

המבחן התכליתי והנימוק ה"קנייני" – תנאים ליישום של חוק ההגבלים העסקיים

בעקבות ע"א 3700/98 א. מ. חניות (ירושלים) 1993 בע"מ נ' עירית ירושלים

ועע"מ 6464/03 לשכת שמאי המקרקעין נ' משרד המשפטים

עידו עשת*

שני פסקי דין שניתנו לאחרונה בבית המשפט העליון בסוגיית ההגבלים העסקיים מצביעים על מגמת סיוג מקדמי של הוראות החוק ואימוץ "מבחן תכליתי" כתנאי להחלת הוראות החוק הקובעות מהו הסדר כובל. הערת הפסיקה מציגה את ערש הולדתו של המבחן התכליתי ובוחנת את שני הנימוקים הקנייניים העיקריים שבבסיסו: השימוש העקיף והזכות החדשה. לאחר מכן נדונה התופעה של זליגת המבחן האמור אל מחוץ למתחם הרציונל הקנייני. לבסוף מוצגת הטענה כי הנימוקים הקנייניים שביסוד המבחן התכליתי אינם מתיישבים עם הפרשנות המסורתית של הוראות חוק ההגבלים העסקיים והם אף נדחו בעבר בסוגיה דומה – בעניין שלכאורה תחולתו של מבחן זה עליו הייתה אמורה להיות חזקה במיוחד – בנקודת המתח שבין זכויות הקניין הרוחני לדיני ההגבלים העסקיים.

א. ערש הולדתו של המבחן התכליתי – הנימוק הקנייני. ב. על הרציונל המונח ביסוד הנימוק הקנייני. ג. זליגתו של המבחן התכליתי אל מחוץ לרציונל הקנייני. ד. זכות הקניין (הרוחני) וחוק ההגבלים העסקיים. ה. הביקורת על המבחן התכליתי.

* הכותב הוא עורך דין. ברצוני להודות לד"ר מיכאל בירנהק על תמיכתו, לד"ר מיכל (שיצר) גל על הערותיה וכן לחברי מערכת **משפט וממשל** על הערותיהם. כל אתרי האינטרנט המאזכרים להלן נצפו לאחרונה בנובמבר 2004 אלא אם כן נכתב אחרת.

"נשמת אפו" של חוק ההגבלים העסקיים¹ היא ההגנה על הציבור באמצעות מניעת פגיעה בתחרות החופשית, תוך איוון נאות בין טובת הפרט לטובת הכלל.² כדי להגשים את תכליתו אוסר החוק את עריכתם של הסדרים כובלים, מפקח על פעילותם של מונופולים בשוק ומפקח על מיוזגים העלולים להשפיע על התחרות החופשית. סעיף 2 לחוק קובע כי הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, ולפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו ובין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו ובין אדם שאינו צד להסדר.³ משמעויות משפטיות אחדות נודעות לעריכתו של הסדר כובל. ראשית, עריכת הסדר כובל (וזאת אף בלא הגשמתו בפועל)⁴ הנה עברה פלילית אשר קבוע בצדה עונש מאסר חמור המוטל על הצדדים להסדר.⁵ שנית, הסדר כובל מהווה עוולה

1. חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, ס"ח 128 (להלן: החוק או חוק ההגבלים העסקיים).
2. על תכליתו של חוק ההגבלים העסקיים ראו בג"ץ 47/83 **תור אור (ישראל) בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים**, פ"ד לט(1) 169, בעמ' 174; רע"א 371/89 **אילן ליבוביץ נ' א. את י. אליהו בע"מ**, פ"ד מד(2) 309, בעמ' 327; דנ"א 4465/98 **טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ**, פ"ד נו(1) 56 (להלן: דנ"א **טבעול**), בעמ' 82; "אשר לתכליתו של החוק – איסור ופיקוח על כריתתם של הסדרים כובלים – לא ניאליץ להרחיק נדוד, והרי החוק דובר אלינו בקול רם ובלשון פשוטה: התכלית היא לשמור על התחרות בעסקים ולהצר צעדיהם של הסדרים שיועדו לפגוע בתחרות החופשית".
3. סעיף 2 לחוק.
4. יצויין כי העברה הקבועה בסעיף 47(א) לחוק הנה מסוג עברת התנהגות שאינה דורשת רכיב תוצאתי. כך, ההתנהגות האסורה היא עצם עריכת ההסדר הכובל גם אם ההסדר הכובל בסופו של דבר לא יצא כלל לפועל ולא גרם לנזק לתחרות החופשית. ראו ע"פ 2929/02 **מדינת ישראל נ' אהוד סבירסקי** (טרם פורסם), פסקה 7: "לאמור, ההתנהגות עצמה – היינו, ביצוע פעולות כובלות – היא, על-פי החוק, עשיית הסדר כובל. אם כן, נמצא כי הן החוק המקורי הן החוק המתוקן מטילים אחריות בגין הרכיב ההתנהגותי האסור על-פי דיני ההגבלים העסקיים, ואילו החוק המתוקן מרחיב את גרי האחריות ומטילה אף כאשר ההסדר הכובל גובש אך טרם יושם בפועל".
5. באחרונה הוחמר העונש המוטל על צד להסדר כובל על פי סעיף 47(א)(1) לחוק והוא עומד עתה על שלוש שנות מאסר (ובנסיבות מחמירות על פי סעיף 47 לחוק – על חמש שנות מאסר). כך גם הוחמרה הענישה המוטלת על ידי בית המשפט ובמקרים רבים מוטלים עונשי מאסר בפועל על הצדדים להסכם הכובל. טענות בדבר אי-ידיעה על נפקותה הפלילית של התנהגות זאת נדחות כיום על ידי בית המשפט. ראו ע"פ 1042/03 **מצרפס שותפות מוגבלת בע"מ (1974) נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(1) 721, בעמ' 732, המצטט את כב' השופט דורנר בע"פ 2919/02 **אלוני נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם), פסקה 4: "בעיקרון, העונש הראוי לעבירות של עשיית הסדר כובל לפי החוק, ככל עבירה כלכלית, הוא עונש של מאסר בפועל. מבצעתן של עבירות כאלה, אנשים שומרי חוק בדרך-כלל, המוכרים בקהילותיהם כאנשים נשואי פנים, אינם פועלים מתוך מצוקה כלכלית או סוציאלית, וכל מטרתם היא הפקת

אזרחית אשר ניתן לתבוע בגינה בדרך של תובענה ייצוגית.⁶ ולבסוף, ההסדר עצמו הנו חוזה בטל שלא ניתן לאכפו.⁷

עד העת האחרונה נקבע כי תכליתו של החוק לעניין הסדרים כובלים מחייבת "לתפוס" התנהגויות רבות ככל האפשר ברשתו של החוק. לפי גישה תכליתית זו נדחו טענות רבות בדבר אי-תחולתו של סעיף 2 לחוק על התנהגויות שונות.

והנה, שני פסקי דין שניתנו באחרונה בבית המשפט העליון בעניין חוק ההגבלים העסקיים מצביעים על מגמה של סיוג מקדמי, היינו "החרגה אפריוריסטית" של הוראות החוק ואימוץ מבחן תכליתי כתנאי להחלת הוראות סעיף 2 לחוק הקובע הסדר כובל מהו. חיבור קצר זה טוען כי הנימוקים העומדים ביסוד המבחן התכליתי אינם מתיישבים עם הפרשנות המסורתית להוראות חוק ההגבלים העסקיים והם אף נדחו בעבר בסוגיה דומה – בעימות שבין זכות הקניין הרוחני להוראות חוק ההגבלים העסקיים.

