

מונופולים בתחרות – האיזון שבין עידוד חדשנות ויצירתיות ובין הפגיעה בתחרות בדיני ההגבלים העסקיים

מיכל (שיצר) גל*

“An antitrust policy that reduced prices by 5 percent today at the expense of reducing by 1 percent the annual rate at which innovation lowers the costs of production would be a calamity. In the long run a continuous rate of change, compounded, swamps static losses.”¹

* מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה; Global Houser Visiting Professor, NYU School of Law.

המחברת מבקשת להודות לשי אלמליח, לקרן ויינברג ולקרן קפל עבור עבודת מחקר מסורה, מעמיקה ומועילה. המחקר התאפשר הודות למלגת מחקר ממוסד שמואל נאמן למחקרים מתקדמים במדע וטכנולוגיה בטכניון, ועל כך נתונה תודתי. חלקים שונים מגרסאות קודמות של מאמר זה הוצגו בשני הכנסים של “מונופולים בתחרות”. המחברת מודה על הערות והארות שניתנו במסגרת הרצאות אלו. תודתי שלוחה גם לקורא החיצוני ולחברי המערכת, שעשו מלאכתם נאמנה, והעירו הערות מועילות רבות. רב תודות גם לרובי בכר, מיכאל בירנהק, אמיר ישראלי, מנחם פרלמן ואבישלום תור על הערות מאירות עיניים. האחריות לגרסה הסופית היא, כמובן, של המחברת בלבד.

כל אתרי האינטרנט להלן נצפו באחרונה ביוני 2005 אלא אם כן נכתב אחרת.

1. ראו: Frank. H. Easterbrook, “Ignorance and Antitrust”, *Antitrust, Innovation, & Competitiveness* (Thomas M. Jorde and David J. Teece – eds., 1992) 119.

למשפט תפקיד חשוב בפיתוח תמריצים ליצירה של קניין רוחני ולדיפוזיה שלו. בזירה זו יש לדיני הקניין הרוחני ולדיני ההגבלים העסקיים תפקיד מכריע. כללי הקניין הרוחני, למשל, גודרים את קשת המקרים שבהם מוענקת הגנה משפטית להמצאות באמצעות מתן זכות שימוש בלעדית לממציא בהמצאתו. בלא הגנה זו יקטן התמריץ המעודד ממציא להשקיע ביצירת המצאות חדשות, בפיתוחן ובמימושן הכלכלי, בשל אופיו של הנכס כטובין ציבורי. כללי ההגבלים העסקיים מגינים מפני יצירת מכשלות מלאכותיות הפוגעות בתחרות בשוק, המהווה אף היא מנוע חשוב ליעילות דינמית. לפיכך שתי מערכות הדינים קשורות קשר בלתי ניתק ביצירת תמריצים כלכליים לחדשנות וליצירתיות. סוגיית האיזון בין שתי מערכות אלו הנה בעלת חשיבות רבה בכלכלת המידע.

חלקו הראשון של מאמר זה מציג ארבעה עקרונות מנחים להסדרת הממשק שבין דיני הקניין הרוחני ובין דיני ההגבלים העסקיים אשר יחולו על סוגיות הגבולות המערבות זכות קניין רוחני שהוענקה כדין. לאור עקרונות אלו תיבחן השאלה אם דיני ההגבלים המוחלים כיום בישראל מאזנים נכונה בין האינטרסים השונים. כפי שהמאמר מראה, מרבית הוראות חוק ההגבלים העסקיים ניתנות לפרשנות אשר תעלה בקנה אחד עם עקרונות האיזון המוצעים. בנוסף, מרבית ההחלטות של בתי המשפט עולות בקנה אחד עם עקרונות האיזון, אף שמעולם לא נעשה ניסיון לנסח בצורה כללית ופורמלית את העקרונות המנחים את האיזון האמור.

חלקו השני של המאמר מנתח את הכללים ההגבליים המסדירים שינויים מבניים בשוק שמטרתם להגביר את היעילות הדינמית בשוק. תכונותיו המיוחדות של המשק הישראלי, לרבות ממדיו הקטנים ורמת החדשנות הגבוהה המאפיינת רבים משוקיו, כמו גם העובדה ששוקי מידע הם לרוב שווקים בינלאומיים וכי ידע הוא נכס אסטרטגי הנדרש לשם הצלחה בשווקים אלו, מחייבות אותנו לשנות חלק מהנחות המוצא המקובלות בדיני ההגבלים העסקיים. אולם כפי שהמאמר מראה, כללי המיזמים המשותפים והמיזוגים החלים בישראל מעניקים לעתים משקל רב מדי לשיקולי תחרות קצרי טווח על פני שיקולי יעילות דינמית ארוכי טווח.

א. מבוא. ב. מימוש זכויות קניין רוחני: 1. דיני הקניין הרוחני וההגבלים העסקיים – התנגשות?; 2. ארבעה עקרונות מנחים לעריכת האיזון הראוי; 3. הדין המצוי – האם הוא מאזן נכונה בין האינטרסים השונים?; (א) הסדרים כובלים – הפטור שבסעיף 3(2) לחוק ההגבלים; (ב) הסדרים כובלים שאינם נכנסים לגדר הפטור; (ג) תחולה מקבילה של איסורים הגבליים; (ד) דוגמה: מיזם משותף למימוש זכויות קניין רוחני. **ג. הסדרת פעולות מחקר ופיתוח שמטרתן ליצור קניין רוחני: 1.** מיזוג ליצירת קניין רוחני; 2. מיזם משותף ליצירת קניין רוחני. **ד. סיכום.**

א. מבווא

האיזון הראוי בין חדשנות לבין תחרות – שעניינו קביעת ההגבלות הנחוצות, אם בכלל, להסדרת התנהגותם של גופים עסקיים שכוחם בשוק מתבסס על זכויות קניין רוחני או המבקשים ליצור קניין רוחני – הוא אחת הסוגיות המשפטיות המרתקות והבוערות ביותר במשפט העסקי בעת האחרונה. העיסוק הרב בשאלה זו במדינות רבות ברחבי העולם איננו מקרי.² הוא תולדה צפויה של כמה מגמות עכשוויות ובראשן עליית חשיבותה של כלכלת המידע, אשר הפכה את מוצרי המידע המוגנים באמצעות דיני הקניין הרוחני (כגון תכנות, תרופות והמצאות אחרות) לאחד המשאבים המרכזיים של הכלכלה המודרנית. פעמים רבות משמש הקניין הרוחני כלי עיקרי להשגת יתרון תחרותי בשוקים בינלאומיים ולעתים הוא הנכס היחיד, או העיקרי, של גופים עסקיים המתחרים בשוק. הקניין הרוחני נהפך לנכס מרכזי למשק ולא רק לממציא הספציפי. בעקבות זאת נהפכו סוגיות התמריצים ליצירת קניין רוחני ולשימוש בו לבעלות חשיבות ציבורית מדרגה ראשונה.

למשפט תפקיד חשוב בפיתוח תמריצים ליצירה של קניין רוחני ולדיפוזיה שלו. בזירה זו יש לדיני הקניין הרוחני ולדיני ההגבלים העסקיים תפקיד מכריע. כללי הקניין הרוחני, למשל, גודרים את קשת המקרים שבהם מוענקת הגנה משפטית להמצאות באמצעות מתן זכות שימוש בלעדית לממציא בהמצאתו. כמפורט להלן, בלא הגנה זו יקטן התמריץ המעודד ממציא להשקיע ביצירת המצאות חדשות, בפיתוחן ובמימושן הכלכלי. כללי ההגבלים העסקיים מגינים מפני יצירת מכשלות מלאכותיות הפוגעות בתחרות בשוק, המהווה אף היא מנוע חשוב ליצילות דינמית, היינו לשיפור טיב המוצרים או ייעול תהליכי הייצור בשוק, כמו גם להורדת מחירים והגדלת הכמויות הנמכרות בשוק. דיני ההגבלים חלים על כל שלבי היצירה והחדשנות – מהסדרת מיזמים משותפים ומיזוגים למחקר ופיתוח שמטרתם ליצור ידע חדש ועד קביעת גדרות לניצולו של ידע כאמור על ידי הממציא. היקף תחולתם של האיסורים ההגבליים משפיע על התמריץ להשקיע במחקר ובפיתוח. הטעם לכך הוא שהתמריץ הכלכלי להשקעה עסקית תלוי בשיעור הרווחים הצפויים אם תצלח ההשקעה מבחינה טכנולוגית ועסקית. שיעור רווחים אלה מושפע, בין היתר, מגדר הפעולות המותרות לשם יצירתו של ידע חדשני וניצולו על ידי הממציא ומתחריו. לפיכך שתי מערכות הדינים קשורות קשר בליינתק ביצירת תמריצים לכלייים לחדשנות וליצירתיות. סוגיית האיזון בין שתי מערכות אלו היא אפוא בעלת חשיבות רבה בכלכלת המידע.

2. ראו, דו"ח רשות ההגבלים העסקיים האמריקנית בשאלת האיזון בין דיני ההגבלים העסקיים לבין דיני הפטנטים: To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy (Federal Trade Commission, October 2003) [URL: <http://www.ftc.gov/os/2003/10/innovationrpt.pdf>]; OECD Report on Competition Policy and Intellectual Property Rights (OECD, Paris 1998) [URL:<http://www.oecd.org/dataoecd/34/57/1920398.pdf>]; "Symposium: The Interface Between Intellectual Property Law and Antitrust Law" 87 *Minn. L. Rev.* (2003) 1695

שאלת איוון זו מקבלת כיום משנה חשיבות גם לאור פסיקות רבות של בתי משפט, בארץ ובעולם, אשר הרחיבו את אגד זכויות הקניין הרוחני מעבר לגבולותיהם המסורתיים – ויש הטוענים אף מעבר למנדט הסטטוטורי ולמטרה שבבסיס דיני הקניין הרוחני.³ הדבר בולט במיוחד בתחום טכנולוגיית המידע, היינו שוקי התכנה והאינטרנט. בתחומים אלה ניכרת בשנים האחרונות מגמה של הרחבת זכויות הקניין הרוחני המאפשרת לבעליהן לשלוט לא רק בשוק המידי של ההמצאה או היצירה, אלא גם בשווקים נוספים. עניין MAI האמריקני היא דוגמה מובהקת להרחבת זכויות זו.⁴ במקרה הנדון מכרה חברה תכנה בפיתוחה ללקוח. חוזה המכירה קבע כי על הלקוח להשתמש בשירותי התחזוקה של חברת התכנה. הלקוח לא היה מרוצה מהשירות האטי שניתן לו, והתקשר עם חברה אחרת לתיקון הקלקול בתכנה. בית התכנה תבע את הלקוח וטען, בין היתר, כי פעולתו הפרה את זכויות היוצרים של החברה. בית המשפט קיבל את הטענה בקבעו כי גם העלאת עותק זמני של התכנה על המחשב על ידי אדם לא מורשה מהווה הפרה של זכות היוצרים. פרשנות זו מקנה לבעל זכות היוצרים זכות משפטית לא רק כלפי מי שצרב את התכנה על גבי דיסקים ומכר עותקים לא מורשים במחיר מופחת, אלא גם כלפי כל מי שהפעיל את התכנה ולשם כך יצר עותק זמני במחשב. היא מעניקה ליצרן התכנה זכות בלעדית לא רק בשוק התכנה אלא גם בשוק משיק, שוק מתן שירותי התחזוקה ותמיכה לתכנותיו. היא יוצרת קומודיפיקציה של זכות השימוש, ולא רק של הידע. החלטה זו עלולה לפגוע בתחרות בשוק תיקון התכנות, מקום שבו ליצרן התכנה יש כוח שוק בשוק התכנה. כן היא עשויה לפגוע בציבור הצרכנים אם לציבור זה אין מידע מלא בדבר ההגבלות הצמודות לתכנה שהם רוכשים.⁵ פסק הדין הביא לידי שינוי חקיקתי אשר צמצם במקצת את תחולתו.⁶

גם בתי המשפט בישראל הרחיבו את אגד זכויות הקניין הרוחני. כך, למשל, בעניין א.ש.י.ר הכיר בית המשפט העליון בהגנה מן היושר על מוצר שהיה יכול להירשם כמדגם

3. ראו, ניבה אלקין-קורן, "על כלל ועל 'נחלת הכלל': מקניין רוחני לעשיית עושר ולא במשפט", עיוני משפט כה (תשס"א) 9.

4. *MAI Systems Corp. v. Peak Computer, Inc.* 991 F. 2d 511 (2d Cir, 1993) (להלן: עניין Jessica Litman, "The Exclusive Right to Read", 12 *MAI* Rebecca Cardozo Arts & Ent. L. J. (1994) 29 ראו: S. Eisenberg, "Public Research and Private Development Patents and Technology Transfer in Government-Sponsored Research", 82 *Va. L. Rev.* (1996) 1663; Diane Leenheer Zimmerman, "Copyright in Cyberspace: Don't Throw Out the Public Interest with the Bath Water", *Ann. Sur. Am. L.* (1994) 403.

5. כאשר יש לרוכשים מידע מלא על ההגבלות הצמודות לתכנה וליצרן התכנה אין כוח שוק בשוק התכנה, הצרכנים ירכשו תכנה חליפית אשר הגבלות דומות אינן חלות עליה. ראו: Benjamin Klein, "Power in Aftermarkets", 17 *Managerial and Decision Economics* (1996) 143.

6. 17 U. S. C. § 117 (c).

ולא נרשם.⁷ אמנם בניגוד לפסיקה האמריקנית יש כאן הרחבת הבסיס לזכות ולא הרחבת היקף ההגנה, אך גם בהרחבה זו יש כדי להשפיע על תמריצי היצירה מחד גיסא, ועל התחרות בשוק מאידך גיסא.⁸ המגמות של הרחבת השליטה והבעלות על מידע בתחומי היצירה והטכנולוגיה לסוגיהם, הן באמצעות החוק והפסיקה והן באמצעים טכנולוגיים, מאיימות לצמצם את נחלת הכלל ולהציב מכשלות להתקיימותה של תחרות.

מגמה נוספת בעלת השפעה על חשיבות האיזון בין דיני הקניין הרוחני לבין דיני ההגבלים העסקיים הנה ההכרה כי ארגון הכלים של הקניין הרוחני אינו עשיר דיו ועל כן אינו מאפשר לבתי המשפט להגביל את ניצול הזכויות של בעלי זכויות הקניין הרוחני מעבר למנדט שניתן לבעלי הזכויות כאמור בחוק. עד העת האחרונה הניחו בתי משפט כי דיני הקניין הרוחני משמשים בסיס קוהרנטי ומספק להסדרת חששות תחרותיים. אכן, הגישה השלטת בבתי משפט רבים ברחבי העולם הייתה כי דיני הקניין הרוחני "חסינים" בפני טענות הגבליות, אולם כיום ישנה הכרה בכך שאין בידם של דיני הקניין הרוחני למנוע ניצול של הזכויות אשר פוגע בתחרות וחורג מגבולות ההגנה הראויה. הכרה זו חייבה בחינה מחודשת של הכללים המשפטיים המסדירים את השימוש בקניין הרוחני. החיפוש אחר כלים חליפיים או נוספים אשר יצמצמו את כוחו של בעל זכות הקניין הרוחני, לאחר שהיא הוכרה, כדי שזו לא תחרוג מן המנדט המקורי שניתן לו, הוביל באופן טבעי לדיני ההגבלים העסקיים, המסדירים את פעולותיו התחרותיות של בעל קניין כלשהו לאחר שזה ניתן לו.

בתי משפט נזקקים כיום יותר ויותר לעילות הגבליות מובהקות כדי לרסן את פעולותיהם של מונופולים המבוססות על זכויות קניין רוחני. פסק הדין האמריקני בעניין *Microsoft*, על כל גלגוליו, מדגים זאת היטב. תכנותיה של מיקרוסופט מוגנות מתוקף היותן קניינה הרוחני. בית המשפט הכיר בזכות זו וכן הכיר בכך שמיקרוסופט הגיעה למעמדה המונופוליסטי בשוק תכנות ההפעלה בזכות, בעקבות ניצול לגיטימי של זכויות הקניין הרוחני שלה, אולם הוא החיל הגבלות מתחום דיני ההגבלים העסקיים על ניצול לרעה של כוח השוק. כך, למשל, נאסר על מיקרוסופט לקשור את הספקת תוכנת ההפעלה להספקת הדפדפנים וכן היא לא הורשתה לאסור על מתקני מחשבים את שינוי "דף הפתיחה" של מערכת ההפעלה שלה בדרך של הוספת צלמית (ICON) לדפדפן מתחרה.⁹ רשות ההגבלים האירופית, אשר דנה אף היא בטענות של ניצול לרעה של כוחה המונופוליסטי של מיקרוסופט, המבוסס על קניינה הרוחני, אף חייבה את מיקרוסופט לפתוח לציבור חלק מקוד התכנה, הכלול בזכויות היוצרים שלה, כדי שכותבי תכנות יוכלו ליצור תאימות לתכנות אחרות שאינן מבית היוצר של מיקרוסופט.¹⁰

-
7. רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289 (להלן: עניין א.ש.י.ר.).
8. לביקורת על פסק הדין ראו, לעיל, הערה 3.
9. *U. S. v. Microsoft Corporation*, 84 F. Supp. 2d 9 (D.D.C. 1999) (findings of fact); 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000) (conclusions of law); 97 F. Supp. 2d 59 (D.D.C. 2000) (final judgment); 253 F. 3d 34, (Cert. denied), 122 S Ct. 350 (2001) (להלן: עניין *Microsoft*).
10. ראו, החלטת הנציבות האירופית בעניין *Microsoft*: *EU Commission decision on*

בנוסף, כיום מכירים בעילות הגבליות גם בתחום הקניין הרוחני עצמו. דוקטרינת השימוש לרעה בפטנט או בזכות יוצרים, אשר נעשה בה שימוש נרחב בארצות הברית ונזכרה באמרת אגב גם בארץ, מכניסה לדיני הקניין הרוחני בדלת האחורית את דיני ההגבלים העסקיים הקלאסיים.¹¹ דוקטרינה זו מאפשרת למי שנטען כנגדו כי הוא הפר את זכויות הקניין הרוחני של אחר, לטעון כטענת הגנה כי בעל הקניין הרוחני ניצל לרעה את זכותו ועל כן הוא מנוע מלטעון להפרתה. אולם, כפי שיפורט להלן, תחולתה של הדוקטרינה מוגבלת, בין היתר, כיוון שהיא משמשת כמגן מפני תביעות של בעל קניין רוחני שניצל לרעה את זכותו ולא כחרב כלפיו. בנוסף, חוק הפטנטים מסמיך את רשם הפטנטים ליתן רישיון כפייה לשימוש בפטנט כאשר הוא שוכנע כי בעל פטנט מנצל לרעה את המונופולין שהקנה לו הפטנט. מטרתו של רישיון הכפייה היא להבטיח שבעל הפטנט משתמש בהמצאתו בהיקף העונה על צורכי הציבור. לפי הגדרות החוק, ניצול לרעה מתקיים כאשר אין מספקים בישראל בתנאים סבירים את מלוא הביקוש למוצר או כאשר התנאים שהתנה בעל הפטנט להספקתו של המוצר אינם הוגנים ואינם מתחשבים בטובת הכלל.¹² שאלת האיוון בין חדשנות לתחרות עולה גם בהקשרים אלו.

מטרתו של מאמר זה היא כפולה: ראשית, להציע כמה קווים מנחים להסדרת הממשק שבין דיני הקניין הרוחני ובין דיני ההגבלים העסקיים אשר יחולו בתחום ההגבלים העסקיים. שנית, לבחון אם דיני ההגבלים העסקיים המוחלים כיום במדינת ישראל מאזנים נכונה בין האינטרסים השונים, היינו אם הם יוצרים סביבה עסקית המקדמת פיתוח וחדשנות טכנולוגיים ותומכת בהם, או שמא הם מהווים מכשלה לפיתוח כאמור.¹³

Microsoft, Inc., (24 March 2004), בקשה לעיכוב הוצאתה לפועל של ההלטת הנציבות נדחתה על ידי בית המשפט האירופי.

11. ראו: William C. Holmes, *Intellectual Property and Antitrust Law* (2001), בפרק 3. לאזכור הדוקטרינה בארץ ראו, ע"א 2790/93 *Eisenman נ' קימרון*, פ"ד נד" (3) 817.
12. סעיפים 117 ו-119 לחוק הפטנטים, תשכ"ז-1967, ס"ח 148.
13. המאמר יוצא מנקודת הנחה כי דיני הקניין הרוחני מאזנים נכונה בין האינטרסים השונים המתחרים על הבכורה. יש מקום להרהר על אמיתות הנחה זו, בין היתר לאור העובדה כי בעשורים האחרונים הגבלות הסחר הבינלאומי צומצמו במידה ניכרת באופן שהשוק הפוטנציאלי העומד לרשות הממציא למימוש המצאתו גדל במידה רבה, והמכשלות שהקשו על השגת הגנה מקבילה של זכויות קניין רוחני במדינות שונות צומצמו אף הן. אולם דיון זה חורג מגדרו של מאמר זה. לדיון בסוגיות העוסקות ברוחבן האופטימלי של זכויות הקניין הרוחני ראו, לעיל, הערה 1; וכן Louis Kaplow, "The Patent-Antitrust Intersection: a Reappraisal" 97 *Har. L. Rev.* (1984) 1813 קבוצות בעלי אינטרסים אשר עלולות להביא לידי יצירתם של כללים לא אופטימליים. ראו: Dan L. Burk and Mark A. Lemley, "Policy Levers in Patent Law," 89 *Va. L. Rev.* (2003) 1575, p. 1637; William F. Patry, "Copyright and the Legislative Process: A Personal Perspective", 14 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* (1996) 139, p.141

יתרת המאמר מחולקת לשני חלקים עיקריים. הראשון עוסק בכללים ההגבליים המסדירים את השימוש בוכות הקניין הרוחני, לאחר שזו הוענקה לממציא. בחלק זה יודגשו, בעיקר, ניתוח הפטור הסטטוטורי המוציא הסכמים לשימוש בוכות קניין רוחני מתחולת האיסור לערוך הסדרים כובלים וכן הכללים אשר חלים כאשר אין הפטור האמור חל. חלקו השני של המאמר יעסוק בכללים ההגבליים המסדירים שינויים מבניים בשוק שמטרתם יצירה של ידע חדש. כפי שאטען, תכונותיו המיוחדות של המשק הישראלי, ובראשן ממדיו הקטנים ורמת החדשנות הגבוהה המאפיינת רבים משוקיו, כמו גם העובדה ששוקי מידע הם לרוב שווקים בינלאומיים וכי ידע הוא נכס אסטרטגי הנדרש לשם הצלחה בשווקים אלו, מחייבות אותנו לשנות חלק מהנחות המוצא המקובלות בדיני ההגבלים העסקיים. כפי שנראה, כללי המיזמים והמיזוגים החלים בישראל מעניקים לעתים משקל רב מדי לשיקולי תחרות קצרי טווח על פני שיקולי יעילות דינמית ארוכי טווח.

ב. מימוש זכויות קניין רוחני

1. דיני הקניין הרוחני וההגבלים העסקיים – התנגשות?

לפני שאציע כללים מספר לאיזון בין שתי מערכות הדינים, אפרט מדוע בכלל נדרש איזון בין מערכות הדינים – מדוע לא ניתן להחילן זו לצד זו בלא עריכת כל איזון ביניהן, או להעניק עדיפות מוחלטת לאחת מהן – ומהו גדר האיזון הנדרש.

על פני הדברים קיימת סתירה בין דיני הקניין הרוחני, המעניקים מעין מונופול ליצירה או המצאה, ובין דיני ההגבלים העסקיים אשר גועדו להבטיח תחרות חופשית בשוק. דיני הפטנטים, למשל, מעניקים ברובם זכות בלעדית לממציא לניצול המצאתו לתקופה קצובה.¹⁴ ביסוד דיני זכויות יוצרים רעיון דומה. ההנחה שעליה מבוססים דינים אלו היא כי אם לא נאפשר לממציא לנצל את המצאתו באופן בלעדי, לא תהיינה די השקעות במחקר ופיתוח.¹⁵ הגנה זו נדרשת בשל אופיו המיוחד של נכס הקניין הרוחני: הקניין הרוחני הוא טובין ציבורי – היינו הנאתו של אדם אחד מהמוצר איננה גורעת מיכולתו של אחר ליהנות ממנו וקל מאוד להעתיקו.¹⁶ בשל כך, אם לא תינתן הגנה משפטית, תועתק ההמצאה על ידי המתחרים והממציא עלול שלא להיפרע על השקעתו, בבחינת "האחד זורע והאחר –

14. ראו, סעיף 52 לחוק הפטנטים; השוו גם סעיף 3 לחוק זכויות יוצרים, 1911, ס"ח 38; סעיף 5 לפקודת זכויות יוצרים, 1924, ס"ח 165. לעומתם ההגנה על סוד מסחרי איננה מוגבלת בזמן כל עוד הסוד אינו ידוע בציבור ונעשה בו שימוש מסחרי. לצורך הניתוח המוצע במאמר זה, אין חשיבות רבה להבחנה זו, למעט אותם מקרים שבהם ישנה התייחסות ישירה להגנה המוגבלת בזמן.

15. ראו, ע"א 793/86 פורת נ' צ.מ.ל. ציוד מודרני לרפואה בע"מ, פ"ד מד(4) 578, בעמ' 589; ע"א 513/89 Interlego A.S. נ' Exin-Lines Bros. S. A., פ"ד מח(4) 133 (להלן: עניין Interlego), בעמ' 164-170; דפנה לוינסון-זמיר, "שיקולים כלכליים בהגנה על המצאות", משפטים יט (תשמ"ט) 143, בעמ' 160-164; ראו, לעיל, הערה 3.

16. עניין Interlego (לעיל הערה 15); Kaplow (לעיל, הערה 13) בעמ' 1828.

ללא עמל משלו – קוצר".¹⁷ המונופול הסטטוטורי לשימוש בהמצאה נועד לתקן כשל שוק זה באמצעות הגבלת התחרות בשימוש במוצר המוגן במשך תקופת ההגנה הקבועה בחוק.¹⁸ ישנם, כמובן, תמריצים נוספים ליצירתיות, כגון דחה אינטלקטואלי, אולם היעדר הגנה על זכויות הקניין הרוחני עלול להקטין באופן ממשי את תמריצי הממציא להמציא ובעיקר את תמריציו לפתח את ההמצאה פיתוח כלכלי ולהבטיח את הדיפוזייה שלה בקרב הציבור הרחב, אשר בהם טמון ערכה של ההמצאה ותרומתה לרווחה החברתית. על כן ניתן לראות בדיני הקניין הרוחני משום "חווה חברתי" בין הממציא ובין החברה, לפיו הממציא משקיע בפיתוח הידע והחברה מעניקה לו בתמורה הגנה (אמנם מוגבלת) על השימוש בהמצאתו זו. בדיני הפטנטים כולל החווה החברתי גם התחייבות של בעל הקניין הרוחני לחשוף את המצאתו לציבור מיד עם הענקת הפטנט וכן הגבלת אורכה של תקופת השימוש הבלעדי של בעל הפטנט בהמצאתו. חשיבותו של חווה חברתי זה מסתברת לאור העובדה שהמדע והטכנולוגיה מתפתחים נדבך על גבי נדבך באופן שהמצאות חדשות נשענות לעתים קרובות על המצאות קיימות. ידע קודם משמש תשתית לבניית ידע חדש, ולכן כמות הידע בעולם גדלה בצורת פירמידה הפוכה. חוקי הקניין הרוחני נועדו אפוא לקדם מדיניות ציבורית שתכליתה לעודד מחקר ופיתוח, חדשנות ויצירתיות שהם הבסיס ליצילות הדינמית של השוק, כמו גם להעשרת התרבותית.¹⁹ האפשרות שבעל הקניין הרוחני יהיה בעל כוח שוק עקב קבלת זכות הבלעדיות היא תוצאה מודעת של דיני הקניין הרוחני והיא למעשה חלק מה"מנוע" ליצירה ולפיתוחה מלכתחילה.

17. עניין א.ש.י.ר. (לעיל, הערה 7), בעמ' 472.

18. ישנן, כמובן, דרכים חלופיות להגנה על המצאה, כגון שמירתו של סוד מסחרי על ידי הממציא. הנוסחה לייצור קוקה קולה, אשר עליה לא נרשם פטנט והיא נשמרת כסוד מסחרי על ידי חברת קוקה קולה, היא אחת הדוגמאות הבולטות להתנהגות אסטרטגית מעין זו. אולם הגנה זו תהא יעילה רק כאשר קשה למתחרים לזהות את מרכיבי היצירה מתוך התוצר הסופי בלבד. הגנה זו עלולה להיות גם יקרה יותר מהגנת דיני הקניין הרוחני כאשר הממציא ייאלץ להבטיח כי סודו המסחרי לא ידלוף למתחריו. כן ראוי לציין כי ישנם תמריצים כלכליים נוספים ליצירה. יתרון ראשוניות הכניסה לשוק (first mover advantage), המעניק למי שמייצר את המוצר ראשון יתרונות לעומת מתחריו הנכנסים לשוק במועד מאוחר יותר (כגון מוניטין ויתרונות למידה נרכשת), עשוי ליצור תמריץ לחדשנות. אולם שיעורם של תמריצים אלו תלוי בתכונותיו המיוחדות של כל שוק, ובעיקר בגובה חסמי הכניסה אליו, ועל כן הוא משתנה משוק לשוק.

19. קיימות הצדקות נוספות להגנה על זכות הקניין הרוחני, כגון בעלותו של אדם על יציר כפיו או תאוריית האישיות הבאה לידי ביטוי ביצירה. בארץ נוהגת בעיקר ההצדקה התועלתנית הכלכלית. ראו, רע"א 6141/02 אק"ם נ' תחנת השידור גלי צה"ל, פ"ד (2) 625 (להלן: עניין אק"ם); עניין Interlego (לעיל, הערה 15). בנוסף, ההגנה התועלתנית היא הרלוונטית ביותר כאשר אנו באים לבחון את סוגיית תמריצי הדיפוזייה של היצירה ברבים על ידי היוצר.

