפחות אחד מהצדדים אינו מנהל עסקים בהסדר שנערך בין שני צדדים) לא ימלא אחר התנאי הקבוע בחוק. גם בהצעה לתיקון החוק הושאר תנאי זה על כנו.

המונח "בני אדם" מוגדר בדין הישראלי ככולל הן אישיות טבעית הן אישיות משפטית מלאכותית, לרבות חברה, שותפות ועמותה. המונח "עסק" מוגדר בסעיף 1 לחוק על דרך ההרחבה כ"עיסוק בייצור נכס, במכירתו, בשיווקו, ברכישתו, ביבואו או בייצואו, וכן עיסוק במתן שירות או בקבלתו". גם המונח "נכס" מוגדר על דרך ההרחבה כ"מטלטלין, מקרקעין וזכויות", ומכיל בתוכו כל סוג שהוא של נכס, אם גשמי ואם ערטילאי.<sup>117</sup>

מהי הפרשנות הראויה למונח "מנהלים עסקים"? האם צרכן סופי "מנהל עסקים" כיוון שהוא "עושה עסק" ברוכשו מוצר או שירות או שמא נאמר כי הוא אינו "מנהל עסקים" כיוון שהוא אינו מוכר את הנכס הלאה? האם אדם מנהל עסקים כאשר הוא אינו פועל בתחום עיסוקו העיקרי? עד היום טרם נערך בדין הישראלי דיון מקיף במונח "מנהלים עסקים", ופסקי הדין שבהם נדון המונח התמקדו בהיבטים צרים יחסית שלו. נקודת המוצא לפרשנות המונח היא תכלית החוק: ההגנה על התחרות החופשית. בהתאם לה, על פרשנות המונח להיות רחבה במידה מספקת, על מנת שלא יחמקו ממסגרת החוק הסדרים אשר יש בהם כדי לפגוע בתחרות החופשית. בה בעת, אין להרחיב את האיסור על עריכת הסדרים כובלים מעבר לנדרש, על מנת שלא לפגוע יתר על המידה בפעילות עסקית שגרתית ומועילה.

בעניין טבעול קבע השופט חשין כי את "הביטוי 'בני אדם המנהלים עסקים' יש לפרש כפשוטו: כמכוון הוא עצמו לאנשי עסקים, להבדילם ממי שאינם אנשי עסקים. קרא: להסדר שהוא בטיבו הסדר עסקי להבדילו מהסדר שאין הוא הסדר עסקי".<sup>118</sup>

בית הדין האירופי לצדק הגדיר את המונח "Undertaking", הקבוע בדיני ההגבלים האירופיים הדומה למונח "עוסק" הקבוע בדין הישראלי, באופן הבא:<sup>119</sup>

117 ראו ה"פ 961/96 א.פ.א.מ.אר מחשבים ותוכנה בע"מ נ' י.ב.מ. ישראל בע"מ, פורסם בנבו, שם נדחתה בידי השופט קלינג טענה כי זכויות בקנין רוחני אינן מהוות "נכס" שמשמעותו בחוק.

118 דנ"א טבעול, לעיל הערה 29, בס' 35.

119 Case C-41/90 [1991] ECR I-1979, [1993] 4 CMLR 306, para 21.

“The concept of an undertaking encompasses every entity engaged in an economic activity regardless of the legal status of the entity and the way in which it is financed”.

את המבחן האירופאי ניתן להגדיר בשם “מבחן הפעילות הכלכלית”. זהו מבחן רחב מאוד אשר בהתאם לו כל גוף העוסק בפעילות כלכלית כלשהי, בהתעלם ממעמדו המשפטי ומדרך מימונו, עונה על דרישת החוק, לרבות אדם פרטי המבצע פעילות עסקית וגוף משפטי דוגמת חברה או שותפות. כעיקרון, מבחן הפעילות הכלכלית הוא מבחן ראוי, עם זאת מבחן כללי זה מהווה נקודת מוצא ולא נקודת סיום. בפרקים הבאים נבחן את תחולתו בכמה מקרים העשויים לעורר קשיים מיוחדים בהגדרת המונח “מנהלים עסקים”. נציין כי קיימים סוגים שונים של הסדרים אשר, מעצם טבעם, אינם מקיימים את התנאי כי הם נעשים “בין בני אדם המנהלים עסקים”. לדוגמה, הסדר פוליטי בין מפלגות לא מקיים תנאי זה. גם הסדר בין בני זוג, שלא במסגרת עסקים שהם מנהלים, לא ייכנס למסגרתו. תוצאה זו עולה בקנה אחד עם תכלית החוק, אשר אינו בא להסדיר את כל סוגי ההסדרים, הגם שיתכן כי טמון בהם פוטנציאל פגיעה בתחרות. הוא מסדיר את התחרות אך ורק בזירה המסחרית הכלכלית ומותיר את יתר הזירות להסדרה על ידי חוקים או נורמות ציבוריות אחרים.

### (ב) עיסוק ראשי או משני?

בעבר הייתה מקובלת ההלכה כי התנאי “מנהל עסקים” מחייב כי צד להסדר יגביל את עצמו בעיסוקו הראשי, ולא בעיסוקים נלווים.<sup>120</sup> בפסק הדין המנחה שמעוני נ’ אולמי לחיים, נקבע כי בעל אולם חתונות המתקשר בהסדר בלעדיות עם צלמת, אינו כובל את עצמו, שכן “צילום” אינו נכלל בגדר “עיסוקו” של בעל האולם, לבטח שלא בגדר עיסוק ראשי. פרשנות זאת היא בעייתית ועשויה להוביל לתוצאות אבסורדיות. כך למשל בהתאם לה, ניתן לטעון כי חברת תנובה אינה “מנהלת עסקים” כאשר היא מתקשרת בהסדר בלעדיות עם יצרני קרטונים לחלב, וזאת משום שתנובה אינה עוסקת בייצור קרטונים. נקל לראות כי פרשנות זו למונח “מנהלים עסקים” תוציא מגדרי הסעיף את מרבית ההסדרים האנכיים.<sup>121</sup> זאת ועוד, היא תאפשר הכשרה גורפת של כל ההסדרים הנלווים לפעילות

120 ע”א 626/70 שמעוני נ’ אולמי לחיים, פ”ד כה(1) 824, 833; ראו בנוסף ע”א 63/82 Farrel Lines Inc. נ’ מיכלי טריכלפלט ברנקו בע”מ, פורסם בנבו.

121 עמד על כך גם הממונה על ההגבלים העסקיים; ראו הממונה על ההגבלים העסקיים הכרזה בדבר הסדר כובל וקיום מונופולין: נצב”א החזקות 1995 בע”מ פרסום 3003820 (1999) (להלן עניין נצבא), [www.etype.co.il/Anti1/Files/1548/3065.pdf](http://www.etype.co.il/Anti1/Files/1548/3065.pdf).

הכלכלית הראשית של הצד להסדר, על אף פוטנציאל פגיעתם בתחרות. ואכן, הלכת שמעוני נהפכה בעניין פטרוגז, שם נקבע כי העיסוק נשוא ההסדר אינו חייב להיות עיסוקו הראשי של הצד הנכבל. <sup>122</sup> כדברי הנשיא שמגר באותו עניין: <sup>123</sup>

”גם מטרת החוק עולה בקנה אחד עם הפרשנות הרחבה, שהרי החוק נועד להגן על כלל הציבור... בהתאם, אין נפקא מינה, אם ההסדר הכובל עניינו בתחום עיסוקו העיקרי של הצד לו אם לאו. הסדר כובל אפשר שיגביל בעל עסק שלא בתחום עיסוקו העיקרי, ועם זאת יפגע במבנה התחרות ובטובת הכלל. כל עוד מדובר בגוף עסקי, שהוא מנהל עסקים, להבדיל למשל מגוף צרכני, אפשר שייכנס בגדר הסעיף, ובלבד שיתקיימו שאר התנאים שבו...”

על הלכה זו חזר בית המשפט בעניין קרטל הלולבים. <sup>124</sup> הלכת פטרוגז היא הלכה ראויה. במקום שבו קיימת פגיעה משמעותית בתחרות, אין כל היגיון בהבחנה בין “עיסוק ראשי” לבין “עיסוק משני” של הצדדים להסדר. בהתאם “למבחן הפעילות הכלכלית”, אין ספק כי גם עיסוק משני מהווה פעילות כלכלית של חברה, ועל כן אין כל מניעה מלראותה כמנהלת עסקים לצורך תחולת החוק.

### (ג) הסכם בין ספק וצרכן

שאלה חשובה במיוחד היא אם הסכם בין צרכן הסופי לבין ספק היא הסדר “בין בני אדם המנהלים עסקים” כדרישת החוק. בשל הסכנה לפגיעה בתחרות החופשית הנובעת מהסדרים מסוימים שבהם מעורב הצרכן, עולה השאלה האם – ואם כן באלו תנאים – ניתן לראות בצרכן צד להסדר כובל. ראשית נציין כי צרכנים שאינם צרכני קצה אלא משתמשים במוצר או בשירות הנרכש כתשומה בעסקיהם, אינם פטורים מעולו של חוק ההגבלים העסקיים. כך למשל בעניין טגר, טענו כמה בעלי עסקים כי הסדר לרכישה משותפת של ציוד ממשרד הביטחון אינו מהווה הסדר כובל, שכן החוק נועד להגן על הצרכנים, הם הרוכשים, ולא להחיל עליהם איסורים. בית המשפט דחה טענה זו בקובעו כי “אין בסיס

122 ע”א 2768/90 פטרולגז חברת הגז הישראלית (1969) בע”מ נ’ מדינת ישראל, פ”ד מו(3) 603, 599. ראו גם הממונה על ההגבלים העסקיים אספקת ורכישת קמח כשר לפסח התשנ”ד – קביעה בגין הסדר כובל פרסום 3005870 (1993) (להלן: קמח כשר לפסח), וכן הממונה על ההגבלים העסקיים החלטה בעניין פעילות איגוד השחקנים, קביעה בדבר קיום הסדר כובל קובץ החלטות בענייני הגבלים עסקיים א 86, 96; ת”א 1633/94 י. כץ אספקה חקלאית בע”מ נ’ הלולן משקים חקלאיים זעירים אגודה שיתופית חקלאית, פורסם בנבו.

123 עניין פטרוגז, שם, בעמ’ 603-604.

124 פרשת קרטל הלולבים, להלן הערה 152.

לטענה שהסדרים כובלים בין צרכנים, לפחות כאשר אין מדובר בצרכני קצה, פטורים מעולו של החוק".<sup>125</sup>

פסק דין טגר אינו נותן מענה לשאלה אם הסדרים – שצד להם הוא צרכן הקצה – נכללים במסגרת החוק, או שמא אין לראות בצרכן הסופי כמי שמנהל עסקים. נראה כי הגישה בפסיקה היא כי הצרכן הסופי אינו מהווה גוף המנהל עסקים. כך למשל נקבע בעניין קיסין כי הסדרים עם צרכן סופי אינם נכללים במסגרת החוק:

"עצם העובדה שהמחוקק לא הסתפק בקביעה שהצדדים להסכם יהיו בני אדם, ודרש שהם יהיו גם 'מנהלי עסקים', מצביעה על רצון להגביל את תחולת החוק רק על חלק מבני האדם. המחוקק היה יכול לומר 'בני אדם' סתם מבלי להצמיד להם תואר של 'מנהלי עסקים'. הוא לא עשה כן ובכך גילה דעתו, כפי שגילה המחוקק האנגלי ב־Restrictive Trade Practice Act (משנים 1956 ו־1976) שהוא מחיל את החוק רק על מנהלי עסקים. הדברים גם מובנים אם נותנים את הדעת למטרת החוק כפי שהובהרה לעיל, ולסכנה שעקב שימוש בלשון רחבה מידי, הוא יכול עולם ומלואו, מבלי שהחוק התכוון לכך. בהגבילו את החוק למנהלי עסקים, להבדיל מאנשים פשוטים צרכנים, וכל כיוצא באלה, צמצם המחוקק את תחולתו על מי שאין צורך בו למטרת החוק, וצמצם את האפשרות לתחולה בלתי מבוקרת שלו על עולם ומלואו..." (ההדגשות שלנו).

הלכה דומה עולה מהחלטתו של בית המשפט העליון בעניין פטרולגז:

"כל עוד מדובר בגוף עסקי, שהוא מנהל עסקים, להבדיל למשל מגוף צרכני, אפשר שייכנס בגדר הסעיף, ובלבד שיתקיימו שאר התנאים שבו" (ההדגשות שלנו).

באופן דומה, נאמרו הדברים הבאים גם בעניין בורוביץ:<sup>126</sup>

"מטרת הדרשה, לפיה על ההסדר להיעשות בין "בני אדם המנהלים עסקים", איננה להבחין בין תחומים שונים של עיסוק אלא להבחין בין גופים עסקיים לבין גופים שאינם כאלה, כגון גופים צרכניים או המדינה בתפקידה השלטוני".

גם מעניין טבעול עולה גישה דומה.<sup>127</sup>

125 ת"פ (י"ם) 385/98 מדינת ישראל נ' חברת טגר בע"מ, פורסם בנבו, בפס' 7 להכרעת הדין.  
126 שם, בפס' 81 להכרעת הדין.

עד לעת זו לא נדרשו בתי המשפט להכריע באופן פוזיטיבי אם צרכן סופי מנהל עסקים. עם זאת כפי שראינו לעיל, מאמרות האגב השונות ניתן להסיק כי הדעה המקובלת היא שצרכן סופי אינו "מנהל עסקים" כמשמעותו בחוק, אולם האם פרשנות זו היא פרשנות ראויה? בשאלה זו נדון להלן.

נראה לנו כי מבחינת הדין הרצוי אין כל הצדקה להוציא מגדר האיסור ההגבלי הסדרים עם הצרכן הסופי, במידה ונשקפת מהם סכנה לתחרות החופשית. קיימים כמה סוגים של הסדרים שבהם צרכן הקצה הוא צד להסדר, אשר עשוי להשפיע משמעותית על התחרות בשוק. דוגמה אחת להסדרים בין צרכן סופי לעוסק הם "הסדרי לקוח מתמיד", שבהם מתומרץ הצרכן לשמור על נאמנות כלפי עוסק מסוים, ובתמורה הוא זוכה להטבות בהתאם לכמות הרכישות שאותן ביצע. הסדרי לקוח מתמיד נפוצים למשל בהתקשרויות שבין חברות תעופה וצרכנים. הסדרים אלו עשויים לפגוע בתחרות בשוק, שכן הם עלולים לבסס יחסי בלעדיות בין הצרכן והספק, הגם בצורה עקיפה. נבחן לדוגמה הסדר שבו מתחייבת חברת תעופה להעניק על כל תשע טיסות בתשלום טיסה אחת בחינם. הסדר שכזה למעשה "כובל" כלכלית את הצרכן אל חברת התעופה, שכן אם הוא יחליט לאחר מספר טיסות לטוס עם חברת תעופה אחרת, הוא יאבד את האפשרות לזכות בטיסה העשירית ללא תשלום. הסדר שכזה מעלה אפוא את עלות המעבר של הלקוח לחברת תעופה מתחרה ועשוי לשמש כחסם כניסה משמעותי בפני מתחרים חדשים, אשר ייתקלו בקשיים בניסיון להשיג בסיס לקוחות התחלתי. קיימים סוגים נוספים של הסדרים אשר יש בהם כדי להעניק בלעדיות למתחרה, ולו באופן עקיף, הפוגמים בתחרות בשווקים השונים. בעניין דלק מוטורס למשל הוגשה תביעה ייצוגית כנגד מרבית יבואני הרכבים בארץ.<sup>128</sup> בתביעה נטען כי החוזה בין היבואן לבין הצרכן הסופי הוא הסדר כובל, שכן הצרכן מתחייב בו – בתמורה לקבלת אחריות לשלוש שנים – להשתמש אך ורק במוסכים המורשים על ידי היבואן. בהסדרים אלו יש משום פגיעה בתחרות שבין בעלי המוסכים המורשים ובין בעלי מוסכים אחרים.<sup>129</sup> יוער כי התביעה בעניין דלק מוטורס הוגשה בעקבות צו מוסכם בין הממונה על ההגבלים העסקיים לבין יבואני הרכב שאושר בבית הדין להגבלים עסקיים.<sup>130</sup> במסגרת הצו המוסכם

127 דנ"א טבעול, לעיל הערה 29, בס' 35 לפסק הדין.

128 ת"א (ת"א) 1012/02 המועצה הישראלית לצרכנות נ' יפעת, פורסם בנבו.

129 בעניין זה הושגה פשרה, אף שטענה אפשרית של היבואנים הייתה יכולה להיות כי אין מדובר בהסדר בין בני אדם "המנהלים עסקים", בהיות אחד הצדדים להסדר הצרכן הסופי. לניתוח של הסכם הפשרה באספקלריה של דיני ההגבלים העסקיים ראו א' ישראלי "פשרה בתובענה ייצוגית הפוגעת בתחרות החופשית בעקבות ת"א 1012/02 יפעת נ' דלק מוטורס בע"מ" הארת דין ב (2005) 112.

130 ה"ע (י"ם) 28/01 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' בני משה קרסו מפיצי מכוניות בע"מ, פורסם בנבו.

הוטלו מגבלות שונות על יבואני הרכב ובכלל זאת נאסר עליהם להתנות את תוקפה של האחריות לרכב בקבלת שרות במוסכי שרות בלבד או בשימוש במוצרי תעבורה מסוימים בלבד. האם ניתן להסיק מהחלטה זו כי עמדתו של הממונה על ההגבלים העסקיים היא כי ההסכמים בין יבואני הרכב לבין הצרכן הסופי נופלים לגדרי החוק? לכאורה, התשובה לכך היא בחיוב, אולם באותו עניין נדונו גם הסדרים כובלים בין יבואני הרכב לבין המוסכים המורשים, אשר אין חולק כי הם נופלים לגדרי החוק. ניתן לטעון כי הממונה על ההגבלים העסקיים ראה בהגבלות שהוטלו על הצרכן הסופי חלק מההסדרים בין היבואנים והמוסכים, וכי זהו למעשה המקור להחלת האיסור במישור היחסים שבין היבואנים לצרכן הסופי.

סוג נוסף של הסדרים בין הצרכן הסופי ליצרן אשר עלולים לפגוע בתחרות הם "הסדרי התאמת הנחות" (Price Matching). בהסדרים מסוג זה מתחייב בעל עסק כלפי הצרכן להשוות כל הנחה שמציע בעל עסק מתחרה. הסדרים שכאלו עלולים להיות חסם מפני כניסה לשוק של מתחרים חדשים, בידועם כי כל הנחה שאותה יציעו, במחירי חדירה לשוק, תזכה למענה בדמות הנחה זהה מצד המתחרים הפועלים בו. הסדרים אלו עשויים גם להקל על תיאום מחירים או על התאמה אוליגופוליסטית. גם להסדרים מסוג זה, במידה והם נפוצים בשוק, עשויה להיות השפעה שלילית על התחרות החופשית.

כאמור לעיל, תכליתו של חוק ההגבלים העסקיים היא הגנה על התחרות החופשית. קיימים הסדרים רבים עם צרכן סופי אשר עשויים לסכל תכלית זו. פרשנות ראויה היא זו המגשימה את תכלית החוק, ומונעת את הפגיעה בתחרות.<sup>131</sup> אמנם רבים מהסדרים אלו אסורים מכוח הוראות פרק ד לחוק אם הם נעשים על ידי בעל מונופולין, אולם איסור זה אינו רחב דיו על מנת למנוע את כל ההסדרים הפוגעים בתחרות. זאת משום שבשוק קטן וריכוזי דוגמת השוק הישראלי פעמים רבות מתאפיין השוק במספר מועט של מתחרים, אשר למרות שאף אחד מהם אינו בעל מונופולין, יש להם ביחד או לחוד כוח שוק רב. זאת ועוד. מבחינה לשונית, המונח "בני אדם המנהלים עסקים" סובל פרשנות שלפיה גם הצרכן עשוי להיחשב כמנהל עסק (במובן של מי שעושה deal או bargain) כאשר הוא מתקשר בעסקאות אשר נועדו לשפר את מצבו הכלכלי תוך מיקסום יתרונותיו האינדוידואליים אל מול התנאים הניתנים לצרכנים אחרים. עיגון לפרשנות זו ניתן למצוא בהגדרה הרחבה למונח "עסק" בסעיף 1 לחוק, שם מוגדר עסק כ"עיסוק בייצור נכס, במכירתו, בשיווקו, ברכישתו, ביבואו או ביצואו, וכן עיסוק במתן שירות או בקבלתו". המונח "עיסוק ברכישתו" סובל לטעמנו פרשנות רחבה, במסגרתה ניתן לראות גם התקשרויות עם צרכן סופי כנופלות תחת התנאי "מנהלים עסקים". מן הראוי לציין כי הדין האירופאי אינו רואה בצרכן הסופי צד

131 ד' גילה "חוזים המגבילים תחרות וחוזים של בעל מונופולין" חוזים (כרך ג, ד' פרידמן, נ' כהן עורכים, תשס"ג) 647-645, 635.

להסדר כובל. עם זאת המונח "בני אדם המנהלים עסקים" נראה לנו כסובל פרשנות מרחיבה יותר מאשר המונח המקביל בדין האירופאי ("Undertaking"). עם זאת אין לטעמנו מקום לפרש את הוראות חוק ההגבלים העסקיים כמטילות אחריות משפטית על הצרכן המתקשר בהסדר כובל. במקרים מסוג זה, יש להתייחס להסדר כלוקה באי-חוקיות של צד אחד בלבד ולהגביל את הטלת הסנקציות אך ורק לגוף העסקי האחראי לניסוח התניה הכובלת ולאכיפתה. שאם לא כן, נטיל על הצרכנים הסופיים עול כבד לבדוק אם כל התקשרות לרכישת מוצר או שירות מהווה הסדר כובל.

#### **(ד) גופים שאינם "מנהלים עסקים": פעולות שלטוניות**

קיימים גופים שונים, בייחוד גופים שלטוניים, אשר בנסיבות מסוימות אינם "מנהלים עסקים" כנדרש בחוק ההגבלים העסקיים. כך הוא הדבר למשל כאשר מבצעת המדינה, או רשות מרשויותיה, פעולה בכשירותה השלטונית. במקרים אלה חוק ההגבלים העסקיים נסוג, והדרך לתקיפת פעולות המדינה היא במישור המשפט המנהלי, תוך פנייה לבית הדין הגבוה לצדק או לבתי המשפט המנהליים בעילות הרלוונטיות. הטעם לכך הוא ברור: המדינה, בכשירותה השלטונית, רשאית ליתן משקל מכריע לשיקולים אחרים, מלבד שיקולי תחרות. כל פרשנות אחרת הייתה מכפיפה כל פעולה שלטונית לשיקולי התחרות, תוך פגיעה אפשרית ברווחת הכלל וביכולתן של רשויות השלטון להגשים את מטרותיהן. בדרך זו הלכו בתי המשפט שנדרשו לסוגיה זו. כך למשל בעניין פטרוגז<sup>132</sup> נטען כי המדינה הייתה צד להסדר כובל, במסגרתו נקבעו מחירי הגז המקסימליים לצרכן. בית המשפט העליון דחה טענות אלו, בקובעו:

"פעולתה של המדינה היתה פעולה שלטונית, שמיקומה במשפט הציבורי. אכן בידוע הוא, כי 'הממשל יכול להופיע פעם בדמות של מבצע פעולות בעלות אופי שלטוני מובהק ופעם בדמות של בעל רכוש או עסק העוסק בפעולות רכושניות, מסחריות או עסקאות גרידא, ולעיתים עשוי הוא להופיע חליפות בדמות זו או זו אף באותו ענין בשלביו או בפרטיו השונים'... לא ניתן לומר, בענייננו, כי המדינה עסקה בפעולה מסחרית. פעולתה הייתה פעולה בעלת אופי שלטוני, שמטרתה ברורה, והיא השמירה על מחיר מירבי לגז לצרכן. התערבותה של המדינה בפתרון סכסוכים שונים שהתעוררו במערכת המורכבת של אספקת גז, אף אם עלתה כדי הסכם עם בעלי פרקציות כלשהן, לא הייתה פעולה מסחרית, כי אם פעולה שלטונית, שמטרתה, במקרה ספציפי זה או אחר, להגן על אינטרסים שונים של

132 עניין פטרוגז, להלן הערה 144, בפס' 6.



סקטורים שונים, מתוך ראייה כוללת של הצורך באספקת גז לרחבי המדינה...".

השאלה היכן עובר קו הגבול בין פעולה שלטונית לבין פעילות עסקית לצורך הגשמת מטרותיה, היא שאלה מורכבת. כך למשל האם משרד החינוך מנהל עסקים כאשר הוא מתקשר בבלעדיות עם קבלן לצורך בניית בתי ספר? ראשית נציין כי המבחנים שנקבעו בעבר בדין הכללי על מנת להבחין בין פעילות שלטונית לבין פעילות מסחרית שמבצעים גופים שלטוניים הם בעייתיים. נהוג היה להבחין בין "חוזי רשות מסחריים", הכפופים לדיני משפט הפרטי, לבין "חוזי רשות שלטוניים", הכפופים למשפט הציבורי-מנהלי.<sup>133</sup> כך למשל נקבע כי חוזים שבהם מעניקה המדינה התחייבות שלטונית, כגון חוזה להעדיף יבואן או יצרן מסוים או שלא להפקיע קרקע מסוימת, הם חוזים שלטוניים.<sup>134</sup> לעומת זאת במקום שבו פעלה המדינה כבעלת נכסים, הנטייה בפסיקה הייתה לראות את החוזה כחוזה מסחרי, אולם הבחנה זו איננה מסרטטת תמיד קו גבול ברור. במרבית המקרים ההבחנה בין חוזי רשות שלטוניים למסחריים איננה פשוטה ועדיין לא נמצא מבחן המאפשר להבחין כראוי בין חוזים שלטוניים וחוזים מסחריים.<sup>135</sup> במרבית המקרים, תכליתם של חוזים שהמדינה צד להם היא "תכלית מעורבת", מסחרית ושלטונית כאחת. כיום, ההבחנה בין חוזים שלטוניים לחוזים בעלי אופי מסחרי כבר כמעט ואיננה רלוונטית, ומקובל לומר כי חוזים אלו כפופים למשטר של "דואליות נורמטיבית": הווה אומר תחולה מקבילה של דיני המשפט המנהלי ודיני החוזים.<sup>136</sup> מכאן, שאין בהבחנות שנעשו בדין הכללי על מנת לסייע בחיפוש מבחן מתאים ל"ניהול עסקים".

שאלה דומה לענייננו התעוררה בעת הגדרת המונח "עוסק", כמשמעותו בחוק הגנת הצרכן. בכמה פסקי דין אומץ "מבחן מטרת הרווח", אשר בהתאם לו המדינה תחשב כעוסק במקום שבו מטרת הפעולה היא להשיא רווחים.<sup>137</sup> מבחן מטרת הרווח מתמקד בתכליתה של הפעילות השלטונית. בהתאם לו, אין לראות במדינה כעוסק במקום שבו תכלית הפעילות היא קידום האינטרס הציבורי ורווחת הציבור. לעומת זאת במקום שבו המדינה פועלת ככל גוף אחר למטרה של השאת רווחים, הרי שהוראות חוק הגנת הצרכן יחולו

133 שלו, לעיל הערה 51, בעמ' 14, המפנה לבג"ץ 30/51 בלבן נ' עיריית תל אביב, פ"ד ו 257; ע"א 319/65 אלבלדה נ' האוניברסיטה העברית, פ"ד כ(1) 204; בג"ץ 121/68 אלקטרה (ישראל) בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד כב(2) 551.

134 שלו, שם.

135 שם.

136 המונח "דואליות נורמטיבית" נטבע לראשונה בפסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729.

137 ראו למשל ת"א (חי') 1174/98 שוורץ נ' עיריית חדרה, פורסם בנבו; בש"א (כ"ש) 7876/00 פול נ' עיריית אשקלון, פורסם בנבו.

עליה. מבחן זה עשוי להיות לעזר בהבחנה האמורה, אם מחילים אותו על המטרה העיקרית של הפעולה הספציפית ולא בהקשר רחב יותר, שכן ככלל מטרת של רשויות השלטון איננה להשיא רווחים כי אם לקיים את האינטרס הציבורי ולדאוג לרווחת הציבור.<sup>138</sup> בהחלטת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין אימתן פטור להסכם בין דגון ורשות הנמלים<sup>139</sup> הציע הממונה לקבוע מבחן מרחיב במיוחד ולהעניק למדינה פטור מהוראות החוק רק במקום שבו המדינה מבצעת פעולה משפטית נורמטיבית, הווה אומר חקיקת חוק, התקנת תקנה, הוצאת צו או יצירת כל נורמה משפטית אחרת. ביתר המקרים, הציע הממונה לראות את המדינה כמנהלת עסקים גם במידה ומעורבים בפעולותיה שיקולים שלטוניים כלשהם. המבחן המוצע מחיל למעשה את הוראות חוק ההגבלים העסקיים על חוזים שלטוניים באשר הם, שכן כריתת חוזים איננה "פעולה משפטית נורמטיבית". נראה לנו כי מדובר במבחן מרחיב מדי, המחיל את חוק ההגבלים העסקיים גם במקרים אשר מן הראוי להימנע מהסדרתם בדרך זו, שכן אחרת נמנע מהמדינה שקילת אינטרסים המתנגשים עם עקרון התחרות החופשית.

נראה לנו כי מן ראוי לאמץ את "מבחן התכלית הדומיננטית" ולהוציא את המדינה מגדרי חוק ההגבלים העסקיים, רק במקום שבו התכלית השלטונית ביסוד החוזה היא דומיננטית במיוחד ומאפילה באופן מכריע על תכליתו המסחרית. גישתנו עולה בקנה אחד עם גישתו של השופט אור בעניין א.מ. חניות, אשר בחן מהי התכלית הדומיננטית ביסוד פעולת העירייה והגיע למסקנה כי זו איננה התכלית השלטונית של הסדרת החניה בעיר.<sup>140</sup> השאלה אימתי התכלית השלטונית היא התכלית הדומיננטית, תלויה נסיבות. כך למשל הסכם בלעדיות בין משרד הביטחון לספק ציוד תכליתו העיקרית היא מסחרית. לעומת זאת ייתכן כי בעת מלחמה תכליתו של ההסדר היא בעיקרה שלטונית. על בתי המשפט להפעיל את מבחן "התכלית הדומיננטית" באופן זהיר ולהימנע מלהוציא הסדרים אשר אינם באופן מובהק בעלי תכלית שלטונית מגדרי החוק.

ניתן להשתמש בשני מבחני עזר לצורך הבחנה בין פעילות שלטונית לבין ניהול עסקים, בהסתמך על המבחנים שנעשה בהם שימוש בדין האירופאי ובדין הישראלי בסוגיות אחרות. מבחנים אלו אינם מהווים רשימה סגורה ומשקלם עשוי להשתנות ממקרה למקרה. בהתאם למבחן העזר הראשון, "מבחן החלופה האזרחית", יש לבחון אם מדובר בפעילות אשר יש

138 לביקורת על המבחן ראו למשל ס' דויטש דיני הגנת הצרכן (תשס"א), 245; רע"א 7092/94

139 *Her Majesty the queen in right of Canada* נ' אדלסון, פ"ד נא(1) 625. הממונה על ההגבלים העסקיים הסדר בין רשות הנמלים והרכבות ל"דגון" בתי ממגורות לישראל בע"מ – החלטה בדבר אי מתן פטור מאישור הסדר כובל הגבלים עסקיים 4569/269918 (2002).

140 ע"א 3700/98 א.מ. חניות (ירושלים) 1993 בע"מ נ' עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 590.

לה תחליף בשוק האזרחי.<sup>141</sup> כך למשל פעילות משטרית או צבאית היא פעילות אותה אין האזרח רשאי או מסוגל לבצע. מנגד, הפעלת בית חולים היא פעולה אשר יש לה תחליף בשוק הפרטי. במקרים שבהם קיימת חלופה בשוק האזרחי, קל יותר לראות את המדינה כמי שמנהלת עסקים. בבוחנו אם מתקיים "מבחן החלופה האזרחית" בית המשפט אינו יכול להסתפק בשאלה האם חלופה אזרחית קיימת בפועל, אלא עליו לבחון באופן רחב יותר האם מדובר בפעילות אשר כעיקרון גם גוף אזרחי מסוגל לבצע, אם ייווצרו תמריצים כלכליים מספיקים לפעולה כאמור.

בהתאם למבחן העזר השני, "מבחן הפיקוח והשליטה", יש לבחון אם המדינה פועלת כמפעילה של שירות או כיצרנית של מוצר, או שמא פעילותה מסתכמת בפיקוח שלטוני ובהתווית מדיניות בלבד. במקרים שבהם תפקיד המדינה הוא בעיקרו הסדרת השוק ופיקוח על הפעילות המתרחשת בו, הרי תהא זו אינדיקציה לכך שעסקינן בפעילות שלטונית הפטורה מעולו של חוק ההגבלים, לעומת זאת כאשר פעילות המדינה כרוכה במתן שירות, קבלת שירות או רכישת נכסים, או בייצור בעצמה, הרי תגבר הנטייה לראותה כמי שמנהלת עסקים לצורך תחולת החוק. מבחן זה הוחל במקרים אחדים על ידי בית הדין האירופאי. בעניין *Aeroports de Paris v. Commission*<sup>142</sup> למשל נקבע כי הפעלת נמל התעופה בפריס תוך שימוש בכוחות שלטוניים ובקרקע ממשלתית אינה מונעת את תחולת האיסורים ההגבליים. באותו עניין, הבחינה המועצה האירופאית בין פעולות שלטוניות טהורות של פיקוח שלטוני, לבין ניהול והפעלה של נמל תעופה העולה לכדי ניהול עסקים. מבחן דומה הוחל בדין הישראלי לצורך ההכרעה אם מן הראוי להטיל אחריות נזיקית על גופים שלטוניים,<sup>143</sup> אולם כאמור אין במבחן זה כדי לתת מענה לכל המקרים, בשל האופי הדואלי של חלק מפעולות המדינה.

### (ה) גופים אשר אינם "מנהלים עסקים": מעמדם של פעולות שלא למטרת רווח

המונח "עסק" מתקשר לרוב עם תכלית עשיית רווח. אם כן האם גופים אשר פועלים – לעניין מסוים או בכל עת – ללא מטרת רווח נכנסים להגדרת "מנהלים עסקים"? קיימים גופים רבים אשר פועלים שלא למטרות רווח, ביניהם איגודים מקצועיים וארגוני עובדים. בנוסף, ייתכנו מקרים שבהם גופים עסקיים פועלים שלא למטרת רווח, כדוגמת מתן תרומה

141 ראו עניין *Christian Poochet v. Assurances Generals de France (AGP.)*, 637-IECR [1993] שם נקבע כי הפעלת תוכנית ביטחון סוציאלי בידי משרד ממשלתי אינה מהווה ניהול עסקים, וזאת משום שאין לה תחליף בסקטור העסקי.

142 (c-82/01 P), paras 75-83, appeal from the CFI, (T-128/98), [2000] ECR II – 3939, para 109.

143 ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 915.

ועזרה לקהילה, וניתן לטעון כי בעשותם כן הם אינם "מנהלים עסקים". האומנם התכוון המחוקק להוציא גופים אלו באופן גורף מתחולת החוק? התשובה היא בשלילה והיא מתחייבת מלשון החוק וממטרתו.

מבחינה לשונית, פרשנות אחרת הייתה מייתרת חלק מהוראות החוק. כך למשל סעיף 3(9) לחוק מוציא מתחולת האיסור על עריכת הסדר כובל "הסדר שארגון עובדים או ארגון מעבידים צד לו וכל כבילותיו נוגעות להעסקתם של עובדים ולתנאי העבודה". באם ארגונים אלו, אשר אינם פועלים למטרת רווח של האישיות המשפטית הנפרדת (להבדיל מהרווח של החברים בגוף), אינם נכללים מלכתחילה בגדר החוק, מדוע קיים פטור ברור המוציאם ממנו?

אולם חשוב מכך: הוצאתם של גופים אלו מחוץ לגדרי החוק אינה עולה בקנה אחד עם תכליתו. גופים הפועלים שלא למטרת רווח עשויים לפגוע בתחרות החופשית. כך למשל איגודים מקצועיים עלולים לפגוע בתחרות אף במידה רבה יותר מאשר הגופים שאותם הם מייצגים, בשל כוחם הרב. בנוסף, גם אם תכליתו של הגוף איננה למקסם את הרווח הכלכלי לבעליו, הרי בהחלט ייתכן כי מטרתו היא למקסם את רווחיו מהעסקה הספציפית על מנת שהוא יוכל להשתמש בהם למען מטרת שאינן כלכליות גרדא, או שמטרתו היא מיקסום הרווח לחבריו (אשר אינם מהווים חלק מהאישיות המשפטית של הגוף הרלוונטי). בהתאם לכך, תכליתו של חוק ההגבלים מחייבת כי גם התנהלותם של גופים אלו תיבחן בהתאם להוראות החוק. אכן, בפסיקה הישראלית נקבע במקרים אחדים, אם כי באופן אגבי, כי המונח "מנהלים עסקים" חל גם על עסק המתנהל שלא למטרת רווח.<sup>144</sup> בדומה, תיתכן פגיעה בתחרות גם במקום שבו לכאורה פועל גוף עסקי ללא כוונת רווח מידי. כך למשל הציעה חברת מיקרוסופט לתרום לבתי ספר בארצות-הברית מחשבים שבהם מותקנת תוכנה מתוצרתה בשווי כמיליארד דולר על מנת ליישב תביעה ייצוגית שהוגשה כנגדה.<sup>145</sup> לכאורה מדובר בתרומה ראויה, אלא שפלח השוק של בתי הספר נשלט באותה העת בידי חברת אפל, חברה מתחרה למיקרוסופט וקטנה ממנה באופן משמעותי. משמעות קבלת הצעתה של מיקרוסופט הייתה השתלטות של החברה גם על פלח שוק זה תוך פגיעה משמעותית בתחרות בשוק. נראה לנו כי גם מקרים אלו אין מקום להוציא מתחולת החוק.

### (ו) דוקטרינת "היישות הכלכלית האחת"

שאלה נוספת העולה בהקשר זה היא אם התנאי כי מדובר ב"בני אדם המנהלים עסקים" מתקיים במקום שבו עסקינן בהסדר פנימי בין יחידות שונות המהוות חלק מאישיות

144 עניין פטרולגו, לעיל הערה 122, בעמ' 603; הממונה על ההגבלים העסקיים הכרזה על הסדר כובל בין המתחרים במכרז בזק קובץ החלטות 71, 84.  
145 *In re Corp. Microsoft Antitrust Litigation*, 185 F. Supp. 2d 519 (D. Md. 2002)

משפטית נפרדת אחת או בין גופים המהווים חלק מאשכול חברות. כאשר מדובר ביחידות עסקיות המהוות חלק מאישיות משפטית כלכלית אחת, ניתן לטעון טענה פרשנית כפולה, המובילה למסקנה כי התשובה לכך היא בשלילה. ראשית, אין המדובר בבני אדם המנהלים עסקים, שכן גורמים שונים בתוך יחידה עסקית אחת מנהלים עסק אחד במשותף. שנית ובדומה, ניתן לטעון כי אין המדובר בבני אדם המנהלים עסקים כי אם בכך אדם אחד, הגם שהוא פועל באמצעות אורגנים רבים, אשר מטבע הדברים איננו מסוגל לנהל עסקים עם עצמו. בהתאם לכך, יחידות עסקיות שונות בתוך אותו גוף משפטי לא יקיימו את התנאי כי מדובר בבני אדם המנהלים עסקים.