פרק א' להצעת הפסיקה מציג את ערש הולדתו של המבחן התכליתי. פרק ב' בוחן את הנימוקים המונחים בבסיס המבחן התכליתי. פרק ג' מציג את זליגתו של המבחן האמור אל מחוץ למתחם הרציונל הקנייני. בפרק ד' תוצג הטענה כי הנימוק הקנייני נדחה בעבר על ידי הפסיקה במתח שבין זכויות הקניין הרוחני לחוק ההגבלים העסקיים. פרק ה' יבקר את המבחן התכליתי האמור.

א. ערש הולדתו של המבחן התכליתי – הנימוק הקנייני

המבחן התכליתי גובש באחרונה על ידי בית המשפט העליון בע"א א. מ. חניות⁸ (כב' השופט ריבלין). בפרשה זו תבעה חברת א. מ. חניות את עיריית ירושלים עקב הפסדים

רווחים קלים על חשבון הציבור. לעונש של מאסר בפועל אפקט מרתיע במיוחד כלפי מגור עברייני זה.⁹ על הבעיות שבאכיפה הפלילית של החוק ראו אמיר ליבנה, "בעיות מבניות בחוק ההגבלים העסקיים והשלכתן על "שיווי המשקל הפלילי" בתחום ההסדרים הכובלים" (בחוברת זו), וההפניות שם בפרק השני.

6. ראו סעיף 50 לחוק, הקובע כי מעשה או מחדל בניגוד להוראות החוק דינו כעוולה, ופרק 11 לחוק אשר מסדיר את מוסד התובענה הייצוגית על פי החוק. על השיקולים להגשת תובענה ייצוגית על פי פרק 11 לחוק ראו ת"א (ת"א) 2298/01 קו מחשבה בע"מ נ' בזק בינלאומי בע"מ (טרם פורסם).

7. על היותו של הסדר כובל חוזה בטל הנוגד את תקנת הציבור ראו דנ"א טבעול (לעיל, הערה 2), בעמ' 108-110: "זאת ועוד, אפילו היו מעשיו בגדר כריתת הסכם, והו' הסכם בלתי חוקי ובטל", וראו גם רע"א 6233/02 אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשייה שיווק אלומיניום זוכרית ופרזול בע"מ, פ"ד נח(2) 634, בעמ' 652.

8. ע"א 3700/98 א. מ. חניות (ירושלים) 1993 בע"מ נ' עיריית ירושלים (לא פורסם) (להלן: ע"א א. מ. חניות), פסקה 11. בקשה לדין נוסף נדחתה, ראו דנ"א 3113/03 א. מ. חניות (ירושלים) 1993 בע"מ נ' עיריית ירושלים (טרם פורסם) (להלן: דנ"א א. מ. חניות). ראוי לציין כי כב' השופט חשין אשר דחה את הבקשה לדין נוסף לא התעלם מהגישות השונות

שנגרמו לה מהפעלת חניון הממוקם בכיכר ספרא. בחוזה לשכירת החניון ותפעולו, שנכרת בין העירייה ובין חברת א. מ. חניות, הטילה העירייה הגבלה על מחיר החניה ומספר המנויים המקסימלי בחניון. חברת א. מ. חניות טענה כי ההגבלה האמורה מהווה הסדר כובל ולכן יש להכריז על בטלותו של החוזה האמור.

בית המשפט פסק כי הסדר בין בעל חניון ובין חברה העוסקת בהפעלת חניונים ובניהולם, המגביל את מכירת המנויים בחניון ואת גובה מחיר החניה אינו "הסדר כובל" כמשמעותו בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים והוראות החוק האמור אינן חלות מדעיקרא עליו. אחד הנימוקים העיקריים שעליו התבסס בית המשפט בפסקתו הוא שבעלת החניון:

היתה 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... אין לבוא עימה חשבון.⁹

בית המשפט מוסיף עוד ומציין כי ההסדר שלפניו אינו יכול ליהנות מהפטור הקבוע בסעיף 3(3) לחוק ההגבלים העסקיים¹⁰ ולכן הוא נזקק ליצירת המבחן התכליתי.

תמיכה לנימוק זה מצא בית המשפט בע"א **אולמי לחיים**¹¹ שנפסק עוד בשנות השבעים.¹² באותה פרשה נערך הסכם התקשרות בין הגברת תמרה שמעוני, צלמת אירועים במקצועה, ובין **אולמי לחיים**. ההסכם העניק לגברת שמעוני בלעדיות לצילום האירועים הנערכים באולם ובתמורה חלקו בעל האולם והצלמת בהכנסות מהצילומים. לאחר סכסוך שפרץ בין הצדדים ובקשה לאכוף את תניית הבוררות שנכללה בהסכם, טענה הגברת שמעוני כי ההסכם בטל ואינו ניתן לאכיפה מחמת היותו הסדר כובל. בית המשפט העליון (כב' השופט לנדוי) פסק כי ההסדר שנערך בין הצדדים אינו הסדר כובל, מכיוון שבעל האולם

בפסק הדין ומשינוי ההלכה שיצר פסק הדין, אך קבע כי שינוי זה אינו מצדיק דיון נוסף אלא מהווה חלק בלתי נפרד מהתפתחות המשפט. ראו שם, פסקה 10.

9. ע"א א. מ. חניות (לעיל, הערה 8), פסקה 11.

10. הפטור שבסעיף קובע כי לא ייחשב להסדר כובל הסדר בין מי שמקנה זכות במקרקעין ובין מי שרוכש את הזכות, שכל כבילותיו נוגעות לסוג הנכס או השירותים שבהם יעסוק רוכש הזכות באותם מקרקעין. בית המשפט בע"א א. מ. חניות (לעיל, הערה 8), פסקה 11, אף מציין כי הוא מודע לכך כי הפטור הוחק בעקבות ע"א 626/70 **שמעוני נ' אולמי לחיים בע"מ**, פ"ד כה (1) 824 (להלן: ע"א **אולמי לחיים**).

11. שם.

12. דיני ההגבלים העסקיים עברו כברת דרך מאז שנות השבעים, בצד כלכלת ישראל. ביקורת על כך שדווקא בתחום דינמי זה יש לנקוט משנה זהירות בהסתמכות על פסיקה נושנה במונחים כלכליים ראו אצל ד"ר מיכל (שיצר) גל במאמרה "חמישים גוונים לפורמאיקה: חוק ההגבלים העסקיים כראי להשקפות אידיאולוגיות בישראל", עתיד להתפרסם במחקרי **משפט** (עותק שמור במערכת).

היה זכאי שלא לתת כלל את הזיכיון לגברת שמעוני בהתבסס על זכותו הקניינית. משעה שבוחר להעניק זיכיון זה, יכול היה להעניקו אף בתנאים מתנאים שונים מכוח אותה זכות קניינית באולם.¹³

הנה כי כן ניתן לעמוד על קווים מספר לדמותו של המבחן התכליתי. ראשית, המבחן התכליתי יציר ע"א א. מ. חנויות מהווה מבחן מוקדם הבוחן התנהגויות שונות בטרם מוחל חוק ההגבלים העסקיים. שנית, ולמרות הנהוג בדיני ההגבלים העסקיים, אין המבחן התכליתי מבוסס על ניתוח שוק¹⁴ כלשהו הבוחן את השפעת ההתנהגות האמורה על השוק הרלוונטי.¹⁵ שלישית, נראה כי עקב היעדרם של נימוקים כלכליים, המבחן התכליתי נשען כולו על נימוקים קנייניים כהצדקה בלעדית ליצירתו. על הרציונל המונח בבסיס נימוקים אלו אעמוד עתה.