דיני ההגבלים העסקיים נועדו ליצור תנאי תחרות בשוק – באמצעות מניעת היצירה של מכשלות מלאכותיות להתפתחות תחרות – ולשמור עליהם. חוט השני העובר בדיני ההגבלים העסקיים הוא כי תחרות היא, לרוב, הכלי הטוב ביותר להשגת יעילות כלכלית, לרבות יעילות דינמית. ההנחה שבבסיס החוק היא כי תחרות המאופיינת בריבוי צרכנים ויצרנים הפועלים בשוק בלא עלויות מידע ומקסם את התועלת החברתית באמצעות קביעת מחירים נמוכים והעלאת איכות המוצרים, שכן מתחרה אשר ינסה לגבות מחיר גבוה יותר מזה של מתחריו יאבד את צרכניו אשר יעדיפו לרכוש את מוצריהם ממתחריו. תחרות חופשית גם גורמת לחדשנות ולהתייעלות.²⁰ העובדה שיצרן אינו יכול להעלות את מחיר מוצריו לעומת המחיר הנדרש עבור מוצרים דומים על ידי מתחריו, ממריצה השאת הרווחים באמצעות הורדת עלויות הייצור והשיווק או באמצעות יצירת מוצר חדש, טוב יותר, אשר יועדף על ידי הצרכנים.²¹ תחרות עשויה לשמש גם כלי להשגת מטרות חברתיות רחבות יותר כגון צדק חלוקתי ומניעת ריכוזיות של כוח כלכלי אשר עלול להתרגם לכוח פוליטי. כפי שקבע נשיא בית המשפט העליון, השופט ברק, "דיני ההגבלים העסקיים הם ה"מגנא כרטא" של זכויות הצרכן והתחרות החופשית".²² חוק ההגבלים העסקיים מקדם את השמירה על התחרות בשלוש דרכים עיקריות. ראשית, החוק אוסר ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי, כגון קשירת מוצרים, דרישת בלעדיות או קביעת מחירים בלתי הוגנים על ידי מונופולין. שנית, החוק אוסר עריכת הסדרים הכובלים את התחרות אלא

20. הדיון הכלכלי נסב על התנאים אשר צריכים להתקיים בשוק כדי למקסם את תמריצי המחקר והפיתוח. היפותזת Schumpeter אשר פותחה על ידי הכלכלן Joseph Schumpeter, קובעת שחברות גדולות תהיינה בעלות תמריץ גדול יותר לחדשנות מחברות קטנות וכי חברות הפועלות בשווקים ריכוזיים תהיינה בעלות תמריץ גדול יותר לחדשנות מאלו הפועלות בשווקים לא ריכוזיים. ראו: Joseph Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy* (1942). היפותזה זו ספגה ביקורת רבה. יש הטוענים כי ריכוז וגודל מועילים לחדשנות, אולם עד גודל ורמת ריכוזיות מסוימים. מעבר להם, כוח שוק וריכוזיות גבוהים יפגעו בתמריצי החדשנות. ראו: F. M. Scherer and David Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance* (1990) 646. מתאימה לשווקים מסוימים אך לא לאחרים. ראו: Westley M. Cohen, Richard C. Levin and David C. Mowery, "Firm Size and R&D Intensity: A Re-examination", 35 *J. of Industrial Econ.* (1986) 543; Paul Geroski, "Technological Opportunity, Innovation and Market Structure", 544 *Oxford Economic Papers* (1990) 586.

21. לדיון כלכלי בתמריצים שונים לחדשנות ראו: Jean Tirole, *The Theory of Industrial Organization* (1988) 390-394.

22. ע"א 2247/95 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק לתוצרת חקלאית בישראל בע"מ, פ"ד נב(5) 213. משפט זה מתבסס על פסק דין אמריקני *U. S. v. Topco Associates Inc.* 405 U.S. 596 (1972) מעניין לציין, כי בעוד המקור קובע כי דיני ההגבלים העסקיים הם המגנא כרטא של היומה החופשית ("free enterprise"), השופט ברק משנה זאת ל"זכויות הצרכן והתחרות החופשית".

אם כן יתרוונתיהם ל"טובת הציבור" עולים על פגיעתם בתחרות. שלישית, החוק אוסר על שינויים מבניים בשוק באמצעות מיוזגים כאשר הם פוגעים בתחרות או בציבור. מכאן ברורה ההתנגשות בין שתי מערכות הדינים: דיני הקניין הרוחני עוצרים את התחרות בשימוש ביצירה או בהמצאה כדי לתקן כשל שוק הנובע מאופיין כמוצר ציבורי, אולם ניצול בלעדי של זכות הקניין הרוחני עלול ליצור כוח מונופוליסטי אשר יפגע, לפחות בטווח הקצר, בצרכן, בשל המחיר הגבוה שעשוי לדרוש בעל הקניין הרוחני.²³ יתרה מזו, ניצול זכות הקניין הרוחני עלול לפגוע במתחרים אשר יאלצו לייצר מוצרים פחותים באיכותם או להשתמש בטכנולוגיות ייצור יקרות יותר. במקרים קיצוניים הם יאלצו לצאת מן השוק ולצמצם את התחרות בו. אך חשוב מכך, הרחבת ההגנה על זכות הקניין הרוחני יתר על המידה עלולה לפגוע בתחרות וביעילות הדינמית בעתיד בשל הכשלת הפיתוח הכלכלי של המצאות חדשות בתחום הזכות המוגנת או בתחומים המשיקים לה. זאת מן הטעם שהמצאות חדשות רבות מבוססות על ידע קודם. ככל שידע קודם מוגן יותר, כך יצירתו של ידע חדש עלולה להיות יקרה יותר. בנוסף, אם יותר לבעל קניין רוחני השולט בסטנדרט לתאימות בשוק למנוע כניסה של מתחריו לשוק או לשוקים המשיקים לו, תיפגע פעולתו התקינה של השוק. ההתנגשות בין שתי מערכות הדינים מתעוררת גם כאשר דיני ההגבלים העסקיים מטילים הגבלות על ניצול זכות הבלעדיות של בעל הקניין הרוחני אשר מקטינות את תמריצי היצירה וההמצאה או את היכולת לדיפוזייה יעילה שלהן או כאשר דינים אלה מגבילים פעולות עסקיות שמטרתן העיקרית היא הגברת היעילות הדינמית.

למרות הסתירה לכאורה, המטרה העיקרית שבבסיס דיני הקניין הרוחני ודיני ההגבלים העסקיים והה: מקסום הרווחה הכוללת במשק באמצעות עידוד השקעות של גורמים פרטיים בייצור ובפיתוח.²⁴ מנקודת ראות זו שני הדינים משלימים זה את זה. ויודגש, ההגנה על התחרות במקרה של דיני הקניין הרוחני איננה הגבלה חיצונית בלבד המשרתת מטרת זרות להם. ההכרח להבטיח גישה להמצאות ותחרות בתחום המחקר והפיתוח נובע ממהותם וממטרתיהם של מרבית דינים אלה, אשר אמנם מעניקים זכות שימוש בלעדית, אולם אך ורק בתנאי שבעל הזכות המוגנת יחשוף לעין כול את המצאתו ואת הטכנולוגיה שבבסיסה, כדי לאפשר שימוש תחרותי במוצר המוגן מיד עם פקיעת הזכות.²⁵ בנוסף, תחרות חופשית היא המצע שבבסיס התמריץ ליצירה. בלעדיה חברות לא היו משקיעות בחיפוש מוצרים

23. Kaplow (לעיל, הערה 13).

24. ה"ע (י"ם) 3574/00 הפרדציה למוזיקה ישראלית ויפ תיכונית בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (טרם פורסם) (להלן: עניין הפרדציה), בפסקה 19. U. S. Department of Justice and Federal Trade Commission, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property (6 April 1995), reprinted in 4 Trade Regulation Report (CCH) 13, 132 ("The IP laws and the antitrust laws share the common purpose of promoting innovation and enhancing OECD Report; consumer welfare." (לעיל, הערה 2).

25. דיני זכויות היוצרים מגינים גם על יצירות שטרם פורסמו.

חדשים או הליכי ייצור יעילים יותר כדי להשיג יתרון תחרותי על פני מתחריהן.²⁶ לא זו אף זו, ההכרה ביתרונותיהם האפשריים של מונופולים לקידום הרווחה החברתית אף איננה זרה לדיני ההגבלים העסקיים. דינים אלו אינם אוסרים את קיומו של מונופולין.²⁷ הטעם העיקרי לכלל זה הוא שמונופולין אשר הגיע למעמדו בשוק בזכות, היינו בלא שיצר מכשלות מלאכותיות שיפגעו בתחרות, קוצר למעשה את פרות ניצחונו והוא תוצרו הישיר של הדרוויניזם הכלכלי שבבסיס כלכלת השוק, אם נגביל את אסיף הפרות, יוגבלו גם תמריציהן של חברות להתחרות בשוק באמצעות יצירת מוצרים טובים יותר או תהליכי ייצור יעילים יותר וממילא תיפגע יעילותו.²⁸ על כן אין סתירה בין מערכות הדינים.

עם זאת, האמצעים שנוקטת כל אחת ממערכות הדינים שונים בתכלית. דיני הקניין הרוחני מתמקדים בהגנה על זכויות הפרט – היוצר ביצירתו והממציא בהמצאתו, כדי לתקן את כשל השוק, ואילו דיני ההגבלים מגינים על הפעילות החופשית של השוק באמצעות עידוד התחרות, המהווה תמריץ עיקרי ליעול ולחדשנות כאשר אין כשל שוק, והם מתמקדים בעיקר בהגנה על רווחת הצרכן.²⁹ על כן קיים ביניהם מתח מתמיד, שעיקרו נעוץ בשאלה היכן עובר קו הגבול בין הגנה על זכות השימוש בקניין רוחני ובין ההגנה על התחרות.³⁰ מתח זה שני פנים לו, הקשורים ושלובים זה בזה. הראשון – היקפה של זכות הקניין הרוחני שהדין מעניק; טיבן של היצירות המוגנות בדין כמו גם אורכה של ההגנה המוענקת לשימוש הבלעדי ביצירה ותנאיה.³¹ השני – גדר השימוש בזכות לאחר שזו הוענקה. מאמר זה עוסק בפן השני של מתח זה.

על המטרה המשותפת שבבסיס שתי מערכות הדינים עמד בית הדין להגבלים עסקיים (להלן: בית הדין), בראשות השופט עדיאל, בהחלטתו בעניין **מגל מערכות ביטחון**.³² בית הדין קבע, בהערת אגב, כדלקמן:

-
26. לטענה זו במשפט האמריקני ראו: *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.* 489 U.S. 141 (1989).
27. ראו, ערך (י"ם) 7/95 "בזק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (לא פורסם); עניין **הפדרציה (לעיל, הערה 24)**, בפסקה 64.
28. ראו: Michal S. Gal, "Monopoly Pricing as an Antitrust Offense in the U.S. and the EC: Two Systems of Belief About Monopoly?", 49 *Antitrust Bulletin* (2004) 343; Michal S. Gal, *Small Market Economies* (2003) 70-71 (להלן: *Gal, Competition Policy for Small Market Economies*).
29. עניין **הפדרציה (לעיל, הערה 24)**, בפסקה 19.
30. ראו, ת"א (י"ם) 613/93 "טבעול" – מוצרי מזון מן הצומח נ' שמיר תעשיות מזון בע"מ (לא פורסם) (להלן: עניין **טבעול**).
31. לדיון בשאלה זו ראו: Carl Shapiro and Richard Gilbert, "Optimal Patent Length and Breadth", 21 *Rand J. Econ* (1990) 106; Paul Klemperer, "How Broad Should the Scope of Patents Protection Be?", 21 *Rand J. Econ*, (1990) 113.
32. ה"ע (י"ם) 3/97 **מגל מערכות ביטחון בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים** (לא פורסם) (להלן: עניין **מגל**). ראו, גם עניין **טבעול (לעיל, הערה 30)**.

חוק ההגבלים העסקיים אינו עומד בסתירה או בהתנגשות לחוק הפטנטים. העובדה שהמחוקק הפקיד בידו של אדם זכות חוקית בתחום הפטנטים, אין משמעה שהמחוקק גם היה מוכן להשלים מראש עם מצב שבו בעל הפטנט ינצל לרעה את מעמדו בשוק ויפגע בצבור... להפך, דווקא משראה המחוקק ליצור מצב המקים חשש לפגיעה בתחרות על ידי יצירת מונופולין או מעין מונופולין סטטוטורי בדרך של מתן זכות פטנט, עשוי לעלות הצורך בהפעלת בלמים מאזנים אשר ימנעו את הניצול לרעה של זכות זו בדרך העלולה לפגוע בצבור.³³

בעניין הפדרציה חזר בית המשפט וקבע, הפעם כאחד מנדבכי פסק הדין, כי זכות הבלעדיות בנכס הקניין הרוחני איננה מקנה לבעליה זכות לנצל לרעה את כוח השוק הקיים, אם קיים, בידי מכוח אותה זכות, ועל כן אין לבעל הזכות חסינות מפני הוראות חוק ההגבלים העסקיים.³⁴ ההחלטה בעניין הפדרציה עסקה בזכויות יוצרים, אולם הרציונל שבבסיסה מתאים גם לזכויות אחרות מתחום הקניין הרוחני. גם בעניין אקוים הכירה שופטת בית המשפט העליון עקרונית בכך שבנסיבות מתאימות שימוש בלתי ראוי בזכות יוצרים עשוי להביא לידי צמצום ההגנה שמקנה הדין לבעל הזכות או אף לידי שלילתה.³⁵ האתגר הוא אפוא לקבוע גדרות לניצול זכויות קניין רוחני אשר תתיישבנה עם מטרות של שני הדינים ועם אמצעיהם. השאלה היא מהן אותן פעולות הנכללות במנדט הסטטוטורי של בעל זכות הקניין הרוחני אשר מאפשרות לו לנצל את הזכות בלא להפר את דיני ההגבלים העסקיים: האם מותר לו לקשור את מוצרו המוגן ברכישת מוצר אחר? האם מותר לו להתנות את מכירת המוצר באי־מכירתו של מוצר מתחרה? האם מותר לו להעניק את מוצריו בחינם גם אם הדבר יגרום ליציאה מן השוק של מתחריו? מתי ובאילו תנאים נתיר לו להתקשר במיזם משותף לצורך ניצול זכות הקניין הרוחני? האם ניתן לחייבו לשנות את השימוש במוצרו כדי לאפשר גישה למתחריו בשווקים משיקים? במילים אחרות, האם לצורך החלת דיני ההגבלים העסקיים קניין רוחני הוא ככל קניין אחר, או שמא יש מקום לצמצם את תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים כאשר עסקינן במימוש זכות קניין רוחני, ואם כן, כיצד ובאיזו מידה? בכלכלת המידע קביעת הבסיס התיאורטי למניעת ניצול לרעה של קניין רוחני אינה עוד בגדר מותרות – היא חיונית כדי שנוכל, מחד גיסא, למנוע באבו את תהליך ההרחבה של זכויות הקניין הרוחני מעבר למטרתן המקורית ולהיקפן האופטימלי ומאידך גיסא, ליצור תנאים המעודדים חדשנות ויצירתיות. המשכו של פרק זה

33. עניין **מוגל**, שם, בפסקה 87. ראו, עניין **טבעול** (לעיל, הערה 30). להלכה דומה במשפט האמריקני ראו: *Atari Games Corp. v. Nintendo of America Inc.* 897 F. 2d 1572 (Fed. Cir. 1990).

34. עניין **הפדרציה** (לעיל, הערה 24), בפסקאות 19-21. לכלל דומה במשפט האמריקני ראו, עניין **Microsoft** (לעיל, הערה 9) וכן ראו: *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.* 441 U. S. 1 (1979).

35. עניין **אקוים** (לעיל, הערה 19).

מזיע ארבעה עקרונות מנחים לעריכת האיזון הראוי ולאחר מכן בוחן אם הדין המצוי מאזן נכונה בין האינטרסים השונים, בהתאם לעקרונות המוצעים.

2. ארבעה עקרונות מנחים לעריכת האיזון הראוי

מהם אפוא העקרונות אשר ראוי שינחו את האיזון הראוי בין שתי מערכות הדינים? ראשית יש לדחות את שתי הגישות הקוטביות, אשר היו מקובלות בעבר, לפיהן ניתנת עדיפות מוחלטת לאחת ממערכות הדינים ובדחית רעותה.³⁶ לפי הגישה הקוטבית הראשונה, כל פעולה של בעל קניין רוחני הפוגעת בתחרות, ואשר הייתה נאסרת לו היה מדובר בקניין רגיל, תיחשב להפרה של דיני ההגבלים העסקיים. לפי הגישה ההפוכה, כל פעולה של בעל הקניין הרוחני תוכשר. שתי גישות אלו אינן מעניקות משקל ראוי למערכת הדינים האחרת. הגישה הראשונה אינה מאפשרת לתקן את כשל השוק שמקורו בתכונותיו המיוחדות של הקניין הרוחני. הגישה השנייה, המכשירה כל פעולה של בעל קניין רוחני בקניינו, גם היא עלולה להיות בעלת תוצאות בעייתיות בפותחה פתח לניצול לרעה של זכויות הקניין הרוחני. הניחו, לדוגמה, שבעל פטנט מתנה את השימוש בהמצאתו ברכישת חומרי גלם מסוימים ממנו, שאינם מהווים חלק מהפטנט. התניה זו עשויה, בהתקיים תנאים מסוימים, לפגוע בתחרות בשוק חומרי הגלם ולהרחיב את ההגנה על הפטנט מעבר לנדרש כדי ליצור תמריצים להמצאה. על כן יש לדחות גישות אלו.

מאמר זה מזיע ארבעה עקרונות בסיסיים, מצטברים, לעריכת האיזון הראוי בין ההגנה על הקניין הרוחני ובין ההגנה על התחרות.³⁷ העיקרון הראשון קובע כי אין ליצור חוקה משפטית שזכות קניין רוחני פוגעת מטבעה בתחרות ועל כן אין להגביל את השימוש בזכות מכוון דיני ההגבלים העסקיים אלא אם כן הזכות פוגעת בתחרות. העיקרון השני קובע כי, בכפוף לעיקרון הרביעי שיפורט להלן, יש להימנע מהחלת דיני ההגבלים העסקיים בדרך שתפגע בזכויות הפנימיות שבבסיס דיני הקניין הרוחני, גם אם מימוש זכויות אלו פוגע בתחרות. העיקרון השלישי, המהווה למעשה עיקרון הופכי לעיקרון השני, קובע כי אין להכשיר מטעמי הגנה על הקניין הרוחני גרידא כל פעולה של בעל זכות קניין רוחני אשר איננה נדרשת באופן סביר למימוש זכותו והפוגעת בתחרות. העיקרון הרביעי קובע כי במקרים חריגים שבהם מימוש זכויותיו הפנימיות של בעל הקניין הרוחני מביא לידי פגיעה כה קשה בתחרות אשר על פניה איננה מתחייבת לשם יצירת תמריצים ליעילות דינמית, לא תינתן עדיפות מוחלטת לזכות הקניין הרוחני. עקרונות אלו מפורטים להלן.

נקודת המוצא של הניתוח היא כי יש להבחין בין מונופול כהגדרתו בדיני הקניין הרוחני ובין מונופול כהגדרתו בחוק ההגבלים העסקיים.³⁸ המילה מונופולין, שמקורה במילים

36. לסקירה היסטורית ראו: Valentine Korah, "Patents and Antitrust", *Intellectual Property Quarterly* (1997) 395; Walter H. Hamilton, *Patents and Free Enterprise* (1941).

37. ראו: Michal S. Gal, "The Intersection of Competition Policy and Intellectual Property: A Small Economy Perspective", *Global Competition Review* (2000) 14.

38. הבחנה זו לא נשמרה על ידי בתי המשפט האמריקניים. ראו: *Morton Salt Co. v. G.S. Supplier Co.* 314 U. S. 488 (1942).

היווניות monos שמשמעה אחד ו-1 polein שמשמעה למכור, רחבה דייה כדי לאפשר את השימוש שנעשה בה בשתי הדיסציפלינות, אך משמעותה שונה בכל אחת מהן. מונופולין בתחום הקניין הרוחני משמעו זכות לשימוש בלעדי ביצירה המעניקה, על פי טבלת הופלה, את הכוח למנוע את השימוש בה בלא רשות. לעומת זאת מונופול כמובנו בידי ההגבלים העסקיים מכוון כלפי גוף עסקי בעל כוח שוק רב, אשר יכול להעלות מחירים במידה ניכרת מעל רמתם התחרותית כשהעלאה זו תהיה רווחית עבורו למרות אבדן פוטנציאלי של חלק מצרכניו.³⁹ בשווקים דינמיים כוח שוק עשוי גם להוריד את רמת החדשנות והיצירתיות מתחת לרמה שהייתה קיימת בשוק תחרותי. כמפורט לעיל, במרבית המקרים זכות בלעדית ביצירה מעניקה לבעליה רק יתרון יחסי בשוק הרלוונטי, כך שאין לבעליה כוח שוק בו. מן האמור לעיל נגזר העיקרון הראשון, לפיו אין להניח מלכתחילה כי לבעל זכות הקניין הרוחני יש כוח שוק אשר יאפשר לו לפגוע פגיעה של ממש בתחרות ואין להגביל את השימוש בזכות מכוח דיני ההגבלים העסקיים אלא אם כן הזכות פוגעת בתחרות במידה ניכרת.⁴⁰ מלבד העובדה שזכויות הקניין הרוחני מקדמות את התחרות ואת תוצאותיה לטווח הארוך באמצעות הגברת היעילות הדינמית של השוק, גם אין הן בהכרח פוגעות בתחרות לטווח הקצר. למרות תקוות המציא והמחשבה הרומנטית, מרבית זכויות הקניין הרוחני אינן מעניקות לבעליהן כוח שוק, שכן הן אינן יוצרות מוצר או הליך אשר משנה באופן דרמטי את עלויות הייצור או את גמישות הביקוש הצרכני.⁴¹ זכות הקניין הרוחני אמנם

39. המחוקק הישראלי בחר בהגדרה מבנית למונופול בחוק ההגבלים עסקיים: מונופול מוגדר כגוף עסקי המספק או הרוכש למעלה ממחצית המוצרים או השירותים בשוק הרלוונטי – סעיף 26 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, ס"ח 128. אולם ההנחה הגלומה בהגדרה זו היא כי נתח שוק זה מהווה אינדיקציה לקיומו של כוח שוק. ראו, מיכל (שיצר) גל, "המישים גוונים לפורמאיקה: חוק ההגבלים העסקיים כראי לאידיאולוגיה במדינת ישראל", עתיד להתפרסם במחקרי משפט (תשס"ו).

40. ראו: IP Guidelines (לעיל, הערה 2), סעיף 2.0. לאחרונה החיל בית משפט אמריקני הנחה הפוכה, ולפיה כאשר בעל פטנט קושר בין המוצר המוגן בפטנט למוצר אחר, הוא בעל כוח שוק. ראו: *Independent Ink, Inc. v. Illinois Tools Works, Inc. and Trident, Inc.* 396 F. 3d (Fed. Cir. 2005). כלל זה שונה מהותית מהכלל החל בארצות הברית בעילות קשירה אשר אינן מערבות קניין רוחני. ראו: *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services* 462 U. S. 451 (1992). כלל משפטי המבחין בין תנאים שונים לפגיעה בתחרות באמצעות קשירה רק על פי השאלה אם המוצר הקושר מוגן בפטנט אם לאו הוא כלל בעייתי ביותר, שאין לו כל הצדקה כלכלית או משפטית. העניין תלוי ועומד היום בבית המשפט העליון האמריקני.

41. מחקרים העלו כי רק כרבע מממחי זכות קניין רוחני פעלו בשווקים בלא תחרות ויותר מ-38% פעלו בשווקים שבהם פעלו יותר מעשרה מתחרים. ראו: Farok J. Contractor, *International Technology Licensing: Compensation, Costs and Negotiations* (1981) Table 5-7. אולם יש לזכור כי מחקרים אלו נערכו על כלכלות גדולות. גודל השוק הישראלי וריכוזיותו עשויים להשפיע גם על כוח השוק הנובע מזכויות קניין רוחני. הטעם לכך הוא שבשל הביקוש

מובעת את ייצורו של מוצר זהה, אך היא איננה מונעת תחרות בעזרת מוצרים מתחרים אשר אינם מבוססים על הזכות.⁴² כך, למשל, רישום פטנט על אמצעי למיגון דלתות עשוי להעניק לבעלת הפטנט יתרון יחסי בלבד לעומת מתחרותיה אשר גם להן פטנטים על אמצעים שונים למיגון דלתות. באין כוח שוק, מרבית החששות התחרותיים גופלים. למעשה, זכויות קניין רוחני עשויות אף להקטין כוח שוק קיים אם הן מאפשרות לבעל הזכות להגביר את התחרות בשוק. כך, לדוגמה, ההגנה המשפטית על סימני המסחר ועל הפטנטים של נייקי ואדידס מקדמת את התחרות ביניהן. בלא הגנה כאמור היה התמריץ של כל אחת מהחברות להשקיע בקידום המוניטין שלה יורד בצורה דרסטית. אין משמעות הדבר שזכות קניין רוחני לעולם לא תיצור כוח שוק. במקרים שבהם הזכות יוצרת יתרון תחרותי משמעותי לבעליה או שהיא מהווה משאב חיוני לכניסה לשוק מסוים, כגון סטנדרט התאימות לכניסה לשוק המתאפיין בכלכלת רשת, היא עשויה להעניק לו שליטה בשוק כולו או בחלק ניכר ממנו. אולם מקרים אלו הם חריג ולא הכלל, ורק בהם קם צורך אמיתי לאזן בין מערכות הדינים.

ההכרה בזכויות הקניין הרוחני חיונית לצמיחה העסקית ולאפשרות התחרות בשווקים בינלאומיים.⁴³ כיום, עם צמצום מגבלות הסחר, הצלחה בשווקים בינלאומיים תלויה, פעמים רבות, בפיתוח של טכנולוגיות חדשות וביישומן. הדבר חיוני במיוחד לכלכלות קטנות כגון ישראל, שבהן חדשנות מהווה כלי מרכזי כדי להתגבר על מכשלות לייצור שמקורן בביקוש מקומי מצומצם ובהוצאות הובלה גבוהות לשוק ייצוא.⁴⁴ בנוסף, ההגנה על זכויות הקניין הרוחני בכלכלה קטנה נדרשת גם כדי שהגופים העסקיים הפועלים בה יוכלו ליהנות מרכישת רישיונות שימוש בזכויות קניין רוחני של חברות זרות. רישוי של טכנולוגיה זרה היא, פעמים רבות, הדרך היעילה ביותר לאפשר לצרכנים בכלכלה הקטנה

המצומצם, השוק עלול שלא להיות גדול דיו כדי לתמוך במספר רב של מתחרים כאשר ניצול זכות הקניין הרוחני מאופיינת ביתרונות לגודל. ראו: Gal, *Small Market Economies*, (לעיל, הערה 28), בפרק 1, ראו, גם: Michal S. Gal, "Size Does Matter: The Effects of Market Size on Optimal Competition Policy", 74 *S. Cal. L. Rev.* (2001) 1437.

42. "מונופולין מכוח חוק הפטנטים, ככל שניתן לכנות את זכות הפטנט כמונופולין, אינו מונופולין מכוח חוק ההגבלים העסקיים. לפיכך, אין גם לומר שלפנינו שני הסדרים סטאטוטוריים החלים על אותה מטריה - המונופולין - אשר מתנגשים זה בזה", עניין *מגל* (לעיל, הערה 32). ראו, גם: Herbert Hovenkamp, "United States Antitrust Policy in an Age of IP Policy Expansion", *University of Iowa Legal studies Research Paper* no. 04-03 [URL: <http://ssrn.com/abstract=634224>] 11-1; Burk and Lemley, (לעיל, הערה 13) ("Intellectual Property rights do not ipso facto confer monopoly power"); *Radio Telefis Eireann v. Commission*, [1995] 4 *C.M.L.R.* 718, para. 46.

43. ראו: Thomas M. Jorde and David J. Teece, "Rule of Reason Analysis of Horizontal Agreements Designed to Advance Innovation and Commercialize Technology", 61 *Antitrust L. J.* (1993) 579, p. 584.

44. Gal, *Small Market Economies* (לעיל, הערה 28).

ליהנות מיתרונות הטכנולוגיה. בעלי זכויות הקניין הרוחני לא יעניקו רישיונות כאמור אם יוטלו הגבלות גבוהות מדי על יכולתם להרוויח מרישוי כאמור. מכאן נגזר העיקרון השני ולפיו, בכפוף לעיקרון הרביעי המפורט להלן, יש להימנע מהחלת דיני ההגבלים העסקיים בדרך שתפגע בזכויות שבבסיס דיני הקניין הרוחני (להלן: זכויות פנימיות), גם אם מימוש זכויות אלו פוגע בתחרות. זכויות אלו הן הזכות לשימוש בלעדי ביצירה לתקופה הקצובה בחוק. כן היא כוללת זכויות נוספות העומדות בבסיס דיני הקניין הרוחני, כגון "הזכות המוסרית": בדיני זכויות היוצרים מוענקת ליוצר גם זכות אישית ביצירתו, במובחן ובנפרד מהזכות החומרית בה. בהתאם לה, "מחבר רשאי שלא ייעשה ביצירתו כל סילוף, פגימה או שינוי אחר, או כל פעולה שיש בה משום הפחתת ערך ביחס לאותה יצירה, העלולה לפגוע בכבודו או בשמו של מחברה".⁴⁵ לרוב יחייב יישומו של עיקרון זה מתן פרשנות למונחי השסתום הרבים בחוק ההגבלים העסקיים ההולמת את הצורך בהגנה על זכויות קניין רוחני. אולם כאשר פרשנות זו איננה אפשרית, על חוק ההגבלים העסקיים לסגת כאשר התנהגות בעל הקניין הרוחני הנה "אינהרנטית" לזכות הקניין הרוחני, היינו ההתנהגות מממשת את זכויותיו הפנימיות של בעל הקניין הרוחני. נמצא שזכות הקניין הרוחני איננה ככל זכות קניין אחרת.

