



## לבור את המוץ מהתבן - היקף תחולתו של האיסור לערוך הסדר כובל בהתאם לפסיקה האחרונה

מיכל (שיצר) גל\*

בעת האחרונה נתן בית המשפט העליון ארבעה פסקי דין שפירשו את האיסור על עריכת הסדר כובל: שטרן, חניות, אקסטל ולשכת שמאי המקרקעין. מטרתו של מאמר זה היא לנתח את ההלכות והמגמות העולות מארבעת פסקי הדין ואת השלכותיהן על הדין הישראלי. כפי שיפורט, הפסיקה האחרונה כוללת כמה הלכות שאינן עולות בקנה אחד עם מטרת קידום תחרות. אולם בצדן עולות מפסקי הדין האחרונים מגמות חשובות שעשויות לשמש כבסיס רצוי לפיתוח הפסיקה בשנים פורמטיביות אלו של דיני ההגבלים העסקיים. המאמר מתמקד, בין היתר, בנייתו הגנת זוטי הדברים ובמבחן התכלית כבסיס לפרשנות החוק.

א. מבוא. ב. המסגרת המשפטית. ג. ע"א 10638/02 שטרן נ' יקבי רמת הגולן.  
ד. ע"א 3700/98 א.מ. חניות (ירושלים) 1993 בע"מ נ' עיריית ירושלים. ה.  
רע"א 6233/02 אקסטל בע"מ נ' קלמא. ו. עע"מ 6464/03 לשכת שמאי  
המקרקעין בישראל. ז. כמה מילות סיכום.

### א. מבוא

מטרתם של דיני ההגבלים העסקיים היא למנוע יצירת מכשלות מלאכותיות לתחרות בשוק. הם עושים זאת, בין היתר, על ידי הטלת איסור על עריכת הסדר עסקי הכובל את התחרות ללא יתרונות חברתיים מאזנים. בעת האחרונה ניתנו על ידי בית המשפט העליון ארבעה

\* מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה; Academic Fellow, NYU Center for Law and Business.

המחברת מבקשת להודות למנחם פרלמן, דרור שטרום, מיכל הלפרין, עדי איל ואמיר ישראלי על הערותיהם המועילות. תודה שלוחה גם לענבל פיביש בעבור עבודת מחקר מועילה. המאמר מבוסס, בחלקו, על הרצאה של המחברת בכנס השנתי של לשכת עורכי הדין, 2004.



פסקי דין שפירשו איסור זה: שטרן, חניות, אקסטל ולשכת שמאי המקרקעין. מטרתו של מאמר זה היא לנתח את ההלכות והמגמות העולות מארבעת פסקי הדין ואת השלכותיהן על הדין הישראלי. בין היתר, אגע בשאלות, האם פרשנותו של בית המשפט העליון מתחייבת מלשון החוק; האם ההלכות עולות בקנה אחד עם מטרותיהם של דיני ההגבלים העסקיים; מהי המגמה העולה מפסקי דין אלו וכיצד ניתן ליישב בין הדין המצוי לבין הדין הרצוי. כפי שיפורט, הפסיקה האחרונה כוללת כמה מגמות חשובות שעשויות לשמש כבסיס לפיתוח הפסיקה בשנים פורמטיביות אלו של דיני ההגבלים העסקיים.

## ב. המסגרת המשפטית

לפני שאגש לבית הדין השלכותיהם של פסקי הדין האחרונים, אציג בכמה קווים כלליים את הבעיה שעמה נדרש בית המשפט העליון להתמודד במסגרת ארבע החלטותיו. מקור הבעיה היא בשילובם של ארבעה גורמים עיקריים: (א) לשונו של חוק ההגבלים העסקיים;<sup>1</sup> (ב) מבנה החוק; (ג) נפקויות אי-העמידה בלשון החוק; (ד) השימוש שניתן לעשות בעילה ההגבלית. סעיף 2 לחוק מגדיר הסדר כובל כדלקמן:

1) הסדר כובל הוא הסדר הנעשה 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.

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

(1) המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם;

(2) הרווח שיופק;

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

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

לשונו של סעיף 2 רחבה ביותר ותופסת בגדרה כמעט כל הסדר בין בני אדם המנהלים עסקים. כמאמרו של השופט חשין: "תחום פרישתם של איסורי החוק – תחום פרישה רחב הוא ביותר, ויש ממש בביקורת המוטחת בחוק – שמא נאמר בביקורת המוטחת במבנה החוק – ולפיה נלכדים במצודה מערכים שלא היה ראוי להם כי יילכדו בה".<sup>2</sup> נוסף על כך, סעיף 2(ב) מקים חוקה כי הסדרים הבאים בגדרו פוגעים בתחרות. בדיון נוסף טבעול נפסק,

1. תשמ"ח-1988 (להלן: חוק ההגבלים, או: החוק).

2. דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56 (להלן: דנ"א טבעול), בעמ' 90. השופט עדיאל עמד על הבעייתיות הגלומה בחוק, וקבע: "הותרת הסכמים מסוגו של ההסכם שלפנינו [תניית אי-תחרות בין חברה לממכר גדל"ן לבין סוכניה – מ"ג], שעשייתם היא נוהג עסקי רווח ומקובל, ופעמים רבות אף רצוי, בגדרו של סעיף קשית זה, שאיננו מאפשר להוציאם מגדרה של הגדרת ההסדר הכובל אפילו יוכח שאין בהם כדי לפגוע בתחרות, מחטיאה את כוונת המחוקק והיא תביא לתוצאה קשה אשר תהפוך ציבור גדול לעבריינים



בהרכב מורחב של בית המשפט העליון, כי החזקות הקבועות בסעיף 2(ב) חלוטות המה.<sup>3</sup> דהיינו, מקום בו יש כבילה הנכללת בגדר אחד מסוגי הכבילה המנויים בסעיף, אין אפשרות להוכיח כי לא הייתה כל פגיעה בתחרות וכך להיחלץ מהגדרת ההסדר הכובל. תחומי פרישתן של חזקות אלו פורשו, הן על ידי הממונה והן על ידי בתי המשפט השונים, בצורה רחבה ביותר.<sup>4</sup>

הגורם השני עניינו מבנה החוק. האיסור של 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. סעיף 4 לחוק אוסר על אדם להיות צד להסדר כובל שלא קיבל פטור או אישור כאמור. 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, עשוי להיכנס בגדר האיסור אם לא נתבקש והתקבל פטור או אישור.

כמו כן, נפקות היות אדם צד להסדר כובל הנה משמעותית. ראשית, אי-קיום הוראות החוק מקים עבירה פלילית שדינה, ברגיל, מאסר שלוש שנים או קנס (סעיף 47 לחוק), וכאשר היא מתבצעת בנסיבות מחמירות, מאסר חמש שנים או קנס (סעיף 47א לחוק). שנית, המעשה מקים למי שניזוק מההסדר הכובל עילת תביעה בנוזיקין (סעיף 50 לחוק). שלישית, 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>5</sup> וצפויה לעונשים הקבועים בו.<sup>6</sup> רביעית, המתקשרים צפויים להכרות ההסדר – כולו או חלקו – כבטל בשל אי-חוקיותו.

הגורם האחרון עניינו השימוש 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 הנו בלתי חוקי, ולכן הנו בטל בהתאם להוראות סעיף 30 לחוק החוזים.<sup>7</sup> מקום שבו רשויות האכיפה אוכפות את החוק, לרוב החלתו מוגבלת למקרים שיש בהם פגיעה משמעותית בתחרות, בשל בחירה סלקטיבית של

שלא מדעת, בלא שטובת הציבור בכלל, והשמירה על התחרות בפרט, תצא נשכרת כהוא זה". ה"ע (י-ם) 2/97 עמית מזרחי נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (לא פורסם; ניתן ביום 22.6.1999) (להלן: ה"ע עמית מזרחי).

3. דנ"א טבעול (לעיל, הערה 2), בעמ' 96.

4. ראו, לדוגמה, החלטת הממונה בעניין חברת ישראלכר בע"מ – קביעה לפי סעיף 43 לחוק ההגבלים העסקיים – הסדר כובל בהסדר ספק, ההגבלים העסקיים (כרך ב, ועד מחוז תל-אביב-יפו של לשכת עורכי-הדין בישראל, תשנ"ו), 56 (הגדרת "מחיר" בצורה מרחיבה).

5. תשכ"ח-1968, סעיף 36.

6. ת"פ (י-ם) 1274/00 מדינת ישראל נ' ישראל מנדלסון, אספקה טכנית והנדסית (החלטת ביניים, טרם פורסם; ניתן ביום 23.4.2002).

7. (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118.



תיקי החקירה והאישום. אולם מקום שבו עסקינן בתביעה אזרחית בין צדדים לחוזה, שיקולים כלל מערכתיים אינם מובאים בחשבון על ידם, ופעמים רבות הם משתמשים בטענות הגבליות בסכסוכים חוזיים על מנת להתחמק מקיום התחייבויותיהם החוזיות, גם כאשר אין פגיעה בתחרות. בעקבות כך, בית המשפט העליון, שפסיקותיו בתחום ההגבלים העסקיים היו עד עתה מעטות ביותר, "הוצף" בעת האחרונה בטענות הגבליות של סכסוכים חוזיים בעיקרם. שילובם של ארבעת הגורמים האלה גרם לחוסר איזון בין השמירה על התחרות לבין ערכים אחרים. בעייתיות זו היא העומדת בבסיס החלטותיו של בית המשפט העליון, ועמה פסקי הדין החדשים מנסים להתמודד. כפי שיפורט להלן, שלושה מתוך ארבעת הסכסוכים שעמדו להכרעתו של בית המשפט היו סכסוכים אזרחיים שבהם ביקש אחד הצדדים להשתחרר מחוזה שחתם, ופסק הדין הרביעי עניינו ניסיון להביא לביטול תוצאותיו של מכרו שלפי הטענה יצר הסדרים כובלים. ארבעת ההסדרים הנידונים הנם הסדרים אנכיים, דהיינו בין חוליות שונות בשרשרת הייצור והשיווק של מוצרים או שירותים. ארבע ההחלטות מקדמות את הצדק במקרים הנידונים. אולם, כפי שיפורט להלן, חלק מההלכות העולות מהן עשויות לפגוע במקרים עתידיים באותם ערכים שעליהם החוק בא להגן, ובראשם ערך התחרות החופשית. בה בעת, הפסיקה החדשה משתמשת בכמה כלי פרשנות שעשויים להוות בסיס איתן לפרשנות מאוזנת וקוהרנטית בשנים הבאות. ראש וראשון הוא השימוש בפרשנות תכליתית על מנת לקבוע את גבולותיהן של החוקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב), כך שהחוקות יחולו רק במקרים שפגיעתו המסתברת בתחרות של סוג ההסדר הנידון היא גבוהה.