ב. על הרציונל המונח ביסוד הנימוק הקנייני

עיון בשני פסקי הדין המוזכרים לעיל מעלה כי הנימוק "הקנייני" מתרכז בזכותו הקניינית של צד להסדר ובחופש הפעולה (או בחופש שלא לפעול) המוענק לבעל הזכות הקניינית לעשות בקניינו כרצונו ובזכות הנוצרת (או שאינה נוצרת) על פי רצונו. על פי ע"א אולמי לחיים וע"א א. מ. חנויות, הצדקת הנימוק הקנייני נשענת על שני אדנים מרכזיים.

ראשית, הנימוק הקנייני נשען על הטענה כי בעל הזכות הקניינית רשאי לעשות בקניינו כשרירות בעלים.¹⁶ ירצה – יעניק זיכיון לצילום באולמו. ירצה – יעניק זיכיון להפעלת החניון במקרקעיו. לבעל הזכות הקניינית הפרורגטיבה הבלעדית להחליט אם הוא חפץ להעניק זכויות משנה (זכיונות, השכרה) באמצעות פיצול זכותו הקניינית. אך הוא אינו

13. לעניין זכויות תיעוד בלעדיות ראו גם גיא פסח, "זכויות שידור – גלגוליה של סבוכות [פסק הדין בעניין] א.ש.י. וחלקה כגורם מעצב בשוק התקשורת", **המשפט** 17 (תשס"ד) 46, בעמ' 55.

14. ניתוח השפעת ההתנהגות על השוק הרלוונטי הוא אחד מיסודות דיני ההגבלים העסקיים. ראו רשות ההגבלים העסקיים, המחלקה הכלכלית, הנחיות להגדרה ומדידה של שוק רלוונטי לענין חוק ההגבלים העסקיים (יולי 2002). ראו גם קביעה לפי סעיף 43 לחוק ההגבלים העסקיים: הסדר כובל בענף דלתות הבטחון (מארס 1995) (להלן: קביעת הממונה בעניין הסדר כובל בענף דלתות הביטחון).

15. כך, פסקי הדין שיצרו את המבחן התכליתי אינם מציינים כל ניתוח כלכלי ולו תאורטי של השפעת ההתנהגויות האמורות על השוק הרלוונטי. לכן ניתן לשאול כיצד טוען כב' השופט חשין בסוף החלטתו הדוחה את הבקשה לדיון נוסף בדנ"א א. מ. חנויות (לעיל, הערה 8), כי "כל אחד מחבריי 'ידע' כי 'זה לא זה'", בהתייחסו להסדר האמור שם. ראו שם, פסקה 12.

16. על עקרון שרירות הבעלים ועל ההגבלות החלות עליו ראו רע"א 7112/93 **צורלה נ' יוסף**, פ"ד (מח) 550, בעמ' 567; חנוך דגן, "פרשנות בדיני קניין, הבית המשותף ובעיית הפעולה המשותפת", **עיוני משפט** כ (תשנ"ו-תשנ"ז) 45, בעמ' 51.

חייב כלל לפצל את זכותו. הוא יכול לעשות שימוש עצמי בקניינו. וכאשר בעל הזכות הקניינית עושה שימוש עצמי שכזה בקניינו הרי הוא אינו כפוף לפיקוח חוק ההגבלים העסקיים לעניין הסדרים כובלים, זאת בהיעדרו של כל הסדר. אם כך, נטען בשתי הפרשות המוזכרות לעיל, מדוע שחוק ההגבלים העסקיים יחול כאשר אותו שימוש בדיוק באותם תנאים סופיים לצרכן מתבצע באמצעות הסדר? תמיכה להצדקה זאת נמצא בדבריו של כב' השופט ריבלין בע"א א. מ. חניות: ¹⁷

מאליו יובן, כי לו הותירה המשיבה בידיה את "המושכות" והחליטה ליטול על עצמה את ההגבלות האמורות לא הייתה שאלת קיומו של "הסדר כובל" מתעוררת כלל, שכן אז לא היה מדובר ב"... הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים". ואף עתה, משבחרה להטיל את ההגבלות האמורות על השימוש באותו נכס עצמו, בדרך עקיפין, אין בבחירתה משום התנהגות המנוגדת לתכלית עליה בא החוק להגן. אין זה מקרה הבא בגדר הוראת סעיף 2 לחוק.¹⁷

ואדגיש, אם נבחן את הנמקתו של כב' השופט ריבלין לעומק, נגיע לכלל מסקנה כי הסדרים בין בעל קניין לבין צד שני כלשהו הפוגעים לכאורה בתחרות אינם מהווים הסדרים כובלים אם אותן הגבלות הפוגעות לכאורה בתחרות יכולות להיות מיושמות על ידי בעל הקניין לבדו וזאת בלא כל תלות בעצמת הפגיעה בתחרות. יתרה מזו, ניתן להסיק מדבריו של כב' השופט ריבלין את המסקנה כי תכליתו של החוק מצומצמת להגנה מפני התנהגויות המחייבות שיתוף פעולה אמיתי וסינרגטי בין צדדים – ורק להתנהגויות כגון אלה. כך, כאשר מלכתחילה יכול צד אחד בלבד להסדר הכובל להתנהג באותו אופן הפוגע בתחרות, בלי להיוקק לצד האחר, התנהגות זאת אינה באה בגדר הוראות סעיף 2 לחוק. אכנה הצדקה זאת לנימוק הקנייני בשם הצדקת "השימוש העקיף". שנית, בעל זכות הקניין המחליט להעניק מקניינו לצד אחד, באמצעות זיכיון או הסדר אחר, יוצר "זכות" חדשה, שלא היתה קיימת קודם לכן. משום כך לא ניתן לטעון, על פי ע"א אולמי לחיים וע"א א. מ. חניות, כי זכות שכזאת פוגעת בצד להסדר או בצדדים שלישיים (כגון כלל החברה) שעליהם מגונן חוק ההגבלים העסקיים. אכנה הצדקה זאת לנימוק הקנייני בשם "הזכות החדשה". תמיכה להצדקה זאת נמצא בדבריו של כב' השופט לנדוי בע"א אולמי לחיים:

בעל המקרקעין הינו בן-חורין שלא לתת את הזיכיון בכלל, ואם הוא נותנו בכפוף לתנאים, אין הוא נוטל דבר ממקבל הזיכיון שהיה בידי של הלה קודם לכן. אין הוא מגביל את חופש העיסוק של בעל הזיכיון, אלא הוא מעניק לו זכות חדשה, ואין דבר בחוק המונע התנאת תנאים למתן הזכות הזאת. לשון אחרת, במקרה כזה

17. ע"א א. מ. חניות (לעיל, הערה 8), בעמ' 600.

התנאי הוא מעצם מהותו של הזכיון, לאמור: אני מרשה לך לעשות במקרקעין שלי כך ולא אחרת (ההדגשות שלי – ע"ע).¹⁸

צירופן של שתי ההצדקות ל"נימוק הקנייני" הביא את בית המשפט לכלל מסקנה שחוק ההגבלים העסקיים לא חל כלל על הסדרים שכאלו מעיקרו. שהרי לא נוכל לטעון לפגיעה בתחרות שעה שהשוק נוצר או נסגר בהבל רצונו של בעל הזכות הקניינית, ומתוך הכרה בחופש הבחירה של בעל הזכות הקניינית לפעול באופן עצמאי או עקיף, לא ניתן אף לטעון כי הסדרים אלו שעורך בעל הזכות הקניינית פוגעים בזולתו או בחברה. ועוד – בעל הזכות הקניינית רשאי גם שלא לפעול כלל ואם החליט לפעול, הרי העניק זכות חדשה שיכולה להיות מותנית בתנאים הפוגעים בתחרות בשוק.