לפי עיקרון זה, סירובו של בעל הקניין הרוחני לאפשר לאחר לנצל את המצאתו אינו, כשלעצמו, סירוב בלתי סביר.⁴⁶ כך גם הגבלת רישוי חוזר של זכות הקניין הרוחני על ידי מי שהיא הומחתה לו לצד שלישי, הגבלות השימוש בידע לאחר תקופת רישיון השימוש וכל עוד זכות הקניין הרוחני תקפה, או צמצום ניצול הרישיון לתחום טכנולוגי או גאוגרפי אחד בלבד הם כולם ביטוי למימוש הזכות הבסיסית, הפנימית, של בעל זכויות הקניין הרוחני. יישום עיקרון זה מחייב גם לצמצם במידה ניכרת את תחולת הוראות חוק ההגבלים העסקיים המאפשרות להגביל את המחיר שרשאי בעל מונופולין לדרוש עבור מוצריו כאשר המונופול מבוסס על זכות קניין רוחני. הוראת סעיף 29א(ב1) לחוק ההגבלים העסקיים קובעת כי "מחיר בלתי הוגן" מהווה ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. אחת הפרשנויות האפשריות לסעיף זה היא כי מחיר גבוה שדורש בעל מונופול עשוי להיות "בלתי הוגן".⁴⁷ בנוסף, סעיף 30 לחוק מאפשר לממונה על ההגבלים העסקיים (להלן: הממונה) ליתן הוראות לבעל מונופולין כאשר שוכנע כי התנהגותו של המונופולין פוגעת בתחרות או בציבור, לרבות הוראות המגבילות את המחיר שהוא רשאי לדרוש עבור המוצר או השירות שבמונופולין. כאשר המונופול מבוסס על זכות קניין רוחני, אין מקום להגביל, אלא

45. סעיף 4א(2) לפקודת זכויות יוצרים. ראו, גם סעיף 47 להצעת חוק זכויות יוצרים, תשס"ה-2005, ה"ח 1116. גם הצעת החוק מתנה את הזכות המוסרית למנוע שינוי או סילוף בתנאי כי שינוי או סילוף כאמור "יהיה בהם כדי לפגוע בכבודו או בשמו" של בעל הזכות.

46. רישוי כפוי של הקניין הרוחני היה מקטין את תמריצי היצירה של בעל הזכות מלכתחילה וכן היה מקטין את תמריצייהם של צדדים שלישיים "לעקוף" את הזכות באמצעות המצאה חדשה.

47. באחרונה ערך בית המשפט העליון דיון תחת ההנחה כי עילה זו קיימת. ראו, רע"א 2616/03 ישראלברט בע"מ נ' רייס (טרם פורסם, ניתן ביום 14.3.2005).

במקרים חריגים וקיצוניים, את המחיר שבעל הקניין הרוחני רשאי לדרוש. אמנם בעל זכות קניין רוחני עלול להיות בעל כוח שוק אשר יאפשר לו לגבות מחיר גבוה עבור מוצריו, הגבוה במידה ניכרת מהמחיר שהיה נדרש בשוק תחרותי, אולם מחיר זה מהווה מימוש של הזכות הבסיסית, ה"פנימית", עליה באה זכות הקניין הרוחני להגן. המחיר הגבוה הוא הכלי ליצירת התמריץ לחדשנות והוא ה"תשלום" של הצרכנים עבור ההמצאה, שכן קניין רוחני המעניק כוח שוק משמעותי מבוסס, לרוב, על המצאה המהווה פריצת דרך משמעותית.⁴⁸ אמנם ייתכן כי במקרה הספציפי שבו נטענת טענת ניצול לרעה, הממציא כיסה זה מכבר את הוצאותיו (לרבות הסיכון שהסתכן בפתחו את ההמצאה) ועל כן הגבלת המחיר לא הייתה פוגעת בתמריציו ליצור מלכתחילה, אולם עצם האפשרות להרוויח סכומים החורגים בהרבה מההשקעה היא המנוע העסקי לחדשנות. בנוסף, מבחינה פרקטית קשה לבית משפט להעריך את הסיכון שבהשקעת המחקר והפיתוח. על כן הגבלת הרווח כאמור על ידי בית משפט עלולה לפגוע בתמריצי החדשנות ויש לנקוט דרך זו רק במקרים נדירים הנדרשים לשם קידום משמעותי של הרווחה החברתית.⁴⁹

בה בעת הקניין הרוחני, למרות כיבוי, איננו "קניין" במובן הרגיל. כפי שפורט לעיל, המונופול שמקבל בעל ההמצאה לפרק זמן מוגבל נועד להגשים מטרה כלכלית-חברתית: עידוד ההשקעות בהמצאה. מתן זכויות רחבות מדי לניצול ההמצאה עלול לסכל את מטרת החוק ולעכב – ולעתים אף למנוע – את פיתוחן של טכנולוגיות והמצאות חדשות. לפיכך ההגנה על התחרות במקרה של קניין רוחני איננה הגבלה חיצונית בלבד המשרתת מטרת זרות לדיני הקניין הרוחני. מכאן נגזר העיקרון השלישי, המהווה למעשה עיקרון משלים לעיקרון השני, ולפיו אין להכשיר מטעמי הגנה על הקניין הרוחני גרידא פעולה של בעל זכות הקניין הרוחני אשר איננה נדרשת באופן סביר למימוש זכויותיו הפנימיות והפוגעת בתחרות. עיקרון זה עולה בקנה אחד גם עם דיני הקניין הרוחני, אשר אינם מכשירים את כל פעולות בעל הקניין הרוחני בקניינו אלא מעניקים לו זכויות מוגדרות ומגבלות המאפשרות למנוע שימוש של אחרים בו. כדי להחיל עיקרון זה במקרים אשר לכאורה מממשים את זכויותיו הפנימיות של בעל הקניין הרוחני ניתן להיעזר במבחן הפגיעה המינימלית בתחרות: אין לאשר מימוש של זכות הקניין הרוחני בדרך הפוגעת בתחרות אם קיימת דרך חלופית הכרוכה בפגיעה מצומצמת יותר בתחרות, אשר לא תפגע בפגיעה של ממש באפשרותו של בעל הקניין הרוחני לממש את זכויותיו הפנימיות. מבחן זה מאפשר לנו להבחין בין ניצול זכות הקניין ובין ניצול לרעה של המעמד בשוק הנובע מזכות הקניין כדי ליצור מכשלות מלאכותיות שיצמצמו את התחרות. בעוד פעולה מהסוג הראשון תהא מותרת, יש לאסור פעולה מהסוג השני.

48. לוינסון-זמיר (לעיל, הערה 15), בעמ' 168. סעיף 122 לחוק הפטנטים קובע כי לבעל הפטנט

זכות ל"תמורה סבירה, בהתחשב בטבע האמצאה, בעד ניצול האמצאה שבפטנט".

49. Gal, *Small Market Economies* (לעיל, הערה 28). לטענה כי התמריצים לפיתוח תרופות

יקטנו משמעותית בעקבות הסדרת המחיר, ראו: Thomas A. Abbott, John A. Vernon, "The

Cost of US Pharmaceutical Price Reduction: A Financial Simulation Model of R&D

.Decision" (working papers, NBER) [URL: <http://papers.nber.org/papers/W11114>]

אמחיש עיקרון זה בעזרת דוגמאות מספר. התנייתה של המחאת זכות בתנאים שמטרתם איננה רק בחירת אפיק רווחי יותר לניצול הזכות, כי אם השגת הטבות ממי שהזכות הומחאתה לו, החורגות מגדר השימוש בהמצאה ואשר עלולות לפגוע בתחרות, לא יזכו להגנה. נניח, למשל, כי בעל פטנט מתנה את המחאתו בכך שהנמחה יעניק לו שימוש בלעדי בפטנטים מיטיבים, המשפרים את ההמצאה הראשונית, אם הוא ימציא כאלו במהלך שימושו בפטנט המקורי. תניה זו לא תיכלל בהגנה על זכות הקניין הרוחני. הטעם לכך הוא שדרישה זו איננה מתחייבת מהזכויות הפנימיות המוענקות לבעל הקניין הרוחני והיא עלולה לפגוע בתחרות בשוק. הדרישה לקבל פטנטים מיטיבים מעניקה לבעל הזכות המקורית גישה מועדפת אל טכנולוגיות שמפתחות חברות אחרות, אשר ייתכן כי יאפשרו לו להאריך באופן מלאכותי את תקופת הפטנט המקורי ואת ההגמוניה שלו בשוק, שכן התקופה הרלוונטית להגנת החוק מתחילה עם כל פטנט מחדש. בנוסף, דרישה זו גם תפחית את התמריץ של מי שהומחאתה לו זכות השימוש בקניין הרוחני להשקיע ביצירת פטנט מיטיב.

בדומה, כאשר בעל הקניין הרוחני מנצל את כוח השוק שלו כדי לדרוש תמלוגים בגין השימוש בזכות לאחר שחלפה תקופת ההגנה עליה, חורגת פעולה זו מגדר זכויות הפנימיות.⁵⁰ תניה זו איננה מגינה על הזכות הבסיסית של הקניין הרוחני – המקנה בלעדיות תחומה בזמן – והיא עלולה לאפשר לבעל הקניין הרוחני להאריך באופן מלאכותי את זכותו ולפגוע בתחרות. גם דרישת תמלוגים המתבססת על מכירתו של המשתמש, בלא קשר למספר המוצרים שבהם זכות הקניין הרוחני אכן הייתה בפועל חלק מהמוצר, חורגת מההגנה הפנימית על זכות הקניין הרוחני ועלולה לפגוע בתחרות. הטעם לכך הוא שחיוב בתשלום תמלוגים לבעל הזכות בלי קשר למידת השימוש בה מקטין את תמריצו של המתקשר עם בעל הזכות להשתמש בזכויות קניין רוחני או ברכיבים חלופיים. כך, למשל, כאשר חברה בעלת פטנט לייצור חומר מסוים דורשת תשלום עבור כל החומרים המתחרים שמייצר היצרן שרכש את זכויות השימוש בפטנט, גם אם חלק מהחומרים יוצרו בלא שימוש בפטנט, חורגת דרישה זו מגדר ההגנה הפנימית על הפטנט. תוצאתה של התניה עלולה לפגוע ברווחיות לייצר חומרים אחרים, והיא לא נדרשת באופן סביר להגנה על הפטנט. יודגש, כי החלת העיקרון השלישי איננה מחייבת הטלת איסור מוחלט על כל התנהגות החורגת מגדרן של הזכויות הפנימיות המוענקות על ידי דיני הקניין הרוחני, אולם התנהגות מעין זו לא תזכה להגנה רק משום שהיא מערבת זכות קניין רוחני. יש לבחון, בכל מקרה לגופו, את פגיעתה הפוטנציאלית בתחרות של ההתנהגות הנבחנת לעומת יתרונותיה לרווחה החברתית, על פי כללי ההגבלים העסקיים הרגילים.

אולם לא תמיד יגשימו עקרונות האיזון המנויים לעיל את המטרה המשותפת שבבסיס דיני הקניין הרוחני ודיני ההגבלים העסקיים. קיימים מקרים – אמנם חריגים ונדירים – שבהם מתן עדיפות מוחלטת לזכויות הפנימיות של דיני הקניין הרוחני לא תמקסם את הרווחה החברתית, גם כאשר נשקלים שיקולי יעילות דינמית ארוכי טווח. כך, למשל,

50. ראו, בג"ץ 280/60 אביק נ' רשות מוסמכת למתן רישיונות לייבוא של תבשירי רוקחות, פ"ד טו 1323.

כאשר בעל זכות הקניין הרוחני שולט בטכנולוגיה המהווה את הסטנדרט לתאימות בשוק, הוא עלול למנוע פיתוח של טכנולוגיות יעילות יותר באמצעות הצבת מכשלות לתחרות תוך התבססות על ניצול זכויותיו ה"פנימיות". עניין *Microsoft* הוא דוגמה מובהקת לכך. שם נטען כי מיקרוסופט שלטה על "שער הכניסה" לשוק התכנות – על תוכנת ההפעלה, שבה היה לה כוח שוק רב. מיקרוסופט חסמה את הגישה למתחרותיה בשווקים משיקים לתוכנת ההפעלה, בין היתר באמצעות הטלת איסור שינוי המסך הראשי של תוכנת ההפעלה באופן שיאפשר קישור לתכנה המתחרה. היא ביססה את זכותה לפעול כך על הטענה כי יש לה זכויות יוצרים בתוכנת ההפעלה ועל כן לא ניתן לחייבה לשנות את המסך הראשון. בית המשפט האמריקני דחה טענה זו בקבעו כי העובדה שלמיקרוסופט יש זכויות יוצרים בתוכנת ההפעלה איננה מעניקה הכשר מוחלט לפעולות אשר מנעו את כניסתן של מתחרות יעילות יותר לשווקים משיקים.⁵¹ בדומה, נניח כי פטנט מסוים מגדיל את הערך למשתמשים בחמישה שקלים, אולם ההתנהגות שנוקט בעל הפטנט, המהווה מימוש זכותו הפנימית, יוצרת מכשלות לתחרות אשר מאפשרות לבעל הקניין הרוחני למנוע ממתחרים יעילים יותר, אשר היו מגדילים את הערך למשתמשים ב-30 שקלים, להיכנס לשוק. במקרה מעין זה, הכשרת ההתנהגות רק משום שהיא מהווה מימוש זכות קניין רוחני איננה משרתת את מטרת הדינים. הגבלה זו נדרשת, בין היתר, בשל מגבלותיהם האינהרנטיות של דיני הקניין הרוחני, כגון דוקטרינת השימוש לרעה אשר תפורט להלן.

מכאן נגזר העיקרון רביעי, ולפיו במקרים שבהם מימוש זכויותיו הפנימיות של בעל הקניין הרוחני מביא לידי פגיעה כה קשה בתחרות אשר על פניה איננה הכרחית לשם יצירת תמריצים ליעילות דינמית, לא תינתן עדיפות מוחלטת לזכות הקניין הרוחני. עיקרון זה נחוץ כדי למנוע את אותן התנהגויות אשר אמנם נופלות לגדר הזכות הפנימית אולם תוצאתן היא פגיעה קשה ומתמשכת בפעולתו התחרותית של השוק, בלא יתרונות מאזנים לרווחה החברתית. במילים אחרות, אין להתייחס לזכות הקניין הרוחני כאל זכות המוגנת על ידי מסך בלתי חדיר, אלא יש להרימו ולבחון את האינטרסים השונים המתחרים על הבכורה כאשר ניכר, על פני הדברים, כי הכשרת ההתנהגות תפגע במידה ניכרת ברווחה החברתית. אולם צמצום הזכויות הפנימיות של בעל הקניין הרוחני ייעשה רק במידה הנדרשת כדי להשיב את האיזון הראוי על כנו. בהקשר זה יש להתחשב, בין היתר, בשאלה אם זכות הקניין הרוחני נוצרה מלכתחילה אך ורק כדי למנוע מאחר להיכנס לשוק.

העקרונות המוצעים, המתירים פגיעה בזכויות הקניין הרוחני רק במידה הנדרשת כדי לקדם את מטרת הדינים, עולים בקנה אחד עם חוקי היסוד.⁵² הזכות לקניין מעוגנת כיום

51. שם.

52. חוק היסוד הרלוונטי ביותר הוא חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150. לדיון בהשלכות אפשריות של חוקי היסוד על דיני ההגבלים העסקיים ראו, עדי אייל, *המונופוליסט בקרבן: על אפלייה וזכויות חוקתיות בדיני ההגבלים העסקיים* (המכון הישראלי לדמוקרטיה, תשס"ה).

בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁵³ זכות זו פורשה, בעיקרה, כ"מניעת שלילתו של מה שיש לאדם".⁵⁴ דיני הקניין הרוחני מעצם מהותם מיועדים לאפשר לבעלי זכויות הקניין הרוחני לממש את זכויותיהם בלא שאופיו המיוחד של הנכס כטובין ציבורי יפגע ביכולתם ליהנות משימוש בלעדי בזכויותיהם. אחד הפנים העיקריים של זכות זו הוא הזכות לעשות שימוש ולהפיק רווחים מהזכות. אמנם זכויות אלו אינן בלתי מוגבלות. ניתן להגבילן, בין היתר, לצורך השאת הרווחה החברתית באמצעות מניעת פגיעה בתחרות בשוק, אולם הגבלה זו נדרשת להיות למטרה ראויה ובמידה המתחייבת.

העקרונות המוצעים יחולו לא רק כאשר בעל זכות הקניין הרוחני ממחה את השימוש בזכותו לאחר או משתמש בה בעצמו, אלא גם כאשר מוטלות הגבלות על מי שהשתמש בזכות קניין רוחני שלא ברשות, בין שהן מוטלות על פי הסדר פשרה ובין מתוקף סעדים שנותנים בתי המשפט. הדוגמה הבאה תמחיש זאת. באחרונה נדון לפני בית הדין הסכם פשרה בין שתי החברות היחידות העוסקות בייצור מדי מים ביתיים בישראל ובשיווקם. ההסכם הושג במהלך הדיון בתביעה שהגישה אחת החברות נגד האחרת בגין הפרת זכויות היוצרים שלה במד מים. הוסכם בו כי החברה המפרה תפסיק את כל פעילותה בשוק מדי המים – לרבות פעילות אשר לא הפרה את זכויות היוצרים של התובעת – תמורת תשלום חד-פעמי גדול של התובעת לחברה המפרה עבור הפסקת פעילותה כאמור. שתי החברות טענו כי ההסכם נועד להגן על קניינה הרוחני של התובעת, כיוון שאלמלא ההפרה לא הייתה הנתבעת נכנסת לשוק מדי המים מלכתחילה. בית הדין דחה טענה זו בקבעו כי במקרה דנן אין כל התנגשות בין דיני ההגבלים העסקיים ובין דיני הקניין הרוחני, שהרי דיני ההגבלים העסקיים אינם מגינים על השימוש המפר. בה בעת, אותו חלק של ההסכם החובק גם את תחומי פעילותה של הנתבעת, אשר אינם מפירים את זכויות היוצרים, פוגע בתחרות בלא שיידרש לצורך ההגנה על זכויות הקניין הרוחני. על כן הוא מהווה כבילה עירומה של התחרות, האסורה על פי הוראות החוק.⁵⁵ החלטה זו עולה בקנה אחד עם עקרונות האיזון המוצעים. הפגיעה בתחרות הנובעת מהסכם הפשרה לא נדרשה כדי

53. כאמור לעיל, אין זהות מוחלטת בין קניין רגיל לבין קניין רוחני והאינטרסים השונים שבבסיס הגנתם הם, לעתים, שונים. כפי שמפרט מיכאל בירנהק במאמרו, הדגש בהגנה על דיני הקניין הרוחני הוא בעיקרו "מכשירני" ולא רכושני. מיכאל בירנהק, "השאלה הציבורית והעתקה פרטית", עיוני משפט כז (תשס"ד) 885. לגישה שונה במקצת ראו, עניין אקו"ם (לעיל, הערה 19). אולם גם אם זכויות הקניין הרוחני מחייבות אותנו לאיזונים שונים במקצת מאלו החלים על קניין רגיל, עדיין יש לפגוע בזכויות אלו רק לשם השגת מטרה ראויה ובמידה המתחייבת.

54. ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל, בפר שיתופי, פ"ד מט (4) 221, בפסקה 69 לפסק דינו של הנשיא (דאז) שמגר. ראו, גם יהושע ויסמן, "הגנה חוקתית לקניין", הפרקליט מב (תשנ"ה) 258, בעמ' 267.

55. ה"ע (י"ם) 8008/03 ארד בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (טרם פורסם, ניתן ביום 24.1.2005).

להגן על זכויותיו הפנימיות של בעל הקניין הרוחני, ועל כן היה מקום לבחנה על פי כללי ההגבלים העסקיים הרגילים. במקרה דנן, ההסכם פגע בתחרות בלא כל יתרונות מאזנים ועל כן היה מקום לאסרו, כפי שעשה בית הדין.

גשאלת השאלה, אם יש לשנות את כללי האיוון המוצעים לעיל ולצמצם את ההגנה על זכות הקניין הרוחני כאשר זכות הקניין הרוחני הורחבה מעבר להיקפה האופטימלי בין באמצעות חקיקה מרחיבה של דיני הקניין הרוחני ובין באמצעות התנהגות לא יעילה של הרשויות האמונות על רישום הזכויות, כגון רשם הפטנטים או רשם המדגמים וסימני המסחר, הרושמים גם המצאות שאינן ראויות להגנה. שאלה זו מקבלת משנה תוקף משום שדיני הקניין הרוחני חשופים, הרבה יותר מדיני ההגבלים העסקיים, ללחצים של קבוצות אינטרסים שונות.⁵⁶ התשובה על שאלה זו היא שלילית, משני טעמים. ראשית, תפקיד שינוי החקיקה שנוצרה עקב לחצים של קבוצות בעלי אינטרסים איננו מופקד, ברגיל, בידי בתי המשפט. תפקיד זה יש להשאיר בידי המחוקק. בתי המשפט המחילים את דיני ההגבלים העסקיים צריכים לפעול על סמך ההנחה כי דיני הקניין הרוחני מאזנים נכונה, במרבית המקרים, את האינטרסים השונים המתחרים על הבכורה.⁵⁷ בנוסף, לבתי המשפט המחילים את דיני ההגבלים העסקיים חסרים לעתים קרובות הידע והמומחיות הנדרשים לשם הערכה אם זכויות הקניין הרוחני הורחבו יתר על המידה. שנית, כללי האיוון המוצעים כוללים מנגנון איוון, המגולם בעיקרון הרביעי, המאפשר התאמה של האיסורים ההגבליים לעצמת הפגיעה בתחרות ולהשפעת ההתנהגות על היעילות הדינמית. עיקרון זה מבוסס על ההנחה כי אף שהאיוונים הפנימיים של דיני הקניין הרוחני מביאים, במרבית המקרים, לידי התוצאה האופטימלית, קיימים מקרי־קיצון שבהם האיוון מופר ויש לבית המשפט הדן בטענה ההגבלית סמכות לצמצם את היקף הזכות.⁵⁸

3. הדין המצוי – האם הוא מאזן נכונה בין האינטרסים השונים?

המסגרת הסטטוטורית קובעת את "זירת ההתגוששות" האפשרית בין דיני ההגבלים העסקיים ובין דיני הקניין הרוחני. הצורך באיוון בין שתי מערכות הדינים יכול להידרש בנוגע לכל אחד משלושת סוגי הפעילויות הנופלים לגדר דיני ההגבלים העסקיים: הסדרים כובלים, מיווגים ומונופולין. מאמר זה יתמקד בקטגוריה הראשונה, שבה קיימים כללי איוון מפורשים הקבועים בחוק. כן תיבחן נקודת ההשקה בין שלוש הקטגוריות. כפי שאראה, מרבית הוראות חוק ההגבלים העסקיים ניתנות לפרשנות אשר תעלה בקנה אחד עם עקרונות האיוון המוצעים. בנוסף, מרבית ההחלטות של בתי המשפט שדנו באיוון בין שתי

56. Burk and Lemley (לעיל, הערה 13); Patry (לעיל, הערה 13); Hovenkamp (לעיל, הערה 42).

57. ההנחה שעליה מבוסס הדיון היא כי לא ניתן באמצעות פרשנות לגיטימית להשיב את האיוון בין שתי מערכות הדינים על כנו.

58. Hovenkamp טוען כי אין ליתן משקל רב לחוקי קניין רוחני שנוצרו עקב לחצים של קבוצות אינטרסים, Hovenkamp (לעיל, הערה 42), בעמ' 25-27. טענה זו הנה בעייתית ביותר, כיון שהיא מעניקה לבתי המשפט כוח לבטל חקיקה רק משום שהיא תוצר של לחץ כאמור.

מערכות הדינים עולות בקנה אחד עם עקרונות האיזון, אף שמעולם לא נעשה ניסיון לבסס בצורה כללית ופורמלית את העקרונות המנחים את האיזון כאמור.

(א) הסדרים כובלים – הפטור שבסעיף 3(2) לחוק ההגבלים

אחת הדרכים העיקריות למימוש כלכלי של זכות הבלעדיות הגלומה בקניין הרוחני היא רישוי זכות השימוש בה לאחר. אולם הסדרי רישוי כאמור עלולים להיכנס לגדר האיסור לערוך הסדר כובל. האיסור הנו פלילי ולו גם נפקויות אזרחיות שעיקרן תביעה נזיקית על בסיס הנזק שנגרם לצרכנים או למתחרים עקב הסדר בלתי חוקי.⁵⁹ בחוק הגדרה רחבה להסדר כובל, ולפיה 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..."⁶⁰ לצד הגדרה רחבה זו כולל החוק כמה חזקות חלוטות לפגיעה בתחרות, החלות כשהסדר נוגע למחיר, רווח, חלוקת שוק, כמות, איכות או סוג הנכסים.⁶¹ ניתן להכשיר הסדר כובל הנתפס ברשתו של החוק בדרך של קבלת פטור מהממונה או אישור מבית הדין, בטרם תחילתו. הממונה מוסמך ליתן פטור אם ההסדר אינו פוגע במידה ניכרת בתחרות.⁶² בית הדין רשאי לאשר את ההסדר אם יתרונותיו לטובת הציבור עולים על חסרונותיו.⁶³

לצד האיסור הרחב, חוק ההגבלים כולל גם פטורים אחדים הפוטרים את המקרים הנופלים לגדרם מתחולת פרק ההסדרים הכובלים. הסדרים שעושה בעל קניין רוחני עם אחר עשויים להיות פטורים מכוח הוראת סעיף 3(2) לחוק ההגבלים העסקיים, הקובע כדלקמן:

3. לא ייחשבו כהסדרים כובלים ההסדרים הבאים:

.....

(2) הסדר שכל כבילותיו נוגעות לזכות השימוש באחד הנכסים הבאים:

פטנט, מדגם, סימן מסחרי, זכות יוצרים, זכות מבצעים או זכות מטפחים

ובלבד שנתקיימו שניים אלה:

א. ההסדר הוא בין בעל הנכס האמור ובין מקבל זכות השימוש בו;

ב. אם נכס כאמור טעון רישום על פי דין – שהוא נרשם.

59. סעיפים 4, 50 לחוק ההגבלים העסקיים וסעיפים 47, 44 לחוק ההגבלים העסקיים (תיקון-תש"ס), ס"ח 113.

60. סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים.

61. סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים; דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994)

בע"מ, פ"ד נו(1) 56.

62. סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים (תיקון-תשס"ב), ס"ח 165.

63. סעיפים 9 ו-10 לחוק ההגבלים העסקיים.

הפטור יוצר קבוצה של הסדרים שאינם נכנסים לגדר האיסור לערוך הסדר כובל הפטורים מבחינת השפעתם על התחרות בשוק, הגם שהם יכולים לצמצם את התחרות, למשל בדרך של חלוקת השוק או קביעת מכסות ייצור. כדי ליהנות מההכשר הסטטוטורי ההסדרים צריכים לעמוד בשלושת תנאי הפטור: (1) כל כבילותיו של ההסדר צריכות לנגוע לזכות השימוש בנכס שהוא קניין רוחני מהסוג המצוין בחוק.⁶⁴ תנאי זה, שיפורט בהרחבה להלן, נדרש כדי להבטיח כי ההסדר איננו כולל כבילות נלוות, הפוגעות בתחרות, שלא רצוי כי יוכשרו. נדמה כי הפטור רחב דיו לחול הן על הגבלות שמקבל עליו בעל הקניין הרוחני והן על הגבלות שמקבל עליו מי שהוענקה לו הזכות להשתמש בקניין הרוחני, ובלבד שהן נוגעות לזכות השימוש. לדעתי, גם כאשר ההסדר איננו מקיים תנאי זה כיוון שלא כל כבילותיו נוגעות לזכות השימוש בנכס, ראוי להכשיר את אותן כבילות אשר עומדות בדרישת הסעיף, כמעט באופן אוטומטי, ולבחון את יתר הכבילות שבהסכם לפי המבחנים הרגילים להכשרת הסדרים כובלים; (2) ההסדר הוא בין בעל נכס הקניין הרוחני ובין מקבל זכות השימוש בו. הסדרי רישוי משניים, בין מקבל הזכות ובין צד שלישי, ייבחנו באמצעות משקפיו הרגילים של החוק; (3) נכס הטעון רישום על פי דין אכן נרשם כדון. כאן מסתמך חוק ההגבלים העסקיים על מנגנונים חיצוניים, כגון רשם הפטנטים, המדגמים וסימני המסחר, כדי לוודא כי אכן הנכס זכאי להגנת החוק. בהתאם לכך, למשל, לא ייחנה מהפטור מי שהגיש בקשה לרישום פטנט אך בקשתו טרם אושרה.⁶⁵ תנאי זה מצמצם במידה ניכרת את תקופת תחולתו של הפטור, אולם הוא מתחייב מן העובדה שלגורמים האמונים על אכיפתו של חוק ההגבלים העסקיים אין כל אפשרות לדעת אם ההמצאה שעליה נתבקש פטנט אכן זכאית להגנת החוק. הוא גם נדרש כדי למנוע ניצול לרעה של שיטת רישום הפטנטים לשם זכייה בפטור מהאיסור לערוך הסדרים כובלים.⁶⁶ זכות שאיננה טעונה רישום תאפשר תחולה מיידית של הפטור. כך, למשל, הסכם למתן זכות שימוש בזכות יוצרים או זכות המבוססת על עשיית עושר ולא במשפט, כמו מדגם שלא היה רשום, יוכלו

64. ראו, החלטת הממונה בעניין הסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי תחנות תדלוק, **הגבלים עסקיים**, א (ועד מחוז תל-אביב-יפו, לשכת עורכי הדין בישראל, תשנ"ה) 19 (להלן: **הסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק**). שם נדחתה הטענה לפטור של הסדר שכלל הגנה על סימן מסחרי, כיוון שלא כל כבילותיו נגעו לזכות השימוש בסימן המסחרי. ראו, גם קביעת הממונה לפי סעיף 43 לחוק בעניין הסדר כובל בענף דלתות הביטחון (טרם פורסם) (להלן: **החלטות הממונה בעניין דלתות ביטחון**).

65. ניתן, אולי, לטעון כי גם בקשה לרישום נכס שהוא קניין רוחני מהווה "רישום" כדרישת החוק. אולם פרשנות זו הנה בעייתית מן הטעם שבשלב רישום הבקשה אין כל בקרה מהותית על תכנה של הבקשה. פרשנות זו גם הייתה פותחת פתח לניצול לרעה של שיטת רישום הפטנטים, כמפורט להלן.

66. פרק הזמן שבין הגשת בקשת רישום הפטנט בישראל לבין קבלתו בפועל עשויה אף לעלות על חמש שנים. כלל משפטי אשר לא היה מחייב לרשום פטנט כדי להיכנס לגדר הפטור היה מאפשר לנצל תקופה זו כדי ליהנות מהפטור שבחוק, גם אם היצירה לא תזכה בסופו של יום בהגנת דיני הפטנטים.

