



רשות ההגבלים העסקיים

קביעה לפי סעיף 43(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988

בדבר:

הסדר בלעדיות במקרקעין בין קניון הראל בע"מ לבין בנק דיסקונט לישראל בע"מ

1. פתח דבר

עניינה של קביעת זו הוא במעמדם, בראי דיני התחרות, של הסדרי בלעדיות במקרקעי מרכז מסחרי. בהסדרים מסוג זה מתחייב בעל הזכויות במרכז המסחרי כלפי בעל עסק, השוכר אצלו מקרקעין לשם ניהול עסקו (להלן: "**העסק השוכר**"), כי לא יאפשר למתחרה של העסק השוכר גישה למרכז המסחרי. בכך מוקנית לעסק השוכר, לפי דרישתו, בלעדיות באספקת מוצר או שירות במרכז המסחרי ונמנעת התחרות בו.

יש הסוברים כי כל תוחלתם של הסדרים אלה רעה היא לתחרות, בהיות תכלית ברייתם – מניעת תחרות ומתן כוח בידי העסק השוכר הנהנה מן הבלעדיות, לגבות מן הצרכנים העורכים קניותיהם במרכז המסחרי מחירים גבוהים יותר. מנגד, יש הרואים בהסדרים אלה תופעה לגיטימית, המדרבנת את העסק השוכר להשקיע מאונו וממרכו במרכז המסחרי בכללותו ומונעת "הנאת חינם" של מתחריו, המבקשים לגזול מפירות מאמציו אלה. כבמקרים רבים, מתברר אף כאן כי אין הצדק שורה כולו במעונו של מי מהניצים במחלוקת. כמפורט בהמשך הדברים, השאלה איזו גישה תגבר היא לעתים ענין לנסיבות הפרטניות בהן מתקיים ההסדר, אף שאין ספק בדבר כי הקושי התחרותי הנובע מהסדרי בלעדיות אלה מתעצם במיוחד במקומות בהם קיים מרכז מסחרי אחד, ובו נמנעת, מכוח הבלעדיות, התחרות בעסק השוכר.

גורלם של הסדרי בלעדיות במקרקעין דוגמת ההסדר נשוא קביעת זו טעון ליבון גם לאור הוראת סעיף 3(3) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988 (להלן: "**חוק ההגבלים העסקיים**"), הדנה בהסדרים כובלים בין בעל מקרקעין לבין מי שהוקנתה לו זכות במקרקעין. משך שנים רבות נטען כי מכוחו של סעיף זה חסינים הסדרי הבלעדיות במרכזים המסחריים ללא סייג. הגיעה העת לדון ולהבהיר אף סוגייה זו בקביעת הממונה על ההגבלים העסקיים, הניתנת לפי סמכותו שבסעיף 43 לחוק ההגבלים העסקיים.

הסוגייה כולה נדרשה להחלטה כחלק מבירור תלונה שהוגשה לי ביום 11.4.2005, ולפיה קיים הסדר כובל אסור ופסול בהסכם שבין חברת קניון הראל בע"מ (להלן: "**קניון הראל**") לבין בנק דיסקונט לישראל בע"מ (להלן: "**בנק דיסקונט**"). על פי התלונה, תוכנו ומשמעותו של ההסדר היא בחסימת דרכם של בנקים מתחרים למרכז המסחרי "קניון הראל", שהינו היחיד מסוגו הקיים



רשות ההגבלים העסקיים

- 2 -

במועצה המקומית מבשרת ציון (להלן: "**המרכז המסחרי**"). על פי התלונה חויב קניון הראל על ידי בנק דיסקונט שלא לאפשר במרכז המסחרי שבבעלותו, פתיחת סניף בנק מסחרי המתחרה בסניף בנק דיסקונט. אין חולק כי הסדר כאמור קיים בין קניון הראל לבנק דיסקונט.

בירור וליבון טיבה של תניית הבלעדיות ותוחלתה בנסיבות הענין, העלו כי מדובר בהסדר כובל מובהק, החייב מראש באישור מערך הפיקוח על ההגבלים העסקיים. משמעותה של תניית בלעדיות במקרקעין היא בדרך כלל – הצרת יכולת התחרות. הצרה זו תהא זניחה אם בקרבת המרכז המסחרי בו הוקנתה הבלעדיות, קיימים אתרי מסחר מרכזיים נוספים המספקים לצרכנים חלופה קרובה וברורה לעסק השוכר, עד שתוחלת הכבילה שבהסדר מאויינת לחלוטין. ואולם כשאין קיימות חלופות ברורות כאלה למרכז המסחרי בו הוקנתה הבלעדיות לעסק השוכר, ברור הדבר כי תניית הבלעדיות מהווה הסדר **העלול** להפחית את התחרות (אם לא למעלה מכך). במקרה כזה חייבת הצרת התחרות שהיא פרי ההסדר, לעלות לבחינה על שולחנו של מערך הפיקוח על ההגבלים העסקיים.¹

בדיקת הרשות העלתה כי תניית הבלעדיות עלולה להפחית את התחרות בעסקי השירותים הבנקאיים אל מול ציבור הלקוחות הנזקקים לשירותים אלה במבשרת ציון. עוד מתחוויר כי תנייה זו, במסגרתה מגביל העסק השוכר את בעל המרכז המסחרי אינה חוסה תחת הוראת סעיף 3(3) לחוק ההגבלים העסקיים, שנועדה לרצינוול הפוך בתכלית: לאפשר לבעל מקרקעין להגביל את השוכר בתחרות במקרקעיו.

משכך, החלטתי להפעיל סמכותי שבסעיף 43 לחוק ההגבלים העסקיים ולקבוע כי תניית הבלעדיות מהווה הסדר כובל שאין להיות צד לו בלא אישור, פטור או היתר זמני. מסקנה זו נובעת הן מהוראת סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים והן מהוראת סעיף 2(א) לחוק זה.

