

סודות מסחריים – תחרותיות ופערי מידע

דיויד גילה*

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

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

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

גם בסעיף 5 לחוק עוולות מסחריות מוגדר כאמור סוד מסחרי כ"מידע עסקי, מכל סוג" ובלבד ששאר תנאי הסעיף מתקיימים, ואילו ההגנה על פטנטים דורשת אלמנטים של הידוש, תועלת, שימושיות תעשייתית והתקדמות המצאתית כתנאי סף לקביעת סוג הידע הראוי להגנה. סעיף 3 לחוק הפטנטים קובע כי:⁴

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

במילים אחרות, בתחום הפטנטים מידת ההגנה על בעל הידע כבר מביאה בחשבון את הערך של תחרות הופשית. האיזון הוא בעיקר בין הרצון לעודד את פיתוח הידע מלכתחילה ובין הפגיעה בתחרות שמסבה ההגנה על הידע. הפגיעה בתחרות נובעת מכך שאם אחרים לא יוכלו להשתמש בידע, מניעת הידע מהם עלולה להעניק לבעל הידע כוח שוק – הכוח להעלות מחירים מעל העלויות השוליות⁵ שבהן נושא בעל הידע או לקבוע איכות או כמות לא תהרתיים.⁶ האיזון החברתי המכתיב את מידת ההגנה על פטנטים מיושם אפוא גם

בפסיקה, כגון בע"א 1371/90 דמתי נ' גנור, פ"ד מד(4) 847, בעמ' 851, ת"א (י"ם) 2325/00 כהן נ' מ.מ.ל. מיקרו מחשבים בע"מ (טרם פורסם); עת"מ 1149/02 קר שירותי בריאות בע"מ נ' שר האוצר (טרם פורסם); ה"פ (י"ם) 364/93 רוסון בע"מ נ' אבנעל הב להפצה בע"מ, פ"מ תשנ"ו (2) 500.

4. חוק הפטנטים, תשכ"ז-1967, ס"ח 148.

5. העלות השולית היא עלות הספקת יחידת מוצר נוספת.

6. אכן, במקרה של פטנטים, המטרה המרכזית בהגנה על הידע היא לאפשר לבעל הידע לגרוף רווחים אנטי־תחרותיים, עד גבול מסוים, וזאת כדי לעודד אותו לפתח את הידע מלכתחילה.

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

גם אם המידע איננו נחלת הכלל, אך הוא ניתן לבידור בקלות יחסית, הוא לא ייחשב לסודי.¹⁰ מידע אשר ניתן להנדסה חוזרת (כלומר לפענוח עצמאי על ידי אחרים באמצעות ניתוח של מוצרי בעל הידע) ייחשב, למשל, לסודי רק אם תהליך ההנדסה החוזרת כרוך במאמץ רב ובהשקעות מהותיות.¹¹

חיוק נוסף למצב פרדוקסלי כביכול זה, שלפיו ההגנה דווקא מתחזקת ככל שמתחזקת מידת פגיעתה בתחרות, נעוץ בהוראת החוק הקובעת כי כדי שידע יזכה להגנת הדין, על בעליו לגקוט אמצעי זהירות להגנתו. בעניין זנבלל הבהיר הנשיא וינוגרד כי פירושה של הדרישה הוא שאחרים יוכלו להשיג נגישות למידע "רק באמצעים לא כשרים או לא מקובלים".¹² בין היתר, הוזכרו בפסיקה אמצעי זהירות כגון נהלים פנימיים¹³ וכתבי התחייבות לסודיות של העובדים.¹⁴ שוב אנו נוכחים כי ככל שמתחזקים אמצעי הזהירות לשמירת הסודיות, המעידים על כך שהפגיעה של הסוד בתחרות היא לכאורה גדולה יותר, כך גם הסיכויים לקבל הגנה גדלים.

מצב דברים זה, הקיים בדיני סודות מסחריים, שוב מנוגד לדיני הפטנטים, שלמעשה מתנים את מתן ההגנה בהפיכת המידע המוגן עצמו לפומבי כדי להשיא את התרומה החברתית של המידע. ההשוואה לדיני פטנטים דווקא, להבדיל מענפים אחרים של קניין רוחני, נובעת מן הדמיון הרב (אם כי לא בהכרח דמיון מלא) בין פטנטים לסודות עסקיים מבחינת שיקולי המדיניות המתנגשים. שני סוגי ידע אלה במקרים רבים מקנים יתרון

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

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

12. עניין זנבלל (לעיל, הערה 9), בסע' 6. ראו, גם ע"ע 1141/00 הר זחב שירותי מזון בע"מ נ' פורליין בע"מ, פד"ע לח 72.

13. רע"א 2015/95 Krone AG נ' ענבר פלסטיק משוריין, פ"ד נא(3) 548 (להלן: עניין ענבר).

14. ע"א 2600/90 עלית חברה ישראלית לתעשיות שוקולד וסוכריות בע"מ נ' סרנגה, פ"ד נא(3) 796 (להלן: עניין עלית), בעמ' 801.

והפסיקה הנוגעים להגנה על סודות מסחריים משיקולי תחרות. אמנם ההשפעות התחרותיות האסטרטגיות, שהמאמר דן בהן, הן הסתברותיות באופיין. ככלות הכול, לא תמיד פירמה תשנה את התנהגותה כדי לשלוח איתותים למתחרים, שהרי מספר רב של שיקולים אחרים משפיעים על התנהגותה. עם זאת, גם השפעה תחרותית הסתברותית, אם היא משכנעת דיה, צריכה, לדעתי, להישזר במלאכת האיזון הראויה של בית המשפט, בבואו להכריע בדבר ההשפעה החברתית של ההגנה על סודות עסקיים.