לזכות מיד בהגנת הפטור אם התקיימו יתר תנאיו, כיוון שזכויות אלו אינן טעונות רישום על פי דין כדי להיות תקפות.⁶⁷

הפטור נועד לאפשר לבעל הזכות לנצל את היתרונות שמקנים לו דיני הקניין הרוחני בדרך של התקשרות עם אחר. ישאל השואל מדוע אין בהענקת זכות הבלעדיות לממציא עצמו כדי למצות את זכויותיו ויש צורך להכשיר מתן זכות השימוש לאחר, גם אם זו פוגעת בתחרות. התשובה לכך נעוצה בסוגיית התמריצים להמצאה ולדיפוזיה שלה. ישנם ממציאים המלאים כרימון ברעיונות לחידושים, שאין להם יכולת או כישרון לייצר את המוצר בייצור המוני או לשווקו, או שישנם גופים עסקיים המוכשרים מהם לבצע פעולות אלה. במקרים מסוג זה קיים אינטרס חברתי שההמצאה תנוצל על ידי הגורם היעיל ביותר – גם אם הוא אינו הממציא עצמו. רישוי זכות השימוש כאמור יביא הן לחיסכון במשאבי הייצור והן לדיפוזיה המהירה והיעילה ביותר של ההמצאה.⁶⁸ הצורך ברישוי זכות השימוש מקבל משנה תוקף כאשר הקניין הרוחני הוא חלק קטן ממוצר שלם, כגון פטנט של חלק ממערכת היגוי למטוסים. אם נגביל את תנאי רישוי הזכות יתר על המידה, הפטנט לא ינוצל או שנחייב את הממציא לייצר מערכות היגוי שלמות בעצמו. בנוסף, המחאת הזכות עשויה למקסם את תמריצו של הממציא להמציא, באמצעות הגדלת רווחיו מזכות הקניין הרוחני בדרך של רישויה למי שיוכל לנצלה מבחינה כלכלית טוב יותר ממנו. בשל כך חשוב ביותר לנסח כללי רישוי שלא יגבילו את תנאי המחאת הזכות מעבר לנדרש כדי למקסם את הרווחה החברתית.⁶⁹

אולם טיעון הרישוי מתאים לכל סוג של קניין, ולא רק לקניין רוחני. מדוע אפוא יוחד הפטור לקניין הרוחני? הסיבה לכך נעוצה באופיו המיוחד של הקניין הרוחני כטובין ציבורי, כמפורט לעיל. אם לא נאפשר לבעל זכות הקניין הרוחני להגביל את זכות השימוש של אחר בנכס, מי שהומחו לו הזכויות יוכל לרוקן את זכויות המרשה מכל תוכן כלכלי בדרך של רישוי חוזר של הזכות למשתמשים אחרים.⁷⁰ מטרתו של הפטור היא אפוא לאפשר לבעל הקניין הרוחני לכלול בהסכם המחאת זכות השימוש – בו יוצא הנכס משליטתו הבלעדית – הגבלות שמטרתן להגן על מימוש זכות הבלעדיות שלו בשווקים שבהם לא ביקש בעל הזכות להרשות שימוש בזכותו. הגבלה זו לרוב איננה נדרשת כאשר מדובר בקניין גשמי.

67. עניין א.ש.י.ר. (לעיל, הערה 7).

68. זהו אחד היישומים של התיאוריה של Coase על מבנה הפירמה. ראו: Ronald Coase, "The Nature of The Firm" 4 *Economica* (1937) 386.

69. מחקר שערך ארגון המדינות המתועשות העלה כי מדיניות ההגבלים העסקיים בענייני רישוי קניין רוחני נחזתה בעיני בעלי הקניין הרוחני כמכשלה העיקרית לרישוי זכויותיהם.

International Technology Licensing: Survey Results (1987) Table 40

70. ניתן לטעון כי בעל הזכות יכול לדרוש תמלוגים עבור רישוי חוזר כאמור ממי שהוענק לו רישיון השימוש, אולם טיעון זה בעייתי מכמה סיבות. ראשית, הסדרי רישוי חוזר בין המורשה לבין צד שלישי לא יכללו בפטור. שנית, בעל הזכות יידרש לאתר את המשווק הטוב ביותר של זכותו בכל העולם ולא דווקא את היצרן הטוב ביותר בכל אזור. חיפוש זה עלול לערב הוצאות חיפוש גבוהות אשר יפגעו בערך זכותו של הממציא.

צמצום המכשלות המכבידות על הענקת זכות שימוש בקניין רוחני מקבלת משנה חשיבות בכלכלה קטנה כגון ישראל. הטעם לכך טמון בשני גורמים מצטברים. ראשית, מרבית זכויות הקניין הרוחני בעולם מקורן אינו בישראל, ולו רק בשל היקפן הקטן באופן אבסולוטי של פעילויות המחקר והפיתוח המתבצעות כאן. כדי שיצרנים ישראלים יוכלו לייצר מוצרים או להשתמש בתהליכי ייצור המבוססים על זכויות קניין רוחני, יש צורך ברישוי זכויות אלו למשתמשים הישראלים. שנית, גודלו של השוק המקומי הנו אחד הפרמטרים העיקריים המשפיעים על היקף התמריצים של בעלי זכויות קניין רוחני – בין זרים ובין ישראלים – להתגבר על מכשלות לרישוי זכויותיהם. ככל שהשוק המקומי קטן יותר, כן קטן לרוב גם התמריץ של בעלי קניין רוחני להעניק רישיון שימוש בזכויותיהם ליצרנים מקומיים. על כן אם נגביל משמעותית את אפשרותו של בעל הזכות להתקשר בהסכם רישוי ולהרוויח ממנו, ייתכן שיצרנים ישראלים לא יוכלו ליהנות מזכויות אלו ותפגע יכולתם להתחרות בשווקים הפנימיים כמו גם בשוקי חוץ. הצרכן הישראלי יאלץ להסתפק במוצרים מיובאים המבוססים על זכויות הקניין הרוחני, אם בכלל יובאו מוצרים אלה, מוצרים אשר יש להניח כי עלותם הייתה נמוכה יותר אילו היו מיוצרים בישראל.⁷¹ על כן חשוב מאוד להכשיר הסדרי רישוי זכויות אשר יתרונותיהם לרווחה החברתית גדולים מחסרונותיהם.

הדרך שבה בחר המחוקק הישראלי להכשיר הגבלות לרישוי השימוש בזכות היא מתן פטור גורף לכל הסדר שכבילותיו נוגעות ל"זכות השימוש" בנכס. בית הדין והממונה פירשו הוראה זו כחלה רק על הסדר אנכי בין בעל הקניין הרוחני לבין מקבל זכות השימוש בקניין כאמור ולא על הסכם אופקי.⁷² הסדר אופקי הוא הסדר בין צדדים המתחרים זה בזה. הסדר אנכי מתקיים כאשר הצדדים להסדר נמצאים בחוליות שונות של שרשרת הייצור או השיווק של מוצר או שירות מסוים. פרשנות זו איננה מתחייבת מלשוננו של החוק. לשוננו של הפטור רחבה דיה לחול גם כאשר בעל הזכות מעניק רישיון לשימוש בזכות למתחריו. גם בהסדר מסוג זה משמש הקניין הרוחני כתשומה בייצור, אף שיש לו גם השפעות אופקיות בשוק של בעל הזכות. גם הסדר מסוג זה עשוי לקדם את הדיפוזיה היעילה של זכות הקניין הרוחני, למשל כאשר אין לבעל הקניין הרוחני אפשרות למלא את כל הביקוש למוצרו בשוק. בה בעת, פרשנותו המצרה של הפטור באופן שלא יחול על הסדרים אופקיים מתיישבת עם ההיסטוריה החקיקתית של החוק, ממנה עולה כי המחוקק ביקש להחיל את הפטור רק על הסדרי רישוי אנכיים שבהם זכות הקניין הרוחני משמשת כתשומה בפעילותו העסקית של אחר.⁷³ כן היא מתיישבת עם מטרת החוק. לרוב פגיעתם של הסדרים אנכיים בתחרות

71. שאם לא כן, לא היו החברות הישראליות מבקשות כי זכויות הקניין הרוחני תומחנה להן.

72. עניין הפרוצדורה (לעיל, הערה 24), בסעיף 45; ראו, גם קביעה לפי סעיף 43(א)1 והכרזה לפי סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים בדבר הסדר כובל ובעל מונופולין אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל בע"מ (טרם פורסם) (להלן: החלטת הממונה בעניין אקו"ם) וכן לוינסון-זמיר (לעיל, הערה 15).

73. ראו, דבריה של היועצת המשפטית של רשות ההגבלים העסקיים דאו, מרים מזרחי, בוועדת הכלכלה של הכנסת ששקדה על חקיקת הפטור: "כוונת הסעיף שהיוצר עצמו או בעל זכויות

פחותה מזו של הסדרים אופקיים, כיוון שהם מגבילים, במרבית המקרים, את התחרות בין יצרנים או משווקים של אותו מוצר (intra-brand competition) ולא בין יצרנים או משווקים של מוצרים שונים (inter-brand competition),⁷⁴ ועל כן קיימת בעייתיות פחותה להכשירם באופן אוטומטי בלא חשש לפגיעה ניכרת בתחרות. אך חשוב מכך, פרשנות מרחיבה של הוראת הפטור עלולה לפגוע בתחרות במידה ניכרת ולפתוח פתח לניצולו לרעה. כך, למשל, הסכם רישוי בין שתי חברות מתחרות, לפיהן כל אחת מעניקה לאחרת זכות שימוש בפטנט השייך לה (cross licensing), צפוי לחזק את התמריץ ואת האפשרות לפעולה מתואמת בין החברות. על כן יש להוציא מתחולת הפטור הסדרי רישוי אנכיים בעלי היבטים אופקיים. ודוק: הסדרים אופקיים יכול ויוכשרו על פי כללי ההגבלים העסקיים הרגילים, אולם אין זה רצוי לפטרם מהאיסור לערוך הסדרים כובלים מניה וביה.

האם הפטור מאזן נכונה בין האינטרסים השונים המתחרים על הבכורה ומתיישב עם כללי האיזון שהוצעו לעיל? התשובה על שאלה זו נגזרת מרוחבו של הפטור – מה נכנס לגדר "זכות השימוש". על כן יש לבחון תחילה את היקפו של הפטור. הפרשנות המוצעת כאן תכלול בגדרו כבילות הנוגעות להיקף המחאת הזכות, לרבות משך השימוש, המקום הגאוגרפי של השימוש או שוק המוצר שבו ניתן להשתמש בזכות (time, place and market). כך, למשל, התחייבות של המשתמש כי לא יקרין סרט המוגן בזכויות יוצרים במטוסים אלא רק בבתי קולנוע "נוגעת לזכות השימוש" ועל כן תחסה בגדר הפטור. כך גם התחייבות המשתמש כי לא יעשה שימוש בזכות מחוץ לאזור גאוגרפי מסוים. הפטור רחב דיו גם לכלול הגבלת השימוש בזכות לשם ייצור כמות מסוימת או לייצור מוצר ספציפי בלבד. כך, למשל, נניח כי חומר כימי חדש, המוגן בפטנט, עשוי לשמש לייצור צמיגים וכן לייצור אריזות פלסטיק קשיחות. הפטור יכשיר הסדר שבו הוגבל השימוש בפטנט לייצור אחד המוצרים הללו בלבד. ראוי להדגיש כי תנאי לתחולת הפטור הוא כי היקפה של הזכות המקורית רחב לפחות כהיקף הזכות המוענקת בחוזה. כך, למשל, הסדר רישוי המחייב את המשתמש לשלם תמלוגים לבעל הזכות מעבר לתקופת ההגנה הקבועה בחוק, לא ייכנס לגדר הפטור. באופן דומה, אם לבעל סימן מסחרי הגנה בשוק גאוגרפי מסוים בלבד, לא יכשיר הפטור הסכם החורג מגדר השוק המוגן. בנוסף, מוצע כי הפטור יכשיר הגבלות הנוגעות לאופן השימוש בזכות (manner of use), כל עוד אלו נובעות מזכות הקניין הרוחני ומתחייבות ממנה. כך, למשל, הפטור עשוי להתיר כבילה המחייבת מפעיל תחנת דלק להשתמש בסימן המסחרי של החברה כדי לסמן את מוצריה ולהבחין מיתר המוצרים.⁷⁵

היוצרים נותן למישהו להשתמש בזכות שלו והוא יכול להגביל את המקבל איך להשתמש בזכות, [ו]לא שבעלי זכויות שונות יעשו ביניהם הסכם... הסדר מותר באופן אנכי ואסור באופן אופקי...". פרוטוקול ישיבת ועדת הכספים של הכנסת מיום 10.11.1987, בעמ' 4-5. ראו, גם לוינסון-זמיר (לעיל הערה 15), בעמ' 180-181.

74. ראו, דיויד גילה, "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוקיים? הגיעה השעה לחצוץ בין הסדרים אופקיים לאנכיים", עיוני משפט כז (תשס"ד) 751.

75. הסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק (לעיל, הערה 64).

המקרים שהפטור חל עליהם בהתאם לפרשנות המוצעת מתיישרים עם ארבעת עקרונות האיזון המוצעים, שכן הם מאפשרים לבעל זכות הקניין הרוחני להתגבר על המכשלה הטבעית הנובעת מאופיו המיוחד של הקניין הרוחני ולממש את זכויותיו הפנימיות. כך, למשל, הגבלה גאוגרפית של זכות השימוש מאפשרת לבעל הזכות לנצל את המצאתו בשווקים שונים באמצעות משווקים או יצרנים שונים, אם ההפרדה מביאה לו תועלת, בלא שיש שמא משווקים או יצרנים אלה יפעלו גם בשווקים נוספים, בהם אינם מורשים לפעול. בשל אופייה המיוחד של זכות הקניין הרוחני, אם לא נאפשר לבעל הזכות להטיל הגבלות על עבירות הזכות או על היקף השימוש בה, ייאלץ בעל הזכות המקורי לתמחר את כל היקף השימוש הפוטנציאלי בזכות כבר בחוזה ראשוני. אם לא כן, יוכל המורשה לשוב ולהעניק את זכות השימוש לצדדים שלישיים, תוך פגיעה ביכולתו של בעל הזכות המקורי להפיק רווחים מבלעדיותו בשווקים אלו. אילו ניתן היה להעריך מראש שווייה הכלכלי של הזכות בכל השווקים הקיימים והעתידיים, במשך כל תקופת ההגנה, היה בעל הזכות המקורית יכול לגלם ערך זה בחוזה הרישוי ובעיה זו הייתה באה על פתרונה, לפחות באופן חלקי. מי שיכול היה להשתמש בזכות זו באופן היעיל ביותר היה זוכה בה והתמריץ לחדשנות היה נשאר על כנו,⁷⁶ אולם כיוון שברובם המכריע של המקרים אין ביכולתו של בעל הזכות המקורית להעריך מראש את שווייה הכלכלי של כל השימושים העכשוויים והעתידיים בהמצאתו, יש מקום להתיר הגבלה של היקף השימוש בה על ידי צד שלישי. יודגש, אותם תנאים אשר מאפשרים לממציא להגדיל את רווחיו באמצעות מימוש העלייה ברווחת הצרכן עקב המצאתו בכל השווקים שבהם ההמצאה נמכרת, מהווים חלק חשוב מהתמריץ להמצאה ולדיפוזיה מהירה וטובה יותר שלה.

בנוסף, הכשרת כבילות הנוגעות להיקף רישוי השימוש בזכות מייעלת את הדיפוזיה של נכס הקניין הרוחני בשל צמצום "בעיית הרוכב החופשי" של מקבלי זכות השימוש. 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 מפרות השקעתו של מתחרהו. כך, למשל, כאשר מתחרה אחד משקיע בהכשרת אנשי מכירות מיומנים, הצרכן עשוי ללמוד מפייהם את כל הדרוש לו על אודות המוצרים שהוא מעוניין לרכוש, אך לרכוש את המוצר עצמו ממתחרה אחר שיכול לדרוש מחיר נמוך יותר מאחר שלא השקיע כספים בהעסקת אנשי מכירות כאמור. בעל זכות הקניין הרוחני עשוי לפתור בעיה זו באמצעות חלוקה של פלחי השוק השונים, בין על בסיס גאוגרפי ובין על בסיס סוג הצרכנים הרוכשים את המוצר. מקבל זכות שימוש היודע כי איש לא ירכב על מאמצי הייצור והשיווק שלו עשוי להגדיל את מאמצי השיווק כדי לעורר ביקוש, ובכך להגדיל את הדיפוזיה של המוצר החדש, לטובת הצרכנים ותוך הגדלת הרווח של בעל זכות הקניין הרוחני המופק מרישוי השימוש בזכות.

לפי הפרשנות המוצעת, הפטור לא יחול על אותן הגבלות הנוגעות לאופן השימוש בזכות אשר אינן מתחייבות מזכות הבלעדיות.⁷⁷ כך לא תופרטנה מאליהן כבילות

76. לבעייתיות אי-תחולת הפטור במקרי רישוי חוזר ראו, דיון להלן.

77. כפי שפורט לעיל, הגבלות של אופן השימוש בזכות המתחייבות מזכות הבלעדיות יחסו תחת

המחייבות את רוכש הזכות להשתמש גם בשירותי תיקון של הנכס המוגן או המחייבות אותו לרכוש חלפים לנכס מבעל הזכות (כבילה חיובית), שכן הגבלות אלו אינן נוגעות ל"זכות השימוש" בקניין הרוחני, אלא להתחייבות להשתמש בנכס אחר.⁷⁸ גם הגבלות שמטיל בעל הזכות על פיתוח, מכירה או שימוש בטכנולוגיה או במוצר מתחרה (כבילה שלילית) לא יוכשרו מאליהן, שכן גם הגבלות אלו אינן נוגעות ל"זכות השימוש" בקניין הרוחני, אלא להתחייבות שלא להשתמש בנכס אחר.⁷⁹ בדומה, הגבלות חוזיות של זכותו של המשתמש לערער על תוקפה החוקי של הזכות או לתבוע את בעל זכות הקניין על הפרת זכויות הקניין של המשתמש, לא ייכנסו לגדר הפטור.

איהחלת הפטור על כבילות אלו מתיישבת, במרבית המקרים, עם עקרונות האיזון המוצעים לעיל, שכן כבילות אלו לרוב אינן הכרחיות לצורך מימוש זכויות ה"פנימיות" של בעל הקניין הרוחני. כך, למשל, אימתן פטור אוטומטי לכבילה המחייבת רכישת חלפים רק מבעל הזכות המקורית מתיישבת עם כללי האיזון שפורטו לעיל. מינוף כוחו של בעל הזכות לשווקים משיקים איננו חלק אינטגרלי מזכויות ה"פנימיות" ואיננו נחוץ לשם הגנתן. גם הגבלת הזכות לפתח טכנולוגיה מתחרה מתנגשת חזיתית במטרה הבסיסית של דיני הקניין הרוחני לקדם חדשנות. על כן לא ראוי כי כבילות אלה ייהנו מהפטור ויש לבחנן במבחנים הרגילים, היינו מידת הפגיעה בתחרות והיתרונות לציבור, החלים על כל ההסדרים הכובלים שאינם נהנים מפטור. ודוק: הגישה הפרשנית המוצעת איננה דוגלת בפרשנות מצמצמת לפטור כיוון שהוא חריג לכלל שעניינו מניעת פגיעה בתחרות, כפי שהוצע על ידי כמה בתי משפט.⁸⁰ היא מאזנת בין שתי מערכות הדינים על פי תכליתן המשותפת ומעניקה משקל רב לזכויות הפנימיות של בעל הקניין הרוחני אלא במקרים חריגים שבהם מתן משקל כאמור אינו משרת את מטרת הדינים.

-
- כנפי הפטור. החלוקה המוצעת תואמת, במידה רבה, את זו אשר עורכת הקהילה האירופית בנוגע לתניות הכלולות ברשימות לשימוש בקניין רוחני. ראו, : Regulation (EC) No. 240/96 of 31 January 1996 on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of technology transfer agreements, OJ L 31, 9.2.1996, 2. לפרשנות שונה, המרחיבה את גדרו של הפטור ומחילה אותו בין היתר על הסכמי רישוי זכות שימוש הדדיים בין פטנטים מתחרים ועל קביעת מחירי מינימום, ראו, לוינסון-זמיר (לעיל, הערה 15), בעמ' 181.
78. כך נקבע בבקשה למתן רישיון כפייה לניצול פטנטים מס' 13043, 15525 "אסיא" מעבודות הימיות בע"מ נ' *Beecham Group Ltd.*, מבחר החלטות רשם הפטנטים (1972), בעמ' 98.
79. לפרשנות ברוח זו ראו, ע"א 18/75 ליברמן נ' דייטלצווייג, פ"ד כט (2) 513, בעמ' 517; דוד בכור, "הרהורים בחוק ההגבלים העסקיים תשי"ט-1959", ספר זוסמן (תשמ"ד) 133, בעמ' 140.
80. עניין *טבעל* (לעיל, הערה 30) ("ההגנה הניתנת לאמצאה נשוא הפטנט מכח חוק הפטנטים ולזכות השימוש בפטנט מכח חוק ההגבלים העסקיים צריכה להיקרא ולהתפרש על רקע היותה חריג לכלל הרחב שעניינו חופש תחרות ומניעת יצירתו של הסדר כובל. כחריג, פרשנותה של ההגנה על האמצאה היא, על כן, מצמצמת, ונגזרת, בין היתר, מהתכלית שהיא מבקשת להגשים, אולם זאת על רקע אינטרסים נוגדים של כלכלה ומשק חופשיים").

הפרשנות המוצעת גם מתיישבת עם תכליתו של הפטור, שמטרתו להכשיר שימוש של בעל הקניין הרוחני בזכותו בדרך אשר תאפשר לו להתגבר על המכשלות הנובעות מאופייה המיוחד של הזכות, אך לא תאפשר ניצולה לרעה כדי לפגוע בתחרות. ברוח זו קבע הממונה בהחלטתו בעניין הסדר כובל בענף דלתות הביטחון, כדלקמן:⁸¹

רציונאל זה [העומד בבסיס חקיקת הפטור]...הנו הגנה על אמצאתו של בעל הפטנט, על מנת לעודד בעלי אמצאות להמשיך ולעסוק בכך. הגנה זו שלובה בתכליתם הכלכלית של דיני השמירה על הקניין הרוחני, שעניינה עידוד הממציאים לשאת בעלות אי הוודאות הכרוכה בפיתוח אמצאתם. עם זאת, הגישה הנה כי אין להפוך את המגן לחרב, ואת ההגנה על האמצאות למכשיר להשתלטות על השוק נשוא האמצאה. יש לנקוט באפשרות הפרשנית המאפשרת לבעל הקניין הרוחני לפעול כרצונו בנכסיו, אך מבלי להקנות בידו את האפשרות להשתמש בהם ככסות למסך של הסדרת הענף.

פרשנות זו מתיישבת גם עם ההיסטוריה החקיקתית של החוק. בקריאה הראשונה הועלתה במפורש השאלה אם הפטור יחול על כבילות שלא ראוי להכשירן, כגון הסדרי קשירה, הגבלות פיתוח טכנולוגיה מתחרה וגביית תמלוגים לאחר פקיעת הזכות.⁸² גם לאחר שהועלתה שאלה זו, לא שונה הפטור, חוץ מהוספת שני התנאים לתחולתו – כריתת הסכם בין בעל הזכות ובין משתמש וכן רישום הזכות כדין.⁸³

אולם הפטור איננו רחב דיו לכלול את כל אותם מקרים אשר ראוי היה שיחול עליהם. הפטור חל רק על הסדרי רישוי השימוש בזכות בין בעל קניין רוחני ובין מקבל זכות השימוש בו. הוא אינו חל על הסכמי רישוי חוזר, בין מקבל זכות השימוש ובין צד שלישי. יתרה מזו: בית הדין, כמו גם הממונה, קבעו כי הפטור יחול רק כאשר מי שהוענקה לו זכות השימוש יעשה בה שימוש בעצמו ולא יעביר אותה לאחר.⁸⁴ פרשנות זו עולה מלשון הסעיף, אולם היא איננה מתחייבת ממטרת הפטור. לעתים יבקש בעל הקניין הרוחני כי משהו אחר, אשר לו מומחיות רבה יותר בשיווק זכויות, ישמש כחוליית ביניים ויעביר את הזכויות ליצרן הסופי. גם כאן חל הרציונל לפיו יש להתיר הסדר המאפשר לבעל הזכות לנצלה באופן יעיל יותר. אם לא נכשיר הגבלות הנוגעות לשימוש בזכות בהסכמי רישוי

81. החלטת הממונה בעניין דלתות הביטחון (לעיל, הערה 64).

82. ראו, דברי השר גדעון פת בקריאה הראשונה של הצעת חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ד-1984 בכנסת, ד"כ 98 (תשמ"ב) 212.

83. ניתן, אולי, להעלות גם טענה הפוכה ולפיה עצם העובדה שהמחוקק היה מודע לבעיה אך בכל זאת בחר שלא לשנות את החוק מעידה על התרת הסדרים כובלים בקניין רוחני, גם אם יש בהם משום שימוש לרעה בזכות, אולם פרשנות זו איננה מתיישבת עם תכליתו של הפטור.

84. עניין הפרדציה (לעיל, הערה 24), בסעיף 46. לפרשנות דומה ראו, החלטת הממונה בעניין אקוים (לעיל, הערה 72), בפסקה 5.5.

חוזר, תיוותר בעיית ההעתקה על כנה. על כן הסדרי רישוי חוזר הנוגעים להיקף השימוש בזכות הקניין הרוחני ראוי היה כי יחסו בצל הפטור.

יתרה מזו, הפטור איננו מגן אוטומטית על כל הזכויות ה"פנימיות" המוענקות לבעל זכויות יוצרים. כמפורט לעיל, לבעל זכות יוצרים מוענקת גם זכות מוסרית ביצירתו.⁸⁵ זכות זו מבוססת על הזיקה האישית בין היצירה למחברה ומעניקה ליוצר כוח משפטי להגביל את דרכי השימוש ביצירה שלו, גם לאחר שזו הומחטה לאחר.⁸⁶ הזכות המוסרית פורשה בפסיקה כמאפשרת לבעל היצירה להגביל את אופן השימוש ביצירתו ולא רק את היקפה. כך, למשל, בעל זכויות היוצרים רשאי להגביל את השמעת יצירתו לסוג מסוים של אפיקים; הוא רשאי לקבוע כי יצירתו לא תוצג במסגרת מסוימת; כי היא לא תוצג ליד יצירה אחרת או בשילוב עמה; או כי לא ייעשה כל שינוי ביצירה המקורית.⁸⁷ בעוד חלק מהגבלות אלו עשויות לחסות בצל הפטור, אחרות – בייחוד אלו המכילות הגבלות על שימוש ביצירה אחרת – לא יוכשרו. כך, למשל, לא תוכשר כבילה שתכנה התקשרות של מוסיקאי עם ערוץ המוזיקה בהסכם הקובע כי הערוץ המשדר את יצירותיו ימנע מלשדר יצירות של מוסיקאי מתחרה באותה תוכנית שבה משודרים שיריו.

השאלה המתעוררת היא אם ראוי להרחיב את הפטור בתחום זכויות היוצרים ולהחילו גם על הגבלות הנוגעות לאופן השימוש ביצירה אשר נובעות מהזכות המוסרית. לדעתנו, התשובה על כך היא שלילית. הוראותיו הכלליות של חוק ההגבלים רחבות דיה בכדי לאפשר יצירתו של איוון נכון בין האינטרסים השונים. מרבית ההגבלות הנובעות מהזכות המוסרית אינן פוגעות בתחרות כלל, ועל כן לא ייכנסו להגדרתו של הסדר כובל או שיופטרו מתחולתו. אותם הסדרים הפוגעים במידה ניכרת בתחרות ראוי כי ייבחנו לעומקם ויוכשרו רק אם יתרוגותיהם "לטובת הציבור" עולים על חסרונותיהם. פרשנות אחרת הייתה פותחת פתח לניצול לרעה של הזכות המוסרית כדי לפגוע בתחרות. בה בעת, במסגרת מבחן האיזונים, ראוי כי לזכות המוסרית, שהיא חלק מה"זכויות הפנימיות" המוענקות לבעל זכויות היוצרים, יינתן משקל רב והיא תוכר כמקדמת את טובת הציבור, למעט באותם מקרים נדירים שבהם הפגיעה בתחרות איננה פרופורציונלית לשמירה על זכות זו. פרשנות זו תמנע שימוש לרעה בזכות זו, היינו שימוש שמטרתו העיקרית היא לפגוע בתחרות בשוק. השימוש שעשתה מיקרוסופט בזכויות היוצרים בתכנותיה, כאשר אסרה על יצרני המחשבים לשנות את המסך הראשון של תוכנת ההפעלה שלה באופן שלא

85. ראו, לעיל, הערה 45. למרות שהחוק איננו מחיל הבחנה זו, ניתן לטעון כי הזכות המוסרית איננה מתאימה לכל סוגי היצירות ויש להגביל את תכולתה על תכנות מחשב וכדומה. בחינה מעמיקה של טיעון זה חורגת מגדר מאמר זה.

86. יהושע ויסמן, "הזכות האישית (Droit Moral) בדיני זכויות יוצרים", מחקרי משפט 1 (תשמ"ט) 51; גיא פסה, "הזכות האישית-מוסרית של היוצר ועקרון חופש הביטוי", ספר ויסמן (דפנה לוינסון-זמיר ושלום לרנר – עורכים), המכון למחקרי חקיקה ומשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשס"ב) 463.

87. ראו, ת"א (ת"א) 2255/01 ברמי נ' היבל התרבות בע"מ (טרם פורסם); יהושע ויסמן, "מעניין לעניין בזכויות יוצרים", הפרקליט מה (תשס"א) 229.

ניתן היה ליצור קישוריות לרפדפן אחר זולת הרפדפן שלה, מהווה דוגמה לכך. איסור השינוי בתכנה היה מעוגן בישראל בזכותה המוסרית של מיקרוסופט בתכנותיה. כפי שפורט לעיל, הגבלה זו פגעה באופן מהותי בשוק הרפדפנים. על כן, יש מקום לאזן, כפי שעשה בית המשפט האמריקני, בין טענותיה של מיקרוסופט לזכותה לאינטגרליות היצירה ובין הפגיעה בתחרות ולהחיל כלל אשר לא יאפשר לבעל זכויות יוצרים לעשות שימוש לרעה בזכותו כדי לפגוע במתחריו.

אם יפורש הפטור להסדרי רישוי השימוש בזכות בדרך המוצעת לעיל, הוא יתיישב אפוא עם כללי האיזון המוצעים לעיל, במרבית המקרים הנופלים לגדרו. בה בעת, אין בבחינת הפטור לבדו כדי לענות על השאלה אם דיני ההגבלים העסקיים מאזנים נכונה בין חדשנות ויצירה ובין תחרות. לשם כך יש לבחון גם את כללי האיזון המוחלים במקרים שאינם נופלים לגדר הפטור, כמפורט להלן.