מה הדין במקום שבו עסקינן באישיות משפטיות נפרדות, המהוות חלק מיישות כלכלית אחת, למרות ההבחנה המשפטית-טכנית ביניהם? במקרה זה יתפוס רק הטיעון הראשון ולא השני המפורטים לעיל, אולם עדיין הדין הרצוי הוא כי הם לא ייחשבו כבני אדם המנהלים עסקים לצורך החלת הוראות חוק ההגבלים העסקיים. הטעם לכך הוא שמבחינה כלכלית הגופים פועלים יחדיו, למען מיקסום הרווח המצרפי, ועל כן יש לאפשר להם לבצע פעולות פנימיות ללא החלת האיסור על עריכת הסדר כובל על פעולות אלו. כלל אחר היה פוגע בפעילות התקינה של גופים עסקיים והיה מונע פיצול טכני של הגוף העסקי למספר אישיות משפטיות נפרדות, גם במקום שפיצול כאמור יעיל לגוף המתפצל ואיננו משפיע על מידת הפגיעה בתחרות. לשון אחר, הדין הרצוי "מרים מסך" ובוחר את מערכת היחסים הכלכלית בין הצדדים מעבר למבנה המשפטי הפורמלי.

הדין האירופאי מאמץ הלכה דומה, הקרויה דוקטרינת "היישות הכלכלית האחת". בעניין *Hydrotherm v. Andreoli*<sup>146</sup> למשל קבע בית הדין האירופאי כי קבוצה של תאגידים הנשלטים בידי אדם אחד הם לצורך תחולתו של החוק "אדם" אחד. הדוקטרינה חלה רק במקום שבו מתקיימים בין הצדדים יחסי שליטה. כך למשל בעניין *Gosnrl Mortel*<sup>147</sup> נקבע כי שליטה של 50% במיזם משותף אינה מספקת על מנת שיראו אחת מחברות האם ואת המיזם כאדם אחד.

הדין הישראלי מכיר אף הוא בהצצה מעבר למסך ההתאגדות הפורמלית לצורך תחולת האיסור על עריכת הסדר כובל. סעיף 3(5) לחוק מוציא באופן מפורש מגדר סעיף 2 לחוק "הסדר שהצדדים לו הם חברה וחברת בת שלה". סעיף 1 לחוק מגדיר חברת בת כ"חברה שחברה אחרת שולטת בה". מכאן, שחברה שולטת וחברה נשלטת נחשבות בהתאם לחוק כגוף עסקי אחד ופטורים מתחולתו.<sup>148</sup> המחוקק בחר אפוא להרים את מסך ההתאגדות

146 ECR 2999 [1984] (170/83).

147 5 CMLR 586 [1992].

148 הממונה על ההגבלים העסקיים עסקאות אלסינט בע"מ – *Picker International Inc.* ואלסינט בע"מ – *GE Medical Systems* – החלטה בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל פרסום

ולהציץ מעבר למבנה הפורמלי של אשכול חברות אל עבר מהות היחסים בין החברות השונות על מנת לקבוע אם מדובר בגוף עסקי אחד. נשאלת השאלה אם תחולתה של דוקטרינת היישות הכלכלית האחת בדין הישראלי מוגבלת אך ורק לחריג הקבוע בסעיף 3(5) לחוק, או שמא ניתן ליישם גם היבטים אחרים של הדוקטרינה במסגרת פרשנות התיבה "בני אדם המנהלים עסקים". מחד, ניתן לטעון כי חריג מהווה הסדר שלילי ועל כן כל מבנה עסקי אחר, הגם שהוא פורמלי בלבד, לא יופטר מהוראות החוק. מאידך, ניתן לטעון כי פרשנות זו אינה עולה בקנה אחד עם דרישת החוק כי ההסדר יתקיים בין "בני אדם המנהלים עסקים" וכן הוא יפריע לפעילות התקינה של עולם העסקים, אשר לעתים מפריד טכנית בין גופים משפטיים שונים, לצרכים אשר אין להם ולא כלום עם פגיעה בתחרות, דוגמת שיקולי מיסוי וניהול סיכונים. לדעתנו, הפרשנות השנייה, הבוחנת את קיומם של יחסים עסקיים בין הצדדים מעבר לחריג הקבוע בסעיף 3, מהווה דין רצוי. בהתאם לפרשנות זו, חריג הקבוע בחוק מיועד להבהיר כי חוק ההגבלים אינו מתייחס רק למבנה הפורמלי של השוק אלא בוחן את מהות היחסים בין הגופים העסקיים לבין עצמם, וכן ליצור ודאות ביחס לחברת אם ובנותיה. פרשנות אחרת הייתה מביאה לתוצאות אבסורדיות. כך למשל הסדר כובל בין חברת אם לבין חברת בת שאיננה בשליטתה המלאה היה פטור מתחולת החוק, אך הסדר בין שתי חברות בנות הנמצאות בבעלות מלאה של חברת האם, או בין חברת האם לבין חברה נכדה המצויה בבעלות מלאה של חברת הבת המצויה בבעלות מלאה של חברת האם, לא היה פטור כיוון שאינו נכנס לגדר הפטור המפורש הקבוע בחוק. אכן, דומה כי הפסיקה בישראל אימצה את הפרשנות השנייה.<sup>149</sup>

בה בעת, אין לתת לדוקטרינה פרוש מרחיב ויש להחילה רק במקום שבו היא מתיישבת עם תכלית החוק. בבואו לבחון אם הדוקטרינה חלה במקרה מסוים, על בית המשפט לנתח את מערכת היחסים העסקית החלה בין הצדדים בפועל. אם חלים בין הצדדים יחסי שליטה, או במידה ושתי החברות מהוות חלק אינטגרלי מיחידה עסקית הפועלת כגוף אחד, אין לקבוע כי התנאי של "בני אדם המנהלים עסקים" התקיים. אולם במקום שבו האינטרס של הגופים השונים איננו זהה כך שאין לראות בגופים שהם צד להסדר חלק מאורגן הפועל יחדיו למען מטרה משותפת בכל האספקטים העסקיים הרלוונטיים, יש לקבוע כי התקיים התנאי האמור. המבחן צריך להיות מהותי-כלכלי ולא להסתמך רק על הבחנות שעורך הדין לצרכים אחרים.<sup>150</sup>

3001950 (1999). נקבע כי גם במידה ואחוזי השליטה בחברת הבת נמוכים מ-50%, אך שליטה אפקטיבית עדיין קיימת, ההסדר יוצא מתחולת החוק.  
149 ראו למשל עניין טגר, לעיל הערה 125, בפס' 84 להכרעת הדין; ת"פ 149/96 מדינת ישראל נ' תנובה, מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית לישראל בע"מ, פורסם בנבו.  
150 ראו ישראלי, לעיל הערה 7.

ההבחנה האמורה עשויה להשתנות גם על פני ציר הזמן. כך למשל בדנ"א טבעול, נקבע כי הסכם פרידה בין חברות למיזם משותף מהווה הסדר "בין בני אדם המנהלים עסקים", כיוון שהוא קובע את גודלי התחרות בין שתי אישיות משפטיות נפרדות אשר לא מהוות חלק מיחידה עסקית אחת. החלטה זו מהווה דין ראוי, בהבחנה בין תניות פנימיות למיזם החלות בעת פעילותו, לבין תניות חיצוניות לפעילות המיזם החלות, בין היתר, לאחר תום תקופת פעילותו. בית הדין להגבלים עסקיים אימץ גישה דומה בעניין תנובה, שם נקבע כי צדדים למיזם משותף אינם מהווים חלק מישות כלכלית אחת בכל הנוגע לפעילות החורגת מגדרו של המיזם המשותף.<sup>151</sup> נציין כי עצם הקמת המיזם עשויה להוות, כשלעצמה, הסדר "בין בני אדם המנהלים עסקים". בעניין קרטל הלולבים למשל, טענו הצדדים, אשר התקשרו במיזם משותף לממכר לולבים ובכך מנעו את התחרות ביניהם שהייתה קיימת טרם הקמת המיזם, כי עצם עובדה שהם פועלים במסגרת מיזם משותף מאיינת את התקיימותו של התנאי של "בני אדם המנהלים עסקים", בהיות המיזם "אדם אחד". בית הדין דחה טענה זו בקובעו כי עבירת ההסדר הכובל התגבשה בעצם כניסתם של הצדדים, אשר פעלו קודם לכן כאישיות משפטיות נפרדות, למיזם המשותף. פרשנות אחרת הייתה מאפשרת למתחרים להתחמק מקיום הוראות החוק על ידי הקמת מיזם משותף.<sup>152</sup> בדומה, ייתכן כי שינויים בבעלות בין גופים שונים במשק, היוצרים יחסי שליטה של גוף אחד במשנהו, הם, שלעצמם, הסדר כובל או מיזוג (בהתקיים התנאים הקבועים לכך בחוק). גם במקרים אלו דוקטרינת הישות הכלכלית האחת לא פוטרת מתחולת החוק שינויי בעלות אשר יש בהם בכדי להגביר את הריכוזיות בשוק ולפגוע, פוטנציאלית, בתחרות בו.

שאלה המתעוררת לעתים קרובות היא אם תניות אי-תחרות בחוזה העסקה אשר נחתם בין עובד למעביד, עונות על התנאי הקבוע בחוק. בית המשפט העליון קבע בדנ"א טבעול<sup>153</sup> כי תניות אי-תחרות בין צדדים למיזם משותף נכללות במסגרת סעיף 2(א), כיוון שמדובר בתניות אשר מיועדות מלכתחילה לחול לאחר סיום יחסי השותפות, בעת שלא יהיו הם חלק מה"עסק". לשיטתנו, הרציונל של החלטה זו חל גם על תניות אי-תחרות בין עובד למעביד, מהטעם שעליו עמד בית המשפט. עם זאת בתי הדין לעבודה מתעלמים באופן שיטתי מהלכת טבעול בבחינת תוקפן של תניות אי-תחרות, בקובעם כי התניה מהווה חלק אינטגרלי מיחסי העבודה בגדר עסק אחד.<sup>154</sup> פרשנות מרחיבה זו לדוקטרינת הישות

151 ת"פ תנובה, לעיל הערה 149, פס' 87 להכרעת הדין; עניין טגר, לעיל הערה 125, פסקה 84 להכרעת הדין.

152 ת"פ 1126/00 מדינת ישראל נ' בלילי, פורסם בנבו (להלן: פרשת קרטל הלולבים).

153 דנ"א טבעול, לעיל הערה 29, בס' 34-35 לפסק דינו של השופט חשין.

154 ישראלי, לעיל הערה 7, המפנה לבש"א (ת"א) 3308/02 גירית בע"מ נ' מוטי אביב, פורסם בנבו; בש"א (ת"א) 5372/02 הולומדיה טכנולוגיות בע"מ נ' חן, פורסם בנבו; בש"א (ת"א) 881/03 מרכז רפואי בנימינה בע"מ נ' אהרנוב (לא פורסם, ניתן ביום 2.4.03).

הכלכלית האחת, המוציאה מגדרי סעיף 2 את כל תניות אי-התחרות, איננה ראויה, והיא עומדת בסתירה ללשון החוק ולתכליתו, כמו גם להלכת טבעול. פרשנות שכזו מתעלמת ממועד יצירת ההסדר וממועד תחולתו. בעוד שאין כל ספק כי הסדרים שמועד תחולתם הוא בעת שהצדדים פועלים כחלק מיחידה עסקית אחת עשויים להיכלל במסגרת הדוקטרינה, אין כך הדבר בכל הנוגע להסדרים שנכרתו עוד בטרם היות הצדדים במסגרת יחידה כלכלית אחת או מועד תחולתם הוא בעת שהצדדים אמורים להתחיל להתחרות זה בזה, דוגמת תניות אי-תחרות החלות עם תום יחסי העבודה.<sup>155</sup> כמובן שבמרבית הסדרים אלו לא יתקיים תנאי הפגיעה בתחרות שיפורט להלן.

### 5. יסוד הכבילה: "לפחות אחד הצדדים מגביל את עצמו"

התנאי השלישי הקבוע בסעיף 2 לחוק מחייב שלפחות אחד הצדדים להסדר יגביל את עצמו באופן העלול לפגוע בתחרות. כפי שיפורט להלן, יסוד הכבילה הוא אחד מהיסודות הבעייתיים ביותר בסעיף 2(א) לחוק. הסיבה לכך היא שכבילה מסוימת קיימת בכל מערכת יחסים הסכמית באשר היא. על כן הצעת החוק החדשה, המבקשת למחוק תנאי זה היא הצעה ראויה. מן הראוי לציין כי דרישת הכבילה היא ייחודית לדין הישראלי. הדין האירופאי והאמריקני אינם מתנים את האיסור ההגבלי בקיומה של "כבילה", ומסתפקים בכך שההסדר עשוי להגביל את התחרות בשוק.<sup>156</sup> עד שיימחק יסוד זה מספר החוקים, נציע לו פרשנות ראויה.

חלק מבתי המשפט ומהמלומדים העוסקים בתחום אימצו פירוש מילולי ליסוד הכבילה. כך למשל בפרשת הפניקס קבע בית המשפט המחוזי כי כבילה משמעותה צמצום חופש הבחירה, וכי כאשר מצטמצמות אפשרויות הבחירה של צד להסדר, יש לומר כי אותו צד הגביל את עצמו.<sup>157</sup> פרשנות מרחיבה ליסוד הכבילה הוצעה גם על ידי השופטת מזרחי:<sup>158</sup>

נמצאנו למדים, שהמונח 'מגביל עצמו' (בסעיף 2(א)) לוכד כל התקשרות בין עסקים. כל התקשרות 'מגבילה' את העסק במידה זו או אחרת, אפילו אם נשמר חופש הפעולה המשפטי שלו בשוק. אמנם, מן ההיבט של השמירה על התחרות אין צורך שמונח זה ילכוד כל עסקה פעוטה בין עסקים, אך יש

155 ראו דבריו של השופט חשין בדנ"א טבעול, לעיל הערה 29, בעמ' 92.

156 Section 82 of the Treaty of Rome, 1957; Section 1 of the Sherman Act 1890.

157 ת"פ הפניקס, לעיל הערה 33.

158 מ' מזרחי "מיזם משותף כהסדר כובל" משפטים כג (תשנ"ד) 213, 223. ראו גם מ' בורנובסקי "על יסודות הכבילה שבהסדר ותוצאתה – חדש ואין חדש" מחקרי משפט ה (תשמ"ז) 125, 132; הממונה על ההגבלים העסקיים הסכם בין חברות הדלק "דלק" ו"סונול" לשיווק משותף של מערכת "דלקן 2000" – קביעה בגין הסדר כובל פרסום 3001363 (1997).



טעם בכך שכל עסקה, שיש לה חשיבות מבחינת גריעה ממשאביו החופשיים של העסק, לא תצא ממעגל הפיקוח...".

המבחנים האמורים יחייבו למעשה את בתי המשפט לקבוע כי קיימת כבילה בכל הסכם באשר הוא, שכן כל הסכם שהוא מצמצם את האפשרויות העומדות בפני אחד הצדדים לחוזה.

אולם פירוש מילולי זה ליסוד הכבילה אינו מוסיף דבר לתניות החוק, ולמעשה ייתר את יסוד הכבילה.<sup>159</sup> על בעייתיות זו ביסוד הכבילה עמד הנשיא זילר בעניין קיסין:<sup>160</sup>

"פירוש מילולי גרידא של הוראות החוק, לא רק שיביא לתוצאות אבסורדיות שתטופנה את בתי המשפט בתביעות פליליות ואזרחיות אלא הוא יהפוך חלק מההסדרים המקובלים בין הבריות ובתוך החברה לאסורים ובלתי כשרים. יתרה מכך, אינני בטוח אם פירוש מילולי גרידא של החוק לא יכניס חלק גדול של התקשרויות חוזיות למסגרת החוק, שהרי מכוח המילה 'חוזה' יש בכל חוזה הגבלה מסוימת של החירות והחופש לעשות פעולה בעתיד, זאת נוכח ההתחייבויות המוטלות על הצדדים או צד לחוזה. פירושים אלה, על אף היותם עולים אולי בקנה אחד עם מילות החוק, מחטיאים בעליל את הכוונה המוצהרת שלו, ומרוקנים אותו מכל תכלית אפקטיבית".

כמה בתי משפט ניסו לצמצם את היקף תחולתו של האיסור ההגבלי על ידי מתן פרשנות מצמצמת ליסוד הכבילה. כך למשל בעניין אולמי לחיים,<sup>161</sup> שבו דובר בהסדר בלעדיות בין בעל אולם חתונות לבין צלמת, קבע השופט לנדוי כי יסוד הכבילה אינו מתקיים, שכן "בעל המקרקעין הינו בן-חורין שלא לתת את הזכיון בכלל, ואם הוא נותנו בכפוף לתנאים [מגבילים], אין הוא נוטל דבר ממקבל הזכיון שהיה בידיו של הלה קודם לכן".<sup>162</sup> על הלכה זו חזר גם השופט ריבלין בעניין חניות.<sup>163</sup> כפי שפרטנו במקום אחר, פרשנות זו ליסוד

159 ראו דבריו של הנשיא זילר בת"א (י"ם) 961/91 פזגו חברה לשיווק בע"מ נ' דור אנרגיה (1988) בע"מ, פורסם בנבו.

160 שם.

161 ע"א 626/70, לעיל הערה 120.

162 שם, בעמ' 829.

163 ע"א א.מ. חניות, לעיל הערה 140. לא למותר לציין כי בעקבות ההחלטה בע"א 626/70 תוקן חוק ההגבלים העסקיים והוסף לו הפטור הקבוע בס' 3(3) לחוק, הפוטר מתחולת החוק, בשונה מהלכת שמעוני, "הסדר שנעשה בין מי שמקנה זכות במקרקעין לבין מי שרוכש את הזכות, שכל כבילותיו נוגעות לסוג הנכסים בהם יעסוק רוכש הזכות באותם מקרקעין". נקל לראות כי מדובר בהסדר מצומצם יותר, אשר יש בו כדי להכשיר רק הסדרים הנוגעים לסוג

הכבילה היא בעייתית<sup>164</sup> שכן היא אינה עולה בקנה אחד עם תכליתם של דיני ההגבלים העסקיים. דיני ההגבלים העסקיים נועדו להגן על אינטרס של צד שלישי להסדר כובל, הציבור הרחב, מפני פגיעה בתחרות גם במקרים שזכות זו מתנגשת עם החופש החוזי והקנייני של הצדדים להסדר. גם אם מקבל הזכות בנכס לא נפגע במקרה שמתקשרים עמו בתנאים, הרי נפגע חופש ההתקשרות של נותן הזכות להתקשר עם צדדים שלישיים שהם מתקשרים פוטנציאליים בדבר הענקת הזכות, וכן נפגע חופש ההתקשרות של אותם מתקשרים פוטנציאליים להתקשר עם נותן הזכות. על כן הנמקה זו, המכשירה הסדרים רק מן הטעם שבעל הקניין יכול היה לעשות את הפעולה נשוא ההסדר בעצמו, בלא לבחון את השלכותיה האפשריות על התחרות בשוק, אינה עולה בקנה אחד עם תכלית חוק ההגבלים. כמו כן, ניתוחו של בית המשפט מתייחס למצב טרום הכבילה ולא לתוצאתו של ההסכם, לאחר שנחתם. שכן, לאחר שנחתם החוזה חופש ההתקשרות של בעל המקרקעין, כמו גם של צדדים שלישיים, מוגבל בעניין נשוא הכבילה.<sup>165</sup> נוסף על כך, אם מפרשים את הלכתו של השופט ריבלין כחלה רק על הגבלה על מקרקעין, הרי מקרקעין הם ככל תשומה אחרת בפעילות עסקית, ועל כן אין מקום ליתן להם הגנה מיוחדת.<sup>166</sup> החלטתו המורכבת והבעייתית של בית המשפט נבעה מהרצון שלא יצא חוטא נשכר – שצד המפר חוזה שביטולו אינו נדרש להגנה על התחרות, לא יוכל לבטלו וליהנות מכך – אולם הפתרון של בית המשפט אין לו ולא כלום עם מטרות חוק ההגבלים ולשונו המפורשת. אין בסיס בלשון החוק או במטרותיו לפטור גורף להסכמים הנובעים מבעלות מקרקעין-קניינית. פרשנות מצמצמת נוספת ליסוד הכבילה אומצה על ידי השופטת חיות בעניין לשכת שמאי המקרקעין בישראל.<sup>167</sup> באותו מקרה נדונה חוקיותו של מכרז שהוציאה המדינה ושנועד לבחירתם ולקביעת שכרם של שמאים פרטיים במתן שירותי שמאות מקרקעין בעבור משרדי ממשלה. בקובעה כי לא הוכחו היסודות הנדרשים לקיומו של הסדר כובל, קבעה השופטת חיות כי אין לראות "ככבילה" קביעת תנאי סף של מחיר מקסימום באותו מכרז.<sup>168</sup> כדבריה:

העסק. לבטח אין בסעיף הפטור בכדי להכשיר הסדר להכתבת מחירים שייגבו בחניון. גל, לעיל הערה 7.

164 גל, שם.

165 גל, שם.

166 ראו גילה "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוק?", לעיל הערה 7, בעמ' 770-771.

167 עע"מ 6464/03 לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים – אגף שומת מקרקעין, פ"ד נח(3) 293, בפס' 15 לפסק הדין, ראו בנוסף את דבריו של השופט חשין בבקשה לדיון נוסף, דנ"מ 2142/04 לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים – אגף שומת מקרקעין, פורסם בנבו, בפס' 7 להחלטה.

168 עניין לשכת שמאי המקרקעין, שם.

”השאלה העקרונית מהי ‘כבילה’ כמשמעותה בסעיף 2(ב) רישא, היא שאלה מורכבת ולצורך המקרה שלפנינו, לא ראיתי צורך לקבוע בה מסמרות. די אם אומר כי על פי הפירוש התכליתי והראוי של מונח זה, אין לראות כ’כבילה’ את ‘מחיר המקסימום’ שנקבע כ’תנאי סף’ במכרז הנדון... קביעת רף עליון של מחיר... איננה מהווה בעיני כבילה. קל וחומר כאשר במכרז עסקינן... המאופיין, מעצם טבעו, בהליך תחרותי... פירוש אחר של חזקת המחיר... עלול להוביל לתוצאה לפיה כל התמקחות בין מזמין שירות לבין נתן שירות זה או אחר, אשר במהלכה מבקש מזמין השירות לקבוע רף עליון למחיר העסקה בשלב הטרום חוזי, תיצור ‘הסדר כובל’”.

השופטת חיות מציעה אפוא לאמץ פרשנות תכליתית למונח “כבילה”, המבוססת על עקרונות של תבונה ושכל ישר. ההחלטה איננה מפרטת את הקריטריונים אשר שימשו כבסיס לתוצאה זו,<sup>169</sup> אולם ניתן להניח כי תוצאה זו נגזרת מן העובדה שהגבלת המחיר נדרשה לשם קיום הליכי מכרז יעילים והיא לא כבלה את המציע בהצעתו, למעט בדרך של קביעת רף עליון למחיר שבעל המכרז מוכן לשלם. פרשנות דומה ניתן למצוא בפסק דינו של השופט עדיאל בעניין איגוד נותני שירותי הסעד.<sup>170</sup>

מבחינת הדין הרצוי, אנו סבורים כי יש לבטל את דרישת הכבילה. במקביל יש גם לצמצם את היקפן של החזקות החלוטות לאותם מקרים שבהם הפגיעה בתחרות היא מוכחת. בדרך זו, ייכנסו לגדרי החוק רק אותם מקרים אשר פוגעים בתחרות ולא יהא צורך ביסוד הכבילה, אשר כאמור הוא חלק אינהרנטי מכל עסקה ולא מוסיף דבר על יתר יסודות החוק. דרך זו אומצה בהצעת החוק.

עם זאת עולה השאלה אם במגבלות הדין המצוי אין זה מן ההכרח להעניק פרשנות תכליתית ליסוד הכבילה. בשאלה זו התחבטנו רבות. מחד גיסא, פרשנותו הרחבה של החוק עשויה להכתיים גם הסדרי מכר פשוטים ולגיטימיים כהסדרים כובלים אסורים, אשר הצדדים לעשייתם כפופים לאחריות פלילית. פרשנות תכליתית ליסוד הכבילה עשויה לסייע למנוע תוצאה זו, אולם מאידך גיסא, נראה כי כל ניסיון להעניק פרשנות מצמצמת ליסוד הכבילה נעשה באמצעות החדרת יסוד הפגיעה בתחרות למקום שאליו הוא איננו שייך. במילים אחרות, בתי המשפט השונים אשר צמצמו את יסוד הכבילה, בחנו למעשה במסגרת יסוד זה את מידת פגיעתו של ההסדר בתחרות והגיעו למסקנה כי אין לאסרו. תוצאה זו איננה רצויה. עמדתנו היא כי הדרך העדיפה לילך בה, עד לתיקון החוק, היא עשיית שימוש נרחב בפרשנות תכליתית של היסוד הרביעי של עבירת ההסדר הכובל ובכללל זוטי הדברים על מנת

169 ש.ס.

170 עת”מ (י”ם) 201/01 איגוד נותני שירותי הסעד נ’ המוסד לביטוח לאומי, פורסם בנבו.

לפטור מתחולת החוק הסדרים שפגיעתם בתחרות אינה משמעותית. מסקנתנו היא אפוא כי יסוד הכבילה אינו המקום המתאים לצורך צמצום הוראות החוק, וכי הפרשנות הראויה לו היא הפרשנות המילולית, אשר בהתאם לה כבילה משמעותה צמצום חופש הבחירה.

## 6. יסוד הסתברותי לפגיעה בתחרות

התנאי הרביעי הנדרש לקיומו של הסדר כובל הוא כי ההסדר "עלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים". משמע, לשם קיום הסדר כובל אין הכרח כי ההסדר יפגע בתחרות בפועל, ודי בהסתברות לפגיעה פוטנציאלית בתחרות כדי להכניסו לגדרי החוק. השפעתו של ההסדר על התחרות אינה חייבת להיות ישירה והיא יכולה להתרחש גם בעקיפין. בדרישה ליסוד ההסתברותי לפגיעה בתחרות היגיון רב. קיימים מקרים רבים שבהם חוקיות ההסדר נבחנת עוד בטרם נבחנה השפעתו על התחרות בפועל. כך הוא המצב למשל כאשר הסדר כובל מתגלה עוד בטרם הוצא אל הפועל. מסיבה זו בחר המחוקק לקבוע בסעיף 2(א) לחוק מבחן הצופה פני עתיד.<sup>171</sup>

מהי דרגת ההסתברות הנדרשת לפגיעה בתחרות על מנת שיסוד זה יתקיים? בדין הישראלי קיימים כמה מבחנים הסתברותיים, ברמות שונות. מבחן אחד, שבו נעשה שימוש במשפט הפלילי והמנהלי, הוא "מבחן הוודאות הקרובה".<sup>172</sup> מבחן זה דורש הסתברות ברמה גבוהה לקיום הפעולה הנבחנת. במבחן זה נעשה שימוש בייחוד בעבירות שבהן מעורבות חירויות יסוד, כגון חופש הביטוי וחופש ההפגנה. אנו סבורים כי מבחן זה אינו מתאים למאטריה ההגבלית, שכן הוא יטיל קשיים מרובים מדי על רשויות האכיפה, בשל אופיה הספקולטיבי של הפגיעה בתחרות הנגרמת בשל ההסדר. זאת ועוד, ייתכנו מקרים שבהם ייווצרו הסדרים כובלים במטרה להפחית את התחרות החופשית, הגם שסיכויי ההתפתחות של אותה תחרות אינם ודאיים ואף רחוק מכך. כך למשל ייתכן הסדר חוסם יבוא גם במקום שבו בעתיד הקרוב לא קיימים יבואנים שכוונתם לייבא מוצר מתחרה. הסדרים אלו מן הראוי לאסור, הגם שכאמור פגיעתם בתחרות איננה ודאית. במקום מבחן הוודאות הקרובה ראוי לאמץ מבחן מקל יותר, "מבחן האפשרות הסבירה" (או הממשית), שבו נעשה שימוש בעבירות מסוגים מסוימים.<sup>173</sup> לשם קיומו די בהוכחת אפשרות ריאלית לפגיעה

171 ראו הממונה על ההגבלים העסקיים ענף דלתות הבטחון – קביעה בגין הסדר כובל פרסום 3003977 (1995), בפס' 77.

172 בג"ץ 73/53 קול העם בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871; ע"פ 697/98 סוסצקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 289. מבחן הוודאות הקרובה מזכיר במידה רבה את "מבחן הסכנה הברורה ומידית" (Clear and present danger), אשר נקבע בידי השופט Holmes בפסיקה האמריקנית; ראו *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919), וכן דעת המיעוט המפורסמת בעניין *Abrahams v. United States*, 250 U.S. 616, 624-631 (1919).

173 ע"פ 6696/96 בנימין כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 535.

בערך החברתי המוגן, במקרה זה חופש התחרות. מבחן זה אומץ על ידי הממונה על ההגבלים העסקיים.<sup>174</sup>

את "האפשרות הסבירה" לפגיעה בתחרות יש לבחון בהתאם לנסיבות המקרה הנדון. בשל העובדה כי עסקינן במבחן הסתברותי, לצורך החלתו אין צורך לבצע ניתוח מדויק של מצב התחרות בשוק וניתן להסתפק בבחינה מעמיקה פחות, כל עוד הוכחה אפשרות סבירה לפגיעה בתחרות,<sup>175</sup> אולם אל לו לבית המשפט להסתפק בניתוח קצר טווח של ההשפעה המידית של ההסדר. לצורך החלת המבחן יש לערוך ניתוח דינמי וארוך טווח של השוק הרלוונטי, על מנת לבחון את כל ההשפעות האפשריות של ההסדר על מצב התחרות בשוק. על הבדיקה להתמקד בהשפעותיו של ההסדר העומד לדיון על מצב התחרות בשוק, ולהתייחס לשאר תנאי השוק אשר אינם מושפעים מההסדר כאל תנאים נתונים, אשר על רקעם נבחנת השפעת ההסדר. במלים אחרות, הבדיקה מחייבת את החלת "מבחן האלמלא" – דהיינו מה יהא מצב התחרות אלמלא ההסדר. אם התחרות תיפגע גם ללא קשר להסדר, אין לקבוע כי התקיים התנאי הנבחן אלא אם ההסדר יחמיר את הפגיעה האמורה או שמטרתו להנציחה. תוצאות הבחינה צריכות לשקלל את כל הגורמים אשר עשויים להשפיע על מצב התחרות בשוק, בהתאם לסבירותם היחסית, ולא להתייחס לכל אירוע בנפרד. ככל שהסבירות לשינוי בתנאי השוק – בין כתוצאה מההסדר ובין כתוצאה משינוי שאינו מושפע מקיומו של ההסדר – נמוכה יותר, כן יש להעניק לשינוי זה משקל פחות לצורך חישוב האפשרות הסבירה לפגיעה בתחרות, וההיפך. כך למשל במקום שבו הסיכון לתחרות מותנה בירידה במספר המתחרים הפועלים בשוק, יש לבצע ניתוח דינמי של השוק הרלוונטי, ולבחון מהו הסיכוי כי מספר המתחרים בשוק אכן יירד. אם הסיכוי הוא גדול, יש להעניק לכך משקל גדול יותר בהחלטה, ולהיפך.

אנו סבורים כי מדיניות משפטית ראויה מחייבת מתן פרשנות מרחיבה למבחן ההסתברותי. במקום שבו קיים סיכון כלשהו לפגיעה בתחרות, על בתי המשפט להתחשב, נוסף על סיכון לפגיעה בתחרות, גם בעוצמת הפגיעה האפשרית בה. במילים אחרות, בבואו להכריע אם יש בהסדר משום סכנה לפגיעה בתחרות בשוק על בית המשפט לבחון את תוחלת הנזק, קרי האפשרות להתרחשותו במכפלה בגובהו. עצם העובדה כי הסיכוי להתרחשות פגיעה בתחרות הינו נמוך יחסית, אין די בה על מנת לקבוע כי ההסדר פטור מעולו של החוק במקום שבו הפגיעה בתחרות, במידה ותרחש, היא פגיעה משמעותית.

174 ראו בהקשר זה את החלטת הממונה בעניין נצב"א, לעיל הערה 121, שם נקבע כי די בכך שהפגיעה בתחרות "תוצאתו המסתברת של ההסדר". למבחן דומה בדין האירופאי ראו למשל R. Whish *Competition Law* (4<sup>th</sup> ed., 2001), 112.  
175 עניין טגר, לעיל הערה 125, בפס' 16 להכרעת הדין.

(א) מישורי הפגיעה בתחרות<sup>176</sup>

סעיף 2(א) דורש כי אחד הצדדים להסדר יגביל את עצמו באופן העלול "למנוע או להפחית את התחרות בעסקים, בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר". ניסוח זה יצר בעיות רבות. הסעיף חל, לפי לשונו, על הסדרים שבהם הפגיעה בתחרות היא בין הצד המגביל את עצמו לבין מתחריו בשוק. הוא אינו חל, לפי לשונו, על הסדרים שבהם הפגיעה היא בתחרות שבין הצד הנהנה מהכבילה לבין מתחריו. פרשנות לשונית-דווקנית מוציאה אפוא מגדרו של החוק הסדרים כובלים אנכיים רבים, אשר פגיעתם בתחרות עשויה להיות משמעותית. ניקח לדוגמה הסדר בלעדיות בין חברת תנובה לבין רשתות השיווק, שבו מתחייבות רשתות השיווק לבלעדיות כלפי תנובה. בהסדר שכזה, הפגיעה בתחרות איננה בין רשת השיווק המגבילה את עצמה לבין מתחרותיה, כי אם דווקא בין תנובה, הצד הנהנה מהכבילה, לבין מתחרותיה. פרשנות לשונית של הסעיף תוציא הסדר זה, והסדרים רבים כמותו, מגדרי החוק.

פרשנות לשונית זו אומצה על ידי בית המשפט העליון בפסק הדין שטרן.<sup>177</sup> באותו מקרה נדונה תנית אי-תחרות בחוזה ייעוץ שנחתם בין יינן זר לבין יקב ישראלי. בית המשפט המחוזי קבע כי אין המדובר בהסדר כובל, שכן אין במגבלת העיסוק שמוטלת על שטרן כדי למנוע או להפחית את התחרות בין שטרן (העוסק בייעוץ) לבין "הצדדים האחרים להסדר", קרי יקבי רמת הגולן (העוסקת בייצור ובשיווק), שכן אין הם מתחרים זה בזה.<sup>178</sup> בדומה, אין בהגבלה כדי למנוע או להפחית את התחרות בין שטרן לבין "אדם שאינו צד להסדר", קרי כרמל מזרחי.<sup>179</sup> בהחלטה לקונית אישר בית המשפט העליון את פסק דינו של בית המשפט המחוזי, תוך שנקבע כי "בהתחשב באופי עיסוקו של המערער 1, שאינו יצרן יין אלא מומחה-ייעוץ לייצורו, אין בקביעתה של התניה המגבילה משום יצירתו של הגבל עסקי". בית המשפט אימץ בהחלטתו זו קו מנוגד לזה שננקט על ידי בתי משפט רבים

176 הניתוח מבוסס במידה רבה על גל, לעיל הערה 7.

177 ע"א 10638/02 שטרן נ' יקבי רמת הגולן בע"מ, פורסם בנבו.

178 ת"א (ת"א) 2011/02 יקבי רמת הגולן בע"מ נ' שטרן, פורסם בנבו. באופן זהה פסק גם בית המשפט המחוזי בת"א (ת"א) 1160/03 סירו נ' לב אשדוד בע"מ, פורסם בנבו, במקום שבו היה מדובר בהסדר בלעדיות אנכי בין בעל קניון לאחת החנויות בו. ראו בהקשר זה גם את הפרשנות שניתנה בת"א (ת"א) 2644/89 דור כימיקלים בע"מ נ' סנוול ישראל בע"מ (לא פורסם, ניתן ביום 20.1.90) וכן את ת"א (נצ') 1013/04 שופרסל נ' עבד אלקאדר ושות', פורסם בנבו, פסקה 54 לפסק הדין.

179 ניתן לצמצם את רוחבה של הלכה זו בטענה כי הצד הנכבול מצמצם, אמנם בדרך עקיפה, גם את התחרות בינו לבין מתחריו. כך למשל בהחילו על עצמו את ההגבלה שלא לייצע ליצרניות יין ישראליות אחרות, הגביל שטרן את התחרות בינו לבין ייננים אחרים בשוק הייעוץ ליצרניות האמורות. ראו גילה, לעיל הערה 7.

בערכאות התחתונות, אשר התעלמו מהפגם הלשוני בהוראות החוק והחילו את הוראות סעיף 2(א) גם במקום שבו הפגיעה בתחרות היא בין הצד הנהנה מהכבילה לבין מתחריו.<sup>180</sup> הפרשנות שהתקבלה בפסק דין שטרן מנוגדת לתכלית החוק, כיוון שהיא פוטרת הסדרים אנכיים רבים באופן קטגורי, ללא בדיקת השפעתם על התחרות בשווקים שבהם אין הגורם המוגבל פועל. זאת כיוון שהסדר אנכי, מעצם טבעו והגדרתו, מתקיים בין צדדים שאינם מתחרים זה בזה.<sup>181</sup> תוצאה זו בעייתית. אף על פי שהסדרים אנכיים רבים פגיעתם בתחרות מועטה, עדיין ייתכנו נסיבות רבות שבהן הפגיעה בתחרות תהיה משמעותית.<sup>182</sup> קחו למשל את הסדרי הבלעדיות ארוכי הטווח בין חברות הדלק הגדולות לבין מפעילי מרבית תחנות התדלוק בישראל, שחייבו את מפעילי תחנות הדלק לרכוש דלקים ומוצרים נוספים רק מחברת הדלק שהתקשרו עמה ולמכרם במחירים שיוכתבו על ידיה. הסדרים אלו, שהם הסדרים כובלים אנכיים, פגעו בתחרות בשוק הדלק שכן הם חסמו כניסה משמעותית לענף של חברות חדשות.<sup>183</sup> בשל כך אין זה דין ראוי להכשיר באופן קטגורי הסדרים אנכיים ללא בדיקה עניינית של השפעתם על תנאי התחרות בכל השווקים שהם משפיעים

180 ראו למשל את החלטתו של בית הדין להגבלים עסקיים בה"ע 496/98 דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' תחנת דלק באר יעקב, רשות ההגבלים העסקיים פרסום 3010588 (2001). כך נהג הממונה על ההגבלים העסקיים במספר רב של החלטות. ראו למשל הממונה על ההגבלים העסקיים קביעה לפי סעיף 43(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים בעניין שוק הבשמים הסלקטיביים – קביעה בגין הסדר כובל פרסום 3002438 (1999); קמח כשר לפסח, לעיל הערה 122; החלטת הממונה בעניין נצב"א, לעיל הערה 121, בעמ' 71.

181 ראו גל, לעיל הערה 7. לא תמיד יהיו הסדרים אנכיים פטורים מתחולת החוק, גם לפי הפרשנות הדווקנית של הסיפה לס' 2(א). ראו למשל ת"פ (י"ם) 1142/01 מדינת ישראל נ' שולשטיין, פורסם בנבו, שבו הורשעו חברת טמבור ומנכ"לה בכיצוע עבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים. טמבור הורשעה בכך שערכה ופעלה בהתאם להסדרים כובלים עם רשתות שונות של "עשה זאת בעצמך", שבמסגרתם תיאמה טמבור וקבעה את המחירים שבהם יימכרו מוצריה המובילים ברשתות אלו. הסדרים אנכיים אלו של טמבור עם משווקיה ממלאים את תנאי הסיפה של ס' 2, שכן הצד המוגבל הוא רשתות השיווק וההגבלה מצמצמת את התחרות ביניהן לבין מתחריהן.