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

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

בפרק הבא אראה כי קיים במשפט הישראלי עוגן משפטי לשקילת שיקולי תחרות בין השיקולים בעד ונגד ההגנה על סודות עסקיים. בפרק ג אדון בהשפעות התחרותיות הישירות והאסטרטגיות של ההגנה על סודות מסחריים של פירמה ותיקה מפני פירמה חדשה המבקשת להיכנס לשוק שלה. בפרק ד אדון בהשפעות התחרותיות הישירות והאסטרטגיות שבהגנה על סודות מסחריים של פירמה מפני מתחרה שלה בפועל. בפרק ה אדון בהשפעות התחרותיות של ההגנה על סודות מסחריים בין ספק ללקוחות. בפרק ו אצביע על העובדה שבגלל ההשפעות התחרותיות של סודות מסחריים שהמאמר חושף, יש מקום לטעון לסודיות יחסית של סוד מסחרי, כלומר שלעיתים יהא ראוי שמידע יישמר כסוד מסחרי מפני פירמות מסוג מסוים ולא יישמר כך מפני פירמות מסוג אחר. פרק ז כולל סיכום.

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

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

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

חלק גדול מהפסיקה הישראלית בנוגע לסודות מסחריים דן במצב שבו פירמה ותיקה תוקפת פירמה חדשה המבקשת להיכנס לשוק (כגון מועסק לשעבר שיוכל להשתמש בידע כדי להיכנס לשוק שבו פועל מעסיקו לשעבר, או מועסק לשעבר שחפץ להצטרף כדמות בכירה בפירמה העלולה להיות מתחרה פוטנציאלית בשוק של המעסיק לשעבר) באמצעות שימוש בסודות מסחריים של הפירמה הוותיקה.²¹ מהי ההשפעה התחרותית של הגנה על סוד מסחרי בנסיבות מעין אלה? כפי שגראה מיד, ההשפעה על התחרות נחלקת להשפעה ישירה ולהשפעה אסטרטגית. יתרה מזו, ההשפעה על התחרות תלויה בסוג הידע המוגן. נחשוף מיד שקיימת השפעה מיוחדת להגנה על סוד, שנגישות אליו מגדילה את סיכויי הכניסה לשוק (כגון סודות על אודות תהליכים ושיטות ייצור ושיווק, ערוצי שיווק או רשימת לקוחות), וקיימת השפעה בעלת אופי אחר לשמירת סודיות העלויות שבהן נושא בעל הסוד.

1. ההשפעה הישירה על התחרות

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

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

2. ההשפעה האסטרטגית על התחרות

כאשר הסוד המסחרי כולל מידע על העלויות שהפירמה נושאת בהן, ובפרט העלויות השוליות של פירמה ותיקה בשוק, הסתרת הסוד מפני מתחרים פוטנציאליים עשויה

21. ראו, למשל, עניין עלית (לעיל, הערה 14) (מועסק לשעבר של חברת עלית חפץ להשתמש בידע שצבר בעלית ולחבור לאחר כדי להיכנס לענף הקפה השחור, שבו פעלה עלית); בג"ץ 1683/93 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מז(4) 702 (להלן: עניין יבין פלסט בע"מ) (עובד לשעבר של חברה שעסקה בתחום הגומי חפץ להשתמש בידע כדי לחבור לחברה שהפצה להיכנס לתחום).

הוותיקות תועלת מהורדת מחירים לפני הכניסה. הן ינצלו את כוח השוק שלהן ככל שניתן (כל עוד אין כניסה חדשה לשוק), וידרשו מחירים גבוהים עד הכניסה. במילים אחרות, ביחסים שבין פירמה ותיקה למתחרה פוטנציאלי בשוק שלה, דווקא סודיות באשר לעלויות השוליות אצל הפירמה הוותיקה מעודדת יותר תחרות, ומביאה לידי מחירים נמוכים יותר. נודעת אפוא משמעות מיוחדת להגנה על סוד עסקי בדבר ההוצאות השוליות של פירמה. למיטב ידיעתי, הדיון בסודות עסקיים התרכז עד כה בידע מסוגים אחרים, כגון רשימת הלקוחות, תהליכי הייצור וכו'. ניתן אפוא לראות שלהגנה על ידע בנוגע לעלויות ישנן השלכות מדיניות מיוחדות.

מעניין אמנם לציין בהקשר זה שאם הפירמה הוותיקה היא באמת יעילה יחסית, היא תעדיף דווקא לחשוף את העלות השולית אצלה בפני מתחרים פוטנציאליים כדי שהם באמת ייווכחו ביעילותה. לכאורה אפוא ממילא אין תועלת בהגנה על סודות מסחריים משום שבעלת הסוד, הפירמה הוותיקה, לא תחפוץ לשמור ידע זה בסוד מפני המתחרה הפוטנציאלי. אולם ישנם כמה טעמים לכך שפירמה ותיקה בכל זאת תרצה לשמור את הידע בסוד.²⁵ ראשית, הידע הכולל את העלות השולית עשוי לכלול בצורה שאינה ניתנת להפרדה פרמטרים נוספים, כגון שיטות ייצור, שהפירמה הוותיקה אינה מעוניינת לחשוף, ואין לה אפשרות לדלות מתוכם בצורה אמינה אך ורק פרטים בנוגע לעלות השולית. הסיבה, למשל, לכך שפירמה ותיקה לא תהא מעוניינת לחשוף שיטות ייצור בפני מתחרה פוטנציאלי היא, שידע בנוגע לשיטות הייצור מצמצם כשהוא לעצמו את עלויות הכניסה של המתחרה ועל כן מגדיל את סיכויי הכניסה.