בהתבסס על הנימוק הקנייני מעניק בית המשפט בע"א אולמי לחיים ובע"א א. מ. חניות סוג של "חסינות יחסית" להסדרים שעורכים בעלי זכות קניין לשימוש בקניינים באמצעות יישומו של מבחן מקדים, יציר ההלכה הפסוקה – המבחן התכליתי.¹⁹ חסינות יחסית זאת מועננת להסדרים אלו באמצעות החלתו של מבחן מקדים מיוחד הבוחן את עצם תחולתן של הוראות החוק בנושא ההסדרים הכובלים. זאת, נוסף על הפטור הסטטוטורי המוגבל והתחום בהוראות סעיף 3(3) לחוק ההגבלים העסקיים.²⁰

ג. זליגתו של המבחן התכליתי אל מחוץ לרציונל הקנייני

לכאורה ניתן היה להניח כי המבחן התכליתי יחול רק כאשר מדובר בהסכם הנערך בידי בעל זכות הקניין העוסק בשימוש בזכותו הקניינית ואינו מצליח לחסות בצל הפטור הסטטוטורי הקבוע בחוק. אך פסק הדין שניתן בבית המשפט העליון ממש בימים אלו, עע"מ לשכת שמאי המקרקעין,²¹ מאמץ אף הוא את המבחן התכליתי המקדמי להחלתו של סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, וזאת על אף היעדרן של הזכויות הקנייניות מבמת ההסדר.

18. ע"א אולמי לחיים (לעיל, הערה 10), בעמ' 831.

19. לביקורת נוספת על המבחן התכליתי ראו אמיר ליבנה (לעיל הערה 5), סעיף 4.2.2 למאמר. 20. לצד האיסור הרחב לקיים הסדרים כובלים הקבוע בסעיף 2 לחוק, יש כמה מנגנוני מילוט הקבועים בחוק. סעיף 3 לחוק קובע פטורים סטטוטוריים אחדים אשר מחריגים הסדרים שונים וקובעים כי לא יראוהם כהסדרים כובלים כלל. כך, הפטור הקבוע בסעיף 3(3) לחוק קובע כי הסדר בין מי שמקנה זכות במקרקעין ובין מי שרוכש את הזכות, שכל כבילותיו נוגעות לסוג הנכסים או השירותים שבהם יעסוק רוכש הזכות באותם מקרקעין – לא ייחשב הסדר כובל. מנגנון נוסף קבוע בסעיף 9 לחוק, ועל פיו רשאי בית הדין להגבילם עסקיים לאשר הסדר כובל. על פי סעיף 14 לחוק רשאי הממונה על ההגבלים העסקיים ליתן פטור מחובת קבלת אישור בדבר הסדר כובל. בתיקון מאוחר הוסף מנגנון פטורי הסוג הקבוע בסעיף 15א לחוק. פטורי הסוג מאפשרים לקבוע כללים לסוגי הסדרים כובלים אשר צדדים להם פטורים מקבלת אישור בית הדין להסדרים הכובלים.

21. עע"מ 6464/03 לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים, פ"ד נח(3) 293 (להלן:

עע"מ לשכת שמאי המקרקעין), בעמ' 308-310.

באותו עניין טענה לשכת שמאי המקרקעין כי מכרו הרשות שנקבע בו מחיר מקסימום – מהווה הסדר כובל. בית המשפט העליון (כב' השופטת חיות) פסק כי אין לראות הסדר כובל בקביעת מחיר מקסימום על ידי מציע מכר, זאת אף שההסדר אכן נופל לגדר חזקות הכבילה של סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים שהן חזקות חלוטות.²² לכלל מסקנה זאת מגיע בית המשפט באמצעות החלתו של המבחן התכליתי שנקבע בע"א א. מ. חניות, וכלשונו:

גישה פרשנית זו [גישתו של בית המשפט בע"א א. מ. חניות – ע"ע] נראית בעיני, ואף אני סבורה כי פירוש תכליתי של הוראת סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, יש בו כדי לקדם את מידת הוודאות ולהפחית מן הקיפאון העסקי העלול להיגרם עקב פרשנות מילולית-מרחיבה של הוראת החוק. כמו כן, יש בפירוש התכליתי כדי להסיר את החשש מפני כתם של אי חוקיות, העלול לדבוק, שלא בצדק, בהסדרים "תמימים" וראויים, ומפני סטיגמה עבריינית העלולה לדבוק במתקשרים בהם...²³

והנה, המבחן התכליתי אשר במקורו נשען על זכות קניינית של צד להסדר, אומץ בעע"מ לשכת שמאי המקרקעין ככלי להחרגתן מחוק ההגבלים העסקיים של התנהגויות שבהן לא מעורבת זכות הקניין כלל.

ודוק, התכליות אשר בית המשפט מזהה בעע"מ לשכת שמאי המקרקעין הן תכליות מהותיות כגון הרצון להימנע מקיפאון עסקי והחשש מהטלת כתם של אי-חוקיות על הסדרים תמימים. הנה, המבחן התכליתי, שבמקורו נועד להעניק חסינות יחסית לבעל קניין ואשר נשען על נימוקים קנייניים בעת הולדתו, נשאב למילוי תכליות מהותיות אחרות לחלוטין.

החלתו של המבחן התכליתי על התנהגויות מהתנהגויות שונות שאינן נשענות על זכויות קניין מעלה קשיים רבים. כאמור לעיל, המבחן התכליתי נשען על נימוקים קנייניים לביסוסו. נראה כי "ייצוא" המבחן התכליתי אל מחוץ לזירה הקניינית מחייב את נעיצת טעמיו בהצדקות חלופיות כלשהן. בהיעדר הצדקה חלופית לא ניתן לצפות את החלתו של המבחן האמור על התנהגויות עתידיות שונות. כך, ייתכן שתיווצר אי-וודאות משפטית בתחום חשוב זה אשר לו נפקויות פליליות נרחבות ואשר תחולתו או אי-תחולתו של מבחן מקדים זה יכולה לקבוע חפות או אשמה.

ובכן, מדוע בית המשפט מוצא לנכון לנתק את המבחן התכליתי מהנימוק שעליו הוא נשען, ולהחילו גם על התנהגויות שונות בתכלית? תשובה אפשרית תוצג בהמשך החיבור.

22. ראו דנ"א מבעול (לעיל, הערה 2), בעמ' 96.

23. עע"מ לשכת שמאי המקרקעין (לעיל, הערה 21), בעמ' 309.

ד. זכות הקניין (הרוחני) וחוק ההגבלים העסקיים

המתח שממנו צמח ה"נימוק הקנייני" אשר עליו מסתמך בית המשפט ביצירת המבחן התכליתי, אינו חדש.

