

תמורות בהתייחסות להסדרים כובלים אנכיים

א. מבוא

הסדרים אנכיים הם הסדרים בין ספק ללקוח, כגון הסדר בין יצרן מוצר לבין מפיץ מוצר, המוכר אותו הלאה; הסדר בין יצרן של חומר גלם לבין יצרן המשתמש בחומר הגלם על מנת לייצר מוצר חדש; הסדר בין ספק תשומה או שירות לבין פירמה המשתמשת בתשומה או בשירות לצורך עסקיה¹. האבולוציה של ההתייחסות אל הסדרים אנכיים בדיני ההגבלים העסקיים הישראליים יכולה להתחלק לשלוש תקופות עיקריות: **התקופה הראשונה** מתאפיינת בפרשנות רחבה שלפיה כל ההסדרים האנכיים הם כובלים, ללא קשר להשפעתם על התחרות. במאמר זה אתחקה אחר הסיבות לפרשנות זו, ואמנה ביניהן את רצונה של רשות ההגבלים העסקיים, האחראית במידה רבה לפרשנות רחבה זו, להרחיב את סמכויותיה ולהבטיח כי קבוצה רחבה יותר של הסדרים יעברו תחת סמכותה הפיקוחית. **התקופה השנייה** באה לידי ביטוי בתגובת הנגד של בתי המשפט האזרחיים לאנומליות של התקופה הראשונה. בתקופה זו הנטייה הייתה להשתמש בפרצות לשוניות בחוק על מנת להכריע כי הסדרים אנכיים לעולם לא יהיו כובלים, שוב, ללא קשר להשפעתם על התחרות. **התקופה השלישית**, הנוכחית, מתאפיינת בתגובת הנגד של רשות ההגבלים העסקיים לתגובת הנגד של בתי המשפט האזרחיים בתקופה השנייה. ביטויה של תקופה זו בזימות לתיקון החוק, המבהירות כי הסדרים שאינם בין מתחרים ייחשבו ככובלים רק על סמך ניתוח כלכלי מעמיק של מידת פגיעתם בתחרות.

תוצאת היזמה החקיקתית נשוא התקופה השלישית, כמו גם תוצאת הפרשנות התכליתית שאני מטיף לה בצד היזמה החקיקתית, היא הטלת נטל כבד של ניתוח כלכלי על בתי המשפט האזרחיים. טענתי היא כי יש לחפש דרכים יצירתיות למנוע, מבלי להנציח פרשנות טכנית ולא תכליתית של הגדרת הסדר אנכי ככובל. בנוסף לכך, אעמוד במאמר על בעייתיות שקיימת ביזמה חקיקתית זו, הנוגעת לקריטריון להבחנה בין הסדרים הראויים לניתוח כלכלי מעמיק טרם הכתמתם ככובלים לבין הסדרים הראויים להיות בחזקת הסדרים כובלים. היזמה החקיקתית מציעה להחיל ניתוח כלכלי מעמיק רק על הסדרים "שאינם בין מתחרים" ולקבוע חזקה חלוטה להיות ההסדר כובל באשר להסדרים שהם "בין מתחרים". כפי שאסביר בהמשך, הסדרים רבים יכולים להיות אנכיים, הן מבחינת אופיים והן מבחינת השלכותיהם על התחרות, גם אם הצדדים להסדרים אלה נחשבים ל"מתחרים".

ב. התקופה הראשונה: פרשנות רחבה להסדרים כובלים והסיבות האפשריות לפרשנות זו

1. הפרשנות הרחבה ותוצאותיה

הגדרת "הסדר כובל" קבועה בסעיפים 2(א) ו-2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמי"ח-1988 (להלן: "החוק"). סעיף 2(א) קובע כי: "הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר". סעיף 2(ב) לחוק כולל רשימה של מקרים שבהם ייחשב הסדר ככובל, ואשר בהם הכבילה נוגעת לעניינים המנויים בסעיף, וזאת בלי קשר לפגיעת ההסדר בתחרות². כבילות אלה כוללות:

"(1) המחיר שיידרש, שיוצא או שישולם;

(2) הריווח שיופק;

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

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

הן סעיף 2(א) לחוק והן סעיף 2(ב) לחוק זכו לפרשנות רחבה מצד הממונה כבר בתחילת שנות ה-90. פרשנות זו אומצה בהחלטות מאוחרות יותר של הממונה ובהחלטות של בית הדין להגבלים עסקיים ושל בתי המשפט האזרחיים.

אשר לסעיף 2(ב), בשנת 1993 קבע הממונה דאז, בהחלטתו בעניין "הסדר כובל בהסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי תחנות תדלוק"³, כי החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב) לחוק חלות על הסדרים אנכיים. בפרשה זו נידונו הסדרי "רכישה בלעדית". בהסדרים אלה, באופן טיפוסי, התחייבה תחנת דלק עצמאית לרכוש דלק במשך תקופות ארוכות רק מחברת דלק מסוימת (ובפרט, אחת מחברות הדלק הוותיקות "פז", "דלק" ו"סונול"). לאחר שתקף הסדרים אלה כהסדרים כובלים אסורים, קבע הממונה, בין היתר, כי הסדרים אלה מנוגדים לסעיף 2(ב) לחוק, הקובע כי כבילה מהסוג של חלוקת השוק לפי סוג האנשים שצד להסדר יעסוק עמו היא בחזקת הסדר כובל. אליבא דממונה, בהסדר "רכישה בלעדית" מסוג זה, הצדדים להסדר – תחנת הדלק וחברת הדלק – "מחלקים את השוק" לפי "סוג האנשים" שתחנת הדלק תרכוש מהם, ועל כן ההסדר נכנס בגדרי הסעיף. בכך, וללא הנמקה מיוחדת שתסביר מדוע סעיף החזקות החלוטות, הוא סעיף 2(ב) לחוק, ראוי שיחול גם על הסדרים אנכיים, פתח הממונה את הפתח להחלה גורפת של סעיף 2(ב) לחוק על כל סוגי ההסדרים האנכיים.

* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל-אביב. רצוני להודות לעוזרת המחקר נופר לב-שדה על עזרתה והערותיה המועילות.



וזהות, שכולן ממוקמות באותו מרכז מסחרי המצוי בלב שכונה מסוימת. נניח כי אחד מספקי הפיצוחים, ספק א', מכתוב לשתיים מהפיצוציות – פיצוצייה א' ופיצוצייה ב', מחיר מינימום לצרכן. כלומר יש כאן שני הסדרים אנכיים – האחד בין ספק א' לפיצוצייה א' והשני בין ספק א' ⊙

ברוח דומה, סעיף 2(ב)3 לחוק פורש כחל על הסדר "הפצה בלעדית", הסדר שבו מתחייב הספק למכור רק ללקוח מסוים ולא לאחרים⁴, או על הסדר "חלוקה טריטוריאלית", הסדר שבו מכתוב הספק ללקוחותיו כי כל אחד מהם יעסוק במוצר של הספק בטריטוריה אחרת⁵. בנוסף, סעיף 2(ב)1 לחוק הדן בכבילות לעניין "המחיר שידרש", פורש כחל על הסדר אנכי שבו מבטיח הספק למפיץ כי לא יפלה אותו לרעה ("הסדר לקוח מועדף")⁶. באותה הרוח, אפשר להחיל את סעיף 2(ב)1 לחוק על הסדר אנכי שבו הספק מבטיח ללקוחו כי הוא יערוך התאמה להנחות של ספק מתחרה או מתחייב למחירים הנמוכים ביותר בשוק ("הסדר התאמת הנחות" או Price Matching).

אכן, לפי גישה מרחיבה זו של הפסיקה המסורתית, נראה כי כל ההסדרים האנכיים היכולים לכאורה להעלות שאלות של הגבלים עסקיים, פורשו כמי שבאים בגדר החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב) לחוק, והפכו להיות בחזקת הסדרים כובלים אסורים ללא קשר לפגיעתם בתחרות.

מצב דברים זה אינו רצוי. דיני הגבלים עסקיים ראוי שתהיה קבוצה צרה של הסדרים, בוטים במיוחד, שייחשבו כאסורים ללא צורך בנייתו כלכלי של פגיעתם בתחרות. גם במשפט המשווה ישנה קבוצה צרה שכזו, האסורה per se. ההצדקה לקיומה של "רשימה שחורה" מעין זו של הסדרים היא שאנו מבקשים למנוע מהצדדים "לשכנע את עצמם" כי ההסדר שערכו אינו עלול לפגוע בתחרות, ובעצם, למעשה, הוא ממין ההסדרים שפגיעתם בתחרות כמעט מובנת מאליה. לעומת זאת, הסדרים שמחוץ ל"רשימה שחורה", זו שפגיעתם בתחרות פחות מובנת מאליה, מן הראוי שיוכרוזו כאסורים רק מכוח ניתוח כלכלי מעמיק של פגיעתם בתחרות. זהו האיזון הראוי בין השאיפה לוודאות ולחיסכון בעלויות התדיינות, לבין השאיפה לאפשר לעסקאות לגיטימיות להיערך ולהתנהל בחופשיות, מבלי שדיני הגבלים העסקיים יעקבו אחריהן או ירתיעו את קיומן שלא לצורך.