אמנם ככל שבעל הסוד חושש יותר לחשוף ידע, כגון תהליכי הייצור שלו, שיכול לשפר את סיכויי הכניסה של המתחרה הפוטנציאלי, כן סביר להניח שהסתרת ידע זה כרוכה בפגיעה ישירה בתחרות שגדונה קודם לכן.²⁶ אולם, בכך אין כדי להכריע שהפגיעה הישירה בתחרות אכן גוברת על התרומה לתחרות הנובעת מן ההשפעה האסטרטגית הפרו-תחרותית שגדונה לעיל. שיקולים מנוגדים יכולים להכריע את הכף: ראשית, העובדה שבעל הסוד חושש מכניסת המתחרה לא בהכרח מצביעה על כך שהמתחרה הפוטנציאלי אכן ייכנס לשוק כאשר באמתחתו הסוד. שנית, אף אם ברור לחלוטין שהמתחרה הפוטנציאלי ייכנס לשוק, אם יתגלה לו הסוד, אין שום ערובה לכך שהרווחה הכוללת תהיה אז גדולה יותר מאשר במצב שבו הסוד נשמר, המתחרה הפוטנציאלי נשאר מחוץ לשוק, והפירמות שבשוק מורידות מחירים כדי להרתיע מפני כניסה כזו. יש לזכור שלאחר כניסת המתחרה לשוק, כבר אין את מי להרתיע, והפירמות שבשוק יכולות "לחגוג" בגביית מחירים גבוהים ככל

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

26. ראו פרק ג.1.

הצהרת סודיות שבה התחייב שלא לגלות או למסור לשום אדם אחר או גוף אחר כל תכניות או ידיעות בקשר לקווי ייצור, שינוע, מרשמים, תהליכים ושיטות ייצור הנוגעים למוצר כלשהו המיוצר במפעלי עלית ושלא להשתמש בהם לטובתו שלו או לטובת צד שלישי, וזאת למשך כל תקופת עבודתו בעלית וחמש שנים נוספות לאחר מכן. אולם עוד לפני שסיים את עבודתו בעלית, חבר סרנגה לשותף, והקים מפעל שבו ייצרו השניים קפה שחור במערך ייצור זהה למערך של עלית. בית המשפט קבע כי תהליך הייצור של קפה שחור מהווה, בנסיבות העניין, סוד מסחרי של עלית. בין היתר אמר בית המשפט המחוזי:³⁰

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

מדברים אלה ניתן להסיק כי גם בפרשה זו, כמו בוודאי במקרים רבים אחרים, שמירת הסוד של עלית מפני מתחרים פוטנציאליים, כגון השותפות של סרנגה וחברו, משפיעה במישרין על התחרות: הרשאה לסרנגה לחבור לפירמה שהפצה להיכנס לתחום הקפה הייתה מקטינה את עלויות הכניסה לשוק עבור פירמה זו ועל כן מגדילה את הסיכויים שפירמה חדשה כזו תיכנס לתחום הקפה. ככל שקמים לעלית מתחרים רבים יותר, אף אם נתח השוק שלהם קטן בתחילה, הם יכולים לצמוח בעתיד, להתמוזג זה עם זה, או לקבל מימון חיצוני בעתיד, וכך לפחות בעתיד לרסן את יכולתה של עלית לנצל את הדומיננטיות שלה בשוק כדי להעלות מחירים ולקבוע איכות לא תחרותית.³¹ אולם עוד נאמר בפסק הדין:³²

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

עולה אפוא כי כמו כמעט בכל המקרים שבהם הסוד נוגע לתהליכי הייצור, חלק מן הידע שסרנגה היה חשוף לו, ושהוא מנסה להשתמש בו כדי להיכנס לשוק כמתחרה, הוא ידע בנוגע לעלויות הייצור של עלית. כפי שציינתי לעיל, מועיל לתחרות שמתחרה פוטנציאלי, כגון השותפות שסרנגה חבר אליה, לא ידע את עלויות הייצור של הפירמה הוותיקה – עלית. אסימטריה זו במידע, שבה מתחרים פוטנציאליים בשוק הקפה השחור אינם יודעים את העלויות של עלית, עשויה לדרבן את עלית להוריד מחירים כדי לאותת

30. שם, בעמ' 802.

31. השוו גילה (לעיל, הערה 24) (דיון בניתוח דינמי של השוק, שבו פירמות קטנות עשויות לקרוא תיגר, בעתיד הרחוק, על הדומיננטיות של הפירמה החזקה בשוק).

32. עניין עלית (לעיל, הערה 14). בעמ' 802.

כידוע, שוק העיתונות הכלכלית הוא ריכוזי ביותר, מועד לקרטליזציה, ומועד לניצול לרעה של כוח שוק.³⁷ כיצד אפוא ניתן להסכיר את ההתעלמות משיקולי תחרות בעת הדיון בשאלה אם למנוע ממתחרה פוטנציאלי (טלגרף) להיכנס לענף ריכוזי זה של עיתונות כלכלית שבו פועלת גלובס?