182 ראו למשל J.B. Baker "Vertical Restraints with Horizontal Consequences: Competitive Effects of 'Most-Favored-Customer' Clauses" 64 *Antitrust L.J.* (1996) 517, המצוטט גם בפסק דינה של השופטת נאור רע"א 6233/02 אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשיה, שיווק אלומיניום זכוכית ופרוול בע"מ, פ"ד נח(2) 634, בפס' 15 לפסק הדין. ראו גם גילה, לעיל הערה 7.

183 הממונה על ההגבלים העסקיים קביעה לפי ס' 43(א): הסדר כובל בהסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי תחנות התדלוק פרסום 3003595, בעמ' 19 (1993), [www.etype.co.il/Anti1/Files/7213/Tdluk.pdf](http://www.etype.co.il/Anti1/Files/7213/Tdluk.pdf); ה"ע דלק, לעיל הערה 180, בפסקאות 114-156. האיזון בין יתרונותיהם של חוזים אלו ביצירת תמריצים להשקעות לטווח ארוך לבין פגיעתם בתחרות נמצא בהגבלת תקופת ההתקשרות; שם, בפס' 156.

עליהם. כפי שציין השופט עדיאל בפסק דין דלק, פרשנות המוציאה הסדרים ממין זה מתחולת החוק, ללא בחינה עניינית של פגיעתם בתחרות, איננה פרשנות סבירה, והיא נוגדת לחלוטין את תכליתו של החוק.<sup>184</sup>

“הסדר כובל שבו מבטיח לעצמו הספק (שלא נטל על עצמו מגבלה על פי ההסדר) בלעדיות על צינורות השיווק, עשוי לפגוע בתחרות בין אותו ספק לבין ספקים אחרים. חשש זה, הנוגע להשפעתו האופקית של ההסדר על מתחריו של הספק, הקושר אליו בהסדרים בלעדיים את המפיצים וחוסם את הגישה למפיצים אלה בפני ספקים אחרים, הוא החשש העיקרי הכרוך בהסדרי בלעדיות... הוצאתה של פגיעה מרכזית זו הכרוכה בהסדרים כובלים אנכיים מגדר שיקוליו של בית הדין בדונו בבקשה לאישור ההסדר, הנה בלתי סבירה ונוגדת בעליל את תכלית החקיקה, המחייבת התחשבות במלוא השפעותיו של ההסדר הכובל על טובת הציבור.”

יתירה מזאת, קשה ליישב את הפרשנות שניתנה בעניין שטרן עם הוראות סעיף 3(6) לחוק ההגבלים הפוטר מתחולת החוק הסדרי בלעדיות הדדית בין רוכש נכס או שרות לבין ספק.<sup>185</sup> ההסדרים הזוכים לפטור מכוח סעיף 3(6) אינם פוגעים בתחרות בין הצדדים להסדר, מכיוון שאלו אינם מתחרים זה בזה, כדרישתו המפורשת של הסעיף כי “הספק והרוכש, שניהם, אינם עוסקים בייצור אותם נכסים או במתן אותם שירותים”. ההסדרים אותם פוטר הסעיף גם אינם מגבילים את התחרות בין צד שנטל על עצמו הגבלה לבין צדדים שלישיים המתחרים עמו, כיוון שהחיוב לבלעדיות שכל צד נוטל על עצמו מגביל את התחרות בין הצד השני להסדר לבין המתחרים עמו.<sup>186</sup> על כן פרשנותו של בית המשפט העליון בעניין שטרן מייתרת את הצורך בהוראת סעיף 3(6) לחוק ויוצרת סתירה פנימית בין הוראותיו. אמנם הסיפה לסעיף 2(א) הוספה בעת בה נתקבל נוסחו החדש של החוק, בשנת 1988, בעוד שהוראה דומה לסעיף 3(6) הייתה קיימת בחוק או בנוסחו הקודם, אולם חזקה על המחוקק כי משהשאיר את הפטור עומד בעינו, לא התכוון ליצור סתירה בהוראותיו. בהוסיפו את הסיפה לסעיף 2(א) מטרת המחוקק הייתה להבהיר כי מישורי הפגיעה בתחרות רחבים הם ולא לצמצמם.<sup>187</sup>

184 שם, בפס' 62.

185 ראו גל, לעיל הערה 7, בעמ' 5.

186 לתחולת הפטור על הסדרי בלעדיות אנכית דו-כיוונית ראו למשל רע"א אקסטל, לעיל הערה

182, ס' 18 לפסק דינה של השופטת נאור.

187 ה"ע דלק, לעיל הערה 180, בפס' 62.



ההצעה לתיקון החוק פותרת קושי זה על ידי השמטת הסיפה המתייחסת למישורי הפגיעה בתחרות והגבלת התנאי להסדר ש"עלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים". כך או כך, ועד שייכנס החוק המתוקן לתוקפו, מן הראוי שלא להחיל את הלכת שטרן, ונראה כי כך אכן נהג בית המשפט העליון בפסיקות מאוחרות יותר. למשל בעניין אקסטל<sup>188</sup> דן בית המשפט העליון בתוקפה של "תנית לקוח מועדף" בין ספק לבין מפיץ. לכאורה, ניתן היה ליישם את הפרשנות הלשונית ולקבוע כי אין תחולה לסעיף 2(א) לחוק שכן הפגיעה בתחרות היא בין הצד הנהנה מהכבילה (המפיץ) לבין מתחריו, ולא בין הצד שהעניק את הכבילה למתחריו. גם בעניין חניות<sup>189</sup> לא הוחלה הלכת שטרן, אף שגם שם היה ניתן להעלות טיעון דומה. ניתן לטעון כי ההלכות המאוחרות הופכות את הלכת שטרן, גם אם בדרך עקיפה וללא דיון מפורש. אמנם, ניתן לנסות ולהבחין בין שטרן לבין חניות ואקסטל בהיבט אחד: בעוד שטרן עוסק בעיקר בסעיף 2(א), הרי חניות ואקסטל עוסקים בסעיף 2(ב), אולם גם בשטרן נטען לתחולת סעיף 2(ב)(3), אף על פי שבית המשפט לא התייחס לכך במישורין. יתרה מכך: קשה למצוא אחיזה תכליתית לפרשנות המחילה את הסיפה לסעיף 2(א), הקובעת מי הם הצדדים שביניהם תצומצם התחרות, רק בגדר סעיף 2(א). אמנם, סעיף 2(ב) אינו מונה במפורש את היסודות שצריכים להתקיים על מנת שמקרה מסוים ייכנס בגדרו מלבד קיומו של הסדר וסוג הכבילה, על כן פרשנות לשונית גרדא הייתה יכולה לבטל את דרישת מישור הפגיעה בתחרות, כמו גם את הדרישה כי ההסדר יהיה בין בני אדם המנהלים עסקים, אולם בבואנו לפרש את סעיף 2(ב) יש לזכור כי הוא אמור להוות מקרה פרטי של סעיף 2(א). לשון אחר, סעיף 2(א) אמור לכלול בתוכו גם את המקרים הנכללים בגדר סעיף 2(ב), שבהם הפגיעה בתחרות היא כה ברורה, עד כי אין צורך להשקיע משאבים בהוכחתה. אין טעם תכליתי לדרישת מישור הפגיעה בתחרות במסגרת סעיף 2(א) אך לא במסגרת סעיף 2(ב). על כן פרשנות תכליתית של הסעיף תחייב התקיימות כל שאר היסודות של סעיף 2(א) למעט יסוד הפגיעה בתחרות.<sup>190</sup>

בעיה נוספת הנובעת מלשון סעיף 2(א) נובעת מהיעדר דרישה לכאורה להשפעה של ההסדר על התחרות בשוק. מבחינה לשונית, על מנת לקיים את יסוד הפגיעה בתחרות כקבוע בסעיף, די כי ההסדר יפחית את התחרות בין הצדדים לו, כולם או חלקם, ואין כל הכרח כי הוא ישפיע, ולו באופן מזערי, על מידת התחרות בשוק. קריאה לשונית-דווקנית של הסעיף תוביל למסקנה כי כל הסדר אופקי באשר הוא, אסור, שכן מטבע הדברים הסדר אופקי מפחית, ולו באופן זעום, את התחרות בין הצדדים להסדר. פרשנות דווקנית זו אומצה על ידי

188 רע"א אקסטל, לעיל הערה 182.

189 ע"א א.מ. חניות, לעיל הערה 140.

190 גל, לעיל הערה 7.

בית הדין בעניין מזרחי,<sup>191</sup> וכך עשה גם הממונה על ההגבלים העסקיים בהחלטה בדבר אישור המיזוג בעניין קלארידג',<sup>192</sup> וכן בקביעת הממונה בעניין הסדר כובל בין חברת החדשות של הערוץ השני ורשות השידור.<sup>193</sup>

פרשנות זו אינה רצויה, כיוון שהיא לוכדת ברשתו של חוק ההגבלים העסקיים הסדרים רבים אשר כלל אינם פוגעים בתחרות. כך למשל פרשנות לשונית-דווקנית עשויה לתפוס בגדר האיסור ההגבלי גם הסכם בין שתי חנויות נעליים על מחירן של נעליים מסוג מסוים, הגם שחנויות אלו פועלות בקניון שבו ממוקמות עוד 20 חנויות נעליים נוספות, המוכרות אף הן נעליים מסוג זה. אכן, ההסכם יפחית, ולו במידה מזערית, את מידת התחרות בין שתי חנויות הנעליים, אולם להסכם זה לא תהא כל השפעה על מידת התחרות בשוק, בשל התחרות הרבה בשוק הנעליים בקניון האמור. למעשה, שיקולים כלכליים רציונליים יובילו במקרה שכזה את הצדדים לאותו הסדר לשוב ולתמחר את הנעליים לפי מדיניות התמחר המקובלת בשוק, וזאת על מנת להימנע מהפסד כלכלי. ונדגיש: בהתאם לפרשנות המצמצמת, ההסדר בין שתי חנויות הנעליים יהווה עבירה פלילית בעלת השלכות נזיקיות. למרות הקושי הלשוני, יש לדעתנו לדחות פרשנות זו ובמקומה לפרש את הסעיף באופן תכליתי. יש לפרש את החוק כך שתנאי הפגיעה בתחרות יבחון, הלכה למעשה, את האפשרות הריאלית של הצדדים להשפיע על רמת התחרות בשוק. במקום שבו הסדר אינו פוגע כלל בתחרות בשוק, הרי שהצדדים להסדר כלל אינם יכולים "להפחית את התחרות ביניהם", ודרישת הסעיף כלל אינה מתקיימת.<sup>194</sup> פרשנות זו גם עולה בקנה אחד עם תכלית החוק, המבקש לאסור הסדרים הפוגעים בתחרות, אולם אין לו עניין בהסדרים שאינם פוגעים בתחרות כאמור. פרשנות זו נתמכת גם בטיעון טקסטואלי. אם נקבל את הפרשנות שניתנה לסעיף בעניין מזרחי, הרי כל הסדר אופקי באשר הוא יהיה אסור בהתאם להוראות סעיף 2(א). פרשנות זו מייטרת למעשה את ההסדר הקבוע בחוקות החלוטות בכל הנוגע להסדרים אופקיים, ומותירה באופן פארדוקסלי את החזקות החלוטות כבעלות משמעות רק לעניין הסדרים אנכיים, הנחשבים כהרבה פחות פוגעניים בתחרות. אכן, מרבית בתי המשפט

191 ה"ע (י"ם) 2/97 מזרחי נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פורסם בנבו.

192 הממונה על ההגבלים העסקיים *Columbus Capital Corporation* – כור תעשיות בע"מ – החלטה בדבר אישור מיזוג בתנאים פרסום 3001322 (1998).

193 הממונה על ההגבלים העסקיים הסדר בין חברת החדשות של הערוץ השני לבין רשות השידור – קביעה בגין הסדר כובל פרסום 3001373 (1998). ראו גם קביעה לפי ס' 33: הסדר כובל "דלק" ו"סונול", לעיל הערה 158.

194 לגישה דומה ראו ד' גילה "לקראת מדיניות משפטית חדשה כלפי תניות אי-תחרות" עיוני משפט כג (תש"ס) 63; גילה, לעיל הערה 7.

קבעו, על אף הלשון שבה נוקט הסעיף, כי סעיף 2(א) קובע מבחן איכותי לעניין הדרישה לפגיעה בתחרות, וזאת ללא הבחנה בין הסדרים אופקיים לאנכיים.<sup>195</sup>

### (ב) עוצמת הפגיעה בתחרות

שאלה נוספת הנוגעת ליסוד הפגיעה בתחרות, נוגעת לעוצמת הפגיעה בתחרות הנדרשת על מנת לאסור הסדר מכוח סעיף 2(א). נראה לנו כי כל פגיעה בתחרות שהיא מעל הרף של "זוטי דברים" נתפסת בגדרי הסעיף. פרשנות שכזו מתחייבת לאור סמכותו של הממונה על ההגבלים העסקיים, בהתאם להוראות סעיפים 14 ו-15 לחוק, לקבוע הסדרי פטור לכבילות "שאינן בהן בכדי לפגוע בפגיעות של ממש בתחרות בשוק".<sup>196</sup> באם נקבע כי סעיף 2(א) דורש פגיעה משמעותית בתחרות, נייתר את סמכותו של הממונה ליתן פטור כאמור, כמו גם את פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות זניחה. כמפורט להלן, מבחן "זוטי הדברים"<sup>197</sup> מאפשר לבית המשפט לאזן בין העיקרון החוזי, שלפיו יש לקיים חוזים בתום לב, לבין עקרון השמירה על התחרות בשוק. נציין כי הפתרון לחוסר האיזון הגלום בחוק ההגבלים באמצעות החלת דוקטרינת זוטי הדברים הוא חלקי בלבד, שכן אין הוא מאפשר לבתי המשפט להכשיר בדיעבד חוזים שבאיזונם הפנימי יתרונותיהם נוטים לטובת הציבור, זולת אם הפגיעה בתחרות הנובעת מהם היא אכן שולית, אולם במצב הדברים הקיים, עד שיתוקן החוק נדמה כי זה הפתרון המועדף.<sup>198</sup>

### (ג) שקילת שיקולים מאזנים

קושי נוסף בהוראות סעיף 2(א) נובע מכך שהסעיף אינו מאפשר לבתי המשפט הרגילים להתחשב בשיקולים כלשהם מלבד מידת פגיעתו של ההסדר בתחרות בשוק. בית הדין

195 דנ"א טבעול, לעיל הערה 29; ת"פ (י"ם) 201/96 מדינת ישראל נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פורסם בנבו; ראו גם את פסק דינה של השופטת גרסטל בת"א (ת"א) 8/97 פדל נ' סונול ישראל בע"מ (לא פורסם, ניתן ביום 30.4.00); פסק דינה של השופטת פרוקצ'יה בת"א (י"ם) 1000/95 פז חב' נפט בע"מ נ' עמוס, פ"מ תשס"ב(1) 337; ה"ע (י"ם) 13/93 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' המועצה הישראלית לצרכנות, פורסם בנבו.

196 ת"פ תנובה, לעיל הערה 149, בפס' 60 לפסק דינו של השופט עדיאל.

197 השאלה עד כמה מבחן זוטי הדברים שונה ממבחן הפגיעה שאינה משמעותית בתחרות המעוגן בס' 14 לחוק ההגבלים העסקיים ראויה לדיון מעמיק, שאין זה המקום לעורכו. נעיר רק כי שני המבחנים בוחנים פרמטרים זהים וההבדל ביניהם עשוי להתבטא בדרגת הפגיעה בתחרות. שניהם מחייבים בחינה אמיתית של תנאי השוק והתחרות שבו, המבוססת על תשתית עובדתית-ראייתית מוצקה. פרשנות רחבה מדי של מבחן זוטי הדברים עלולה לרוקן את סמכותו של הממונה מכל תוכן.

198 ראו גל, לעיל הערה 7.

להגבלים עסקיים הוא הגוף היחיד המוסמך לאזן בין הפגיעה בתחרות לבין שיקולים לטובת הציבור, וגם זאת אך ורק במסגרת הליך של אישור מקדמי של הסדר כובל המובא בפניו. בהתאם לכך, האיסור על עריכת הסדר כובל שלא קיבל פטור מהממונה (לרבות פטור סוג) או אישור מבית הדין הוא איסור מוחלט, ללא שיקול דעת לבית המשפט וללא אפשרות לאיזון הפגיעה בתחרות עם ערכים מתחרים, דוגמת חופש העיסוק או תום לב בקיום חוזים. יוצא מכך שמרכיביה של העבירה מתגבשים גם אם היה ניתן אישור או פטור, לו נתבקשו מלכתחילה. דהיינו גם הסדר שאינו פוגע בתחרות, ואפילו אם הוא מועיל לתחרות, וכן הסדר שפוגע בתחרות אך יש בו יתרונות מאזנים של טובת הציבור, עשויים להיכנס בגדר האיסור אם לא נתבקש והתקבל פטור או אישור.

כמובן שבפני הצדדים להסדר פתוחה הדרך לפנות לבית הדין בבקשה לאישור ההסדר הכובל לאור יתרונותיו, אולם הבעייתיות בפנייה כאמור היא בייחוד במשאבים הנדרשים על מנת להכשיר הסדר ובמשך הזמן אשר עשוי להידרש לבית הדין על מנת להחליט בעניין. בעניינים עסקיים שיקול הזמן עשוי להיות בעל חשיבות מכרעת, שכן דחיית הכניסה להסדר עד למועד מתן האישור על ידי בית הדין עשוי למנוע כניסה להסדר מלכתחילה. לא למותר לציין כי כיום מובאים לאישור של בית הדין כחמישה הסדרים כובלים בשנה בלבד לכל היותר. אין זאת כי יתרת הסדרים אינם נכנסים לאיסור ההגבלי, אלא שהעלויות הגבוהות הכרוכות בהליך האישור, מישכו והעובדה כי הוא חייב להתקיים בטרם ייכנס ההסדר לתוקפו (אלא אם ניתן היתר זמני על ידי בית הדין) גורמים לכך שגורמים עסקיים רבים מתעלמים מהוראותיו.

קושי זה מתחזק לאור האפשרות לשימוש לרעה בעילה ההגבלית. בעלי דין פרטיים יכולים להשתמש בהוראות חוק ההגבלים כמגן או כחרב, על מנת לנסות ולהשתחרר מהוראות חוזה שנחתם בהסכמה, על בסיס הטענה כי ההסדר שלא אושר הוא בלתי חוקי, ולכן הוא בטל בהתאם להוראות סעיף 30 לחוק החוזים. במקום שבו רשויות האכיפה אוכפות את החוק, לרוב החלתו מוגבלת למקרים שיש בהם פגיעה משמעותית בתחרות, בשל בחירה סלקטיבית מושכלת של תיקי החקירה והאישום, אולם מקום שבו עסקינן בתביעה אזרחית בין צדדים לחוזה, שיקולים כלל מערכתיים אינם מובאים בחשבון על ידיהם, ופעמים רבות הם משתמשים בטענות הגבליות בסכסוכים חוזיים על מנת להתחמק מקיום התחייבויותיהם החוזיות, גם כאשר אין פגיעה בתחרות. בעקבות כך, מרבית הסכסוכים ההגבליים נדונים כיום בפני הערכאות הרגילות, אשר כאמור אינן מוסמכות לשקול דבר מלבד עוצמת הפגיעה בתחרות על מנת לקבוע אם מדובר בהסדר כובל אסור. בכמה ערכאות נעשו ניסיונות להתגבר גם על קושי זה ולאפשר לבתי המשפט הרגילים להתחשב בשיקולים שונים על מנת להכשיר הסדרים העולים בקנה אחד עם טובת הציבור,

הגם שלא נתבקש – וממילא לא התקבל – אישור בית הדין לחוקיותם. כך למשל בעניין דור אנרגיה, נטען כי אין להסתפק בבחינת הפגיעה בתחרות בין הצדדים, וכי יש להחזיר ללשון הסעיף את "כלל הסבירות" הנוהג במשפט האמריקני.<sup>199</sup> בית המשפט לא נדרש להכריע בטענה זו, שכן לטעמו באותו מקרה לא הייתה כלל פגיעה בתחרות בשוק. בעניין וינהד הדרכה הציע השופט נאמן בבית המשפט המחוזי לפרש את סעיף 2(א) באופן המתיר לבית המשפט להימנע מהכרזה על בטלות ההסדר במקום שבו ניתן להניח כי היה מוענק פטור או אישור להסדר במידה ואלו היו מתבקשים.<sup>200</sup>

מבחינת הדין הרצוי, לדעתנו יש לשנות את המסגרת החוקית הקיימת כיום ולאסור במסגרתו של סעיף 2(א) רק על הסדרים כובלים אשר פגיעתם בתחרות עולה על יתרונותיהם לטובת הציבור. מן הראוי לציין כי בהצעה החדשה לתיקון החוק בחר המחוקק להותיר על כנו את מנגנון האישור, ולהותיר לבית הדין את הסמכות הבלעדית לשקול שיקולים החורגים ממידת פגיעתו של ההסדר בתחרות. הצעה זו היא, לדעתנו, בעייתית ואין בה כדי לפתור את אחד הכשלים המרכזיים במנגנון ההסדרה ההגבלי.

גם אם לא תשונה המסגרת המשפטית הקבועה בחוק כמוצע לעיל, ראוי לפחות לשנות את החוק בדרך אשר תעניק לבתי המשפט לערכאותיהם את הסמכות לשקול במסגרת ההחלטה אם בהסדר כובל עסקינן גם את יתרונותיו של ההסדר לטובת הציבור. חשיבות השינוי האמור מסתברת מן העובדה שכפי שפורט לעיל כיום מרבית הסכסוכים ההגבליים מגיעים דווקא לפתחם של בתי המשפט הרגילים ומן העובדה שמרבית של ההסדרים הכובלים אינם מוגשים כיום לאישורו של בית הדין, בשל הזמן והמשאבים הכרוכים בכך. הסדרה כאמור הייתה מאפשרת, בין היתר, לבתי המשפט הרגילים לקבוע כי הסדר שהוא לטובת הציבור אינו מהווה הפרה של האיסור ההגבלי והייתה מאפשרת להכשיר את כל אותם הסדרים אשר כיום הם בלתי חוקיים, אף שטובת הציבור מחייבת אישורם.

אולם עד לתיקון החוק אין, לטעמנו, אפשרות להשלים את שהמחוקק החסיר באמצעות פרשנות שיפוטית מרחיבה אשר מעניקה לבתי המשפט הרגילים סמכות לאזן בין שיקולים שונים בבואם להכריע אם בהסדר כובל עסקינן. פרשנות זו אינה עולה בקנה אחד עם לשון הסעיף והיא גם מתנגשת חזיתית עם כוונת המחוקק כפי שהיא עולה בבירור ממבנה החוק. זאת כיוון שמתן אפשרות לשקול שיקולים החורגים ממידת פגיעתו של ההסדר בתחרות

199 ת"א פזגז, לעיל הערה 159.

200 בש"א (חי') 4681/98 וינהד הדרכה בע"מ נ' רטנר, פורסם בנבו.

תייתר את הצורך במנגנון האישור הקבוע בחוק. גם הדיונים בהצעת החוק בכנסת בטרם קבלתו מוכיחים כי פרשנות זו אינה עולה בקנה אחד עם כוונתו הברורה של המחוקק.<sup>201</sup>

#### (ד) דוקטרינת הכבילה הנלווית

באירופה ובארצות-הברית פתרו בתי המשפט את נוקשות החוק, בין היתר, על ידי אימוץ "דוקטרינת הכבילה הנלווית" (Ancillary restraints doctrine). דוקטרינה זו מאפשרת לבתי המשפט לערכאותיהם השונות לפטור מתחולת החוק הסדרים, שבהם הכבילה הפוגעת בתחרות הכרחית לשם קיום הסדר שמטרתו איננה פגיעה בתחרות, ואינה עולה על הנדרש למטרת ביצועו.<sup>202</sup> באירופה המבחן המקובל הוא חיוניות הכבילה (necessity) ומידתיותה (proportionality). בנוסף, פגיעתה של הכבילה בתחרות צריכה להיות מידתית וכפופה (subordinate) למטרה הלגיטימית שאותה מבקש ההסדר להשיג.<sup>203</sup> לדוגמה, בעניין *Gottrup-Klim Grovwareforening* עמדה לדיון כבילה של קואופרטיב דני, שמטרתו הייתה לקנות בצורה מרוכזת ציוד עבור חבריו בעלות מופחתת. אחד מהתנאים לחברות בקואופרטיב היה כי חבריו לא יהיו חברים בקואופרטיבים מתחרים, על מנת שלא יעבירו את סודותיו המסחריים.<sup>204</sup> בית הדין האירופאי הגבוה לצדק קבע כי ההסדר אינו אסור, כל עוד הגבלותיו נדרשות על מנת להשיג את מטרותיו הפרו-תחרותיות של הארגון אשר שימש ככוח-נגד מול ספקים חזקים. לא למותר לציין כי דוקטרינה זו התפתחה על מנת להגמיש את הנוקשות של האיסור על הסדרים כובלים, אשר מנגנון הסדרתו היה עד לשנת 2003 דומה במהותו לזה הישראלי, וזאת בכדי שלא לאסור על פעולות לגיטימיות שפגיעתן בתחרות מועטה, אם בכלל.<sup>205</sup> בארצות-הברית המבחן נוקשה קצת פחות ומחייב כי הכבילה תהא דרושה באופן סביר למען השגת מטרתו הלגיטימית של ההסדר. כפי שקובעים המלומדים ארידה והובנקמפ:<sup>206</sup>

"An apparently anticompetitive restraint can be redeemed only if reasonably necessary to achieve a legitimate objective. To be reasonably

- 201 ראו גל, לעיל הערה 4.  
202 *Societe La Technique Miniere v. Maschinenbau Ulm GmbH* (55/65), [1966] ECR 235  
203 ראו למשל A. Jones, B. Sufirin *EC Competition Law* (2001), 154; P. Roth (ed.) *Bellamy & Child, European Community Law of Competition* (5<sup>th</sup> ed., 2001), 2-082  
204 Case C-250/92 *Gottrup-Klim Grovwareforening and Others v. DAnsk Landbrungs Grovvareselskab AmbA* [1994] ECR I-5641, [1996] 4 CMLR 191  
205 Whish, לעיל הערה 174, בעמ' 91.  
206 P.E. Areeda, H. Hovenkamp *Antitrust Law* (vol. VII, 2<sup>nd</sup> ed., 2003), section 1505, 370

necessary, the restraint must not only promote the legitimate objective but must also do so significantly better than the available less restrictive alternatives. This is a two-part inquiry: (1) Does the restraint actually serve the claimed legitimate objective? (2) Can that objective be achieved in a manner that restrains competition less?".

את הדוקטרינה ניתן ליישם למשל במקום שבו תנית אי-תחרות היא הכרחית לשם הגנה על סודות מסחריים הנדרשים לצורך קיומה של תחרות תקינה, כל עוד היקפה של התניה, מבחינת מקום וזמן, אינו עולה על הנדרש.

האם ניתן ליישם את דוקטרינת הכבילה הנלווית במסגרת סעיף 2 לחוק? פטור הסוג לכבילות נלוות למיזוגים מאמץ דוקטרינה זו באופן חלקי.<sup>207</sup> לאור העובדה שפטור הסוג מהווה חקיקת משנה השואבת את כוחה מחוק ההגבלים העסקיים, ניתן לטעון כי בעצם אימוצה של הדוקטרינה בפטור הסוג גילה הממונה – כמו גם שר המסחר והתעשייה הנדרש לאשר את חקיקת המשנה האמורה – את דעתו כי אין מניעה בלשון החוק מלהחיל את הדוקטרינה. בה בעת, לחקיקת משנה כוח פרשני מוגבל, בשל העובדה שלא אושרה על ידי המחוקק הראשי, ועל כן לא ניתן ללמוד ממנה על כוונתו של המחוקק. בנוסף, ספק אם ניתן להקיש גזירה שווה מאימוץ הדוקטרינה בהקשר של מיזוגים לאימוצה בהקשר של הסדרים כובלים, בשל השוני במבנה סעיפי החוק הרלוונטיים ובסמכויות הממונה המנויות בהם.

עם זאת נראה לנו כי יש מקום לאפשר שימוש בדוקטרינה במשפט הישראלי, ולו באופן חלקי, גם בטרם תיקון החוק. מסקנה זו מבוססת על פרשנות תכליתית של סעיף 2 לחוק. במסגרת הסעיף, אין להתמקד בתניה הספציפית העומדת לדיון, כי אם במכלול הפעילות העסקית בין הצדדים אשר התניה מהווה רק חלק ממנה ותנאי הכרחי למימושה. באם מכלול הפעילות העסקית אין בו כדי לפגוע באופן משמעותי בתחרות, הרי שמן הראוי להתיר את הכבילה הנלווית במקום שבו היא אכן נדרשת לצורך הגשמת הפעילות הרצויה. פרשנות זו אין בה כדי לפגוע בשמירה על התחרות, כי אם להגדיל את יעילותה והיא פותרת, ולו באופן חלקי, את הבעייתיות הנובעת מרוחבו של חוק ההגבלים העסקיים.

בפסיקה הישראלית נעשו כמה ניסיונות להחיל את דוקטרינת הכבילה הנלווית. לראשונה עלתה האפשרות להחיל את הדוקטרינה, לצורך תיחום וצמצום ההגדרה של הסדר כובל, בעניין חברת החשמל.<sup>208</sup> בית הדין לא הכריע בשאלה, אף כי לא שלל אפשרות זו,

207 כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג לכבילות נלוות למיזוגים), תשס"ד-2004.  
208 ה"ע (י"ם) 491/98 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פורסם בנבו.

במקום שבו ההסדר הוא לטובת הציבור והכבילה "חיונית, או לפחות נדרשת באופן מובהק לשם ביצוע ההסדר, וככל שהיא אינה על הנדרש לביצועו, היינו, אם לא ניתן לבצע את ההסדר תוך פגיעה פחותה בתחרות".<sup>209</sup> בעניין מזרחי טען הממונה כי יש מקום להחיל את דוקטרינת הכבילה הנלווית במקום שבו עמדה בפני בית המשפט שאלת תוקפה של תניית אי-תחרות בהסכם בין עובד למעביד.<sup>210</sup> שוב לא דחה בית הדין אפשרות זו, אולם קבע כי במקרה הנדון לא היה מקום להחילה כיוון שלא התמלאו תנאיה. דוקטרינה זו לא נדונה בפסיקה מאוחרת. ניתן לטעון כי מכלל ההן ניתן ללמוד את הלאו. דהיינו משלא עשו בתי המשפט שימוש בדוקטרינה על מנת להכשיר הסדרים כובלים מאוחרים אשר הדוקטרינה עשויה הייתה להכשיר, הם נתנו בכך ביטוי לדעתם כי אין מקום להחיל את הדוקטרינה במשפט הישראלי. זאת ועוד: בניגוד למשפט האמריקני והאירופאי, בישראל נדונות בקשות למתן אישור להסדר כובל לטובת הציבור בפני בית דין בעל מומחיות מיוחדת. החלת הדוקטרינה בכל מקרה שבו ההסדר משרת את טובת הציבור תרוקן את בית הדין מסמכותו. מנגד, ניתן לטעון כי בתי המשפט לא היו מודעים לדוקטרינה ולכן לא החילו אותה. תחום ההגבלים העסקיים דורש מומחיות רבה, ואין לצפות כי בתי המשפט יכירו דוקטרינות שמקורן במשפט הזר. כפי שמפורט בפרק זה, סבורים אנו כי הניסיון הוכיח כי המנגנון ההסדרי הדורש אישור בית הדין מראש להסדרים לטובת הציבור אינו משרת את מטרתו. על כן יש להרחיב את סמכותם של בתי המשפט השונים לאזן בין שיקולים שונים במסגרת הדוקטרינה כל עוד לא תוקן החוק. החלה זו תשרת את תכלית החוק, כל עוד ישכילו בתי המשפט ליתן את המשקל הראוי לשיקולי השמירה על התחרות החופשית.

לא למותר לציין כי התנאים אותם ביקש הממונה בעניין מזרחי כי בית הדין יחיל, לשם קביעה כי מדובר בכבילה נלווית, הם נוקשים הרבה יותר מאלו הנדרשים במשפט האמריקני והאירופאי. כך למשל טען הממונה כי החלת הכבילה מותנית בכך שההסדר לא פוגע באופן משמעותי בתחרות.<sup>211</sup> תנאי זה מצמצם באופן משמעותי את קשת המקרים בגדרם ניתן להכשיר כבילות נלוות. עם זאת יש לזכור כי ההחלטה האמורה נדונה בטרם נקבעו פטורי הסוג ובטרם החלו בתי המשפט להחיל את סייג זוטי הדברים ולמעשה ביקש הממונה להחיל את הדוקטרינה על חלק גדול מאותם מקרים ששני הכלים האמורים מכשירים כיום. אנו סבורים כי אין מקום לצמצם את תחולתה של הדוקטרינה כאמור לעיל. בה בעת, יש להחילה רק במקום שבו ברור על פניו כי ההסדר משרת את טובת הציבור, וכי אכן הכבילה נחוצה לשם השגת המטרה הלגיטימית ואין דרך פוגענית פחות בתחרות על מנת להשיגה.

209 שם, בס' 113 לפסק הדין.  
210 עניין מזרחי, לעיל הערה 191.  
211 שם, בפס' 21 לפסק הדין.



**7. הסדר כובל והגדרת השוק**

תנאי ראשוני לבחינת פעולותיו של מונופול במסגרת דיני המונופולין הוא הגדרת השוק, וזאת על מנת להכריע אם פועל בשוק מונופול וכך על מנת לחשב את נתח השוק שבו הוא אוזח (המשמש כאינדיקציה לכוחו של המחזיק בו). במילים אחרות, הגדרת השוק היא תנאי קונסטיטטיבי על מנת להקים עילה מכוח דיני המונופולין. טענה נפוצה שמעלים גופים הנאשמים ביצירת הסדר כובל היא שגם לצורך הוכחת יסודות ההסדר הכובל על התובע להגדיר את השוק הרלוונטי ולהוכיח מהו נתח השוק שבו אווזים הצדדים להסדר. בהיעדר הגדרה מדויקת של שוק, כך נטען לעתים קרובות, אין לראות בצדדים כמי שיצרו ביניהם הסדר כובל.

כך למשל בעניין כהן טענו הנאשמים, אשר הואשמו בניסיון ליצירת הסדר כובל בשוק חטיפי הבריאות (החטיפים אנרגי, קורני וצ'ואי), כי המדינה לא הוכיחה כי השוק הרלוונטי הוא שוק חטיפי הבריאות כפי שנטען בכתב האישום, ומכאן שיש לזכותם בדין.<sup>212</sup> כן טענו הנאשמים כי בעת הרלוונטית כלל לא היה קיים שוק של חטיפי בריאות, וכי השוק הרלוונטי באותן שנים כלל את כלל החטיפים בשוק, מתוקים ומלוחים גם יחד. בית המשפט דחה טענה זו, תוך שקבע כי הגדרת השוק אינה חלק מיסודות עבירת ההסדר הכובל. כדברי בית המשפט באותו עניין:

“הגדרת שוק רלוונטי אינה נמנית על יסודות עבירת ההסדר הכובל, על שני סוגיו, הקבועים בהוראת סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, ואין המאשימה חייבת בהוכחה פורמאלית כאמור, לצורך הוכחת קיומה של עבירת הסדר כובל... ויודגש, אין בשימוש שעשתה המאשימה בהיגד “שוק חטיפי הבריאות”, בתיאור עובדות כתב האישום, כדי לחייבה בהוכחתו, במסגרת הוכחת יסודות עבירת ההסדר הכובל לפי סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, הנלמדים אך מלשונו המפורשת של החוק”.

ככלל, נראה לנו כי קביעתו של בית המשפט היא נכונה, במובן זה שהגדרת השוק אינה מהווה יסוד הכרחי בעבירת ההסדר הכובל. עם זאת לא ניתן לומר כי הגדרת השוק כלל אינה רלוונטית לצורך הדיון ביסודות העבירה. מעבר לכך, בעקבות התיקון הצפוי של סעיף 2(ב) לחוק, תהא הגדרת השוק רלוונטית לצורך קביעה אם ההסדר נכלל במסגרת החזקות החלוטות. נסביר את דברינו.

ראשית, אין ספק כי הגדרת השוק היא רלוונטית לצורך הערכת פגיעתו הפוטנציאלית של הסדר בתחרות. לו אכן יש אמת בטענתם של הנתבעים בעניין כהן כי השוק הרלוונטי מכיל את מכלול החטיפים באשר הם, הרי ברור כי פגיעתו של ההסדר אותו ביקשו ליצור

212 ת"פ (י"ם) 167/03 מדינת ישראל נ' כהן, פורסם בנבו.

בתחרות הייתה זניחה, לאור ריבוי יתר המתחרים בשוק אשר היו שומרים על הסטטוס קוו התחרותי. על כן ניתן לומר כי הגדרת השוק רלוונטית ליסוד הפגיעה בתחרות הקבוע בסעיף 2(א) לחוק.

שאלה קשה יותר נוגעת לנחיצות הגדרת השוק במקום שבו נופל ההסדר תחת אחת החזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב). החזקות החלוטות, שבהן נדון בהרחבה בהמשך, מגדירות שורה של מקרים אשר בהתקיימותם חזקה על ההסדר כי פגיעתו בתחרות מוכחת. למשל בעניין כהן מדובר היה בניסיון ליצור הסדר לעניין מחירם של החטיפים, הסדר הנופל באופן ברור לגדרי החזקה הראשונה, שעניינה הגבלה על מחיר המוצר או השירות. קביעתו של בית המשפט שלפיה אין צורך להגדיר את השוק, נראית אפוא כקביעה נכונה, שכן לאור החזקה החלוטה לפגיעה בתחרות אין צורך בהגדרת השוק לשם הוכחת פגיעה כאמור.

אלא שלמסקנה זו מן הראוי לקבוע שני סייגים מהותיים. ראשית, בהתאם להוראות הדין ניתן לעשות שימוש בסייג זוטרי הדברים כטענת הגנה גם במקום שבו ההסדר נופל תחת החזקות החלוטות.<sup>213</sup> נטל ההוכחה כי הסדר מסוים נופל לגדר הסייג רובן לפתחו של הנתבע. מכאן, שעל הנתבע הטוען להחלת הסייג להוכיח כי השפעת ההסדר הנבחן על התחרות היא בלתי משמעותית, ובכלל זה להוכיח מהו השוק הרלוונטי.

שנית, חלק מהשופטים ומהמלומדים העוסקים בתחום טוענים לגישה פרשנית שלפיה יש להבחין בין הסדרים אופקיים לבין הסדרים אנכיים לעניין תחולת החזקות.<sup>214</sup> בהתאם לגישה זו, רק הסדרים כובלים אופקיים ייכנסו תחת החזקות החלוטות. אם נקבל את ההבחנה האמורה, הרי שלשם הכללת הסדר במסגרת החזקות החלוטות צריך יהיה להוכיח כי הצדדים לו הם מתחרים בשוק אופקי. לשם כך לא יהיה מנוס מביצוע הגדרת שוק, ולו הגדרה ראשונית ובסיסית, אשר תוכיח כי אכן במתחרים עסקינן. מן הראוי להוסיף כי תזכיר החוק מגביל את תחולתן של החזקות החלוטות להסדרים בין מתחרים בלבד.<sup>215</sup> לאחר שינוי הוראות החוק יהיה אפוא מוטל הנטל על התביעה להראות כי ההסדר הוא בין "מתחרים" ולשם כך תידרש הגדרה של השוק.