2. תיאור המערכת ההסכמית

בנייתו של קניון הראל הושלמה במהלך חודש מרץ 1995. עוד בטרם השלמת הבנייה, ביום **23 ביוני 1994**, חתמו קניון הראל ובנק דיסקונט הסכם, במסגרתו הושכר לבנק דיסקונט שטח בקניון לצורך פתיחת סניף בנק לשלוש שנים בתוספת אופציה לשנתיים סך הכל **חמש שנים**.

בהסכם זה לא נכללה תניית בלעדיות.

ביום **6 בדצמבר 1995**, לאחר פתיחת סניף הבנק בקניון, החליטו הצדדים על הרחבת שטח הסניף. בהזדמנות זו הוסף בהסכם, לבקשת בנק דיסקונט, סעיף בלעדיות בו נקבע כי קניון הראל:

¹ גם במקרה כזה עשוי להינתן היתר, בין אם בדרך של אישור בית הדין (מן השיקולים הנוקבים בסעיפים 9 ו-10 לחוק ההגבלים העסקיים) ולעיתים אף בדרך של מתן פטור על ידי הממונה לפי סעיף 14 לחוק. דוגמא למצב כזה היא כאשר בטווח זמן מיידי עומדים להיות מוקמים במקום מרכזים מסחריים נוספים אשר יספקו לציבור הצרכנים חלופות ברורות לעסק השוכר הנהנה הבלעדיות, ולכן משכה של הבלעדיות אינו משמעותי כלל.



רשות ההגבלים העסקיים

- 3 -

"לא יפתח במרכז סניף בנק נוסף לסניף שבכוונת השוכרת לפתוח, למעט סניף בנק של רשות הדואר אשר יפתח, אם יפתח, אף הוא במרכז."

(להלן: "תניית הבלעדיות")

מוסכם על הכל כי הסכם זה, על הבלעדיות שהוענקה בכניפו לבנק דיסקונט במרכז המסחרי של מבשרת ציון, הושלם ומיצה את כל תקופתו.

בשנת 2000 עם מיצוי הסכם השכירות (לרבות תקופת האופציה), החליטו הצדדים לחתום על חוזה חדש, הפעם לתקופה בת **עשר שנים**: חמש שנות שכירות שלאחריהן ניתנת לבנק דיסקונט האופציה להאריך את השכירות בחמש שנים נוספות. במסגרת זו הסכימו הצדדים כי בתקופת האופציה של ההסכם החדש, יעודכנו דמי השכירות ב- 10% ביחס לגובהם בתקופה שקדמה לאופציה, וכי שאר הסעיפים, לרבות תניית הבלעדיות, יותרו בעינם, ללא שינוי. מוסכם על הכל כי גם תקופת השכירות שבהסכם זה (חמש השנים הראשונות), מוצתה כשדיסקונט ממשיך ליהנות מבלעדיות גמורה במרכז המסחרי של מבשרת ציון.

באוקטובר 2004, בסמוך למועד מימוש האופציה ולמעלה מעשר שנים ממועד ההסכם הראשון, נפל דבר: בעל המקרקעין (קניון הראל) פנה לעסק השוכר (בנק דיסקונט), בבקשה שהאחרון יסכים לביטול תניית הבלעדיות. בתמורה, היה קניון הראל נכון להפחתה של 10% בדמי השכירות שעל הבנק לשלם. שוויו של ויתור זה של הקניון מוערך בכ- \$165,000 (למשך תקופת האופציה).

ביום 9 בינואר 2005, הודיע בנק דיסקונט על מימוש האופציה להמשך השכרת שטח הסניף במרכז המסחרי לחמש שנים נוספות וכי הוא עומד על זכותו החוזית לבלעדיות, **עד שנת 2010**. נמצא כי בנק דיסקונט ביכר להמשיך ולהישאר הסניף הבלעדי בקניון היחיד במבשרת ציון והסביבה ודחה את ההצעה להפחתת דמי השכירות כנגד ביטול הבלעדיות.

3. התלונה על ההסדר הכובל

בחודש אפריל 2005, כחלק ממאמציו להקים סניף מתחרה במבשרת ציון, פנה בנק הפועלים אל רשות ההגבלים העסקיים, בבקשה לבדוק את חוקיות תניית הבלעדיות השוררת מזה שנים ארוכות בין בנק דיסקונט לקניון הראל. לטענתו, חוסם ההסדר דנא את דרכו, כבנק מתחרה, להציע לתושבי מבשרת וסביבתה שירותים בנקאיים שונים.² בתלונתו, ציין בנק הפועלים כי בדק חלופות קרקע שונות במבשרת ציון לצורך הקמת סניף מתחרה באזור ומצא שמלבד קניון הראל אין, למעשה, חלופה ממשית וזמינה להקמת סניף מתחרה. עובדה זו יש בה ללמד, אליבא דבנק הפועלים, על פגיעתה הרעה של תניית הבלעדיות בתחרות.

² לשלמות התמונה אציין כי פניית בנק הפועלים באה לאחר התערבותי בהסדר שחתם בנק הפועלים, עת מכר מקרקעין עליהם שכן סניף בנק הפועלים בנווה יעקב. במסגרת הסכם המכירה דרש בנק הפועלים מן הרוכש כי יתחייב שלא להשכיר בעתיד את המקרקעין לכל תאגיד בנקאי אחר. לאחר שהובא דבר ההסדר לידיעתו, פניתי לבנק הפועלים בדרישה לבטלו נוכח היותו הסדר כובל מובהק. בנק הפועלים הסיר את ההתחייבות מחוזה המכירה.