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

ד. השיפת מידע על אודות פירמה בפני מתחרה בפועל

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

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

(א) ההשפעה הישירה על התחרות

(1) ידע שמצמצם עלויות או משפר איכות

אם הסוד המסחרי כולל ידע שמאפשר לבעל הסוד לספק מוצר או שירות בעלויות נמוכות יותר (כגון ידע בדבר שיפור טכנולוגי) או באיכות גבוהה יותר (כגון ידע בדבר תהליך הספקה או ייצור) מהעלויות או איכויות המוצרים או השירותים של מתחריו, קיימת השפעה ישירה ברורה להגנה על הסוד, והיא מניעת יתרונות אלה מן המתחרים. נגיה, למשל, שלפירמה א' ידע על שיפור טכנולוגי המצמצם את העלויות השוליות של המוצר

37. ראו, למשל, נימוקי התנגדות למיזוג בין בראון פישמן תקשורת בע"מ לבין ידיעות אחרונות בע"מ, 2002, הגבלים עסקיים 3015790.

המתחרים על פיה ללקוחות שברשימה, אך אין היא מונעת כמוכּן מצב שבו הלקוחות יגיבּו, ביזמתם, לשיווק כללי או מקרי מצד המתחרים.

ניתוח דומה תל גם על פריטי ידע אחרים, כגון מידע על ערוצי הספקה או ערוצי הפצה. ייתכן שמונופול על מידע כזה יכול לאפשר לפירמה לבצר נתח שוק שלה או להגדילו על חשבון מתחרים, אם כי במידע כזה יש גם לעתים כדי לצמצם את העלויות השוליות אצל בעלת הידע (עקב ידיעה בלעדית של ערוצי הספקה או שיווק יעילים יותר) ואז יהיו בידע אספקטים אנטי-תחרותיים מן הסוג שבדון לעיל.³⁹

(ב) ההשפעה האסטרטגית על התחרות

(1) כשהסוד נוגע לעלויות

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

פירמה חסרת סיכוי לסלק את מתחריה המבוססים (להלן: "פירמה א'") תהיה מעוניינת להציג בפני מתחריה המבוססים עלויות גבוהות יותר מכפי שהן באמת, וזאת כדי לדרבן את המתחרים להעלות מחירים בעצמם. כפי שניתן להראות, לפירמה שעלויות מוצריה גבוהות "כואב" פחות (מבחינת אבדן רווחים עקב אבדן נתחי שוק) להעלות מחירים מאשר לפירמה שעלויות מוצריה נמוכות. משום כך, פירמה א' יכולה "להתחפש" לפירמה שעלויות מוצריה גבוהות (כאשר מתחרים מבוססים אינם מודעים לעלויותיה) באמצעות העלאת מחירים. זוהי אסטרטגיה רווחית עבור פירמה א', משום שכאמור לעיל היא מדרבנת גם את המתחרים שלה להעלות מחירים, במחשבה שיריבתם יחסית אינה יעילה.⁴⁰

אלמלא היה המידע בדבר העלויות מוגן כסוד מסחרי, המתחרים היו יודעים את העלויות שפירמה א' נושאת בהן לאשורן. בהיעדר פערי מידע, העלאת מחיר מצד פירמה א' לעומת המחיר שאמור לרווח בשוק לא תטעה את היריבים. פירמה א' אינה יכולה "להתחפש"

39. לעיל, הערה 38 והטקסט שלידה.

40. גם למתחרים זו אסטרטגיה רווחית להעלות מחירים כאמור, משום שהם יודעים שאין להם סיכוי לסלק מן השוק את פירמה א'. הם "מנצלים" אפוא את חוסר יעילותה הנתחית לצורך העלאת מחירים והגדלת הרווחיות שלהם לכל יחידה נמכרת. יתרה מזו, גם המתחרים עשויים לנקוט אסטרטגיה דומה, של ניפוח המחיר שהם גובים, כדי שהמתחרים שלהם יחשבו שעלויות מוצריהם גבוהות, דבר שידרבן גם מתחרים אלה להעלות מחירים. במודלים העוסקים במצבים אלה של תחרות מחירים במצב של פערי מידע, ההנחה היא שהמחיר איננו מתנפח עד אין סוף, או עד המחיר שהיה שורר בקרטל בשוק, שכן סביר להניח שלכל פירמה מושג כלשהו על טווח העלויות האפשרי של יריביה. מכאן שיש גבול עד כמה אפשר לתעתע במתחרים באמצעות "התחפשות" לפירמה שעלויות מוצריה מנופחות. ראו: Tirole (לעיל, הערה 23), בעמ' 365.

למשל, אם יצרן משחת השיניים המכילה אבקת סודה מעלה מחירים לעומת המחירים שהיה גובה אילו הידע באשר לביקוש למוצר שלו היה חשוף למתחרים, הוא מאותת בכך ליצרני המוצרים המתחרים של משחות השיניים שמספר הצרכנים המעדיפים משחת שיניים הכוללת אבקת סודה הוא גבוה יחסית. יצרני משחות השיניים האחרים יגיבו בדרך כלל בהעלאת מחירים גם הם. הם יניחו שאם הרבה אנשים מעדיפים משחת שיניים שיש בה אבקת סודה, אכן יצרן משחת השיניים הכוללת אבקת הסודה יכול להעלות את מחירו, ואזי היצרנים המתחרים, אלה שמייצרים משחת שיניים בלי אבקת סודה, יוכלו להרשות לעצמם להעלות מחירים, בלי לאבד נתחי שוק משמעותיים.⁴³

אם הסוד בדבר מידת הביקוש למשחת שיניים, שיש בה אבקת סודה, נחשף למתחרים, אזי אילו היה היצרן של משחת שיניים זו מנסה להעלות את המחיר שאמור לרווח בשיווי משקל בשוק זה, היריבים לא היו מגיבים בהעלאת מחירים משל עצמם, אלא היו גובים את המחיר הנמוך יותר, לפי שיווי המשקל האמור. המתחרים היו מבינים שהמחיר הגבוה שגובה יצרן משחת השיניים הכוללת את אבקת הסודה לא יאריך ימים, ואיננו נובע מנתונים אובייקטיביים (כגון ביקוש גבוה למוצר). ביודעו זאת, גם יצרן משחת השיניים הכוללת אבקת סודה יימנע מלגבות מחיר גבוה יותר מזה שמכתיבים תנאי השוק. גם כאשר המידע נוגע לביקוש למוצר של הפירמה, ולא רק לעלויות שלו, הסתרתו מיריביה המבוססים טומנת אפוא בחובה השפעה אסטרטגית שלילית על התחרות.