עם זאת אין באמור לעיל כדי לרמוז כי המדינה תידרש להגדיר את השוק באותה רמת דיוק כבדיני המונופולין. מטרתה של הגדרת השוק בדיני המונופולין היא לאפשר לקבוע מהו נתח השוק שבו אוחז המונופול, על מנת שיוגדר שכזה. לעומת זאת מטרתה של הגדרת השוק, במסגרת הדינים החלים על הסדרים כובלים, היא לקבוע אם הצדדים מתחרים ביניהם. לשם כך, אין צורך בהגדרת שוק מדויקת ובכימות נתח השוק שבו אוחז כל אחד מהמתחרים בו. די בכך שהתביעה תראה כי הצדדים נכללים באותו השוק, תהא הגדרתו

213 ראו פרק 4א(3)(ב) להלן.

214 ראו פרק 4א(3)(ג) להלן.

215 תזכיר הצעת החוק, לעיל הערה 9.

המדויקת אשר תהא ויהיו המתחרים הפועלים בו אשר יהיו. אם נשוב לדוגמת ההסדר בשוק חטיפי האנרגיה, הרי שגם אם היינו מגדירים את השוק בהתאם להגדרה שהציעו הנתבעים (שוק החטיפים המתוקים והמלוחים), עדיין נקל לראות כי מדובר בהסדר בין גופים המתחרים במישרין זה בזה, שכם הם פועלים במסגרת שוק זה. הסדר שכזה יפול תחת החזקות החלוטות גם לאחר התיקון הצפוי בחוק.

## 8. יסוד נפשי ליצירת הסדר כובל

במשפט פלילי יש צורך להוכיח גם יסוד נפשי, הנלווה לרכיבים הפיזיים של העבירה. כפי שנקבע בפסיקה, עבירת ההסדר הכובל איננה עבירת מטרה. על מנת להרשיע אדם בקיום הסדר כובל, לא נדרשת כוונה ליצור הסדר כובל ואף לא כוונה להפחית את התחרות בעסקים.<sup>216</sup> עבירת ההסדר הכובל היא עבירת התנהגות. היסוד הנפשי הנדרש על מנת להרשיע בעבירת הסדר כובל הוא מודעות לרכיביה העובדתיים של העבירה וזאת בלבד. כפי שנקבע בית המשפט העליון בע"פ הפניקס:<sup>217</sup>

"המודעות הנדרשת הינה מודעות בפועל של עושה העבירה לטיב הפיזי של התנהגותו ולקיום הנסיבות הרלוונטיות. כלומר, נדרשת מודעות בפועל של עושה העבירה, לכך שהוא צד (או אורגן של צד) ל'הסדר', שנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר'. אם מדובר בהסדר שעניינו אחד מהנושאים המפורטים בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, פוטנציאל הפגיעה של ההסדר בתחרות איננו אחד מרכיבי היסוד העובדתי של העבירה. אשר על כן, לא נדרשת במצב מעין זה מודעות לפוטנציאל הפגיעה של ההסדר בתחרות אלא די בכך שתוכח מודעות של עושה העבירה לנושא הכבילה הרלוונטי בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים. לדוגמה, מודעות לכך שהכבילה נוגעת למחיר שיידרש, שיוצע או שישולם; או מודעות לכך שהכבילה נוגעת לרווח שיופק... יסוד המודעות הינו, כמובן, יסוד סובייקטיבי. על כן, אין די בכך שהתביעה תוכיח ברמת ההסתברות הנדרשת במשפט פלילי את התקיימות רכיבי היסוד העובדתי של עבירת ההסדר הכובל אלא עליה להוכיח גם את מודעותם של הנאשמים לקיום רכיבים אלה".

216 ת"פ הפניקס, לעיל הערה 33, בשער ראשון, חלק שני, פס' 31 לפסק הדין.

217 ע"פ הפניקס, לעיל הערה 37, בפס' 92 לפסק הדין.

כבכל משפט פלילי אחר, הנאשמים רשאים להעלות טענות הגנה גם כנגד הוכחתו של היסוד הנפשי. בפרשת הפניקס העלו הנאשמים טענה של טעות במצב דברים וטענו כי לא היו מודעים למשמעות הפלילית של מעשיהם בהתאם להוראות חוק ההגבלים העסקיים. משמעותה של טענה זו היא כי למרות שהם היו מודעים ליסוד העובדתי, הם לא היו מודעים לנפקות המשפטית של הפעולות שביצעו. לשם כך ביקשו הנאשמים להסתייע בחוות דעת משפטיות שאותן קיבלו מעורכי דינם בטרם בוצעו ההסדרים הכובלים, אשר הורו כי פעולות אלו הן חוקיות. בעוד בית המשפט היה נכון להכיר בהגנת הטעות במצב דברים כהגנה אפשרית, הוא קבע כי בנסיבות העניין לא הייתה טעות, והייעוץ המשפטי שקיבלו הנאשמים כלל לא שלל את האפשרות כי פעילותם אסורה בהתאם להוראות החוק.<sup>218</sup> טענת הטעות במצב הדברים התקבלה בידי בית המשפט המחוזי בעניין תנובה,<sup>219</sup> במקום שבו הנאשמים אכן הסתמכו על ייעוץ משפטי. לגישתנו, בטענת הטעות במצב דברים היה ניתן להסתייע בתקופה שבה הוראות החוק לא יושמו בפועל, והחוק היה מבחינת אות מתה. כיום, המודעות לחוק גברה ואין מקום עוד להכיר בהגנת הטעות אלא במקרים חריגים ביותר. עדיין ניתן להסתייע בה במקום שבו המצב המשפטי מורכב והצדדים לא יכולים להיות מודעים לאי-חוקיות ההסכם בנסיבות העניין.

#### ד. חזקות לפגיעה בתחרות – סעיף 2(ב)

##### 1. פרשנותו של סעיף 2(ב) לחוק

סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים קובע כי:

- ”(ב) מבלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף קטן (א) יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת לאחד העניינים הבאים:
- (1) המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם;
  - (2) הריווח שיופק;
  - (3) חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו;
  - (4) כמות הנכסים או השירותים בעסק, איכותם או סוגם.”

סעיף 2(ב) מפרט אפוא ארבעה סוגים של הסדרים הזוכים להתייחסות מיוחדת לצורך הוכחת הפגיעה בתחרות. כדברי השופט חשין בדנ”א טבעול:<sup>220</sup>

218 שם, בפס’ 37 לפסק הדין.

219 ת”פ תנובה, לעיל הערה 149.

220 דנ”א טבעול, לעיל הערה 29, בעמ’ 96-97.

“הוראת סעיף 2(א) לחוק – המגדירה הסדר כובל מהו – נחלקת לשלושה יסודות: האחד, הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים; שניים, על-פי אותו הסדר מגביל עצמו אחד הצדדים לפחות, שלושה, אותה הגבלה עלולה למנוע את התחרות בעסקים או להפחיתה. בחינת הדברים מקרוב תלמדנו כי שני היסודות הראשונים חייבים שיוכחו גם לעניינה של הוראת סעיף 2(ב); לשון אחר, העניינים המנויים בפסקאות (1) עד (4) לפסקה (ב) באים תחת היסוד השלישי. פירוש: תחת היסוד השלישי די לקיומו של הסדר כובל – היסוד הקובע כי ההגבלה עלולה למנוע את התחרות בעסקים או להפחיתה – די להוכיח (למשל) כי ההגבלה נעשית באשר ל'מחיר שייררש, שיוצע או ישולם'. סעיף 2(א) כמו נבנה באופן מודולרי, ותחת היסוד השלישי בו – היסוד הפונקציונלי – בא אחד העניינים 'הצורניים' המנויים בהוראת סעיפים 2(ב)(1) עד 2(ב)(4)...”

במלים אחרות, סעיף זה מתווה את אותם מקרים שבהם מקל המחוקק על הוכחת יסוד הפגיעה בתחרות. עדיין יש צורך בהתקיימות יתר התנאים המנויים בסעיף 2(א) על מנת להוכיח את קיומו של הסדר כובל, אולם הוכחת הפגיעה בתחרות תהא קלה יותר.

### תרשים 3: יסודות סעיפים 2(א) ו-2(ב)

יסודות הסעיף	סעיף 2(א)	סעיף 2(ב)
הסדר	V	V
בין בני אדם המנהלים עסקים	V	V
צד אחד מגביל עצמו	V (הושמט בהצעה)	V (הושמט בהצעה)
עלול לפגוע בתחרות	V	X
בפלילי: יסוד נפשי	V	V
הגבלה מהסוג המנוי בסעיף		V (הושמט בהצעה)

לעניין חוזקן של החזקות הקבועות בסעיף 2(ב) קבע בית המשפט העליון ברוב דעות כי החזקות הקבועות בסעיף מהוות חזקות חלוטות לעניין הפגיעה בתחרות, וכי בהתקיים המקרים המנויים בהן לא רק שאין צורך להוכיח את יסוד פגיעת ההסדר בתחרות, אלא גם לא ניתן להוכיח ההיפך. כדברי השופט חשין בדנ"א טבעול:<sup>221</sup>

לו פירשנו את הוראת סעיף 2(ב) כקובעת אך חזקה לכאורה, כי־אז גרענו באורח ניכר מן התכלית שהוליכה לקביעתה של החזקה, ולא נמצא לנו טעם ראוי לגריעה זו. אם כך ככלל, לא־כל־שכן בתתנו דעתנו על אותם עניינים המנויים בסעיף 2(ב). השכל הישר וניסיון החיים יורונו כי אלה הם הסדרים טיפוסיים שנועדו למנוע או להפחית תחרות בעסקים. לשון אחר, כל אותם 'עניינים' המוצגים בשורה עורפית בפסקה (ב) לסעיף 2 לחוק, כולם נעשו מאותו חומר גנטי, והחומר הוא החומר הגנטי שעושה את פסקה (א) לאותו סעיף 2. מניעת תחרות והפחתת תחרות בשוק הסחורות והשירותים הן הממלאות חיים את הוראות סעיף 2(ב) כולן: זו התכלית בהן, זו מטרתן, זה העיקר בהן. לא תהא זו אפוא מסקנה מרחיקת לכת באומרנו כי בחזקה חלוטה מדבר הכתוב בהוראת סעיף 2(ב) לחוק

בעניין טבעול נדונו החזקות בסכסוך אזרחי בין הצדדים לחוזה. בעניין הפניקס הוכרו החזקות כחלוטות גם בעניין פלילי.<sup>222</sup> על הלכה זו חזרו בתי המשפט בפסיקות רבות.<sup>223</sup>

#### (א) הרציונל העומד בבסיס החזקות החלוטות<sup>224</sup>

בטרם נפנה לדיון בהיקפן של החזקות ובמוחלטותן, מן הראוי להתוות את המסגרת התאורטית לבחינתן. תוצאתה של חזקה חלוטה היא מתן פטור לתביעה מחובת ההוכחה של יסוד הפגיעה בתחרות. במקום שהכבילה נופלת בגדר אחת החזקות המנויות בסעיף 2(ב), קמה חזקה כי ההסדר פוגע בתחרות וההגנה מנועה מלהוכיח אחרת. חזקות אלו יוצרות למעשה כלל ראייתי שמטרתו לדלג מעל שלב הראיות של הוכחת פגיעתה של ההתנהגות בתחרות. לשם מה החוק מחיל חזקות חלוטות אלו? חשיבותן היא בעיקר בחסכון המשאבים הכלכליים והשיפוטיים שהן יוצרות. במקום שבו מדע הכלכלה מלמדנו כי ההסתברות שפעולה כלשהי תפגע בתחרות היא מוחלטת, כך שנוכל לדעת מראש כי תוצאת בדיקתה של פגיעה בתחרות תהא חיובית, קיומה של חזקה חלוטה יחסוך את הזמן

222 ע"פ הפניקס, לעיל הערה 37, בפס' 89.

223 ראו לדוגמה ע"א מ. חניות, לעיל הערה 140; ע"מ לשכת שמאי המקרקעין, לעיל הערה 167, בעמ' 308; פסק דינה של השופטת מ' נאור ברע"א אקסטל, לעיל הערה 182, בעמ' 660-657; פסק דינה של השופטת חיות בע"פ 7829/03 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת רמזורים ובקרה בע"מ, פורסם בנבו (להלן: עניין רמזורים); ה"ע (י"ם) 8011/03 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פורסם בנבו, בפס' 10 לפסק הדין; ה"ע (י"ם) 469/98, לעיל הערה 83; עניין טגר, לעיל הערה 125.

224 דיון זה מתבסס על גל, לעיל הערה 7. דברים אלו צוטטו בהסכמה, בין היתר, בעניין רמזורים, שם; ע"פ הפניקס, לעיל הערה 37.

והמשאבים הרבים הכרוכים בבדיקת הפגיעה בתחרות בכל מקרה לגופו. כך למשל אין טעם לערוך ניתוח כלכלי של פגיעה בתחרות בכל פעם מחדש על מנת לעמוד על טיבם והשפעתם של הסדרים בין מתחרים בעלי כוח שוק, שמטרתם העיקרית היא קביעת מחיר או חלוקת השוק ביניהם. המוטיבציה היחידה של הסכמים מסוג זה היא השאת רווחים מעל למחיר תחרותי. תוצאתם המסתברת היא קביעת מחירים גבוהים לצרכנים והעברת עושר מהצרכן ליצרנים. אם כך החזקות החלוטות הן נייר הלקמוס של התנהגות בלתי תחרותית. עמד על כך הממונה בעניין קמח כשר לפסח, בקובעו שהכבילות שבחזקות: 225

”נוגעות לעניינים שמטבע ברייתם הם פוגעים בתחרות, שכן פגיעתם והגבלתם מתייחסת ישירות לעצב ממערכת עצביה החיוניים של התחרות המסחרית.”

כן ראו דברי השופט לוי בעניין רמזורים: 226

”להסדרים הנתפסים ברשתו של סעיף זה אין, ולא יכולה להיות, כל תכלית ראויה, או הסבר לגיטימי, מלבד התכלית שעניינה פגיעה בתחרות...”

”אכן, ניסיון החיים והשכל הישר מורים, כי התועלת שצדדים להסדרים המנויים בסעיף 2(ב) מנסים להשיג, היא זו שתצמח להם באמצעות פגיעה בתחרות, ולפיכך אלה הם הסדרים האסורים מטבע בריאתם. קיומן של חזקות חלוטות במצב דברים זה, יש בו כדי לקדם את הוודאות המשפטית של בעלי דין עתידיים, להגביר את רמת ההרתעה של האיסורים בחוק ההגבלים העסקיים, ואף לתרום לחסכון במשאבים יקרים הנדרשים במצב רגיל, במסגרת סעיף 2(א) לחוק, לשם הוכחת תוצאתו הפוטנציאלית של ההסדר על השוק (ראו מ' ש' גל 'לבור את המוץ מהתבן – היקף תחולתו של האיסור לערוך הסדר כובל', דין ודברים א' (תשס"ה), 533, 547).”

אולם לא רק תוצאה ברורה וחד-משמעית של פגיעה בתחרות מצדיקה את תחולתן של חזקות חלוטות. ניתן להצדיק את תחולתן של חזקות כאמור גם במקום שהחזקה עלולה לתפוס בגדרה גם מקרים שבהם אין פגיעה בתחרות, כל עוד חסכון העלויות, הנובע מייתור הצורך להוכיח בכל מקרה פגיעה בתחרות, עולה באופן משמעותי על עלות המקרים הבודדים הנכנסים בגדר החזקה אף על פי שאינם פוגעים בתחרות, ועלות ההבחנה בין

225 קמח כשר לפסח, לעיל הערה 122.

226 עניין רמזורים, לעיל הערה 223.

המקרים הפוגעים בתחרות לבין אלו שאינם פוגעים בה גבוהה. כך למשל יש הצדקה לתחולתה של חזקה חלוטה על כל ההסדרים בין מתחרים, שמטרתם היחידה היא תיאום מחיר, הקטנת הכמות שתיוצר או שתשווק או חלוקת השוק ביניהם (הסדרים "עירומים"), גם כאשר אין למתחרים כוח שוק. הסדרים אלו פוגעים באִשיות השוק החופשי – המבוסס על ההנחה שכל מתחרה יפעל באופן עצמאי בחיפוש אחר יתרון תחרותי אלא אם שיתוף הפעולה יהיה לטובת הציבור. ההצדקה לתחולת החזקה החלוטה טמונה בכך שעלות הוכחתו של כוח שוק בכל מקרה לגופו עולה על המחיר החברתי שבאיסור קטגורי על הסדרים אלו, שאין בצדם כל תועלת חברתית.<sup>227</sup>

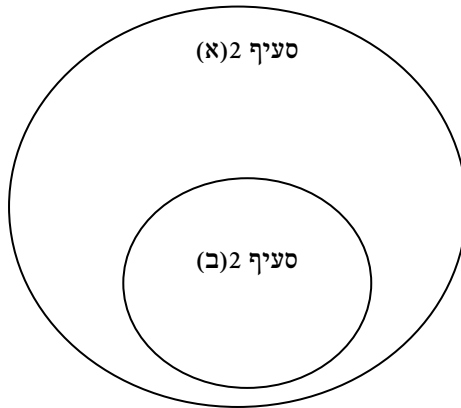
ההצדקה לתחולתן של חזקות חלוטות גם במקום שבו החזקה תופסת בגדרה מקרים בודדים שבהם אין פגיעה בתחרות מתחזקת במקום שבו קיים סיכוי משמעותי כי בית המשפט עלול לטעות ולקבוע במקרים מסוימים כי התנהגות מסוימת איננה פוגעת בתחרות, אף על פי שזו אכן פוגעת בו. במונחים של ניתוח כלכלי של המשפט, יש הצדקה כלכלית לתחולתן של חזקות חלוטות כאשר מחירן של טעויות מסדר ראשון – הכללת מקרים שבהם לא נפגעה התחרות תחת החזקה – נמוך במידה משמעותית ממחירן של טעויות מסדר שני – דהיינו קביעה כי התחרות לא נפגעה במקרים הפוגעים בתחרות, בצירוף חסכון עלויות הבדיקה בכל מקרה לגופו. אם כן ההצדקה לקיומן של חזקות חלוטות מתבססת, מבחינה כלכלית, על מחיר בדיקת הפגיעה בתחרות בכל מקרה לגופו; על ההסתברות שההתנהגות אכן פוגעת בתחרות; על הסיכוי לטעויות מסדר ראשון ומסדר שני; על עלות הכללת המקרים שראוי היה להכשירם בגדר החזקה. מכאן שיש חשיבות עליונה להגבלת תחולת החזקות רק לקטגוריות של מקרים שבהם הפגיעה בתחרות ברורה על פניה וניתן להגדיר באופן ברור וחד־משמעי את המקרים שבהם תחול החזקה. החזקות החלוטות גם יוצרות ודאות הן לבתי המשפט הן לקהיליה העסקית, לגבי חוקיותו של הסדר מסוג מסוים. כן מעלות הן את רמת ההרתעה של החוק.

במלים אחרות, מבחינה תאורטית סעיף 2(ב) לחוק מהווה מקרה פרטי של המקרים הנכנסים בגדרי סעיף 2(א). קיימת הצדקה לתחולתו רק באותם מקרים שבהם אכן הפגיעה בתחרות היא מסתברת ברמה כה גבוהה, עד כי אין טעם להשקיע את המשאבים הדרושים לשם הוכחת הפגיעה כל פעם מחדש. ניתן לצייר גרפית את היחס הרצוי בין שני הסעיפים כמפורט להלן.

227 ראו Gal, לעיל הערה 1, בעמ' 169-170.



**תרשים 4: היחס בין סעיפים 2(א) ל-2(ב)**



פרשנות זו עולה בקנה אחד גם עם כוונת המחוקק, כפי שהיא באה לידי ביטוי בדברי ההסבר להצעת החוק:<sup>228</sup>

”בסעיף קטן (ב) באה רשימה של נושאים שבהם השלכת ההסדר בין הצדדים על צמצום התחרות אינה מוטלת בספק. הסדרים אלה יראו כהסדרים כובלים מבלי שיהיה צורך לבחנם בכל מקרה לאור המבחן הכללי האמור.”

בישראל, לעומת ארצות־הברית למשל, קיים מנגנון של מתן פטור על ידי הממונה על ההגבלים העסקיים כאשר הסדר כובל אינו פוגע באופן משמעותי בתחרות וכן של מתן אישור על ידי בית הדין לקיום ההסדר למרות פגיעתו בתחרות.<sup>229</sup> מנגנון זה מקטין את החשש כי עם תחולת החזקה החלוטה נסתם הגולל על אישורם של הסדרים אלו, אך עדיין קיים חשש כי הסדר שלפני תחולת החזקות לא ביקשו הצדדים לו ולא קיבלו פטור או אישור כאמור, יהווה בסיס לעבירה פלילית ולחבות אזרחית, כמפורט לעיל. על כן הגבלת תחולתן של החזקות החלוטות בהתאם לתכלית החוק חשובה ביותר. בהתאם לכך, יש מקום לפרש את סעיף 2(ב) פרשנות תכליתית, הגודרת את גבולותיו בהתאם למטרת תחולתן של החזקות החלוטות. פרשנות כאמור צריכה כמובן להיות מעוגנת

228 הצעת חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ד-1983, ה"ח 1647, 41, 42.  
229 ס' 9, 14, 15 א לחוק.

בלשונו של החוק, אך יש לדחות את הפרשנות הלשונית-הדוקטרינרית של הוראותיו של סעיף 2(ב) התופסת בגדרה כל עניין הנוגע, במישרין או בעקיפין, באחד מסוגי הכבילות המנויים בו.

נציין כי גם הדין האמריקני, אשר היווה את המקור לחזקות החלוטות בדין הישראלי, ביקש להשתמש בהן – ולו באופן תאורטי – רק באותם מקרים המפורטים לעיל. בשל חשיבותו להתפתחות הדין הישראלי, יתמקד בו תת-הפרק הבא.

### (ב) הסדרים כובלים – המשפט האמריקני

בפסיקה האמריקנית ניתן לזהות שלוש גישות עקרוניות לטיפול בהסדרים כובלים. גישה אחת, המכונה בשם "כלל ההיגיון" (Rule of reason), מצריכה ניתוח כלכלי של ההסדר הרלוונטי, תוך ביצוע איזון בין השפעתו השלילית של ההסדר על התחרות בשוק, אל מול היתרונות הכלכליים הגלומים בו. בהתאם לכלל זה, ההסדר ייפסל רק במידה והאיזון האמור נוטה לחובת ההסדר, במובן זה שפגיעתו של ההסדר בתחרות עולה על יתרונותיו. מקורו של "כלל ההיגיון" הוא בפסיקת בית המשפט העליון האמריקני בעניין *Standard Oil*,<sup>230</sup> והוא יושם פעמים רבות לאחר מכן.<sup>231</sup> כלל ההיגיון מחייב את בתי המשפט לשקול רשימה ארוכה של שיקולים על מנת להכריע בדבר חוקיות הסדר. בין השאר, נדרש בית המשפט להשוות בין המצב בשוק הרלוונטי טרם יצירת ההסדר ולאחריו, לבחון את טבעו של ההסדר, את השפעתו על התחרות (השפעה בפועל או השפעה פוטנציאלית), את המטרה ביסוד יצירתו, ועוד שיקולים נוספים, הרלוונטיים לבחינת השפעתו של ההסדר על רווחת הציבור.<sup>232</sup> כלל ההיגיון ספג ביקורת רבה. מדובר בכלל קשה ליישום, המחייב את בתי המשפט לערוך ניתוח מורכב ומסובך, ולאזן בין משתנים רבים אשר משקלם משתנה ממקרה למקרה. אחד המלומדים אף טען שכלל ההיגיון הוא כלי יעיל לסיום ההליך בפסק דין לטובת ההגנה.<sup>233</sup>

הכלל השני שהתפתח בפסיקה האמריקנית הוא כלל ה-*Per-se*, אשר אינו מחייב הוכחה של פגיעת ההסדר בתחרות החופשית על מנת שיוכרוז כאסור. במלים אחרות, כלל זה מחיל חזקה חלוטה לפגיעה בתחרות. ההנחה ביסוד כלל זה היא כי קיימים סוגים של הסדרים

*Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1 (1911) 230

ראו למשל עניין *Chicago Board of Trade*, לעיל הערה 10; *Continental T.V., Inc. v. GTE* 231

*Sylvania Inc.*, 433 U.S. 1 (1977); *Broadcast Music, Inc. v. CBS, Inc.*, 441 U.S. 1 (1979).

עניין *Chicago Board of Trade*, לעיל הערה 10, בעמ' 238.

M.M. Blecher "The Schwinn Case – An Example of a Genuine Commitment to Antitrust Law" 44 *Antitrust L.J.* (1975) 550, 553 233

אשר השפעתם על התחרות, מעצם טבעם וטיבם, היא פוגענית, וכי באותם הסדרים אין שיקולים אשר יאזנו את אותה השפעה. בעניין *Trenton Potteries*<sup>234</sup> יושם כלל ה-*per-se* לראשונה, על הסדר בין מתחרים לתיאום מחירים. בית המשפט קבע כי הסדרים כאמור נוצרים לשם השגת מטרה אחת בלבד, ניטרול מנגנון התחרות החופשית, ועל כן אין כל צורך בבחינה כלכלית של השפעתם בפועל על התחרות החופשית על מנת להוכיח את אי-חוקיותם.<sup>235</sup> בשורה ארוכה של פסיקות החילו בתי המשפט האמריקניים כלל זה על הסדרים "עירומים" לתיאום מחירים בין מתחרים. בימי פריחתו של כלל זה הוא הוחל גם על שורה ארוכה של מקרים נוספים, לרבות תיאום הצעות במכרז, קביעת מחיר מקסימום וחלוקת שוק אופקית.<sup>236</sup> האיסור לערוך הסדרים שנפלו בגדר הכלל היה ברור וחד-משמעי ולא נדרשו משאבים שיפוטניים רבים לבחינת חוקיותם של הסדרים אלו.

אולם בעוד כלל הפר-סה פותר את הבעייתיות שבהחלת כלל ההיגיון, הוא יוצר קשת חדשה של בעיות. הכלל הגורף, אשר לא התחשב בתועלת הטמונה בהסדר, עורר ביקורת נוקבת בשל פגיעתו הפוטנציאלית בתחרות בחלק מהמקרים הנופלים לגדרו.<sup>237</sup> כך למשל חזר בו בית המשפט העליון מהחלתו של הכלל במקרים שבהם נקבע בין הצדדים מחיר מקסימום, כיוון שבמקרים מסוימים הסכמה כאמור נדרשת לקידום התחרות בשוק.<sup>238</sup> בדומה, ספג הכלל האוסר באופן מוחלט על הסדרי חלוקת שוק בין מתחרים ביקורת נוקבת. זאת כיוון שהסדרים מסוג זה עשויים להידרש למתחרים קטנים או בינוניים על מנת להתחרות במתחרים גדולים מהם הנהנים מיתרונות לגודל. הבעייתיות הגלומה בהחלת כלל הפר-סה במקרים אלה מודגמת היטב בפסק דין *Topco*, שם עמד לדיון הסכם בין כמה רשתות שיווק בינוניות אשר הקימו מיזם משותף על מנת לייצר מותג אשר ישווק על ידי כל אחת מהן. אחד התנאים בהסכם ביניהם קבע כי כל משווק ישווק את המוצר בשטח גיאוגרפי מסוים בלבד, וכי לא יורשו להשתתף במיזם משווקים נוספים ללא הסכמת המשווקים הפועלים בתחומם הגיאוגרפי. הסדר זה היווה חלוקת שוק גיאוגרפית מובהקת ובית המשפט העליון החיל עליו את כלל הפר-סה ואסר אותו, אולם בנייתו כל תנאי השוק, יש מקום לטעון כי הסדר זה לא רק שלא פגע בתחרות, אלא גם הועיל לה. כפי שטענו הנתבעות, ההסכם נועד על מנת לאפשר לרשתות השיווק הבינוניות להתחרות ברשתות השיווק הארציות הגדולות, אשר שיווקו כל אחת מותג משלה. בשל גודלן של רשתות ארציות אלו, הן היו מסוגלות להשקיע בפרסום ובמיצוב המותג שלהן, כיוון שעלויות אלו

*United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392 (1927) 234

להלן הערה 238. 235

*U.S. v. Topco Associates, Inc.*, 405 U.S. 596 (1972) 236

*State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997) 237

לביקורת על כלל ה-*Per Se* ראו למשל שם. 238

נפרסו על פני כל סניפיהן. ההסדר אשר עמד בפני בית המשפט איפשר גם לרשתות הבינוניות ליצור מותג משלהן, דבר אשר לא היה מתאפשר לולא איחוד הכוחות ביניהן בשל עלויות יצירתו ושיווקו של מותג כאמור. החלוקה הגיאוגרפית נדרשה על מנת לוודא שכל אחת מהחברות בהסדר תוכל לדעת בוודאות שאם המותג יצליח, השקעתה תשתלם כיוון שצרכנים אשר יחפשו לרכוש את המוצר האמור יפנו לסניפיה ולא לאלו של מתחרותיה. ללא חלוקה זו, ספק אם המיזם היה מוקם כלל. בהתאם לכך, ההסדר – אף שהוא כלל חלוקת שוק אופקית בין מתחרים ואף שהוא פגע בתחרות בין הרשתות החברות בהסדר לאלו שלא היו חברות בו ולא היו בעלות פרישה ארצית – עודד את התחרות בין רשתות השיווק הבינוניות והגדולות. לא היה מקום לפוסלו בלא לבחון את השפעתו על התחרות בין החברים להסדר לבין יתר מתחריהם (Interbrand Competition) ולא רק את השפעתו על התחרות בין החברים להסדר לבין עצמם (Intrabrand Competition). באופן דומה, כבילה של חברי מיזם משותף בנוגע למחיר שבו ניתן לרכוש את המותג המשותף, לצורך שיווק ארצי, צריכה להיבחן גם היא על רקע מסגרת הנתונים הכוללת ולא במנותק מעובדות המקרה.

בשל הבעייתיות בהחלת כלל הפר־סה באופן "עיוור", בלא בחינה של חיוניות הכבילה לפעולה אשר עשויה דווקא לעודד את התחרות, התפתחה במשפט האמריקני מעין גישת ביניים, המכונה "דוקטרינת המבט המהיר" (quick look doctrine). דוקטרינת המבט המהיר מאפשרת לבתי המשפט, לאחר בדיקה כלכלית שטחית של המקרה לפנייהם, לבחור את הכלל הראוי ליישום בנסיבות המקרה: כלל ההיגיון או כלל ה-Per-Se. יסודה של הדוקטרינה בפסיקת בית המשפט העליון האמריקני בעניין *NCAA*<sup>239</sup> שם נקבע במפורש כי אין קו גבול ברור המבחין בין השימוש בין שני הכללים, וכי הבחינה צריכה להיעשות בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. בית המשפט אימץ בכך את הצעתו של המלומד ארידה, אשר ציין כי ההכרעה בשאלה אם להשתמש בכלל ההיגיון יכולה להעשות בהרף עין (in a twinkling of an eye)<sup>240</sup>. דוקטרינת המבט המהיר מאפשרת אפוא לבית המשפט לשקול, ברמת הוכחה פחותה מאשר זו הנדרשת בכלל ההיגיון, את השיקולים הרלוונטיים על מנת לוודא כי כלל הפר־סה לא מוחל על מקרים אשר כוללים עובדות המצביעות בבירור על אפשרות סבירה כי ההסדר פועל, למעשה, לטובת הציבור. הדוקטרינה כוללת שלושה עקרונות יסודיים, שאותם בוחן בית המשפט בהחליטו איזה כלל עליו להפעיל: הראשון, כי הגבלות ערומות על מחיר או כמות של מוצר הן אסורות במידה ולא ניתן להצדיקן בשיקולים מאזנים. השני, כי הוכחה של השפעה שלילית בפועל על התחרות בשוק מייצרת את הצורך בבחינת קיום כוח שוק בידי הצדדים. השלישי, כי יש לאסור על הגבלות בהן

*NCAA v. Board of Regents*, 468 U.S. 85 (1984) 239

*P. Areeda The Rule of Reason in Antitrust Analysis: General Issues* (1981), 37-38 240

ההשפעה על התחרות היא גלויה ומובנת מאליה, גם ללא צורך בביצוע של ניתוח כלכלי מורכב.<sup>241</sup>

### (ג) מנגנון ההסדרה הקבוע בחוק הישראלי

המחוקק הישראלי אימץ גם הוא שילוב של הכללים האמריקניים בחוק הישראלי. כלל הפרסה אומץ בסעיף 2(ב), אולם הכלל איננו חד-משמעי כיוון שניתן להחיל עליו את כלל ההיגיון בדרך של פנייה מוקדמת לממונה או לבית הדין. בנוסף, כלל ההיגיון חל במסגרת סעיף 2(א) לעניין שיקולי הפגיעה בתחרות. לכאורה, המחוקק הישראלי פתר את הבעייתיות שבהחלת חזקות חלוטות על ידי ריכוך הכלל בדרך המאפשרת לצדדים להסדר להעלות את השיקולים המאזנים בפני בית הדין או הממונה, בתלות בתוכנם, אולם כפי שפורט לעיל, פתרון זה הוא בעייתי ביותר. אכן, למנגנון האישור קיימים יתרונות מסוימים. מנגנון האישור משמש למעשה ככלי לפיקוח על התחרות במשק, ומתמרץ צדדים להסדר להביאו לבחינה בפני בית הדין. כן הוא מבטיח מידה מסוימת של ודאות משפטית, ומונע מצב שבו יידרשו הצדדים להסדר להכריע בעצמם בשאלה אם ההסדר עומד בתנאיו של כלל ההיגיון. בנוסף, הוא מעניק לבית דין עם מומחיות מיוחדת את יכולת ההכרעה בין שיקולים נוגדים. עם זאת נראה לנו כי חסרונותיו של המנגנון עולים על יתרונותיו. מנגנון האישור בפני בית הדין מסובך וממושך. הוא אולי מתאים להסדרים כובלים בין פירמות גדולות בשוק, הנהנות מכוח שוק, אך הוא איננו מתאים להסדרים בין שחקנים קטנים במשק, כדוגמת תניות אי-תחרות והסדרי בלעדיות אשר שכיחותן במשק היא רבה. במקרים אלו, הציפייה כי צדדים להסדר יבחרו לעשות במנגנון האישור שימוש, איננה פרקטית. מעיד על כך מספר ההסדרים המועט המובא לאישורו של בית הדין מדי שנה, שמספרם לרוב אינו עולה על חמישה. בנוסף, לו יועלה כל הסדר כובל שהוא בפני בית הדין להגבלים עסקיים, יקשה מאוד על בית הדין לעמוד בעומס התיקים, מה שיעכב עוד יותר את הפעילות העסקית הרצויה במשק. מנגנון האישור הוא מנגנון ישראלי ייחודי. אין לו אח ורע במשפטן של מדינות אחרות. גם דיני ההגבלים של האיחוד האירופאי, אשר כללו בעבר מנגנון דומה, שונו זה מכבר. נראה לנו כי יש לאמץ את הפתרונות הגמישים יותר הקבועים בשיטות המשפט השונות, המאפשרים לבתי המשפט השונים לאזן בין השיקולים השונים במקרים שבהם אין הצדקה להחלת חזקה חלוטה לפגיעה בתחרות, בבואם להכריע אם דינו של ההסדר הוא לשבט או לחסד. המצב כיום, שבו הסמכות לעשות כן נתונה בידי בית הדין ובידיו בלבד, גורמת

W.K. Tom, C. Pak "Symposium: The Future Course of the Rule of Reason: Towards a Flexible Rule of Reason" 68 *Antitrust L.J.* (2002) 391

לחיפוש דרכים עקיפות למניעת התוצאות הקשות שיוצר היום החוק, גם אם הן מנוגדות ללשונו הברורה.<sup>242</sup> מצב משפטי זה, שעליו נעמוד בהרחבה להלן, איננו רצוי. בהתאם לכך, נראה לנו כי הגיעה העת שמחוקק הישראלי ישנה את הוראות חוק ההגבלים העסקיים, ויבטל את מנגנון האישור הקבוע בחוק. מן הראוי להעניק לבתי המשפט את הסמכות – גם בלא שהסדר יאושר בפני בית הדיון להגבלים עסקיים – לבחון את יתרונותיו הפרו־תחרותיים של ההסדר וכן יתרונות נוספים הנובעים ממנו, כמפורט בהוראות סעיף 10 לחוק. בהתאם לכך, הצעת החוק העומדת כיום לדיון איננה מספקת. הצעת החוק אמנם מצמצמת את קשת המקרים שבהם יחולו החזקות החלוטות, אולם היא איננה פותרת את הבעייתיות שבאישור כבילות נחוצות המהוות חלק חיוני מהסדר כולל הנדרש לצורך השגת מטרה פרו־תחרותית. עם זאת עד שיתפנה המחוקק להסדיר מחדש את המצב המשפטי בסוגיה, עלינו לדבוק בפרשנות תכליתית – ככל שלשון החוק מאפשרת – להסדר הקשיח הקבוע בסעיף 2 לחוק. בכלל זה יש להחיל את דוקטרינת הכבילה הנלווית, את דוקטרינת המבט המהיר ואת כלל זוטי הדברים שיפורט להלן.

#### **(ד) תוקפן של החזקות ו"דרכי המילוט"**

בשל הבעייתיות שיוצרים לשון החוק ומבנהו, אימצו בתי משפט שונים דרכים שונות להקהות את עוקצו.<sup>243</sup> בין היתר, נבחנו תוקפן והיקפן של החזקות החלוטות וחל כרסום מסוים בחזקתן. חלק זה מבקש לבחון דרכים אלו על מנת לקבוע אם הדין המצוי הוא גם הרצוי.

##### **(1) ההצעה לביטול החזקות החלוטות**

ברע"א אקסטל שקל השופט טירקל לסטות מקביעתו של הרוב בדנ"א טבעול כי החזקות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק הן חלוטות. לשיטתו, יש לבחון את פגיעתם של ההסדרים הנופלים לגדרן בחינה מהותית:

יש מקום להרהר מחדש ב'מוחלטותן' של חזקות אלה... לפי השקפתי, הרחבת תחומי פרישתו של סעיף 2 אינה רצויה וראוי לנקוט פרשנות מצמצמת של הוראות החוק הבאות להסדיר כובל... האינטרס החברתי של קיום תחרות חופשית צריך להישקל בזהירות מול האינטרס החברתי של

242 ראו גל, לעיל הערה 7; גילה, לעיל הערה 7.

243 לבחינת דרכים אלו ראו למשל גל, שם.

קיום פעילות עסקית מקובלת, בבלי שהעוסקים התמימים יהיו, בבלי דעת, לעבריינים".

השופט נאור התנגדה לגישתו של השופט טירקל באותו עניין, וקבעה כי "חזקות חלוטות, והכל המקרים הראויים, יש בהן כדי לצמצם את היקף הברור בהליך השיפוט 'הרגיל' ולהקל עליו". נראה לנו כי ההלכה המחייבת היא עדיין שהחזקות הקבועות בסעיף 2(ב) חלוטות המה. כמפורט לעיל, קביעתן של חזקות חלוטות מהווה דין רצוי בשל היתרונות הגלומים בהן, אולם על מנת שיתרונות אלו יתממשו, יש לוודא כי החזקות החלוטות חלות אך ורק באותם מקרים שבהם תחולת החזקה עולה בקנה אחד עם אחד המקרים המנויים לעיל, ובראשם מקרים שבהם מראש ידוע כי הפעולה הנדונה אין בה כדי להועיל לרווחת הציבור ("כבילות עירומות").