בשנים האחרונות הגיע המתח בין דיני ההגבלים העסקיים לזכויות הקניין המוחשי לדיון בערכאות בשתי החלטות ביניים של בית המשפט המחוזי²⁴ אשר עוסקות בעניין תניית אי־תחרות בקניונים. אך משום שהיו אלו רק החלטות ביניים, לא התקיים דיון מעמיק בסוגיה.²⁵ דווקא המתח בין דיני ההגבלים העסקיים לזכויות הקניין הרוחני²⁶ נדון בפירוט יחסי, בארבע הזדמנויות שונות, שתיים מהן במסגרת קביעות הממונה על ההגבלים העסקיים: קביעת הממונה בעניין הסדר כובל בענף דלתות הביטחון,²⁷ וקביעת הממונה

24. מעניין ששתי החלטות הביניים ניתנו על ידי אותו שופט (כב' השופט זפט) בעניינים זהים – תניות אי־פתיחת עסק מתחרה בקניונים. ראו ת"א (ת"א) 1724/01 **סופר פארם (ישראל) בע"מ נ' חברת קניון אדומים בע"מ** (טרם פורסם), שם בדיון בבקשה למתן צו זמני קובע כב' השופט כי יש לפרש את סעיף 3(3) לחוק ההגבלים העסקיים כך שהפטור אינו חל על כבילות בעל המקרקעין אלא רק על כבילות רוכש הזכות במקרקעין (עזרעור על דחיית הבקשה התקבל חלקית, ראו רע"א 4933/01 **סופר פארם (ישראל) בע"מ נ' חברת קניון אדומים בע"מ** (טרם פורסם), החלטת כב' השופט שטרסברג כהן), וראו גם בש"א 13192/02 **שיקובטה סירו נ' לב אשדוד בע"מ** (טרם פורסם). לאחר כתיבת שורות אלו פורסם פסק דינו של כב' השופט זפט בהליך העיקרי בעניין דלעיל שבו הוא דוחה את הטענה כי מדובר בהסדר כובל מכיוון שבעל המקרקעין (חברת לב אשדוד) אינו עוסק במכירת לבני נשים (עיסוקו של התובע – מר סירו). נראה כי נימוקיו של כב' השופט זפט עלולים להוביל לתוצאה כי אין לראות בהסדרים טיפוסיים בדמות תניות אי־פתיחת עסקים בקניונים הסדרים כובלים. זאת משום שעל פי רוב בעל המקרקעין אינו עוסק בתחומו של שוכר החנות. ראו ת"א (ת"א) 1160/03 **שיקובטה סירו נ' לב אשדוד בע"מ** (טרם פורסם).

25. ראו גם טיוטת כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג בלעדיות במקרקעין) (2004): <http://www.etye.co.il/anti1/> (נצפה לאחרונה במארס 2005), דברי ההסבר לטיוטה קובעים כי הסדרי בלעדיות במקרקעין זכו להחלטות סותרות בבתי המשפט ובעקבות החלטות אלה רבו הפניות לרשות ההגבלים העסקיים שבהן הועלתה שאלת חוקיותם של הסכמי בלעדיות כאמור לנוכח היותם הסדרים כובלים. עמדתה העקרונית של הרשות להגבלים עסקיים היא כי בנסיבות שבהן בקרבת המקרקעין שבגינם ניתנת בלעדיות קיימים כמה מתחרים נוספים לעסק הנהנה מבלעדיות – אין נשקפת סכנה לפגיעה ממשית בתחרות עקב מתן בלעדיות לתקופה קצובה. בנסיבות אלו יהיה ההסדר ראוי לפטור. ראו כי מבחנה של הרשות מתרכז בבחינת מצב השוק הרלוונטי ובקיומם של מתחרים בשוק הגאוגרפי.

26. על ההבדלים שבין זכויות הקניין הרוחני ובין זכויות הקניין המוחשי ועל האיוון שבין זכויות הקניין הרוחני לעניין עקרון התחרות החופשית ראו רע"א 5768/94 **א. ש. י. ר יבוא יצור והפצה נ' פורום אביריים ומוצרי צריכה בע"מ**, פ"ד נב(4) 289, בעמ' 341.

27. קביעת הממונה בעניין הסדר כובל בענף דלתות הביטחון (לעיל, הערה 14). כאן קבע הממונה

בדבר אקו"ם בע"מ,²⁸ ושתיים מהן במסגרת פסקי דין של בית הדין להגבלים עסקיים: ה"ע הפדרציה²⁹ וה"ע מגל³⁰ שבהם ארצה להתרכז בשורות הבאות.

חברת מגל עוסקת בייצור ובשיווק גדרות ביטחון מתוחכמות. לחברה פטנט בתחום ייצור גדרות הביטחון והתקנתן. הממונה על ההגבלים העסקיים ביקש להכריז על החברה כמונופול בשוק גדרות הביטחון. החברה טענה כי זכות הפטנט מעניקה לה מונופולין בהמצאה ולכן אין להחיל עליה את הוראות פרק ד לחוק ההגבלים העסקיים העוסק בפיקוח על מונופולין. לטענתה, הישענותה על זכות הקניין הרוחני מעניקה לה מלכתחילה מעין "חסיונות" מסוימת מפני דיני ההגבלים העסקיים.

אקדים ואציין כי על פי הלכת ע"א א.מ. חניות, אין ספק שהנימוק הקנייני חל גם בה"ע מגל וזאת אף שהדיון בה"ע מגל נסב על מונופול הנשען על זכות קניין רוחני, ולא על צד להסדר כובל הנשען על זכות קניין מוחשית. שכן, טענתי היא שהנימוק ה"קנייני" אמור לחול ביתר שאת כאשר ניצבת במרכז הזירה זכות קניין רוחני. ואסביר.

בתחילת החיבור טענתי כי אחת ההצדקות לנימוק הקנייני היא "השימוש העקיף". על פי הצדקה זאת, בעל הזכות הקניינית רשאי לעשות בקניינו כשרירות בעלים. לעניין זכות הקניין הרוחני הצדקת "השימוש העקיף" מתקיימת במלואה. גם הממציא, משהמצאתו נרשמה, יכול (בדומה לבעל זכות קניין מוחשית) שלא להעניק לאחר כל זכות שימוש בה. ומשעה שבחר להעניק זכות שכזאת, יכול הוא לסייגה כרצונו. יתרה מזו, בעוד בעל זכות הקניין המוחשי מחזיק בידיו זכות כפולה – הזכות (השליטת) להדרת אחרים מקניינו והזכות (החיובית) לשימוש, זכות הפטנט אינה מעניקה באופן פוזיטיבי דבר לבעליה.³¹

כי התקיים הסדר כובל בין החברות המובילות בענף דלתות הביטחון. הממונה דחה את טענת חברת רב בריח כי הסדרים אלו חסו בצל הפטור הקבוע בסעיף 23(2) לחוק ההגבלים העסקיים מכיוון שלא כל הכבילות עסקו בזכות השימוש בפטנט. הממונה נמנע מלנתח את הסוגיה הרחבה בדבר הקשר שבין זכות הקניין הרוחני לדיני ההגבלים העסקיים מכיוון שכבילות רבות לא נגעו כלל לסוגיה האמורה ולכן לא מצאתי לנכון לדון בקביעה זאת.

28. ראו הקביעה לפי סעיף 43(א)(1) והכרזה לפי סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים בדבר הסדר כובל ובעל מונופולין בעניין אקו"ם בע"מ (מארס 2004) (להלן: עניין אקו"ם), שם קבע הממונה כי חברת אקו"ם בע"מ הנה מונופולין בשוק וכי ההסכמים שעורכת החברה עם בעלי זכויות היוצרים הנם הסדרים כובלים שאינם פטורים על פי סעיף 23(2) לחוק, וזאת משום שהפטור הקבוע בסעיף מוענק רק להסדרים אנכיים ואילו ההסדרים שערכה חברת אקו"ם היו הסדרים אופקיים.

29. ראו ה"ע (י"ם) 3574/00 הפדרציה למוזיקה ישראלית ויום תיכונית בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (טרם פורסם) (להלן: ה"ע הפדרציה).

30. ה"ע (י"ם) 3/97 מגל מערכות ביטחון בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (לא פורסם) (להלן: ה"ע מגל).

31. ראו שלמה כהן, "כפיית הניצול של אמצאה נשוא פטנט", עיוני משפט ז (תשל"ט) 5, בעמ' 5.