### ג. ע"א 10638/02 שטרן נ' יקבי רמת הגולן<sup>8</sup>

פסק הדין בעניין שטרן, שניתן במארכס 2003 בבית המשפט העליון מפי השופטים מצא, ריבלין וגרוניס, משתרע על פני פחות משני עמודים, אולם חשיבותו בתחום ההגבלים העסקיים רבה. שטרן הוא יינן מומחה שסיפק שירותי ייעוץ ליקבי רמת הגולן. במסגרת הסכם הייעוץ, התחייב שטרן שלא לספק שירותי ייעוץ לחברה ישראלית אחרת במשך תקופת ההסכם ושנתיים לאחר סיומו. בניגוד לתניה זו, התקשר שטרן לאחר סיום תקופת ההסכם עם כרמל מזרחי, מתחרה של יקבי רמת הגולן, בהסכם למתן שירותי ייעוץ. חברת יקבי רמת הגולן הגישה תביעה לאכיפת החוזה. שטרן ניסה להשתחרר מהתחייבותו החוזית בטענה כי התניה בדבר הגבלת עיסוק היא הסדר כובל על פי סעיפים 2(א) ו-2(ב)(3) לחוק ההגבלים העסקיים, כי תניה זו לא קיבלה פטור מהממונה או אישור מבית הדין, ולפיכך היא

8. ע"א 10638/02 שטרן נ' יקבי רמת הגולן בע"מ (טרם פורסם; ניתן ביום 2.3.2003). (להלן: ע"א שטרן). פסק הדין הנו קצר ביותר. על מנת להבין את הרקע לערעור יש לקרוא את פסק דינו של בית המשפט המחוזי, ת"א (ת"א) 2011/02 יקבי רמת הגולן בע"מ נ' שטרן (טרם פורסם; ניתן ביום 14.10.2002). לפרשנות דומה ראו גם ת"א (ת"א) 1160/03 שיקובטה סירו נ' לב אשדוד בע"מ (טרם פורסם; ניתן ביום 17.3.2003). שני פסקי הדין של בית המשפט המחוזי ניתנו על ידי השופט זפט. כשנתיים קודם נתינתם, קבע השופט זפט קביעה הפוכה, בדחתו את הטענה כי הסדר אנכי אינו מהווה הסדר כובל במקום שבו לא הגבילה הכבילה את הצד הנכבל. ראו ת"א 1724/01 סופר פארם (ישראל) בע"מ נ' חברת קניון אדומים בע"מ (טרם פורסם; 24.5.2001).



בלתי חוקית ובלתי תקפה. טענה זו נדחתה הן בבית המשפט המחוזי והן בבית המשפט העליון.

הנימוק שעליו התבסס פסק דינו של בית המשפט המחוזי, דבק בלשונו של הסיפא לסעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים, הקובעת כי הסדר כובל מתקיים במקום שהסדר עלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים "בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר". עד פסק דין שטרן פורשה סיפא זו על ידי בתי המשפט השונים כמחייבת פגיעה בתחרות בין צדדים כלשהם.<sup>9</sup> בפסק דין שטרן פורשה סיפא זו באופן דווקני, הדורש כי הפגיעה תהיה בשוק שבו הגורם המוגבל פועל. במקרה דנן, קבע בית המשפט כי היסוד המנוי בסיפא לא התקיים, כיוון שהפגיעה התחרותית לא תהא בשוק שבו הגורם המוגבל (שטרן) פועל. בית המשפט מצא שאין 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. בדומה לכך, אין בהגבלה כדי למנוע או להפחית את התחרות בין שטרן לבין "אדם שאינו צד להסדר", קרי כרמל מזרחי.<sup>10</sup> הפגיעה האפשרית בתחרות, בין יקבי רמת הגולן לבין כרמל מזרחי, איננה חלה בשוק של הצד המוגבל ועל כן, בהתאם לפרשנות זו, אין היא נתפסת בגדרו של החוק. בית המשפט העליון דחה את הערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי. אמנם פסק הדין אינו מנתח את יסודותיו של סעיף 2, אולם בית המשפט מעגן את דחיית הערעור, בין היתר, בטעם כי "בהתחשב באופי עיסוקו של המערער 1 [דהיינו שטרן - מ"ג], שאיננו יצרן יין אלא מומחה ייעוץ לייצורו, אין בקביעתה של התניה המגבילה משום יצירתו של הגבל עסקי".<sup>11</sup>

9. הפרשנות שנתקבלה בע"א שטרן נדחתה במפורש על ידי בית הדין להגבלים עסקיים בה"ע (י-ם) 469/98 דלק - חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (לא פורסם; ניתן ביום 25.3.2001) (להלן: ה"ע דלק), בפסקה 62; ראו גם החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין שוק הבישמים הסלקטיביים (לא פורסם; 11.2.1999). קיימות החלטות מספר של בית המשפט העליון המחילות את החוק על הסדרים אנכיים שבהם אין פגיעה בתחרות בשוק של הצד המוגבל, אולם אלו מתבססות על החוק בנוסחו הקודם, בטרם הוספה הסיפא של סעיף 2(א). ראו, למשל, ע"א 1432/90 לה ז'באנז - באגט תעשיות לחם בע"מ נ' רם און (לא פורסם; ניתן ביום 3.5.1994), בפסקה 8. בית המשפט העליון דן בכמה מקרים שבהם הועלו טענות של הסדר כובל אנכי בהתאם לחוק ההגבלים העסקיים בנוסחו החדש, אולם הטענה, שאין מדובר בהסדר כובל כיוון שמדובר בהסדר אנכי, לא נידונה. ראו, למשל, בג"ץ 326/96 כספי נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פ"ד נ(5) 133.

10. ניתן לצמצם את רוחבה של הלכה זו בטענה כי הצד הנכבד מצמצם, אמנם בדרך עקיפה, גם את התחרות בינו לבין מתחריו. כך, למשל, בהחילו על עצמו את ההגבלה שלא לייצא ליצרניות יין ישראליות אחרות, הגביל שטרן את התחרות בינו לבין ייבנים אחרים בשוק הייעוץ ליצרניות האמורות. ראו דיויד גילה, "כבילה הפוגעת בתחרות בין הצד הנהנה ממנה למתחריו", עיוני משפט (עתיד להתפרסם, 2004).

11. ע"א שטרן (לעיל, הערה 8), בפסקה 1 לפסק הדין. לחלופין, ניתן לפרש את פסק דינו של בית



פרשנות זו מעוגנת בלשון הסעיף. זאת ועוד: תוצאתו של פסק הדין במקרה הספציפי הן מבחינת השמירה על התחרות והן מבחינת ההגנה על עקרון תום הלב בקיום חוזים הנה, לטעמי, תוצאה ראויה. כמאמרו של בית המשפט העליון:

ענייננו, לאמיתו של דבר, איננו אלא במי שנטל על עצמו התחייבות חוזית מפורשת ... ועתה מבקש הוא להשתחרר מהתחייבותו. טיעונו המפורטים של בא"כוחו ... לא שכנעונו שאילו צי הדין הקבוע בחוק ההגבלים העסקיים כופים עלינו לאפשר למי שנטל על עצמו את ההתחייבות החוזית האמורה, לחמוק מקיום התחייבותו.<sup>12</sup>

אולם ההלכה המשתמעת מפסק הדין הנה בעייתית ביותר. כאמור לעיל, החלטתו של בית המשפט העליון מנוגדת לפסיקה קודמת של בתי המשפט השונים שפירשה את הסיפא כמחייבת פגיעה בתחרות בין צדדים כלשהם.

יתרה מזאת, קשה ליישב פרשנות זו עם הוראות אחרות של חוק ההגבלים, הפוטרות במפורש הסדרים אנכיים מסוגים מסוימים מתחולת החוק. סעיף 3 לחוק כולל רשימה של פטורים סטטוטוריים שלא ייחשבו כהסדרים כובלים אף על פי שהם ממלאים את יסודותיו של סעיף 2. סעיף 3(6) פוטר מתחולת החוק הסדרי בלעדיות הדדית בין רוכש נכס או שירות לבין ספק. הסדרים אלו אינם פוגעים בתחרות בין הצדדים להסדר, כיוון שאילו אינם מתחרים זה בזה, כדרישתו המפורשת של הסעיף, כי "הספק ורוכש, שניהם, אינם עוסקים בייצור אותם נכסים או במתן אותם שירותים".<sup>13</sup> ההסדרים שסעיף זה פוטר גם אינם מגבילים את התחרות בין הצד שנטל על עצמו הגבלה לבין צדדים שלישיים המתחרים עמו, כיוון שהגבלת הבלעדיות שכל צד נוטל על עצמו מגבילה את התחרות בין הצד האחר להסדר לבין המתחרים עמו. על כן פרשנותו של בית המשפט העליון לסיפא של סעיף 2 מייטרת את הצורך בהוראת סעיף 3(6) לחוק ויוצרת סתירה פנימית בין הוראותיו. אמנם הסיפא לסעיף 2(א) הוספה כשנתקבל הנוסח החדש של החוק, בשנת 1988, בעוד הוראה דומה לסעיף 3(6)

המשפט העליון קבוע כי היסוד שלא התקיים הוא היסוד של "בני אדם המנהלים עסקים", שכן מדובר במערכת יחסי עובד-מעביד. פרשנות זו מוצאת חיזוק בעובדה שבית המשפט מדגיש כי מטרת הכבילה הייתה להגן על סודותיה המסחריים של יקבי רמת הגולן (שם, בעמ' 2). הבעייתיות בפרשנות זו היא כי הכבילה נחתמה לפני תחילת יחסי העבודה וחלה מחוץ למסגרת יחסים אלו. על כן גם אם עובד ומעביד אינם "מנהלים עסקים", הרי לא כך הדבר בטרם החתימה על החוזה, עם תום תקופת חוזה ההעסקה או בכל הנוגע לעיסוקו של העובד החורג מתחולת יחסי העובד-מעביד שהחווה הספציפי יוצר. יתרה מזאת: פרשנות מעין זו סותרת את ההלכה שנקבעה בדנ"א טבעול, שבה נדחתה הטענה כי תניית אי-תחרות החלה עם פירוק שותפות איננה מקיימת את התנאי של "בני אדם המנהלים עסקים". דנ"א טבעול (לעיל, הערה 2), בעמ' 92.

12. ע"א שטרן (לעיל, הערה 8), בפסקה 2 לפסק הדין.

13. לתחולת הפטור על הסדרי בלעדיות אנכית דו-כיוונית ראו, למשל, רע"א 6233/02 אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשייה, שיווק אלומיניום זכוכית ופרזול בע"מ (טרם פורסם; ניתן ביום 4.2.2004) (להלן: רע"א אקסטל), בפסקה 18 לפסק דינה של השופטת נאור.



הייתה קיימת בחוק בנוסח הקודם. אולם חוקה על המחוקק כי משהשאיר את הפטור עומד בעינו, לא התכוון ליצור סתירה בהוראותיו. בהוסיפו את הסיפא לסעיף 2(א) הייתה מטרת המחוקק להבהיר כי מישורי הפגיעה בתחרות רחבים הם ולא לצמצמם. גם מההיסטוריה החקיקתית של הסיפא של סעיף 2(א) לא עולה כי מטרת המחוקק הייתה לצמצם את הגדרת ההסדר הכובל בהתאם למישורי הפגיעה בתחרות.<sup>14</sup>

אך העיקר, לטעמי, הוא בכך שפרשנות זו מנוגדת לתכלית החוק, כיוון שהיא מוציאה מגדרו הסדרים אנכיים רבים העלולים לפגוע בתחרות. כך, למשל, היא פוטרת תניות אי-תחרות או תניות בלעדיות בין יצרן למפיץ או בין ספק ליצרן באופן קטגורי, ללא בדיקת השפעתן על התחרות בשווקים שבהם אין הגורם המוגבל פועל. מפאת חשיבות העניין ראוי להוסיף על כך מילים מספר. נהוג להבחין בין שני סוגים של הסדרים כובלים: הסדרים אופקיים, הנעשים בין מתחרים, והסדרים אנכיים, הנעשים בין גופים עסקיים הפועלים בחוליות שונות של שרשרת הייצור והשיווק של מוצר או שירות מסוים. קרטל בין חברות המייצרות מרצפות מהווה דוגמה להסדר מהסוג האופקי. הסדר בין יצרן שולחנות לבין בעל חנות רהיטים מהווה דוגמה להסדר מהסוג האנכי. הסדר כובל אופקי יענה תמיד על התנאי הקבוע בסיפא לסעיף 2(א) לחוק, כיוון שהוא מגביל את התחרות "בין הצדדים להסכם" (דוגמת הסדר הקובע מחירים אחידים או מחלק את השוק) או מגביל את התחרות "בינם לבין צדדים שלישיים להסכם" (דוגמת הסדר הקובע חרם על מתחרה). אולם הסדרים אנכיים רבים לא ייאסרו לאור הלכת שטרן, שכן הסדר אנכי, מעצם טבעו והגדרתו, מתקיים בין צדדים שאינם מתחרים זה בזה.<sup>15</sup> תוצאה זו בעייתית. אף על פי שהסדרים אנכיים רבים פגיעתם בתחרות מועטה, עדיין ייתכנו נסיבות רבות שבהן הפגיעה בתחרות תהיה משמעותית.<sup>16</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 ידה. הסדרים אלו, שהנם הסדרים כובלים אנכיים, פגעו בתחרות בשוק הדלק כי הם חסמו

14. ה"ע דלק (לעיל, הערה 9), בפסקה 62; דברי הכנסת, ישיבה 404, כנסת 11, 26.7.1988; הצעת חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ד-1983, ה"ח 1647, 7.11.1983.