(ב) הסדרים כובלים שאינם נכנסים לגדר הפטור

מה דינם של הסדרים בין בעל זכות קניין רוחני ובין אחר אשר אינם נכנסים לגדרו של הפטור? הסדרים אלו ייבחנו לפי הכללים הרגילים של דיני ההגבלים העסקיים. גם בלא הוראת הפטור הסדרי רישוי רבים צפויים שלא להיכנס לגדר איסור עריכת הסדר כובל. הטעם לכך הוא שאחד משסותמי היציאה העיקריים מהוראות פרק ההסדרים הכובלים הוא התנאי הדורש כי ההסדר יפגע פגיעה לא זניחה בתחרות.⁸⁸ כדי שהסדר יפגע בתחרות, לאחד הצדדים להסדר צריך להיות כוח שוק או שפעולותיו יעניקו לו כוח כאמור. כפי שפורט לעיל, זכות הקניין הרוחני איננה מעניקה בדרך כלל כוח שוק לבעליה.

גם הסדרים אשר נופלים לכאורה לגדר האיסור יכול שיוכשרו, אם הממונה יעניק פטור לצדדים כיוון שההסדר איננו פוגע פגיעה של ממש בתחרות או שניתן הדין יאשרם כיוון שיתרונותיהם לטובת הציבור עולים על פגיעתם בתחרות. כך, למשל, הסכם לקשירת מוצרים עשוי להידרש כדי לשמור על מוניטין של איכות שיש לבעל הקניין הרוחני ולמנוע את תופעת הרוכב החופשי בין יצרנים המייצרים את אותו מוצר (interbrand free riding). נביח שחברה לייצור נעליים, המוגנות בסימן מסחר רב מוניטין, שומרת על סטנדרט גבוה מאוד של נעליים הנושאות את סימן המסחר שלה. בעל הסימן מעוניין לשמור על רמה גבוהה של כל זוג נעליים הנושא את סימן המסחר שלו, שכן רווחיו מושפעים ישירות מאיכות הנעליים ומהשם הטוב הקשור בהם. אולם תמריציו של הזכייין, אשר לו הומחתה הזכות לייצור סוג מסוים של הנעליים שיישאו את סימן המסחר, יכולים להיות שונים

88. ראו, כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך), תשס"א-2001, ק"ת 660. פטור זה לא יחול אם אחת הכבילות נופלת לגדר חוקות סעיף 2(ב) לחוק. לבעייתיות הגלומה בפרשנות המרחיבות של סעיף 2(ב), ראו, מיכל (שיצר) גל, "לבור את המוץ מהתבן - הסדרים כובלים לאור הפסיקה האחרונה", *דין ודברים* א (תשס"ה) 533. הסדר שאחת או יותר מכבילותיו נופלת לגדר החוקות החלוטות יוכל לקבל פטור מהממונה אם יוכח, בטרם נכנסו הצדדים אליו, כי הוא איננו פוגע פגיעה של ממש בתחרות, סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים.

בתכלית. הזכיין יכול לצמצם את הוצאותיו באמצעות רכישת חומרי גלם באיכות נמוכה ולסמוך על כך שצרכנים יסיפו לרכוש נעליים הנושאות את סימן המסחר בשל שמה הטוב של בעלת הזכות. טקטיקה זו תצלה אם הקונה אינו יכול להבחין בין נעליים מתוצרתו לאלו המיוצרות על ידי זכיינים אחרים. הזכיין יצמצם את עלויותיו, אולם הוא ייצור השפעות חיצוניות שליליות על שאר הזכיינים, ועל בעל הזכות, שכן לקוח מאוכזב עשוי שלא לשוב ולקנות זוג נעליים הנושאות סימן מסחר זה. קשירה של הזכיין להספקת הרכיבים להכנת הנעליים עשויה לפתור בעיה זו, אולם טעמים אלו להטלת הגבלות על תחרות אינם ייחודיים דווקא לנכס הקניין הרוחני ואינם מתחייבים לשם הגנה על טבעו. על כן ראוי כי הם ייבחנו במסגרת הרגילה של ההסדרים הכובלים, ולא ייהנו מהפטור הספציפי. עם זאת אייכניסה לגדר הפטור אין בה כדי לבטל כליל את ייחודם של הסדרי רישוי השימוש בזכות הקניין הרוחני. על בית המשפט להתחשב באופייה המיוחד של הזכות בבואו להחיל את כללי ההגבלים הרגילים. כך, למשל, וכפי שפורט לעיל, כאשר ההגבלה הנבחנת מבוססת על זכות מוסרית לשלמות היצירה, יש ליתן משקל רב לטיעון זה בין שיקולי "טובת הציבור" כדי שלא לפגוע במידה ניכרת בזכויות הפנימיות של בעל זכות היוצרים.

(ג) תחולה מקבילה של איסורים הגבליים

בניח כי הסדר בין בעל זכות קניין רוחני ובין אחר הנו חוקי על פי פרק ההסדרים הכובלים, כיוון שהוא נכנס לגדר הפטור להסדרים הנוגעים לשימוש בזכות קניין רוחני. האם הסדר כזה יכול להיאסר מתוקף יתר הוראות חוק ההגבלים, כגון הוראות פרק ד העוסק בהסדרת פעולותיו של בעל מונופולין (להלן: פרק המונופולין) כאשר התקיימו התנאים הקבועים בחוק לתחולתן של הוראות אלו?⁸⁹ התשובה שנותן הדין היא חיובית. תחולתו של הפטור הגלום בסעיף 3(2) מוגבלת להוראות פרק ההסדרים הכובלים, וכלשונו של סעיף הפטורים, לא ייחשבו כהסדרים כובלים הסדרים הנופלים לגדרו.⁹⁰ היינו, אין בפטור כדי לשחרר את אותם הסדרים מתחולתם של יתר פרקי החוק. קל וחומר כאשר ההסדר איננו נהנה מהפטור הניתן לקניין רוחני אך הנו חוקי בהתאם לפרק ההסדרים הכובלים, אין מניעה שיחולו עליו הוראות פרקי החוק האחרים.⁹¹

האם הדין המצוי הוא גם הדין הרצוי? שאלה זו מקבלת משנה תוקף בענייננו משום שהתנאי "פגיעה שאינה זניחה בתחרות" – המהווה שער כניסה למרבית המקרים הנופלים לגדר האיסור לערוך הסדר כובל – תלוי בקיומו של כוח שוק בידי הצד הכובל או הנכבל. על כן מקרים רבים שבהם עולה חשש של ממש כי ההסדר עלול לפגוע בתחרות ייכנסו גם לגדר פרקי המונופולין והמיוזגים, המיועדים לחול על גופים עסקיים בעלי כוח שוק

89. הסדר עשוי להיכנס גם לגדר פרק המונופולין אם בעל הקניין הרוחני הוא בעל מונופולין כהגדרתו בחוק. הפסיקה הישראלית איננה משרטטת קו גבול ברור בין הסדר רבי-צדדי ובין פעולה חד-צדדית של בעל מונופולין במסגרת הסדר.

90. סעיף 3 לחוק ההגבלים העסקיים, (ההדגשה הוספה – מ"ג).

91. בהחלטתו בעניין הפרדציה (לעיל, הערה 24) החיל בית הדין את הוראות פרק ההסדרים הכובלים ופרק המונופולין בד בבד.

ר.ב. אקדים ואציין כי תחולתם המקבילה של יתר פרקי החוק נחוצה כדי שבתי המשפט יוכלו להחיל את עקרון האיזון הרביעי ולמנוע את אותם מקרים שבהם הפגיעה בתחרות כלל איננה מידתית לעומת תמריצי היצירה שהיא יוצרת. כפי שפורט לעיל, זכויות רחבות מדי לניצול ההמצאה עלולות לסכל את מטרת החוק ולעכב (ולעתים אף למנוע) פיתוחן של טכנולוגיות והמצאות חדשות, בייחוד כאשר הן משמשות בידי בעל מונופולין ליצירת חסמי כניסה מלאכותיים למתחרים בעלי מוצר או הליך טוב יותר. חוק ההגבלים העסקיים כולל מנגנון פנימי המאפשר התאמה של עצמת תחולתו לפי עצמת הפגיעה בתחרות. פרקי המונופולין והמיוזגים חלים רק כאשר קיימת חזקה כי לגוף העסקי יש כוח שוק ניכר. לכן ככל שכוח השוק של בעל הזכות הנו חזק יותר, מורחבים האיסורים ההגבליים החלים על פעולתו. אולם התשובה על השאלה אם הדין המצוי הוא גם רצוי תלויה גם בכללי האיזון אשר יחילו בתי המשפט על הוראות פרקי המונופולין והמיוזגים, כאשר כוח השוק מבוסס על זכויות קניין רוחני. אם יתעלמו בתי המשפט מאופייה המיוחד של זכות הקניין הרוחני ומן הכלים המיוחדים הנדרשים כדי להגן על השימוש הבלעדי בה, הרי תושם לאל, במידה רבה, תכליתו של הפטור לקניין רוחני ולא יישמר האיזון בין שתי מערכות הדינים. אם בתי המשפט יפעלו על פי כללי האיזון המוצעים לעיל, למרות היעדרה של כל התייחסות בחוק לבסיס כוח השוק של הגוף שפעולתו נבחנת, הדין המצוי עשוי להיות דין רצוי.⁹²

על כן יש לשאול אם הוראות הדין מאפשרות להחיל את כללי האיזון המפורטים לעיל. נבחן שאלה זו בנוגע להוראותיו של פרק המונופולין. לרוב לא תיווצר סתירה בין הוראות פרק המונופולין ובין כללי האיזון. הטעם לכך הוא שמרבית איסורי החוק חלים רק על פעולות אשר מהוות ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. גם כאשר המונופולין איננו מבוסס על זכות קניין רוחני, השאלה שבבסיס הדין היא אם פעולותיו של בעל המונופולין עולות כדי ניצול יתרונותיו בדרך לגיטימית או שמא יש בהן משום ניצול לרעה של כוח השוק באמצעות יצירת מכשלות מלאכותיות לתהליך התחרות החופשית.⁹³ פעולות הניצול לרעה האסורות על פי החוק לרוב לא תיכנסנה לגדר הזכויות "הפנימיות" של בעל הקניין הרוחני. כך, למשל, הסדרי בלעדיות אשר בגדרם מתנה בעל המונופולין את שיווק מוצריו באי-שיווקם של מוצרים מתחרים על ידי המשווק, אינם דרושים כדי להגן על זכויותיו הפנימיות של בעל הקניין הרוחני. באופן דומה, גם הסדרי קשירה שעל פיהם קושר בעל זכות הקניין הרוחני את השימוש בטכנולוגיה מסוימת המבוססת על זכויות הקניין הרוחני שלו לשימוש ברכיבים מסוימים בלבד, אינם דרושים כדי להגן על הזכות הפנימית. להפך,

92. לפחות ככל שהוא מהווה דין רצוי בשאלת תחולתו על כלל המקרים הנופלים לגדרו. לבעייתיות הגלומה בקביעת חזקות חלוטות בגדר סעיף 29 לחוק ההגבלים העסקיים (תיקון-תשנ"ו), ס"ח 149, ראו, עוז שי ומיכל (שיצר) גל, "הסדרת פעולותיו של בעל מונופולין", ניתוח כלכלי ומשפטי של דיני ההגבלים העסקיים (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן - עורכים, עתיד להתפרסם (2006).

93. להבחנה בין ניצול ובין ניצול לרעה ראו: Gal, *Small Market Economies* (לעיל, הערה 28), בעמ' 94-101.

הסדרים אלו עלולים לפגוע ביעילות הדינמית של שוק הרכיבים, שכן הקשירה תקטין את התמריץ של חברות מתחרות ליצור רכיבים טובים או זולים יותר.

בה בעת, חלק מהוראות פרק המונופולין צריכות לסגת או למצער להתפרש בדרך המאפשרת להביא בחשבון את שיקולי יצירת התמריצים לחדשנות וליצירתיות המהווים בסיס לדיני הקניין הרוחני. הדוגמה המובהקת ביותר היא הוראת סעיף 29א(ב)(2) לחוק ההגבלים ולפיה צמצום הכמויות הנמכרות על ידי בעל המונופולין, שלא במסגרת פעילות תחרותית הוגנת, מהווה ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. מכיוון צמצום הכמות הנמכרת היא המאפשרת לבעל המונופולין לגבות את המחיר המונופוליסטי, ומשום שמחיר זה הוא התמריץ ליצירה ולדיפוזיה שלה מלכתחילה, יש לפרש הוראה זו בצמצום רב, כדי שלא תגביל תמריץ זה באופן העלול לפגוע ביעילות הדינמית של השוק לטווח ארוך. בנוסף, וכפי שפורט לעיל, ההוראות המגבילות את המחיר שרשאי בעל המונופולין לדרוש צריכות להיות מפורשות בצמצום רב כאשר המונופולין מבוסס על זכות קניין רוחני.⁹⁴ לרוב אין מניעה כי הוראות החוק יפורשו על ידי בתי המשפט בדרך שתעלה בקנה אחד עם כללי האיזון. להפך, חוק ההגבלים העסקיים כולל מונחי ססתום רבים במרבית הוראותיו המהותיות, המאפשרים פרשנות העולה בקנה אחד עם כללי האיזון.⁹⁵

כפי שצוין לעיל, התנהגות של בעל הקניין הרוחני, שיש בה משום ניצול לרעה של כוחו המונופוליסטי, עשויה להוות בסיס גם לעילת הניצול לרעה בתחום דיני הקניין הרוחני. נשאלת השאלה, אם דוקטרינה זו מייטרת את הצורך להחיל את הוראות פרק המונופולין שבדיני ההגבלים העסקיים. דוקטרינת השימוש לרעה בזכות (misuse doctrine) הנה דוקטרינה מקובלת בדיני הפטנטים ובדיני זכויות היוצרים בארצות הברית, היונקת את חיותה מכללי היושר של המשפט המקובל.⁹⁶ הדוקטרינה משמשת כטענת הגנה בפי מי שנטען כנגדו כי הפר זכות קניין רוחני. המפר יכול לטעון כי בעל הזכות עשה שימוש לרעה בזכות הקניין הרוחני ועל כן אין לאכפה נגדו. מה בעצם לדוקטרינה זו ולהגבלים עסקיים? התשובה היא – רב המשותף להם,⁹⁷ שכן דוקטרינה זו חלה כיום בארצות הברית בכל מצב

94. למסקנה דומה ראו, לוינסון-זמיר (לעיל, הערה 15).

95. ראו, יהונתן עדיאל, "תפקידם של בתי המשפט בעיצובם של דיני ההגבלים העסקיים", הרצאה מתוך כנס העשור לרשות ההגבלים העסקיים, 25.11.2004.

96. Hovenkamp (לעיל, הערה 42), בפרק 3.

97. המלומד והשופט Posner טען כי הדוקטרינה חופפת את דיני התחרות, *USM Corp. v. SPS Technology Inc.* 694 F. 2d 505 (7th Cir., 1982) 512 אף שגישה זו לא נתקבלה, בקיצוניותה, על דעת שאר בתי המשפט האמריקניים, עדיין הדוקטרינה מבוססת, ברובה, על עילות דומות לאלו הכלולות בדיני התחרות, Hovenkamp (לעיל, הערה 42). באחרונה נתן השופט Posner פסק דין המרחיב קמעה את תחולתה של הדוקטרינה על דיני זכויות היוצרים והחילה גם כאשר לא הייתה פגיעה של ממש בתחרות. ראו: *Assessment Technologies v. Wiredata Inc.* 350 F. 3d 640 (7th Cir., 2004). גישתו המקורית של Posner היא המועדפת, שכן אחרת נימצא אוסרים התנהגות אשר איננה פוגעת בתחרות, ואשר איננה משרתת אף את מטרתה של אחת ממערכות הדינים.

שבו בעל הפטנט או זכות היוצרים משתמש בזכויותיו בדרך התורגת מהיקף הזכות המקורית כדי לפגוע בתחרות או במתחריו.

מה נפקותה המשפטית של הדוקטרינה בישראל? הדוקטרינה עדיין לא אומצה בארץ במפורש, אולם היא אוזכרה, בין היתר, בעניין קימרון, אשר דן בזכויות היוצרים על פענוח ושחזור אחת המגילות הגנוזות.⁹⁸ שם נטען כי מי שפענח את המגילות עשה שימוש לרעה בזכויות היוצרים שלו כאשר שלח מכתבי אזהרה לכמה חוקרים בתחומו לבל יעשו שימוש בפענוחיו במחקריהם, וביקש להקנות מעמד מונופוליסטי לפירוש המגילות. הטענה אמנם נדונה בהערת אגב ונדחתה, שכן לא הוכח שימוש החורג מהאכיפה המסורתית של זכויות יוצרים, אולם בהחלט ייתכן כי הדוקטרינה תוחל במקרה המתאים.

גם אם תאומץ דוקטרינה זו בארץ, אין בה כדי לייתר את תחולת דיני ההגבלים העסקיים. חשוב מכול, הדוקטרינה מהווה מגן ולא חרב. לפיכך מתחרה עתידי אינו יכול להשתמש בה כדי למנוע פעולות של בעל זכות הקניין הרוחני אשר מהוות ניצול לרעה של כוחו. רק כשפלוני נתבע על ידי בעל הזכות בגין הפרתה ניתן להעלות את טענת הניצול לרעה וזו תחול רק ביחסים שבין הצדדים הספציפיים. עילת השימוש לרעה בזכות קניינית (לא רק קניין רוחני) נבחנת במישור שבין בעל הזכות ובין המבקש להשתמש בה, ואילו העילה ההגבלית הרגילה מתייחסת בדרך כלל להשפעות הפעולה על השוק בכללותו ולא דווקא נועדה להגן על המתקשר הספציפי. בנוסף, הדוקטרינה איננה יוצרת בהכרח תמריצים מספיקים ל"סעד עצמי" שעניינו שימוש בזכות קניין רוחני השייכת לאחר כאשר בעל הזכות מנצלה לרעה. הטעם לכך הוא שלא ברור אם בתי המשפט יתחשבו בהשקעותיו השקועות של המתגונן אשר נעשו בתקופת השימוש לרעה של בעל זכות הקניין בזכותו, אם בעל הזכות הפסיק, בעת המשפט, שימוש זה. בנוסף, בעקבות עניין א.ש.י.ר קיימות כיום בישראל זכויות קניין רוחני שמקורן בעילת עשיית עושר ולא במשפט. כלל לא ברור אם על זכויות אלו יחולו ההגבלות האינהרנטיות לחוקי הקניין הרוחני, לרבות דוקטרינת הניצול לרעה של הזכות. על כן נודעת חשיבות רבה לתחולה של הוראות פרק המונופולין שבחוק ההגבלים העסקיים על פעולותיו של מונופולין המבוסס על זכויות הקניין הרוחני, לפי כללי האיזון.

(ד) דוגמה: מיזם משותף למימוש זכויות קניין רוחני

האם רשויות האכיפה מחילות את כללי האיזון על המקרים המובאים לפניהן? כדי להשיב על שאלה זו אבחן את פסק הדין שנתן בעת האחרונה בית הדין בעניין הפרדריצה וכן את החלטת הממונה בעניין אקו"ם, שבהם נדרשו בית הדין והממונה להתמודד, בראשונה, עם התנגשות חזיתית בין שתי מערכות הדינים.⁹⁹ שתי ההחלטות עוסקות במיזמים משותפים לניהול זכויות קניין רוחני ביצירות מוזיקליות.

בישראל, כמו גם ברחבי העולם, קיימים גופים המאגדים את זכויות היוצרים של מלחינים ומחברים והם נועדו לנהל את זכויות ההשמעה הפומביות של היצירות המוזיקליות

98. ראו, לעיל, הערה 11.

99. ההתנגשות נדונה בהערת אגב גם בהחלטות מוקדמות. ראו, עניין מוגל (לעיל, הערה 32).

עבור בעלי זכויות היוצרים בהם. כפי שקבעו בית הדין והממונה, למיזם המשותף יתרונות רבים.¹⁰⁰ המיזמים מאפשרים לבעלי זכויות היוצרים לאכוף את זכויותיהם בדרך כלכלית, וכך לשמר את התמריץ הכלכלי ליצירתם. בשל הביקוש השונה ליצירות ספציפיות, מימוש זכויות היוצרים על ידי כל יוצר בנפרד כרוך בעלויות רבות. יתרונם של מיזמים לניהול משותף של זכויות נעוץ באכיפה המשותפת, המאפשרת להם לנצל יתרונות לגודל כדי להפוך את האכיפה של הזכויות לכדאית עבור היוצר. בלעדיהם נפגעת במידה ניכרת יכולתו של היוצר היחיד להגן על זכותו ביצירה, וממילא נפגע התמריץ של היוצר ליצור מלכתחילה. בנוסף, המיזמים המשותפים גם מיטיבים עם צרכני היצירות המוזיקליות כיוון שהם מקטינים במידה רבה את עלויות התקשרותם הפרטנית עם כל יוצר בנפרד כדי לרכוש זכות שימוש ביצירותיו. יתרונם הגדול של מיזמים אלו גלום ביכולתם להעניק למשתמשים השונים "רישיונות שמיכה", המאפשרים למשתמשים לעשות שימוש בכל היצירות שברפרטואר הנכלל ברישיון בלא הגבלה של כמות היצירות שבהן נעשה שימוש או של זהותן, כנגד תשלום קבוע מראש.¹⁰¹ הפחתת עלות ההתקשרות מביאה גם לידי הגברת התפוקה בשוק כולו, כיוון שעלות התקשרות גבוהה עלולה הייתה לעלות על ערך השמעתן של יצירות רבות שמשום כך לא היו מושמעות.¹⁰²

בה בעת, דווקא יתרונותיהם הגדולים של מיזמים אלו, המעודדים את בעל זכויות היוצרים להצטרף אליהם ואת המשתמש לרכוש מהם את רישיון השמיכה, הם היוצרים הפוטנציאל לפגיעה בתחרות. בהיעדר מתחרים של ממש, המיזמים מרכזים בידיהם כוח שוק גדול אשר ניתן לנצלו על חשבון המשתמש, כמו גם על חשבון היוצר. לפיכך קובעות שתי ההחלטות כי המיזמים המשותפים הם הסדרים כובלים לפי הוראות החוק וכי הם אינם נהנים מהפטור הקבוע בסעיף 3(2) כיוון שהפטור אינו חל על הסכם בין בעלי זכות שימוש ובין עצמם בנוגע לשיווק משותף של זכויותיהם. זהו עיקרה של החלטת הממונה בעניין אקו"ם, אשר מוסמך רק להכריע אם ההסדר הנו כובל ואם הוא פוגע באופן ניכר בתחרות.¹⁰³ בית הדין נדרש לעשות צעד נוסף ולקבוע אם יתרונותיו של ההסדר "לטובת היצבור" עולים על פגיעתו בתחרות. על כן שאלת האיזון הראוי בין התמריצים ליצירה ולשימוש בה ובין שיקולי התחרות שבה ועלתה.

בית הדין אישר את המיזם מטעמים של "טובת היצבור". החלטה זו הנה דין רצוי, שכן היא מאפשרת ליוצרים לאכוף את זכויות הקניין הרוחני המוקנות להם בחוק. עד שתתנהג הטכנולוגיה במידה שתאפשר לצרכן לבחור באופן פרטני את היצירות שהוא מעוניין להשמיע בלא הוצאות עסקה גבוהות, המיזמים לניהול משותף של זכויות היוצרים הם

100. עניין הפדרציה (לעיל, הערה 24); החלטת הממונה בעניין אקו"ם (לעיל, הערה 72).

101. שם, בפסקה 2.

102. ראו: William M. Landes and Richard A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law* (2003).

103. כנגד קביעת הממונה תלוי ועומד ערר. בית הדין העניק היתר זמני לאקו"ם להמשיך ולפעול בזמן שעררה תלוי ועומד, בש"א (י"ם) 48/04 אקו"ם נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (טרם פורסם).

הדרך הריאלית היחידה, במרבית המקרים, לאכיפת זכויות היוצרים בהשמעות פומביות. החלטה זו גם עולה בקנה אחד עם הפסיקה האמריקנית והאירופית בנושא.¹⁰⁴ בה בעת, האיזון בין שתי מערכות הדינים מחייב גם הטלת הגבלות על יכולתו של המיזם המשותף לנצל את כוח השוק שבידיו כדי להבטיח שהוא הכרחי למימוש זכות הקניין ואינו פוגע יתר על המידה בתחרות או בציבור הצרכנים. כפי שביט הדין קובע בהחלטתו, המיזם המשותף הנו מונופול.¹⁰⁵ זהו גוף מונופוליסטי יציר הפסיקה, אשר לא צפוי להתחרות בגופים אחרים, כל עוד הוצאות העסקה לרכישת זכויות ההשמעה הפומביות של יצירות מוזיקליות לא תופחתנה במידה ניכרת. יצירת המונופולין מעלה את החשש כי הוא ינצל את מעמדו בשוק מעל הנחוץ כדי להגן על זכויות הקניין הרוחני או כדי לממש את שאר יתרונות המיזם לציבור. לשם כך, לצד אישורו של המיזם המשותף, קבע בית הדין מנגנונים אחדים לריסון כוח השוק של הפדרציה. כך, למשל, נקבע כי ההעברה של זכויות ההשמעה לפדרציה על ידי חברות התקליטים לא תהיה בלעדית וזכותו של כל יוצר להעניק רישיון השמעה נפרד.¹⁰⁶ להגבלה זו חשיבות רבה כיוון שהיא מבטיחה כי מי שמבקש לרכוש רישיון להשמעה פומבית למספר מצומצם ומוגדר של יצירות יוכל להתקשר ישירות עם היוצר והפדרציה לא תוכל להפעיל בעניינו את כוח השוק הנתון לה. הגבלה זו גם עשויה לעודד תחרות בין הפדרציה ובין חברת התקליטים בנוגע לזכות ההשמעה הפומבית של מספר יצירות מצומצם. תנאים נוספים שנועדו למתן את כוח השוק של הפדרציה בהתקשרויותיה כוללים, בין היתר, את חיובה של הפדרציה שלא להשתמש בסעד של צו מניעה זמני כלפי משתמש בלתי חוקי עד תום תקופה קצובה שבה ינוהל משא ומתן על מתן רישיון וחובת ניהול משא ומתן עם ארגונים שונים ולא רק עם יחידים.¹⁰⁷

פסק הדין מאזן נכונה בין האינטרסים המתחרים על הבכורה ועולה בקנה אחד עם כללי האיזון שהוצעו לעיל. מחד גיסא, בית הדין מכיר בחשיבות קיומו של מיזם לניהול משותף של זכויות יוצרים בשל היותו הדרך הריאלית היחידה לאכיפת הזכויות הפנימיות של בעלי זכויות היוצרים.¹⁰⁸ לשם כך, הוא מכשיר את המיזם המשותף, כמו גם את אותן כבילות נלוות, אשר בלעדיותן אין למיזם יכולת קיום, כגון כבילת תיאום המחירים לפיה

104. *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting Systems, Inc.* 441 U.S. 1 (1979); ראו:

.Case 395/87 Ministre Public v. Jean Louis Tournier [1991] 4 C.M.L.R. 248 (1989)

105. ראו, גם החלטת הממונה בעניין הכרות מונופולין לפי הוראות סעיף 26 לחוק ההגבלים העסקיים – הפדרציה הישראלית לתקליטים ולקלטות (טרם פורסם).

106. עניין הפדרציה (לעיל, הערה 24), בפסקה 115.

107. שם, בפסקאות 115-117.

108. ישנם מלומדים המטילים ספק בהנחות אלו. ראו את מאמרו של אריאל כץ, "מונופולין ותחרות בניהול משותף של זכויות ביצוע פומבי", *דין ודברים ב* (תשס"ו) 261 ואת מאמרו של גיא פסח, "אגודות לניהול משותף של זכויות יוצרים – מבט נוסף על יעילות והגנות", *דין ודברים ב* (תשס"ו) 191. השאלה אם יתרונותיהם של המיזמים המשותפים לניהול זכויות יוצרים אכן מצדיקים את קיומו של גוף אחד, מונופוליסטי, או שמא יש מקום לפעולתם

כל היצירות שברישיון השמיכה יקבלו תשלום דומה.¹⁰⁹ כבילה זו הכרחית לשם קיומו של רישיון השמיכה ושיווקו המבוססים על מודל עסקי לפיו המשתמש רשאי להשתמש כרצונו בכל יצירה המוגנת ברישיון, בלא בדיקה פרטנית של השימוש בכל יצירה. מאידך גיסא, בית הדין הטיל הגבלות על פעולותיו של המיזם אשר אינן מתחייבות לשם השגת היתרונות הגלומים בו, כמפורט לעיל.¹¹⁰ הגבלות אלו נדרשות כדי למתן את כוח השוק אשר הוענק לפדרציה בעקבות אישורו של ההסדר הכובל.

מעניינת ביותר היא החלטתו של בית הדין שלא לאסור על הפדרציה הפליית מחירים בין משתמשים. בית הדין מכשיר את התמחור השונה בקבעו כי ההפליה יעילה יותר מתמחור אחיד, שכן היא מאפשרת למשתמשים רבים יותר לרכוש רישיון השמעה לעומת מצב שבו נקבע מחיר אחיד לרישיון. גבייתו של מחיר אחיד תוריד את רמת השימוש ביצירות המוגנות בשוק, כיוון שברמת מחיר זו יהיו משתמשים אשר יעדיפו שלא לרכוש את זכות ההשמעה. ההחלטה מקדמת את הרווחה החברתית באמצעות הגדלת הכמות הנרכשת בשוק, המעידה על הגדלת היעילות הצרכנית בדרך של סיפוק העדפותיהם של מספר רב יותר של צרכנים. יודגש כי בית המשפט איננו מצדיק כלל זה בטענה כי הוא מגדיל את תמריצי היצירה באמצעות הגדלת הרווח של היוצר מיצירתו. הטעם לכך הוא שבמקרה דנן עסקינן במונופולין יציר הפסיקה, כמפורט להלן.¹¹¹

בה בעת, החלטתו של בית הדין מותירה בלתי פתורה את אחת הסוגיות הבעייתיות, אך עם זאת החשובות ביותר, והיא סוגיית הגינות התעריפים הנדרשים עבור השימוש ביצירות במסגרת המיזם. כאמור, החלטת בית הדין יוצרת למעשה גוף מונופוליסטי. יצירת המונופולין מעלה את החשש כי בעל המונופולין ינצל את כוחו בשוק כדי לגבות מצרכניו את המחיר המקסימלי שהם מוכנים לשלם עבור מוצריו ולשלם לבעלי הזכויות את המחיר המינימלי שהם דורשים עבור המחאת זכויותיהם. בית הדין מכיר בבעיה זו ועומד עליה, אך אינו נותן לה פתרון שלם, מן הטעם שלא הוכיח מי מהצדדים את אמות המידה הראויות לבחינת סבירות המחירים.¹¹² כן קובע בית הדין כי בגלל מורכבות בחינת התעריפים והעובדה שמדובר בנושא שהוא חדש למערכת המשפט הישראלית, ראוי שנושא גובה התמלוגים יתפתח בפסיקה הישראלית בהדרגה, ממקרה למקרה. בנוסף, פיקוח מחירים יצריך התערבות שוטפת של בית הדין לצורך אכיפה ועדכון של התעריפים, תפקיד שאינו מעניינו של בית הדין.¹¹³ תוצאתו של פסק הדין היא אפוא כי ניתן הכשר למונופול חדש וחזק, יציר הפסיקה, אולם מונופול זה איננו מוגבל במישרין בקביעת רמת מחיריו. בה

המקבילה של כמה מיזמים משותפים לניהול זכויות יוצרים, חורגת מגדרו של מאמר זה, היוצא מתוך ההנחה כי בית הדין צדק בביתוחו.