רשות ההגבלים העסקיים

- 4 -

ביום 2.5.2005 פניתי לבנק דיסקונט והבעתי עמדותי כי לכאורה, המדובר בהסדר כובל:

"... מטרתו העיקרית של סעיף 6 להסכם (הסדר הבלעדיות – ד.ש.) היא בהפחתת התחרות והוא עשוי להפחית את התחרות בעסקים בין הבנק לבין מתחריו - שאינם צד להסכם. מאלה נחסמת הגישה לקניון - גישה שהייתה ניתנת להם לולא עמד הסכם זה בתוקף...נוכח האמור לעיל אבקשכם להודיענו ... האם הנכם עומדים על קיומו של סעיף 6 בהסכם."

תשובתו של בנק דיסקונט הייתה, כי הוא עומד על קיומן של הוראות הסכם השכירות "ככתבן וכלשונן", ובכלל זה תניית הבלעדיות נשוא קביעה זו.

4. מועצה מקומית מבשרת ציון וסביבתה

על פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה מונה אוכלוסיית מבשרת ציון, נכון ליוני 2005, כ- 22,100 איש. מנקודת ראות הבנקים המסחריים, מבשרת ציון³ היא יעד מועדף לפתיחת סניף בנק, בין היתר בגלל גידול האוכלוסין המתמיד בה,⁴ סוג האוכלוסיה⁵ והתפתחותו של היישוב.

קניון הראל אוכלס בשנת 1995 והוא ממוקם בכניסה הראשית ליישובים מבשרת ציון ומוצא עלית. מיקומו של הקניון הוא מרכזי ביותר. למעשה, עומד הוא בתווך, בין שתי "אונותיו" של היישוב מבשרת ציון: האונה הדרומית והאונה הצפונית. התפתחותה של מבשרת נעשתה בדרך של בניית שכונות נוספות והתפשטות גיאוגרפית של ה"אונות" כאשר המרכז המסחרי של היישוב נותר כל השנים על עומדו, במיקומו הנוכחי.

במבשרת ציון ובסביבתה (המונה את היישובים מוצא עלית, הר אדר, שורש, קריית ענבים, קריית יערים, אבו גוש, מעלה החמישה ובית נקופה) ישנו סניף בנק מרכזי אחד – הוא בנק דיסקונט, הממוקם, כאמור, בקניון שבכניסה הראשית למבשרת ציון ובלב המרכז המסחרי והמשתרע על כ- 300 מ"ר. בנק דיסקונט נהנה מבלעדיות באזור זה, זה למעלה מעשר שנים.

עוד סניף בנק אחד יימצא במבשרת ציון והוא סניף קטן מאד, השייך לבנק איגוד. שטחו של סניף זה הוא כ- 100 מ"ר והוא מעסיק ארבעה עובדים בלבד. להבדיל מסניף בנק דיסקונט, סניף איגוד איננו מצוי על עורק התנועה הראשי וממוקם בשכונה של מבשרת ציון המכונה "רכס חלילים".

בדיקה עם גורמי התכנון במבשרת העלתה, כי נכון להיום אין חלופת קרקע זמינה וממשית המאפשרת פתיחה בהווה של סניף בנק מרכזי בקרבת מקום.

³ בשנת 1964 אוחדו שלושה יישובים תחת קורת הגג של מועצה מקומית מבשרת ציון: מעוז ציון א', מעוז ציון ב' ומבשרת ירושלים.

⁴ לפי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה המופיעים באתר האינטרנט www1.cbs.gov.il, קצב גידול האוכלוסייה במבשרת ציון במונחים שנתיים עומד נכון ליוני 2005 על 3.1 אחוז.

⁵ לפי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, נכון לדצמבר 2001, מדורגת מבשרת ציון בדרוג חברתי-כלכלי גבוה (הוא הדין במעמדה בהיבטי מספר הזכאים לבגרות והשכר הממוצע של תושביה).



רשות ההגבלים העסקיים

- 5 -

5. ההשפעה התחרותית של בלעדיות בין הקניון ובין הבנק

בעיית התחרות הבסיסית בתניות בלעדיות לסוגיהן, נעוצה בכך שהבלעדיות עלולה לחסום (או להצר) את יכולת כניסתם של ספקים מתחרים, המבקשים להתחרות ולהציב בפני הצרכנים חלופה קרובה, ממשית ואפקטיבית למוצר או השירות שמספק העסק השוכר, הנהנה מן הבלעדיות.⁶ במובן זה ניתן לומר כי כמעט כל הסדר בלעדיות טומן בחובו פוטנציאל למניעת תחרות במידה כלשהי. עמד על כך בית הדין להגבלים עסקיים בפסק דינו בפרשת דלק:

".. למשל, הסדר כובל שבו מבטיח לעצמו הספק (שלא נטל על עצמו מגבלה על-פי ההסדר) בלעדיות על צינורות השיווק, עשוי לפגוע בתחרות בין אותו ספק לבין ספקים אחרים. חשש זה, הנוגע להשפעתו האופקית של ההסדר על מתחריו של הספק, הקושר אליו בהסכמים בלעדיים את המפיצים וחוסם את הגישה למפיצים אלה בפני ספקים אחרים, הוא החשש העיקרי הכרוך בהסדרי בלעדיות."