15. לא תמיד יהיו הסדרים אנכיים פטורים מתחולת החוק, גם לפי הפרשנות הדווקנית של הסיפא לסעיף 2(א). ראו, למשל, ת"פ (י-ם) 1142/01 מדינת ישראל נ' שולשטיין (טרם פורסם; ניתן ביום 14.1.2002) (להלן: ת"פ טמבור), שבו הורשעו חברת טמבור ומנכ"לה בביצוע 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 הסיפא של סעיף 2, שכן הצד המוגבל הוא רשתות השיווק וההגבלה מצמצמת את התחרות ביניהן לבין מתחריהן.

16. ראו, למשל: Jonathan 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 ברע"א אקסטל (לעיל, הערה 13), בפסקה 15. ראו גם גילה (לעיל, הערה 10).



כניסה משמעותית לענף של חברות חדשות.<sup>17</sup> בשל כך אין זה דין ראוי להכשיר באופן קטגורי הסדרים אנכיים ללא בדיקה עניינית של השפעתם על תנאי התחרות בכל השווקים שהם משפיעים עליהם. כמאמרו של השופט עדיאל בפסק דין דלק:<sup>18</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.

האם הלכת שטרן היא עדיין הדין המצוי במדינת ישראל? על כך ארחיב בהמשך.

#### ד. ע"א 3700/98 א.מ. הניות (ירושלים) 1993 בע"מ נ' עיריית ירושלים<sup>19</sup>

דוגמה נוספת לפרשנות חוק ההגבלים העסקיים שעלולה לפגוע בתחרות הנו פסק דינו של כבוד השופט ריבלין בבית המשפט העליון בעניין הניות. שם ביקשה המערערת, העוסקת בהנהלת חניונים, להשתחרר מחוזה שחתמה עם עיריית ירושלים בדבר הפעלת חניון בית העירייה, לאחר שהתברר לה כי החוזה אינו רווחי בעבורה. המערערת טענה כי ההסדר שנחתם מהווה הסדר כובל האסור בהתאם להוראות חוק ההגבלים העסקיים, כיוון שלא קיבל פטור או אישור, ועל כן יש לבטלו. טענותיה של המערערת נסמכו על הגבלות שהטילה עליה עיריית ירושלים לגבי המחיר שתוכל לגבות כדמי חניה ולגבי מספר המנויים. לטענת המערערת, הגבלות אלו על מחיר ועל כמות נכללות בגדרו של סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, המקים חזקה חלוטה לפגיעה בתחרות. המערערת הסתמכה על פסק דין טבעול,<sup>20</sup> שניתן זמן קצר קודם לכן בהרכב מורחב של בית המשפט העליון וקבע, כאמור לעיל, כי החוקות המנויות בסעיף 2(ב) הנן חוקות חלוטות לעניין הפגיעה בתחרות. בית המשפט העליון דחה את טענותיה של המערערת.

17. החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין הסדר כובל בהסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעלי תחנות תדלוק, ההגבלים העסקיים (כרך א, ועד מחוז תל-אביב-יפו של לשכת עורכי-הדין בישראל, 1994), 19; ה"ע דלק (לעיל, הערה 9), בפסקאות 114-156. האיזון בין יתרונותיהם של חוים אלו ביצירת תמריצים להשקעות לטווח ארוך לבין פגיעתם בתחרות נמצא בהגבלת תקופת ההתקשרות. שם, בפסקה 156.

18. שם, בפסקה 62.

19. ע"א 3700/98 א.מ. הניות (ירושלים) 1993 בע"מ נ' עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 590 (להלן: ע"א הניות).

20. דנ"א טבעול (לעיל, הערה 2).





ניתן לטעון כי תוצאתו של פסק הדין היא תוצאה ראויה, הן מבחינת הגשמת תכלית דיני ההגבלים העסקיים במקרה הספציפי והן מבחינת ההגנה על עקרון תום הלב בחוזים.<sup>21</sup> התניות המבוקשות נועדו לקדם מטרת חברתיות של העירייה, להבטיח כי תיוותר חניה לציבור הרחב, וכי העובדים בה לא ייאלצו לשלם דמי מנוי גבוהים בעבור חניה. על פני הדברים, מעובדות פסק הדין אין עולה כי הסכם זה פגע באופן משמעותי בתחרות על שירותי חניונים או על שירותי עיריות, אף על פי שהוכחת יסוד זה הייתה מחייבת הגדרת שוק וניתוחו. זאת ועוד: גם אם היה מוכח כי ההסדר פוגע בתחרות, סביר להניח כי לו נתבקש אישורו של בית הדין להסדר זה, היה אישור זה ניתן. על כן, ביטולו של ההסכם לא נדרש על מנת לשמור על התחרות. מניעת השתחררות המערערת מחיוביה החוזיים בטענות של הגבלים עסקיים גם מקדמת את עקרון תום הלב בקיום חיובים חוזיים. אולם תוצאה זו עמדה, לפחות לכאורה, בסתירה להלכה המפורשת של טבעול. בית המשפט העליון מצא עצמו עומד בפני דילמה קשה, שכן מדובר היה ללא ספק בניצול של הוראות חוק ההגבלים, במטרה להתחמק מביצוע הסכם.

השופט ריבלין עומד על הבעייתיות שיוצרת לשונו הרחבה של חוק ההגבלים העסקיים. הוא מדגיש כי הלשון הרחבה שחוק ההגבלים העסקיים נוקט וההגדרות המצויות בו עשויות ללכוד ברשת מקרים 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>22</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>23</sup> כפי שיפורט להלן, פרשנות תכליתית של חוק ההגבלים העסקיים הנה צעד חשוב ליצירת הלכה מאוזנת. פרשנות זו מקבלת משנה תוקף לאור לשונו הרחבה של סעיף 2 לחוק ההגבלים ונפקויות היות אדם צד להסדר כובל, כמפורט לעיל. תנאי מקדים לפרשנות תכליתית הוא כי היא תשרת את תכלית החוק, כאשר מתחשבים בכל השיקולים המתחרים על הבכורה, דוגמת פגיעה בתחרות, הרתעה וודאות משפטית.

אולם הנימוק המשמש את השופט ריבלין ל"החרגת" המקרה דנן הוא בעייתי ביותר. השופט ריבלין קבע כי החוזה אינו הסדר כובל כלל, בין היתר כיוון שעניינו הענקת זכות במקרקעין שבעליהם אינו מחויב כלל לתתה, ואם הוא נותן את הזכות בכפוף לתנאים, אין הוא נוטל דבר ממקבל הזכות שהיה בידי של הלה קודם לכן, ואין הוא מגביל את חופש העיסוק של מקבל הזכות אלא מעניק לו זכות חדשה. בלשונו של השופט ריבלין:

עניינו אינו בא מלכתחילה בגדר הוראה זו [סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים – מ"ג] ... המשיבה, שבבעלותה חניון כיכר ספרא, היתה

21. ראו מיכל גל, "לאמץ את זוטי הדברים גם בדיני ההגבלים", עורך הדין 45 (2004) 54.

22. ע"א חניות (לעיל, הערה 19), בעמ' 598 (השופט ריבלין).

23. שם, שם.



בת־חורין שלא להעניק לאחרים זכות שימוש בנכס שהושכר כבחניון. היא היתה רשאית להפעילו בעצמה. משהחליטה להעניק לאחרים את הזכות להפעיל את החניון, ועשתה כך, בכפוף להגבלות מסוימות שתכליתן עולה בקנה אחד עם הצורך להבטיח את רווחת הציבור, אין לבוא עמה חשבון. מאליו יובן כי לו הותירה המשיבה בידיה את "המושכות" והחליטה ליטול על עצמה את ההגבלות האמורות, לא היתה שאלת קיומו של "הסדר כובל" מתעוררת כלל ... ואף עתה, משבחרה להטיל את המגבלות האמורות על השימוש באותו נכס עצמו, בדרך עקיפין, אין בבחירתה משום התנהגות המנוגדת לתכלית שעליה בא החוק להגן. אין זה מקרה הבא בגדר הוראות סעיף 2.<sup>24</sup>

הנמקה זו, המקישה מזכותה של העירייה להפעיל בעצמה את החניון על זכותה להטיל מגבלות מכל סוג שהוא על צדדים שלישיים שהתקשרה עמם להפעלת החניון, הנה בעייתית ביותר, שכן אין היא עולה בקנה אחד עם תכליתם של דיני ההגבלים העסקיים. אמנם חוק ההגבלים מעניק חופש פעולה נרחב יחסית לפעולתו ה"פנימית" של תאגיד עסקי, אולם זה החריג ולא הכלל. 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. בנוסף, 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 עם נותן הזכות. על כן הנמקתו של השופט ריבלין, 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 מוגבל, כמו גם של צדדים שלישיים, בעניין נשוא הכבילה. נוסף על כך, אם מפרשים את הלכתו של השופט ריבלין כחלה רק על הגבלה על מקרקעין, הרי כפי שמפרט ד"ר גילה, מקרקעין הם ככל תשומה אחרת בפעילות עסקית, ועל כן אין מקום ליתן להם הגנה מיוחדת.<sup>25</sup> יתרה מזאת, הנמקה זו נדחתה במפורש על ידי המחוקק הישראלי עוד בשנות השבעים, בדיונים על תיקון החוק בעקבות פסק הדין בעניין שמעוני נ' אולמי לחיים,<sup>26</sup> שם עלה לראשונה הנימוק המקרקעיני-קנייני לפטור מתחולת החוק. המחוקק הישראלי דחה את ההנמקה שבה השופט ריבלין תומך, ובחר במקום זאת להחיל פטור מותנה וצר במקרים של

24. שם, בעמ' 599-600 (השופט ריבלין).

25. ראו דיויד גילה, "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות

אד-הוק?", עיוני משפט כז (תשס"ד) 751, בעמ' 770-771.

26. ע"א 626/70 שמעוני נ' אולמי לחיים בע"מ, פ"ד כה(1) 824.