(3) בשחזור נוגע לכושר הייצור של הפירמה

כאשר המידע נוגע לכושר הייצור של הפירמה (כגון כושר ההספקה היומי של המפעל, מספר העובדים, נפח ערוצי ההספקה וההפצה וכד') נודעת להסרת המידע דווקא השפעה אסטרטגית חיובית על התחרות. מודלים כלכליים מראים שכאשר מתחרה א' מעלה את כושר הייצור שלו (למשל, מגדיל את המפעל שלו) התגובה הרווחית של מתחרה ב' היא לסגת ולהקטין את המפעל שלו.⁴⁴ מכאן שהן מתחרה א' והן מתחרה ב' היו רוצים להיראות ליריב כבעלי כושר ייצור גדול ככל האפשר. כאשר המידע בנוגע לכושר הייצור הוא חשוף, המתחרים אינם צריכים להשתמש בכמות שהם מספקים בפועל כמכשיר לאותת ליריבם מהו כושר הייצור שלהם. במצב כזה, מתחרה א', למשל, לא יהסס למכור כמות נמוכה מכושר הייצור המלא שלו, ולהעלות מחירים, אם רווחי לעשות כן מבחינות אחרות. אולם

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

44. ראוי: Tirole (לעיל, הערה 23), בעמ' 342; Jeremy Bulow, John D. Geanakoplos and Paul D. Klemperer, "Multimarket Oligopoly: Strategic Substitutes and Complements," 93 *J. Pol. Econ.* (1985) 488.

הקרטל, שכן המתחרים שלו יגיבו מהר יותר ובאופן אגרסיבי יותר על מבצע ההוזלות כאשר הידע שלהם עליו רב וודאי יותר. כאשר הפירמות בענף מוכרות ישירות לצרכנים, ממילא מבצעי ההוזלות שלהן שקופים ליריבים, משום שהן ממילא צריכות לצאת בפומבי במבצע ההוזלות. אולם כאשר הפירמות מוכרות באמצעות מפיצים, או מוכרות למספר מצומצם יחסית של לקוחות עסקיים, אין הן צריכות לצאת בפומבי במבצע ההוזלות. הן יכולות לשמרו בסוד מפני המתחרים שלהם.⁴⁶ אמנם אם פירמה מורידה מחירים למפיצה, והמפיצים משתמשים בהורדת המחירים כדי להוריד לצרכנים, המתחרים של אותה פירמה יוכלו לראות את הורדת המחיר מצד המפיצים, ולחשוש שמקורה בהורדת מחירים מצד יריבם. אולם חשד זה יהא מעומעם ולא ודאי. מפיצים עשויים להוריד מחירים, מעת לעת, גם מסיבות אחרות, כגון התייעלות של המפיץ, ירידה בביקוש לשירותיו, או מבצע הוזלות שיוזם המפיץ עצמו, על השבון רווחיו שלו.

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

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

ישנם מצבים שבהם הסוד המסחרי נוגע גם למבצעי הוזלות שכבר בוצעו בעבר. אם ניתן לשמור על מבצע בסוד גם לאחר שהסתיים, הסיכויים שיצא לפועל גדלים, משום שהפירמה, העורכת את המבצע, יודעת שיריביה לא ידעו גם בעתיד על המבצע והסיכויים שייגיבו באגרסיביות, למשל, באמצעות מבצע משלהם, קטנים. מנגד, אם הסוד בדבר מבצע שנערך בעבר אינו יכול להישמר לטווח ארוך, והמתחרים, משייודע להם שיריבם ערך

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

כדאי להם, למתחרים החלשים, להשקיע כספים כדי להישאר בשוק (אם השקעות כאלה נדרשות), דבר שיגרום להם בסופו של דבר להסתלק מן השוק.⁴⁹

מבחינה זו, שמירת העלות השולית, שבה נושא המתחרה המבוסס, בסוד יכולה לשפר את מצב הצרכנים, עקב הורדת המחירים על ידיו. יש לשים לב שגם אם המידע לא היה נשמר בסוד, והמתחרים החלשים היו יודעים שהפירמה המבוססת יעילה יחסית, הם היו נרתעים מלהשקיע בהמשך קיומם בשוק והיו מסתלקים ממנו. במצבים מעין אלה, ההשפעה התחרותית האסטרטגית של שמירת המידע בסוד היא אך ורק חיובית: אם הידע אינו נשמר בסוד, המתחרה המבוסס איננו מחויב להוריד מחירים כדי לאותת שהוא יעיל, משום שהמתחרים החלשים ממילא יודעים זאת. אם הידע נשמר בסוד, המתחרה המבוסס צריך להוריד מחירים אם הוא רוצה לאותת, באופן אמין, למתחרים החלשים שהוא יעיל, והצרכנים ייהנו מהורדת המחירים שלו.