כפי שצינתי במקום אחר⁷, החלת החזקות החלוטות של סעיף 2(ב) על הסדרים אנכיים אינה ראויה. ראוי היה לקבוע, על דרך הפרשנות, כי חזקות חלוטות אלה חלות רק על הסדרים אופקיים – בין מתחרים. ראוי היה אף לנתח הסדרים אנכיים – בין ספק ללקוח – על פי סעיף 2(א) בלבד, הדורש, כזכור, פגיעה מסתברת בתחרות על מנת שההסדר יהיה להסדר כובל על פיו. זוהי גם גישת המשפט האמריקני⁸.

אלא שהפסיקה המסורתית, ושוב – בעקבות פסיקות הממונה, פירשה גם את סעיף 2(א) לחוק באופן לא תכליתי. על פי פירוש זה הופך הסעיף, הלכה למעשה, לחזקה חלוטה נוספת להיות הסדר "הסדר כובל", וזאת, בלי קשר לפגיעתו האמיתית בתחרות בענף כלשהו. כך, בשנת 1998 קבע הממונה בהחלטתו בעניין **כור-קלארידג'**⁹, כי על מנת לקבוע שהסדר הנו כובל לפי סעיף 2(א), די להוכיח פגיעה **בתהליך** התחרותי, היינו כבילת ידיים שמרתיעה פירמה מלחטוף נתח שוק לפירמות אחרות. אין צורך להוכיח **תוצאה** של פגיעה בתחרות בענף הרלוונטי, היינו חשש לפגיעה במרבית הצרכנים בענף הרלוונטי עקב הפגיעה האמורה בתהליך התחרותי. גישה זו לחלה גם היא לפסיקתן של ערכאות גבוהות יותר¹⁰.

נדגים את הכלל העולה מהחלטה זו: נניח כי קיים שוק שבו עשרה ספקי פיצוחים שווי גודל, המספקים פיצוחים זהים לעשר פיצוציות שוות גודל

1 ראו, כללית, דיויד גילה ויוסי שפיגל "הסדרים אנכיים" עתיד להתפרסם **בניתוח כלכלי ומשפטי של דיני הגבלים העסקיים** (מיכל גל ומנחם פרלמן עורכים, 2007); איריס סורוקר "השוק-שאחרי" המשפט 23, 58 (2007).

2 כלומר מדובר בחזקות חלוטות להיות הכבילות הנכנסות לגדר סעיף 2(ב) בגדר הסדר כובל. ראו למשל עי"א 6222/97 **טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ**, פ"ד (3) 145, 176–178 (1998) (להלן: עניין **טבעול**), שאושר בדני"א 4465/98 **טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ**, פ"ד (1) 56 (2001).

3 פורסם בלשכת עורכי הדין בישראל **הגבלים העסקיים – החלטות הממונה על הגבלים העסקיים, פסקי דין – בית הדין להגבלים עסקיים, פסקי דין – בתי המשפט בעניין הגבלים עסקיים** כרך א 19 (1994).

4 ראו, למשל, החלטה לפי סי' 143 לחוק שניתנה על ידי הממונה בעניין "הסדר כובל בהתקשרויות לאספקה ולרכישה של קמח כשר לפסח התשנ"ד" שפורסמה בלשכת עורכי הדין בישראל **הגבלים העסקיים – החלטות הממונה על הגבלים העסקיים, פסקי דין – בית הדין להגבלים עסקיים, פסקי דין – בתי המשפט בעניין הגבלים עסקיים** כרך א 57, 62–63 (1994); החלטות הממונה בעניין "הסדר בלעדיות במקרקעין בין קניון הראל בע"מ לבין בנק דיסקונט לישראל בע"מ" (להלן: עניין **קניון הראל**), בשי"א (מחויי י"ם) 250/06 **בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' חברת קניון הראל בע"מ**, תק-מח 106 (1) 8868 (2006).

5 ראו למשל ת"א (שלום ת"א) 84798/99 **ברמן נ' חברת ניקוטורן בע"מ** (לא פורסם, 18.9.2003).

6 ראו את דעת היחיד של השופט נאור בעניין רע"א 6233/02 **אקסטל בע"מ נ' קאלמא וי תעשיה, שיווק אלומיניום זכוכית ופרזול בע"מ**, פ"ד (2) 634 (2004).

7 דיויד גילה "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בנדרות אד-הוק? הגיעה השעה לחצוץ בין הסדרים אופקיים לאנכיים" עיוני משפט כו 751 (2004).

8 לאחרונה החיל בית המשפט העליון האמריקני בעניין: Leegin Creative Leather Prods. v. PSKS, Inc., 127 S. Ct. 2705 (2007). את כלל הסבירות על אחרון הסדרים האנכיים שעדיין היה אסור per se בארצות-הברית – הסדר להכתבת מחיר מינימום. החלטה 3001322 של הממונה על הגבלים העסקיים "אישור המיזוג בתנאים Columbus Capital מקבוצת קלארידג', לבין כור תעשיות בע"מ" (1998) (להלן: עניין **כור-קלארידג'**).

9 ראו לדוגמה: הי"ע (מחויי י"ם) 2/97 **מזרחי נ' הממונה על הגבלים העסקיים**, תק-מח 299, 3988 (2) 43 (1999).

לפגוע בתהליך התחרותי בין הספק למתחריו, שהרי הספק יירתע מלתת הנחות והטבות ללקוחות אחרים. הוא הדין באשר להסדר התאמת הנחות (Price Matching): אם הספק מתחייב כלפי לקוח כי יתאים הנחות של ספק מתחרה, הדבר עלול לפגוע בתהליך התחרותי שבין הספק לבין מתחריו, משום שמתחריו של הספק עלולים להירתע מלתת הנחות.

אם כך, על פי פרשנות הממונה, כל ההסדרים האנכיים ייחשבו אוטומטית לכובלים לפי סעיף 2(א) לחוק, מבלי שיערך ניתוח כלכלי מעמיק כלשהו של מבנה השווקים הרלוונטיים העלולים להיפגע מן ההסדר ושל השפעת ההסדר על שווקים קונקרטיים אלה.

2. הטעמים לפרשנות הרחבה

כאמור, פרשנויות רחבות אלה של סעיפים 2(א) ו-2(ב) לחוק באו מבית היוצר של הממונה, ועד לאחרונה אומצו גם על ידי ערכאות גבוהות יותר. ייתכנו הסברים שונים לפרשנות רחבה זו. הסבר אפשרי אחד הוא כי מדובר בנייתו פורמליסטי של לשון הסעיף. אכן, לשון סעיף 2(ב) לחוק אינה מבחינה במפורש בין הסדרים אנכיים לאופקיים¹², ולשון סעיף 2(א) לחוק אינה דורשת במפורש ניתוח כלכלי של הענף. הסבר זה עשוי אולי להניח את הדעת באשר לפרשנות בתי המשפט את הסעיפים דנן, אך דומה כי הוא פחות רלוונטי ככל שהדבר נוגע לפרשנות הממונה. ממנו מצופה יישום תכליתי יותר של החוק, לאור מטרתו המוצהרת לקדם את התוצאה התחרותית.

הסבר אפשרי אחר לפרשנות הרחבה הוא שפרשנות זו מקלה את נטל הניתוח הכלכלי המוטל על בתי המשפט האזרחיים, שאינם מיומנים בכך. מה שמייחד את הפרשנויות הרחבות של סעיפים 2(א) ו-2(ב) לחוק הוא ששתיהן פוטרות את הגורם המחליט מניתוח כלכלי של השפעת ההסדר על הענף הרלוונטי. כל שצריך הוא להתבונן על "כבילת הידיים" שבהסדר ולבחון אם היא נכנסת לגדר סוגי הכבילות המנויות בסעיף 2(ב) לחוק או פוגעת בתהליך התחרותי – קרי בתמריץ הצדדים לנקוט צעדים על מנת "לחטוף" נתח שוק. כך, הניתוח הכלכלי של השפעת ההסדר על הענף תיעשה רק על ידי הגורמים המומחים: הממונה – בהליך של פטור מראש להסדר כובל לפי סעיף 14 לחוק¹³; ובית הדין להגבלים עסקיים – בהליך של אישור מראש להסדר כובל מכוח סעיף 9 לחוק¹⁴.

הסברים אפשריים נוספים לפרשנויות רחבות אלה נוגעים לכך שהפרשנות הרחבה מרחיבה את גדר הסמכויות וההשפעה של הממונה. ראשית, הפרשנות הרחבה מביאה להקלת נטל ההוכחה המוטל על הממונה בהליכי ליטיגציה שבהם הוא מגן על החלטתו לתקוף הסדר ככובל. כך, אם לדעת הממונה, הסדר מסוים אכן כובל ומסוכן לתחרות, הוא יכול, לפי סעיף 43 לחוק, להכריז עליו כהסדר כובל אסור. אם הצדדים להסדר מגישים ערר על החלטת הממונה, אזי לפי הפרשנות הרחבה של סעיפים 2(א) ו-2(ב), סיכוייהם קלושים. הרי כל הסדר אנכי, על פי פרשנויות רחבות אלה, הוא בגדר הסדר כובל, הן לפי סעיף 2(א) והן לפי סעיף 2(ב), וזאת ללא קשר לפגיעתו המסתברת בצרכנים. כך, למשל, בעניין קניון הראל קבע הממונה כי התחייבותו של קניון הראל כלפי בנק דיסקונט שלא להשכיר שטח לסניף בנק מתחרה מהווה הסדר כובל, בין היתר גם מכוח החזקות החלוטות של סעיף 2(ב) לחוק¹⁵. אם סעיף 2(ב) אכן מתפרש כחל גם על

לפיצווייה ב' – שאינם מאפשרים לפיצויות א' ו-ב' להוריד את המחיר לצרכן על הפיצוחים של ספק א'. האם מדובר בהסדר כובל לפי סעיף 2(א) לחוק? על פי גישת הממונה, כפי שהיא עולה מעניין **כור-קלארידג'**, התשובה חיובית. פיצויות א' ו-ב' מנועות מלהוריד את המחיר לצרכן של פיצוחי ספק א', ובכך נפגע **התהליך התחרותי** משום שאירעה כבילת ידיים שמונעת מהן להוריד מחירים.