זכות הפטנט מקנה לבעליה רק את הכוח למנוע מאחרים לעשות בהמצאה שימוש.³² כלומר בשונה מזכות קניין מוחשית המעניקה זכות כפולה, זכות הפטנט אינה מעניקה אלא את הזכות למנוע מאחרים לנצל את ההמצאה. מערכת התמריצים הניצבת בבסיס זכות הקניין הרוחני נשענת על הזכות השלילית האמורה. מניעת זכות ההדרה מבעל פטנט (עקב תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים לדוגמה) עלולה לרוקן את משמעות זכות הקניין שהופקדה בידי. הנה, הצדקת "השימוש העקיף" חלה ביתר שאת על זכויות הקניין הרוחני.

אך ההצדקה הנוספת, הצדקת "הזכות החדשה", גם היא אמורה לחול ביתר שאת על זכות קניין רוחני. אזכיר כי הצדקה זאת נשענת על הנימוק כי בעל המקרקעין אינו נוטל דבר מהחברה אלא מעניק זכות חדשה לחברה ולכן אין לראות בהתנהגותו משום הסדר כובל.

זכויות הקניין הרוחני, וזכות הפטנט כמקרה פרטי שלה בה"ע מוגל, נועדו לעודד פרטים וחברות ליצור יש מאין. להמציא, לחדש ועל ידי כך לתרום לחברה ולחדשנותה הטכנולוגית והרוחנית. בתמורה, מעניקה החברה מונופולין קצוב בזמן לממציאים וליוצרים על המצאותיהם ויצירותיהם, העומדות בתנאים מסוימים.³³

שלא כפיצול אגד הזכויות הקנייני בזכות הקניין המוחשי,³⁴ שם הקניין (חלקת אדמה, אולם שמחות) קיים פיזית, ורק השימוש בו נתון לרצונו השרירי של בעל הקניין, בעל זכות הפטנט יוצר כמעט יש מאין, המצאה חדשה לחלוטין (שאם לא כן לא תזכה להירשם כפטנט). המצאה זאת ייתכן שתיצור שוק חדש, שכלל לא היה קיים טרם מימושה. על כן ניתן לטעון כי הממציא אינו "נוטל" דבר מהחברה,³⁵ ואם המצאתו אכן זוכה לשוק, הוא

32. למרות המחשבה המקובלת, אין זכות הפטנט מעניקה את הכוח לשימוש בהמצאה. ראו ניסוח קולע של העיקרון האמור: *AIPLA Testimony before Federal Trade Commision and Antitrust Division on Antitrust and Intellectual Property* (April 2002) [URL: www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/] "If the owner of the intellectual property rights to the basic invention wants to exercise its exclusivity, that owner can stop the owner of the rights to the improvement from making, using, or selling the improved invention. Likewise, the owner of the rights to the improvement can stop the owner of the rights to the basic invention from making, using or selling the improved invention. The intellectual property rights give ...only the right to exclude, not the right to use"

33. לעניין זכות הפטנט חייבת ההמצאה להיות בעלת התקדמות המצאתית, חדשנית, ובעלת פוטנציאל יישום מסחרי. ראו ע"א 345/87 *Hughes Aircraft Company* נ' מדינת ישראל, פ"ד (מד) 45, בעמ' 108; ע"א 665/84 *כאנופי נ' אוניפארם בע"מ*, פ"ד מא(4) 729, בעמ' 733.

34. לביקורת על מצב פיצול היתר של זכויות הקניין הגורם לתת-שימוש במשאב הקנייני ראו: Michael A. Heller, "The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets", 111 *Harvard L. Rev.* (1998) 621, p. 673.

35. ניתן לטעון כי הממציא נוטל מהחברה את היכולת לעשות שימוש חופשי בהמצאה בתקופת הגנת הפטנט, אך טיעון זה מתעלם מהעובדה שההמצאה האמורה לא הייתה קיימת כלל לולא עידוד הממציא באמצעות מוסד הפטנט.

אף מעניק לחברה "טובין" חדש פרי המצאתו שאינו רק זכות משפטית חדשה הנשענת על קניין מוחשי קיים כזכותו של בעל המקרקעין. עמד על כך בית המשפט העליון בארצות הברית בפרשת Dubilier:

The term monopoly connotes the giving of an exclusive privilege for buying, selling, working or using a thing which the public freely enjoyed prior to the grant. Thus a monopoly takes something from the people.

An inventor deprives the public of nothing which it enjoyed before his discovery, but gives something of value to the community by adding to the sum of human ... knowledge ³⁶

הנה ניתן לראות כי ה"נימוק הקנייני" שעליו נשען המבחן התכליתי אמור לחול ביתר שאת כאשר לפנינו עימות בין זכויות קניין רוחני לדיני ההגבלים העסקיים.³⁷ אולם, ואף שה"נימוק הקנייני" לכאורה חל בעניין זה ביתר שאת, כל שבית הדין להגבליים עסקיים היה מוכן להכיר בו בה"ע מוגל היה נקודת איזון מעט שונה, פנימית לחוק ההגבלים העסקיים. בית הדין דחה לחלוטין את הפרשנות המעניקה לזכות הקניין הרוחני חסינות כלשהי מפני דיני ההגבלים העסקיים. בהנמקתו מצייין בית הדין כי אינו רואה כל שוני בין זכות הקניין הרוחני ובין זכות הקניין המוחשי, שדיני ההגבלים העסקיים מרבים להתערב בה, מדי יום ביומו, עקב הפגיעה בצד השלישי להסדר (החברה כולה), וכלשונו:

יישומם של דיני ההגבלים העסקיים אכן עשוי שיהא כרוך בהטלת מגבלות שונות על זכויות הפרט, בכלל זה זכויות קנייניות. כך, מתן הוראות לבעל מונופולין עשוי לפגוע בזכויותיו הקנייניות גם כאשר אין מדובר בזכויות קניין רוחני. בפסק הדין בעניין דובק (תיק מונ' 1/93 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' חברת דובק בע"מ, (דינים מחוזי לב (8) 191) למשל, חויבה חברת דובק לאפשר למתחריה לעשות שימוש במנגנון ההפצה שלה. בפסק הדין בעניין ידיעות אחרונות הנזכר לעיל, התבקש בית הדין ליתן הוראות נגד בעל מונופולין - ידיעות אחרונות - האוסרות עליו להפיץ את המקומונים שלו יחד עם העיתון היומי. אילו התקבלה הבקשה (שנדחתה מטעמים אחרים), היה בכך כדי לפגוע בחופש העיסוק של בעל המונופולין, כמו גם בזכותו לעשות ברכושו כרצונו. בדומה

³⁶. *United Staes v. Dubilier Condenser Corp.* 289 U. S. 178, 53 S. Ct. 554 (1933), p.186.

³⁷. יש לציין כי בדומה לפטור הקנייני ממקדעי הקבוצה בסעיף 3(3) לחוק ההגבלים העסקיים, סעיף 2(2) לחוק פוטר הסדר בין בעל זכות הקניין רוחני ובין מקבל זכות השימוש בה, שכל כבילותיו נוגעות לאותה זכות. ראו לעיל, הערה 28.