הסדר בלעדיות בין רוכש זכות במקרקעין לבין נותן זכות זו לגבי סוג הנכסים או השירותים שיפעלו במקרקעין.<sup>27</sup> שינוי החוק לאחר הלכת שמעוני מאוזכר בפסק דינו של השופט ריבלין. הוא מתמודד עם שינוי זה בקבעו כי "הוראה זו [סעיף 3(3) לחוק ההגבלים – מ"ג], על-פי לשונה, מוציאה מגדר הוראות החוק רק מקצת המקרים שהגיון החרגתם דומה. אך הגיון הדברים יפה גם לענייננו".<sup>28</sup> אולם אילו רצה המחוקק לאמץ את כלל שמעוני, היה עושה זאת במפורש, ולא היה בוחר לצמצמו דווקא רק ל"סוג הנכסים או השירותים" שיפעלו במקרקעין. זאת ועוד: "הגיונה" של הוראת סעיף 3(3) לחוק ההגבלים עסקיים שונה מזה של הלכת שמעוני. הלכת שמעוני עניינה חופש התקשרות של בעל הזכות בכל עניין עסקי הנוגע במקרקעין. לעומת זאת, סעיף 3(3) מאפשר לבעל מקרקעין להגביל את עיסוקו של רוכש הזכות במקרקעין ל"סוג נכסים או שירותים מסוים", על מנת שבעל המקרקעין יוכל לאפשר שימוש בהם לאחר בלא חשש כי המתקשר עמו יעסוק בהם בעיסוק הנוגד את רצונו או את אמונתו. כך, למשל, החוק מתיר לבעל מקרקעין לאסור פתיחת אטלזי לא כשר במקרקעין, בלא שהגבלה זו תהא אסורה בהתאם לסעיף 2(א) לחוק או לסעיף 2(ב)(4), הקובע חוקה חלוטה לקיומו של הסדר כובל במקום שבו הכבילה נוגעת ב"כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם".

הפטור הקבוע בסעיף 3(3) גם מאפשר לבעל המקרקעין להקים עסק במקרקעין ולהשכיר חלק אחר מהם, בלא לחשוש מבעיית "הרוכב החופשי" של שוכר כאמור. בעיית "הרוכב החופשי" מתעוררת כאשר ההשקעה של עסק זה או אחר בייצור או בשיווק מוצר מסוים איננה מגולמת במוצר הנמכר עצמו, ולכן עסק אחר עשוי לקטוף חלק מפירות השקעתו של מתחרהו. כך, למשל, במקום שמתחרה אחד משקיע בהכשרת אנשי מכירות מיומנים, הצרכן עשוי ללמוד את הדרוש לו על המוצרים שהוא מעוניין לרכוש ממתחרה זה, אך לרכוש את המוצר ממתחרה אחר שיכול לדרוש מחיר נמוך יותר מאחר שעלויותיו אינן כוללות העסקת אנשי מכירות כאמור. אם כן, בעל מקרקעין שלא יוכל להגביל את סוג העיסוק של שוכריו לא יוכל להיות בטוח שפירות השקעתו בעסקו שלו במקרקעין לא ייפגעו, ועל כן התמריץ שלו להשכיר חלק מהם יקטן ויפגע ברווחה הכללית. את הבעייתיות הזאת הפטור הקבוע בסעיף 3(3) בא לפתור. מכאן, שאין להקיש מהגיונה של הוראת סעיף 3(3) על אישור גורף לכל הסדר של בעל מקרקעין הנוגע במתן זכות שימוש במקרקעין. על כן, משאמר המחוקק את דברו וצמצם את הלכת שמעוני, שוב אין מקום להחיותה בפסיקה.

החלטתו המורכבת והבעייתית של בית המשפט נבעה מהרצון שלא יצא חוטא נשכר – שצד המפר חווה 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 מקרקעינית-קניינית. למעשה, הוביל רוחב תחולתו של סעיף 2 לחוק את בית המשפט לבצע "פרשנות מטרה" המבקשת להצדיק תוצאה סופית תוך שימוש בלוליינות משפטית המצמצמת באופן משמעותי את ההגנה על התחרות החופשית. לא למותר לציין, כי השימוש בנימוק המקרקעיני-

27. ראו הוראת סעיף 3(3) לחוק.

28. (ההדגשה שלי – מ"ג). ע"א חניות (לעיל, הערה 19), בעמ' 599 (השופט ריבלין).



הקנייני למעשה "עקף" את הלכתו של בית המשפט העליון בפסק דין טבעול וייתר את הצורך לקבוע במקרה הספציפי, האם המקרה נכנס בגדר החזקות החלוטות של סעיף 2(ב). השופט אור הסכים עם התוצאה שהגיע אליה השופט ריבלין, אך הנמקתו הייתה הפוכה: עסקינן בהסדר כובל, אך יש מקום להכשירו על סמך עקרון זוטי הדברים. כדבריו:

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 בצדה כל תועלת לציבור.<sup>29</sup>

דהיינו, לגישתו של השופט אור, גם אם הסדר נכלל בגדר החזקות החלוטות המנויות בסעיף 2(ב), עדיין ניתן להכשירו כאשר השפעת ההסדר על התחרות זניחה (*De minimis*). על מנת להחיל עיקרון זה יש לערוך בדיקה כלכלית כי אכן אין פגיעה בתחרות במקרה הנידון. בדיקה מקיפה בעניין זה לא נערכה על ידי בית המשפט,<sup>30</sup> אך ההלכה היא ראויה, כמפורט להלן.

השופט טירקל הסכים עם השופט ריבלין בקבעו כי "אין לראות בהוראות ההסכם הנדון הסדר כובל אסור",<sup>31</sup> תוך הדגשת הצורך לצמצם ככל האפשר את הגדרת המונח הסדר כובל, "על-מנת שצדדים תמימים לא יהיו, בבלי דעת, לעבריינים".<sup>32</sup> אולם אין הוא מפרט את הנימוקים שהביאוהו למסקנה זו. כן הסכים הוא גם עם השופט אור, בהעירו כי "מקובלת עליי החלת העיקרון של 'זוטי דברים' במקרה דנן".<sup>33</sup>

בהתאם לעקרונות תורת המשפט והתקדים המחייב, לפסק דין חניות אין למעשה דעת רוב. שכן אף על פי שהשופטים מסכימים לגבי התוצאה הסופית, נימוקיהם אינם מתיישבים זה עם זה. השופט ריבלין קובע כי אין מדובר בהסדר כובל מלכתחילה. עם מסקנתו זו של השופט ריבלין גם השופט טירקל מסכים. השופט אור קובע כי ההסדר האמור הוא הסדר כובל, אלא שהשפעתו על התחרות אפסית, ולכן חלה עליו הגנה של זוטי דברים. השופט טירקל מסכים להחלת עקרון 'זוטי הדברים' במקרה דנן. בהתאם לכך, שניים משלושה קובעים כי יש הסדר כובל, ושניים משלושה קובעים כי אין הסדר כובל.

על הלכת חניות הוגשה בקשה לדיון נוסף. השופט שישב בדין היה השופט חשין, שגם כתב את דעת הרוב בפסק דין טבעול. הבקשה נדחתה מן הטעם כי "פסק-הדין נושא הדיון לא חולל – אף לא התיימר לחולל – מוטציה בהלכה כדי-יכך שיוכח בדיון נוסף בו".<sup>34</sup> כן הוסיף השופט חשין את הדברים הבאים:

חוק ההגבלים העסקיים פורש עצמו על-פני מרחבים אדירים, וכבודו

29. שם, בעמ' 601 (השופט אור).

30. ראו גילה (לעיל, הערה 25).

31. ע"א חניות (לעיל, הערה 19), בעמ' 602 (השופט טירקל).

32. שם, שם.

33. שם, שם.

34. דנ"א 3113/03 א.מ. חניות (ירושלים) (1993) בעמ' נ' עירית ירושלים (לא פורסם; ניתן ביום 10.7.2003), בפסקה 10.



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 – כבכל מעשה פרשנות דבר-אמנות – לפרש את החוק ולהחיל הוראותיו על אירועי החיים בשום-שכל ובטוב-טעם ... ולא נכתים עיסקה להיותה הסדר כובל אלא אם נתברר לנו כי פוגעת היא בעקרון-התשתית של החוק, הלא הוא עקרון התחרות החופשית ... תכלית זו היא עמוד האש ועמוד הענן להוליכנו הדרך.<sup>35</sup>

ניתן לקרוא דברים אלו של השופט חשין כהולכים רחוק יותר ממבחן התכלית של השופט ריבלין, אל עבר מבחן של הסתברות הפגיעה בתחרות, הבוחן את פגיעתו של הסדר בתחרות בטרם "נכתימו" להיות הסדר כובל. אולם ניתן לשער כי לאור החלטתו בדיון נוסף טבעול, שבו קבע כי חזקות סעיף 2(ב) חלוטות המה, יחיל השופט חשין את מבחן הפגיעה בתחרות רק במסגרת סעיף 2(א), ולא על מקרה הנכנס בגדרו של סעיף 2(ב) לחוק. כמוכן אין בכך כדי למנוע את השימוש במבחן זה כדי לקבוע את גבולותיו של סעיף 2(ב) לחוק. נהפוך הוא: כפי שיפורט להלן, תיחום גבולותיו של סעיף 2(ב) לחוק תוך שימוש במבחן התכלית, כפי שניתן לפרש את פסק דינו של השופט טירקל באקסטל וכפי שנעשה על ידי השופטת חיות בלשכת שמאי המקרקעין, מהווה צעד חשוב בקידום הפסיקה ההגבלית.

#### ה. רע"א 6233/02 אקסטל בע"מ נ' קלמא<sup>36</sup>

בפברואר 2004 ניתן בבית המשפט העליון פסק דין אקסטל. גם פסק דין זה מקורו בסכסוך אזרחי בין צדדים לחוזה, כאשר אחד הצדדים משתמש בטענה של היות החוזה הסדר כובל כמגן, על מנת להשתחרר מהתחייבויותיו החוזיות בהתאם לו. שם נידון הסכם להפצה בלעדית שנחתם בין אקסטל, המייצרת פרופילים מאלומיניום, לבין החברות המשיבות, המפיצות ומשווקות מוצרים כאמור. בהתאם להוראות ההסכם, למשיבות יהיו "זכויות הפצה בלעדיות ... לשיווק המוצרים באזור תל-אביב 'רבת'".<sup>37</sup> כן התחייבה המבקשת "שלא למכור מוצרים באזור או בכל מקום אחר בארץ במחירים שהם נמוכים מהמחיר שנדרש מאת המפיצים ... לאותו מוצר ...".<sup>38</sup> עוד הוסכם כי חילוקי דעות יובאו להכרעת בורר דן יחיד. על תחולתה של ההוראה האחרונה נסובה המחלוקת. המשיבות טענו כי אקסטל הפרה את החוזה בכך שמכרה למפיצים אחרים מוצרים במחיר נמוך מזה שניתן להן וביקשו למנות בורר. אקסטל טענה כי לבורר אין כל סמכות לדון במחלוקת כיוון שההסכם בלתי חוקי בהיותו סותר את הוראת סעיפים 2 ו-4 לחוק ההגבלים העסקיים.

בית המשפט המחוזי (מפי השופט ע' קמא) קבע, כי מינויו של הבורר היה כדין, שכן ההסדר לא היה הסדר כובל מן הטעם ש"המבקשות הן המפיצות הבלעדיות ולא היו מפיצים

35. שם, בפסקה 12.

36. רע"א אקסטל (לעיל, הערה 13).

37. שם, בפסקה 1 לפסק דינו של השופט טירקל.

38. שם, שם.