אולם, בדוגמה זו, האם נפגעה גם **התוצאה התחרותית**: כלומר, האם הצרכנים בשכונה עלולים להיפגע מן ההסדרים הללו? נראה שאין צורך בניתוח כלכלי מורכב על מנת לענות בשלילה על שאלה זו. אף אם נניח כי הסדרים אלו גורמים למחיר הפיצוחים של ספק א' בפיצויות א' ו-ב' להיות גבוה יותר מאשר אלמלא ההסדרים הללו, אי אפשר להתעלם מהעובדה שהצרכנים יכולים לרכוש פיצוחים חליפיים מתשעת הספקים האחרים, הן בפיצויות א' ו-ב', והן בשמונה הפיצויות האחרות הממוקמות באותו המרכז המסחרי עצמו. כיוון שכך, גם אין זה סביר שההסדר גורם לכך שהפיצוחים של ספק א' יהיו יקרים יותר לצרכן מכפי שהיו אלמלא ההסדר. זאת, משום שאילו פיצוחי ספק א' היו באמת יקרים יותר משל הספקים המתחרים, היה בכך כדי לגרום לספק א' הפסדים ואבדן נתח שוק לטובת תשעת מתחריו, שווי הגודל, המספקים מוצר זהה לשלו. אם כך, ניתוח פשוט יחסית של השפעתם הצפויה של הסדרים אנכיים אלה על הצרכנים בשוק הרלוונטי – הוא ציבור הצרכנים הרוכשים פיצוחים בפיצויות בשכונה – מוביל למסקנה כי גם אם לכאורה יש פגיעה **בתהליך** התחרותי, אין פגיעה מסתברת **בתוצאה** התחרותית.

לגישתי, יש לפרש את סעיף 2(א) לחוק באופן תכליתי, כמי שדורש פגיעה מסתברת הן **בתהליך** התחרותי והן **בתוצאה** התחרותית, כתנאי להיות ההסדר כובל על פיו. על פי גישת הממונה העולה מעניין **כור-קלארידג'**, סעיף 2(א) לחוק אינו אלא חזקה חלוטה נוספת, המייתרת למעשה את החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב) לחוק. כל החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב) לחוק – כבילה בעניין המחיר, הרווח, חלוקת השוק, הכמות, הסוג או איכות המוצר – פוגעות **בתהליך** התחרותי. מטרתו של סעיף 2(א) לחוק הייתה לדרוש מהטוען להסדר כובל שאינו בא בגדר החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב) לחוק להביא ראיות לפגיעה מסתברת לא רק בתהליך התחרותי, אלא גם בתוצאה התחרותית בענף רלוונטי כלשהו.

הדוגמה שלעיל מבהירה עד כמה חשובה נקודה זו כשמדובר בהסדרים אנכיים. על פי פרשנות הממונה לסעיף 2(א) לחוק, כל ההסדרים האנכיים שמעלים לכאורה שאלות של הגבלים עסקיים ייחשבו אוטומטית לכובלים, אף מבלי להזיק לחזקות החלוטות שבסעיף 2(ב). בדוגמה שהובאה לעיל ראינו כיצד הדבר בא לידי ביטוי במקרה של הכתבת מחיר מנימוס. דין דומה חל גם על הסדרים אנכיים אחרים. כך, למשל, הסדר בלעדיות בין ספק ללקוח יפגע תמיד בתהליך התחרותי: אם הספק מתחייב למכור רק ללקוח מסוים, הוא כובל את ידיו בכך שהוא מפסיק להתחרות עם ספקים אחרים על חסדי לקוחות אחרים. אם לקוח מתחייב לרכוש רק מספק מסוים, הלקוח כובל את ידיו בכך שהוא מפסיק להתחרות עם לקוחות אחרים על המוצר של ספקים אחרים¹¹. כך הדבר גם באשר להסדר לקוח מועדף: אם הספק מתחייב כלפי לקוח שלא יפלה אותו לרעה, הדבר עלול

הסדרים אנכיים, סיכוייו של בנק דיסקונט לערוך על הכרעה זו אפסיים. כך, בתחילת שנות ה-90, משקבע הממונה, בכובעו כסמכות מעין שיפוטית, את ההלכה שלפיה הסדרים אנכיים הם בגדר סעיף 2(ב) לחוק, נתן לעצמו יתרון, בכובעו כליטיגטור המגן על קביעותיו.

שנית, הממונה לא חייב להפעיל את סמכותו להכריז על הסדר כהסדר כובל באופן רשמי. די שיש בידי איום אמין לעשות כן. ככל שהגדרת הסדר כובל רחבה יותר, כך האיום הופך למוחשי ואמין יותר. באמצעות איום זה, הממונה יכול להשיג, גם מחוץ לכותלי בית המשפט, יתרון מול פירמות שהוא חפץ כי ישנו את התנהגותן. הוא יכול לדרוש זאת מהן באופן לא רשמי, והסיכוי שהן ייענו גדול יותר ככל שהגדרת הסדר כובל רחבה יותר. **שלישית**, הגדרה רחבה להסדר כובל גורמת לכך שהסדרים רבים יותר יידרשו לאישור מראש של הממונה, וזאת לאור סמכותו לתת פטור להסדר כובל מכוח סעיף 14 לחוק. במסגרת זו, לממונה הסמכות להתנות את הפטור בתנאים הנוגעים לפעילות הפירמות. באמצעות הסמכות להתנות תנאים, יכול הממונה להרחיב את סמכויות הפיקוח שלו על שווקים אל מעבר לאלה שניתנו לו ישירות בחוק. כך, למשל, הוא יכול להגביל גם אקטים חד-צדדיים של הפירמות, כגון קשירת מוצר במוצר או הפליה, גם אם אקטים מעין אלו אינם אסורים על ידי החוק¹⁶.

אך מובן שהממונה אכן משתמש בסמכויותיו אלה רק כאשר הוא באמת מאמין כי התנהגויות מסוימות אכן עלולות לפגוע באופן משמעותי בתחרות. אולם יש שיטענו שיש בעייתיות בהקניית סמכויות יתר לרשויות הפיקוח. כך, למשל, הממונה עלול גם לטעות בהערכתו כי התנהגות מסוימת עלולה לפגוע בתחרות. אילו בכל פעם שבו טוען הממונה כי הסדר אנכי הוא הסדר כובל היה מוטל עליו הנטל להוכיח כי ההסדר אכן עלול לפגוע בתחרות באיזשהו שוק רלוונטי – על סמך ניתוח כלכלי מעמיק – ההסתברות לטעויות מצדו הייתה קטנה, והאיזון העדין בין הצורך בשמירה על התחרות לבין הצורך לשמור על חופש העיסוק והחוזים והזכות לקניין של הפירמות היה נשמר.

ג. תקופה שנייה: תגובת הנגד של בתי המשפט האזרחיים

בשנים האחרונות יצאו בתי המשפט האזרחיים בתגובת נגד לפרשנות הרחבה של ההסדר הכובל, ונקטו מצדם פרשנות דווקנית של החוק, ולעיתים אף מאולצת, שמוציאה הסדרים רבים מגדר החוק באופן אוטומטי, ללא ניתוח כלכלי. פעמים רבות נראה כי המניע שעמד ביסוד תגובת נגד זו היה רתיעת בתי המשפט האזרחיים משימוש הצדדים לרעה בהגדרה הרחבה של הסדר כובל על מנת להתנער באופן אופורטוניסטי מהסכמים.

בעניין זה אפשר להזכיר, למשל, את ע"א 3700/98 **א.מ. חניות (ירושלים) 1993 בע"מ נ' עיריית ירושלים**¹⁷, שבו נידון הסדר אנכי בין בעל חניון לבין מפעיל החניון שהכתוב למפעיל החניון מחיר מרבי וכמות מיינימלית. בקבעו כי לא מדובר בהסדר כובל, החיל השופט ריבלין (כתוארו אז) פטור גורף ונרחב לשימוש במקרקעין. לעומתו, בחרו השופטים טירקל ואור להחיל את פטור הסוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך¹⁸, ללא כל ניתוח כלכלי.