(2) סייג זוטרי הדברים

הכירוסם העיקרי בתוקפן של החזקות החלוטות בשנים האחרונות מקורו בהחלת סייג זוטרי הדברים על הסדרים כובלים. כאמור, נוסחו הגורף של סעיף 2(א) לחוק, בשילוב עם הפרשנות המרחיבה שניתנה להוראות סעיף 2(ב) לחוק והעונשים הכבדים המוטלים על מי שעבר את האיסור לערוך הסדר כובל, חייבו את בתי המשפט לפסול כמעט כל הסדר כובל שהוא, וזאת בהתעלם ממידת פגיעתו של ההסדר בתחרות בשוק. על מנת להתגבר על בעייתיות זו, החילו בתי משפט שונים את כלל "זוטרי הדברים". בהתאם לכלל זה, צד להסדר כובל יכול לטעון כטענת הגנה כי פגיעתו של ההסדר הכובל שהוא צד לו בתחרות היא שולית, עד כדי כך שניתן להגדירה כ"זוטרי דברים". במקום שבו עומד הטוען טענה זו בנטל המוטל עליו, לא נעברה עבירה על החוק, למרות שיכול והתקיימו כל יסודות החוק להגדרת הסדר כובל. תכליתו של הכלל היא לפטור את הצדדים להסדר מאחריות למעשיהם, אם המעשה הוא קל ערך. הרעיון הניצב ביסודו של הכלל הוא שהחוק אינו עוסק בזוטות (de minimis non curat lex).<sup>244</sup>

הגנת זוטרי הדברים אינה ייחודית לדיני ההגבלים העסקיים. במישור פלילי הכלל קבוע בסעיף 34ז לחוק העונשין הקובע כי "לא ישא אדם באחריות פלילית למעשה, אם לאור לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך". כעולה מלשון הסעיף, על בית המשפט לבחון קיומם של ארבעה מבחנים מצטברים בטרם יוכל לפטור את הנאשם מאחריות פלילית, אשר סיכומם הוא שצריך להדריך את בית המשפט: טיבעו של המעשה (צורת ההתנהגות, מידתה וטיבה); נסיבות המעשה (בין נסיבות שהתקיימו בטרם העבירה ובין אלו המהוות חלק ממנה או אף נלוות לה); תוצאות

244 ע"פ הפניקס, לעיל הערה 37, פסקה 184.

המעשה (מידתן, מהותן); והאינטרס הציבורי.<sup>245</sup> נציין כבר עתה כי לטעמנו יש לשקול את כל ארבעת השיקולים המנויים בחוק בטרם יוחל הסייג ולא להתמקד רק בתוצאות המעשה, כפי שעשו מספר בתי משפט. במקרים הנופלים לגדר הסייג ניתן לומר כי הגם שמדובר בהסדר כובל, אי-החוקיות שבו היא זניחה, ועל כן ניתן להימנע מהענשה פלילית של עושהו.<sup>246</sup> שימוש בכלל זוטי הדברים אינו שולל את היותו של ההסדר כובל, אלא מעניק הגנה פלילית בלבד לעושה ההסדר מפני הרשעה בדין. כפי שקבע בית המשפט העליון בעניין בורוביץ:

“סעיף 34, שהגדיר את הסייג בדבר זוטי דברים, אינו נדרש כלל לשאלה אם הנאשם ביצע את העבירה שבה הואשם, והוא עשוי לחול גם על רקע ההנחה שהנאשם אכן ביצע את העבירה. תכליתו של הסייג, הנלמדת מלשון הסעיף, היא לפטור את הנאשם מאחריות פלילית למעשהו, אם לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך’. הרעיון הניצב ביסודו של הסייג הוא שהחוק אינו עוסק בזוטות (De Minimis Non Curat Lex) וכלשון דברי ההסבר להצעת החוק, עיקרו בהנחה כי... השתבצותו הפורמלית של מעשה בהוראה חקוקה, המגדירה עבירה פלילית פלונית, כשלעצמה, אינה מוכיחה בהכרח שיש באותו מעשה לפחות מינימום של אנטי-חברתיות האופיינית לעבירה פלילית. הכלל שלפיו הוראה כאמור לא נועדה לזוטי דברים, בא לנגוס מן ההיקף הפורמלי של תחום ההסדרה של נורמה אוסרת, את הרובד התחתון שאינו שייך לה מבחינה עניינית”.

במישור האזרחי חל סייג זוטי הדברים דרך מספר מקורות. בתחום הנזיקי כולל סעיף 4 לפקודת הנזיקין סייג מפורש הקובע כי לא יראו כעוולה “מעשה של מה בכך, אם “אדם בר-דעת ומזג כרגיל לא היה בא בנסיבות הנתונות בתלונה על כך”.<sup>247</sup> בדיני החוזים לא כלול סייג דומה, אולם הסייג חל בענייני פרשנות חוזה על מנת להתגבר על אי התאמה זניחה בין האמור בחוזה לבין קיום חיוביו.<sup>248</sup> לענייננו, נפסק בעניין אדרעי נ’ גדליהו כי לא יוכרו חוזה כבטל לפי סעיף 30 לחוק החוזים, בשל אי-חוקיות שהיא טפלה ואינצידנטלית לתוכן החוזה;<sup>249</sup>

245 א’ מגן “זוטי דברים – אך לאו מילתא זוטרא” הפרקליט מג (תשנ”ז) 38, 46.  
246 עניין רמזורים, לעיל הערה 223, בפס’ 49 לפסק דינה של השופטת מרים מזרחי.  
247 סעיף 4 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].  
248 א’ זמיר עקרון ההתאמה בקיום חוזים (תש”ן), 281.  
249 ע”א 533/80 אדרעי נ’ גדליהו, פ”ד לו (4) 281, 293. ראו גם ע”א 65/85 עיריית נתניה נ’ נצ”ב נתניה, פ”ד מ(3) 52.



”כאשר אי החוקיות אינה יורדת לשורשו של ההסכם אלא טפלה להסכם, שעצם כריתתו היא למטרה חוקית, לא בנקל יראה בית המשפט באי חוקיות כזו משום נימוק לבטלותו של ההסכם, על כל המשתמע מכך במישור הנפקויות המשפטיות האזרחיות...”.

סייג זוטי הדברים אומץ גם בהצעה לקודקס האזרחי – חוק דיני ממונות, הקובע כי “לא תוגש תובענה בשל מעשה קל ערך שאדם סביר לא היה מליץ על כך”.<sup>250</sup> בהקשר ההגבלי, הוצע לראשונה לעשות שימוש בכלל “זוטי הדברים” בפסק דינו של השופט גולדברג בע”א טבעול,<sup>251</sup> קביעה שאומצה גם בדנ”א טבעול<sup>252</sup> בידי השופט חשין. עם זאת מהחלטות אלו ניתן לכאורה ללמוד כי תחולת הכלל מוגבלת למקרים שבהם ההסדר הכובל אינו נופל תחת אחת החזקות החלוטות, שכן אז פגיעתו של ההסדר בתחרות איננה זניחה כי אם מוכחת. בפסיקה מאוחרת יותר, בע”א א.מ חניות,<sup>253</sup> נעשה בהגנה זו שימוש מרחיב יותר. השופט אור החיל את כלל “זוטי הדברים” על הסדר אשר נפל תחת אחת החזקות החלוטות.<sup>254</sup> בעשותו כן, ציין השופט אור כי הימנעות מהחלת כלל זוטי הדברים תוביל לפסילתם של הסדרים רבים אשר פגיעתם בתחרות איננה משמעותית: “אין טעם להחיל את דיני ההגבלים העסקיים על פעילות עסקית שאינה גורמת פגיעה ממשית כלשהי לתחרות בענף או במשק. התערבות בפעילות כזו פוגעת שלא לצורך בחופש ההתקשרות של צדדים ואין בצידה כל תועלת לציבור”. גם בעניין אריאל הנדסת חשמל<sup>255</sup> קבעה השופטת נאור כי באופן עקרוני ניתן לעשות שימוש בכלל כאשר ההסדר נופל תחת אחת החזקות החלוטות, אך יש לעשות כן “בזהירות כפולה ומכופלת”:

”כאמור, בית משפט קמא מצא כי מעשיהם של המשיבים 1 ו-2 חוסים בצילו של הסייג בדבר זוטי דברים, אולם לאור האמור עד כה חוששני שאין בידי להצטרף למסקנה זו. מעובדות המקרה מצטיירת תמונה ברורה של חלוקת שוק, וחלוקה זו מהווה הסדר כובל כמשמעותו בסעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים העסקיים. לרשותם של הצדדים להסכם עמדה האפשרות

- 250 ראו נוסח לעיון הציבור (משרד המשפטים, אפריל 2004).  
 251 ע”א 6222/97 טבעול (1993) בע”מ נ’ מדינת ישראל, פ”ד נב(3) 145, 172. מנגד ראו את פסיקתו של השופט עדיאל בעניין מזרחי, לעיל הערה 191, שם הטיל ספק השופט עדיאל באפשרות לעשות שימוש בכלל זוטי הדברים.  
 252 ע”א טבעול, שם.  
 253 ע”א א.מ חניות, לעיל הערה 140. ראו בנוסף את החלטתו של השופט חשין בדנ”א א.מ חניות, לעיל הערה 8.  
 254 ראו בנוסף רע”א אקסטל, לעיל הערה 182, בפס’ 16-17 לפסק דינה של השופטת נאור.  
 255 עניין רמזורים, לעיל הערה 223, בפס’ 30 לפסק הדין.

להשתמש בכל אותם מנגנונים והיתרים שחוק ההגבלים העמיד לרשותם, אולם מטעמים השמורים עמם, וסבורני כי אין קושי לעמוד עליהם, הם בחרו שלא לעשות זאת, ועניין זה לבדו חייב את בית המשפט לנקוט זהירות כפולה ומכופלת בעת שהוא ניגש לבחון את תחולתו של הסייג בדבר זוטי דברים על מקרה זה.”

הגנת זוטי הדברים הוחלה על ידי השופטת נאור גם בפסק דין אקסטל<sup>256</sup> ובמצרפלס,<sup>257</sup> כן על ידי השופט חשין בבקשה לדיון נוסף בעניין חניות,<sup>258</sup> וכן אומצה על ידי שלושת השופטים בעניין בורוביץ.<sup>259</sup>

אימוץ הגנה זו – לפחות בגדרו של סעיף 2(א) לחוק – מתיישב עם פרשנות תכליתית של חוק ההגבלים העסקיים, כמו גם עם פרשנות תכליתית של דיני החוזים. למעשה, סעיף 2(א) כולל מנגנון מובנה של “זוטי דברים” מכוח הדרישה לקיום פגיעה בתחרות. מבחן זה מאפשר לבית המשפט לאזן בין העיקרון החוזי, שלפיו יש לקיים חוזים בתום לב, לבין עקרון השמירה על התחרות בשוק.<sup>260</sup> שמירה על איזון זה תמנע הגבלות מיותרות על פעילות כלכלית רצויה המקדמת את רווחת הכלל. היא גם תמנע את הכתמתם של הסדרים אשר המחוקק ככל הנראה לא התכוון כי יילכדו ברשת החוק.

זאת ועוד: השימוש בכלל הכרחי במידה ובתי המשפט ימשיכו להעניק לחזקות החלוטות פרשנות מרחיבה, ולהחדיר תחת כנפיהן הסדרים שפגיעתם בתחרות מוטלת בספק. ונבהיר את כוונתנו. החזקות החלוטות הן כלי רב עוצמה, אשר נועד לחסוך מבית המשפט את הצורך בעריכת ניתוח כלכלי מסובך לצורך בחינת פגיעתו של ההסדר הכובל בתחרות. חזקות חלוטות מובילות לחיסכון במשאבים כלכליים ושיפוטיים. עם זאת, ודווקא בשל חוזקן של החזקות החלוטות, יש לעשות בהן שימוש מצמצם במיוחד, כך שיכללו אך ורק הסדרים שליליים, אשר פגיעתם בתחרות היא מבחינת המובן מאליו, או לפחות מקרים שבהם החשש ללכידתו ברשת של הסדר חיובי או הסדר תמים הוא חשש יחסית זניח. במידה והשימוש בחזקות החלוטות יצומצם בדרך זו, לא יהיה כל צורך בכלל זוטי הדברים, והוא אף יעמוד לרועץ בדרך להגשמת תכליתן של החזקות החלוטות. עם זאת הפרשנות

256 רע"א אקסטל, לעיל הערה 182.

257 עניין מצרפלס, לעיל הערה 5.

258 דנ"א א.מ. חניות, לעיל הערה 8.

259 ע"פ הפניקס, לעיל הערה 37. לדעה נוגדת ראו ע"א א.מ. חניות, לעיל הערה 140, בעמ' 600 (השופט ריבלין): “חברי, השופט אור מבקש להשתית את המסקנה כי אין לראות בהסכם שלפנינו ‘הסדר כובל’ על ההשקפה כי מדובר ב'זוטי דברים'. כשלעצמי, יש לי ספק באשר לבחירה זו ואף ספק בשאלת תחולתו של עקרון 'זוטי הדברים' במקרה דומה בעתיד, לאור כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך), התשס"א-2001.”

260 ראו גם דברי השופט עדיאל בעניין טגר, לעיל הערה 125.

הניתנת כיום לחזקות החלוטות היא פרשנות רחבה ובלתי רצויה. במצב משפטי זה, שימוש בכלל זוטי הדברים הוא לטעמנו רצוי, בבחינת הרע במיעוטו, למעט בכמה מקרים המפורטים להלן. שימוש בכלל זוטי הדברים מעניק לבתי המשפט כלי גמיש לפטור מהוראות החוק מקרים אשר ראוי מראש כי לא יילכדו בהן. על כן שימוש בכלל זה הוא פוגעני פחות מאשר ניסיון לצמצם הוראות שונות בחוק הגבלים העסקיים באופן המתנגש עם תכלית החוק.

נציין כי הפתרון לחוסר האיזון הגלום בחוק ההגבלים באמצעות החלת דוקטרינת זוטי הדברים הוא חלקי בלבד, שכן אין הוא מאפשר לבתי המשפט להכשיר בדיעבד חוזים שבאיזונם הפנימי הם נוטים לטובת הציבור.<sup>261</sup>

בצד יתרונותיו, לסייג זוטי הדברים מספר חסרונות בולטים. ראשית, החלתו של הסייג מחייבת את בית המשפט להיכנס לקרביה של העילה ההגבלית ולבחון אם התחרות אכן נפגעת על ידי ההסדר הכובל שבפניו בהתאם למבחנים כלכליים ולא להסתמך רק על אינטואיציות.<sup>262</sup> מבחן כלכלי כאמור יחייב הגדרת השוק הרלוונטי, בחינת מעמדם וכוחם היחסי של המתחרים הפועלים בו, וכן בחינה של חסמי הכניסה לשוק על ידי מתחרים חדשים. לבתי המשפט הרגילים אין כל הכשרה בהחלתם של מבחנים אלו והם עלולים להוציא מתחת ידם פסיקות בלתי מאוזנות. ניתן לפתור קושי זה, ולו באופן חלקי, על ידי יצירת חזקות ראייתיות למידת הפגיעה המסתברת בתחרות, בדומה לפטורי הסוג, עם התפתחות הפסיקה של בתי המשפט השונים. פתרון חלקי אפשרי נוסף לקושי זה גלום בהטלת נטל ההוכחה לקיום תנאיו של הסייג על הנאשם או המעוול. כאמור, יש להיזהר משימוש במבחן זוטי הדברים באופן אינטואיטיבי בלבד, רק כדי לעקוף תוצאות בלתי רצויות.

שנית, ניתן לטעון כי סייג זוטי הדברים מאיין, הלכה למעשה, את מוחלטותן של החזקות החלוטות. לטיעון זה שני ראשים אפשריים. הראשון הוא לשוני והשני הוא תכליתי. בהתאם לטיעון הראשון, משקבע המחוקק כי קמה חזקה כי פעולה מסוימת פוגעת בתחרות, הרי אין מקום לפגוע במוחלטותה של קביעתו זו בדרך של החלת סייג לה. טיעון זה דינו להידחות. כאמור לעיל, סייג זוטי הדברים חל לאחר שכבר נקבע כי יש פגיעה בתחרות, בבחינת נעברה העבירה, אך קיימים שיקולים משפטיים וציבוריים שלא להחיל את האחריות המשפטית במקרה הנדון במקום שבו הפגיעה המועטה בתחרות אינה מצדיקה את פסילת ההסדר. על כן הכלל אינו מאיין את החזקות החלוטות במקום שבו נעשה שימוש בכלל בזהירות יתירה, כפי שנקבע על ידי השופטת נאור בעניין אריאל הנדסת חשמל. כן ניתן להפחית את הפגיעה בחזקות ידי הטלת נטל ההוכחה כי ההסדר אכן אינו פוגע באופן משמעותי בתחרות על

261 ראו גל, לעיל הערה 7.

262 ראו גילה, לעיל הערה 7.

המעוול או הנאשם. הטיעון השני משמעותי יותר. בהתאם לו, החלת זוטי הדברים בגדר סעיף 2(ב) מנוגדת לתכלית החוק כיוון שהיא פוגעת בוודאות המשפטית ומורידה את רמת ההרתעה של החוק. לטעמנו, כפי שפורט לעיל, כל עוד החוק נותר בנוסחו דהיום, תוך שילוב בין חזקות חלוטות רחבות ביותר ומנגנון הסדרה המחייב קבלת אישור מראש, החלת כלל זוטי הדברים במרבית המקרים מתחייבת על מנת שלא להביא לתוצאות אשר סביר כי המחוקק לא כיוון אליהם.

בה בעת, לדעתנו סייג זוטי הדברים לא ראוי שיחול באותם מקרים שבהם תכליתו העיקרית והמפורשת של הסדר בין מתחרים היא תיאום מחירים, הקטנת הכמויות או חלוקת שוק ללא יתרונות מאזנים גלויים וברורים לתחרות או לטובת הציבור.<sup>263</sup> במקרים מסוג זה קיימת חשיבות רבה ליצירת ודאות משפטית ורמת הרתעה גבוהה על ידי החלת כלל חד-משמעי וברור שיאסור באופן קטגורי הסדרים כאמור. גם אם מגבלה זו על תחולת הכלל לא תאפשר מתן פטור להסדרים לתיאום מחירים או לחלוקת שוק שאינם פוגעים, הלכה למעשה, בתחרות, אף על פי שהם נועדו להשיג מטרה זו, הרי עלות אי-מתן פטור לצדדים להסדרים אלו נמוכה ביותר משום שהסדרים אלו אינם משרתים כל מטרה פרותרותית.<sup>264</sup> לא למותר לציין כי "טעויות" מהסוג האמור לא יהיו רבות, כיוון שצדדים שאינם סבורים כי ביכולתם להשפיע על התחרות בשוק ממילא לא ישקיעו ביצירת הסדר כובל. כלל מסוג זה גם ייתר את הצורך בעריכת ניתוח כלכלי מורכב, כנדרש בעת החלת דוקטרינת זוטי הדברים, שלמעשה סותרת את הרעיון העומד בבסיס החזקות החלוטות, ולפיהן אין צורך בניתוח כלכלי כדי להגיע למסקנה כי התחרות בשוק נפגעה. זאת ועוד: אם יוחל כלל זוטי הדברים על כל סוגי ההסדרים, לא יהיה הבדל רב בין סעיף 2(א) לסעיף 2(ב), שכן שניהם יחייבו ניתוח כלכלי של פגיעה בתחרות. אמנם, ייתכן כי מידת הפגיעה בתחרות שתידרש על ידי בית המשפט להחלת כלל זוטי הדברים ולמילוי אחר היסוד של הפגיעה בתחרות הגלום בסעיף 2(א) תהא שונה, אולם הניתוח דומה בעיקרו. תוצאה זו לא מתיישבת גם עם לשונו המפורשת של החוק, שלפיו במקרים הנופלים בגדר סעיף 2(ב) "יראו את הפגיעה בתחרות כמוכחת...". לבסוף, המגבלה הנוספת על החלת הסייג מתיישבת גם עם התנאים האינהרנטיים להחלת הסייג עצמו. כמפורט לעיל, אחד השיקולים להחלת הסייג במישור הפלילי הוא אינטרס הציבור. במקום שבו התכוונו הצדדים לפגוע ברווחת הכלל ללא יתרונות מאזנים קיים אינטרס ציבורי מובהק לאסור על הסדרים מסוג זה מלכתחילה, תוך

263 דומה כי גם השופט עדיאל הולך בדרך דומה, אף על פי שאיננו קובע מסמרות בעניין, בעניין מזרחי, לעיל הערה 191, בפס' 43 לפסק הדין; לדעה נוגדת ראו עניין ומזורים, לעיל הערה 223. ערעור על פסק דין זה התקבל. ראו גם גל, לעיל הערה 15. הערת השוליים שכללה את הסייג להחלת דוקטרינת זוטי הדברים הושמטה בטעות על ידי העורך.

264 ראו Gal, לעיל הערה 1, בעמ' 169-170.

קביעת קו אדום מובהק ותוך איתות לצדדים כי לא יישמעו שום טענות נוגדות במקרים כאמור.

לא למותר לציין כי עמדתנו בהקשר להפעלת כלל "זוטי הדברים" עולה בקנה אחד עם "דוקטרינת המבט המהיר" החלה במשפט האמריקני ואשר על עקרוניתה עמדנו לעיל. במשפט האמריקני, מקנה הכלל לשופט שיקול דעת אם להחיל את כלל הפרסה או את כלל הסבירות. כאמור, דוקטרינת המבט המהיר קובעת כי יש לאסור הגבלות שבהן ההשפעה על התחרות היא גלויה ומובנת מאליה, גם ללא צורך בביצוע ניתוח כלכלי מורכב, אלא אם גלויים לעין יתרונות משמעותיים שהסדר יוצר. נראה לנו כי גם במשפט הישראלי יש מקום לאמץ מעין דוקטרינה של מבט מהיר, גם בהקשר המצומצם של שיקול הדעת אם לבחון האם פגיעתו של ההסדר בתחרות היא שולית, במסגרת כלל "זוטי דברים".

שאלה נוספת היא אם ניתן להחיל את כלל זוטי הדברים במקום שבו ההסדר הרלוונטי אינו עומד בתנאים שנקבעו בכללי הפטור להסדרים שפגיעתם בתחרות היא קלת ערך. כללים אלו הותקנו על מנת להכשיר באופן אוטומטי הסדרים שפגיעתם בתחרות היא זניחה. עם זאת כללי הפטור להסדרים שפגיעתם בתחרות זניחה מוגבלים באופן משמעותי על ידי סעיף 4 לכללי ההגבלים (הוראות והגדרות כלליות), תשס"ו-2006, הקובע כי פטורי הסוג לא יחולו על סוגים מסוימים של הסדרים, לרבות הסדרים הכוללים כבילות בדבר תיאום מחירים, הגבלת כמויות או חלוקת שווקים.

בעניין בורוביץ, קבע בית המשפט העליון כי כלל "זוטי הדברים" חל גם במקום שבו ההסדר הרלוונטי אינו זוכה לפטור מכוח הכללים כאמור: <sup>265</sup>

"הסדרים כאלה אינם יכולים ליהנות מפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות היא קלת ערך... אולם, אנו סבורים כי אף לגבי הסדרים כאלה אין כל מניעה עקרונית משימוש בהגנת זוטי הדברים, כמשמעה בסעיף 34 לחוק העונשין, החלה אף לגבי עבירות לפי חוק ההגבלים (מכוח סעיף 34כג לחוק העונשין)..."

כעיקרון, אנו סבורים כי הרחבה זו של השימוש בכלל זוטי הדברים היא הרחבה ראויה. לטעמנו, יש להחיל את סייג זוטי הדברים תוך שימת לב לשלושה דגשים. ראשית, על מנת להגיע למסקנה כי פגיעתו של ההסדר בתחרות היא אכן זניחה, נדרשים בתי המשפט לבצע ניתוח כלכלי של השוק הרלוונטי. עד עתה, לרוב נמנעו בתי המשפט מללכת בדרך זו, בייחוד בפסיקות שבהן הועלתה טענת ההסדר הכובל בידי הצדדים לו. על מנת לוודא כי ראיות בדבר מאפייני השוק יובאו לידיעת בתי המשפט, יש לטעמנו להטיל את נטל ההוכחה

265 ע"פ הפניקס, לעיל הערה 37, בפסקה 88 לפסק הדין.

לפגיעה זניחה בתחרות על מי שמערער על היות ההסדר "הסדר כובל". כפי שציין גם בית המשפט העליון בע"פ הפניקס: 266

"ההנחה כי הסדרים כובלים כה בוטים כמו אלו שהתגלו בתיק זה, בענף מרכזי הנוגע לכל אזרח כמעט, לא פגעו כלל במשק ובצרכנים, היא הנחה מרחיקת לכת. אין היא יכולה להתבסס על קיומם של מחדלי חקירה בלבד, שכן אלה אינם יוצרים ספק סביר בדבר אפשרות קיומה. על המערערים היה איפוא להוכיח באופן פוזיטיבי לוא רצו בכך, אך את זה הם לא עשו".

לא למותר לציין כי כעולה מהחלטתו של בית המשפט העליון, הפגיעה הנבחנת היא הפגיעה בתחרות בשוק כולו ולא רק בתחרות בין הצדדים הספציפיים להסדר. פרשנות זו משרתת את תכלית החוק, שכן היא אינה מאפשרת את תחולת הסייג במקום שבו יש פגיעה באינטרס הציבורי, אף שביחסים דואליים אין פגיעה כאמור. בהקשר זה של ניתוח השוק על בית המשפט לנקוט במשנה זהירות. בפרט, ייתכנו מקרים שבהם השפעתו של ההסדר הספציפי על התחרות בשוק היא אמנם זניחה, אך הסדרים מאותו הסוג נפוצים בשוק, ופגיעתם המצרפית בתחרות היא משמעותית. כך למשל ייתכן כי הסדר בלעדיות בין משווק דלק לבעל תחנה, כשלעצמו, פוגע בתחרות באופן זניח. עם זאת השוק מורכב מאוסף רב של הסדרים מאותו הסוג, אשר השפעתם המצרפית על השוק היא משמעותית. במקרים אלו אין לומר כי מדובר בזוטי דברים, וכי פגיעתו של ההסדר בתחרות היא זניחה.

שנית, בטרם יוחל הסייג יש לבחון היטב אם אכן הפגיעה בתחרות זניחה כנטען גם כאשר מחילים ניתוח דינמי של מצב התחרות בשוק. פסק הדין בעניין רמזורים מדגים נקודה זו היטב.<sup>267</sup> שם נדון הסדר כובל אשר נחתם בין חברות שונות למתן שירותים לאחזקת רמזורים אשר נחתם במסגרתה של בוררות שהתקיימה בין הצדדים. במסגרת ההסכם חילקו החברות את השוק ביניהן כך שאחת תיתן שרותי אחזקת רמזורים בחיפה והשנייה תיתן שירותים כאמור בירושלים. על מנת להבטיח את חלוקת השוק כאמור התחייבה אחת החברות, בין היתר, שלא להגיש הצעות למכרזים לתחזוקת רמזורים שתפרסם עיריית חיפה. בית המשפט המחוזי קבע כי אכן התקיים הסדר כובל לעניין הגשת הצעות למכרזים באיזור חיפה, אולם הוא החיל את כלל זוטי הדברים וזיכה את הנאשמים. פסיקתו של בית המשפט נשענה בייחוד על העובדה שהלכה למעשה לא עמדה בפני אחת החברות אפשרות מעשית להגיש הצעות למכרז בחיפה בשל הגבלות שקבעה עיריית חיפה במכרזיה, כך שגם ללא

266 שם, בפס' 55. לדעה דומה ראו פסק דינו של השופט עדיאל בעניין טגר, לעיל הערה 125, פסקה 85 להכרעת הדין. לדעה נוגדת ראו גילה "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוק?", לעיל הערה 7, בעמ' 773.  
267 עניין רמזורים, לעיל הערה 223.

ההסכם לא הייתה מתקיימת תחרות בין הצדדים. ערעורה של המדינה על פסק הדין בפני בית המשפט העליון התקבל. בית המשפט דחה את הטענה כי ניתן להחיל במקרה הנדון את כלל זוטי הדברים. לשיטתו, למרות שפעולותיה של עיריית חיפה אכן הווי את הגורם הראשי להגבלת התחרות, הרי אילו הייתה החברה שהייתה מנועה מלגשת למכרו ממשיכה במאבקה המשפטי נגד עיריית חיפה, הרי קיים סיכוי סביר כי המכרו היה נפסל והיה נפתח פתח לתחרות בין החברות. בית המשפט הסתמך, בין היתר, על ניסיון החיים ועל העובדה שהאחת התחייבה לשלם לשנייה עבור התחייבותה לא לגשת למכרו, וכן על העובדה כי ההצעה שהוגשה למכרו הייתה גבוהה באופן משמעותי מהאומדן של עיריית חיפה לביצוע העבודות.<sup>268</sup> מבחן זה הוא למעשה מבחן דינמי הבוחן את סבירותה של תחרות פוטנציאלית אילו לא היה קיים הסדר.

שלישית, כדברי השופט לוי בעניין רמזורים, קיומם של ההסדרים המנויים בחוק ההגבלים העסקיים לרבות פטור הסוג שהותקנו מכוחם אינו מונע את תחולת הסייג, אולם הוא מציב רף גבוה יותר לתחולתו:<sup>269</sup>

“קיומם של מנגנונים אלה אינו מונע את החלתו של העיקרון הכללי בדבר זוטי דברים, כפי שהוא בא לידי ביטוי בחוק העונשין. כך שוכנים להם, זה לצד זה, העיקרון הכללי בדבר זוטי הדברים וההיתרים הספציפיים שמבטאים את רוחו. ברם, כאשר קבע המחוקק מנגנונים אלה בחוק ההגבלים, הוא העדיף מנגנונים של מניעה מראש על פני פטור שינתן בדיעבד. העולה מכך הוא, כי קודם להפעלתו של הסייג בדבר זוטי דברים, יפעיל חוק ההגבלים את המסננות הקבועות בו ורק משנעשה כן יש לבחון את תחולתו של הסייג בדבר זוטי דברים. מצב זה עשוי להגביה את המשוכה הניצבת בפני הטוען כי חל עליו סייג זה. אכן, משלא צלח לעבור את הפתח שפתחו בפניו היתרים של חוק ההגבלים, עדיין יש בידיו פתח מילוט נוסף, אולם לשיטתי צר הוא יותר מקודמו ואישור למעבר בו יינתן במשורה.”

אכן, גישה זו היא ראויה בעינינו. לשם החלת כלל זוטי הדברים יש לאזן בין השיקולים השונים הכרוכים בהפעלתו, אשר מידת פגיעתו של ההסדר בתחרות היא רק אחד מהם.<sup>270</sup> בין יתר השיקולים, על בית המשפט לבחון את אופי ההליך – פלילי או אזרחי, את סוג ההסדר – אופקי או אנכי; את חשיבות הכבילות לצורך השגת מטרה פרו-תחרותית או המקדמת את רווחת הציבור; את מעורבותו של הנאשם או המעוול ביצירת ההסדר

268 שם, בפס' 18 לפסק הדין.

269 שם, בפס' 29 לפסק הדין.

270 לגישה דומה ראו ת"פ (י"ם) 960/05 מדינת ישראל נ' מרגלית, פורסם בנבו.

ובאכיפתו. כן על בית המשפט לשקול את הפגיעה האפשרית באינטרס הציבור בדרך של פגיעה בודאות המשפטית או בקביעת קווים אדומים אל מול עצירת פעולתו התקינה של המשק. למרות שאין לקבוע מסמרות במשקלם של השיקולים האמורים, האינטרס הציבורי צריך להיות בעל משקל סגולי גדול יותר מיתר השיקולים.<sup>271</sup> ודוק: דיני ההגבלים העסקיים מטרתם להגן על האינטרס הציבורי ולא על אינטרס של הפרט, "אשר אינו זוכה להגנה, אלא כתוצר לוואי ממימוש האינטרס הציבורי בקיום תחרות".<sup>272</sup> כפי שפורט לעיל, לטעמנו אין להחיל את הסייג במקום שבו עסקינן בכבילה אופקית עירומה הנוגעת למחיר, כמות או חלוקת השוק כיוון שהאינטרס הציבורי מטה את כף המאזניים לפרשנות אשר תקבע במקרים אלו קווים אדומים חד-משמעיים שלא ניתן לחצותם. כל פרשנות אחרת תפגע באלמנט ההרתעה וברמת הודאות של החוק בלא יתרונות מאזנים.

### (3) פרשנות תכליתית

כלי נוסף, אשר שימש את בתי המשפט בעת האחרונה על מנת לצמצם את הבעייתיות הנובעת מהאיסור ההגבלי הוא פרשנות תכליתית של הוראות החוק, ובכלל זה של החזקות החלוטות. פרשנות זו מהווה צעד חשוב וחיוני למען השגת מטרת החוק.<sup>273</sup> כאמור לעיל, החזקות החלוטות הן כלי רב עוצמה, המאפשר לבתי המשפט להימנע מניתוח כלכלי שבואם להכריע אם להכריז על ההסדר ככובל. משך שנים רבות העניקו בתי משפט רבים פרשנות מרחיבה לחזקות, עד כדי הכללתם של מרבית ההסדרים הכובלים באשר הם תחת כנפיהן. פרשנות שכזו הייתה בבחינת "תפסת מרובה לא תפסת", שכן היא הובילה להחלת כלל פסילה גורף על הסדרים אשר פגיעתם בתחרות איננה מובנת מאליה. בית המשפט הביין כי הגיעה השעה לתקן פרשנות זו ולפרש את החזקות החלוטות כך שהן יחולו רק על סוגי הסדרים שבהם הסיכוי כי הפעילות האסורה תקדם את התחרות היא כה קלושה, עד כי יש הצדקה לאסרם באופן קטגורי. פרשנות זו צריכה לאזן בין הפגיעה בתחרות לבין הודאות העסקית ועלויות ההוכחה של פגיעה בתחרות.

על חשיבות הפרשנות התכליתית עמד השופט ריבלין בעניין חניות. כמאמרו, הלשון הרחבה שחוק ההגבלים העסקיים נוקט וההגדרות המצויות בו עשויות ללכוד ברשת מקרים

271 ראו י' קדמי על הדין בפלילים (כרך א, תשנ"ד), 556, המובא על ידי השופט לוי בעניין רמזורים, לעיל הערה 223.

272 ראו ע"א טבעול, לעיל הערה 251, בעמ' 169 ואילך; ה"ע (י"ם) 8011/03, לעיל הערה 223, בפסקה 14 לפסק הדין.

273 פרשנות זו הוחלה, בין היתר, על ידי השופט ריבלין בע"א א.מ. חניות, לעיל הערה 140, השופט חשין בבקשות לדיון נוסף טבעול, לעיל הערה 29, ועע"מ לשכת שמאי המקרקעין, לעיל הערה 223, על ידי השופט טירקל ברע"א אקסטל, לעיל הערה 182, ועל ידי השופטת חיות בעע"מ לשכת שמאי המקרקעין, שם.



רבים ושונים, ועל כן יש לנקוט משנה זהירות ולהימנע מפירוש פשטני של הוראות אלו, העלול להביא "לתוצאה בלתי נסבלת, שעל-פיה ייחשבו כפסולים ואסורים הסדרים משפטיים רצויים, שהם חלק מחיי המסחר והכלכלה והמתקיימים כדבר שבשיגרה"<sup>274</sup>. לשיטתו, על מנת להימנע מתוצאות אלו יש לפרש את חוק ההגבלים העסקיים פרשנות תכליתית העולה בקנה אחד עם התכלית שלשמה חוקק החוק. בהתאם לכך, "יש להחריג מהוראות החוק את אותם מקרים – והמקרה שלפנינו הוא אחד מהם – הנכללים לכאורה בלשון הרחבה של הוראת סעיף 2, אולם בחינה תכליתית תבהיר כי הם נופלים מחוץ לגבולות החוק"<sup>275</sup>.

אכן, פרשנות תכליתית של חוק ההגבלים העסקיים הנה צעד חשוב ליצירת הלכה מאוזנת. תנאי מקדים לפרשנות תכליתית הוא כי היא תשרת את תכלית החוק, כאשר מתחשבים בכל השיקולים המתחרים על הבכורה, דוגמת פגיעה בתחרות, חסכון במשאבים כלכליים, הרתעה ווודאות משפטית, אשר פורטו לעיל. כדבריה של השופטת חיות בעניין שמאי המקרקעין:<sup>276</sup>

"...פירוש תכליתי של הוראת סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים יש בו כדי לקדם את מידת הוודאות ולהפחית מן הקיפאון העסקי העלול להיגרם עקב פרשנות מילולית-מרחיבה של הוראת החוק. כמו כן יש בפירוש התכליתי כדי להסיר את החשש מפני כתם של אי-חוקיות, העלול לדבוק, שלא בצדק, בהסדרים 'תמימים' וראויים, ומפני סטיגמה עבריינית העלולה לדבוק במתקשרים בהם. פירוש המוציא לכתחילה מכלל הגדרת 'הסדר כובל' אותם הסדרים שהחוק, על פי תכליתו, אינו מיועד לחול עליהם, אף יחסוך פניות שלא לצורך אל בית-הדין או אל הממונה לקבלת אישור או פטור."

אנו מציעים שלושה פרמטרים עיקריים לתיחום גבולות החזקות החלוטות במסגרת מבחן תכלית החוק. ראשית, וכפי שהצענו בעבר,<sup>277</sup> את סעיף 2(ב) יש לפרש נוכח מטרתן של החזקות החלוטות. לשון אחר, סעיף 2(ב) אמור לכלול בתוכו רק את המקרים שבהם הפגיעה בתחרות היא כה ברורה, עד כי אין צורך להשקיע משאבים בהוכחתה, או כי חיסכון העלויות, הנובע מייתור הצורך להוכיח בכל מקרה פגיעה בתחרות, עולה באופן משמעותי על עלות המקרים הבודדים הנכנסים בגדר החזקה אף על פי שאינם פוגעים בתחרות, ועלות ההבחנה בין המקרים הפוגעים בתחרות לבין אלו שאינם פוגעים בה, גבוהה. כל שאר

274 ע"א מ. חניות, לעיל הערה 140, בעמ' 598 (השופט ריבלין).

275 ש.ם.

276 ע"מ לשכת שמאי המקרקעין, לעיל הערה 223, בעמ' 308.

277 גל, לעיל הערה 7.

המקרים צריכים להיבחן תחת הכלל הקבוע בסעיף 2(א) לחוק. אשר על כן, יש "לגלף" את הוראת סעיף 2(ב) כך שהיא תחול רק על אותם קטגוריות של מקרים שבהם אכן יש הצדקה לתחולת החזקה, דוגמת כבילות עירומות בין מתחרים על כמות, איכות או מחיר. כפועל יוצא ממבחן תכלית החוק כאמור, יש לקבוע את אי-תחולת החזקות באותן קטגוריות של מקרים שפגיעתם בתחרות איננה מסתברת מעצם השתייכותם לקטגוריה ספציפית. "גילוף" כאמור עדיף אם ייעשה על ידי המחוקק על ידי הגדרה טובה יותר של קטגוריות המקרים שעליהם יחול סעיף 2(ב), אולם עד לעת בה יתוקן החוק כאמור לעיל יש מקום לגילופו על ידי בתי המשפט.