הטיב להדגים את הבעיות התחרותיות הנובעות מהסדרים מסוג זה נשיא ביהמ"ש המחוזי בירושלים בפרשת פזגז, כב' השופט ו. זילר:

"טול מקרה של ספק חדש המבקש לחדור לשוק במוצר פלוני, והוא מחזר על פתחי אלו שמפיצים סוג מוצר זה בין הקמעונאים. אם אותם מפיצים, שבדרך הטבע מספרם מצומצם יחסית, יהיו מנועים מכח הסכמים כובלים, לקבל להפצה את אותו מוצר פלוני, תיחסם הדרך במקרים רבים בפני אותו ספק חדש להיכנס לשוק. תיאורטית הוא יכול לחזר על פתחי הקמעונאים, שמספרם רב, ואולם פרקטית וכלכלית הדבר לא ניתן להעשות במקרים רבים. **הקמת מערך שיווק עצמאי רק עבור מוצר מסוים יכולה להיות במקרים רבים בלתי כלכלית.** התוצאה תהיה שהציבור ייצא נפסד מהסדרים כובלים כאלו, משום שהם מונעים מהמפיצים הפעלת שיקול-דעת מסחרי, ואוסרים עליהם לרכוש מוצר טוב יותר, או זול יותר, או המסופק בתנאים אחרים, טובים יותר."

כך גם הסדר הבלעדיות הנדון מונע בפועל מבנקים מסחריים להפיץ שירותי בנקאות לתושבי מבושרת ציון והסביבה באמצעות מערך השיווק הקיים - הוא המרכז המסחרי קניון הראל.

ההשלכות וההשפעות האנטי תחרותית שביסודן של תניות הבלעדיות במרכז מסחרי תוארו במאמר שפורסם ב-Harvard Law Review לפני למעלה משלושים שנה:

"And exclusion from a regional center may effectively mean exclusion from a whole trade area, or at least a significant competitive disadvantage for the excluded party. Controls exercised by the major

⁶ לניתוח הפגיעה התחרותית בהסדרי בלעדיות בכלל ראה הסדר כובל בהסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי תחנות התדלוק- קביעה לפי סעיף 43(א) לחוק ההגבלים העסקיים: (ההגבלים העסקיים- החלטות הממונה ופסקי דין, הוצאת ועד מחוז תל אביב, כרך א'; 1993 הגבלים עסקיים 3003595. וכן הי"ע (ירושלים) 469/98 דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'; 2001 הגבלים עסקיים 3010588 (להלן: "פרשת דלק").

⁷ ת"א 961/91 פזגז חברה לשיווק בע"מ נ' דור אנרגיה (1998) בע"מ ואח', דינים מחוזי לב(6), 660



רשות ההגבלים העסקיים

- 6 -

tenant may thus result in reduced competitive activity within the trade area, and higher prices or poorer service for the consuming public.”⁸

זהו, אם כן, סוג הסכנה התחרותית הרלבנטית לבחינתן של תניות בלעדיות.

הפגיעה התחרותית אף מתחדדת בקרב אוכלוסיות מיוחדות: בעלי בתי העסק באיזור, שעיסוקם מחייב זמינות ונגישות לסניף הבנק בקרבת מקום לצורך הפקדות המזומנים וההמחאות המצטברים בסיומו של יום העסקים; אוכלוסיות אחרות שניידותן מוגבלת או שאינן נחשפות באופן סדיר לערים אחרות סמוכות בהן ממוקמים גם סניפי בנקים אחרים.

חסרונן של חלופות קרקע כבסיס לתחרות בסניף דיסקונט

תמונה זו של תחרות ומגוון מצומצמים במבשרת ציון, אף מחמירה בהיבחן המצב של חלופות זמינות למתחרים פוטנציאליים וחסמי הכניסה. ככלל, במקרים בהם תימצא חלופת קרקע מתאימה בסביבתו של המרכז המסחרי יכול הדבר להקהות את הפגיעה התחרותית כתוצאה מכך. אולם הצד האחר של המטבע הוא כי בכדי שהחלופה תהא רלבנטית לתחרות, עליה להיות מתאימה לצרכיו של סניף בנק.

המציאות מלמדת כי יקשה למצוא במבשרת מבנה מתאים וזמין להקמת סניף בנק מרכזי מתחרה לנהנה מן הבלעדיות – סניף בנק דיסקונט היושב בבלעדיות בקניון הראל. זה שלוש שנים מנסה בנק הפועלים לפתוח סניף בנק במבשרת ציון וסביבתה, וזאת בשל העדר מבנה מתאים לכך. מנתוני בנק הפועלים שנמסרו לרשות עולה, כי נבחנו מספר חלופות אך אלה לא התאימו לצרכיו של בנק מסחרי המעוניין לפתוח סניף בנק אשר מעניק שירות לתושבי האיזור. גם מבדיקה שערכה רשות ההגבלים העסקיים במוסדות התכנון של מבשרת עולה כי אין מבנה הזמין כיום, לפתיחת בנק מסחרי מרכזי בתוכו.

בהעדר חלופות קרקע זמינות המתאימות לסניף בנק מתחרה, מתעצמת תוחלת פגיעתה של תניית הבלעדיות. חוסר זה בחלופות מקרקעין מסחריים התואמים צרכיו של סניף בנק מרכזי, מהווה חסם כניסה מובהק. באופן דומה, קבע ה-District Court במדינת אורגון, כי בהעדר חלופות קרקע הסדר בלעדיות בקניון המונע מבעליו להשכיר שטח פנוי לצד שלישי העוסק בתחומו של השוכר, פוגע בתחרות:

“Because of the physical characteristics of the area, the dynamics of the market and the unavailability of alternate sites in the vicinity, a site within the Oregon City shopping center is the only place from which the plaintiff can compete effectively in the market serviced

“The Antitrust Implication of Restrictive Covenants in Shopping Center Leases” 86 Harv. L. Rev. 1201 (1972-1973) p. 1208



רשות ההגבלים העסקיים

- 7 -

by this center. Exclusion of the plaintiff from this shopping center will seriously restrain competition in the marketplace.”⁹