זה היה מצב הדברים גם בעניין ת"א (מחוזי ת"א) 2011/02 **יקבי רמת הגולן נ' שטרן**¹⁹. במקרה זה נידונה התחייבות של יינן בעל חברת ייעוץ עצמאית כלפי יקבי רמת הגולן כי לא ייתן שירותי ייעוץ לחברה מתחרה לאחר סיום היחסים בינו לבין יקבי רמת הגולן. השופט זפט מצא פרצה לשונית בסעיף 2(א) לחוק, המאפשרת מתן פטור רחב ומלאכותי להסדרים שגורמים לפגיעה בשוק של הצד אשר לא כבל את עצמו²⁰. מפסק הדין של השופט זפט בעניין **יקבי רמת הגולן**, מפסק הדין של בית המשפט העליון שאישר בקצרה את פסק דינו של השופט זפט²¹ ומפסק דין אחד נוסף לפחות שעצד בעקבות עניין **יקבי רמת הגולן**²², עולה כי אין מקורן של הכרעות אלה בגישה פורמליסטית של בתי המשפט האזרחיים בפרשנות החוק. מקורן בחשש שהזכרנו, מהתנערות אופורטוניסטית של צדדים מהסכמים.

ד. תקופה שלישית: יזמת תיקון מספר 9

בשנת 2005 הוצעה, בברכת רשות ההגבלים העסקיים, יזמת תיקון מספר 9 לחוק. יזמה זו מיישמת באופן מקורב את הצעתי כי הסדרים אנכיים יהיו כפופים רק לסעיף 2(א) לחוק ולא לחוקות החלוטות של סעיף 2(ב) לחוק, וייחשבו כובלים רק אם הם עלולים לפגוע בתחרות בענף כלשהו, על פי

11 כפי שאני מראה במקום אחר, ראוי להחיל את סעיף 2(א) גם כאשר הפגיעה המסתברת בתחרות היא בשוק של הצד שנהנה מן הכבילה (בדוגמה בטקסט – השוק של הספק). ראו דויד גילה "כבילה הפוגעת בתחרות בין הצד הנהנה ממנה למתחריו" **עיני משפט** כח 517 (2004); להלן הי"ש 20 והטקסט הלווה לה.

12 ראו למשל את דעת השופט נאור בעניין **אקסטל**, לעיל הי"ש 6, בעמ' 659.

13 סי' 14(א) לחוק מאפשר לממונה לפטור מראש "צדדים להסדר כובל מהחובה לקבל את אישור בית הדין להסדר, אם שוכנע כי התקיימו כל אלה: (1) הכבילות שבהסדר הכובל אינן מגבילות את התחרות בחלק ניכר של שוק המושפע מן ההסדר, או שהן עלולות להגביל את התחרות בחלק ניכר משוק כאמור, אך אין בהן כדי לפגוע פגיעה של ממש בתחרות בשוק כאמור; (2) עיקרו של ההסדר הכובל אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו".

14 סי' 9 לחוק מאפשר לבית הדין להגבלים עסקיים לאשר הסדר כובל, גם אם פגיעתו בתחרות משמעותית, משיקולים של טובת הציבור.

15 עניין **קניון הראל**, לעיל הי"ש 4, פסי' 6 להחלטה.

16 אקטים חד-צדדיים יכולים להיות אסורים רק על פירמה שהיא בעלת מונופולין, מכוח חלק מן האיסורים הקבועים בפרק ד' לחוק.

17 פי"ד נו(2) 590 (2003).

18 כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך), התשי"ו-2006, קי"ת 6483 (להלן: "פטור הסוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך"). פטורי סוג הם פטורים גורפים שמוציא הממונה מכוח סעיף 15 לחוק, לסוגים של הסדרים, כפוף לעמידת ההסדר בתנאים ובסייגים של הוראות פטור הסוג. פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך הוא אחד מפטורי הסוג הללו, ובכפוף לסייגים מסוימים הוא מעניק פטור להסדר שפגיעתו בתחרות קלת ערך.

19 תק-מח 3379 (3)2002 (2002).

20 כפי שאני מראה במקום אחר, ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 2(א) לחוק מעידה שהמחוקק לא התכוון לפרצה הלשונית הזו. כך או אחרת, הבעתי את הדעה כי יש לפרש את החוק פרשנות תכליתית ולקבוע שאין נפקות לשאלה באיזה שוק נפגעת התחרות. ראו גילה, לעיל הי"ש 11, 517 (2004).

21 ע"א 10638/02 **שטרן נ' יקבי רמת הגולן**, תק-על 2058 (1)2003 (2003).

22 ראו ת"א (מחוזי ת"א) 1160/03 **סירו נ' לב אשדוד בע"מ**, תק-מח 12552 (1)2003 (2003), שבו נידונה התחייבות של קניין כלפי חנות כי לא ישכיר לחנות מתחרה.

כובל, בין באמצעות פרוצדורות שונות בחוק ובין באמצעות פטורים שונים מתוצרת הפסיקה, ללא קשר למידת פגיעתו בתחרות. בהמשך לכך אפשר לטעון כי לשם מניעת המשך הכרסום במעמדו כליטיגטור וכרגולטור, בחר הממונה לקחת חלק ביזמת תיקון 9 לחוק, על מנת לרסן את תגובת הנגד של בתי המשפט האזרחיים.

מכל מקום, לגישתי, תיקון מספר 9 המוצע הנו הצהרתי בלבד ואינו משנה את הדין הקיים. שהרי כבר כיום, לדעתי, עוד בטרם התקבל התיקון, יש לפרש את סעיף 2 לחוק פרשנות תכליתית, לפי השכל הישר, כמצוות הדין הנוסף בעניין **טבעול**²³.

למעשה, אפשר לטעון כי גם על פי פסיקתו של בית המשפט העליון, תיקון מספר 9 המוצע הוא הצהרתי בלבד. אמנם יש המייחסים לעניין **טבעול** את ההלכה שלפיה סעיף 2(ב) לחוק חל על הסדרים אנכיים²⁴, אולם אני חולק על גישה זו. עניין **טבעול** דן בהסדרים אופקיים בלבד, ואין בו ולו מילה אחת על שאלת תחולתו של סעיף 2(ב) לחוק על הסדרים אנכיים. פסק הדין נסוב על הסדר בין שותפים שלפיו עם פירוק השותפות, לא יחדרו לשוק של האחר. בית המשפט קבע כי ההסדר נכנס לגדר החזקות החלוטות של סעיף 2(ב) לחוק, באשר הוא מהווה חלוקת שוק בין מתחרים פוטנציאליים. הווה אומר, מדובר בהסדר אופקי קלאסי, ואין בו דיון כלשהו בתחולת סעיף 2(ב) לחוק על הסדרים אנכיים. נהפוך הוא, הדין הנוסף מצווה לפרש את סעיף 2 לחוק על פי השכל הישר, דבר המצדיק, לדעתי, דווקא את הפרשנות המוצעת על ידי.

פסק הדין שעסק בסוגיית תחולת סעיף 2(ב) לחוק על הסדרים אנכיים הוא עניין **אקסטל**²⁵, והשופטים בו נחלקו בדעותיהם. השופט נאור, בדעת יחיד לעניין זה, נקטה גישה לשונית-מסורתית, שלפיה סעיף 2(ב) לחוק חל על הסדרים אנכיים. לעומתה, השופט טירקל קיבל את גישתי, וגרס כי סעיף 2(ב) לחוק אינו חל על הסדרים אנכיים. השופטת פרוקצ'יה בחרה שלא להכריע לפי דיני ההגבלים העסקיים, ואולם במסגרת ניתוחה את המקרה לפי דיני הברורות, קבעה השופטת כי אי-חוקיות ההסכם שהובא בפני בית המשפט אינה עולה על פניו, ומחייבת בירור ובחינה לצורך ביסוסה. כפי שקבעה השופטת פרוקצ'יה:

"ענייננו עוסק בטענת אי-חוקיות הנוגעת בסוגיית ההסדר הכובל [...] במקרה זה אין מדובר באי-חוקיות הברורה על פניה. סוגיית ההסדר הכובל היא אחת הסוגיות הקשות והסבוכות במשפט. בירורה טעון לא רק פרשנות משפטית עיונית. בשל ההיבטים הכלכליים-עסקיים רבי הממדים הקשורים בה בחינתה מחייבת לא אחת גם היזקקות למומחים ולתשתית ראייתית-מקצועית נרחבת [...] מתחייבת בחינה מורכבת ומעמיקה"²⁶.

אם כך, לדעתי, קביעתה של השופטת פרוקצ'יה נוטה להסכים עם גישת השופט טירקל יותר מאשר עם עמדת השופטת נאור, שהרי לשיטת השופטת פרוקצ'יה, אי-חוקיות ההסכם אינה ברורה מאליה (בדומה לחזקות החלוטות שבסעיף 2(ב) לחוק), ונדרש ניתוח כלכלי מעמיק ומורכב על מנת להכריע בשאלת אי-חוקיותה. מנגד, אימצה השופטת נאור את הגישה כי ההסכם נכלל במסגרת החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב) ולכן אינו דורש ניתוח כלכלי. אם כן, אף שלא נקבעה במפורש הלכה בפסק הדין לעניין תחולת סעיף 2(ב) לחוק על הסדרים אנכיים, נראה כי אם אפשר לדלות

ניתוח כלכלי מעמיק. בפרט, ההצעה קובעת כי סעיף 2(ב) לחוק יחול רק על הסדרים שהם "בין מתחרים". כמו כן, נוסח התיקון מונע את הפרצה הלשונית שעולה מעניין **קבי רמת הגולן**, ומבהיר שהסדר כובל על פי סעיף 2(א) לחוק הוא הסדר העלול לפגוע בתחרות, באופן שאינו תלוי בשאלה באיזה ענף עלולה התחרות להיפגע – הענף של הצד שהגביל עצמו או הענף של הצד השני להסדר. בנוסף, לפי דברי ההסבר של ההצעה, ידרוש סעיף 2(א) לחוק ניתוח כלכלי של פגיעה בשוק הרלוונטי ולא יסתפק בפגיעה בתהליך התחרותי גרידא.