נוספים למוצרים אלו באזור, כך שלא הייתה קיימת תחרות בין המבקשות למפיצים אחרים, ולו למפיצים בכות. בהעדר תחרות, ולו פוטנציאלית, אין הסדר כובל...<sup>39</sup> קביעה זו היא בעייתית ביותר. שכן בהחלט ייתכן כי הסדר הבלעדיות באזור תל-אביב, בשילוב עם ההוראה האוסרת מכירת המוצרים לאחר במחיר נמוך יותר, היא שמנעה תחרות פוטנציאלית. בנוסף, אם עלות הבאת פרופילי האלומיניום ממשווק אחר הממוקם מחוץ לאזור תל-אביב אינה גדולה, הרי משווק זה מצוי בתחרות עם המשיבות. יתרה מזאת: המשיבות טענו כי רווחיהן נפגעו מתחרות עם מפיצים אחרים, שרכשו את המוצרים במחיר נמוך יותר מהמערערת. מכאן עולה, כי לפחות לכאורה הייתה קיימת תחרות בפועל בין המפיצים השונים.

שופטי בית המשפט העליון נחלקו בדעותיהם. השופט טירקל קבע כי אין מדובר כלל בהסדר כובל, שכן ההסדר איננו מונע או מפחית את התחרות בעסקים כנדרש בסעיף 2(א), ומשום שהוראותיו אינן באות בגדר הכבילות המפורטות בסעיף 2(ב) לחוק.<sup>40</sup> השופטת נאור מגיעה למסקנה הפוכה מזו של השופט טירקל, ולפיה ההסכם בין הצדדים נכלל בהוראות סעיף 2(ב), שכן הכבילות נוגעות במחיר ובסוג האנשים שעמם יעסקו.<sup>41</sup> השופטת פרוקצ'יה בחרה, בנסיבות העניין, שלא להיכנס לעובי הקורה של השאלות ההגבליות. לדרכה, ניתן לקיים ברורות על הסדר כובל, ובלבד שאי-החוקיות איננה ברורה וגלויה על פני ההסכם. במקרה דנן השופטת קובעת כי אין מדובר באי-חוקיות ברורה על פניה, שכן:

סוגיית ההסדר הכובל היא אחת הסוגיות הקשות והסבוכות במשפט. בירורה טעון לא רק פרשנות משפטית עיונית. בשל ההיבטים הכלכליים-עיסקיים רבי הממדים הקשורים בה, בחינתה מחייבת לא אחת גם היוקקות למומחים ולתשתית ראייתית-מקצועית נרחבת. הדבר עשוי לחייב גם בירור עובדתי קונקרטי הקשור במערכת היחסים בין הצדדים.<sup>42</sup>

מדבריה אלו של השופטת פרוקצ'יה ניתן להסיק כי המקרה דנן איננו נכנס באופן ברור וחלק לגדרו של סעיף 2(ב), אף על פי שהשופטת איננה מפרשת כיצד היא מגיעה למסקנה זו. תוצאתו של פסק הדין היא, אם כן, אישור סמכותו של הבורר לדון במחלוקת בין הצדדים בלא הכרעה פוזיטיבית בשאלת היותו של ההסדר כובל. אולם חשיבותו של פסק הדין היא בעיקר בהנמקות שעמדו בבסיס פסקי הדין השונים.

נקודת המוצא של פסק דינו של השופט טירקל היא כי הבחינה אם כבילה נכנסת לגדר סעיף 2(ב) תיעשה "מתוך עיון במכלול סעיפי ההסכם ובדיקתו מבחינת סבירותו, ולאור הגישה המצמצמת שלדעתי יש לנקוט ... בהגדרת הסדר כובל".<sup>43</sup> ניתן להבין דברים אלו כמאיינים את החזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב), שכן יש צורך בכל פעם לבחון את סבירות פגיעתו של ההסכם בתחרות. פסק הדין אכן מנתח את פגיעתה של כל כבילה

39. ה"פ (י-ם) 535/01 קאלמא ווי תעשייה, שיווק אלומיניום זכוכית ופרזול בע"מ נ' אקסטל בע"מ (טרם פורסם; ניתן ביום 18.6.2002).

40. רע"א אקסטל (לעיל, הערה 13), בפסקה 15 לפסק דינו של השופט טירקל.

41. שם, בפסקאות 17 ו-20 לפסק דינה של השופטת נאור.

42. שם, בפסקה 2 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

43. שם, בפסקה 12 לפסק דינו של השופט טירקל. ראו גם פסקה 14 לפסק הדין.



בתחרות לגופה, כפי שיפורט להלן. גישה זו סותרת, כמובן, את הלכת טבעול, שבה היה השופט טירקל בדעת יחיד.<sup>44</sup> בפסק דין אקסטל הוא שב וקובע כי:

יש מקום להרהר מחדש ב"מוחלטותן" של חוקות אלה ... לפי השקפתי, הרחבת תחומי פרישתו של סעיף 2 לחוק אינה רצויה וראוי לנקוט פרשנות מצמצמת של הוראות החוק הבאות להגדיר הסדר כהסדר כובל ... האינטרס החברתי של קיום תחרות חופשית צריך להישקל בזהירות מול האינטרס החברתי של קיום פעילות עסקית מקובלת, בלי שהעוסקים התמימים יהיו, בבלי דעת, לעבריינים.<sup>45</sup>

השופט נאור מתנגדת לגישה זו. לשיטתה, על בית המשפט להחיל את הלכת טבעול, גם אם תוצאתה במקרים ספציפיים איננה מהווה דין רצוי. כמאמרה:

משניתן פסק הדין בהרכב המורחב, נראה היה כי בא סוף סוף גואל לשאלת פרשנותו של סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים. בית המשפט קבע (ברוב דעות), בין השאר, כי החוקות המפורטות בסעיף קטן (ב) של סעיף 2 שצוטט לעיל, חוקות חלוטות הן. בהתקיים אחת מהחוקות החלוטות, אין צורך להוכיח שהיתה בפועל פגיעה בתחרות כדי שייקבע קיומו של הסדר כובל.<sup>46</sup>

לטעמי, כדרכה של השופטת נאור, אין מקום להפוך את הלכת טבעול. סעיף 2(ב) נועד, כפי שעולה מדברי הכנסת וכפי שקבע בית המשפט העליון בהרכב מורחב, ליצור חוקות בלתי ניתנות לסתירה של פגיעה בתחרות במקרים הנכללים בגדרו. קיומן של חוקות חלוטות המוגדרות בבירור וחלות בקטגוריות של מקרים בהם הפגיעה המסתברת בתחרות היא כמעט חד-משמעית הנו גם דין רצוי, שכן הן מקדמות את הוודאות המשפטית, את רמת ההרתעה של החוק וכן חוסכות משאבים יקרים של אכיפה והוכחה. כפי שהשופטת נאור קובעת: "חוקות חלוטות, והכל במקרים הראויים, יש בהן כדי לצמצם את היקף הבירור בהליך השיפוטי 'הרגיל' ולהקל עליו".<sup>47</sup> על כן יש לדחות את הגישה לפיה הפגיעה בתחרות תיבחן כל מקרה לגופו. אולם איני סבורה כי משמעות הדבר היא כי בית המשפט איננו רשאי להרהר אחר היקף תחולתן של החוקות החלוטות. כפי שיפורט להלן, ניתן לקרוא את פסק דינו של השופט טירקל כקובע הלכה מצומצמת יותר, שלפיה יש להחיל מבחן של סבירות הפגיעה בתחרות בקטגוריות של מקרים לתיחום גבולותיו של סעיף 2(ב). מבחן כאמור איננו סותר את הלכת טבעול, אלא רק קובע את גבולות תחולתה.

44. שם קבע השופט טירקל כי לא תישמע טענתו של צד לחוזה כי חוזהו בטל מחמת היותו הסדר כובל, שכן טענה זו נוגדת את ערכי תום הלב, ההגינות והיושר שעליהם חברתנו מושתתת. דנ"א טבעול (לעיל, הערה 2), בעמ' 113; ראו גם את פסק דינו של השופט טירקל בע"א 6222/97 טבעול (1993) בעמ' נ' משרד הביטחון, מינהל ההרכשה והייצור, פ"ד נב(3) 145.

45. רע"א אקסטל (לעיל, הערה 13), בפסקאות 9-11 לפסק דינו של השופט טירקל.

46. שם, בפסקה 7 לפסק דינה של השופטת נאור.

47. שם, בפסקה 12 לפסק דינה של השופטת נאור (ההדגשות במקור - מ"ג).



בהחילו את מבחן סבירות הפגיעה בתחרות על הסדרים הנכללים במסגרת הוראות סעיף 2(ב) השופט טירקל מבחין בין שתי קטגוריות שונות, כבילות אופקיות וכבילות אנכיות, בקבעו כי:

כבילה במסגרת הסדר "אופקי" שונה בהשפעתה על התחרות מכבילה במסגרת הסדר "אנכי" ופגיעתה בתחרות חמורה יותר מפגיעתה בתחרות של כבילה במסגרת הסדר "אנכי". לפיכך, אין להתייחס לכבילה במסגרת הסדר "אופקי" ולכבילה במסגרת הסדר "אנכי" כמקשה אחת.<sup>48</sup>

הוצאתם של הסדרים אנכיים מגדרו של סעיף 2(ב) לחוק הנה דין רצוי, שכן אין מקום לקבוע קטגורית כי הסדרים מסוג זה, גם אם הם נוגעים באחד העניינים המנויים בסעיף 2(ב), יפגעו בתחרות.<sup>49</sup> לפיכך אף על פי שהחוק איננו מבחין בין כבילות אופקיות לאנכיות, פרשנות תכליתית עשויה להגיע לתוצאה זו. ודוק: אין משמעות הדבר כי הסדר אנכי לעולם לא יפגע בתחרות.<sup>50</sup> אולם בשל יתרונות פרו־תחרותיים להסדרים אנכיים רבים, דוגמת מתן פתרון לבעיית ה"רוכב החופשי" בין משווקים של אותו מוצר, יצירת תמריצים לשיווק אגרסיבי של המוצר או שמירה על המוניטין של רשת מוצרים על ידי "כבילות" הזכייין לרמת איכות מסוימת, אין זה ראוי להחיל חוקה בלתי ניתנת לסתירה כי הסדרים אנכיים פוגעים בתחרות. יש מקום לבחינה פרטנית בכל מקרה לגופו של פגיעתם של הסדרים אלו בתחרות, במסגרת סעיף 2(א) לחוק, כפי שהשופט טירקל קובע. השופט נאור דוחה גישה זו, בקבעו כי אף על פי שבמבחן הסבירות יש קסם רב כדין רצוי, הרי לא ניתן להכניס את ההבחנה המוצעת בדרך של פרשנות, משום שסעיף 2 איננו מבחין בין הסדרים אופקיים להסדרים אנכיים. השופט גם מצטטת מקורות המהרהרים אחר האקסיומה כי לרוב הסדרים אנכיים הנם טובים לתחרות.<sup>51</sup> אכן בשלב זה של התפתחות הפסיקה בישראל ככל הנראה טרם הגיעה השעה לאימוץ של קביעה גורפת שהסדרים אנכיים, באשר הם, לא ייכנסו לגדרו של סעיף 2(ב) לחוק. אולם יש לקוות כי הפסיקה תחיל את מבחן התכלית על מנת להוציא מתחולת הסעיף סוגים של הסדרים אנכיים שפגיעתם בתחרות רחוקה מלהיות ודאית.

למעשה, גם השופט טירקל איננו מחיל את ההבחנה המוצעת, בין הסדרים אנכיים לאופקיים, בפסק דינו. פסק הדין בוחן את פגיעתה המסתברת בתחרות של כל כבילה הכלולה בהסכם הנידון והנימוקים המועלים לאי־תחולת החזקות החלוטות אינם מוגבלים, בהכרח, רק להסדרים אנכיים.<sup>52</sup> יתרה מזאת, השופט עורך הבחנה בין סוגים שונים של

48. שם, בפסקה 10 לפסק דינו של השופט טירקל.