יתרה מזו, אם פירמה מבוססת פועלת בכמה שווקים, כגון רשת חנויות הפועלת באזורים גאוגרפיים שונים במדינה, היא יכולה לשמור על מחירים נמוכים באזור גאוגרפי אחד כדי לאותת למתחרים חלשים יחסית באזור גאוגרפי אחר, שעלויותיה נמוכות. זהו, למשל, המצב כאשר העלות שבה נושאת רשת, כגון רשת השיווק שופרסל, דומה בכל האזורים, למשל, עקב כוח הקנייה המרוכז של הרשת. גם כאן אפוא יכול להיות ערך פרו-תחרותי לשמירת הסוד.⁵⁰

ייתכנו מקרים שבהם פירמה מבוססת, שאינה יעילה במיוחד, תרצה "להתחפש" ליעילה באמצעות הורדת המחיר שהייתה גובה אילו המידע היה בידי מתחריה החלשים. כאן שמירת הסוד אכן גורמת מחד גיסא להורדת מחירים לטווח קצר, אבל מאידך גיסא היא מעודדת את סילוקם של מתחרים חלשים רבים יותר ממספר המתחרים החלשים שהיו מסתלקים מן השוק אילו היו מודעים לכך שהפירמה המבוססת איננה יעילה.

3. ניתוח ההשפעות על התחרות בראי הפסיקה

בדב"ע נד/3-110 שירות מחלקה ראשונה בע"מ נ' קוסאס⁵¹ נדונה תביעה של חברה, שעסקה בהפצת מתקני מים של חברת מי עדן, נגד סוכני מכירות לשעבר, שלאחר תום עבודתם בשיווק מתקני מי עדן עברו לעבוד בשיווק מתקני מיהור מים של חברת מי צורים. התביעה התבססה, בין השאר, על התחייבות של סוכנים אלה להימנע מלחשוף את הסודות המסחריים הקשורים להפצת מתקני מי עדן, שהובאו לידיעתם במהלך עבודתם. שאלה מרכזית, שנדונה בפסק הדין, היא אם מי צורים בכלל מתחרה במי עדן. בית הדין הארצי לעבודה הכריע, בצדק לדעתי, שהיא אכן מתחרה. המבחן המרכזי לקביעה אם שני מוצרים מתחרים זה בזה הוא מבחן החלופיות הסבירה בעיני הצרכנים. אם צרכנים רבים

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

50. ראו: David Kreps and Robert Wilson, "Reputation and Imperfect Information", 27 *J. of Economics Theory* (1982) 253.

51. פד"ע כו 451.

במאמציה לסלק את מי צורים מן השוק, מי צורים לא תוכל לאתר בקלות את לקוחותיה של מי עדן ולנסות לשכנע אותם להחליף את מתקנם במתקן של מי צורים. צמצום הסיכוי שפירמה כגון מי צורים תיפלט מן השוק, והיזוקה באמצעות חשיפת רשימת הלקוחות, יעזרו לרסן את כוחה של מי עדן, ותברות מבוססות אחרות בשוק זה, להעלות מחירים ולפגוע בתחרות באופנים אחרים.

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

מאידך גיסא, אם נראה את מי צורים כמתחרה חלש, אזי שמירה בסוד של המידע בדבר העלויות שמי עדן נושאת בהן היא בדרך כלל דווקא בעלת השפעה אסטרטגית פרו-תחרותית: מי עדן תרצה לגבות מחירים נמוכים יחסית כדי לאותת למי צורים שהיא יעילה, דבר שיכול להרתיע את מי צורים מלרצות להשקיע השקעות הנדרשות לצורך הישארות בשוק.⁵⁵ בהתנהגות זו של מי עדן יש ברכה לצרכנים, אלא אם כן מי עדן תנסה להעמיד פנים שהיא פירמה יעילה יותר מכפי שהיא באמת, באופן שמי צורים תדורבן להסתלק לחלוטין מן השוק בחשבה, בטעות, שמי עדן יעילה מאוד. אכן, קשה מאוד להכריע במקרה נתון איזה מן המקרים מאפיין את המציאות, שהרי קשה לבית המשפט לקבוע אם מי עדן יעילה, ועד כמה היא צריכה להיות יעילה כדי לדרבן את מי צורים להסתלק מן השוק.

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

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

עינינו רואות שקשה לנתח בבית המשפט את ההשלכות התחרותיות של ההגנה על סודות מסחריים של משווקי מתקני מי עדן. ההשפעה התחרותית הישירה כשהיא לעצמה מורכבת

55. ראו, לעיל, הערות 49-50 והטקסט שלידן.

לכן, מתקבל הרושם שלא מדובר בחברה שגבים יכולה לסלק בנקל מן השוק. לפיכך ככל שהידע ההנדסי, שבית המשפט מתבקש להגן עליו, הוא ידע שמאפשר צמצום עלויות או שיפור איכות המוצר, הרי שמירה שלו מפני אגרותים, על פי הניתוח דלעיל, יהיה בעל השפעה ישירה אנטי-תחרותית. שמירת הידע בסוד תנצית את הכוח, שהמונופולין על הידע נותן לגבים, להעלות מחירים מעל ומעבר לעלויות. כיוון שמדובר במהנדס לשעבר, סביר להניח כי הידע שהוא נהשף אליו איננו כולל במובהק ידע המאפשר ביצור או הגדלה של נתח השוק של גבים על חשבון אגרותים.