עשויים דיני ההגבלים העסקיים להטיל על בעל מונופולין מגבלות שונות לגבי המחיר שהוא קובע למוצריו. זאת חרף העובדה שמדובר ברכוש הנמצא בבעלותו, שברכישתו או בייצורו הוא השקיע ממון רב, ואלמלא היה בעל מונופולין היה רשאי לעשות בו כרצונו (ההדגשה שלי – ע"ע).³⁸

טענה דומה נדחתה באחרונה בבית הדין להגבלים עסקיים גם בעניין זכויות יוצרים. בה"ע הפדרציה ביקשו תאגידים לאכיפת זכויות היוצרים מהממונה על ההגבלים העסקיים לאשר את ההסדרים שערכו עם בעלי זכויות היוצרים. על פי ההסדרים האמורים, החברות המאוגדות בפדרציה הישראלית מעבירות לה את זכות ההשמעה הפומבית והשידור, לרבות הזכות להתיר השמעה פומבית ושידור של רשומות הקול, כדי שזו תמכור רישיונות שימוש כוללים המתייחסים לכלל הרפרטואר שבידי הפדרציה. בתמורה תגבה הפדרציה תמלוגים מהמשתמשים ברשומות הקול וכן תנקוט הליכים פליליים ואזרחיים נגד מפרי הזכויות. בית הדין קבע כי ההסדרים האמורים הנם הסדרים כובלים ודחה את טענת הפדרציה כי זכות היוצרים מעניקה לה חסינות כלשהי ובלשונו:

רציונאל זה חל, בעקרון, גם בנושא ההסדרים הכובלים. אמנם בסעיף סעיף 3(2) לחוק ההגבלים העסקיים ניתנה לבעל זכות קניין רוחני פריבילגיה מוגבלת הפוטרת אותו, בנסיבות מסוימות, מפני תחולת פרק ההסדרים הכובלים שבחוק ההגבלים העסקיים. אך ההגנה זו חלה רק לגבי הסדר אנכי בין בעל זכות היוצרים ובין מקבל זכות השימוש בזכות זו (כפי שנעמוד על כך בהמשך). החוק לא אפשר לבעל זכות יוצרים להיות צד, יחד עם בעלי זכויות יוצרים אחרות, להסדר כובל אופקי, למשל, על-ידי תיאום המחיר הנדרש עבור השימוש בזכויות של הצדדים להסדר הכובל. ...לפיכך, יש לדחות את הטענה שהסדרי הניהול המשותף שלפנינו, פטורים מעולו של חוק ההגבלים העסקיים.³⁹

הנה כי כן אף שההצדקות הקנייניות העומדות בבסיס המבחן התכליתי אמורות לחול ביתר שאת על זכויות הקניין הרוחני, כאשר דן בית הדין להגבלים עסקיים במתח שבין זכות

38. ה"ע מגל (לעיל, הערה 30), פסקה 88.

39. ראו ה"ע הפדרציה (לעיל, הערה 29), פסקה 21. ראו שם גם הפניה לפסק דינו של בית המשפט העליון בארצות הברית בעניין: *Broadcast Music Inc. v. Columbia Broadcasting System Inc.* 441 U. S. 1, 99 S. Ct. 1551 (1979), p.19: "...the copyright laws confer no rights on copyright owners to fix process among themselves or otherwise to violate the antitrust laws"...

הקניין הרוחני ובין חוק ההגבלים העסקיים דחה בית הדין את יישום הפרשנות התכליתית המחריגה את תחולתו של חוק ההגבלים העסקיים.

לשיטתו של בית הדין, אין בעובדה שהוראות חוק ההגבלים העסקיים פוגעות בקניינו של אדם – יהיה זה קניין מוחשי או קניין רוחני – כדי ליצור "חסינות" כלשהי מפני החלתן. כל שהסכים בית הדין לעשות הוא ליצור נקודת איוון שונה, פנימית לדיני ההגבלים העסקיים. והנה, כאמור לעיל, המבחן התכליתי אשר נשען על נימוקים קנייניים, מעניק "חסינות יחסית" מוקדמת לבעל הקניין. כמבחן מקדים לתחולתו של חוק ההגבלים העסקיים נקודת האיוון העומדת בבסיס המבחן התכליתי הנה נקודת איוון חיצונית לדיני ההגבלים העסקיים.

ה. הביקורת על המבחן התכליתי

ובכן, מה דינו של בעל פטנט/בעל זכות יוצרים הנקשר כיום בהסדר כובל בנוגע לזכות שבידו, הסדר שאינו נופל לגדר הפטור הקבוע בסעיף 2(3) לחוק ההגבלים העסקיים? נראה כי על פי הלך פסיקתו האחרונה של בית המשפט העליון, יש סיכוי רב כי הסדר שכזה כלל לא ייכנס לגדרי חוק ההגבלים העסקיים עקב "המבחן התכליתי" שהחלתו על זכות הקניין הרוחני מחייבת מכוח קל וחומר. אך אם יגיע הסדר שכזה לדיון בבית הדין להגבלים העסקיים תהא התוצאה שונה בתכלית.

פרשנותו של בית הדין להגבליים עסקיים, שאינה מעניקה כל חסינות מוקדמת לזכות הקניין, תהא זו זכות קניין מוחשית או זכות קניין רוחני, עדיפה בעיני וזאת מכמה נימוקים.

ראשית, "המבחן התכליתי" אינו מתיישב עם סעיפי הפטור הסטטוטורים של חוק ההגבלים העסקיים ואף לא עם המבנה הייחודי של החוק, כפי שפורש בדנ"א טבעול.⁴⁰ צאו ולמדו כי המחוקק ביקש למנוע החלתו של מין מבחן "תכליתי" שכזה שגבולותיו אינם ברורים והוא מונע מראש את תחולת החוק. נראה כי המחוקק ביקש לפטור התנהגויות ספציפיות לאחר שנלכדו ברשת הוראות סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים.

שנית, נראה כי ההצדקות ל"נימוק הקנייני" העומד ביסוד המבחן התכליתי אינן מבוססות מספיק, שהרי, גם בעל הזכות הקניינית אינו רשאי לעשות בזכותו ככל אשר יחפוץ. שרירות הבעלים במשפט הפרטי אינה עוד כפי שהייתה בעבר.⁴¹ בעל זכות הקניין

40. ראו דנ"א טבעול (לעיל, הערה 2), בעמ' 83, שם נפסק כי חוק ההגבלים העסקיים בנוי כרשת שנועדה לתפוס את מרב ההתנהגויות האסורות, לצד אמצעי מילוט פנימיים לחוק, הקבועים במנגנוני הפטור, פטור הסוג וההיתר.

41. ראו לעיל, הערה 16. ראו גם בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה, פ"ד (6) 817, בעמ' 899: "בתחומי המשפט הפרטי רשאי הוא היחיד לנהוג ב'שרירות בעלים'. בימנו־שלנו גם 'שרירות בעלים' זו אינה עוד אותה שרירות של ימים שמכבר, וטוב שכך".

כפוף לדוקטרינת "השימוש לרעה" הקבועה בסעיף 14 לחוק המקרקעין ולשאר החובות הכלליות החלות במשפט, ובכללן חובת תום הלב. כך ייתכן שניתן להשקיף על ההסדר הכובל שעורך בעל זכות הקניין, כעל "שימוש לרעה בזכות" הפוגע בצד השלישי להסדר – החברה.⁴² ועוד – על פי "חוק שימור הקניין" בעל הזכות הקניינית המוחשית אינו מעניק כל טובין חדשים לחברה אלא רק מפצל את אגד הזכויות הקנייניות שבידו. מכאן שאין בפעולתו כל נתינה לחברה שמכוחה יש לזכותו בסיוגם של דיני ההגבלים העסקיים.

בנוסף, ניתן לטעון כי משעה שהחליט בעל הקניין להשכיר למפעיל את החניון, הוא יצר שוק חדש. הוא יצר הסדר בעל משמעות משפטית. הוא אינו נמצא עוד במתחם שרירות הבעלות המוחלט. במתחם החדש, האינטרס הציבורי מורה כי יש לקדם את התחרות, בכל מקום שאינו חוסה בצל הפטור הקבוע בחוק ההגבלים העסקיים. כך גם בעל זכות הפטנט. ברצונו – הוא יכול למנוע מאחרים לעשות שימוש בהמצאתו (בכפוף לדיני רשיונות הכפייה).⁴³ אך משעה שהחליט ליישם את המצאתו ולהעניק זכויות שימוש בה – הוא יצר שוק חדש. בשוק שיצר, כמו בכל שוק אחר, האינטרס הציבורי מורה כי יש לקדם את התחרות, חוץ במתחם המצומצם של זכות השימוש בפטנט, מתחם אשר גדור בפטור הקבוע בחוק ההגבלים העסקיים.