הפרמטר השני המוצע הוא פועל יוצא מהפרמטר הראשון ומהווה מקרה פרטי שלו. כפי שהציע גילה, יש להבחין בין הסדרים אופקיים לאנכיים ויש לכלול תחת החזקה רק את הראשונים. זאת כיוון שבעוד שהסדרים אופקיים עירומים השפעתם השלילית על התחרות היא לרוב מובנת מאליה, הרי שלא כך הוא הדבר בכל הנוגע להסדרים אנכיים, להם קיימים רציונלים כלכליים לגיטימיים רבים.<sup>278</sup> אמנם נכון, לשונו של הסעיף איננה מבחינה בין מישורי הפגיעה בתחרות, אולם נראה לנו כי הפסיקה עתה בשלה מספיק על מנת להחיל הבחנה זו, הנשענת על תכלית החוק ואיננה מתנגשת חזיתית עם לשונה. גם הצעת החוק מצמצמת את החזקות החלוטות בדרך זו.<sup>279</sup>

לא למותר לציין כי השפעתם של הסדרים אנכיים על התחרות בשוק היא במקרים רבים השפעה אופקית. עמדה על נקודה זו גם השופטת נאור בעניין אקסטל, בהתייחסה להבחנה המוצעת בין הסדרים אופקיים לאנכיים:<sup>280</sup>

"לדעתי חלה על סעיף 17 להסכם החזקה החלוטה שבסעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, לפיה יראו כהסדר כובל כבילה בעניין 'המחיר שידרש', שיוצע או שישולם'... כיוון שעל פי פסיקתו של בית משפט זה בפרשת טבעול החזקות שבסעיף 2(ב) קובעות כללים של מהות, שוב אין צורך לבחון אם היתה בפועל פגיעה בתחרות במידה בלתי סבירה. עם זאת, לא מן המותר להעיר, שאף שההסדר בין הצדדים שלפנינו הסדר אנכי הוא, השפעתו של סעיף 17 הן דווקא השפעות אופקיות".

278 ראו גילה "כבילה הפוגעת בתחרות בין הצד הנהנה ממנה למתחריו", לעיל הערה 7.

279 בעבר טענו כי הפסיקה אינה בשלה עדיין להבחנה האמורה (גל, לעיל הערה 7), אולם מאז ניתנו עוד החלטות בעייתיות ופורסמו מאמרים אחדים המאירים את הבעייתיות הקבועה בחוק, ועל כן סבורים אנו כי בשלה העת להבחנה האמורה.

280 ראו רע"א אקסטל, לעיל הערה 182.

עם זאת מקרים אלו הם החריג ולא הכלל. כפי שמפורט בפרק על הסדרים אנכיים, לא ניתן לקבוע באופן גורף כי הסדרים אנכיים פוגעים בתחרות.<sup>281</sup> בהתאם לכך, אנו סבורים כי השפעות אופקיות של הסדרים אנכיים ראוי כי ייבחנו במסגרת סעיף 2(א) לחוק ולא תחת החזקות החלוטות.

שלישית, וכל עוד המודל ההסדרתי הקבוע בחוק ההגבלים המחייב אישור מראש של הסדר כובל לטובת הציבור לא משתנה, יש לבחון במבט מהיר האם הכבילה נדרשת לשם השגה מטרה פרותרותית, או שמא היא מהווה כבילה "עירומה" – דהיינו ללא כל הצדקה מלבד הפגיעה בתחרות. בחינה זו נוגדת לכאורה את לשונו של החוק אשר מחיל חזקה לפגיעה בתחרות במקרים הנופלים לגדר סעיף 2(ב), אולם ניתן לטעון כי פרשנות זו עולה בקנה אחד עם תכלית החוק ומתחייבת ממנו, כיוון שהיא מוציאה מגדר החזקות החלוטות כבילות נלוות, החיוניות להסדרים פרותרותיים או כאלו שמועילים לטובת הציבור. בהתאם לכך, יש להחיל בגדר החזקות רק כבילות "עירומות". מבחן זה דומה לדוקטרינת המבט מהיר בפסיקה האמריקנית. בנוסף, יש מקום להחיל את דוקטרינת הכבילה הנלווית, כמפורט לעיל. בחינה זו נדרשת על מנת שלא נחיל את האיסור ההגבלי על כבילות החיוניות לשם השגת מטרות פרותרותיות.

(4) שיקול דעת בהגשת תביעות פליליות

דרך נוספת שאותה הציע בית המשפט העליון על מנת לצמצם את תחולתו המרחיבה של האיסור ההגבלי ותוצאותיו במישור הפלילי היא בדרך של הפעלת שיקול הדעת המסור לרשויות האכיפה גם במקום שבו נופל ההסדר תחת החזקות החלוטות והגשת תביעה פלילית רק במקום שבו הפגיעה בתחרות היא משמעותית ומסתברת. כפי שנקבע בעניין בורוביץ:

"איננו שוללים את הצורך להבחין בין מצבים בהם יש לאכוף את חוק ההגבלים באמצעות הפעלת הדין הפלילי לבין מצבים בהם ניתן להסתפק באכיפה מינהלית ואזרחית של החוק... כל עוד המחוקק לא יצר את ההבחנה האמורה בגדרי חוק ההגבלים עצמו (ויהיו שיטענו כי מן הראוי שיעשה זאת), דעתנו היא כי המקרים שאינם מצדיקים טיפול במישור הפלילי יכולים (וצריכים) לבוא על פתרונם במישור שיקול-הדעת הנתון לרשויות האכיפה בהפעלת הדין הפלילי. כידוע, לשם העמדתו של אדם לדין בגין ביצוע עבירה כלשהי, אין די בקיום ראיות לביצוע העבירה בידי רשויות התביעה, אלא נדרש קיומו של 'עניין לציבור' בהעמדה לדין... כמה מבין השיקולים

281 ראו דויד גילה ויוסי שפיגל "הסדרים אנכיים", להלן פרק שביעי.

אותם על רשויות האכיפה להביא בחשבון, בבואן לקבוע האם קיים 'עניין לציבור' להעמיד אדם פלוני לדין בשל הפרת דיני ההגבלים העסקיים, הם: מידת הפגיעה בתחרות לה גרם ההסדר; קיומה של כוונה סובייקטיבית של הצדדים להסדר לפגוע בתחרות; פרק הזמן בו התקיים ההסדר הכובל; טובות ההנאה שהפיקו מההסדר הצדדים לו והאם מדובר בהסדר כובל 'אופקי' או 'אנכי'... למותר לציין, כי רשימה זו איננה רשימה סגורה. כן יצוין כי שיקולים אלה ודומיהם עשויים להישקל גם במסגרת דיונו של בית-המשפט בטענת הגנה מן הצדק".

משמע, ניתן להגביל את תחולתן של החזקות החלוטות במשפט הפלילי, תוך הפעלת שיקול דעת במסגרת ההחלטה אם להעמיד לדין אם לאו. בהתאם להלכה זו, במקרים מסוימים תישמע טענת "הגנה מן הצדק" במקום שבו החלטת הרשות להעמיד לדין איננה סבירה. הלכה זו מהווה פתרון חלקי לרוחבן של הוראות החוק. בנוסף, הלכה זו משלימה את העיקרון שעליו עמדנו לעיל, ולפיו אין להחיל את כלל זוטי הדברים על הסדרים אופקיים הנוגעים למחיר או כמות כמו גם לחלוקת שוק. במקרים שבהם הסדרים כאמור אינם מצדיקים העמדה לדין, הרי שהדרך להגיע לתוצאה זו היא באמצעות הפעלת שיקול הדעת של הרשות. מן הראוי לציין כי הלכה זו איננה מונעת הגשת תביעה במישור האזרחי, אשר פגיעתה הכלכלית עשויה להיות משמעותית. על כן יש להעדיף את תיקון החוק על דרך זו.

#### (5) הפעלת שיקול דעת בבטלות החוזה

כמפורט לעיל, מרבית העניינים ההגבליים המגיעים כיום לבתי המשפט השונים מגיעים במסגרת סכסוך חוזי. במסגרת זו, בעלי דין פרטיים משתמשים בהוראות חוק ההגבלים כמגן או כחרב, על מנת לנסות ולהשתחרר מהוראות חוזה שנחתם בהסכמה, על בסיס הטענה כי ההסדר שלא אושר הוא בלתי חוקי, ולכן הוא בטל בהתאם להוראות סעיף 30 לחוק החוזים. לתוצאה זו יתרונות משמעותיים ביצירת הרתעה לכניסה להסדר כובל מלכתחילה.<sup>282</sup> בה בעת, היא רצופה בעיות. כמפורט לעיל, במקום שבו רשויות האכיפה אוכפות את החוק, לרוב החלתו מוגבלת למקרים שיש בהם פגיעה משמעותית בתחרות, בשל בחירה סלקטיבית של תיקי החקירה והאישום, אולם במקום שבו עסקינן בתביעה אזרחית בין צדדים לחוזה, שיקולים כלל מערכתיים אינם מובאים בחשבון על ידיהם, ופעמים רבות הם משתמשים בטענות הגבליות בסכסוכים חוזיים על מנת להתחמק מקיום התחייבויותיהם

282 ראו M.S. Gal "Reformation of Anti-Competitive Contracts – A Case for Economic Balancing" 22 *Cardozo L. Rev.* (2000) 91.

החזויות, גם כאשר אין פגיעה בתחרות או כאשר ההסדר, למרות כבילותו, מקדם את טובת הציבור.<sup>283</sup> במקום שבו אין לבתי המשפט הרגילים הדנים בסכסוכים חוזיים כאמור כל סמכות להכשיר את ההסדר, אין פגיעה בתחרות או כשרווחת הציבור מקודמת על ידיו, הרי שתכלית החוק אינה מושגת והאיזון בין קיום חוזים בתום לב לבין מניעת פגיעה בתחרות בשוק נפגם. אמנם נכון, בפני הצדדים להסדר פתוחה הדרך להכשירו מלכתחילה על ידי בקשת פטור או אישור ועל ידי כך למנוע מצב שבו חוקיות ההסדר מתבררת בפני בית משפט בסכסוך חוזי, אולם כאמור לעיל, מנגנון ההסדרה הקבוע בחוק אינו יעיל ואינו מספק. על מנת להקטין את הבעייתיות האמורה, ניתן לעשות שימוש בסעיף 31 לחוק החוזים המעניק לבית המשפט הדין בחוזה בלתי חוקי שיקול דעת לעניין בטלות הסעדים החלים בגדרו. סעיף 31 קובע כדלקמן:

“הוראות סעיפים 19 ו-21 יחולו, בשינויים המחויבים, גם על בטלותו של חוזה לפי פרק זה, אולם בבטלות לפי סעיף 30 רשאי בית המשפט, אם ראה שמן הצדק לעשות כן ובתנאים שימצא לנכון, לפטור צד מהחובה לפי סעיף 21 כולה או מקצתה, ובמידה שצד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה – לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד, כולו או מקצתו.”

סעיף זה מאפשר לבית המשפט הדין בחוזה בלתי חוקי להורות על בטלות חלקית של החוזה (סעיף 19), להורות על השבה לאחר ביטול החוזה (סעיף 21) או להורות, אם מן הצדק לעשות כן, על פטור מהשבה ועל קיום חיובים חוזיים. בהתאם לכך, הבטלות של החוזה הפסול היא בטלות יחסית ולא מוחלטת.<sup>284</sup> הוראות אלו פותחות פתח לבתי המשפט למנוע תוצאות שלפיהן המעוול יוצא נשכר, למשל במקום שבו אוכף הקרטל מבקש להשתחרר מקיום חיוביו על פיו, תוך הסתמכות על אי-חוקיות ההסדר שהוא עצמו יצר. כדברי השופט חשין בדנ"א טבעול:<sup>285</sup>

“הרכבת את הוראת סעיף 31 על הוראת סעיף 30, ונמצאת מחזיק בידך כלי רבי-ערך לעשות צדק מרבי בין תובע לבין נתבע. לא עוד ידו של נתבע על העליונה – אך כאשר חוזה אסור הוא המונח לפני בית המשפט – ומוסמך

283 גל, לעיל הערה 7 והחלטות בית המשפט העליון המנותחות שם. לשימוש בטענת הסדר כובל כמגן ולא כחרב ראו למשל בש"א (ת"א) 9135/02 ארטרא בע"מ נ' מרכז הירידים והקונגרסים בישראל בע"מ, פורסם בנבו.

284 ג' שלו דיני חוזים (תש"ס), 381-382.

285 דנ"א טבעול, לעיל הערה 29, בעמ' 109-110. ראו גם רע"א אקסטל, לעיל הערה 182, בעמ' 651 (השופט טירקל), 668-669 (השופטת פרוקצ'יה). לניסיון להחיל את הסעיף בפועל ראו ת"א (נצ') 666/97 נסאר נ' "דלק" חברת הדלק הישראלית בע"מ, פורסם בנבו (פסק דין מיום 3.3.05).

הוא בית-המשפט לשקול פיזור הנזק וההנאה בין הצדדים להסכם...'  
ראה שמן הצדק לעשות כן ובתנאים שימצא לנכון...".

עם זאת כיוון שמדובר בהסדר הנגוע באי-חוקיות, על בית המשפט לנהוג בזהירות יתר, תוך הפעלת שיקול דעתו כאמור. זאת כיוון שבניגוד לחוזה רגיל, הרי כשעסקינן בהסדר כובל עומד על כף המאזניים שיקול נוסף, והוא ההגנה מפני פגיעה בתחרות וברוחת הציבור. אשר על כן, בנוסף לשיקולים הרגילים החלים על בטלות חוזה והשבה, יש לשקול גם את מידת הפסלות (לרבות השפעתו המסתברת והמעשית של החוזה על התחרות בשוק, קיומן של הצדקות לטובת הציבור וכן סוג הכבילה), את אשמת הצדדים ואת עניינו של צד שלישי העלול להיפגע מהחלת החיוב, לרבות הציבור הרחב.<sup>286</sup> לטעמנו, יש להשתמש בשיקול הדעת האמור רק במקרים חריגים, שבהם בטלות ההסדר תגרום לאי-צדק חמור וההסדר היה מקבל אישור או פטור לו אלו נתבקשו מלכתחילה. אין מקום להשתמש במכשיר זה במקום שבו אכן ההסדר פוגע בתחרות בצורה משמעותית, גם אם משמעות הדבר היא כי צד אחד ישא במרבית הנזק הכלכלי מבטלות החוזה. כפי שפרטנו במקום אחר, תוצאה זו מתחייבת על מנת שלא לעקר את אלמנט ההרתעה מעשיית הסדר כובל הנובע מבטלות החוזה, על מנת שלא להקטין את תמריציו של צד להסדר אסור לבטלו באופן חד-צדדי ובכך להיטיב גם עם כלל הציבור, וכן על מנת שלא לפגוע שלא לצורך בוודאות המשפטית.<sup>287</sup> בהיעדר אכיפה ציבורית רבה,<sup>288</sup> שיקולים אלו מקבלים חשיבות יתר לצורך מניעת קיומם של הסדרים כובלים אסורים.

בהפעלת הכלל, נראה לנו כי בתי המשפט מוסמכים לסטות מהסכמות הצדדים ולאכוף את ההסדר הכובל באופן חלקי או שונה מההסכמה במקור, על מנת למזער את הסכנות הגלומות בו לפגיעה בתחרות, ככל שישנן. כך למשל אם נקבעה על ידי הצדדים לחוזה תנית אי-תחרות שמשך תוקפה חמש שנים, הרי שבית המשפט מוסמך להגביל את תוקף התניה לתקופה קצרה יותר, ובכך לאזן בין האינטרס הציבורי שבקיום התחייבויות לבין אינטרס הציבורי שהתחרות בשוק לא תיפגע.<sup>289</sup>

לא מותר לציין כי הכלי המשפטי האמור פותר באופן חלקי בלבד את הבעייתיות הגלומה בהוראות חוק ההגבלים העסקיים. זאת כיוון שהוא מוחל רק לאחר שבית משפט

286 שלו, לעיל הערה 284, בעמ' 390-1.

287 Gal, לעיל הערה 283.

288 בחמש השנים האחרונות הוגשו על ידי המדינה לא יותר מעשר תביעות פליליות בעילה של הסדר כובל.

289 בסמכות זו עושים בתי הדין לעבודה שימוש כאשר הם דנים בתוקפן של תניות אי-תחרות בהקשר של הגבלת חופש העיסוק ראו למשל ע"א 6601/96 *Aes System Inc* נ' סער, פ"ד נד(3) 850.

קבע, במסגרת סכסוך חוזי שהובא לפניו, כי מדובר בהסדר כובל בלתי חוקי. הסעיף מהווה פיתרון, ולו חלקי, לתוצאות הקשות שעלולות להיגרם במקרים מסוימים בשל החלת הוראות החוק ולא מהווה פיתרון למקור הבעיה שהיא כאמור לשונו הרחבה יתר על המידה של סעיף 2(א) ובעיקר רוחבן של החזקות החלוטות הגלומות בסעיף 2(ב). כמודגש לעיל, דרך המלך היא תיקון הוראות החוק תוך צמצום החזקות החלוטות ושינוי מנגנון האישור מראש.

## 2. פרוט החזקות החלוטות

לאחר שפרטנו באופן כללי את יתרונותיהן וחסרונותיהן של החזקות החלוטות, נעבור עתה לבחינה קצרה של הדין המצוי – כמו גם הדין הרצוי – החל בגדר כל אחת מארבע החזקות כאמור.

### (א) הסדרים בנוגע למחיר

סעיף 2(ב)(1) מגדיר ככובל הסדר בו הכבילה נוגעת "למחיר שיידרש, שיוצע או שישולם". הסעיף חל לפי לשונו הן על הסדרים שבהם הצדדים להסדר הם הספקים של המוצר או השירות (המחיר שיידרש), הן על הסדרים שבהם הצדדים להסדר הם הרוכשים של המוצר או השירות (המחיר שיוצע או שישולם). הוא חל הן על קביעת מחיר במסגרת הסדר אנכיים בין מתחרים, הן על קביעת מחיר בין שתי חוליות או יותר בשרשרת הייצור והשיווק של המוצר.

כבילות בנוגע למחיר הן בעלות רגישות רבה מבחינת דיני ההגבלים העסקיים. דינים אלו נועדו להבטיח כי תנאי השוק, ובראשם המחיר, ייקבעו באמצעות מנגנוני השוק החופשי ולא כתוצאה מהסדר כובל אנטי-תחרותי בין הגופים הפועלים בשוק. הסדרים בנוגע למחיר לרוב נתפסים כסוג הגרוע ביותר של הסדרים כובלים, שכן השפעתם על הצרכן היא ישירה ומידית. עם זאת וכפי שיפורט להלן, לא כל הסדר הנוגע למחיר, פוגע בהכרח בתחרות. את החזקה החלוטה יש איפוא להחיל רק על אותם הסדרים הנוגעים למחיר אשר פגיעתם בתחרות היא כה ברורה, עד כי קיימת סבירות קלושה מאוד כי ניתן יהיה להצדיק את ההסדר ברציונלים כלכליים לגיטימיים כלשהם.

בניגוד לפרשנות מוצעת זו, בתי המשפט והממונה אימצו פרשנות מרחיבה, והכלילו תחת סעיף 2(ב)(1) הסדרים מסוגים שונים, הן אופקיים הן אנכיים, ובכללם גם הסדרים אשר נגיעתם "למחיר שיידרש יוצע או ישולם" איננה ישירה, כי אם עקיפה בלבד. פרשנות זו איננה רצויה ונראה כי היא אינה משקפת את המגמה בפסיקה המאוחרת. להלן נפרט מקצת מהקטגוריות שעליהן מוחל החוק.

הסוג הנפוץ והפוגעני ביותר של הסדרים "הנוגעים למחיר" הם הסדרים אופקיים עירומים לתיאום מחירים, המכונים בשם "קרטלים מהגרעין הקשה" (hardcore cartels). אלו הם הסדרים שבהם המתחרים השונים בשוק מסכימים ביניהם על מחיר משותף – הגבוה

בדרך כלל ממחיר השוק – אשר יידרש מהצרכן בתמורה למוצר או שירות. כך למשל בעניין קרטל המרצפות, תיאמו ביניהם המתחרים הפוטנציאליים את מחיר המרצפות שיימכרו בשוק על ידיהם.<sup>290</sup> הסדר לתיאום מחירים יכול שיווצר גם על ידי רוכשים של מוצר או שירות. כך למשל בעניין קמח כשר לפסח,<sup>291</sup> הסכימו בעלי ארבעת מפעלי המצות הגדולים לשלם סכום קבוע לתחנת קמח, והמליכו אותה בעשותם כן למונופול בשוק, וזאת על מנת שתחנת הקמח תקבע תנאי רכישה גרועים יותר למפעלי המצות הקטנים. הסדרים מסוג זה ראוי כי ייכנסו תחת גדרה של החזקה החלוטה, שכן הם פוגעים בתחרות ללא כל יתרונות מאזנים לרווחה המצרפית.

סוג נפוץ נוסף של הסדר לתיאום מחירים, אשר לרוב פוגע אף הוא בתחרות ללא יתרונות מאזנים, מתקיים כאשר משתתפים במכרו מתאמים ביניהם את הצעותיהם.<sup>292</sup> מכרו הוא דרך ממוסדת להציע הצעות לשם כריתת חוזה. האינטרס של בעל המכרו, בעורכו את המכרו, הוא לרוב להשיג את המחיר הנמוך ביותר האפשרי בעבור השירותים המתבקשים. לעומת זאת האינטרס של המשתתפים במכרו עשוי להיות שונה. למשתתפים משתלם לפעול בתיאום על מנת להגביל את התחרות ביניהם ולהעלות את מחיר החוזה. לאחר מכן יוכלו המשתתפים במכרו לבצע ביניהם "חלוקת עוגה פנימית" וליהנות במשותף מהרווח שהשיגו. על היתרונות הגלומים לצדדים למכרו המתאמים ביניהם מחירים עמד הממונה על ההגבלים העסקיים בהחלטתו בעניין מכרו "בזק":<sup>293</sup>

"מנקודת ראותו של המציע, התיאום מיועד בעיקרו להעלות את מחיר החוזה, ולהמשיך לעשות זאת בנוגע למכרזים נוספים כי יבואו, על דרך של חלוקת שוק של 'שמור לי ואשמור לך'. התיאום אף מאפשר חסכון בהוצאות מנהליות הכרוכות בעצם ההשתתפות במכרזים, במיוחד אלה שהמציע אינו זוכה בהם ונאלץ לטרוח בניסיון לעשות כן. בכוח התיאום אף ליצור מעגל של מציעים מיוחדים, אלא המתואמים, שסיכוניהם הכלכליים נמוכים יותר, ועוצמתם הכלכלית המשותפת חזקה יותר, כך שמתמודדים חדשים יירתעו מלהיכנס לחצר המוסדרת ולהתחרות מול הקבוצה כולה, ששוב אינה פועלת על בסיס של כל מתחרה לעצמו".

אשר על כן, גם הסדרים מסוג זה ראוי כי ייכנסו בגדר החלוקה החלוטה.

290 עניין קרטל המרצפות, לעיל הערה 42.

291 קמח כשר לפסח, לעיל הערה 122.

292 החלטת הממונה בעניין מכרו "בזק", לעיל הערה 144.

293 שם, בעמ' 77.



פגיעתם בתחרות החופשית של הסדרים לתיאום מחירים בין מתחרים היא מובנת מאליה. מטרתם היא לרוב לפגוע במישרין בתחרות בשוק ולהעלות את שיעור הרווחים של הצדדים להסדר. על כן הסדרים לתיאום מחירים נופלים ללא ספק תחת החזקה הקבועה בסעיף 2(ב)(1) לחוק. עם זאת לא כל הסדר אופקי על מחיר פוגע בתחרות. לעתים התיאום עשוי למשל להידרש על מנת להגביר את התחרות בשוק על ידי איחוד כוחות של מתחרים קטנים על מנת להשיג יתרונות משמעותיים לגודל, שמהם נהנים רק המתחרים הגדולים. מקרה יעדים מהווה דוגמה מובהקת לכך. שם חברו חברות אוטובוסים קטנות לשם הגשת הצעות במכרזים אשר חייבו פרישה ארצית של צי אוטובוסים, ובדרך זו התאפשר להם להתחרות ולצמצם את המונופולין המוחלט של אגד במכרזים אלו. הצדדים ככלו עצמם, בין היתר, בקשר למחיר שהוצע על ידיהם במכרז, אולם כבילה זו הייתה כבילה הכרחית ונלווית להקמת המיזם המשותף, אשר תרם להגברת התחרות בשוק. בהתאם לחוק בנוסחו הנוכחי, הסדר מסוג זה ייכנס תחת החזקה החלוטה, אולם יוכל ליהנות מפטור מהמומנה או מאישורו של בית הדין. כפי שפורט לעיל, ראוי ליתן לבתי המשפט השונים סמכות לערוך בדיקה "כהרף עין", בדומה לבתי המשפט האמריקניים, על מנת לבחון אם, על פני הדברים, קיימים יתרונות משמעותיים לשוק מתיאום המחירים. אם קיימים יתרונות מעין אלו, יש לקבוע כי אין תחולה לחזקה החלוטה ולבחון את ההסדר תחת הוראות סעיף 2(א) לחוק. יכולתו של ההסדר האופקי לתיאום מתחרים להשפיע על התחרות מושפעת גם מכוח הצדדים להסדר בשוק. אם לא כל המתחרים חוברים להסדר, ואלו שאינם חוברים לו גובים מחירים נמוכים יותר ויכולים לספק גם את הביקוש שאותו ממלאים ברגיל החברים בהסדר, הרי לא תהא להסדר הכובל השפעה רבה, אם בכלל, על המחיר בשוק ועל רווחת הצרכנים. כך למשל הסדר כובל שעניינו תיאום מחירים בין שתי חנויות מתוך שלושים המוכרות מוצרים דומים, לא תהא לו השפעה על המחיר השוק, שכן לצרכנים יש מספיק אופציות חלופיות לרכישת המוצר מספקים אחרים. האם ראוי כי הסדר מסוג זה ייכנס גם הוא תחת החזקה החלוטה, למרות שאין הוא פוגע בתחרות? כפי שפורט לעיל, לדעתנו ראוי כי גם הסדרים אלו ייכנסו תחת החזקה החלוטה בשל החשיבות הרבה ביצירת "קווים אדומים" ודאיים וחד-משמעיים לאיסור על הסדר כובל. מטרתם של הצדדים להסדרים אלו היא לפגוע בתחרות, אחרת הם לא היו משקיעים את האנרגיה הדרושה לשם הגעה להסדר. לרוב אין להסדרים אלו שום מטרה אחרת. אם טעו הצדדים ובפועל אין ביכולתם להשפיע על התחרות בשוק, עדיין קיים ערך חברתי רב באיסור ההסדר. באיסור זה אין פגיעה בתחרות או ברווחה המצרפית, כיוון שההסדר איננו משרת, מתוקף הגדרתו, שום מטרה אחרת מלבד מטרת הפגיעה בתחרות. האיסור איננו מונע אפוא כל מטרה חיובית, אך יש בו כדי להגביר את ההרתעה של החוק, בהגדירו בבירור את גבולות האיסור.<sup>294</sup> כפי שפורט לעיל, גם לא

ראוי כי הסדרים כובלים עירומים יוכשרו על ידי כלל זוטי הדברים, אף שלאור הקו שננקט בפסיקה ניתן לטעון כי הדין המצוי קובע אחרת. בהקשר זה נציין כי אין להכשיר את ההסדר על סמך טיעונים בדבר סבירות המחיר המתואם. כדברי השופט עדיאל בעניין קרטל הלולבים:<sup>295</sup>

“כל שאר טענות הצדדים בנושא זה נוגעות, למעשה, לשאלה האם המחיר שנקבע היה מחיר סביר אם לאו, והאם נתוני השוק חייבו או הצדיקו את העלאת המחיר. לשאלה זו אינני רואה מקום להתייחס, שכן אין לה כל קשר לעצם עריכתו של ההסדר הכובל. סבירותו או אי סבירותו של המחיר אינה יסוד מיסודות העבירה, לא פי סעיף 2(א) לחוק וודאי לא לפי סעיף 2(ב). התייחסתי לכך בפסק הדין בת”פ 385/98 מדינת ישראל נ’ טגר ואח’ (טרם פורסם), סעיפים 96 ו-97 לפסק הדין (וראה גם: U.S. v. (Trenton Potteries) 273 U.S. 392.”

אכן, משהתנהגות מסוימת נכנסת לגדר החזקה, אין מקום לבחון אם בפועל פגעה היא בתחרות ובאיזו מידה לצורך החלת החזקה החלוטה. כל פרשנות אחרת הייתה מאיינת לחלוטין את החזקה והרי, כמפורט לעיל, החזקות החלוטות מהוות אינדיקציה לכך שבמקרה החל בגדרן ישנה הסתברות גבוהה, הקרובה לוודאית, כי התחרות נפגעת. זאת ועוד: בחינה כאמור הייתה מחייבת את בית המשפט לקבוע מהו המחיר הסביר בשוק, שאלה שאינה בתחום מומחיותו ובריורה מחייב השקעת משאבים רבים. לא בדרך זו הלך חוק ההגבלים העסקיים. החוק אינו מבסס את האיסור על תוצאתו בפועל של הסדר כובל ספציפי, אלא הדגש מושם על קיומו של הליך תחרותי בשוק גם אם פגיעתו הסופית של הסדר מסוים לא תהא רבה בשל נסיבות שונות הקשורות למבנה השוק ותנאיו. בדרך זו נמנעת, מלכתחילה, הבחינה באיזו מידה אכן ההסדר הצליח לפגוע בתחרות. בה בעת, טענות בדבר מידתיות הפגיעה בתחרות יש ויישמעו במסגרת סייג זוטי הדברים, אולם כמפורט להלן שיקול זה הוא רק אחד מהשיקולים אשר ראוי שבית המשפט י שקול בטרם יוחל הסייג. בנוסף, אין להחיל את הסייג על הסדרים מה”גרעין הקשה”.

בהתאם לנוסח החוק הקיים כיום, הסדרים אנכיים שבהם מכתוב יצרן או ספק למשווקים את מחיר המכירה לצרכן ייכנסו גם הם תחת החזקה החלוטה. גם במשפט האמריקני נקבע בתחילה כי גם הסדרים אלו הם אסורים per-se,<sup>296</sup> אולם אין הצדקה להחלת כלל per-se

295 פרשת קרטל הלולבים, לעיל הערה 152, בפס’ 20 להכרעת הדין.  
296 לעניין מחירי מקסימום ראו *Albrecht v. Herald Co.*, 390 U.S. 145 (1968). לעניין הכתבת מחירי מינימום ראו *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911).

במקרים של הסדרים מסוג זה, שכן הפגיעה בתחרות הנובעת מהסדרים אלו אינה מובנת מאליה. הסדרים אנכיים להכתבת מחירים אינם משפיעים בהכרח על רווחת הצרכנים, אלא אם היצרן או הספק נהנים מכוח שוק משמעותי. זאת כיוון שבעת קבלת ההחלטה אם לרכוש את המוצר של היצרן או הספק הספציפי, הצרכן יביא בחשבון גם את המחירים של מוצרים מתחרים. אם המחיר שיידרש גבוה יחסית ממחיר השוק, ההסדר האנכי להעלאת המחיר עלול דווקא לפגוע ברווחיות היצרן או הספק. קחו לדוגמה הסדר אנכי להכתבת מחירים בין יבואן של רכבים לבין בעלי זכויות בערים השונות. ברי כי היבואן אינו מסוגל להכתיב לספקיו כל מחיר שירצה, שכן הביקוש למכוניות המיובאות על ידי ייקבע גם בהתאם למחיר אותו דורשים יבואנים מתחרים של סוגי רכבים אחרים. אם יכתיב היבואן מחיר גבוה מידי לבעלי הזכויות, הצרכנים יעברו לרכוש מכוניות מסוגים אחרים. מכאן, שהפגיעה בתחרות כתוצאה מהסדרי הכתבת מחירים אנכיים היא במרבית המקרים פגיעה בתחרות בין הספקים השונים של המוצר בלבד (Intrabrand Competition), אולם בכך לא די כדי להצדיק את אי-תחולתה של החזקה החלוטה. כאמור לעיל, קיימת הצדקה לתחולתה של החזקה החלוטה גם במקום שבו לעתים אין פגיעה בתחרות, במקום שבו קיים ערך רב ביצירת ודאות משפטית והכלל איננו פוגע ברווחה המצרפית.

הטיעון נגד תחולתה של חזקה חלוטה על הסדרים אנכיים מתבסס אפוא על העובדה כי להסדרים אנכיים להכתבת מחירים קיים פעמים רבות רציונל לגיטימי. כך למשל הם עשויים לשמש לפתרון בעיית "הרוכב החופשי" בתחרות שבין המשווקים השונים של אותו מוצר, בכך שהם מאפשרים לכל משווק ומשווק לקטוף את פירות השקעתו באזור גיאוגרפי מוגדר מראש, ללא חשש כי משווק מתחרה של אותו מוצר ייבנה ממאמצי השיווק שלו.<sup>297</sup> כך למשל נניח כי אחד ממשווקי מכוניות מסוג מסוים ישקיע מאמצים פרסומיים רבים על מנת לשכנע את הלקוחות בתל-אביב לרכוש את המכוניות. בעל זיכיון מתחרה, בירושלים לדוגמה, מסוגל לנצל מאמצים שיווקיים אלו, להוריד את מכירי המכוניות בירושלים ולגרום בכך גם לצרכנים מתל-אביב לרכוש את המכוניות מהתוצרת האמורה דווקא בירושלים. כך יהנה אותו מתחרה ממאמציו של בעל הזיכיון בתל-אביב, תוך שהוא "חוסך" לעצמו את הצורך בהשקעת משאבים בשיווק המכוניות. קביעת מחיר אחיד למכוניות על ידי הספק עשויה לפתור קושי זה. במקרים אחרים, קביעת מחיר אנכית עשויה להיות חיונית לשם שמירה על אחדות מחירים בתור רשת. נניח כי כל סניף של רשת פיצה-האט המצוי בבעלות פרטית זכאי לקבוע את מחיריו הוא. הצרכנים במקרה זה לא יוכלו לדעת מראש מהו המחיר הצפוי להם בכניסתם לרשת, והרשת לא תוכל לפרסם באופן מרכזי את עלויותיה. על כן עמדתנו היא כי אין להחיל את החזקה הקבועה בסעיף 2(ב)(1) לחוק על הסדרים אנכיים להכתבת מחירים. להסדרים אנכיים להכתבת מחירים קיימים רציונלים לגיטימיים, ופגיעתם

297 גל, לעיל הערה 7.

בתחרות רחוקה מלהיות מובנת מאליה. הסדרים אלו יש לבחון תחת הכלל הקבוע בסעיף 2(א) לחוק ולפסלם רק במידה ויש בהם משום פוטנציאל להשפעה שלילית על התחרות בשוק.<sup>298</sup> אכן, בדרך זו הולכת גם הצעת החוק.

אם הסדרים אנכיים להכתבת מחירים לא ראוי שיפלו בגדרי החזקה, הרי שקל וחומר כי יש להחיל כלל דומה גם על הסדרים אנכיים שבהם המחיר אינו מוכתב, אך על שיקול הדעת בקביעת המחיר לצרכן מוטלת מגבלה כלשהי. למשל במקום שבו קובע היצרן מחירי מקסימום למוצר.<sup>299</sup> אכן, גם לקביעה של מחירי מקסימום למוצר עשויה להיות השפעה שלילית על התחרות בשוק, שכן ייתכן כי מדובר בהתנהגות טורפנית מצד פירמה בשוק, המבקשת להוציא את מתחרותיה מהשוק על ידי קביעת מחירים נמוכים למוצר. עם זאת ההשפעה הטורפנית של הסדרים לקביעת מחירי מקסימום איננה מובנת מאליה וההיפך הוא הנכון. כנקודת מוצא, הסדרים השומרים על רמה נמוכה של מחירים דווקא מועילים לצרכן, זולת אם יוכח אחרת. מסיבה זו, קיימת הצדקה כי הסדרים שכאלו לא ייפסלו באופן מידי בהתאם לחזקות החלוטות, כי אם ייבחנו על פי כלל הסבירות הקבוע בסעיף 2(א).

כאמור, חוק ההגבלים אוסר על כל כבילה "הנוגעת למחיר". בתי המשפט העניקו לביטוי זה פרשנות מרחיבה. כך למשל בעניין אהליך יעקב<sup>300</sup> קבע בית הדין כי לשם תחולת החזקה הקבועה בסעיף 2(ב)(1) די בכך שהצדדים יכבלו את עצמם לגבי אחד ממרכיביו של המחיר. באותו מקרה נקבע כי גם הסדר בנוגע למחיר בסיסי או התחלתי, שממנו רשאים הצדדים לסטות, ואף סטו בפועל, הוא הסדר שהכבילה בו נוגעת "למחיר". בעניין הפניקס<sup>301</sup> קבע בית המשפט המחוזי כי גם הסדר הנוגע לשיעורי ההנחות שיינתנו בידי חברות הביטוח הוא הסדר "הנוגע למחיר", אפילו במידה והמחיר הבסיסי שאותו גובות חברות הביטוח משתנה מחברה אחת לשנייה. גישתו של השופט חשין התקבלה גם בפסיקת בית המשפט העליון בערעור באותו עניין, תוך אימוץ גישה מרחיבה למונח "מחיר":

"יצוין עוד, כי מקובלת עלינו קביעת בית המשפט המחוזי, כי תיאום בין המתחרים בנוגע לשיעור ההנחה, גם כאשר מחיר הבסיס שונה, נחשב לכבילה הנוגעת למחיר לפי סעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים. זאת, הן לאור

298 להרחבה ראו את הפרק הבא.

299 במשך שנים ארוכות החילה הפסיקה האמריקנית את כלל ה-Per-Se גם על הסדרים לקביעת מחירי מקסימום ראו עניין *Albrecht*, לעיל הערה 296, אך הלכה זו השתנתה וכיום נבחנים הסדרים לקביעת מחירי מקסימום למוצר במסגרת כלל ההיגיון; ראו עניין *State Oil Company*, לעיל הערה 237. לתוצאה דומה ראו ע"מ לשכת שמאי המקרקעין, לעיל הערה 223.

300 ת"פ (י"ם) 209/96 מדינת ישראל נ' אהליך יעקב בע"מ, פ"מ תשס"ב(1) 493.

301 ת"פ הפניקס, לעיל הערה 33.

הגדרתו הרחבה של המונח 'מחיר' בחוק ההגבלים (קרי: 'לרבות הפרשי הצמדה למדד או למטבע, ריבית, שיעורי תשלום ותנאי תשלום אחרים'), והן לאור פרשנות תכליתית של חזקת הכבילה, שכן גם כבילה בנוגע לשיעור ההנחה מפחיתה, מעצם טבעה, את התחרות בשוק...".

פרשנות זו היא לגיטימית, שכן היא נוגעת ברכיבים שונים המשפיעים ישירות על המחיר, אולם אין לכלול בגדר החזקה כל דבר המשפיע על מחיר המוצר, שאם לא כן תחול החזקה על כל הפרמטרים העסקיים. כך למשל בעניין יצרני אריזות קרטון גלי קבע הממונה כי הסדר לשיווק משותף של תוצרת הוא הסדר הנוגע למחיר המוצר, שכן בעצם מינוי משווק משותף האפשרות לתחרות מחירים נעלמת.<sup>302</sup> זוהי פרשנות רחבה מדי לדעתנו. בדומה, בעניין ישראלכרט קבע הממונה כי דרישה של ישראלכרט כי כל קמעונאי המכבד את כרטיסיה לא יעניק הנחות למי שבוחר לשלם במזומן מהווה הסדר כובל הנכנס לגדר חזקת סעיף 2(ב)(1).<sup>303</sup> פרשנות מרחיבה זו יש לדחות ויש לאמץ במקומה פרשנות תכליתית, התוחמת את גבולות החזקה החלוטה בהתאם לשאלה אם ההסכמה עצמה נוגעת למחיר ומקילה על הצדדים לגבש את שלושת התנאים לקיום הסדר לתיאום מחירים שקבע סטיגלר, ולא אם תהא לה השפעה כלשהי על המחיר.