תקופת הבלעדיות מחמירה את הפגיעה התחרותית

מימד הזמן מלמד גם הוא על קיומה או העדרה של הסתברות לפגיעה תחרותית. ככלל, תיעשה בחינה זו במסגרת שלב הדיון בבקשת האישור או הפטור להסדר כובל, ולא בשלב ההחלטה אם הסדר פלוני הינו כובל אם לאו. זאת מן הטעם שסיווגו של ההסדר ככובל הינו אך שלב מקדים, שער לפיקוח, המעלה ברשת את כלל ההסדרים הנושאים פוטנציאל פגיעה תחרותית ואילו הסינון בין הסדרים לפי חומרת פגיעתם נעשה בשלב בבקשת ההיתר. כך, בפרשת דלק, קבע בית הדין להגבלים עסקיים, במסגרת בקשה לאישור הסדרים כובלים בין חברת דלק לתחנות תדלוק כי:

”באופן כללי ניתן לומר שככל שתקופות הבלעדיות ארוכות יותר, תהיה הנטייה לראותם כפוגעים בתחרות גבוהה יותר”¹⁰

אולם, לצורך קביעתי זו נכון אני להניח הנחה שבדין הרצוי, ולפיה גם היות הבלעדיות לתקופה קצרה מאד, עשויה לאיין את פוטנציאל הפגיעה התחרותית במידה כזו שההסדר, למרות עצם הבלעדיות שבו (במצטבר לנסיבות אחרות כמו קיומם של מתחרים או חלופות קרקע זמינות) – לא ייחשב לכובל. ברם, בנסיבות העניין שבפניי ברור כי מימד הזמן אינו יכול למלט את ההסדר שבפניי מכבילותו: העובדה שמשך השתרעותה של תניית הבלעדיות הנבחנת בקביעתי זו, עומד על 15 שנות בלעדיות מחמירה משמעותית את סכנת הפגיעה התחרותית הנשקפת ממנה.

אינדיקציה לפגיעה בתחרות – דחיית ההצעה לקבלת תמורה כספית עבור ביטול הבלעדיות

כאמור, פנה קניון הראל לבנק דיסקונט בהצעה כי זה יוותר על תניית הבלעדיות, בתמורה להפחתת דמי השכירות בכ- 10%. מדובר בהפחתה של \$165,000 לבנק דיסקונט (במשך חמש שנים). בנק דיסקונט דחה את הצעת קניון הראל והחליט לממש את תקופת האופציה שבהסכם השכירות, לרבות הסדר הבלעדיות. ברור כי לולא סבר בנק דיסקונט שכניסת סניף מתחרה לקניון תפגע בעסקיו במבשרת וסביבתה לא היה מוותר על קבלת סכום משמעותי זה. בנק דיסקונט אף לא הציג דרישה כספית גבוהה יותר אלא פשוט סירב לחלוטין לאפשר כניסת מתחרה למקום.

6. המסגרת המשפטית

בהסדר הבלעדיות כפי שזה תואר לעיל, התמלאו תנאי סעיף 2(א) וסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, וקם ”הסדר כובל” מובהק במובנו של חוק ההגבלים העסקיים. התקיימות חלק

⁹ Pay Less Drug Stores Northwest, Inc. v. City Products Corp. 1975 U.S. Dist. LEXIS 11847

¹⁰ פרשת דלק, לעיל הע”ש 6, בסעיף 173 לפסק הדין.



רשות ההגבלים העסקיים

- 8 -

מהתנאים היא ברורה ואין מקום להתעכב עליה יתר על המידה: אין חולק כי בנק דיסקונט וקניון הראל הם "בני אדם המנהלים עסקים", שהרי כך הצדדים מעידים על עצמם. הוא הדין בהסכמי השכירות בין הצדדים הנכנסים לגדרו של המונח "הסדר": בהתקיים חוזי שכירות חתומים שאין הצדדים מתכחשים להם אין כל ספק בדבר קיומו של הסדר במובן החוק, מונח אשר נועד לכלול כל מסגרת של תקשורת והבנה בין צדדים, אף אם לא מתקיימות בה דרישות דיני החוזים לשכלולו של חוזה מחייב כדת וכדין.

סעיף 2 לחוק התוחם את גבולותיו של הסדר כובל קובע שני מסלולים: הראשון, בסעיף 2(א) לחוק, דורש בחינה של ההסדר מבחינת הפוטנציאל המצוי בו לפגיעה תחרותית; המסלול השני, הקבוע בסעיף 2(ב) לחוק, מכיל רשימה של נושאים אשר כבילה ביחס אליהם יוצרת חזקה חלוטה בדבר פגיעתם בתחרות. בין אלה מונה סעיף 2(ב) כל הגבלה על צד להסדר באשר לאנשים עימם יעסוק (סעיף 2(ב)(3)) ובאשר להיקף השירותים או הנכסים שיציע (סעיף 2(ב)(4)).

ההסדר הינו הסדר כובל לפי סעיף 2(ב)

כבילה, הנוגעת לאחד העניינים המנויים בסעיף 2(ב), מקימה חזקה חלוטה כי פגיעה זו מתרחשת. על הלכה זו חזר בית המשפט העליון בהחלטתו בעניין **טבעול**¹¹:

"דומה כי לאור לשון החוק, הצעת החוק והרציונלים העולים מן המשפט המשווה, החלים גם במערכת הכלכלית הישראלית, נכון לקבוע כי החזקות האמורות בסעיף 2(ב) לחוק הן חזקות חלוטות, שבהתקיים האמור בהן, מוכרז ההסדר כהסדר כובל."

וכך קובע סעיף 2(ב)(4):

"(ב) מבלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף קטן (א) יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת לאחד העניינים הבאים:

...