בדומה, בעל מפעל ראשי בכל עת לסגור את מפעלו, אך עובדה זאת כשהיא לעצמה אינה יוצרת לו חסינות מפני דיני העבודה.⁴⁴ שעה שבעל המפעל החליט כי ברצונו להעסיק עובדים, יחולו עליו דיני העבודה (בכפוף לכך שנשמרת לו פרוגרסיבט הניהול) ודינים

42. רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199. הפרשנות הליברטריאנית הקלאסית של מושג הקניין כחירות בעלים שלילית אינה הפרשנות היחידה שניתן ליתן לזכות הקניין. ניתן לפרש את הזכות הקניינית עצמה כחס חברתי המטיל חובות על בעל הקניין. ראו: Joseph William Singer, "No Right to Exclude: Public Accommodations and Private Property", 90 *Northwestern U. L. Rev.* (1996) 1283, p. 1461.

43. ראו פרק 2 סימן א לחוק הפטנטים, תשכ"ז-1967, ס"ח 148 (להלן: חוק הפטנטים). סעיפים 116-128 לחוק הפטנטים יוצרים מנגנון רב עצמה – מוסד רשיון הכפייה. סעיף 117 לחוק הפטנטים מורה כי כאשר בעל פטנט מנצל לרעה את המונופולין שיש לו, ראשי רשם הפטנטים להעניק רשיון לנצל את ההמצאה למי שהגיש לו בקשה מתאימה. רשיון הכפייה מפקיע את הבלעדיות מידי בעל הפטנט ומאפשר לאחר, שאינו הממציא, לעשות שימוש בהמצאה תמורת דמי שימוש. על הרעיון המונח ביסוד מוסד רשיון הכפייה ראו ע"ש 271/94 *Eli Lilly and Company נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ* (לא פורסם), דבריו של כב' השופט וינוגרד: "ביסוד רעיון מוסד רשיון הכפייה ישנם שני אינטרסים מנוגדים. חוק הפטנטים מעניק מונופולין לבעל הפטנט לייצור המוצר שבפטנט. במדינה מתוקנת, מונופולין אינו עולה בקנה אחד עם טובת הציבור, שכן מונופולין פירושו שבעליו הוא שמכתיב את המחיר של המוצר, טיבו, דרך שיווקו, כמיות הייצור וכד'. ובכל זאת מעניק חוק הפטנטים מונופולין זה... כדי לעודד ממציאים לנקוט ביוזמות ... מאידך, ישנם מקרים בהם אינטרס הציבור עדיף בכל זאת על זכויותיו של הממציא... (אזי) מאפשר המחוקק להעניק רשיון כפייה..."

אלו יפגעו גם בזכותו הקניינית. הממונה על ההגבלים העסקיים נקט גישה דומה בהכרזתו בעניין אקו"ם:

...במובן זה הפטור שבסעיף 3(2) לחוק דומה במאפייניו לפטור שבסעיף 3(3). בשני המקרים רשאי בעל זכות הקניין להטיל מגבלות מסויימות על מי שמקבל זכות שימוש בנכס. ברור עם זאת, כי סעיף 3(2) לחוק ההגבלים העסקיים לא בא להקנות חסינות רחבה לכל הסדר כובל שעניינו זכויות קניין רוחני.⁴⁵

ובענייננו, אם סעיף 3(3) לחוק ההגבלים העסקיים לא נועד להעניק חסינות רחבה להסדר כובל שעניינו זכויות קניין מוחשי, מדוע שמבחן תכליתי, יציר הפסיקה, יעשה זאת? לסיכום אציין כי תוצאת פסיקת בית המשפט בע"א אולמי לחיים, ע"א א. מ. הניות ועע"מ לשבת שמאי המקרקעין ראויה לדעתי. אכן אין להחיל את הוראות חוק ההגבלים העסקיים על התנהגויות אלו. הבעיה, לטענתי, נעוצה בדרך שבחר בית המשפט להלך בה כדי להגיע לתוצאה הראויה.

כפי שצוין לעיל, בדנ"א טבעול קבע בית המשפט כי חזקות הכבילה הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים⁴⁶ הן חזקות חלוטות "שאינן אחריהן ולא כלום". ניתן לשער כי קביעה זאת, המצמצמת באופן ניכר את שיקול הדעת הנתון לבית המשפט, גורמת לו לחפש (ולמצוא) "נתיבים עוקפים" ודרכי מילוט מפני הטבעת "אות קין" פלילי וגזיקי על התנהגויות שונות הנפולות לגדר החזקות הללו. אך במקום להשתמש בדרכי המילוט הפנימיות לחוק, המתיישבות עם מבנה דבר החקיקה כפי שזה פורש בדנ"א טבעול על ידי כב' השופט חשין,⁴⁷ יצר בית המשפט מבחן חסינות חיצוני לתחולת החוק.

44. על הגבלת זכותו הקניינית של המעביד בביצוע שינויים מבניים ראו באחרונה בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ (לא פורסם). על המשמעות של חבות המעביד הנגזרת מבעלותו על הנכס ראו מיכל הורוביץ (סלומי), הגנה על זכויות עובדים במסגרת הבראת חברות (המכון למחקרי משפט וכלכלה, 2003), 121.

45. עניין אקו"ם (לעיל, הערה 28).

46. סעיף 2(ב) לחוק קובע כי יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת לאחד העניינים האלה: (1) המחיר שיידרש, שיוצא או שישולם; (2) הרווח שיופק; (3) חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו; (4) כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם.

47. ראו דנ"א טבעול (לעיל, הערה 2), בעמ' 84: "ואולם, מחוקק ישראל עשה את שעשה בכוונת-מכוון; כך בחוק של שנת תשי"ט-1959 וכך בחוק דהאידינא: פרש רשת ארוכה ורחבה להעלות בה כל הסדרים המונעים או המפחיתים תחרות בעסקים - לרבות סוגי הסדרים אשר נקבעו בסעיף 2(ב) לחוק כהסדרים כובלים ex lege - ולאחר שלכד כך את כל הדגה, הוסיף והתיר לחלקה להחליק אל-מחוץ לרשת בקובעו שני פתחי-מילוט..."

מבחן חיצוני זה הנו המבחן התכליתי אשר הנמקתו התבססה על נימוקים קנייניים שונים. והנה, אף שניתן היה לצפות כי המבחן התכליתי יישמר בגדרי המתח שבין זכות הקניין לדיני ההגבלים העסקיים ולג המבחן התכליתי והוחל גם על התנהגויות אחרות בתחום דיני ההגבלים העסקיים וזאת לשם הגשמתן של תכליות שונות. הטענה שהובאה בהערת פסיקה זו הנה כי המבחן התכליתי אינו נשען על יסודות מוצקים דים. המבחן התכליתי אף אינו מתיישב עם פסיקתו של בית הדין להגבלים עסקיים בעניין שבו לכאורה תחולתו של מבחן זה (בהתאם לנימוקיו הקנייניים) הייתה אמורה להיות חזקה במיוחד - בנקודת המתח שבין זכויות הקניין הרוחני לדיני ההגבלים העסקיים. ייתכן שמבחן חיצוני שכזה המנסה (לדעת כותב הערת פסיקה זו) להתמודד עם הצרת שיקול הדעת השיפוטי עקב קיומן של החזקות החלוטות - לא יועיל לקידום התחרות בעתיד.