עם זאת, אחת מנקודות התורפה של הניסוח המוצע היא שהוא אינו קובע את דרישת הפגיעה בתוצאה התחרותית במפורש. ההבהרה כי פגיעה מעין זו נדרשת מופיעה אך ורק בדברי ההסבר. לפיכך קיים חשש כי אם יאומץ התיקון כלשונו יפרשו אותו בתי המשפט האזרחיים באופן מילולי – דהיינו כמי שדורש פגיעה בתהליך התחרותי בלבד, כדוגמת הפיצוחים שהובאה לעיל. אכן, כפי שהדגמתי, בתי המשפט האזרחיים נוטים, לעתים קרובות, לפרש את סעיפי חוק ההגבלים העסקיים באופן לשוני דווקני, ותמיד באופן הפוטר את בית המשפט מביצוע ניתוח כלכלי מעמיק. יש חשש כי בעיה זו תחזור על עצמה על אף תיקון החוק. ראוי היה אפוא לנסח את הסעיף באופן שלא יותיר מקום לספק.

סעיף 2 (א) החדש, כפי שהוא מופיע בהצעה כנוסחה העכשווי קובע: "הסדר כובל הוא הסדר בין בני אדם המנהלים עסקים, העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים".

לשון זו סובלת, כאמור, גם פרשנות שלפיה די בפגיעה מסתברת בתהליך התחרותי, ללא ניתוח כלכלי של הפגיעה המסתברת בתוצאה התחרותית. על כן הייתי מציע, למשל, להבהיר כי על פי סעיף 2(א) החדש: "הסדר כובל הוא הסדר [...] העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים באופן העלול לפגוע בחלק משמעותי מהצרכנים בשוק רלוונטי כלשהו".

לחלופין, ייתכן דווקא שהניסוח העמום הקיים כיום בחוק עדיף על פני הניסוח המוצע. זאת, משום שכיום ברור כי דווקא בשל עמימותו נדרשת פרשנות תכליתית-יצירתית. ישנו חשש כי לאחר קבלת הנוסח החדש, כנוסחו העכשווי בהצעה, תגבר הלגיטימציה לפרש את הסעיף פרשנות מילולית המתחקה אחר כוונת המחוקק כפי שהיא עולה מן הכתוב, בניגוד לכוונתו המפורשת כפי שהובאה בדברי ההסבר להצעה. ממילא עולה מדבריי כי אפשרות נוספת היא הותרת נוסחו של סעיף 2 (א) לחוק על כנו.

בהקשר זה, עולה השאלה מדוע עלתה יזמת חקיקה זו רק כעת, שהרי ההלכה הנוקשה המפרשת את סעיף 2(ב) לחוק כחל גם על הסדרים אנכיים נוצרה כבר בשנת 1993, עת ניתנה ההחלטה בעניין הסדרי הבלעדיות שבין חברות הדלק לתחנות התדלוק. נראה כי אחת הסיבות לכך היא כי מאז התקופה הראשונה ועד התקופה השנייה – תגובת הנגד של בתי המשפט האזרחיים לפרשנות הרחבה של הגדרת הסדר כובל – היה המצב אופטימלי מבחינת הממונה. תגובת הנגד של בתי המשפט הפחיתה מן היתרונות שיכול היה הממונה להפיק מן הפרשנות הרחבה. זאת, משום שתגובת הנגד אפשרה לצדדים להסדרים לטעון כי ההסדר שערכו אינו



שוק סיסטונאי. צילום: ניר כפרי

ממילא עולה מכאן השאלה אם הטלת נטל זה של ניתוח כלכלי מעמיק על בתי המשפט האזרחיים, שאינם בעלי מומחיות מיוחדת להגבלים עסקיים, הוא ראוי. מחד גיסא, אפשר לטעון כי בתי המשפט האזרחיים יכולים להתמודד עם ניתוח כלכלי מעמיק מסוג זה, ממש כפי שהם מתמודדים עם סוגיות מורכבות לא פחות, כגון תביעות נזיקיות סבוכות, רשלנות רפואית, ועוד. יתרה מכך, הבה נתבונן, למשל, בדוגמה הבאה. ניח שפירמה א' הפרה חוזה עם פירמה ב', ובעקבות זאת נמנעה האפשרות של פירמה ב' לפעול בשוק מסוים. בית המשפט האזרחי יצטרך לחשב את הנזק שנגרם לפירמה ב' בעקבות ההפרה. אולם על מנת לחשב נזק זה יהיה על בית המשפט האזרחי לאמוד את רווחיה הצפויים של פירמה ב'. לצורך כך, יהיה על בית המשפט להעריך מהן עלויותיה הצפויות של פירמה ב' מפעילות בשוק זה, מהן הכנסותיה הצפויות ומהו כוחה הצפוי לגבות מחיר העולה על עלויותיה השוליות. כוח זה תלוי בהגדרת גבולותיו

ממנו הלכה כלשהי, הרי זו מאמצת את גישתי שלפיה סעיף 2(ב) לחוק אינו חל, כבר כיום, על הסדרים אנכיים.

למעשה, גם אם נאמץ את דעת היחיד של השופט נאור בעניין **אקסטל**, אין כיום מחלוקת כי אפשר "להציל" הסדר אנכי באמצעות ניתוח כלכלי מעמיק המראה כי פגיעתו בתחרות הנה קלת ערך. סעיף 4 לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות)²⁷ מונה רשימה של הסכמים שלא יוכלו לזכות לפטורי סוג. הפרשנות הסבירה של הוראה זו היא שרשימה זו של הסכמים לא תוכל ליהנות, למעשה, מפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך²⁸. הממונה תיקנה לאחרונה את הסעיף, בהבחירה כי "רשימה שחורה" זו חלה על הסדרים שבין מתחרים בלבד. משמעותה האופרטיבית של הבחירה זו היא שגם על פי הגישה שלפיה הסדרים אנכיים נכנסים לגדר סעיף 2(ב) לחוק, אפשר "להצילם" באמצעות ניתוח כלכלי, אם פגיעתם בתחרות, במקרה נתון, קלת ערך²⁹.

ראוי לציין, כי גם הסדר של הכתבת מחירי מינימום, שבמשפט המשווה היה באופן מסורתי אסור כשלעצמו (per se), ראוי באופן דומה להיות בר הצלה מכוח פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך, ולא ראוי להיות אסור per se, במסגרת החזקות החלוטות. עולה מכאן שגישה זו מהווה משום "חלוציות עולמית" של העברת הכתבת מחירי מינימום מאיסור per se (לפחות על פי הגישה המחמירה, שלפיה הסדרים אנכיים נכנסים לגדר סעיף 2(ב) לחוק) לכלל הסבירות³⁰. אכן, זהו המצב הרצוי, משום שהניתוח הכלכלי של הסדר הכתבת מחירי מינימום מראה כי פגיעתו בתחרות איננה מובנת מאליה יותר מאשר הסדרים אנכיים אחרים³¹.

כאמור, ישנה גישה שלפיה הסדר אנכי הוא בחזקת הסדר כובל שאפשר להצילו מכוח פטור הסוג להסדרים, שפגיעתם בתחרות קלת ערך. על פי גישה זו, במקרה של סכסוך משפטי, הנטל לביצוע הניתוח הכלכלי המעמיק הדרוש לשם הוכחה כי הפגיעה בתחרות היא קלת ערך, מוטל על **הצד הרוצה לקיים את ההסדר**. על פי גישתי, לעומת זאת, שלפיה הסדרים אנכיים יכולים להיות כובלים רק על פי סעיף 2(א) לחוק, הנטל לביצוע הניתוח הכלכלי מוטל על **הצד הטוען כי ההסדר הוא כובל**.

ה. התוצאה: הטלת נטל הניתוח הכלכלי על בתי המשפט האזרחיים

יוזמת תיקון מספר 9 וכן הגישה – הקיימת כבר עתה טרם אימוץ תיקון מספר 9 – שלפיה יש לפרש את סעיף 2(א) לחוק פרשנות תכליתית ולהחיל את סעיף 2(ב) לחוק על הסדרים אופקיים בלבד, יוצרות קושי. הטעם לכך הוא כי יש בהן להטיל על בתי המשפט האזרחיים את הנטל לערוך ניתוח כלכלי מעמיק לשם הכרעה בשאלה אם הסדר אנכי הוא הסדר כובל³². אכן, הניסיון מוכיח כי בתי המשפט האזרחיים נרתעים מלערוך את הניתוח הכלכלי הנדרש. ראיה לכך היא שהן ב"תקופה הראשונה" והן ב"תקופה השנייה", ניתבו בתי המשפט האזרחיים את פרשנות החוק לאפיקים הפוטרים אותם מהצורך לבצע ניתוח כלכלי מעמיק. בתקופה הראשונה נקבע, כזכור, שהסדרים הם **כובלים** ללא צורך בניתוח כלכלי מעמיק שלהם. בתקופה השנייה, לעומת זאת, נקבע כי הסדרים **אינם כובלים**, אבל זאת, שוב, ללא צורך בניתוח כלכלי מעמיק.