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

הסדר הבלעדיות כובל את הקניון בהיקף שטחי המסחר שיוכל להציע לבנקים מסחריים בישראל המעוניינים בשכירת שטחים לעסקים בקרבו ובמשמע – בהיקף השירותים וסוגם שהוא יכול להציע ללקוחותיו המבקרים בקניון. אין חולק כי משעה שקיבל עליו קניון הראל את הסדר הבלעדיות, **הוגבלה** יכולתו לקבוע את תמהיל השירותים המוצעים בקניון, שכן הוא מנוע, על פי תניית הבלעדיות, מלהשכיר את יתרת השטח במרכז המסחרי לבנקים מסחריים אחרים. הגבלה זו נוגעת באופן ישיר לכמות השירותים מסוג מסוים אותם יכול קניון הראל להציע ללקוחות

¹¹ ע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' מדינת ישראל וסף הים (1994) בע"מ, (פ"ד נד(3) 145); 1998 הגבלים עסקיים 3003021.



רשות ההגבלים העסקיים

- 9 -

הקניין אשר בבעלותו. נמצא, אפוא, כי מתקיימת בתניית הבלעדיות ההגבלה הכלולה בחזקה החלוטה שבסעיף 2(ב)(4) לחוק.

אף מן הצד המהותי ברור כי הגבלת הקניין בכמות שטחי המסחר שיציע למתן שירותי בנקאות היא הגבלת כמות העלולה לפגוע בציבור – ומקרה זה יוכיח: במצב בו המדובר בקניין היחיד במבשרת ציון – ההגבלה הכמותית שהוא נוטל על עצמו משפיעה על כלל היצע השירותים הבנקאיים ביישוב כולו.

לעניין עצם היותה של הגבלת כמות על היקפו של שירות – כבילה, ניתן לשרטט אנלוגיה להחלטת בית הדין להגבלים עסקיים, בה"ע 13/93 **אדנים בנק למשכנתאות נ' הממונה על הגבלים עסקיים**¹², כי כוונת הבנקים לצמצם את השירותים שהם נותנים ולסגור במתואם את סניפיהם בימי ו', מהווה כבילה על פי סעיף 2(ב)(4), שהרי:

"אין דומה שירות בנקאי הניתן 6 ימים בשבוע לזה הניתן 5 ימים בשבוע. השירות הראשון, הניתן 6 ימים בשבוע, עולה על השירות הניתן 5 ימים בשבוע, הן בכמותו והן באיכותו. מכאן, שהסדר המגביל את ימי הפתיחה של עסקים עונה על המבחן הקבוע בסעיף 2(ב)(4) לחוק, בהגבילו את "כמות השירותים שבעסק, איכותם או סוגם".

אמנם בפרשת אדנים דובר בכבילה אופקית ולא בהגבלה אנכית, אולם במקרה שבפניי אין ספק בדבר כי השפעתה של הכבילה היא אופקית:¹³ היא חוסמת במישרין כניסתו של כל מתחרה אופקי לשטח המרכז המסחרי של מבשרת ציון. במקרה זה ברור מנסיבות העניין כי חסימה זו גם אינה רעיונית או תיאורטית: גם בנק הפועלים וגם בנק לאומי ניסו להציע שירותיהם – ונחסמו.

אוסף עוד, כי אף לפי סעיף 2(ב)(3) המקים חזקה חלוטה להיות כל הסדר בעניין "חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו" הסדר כובל, מהווה תניית הבלעדיות הסדר כובל. שהרי היא אוסרת על קניון הראל להשכיר את שטחיו לכל בנק מסחרי בישראל – זולת בנק דיסקונט.

מקובל לסבור כי בלעדיות שבין אדם למפיץ שלו, המתמחה בשיווק מוצריו ומהווה למעשה חלק ממערך השיווק שלו – ראויה לפטור ואף בתנאים מסוימים היא באה בגדרו של פטור הסוג להסכמי הפצה בלעדית¹⁴, ואולם כאן אין מדובר ביחסים כאלה: קניון הראל הינו מרכז מסחרי

¹² 1997 **הגבלים עסקיים** 3006123.

¹³ על השפעתה האופקית של בלעדיות בצינורות השיווק עמד בית הדין להגבלים עסקיים בפסק דינו המפורט בפרשת **דלק (ה"ש 6 לעיל)**: "הסדר כובל שבו מבטיח לעצמו הספק (שלא נטל על עצמו מגבלה על-פי ההסדר) **בלעדיות על צינורות השיווק**, עשוי לפגוע בתחרות בין אותו ספק לבין ספקים אחרים. חשש זה, הנוגע להשפעתו האופקית של ההסדר על מתחריו של הספק, הקושר אליו בהסכמים בלעדיים את המפיצים וחוסם את הגישה למפיצים אלה בפני ספקים אחרים, הוא החשש העיקרי הכרוך בהסדרי בלעדיות."

¹⁴ כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית), התשס"א-2001, ק"ת 6096, התשס"א (26.3.2001), עמ' 669, תוקן בק"ת 6327, התשס"ד (1.7.2004), עמ' 749.



רשות ההגבלים העסקיים

- 10 -

מגוון אשר מהווה את מרכז חיי המסחר באזור והוא יחיד מסוגו באזור מבשרת, ואין הוא משווק המתמחה בשיווק מוצריו ושירותיו של בנק דיסקונט.