לעומת זאת בהכרעת הדין שעניינה שוק המעטפות, אימץ בית המשפט המחוזי בירושלים גישה מצמצמת לעניין תחולת החזקה. באותו עניין נקבע בידי המתחרים בשוק מחירון משותף חדש, אשר במסגרתו הועלו המחירים ב-10% לעומת המחירון הקודם. המדינה טענה באותו עניין כי מדובר בהסדר לעניין המחיר שידרש, יוצע או ישולם. בית המשפט דחה את טענת המדינה וזיכה את הנאשמים, משום שלגישתו המחירון היווה רק נקודת מוצא והספקים העניקו ללקוחותיהם השונים הנחות ממחיר המחירון. בית המשפט קבע כי "אין די בהוכחת קיומו של מחירון אחיד, כאשר המחירים הסופיים אינם נקבעים על פיו".<sup>304</sup> בנוסף, נראה כי בית המשפט סבר כי בשל מתן ההנחות מדובר בהסדר הנוגע למחירי מקסימום. נראה לנו, בכל הכבוד, כי מדובר בהלכה מצמצמת מדי ובעייתית. ראשית, ייתכן מאוד כי הסטייה מהמחיר המוסכם, המוצאת ביטוי במתן הנחות, היא סטייה טבעית ומובנת מאליה הנובעת מחוסר יציבותו של הקרטל ולא דווקא מהיעדר הסכמה על המחיר. במקרה שכזה, היה מקום להרשיע ביצירת הסדר כובל או למצער בניסיון לעשיית הסדר כובל. שנית, מעצם העובדה שהמחירון החדש נועד להעלות את המחירים ב-10% מהמחירון הקודם, יש משום הסכמה משותפת מצד המתחרים להעלות מחירים. הסכמה זו

302 הסדרים כובלים בין יצרני אריזות מקרטון גלי, לעיל הערה 35.

303 החלטת הממונה בעניין "חברת ישראלכרט בע"מ – הסדר כובל בהסכם ספק" ההגבלים

העסקיים ב (הוצאת ועד מחוז ת"א, 1996) 56.

304 ת"פ 377/04, לעיל הערה 107, בפס' 175 לפסק הדין.

תוביל לעליית מחירים במידה ושיעור ההנחות ללקוחות השונים נותר זהה, תוצאה המתיישבת עם מסקנתו של בית המשפט כי המחירון משמש כנקודת מוצא לחישוב שיעור ההנחות.<sup>305</sup> שלישית, קיים קושי לקבל את מסקנתו של בית המשפט באותו עניין שלפיה מדובר במחירי מקסימום. ככלל, ספק רב אם במסגרת הסדרים אופקיים תיתכן הסכמה על מחירי מקסימום דווקא, שכן בהסכמה שכזו אין בכדי לתרום למטרות המשותפת של הצדדים להוביל לעליית מחירים בשוק. קביעת מחיר מקסימלי נפוצה בהסדרים אופקיים במקום שבו היצרן מעוניין למנוע עלייה במחירי מוצריו על ידי ספקים. ייתכן מאוד כי בפועל שימש המחירון באותו עניין כמחיר מקסימלי, אולם זאת לא בשל כוונת הצדדים אלא משום שחרי הקרטל בחרו לסטות מהמחיר המוסכם. סיכומו של דבר, את החזקה בסעיף 2(ב)(1) יש כאמור לצמצם להסדרים אופקיים עירומים לתיאום מחירים, על סוגיהם השונים.

### **(ב) הסדר בנוגע לרווח שיופק**

סעיף 2(ב)(2) מגדיר ככובל כל הסדר שבו הכבילה נוגעת ל"רווח שיופק". לגדרי הסעיף נופלים כל אותם מקרים שבהם המתחרים בשוק מסכמים ביניהם במפורש על שיעור הרווחיות במכירת המוצרים או במתן השירות. הסדרים מסוג זה עשויים לשמש לאכיפת קרטל מחירים, אם כי הם הרבה פחות נוחים לצדדים להסדר מהסדרים המתייחסים למחיר עצמו, כיוון שאם למתחרים השונים יש עלויות ייצור שונות, הסכם על רווחים לא ייצור בסיס מחיר דומה ותיווצר תחרות בשוק. אשר על כן, אין אנו מוצאים כמעט הסדרים הנופלים לגדר החזקה האמורה. לגדר הסעיף, כלשונו, ייכנסו גם הסדרים שבהתאם להם הצדדים מחלקים בינם לבין עצמם את רווחי הקרטל. הסדרים מסוג זה, הקובעים מראש את אחוז הרווח שכל צד יהנה ממנו, מגבילים מראש את תמריציהם של הצדדים להתחרות בשוק, שכן תחרות כאמור תוריד את היקפה של "עוגת הרווחים" שבה יתחלקו כל הצדדים להסדר.

גם לסעיף זה הוענק בפסיקה פירוש מרחיב ובלתי רצוי. כך למשל בעניין מודגל<sup>306</sup> נקבע כי הסדר שלא למכור בהנחה העולה על 57% ממחיר הקבוע במחירון, הוא הסדר הנוגע לרווח שהופק. לדעתנו, פרשנות זו מרחיבה יתר על המידה ויש לדחותה ולאמץ במקומה פרשנות המצמצמת את גדר החזקה רק להסדרים שבהם קיימת כבילה ברורה ומפורשת של הרווח המשפיעה ישירות על המחיר.

305 שם, שם.

306 ת"פ (י"ם) 1274/00 מדינת ישראל נ' ישראל מנדלסון, הספקה טכנית והנדסית, פורסם בנבו.

לא למותר לציין כי בעקבות הפרשנות המרחיבה שניתנה בפסיקה לסעיף 2(ב)(1), האוסר על הסדרים בנוגע למחיר, התייחר למעשה סעיף 2(ב)(2). מכאן, שכל הסדר הנוגע לרווח שיופק נכלל אף הוא במסגרת סעיף 2(ב)(1), שכן הסדרים הנוגעים לרווח משפיעים באופן עקיף על המחיר שיידרש בעבור המוצר. קשה לחשוב על הסדר כלשהו הנוגע לרווח אשר אינו משפיע על המחיר שיידרש, ולהיפך. מרבית ההסדרים הרלוונטיים נופלים אפוא כיום – בהתאם לפרשנות המרחיבה והבלתי רצויה – ברשתן של שתי החזקות גם יחד. בהצעה החדשה לתיקון החוק בחר המחוקק לאחד את החזקות הקבועות בסעיפים 2(ב)(1) ו-2(ב)(2) ולהחילן במשותף על הסדרים בין מתחרים לעניין "המחירים שיידרשו, יוצעו או ישולמו, לרבות הנחה שתוצע או שתינתן, או הריווח שיופק". לטעמנו יש מקום לשקול את ביטולה של חזקת ההסכמה על הרווח לחלוטין.

### (ג) הסכם "לחלוקת שוק"

החזקה הקבועה בסעיף 2(ב)(3) לחוק חלה על הסדרים שבהם הכבילה נוגעת ל"חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו". בהתאם לדין הרצוי, יש לצמצם את תחולתה של החזקה רק לאותם סוגים של הסדרים לחלוקת שוק שבהם הפגיעה בתחרות היא פגיעה מוכחת. כפי שנראה, הפסיקה בישראל הלכה בדרך שונה והעניקה לביטוי "לחלוקת שוק" פרשנות מרחיקת לכת, תוך החלת הסעיף על חלק גדול מסוגי ההסדרים הכובלים האנכיים הקיימים.

המקרה הקלאסי של חלוקת שוק הוא חלוקת שוק גיאוגרפית בין המתחרים בשוק, לפי מקום העיסוק, בבחינת "אני אעסוק כאן, ואתה תעסוק שם". נבחן לדוגמה הסדר היפותטי בין שתי החברות הפועלות בשוק הכבלים, ולפיו האחת תספק שירותי טלוויזיה רב-ערוצית למנויים באזור המרכז והדרום, ואילו השנייה תספק את אותו השירות באזור הצפון. נקל לראות כי הסכם זה מחלק את השוק באופן גאוגרפי. כתוצאה מהסכם זה אדם המתגורר בעיר תל-אביב, המעוניין ליהנות מטלוויזיה רב-ערוצית, יוכל לעשות כן רק דרך אחת החברות. הסדר "לחלוקת שוק" מעין זה מנטרל מטבע הדברים את התחרות בשוק הטלוויזיה הרב-ערוצית למנויים. ההסדר יאפשר לחברות הפועלות בשוק לגבות מחיר גבוה מהמחיר התחרותי באזורי פעילותן. לערכאות השיפוטיות בישראל הגיעו כמה מקרים שבהם נדונה חלוקת שוק אופקית גיאוגרפית. כך למשל בעניין הקרטון הגלי חילקו ביניהם יצרני הקרטון הגלי את השוק, באמצעות משווק משותף, באופן כזה שתוצרתו של כל אחד מיצרני הקרטון הגלי נמכרה ביישובים מסוימים בלבד.<sup>307</sup> הממונה קבע כי ההסדר נכנס לגדר החזקה החלוטה. גם כתב האישום שהוגש בעניין חברות הגז מבוסס על טענה של חלוקת שוק

307 הסדרים כובלים בין יצרני אריזות מקרטון גלי, לעיל הערה 35.

גיאוגרפית בין מתחרים. שם נטען כי המתחרים חילקו ביניהם אזורים מגורים שונים ובתי מגורים חדשים כך שכל אחת מהחברות תשרת חלק מהם. בדרך זו נמנעה תחרות על לקוחות בין החברות השונות. הסדרים כובלים מסוג זה ראוי כי ייכנסו תחת החזקה החלוטה.

סוג נוסף של הסדר לחלוקת שוק הוא חלוקתו לפי זהות הלקוח. כך למשל חברות בזק וקווי זהב יכולות לחלק ביניהם את השוק כך שאחת מהן תשרת לקוחות עסקיים והשנייה לקוחות פרטיים. באופן דומה, קבלנים גדולים יכולים להתחייב זה כלפי זה לגשת רק למכרזים הנערכים בידי לקוחות מסוימים ולהימנע מלגשת למכרזים הנערכים בידי לקוחות אחרים. בפרשת הרמזורים<sup>308</sup> למשל נטען כי שתי חברות העוסקות בתחום התקנת והחזקת רמזורים חילקו ביניהם את השוק, כך שאחת מהן התחייבה שלא לגשת למכרז שערכה עיריית ירושלים ואילו החברה השנייה התחייבה שלא לגשת למכרז שערכה עיריית חיפה.<sup>309</sup> דוגמה מעניינת להסדר שסווג כהסדר לחלוקת שוק לפי סוג הלקוח נדון בהחלטת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין פעילות איגוד השחקנים.<sup>310</sup> שם נקבע כי החלטה של מתחרים בשוק להטיל חרם על גורם כלשהו הפועל באותו השוק מהווה הסדר לחלוקת שוק לפי סוג האנשים שעמם יעסקו. במילים אחרות, כפי שהחלטה של מתחרים בשוק בדבר הדרך שבה יעסקו עם גורם בשוק עשויה להוות הסדר לחלוקת שוק, הרי כך הוא הדבר גם בכל הנוגע להחלטה של מתחרים בשוק בדבר הדרך שבה יימנעו מלעסוק עם אותו גורם. נציין כי הסעיף, בנוסחו הנוכחי, אינו תופס בגדרו את כל הסוגים של חלוקת שוק אפשריות. כך למשל הוא אינו חל על הסדר בין שתי חנויות סמוכות, שלפיו אחת תמכור בגדי ילדים ונוער, והשנייה תמכור בגדים למבוגרים. חלוקת שוק זו, אשר נעשית לפי "סוג המוצר הנמכר, איכותו או טבעו" תיכנס תחת החזקה הרביעית, המנויה בסעיף 2(ב)(4), אולם ראוי היה לכללה בגדר חזקת חלוקת השוק. דוגמה מעניינת נוספת של חלוקת שוק אופקית אשר לא נכנסת תחת החזקה לחלוקת השוק, אולם ראוי כי תכנס בגדרה, נדונה בידי הממונה על ההגבלים העסקיים בהחלטה בעניין הסדר כובל בין המתחרים במכרז בזק.<sup>311</sup> באותו עניין חילקו ביניהם המציעים הפוטנציאליים את השוק כך שכל חברה תגיש את ההצעה הנמוכה ביותר לפריט מסוים במכרז, וכל היתר תבקשנה עבורו מחיר גבוה יותר, כך שיהא ברור מראש מי תזכה בעבור כל פריט. גם המחיר הנמוך לכאורה, היה גבוה משמעותית מהמחיר שהיה נקבע בתנאי תחרות. על מנת לאזן בין ערך העבודות של הפריטים השונים, התחייבו המתחרים להעניק למתחרים אחרים שהגישו הצעות "דמה"

308 ת"פ (י"ם) 287/98 מדינת ישראל נ' מנורה (רמזורים) בע"מ, פורסם בנבו.  
309 יש לציין כי ניתן לראות את חלוקת השוק במקרה זה גם כחלוקת שוק גאוגרפית.  
310 החלטה בעניין פעילות איגוד השחקנים, לעיל הערה 122.  
311 החלטת הממונה בעניין מכרז "בזק", לעיל הערה 144.



גבוהות מעמד של "קבלני משנה" בביצוע העבודות נשוא המכרז. אף שהממונה קבע כי עסקינן בחלוקת שוק כהגדרתה בחוק, הרי עניינו של ההסדר בחלוקת שוק לפי סוג העבודות שאותם יבצעו המציעים במכרז, והוא איננו נכנס תחת החזקה בנוסחה הנוכחי. הצעת החוק מתקנת ליקוי זה בחוק ומחילה את החזקה החלוטה על הסדרים אופקיים לחלוקת שוק באשר הם.

השפעתם השלילית של חלק מההסדרים האופקיים לחלוקת שוק על התחרות בשוק היא מובנת מאליה, עם זאת קיימים הסדרים אופקיים לחלוקת שוק אשר השפעתם השלילית על התחרות אינה כה ברורה. קחו למשל הסדר שבו משווקים של מוצר מסוים מסכימים ביניהם על חלוקת שוק גיאוגרפית לשיווק המוצר. למרות הפגיעה בתחרות שבין משווקי אותו מוצר (Intrabrand competition), הרי בהחלט ייתכן כי חלוקת שוק מעין זו יכול שתהא דווקא בעלת השלכות חיוביות על התחרות בין יצרנים שונים (Interbrand Competition), במידה וקיימת בשוק המוצר תחרות במידה מספקת. זאת כיוון שהסדר כאמור עשוי להפחית את בעיית הרוכב החופשי בין משווקים של אותו מוצר, כך שמשווק אחד לא יוכל להיבנות ממאמצי השיווק של אחר ובכך להפחית לטווח הארוך את תמריצי הצדדים להשקיע בשיווק ובתחרות עם מוצרים אחרים באותו שוק. בטיעון זה הכיר בית המשפט העליון האמריקני בעניין *Sylvania*<sup>312</sup> בדומה, הסדר אופקי לחלוקת שוק עשוי גם להגביר את יכולתם של הצדדים לו להתחרות עם חברות דומיננטיות בשוק. ניתן להדגים זאת על ידי ניתוחו של פסק הדין האמריקני בעניין *Topco*<sup>313</sup>, שם נדון הסדר אופקי בין רשתות סופרמרקטים קטנות אחדות, אשר יצרו מיזם משותף על מנת ליצור מותג משותף לחלק ממוצריהם. מטרתו של המיזם הייתה לאפשר לחברים בו להתחרות ברשתות הסופרמרקטים הגדולות, אשר יצרו כל אחת מותג משלה. ללא החבירה במיזם המשותף, לא הייתה יכולה אף אחת מהרשתות הבינוניות שחברו יחד במיזם ליצור מותג משלה, בשל העלויות הגבוהות הכרוכות בכך. במסגרת ההסדר להקמת המיזם הסכימו החברות על חלוקת שוק אופקית, שלפיה לא יהיה ניתן לצרף למיזם רשת מתחרה נוספת, אלא אם הרשתות הפועלות בתחומה הגיאוגרפי הסכימו לכך. בית המשפט האמריקני קבע כי הסדר זה הוא הסדר כובל אסור per-se. על פסיקתו זו של בית המשפט העליון נמתחה ביקורת רבה. הסיבה לכך היא שכבילה זו, הגם שהיא מחלקת את השוק בין החברים להסדר, היא חיונית לשם הקמת המיזם המשותף, כיוון שבלעדיה לא היו יכולים החברים במיזם להיות בטוחים כי יכסו את עלויות היצירה של המותג החדש. כלל משפטי נכון יותר היה מאפשר "הצצה מהירה" על מנת לבחון אם מדובר בהסדר לחלוקת שוק שמטרתו פגיעה בתחרות גרדא, או הסדר שבצדו גם מטרת המקדמת את התחרות. הסדר הנכנס תחת הקטגוריה השנייה, דוגמת ההסדר שנדון בעניין

312 ראו עניין *Continental T.V., Inc.*, לעיל הערה 231.

313 עניין *Topco*, לעיל הערה 236.

*Topco*, ראוי כי ייכנס לגדר חזקה חלוטה לפגיעה בתחרות. אכן, בדרך זו הלכו בתי המשפט האוסטרליים בעת שנדון בפניהם הסדר דומה במהותו.<sup>314</sup> הדרך להכשיר כבילה זו היא על ידי החלת דוקטרינת המבט המהיר או דוקטרינת הכבילה הנלווית.

חלוקת שוק יכול שתעשה גם בהסדר אנכי. כך למשל יצרן או מפיץ עשויים להגביל את עיסוקם של המשווקים לטריטוריות גאוגרפיות קבועות מראש. נציין כי ההסדר הוא אמנם אנכי, אך יש לו השפעה אופקית של חלוקת שוק, כיוון שהוא מפלח את השוק בהתאם לתחום העיסוק של כל אחד מהמשווקים. בדומה, מפיץ עשוי להגביל את פעילותם של חלק מהמשווקים ללקוחות פרטיים בלבד, ואת פעילותם של יתר המשווקים ללקוחות עסקיים. בעוד שבחלק מההסדרים האופקיים לחלוקת שוק הפגיעה בתחרות היא מובנת מאליה, ולא ניתן לחשוב על רציונלים לגיטימיים להסדר, לא כך הוא הדבר כאשר מדובר בהסדרים אנכיים לחלוקת שוק. כמפורט בפרק על הסדרים אנכיים, מרבית המחקרים הכלכליים מראים כי התחרות בין המפיצים כלל אינה משפיעה על התחרות בין הספקים ומכאן שהיא איננה משפיעה על המחיר לצרכן.<sup>315</sup> הסדרים אלו פגיעתם בתחרות איננה מובנת מאליה, ועל כן אין מקום להחיל עליהם את החזקות החלוטות.

הדין המצוי שונה בתכלית. סעיף 2(ב)(3) פורש לרוב פרשנות רחבה וחל על הסדרים אנכיים מסוגים רבים. סוג אחד של הסדרים שאותם לכדה הפסיקה ברשת באופן גורף, הוא הסדרי בלעדיות. בפסקי דין רבים נקבע כי הסדרים המעניקים בלעדיות נופלים תחת החזקה הקבועה בסעיף 2(ב)(3).<sup>316</sup> עמדה זו אומצה, בין היתר, על ידי בית הדין להגבלים עסקיים בעניין דלק נ' הממונה,<sup>317</sup> שם נאמרו הדברים הבאים:

“במשפט הישראלי נופלים הסכמי בלעדיות אנכיים חד-צדדיים, בהם מתחייב אחד הצדדים להסכם (המפיץ) לרכוש את כל צרכיו מהצד השני להסכם (הספק) ולא מאחר זולתו, בגדרו של סעיף 2(ב)(3) לחוק, בהיות

E.F. Found Pty Ltd and William Hodge Pty Ltd. (C4272) (Australia Trade Practices Commission, unpublished, July 11, 1975). לדין וניתוח ההלכות ראו גל, לעיל הערה 7, בעמ' 174-175.

P. Areeda, L. Kaplow *Antitrust Analysis* (5<sup>th</sup> ed., 1997), 612-613; ; גילה, לעיל הערה 7, 315 R.A. Posner *Antitrust Law, An economic Perspective* (1976), 147; F.H. Easterbrook “Vertical arrangements and the Rule of Reason” 53 *Antitrust L.J.* (1984) 135.

ראו למשל את החלטת בית הדין להגבלים עסקיים בה”ע דלק, לעיל הערה 180, בפסקאות 67-68 לפסק הדין; ה”פ (ת”א) 269/97 ברמן נ’ ניקוטרון בע”מ, פורסם בנבו; עניין חברות הדלק, לעיל הערה 183; הסדרים כובלים בין יצרני אריות מקרטון גלי, לעיל הערה 35; ה”פ אפ.אמ.אר מחשבים ותוכנה, לעיל הערה 117.

ה”ע דלק, לעיל הערה 180. ראו גם ת”א (י”ם) 1000/95, לעיל הערה 195; ת”א (ת”א) 986/96 עובד נ’ פז חברת נפט בע”מ, פורסם בנבו.

הכבילה שבהם נוגעת 'לחלוקת השוק, כולו או חלקו... לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו'."

הממונה נקט אף הוא בגישה מרחיבה לעניין פרשנות החוקה. בעניין נצב"א החזקות<sup>318</sup> למשל דובר בהסדר בלעדיות בין בעלי תחנות אוטובוסים מרכזיות לבין חברת אגד, ולפיו תינתן לאגד זכות גישה בלעדית לתחנות. הממונה על ההגבלים העסקיים קבע כי מדובר בהסדר לחלוקת שוק, שכן ההסדר למעשה "מחלק" את התשומות בשוק, כלומר תחנות האוטובוסים המרכזיות, בין אגד לבין מתחריה. גישה מרחיבה אף יותר ניתן למצוא בהחלטת הממונה בעניין התקשרות לאספקה ורכישה של קמח כשר לפסח.<sup>319</sup> באותו מקרה התקשרו ארבעת מפעלי המצות הגדולים עם תחנת הקמח יפו, וחתמו אתה על הסכם שלפיו תחנת הקמח תספק את קמח המצות ליתר היצרנים רק בהסכמת המפעלים הגדולים ובתלות במתן פיצוי כספי. בשל קיום ההסדר נגזר על המפעלים הקטנים לשלם סכום גדול יותר בעבור הקמח. הממונה על ההגבלים העסקיים קבע כי מדובר בהסדר לחלוקת שוק "לפי סוג האנשים", אף שהבלעדיות שהעניק ההסדר לא הייתה מלאה כי אם חלקית בלבד, שכן ניתן היה למכור את הקמח גם לבעלי המפעלים הקטנים, אם כי בסכום גדול יותר. באופן דומה, נקבע בפסיקה כי תניות אי-תחרות נופלות בגדרי החוקה שבסעיף 2(ב)(3). בפסק הדין בעניין פרנס נורדנברג<sup>320</sup> נקבע לראשונה כי תניות אי-תחרות נופלות לגדרי הסעיף, כיוון שהן מובילות לחלוקת שוק אופקית לפי מקום העיסוק. נראה שקביעה זו אומצה גם בפסיקתו של השופט חשין בדנ"א טבעול.<sup>321</sup> בהלכת בית הדין להגבלים עסקיים בעניין אסכור,<sup>322</sup> הועלתה הטענה כי גם הסדרים שמוענקת בהם זכות סירוב ראשונה לאחד הצדדים, נופלים תחת החוקה הקבועה בסעיף 2(ב)(3). בית הדין לא שלל את הטענה, אך בחר להשאיר את הסוגיה בצריך עיון. לא למותר לציין כי בעניין מזרחי אימץ השופט עדיאל פרשנות מצמצמת וקבע כי תניות אי-תחרות בין עובד לבין מעביד אינה נכנסת לגדר החוקה.<sup>323</sup>

הפרשנות המרחיבה שאימצה הפסיקה, אף שהיא מתיישבת עם לשון החוק, אינה פרשנות רצויה. במסגרת סעיף 2(ב)(3) יש לכלול הסדרים אשר פגיעתם השלילית בתחרות החופשית היא מוכחת, ולכריתתם אין כל רציונל לגיטימי. לגישתנו, יש מקום להכליל תחת

318 עניין נצב"א, לעיל הערה 121, בעמ' 68.

319 קמח כשר לפסח, לעיל הערה 122.

320 ה"פ 1990/95 פרנס נורדנברג בע"מ נ' בן ארי, קובץ החלטות בענייני הגבלים עסקיים, כרך ג, 303 (1995).

321 דנ"א טבעול, לעיל הערה 29, בעמ' 98. להלכות נוספות שבהן נקבע כי הסדרי בלעדיות הם הסכמים לחלוקת שוק ראו למשל ה"ע דלק, לעיל הערה 180.

322 ערר 1/97 (י"ם) איסכור שרותי פלדות בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פורסם בנבו.

323 עניין מזרחי, לעיל הערה 191.

החזקה הסדרים אופקיים לחלוקת שוק אשר אין להם, על פניהם, הצדקה זולת פגיעה בתחרות. שונה בתכלית המצב כאשר מדובר בהסדרים מסוגים אחרים, כגון תניות אי־תחרות והסדרי בלעדיות. בבסיס הסדרים אלו עומדים לא אחת רציונלים כלכליים לגיטימיים. כך למשל הסכמי אי־תחרות בין בעל עסק לבין עובד שפורש, יש בהם בכדי לסייע לשמירה על סודות מסחריים של בעל עסק.<sup>324</sup> גם פגיעתם בתחרות של הסדרי בלעדיות אינה מובנת מאליה ולכריתתם קיים במקרים רבים רציונל לגיטימי. כך למשל בלעדיות עשויה להידרש במקום שבו בלעדיות יימנעו הצדדים להסדר מלהשקיע כספים בפעילותם המשותפת המיטיבה עם רווחת הציבור.<sup>325</sup> על כן יש לבחון הסדרים אלו תחת ההסדר הכללי הקבוע בסעיף 2(א) לחוק, ולדרוש – על מנת להורות על בטלותם – כי יתקיים בהם חשש לפגיעה בתחרות.

#### (ד) הסדר בנוגע לסוג המוצרים

סעיף 2(ב)(4) לחוק מחיל את החזקה החלוטה לפגיעה בתחרות על כל הסדר שבו הכבילה נוגעת ל"כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם". הסדרים המגבילים כמות מובילים בדרך כלל לעלייה במחיר לצרכן. הצדדים להסדר יכולים לקבוע מראש מחיר גבוה, בדרך של תיאום מחירים, ואז התפוקה תרד באופן טבעי, שכן פחות צרכנים ייאותרו לרכוש את המוצר במחיר הגבוה. לחילופין, הם יכולים לצמצם תפוקה ללא קביעה של מחיר. לאחר שהביקוש למוצר יעלה, גם מחיר המוצר ייעלה באופן טבעי, והתוצאה האנטי־תחרותית תושג. זוהי למעשה חזקה משלימה או חזקת־ראי לחזקה בדבר המחיר. דוגמה להסדר שבו הוטלה מגבלה על כמות השירותים בעסק ניתן למצוא בהסדר בין הבנקים ובו ביקשו הבנקים להסכים על סגירה משותפת של סניפיהם ביום ו' בשבוע.<sup>326</sup> בדומה, גם להסדר לקביעת איכות המוצרים או לטיבם עלולות להיות השפעות אנטי־תחרותיות. למשל, כל הסדר בין שתי החנויות הבגדים הפועלות בישוב מסוים שלפיו אחת תמכור בגדי קיץ והשנייה בגדי חורף, או אחת תמכור בגדים זולים והשנייה בגדי מעצבים, מחלקים את השוק בין מתחרים פוטנציאליים ועלולים לפגוע בתחרות. הסדר הנוגע לסוג עשוי גם להגביל את סוג המוצרים או השירותים שיסופקו בשוק על ידי כל המתחרים על מנת ליצור אחידות בשוק שתקל על אכיפת ההסדר וענישה של סטייה ממנו. להסדר מסוג זה עלולות להיות השפעות משמעותיות על הרווחה החברתית החורגות מעבר להשפעה על

324 עניין *Aes System Inc*, לעיל הערה 289.

325 גילה "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוק?", לעיל הערה 7, בעמ' 758. להרחבה ראו גם הפרק על הסדרים אנכיים להלן.

326 בקשת הבנקים לאישור ההסדר הכובל נדחתה בידי בית הדין, ראו ה"ע (י"ם) 13/93, לעיל הערה 195.

המחיר. הסדר כאמור עלול גם להגביל את חופש הבחירה של הצרכנים ולהקטין את הרווחה החברתית בדרך זו.

גם לחזקה בדבר סוג המוצרים ניתנו בפסיקה מספר פרשנויות מרחיבות ובלתי רצויות. בעניין טבעול נקבע כי הסכמי אי-תחרות בין חברות מסחריות, שבהם מתחייבת אחת החברות שלא לייצר מוצר או להעניק שירות, נופלים למסגרת החזקה הקבועה בסעיף 2(ב)(4).<sup>327</sup> בדומה, בעניין פדל נ' סונול קבע בית המשפט המחוזי כי גם הסדרי בלעדיות שבהם מתחייב הספק למכור מוצרים מסוימים ואותם בלבד, מהווים כבילה לעניין סוג הנכסים או השירותים שבעסק.<sup>328</sup> כאמור לעיל, הסדרי אי-תחרות והסדרי בלעדיות אינם הסדרים אשר פגיעתם בתחרות היא מוכחת, ויש להם בדרך כלל רציונלים מסחריים לגיטימיים, השונים מהרצון לפגום בתחרות גרדא. על כן פרשנות מרחיבה זו לחזקות החלוטות איננה רצויה ויש להימנע ממנה. נראה לנו כי מן הראוי להגביל את תחולת החזקה להסדרים אופקיים בין מתחרים בשוק, שבהם מתחייבים אותם מתחרים להגביל את כמות המוצר המסופק או מתחייבים זה כלפי זה לשמור על איכות ירודה של המוצר, דוגמת הסדרים שבהם מתחייבים המתחרים זה כלפי זה להימנע מאימוץ טכנולוגיות חדשניות שיש בהן כדי לשפר את איכות המוצר. אכן, הצעת החוק מגבילה את תחולת החזקה להסדרים אופקיים בין מתחרים. צמצומה הנוסף של החזקה יושג על ידי החלת דוקטרינת הכבילה הנלווית או דוקטרינת המבט המהיר.

## ה. קו פעולה שנקבע בידי ארגון עסקי

סעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים קובע כי:

”קו פעולה שקבע איגוד עסקי לחבריו או חלקם העלול למנוע או להפחית תחרות בעסקים ביניהם, או קו פעולה כאמור שהמליץ עליו לפנייהם יראו כהסדר כובל כאמור בסעיף 2, ואת האיגוד העסקי וכל אחד מחבריו הפועל על פיו כצד להסדר כובל”.

סעיף זה מחיל את האיסור ההגבלי על מקרה שבו איגוד עסקי קובע או ממליץ על קו פעולה העלול להפחית את התחרות. במקרה זה, יראו את קו הפעולה כהסדר כובל ואת האיגוד וכל מי שפועל בהתאם לקו הפעולה כצד להסדר כובל. בהתאם לכך, יסודות האיסור

327 המ' (ת"א) 6623/97 טבעול (1993) בע"מ נ' מדינת ישראל, פורסם בנבו. הושאר בצריך עיון בידי השופט חשין בדנ"א טבעול, לעיל הערה 29.

328 ענין פדל נ' סונול, לעיל הערה 195.

הם ארבעה: (1) קביעת קו פעולה או המלצה עליו; (2) על ידי איגוד עסקי; (3) קו הפעולה עלול למנוע את התחרות בעסקים; (4) בין החברים באיגוד העסקי. בהתאם ללשון הסעיף, קו הפעולה אינו חייב להיקבע בדרך מוגדרת ומסוימת ודי בכך שהאיגוד העביר את המידע כי נקבע קו פעולה כאמור לחבריו. בהתאם לכך, קו פעולה יכול להיות מעוגן לדוגמה בתקנון, בחוזר או אפילו מועבר בעל פה במסגרת נאום שנושא נציג האיגוד אשר הוא יודע או מעריך כי תוכנו יועבר לחבריו. כך למשל נקבע שההמלצה יכול שתהיה המלצה מפורשת (כגון הנחיה), אך גם המלצה מכללא. בעניין מועצת המובילים בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים נקבע: <sup>329</sup>

“לעניין סעיף 5 לחוק גם המלצה מכללא של איגוד עסקי לחבריו (ולא רק הנחיה או הוראה מחייבת) תיראה כהסדר כובל, ובלבד שהוכח שאותו קו פעולה שקבע האיגוד העסקי עלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בין חברי האיגוד”.

אין הכרח כי קו הפעולה ייקבע בנוגע לכלל החברים באיגוד ודי בכך שהוא יופנה לחלקם. כך למשל נקבע כי הנחיות לשכת עורכי הדין שהופנו לעורכי דין ספציפיים, שנטלו חלק ב"מבצע דירה מקבלן", נופלות לגדרי הסעיף. <sup>330</sup> איגוד עסקי מוגדר בסעיף 1 לחוק ההגבלים באופן רחב כ"חבר-בני-אדם, בין מאוגד ובין שאינו מאוגד, שמטרתו, כולן או חלקן, הן קידום ענייניהם העסקיים של החברים בו". זוהי הגדרה רחבה וכוללת, שנועדה למנוע מצב שבו איגוד עסקי אשר אינו מאוגד בצורה פורמלית (לדוגמה במסגרת שותפות או עמותה) יחמוק מגדרי החוק ולא תושת עליו אחריות ישירה. בעניין דטה-קאר נקבע כי גם חברה שהוקמה במשותף על ידי חברות הביטוח לצורך שיווק תוכנה אשר תתרום לאחידות בשומות הביטוח, מהווה איגוד עסקי. <sup>331</sup> סעיף 5 מחייב הוכחה כי קו הפעולה שקבע האיגוד העסקי "עלול לפגוע או להפחית התחרות בעסקים" בין חבריו, כולם או חלקם. בכך מצמצם הסעיף את תחולת הוראת סעיף 2 בשני אופנים עיקריים. ראשית, החזקות החלוטות לפגיעה בתחרות, הגלומות בסעיף 2(ב), אינן חלות כאן. בכל מקרה יש צורך להוכיח פגיעה אפשרית בתחרות. בעניין זה, נראה כי הפרשנות התכליתית שהחיל בית המשפט העליון בגדר סעיף 2(א), המחייבת כי הפגיעה בתחרות לא תיפול בגדר זוטי הדברים, תחול גם כאן. תנאי זה הוא תנאי ראוי. אם איננו

329 ערר 2/89 מועצת המובילים בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פורסם בנבו.  
330 הממונה על ההגבלים העסקיים החלטה בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר בין חברי לשכת עורכי הדין – מבצע "דירה מקבלן" פרסום 5000052 (2004).  
331 ה"ע (י"ם) 465/95 דטה-קאר בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פורסם בנבו.

מעוניינים לעצור את פעילותם של איגודים מקצועיים, אין מקום להחיל עליהם את החזקות החלוטות הרחבות אלא יש מקום לדרוש כי בכל מקרה תיבחן אפשרות פגיעתם בתחרות. האופן השני שבו סעיף 5 מצומצם בתחולתו בעייתי יותר. לשון הסעיף מצמצמת את מישורי הפגיעה בתחרות כך שהאיסור חל רק במקרה שבו קו הפעולה עלול לצמצם את התחרות בין החברים באיגוד, כולם או חלקם. מלשונו של הסעיף עולה לכאורה כי הפגיעה בתחרות תיבחן בין אותם חברים שהאיגוד קבע כי קו הפעולה יחול לגביהם או המליץ כי יחול עליהם. תנאי זה בעייתי. כפי שפורט בהרחבה שדין שערךנו לעיל בפסק דין שטרן,<sup>332</sup> צמצום מישורי הפגיעה עלול להשאיר מחוץ לגדר החוק מקרים רבים שבהם נפגעת התחרות כתוצאה מפעולתו של האיגוד העסקי. נניח למשל כי איגוד עסקי מחייב את חבריו לעשות את פעולותיהם אך ורק דרך כרטיס אשראי מסוג מסוים. אין ספק כי התחרות בין החברים באיגוד איננה נפגעת, אלא אם הם עוסקים בשוק כרטיסי האשראי. בה בעת, הסדר כאמור עלול לפגוע בתחרות בשוק כרטיסי האשראי אם חברי האיגוד מהווים חלק משמעותי מצרכני כרטיסי האשראי. מלשון הסעיף עולה כי הסדר כאמור יהיה פטור מתחולת סעיף 5 כיוון שהוא אינו ממלא אחר התנאי הרביעי הגלום בו. לדעתנו, יש לפרש את סעיף 5 באופן מרחיב ולכלול במסגרתו קווי פעולה אשר יש בהם בכדי להפחית את התחרות בעסקים בכל מישור שהוא, לאו דווקא בין חברי האיגוד לבין עצמם. פרשנות שכזו עולה בקנה אחד עם תכלית החוק. יתירה מכך, היא עולה בקנה אחד עם פרשנותו של סעיף 2(א), המרחיבה אף היא את מישורי הפגיעה בתחרות בדרך דומה. כפי שפורט לעיל, פרשנותו של בית המשפט העליון לאחר פסק דין שטרן בחרה להתעלם מהתנאי המצמצם את מישורי הפגיעה בתחרות. ההיגיון אשר הדרוך, ככל הנראה, את בית המשפט העליון בעשותו כן, חל באותה מידה גם בענייננו. אשר על כן ראוי, לדעתנו, להחיל פרשנות דומה גם בגדר סעיף 5. מטרתו של האיסור הגלום בסעיף 5 היא להרחיב את תחולתו של האיסור על עריכת "הסדר כובל" על מנת שלא לאפשר לפעולות מתואמות הנעשות דרך איגודים עסקיים, אשר עלולות לפגוע בתחרות ומהוות מעשה יום-ביומו במשק הישראלי, לחמוק מגדר הוראותיו של האיסור על עריכת הסדר כובל. הסעיף נועד למנוע מצבים שבהם האיגוד העסקי משמש כגורם מתאם בין חברי האיגוד או כגורם המקל על תיאום או על התאמה אוליגופוליסטית. ההיסטוריה של דיני התחרות בישראל הוכיחה כי איגודים עסקיים נטלו חלק פעיל ברבים מהקרטלים החמורים שנתגלו במשק. כפי שציין הממונה על ההגבלים העסקיים בהחלטה בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל בעניין איגוד אתרי האינטרנט בישראל:<sup>333</sup>

332 ראו גם גל, לעיל הערה 7.

333 הממונה על ההגבלים העסקיים איגוד אתרי האינטרנט בישראל – החלטה בדבר מתן פטור בתנאים מאישור הסדר כובל פרסום 3015425 (2002).