23 עניין **טבעול**, לעיל הי"ש 2, בעמ' 86.
 24 ראו למשל את פסק דינה של השופטת נאור בעניין **אקסטל**, לעיל הי"ש 6, בעמ' 658.
 25 שם, בעמ' 659.
 26 שם, פסי' זו לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. לדיון הכללי ראו שם, פסי' ב' ר"ג.
 27 כללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), התשס"ו-2006, ק"ת 6483 (להלן: "פטורי הסוג הוראות כלליות").
 28 ראו, לעניין זה, דיניר גילה "חוזים המגבילים תחרות, הגבלים עסקיים, ומונופולין" דינאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך ג 635, 728 (2003).
 29 זאת, ובלבד שאחד מן הצדדים להסדר אינו בעל מונופולין (כלומר בעל נתח של מעל 50%) מן השוק נשוא ההסדר או משוק משיק לו, שאז נמנעת תחולתו של פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך. ראו פטור הסוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך, לעיל הי"ש 18, סי' 113.
 30 בהבחירה כי פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך חל על ההסדרים האנכיים כולם, הקדימה הממונה את בית המשפט העליון האמריקני, שהחיל, רק לאחרונה, על הסדר הכתבת מחירי מינימום את כלל הסבירות במקום את כלל האיסור per se. ראו לעיל הי"ש 8.
 31 ראו, למשל, גילה וספיגל, לעיל הי"ש 1.
 32 ראו, למשל, את דברי השופטת נאור בעניין **אקסטל**, לעיל הי"ש 6, פסי' 12 לפסק דינה.

שהוא יהיה כובל לפי סעיף 2(א) לחוק, אך פגיעתו בתחרות "קלת ערך", ועל כן הוא זכאי לפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך. לבסוף, ייתכן הסדר שפגיעתו בתחרות עולה על דרגת הפגיעה שמהווה "פגיעה קלת ערך", ועל כן הוא אינו בא בגדר פטור הסוג הני"ל, אך הממונה מוסמך ליתן לו פטור אם הפגיעה בתחרות איננה "פגיעה של ממש".

על אף הקסם האנליטי של "דירוג" זה של שלוש הדרגות של פגיעה בתחרות, פרשנות מעין זו אינה מעשית. ביצוע הניתוח הכלכלי המעמיק הנדרש לענייננו הוא מורכב דיו, ויהיה בלתי אפשרי לקבוע, במקרה נתון, אם פגיעתו המסתברת של הסדר בתחרות שייכת לדרגה הראשונה ("עלול"), השנייה ("פגיעה שאינה קלת ערך") או השלישית ("פגיעה של ממש"). לפיכך, לטעמי, יש לנקוט גישה מעשית ולהשוות בין סטנדרטים אלה שהנם שונים לכאורה, תוך החלת סטנדרט אחד על כל שלושת המקרים. הווה אומר, כל הסדר שאינו "עלול לפגוע בתחרות" לעניין סעיף 2(א) לחוק, ועל כן אינו הסדר כובל, ממילא יהיה זכאי לפטור מהממונה לפי סעיף 14 לחוק, כיוון שהפגיעה בתחרות אינה "פגיעה של ממש", כנדרש בסעיף, וממילא יהיה זכאי לפטור הסוג לפגיעות קלות ערך, משום שפגיעתו בתחרות היא "קלת ערך". השוואת הסטנדרטים תמנע הטלת נטל בלתי נסבל על מי שתפקידו לבצע ניתוח זה. גם מומחה להגבלים עסקיים יתקשה להבחין בין רמות שונות של פגיעה מסתברת בתחרות לצורך יישום דיפרנציאלי של כללים אלה. לדעתי, יש חשש סביר שאם ההלכה שתאומץ היא שהסטנדרטים לשלוש נורמות אלה שונים, תקצר הדרך להימנעות מוחלטת מניתוח כלכלי כלשהו מצד בתי המשפט האזרחיים, תוך פרשנות "מילולית" של הדיבור "עלול לפגוע בתחרות" כ"עלול לפגוע בתהליך התחרותי גרידא", מבלי שיערך ניתוח כלכלי מעמיק של התוצאה התחרותית.

1. "אופקיות ההסדר" לעומת "אופקיות הצדדים" כקריטריון לצורך ההבחנה בין סעיף 2(א) לחוק לבין סעיף 2(ב) לחוק

כאמור, ההצעה לתיקון מספר 9 לחוק אימצה, לכאורה, את גישתי, שלפיה על הסדרים אנכיים יחול סעיף 2(א) לחוק בלבד, הדרוש ניתוח כלכלי מעמיק של מידת פגיעת ההסדר בתחרות באיזשהו ענף רלוונטי, ולא יחולו החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב) לחוק. אולם לשון התיקון המוצע אינה מחילה דין זה על "הסדרים אנכיים", אלא על "הסדרים שאינם בן מתחרים".

הדגש בתיקון מספר 9 המוצע אפוא הוא על אופקיות הצדדים להסדר ולא על אופקיות ההסדר.

מצב זה יוצר קושי בשלושה מקרים עיקריים: המקרה הראשון הוא המקרה שבו הספק והלקוח נשוא ההסדר אינם מתחרים בשוק נשוא ההסדר, אלא חברות הקשורות אליהם בקשרי שליטה מתחרות ביניהן בשווקים אחרים מן השווקים הקשורים אנכית, נשוא ההסדר. לפי הגישה המקובלת בניי הגבלים עסקיים, נחשבות חברה וחברה אחרת הקשורה אליה בקשרי שליטה כאותו הגוף³⁴. אם כך, במקרה שבו הספק והלקוח נשוא ההסדר אמנם אינם מתחרים בשווקים נשוא קשריהם האנכיים, אולם חברות השולטות בהם, חברות השולטות בחברות השולטות בהם,

של השוק שבו פועלת פירמה ב', במספר המתחרים של פירמה ב', בחוזקם היחסי, בצפי לכניסה של פירמות חדשות אל השוק בטווח הנראה לעין, ועוד. ניתוח זה דומה להפליא לניתוח הטיפוסי הנדרש לצורך אמידת מידת הפגיעה או הסתברות הפגיעה בתחרות בהגבלים עסקיים, ובכל זאת בתי המשפט האזרחיים מוכנים ומזומנים לערוך אותו.

גישה חלופית אפשרית היא שאין תקווה כי בתי המשפט האזרחיים אכן יחפצו ליישם ניתוח כלכלי מעמיק הדרוש לצורך יישום ראוי של סעיף 2(א) לחוק.

גישה זו מעלה את השאלה אם אפשר בכל זאת "ליהנות מכל העולמות": מחד גיסא, לפטור את בתי המשפט האזרחיים מהצורך לערוך ניתוח כלכלי מעמיק, ומאידך גיסא, ליישם את סעיף 2(א) לחוק כראוי, באופן שניתוח כלכלי כזה אכן ייושם? כפי שהצעתי במקום אחר³³, אפשר לתקן את החוק באופן המשיג תוצאה מעין זו. על פי התיקון המוצע על ידי, כאשר עולה בפני בית משפט אזרחי השאלה אם הסדר מסוים הוא הסדר כובל על פי סעיף 2(א) לחוק, יחייב החוק את בית המשפט האזרחי (או לפחות יתיר לו), לפנות לגוף מומחה (כגון בית הדין להגבלים עסקיים או הממונה), לצורך הכרעה בשאלות הדורשות ניתוח כלכלי מעמיק של מידת הפגיעה בתחרות. בהתאם, הניתוח הכלכלי כולו, לרבות שמיעת עדויות מקצועיות, ייערך על ידי הגוף המומחה, שיישם את מסקנותיו, בתום הבדיקה, לבית המשפט האזרחי.

עם זאת, הצעתי אינה נקייה מקשיים. קושי אחד העולה, לכאורה, מהצעתי הוא כי "מתלוננים" פוטנציאליים על הסדר כובל יחששו מדין כלכלי מעמיק בתלונתם בבית הדין להגבלים עסקיים, שמא יואשמו בהיותם צד להסדר כובל פוגעני. לכן אפשר להציע פתרון של מתן חסינות ל"צד המתלונן" שרוצה להתנער מאותו הסדר אנכי בטענה כי ההסדר כובל.

הצורך לבצע ניתוח כלכלי מעמיק של פגיעת ההסדר האנכי בתחרות כבר לצורך השאלה אם ההסדר כובל לפי סעיף 2(א) לחוק, מעורר קושי נוסף. קושי זה נובע מן העובדה שישנם כמה מצבים נוספים שבהם נדרש ניתוח כלכלי מעמיק בהקשר של תחולת החוק על הסדר כובל, ועל פי נוסחו הלשוני של החוק מידת הפגיעה בתחרות המהווה אבן ברוך לעניין זה שונה, לכאורה, ממצב למצב. כך, למשל, לצורך בדיקה אם הסדר ראוי לפטור מכוח פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך, יש לבצע ניתוח כלכלי מעמיק על מנת לבדוק אם פגיעת ההסדר בתחרות "קלת ערך". לצורך בדיקה של הממונה אם הסדר ראוי לפטור, לפי סעיף 14 לחוק, יש לבדוק אם ההסדר פוגע "פגיעה של ממש" בתחרות.