ההסדר הינו הסדר כובל לפי סעיף 2(א) לחוק

להלכה ולמעשה, מייצרת המסקנה כי תניית הבלעדיות מהווה הסדר כובל מכוח סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, את בחינת התקיימותו של סעיף 2(א) בתנייה זו. כך קבע בית המשפט העליון לא מכבר, בפרשת אריאל:

"מכאן מתחייבת מסקנה נוספת, והיא כי הסדר המצוי בגדרן של החזקות החלוטות בסעיף 2(ב) לחוק, נכלל ממילא גם בגדרה של ההגדרה הכללית של "הסדר כובל" בסעיף 2 (א), אלא שאת יסודות ההגדרה בסעיף 2(א) ובהם יסוד הפגיעה בתחרות, פטורה התביעה מלהוכיח." ¹⁵

אולם למעלה מן הדרוש אבחן גם את התקיימותו של סעיף 2(א) בתניית הבלעדיות. טעם עיקרי לדבר הוא בכך שסעיף 2(א) מאפשר מבט על הנסיבות הכלכליות המהוות את המצע לקיומה של תניית הבלעדיות. לכך מצטרפת העובדה כי הדין עומד בפני שינוי המחלף את סעיף 2(א) ממגבלת בחינת ההשפעה התחרותית על היחסים בין הצדדים, ומעמידו על עלילות ההסדר לפגיעה בתחרות בכללותה, תוך מבט ובחינה של הנסיבות הכלכליות הרלבנטיות.

ההסדר עלול לפגוע בתחרות

סעיף 2(א) לחוק קובע כי על מנת שהסדר יסווג כהסדר כובל יש להוכיח כי הוא עלול לפגוע בתחרות בעסקים. הסעיף איננו דורש כי ההסדר פגע או פוגע בפועל ואינו מחייב להוכיח וודאות בדבר פגיעתו בפועל בעתיד. כל אשר נדרש הוא חשש לפגיעה תחרותית וברור כי על החשש להיות סביר, קרי כזה שאינו ערטילאי ותיאורטי גרידא, אך אין יכולה להיות לו כל השפעה תחרותית בנסיבות הענין. הגדרה רחבה זו של הסדר כובל באה על רקע מנגנוני ההיתר המצויים בחוק, היטיב להגדיר זאת כב' השופט חשין בדנ"א 4465/98 ¹⁶:

"נוסף וניתן דעתנו להגדרתו הרחבה של המושג "הסדר כובל", וידענו כי היקף פרישתו של החוק הינו רחב-מכל-רחב, דבר שיש בו כדי להגביר את חשיבותם של האישורים והפטורים למיניהם. אכן, המחוקק השתמש בכמה-וכמה נוסחאות-מיסגרות להקלה מן האיסור על כריתתו של הסדר כובל, ושימוש נבון כי תעשינה הרשויות בשיקול הדעת הניתן להן, יהיה בדבר כדי להקהות את חודו של האיסור."

בנוסף, אין סעיף 2(א) דורש, כתנאי מוקדם לתחולתו כי ההסדר יגלם תוחלת של פגיעה משמעותית או ממשית בתחרות, וזאת בשונה מן המבחן הקבוע למתן פטור על פי החוק (סעיף 14)

¹⁵ ע"פ 7829/03 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ ואח'; 2005 הגבלים עסקיים 5000100.

¹⁶ טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ (פ"ד נו" 56); 2001 הגבלים עסקיים 3003022.



רשות ההגבלים העסקיים

- 11 -

ומן המבחן הקבוע בחוק להתנגדות למיזוגים (סעיף 21 לחוק). כל שהסעיף דורש הוא עלילות לפגיעה כלשהי בתחרות, ועקרון "זוטי הדברים" ישמיענו כי לא נביא בגדרה של פגיעה כזו – פגיעה שהיא זוטא מובהקת, שהכללתה בקהל הכבילות אותן התכוון המחוקק למנוע – תביא לאבסורד.

מן הנסיבות הפרטניות, כפי שתוארו במקרה זה, עולה בבירור כי הסדר הבלעדיות חוצה את הרף של סעיף 2(א) והוא מגלם עלילות ברורה לפגיעה בפועל בתחרות. מסקנה זו מתבקשת מכלל הנסיבות אשר פורטו לעיל ומאינדיקציות ראייתיות שאלה עיקריהן:

- סניף בנק דיסקונט הינו סניף הבנק המרכזי היחידי במבשרת. הבנקים היחידים המציעים שירותים בנקאיים לתושבי מבשרת ציון, הם דיסקונט ואיגוד, כאשר בנק איגוד מצוי בסניף שכונתי ומצומצם, המונה ארבעה פקידים בלבד ומרוחק מעורק התנועה המרכזי.
 - אלמלא תניית הבלעדיות היו היום בפני תושבי מבשרת ציון והסביבה סניפי בנקים נוספים אשר היו מציעים את שירותיהם. בנק לאומי ובנק הפועלים פנו, שניהם, לקניון הראל וביקשו להתקשר לצורך פתיחת סניפי בנק המתחרים בדיסקונט על ליבם של תושבי מבשרת. **תניית הבלעדיות היא אשר מנעה את כניסתם וחסימת תחרות ממשית.**
 - מן המידע המצטבר, הכולל בדיקה עצמאית של רשות ההגבלים העסקיים, עולה כי אין חלופת קרקע הזמינה כיום בפני בנק מסחרי אשר מעוניין להציע חלופה תחרותית לסניף דיסקונט, הנהנה מהבלעדיות של למעלה מעשר שנים, ולפתוח סניף בנק מרכזי מתחרה בגודל דומה.
 - התנהגות בנק דיסקונט אשר דחה הצעה לקבל סכום כסף משמעותי בעבור היתור על הבלעדיות ליתר שנות ההסכם, מלמדת כי המשך קיומה של הבלעדיות מבטיחה לו רווחיות גבוהה יותר מאשר ביטולה, ובסכום העולה על סכום של לפחות \$165,000.
 - במהלך השימוע שנערך לבנק דיסקונט, הטעימו נציגיו כי לו יותן לבנק הפועלים להיכנס לקניון הראל, ייקח בנק הפועלים את לקוחותיו הקיימים של בנק דיסקונט. פשיטא, כי זוהי אינדיקציה, מפי בעל העניין עצמו, לכך שתניית הבלעדיות חוסמת תחרות בפועל, שכן במצב הקיים – אין בנק הפועלים יכול להתחרות מול דיסקונט במלוא העוצמה.
 - במועד בו קיבל בנק דיסקונט את החלטתו להשקיע בפתיחת סניף בקניון הראל אשר היה מצוי בשלבי בנייה, ביקש וקיבל בלעדיות לחמש שנים בלבד, אשר הסתיימו בשנת 2000. לשיטתו של בנק דיסקונט בשנת 2000 תמה ההצדקה הכלכלית להסדר הבלעדיות.
- הועלתה בפני הטענה כי השוק הרלבנטי להצעת שירותים בנקאיים כולל את כל אזור ירושלים וכי אין להתמקד בבלעדיות שניתנה לדיסקונט במבשרת ציון כשוק נפרד. כאינדיקציה לכך ציין דיסקונט כי לכ-40% מלקוחותיו שהם תושבי מבשרת ציון חשבוניות בנק בסניפיו שבירושלים דווקא. למעשה, טוען דיסקונט בכך כי קיומו של סניף בנק מתחרה בירושלים הוא תחליף קרוב