בנוסף, ככל שהידע שבידי המהנדס לשעבר של גבים נוגע לעלויות השוליות שגבים נושאת בהן, הרי על פי הניתוח לעיל, כלל שמונע נגישות למידע זה ממתחרה כאגרותים מדרבן את גבים להעלות מחירים כדי לאותת לגבים שהעלויות גבוהות. רק אם נתפוס את אגרותים כמתחרה בר סילוק (תפיסה שלא עולה, כאמור, מעובדות פסק הדין), אזי ההשפעה האסטרטגית של שמירת הידע בנוגע לעלויות אצל גבים תפעל בכיוון מנוגד, של דרבון גבים להוריד מחירים דווקא. אמנם אם הידע נוגע לכושר הייצור של גבים, ההשפעה האסטרטגית של הסרתו מאגרותים אכן תפעל לשיפור התחרות, באמצעות הנעת גבים לספק כמות גדולה יותר של מכונות כדי להפגין כושר ייצור גבוה. עם זאת, כיוון שמדובר בהספקה של מכונות על פי הזמנת הלקוח, ספק אם מגגון איתות מעין זה הוא כלי אסטרטגי בר תוקף עבור גבים.

עניין גבים ואגרותים דווקא מרמז שמניעת חלחול הידע אל אגרותים כפי הנראה פגעה בתחרות, הן מבחינת ההשפעה הישירה על התחרות והן מבחינת ההשפעה האסטרטגית על התחרות, וזאת במיוחד אם השוק שבו פועלות תברות אלה הוא שוק ריכוזי יחסית (כלומר שמתחרה בו מספר קטן של שחקנים מבוססים). מבחינה זו חבל שבית המשפט לא הביא בחשבון את הערך של פגיעה בתחרות במלאכת האיזון. בית המשפט החשיב את הערך של פגיעה בחופש העיסוק של המהנדס לשעבר. בעניין זה הרגיש בית המשפט כי התחום, שבו נאסר עיסוקו של המהנדס, הוא אך ורק התחום הצר של ייצור מכונות אוטומטיות, ועל כן הפגיעה בחופש העיסוק קטנה יחסית.⁵⁹ עם זאת, בנתנו לגבים את הצו שביקשה, שמנע מן המהנדס לשעבר לעבוד באגרותים, התעלם בית המשפט לחלוטין מן הפגיעה בתחרות שבמתן צו מעין זה.

ה. חשיפת מידע בין ספק ללקוח

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

59. ראו, לעיל, הערה 57, פסקה 11 לפסק הדין.

מההפצה.

אולם למעט במקרה שהרווחים הצפויים של המפיץ הם הגבוהים ביותר בספקטרום האפשרויות העומד לנגד עיני הצדדים, מנגנון מעין זה מנפח את העלויות השוליות שבהן נושאים המפיצים בגלל ניפוח המחיר הסיטונאי ליחידה מעל הרמה שהייתה יכולה להיות רווחית אילו הספק היה יודע בעצמו מהי הרווחיות הצפויה של המפיץ. ניפוח זה של העלות השולית שבה נושא המפיץ יעלה גם את המחיר הקמעונאי שהמפיץ ידרוש מצרכניו ויפגע ברווחה.⁶¹

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

אולם הניתוח הכלכלי דלעיל בדבר ההשפעה האסטרטגית האנטי-תחרותית הנובעת משמירת נתוני רווחיותו של המפיץ בסוד מפני הספק מבוסס על כמה הנחות שלא תמיד מתקיימות. למשל, לא תמיד משלמים מפיצים לספק דמי זיכיון קבועים ולעתים קרובות כל העסקה בין הספק למפיץ מורכבת מתשלום מחיר סיטונאי מסוים לכל יחידת מוצר. כאשר אין דמי זיכיון קבועים, למפיץ אין טעם לתת לספק נתונים כוזבים על העלויות או הביקוש לשירותיו, ולספק אין טעם ליצור מנגנון של מחיר ליחידה העולה ככל שרווחיו המדווחים של המפיץ קטנים יותר. רווחיותו של המפיץ איננה רלוונטית לבניית העסקה בינו ובין הספק משום שאין בעסקה זו שום מנגנון לחלוקת רווחים אלה ביניהם. במקרים כגון אלה, שמירת רווחיותו של המפיץ בסוד מפני הספק לא בהכרח גורמת להעלאת מחיריהם.⁶²

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

62. עם זאת, הספק והמפיץ יכולים לשכלל את העסקה שלהם באמצעות גיבוש תמחיר דו-ראשי, של מחיר יחידה ודמי זיכיון קבועים. אם, למשל, המפיץ מוכן לשלם לספק דמי זיכיון

מעמד דומיננטי בשוק ואפילו הוא הספק היחיד בשוק.⁶⁴ הסיבה לכך היא שספק היה רוצה לדרוש מחירים גבוהים עבור המוצר בשלבים מוקדמים של המכירה, ולמכור אותו במחירים אלה לצרכנים שמוכנים לשלם אותם, ובשלב מאוחר יותר, אחרי שהצרכנים הראשונים כבר רכשו את המוצר, להוריד את המחיר, ולמכור ברווח גם לצרכנים שמוכנים לשלם פחות עבור המוצר. אלא שחלק מהצרכנים, המוכנים לשלם הרבה עבור המוצר, מעריכים שהמחיר ירד, ויעדיפו להמתין להזולה. באופן זה, כך מנבאת התיאוריה הנ"ל, הספק נאלץ להוריד מחירים כבר בתקופה הראשונה, כדי בכל זאת לפתות את הצרכנים, שיכולים לשלם הרבה עבור המוצר, לרכוש מיד את המוצר ולא להמתין להזולה. למעשה, כאשר הספק חופשי לעדכן את מחיר המוצר לעתים קרובות, התיאוריה מנבאת שכבר בתחילה יוריד הספק את מחיר המוצר שלו למחיר השווה לעלות השולית של המוצר.⁶⁵