109. שם, בפסקה 84.

110. למבחן הראוי לשם בחינה של מיזמים משותפים ראו: Gal, *Small Market Economies* (לעיל), הערה 28, בעמ' 175.

111. עניין הפדרציה (לעיל, הערה 24), בפסקה 102.

112. שם, בפסקאות 101-103.

113. שם, בפסקה 113.

בעת, חלק מהתנאים שהטיל בית הדין על המיזם מגבילים את יכולתו לגבות מחירים גבוהים.

ישאל השואל, מדוע לא יחול בעניין הנדון הכלל שהוצע לעיל, לפיו מחירים גבוהים שדורש בעל מונופולין, אשר כוחו בשוק מבוסס על זכות קניין רוחני, לא ייחשבו, ברגיל, ל"מחירים בלתי הוגנים". הטעם לכך נעוץ בשוני בנסיבות אשר יצרו את כוח השוק בשני המקרים. כאשר עסקינן בכוח שוק שמקורו בהעדפה צרכנית של המוצר המוגן בקניין רוחני, בלא כל התערבות חיצונית או חסמים מלאכותיים, הרי המחיר הגבוה שגובה בעל המונופולין הוא, למעשה, ה"פרס" על יצירתו. אם נגביל מחיר זה, אנו עשויים לפגוע בתמריץ של היוצר ליצור מלכתחילה. המחיר הגבוה הוא תוצאתו הישירה של הדרוויניזם העסקי, של מבחן השוק, אשר בורר את אותם מוצרים המשרתים טוב יותר את הביקוש הצרכני. לעומתו, כוח השוק של המיזם המשותף הוא תוצאה ישירה של החלטת בית המשפט. כוח השוק אינו מבטא, בהכרח, את ההעדפה הצרכנית למוצר זה או אחר ממוצרי המיזם, כי אם את הפתרון המשפטי לבעיית מימוש זכות הקניין הרוחני. לפיכך, וכפי שקובע גם בית הדין, יש מקום להגביל את ניצולו של כוח שוק זה ולא לאפשר למיזם ליהנות מאותן הטבות שמהן נהנה מי שהומלך כמונופול על ידי השוק.¹¹⁴

נסכם ונאמר כי פסק דינו של בית הדין מאזן נכונה בין האינטרסים השונים המתחרים על הבכורה. באשרו את המיזם המשותף, נתן בית הדין משקל ראוי לעובדה שהמיזם מאפשר לבעלי הקניין הרוחני לממש את זכויותיהם הפנימיות. בה בעת, איון בית הדין בין יתרונות אלו לציבור ובין הפגיעה בתחרות אשר עלולה לנבוע מאישור המיזם. מרבית הפגיעות שאינן נחוצות כדי לקדם את זכויותיו הפנימיות של בעל הקניין הרוחני, או מטרות אחרות שהינן "לטובת הציבור", לא הוכשרו על ידיו. פסק הדין הוא "מקרה קל" מבחינה זו שאין צורך לפגוע בזכויות פנימיות כדי להגן על הרווחה החברתית.

ג. הסדרת פעולות מחקר ופיתוח שמטרתן ליצור קניין רוחני

דיני ההגבלים העסקיים משפיעים על רמת היצירתיות והחדשנות בשוק גם בהטילם הגבלות על פעולות מחקר ופיתוח שעניינן יצירת ידע חדש. ידע זה עשוי לעתים להיות מוגן על ידי דיני הקניין הרוחני. כדי להבטיח הקצאת משאבים אופטימלית לחדשנות, יש צורך להבטיח כי ממצאים ומפתחים לא יוגבלו יתר על המידה בפעולות מחקר ופיתוח שמטרתן להגביר את היעילות הדינמית. מטרתו של חלק זה היא לנתח את הכללים החלים על מיוזגים ומיזמים משותפים שעניינם מחקר ופיתוח ולבחון את השפעתם של כללים אלו על קידום הרווחה החברתית במשק הישראלי. אציין כי כללי האיזון שהוצעו לעיל אינם חלים כאן במישרין, כיוון שבמקרים אלו טרם נוצרה זכות קניין רוחני. בה בעת, הרעיון

114. יושבת על המדוכה ועדה של הכנסת שמטרתה לקבוע פרמטרים ברורים לתמלוגים שאותם רשאי בעל המונופולין לדרוש. כן ראו, ה"ח זכויות יוצרים ומבצעים (שיפוט בענייני תמלוגים), תשס"א-2001, ה"ח 548. ההצעה מסמיכה בתי משפט מסוימים לדון במחלוקות בענייני תמלוגים בין תאגיד לניהול משותף ובין חבריו ובין המשתמשים.

הבסיסי שבבסיס כללי האיוון – קידום הרווחה הכללית בעזרת עידוד היעילות הדינמית כאשר היא איננה מתנגשת חזיתית במטרות חברתיות אחרות – עומד גם בבסיס פרק זה. חשיבות בחינה זו מסתברת מן העובדה שיעילות דינמית מהווה מנוע עיקרי להצלחה בשווקים בינלאומיים. חשיבות היעילות הדינמית גוברת בכלכלה קטנה ככלכלת ישראל. הטעם לכך הוא שגודלו של השוק יוצר לעתים הגבלות לתחרות אשר היעילות הדינמית עשויה לעזור להתגבר עליהן. כפי שפירטתי במקום אחר, לגופים עסקיים הפועלים בכלכלות קטנות חסרונות אינהרנטיים הנובעים ממיצוט הביקוש המקומי, אשר מגדיל את הסיכון העסקי כי מוצריהם לא יימכרו בהצלחה וכי הוצאותיהם השקועות לא יכוסו.¹¹⁵ בנוסף, ישראל איננה קרובה, גאוגרפית, למרבית השווקים אליהם היא מייצאת. מרחק זה גם הוא פוגע ביכולתן של חברות ישראליות להתחרות בחברות זרות, בשל עלויות מעבר הסחורות. יצירתיות והדשנות בפיתוח מוצרי מידע חדשים או בפיתוח דרכי ייצור זולות יותר מאפשרות לחברות ישראליות להתגבר על המכשלות המנויות לעיל וליהנות מיתרונות תחרותיים בשווקים בינלאומיים, בין היתר, כיוון שקניין רוחני אינו כרוך בעלויות מעבר פיזי. חשיבותם של הכללים המסדירים פעולות מחקר ופיתוח מסתברת גם מן העובדה ששוקי מחקר ופיתוח הם פעמים רבות שווקים עולמיים. לפיכך, אם דיני ההגבלים העסקיים במדינות שבהן יושבים מתחרים זרים מקילים הרבה יותר ומביאים בחשבון שיקולי יעילות דינמית, הרי כלל ישראלי אשר יגביל פעולות מחקר ופיתוח יתר על המידה עלול לפגוע לא רק בצרכן המקומי אלא גם באפשרותן של חברות ישראליות ליצור לעצמן יתרון יחסי בשווקים בינלאומיים. אמנם נכון, יעילות דינמית איננה פרמטר יחיד המשפיע על הרווחה החברתית בישראל. לעתים צמוד לה תג מחיר גבוה שעיקרו הגברת הריכוזיות בשוק הישראלי והגדלת כוח השוק של החברות הפועלות בו, אולם מדיניות הגבלים עסקיים נכונה צריכה לאזן בין השיקולים השונים תוך הדגשת שיקולי רווחה חברתית ארוכי טווח.¹¹⁶

1. מיזוג לשם יצירת קניין רוחני

הניחו כי בארץ פועלות שתי חברות ביוטכנולוגיה המייצרות דשן אורגני לחקלאות. לכל אחת מהן טכנולוגיה שונה לייצור הדשן, המוגנת בפטנט. כל אחת מהן הנה בעלת נתח שוק של 30%. יתרת השוק מסופקת על ידי יצרניות זרות המייבאות דשן לארץ. שתי החברות מבקשות להתמזג כדי לשלב את הקניין הרוחני שלהן ליצירת דשן מסוג חדש שיעניק להן יתרון תחרותי ניכר לעומת מתחרותיהן הזרות, ויאפשר להן גם להגדיל במידה ניכרת את ייצוא סחורותיהן. נניח כי ניסיונות לכרות הסכמי רישוי הדדי בין החברות לא צלחו. בה בעת, המיזוג יפגע בתחרות בשוק הישראלי, שכן הוא יגדיל את כוח השוק של החברה הממוזגת באופן שנתח השוק שלה לאחר המיזוג צפוי לעמוד על 100%. בעקבות המיזוג צפוי מחירו של שק דשנים לעלות ב-5%, אולם יעילותו לחקלאי בהדברת סוגים שונים של מזיקים תשתפר ב-30%. הניחו כי הדשן החדש חליפי, בעיני הצרכן, לדשן ששתי

115. Gal, *Small Market Economies* (לעיל, הערה 28), בפרק 1.

116. שם, בפרק 3.

התברות ייצרו בטרם המיזוג. האם המיזוג, המגביר במידה ניכרת את היעילות הדינמית, יאושר לפי הוראות חוק ההגבלים העסקיים, או שמא הוא ייאסר וביצועו יהיה בלתי חוקי? האם התשובה הייתה משתנה אילו הביקוש בישראל לדשן מתוצרת החברות המתמזגות היה מזערי ומרבית פעילותן הייתה מופנית לשוקי חוץ? עם שאלות אלו אבקש להתמודד בפרק זה.

לפי הוראות חוק ההגבלים העסקיים, מיזוג חברות מותנה בקבלת הסכמת הממונה, ולא – עלול ביצועו לגרור סנקציות אזהריות ופליליות, לרבות הפרדת החברות.¹¹⁷ מיזוג מוגדר בחוק בצורה רחבה, הכוללת עסקת נכסים או עסקת מניות אשר בעקבותיה אחת החברות הנה בעלת יכולת השפעה ניכרת על הליך קבלת ההחלטות של חברה אחרת שפעלה קודם לכן כישות עצמאית.¹¹⁸ החוק תופס בגדרו מיזוגים מסדר גודל מסוים המצביעים על סבירות גבוהה לריכוז משמעותי של כוח כלכלי ועל כן חברות חייבות לתת הודעת מיזוג אם אחת מהן היא בעלת מונופולין, אם המיזוג ייצור מונופולין או אם מחזור המכירות המשולב של החברות המתמזגות עולה על הסף הקבוע בחוק.¹¹⁹

כפי שפירטתי במקום אחר, הפיקוח על מיזוגים הוא אחד הכלים החשובים ביותר להסדרת פעולתם של שווקים תחרותיים.¹²⁰ הפיקוח פועל כחסם בפני יצירת מבני שוק ריכוזיים, שמקורם אינו בצמיחה פנימית של חברות, אשר עלולים להוביל לצבירת כוח שוק שיפגע ברווחת התברות. הוא מגביל את יצירתו של כוח כלכלי בשלב מוקדם, בטרם היווצרותו. החשש העומד בבסיס החוק הוא כי השינויים במבנה השוק עלולים לפגוע בתחרות או בתוצאותיה בלא יתרונות מאזנים. כך, למשל, מיזוג אופקי, בין מתחרים באותו שוק, מפחית על פי הגדרתו את מספר המתחרים בשוק ומעניק לישות הממוזגת נתח שוק גדול יותר משהיה לכל אחת מהחברות המתמזגות, עובר למיזוג. הקטנת מספר החברות המתחרות בשוק עלולה לאפשר לישות הממוזגת להעלות מחירים באופן חד-צדדי, להגביל את הכמות הנמכרת על ידיה ולעתים גם לפגוע ביעילות הדינמית של השוק. כמובן, אם הגדלת נתח השוק לא מביאה לידי יתר יעילות, ישחקו כוחות השוק את מעמדה של הישות הממוזגת, אולם תהליך זה עלול להיות ארוך או מרוסן על ידי מכשולים טבעיים או מלאכותיים. בנוסף, מיזוג אופקי עלול לחזק את יכולתן של החברות הפועלות בשוק להקטין את התחרות ביניהן בדרך של התאמה אוליגופוליסטית, אשר איננה נתפסת ברגיל בגדרו של חוק ההגבלים העסקיים.¹²¹ מיזוג אנכי, שבו הצדדים המתמזגים נמצאים בחוליות

117. פרק ג לחוק ההגבלים העסקיים.

118. סעיף 1 לחוק ההגבלים העסקיים, הגדרת "מיזוג". כן ראו, החלטת הממונה כי מימוש אופציות למניות כור תעשיות בע"מ על ידי בנק קבוצת הפועלים מהווה מיזוג חברות (טרם פורסם).

119. סעיף 17 לחוק ההגבלים העסקיים.

120. ניתוח מדיניות המיזוגים בפרק זה מבוסס, במידה רבה, על: Gal, *Small Market Economies*, (לעיל, הערה 28), בפרק 6.

121. ראו, מיכל (שיצר) גל, "מהו הסדר בקו התפר בין תיאום והתאמה בחוק ההגבלים העסקיים", צפוי להתפרסם בעיוני משפט (תשס"ו). במקרים חריגים שבהם ההתאמה האוליגופוליסטית

שונות של שרשרת הייצור או השיווק של מוצר או שירות מסוים, מעלה חשש מפני יצירת חסמים לכניסתם או להתרחבותם של מתחרים אם לאחד מהצדדים למיזוג יש כוח שוק ניכר בשוק. לדוגמה, אם יצרן של מוצר מסוים יתמוג עם המשווק העיקרי בשוק וימנע שיווק של מוצריהם של מתחריו דרכו, יציב המיזוג חסמי כניסה בפני מתחריו של הגוף הממוזג לשווק את מוצריהם בשוק, אם אין זה קל להקים רשת שיווק מתחרה. בנוסף, קיים חשש כי חברות גדולות, אשר עשויות להיווצר כתוצאה ממיזוג, עלולות לתרגם את כוחן הכלכלי לכוח פוליטי ולהשפיע על המחוקק או על הרגולטור לטובתן.

בה בעת, מיזוג יכול ליעל את פעילותן של החברות המתמוזגות. המיזוג עשוי לקדם את היעילות הדינמית באמצעות יצירת תשתית רחבה, יעילה וטובה יותר לפעילות מחקר ופיתוח. מיזוג של חברות בעלות טכנולוגיה משלימה, כמו בדוגמה שהובאה לעיל, מאפשר חבירה משותפת של בעלי מומחיות או ידע שונים (לרבות בעלי זכויות קניין רוחני משלים) כדי ליעל הליכי ייצור קיימים או כדי לפתח מוצרים חדשים. מיזוג גם עשוי לקדם מחקר ופיתוח הכרוכים בעלויות גבוהות באמצעות פיזור העלויות על פני מספר גדול יותר של מוצרים. כן עשוי מיזוג לקדם את היעילות היצרנית, כאשר הוא מאפשר ניצול יתרונות לגודל אשר לא נוצלו קודם לכן. לפיכך מדיניות מיזוגים ראויה לא תמנע את אותם מיזוגים אשר, אף שהם מגבירים את הריכוזיות בשוק, יגדילו את הרווחה החברתית במשק.

כלכלות קטנות, כגון כלכלת ישראל, מחדדות את הדילמות שעמן נדרשות רשויות הפיקוח להתמודד. בכלכלות קטנות, המאופיינות בריכוזיות גבוהה במרבית שוקיהן, מיזוגים הם כלי עיקרי לניצול מהיר ויעיל של יתרונות הגודל ולהגברת יעילות הייצור בשווקים אוליגופוליסטיים המגבילים את התמריצים של חברות לצמוח לממדים אופטימליים. אם היסכון העלויות שייצור המיזוג גדול דיו, עשוי גם המחיר לצרכן לרדת. בה בעת, מחיר הגברת היעילות הוא לעתים הגדלה ניכרת של רמת הריכוזיות בשוק ולעתים גם יצירת גופים גדולים בעלי יכולת השפעה פוליטית. מדיניות המיזוגים נדרשת לאזן בין השיקולים השונים המתחרים על הבכורה. כפי שפירטתי במקום אחר, מדיניות מיזוגים ראויה בכלכלה קטנה אינה צריכה ליתן משקל יתר לשיקולי הגברת הריכוזיות והיא נדרשת ליתן משקל ראוי להגברת היעילות היצרנית והדינמית. כלכלות קטנות אינן צריכות להתבסס על משתנים מבניים נוקשים במדיניות המיזוגים שלהן. במקום זאת עליהן לבסס את מדיניותן על שיקולי תחרות פוטנציאלית ועל שיקולי יעילות אשר מביאים בחשבון את העובדה שריכוזיות עשויה להיות במקרים מסוימים רע הכרחי הנדרש כדי להגדיל את הרווחה החברתית.¹²²

המסגרת הנורמטיבית הקובעת את השיקולים המנחים את הממונה בעת הכרעה בשאלת אישור המיזוג, קבועה בסעיף 21 לחוק ההגבלים, כדלקמן:

היא כמעט מוחלטת, ניתן להגדיר את האוליגופול כקבוצת ריכוז ולהחיל עליו את הוראות פרק המונופולין, סעיף 26 לחוק ההגבלים העסקיים.

122. Gal, *Small Market Economics* (לעיל, הערה 28), בעמ' 195.

הממונה יתנגד למיזוג חברות או יתנה אותו בתנאים אם לדעתו קיים חשש סביר כי כתוצאה מן המיזוג כפי שהוצע תיפגע באופן משמעותי התחרות באותו ענף או יפגע הצבור באחת מאלה (1) רמת המחירים של נכס או של שרות (2) איכות נמוכה של נכס או של שרות (3) הכמות המסופקת של הנכס או היקף השרות, או סדירות האספקה ותנאיה.

השאלה הנשאלת היא מהו היקף שיקול דעתו של הממונה בבואו לאשר מיזוג ושל בית הדין ביושבו כערכאת ערר על החלטת הממונה.¹²³ האם חייב הממונה להתנגד לכל מיזוג אשר מגדיל את כוח השוק של הצדדים לו או של גורמים אחרים הפועלים בשוק, או שמא רשאי הממונה – או בית הדין – לשקול שיקולים מאזנים כגון קידום המחקר והפיתוח? במילים אחרות – האם החוק מאמץ את גישת הערך המוחלט לתחרות אשר נותנת משקל מוחלט לשיקולי תחרות בשוק; את הגישה המאזנת הנותנת משקל ליתרונות לרווחת הציבור החורגים מגדר הפגיעה בתחרות גרידא, או שמא גישת ביניים.

מחד גיסא, ניתן לטעון כי הסעיף נוקט לשון חד-משמעית: "יתנגד הממונה..." אשר אינה מעניקה לממונה שיקול דעת לשקול יתרונות מאזנים ועליו להתנגד למיזוג כל אימת שהוא עלול לפגוע בתחרות או לפגוע בציבור בדרך של העלאת מחירים, הורדת האיכות או פגיעה בכמות או בתנאי ההספקה של הנכס או השרות. ודוק: הסעיף מונה את שיקול האיכות אך ורק בהקשר הפגיעה בתחרות ולא כשיקול מאזן לפגיעה במחיר או בכמות.¹²⁴ ברוח זו ניתן לטעון כי גם לבית הדין אין סמכות לשקול שיקולים מאזנים, מלבד הפגיעה בתחרות ובציבור כהגדרתן בסעיף, שכן החוק איננו מציין את השיקולים שבית הדין רשאי לשקול ועל כן השיקולים שצריכים להנחות אותו כערכאת ערר על החלטות הממונה הם אותם שיקולים הנתונים לממונה. פרשנות זו מקבלת משנה תוקף מקביעתו המפורשת של המחוקק בפרק ב לחוק, המסדיר את הפיקוח על ההסדרים הכובלים, כי בית הדין רשאי לשקול שיקולים מאזנים של טובת הציבור. משלא כלל המחוקק הוראה דומה בפרק המיזוגים, ניתן לטעון להסדר שלילי. לפי גישה זו, המחוקק העניק ערך מכריע לפגיעה הממשית או הפוטנציאלית בתחרות או בציבור אשר עלולה להיגרם מהמיזוג, אולם גם על פי גישה זו לא יוענק ערך מוחלט לתחרות. כך, למשל, לא ייאסר מיזוג בין חברות רק מפני שהוא מגביר את יעילותה של החברה הממוזגת ובכך מקשה את התחרות של שאר החברות עמה, אם המיזוג איננו מעלה את המחיר ואיננו פוגע באיכות או בתנאי ההספקה וסדירותה.¹²⁵ בדומה, לא ייאסר מיזוג רק משום שהוא מקטין במידה ניכרת את מספר

123. סעיף 22 לחוק ההגבלים העסקיים.

124. אייל (לעיל, הערה 53), בעמ' 56-61.

125. ראו, החלטת הממונה בעניין עץ לבוד בע"מ ותעשיות והשקעות של ספן בע"מ – אישור מיזוג בתנאים, הגבלים עסקיים ג (ועד מחוז תל-אביב-יפו, לשכת עורכי הדין בישראל, תשנ"ז) 104 (להלן: החלטת הממונה בעניין עץ לבוד). גישה הפוכה הייתה מקובלת בעבר בארצות הברית. ראו: *Brown Shoe Co. v. United States* 370 U. S. 294 (1962); *FTC v. Procter & Gamble Co.* 386 U. S. 568 (1967).

החברות הפועלות בשוק. בה בעת, ובהתאם לפרשנות זו, מיזוג אשר יגביר במידה ניכרת את היעילות הדינמית באמצעות מחקר ופיתוח, לא יאושר אם הוא צפוי להעלות את המחיר לצרכן, ולו במעט. על כן מיזוג חברות הדשנים לא יאושר, אף שיעילותו הדינמית עולה בהרבה על עליית המחיר, וזאת גם אם השוק הישראלי הוא מזערי ומהווה חלק קטן ביותר מפעילותן של החברות המתמזגות.

מאידך גיסא, יש מקום לטענה כי פרשנות זו איננה עולה בקנה אחד עם תכלית החוק, שהיא קידום הרווחה הכללית באמצעות שמירה על התחרות רק כאשר שמירה כאמור מקדמת את טובת הציבור. טובת הציבור מחייבת כי בהליך אישור המיזוג יישקלו גם גורמים מאזנים, ובראשם הגברת היעילות של החברות הפועלות בשוק בעקבות המיזוג. יעילות זו יכולה להתבטא ביעילות בייצור, כאשר המיזוג יפחית את עלויות הייצור או השינוק בשל ניצול יתרונות הגודל, או ביעילות דינמית, כאשר המיזוג יאפשר יצירת מוצר חדש או הליך ייצור או שיווק חדש, יעיל יותר מזה שהיה קיים לפני המיזוג.

פרשנות זו אומצה על ידי בית הדין בעניין **תנובה**. שם קבע בית הדין, בראשות השופטת מרים נאור, כי במסגרת שיקול הפגיעה בציבור רשאים הממונה ובית הדין להעמיד על כפות המאזניים את הפגיעה האפשרית בתחרות לעומת היתרונות הכלכליים של המיזוג.¹²⁶ אם היתרונות עולים על החסרונות – יאושר המיזוג. בית המשפט העליון, בערעור על החלטת בית הדין בעניין **תנובה**, השאיר שאלה זו בצריך עיון.¹²⁷

כשמונה שנים לאחר פסק דין **תנובה**, בעניין **פוד קלאב**, נדרש בית הדין שנית לשאלת פרשנותו של סעיף 21 לחוק.¹²⁸ בית הדין הזכיר את החלטתו (בהרכב אחר) בעניין **תנובה** כי הגברת היעילות הנה שיקול לגיטימי בין שיקולי הממונה ואת החלטת בית המשפט העליון אשר השאירה את התשובה "לעת מצוא", אולם הוא מציין כי בעניין **פוד קלאב** אין צורך להיזקק לשאלה העקרונית הנוגעת למקומה של הגנת היעילות בתחום הפיקוח על מיזוגים, וכי "מכל מקום, גם מבלי לאמץ את עילת היעילות כטענת הגנה נגד פגיעה בתחרות עקב המיזוג, ודאי שאין לפסול מיזוג רק בשל הגברת היעילות הכרוכה בו".¹²⁹ ניתן, אולי, לראות בכך נסיגה מעמדתו החד-משמעית של בית הדין בעניין **תנובה** בסוגיית אימוץ הפרשנות המאזנת. לחלופין ניתן לפרש החלטה זו רק כנקיטת משנה זהירות בשאלה שאיננה נדרשת במקרה הנדון.

126. ערר 2/94 תנובה מרכז שיתופי לשיווק נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, **הגבלים עסקיים ב** (ועד מחוז תל-אביב-יפו, לשכת עורכי הדין בישראל, תשנ"ו) 159.

127. ע"א 2247/95 **הממונה על ההגבלים העסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ**, פ"ד נב(5) 213 (להלן: **עניין תנובה**).

128. ערר 1/00 **פוד קלאב בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים** (טרם פורסם).

129. שם, בפסקה 76. על עמדה זו חזר בית הדין גם בהחלטתו בה"ע (י"ם) 7005/02 **די.בי.אס שירותי לווין בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים** (טרם פורסם, ניתן ביום 9.6.2004) (להלן: **עניין די.בי.אס**), בפסקה 20.

לדעתי, פרשנותו המאזנת של בית הדין בעניין **תנובה**, שאומצה על ידי הממונה, לפחות ברמה העקרונית, היא פרשנות ראויה.¹³⁰ כפי שפורט לעיל, פרשנות זו מקדמת את תכלית החוק בהעניקה משקל ראוי לשיקולי יעילות בייצור ויעילות דינמית, המהווים חלק חשוב ובלתי נפרד מתוצאות התחרות שאותן בא החוק לקדם. בחינה תחרותית, המתבססת על רמת המחיר בשוק גרידא, תבלום מיוזגים רבים שיכולה להיות להם השפעה חיובית על הרווחה החברתית. יצרנים לא יוכלו להשיג יעילות מירבית תוך הורדת עלויות היצור שלהם, ולקוחות לא יוכלו ליהנות ממוצרים טובים יותר.¹³¹

יתרה מזו, אם לא נאמץ פרשנות מאזנת עלול פרק המיוזגים להכשיל חברות ישראליות המעוניינות להתחרות ביעילות בשווקים פנימיים, כמו גם בשוקי חוץ, כפי שעולה מדוגמת מיוזג חברות הדשן האורגני. אמנם נכון, תחרות מבית עשויה לקדם גם תחרות בשווקים בינלאומיים, אולם לשם כך נדרש גם שהחברות יוכלו ליצור יתרון תחרותי באמצעות יעילות בייצור או יעילות דינמית. הגנה על התחרות גרידא עלולה אפוא להכביד את הבעיות האינהרנטיות של כלכלות קטנות, תוך העלאת רמות סחר החוץ ולעתים תוך ביטול מוחלט של הייצור המקומי. זאת ועוד, כיוון שפרק המיוזגים דורש, כתנאי כניסה לגדרו, פעילות בשוק המקומי, חברות המעוניינות להתמזג, שהשוק המקומי למוצריהן הוא קטן באופן יחסי לפעילותן הבינלאומית, עלולות להחליט כי לא ימכרו את מוצריהן בשוק הישראלי כלל ובדרך זו יעקפו את הוראות החוק. הפרשנות המאזנת גם עולה בקנה אחד עם ההיסטוריה החקיקתית של חוק ההגבלים. הוועדה למיוזגים וקונגלומרטס, אשר על פי המלצותיה הוסף פרק המיוזגים לחוק, המליצה על אימוץ גישה המאזנת בין התועלת שבהגדלת היעילות הכלכלית או כוח התחרות של החברה לאחר המיוזג ובין הסכנות הכרוכות בהגברת כוח השוק כתוצאה מהגידול.¹³² גישה דומה עולה מדברי ההסבר להצעת החוק.¹³³

על כן יש לאמץ את הפרשנות המאזנת לחוק ובד בבד לתקן את החוק באופן שלא יהא כל ספק בדבר כוונתו של המחוקק לאמץ פרשנות זו. כן יש לקבוע באופן חד-משמעי כי הממונה רשאי לשקול שיקולים מאזנים. הוראה זו נדרשת בשל חשיבות מרכיב הזמן בקבלת החלטה על מיוזג. בהעניקה לממונה את הסמכות לשקול שיקולים מאזנים בלא צורך לפנות לבית הדין בכל עניין שבו גוברת היעילות על הפגיעה בתחרות, מגבירה

130. ראו, דיון בעמודים 107-111 להלן.

131. Gal, *Small Market Economies* (לעיל, הערה 28).

132. דו"ח הוועדה למיוזגים ולקונגלומרטס, הפרקליט לט (תשל"ז) 559.

133. הצעת חוק הגבלים עסקיים, תשמ"ד-1985, ה"ח 41 ("אין לפרש את המלה "יתנגד" שבסעיף זה כמטילה חיוב על הממונה להתנגד בכל מקום שקיים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות. עליו להפעיל שיקול דעת ולשקול את כל השיקולים, בעד ונגד, העשויים להשפיע לחיוב ולשלילה על החלטתו בעניין אישור המיוזג, סירובו או התנייתו בתנאים... הממונה אינו צריך לפעול בצורה אוטומטית של הפעלת נוסחה, לפיה אם יש חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות, חובה עליו להתנגד למיוזג. קשת השיקולים שעליו לשקול רחבה יותר.")

ההוראה המוצעת את יעילות פעולתו של השוק משום שאיננה מונעת מיוזגים המגדילים את הרווחה החברתית אשר מועד ביצועם העסקי קצוב וקצר יחסית וכן היא מקצרת את תקופת אי-הוודאות בדבר אישור המיזוג, אשר עשויה להשפיע על התנהגות השוק כולו.