"הקמתו של איגוד עסקי כשלעצמה ובפני עצמה, אינה מהווה הסדר כובל ואינה מצריכה היתר לפי חוק ההגבלים העסקיים. אלא שהניסיון המצטבר באכיפת דיני התחרות מלמד כי לאיגודים עסקיים פוטנציאל רב במיוחד להפוך לפלטפורמה לתיאומים על ידי מתחרים ולעריכת הסדרים כובלים אחרים על ידם. איגודים עסקיים אף שימשו כסות לקרטל. כך היה בפרשות קרטל חברות הביטוח, קרטל המרצפות, קרטל מורי ואחרים; בכולם שימשו ההתאגדויות העסקיות ככלי ומסווה לביצוע הסדרים כובלים קשים (hard core cartel), כאלה אשר בגינם מוגשים על ידי רשות ההגבלים העסקיים הליכים פליליים. מסתמא אפוא כי קו הגבול בין פעילות מותרת באיגוד העסקי לפעילות תיאום אסורה הוא עניין בעל חשיבות מרובה".

על רקע זה, קיימת חשיבות באיסור כללי על קביעת קו פעולה עסקי במידה שקו הפעולה עלול לפגוע בתחרות בשוק. קו פעולה של איגוד עסקי עשוי לפגוע בתחרות בשוק בצורות מגוונות. ראשית, קו הפעולה עלול להקל על חברי האיגוד לגבש ביניהם הסכמות בנוגע לתנאים הנדרשים לצורך גיבוש הקרטל, במקום שבו קיים קושי בגיבוש אותן הסכמות ללא עירוב גורם מתאם. כך למשל הפיצה התאחדות סוכני נסיעות ותיירות בישראל הוראות לחבריה לעניין קביעת שערי חליפין אחידים בטיסות סדירות, טיסות שכר ושירותי תיירות.<sup>334</sup> מטרתה של ההוראה הייתה למנוע תחרות שהתקיימה בין חברי ההתאחדות במתן שערי חליפין מועדפים ללקוחות. דוגמה נוספת ניתן למצוא בהוראות ועד ארגון מורי הנהיגה בקריות למורי הנהיגה החברים באיגוד לגבות סכום קבוע מכל תלמיד בעבור סל שירותים.<sup>335</sup>

שנית, קו פעולה של איגוד עסקי הוא אמצעי יעיל במיוחד לצורך הטלת חרם על מתחרים. כך למשל נעשה שימוש בקו פעולה על ידי איגוד סוכנות השחקנים על מנת להטיל חרם על מפיקים או בימאים שניהלו עסקים עם סוכנים העוסקים בו זמנית בייצוג ובליהוק שחקנים.<sup>336</sup> בדומה, איגוד המוסכים עשה שימוש בקו פעולה עסקי על מנת להטיל חרם על יצרנית מצברי "וולקן" אשר שיווקה את המצברים ישירות לצרכן ולא דרך חברי האיגוד.<sup>337</sup> שלישית, קו הפעולה עלול לשמש כגורם השומר על יציבות הקרטל על מנת להתגבר על התמריצים האינהרנטיים של המשתתפים בו להשיא את רווחיהם על ידי סטייה מההסכמות

334 הממונה על ההגבלים העסקיים קו פעולה של התאחדות סוכני נסיעות ותיירות בישראל – קביעת שערי חליפין – קביעה בגין הסדר כובל פרסום 3001432 (1997).

335 ת"פ (י"ם) 324/98 מדינת ישראל נ' יוספברג, פ"מ תשס"א(1) 118.

336 החלטת בעניין פעילות איגוד השחקנים, לעיל הערה 122.

337 ת"א (ת"א) 1617/93, המ' 13006/93 וולקן מצברים בע"מ נ' איגוד המוסכים בישראל, פ"מ תשנ"ד(3) 274.



שביסוד הקרטל, דוגמת הורדת המחיר או הגדלת הכמות. האיגוד העסקי הוא גוף אידיאלי לשמש כגורם המאתר חריגות מההסכם או הקובע "סנקציות" בגין החריגה מההסכם. כך למשל קבע איגוד שמאי המקרקעין תעריף מינימום לשירותי שמאות מקרקעין לחבריו.<sup>338</sup> אותם שמאים אשר הפרו את ההסכם היו חשופים לדיון משמעותי בפני ועדת האתיקה של הלשכה, עובדה אשר מטבעם של דברים תרמה לאכיפת תעריף המינימום. שאלה מעניינת היא האם הסדר שעושה איגוד עסקי יכול להיכנס גם לגדר האיסור הקבוע בסעיף 2 לחוק, או שמא סעיף 5 מהווה הסדר שלילי לגבי כל הסדר שאיגוד עסקי הוא צד לו. לדעתנו, סעיף 5 אינו מהווה הסדר שלילי, אלא מטרתו להרחיב ולהבהיר את תחולתו של האיסור ההגבלי. אכן, בעניין בורוביץ טענו חברי קרטל הביטוח כי סעיף 5 נועד לקבוע סייג לתחולתו הכללית של סעיף 2 לחוק וזאת מקום בו נעשים הסדרים כובלים במסגרת איגוד עסקי.<sup>339</sup> כך קיוו הנתבעים באותו עניין לחמוק מתחולתן של החזקות החלוטות. בית המשפט העליון דחה את הטענה, תוך שקבע כי תכליתו של הסעיף היא להרחיב את הוראות סעיף 2 ולא לצמצמן (בעמ' 879):

"תכליתו של סעיף 5 לחוק ההגבלים, לתפיסתנו, היא להתמודד עם מצב שבו התחרות החופשית בענף מסוים נפגעת כתוצאה מפעילותו של איגוד עסקי שממליץ "המלצות" לחבריו והללו נוהגים לפיהן. במצב זה עשוי להיות קושי בהטלת אחריות על חברי האיגוד לפי עבירת ההסדר הכובל הקבועה בסעיף 4 לחוק. קושי זה נובע מכך שיתכן מצב שבו חבר באיגוד העסקי פעל לפי קו הפעולה שהומלץ על-ידי האיגוד ושעלול לפגוע בתחרות, אולם ללא שמתקיימים לגביו כל יסודות עבירת ההסדר הכובל... סעיף 5 לחוק נועד לאפשר את הטלתה של אחריות פלילית על אדם כזה (ואף על האיגוד העסקי עצמו). על-כן הוא קובע כי יש לראות בקו הפעולה שהומלץ (או נקבע) על-ידי האיגוד כהסדר כובל ובחבר האיגוד שנהג לפיו כצד להסדר הכובל. לעומת זאת כאשר עסקינן באדם שאין קושי להוכיח את היותו 'צד' להסדר כובל, אין קיימת שום הצדקה שייחנה מהגנה כלשהי מפני הטלת אחריות פלילית רק מפני שביצע את פעולותיו במסגרתו של איגוד עסקי. לפיכך אין כל מניעה להרשיע חבר באיגוד עסקי בעבירת ההסדר הכובל ה'רגילה' אם מתקיימים לגביו כל היסודות הדרושים לשכלול העבירה."

338 הממונה על ההגבלים העסקיים קביעת קו פעולה על-ידי לשכת שמאי מקרקעין: הפצת תעריף מינימלי – קביעה בגין הסדר כובל פרסום 3006353 (1995).

339 ע"פ הפניקס, לעיל הערה 37.

מדוע אפוא יש צורך בסעיף 5 כלל? ניתן להצביע על שלוש פרשנויות אפשריות המרחיבות את הגדרתו של "הסדר כובל" הקבוע בסעיף 2 או, למצער, באות להבטיח כי המקרים הנופלים לגדר סעיף 5 נופלים לגדר האיסור ההגבלי. ראשית, סעיף 5 מבטל טענה שעשויה הייתה להישמע, שלפיה איגוד עסקי המוגדר, כאמור לעיל, בצורה רחבה מאוד הכוללת כל חבר בני אדם שמטרתו לקדם את ענייניהם העסקיים של החברים בו, אינו עונה על התנאי כי ההסדר נערך בין "בני אדם המנהלים עסקים". לכאורה ניתן היה לטעון כי איגוד עסקי אינו מנהל עסקים בקובעו קו פעולה עסקי, אלא חבריו הם אלה המנהלים עסקים. סעיף 5 סותר את הגולל על טענה זו. שנית, סעיף 5 מבטל דוחה טענה אפשרית לפיה קביעת קו פעולה עסקי על ידי איגוד עסקי אינו נכנס לגדר האיסור ההגבלי כיוון שעסקינן בפעולה חד-צדדית שאינה מהווה "הסדר" כמשמעותו בסעיף 2 לחוק. עם זאת מן הראוי להעיר כי במידה וחברי האיגוד ממלאים אחר הוראות האיגוד, הרי שבהתאם לפרשנות המרחיבה שניתנה למונח "הסדר" ניתן לראות בהסכמתם למלא אחר קו הפעולה את אותה ההסכמה הנדרשת יצירת הסדר.<sup>340</sup> בייחוד כך הוא הדבר כאשר קו הפעולה משרת את טובת כל חברי הקבוצה בהתגברו על בעיות של תיאום קולקטיבי מול צד שלישי או בינם לבין עצמם ומי שנהנים מקו הפעולה ופועלים על פיו הם חברים באיגוד העסקי. כך שבהחלט ייתכנו מקרים רבים הנופלים בגדרי סעיף 2 וסעיף 5 לחוק גם יחד, ובהקשר זה ניתן לראות בסעיף 5 סעיף דקלרטיבי בלבד אשר אינו מרחיב את האיסור הכללי הקבוע בסעיף 2 לחוק. לבסוף, סעיף 5 סותר את הגולל על טענה שלפיה במקום שבו האיגוד העסקי רק ממליץ על קו פעולה אשר לכאורה אינו מחייב את החברים בו, אין התנהגות זו עולה לכדי הסדר. לכאורה ניתן היה לטעון כי המלצה מעין זו דומה למקרה של מנהיגות מחירים אשר נדון לעיל ועל כן מהווה היא התאמה ולא תיאום. כפי שפורט לעיל, טענה זו דינה להידחות. זאת כיוון שבעצם קביעת קו הפעולה עצמו על ידי האיגוד יש משום התערבות אקטיבית בתנאי השוק. טענה זו מתחזקת לאור העובדה שלרוב מקבלי ההחלטות באיגוד הם נציגי הגורמים הפועלים בשוק ועל כן ברור שקו הפעולה בא לשרת את טובתם של חבריו אשר לא יכלו להשיגה בדרך אחרת, לפחות לא בקלות כה רבה. סעיף 5 נועד אפוא להבהיר כי גם מקרים אלו נופלים לגדר האיסור ההגבלי. נציין כי בעת חקיקת חוק ההגבלים המבחנים לקביעת קו הגבול בין תיאום לבין התאמה לא היו סדורים וברורים, ולכן ייתכן כי המחוקק סבר כי סעיף 5 אינו דקלרטיבי אלא מהווה הרחבה של האיסור הקבוע בסעיף 2. כן מתגבר הסעיף על טענה אפשרית שלפיה המלצה לפעולה אינה עולה לכדי הסדר, כיוון שהצדדים לאיגוד אינם מחויבים לפעול על פיה.

340 ראו דיון בהגדרת המונח "הסדר" לעיל בעמ' 194.

## ו. התאמה להסדר כובל קיים<sup>341</sup>

### כללי

סעיף 6 לחוק ההגבלים העסקיים, שכותרתו "התאמת פעולה להסדר כובל" קובע כדלקמן:

"אדם המנהל עסק וביודעו על קיום הסדר כובל מתאים את פעולותיו להסדר, כולו או מקצתו, יראו אותו כצד להסדר".

סעיף זה מטיל איסור הגבלי על אדם המנהל עסק בהתקיים התנאים הבאים: (1) קיים הסדר כובל; (2) מודעות האדם לדבר קיומו של ההסדר הכובל; (3) התאמת פעולותיו להסדר, כולו או מקצתו. בהתקיים שלושת התנאים, קובע הסעיף כי יראו באותו אדם צד להסדר.

סעיף 6 לחוק מהווה חריג לעיקרון שעליו עמדנו בהרחבה לעיל, ולפיו התאמת פעילות העסקית של אדם לפעילות מתחריו היא פעולה חד-צדדית אשר אינה עולה לכדי הסדר כובל. זהו חריג ייחודי לדין הישראלי, אשר לא זכה עד עתה בניתוח מעמיק בפסיקה או בכתיבה האקדמית.<sup>342</sup>

התנאים לתחולת החריג הם כאמור מודעות להסדר כובל קיים והתאמה לו. אין צורך שיתקיים יסוד ההסכמה הקבוע בבסיס הדרישה בנוגע ל"הסדר".<sup>343</sup> לא למותר להדגיש כי בניגוד להסדר כובל, אשר יכול להתגבש בעצם ההסכמה עליו, החריג חל רק במקום שנקטה פעולה אקטיבית של התאמה להסדר הכובל.<sup>344</sup> לדעתנו, הכלל הקבוע בסעיף 6 לחוק אינו מחייב התאמה מוחלטת להתנהגותם של הצדדים להסדר, אלא די בפעולה חקיינית היוצרת התנהגות מקבילה אשר כמעט שאינה סוטה מן ההסדר הכובל הקיים במידה שפוגעת בו. כן ניתן להניח שכוונת הסעיף היא להתאמה מהותית, ולא לזהות מצומצמת לאירוע יחיד שהשפעתו על התחרות אינה רבה. המבחן שיש להחיל כאן הוא מבחן הפוטנציאל של חיזוק הפגיעה בתחרות, קרי אם התנהגותו של הצד המתאים את פעולתו להסדר עלולה לחזק באופן פוטנציאלי, ולו במעט, את הפגיעה בתחרות שהסדר גורם. למשל אם הצדדים להסדר הסכימו על תיאום מחירים בכל מוצריהם, והצד השלישי מתאים את מחיריהם של מרבית מוצריו – אך לא את כולם – למחירי ההסדר הכובל, יש לבחון אם

341 חלק זה מבוסס בעיקרו על גל, לעיל הערה 15.

342 לניתוח ראשוני ראו גל, שם.

343 ת"פ הפניקס, לעיל הערה 33, בפס' 76.

344 קביעה ברורה זו עולה גם מדבריו של השופט אנגלרד בעניין קרטל חברות המרצפות, לעיל הערה 42, בעמ' 144.

ההתאמה חיוקה את הפגיעה בתחרות של ההסדר הכובל אף שהיא אינה מלאה. אם המוצרים שמחיריהם לא הותאמו אינם משפיעים באופן משמעותי על התחרות בשוק המוצרים שמחיריהם הותאמו, אזי תנאי הסעיף מתמלאים. חיזוק לפרשנות זו ניתן למצוא בלשון סעיף 6 החל במידה שווה במקום שבו ההתאמה היא ל"כולו או מקצתו" של ההסדר. משמע, הדגש הוא על השפעתה הפוגענית של ההתאמה ולא דווקא על ההתאמה עצמה, אשר אינה נדרשת להיות חופפת למרבית תניות ההסדר.

הכלל האוסר על התאמה להסדר כובל מהווה יצור-כלאיים בין הכלל האוסר על הסדר כובל לבין הכלל המתיר התאמה אוליגופוליסטית. בעוד התאמה להתנהגות מתחרה היא לרוב לגיטימית, היא אסורה, ועשויה אף לשמש בסיס לעברה פלילית, אם מושא ההתאמה הוא הסדר כובל שהמתאים יודע עליו. נשאלת השאלה מהו ההיגיון העומד בבסיס החריג: מדוע הטעמים העומדים בבסיס ההלכה בדבר חוקיות ההתאמה אינם חלים כאשר ההתאמה היא להסדר כובל? האם אכן יש להטיל איסור פלילי על חברה אשר בחרה באופן עצמאי את הדרך המשיאה את רווחיה בהתחשב בנסיבות השוק, לרבות קיומו של הסדר כובל בו? אין הבדל רב בין התאמה להסדר לבין התאמה לפעילות שאינה מהווה הסדר מבחינת התנהגותו ה"חוקינית" של הצד השלישי. על פניו, קשה להבחין בין סיטואציה שבה גוף עסקי המעלה מחיר בתגובה להעלאת מחיר בידי מתחרה, לבין סיטואציה שבה אותו גוף עסקי מעלה מחיר בתגובה להעלאת מחירים מתואמת בידי כמה ממתחריו. ניתן אף לטעון כי ההיפך הוא הנכון: במקום שבו מספר מתחרים פועלים בצורה מתואמת הרי שרק טבעי והגיוני כי מתחרים נוספים יתאימו את עצמם לאותה פעילות. אם בשני המקרים מדובר בפעולות רציונליות, מדוע להבחין ביניהם ולאסור רק על התאמה להסדר? אם נאסור התאמה כאמור, נאסור על הצד השלישי התנהגות דומה עד מאוד לזו המותרת לו במסגרת התאמה אוליגופוליסטית "רגילה". ההבדל היחיד הוא שקל הרבה יותר להתאים התנהגות להסדר מאשר להתאמה אוליגופוליסטית. מהי אפוא ההצדקה העומדת בבסיס החריג?

הצעת החוק והדיונים בכנסת לפני קבלתו אינם זורים אור על תכליתו של החריג ועל ההצדקות לו, אולם דומה כי ניתן להצדיקו הן על בסיס הטעם המעשי הן על בסיס הטעם המהותי העומדים בבסיס הכלל המתיר התאמה "רגילה".<sup>345</sup> כמפורט לעיל, אחד הטעמים העיקריים לחוקיותה של התאמה רגילה היא הבעייתיות המעשית בהסדרתה, אולם בעוד שבהתאמה רגילה יידרש בית המשפט להתערב באופן נמשך בתנאי השוק על מנת לקבוע מחירים שונים לחברות שונות כדי לאפשר את פעולתו התקינה של השוק, איסור ההתאמה להסדר כובל קובע "קו אדום" ברור וחד-משמעי שאינו פוגע בפעולתו התקינה של השוק, בהטילו איסור על אימוץ אותם תנאים שנקבעו על ידי חברי ההסדר הכובל. נוסף על כך, בניגוד לקשיים הקיימים בהוכחת התאמה, לצורכי סעיף 6 לחוק לא נדרש להוכיח דבר,

345 ראו לעיל את הטקסט הנלווה להערות 95-98.

למעט שההתנהגות המקבילה נבעה מהתאמה מודעת להסדר כובל. ישאל השואל – האם האיסור לא יגרום לכך שמי שאינו צד להסדר יקבע מחירים גבוהים יותר מאלה שקבעו חברי ההסדר, על מנת להבחין בין מחיריו לבין אלה של ההסדר, ובדרך זו יפגע ברווחה החברתית? התשובה לכך היא כי חשש זה אינו מציאותי. מעצם טיבו וטבעו של ההסדר הכובל, חבריו יקבעו את המחיר הגבוה ביותר שניתן לגבות בתנאי השוק על מנת להשיא את רווחיהם. על כן אם שאר החברות שאינן חברות בהסדר יגבו מחיר גבוה מזה שקבע ההסדר, יש לשער כי לרוב הוא לא יהא רווחי בעבורם. בהתאם לכך, איסור ההתאמה להסדר כובל קיים מאפשר מתן סעד מעשי, פשוט יחסית, לחלק ממצבי ההתאמה האוליגופוליסטית. אולם חשוב מכך, בבסיס החריג עומד גם טעם מהותי. ללא החריג יופטרו צדדים מתחולת החוק רק בשל העובדה שלא היו צד להסדר המקורי, אלא רק התאימו את התנהגותם לו, אף שהתאמה זו עלולה לפגוע בתחרות בשוק ועשויה אף להיות ה"מלט" אשר מחזק את ההסדר ומונע את קריסתו. ההיגיון העומד בבסיס הכלל דומה לזה שהניע את בית המשפט העליון לקבוע כי גם מצג שווא של צד כי יקיים בפועל את ההסכמות שבבסיס ההסדר – עולה כדי הסדר. בשני המקרים הפעולה הנידונה מחזקת את ההסדר הכובל, וייתכן שבלעדיה לא היה ההסדר קיים מלכתחילה. נוסף על כך, התאמה להסדר קיים עלולה להגביר בצורה משמעותית את הנזק הנגרם ממנו. היא עלולה להוביל להתנהגות מקבילה גם בשוק שבו לא מתקיימים תנאים מושלמים להתאמה אוליגופוליסטית, על ידי כך שאותם שחקנים הנדרשים לתיאום יערכו ביניהם הסדר כובל, וכל היתר יתאימו את התנהגותם לו. החריג האמור מקטין את התמריץ לפגיעה בתחרות בכמה מקרים. ראשית, הוא מונע, ולו באופן חלקי, ניצול לרעה של הפרצה בחוק הנובעת מחוקיותה של ההתאמה האוליגופוליסטית על מנת לחזק את קיומו של הסדר כובל אסור. נניח שחברות אחדות מבקשות לערוך ביניהן הסדר כובל. חלק מהחברות חוששות מהסנקציות המשפטיות הכרוכות בעריכת הסדר כאמור ואינן מוכנות ליטול סיכון זה על עצמן, אולם ידוע לכל כי הן יהיו מוכנות להתאים את התנהגותן לזו של הצדדים להסדר כובל, אם התאמה כאמור לא תישא בחובה את הסנקציות הפליליות הכרוכות בעריכת הסדר כובל.<sup>346</sup> במצב דברים זה תגבר נטייתן של החברות המוכנות ליטול על עצמן את הסיכון המשפטי הכרוך ביצירת הסדר כובל, בהניחן כי קיים סיכוי גדול ששאר החברות יחרוֹ יחזיקו אחריהן אף שהן אינן יכולות להסדר באופן טכני פורמלי.<sup>347</sup> למעשה, יש צורך בשני צדדים בלבד להסדר הכובל

346 מובן שבמקרה שקונסטרוקציה זו מקורה בהסדר מקדים ניתן לראות בהסדר עצמו הסדר כובל, אולם בשוקים אוליגופוליסטיים לעתים אין צורך בהסדר מפורש ודי בהתאמה של פעולות החברה לאלה של החברות בהסדר הכובל ליצור תוצאה דומה בשוק.

347 ניתן לטעון כי דווקא חוק המתיר התאמה להסדר כובל היה מקטין את התמריצים ליצירתו של הסדר כאמור. זאת, עקב תופעת "הרוכב החופשי", שלפיה כל צד היה מחכה שהאחרים יערכו ביניהם הסדר, כך שהוא יוכל להתאים את עצמו להסדר מבלי לעבור על החוק. בה בעת, ייתכן

כדי שהתחרות בשוק תיפגע, ובלבד שהמתחרות העיקריות יתאימו את התנהגותן להסדר.<sup>348</sup> הכלל הקבוע בסעיף 6 לחוק מונע את השימוש בקונסטרוקציה זו, בהשוותו את מעמדם המשפטי של אלה המתאימים את פעולותיהם לחברי ההסדר למעמדם המשפטי של הצדדים להסדר עצמו. יודגש כי פעמים רבות ההתאמה להסדר הכובל היא המאפשרת את קיומו מלכתחילה, שכן אלמלא אותה התאמה הייתה מתקיימת תחרות בשוק, אשר הייתה פוגמת בהצדקתו הכלכלית של ההסדר. שנית, הכלל האמור מונע התאמה של מתחרה חדש להסדר הקיים בשוק. מתחרה חדש עשוי להפיח רוח חיים בתחרות הרדומה השוררת בשוק שבו נעשה הסדר כובל, אולם לעתים לא משתלם למתחרה החדש להתחרות באגרסיביות, אלא להצטרף לסטטוס קוו הקיים, המבוסס על הסדר בין החברות הפועלות בשוק. אם המתחרה החדש יודע על קיומו של הסדר כובל בשוק, הכלל המשפטי אוסר עליו להתאים את התנהגותו להסדר זה. הכלל מחייב אפוא את הצדדים בשוק לבחור בין שתי חלופות: התאמה להסדר כובל קיים, שדינה כהצטרפות לו, או פעולה עצמאית לחלוטין שאינה עולה כדי התאמה. למעשה, הוא מחייב את מי שאינם צדדים להסדר לנהוג כ"מחוללי תחרות" בשוק.

ניתן להדגים את חשיבותו של סעיף 6 לחוק על ידי וריאציה על פעולותיו של אחד הנאשמים בת"פ אהליך יעקב,<sup>349</sup> שם סירבה אחת מיצרניות הצינורות להצטרף להסכם השיווק, שהיווה למעשה הסדר כובל, אולם התאימה את מחירוניה לאלה של חברת השיווק, ואף אמרה מפורשות לחברת השיווק כי העלאת המחיר תועיל גם לה.<sup>350</sup> בית המשפט קבע כי החברה היא צד להסדר הכובל, בין היתר מכיוון שהודיעה מראש על אימוץ מדיניות מקבילה של העלאת מחיר, אולם גם ללא ההודעה האמורה היה המקרה נתפס בגדר סעיף 6

שתמריצייהם של חלק מהצדדים היו עדיין חזקים דיים להניעם ליטול על עצמם את הסיכון הכרוך בעריכת הסדר כובל גם בתנאים אלה.

348 הניתוח המוצע סוטה מההערכה הרגילה שלפיה רק מי שהוא צד להסדר כובל יתאים את התנהגותו לו, אולם אין קושי תאורטי לשלב בין הניתוח הכלכלי של הסדרים כובלים לבין הניתוח הכלכלי של התאמה אוליגופוליסטית. השאלה העיקרית שנותרת היא מדוע יש צורך מלכתחילה בהסדר כובל שישמש בסיס להתאמה. התשובה לכך טמונה במורכבותם של תנאי השוק ובקושי להגיע לפעולה מקבילה ללא הסכמה מפורשת. נניח שיש שתי קבוצות של יצרנים המשתמשים בטכנולוגיה שונה לייצור אותו מוצר, ועל כן עלויות הייצור שלהם שונות. הסכם בין שני יצרנים, אחד מכל סוג, יכול לשמש נקודת מוצא להתאמה אוליגופוליסטית של כל יתר המתחרים בשוק.

349 עניין אהליך יעקב, לעיל הערה 301.

350 שם, פס' 90-92 לפסק הדין. הנאשם דגן מתאר את התגובה על ההצעה להצטרף לחברת השיווק, המהווה הסדר כובל, בזו הלשון: "הכוונה היא שלא נשווק [דרך חברת השיווק המשותפת] ולא נתחשב בשום שיחה שהיה למישהו עם מישהו. אנחנו נעלה מחירוניהם ואני מודה בזה היום בהתאם למחירוניהם בשוק".

לחוק וההתאמה להסדר הכובל שקיומו היה ידוע הייתה מחייבת את המתאים כאילו הסכים מלכתחילה להיות צד להסדר הכובל.<sup>351</sup>

ישאל השואל – מדוע תחולתו של סעיף 6 לחוק מותנית בידיעה על קיומו של הסדר כובל של הגוף שמתאים את התנהגותו להסדר כאמור, ואין די בעצם ההתאמה של פעולותיו להסדר? שאלה זו מתחדדת לנוכח העובדה שכאשר מדובר בהסדר כובל בלתי חוקי המידע על קיומו יהיה סמוי, ועל רשויות האכיפה יקשה להוכיח כי מי שמתאים את התנהגותו להסדר הכובל אכן ידע על קיומו של הסדר כאמור. במצב דברים זה, הדרישה להוכחת רכיב הידיעה עלולה לעקר במידה רבה את החריג מתוכנו. התשובה נגזרת מהכלל הבסיסי שלפיו התאמה אוליגופוליסטית מותרת ואינה בלתי חוקית כשלעצמה. על כן אם מי שמתאים את פעולותיו אינו מודע לכך שהוא מתאימן להסדר כובל, אלא סבור שהוא מתאימן לתנאים הקיימים בשוק, אשר יכולים לנבוע מהתאמה אוליגופוליסטית גרדא, הוא לא ייתפס בגדר החריג, שאם לא כן הוא יחשוש תדיר מהתאמה בכל מצב, ונמצאנו מחילים את החריג על הכלל.

בה בעת יש להניח כי אין צורך בהוכחה חד-משמעית של ידיעה סובייקטיבית בפועל. די שהיא תוכח תוך שימוש בראיות עקיפות, שלפיהן לא היה סביר להניח, בנסיבות העניין, כי התנהגותם של הגורמים האחרים בשוק לא נבעה מהסדר כובל בלתי חוקי. נראה כי בהקשר זה תיתכן תחולה לדוקטרינה הנהוגה בפלילים של "עצימת עיניים": קרי במקום שבו בהתחשב בנסיבות היה צריך אותו גוף עסקי לדעת כי קיים הסדר והוא "עצם עיניו" מפני האפשרות כאמור, יראו בו כצד להסדר.

כאמור, הגיונו של הכלל הקבוע בסעיף 6 לחוק נעוץ בעובדה שהתאמה להסדר כובל מחזקת אותו, מגבירה את תמריצי הצדדים להסכים לו מלכתחילה (בהנחה שהם יכלו להעריך מראש כי יתר החברות בשוק יתאימו את התנהגותן להסדר) ומקטינה את תמריצי הצדדים לסטות ממנו. אם כן האם כדי להחיל את החריג יש להוכיח כי ההתאמה לפעולותיו אכן תרמה בפועל לחיזוקו של ההסדר? לדעתנו, התשובה לכך היא שלילית. מלשוננו של הסעיף עולה כי לשם התגבשות יסודותיו אין צורך לבחון את מידת הפגיעה בתחרות בפועל הנובעת מההתאמה, אלא מרגע שהוכחו התאמה להסדר כובל ומודעות של הצד המתאים לקיומו של הסדר כאמור, רואים את מי שמתאים כצד להסדר הכובל. גם כלל זה הגיונו בצדו. אם לא כן, תבקש כל חברה להתחמק מתחולת האיסור בטענה כי התאמתה לבדה לא

351 לדוגמה נוספת ראו ת"פ הפניקס, לעיל הערה 33, בשער חמישי: אישום מס' 4 – ענף ציוד מכני הנדסי (צמ"ה), בפס' 129-130. במקרה זה התאימה חברת הביטוח "אריה" את תנאי חוזהה לאלה של שאר החברות, אף שהייתה היחידה שלא נדרשה לתנאים הרלוונטיים על ידי מבטחי המשנה. בית המשפט אינו מתייחס לתחולתו של ס' 6 לחוק, בין היתר מכיוון שחברת "אריה" לא הועמדה לדין באותו מקרה.

עזרה באופן משמעותי בגיבוש ההסדר, אלא לכל היותר הצטברות ההתנהגויות המתאימות של כמה חברות היא שהובילה לתוצאה כאמור. שנית, מידת הפגיעה בתחרות נבחנת כבר במסגרת הגדרתו של ההסדר הכובל.<sup>352</sup>

מן התנאי הדורש כי ההתאמה תהא להסדר כובל ומן העובדה שתנאי מוקדם לסיווגו של הסדר כהסדר כובל הוא פגיעה לא זניחה בתחרות,<sup>353</sup> עולה שאלה מעניינת: האם תנאי הפגיעה הלא זניחה בתחרות נבחן בלי להביא בחשבון את השפעה על התחרות שנגרמה על ידי החברה שהתאימה את פעולותיה להסדר, או שמא השפעה זו נכללת בהערכת מידת הפגיעה של ההסדר? מחד גיסא, ניתן לטעון כי לשון הסעיף מרמזת על פרשנות המחייבת התגבשות כל יסודותיו של ההסדר הכובל עוד בטרם תיבחן ההתאמה אליו. פרשנות זו מתבססת על העובדה שתנאי לקיומו של החריג הוא קיומו של הסדר כובל, אשר יסוד מיסודותיו הוא פגיעה לא זניחה בתחרות, ועל כן תנאי הפגיעה הלא זניחה בתחרות ייבחן ללא השפעתה של ההתאמה. מאידך גיסא, פרשנות זו אינה עולה בקנה אחד עם תכלית החוק, מכיוון שהיא יוצרת פרצה שדרכה יוכשרו הסדרים שמטרתם ותוצאתם היא פגיעה בתחרות. אם תתקבל הפרשנות האמורה, יוכלו שתי חברות קטנות בעלות השפעה מועטה על תנאי השוק לערוך ביניהן הסדר כובל, ביודעין כי קיימת סבירות גבוהה ששאר החברות בשוק ידעו על קיומו של ההסדר ויתאימו את התנהגותן לו. אם תתקבל פרשנות זו, לא ייכנס מקרה זה לגדרי החריג הקבוע בחוק אף שהוא פוגע בתחרות באופן ממשי ומכוון. על כן יש לדעתנו לקרוא את הסעיף כך שפגיעתו של ההסדר הכובל בתחרות תיבחן תוך התחשבות בכל הצדדים לו, לרבות מי שמתאים את פעולותיו אליו.

דרך המלך לפתרון בעיה זו היא כמובן תיקון הוראות החוק, כך שיקבעו באופן מפורש כי בחינתו של ההסדר בתחרות תיעשה בהתחשב גם בתרומתם לפגיעה של גורמים עסקיים המתאימים במודע את פעולותיהם להסדר, אולם ניתן להגיע לתוצאה זו גם באמצעות פרשנות של התנאי הדורש פגיעה של ההסדר בתחרות כחל גם על פגיעתם הפוטנציאלית בתחרות של הצדדים המתאימים את התנהגותם להסדר, ובלבד שהצדדים להסדר הכובל היו מודעים לסיכוי הגבוה שחברות נוספות יתאימו את פעולותיהן אליו. ראוי להבחין כאן בין מצב שבו הצדדים להסדר מודעים לפוטנציאל ממשי של התאמה, או לקיומה של התאמה בפועל, לבין מצב שבו מודעות כאמור אינה קיימת. רק במצב הראשון יש לקבוע כי מדובר בהסדר כובל. פרשנות זו מתיישבת עם דרישת המודעות ליסודות העברה החלה בדין הפלילי, שלפיה על הנאשם להיות מודע לכל יסודותיה העובדתיים של העברה, לרבות יסוד

352 גל, לעיל הערה 15.

353 גם אם ההסדר נופל בגדר אחת החזקות החלוטות, ניתן להחיל את הגנת זוטי הדברים אם פגיעתו בתחרות היא זניחה.



הפגיעה בתחרות,<sup>354</sup> אולם היא אינה מונעת את היהפכות ההסדר להסדר כובל מרגע שהצדדים לו נעשו מודעים להתאמה של חברות נוספות בשוק לתנאי ההסדר אשר גרמה לפגיעה לא זניחה בתחרות.

מה דינו של מי שמתאים את עצמו להסדר כובל אשר קיבל פטור או אושר כחוק, ולא ביקש להצטרף אל ההסדר? האם יש בחוקיות ההסדר כדי להכשיר גם את הפעולה המתואמת עמו? שאלה זו אינה תאורטית בלבד. למשל נניח כי חברת כרטיסי אשראי תודיע על העלאת עמלות הסליקה הצולבת לשיעור שאישר בית הדין למתחרותיה לגבות. האם התנהגותה ה"חוקינית" של הראשונה עולה כדי הסדר כובל? מחד גיסא, ניתן לטעון כי השפעת התנהגותו של הצד השלישי על התנאים בשוק לא הובאה בהכרח בחשבון בעת מתן האישור, כך שייטכן שההחלטה הייתה משתנה אילו הונח נתון זה לפני בית הדין. יתרה מזו, אם התנהגות כזו תותר ללא כל בקרה, יוכלו צדדים שלישיים להמתין לאישור ההסדר כדי "לרכוב עליו חופשי". על כן גם מקום שההסדר קיבל פטור או אושר, על הצד השלישי לקבל אף הוא פטור או אישור כאמור. פרשנות זו גם עולה בקנה אחד עם לשון החוק, אשר מגדיר הסדר כובל ללא תלות בקבלת פטור או אישור.<sup>355</sup> מאידך גיסא, ניתן לטעון כי בבוא בית הדין או הממונה לאשר או ליתן היתר או פטור מאישורו של הסדר כובל, עליו להביא בחשבון את ההשפעה של ההיתר או של הפטור על התחרות בשוק בכללותה, ובכלל זה על מי שאינם צד להסדר שאושר, בדומה להחלטה במיזוג. בשוק ריכוזי בית הדין יכול להניח בסבירות גבוהה כי מתן ההיתר יעלה את התמריץ לגוף השלישי ליישר קו עם החברות שבהסדר, בייחוד אם ההסדר יוצר תנאים טובים מאלה שהיו מתקיימים במצב של תחרות חופשית. ניתוח זה עלול אמנם להיות מורכב, אך הוא דומה לזה שבית הדין והממונה עורכים בבואם לבחון את חוקיותו של מיזוג. יתרה מזו, איסור התאמה להסדר שאושר עלול לפתוח פתח לניצול אסטרטגי של הליך האישור או הפטור על ידי הצדדים להסדר המקורי, אשר יוכלו לפעול באופן מתואם וחוקי ולמנוע את שאר המתחרים מלהתאים את התנהגותם להסדר עד שיקבלו פטור או אישור, אף אם הצטרפותם להסדר תגדיל את הרווחה החברתית. לא למותר לציין בהקשר זה כי הליכי הפטור או האישור הם פעמים רבות הליכים ארוכים, יקרים ומורכבים ביותר. ניתן ליישב פרשנות זו גם עם מילות החוק, אשר קובע כי מי שהתאים אינו עובר באופן אוטומטי על החוק, אלא רואים אותו כצד להסדר, אשר אושר כאמור כדין.

הבחירה בין שתי הפרשנויות האפשריות אינה קלה, אולם נראה לנו כי הכף נוטה לפרשנות שלפיה התאמה להסדר שקיבל פטור או אישור אינה מפרה את הוראות סעיף 6

354 עניין רמזורים, לעיל הערה 223.

355 ס' 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים. ס' 4 לחוק, האוסר על היות צד להסדר כובל, מתנה את האיסור באי-קבלת פטור, אישור או היתר זמני.

לחוק. עם זאת בית הדין או הממונה משיתים פעמים רבות תנאים נלווים להסכמתם למתן האישור או הפטור. תנאים אלה אינם חלים לכאורה על הצד השלישי, ולפיכך אך הגיוני לדרוש שאם הלה מבקש לחסות תחת הפטור או האישור, עליו לקיים תנאים אלה, בשינויים המתחייבים, ולא – תעלה פעולתו כדי הסדר כובל. כל פרשנות אחרת תעניק יתרון יחסי לצד השלישי על מתחריו. פרשנות זו עולה אף היא בקנה אחד עם לשון החוק, הקובע כי יראו את המתאים כצד להסדר. הצטרפות זו להסדר היא אימוץ תנאי ההסדר לכל דבר ועניין, לרבות לעניין קיומם של התנאים החלים על ההסדר מכוח פסיקתו של בית הדין או הכרעתו של הממונה. פרשנות זו של הסעיף אינה נקייה מבעיות. בחינת השפעתה של ההתאמה על ההסדר הכובל תדרוש השקעת משאבים נוספת מטעם הרשות המאשרת, כמו גם מהצדדים להסדר, והיא כרוכה בחוסר ודאות, אולם נראה לנו כי היא מהווה את הרע במיעוטו.<sup>356</sup>

## ז. סיכום

סעיפים 2(א) ו-2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים אוסרים על עריכת הסדר כובל: סעיף 2(א) מחיל איסור כללי על עריכת הסדר כאמור וסעיף 2(ב) כולל ארבע חזקות חלוטות לפגיעה בתחרות. נוסחם הלקוי של סעיפים אלו, בשילוב עם הסנקציות העונשיות המשמעותיות המושגות על צד להסדר כובל אסור, יצרו בעיות פרשניות קשות אשר הקשו מאוד על השגת מטרת החוק. בפרק זה עמדנו על פרשנותם המצויה של הסעיפים, כמו גם על פרשנותם הראויה, הנתמכת בנימוקים של תכלית להבדיל מקריאה פשטנית של לשון הסעיף. בנוסף, ניתחנו את הצעת חוק אשר מצויה בפני המחוקק, ואשר עתידה לפתור קשיים פרשניים רבים. כן הצענו מודל הסדרתי שונה וכלים פרשניים אשר יפתרו, ולו חלקית, את הבעיות שהצעת החוק אינה פותרת.