אולם תיאוריה כלכלית זו מבוססת על ההנחה שהצרכנים והלקוחות של הספק מודעים לעלותו השולית של המוצר עבור הספק. כשהעלויות אצל הספק אינן ידועות ללקוחותיו, כפי שהמלומדים דנקר (Deneckere) ואוסובל (Ausubel) מראים,⁶⁶ המחיר שהספק יכול לדרוש יעלה, משום שהספק יכול להטעות את לקוחותיו ולטעון לעלויות גבוהות, ולדרוש מחיר גבוה מהעלויות האמיתיות כבר בתחילה. כאשר הלקוחות של הספק יראו שהוא גובה מחיר גבוה יחסית, הם לא ידעו אם כדאי להם לחכות עד שהמחיר יהיה נמוך יותר, משום שייתכן שמחיר זה הוא כבר המחיר הנמוך ביותר האפשרי, השווה לעלות השולית של המוצר אצל הספק. לפיכך חלק מלקוחות אלה יסכים לשלם את המחיר הגבוה ולא ימתין להזולה, וכך "יצדיק" את הטקטיקה השקרית של הספק.

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

64. תיאוריה זו פותחה לראשונה על ידי Coase ומכונה ה-Coase Conjecture. ראו: R. H. Coase, "Durability and Monopoly", 15 *J. of L. and Econ.* (1972) 143; Jeremy Bulow, "Durable Goods Monopolists," 90 *J. of Pol. Econ.* (1982) 314; על ידי: Nancy L. Stokey, "Rational Expectations and Durable Goods Pricing," 12 *Bell J. of Economics* (1981) 112; Faruk Gul, Hugo Sonnenschein and Robert Wilson, "Foundations of Dynamic Monopoly and the Coase Conjecture," 39 *Journal of Economic Theory* (1986) 155.

65. הספק ינסה כמובן לפתח אסטרטגיות להתגברות על אבדן זה של כוח השוק שלו, וישכיר, למשל, את הציוד במקום למכור אותו, או יגרום בכוונה לבלאי מהיר יותר של הציוד וכו'. ראו: Tirole (לעיל, הערה 23), בעמ' 83-87. הדעת נותנת שבמקרים רבים התיאוריה נכונה ויש כרסום, ולו חלקי, בכוח השוק של ספקי מוצר בר קיימא.

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

היא רק כלפי אנשים מסוימים. הניתוח הכלכלי דלעיל מצביע על כך שמעמד קנייני, כלפי כולי עלמא, לסוד מסחרי עלול להביא לידי תוצאות לא ראויות מבחינת התחרות. אם סוד מסחרי מוגן כלפי כולי עלמא, משמע שהוא מוגן גם כלפי נכנסים פוטנציאליים לשוק של בעל הסוד (דבר ראוי על פי הניתוח הנ"ל) וגם כלפי מתחרים מבוססים של בעל הסוד (דבר שהוא לא תמיד ראוי על פי הניתוח הנ"ל). גישה לפיה סוד מסחרי איננו בגדר זכות קניינית, אלא רק זכות כלפי אנשים מסוימים, מתאימה יותר לניתוח שהוצע כאן: לפי גישה זו, הסוד המסחרי יוגן, למשל, מפני מתחרים פוטנציאליים, ולעתים לא יוגן מפני מתחרה מבוסס, וזאת כאשר הפגיעה התחרותית (האסטרטגית והישירה) שגורמת הגנה זו, והפגיעה החיצונית לתחרות, כגון הפגיעה בחופש העיסוק, גוברות על היתרונות החברתיים, החיצוניים לתחרות, שבהגנה על הסוד.

במהלך השנים הובעו בפסיקה הישראלית דעות נוגדות ומגוונות באשר לסיווג הסוד המסחרי כזכות קניין. לדבריו של הנשיא ברק בעניין יבין פלסט:⁶⁹

הסוד המסחרי הוא "תופעת" משפט. טרם גובשה תורה כללית ואחידה אשר בכוחה להתמודד עם תופעה זו. יש הרואים בסוד המסחרי קניין, ומבקשים לדון בהגנתו באמצעות ההגנה הניתנת לקניין [...]. אחרים רואים בה "מעין קניין" ...

אליבא דטדסקי הסוד המסחרי אינו קניין, אלא רק "מעין קניין", זאת מאחר שלגישתו אין לבעליו זכויות כלפי כולי עלמא, אלא רק כלפי קבוצה מסוימת של אנשים.⁷⁰ דויטש, לעומתו, מעניק לזכות בנוגע לסוד המסחרי עצמה גבוהה יותר של זכות "דמוית קניין". לדבריו:⁷¹

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

חוק עוולות מסחריות אינו נוקט עמדה מפורשת בסוגיית הקנייניות של הזכות לסודיות מסחרית, אם כי סעיף 8 לחוק בחר מודל מעורב של הגנה ולפיו רכישה בתום לב ובתמורה מקנה הגנה לצד שלישי, אלא אם כן בית המשפט סבור אחרת.⁷² הסוגיה של הגנה על מי

69. עניין יבין פלסט בע"מ (לעיל, הערה 21), בעמ' 706. (ההפניות הושמטו - ד"ג).

70. טדסקי (לעיל, הערה 3).

71. מיגל דויטש, קניין חלק א (בורסי, תשנ"ז-תשנ"ט), בעמ' 62.

72. ראו, גם, מיגל דויטש, עוולות מסחריות וסודות מופחר (נבו, תשס"ב), בעמ' 353 ואילך.

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