אולם גם אם תאומץ הפרשנות המאזנת, בין באמצעות חקיקה ובין באמצעות הלכה פסוקה, עדיין נותרת על כנה השאלה כיצד נאזן בין העלייה ביעילות היצרנית והדינמית של החברה הממוזגת ובין הפגיעה בציבור עקב הקטנת התחרות, והיכן יימתח קו גבול זה על ידי רשויות האכיפה. אקדים ואומר כי בעשור האחרון חלו התפתחויות ושינויים בפרשנותו של פרק המיזוגים. עד לפני שנים מועטות לא ניתן כמעט כל משקל לשיקולי יעילות במיזוגים. בשנים האחרונות דן הממונה בטיעוני יעילות בהחלטותיו, אולם, כפי שנראה, הכלל החל עדיין עשוי לפגוע ביעילותו הדינמית של המשק.

נוסחאות האיוון בין הפגיעה בתחרות ובין הגברת היעילות כתוצאה מהמיזוג הן רבות ומגוונות. נוסחת איוון אחת, אשר אומצה בארצות הברית ובקהילה האירופית, מדגישה את רווחת הצרכן המגולמת במחיר לצרכן. לפי גישה זו, המיזוג יאושר רק אם המחיר לאחר המיזוג לא יעלה על המחיר עובר למיזוג.¹³⁴ כדי שמיזוג המגביר את היעילות הדינמית והיצרנית יעמוד ברף זה, חיסכון עלויותיו צריך להיות ניכר במידה כזו שהמחיר הממקסם את רווחיה של החברה הממוזגת יהיה נמוך או זהה למחיר עובר למיזוג. פרשנותו הלשונית של סעיף 21 לחוק ההגבלים, המפורטת לעיל, עולה בקנה אחד עם פרשנות זו. נוסחת איוון אחרת מעניקה משקל מכריע לשיקולי הרווחה המצרפית. על פיה, מיזוג יאושר אם הוא מעלה את הרווח המצרפי, הכולל את הרווח לצרכן ואת הרווח ליצרן.¹³⁵ במונחים כלכליים, אם העלויות הנחסכות עקב המיזוג עולות על הפסד הרווחה החברתית (dead weight loss) הנגרם על ידי עליית מחירים צפויה, המיזוג יאושר. גישה זו, שבה תומכים מרבית הכלכלנים ברחבי העולם, אינה נותנת משקל לעובדה שעליית המחירים תגרום להעברת עושר מהצרכנים ליצרנים, והיא מציבה רף נמוך יותר לאישור המיזוג מנוסחת רווחת הצרכן.

השוק הישראלי הקטן מחדד את הדילמה בין שני סטנדרטים בסיסיים אלו. ריכוזיות גבוהה עשויה ליתן יתר משקל לשיקולי הרווחה המצרפית, לעומת כלכלות גדולות, מכמה

134. Gal, *Small Market Economies* (לעיל, הערה 28), בעמ' 202, 216-219. כן ראו, את מסמכיהן של המדינות באתר ארגון התחרות העולמי: [URL: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org>]. בפועל, רשויות האכיפה האמריקניות שוקלות שיקולי יעילות משמעותיים גם אם יש פגיעה בתחרות בשוק אשר תגרום להעלאת המחיר, אף שאין עד היום שום החלטה רשמית המאשרת מיזוג כאמור. ראו: U. S. Department of Justice and Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, 4 Trade Reg. Rep. (CCH) (17 April 1997), 13, 104, sec. 36; Discussion, "Efficiency Claims in Mergers and Other Horizontal Agreements" (OECD/GD (96)65 Competition Policy Roundtable, 1996).

135. מבחן זה מתבסס על ההנחה שבעלי המניות של החברה הממוזגת יהיו גם הם מקומיים. לפירוש הבעייתיות בהנחה זו, כמו גם בכלים להתמודדות עמה, ראו: Gal, *Small Market Economies* (לעיל, הערה 28), בעמ' 204-205.

סיבות. הראשונה, והחשובה ביותר, היא שבהינתן טבעם הריכוזי של מרבית השווקים בכלכלות קטנות, מדיניות המאמצת את סטנדרט רווחת הצרכן יכולה להוביל בשווקים מסוימים לקפיאה על השמרים של מבני שוק אוליגופוליסטים אשר גובים מחירים על-תחרותיים, ולא זו בלבד אלא שהם גם מגבילים את התמריץ של החברות לגדול לממדים שיאפשרו להן להגדיל את היעילות היצרנית והדינמית. נוסחה המדגישה רק את הרווחה הצרכנית יכולה אפוא לפגוע ביעילות השוק ובתוצאותיו הצפויות של ההליך התחרותי. בנוסף, נוסחה זו עלולה ליצור מכשלות לתחרות של חברות מקומיות בשווקים בינלאומיים. שוק יצרני הרום בקאריביים מהווה דוגמה מעניינת לכך. השוק הקאריבי לרום הנו תחרותי ביותר וכולל יצרני רום רבים. עלויות ההפצה והשיווק של הרום בשווקים ורים הנן גבוהות ביותר ומאופיינות ביתרונות משמעותיים לגודל. מיווג או מיזם משותף של יצרני הרום המקומיים היה מאפשר להם להתגבר על מכשלות אלו ולהגדיל את ייצוא הרום, אולם מיווג כאמור היה גם מעניק לחברה הממוזגת כוח שוק בשוק המקומי והיה מאפשר ליצרני הרום להעלות את מחיריהם. מבחן רווחת הצרכן היה מונע את כניסתן של חברות הרום הקאריביות לזירת התחרות הבין-לאומית. בנוסף, איסור המיווג היה מונע השקעה חוזרת של חלק מרווחי היצרנים בכלכלה המקומית, הנדרשת לשם הנעתה.

נציין כי שתי נוסחאות איוון אלו אינן היחידות שניתן לאמץ. למעשה, ניתן לאמץ כל נוסחת איוון אשר מעניקה משקל יחסי לכל אחד מהשיקולים המתחרים על הבכורה. בדרך זו הלך בית הדין הקנדי בעניין *Superior Propane*. שם ביקשו שתי חברות בעלות מעמד דומיננטי בשוק גז הבישול להתמוג. לפני המיווג החזיקה אחת החברות למיווג בכ-40% מכלל השוק הקנדי והשנייה החזיקה בכ-30% מהשוק. בשישה עשר שווקים מקומיים יצר המיווג מונופול מוחלט. בשאר השווקים המקומיים הגדיל המיווג את רמת הריכוזיות בשוק באופן ניכר ויצר תנאים נוחים יותר להתאמה אוליגופוליסטית בין המתחרים בשוק. בית הדין הקנדי להגבלים עסקיים קבע כי המיווג יפגע באופן משמעותי בתחרות ויעניק לחברה הממוזגת כוח שוק רב. עם זאת, המיווג יביא לידי חיסכון ניכר בעלויות לצדדים המעורבים, העולה על הפגיעה בצרכנים. בית הדין אישר את המיווג משום שהוא מגדיל את הרווחה המצרפית.¹³⁶ בית המשפט לערעורים קבע כי המבחן הראוי מאזן בין רווחת הצרכן ובין רווחת החברות המתמוזגות, וכי לא תמיד יש ליתן משקל זהה לשיקולים אלו.¹³⁷ בשל הדיון הציבורי שעורר פסק הדין, מצויות הוראות החוק בבחינה מחודשת אצל המחוקק הקנדי. לדעתי, גם בישראל יש להחיל גישה אשר איננה מעניקה משקל אבסולוטי למבחן רווחת הצרכן והמאזנת בין הפגיעה ברווחת הצרכן הנוצרת עקב המיווג ובין השפעתו על הרווחה המצרפית. גישה זו רואה בתחרות שיקול חשוב אך לא בלעדי, והיא מאפשרת מדיניות

The Commissioner of Competition v. Superior Propane Inc. (Canadian Competition Tribunal, unpublished, 30.8.2000). 136.

Commissioner of Competition v. Superior Propane Inc. and ICG Propane Inc. 2001 FCA 104. Michael J. Trebilcock and Ralph A. Winter, "The FCA 104 State of Efficiencies in Canadian Merger Policy", 19 *Canadian Competition Policy Record* (2000) 106. 137.

מיוזגים גמישה יותר אשר תתחשב בשקולים מתנגשים בצורה שתבטיח שהאפשרות להתיעלות יצרנית ודינמית, על אף התחזקות הריכוזיות, לא תיחסם. מהי הגישה המוחלטת, בפועל, בישראל? נציין כי אף אחת מההחלטות שנתנה הרשות איננה עוסקת ישירות ביעילות דינמית. בה בעת, ההחלטות משרטטות את גישת הרשות לשיקולי יעילות מכל סוג שהוא, הרלוונטיים גם לשיקולי יעילות דינמית. כפי שצוין לעיל, עד לפני שנים מספר לא נתן הממונה כל משקל לשיקולי יעילות.¹³⁸ כאמור, גישה זו נדחתה בהחלטות מאוחרות יותר. שינוי הגישה בא לידי ביטוי, בראשונה, בהחלטת הממונה בעניין הריבוע הכחול אשר ניתנה בשנת 2001.¹³⁹ שם נקבע המבחן המנחה את מדיניות אישור המיוזגים עד היום, כדלקמן:¹⁴⁰

דיני המיוזגים מניחים כי, ככלל, מרבית המיוזגים מביאים ליעילות פרו-תחרותיות, המקטינות את החשש בפני פגיעה בתחרות... [אולם שיקולי יעילות יישקלו רק אם] גלומה במיוזג תועלת פרו-תחרותית ממשית... על מנת להיראות כיעילות פרו-תחרותית הנובעת מן המיוזג, על היתרון הנובע מן המיוזג להיות כזה אשר אינו נובע, אף בעקיפין, מקיומו או מחיזוקו של כוח שוק. ככלל, על היתרון להביא לגידול בתפוקה של המוצר או של השירות שבנדון [בשוק הישראלי] [בין ישירות ובין בדרך של הורדת המחיר או בדרך של העלאת האיכות או המגוון]... יתירה מכך, על אותו יתרון להיות כזה אשר נובע מהמיוזג ולא יכול היה לצמוח בדרך אחרת אשר פגיעתה בתחרות קטנה יותר... לבסוף, על היעילות להיות מוכחות, דהיינו שאין די בטענות או בהערכות בעלמא, אלא נדרשת תשתית עובדתית וכלכלית מוצקה התומכת בקיומן.

כן נקבע כי אי-הוכחתה של יעילות תקים חזקה ניתנת לסתירה כי מטרת הצדדים היא לפגוע בתחרות בשוק באמצעות יצירת כוח שוק או חיזוק.¹⁴¹ החלטה זו היא צעד חשוב לקראת אימוצה של גישה מאזנת ומתן משקל לשיקולי יעילות בדיני המיוזגים בישראל. היא מאפשרת להכשיר מיוזג אם התברר המתמזגות יעמדו בנטל

138. ראו, החלטת הממונה בעניין רכש דקלה על ידי הראל, המשמר ומור, הגבלים עסקיים א (ועד מחוז תל-אביב-יפו, לשכת עורכי הדין בישראל, תשנ"ה) 158, אלא אם כן המיוזג לא הגדיל את כוח השוק של הצדדים המתמזגים. ראו, החלטת הממונה בעניין עין לבוד בע"מ (לעיל, הערה 125); מיוזג תכנה לאנשי מקצוע לירם בע"מ – ט.מ.ל מיקרו מחשבים בע"מ – החלטה שלא להסכים למיוזג חברות (טרם פורסם, 1998). לשיקולים שעמדו בבסיס גישת הממונה דאו ולביקורת עליהם ראו: Gal, *Small Market Economies* (לעיל, הערה 28).

139. נימוקי התנגדות למיוזג – הריבוע הכחול בע"מ, ירקון (פלום 2000) סיטונאות מזון בע"מ (טרם פורסם) (להלן: הריבוע הכחול).

140. שם, בעמ' 39.

141. שם, שם.

המוטל עליהן ויוכיחו כי (1) המיזוג הגביר את יעילותן במידה המעורדת אותן להגדיל את תפוקתן בשוק הישראלי; (2) לא ניתן להשיג יעילות זו בדרך חלופית, פוגענית פחות בתחרות; (3) היעילות הנטענת אינה פרי הערכה בעלמא, אלא הצדדים פרושו תשתית עובדתית וכלכלית מוצקה התומכת בקיומה.

ההחלטה מבחינה בין יתרונות המיזוג שמקורם בהגברת היעילות היצרנית והדינמית ובין יתרונות המיזוג לצדדים המתמזגים בלבד שמקורם בהגדלתו של כוח השוק של החברה המתמזגת. רק יתרון מהסוג הראשון יישקל לחיוב על ידי הממונה. על כן יתרון לחברות המתמזגות שעיקרו הוא יכולתה של החברה הממוזגת לגבות מחירים גבוהים יותר ובכך להגדיל את רווחיה לא ייחשב ליתרון אשר יובא בחשבון בעת בחינת המיזוג אלא, כאמור, יקים חזקה לפגיעתו של המיזוג בתחרות. הבחנה זו חשובה ונכונה. גידול ברווח של החברה הממוזגת הנובע כולו אך ורק מהקטנת התחרות על לבו – וכיסו – של הצרכן בדרך של רכישת מתחרה, רק מגביר את החשש מפני פגיעה של ממש בתחרות עקב הגברת הריכוזיות בשוק. הכרה בשיפור רווחיות זה (אשר איננו מהווה יעילות במובנה הכלכלי), מנוגדת לתכלית החוק ואיננה משרתת את רווחת הכלל.¹⁴² לעומת זאת, גידול ברווחיות הנובע מעלות ייצור נמוכה יותר או מהגברת היעילות הדינמית, יובא בחשבון במאזן השיקולים.

בה בעת, התנאים שבהם מתנה הממונה את הגנת היעילות מצמצמים במידה רבה את משקלה. לפי גישת הממונה, יעילות רלוונטית היא רק זו המביאה לידי גידול בתפוקה של המוצר או השירות הנדון בשוק הישראלי. משמעות הגבלה זו היא כי למעשה יעילות דינמית לא תיחשב במכלול השיקולים אלא אם כן היא תקטין את עלויות החברה הממוזגת במידה כזו שהמחיר שימקסם את רווחיה יהיה נמוך יותר מהמחיר טרום המיזוג או שהמוצר או השירות החדש שהיא תיצור יהיה כה משובח עד כי הביקוש לו יהיה גדול מהביקוש למוצרים הקיימים של החברות המתמזגות. מבחן הגדלת התפוקה עדיף ממבחן השינוי במחיר הצרכני, שבו נעשה שימוש במדינות שונות ברחבי העולם, כיוון שהוא מאפשר להכניס לגדרו גם יעילות דינמית משמעותית שתביא לידי גידול בביקוש הצרכני גם בלא הורדת המחיר, אולם הוא עשוי לעצור מיוזגים אשר מגדילים את הרווחה החברתית. מבחן התפוקה, מדגיש את הכמות שתימכר בשוק הישראלי לאחר המיזוג, איננו מאפשר אישור מיוזגים המגדילים באופן ניכר את הייצוא של חברות ישראליות, גם אם השוק המקומי הוא מצומצם ביותר. לפי סטנדרט זה מיוזג אשר יקנה יתרון תחרותי לחברות ישראליות בתו"ל, אבל בה בעת יאפשר להן להגדיל את כוח השוק שלהן בארץ – ולו במעט – לא יאושר. לפי מבחן התפוקה, מיוזג חברות הדשנים לא היה מאושר על ידי הממונה, אם עקב עליית המחיר, הכמות הנמכרת בישראל הייתה קטנה.

142. נימוקי התנגדות למיזוג: בורגר ראנץ' (1983) בע"מ, רייקמור בע"מ (בהקפאת הליכים), זכיינית ברגר קינג (טרם פורסם). (להלן: נימוקי התנגדות למיזוג: בורגר ראנץ' בעמ' 24.

נגישה משמעותית במשקל היעילות נעשתה בהחלטת הממונה בעניין עמינה, שבו החיל הממונה מבחן שונה לחלוטין לבחינת חוקיותו של מיזוג.¹⁴³ שם ביקשו שתי חברות העוסקות, בין היתר, בשיווק מזרנים ומיטות לשלב את פעילויותיהן השיווקיות לצורך הקמת חברה חדשה. הממונה עמד על כך, שלצד הפגיעה בתחרות ייתכנו יתרונות לצדדים מהמיזוג, כגון יתרונות לגודל בפרסום והבטחת הספקה סדירה של מוצרים. הוא קבע כי "בהשגת היתרונות האמורים באמצעות מיזוג, כשלעצמה ובפני עצמה, אין פסול חוקי, ובלבד שהמיזוג אינו נותן כוח שוק או מחזק כוח שוק קיים בידי הגוף הממוזג או בעליו".¹⁴⁴ מכאן עולה, כי יעילות לא "תציל" מיזוג אם היא תחזק את כוח השוק של החברות המתמוזגות. לפי קביעה זו, אין לאשר מיזוג גם אם הוא מגדיל באופן ניכר את היעילות היצרנית והדינמית, אם הוא יחזק את כוח השוק של החברה הממוזגת, וזאת גם אם המיזוג לא היה מעלה את המחיר לצרכן ואף היה מורידו עקב עלייה ביעילות הדינמית.¹⁴⁵ תוצאה זו היא בעייתית ביותר, כיוון שהיא סותרת את הגולל על שיקולי יעילות רבים, גם כאשר הם אינם פוגעים ברווחת הצרכן.

בהחלטה מאוחרת יותר ניתן, אולי, לראות נסיגה מעמדה זו ואימוץ גישה מאוזנת יותר. בעניין יהודה פלדות קבע הממונה כי "שיקולי יעילות פרו-תחרותיים יכולים לשמש משקל נגד לפגיעה התחרותית. ברם, על מנת להכיר בשיקול התייעלות נדרש[ת]... הוכחה כי היעילות שתושג צפויה לעבור לצרכן בדמות של מוצר איכותי יותר או במחיר נמוך יותר".¹⁴⁶ המבחן המוצע בהחלטה זו נותן משקל רב יותר לשיקולי יעילות, משום שאיננו מחייב כי היעילות תתבטא בגידול בכמות הנמכרת, ודי כי הצרכן ייהנה ממוצר איכותי יותר.¹⁴⁷ מבחן זה עדיף, לדעתי, בצורה משמעותית, מן הקודמים לו, בהעניקו לשיקולי יעילות בייצור ויעילות דינמית משקל גדול יותר. לפי מבחן זה, המונח "יעילויות פרו-תחרותיות" כולל בגדרו לא רק יעילות אשר מגבירה את התחרות בשוק, אלא גם את זו

143. נימוקי התנגדות הממונה למיזוג בין עמינה רשתות שיווק בע"מ – ניט סליפ סנטר (200) פלוס בע"מ (טרם פורסם). ערר על החלטה זו תלוי ועומד לפני בית הדין.

144. שם, בעמ' 8.

145. כוח שוק מוגדר כיכולתה של חברה להעלות את מחירה מעל מחיר הייצור של המוצר, לאורך זמן, בלא לאבד כל כך הרבה לקוחות עד שהדבר יהיה בלתי כדאי. ככל שההפרש שבין מחיר ובין עלות הייצור עולה, כך גדל כוח השוק של החברה. ייתכן מצב שבו יעילות דינמית ויצרנית הורידו את עלות הייצור באופן ניכר ביותר. בעקבות זאת, המחיר אשר ממקסם את רווחיה של החברה הממוזגת ירד מתחת למחיר שנגבה עבור מוצרים דומים טרם המיזוג (המחיר הוא פונקציה של עלויות הייצור ושל הביקוש הצרכני), אולם כיוון שלחברה הממוזגת יש עתה כוח שוק גדול יותר משהיה לחברות טרם המיזוג (ההפרש עלות-מחיר גבוה יותר), הרי לפי מבחן עמינה, המיזוג ייאסר.

146. נימוקים להתנגדות למיזוג בין יהודה פלדות בע"מ, מפעלי פלדה מאוחדים בע"מ (בפירוק) (טרם פורסם).

147. ההחלטה אמנם מפנה להחלטת הריבוע הבחול, אולם ההפניה היא, ככל הנראה, כאל מקור נוסף המכיר בהגנת היעילות. שם, בהערה 15.

אשר היא תוצאתה המובהקת של התחרות. בסופו של דבר גם בעניין יהודה פלדות לא שוכנע הממונה בקיום יעילויות פרו־תחרותיות ולא אישר את המיזוג. בהחלטה מאוחרת יותר שוב חזר הממונה, ככל הנראה, למבחן הגדלת התפוקה שנקבע בהחלטה בעניין הריבוע הכחול. בהתנגדות למיזוג בין בורגר ראנץ לבורגר קינג קבע הממונה כי יעילות מובהקת שאין להשיגה בדרכים של תחרות, יכול שתהווה נימוק חריג ויוצא דופן שיכול למלט מיזוג הפוגע בתחרות מהתנגדות הממונה,¹⁴⁸ אך כדי שיעילות זו תיחשב לפרו־תחרותית, עליה להביא לידי עלייה בתפוקת המוצר או השירות. על בעייתיותו של מבחן זה כבר עמדתי לעיל. כן הודגש בהחלטתו כי נטל ההוכחה נהפך כבד יותר ככל שהפגיעה התחרותית הצפויה מהמיזוג גדלה וכי בשוקים בעלי ריכוזיות גבוהה מוטלת על רשויות הפיקוח חובת זהירות לוודא כי יעילות זו אינה בגדר יעילות ספקולטיבית בלבד.¹⁴⁹ בעוד קביעה אחרונה זו היא נכונה, יש להיזהר שלא להחילה באופן דווקני על מיזוגים שעניינם מחקר ופיתוח. פעולות מחקר ופיתוח מערבות, מטבען, רמת אי־ודאות גבוהה. אם נדרוש הוכחה חד־משמעית ליעילות דינמית – ולא נסתפק בהוכחה כי קיימת סבירות גבוהה שיעילות דינמית כאמור תושג – הרי נעצור את כל המיזוגים שעניינם מחקר ופיתוח.

אסכם ואומר כי אף שהפסיקה שזורה באמירות לפיהן יש לראות במיזוגים תופעה בריאה ומועילה למיזוי יתרונות הגודל ולהתייעלות, ניתן כיום משקל מועט מדי לשיקולי יעילות, לרבות יעילות דינמית, באישור מיזוגים.¹⁵⁰ אמנם בית הדין פתח לממונה פתח לשקול שיקולים אחרים מלבד שיקולי פגיעה בתחרות או בציבור באמצעות עליית מחיר או הורדת כמות ואיכות בבואו לאשר מיזוג. מאז שנת 2001 מכיר הממונה ביעילות פרו־תחרותית כשיקול נגד לפגיעה בתחרות, אולם כמפורט לעיל, עדיין שוררת אי־בהירות רבה בשאלת המבחן המוחלט לבחינת יעילות זו והמטוטלת טרם התייצבה על מבחן אחד לבחינתה. מבחן התפוקה, שאומץ בעניין הריבוע הכחול ואליו חזר הממונה בהחלטתו המאוחרת בעניין בורגר ראנץ, איננו נותן משקל מספיק לשיקולי יעילות דינמית, אך הוא עדיף ממבחן העלייה בכוח השוק שאותו אימץ הממונה בהחלטתו בעניין עמינה. מבחן הגידול בתפוקה או באיכות המוצר אשר נרמז בעניין יהודה פלדות עדיף ממבחן התפוקה. כך או כך, עד היום לא אושר שום מיזוג במדינת ישראל משיקולי יעילות מאזונים, למעט אולי מיזוג הכבלים, כמפורט להלן.

המקרה היחיד שבו שיקולי יעילות היוו, ככל הנראה, שיקול של ממש לאישור מיזוג היה מיזוג חברות הכבלים.¹⁵¹ הממונה לא נימק את החלטתו לאשר את המיזוג, אולם ניתן ללמוד מעט על שיקוליו מהדו"ח שהגישה רשות ההגבלים העסקיים לארגון המדינות

148. נימוקי התנגדות למיזוג: בורגר ראנץ' (לעיל, הערה 142), בהערת שוליים 5.

149. שם, בפסקה 6.8.

150. ראו, עניין תנובה (לעיל, הערה 126), בעמ' 167.

151. הודעה על הסכמה בתנאים של מיזוג 4474, גוונים טלוויזיה בכבלים בע"מ (22.4.2002).

המתועשות.¹⁵² שלוש חברות הכבלים, אשר היוו, כל אחת מהן, מונופול אזורי בתחומה, ביקשו להתמזג כדי להגביר את יכולתן להתחרות בחברת הלווין אשר בשליטת חברת בזק, מונופול מוכרז בתחום שירותי הטלפוניה הבסיסיים. הממונה אישר את המיזוג, בתנאי שחברות הכבלים ייכנסו בתוך פרק זמן מוגדר מראש לתחרות בתחום הטלפוניה. מיזוג חברות הכבלים אפשר לחברה הממוזגת ליצור מוצר חדש – שירותי טלפוניה ואינטרנט ניידים כלל ארציים על גבי תשתית הכבלים הקיימת. יעילות דינמית זו מאפשרת לחברה הממוזגת להתחרות בחברת בזק במהירות יחסית ובתפוצה כלל ארצית. מקרה זה מעניין במיוחד שכן נראה שהשיקול העיקרי שהדריך את הממונה בהחלטתו היה הגברת התחרות בשוק אחד (הטלפוניה) בעוד החששות התחרותיים היו בשוק אחר (טלוויזיה רב ערוצית למנויים), אולם משום שהממונה לא נימק את החלטתו, לא ניתן לדעת איזה משקל ניתן לשיקולי היעילות הדינמית בהחלטה לאשר את המיזוג ואיזה מבחן הדריכו בהחלטתו. יתרה מזו, בדחותו ערר שהוגש על ידי חברת הלווין על החלטת הממונה, קבע בית הדין כי לא הוכח כי היתרונות לגודל שנוצרו עקב המיזוג הגבירו את כוח השוק של החברה הממוזגת עד כדי פגיעה של ממש בתחרות. על כן גם לא יצר המיזוג חששות תחרותיים אשר היה צורך לאזנם לעומת שיקולי יעילות דינמית.¹⁵³

אם יוחלט כי מבחן רווחת הצרכן הוא הסטנדרט העדיף בדיני המיזוגים, הרי יש לאמץ את מבחן הגידול בתפוקה או באיכות המוצר. מבחן זה הוא היחיד אשר היה מכשיר את מיזוג חברות הדשן האורגני. אולם, כפי שפורט לעיל, בכלכלה קטנה כגון כלכלת ישראל יש בהחלט מקום לשיקול אימוץ מבחן הנותן גם משקל לשיקולי רווחה מצרפית, בייחוד אם המיזוג יאפשר לחברות ישראליות להתחרות ביתר יעילות בשוקי חוץ ולשפר את מאזן התשלומים במדינה, ובייחוד כאשר השוק המקומי למוצר הנדון הנו מצומצם ביותר.¹⁵⁴ דרך המלך צריכה להיות תיקון החוק, כדי להבהיר באופן ברור וחד-משמעי כי הממונה ובית הדין רשאים לאזן בין שיקולי פגיעה בתחרות, מחד גיסא ובין שיקולים אחרים של טובת הציבור, לרבות שיקולי יעילות בייצור ויעילות דינמית מאידך גיסא. אולם גם עד שיתוקן החוק ניתן להחיל מבחן מאזן אשר ייתן יתר משקל לשיקולים אלה. כפי שפורט לעיל, החלתו של מבחן זה בכלכלה קטנה כמו זו של ישראל הנה חיונית כדי לאפשר לחברות ישראליות להתפתח ולהתחרות ביעילות בשווקים עולמיים, כמו גם לשרת ביתר יעילות את השוק המקומי.

152. Annual Report on Competition Policy Developments in Israel (2002) [URL: <http://www.oecd.org/dataoecd/22/8/2509472.pdf>]

153. עניין די.בי.אם (לעיל, הערה 129), בסעיף 36.

154. באחרונה הוגשה לממונה בקשה למיזוג שתי חברות העוסקות בייצור קופסאות אחסון מפלסטיק. עיקר תוצרתה של אחת מהן מכוון לשוק האירופי כך שלמיזוג לא הייתה צפויה להיות השפעה של ממש על המחיר בשוק הישראלי. בה בעת, המיזוג היה מאפשר לחברות להתחרות ביתר יעילות בשווקים זרים. בדיונים אצל הממונה הובהר כי אישור המיזוג ייתקל בקשיים משמעותיים בשל הפגיעה – ולו הקטנה – בשוק הישראלי ולכן הצדדים החליטו לזנוח את יזמת המיזוג.

לא למותר לציין כי כיום יוצר החוק עדיפות מובהקת למיזוג של חברה ישראלית עם חברה זרה לעומת מיזוג של שתי חברות ישראליות. מיזוג מהסוג האחרון נכנס לגדר החוק וייבחן לפי המבחנים שצוינו לעיל, אשר עלולים למנוע ממנו להשיג יעילות דינמית, ואילו מיזוג עם חברה זרה לא נכנס לגדרו.¹⁵⁵ מצב דברים זה, הגם שהוא פותח פתח כלשהו לחברות ישראליות להגביר את יעילותן, איננו אופטימלי הן מבחינת החברות הישראליות והן מבחינת הרווחה החברתית, אולם הוא מהווה, ככל הנראה, פתח שבו משתמשות חברות ישראליות לא מעטות כדי לעקוף את הוראות החוק ולהכשיר את מיזוגיהן.

עוד אציין כי הפרשנות המוצעת בפרק זה עולה בקנה אחד גם עם התפיסה שבבסיס ארבעת עקרונות האיזון שהצעתי לעיל. אמנם עקרונות אלו אינם חלים במישרין, כיוון שהם נועדו לחול לאחר שנוצר הקניין הרוחני והם מתבססים על ההנחה כי הקניין הרוחני שנוצר אכן ראוי להגנת החוק, בעוד המקרים שבהם דן פרק זה עניינם בשינויים במבנה השוק שנועדו לאפשר לחברות ליצור קניין רוחני, אולם חשיבותה של היעילות הדינמית לקידום הרווחה החברתית, במיוחד בכלכלה קטנה ככלכלת ישראל, וההכרה כי תחרות מוגברת איננה חזות הכול גם בדיני ההגבלים העסקיים עצמם, עומדים בבסיס כללי האיזון המוצעים בשני חלקי המאמר גם יחד. עקרונות יסוד אלו מהווים בסיס גם לפרק הבא, העוסק בכללים המסדירים מיזמים משותפים שאחת ממטרותיהם היא הגברת היעילות הדינמית.