אם כך, לפנינו שלושה נוסחים לשוניים שונים המחייבים ניתוח כלכלי של מידת הפגיעה בתחרות: הסדר ש"עלול לפגוע בתחרות" הוא כובל לפי סעיף 2(א) לחוק; הסדר כובל שפגיעתו בתחרות "קלת ערך" ראוי לפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך; והסדר שאינו פוגע "פגיעה של ממש" בתחרות ראוי לפטור מן הממונה. לכאורה, אפשר לטעון ששלושת הנוסחים הללו מסודרים "מהקל אל הכבד". הווה אומר, כדי שהסדר יהיה כובל לפי סעיף 2(א) לחוק, די שפגיעתו בתחרות תהא כזו שהוא "עלול לפגוע בתחרות". מאידך גיסא, ייתכן הסדר שפגיעתו בתחרות מספקת, כדי

חברות הנשלטות על ידם, חברות הנשלטות על ידי חברות הנשלטות על ידם או חברות הנשלטות על ידי אותה החברה השולטת בהם, מתחרים זה בזה בענף כלשהו – אף הצדדים להסדר ייחשבו ל"צדדים מתחרים". בהתאם, הדעת נותנת שגם לצורך תחולת תיקון מספר 9 לחוק, הכוונה היא כי צדדים אלה ייחשבו מתחרים והסדרים אנכיים ביניהם יהיו בחזקת הסדרים כובלים מכוח החזקות החלוטות של סעיף 2(ב) לחוק.

ממילא עולה מכאן השאלה אם, למשל, קשרי תחרות בין חברה "נינה" של הספק לבין חברה "נינה" של הלקוח אכן מצדיקים החלטת חזקה חלוטה על הסדר אנכי בין השניים שלפיה הוא כובל. לדעתי התשובה לשאלה זו שלילית. גם אם נהיה סבורים כי יחסי ספק-לקוח שבין הצדדים להסדר יכולים ליצור ביניהם זיקה העולה לרכך את התחרות בין החברות הנינות שלהם, הרי חשש זה נובע מעצם יחסי ספק-לקוח ביניהם ולא מן הכבילה האנכית המלווה יחסי ספק-לקוח. כך, למשל, נניח שבין מחלבת "גד" לבין "מחסני חצי חינם" יש הסדר רכישה בלעדית. לפי ההסדר, "מחסני חצי חינם" מתחייבת לרכוש מוצר חלב מסוים רק מ"גד" ולא ממתחריה. נניח גם שלחברה "סבתא" של "גד" יש חברה "נינה" הפועלת בשוק המנועולים, ולחברה "סבתא" של "מחסני חצי חינם" יש חברה "נינה" הפועלת גם היא בשוק המנועולים. במקרה כזה ייחשבו "גד" ו"מחסני חצי חינם" ל"מתחרים". על כן, על פי נוסח תיקון מספר 9 המוצע, ייחשבו הצדדים למתחרים, והסדר הבלעדיות ביניהם יבוא בחזקת "הסדר כובל" מכוח סעיף 2(ב) לחוק. מצב דברים זה מעורר את השאלה כיצד יחסי התחרות בין החברות ה"נינות" של "הסבתות" של "גד" ושל "מחסני חצי חינם" מגדילים את מידת הפגיעה המסתברת בתחרות שבהסדר הבלעדיות הני"ל? התשובה לשאלה זו היא שישנו חשש שהיחסים החוזיים בין "גד" לבין "מחסני חצי חינם" יגרמו לחברות ה"סבתות" שלהן לגרום לחברות ה"נינות" שלהן להתחרות באופן מתון יותר בשוק המנועולים. אולם חשש זה קיים גם אלמלא הסדר הבלעדיות – מעצם יחסי ספק-לקוח שבין "מחסני חצי חינם" לבין "גד" – והרי אי-אפשר לטעון כי עצם יחסי ספק-לקוח בין הצדדים מהווים הסדר כובל. ייתכן שאפשר לטעון כי העובדה ש"מחסני חצי חינם" התחייבה לרכוש רק מ"גד" יוצרת תלות גדולה יותר של "מחסני חצי חינם" ב"גד". מכאן שהנטייה של החברה ה"סבתא" של "מחסני חצי חינם" תהיה לגרום לחברה ה"נינה" שלה להתחרות במתינות רבה יותר בחברה ה"נינה" של החברה ה"סבתא" של "גד" בשוק המנועולים. אולם טענה מעין זו שנויה במחלוקת ותלויה בנסיבות רבות, כגון בשאלה אם החברה ה"נינה" של "הסבתא" של "מחסני חצי חינם" היא החברה עם הנטייה החזקה ביותר להוריד מחירים בשוק המנועולים³⁵. יתרה מזו, הטענה רלוונטית, אם בכלל, רק להסדרי בלעדיות, היוצרים תלות מעין זו של הצד שהבטיח בלעדיות בצד שנהנה מן הבלעדיות. היא אינה עולה בחזקתם אנכיים מסוגים אחרים, כגון הכתבת מחירים, הסדר לקוח מועדף, הסדר התאמת הנחות וכו'.

קושי שני עולה במקרים שבהם ספק שהוא גם מפיץ של המוצר שהוא מספק, כלומר, פועל הן בחוליית האספקה והן בחוליית ההפצה (Dual Distribution), עושה הסדר עם מפיץ עצמאי. לפי התיקון המוצע, גם במקרה זה יחולו החזקות החלוטות של סעיף 2(ב), באשר הצדדים להסדר

הם "מתחרים", אף שההסדר עצמו אנכי. לדעתי, גם תוצאה זו איננה ראויה. כך, למשל, נניח שספק זה הבטיח למפיץ שהוא יהיה המפיץ העצמאי היחיד שהספק מוכר לו. הווה אומר, מדובר בסוג של הסדר הפצה בלעדית, אלא שהבלעדיות איננה מוחלטת, משום שהספק מספק גם "לעצמו" ולא רק למפיץ ה"בלעדי". האם הפגיעה של הסדר הפצה בלעדית מעין זה בתחרות גדולה יותר כאשר הספק פועל גם במישור ההפצה? ההפך הוא הנכון. אילו לא פעל הספק בתחום ההפצה, הסדר ההפצה הבלעדית היה יוצר מצב שבו רק מפיץ אחד מפיץ את המוצר של הספק, ואילו כאשר הספק הוא גם מפיץ בעצמו, אזי למרות ההסדר, קיים עוד מפיץ למוצר של הספק – הוא הספק עצמו. משום כך, בלי קשר לשאלה על סמך איזו תאוריה נטען כי ההסדר עלול לפגוע בתחרות, מתחייבת המסקנה שפגיעה זו פחותה מאשר במקרה שבו הספק אינו מפיץ בעצמו – מקרה שבו אין מחלוקת שההסדר אינו נכנס לגדר החזקות החלוטות על פי התיקון המוצע.

נניח עתה שהספק, הפועל גם בשוק ההפצה, קיבל מן המפיץ בלעדיות. כך, למשל, נניח שתחנת דלק מתחייבת לרכוש דלק באופן בלעדי מחברת "פז", שמפעילה בכוחות עצמה תחנות דלק מתחרות באזור של תחנת הדלק הרוכשת. הפעם, לכאורה, אכן החשש מפני פגיעה בתחרות גדול יותר מאשר במקרה שבו "פז" אינה פועלת בשוק תחנות הדלק הרלוונטי, משום שבאזור של תחנת הדלק הרוכשת קיימות תחנות דלק נוספות (התחנות של "פז") שצפויות לרכוש רק מ"פז". באופן זה, האפקט של דחיקת חברות דלק מתחרות מפעילות באותו האזור גדול יותר. עם זאת, נראה שאין הבדל בין מצב דברים זה לבין מצב שבו קיימים שני מפיצים עצמאיים בענף ההפצה הרלוונטי שהבטיחו לרכוש בלעדית מן הספק. אף על פי כן, במצב האחרון, קובע תיקון מספר 9 המוצע כי ההסדרים אינם בגדר החזקות החלוטות, ואילו דווקא כאשר חברת הדלק היא בעלים של תחנת דלק אחרת באזור (ולא רק נהנית מבלעדיות מצד תחנת דלק עצמאית נוספת באזור) חלות החזקות החלוטות. אם כך, במסגרת הניתוח של הפגיעה המסתברת בתחרות על פי סעיף 2(א) לחוק, ראוי היה להביא בחשבון את העובדה שהספק פועל גם בשוק בלי לגרום להחלה גורפת של סעיף 2(ב) על ההסדר.

ניתוח דומה חל גם על הסדרים אחרים של ספק שמחד גיסא פועל גם בשוק ההפצה, ומאידך גיסא עורך הסדרים אנכיים עם מפיצים עצמאיים. כך, הסדרים בין ספק זה לבין המפיצים העצמאיים שלו השוללים תחרות

33 ראו דיויד גילה "חשיבותה של ההצעה לתיקון מס' 9 לחוק ההגבלים העסקיים, ההצהרותיית שלה, והצעה להסרת נטל הניתוח הכלכלי מכתפיהם של בתי-המשפט האורחיים" עיוני משפט כט 641 (2006).

34 כך, למשל, על פי סעיף 2 לפטורי הסוג הוראות כלליות, "הגבלה או תנאי החלים מכוח כללי פטור סוג על צד להסכם יחולו גם על אדם הקשור לצד כאמור, ויראו אי-עמידה בהגבלה או בתנאי כאמור של אדם קשור או יחד עמו, כאי-עמידה בהם של הצד שאליה הוא קשור".