49. ראו גילה (לעיל, הערה 10).

50. ראו מאמרו של Baker (לעיל, הערה 16). ת"פ טמבור (לעיל, הערה 15) מהווה דוגמה למקרה שבו הסדר אנכי השפיע על התחרות בשוק אופקי.

51. רע"א אקסטל (לעיל, הערה 13), בפסקה 15 לפסק דינה של השופטת נאור.

52. פרשנות זו מתחזקת לאור קביעתו של השופט כי "לדעתי, יש גם מקום לעיון מחדש של המחוקק בסוגיה זאת; לרבות בהבחנה בין כבילה במסגרת הסדר 'אופקי' לבין כבילה במסגרת הסדר 'אנכי' (שם, בפסקה 9 לפסק דינו של השופט טירקל. ההדגשה הוספה - מ"ג).





הסדרים אנכיים וקובע כי רק חלקם אינם פוגעים בתחרות באופן קטגורי.<sup>53</sup> אולם ניתן לפרש את ניסיונו של השופט להצדיק את אי־תחולת החזקות בקטגוריות שונות של מקרים מאחר שפגיעתם בתחרות איננה מסתברת מעצם השתייכותם לקטגוריה ספציפית, כמחיל מבחן של תכלית. בטרם ננתח את מבחן התכלית, יש מקום לנתח את קביעותיו של השופט כי ההסדר הספציפי שנחתם בין אקסטל לביו משווקיה לא פגע בתחרות וכן לא נכנס לגדרו של סעיף 2(ב). נקדים ונאמר, כי גם אם יש לקבל את קביעתו של השופט כי כבילותיו של ההסדר שנבחן אינן נכנסות לגדר סעיף 2(ב), הרי קביעתו כי ההסדרים הספציפיים אינם פוגעים בתחרות ועל כן אינם ממלאים אחר יסודותיו של סעיף 2(א), ללא ניתוח כלכלי של תנאי השוק, הנה בעייתית.

לגבי ההגבלה על מחיר המכירה לאחרים, השופט טירקל מעגן את מסקנתו בקביעה, כי "אין זה סביר שהמבקשת תמכור לאחרים במחירים נמוכים יותר",<sup>54</sup> כיוון שהמחיר שנקבע בהסכם כבר היה נמוך מהמחיר המקובל בשוק. קביעה קטגורית זו איננה עומדת במבחן כלכלי, שכן לעתים כדאי ליצרן למכור את מוצריו גם מתחת למחיר המקובל בשוק, וטענות המשיבה כי כך בדיוק נעשה במקרה דנן, מעידות על כך. הורדת המחיר מעבר למחיר המקובל בשוק, לפחות לטווח הקצר, יכולה לשרת מטרות שונות. כך, למשל, הורדת המחיר יכולה להיות מונעת מרצונו של היצרן להרחיב את נתחו בשוק עקב ירידה משמעותית בעלויות הייצור היחסיות שלו. מקרה כזה מעודד את התחרות. לחלופין, קביעת מחירים נמוכים בצורה טורפנית עשויה להיות מונעת על ידי הרצון לסלק מתחרה קיים או למנוע ממתחרה פוטנציאלי להיכנס לשוק. מקרים אלו פוגעים בתחרות. על כן אין מקום לכרוך את שני המקרים יחדיו ולקבוע קטגורית כי אין בהם כדי לפגוע בתחרות.

זאת ועוד: כבילות המחיר שנידונה בפסק דין אקסטל הייתה תניה שעיקרה מתן עדיפות למשווק אחד על פני שאר המשווקים (Most Favored Nation clause). תניות מסוג זה עשויות להגביל את התחרות, כיוון שהן מגבילות את שיקול הדעת של היצרן במתן הנחות כי כל הנחה עתידית תהיה כדאית פחות ליצרן, שכן הוא ייאלץ לתתה לקבוצה גדולה יותר של משווקים. עמדה על כך השופטת נאור בקבעה כי "[הסעיף מהווה] תמריץ למוכר לדרוש מהמתחרים האחרים מחיר גבוה יותר מזה שהיה דורש אלמלא הסעיף האמור, כדי להימנע מהפרת ההתחייבות ללקוח המחויק בתנאי המועדף".<sup>55</sup> עוד השופטת מדגישה, כי "אף שההסכם בין הצדדים שלפנינו הסדר אנכי הוא, השפעותיו ... הן דווקא השפעות אופקיות. הסעיף מגביל את התחרות בין [המבקשות] לבין כל מפיץ פוטנציאלי אחר של מוצריה של אקסטל,

53. ראו, למשל, את הבחנתו של השופט טירקל בין הסדרים אנכיים לחלוקת שוק על פי שטח גאוגרפי לבין הסדרים אנכיים לחלוקת שוק על פי סוג הצרכנים. הוא מקיש מההבחנה המקובלת בארצות הברית, שלפיה הסדרים על פי שטח גאוגרפי נבחנים לפי כלל של סבירות והסדרים על פי סוג הצרכנים נכללים במסגרת החזקות, לצורך ביסוס מסקנתו כי ההסדר הנבחן (הנכלל בסוג הראשון) איננו נכנס לגדרי סעיף 2(ב). שם, בפסקאות 13-14 לפסק דינו של השופט טירקל.

54. שם, בפסקה 12 לפסק דינו של השופט טירקל.

55. שם, בפסקה 15 לפסק דינה של השופטת נאור.



בכל מקום ...<sup>56</sup> דהיינו, אין זו רק כבילה המגבילה את המחיר שבו המשווק יכול למכור את המוצר, שעלולה לפגוע בתחרות. על מנת לקבוע אם כבילה המקנה עדיפות אכן פוגעת בתחרות במקרה ספציפי, כפי שעשה השופט טירקל במקרה דנן, צריך לבדוק את תנאי ההסכם הספציפי, אך בעיקר גם את תנאי התחרות בשוק; מספר היצרנים, גודלם היחסי, עלויות הייצור היחסיות שלהם ומספר המשווקים בשוק. אם יוכיח הניתוח כי אין ליצרן כל השפעה על מחיר השוק, הרי אין כל פגיעה בתחרות. ואם יוכח כי יש ליצרן כוח שוק, הרי תיתכן פגיעה בתחרות. כל עוד לא נערכה בדיקה מעין זו בענייננו,<sup>57</sup> לא ניתן להגיע למסקנה כי התחרות בשוק לא נפגעה, כנדרש לצורך דחיית תחולתו של סעיף 2(א).

ומה באשר לפגיעה בתחרות הנובעת מהכבילה הנוספת, שהעניקה זכות שיווק בלעדית למשיבות באזור תל-אביב רבתי? הדיון בכבילה זו מתמקד רובו ככולו בתחולת החוקה המנויה בסעיף 2(ב)(3) לחוק האוסרת, כאמור, "חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק ...". השופט טירקל קובע כי אין ענייננו בחלוקת שוק אסורה, כיוון שכבילת הבלעדיות מתייחסת למיקום הגאוגרפי של המכירה ולא לסוג הצרכנים שמותר לסחור עמם. השופט טירקל מיקש לעניין חוקיות ההסדר מכך שסוג ההסדרים הנוגע במיקום הגאוגרפי של המכירה נבחן בארצות הברית על פי מבחן הסבירות, ואילו סוג ההסדרים הנוגע בסוג הצרכנים שמותר לסחור עמם אסור באופן קטגורי. תוצאתו של השופט טירקל, כי הסדרים אנכיים לחלוקת שוק בהתאם למיקום הגאוגרפי של המכירה לא ייכנסו בגדרו של סעיף 2(ב)(3), היא דין רצוי. הטעם לכך הוא שהסדרים מסוג זה עשויים להידרש על מנת להתגבר על בעיית הרכב החופשי בין משווקים של אותו המוצר, כמפורט להלן.

מפסק דינו של השופט טירקל עולה גם כי ההסדר לחלוקת השוק איננו פוגע בתחרות, וכי על כן גם אינו נתפס במצודתו של סעיף 2(א).<sup>58</sup> אמתות קביעה זו תלויה בנייתו מפורט של עובדות המקרה לשם בחינת השפעותיו הצפויות של ההסדר העומד לדיון: בניתוח הוראותיו המפורשות של ההסכם – לאילו לקוחות מותר ליצרן למכור במישרין – וכן בניתוח תנאי השוק, לרבות כוח השוק של אקסטל; צינורות השיוק שבהם רוב היצרנים והצרכנים משתמשים; יכולתה המעשית של אקסטל להגיע ללקוחות המבקשים לרכוש את מוצריה; והתמריץ שלה לאתגרם ולמכור להם במישרין. עובדות אלו לא פורטו בפסק הדין. אכן, ברוב המקרים חלוקת שוק אנכית איננה פוגעת בתחרות בשוק בין מוצרים שונים (Interbrand Competition), אף על פי שהיא עשויה לפגוע בתחרות בין המפיצים של אותו

56. שם, בפסקה 14 לפסק דינה של השופטת נאור; ראו גם את ההחלטה בעניין שוק הבשמים (לעיל, הערה 9).

57. המשיבות טענו כי לאקסטל רק כ-20% מענף ייצור האלומיניום במדינת ישראל וחלקן של המפיצות באזור תל-אביב היה 6% בלבד. רע"א אקסטל (לעיל, הערה 13), בפסקה 17 לפסק דינה של השופטת נאור. אולם עובדות אלו לא הוכחו בבית המשפט.

58. ראו מסקנתו של השופט כי "מצאנו, כי ההסכם אינו הסדר כובל לפי סעיפים 2(א), 2(ב)(1) ו-2(ב)(3) לחוק" (שם, בפסקה 15 לפסק דינו של השופט טירקל). כן ראו פסקה 10 לפסק דינו של השופט טירקל: "לדעתי ההסכם הנדון בפרשתנו אינו נתפס במצודתו של סעיף 2(א) לחוק, משום שאינו מונע או מפחית תחרות בעסקים".



מוצר לבין עצמם (Intrabrand Competition). נהפוך הוא: פעמים רבות היא משרתת מטרות פרו־תחרותיות דוגמת צמצום בעיית הרוכב החופשי בתחרות בין משווקים שונים של אותו מוצר בכך שהיא מאפשרת לכל משווק לקטוף את פירות השקעתו באזור גאוגרפי מוגדר מראש, ללא חשש כי משווק מתחרה של אותו מוצר ייבנה ממאמצי השיווק שלו. הגבלות מעין אלו חשובות בעיקר כאשר מדובר במוצרים יקרים ומסובכים, או כאשר המשווק הוא סוכן-נוסע האחראי על אזור מסוים. חשוב לזכור כי הגבלות אזוריות אלו משמשות כחלופה לשיווק עצמי של היצרן. אם אקסטל הייתה מקימה סוכנויות שיווק בעצמה, סביר להניח כי לא הייתה מקימה שתי סוכנויות כאמור באזור תל-אביב. סוכנויות השיווק צריכות להיות רווחיות דיין על מנת שהן תוכלנה לכסות את עלויותיהן ועל מנת שיהיו להן תמריצים לשיווק אגרסיבי.<sup>59</sup> אולם לעתים הגבלות אנכיות גאוגרפיות עלולות לפגוע בתחרות. כך, למשל, הגבלות גאוגרפיות של משווקים עלולות לשמש ככלי לאכיפת הסדר בין היצרנים לחלוקת השוק ביניהם. על כן, לא היה מקום לקביעה קטגורית כי ההסדר לחלוקת השוק איננו פוגע בתחרות, ללא ניתוח העובדות הרלוונטיות במקרה הנידון.