2. מיזם משותף ליצירת קניין רוחני

בדומה למיזוג, מיזמים משותפים הם אחת הדרכים העיקריות לעידוד מחקר ופיתוח. ההבדל העיקרי בין מיזוג ובין מיזם משותף גלום בהיקף שיקול הדעת העסקי הנותר בידי הצדדים להסכם. המיזוג מקיים קשר אורגני-מבני בין הצדדים והופך אותם לחלק מיחידה עסקית אחת. המיזם המשותף, לעומתו, הנו שיתוף פעולה חוזי במהותו אשר הצדדים לו נושאים יחדיו בסיכונים הנובעים מהפעילות המשותפת במסגרת המיזם וחולקים את הרווחים הנובעים ממנה אך שיקול דעתם בנוגע לכל שאר הפעילויות, שאינן נוגעות למיזם, נותר עצמאי.¹⁵⁶ מיזם משותף יכול, גם הוא, לאפשר חברה משותפת של בעלי מומחיות או ידע שונים (לרבות בעלי זכויות קניין רוחני משלים) כדי ליעל הליכי ייצור קיימים או כדי לפתח מוצרים חדשים. חברה במיזם משותף גם עשויה לקדם מחקר ופיתוח הכרוכים ברמת סיכון גבוהה באמצעות חלוקת הסיכון הכרוך בו בין משתתפיו. מטרתו של תת-פרק זה היא לבחון אם הכללים המשפטיים המסדירים את הקמתם ופעולתם של מיזמים משותפים ליצירת קניין רוחני מאזנים נכונה בין האינטרסים השונים המתחרים על הבכורה.

155. "חברה" מוגדרת בסעיף 1 לחוק כ"חברה שנוסדה ונרשמה לפי פקודת החברות... לרבות חברה חוץ". חברה חוץ מחייבת קיום מרכז עסקים בישראל. לצורך הגדרת חברה כחברה חוץ אין הכרח במשרד בישראל, אלא די בנציגות בישראל, אולם במכר בישראל בלבד, דרך מפיץ עצמאי, לא די לצורך הגדרת "חברה" בחוק ההגבלים העסקיים.

156. ראו, הסדר כובל בין חברות הסעה ביעדים תיור בע"מ – קביעה על פי סעיף 43(א)(1) (טרם פורסם).

מיוזמים משותפים מוסדרים באמצעות הוראות פרק ההסדרים הכובלים. לרוב לא יחולו על מיום איסורי החוק אלא אם כן הוא פוגע פגיעה של ממש בתחרות, אולם החוק קובע רשימה של כבילות אשר בהתקיימן קמה חזקה, בלתי ניתנת לסתירה, כי המיום פוגע בתחרות. לפיכך מיום שאחת מכבילותיו נוגעת למחר, לרווח, לכמות המיוצרת או לסוג המוצרים ואיכותם אשר המיום או חבריו ייצרו, יקים חזקה של פגיעה בתחרות אשר תחייב פנייה לממונה או לבית הדין לקבלת פטור או אישור לקיום המיום.

כדי לצמצם את הצורך לפנות לממונה בבקשת פטור במקרים אשר לכאורה נופלים לגדר החוק אך הלכה למעשה אינם פוגעים פגיעה של ממש בתחרות, נקבעו כללי פטור להסכמים לביצוע מחקר ופיתוח, המכשירים מאליהם הסכמים הנכנסים לגדרם.¹⁵⁷ כללי הפטור חלים על הסכמים שמטרתם לבצע מחקר ופיתוח משותפים. הם כוללים שיתוף פעולה בין הצדדים לצורך יצירת ידע או לצורך העברתו ביניהם, לצורך רכישת זכויות הקניין הרוחני הנחוצות להם לביצוע המחקר והפיתוח, וכן שיתוף פעולה לשם העברת הידע לצד שלישי שיבצע עבורם מחקר ופיתוח. הכללים מכשירים כבילות מסוימות, לרבות הגבלת תחרות בין הצדדים להסכם בתחום הסכם המחקר והפיתוח או בתחום קרוב אליו, התחייבות של הצדדים לחלוק מידע שנצבר במהלך המחקר והפיתוח, וכן התחייבות של צד להסכם להימנע מלהשתמש בידע שהתקבל במסגרתו ואשר נחוץ לביצועו, זולת לשם ביצוע ההסכם. אולם מוטת כנפיו של הפטור הנה מצומצמת. הפטור חל על הסכם בין מתחרים, שלא בתחום התחרות ביניהם, רק אם חלקם המצרפי של הצדדים להסכם אינו עולה על 30% משוק המוצר שבו הם מתחרים ובשוק שבו חל ההסכם יש עוד לפחות שני מתחרים שנתח השוק שלהם עולה על 10%. הפטור חל על הסכם בין מתחרים הנוגע לתחום שבו הם מתחרים רק אם חלקם המצרפי של הצדדים להסכם בשוק שבו הם מתחרים אינו עולה על 20% וקיימים עוד לפחות שלושה מתחרים שאינם צד להסכם שנתח השוק של כל אחד מהם עולה על 10%. על כן כדי שהפטור יחול השוק שבו פועלות החברות במיזם צריך להיות ביוזרי במידה רבה וממילא הסתברות הפגיעה בתחרות בו תהיה נמוכה ביותר. בנוסף, הפטור מותנה בכך שההסכם איננו נוגע כלל לשימוש בתוצאות המחקר והפיתוח או לשיווקן וכל צד רשאי להשתמש באופן עצמאי בתוצאות המחקר. הממונה רשאי לפטור הסדר, גם אם הוא אינו נופל לגדר הפטור, אם פגיעתו בתחרות אינה משמעותית.¹⁵⁸ כאשר קיימת פגיעה של ממש בתחרות נדרשים הצדדים לפנות לבית הדין כדי לקבל את אישורו לחבירה במיזם. בית הדין מוסמך לאשר הסדר כובל אם שוכנע כי הוא ל"טובת הציבור". החוק מונה מקרים מספר הנופלים לגדר טובת הציבור, לרבות שיפור מאון

157. כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים לביצוע מחקר ופיתוח), תשס"א-2001, ק"ת 665.

158. סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים. לפטור של מיום משותף המקדם את היעילות הדינמית מטעמי פגיעה שאיננה ממשית בתחרות ראו, החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 בדבר מתן פטור חלקי בתנאים מאישור הסדר כובל, הסכם בין ראדא בע"מ ובין התעשייה האווירית לישראל בע"מ (טרם פורסם).

התשלומים של המדינה וייעול הייצור או השיווק.¹⁵⁹ במסגרת זו, מוסמך בית הדין לשקול גם שיקולי יעילות דינמית.¹⁶⁰

השאלה העיקרית היא, כמובן, אילו שיקולים מנחים את הממונה ובית הדין בבוחנם את תוקפו החוקי של המיזם. בעיקר רלוונטית השאלה מהו המשקל אשר ניתן לשיקולי יעילות דינמית וכיצד שיקול זה מאוזן עם שיקולים של פגיעה בצרכן או פגיעה בתחרות. נדגיש כי שיקולי היעילות היצרנית והדינמית, אשר פורטו לעיל, רלוונטיים גם להסדרת המיזמים המשותפים. גם כאן יש ליתן משקל לשיקולים אלו, אשר יאפשרו לחברות ישראליות לפעול ביתר יעילות בשוק הישראלי וכן להתחרות בשוקי חוץ, גם במחיר פגיעה קטנה בצרכן המקומי או בתחרות בשוק הישראלי, כאשר הרווחה החברתית עולה. הטעם לכך הוא שתחרות איננה מטרה כשלעצמה, אלא היא כלי לשם השאת הרווחה החברתית בישראל. כאשר הרווחה החברתית נפגעת מאוד עקב הגבלתו של המיזם המשותף, אין מקום ליתן משקל מכריע ומוחלט לשיקולי רווחת הצרכן. מבחני האיזון הראויים זהים לאלו אשר הוצעו לעיל בנוגע למיזוגים.

הממונה אינו מעניק פטור למיזמים אשר מאפשרים ניצול יתרונות לגודל גרידא כאשר השוק המקומי נפגע, ולו במעט,¹⁶¹ אולם גישתו שונה במקצת כאשר המיזם כרוך במחקר ופיתוח. מגמה זו בולטת בשתי החלטות אשר ינותחו להלן: מיזם האצות ומיזם מערכות הלוחמה המוטסות. בעניין המיזם לגידול אצות התבקש פטור להסכם מחקר ופיתוח בין חמש חברות ביוטכנולוגיה אשר ביקשו להקים מיזם משותף לגידול ולהפקה של חומרים מאצות שבעזרתם ניתן יהיה לפתח ולייצר מוצרים מסחריים חדשים.¹⁶² הממונה קבע כי ההסדר מגביל אך מעט את התחרות בענף גידול האצות ועל כן העניק לו פטור. בהחלטתו ציין הממונה כי במקרה הנדון אין משום פגיעה בצרכן הישראלי, כיוון שלא קיים שוק מקומי למוצר שבמיזם והשוק שבו התחרו החברות במיזם היה שוק זר.¹⁶³ גישה זו איננה נותנת משקל מוחלט לתחרות גרידא, אלא בוחנת את השפעת החבירה במיזם על כלל הרווחה החברתית בישראל. זוהי תוצאה רצויה, היורדת לשורש מטרות דיני ההגבלים העסקיים. לדעתי, יש להרחיב את הכלל כך שגם כאשר הפגיעה בצרכן הישראלי היא קטנה

159. סעיף 10 לחוק ההגבלים העסקיים.

160. ראו, ה"ע (י"ם) 465/96 דטה-קאר בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, **הגבלים עסקיים** ג (ועד מחוז תל-אביב-יפו, לשכת עורכי הדין בישראל, תשנ"ז) 192. שם נשקלו על ידי בית הדין שיקולי יעילות, הבטחת איכות והורדת מחיר.

161. המיזם נהנה מפטור רק אם הצרכן נהנה גם הוא מיתרונות הגודל, בין באמצעות הגברת התחרות בשוק ובין באמצעות הורדת המחיר לצרכן. ראו, גם החלטת הממונה בעניין עין לבוד (לעיל, הערה 125).

162. מתן פטור מאישור הסדר כובל – קונסורציום ביוטכנולוגיות לגידול אצות ופיתוח מוצריהן (טרם פורסם).

163. עדיין המיזם עלול לפגוע בספקיות חומרי הגלם למיזם הפועלות בישראל. בהחלטתו של הממונה אין אזכור של השפעת המיזם על שוק חומרי הגלם. זהו שיקול רלוונטי אשר יש להתחשב בו.

ביותר, אולם המיזם מאפשר לחברות הישראליות להשיג יתרון יחסי משמעותי בשוקי חוץ באמצעות הגברת יעילותן הדינמית או היצרנית או ליהנות מחיסכון עלויות ניכר, יש לאשרו. כלל שונה עלול לפגוע ברווחה החברתית הכוללת בישראל, במנעו פעולות ייצוא רחבות היקף.

ההחלטה השנייה עסקה בהסכם שיתוף בתחום מערכות לוחמה אלקטרוניות אקטיביות מוטסות בין אלישרא לאלתא.¹⁶⁴ המבקשות היו החברות הישראליות היחידות הפועלות בשוק האמור. הן ביקשו לערוך הסכם לשיתוף פעולה הנדסי, ייצורי ושיוקי מלא. הלקוח היחיד בישראל למוצריהן, משרד הביטחון, תמך בבקשה. הממונה העניק פטור למיזם בקבעו כי התחרות בין החברות הישראליות בשוקי חוץ גרמה להורדת המחיר בשוקים אלו במידה ניכרת ולהפחתת כדאיות ביצוע הפרויקט מבחינה כלכלית, בלי שיהא לכך יתרון מוויית הראייה של המשק הישראלי. בנוסף, התחרות בין החברות גרמה לכך שמשרד הביטחון נמנע עד עתה מלהמליץ על אחת מהן כאשר הן התמודדו על אותו מכרז בחו"ל, דבר אשר סיכל לא פעם אחת את זכייתה של אחת החברות במכרז. שיתוף הפעולה המוצע צפוי אפוא להקל עליהן להתחרות בתאגידים הבינלאומיים. יתר על כן, התחרות בין החברות גורמת למחסור בתקציבי מחקר ופיתוח מפעליים ולפיצול תקציבי המחקר והפיתוח של משרד הביטחון, הניתנים כתמיכה בחברות. מציאות זו מביאה אותן להחיל במערכותיהן פתרונות מאולתרים, תוך הסתכלות לטווח הקצר, במקום להשקיע בצורה מסודרת ועקיבה בפתרונות יסודיים לטווח ארוך אשר יקדמו את יעילותן הדינמית. באמצעות שיתוף הפעולה, קבע הממונה, יוכלו השתיים להפנות משאבים רבים יותר למחקר ופיתוח, ומשרד הביטחון יוכל לרכוש בעתיד מוצר המשלב את המשאבים הטכנולוגיים של שתיהן.

בהחלטתו ליתן את הפטור למיזם האמור שקל הממונה שיקולי יעילות מובהקים. כמו בהחלטה בעניין מיזם האצות, לא ניתן כל משקל לעליית המחיר בשוקי חוץ עקב המיזם. להפך, הגברת היתרון התחרותי של החברות הישראליות בשוקי חוץ נשקלה לחיוב. ניתוח זה הוא ניתוח ראוי, כיוון שמטרתו של חוק ההגבלים העסקיים היא להשיא את הרווחה במשק הישראלי, ועל כן זוויית הבחינה הרלוונטית היא זו של השוק המקומי. אולם מעניין יותר הוא שיקול היעילות הדינמית, אשר גבר במקרה דנן על שיקול התחרות.¹⁶⁵ הגברת

164. מתן פטור מאישור הסדר כובל - אלישרא מערכות אלקטרוניות בע"מ, אלתא תעשיות אלקטרוניות בע"מ (טרם פורסם); ראו, גם מתן פטור מאישור הסדר כובל - אלישרא מערכות ביטחון בע"מ, רפא"ל (טרם פורסם).

165. אף שההחלטה מהווה דין רצוי בהעניקה משקל לשיקולי יעילות דינמית, הממונה חרג מסמכותו בשקלו שיקולי יעילות מובהקים, המצויים כיום בסמכותו הבלעדית של בית הדין, ערר (י"ם) 1/97 איסכור שרותי פלדות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, הגבלים עסקיים ד (ועד מחוז תל-אביב-יפו, לשכת עורכי הדין בישראל, תשס"ב) 256. ראוי כי החוק יתוקן באופן ששיקולים אלו, אשר הנם שיקולים כלכליים מובהקים ואינם מערבים שיקולי מדיניות ציבורית רחבים (כגון מניעת הפליה ושיפור מאזן התשלומים של המדינה) יוכלו להישקל על ידי הממונה, כדי לקצר ולייעל את ההליכים לאישור מיזמים משותפים. כלל דומה כבר מוחל בדיני המיזוגים.

האיכות גברה על שיקול הקטנת התחרות בשוק הישראלי, תחרות שהייתה עזה וגרמה לפגיעה חדה ברווחיות החברות. למעשה, הממונה אינו נותן כאן משקל לשיקולי תחרות כלל. להפך, התחרות נחזית כמכשול למחקר ולפיתוח, ואילו שילוב היכולות הטכנולוגיות של החברות ועצם העובדה שרווחיותן תגדל והן תוכלנה להשתמש בכספים רבים יותר לצורכי מחקר ופיתוח נראות כמעודדות מחקר ופיתוח כאמור. המקרה דנן הוא מקרה קל, כיוון שאף הלקוח של שתי החברות העדיף את הגברת היעילות הדינמית על פני שיקולי תחרות גרידא, ועל כן הממונה לא נדרש לביתוח מעמיק ולאיוון בין שני שיקולים אלו. עדיין לא ברור איזה משקל ייתן הממונה לשיקולי יעילות דינמית במקרים שבהם ידרש איוון בין שיקולים אלו לשיקולי צמצום התחרות במקרים שבהם הלקוח הישראלי היחיד לא יתמוך בבקשה.¹⁶⁶

התמריצים להקמת מיוזמים משותפים למחקר ולפיתוח מושפעים לא רק מתוכן התנאים להקמתם, אלא גם מהנכונות לאשר את התנאים הנלווים להם אשר עלולים לפגוע בתחרות. כאשר הכללים המשפטיים החלים על מיוזמים משותפים אינם מאפשרים לשמור על זכויות הקניין הרוחני אשר הכניסו הצדדים למיזם או על אלה שנוצרו על ידיהם במסגרת המיזם, או מתנים את האישור בתנאים נוקשים, ייפגעו התמריצים להיכנס למיזם מלכתחילה. פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **טבעול** מדגים את הבעייתיות האמורה.¹⁶⁷ פסק הדין עוסק בחוזה שנחתם בין שתי חברות העוסקות בייצור ובשיווק של מוצרי מזון, **טבעול** וקיבוץ אילון, אשר הקימו מיזם משותף בשם "שף הים". המיזם נועד לייצר מוצר חדש המבוסס על הידע הייחודי של כל אחת משתי החברות. **טבעול** הביאה אל תוך המיזם את הידע הייחודי שלה בעניין הכנת מוצרי בשר מסויה, וקיבוץ אילון הביא עמו את הידע בהכנת מוצרי סורימי. מטרת המיזם הייתה ליצור שרימפס מסויה, היינו לשלב את הידע הייחודי של כל אחד מהצדדים כדי ליצור מוצר חדש. הביקוש לשרימפס מסויה לא היה רב, ועל כן החליטו הצדדים לפרק את המיזם. הסכם הפרידה כלל תניית אי-תחרות לפיה הסכימו שתי החברות שלא לעסוק כל אחת בתחום העיסוק של רעותה, למשך חמש שנים, אולם עוד בטרם חלפה התקופה האמורה ניגשה שף הים, שנותרה בבעלות קיבוץ אילון, למכרו של משרד הביטחון להספקת שניצל צמחי. ייצור המוצר התבסס על הידע והטכנולוגיה ש**טבעול** הביאה למיזם, ונגד את תניית אי-תחרות האמורה. שף הים זכתה במכרו ו**טבעול**, אשר הצעתה במכרו דורגה שלישית, פנתה לבית המשפט בבקשה למנוע את מימוש הזכייה בעילה של הפרת חוזה.

שף הים טענה שההסכם הוא הסדר כובל, ומשלא קיבל אישור מראש של בית הדין או פטור מהממונה, הוא בלתי חוקי ועל כן בטל מעיקרו. בית המשפט המחוזי ובית המשפט

166. הממונה ציין כי שיקולי הלקוח היחיד אינם היחידים שהדריכו אותו. ראו, החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל, הסכם בין התעשייה האווירית לישראל בע"מ ובין סימיגון בע"מ (טרם פורסם).

167. ע"א 6222/97 **טבעול** (1993) בע"מ נ' משרד הביטחון, **מינהל ההרכשה והייצור**, פ"ד נב(3) 145; דנ"א 4465/98 **טבעול** (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56. אייל (לעיל, הערה 53), בעמ' 46-56.

העליון (ברוב דעות), הן בשבתו בהרכב רגיל והן בדיון נוסף, קיבלו טענה זו. השאלות המשפטיות אשר עמדו לדיון היו שתיים: האם מדובר בהסדר כובל, ואם כן – האם די בכך להצדיק בטלות ההסכם, גם כאשר בטלותו תאפשר לאחד הצדדים להשתחרר מהתחייבויותיו החוזיות. התשובה על השאלה האחרונה חייבה איוון בין שני אינטרסים עיקריים. מחד גיסא, האינטרס הציבורי בדבר בטלותם של הסדרים כובלים בשל הצורך להגן על התחרות ולהרתיע צדדים עתידיים מלהתקשר בהסכמים מסוג זה. מאידך גיסא, חשיבות הוודאות החוזית והרצון שלא לאפשר למי שהתקשר בהסדר כובל להשתחרר מחובותיו החוזיות בחוסר תום לב. שבעת השופטים אשר ישבו בדיון הנוסף נחלקו בדעותיהם. דעת הרוב העניקה עדיפות לאינטרס הציבורי בדבר בטלותם של הסדרים כובלים, כיוון שהוא מגן על הציבור הרחב. במקרה דנן, תניית אי־התחרות הגבילה את התחרות בהספקת מוצרי בשר מחלבון צמחי ופגעה באפשרות של משרד הביטחון לקבל את ההצעה הזולה ביותר.

חשיבותו של פסק הדין טמונה בעיקר בעובדה שבית המשפט לא התייחס להשפעת הכלל המשפטי על תמריציהם של צדדים עתידיים להיכנס למיזם משותף שבו ייחשף קניינם הרוחני לפני הצד האחר למיזם. בית המשפט התעלם מן העובדה שקודם להקמת המיזם לא התקיימה כל תחרות בין הצדדים לו ולצדדים לא היו הידע והטכנולוגיה הדרושים כדי להתחרות זה בשוקו של זה. מטרת תניית אי־התחרות הייתה להחזיר את הצדדים למצבם הקודם, טרם המיזם, בנוגע לקניינם הרוחני. היא הוגבלה רק לידע שאותו הכניס כל שותף למיזם ואותו לא יכול היה הצד האחר להשיג בקלות בלא המיזם. ייתכן שלו היו הצדדים (לרבות קיבוץ אילון) יודעים מראש כי בית המשפט עשוי לבטל את תניית אי־התחרות ביניהם, היו נוהרים שבעתיים בטרם כניסה אליו ואולי אף לא היו מתקשרים בו, אם הסיכון שבהגברת התחרות כתוצאה ממסירת מידע ייחודי למתחרים היה עולה על הסיכוי שבהצלחת המיזם.

הימנעותו של בית המשפט מניתוח דינמי של השפעתם של מיזמים משותפים על חדשנות ופיתוח בשוק והתמקדותו באינטרס הציבורי למנוע קיומם של הסדרים כובלים, גם אם היא מתחייבת מהוראות הדין הקיימות, הנה בעייתית. הכלל המשפטי העולה מפסיקתו של בית המשפט העליון עלול להקטין את תמריציהם של מתקשרים עתידיים לשתף מתחרים פוטנציאליים בידע ובטכנולוגיה במסגרת מיזמים משותפים, גם אם הרווח התברתי מהקמת המיזם עשוי להיות גדול. אמנם נכון, הצדדים יכלו להגיש את הסכם הפרידה לאישורו של בית הדין, בטענה שיתרונותיו של המיזם המשותף עולים על חסרונותיו ושתניית אי־התחרות הנה חיונית כדי להבטיח את התקשרות הצדדים במיזם מלכתחילה.¹⁶⁸ משלא הגישו הצדדים את ההסכם לאישור כאמור הם נשאו בסיכון כי ההסדר, או לפחות אותם חלקים ממנו הפוגעים בתחרות, יוכרזו כבטלים. אכן, לצדדים למיזמים עתידיים פתוחה הדרך להכשיר את הסדריהם ואת התנאים הנלווים להם אשר פגיעתם בתחרות נדרשת כדי לקיים את המיזם מלכתחילה, בדרך של פנייה מראש לבית הדין, אולם הבעייתיות בפנייה כאמור היא בעיקר במשאבים הנדרשים כדי להכשיר הסדר ובמשך הזמן אשר עשוי להידרש לבית

168. עולה כאן שאלה מעניינת, אשר פסק הדין אינו נותן עליה מענה, מדוע הצדדים לא כללו תניית אי־תחרות בהסכם להקמת המיזם ומדוע לא פנו לבית הדין מלכתחילה כדי לאשרו.

הדין כדי לדון בעניין. בעניינים עסקיים שיקול הזמן עשוי להיות בעל חשיבות מכרעת, שכן דחיית הכניסה למיזם עד מועד מתן האישור על ידי בית הדין עשוי למנוע כניסה למיזם מלכתחילה. על כן יש לשקול שינוי הכלל המשפטי ואימוץ כלל השוקל, גם בדיעבד, את היתרונות לתועלת הציבור אשר עמדו בבסיס המיזם, לרבות קידום חדשנות ויצירתיות, או, למצער, לתקן את החוק באופן שגם הממונה יוכל לשקול שיקולי יעילות ובדרך זו לקצר ולהקל על הצדדים את תהליך אישור המיזם.

מן האמור לעיל עולה כי הדין החל על אישור מיזמים משותפים למחקר ופיתוח מקל יותר מזה החל על מיזוגים. עם זאת, עדיין ארוכה הדרך עד יצירתם של כללים אופטימליים להסדרת מיזמים משותפים, אשר יתנו משקל ראוי לשיקולי יעילות דינמית.

ד. סיכום

השווקים המודרניים מהדדים את הצורך לבחון מחדש את האיזון שבין שיקולי יצירתיות וחדשנות ובין שיקולי תחרות. יעילות דינמית מהווה מנוע חשוב להצלחה בשווקים בינלאומיים, כמו גם לניצול יעיל של משאבים מקומיים. בה בעת, התנאים הנדרשים לקידומה עלולים לפגוע בתחרות בשוק. האיזון בין שיקולים אלו נדרש הן בעת יצירתם של שיתופי פעולה שמטרתם מחקר ופיתוח והן לאחר שנוצר ידע חדש, ובעליו מבקש להשתמש בו בדרך שתגביל את התחרות בשוק.

במקרה האחרון עלול להיווצר מתח פנימי בין דיני ההגבלים העסקיים ובין דיני הקניין הרוחני. בעוד מטרתן של שתי מערכות הדינים זהה – מקסום הרווחה החברתית תוך יצירת תנאים לפעולתו התקינה של השוק החופשי, הכלים שבהן משתמשת כל אחת ממערכות הדינים הנם שונים בתכלית. דיני הקניין הרוחני מעניקים בלעדיות על היצירה או ההמצאה כדי להתגבר על כשל השוק הנובע מהיות המוצר המוגן מוצר ציבורי, המאופייין בכך ששימוש בו על ידי אחד אינו מונע שימוש מקביל על ידי אחר. דינים אלו מקדמים את היעילות הדינמית בשוק באמצעות יצירת תמריצים כלכליים ליוצרים ולממציאים לפתח ולשווק רבבים את יצירותיהם והמצאותיהם. דיני ההגבלים העסקיים מקדמים את היעילות באמצעות שמירה על תנאי תחרות בשוק. הצורך לאזן בין שתי מערכות דינים אלה עולה כאשר פעולותיו של בעל הקניין הרוחני, המבקשות לממש את זכויותיו, פוגעות בתחרות.

מטרתו של מאמר זה הייתה לבחון אם הדין הישראלי מאזן נכונה בין שיקולי יעילות דינמית ובין שיקולי תחרות. לשם כך נבחנו דיני ההגבלים העסקיים החלים על יצירה או המצאה לאחר שזו קיבלה את הגנת דיני הקניין הרוחני, כמו גם הכללים המסדירים פעולה משותפת של גופים עסקיים לשם יצירת ידע חדש – בין במסגרת מיזוג בין חברות ובין במסגרת מיזם משותף. כפי שראינו לעיל, הכללים המסדירים את הדין בישראל אינם מאזנים תמיד נכונה בין השיקולים השונים המתחרים על הבכורה. הדבר בולט בעיקר בתחום המיזוגים, אשר אינם נתנים משקל ראוי לשיקולי יעילות דינמית. גם בדיני המיזמים המשותפים עדיין לא ברור מהם הכללים המשפטיים אשר יחולו כאשר מיזם משותף המקדם את היעילות הדינמית פוגע במידה ניכרת בתחרות והלקוח הישראלי נפגע,

ולו במעט, מהמיזם. המאמר מציע כמה כללים מאזנים אשר אימוצם עשוי לשפר את האיזון הדק, אשר כה חשוב לפעולתו התקינה של השוק הישראלי.

כן הוצעו ארבעה עקרונות איזון אשר על בתי המשפט ועל הממונה להחיל כאשר בעל קניין רוחני מבקש לנצל את זכותו בדרך אשר נכנסת, לכאורה, לגדרו של חוק ההגבלים העסקיים. העיקרון הראשון קובע כי אין להניח מלכתחילה כי זכות קניין רוחני פוגעת בתחרות וכי אין להגביל את השימוש בזכות מכוון דיני ההגבלים העסקיים אלא אם כן הזכות אכן פוגעת בתחרות. העיקרון השני קובע כי, בכפוף לעיקרון הרביעי, יש להימנע מהחלת דיני ההגבלים העסקיים בדרך שתפגע בזכויות הפנימיות שבבסיס דיני הקניין הרוחני, גם אם מימוש זכויות אלו פוגע בתחרות. על כן חוק ההגבלים העסקיים צריך לסגת כאשר התנהגות בעל הקניין הרוחני הנה "אינהרנטית" לזכות הקניין הרוחני. העיקרון השלישי, המהווה למעשה עיקרון הופכי לעיקרון השני, קובע כי אין להכשיר מטעמי הגנה על קניין רוחני גרידא כל פעולה של בעל זכות קניין רוחני אשר איננה נדרשת באופן סביר למימוש זכותו והפוגעת בתחרות. העיקרון הרביעי קובע כי במקרים שבהם מימוש זכויותיו הפנימיות של בעל הקניין הרוחני מביאה לידי פגיעה כה קשה בתחרות אשר על פניה איננה מתחייבת לשם יצירת תמריצים ליעילות דינמית, לא תינתן עדיפות מוחלטת לזכות הקניין הרוחני. עיקרון זה נחוץ כדי למנוע את אותן התנהגויות אשר אמנם נופלות לגדר הזכות הפנימית, אולם תוצאתן היא פגיעה קשה ומתמשכת בפעולתו התחרותית של השוק, בלא יתרונות מאזנים לרווחה החברתית. המאמר הדגים את תחולתם של עקרונות אלו במקרים רבים.

כן בחן המאמר את השאלה אם העקרונות המוצעים מתיישבים עם הוראות חוק ההגבלים העסקיים. כפי שהוצע, ניתן לפרש את הפטור להסדרי שימוש בקניין רוחני, הסעיף היחיד שבו התייחס המחוקק להתנגשות אפשרית בין מערכות הדינים, באופן שהוא יעלה בקנה אחד עם כללי האיזון המוצעים. בנוסף, הוצעה פרשנות של מושגי השסתום הרבים הפזורים בחוק ההגבלים העסקיים אשר תאפשר להחיל את החוק בדרך שתעלה בקנה אחד עם כללי האיזון המוצעים גם באותם מקרים שאינם נופלים לגדר הפטור המפורש. בית הדין, בהחלטה בודדת אשר בה נדרש איזון בין מערכות הדינים, החיל כללים אשר איזונו נכונה ביניהן. יש לקוות כי גם בעתיד ימשיכו בתי המשפט לילך בדרך זו ויאזונו נכונה בין האינטרסים השונים המתחרים על הבכורה גם במקרים המעלים דילמות קשות. כפי שהודגש לא אחת, קביעת כללי איזון ראויים הנה משימה חיונית בכלכלה המודרנית, שאם לא כן, יצא שכרנו – בהגנת התחרות בהפסדנו – בפגיעה ברווחה החברתית.