35 סי' 1 לפטורי הסוג הוראות כלליות קובע, מצדו, כי "אדם קשור" כולל, בין היתר: "אדם השולט בצד להסכם, תאגיד הנשלט על ידי צד להסכם וכל תאגיד הנשלט בידי מי מהם".

35 השוו: David Gilo, *The Anticompetitive Effect of Passive Investment*, 99 Mich. L. Rev. 1 (2000). המראה שרק תמריציה של הפירמה עם הנטייה הגדולה ביותר להוריד מחירים יחסית למחיר לא תחרותי הם החשובים לצורך השאלה אם "קרטלים סמויים" (קרטלים ללא קומוניקציה בין המתחרים) הם יציבים.

להקל על הספקים ליצור קרטל³⁷. אולם לא ברור מדוע חשש זה גדול יותר כאשר המותג המתחרה הוא דווקא בבעלות המפיץ, להבדיל ממצב שהמותג המתחרה נמכר למפיץ על ידי ספק עצמאי אחר. מכל מקום, ניואנסים הנובעים מן הבעלות של המפיץ על המותג המתחרה והמשליכים על האופן שבו הסדר קונקרטי עלול לפגוע בתחרות, ראויים לליבון מעמיק במסגרת סעיף 2(א) לחוק, ולא לתחולה גורפת של חזקות חלוטות.

אם כך, לו דעתי הייתה נשמעת, ההבחנה בין סעיף 2(א) לחוק לבין סעיף 2(ב) לחוק, ראוי לה שתבסס לא על אופקיות הצדדים להסדר, אלא על אופקיות ההסדר. הסדר שהוא אנכי, כלומר נוגע ליחסי ספק-לקוח של הצדדים, ראוי לו שיידון על פי הניתוח הכלכלי המעמיק המצווה מכוח סעיף 2(א) לחוק, ואילו הסדר שעניינו יחסי התחרות בין הצדדים, ראוי לו שייכנס לגדר החזקות החלוטות של סעיף 2(ב), אם הוא עוסק באותן הכבילות החמורות המנויות בסעיף קטן זה.

ז. סיכום

נראה שמן האבולוציה של תחולת דיני ההגבלים העסקיים בישראל על הסדרים אנכיים אפשר ללמוד כמה דברים. ראשית, אפשר לצפות כי הרשות האוכפת את דיני ההגבלים העסקיים, רשות ההגבלים העסקיים, תחפוץ לכאורה בתחולה רחבה רבה ככל שאפשר של החוק. אלא שכאשר היקף תחולת החוק חוצה גבול מסוים, שכרה של הרחבה זו עלול לצאת בהפסדה, משום שהיא מזמינה תגובת נגד מצרה מצד בתי המשפט. בהתאם, גם רשות אכיפה שחפצה בתחולה רחבה של החוק שהיא מצווה לאכוף עשויה לתמוך בתחולה מתונה דיה, כזאת שלא תעבור את הגבול הרצוי. עוד אפשר ללמוד כי בתי המשפט האזרחיים בישראל אינם מעוניינים לבצע ניתוח כלכלי מעמיק של מידת הפגיעה בתחרות, אף שלעתים בדיקה מעין זו חיונית על מנת להכריע במקרה נתון. יש לתת את הדעת כיצד לפתור בעיה מוסדית זו. הצעתי לחייב בתי משפט אזרחיים להפנות שאלות כלכליות סבוכות לגוף מומחה, יכולה להיות צעד בפתרון מעין זה. לבסוף, הראיתי שיחסי תחרות בין ספק לבין לקוח לאו דווקא הופכים את ההסדרים שביניהם לאנטי-תחרותיים יותר. בפרט, ההשלכה של יחסי תחרות בין הספק לבין הלקוח בשווקים אחרים מן השוק נשוא ההסדר האנכי שלהם, אינה חדה דיה על מנת להצדיק הכפפת הסדר לחזקות החלוטות להיות הסדר כובל. בנוסף, פעילותו של ספק גם בתחום ההפצה (Dual Distribution), כמו גם פעילותו של המפיץ גם בתחום האספקה (Private Label), אינן בהכרח מגדילות את הפגיעה המסתברת בתחרות של הסדר אנכי שבו מעורב הספק או המפיץ האמורים. נהפוך הוא, לעתים הפגיעה המסתברת בתחרות של הסדרים אנכיים מסוגים שונים צפויה להיות, במצבים אלה, קטנה יותר מאשר במצבים קלאסיים, שבהם הספק עוסק רק באספקה והמפיץ רק בהפצה.

בתחום ההפצה, כגון הכתבת מחירי מינימום או טריטוריות בלעדיות, עלולים להיות פוגעניים יותר אם הספק פועל גם בתחום ההפצה. זאת, משום שכאשר הספק הוא גם מפיץ, יש לו אינטרס להשיא לא רק את רווחיו בתחום האספקה אלא גם את רווחיו בתחום ההפצה. בהתאם, איון התחרות בתחום ההפצה – גם אם יש בו כדי להקטין את רווחי הספק בתחום האספקה – עשויים להגדיל את רווחיו בתחום ההפצה. אולם גם ניתוח זה ראוי לו, לדעתי, שיידון במסגרת יישום סעיף 2(א) לחוק על ההסדר הספציפי, להבדיל מהחלה גורפת של החזקות החלוטות על המקרה. במקרים מעין אלה סביר להניח שהשיקולים המצדיקים החלת ניתוח כלכלי פרטני על הסדרים אנכיים, להבדיל מחזקות חלוטות, ממשיכים לחול, ואת השיקולים המיוחדים לחומרה שמקורם בהיות הספק גם מפיץ אפשר לכלול, במקרים מתאימים, במסגרת הניתוח הכלכלי הפרטני.

בפסקאות הקודמות הצבענו על מקרים שבהם הספק פועל גם בשוק ההפצה (Dual Distribution). סוג אחר של יחסי תחרות בין הספק למפיץ קיים כאשר המפיץ פועל גם בשוק האספקה. זהו המקרה, למשל, שבו לצד המותגים שהמפיץ רוכש מספקים עצמאיים, הוא בעל "מותג פרטי" (Private Label) שהוא מספק לעצמו. גם אלה הם יחסי תחרות, המובילים על פי התיקון המוצע להחלת החזקות החלוטות של סעיף 2(ב) לחוק על הסדרים אנכיים באופיים בין המפיץ הני"ל לספקים העצמאיים. גם זוהי לגישתי תוצאה מוטעית. כך, למשל, נניח שהמפיץ הני"ל, שהוא גם בעל מותג פרטי, מתקשר בהסכם רכישה בלעדית עם ספק אחר. האם בהסדר רכישה בלעדית זה יהיה כדי לפגוע בתחרות יותר מאשר בהסדר רכישה בלעדית שחתם עליו מפיץ שאין לו מותג פרטי? ההפך הוא הנכון. על פי הסדר מן הסוג האחרון, המפיץ מוכר רק את המותג של הספק הבלעדי, ואילו כאשר המפיץ מוכר גם את מותגו הפרטי – הוא מוכר שני מותגים המתחרים זה בזה. בהתאם, אם למשל יש חשש כי הסדר רכישה בלעדית ללא מותג פרטי ידחק ספקים מתחרים מן השוק וכך יהפוך את שוק הספקים לריכוזי יותר, הרי בהסדר רכישה בלעדית עם מותג פרטי ריכוזיות שוק הספקים פחות גבוהה באופן מובהק, שהרי בשוק זה קיים גם המותג הפרטי.

לעומת זאת, במקרה שבו ספק מתחייב להפצה בלעדית למפיץ שיש לו גם מותג פרטי, אכן החשש לפגיעה בתחרות עשוי לגדול ביחס להסדר הפצה בלעדית ללא מותג פרטי. זאת משום שהמפיץ, שהוא המפיץ היחיד שמפיץ את המותג של הספק, עלול לאיין את התחרות שבין המותג הפרטי שבעלותו לבין המותג של הספק הני"ל, באמצעות מחירי ההפצה של שני מוצרים אלה. אולם, לדעתי, אפשר ללבן גם חשש זה נקודתית במסגרת יישום סעיף 2(א), מבלי לגרור באופן גורף את כל ההסדרים האנכיים הנעשים עם מפיץ שיש לו מותג פרטי, אל גרי החזקות החלוטות של סעיף 2(ב) לחוק.

ניתוח דומה חל על הסדרים אנכיים מסוגים אחרים הנערכים עם מפיץ שיש לו מותג פרטי המתחרה במותג של הספק. כך, הסדרים המסירים את התחרות בין מפיצי המותג של הספק, כגון הכתבת מחירי מינימום או טריטוריות בלעדיות, עלולים, במקרים מסוימים, גם לרכך את התחרות בין המותג של הספק לבין המותג הפרטי של המפיץ³⁶. כך, למשל, ישנן תאוריות שלפיהן הכתבת מחירי מינימום שהמפיצים יגבו מצרכנים עלולה

36 ראו, למשל: Patrick Rey & Joseph Stiglitz, *The Role of Exclusive Territories in Producers' Competition*, 26 RAND JOURNAL OF ECONOMICS 431 (1995)

37 ראו, למשל, 3, Lester G. Telser, *Why Should Manufacturers Want Fair Trade?*, J.L. ECON. 86 (1960)