אולם גם אם קביעותיו של השופט טירקל לעניין הפגיעה בתחרות במקרה הספציפי הן בעייתיות, עיקר חשיבותו גלומה בעובדה שהוא מחיל פרשנות תכליתית מצמצמת על סעיף 2(ב), שלפיה לא תיכנס לגדרו כל כבילה המשפיעה על המחיר או על תחימת השוק אלא רק קטגוריות של כבילות הפוגעות בתחרות בשוק באופן ברור וחד־משמעי. בהתאם לפרשנות זו, הגבלת המחיר במקרה דנן לא נכללה בגדרו של סעיף 2(ב)1(1) כיוון ש"המבקשת לא קבעה את המחיר שבו ימכרו המשיבות את המוצרים ללקוחותיהן ולא הגבילה את המשיבות בקביעת המחירים שהן דורשות מלקוחותיהן". כך, גם ההגבלה הגאוגרפית לא נכנסת לגדר סעיף 2(ב)3(3) כיוון שעניינה בתחימה גאוגרפית של השוק בין משווקיו של אותו מוצר, ועל כן אין ברורה השפעתה המסתברת של ההגבלה על התחרות. פרשנות תכליתית כזאת הקובעת את גבולותיו של סעיף 2(ב) בהתאם למטרתן של החוקות החלוטות, הנה פרשנות רצויה. תוצאתה של חוקה חלוטה היא מתן פטור לתביעה מחובת ההוכחה של יסוד הפגיעה בתחרות. במקום שהכבילה נופלת בגדר אחת החוקות המנויות בסעיף 2(ב), קמה חוקה כי ההסדר פוגע בתחרות וההגנה מנועה מלהוכיח אחרת. חוקות אלו יוצרות למעשה כלל ראייתי שמטרתו לדלג מעל שלב הראיות של הוכחת פגיעתה של ההתנהגות בתחרות. לשם מה החוק מחיל חוקות חלוטות אלו? השיבותן היא בעיקר בהסכון 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 חוקה חלוטה יחסוך את הזמן 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 היא קביעת מחיר או חלוקת השוק ביניהם. המוטיבציה היחידה של הסכמים מסוג זה היא השאת רווחים מעל למחיר תחרותי. תוצאתם המסתברת היא קביעת

59. ראו את פסק דינו של בית המשפט העליון האמריקני בעניין: *Continental TV Inc. v. GTC Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 97 S. Ct. 2549 (1977).



מחירים גבוהים לצרכנים והעברת עושר מהצרכן ליצרנים. החזקות החלוטות הן, אם כך, נייר הלקמוס של התנהגות בלתי תחרותית.

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 החלת האיסור במקרים הבודדים הנכנסים בגדר החזקה אף על פי שאינם פוגעים בתחרות, ועלות ההבחנה בין המקרים הפוגעים בתחרות לבין אלו שאינם פוגעים בה הנה גבוהה. כך, למשל, יש הצדקה לתחולתה של חזקה חלוטה על כל הסדרים 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 באשיות 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 התחרותי שבאיסור קטגורי על הסדרים אלו, שאין בצדם כל תועלת חברתית.<sup>60</sup>

ההצדקה לתחולתן של חזקות חלוטות גם במקום שבו החזקה תופסת בגדרה מקרים בודדים בהם 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 – הנו 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; ועל 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 והן לקהילייה העסקית, לגבי חוקיותו של הסדר מסוג מסוים. כן מעלות הן את רמת ההרתעה של החוק.

בישראל, לעומת ארצות הברית למשל, קיים מנגנון של מתן פטור על ידי הממונה על ההגבלים העסקיים כאשר הסדר כובל אינו פוגע באופן משמעותי בתחרות או מתן אישור על ידי בית הדין לקיום ההסדר למרות פגיעתו בתחרות.<sup>61</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

60. ראו: Michal S. Gal, *Competition Policy for Small Market Economies* (2003), 169-170.

61. סעיפים 9, 14 ו-15 לחוק.



בסיס לעבירה פלילית ולחבות אזרחית, כמפורט לעיל. על כן הגבלת תחולתן של החוקות החלוטות בהתאם לתכלית החוק הנה חשובה ביותר.

בהתאם לכך, יש מקום לפרש את סעיף 2(ב) פרשנות תכליתית, הגודרת את גבולותיו בהתאם למטרת תחולתן של החוקות החלוטות. פרשנות כאמור צריכה, כמובן, להיות מעוגנת בלשונו של החוק. אך יש לדחות את הפרשנות הלשונית-הדווקנית של הוראותיו של סעיף 2(ב) התופסת בגדרה כל עניין הנוגע, במישרין או בעקיפין, באחד מסוגי הכבילות המנויים בו. דומה כי פסק דינו של השופט טירקל עושה צעד חשוב בכך שהוא מוציא מגדרי החוקה כבילות אנכיות שפגיעתן בתחרות איננה מסתברת, כיוון שאינן קובעות במישרין את המחיר או שעניינן תיחום גאוגרפי של אזורי השיווק בין משווקיו של אותו המוצר.

עוד נציין, כי השופטת נאור מתייחסת לטענה של זוטי דברים לעניין הפגיעה בתחרות. אף על פי שטענה זו נדחת במקרה הספציפי בשל פגיעה ממשית בתחרות, הרי שטענה זו זוכה לניחות ענייני, ואיננה נדחית על הסף. בכך השופטת נאור הולכת בעקבות השופט גולדברג בפסק דין טבעול והשופט אור בפסק דין חניות, המנסים לפתור את הדילמה שיוצרת לשונו הרחבה של סעיף 2 בדרך של הכשרה בדיעבד של הסכמים שברור כי אינם פוגעים בתחרות במקרה העומד לדיון.<sup>62</sup>

חשוב לא פחות לציין כי השופטים בפסקי הדין חניות ואקסטל אינם מחילים – או אף מאזכרים – את הלכת שטרן, אף על פי שגם שני מקרים אלו עסקו בהסדר אנכי שבו לא הגבילה הכבילה את התחרות בשוק של הצד המוגבל, לפחות לא במישרין. אם כן, מהו תוקפה של הלכת שטרן לאחר הלכות חניות ואקסטל? שאלה זו מתחדדת לאור העובדה שהשופט ריבלין ישב הן בחניות והן בשטרן. 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 במישרין. יתרה מכך: קשה למצוא אחיזה תכליתית לפרשנות המחילה את הסיפא 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 גרידא 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. בהתאם לכך הלכת שטרן בטלה.

62. ראו גם גל (לעיל, הערה 21). להחלת עיקרון זה על ידי השופטת נאור בתחום הפלילי ראו ע"פ 1042/03 מצרפסל שותפות מוגבלת בע"מ (1974) נ' מדינת ישראל (טרם פורסם; ניתן ביום 10.11.2003). ראו חלק ז, למאמר זה לניחות הגנת זוטי הדברים.



### ו. עע"מ 6464/03 לשכת שמאי המקרקעין בישראל<sup>63</sup>

עניינו של פסק הדין בחוקיות של מכרו שהוציאה המדינה ושנועד לבחירתם ולקביעת שכרם של שמאים פרטיים במתן שירותי שמאות מקרקעין בעבור משרדי הממשלה. במסגרת המכרו כל שמאי נדרש לציין את שיעור ההנחה שהוא מוכן להעניק ביחס לערכה של יחידת שומה. מכסת יחידות השומה שמוקצית לכל אחת מהעבודות במכרו נקבעת על ידי מוציא המכרו. המערערת טענה כי מנגנון זה יוצר הסדר כובל, שכן בהתקשרות עם מספר מצומצם של שמאים, שהתחרות ביניהם מוגבלת למחירי מקסימום הנקבעים מראש על ידי המשיבים, יש כדי להפחית את התחרות בין השמאים הנכללים במאגר לבין עצמם וכן בינם לבין יתר השמאים בענף.

השופטת חיות, אליה הצטרפו השופטים ריבלין וביניש, קובעת כי לא הוכחו כאן היסודות הנדרשים לקיומו של המבחן המהותי הכלול בסעיף 2(א), שעל פיו ייחשב הסדר ככובל רק אם ההגבלה שנקבעה בהסדר עלולה למנוע או להפחית את התחרות בין הצדדים להסדר או בינם לבין צד ג שאיננו צד להסדר. השופטת חיות מתמודדת גם עם השאלה האם המקרה דנן נכנס לגדר אחת החוקות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק שהוכרו בפסיקה כחלוטות. החזקה הרלוונטית היא זו הנוגעת ב"מחיר שיידרש, שיוצע או שישולם", הקבועה בסעיף 2(ב)(1) לחוק.

תשובתה של השופטת חיות לשאלה זו שלילית, לאור פרשנות תכליתית של הוראות החוק. לשיטתה, יש לפרש את החוק כך שהוא יוציא מכלל הגדרת הסדר כובל את כל המקרים שהחוק, על פי תכליתו, אינו מיועד לחול עליהם:

על פי גישה פרשנית זו, יש אפוא לבחון את השאלה הניצבת בפנינו במקרה הנדון והיא, כאמור, השאלה האם עניין לנו ב"כבילה"... 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 הסף" במכרו הנדון. אותה מסקנה עצמה מתבקשת גם על פי "עקרון התבונה והשכל הישר", המלמדנו כי יש להחיל את החוק במידתו הראויה ... קביעת רף עליון של מחיר ... איננה מהווה בעיני "כבילה". קל וחומר כאשר במכרו עסקינן, אשר ... מאופיין, מעצם טבעו, בהליך תחרותי ... פירוש אחר של חוקת המחיר ... עלול להוביל לתוצאה לפיה כל התמקחות בין זומין שירות לבין נותן שירות זה או אחר, אשר במהלכה מבקש זומין

63. עע"מ 6464/03 לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים – אגף שומת מקרקעין (טרם פורסם; ניתן ביום 16.2.2004) (להלן: עע"מ לשכת שמאי המקרקעין); ערעור ברשות על פסק הדין נדחה. ראו דנ"מ 2142/04 לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים – אגף שומת מקרקעין (טרם פורסם; ניתן ביום 18.6.2004) (להלן: דנ"מ לשכת שמאי המקרקעין).



השירות לקבוע רף עליון למחיר העסקה בשלב הטרם תווי, תיצור  
'הסדר כובל'.<sup>64</sup>

פרשנות תכליתית זו של חוק ההגבלים העסקיים הנה פרשנות ראויה. הטלת איסור מוחלט על קביעת מחירי מקסימום מצד הרוכש לא הייתה משרתת את תכלית החוק ואף הייתה פוגעת בהתנהלותו התקינה של העולם העסקי. במקרה דנן מדובר היה בקביעה עצמאית של רוכש השירות כי לא ישלם יותר מסכום מסוים. למה דומה הדבר? לאדם הנכנס לחנות ספרים ומכריז כי בידו רק חמישים ש"ח לרכישת ספר וכי לא יקנה ספר העולה יותר מזה, ומבקש כי המוכר יראה לו ספרים שביכולתו לרכוש. האם נאמר כי נעשה כאן הסדר כובל בשל קביעת מחיר מקסימום? ודאי שלא. יתרה מזאת, גם אם היו בכיסו של אותו אדם מאה ש"ח, אולם הוא היה בוחר להשתמש רק במחציתם על מנת לרכוש ספר, לא היה כובל את התחרות. קביעת הרף העליון שהקונה מוכן לשלם בעבור מוצר מסוים (המבטא את גמישות הביקוש של הקונה), כל עוד אין גלווית לו כל מטרה אנטי-תחרותית, הנה תנאי הכרחי לפעילות השוק. קביעה מעין זו אינה פוגעת בתחרות, כי אם מקדמת אותה. על כן הקביעה כי התנהגות מעין זו איננה מהווה כבילה הנכללת בגדרו של סעיף 2(ב) (1) לחוק הנה דיין ראוי. התוצאה הייתה משתנה, למשל, כאשר מטרת ההכרזה הייתה איתות של המכריז למתחריו על צמצום שיקול דעתו העסקי על מנת לצמצם את התחרות ביניהם.

השופטת חיות איננה שוללת את האפשרות "כי ניתן להגיע לתוצאה שונה, מקום בו מזמין השירות מרכז בידיו 'כוח קניה' עיקרי בנתח השוק, אשר בגדרו מתבצעת העסקה".<sup>65</sup> דרך אחת לפרש את פסק דינה של השופטת הוא כקובע כי העובדה שקביעת מחיר מקסימום במכרז איננה נכנסת בגדרו של סעיף 2(ב) לחוק איננה מחייבת הוצאתו של מקרה דומה מגדרי סעיף 2(א), מקום שבו הוכחה הפגיעה בתחרות. דהיינו, יסוד הכבילה מתקיים במקום שבו נקבע מחיר מקסימום, אך במקרה זה לא התקיים יסוד הפגיעה בתחרות, הנדרש לתביעה על בסיס סעיף 2(א). אולם פרשנות זו מתנגשת עם קביעתה של השופטת כי לא התקיים כאן יסוד ה"כבילה".<sup>66</sup> זאת כיוון שכוח הקנייה של המזמין מקרין על אפשרות הפגיעה בתחרות ולא על יסוד הכבילה, ועל כן קבלת הפרשנות האמורה הייתה מחייבת את המסקנה כי התקיימה כאן "כבילה", בניגוד לקביעתה המפורשת של השופטת. לחלופין ניתן לפרש דברים אלו כקובעים כי במקום שיוכח קיומו של כוח מונופוליסטי (כוח קנייה מונופוליסטי), יהא צורך לבחון האם המכרז עולה כדי ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. למשל, האם

64. ע"מ לשכת שמאי המקרקעין (לעיל, הערה 63), בפסקה 15 לפסק דינה של השופטת חיות. שם, שם.

66. ראו קביעתה של השופטת כי "תהליך [המכרז - מ"ג] ... יכול להסתיים בהתקשרות, שבדואר איננה 'כבילה', על בסיס המחיר שהציע נותן השירות ועליו הוסכם" (שם, שם). אף על פי שדיון זה נערך במסגרת סעיף 2(ב), הרי סעיף 2(ב) פוטר את התובע מהוכחת יסוד הפגיעה בתחרות ולא מיסוד הכבילה, ועל כן השאלה אם קיימת כבילה אם לאו צריכה לקבל תשובה דומה במסגרת סעיפים 2(א) ו-2(ב). אולם מקום שאין בו כבילה גם לא הייתה התוצאה משתנה במקום שמוזמן השירות מרכז בידיו כוח שוק.



המחיר שנקבע על ידי המונופסון איננו נמוך בצורה טורפנית או בלתי הוגנת. אכן מאחר שהמכרוז נוסח באופן בלעדי ועצמאי בידי אחד הצדדים, אשר על פי הטענה יש לו כוח מונופסוני והראותיו למעשה "נכפו" על הצד הטוען לבטלותו, המקרה מתאים יותר לטענות בדבר ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי מאשר לקביעה של קיום הסדר כובל. אולם במקרה דנן לא הונחה בפני בית המשפט תשתית ראיתית לבחינת הטענה, ועל כן היא נדחתה.<sup>67</sup>

## ז. כמה מילות סיכום

כמפורט לעיל, בית המשפט העליון נאלץ להתמודד בשנה שעברה עם כמה דילמות קשות בתחום ההגבלים העסקיים. עיקרה של הבעייתיות היא במילותיו של החוק, שאינו מבחין בין הסדר כובל בין שני מצחצחי געליים מני רבים לבין הסדר כובל בין שתי חברות ענק דואופוליסטיות, וקובע כי זה גם זה אינם חוקיים עד שיקבלו פטור או אישור (לרבות פטור-סוג). על מנת למנוע את הפגיעה בעקרון תום הלב בקיום חוזים שלא נדרשה להגנת התחרות במקרים הנידונים, החילו השופטים פרשנות מצמצמת של חוק ההגבלים העסקיים. אולם אליה וקוץ בה: אף על פי שפרשנותו של בית המשפט הביאה במקרים הנידונים לתוצאה צודקת, הלכת שטרן והנימוק המקרקעיני-הקנייני של השופט ריבלין בפסק דין חניות עלולים לפגוע בתחרות במגוון רחב של מקרים עתידיים. לשונו ופרשנותו הרחבים של סעיף 2 לחוק ההגבלים היו, אם כן, בבחינת "תפסת מרובה לא תפסת".

בה בעת, בפסיקה האחרונה יש גם תבן, לא רק מוץ. הפסיקה האחרונה מחילה גם שני כלים חשובים שיוכלו לספק פתרונות לפחות לחלק מהבעיה שהחוק יוצר: הגנת זוטי הדברים ופרשנות תכליתית של חוק ההגבלים. הגנת זוטי הדברים, שהוחלה לראשונה על ידי השופט גולדברג בפסק דין טבעול, הוחלה בעת האחרונה על ידי המשנה לנשיא השופט אור והשופט טירקל בפסק דין חניות, אומצה גם על ידי השופט נאור בפסק דין אקסטל ובמצרפלס, וכן על ידי השופט חשין בבקשה לדיון נוסף בחניות ובדיון נוסף טבעול.<sup>68</sup> אימוץ הגנה זו מתיישב עם פרשנות תכליתית של חוק ההגבלים העסקיים, כמו גם עם פרשנות תכליתית של דיני החוזים. בהתאם להגנה זו, שומה על בית המשפט להחיל מבחן נוסף בטרם יצהיר על בטלותו של ההסכם: האם ההסכם אכן פוגע בתחרות פגיעה שאיננה בגדר "זוטי דברים".<sup>69</sup>

67. ע"מ לשכת שמאי המקרקעין (לעיל, הערה 63), בפסקה 15.

68. לדעה נוגדת, ראו ע"א חניות (לעיל, הערה 19), 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), תשס"א-2001". ניתן לפתור את הדילמה שהשופט ריבלין מעלה בטיעון שהגנת זוטי הדברים מצומצמת יותר מפטורי הסוג, המבוססים על המבחן האם הפגיעה בתחרות היא משמעותית.

69. השאלה עד כמה מבחן זוטי הדברים שונה ממבחן הפגיעה שאינה משמעותית בתחרות המעוגן בסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים ראויה לדיון מעמיק, שאין זה המקום לעורכו. אעיר רק כי שני המבחנים בוחנים פרמטרים זהים, וההבדל ביניהם עשוי להתבטא בדרגת הפגיעה בתחרות.





מבחן זה מאפשר לבית המשפט לאזן נכונה בין העיקרון החוזי, שלפיו יש לקיים חוזים בתום לב, לבין עקרון השמירה על התחרות בשוק. אמנם מבחן זה יחייב את בית המשפט להיכנס לקרביה של העילה ההגבלית ולבחון האם התחרות אכן נפגעת על ידי ההסדר הכובל שבפניהם בהתאם למבחנים כלכליים ולא להסתמך רק על אינטואיציות.<sup>70</sup> מבחן כלכלי כאמור יחייב הגדרת השוק הרלוונטי, בחינת מעמדו 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 חוקות ראייתיות למידת הפגיעה המסתברת בתחרות, בדומה לפטורי הסוג, עם התפתחות הפסיקה של בתי המשפט השונים. בה בעת יש להיזהר משימוש במבחן זוטי הדברים באופן אינטואיטיבי בלבד, רק כדי לעקוף תוצאות בלתי רצויות. עוד 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 שבאיונם הפנימי בין יתרונותיהם לחסרונותיהם הם נוטים לטובת הציבור. אולם במצב הדברים הקיים, עד שיתוקן החוק, נדמה כי זה הפתרון המועדף.<sup>71</sup>

הגנת זוטי הדברים ראוי שתחול, לטעמי, בכל המקרים, למעט במקום שבו תכליתו העיקרית והמפורשת של הסדר בין מתחרים היא תיאום מחירים, הקטנת הכמויות או חלוקת שוק.<sup>72</sup> במקרים מסוג זה קיימת חשיבות רבה ליצירת ודאות משפטית ורמת הרתעה גבוהה על ידי החלת כלל הדממשעזי וברור שיאסור באופן קטגורי הסדרים כאמור. גם אם לא יאפשר כלל זה מתן פטור להסדרים לתיאום מחירים או לחלוקת שוק שאינם פוגעים, הלכה למעשה, בתחרות, אף על פי שהם נועדו להשיג מטרה זו, הרי עלות אימתן פטור לצדדים להסדרים אלו הנה נמוכה ביותר משום שהסדרים אלו אינם משרתים כל מטרה פרו־תחרותית.<sup>73</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 החוקות החלוטות, ולפיהן אין צורך

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.

70. ראו גילה (לעיל, הערה 25).

71. ראו גל (לעיל, הערה 21).

72. דומה, כי גם השופט עדיאל הולך בדרך דומה, אף על פי שאיננו קובע מסמרות בעניין, בה"ע עמית מזרחי (לעיל, הערה 2), בפסקה 43; לדעה נוגדת ראו ת"פ (י-8) 287/98 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ (טרם פורסם; 10.6.2003). ערעור על פסק דין זה, שהוגש על ידי המדינה, תלוי ועומד בפני בית המשפט העליון; ראו גם גל (לעיל, הערה 21). הערת השוליים שכללה את הסייג להחלת דוקטרינת זוטי הדברים הושמטה, בטעות, על ידי העורך, כפי שפורסם בחוברת הבאה של כתב העת.

73. ראו: Gal (לעיל, הערה 60), בעמ' 169-170.



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.

גם מגמת הפרשנות התכליתית של בית המשפט העליון, שהוצעה על ידי השופט ריבלין בפסק דין חניות והשופט חשין בבקשות לדיון נוסף טבעול ולשכת שמאי המקרקעין,<sup>74</sup> ושהוחלה לאחרונה על ידי השופט טירקל באקסטל ועל ידי השופטת חיות בלשכת שמאי המקרקעין, הנה מגמה ראויה ורצויה. זמן רב מדיי נעה מטוטלת ההגבלים העסקיים לעבר פרשנות מרחיבה של הוראות סעיף 2(ב). עתה הגיעה השעה לתקן פרשנות זו ולפרש את החוקות החלוטות כך שיחולו 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 ובין הוודאות העסקית ועלויות ההוכחה של פגיעה בתחרות. על פי המקובל בעולם, מצבים אלה מתקיימים רק בהסדרים כובלים של קרטלים מהגרעין הקשה, הווי אומר קנוניה בין מתחרים לתאם מחירים, להקטין תפוקה, לחלק את השוק, לתאם הצעות במכרז או להטיל חרם על מתחרים.

השנים הבאות יהיו במידה רבה שנותיו הפורמטיביות של חוק ההגבלים העסקיים. יש לקוות כי בית המשפט יוסיף ללכת בנתיב העולה בקנה אחד עם תכליתו של החוק.

74. דנ"מ לשכת שמאי המקרקעין (לעיל, הערה 63) ("חוק ההגבלים העסקיים יפורש על-פי תכליתו והגיונו ולא באופן מכניסטי"). פרשנות תכליתית הוחלה גם על ידי בית הדין להגבלים עסקיים בעניין עמית מזרחי (לעיל, הערה 2).