רשות ההגבלים העסקיים

- 12 -

וישיר לסניף הבנק שלו במבשרת הנהנה מבלעדיות. ברם, טענה זו אינה מתיישבת עם המציאות שבפניי, מכמה טעמים: ראשית, במסגרת השימוע שנערך לו טען בנק דיסקונט כי אם יותן לבנק גדול להיכנס לקניון הראל – "הם יקחו לנו את כל הלקוחות". טענה זו מלמדת על כך כי קיימת משמעות תחרותית ניכרת דווקא למיקומו של הסניף במרכז מבשרת וכי תניית הבלעדיות חוסמת תחרות בפועל. בנוסף, סירב דיסקונט בכל תוקף להפחתה של שכר הדירה בסכום ניכר, העולה על מחצית מליון ₪ כנגד ויתור שלו על הבלעדיות.

מקום שבו קיימת ראייה לחסימת תחרות בפועל – אין צורך להיזקק לניתוח שוק מפורט ולאמידת גמישויות צולבות, שהרי הצדדים עצמם בהעדפתם הגלויה מלמדים על קיומה של פגיעה בתחרות. קל וחומר שכך לעניין הגדרת ההסדר הכובל המסתפקת בעלילות לפגיעה (ולא בפגיעה בפועל). אכן, חלק ניכר מתושבי מבשרת מועסקים בירושלים, אולם אין משמעות הדבר בהכרח כי קיימת עבור כל תושבי מבשרת חלופה ישירה וקרובה לסניף הבנק בקניון הראל, הנהנה מן הבלעדיות. קיימות אוכלוסיות שעבורן גלום בסמיכותו של סניף בנק יתרון ניכר ומהותי: ציבור העסקים המקומי, אוכלוסיות שאינן ניידות או מועסקות בירושלים או במטרופולין אחרת, הציבור המועיד את יום ו' דווקא לעריכת "סידורים" ובהם ביקור בסניף הבנק והסדרת ענייניו. לא ניתן אפוא לומר כי בנסיבות העניין עלילות פגיעתה של תניית הבלעדיות היא ברמה של "זוטי דברים" ולדעתי מצב הדברים לאשורו, רחוק מכך עד מאד, כפי שניתן ללמוד מהתנהגותו של הבנק עצמו.

מהמקובץ לעיל עולה כי הסדר הבלעדיות עבר זה מכבר את הרף אשר מציב החוק ופגיעתו התחרותית נכללת בסעיף 2(א) לחוק. יתרה מכך, ספק רב בעיניי אם נוכח האמור כבילה זה הייתה זוכה לאישור בית הדין או לפטור מאת הממונה, בוודאי שלא היתה זוכה לכך לתקופה של 15 שנה מיום פתיחת הקניון.

7. הלכות אחרונות בהסדרים כובלים ושיקול הדעת בהפעלת סמכות הממונה

בחינתי את ההסדר במקרה זה לא הצטמצמה לנוסחו המילולי גרידא של סעיף 2. השימוש בהגדרה הרחבה של הסדר כובל, גם אם אפשרי, לא ייעשה אלא להגשמת תכלית החוק ובהתחשב במיקומו הגיאומטרי של "ההסדר הכובל" בהגשמת תכלית זו. פסקי דין שניתנו בשנים האחרונות בבית המשפט העליון בתחום ההסדרים הכובלים,¹⁷ מלמדים כי לעת החלטה על סיווגו של הסדר ככובל מן הראוי שלא להיאחז בנוסחו הדווקני, אלא להציץ אל עבר התכלית החקיקתית ולבחון

¹⁷ ע"א 3700/98 א.מ. חניות (ירושלים) 1993 בע"מ נ' עיריית ירושלים, פ"ד נו(2) 590 (במיוחד בחוות דעתו של כב' השופט אור); ע"מ 6464/03 לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים ואח', פ"ד נח(3) 293 (מפי כב' השופטת חיות); ע"פ 7829/03 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ ואח'; לעיל הע"ש 15 (חוות דעתו של כב' השופט לוי).



רשות ההגבלים העסקיים

- 13 -

אם עשויים להתקיים קשר וזיקה בין ההסדר העומד לבחינה – לבין התכלית הסופית של החוק.

עמדה על כך כב' השופטת חיות בפרשת **איגוד שמאי המקרקעין**¹⁸ :

"בעניין חניות (א.מ. חניות (ירושלים) 1993 בע"מ נ' עיריית ירושלים, ראה לעיל בהע"ש 17 – ד"ש) מדגיש השופט ריבלין כי הלשון הרחבה שנוקט חוק ההגבלים העסקיים, וההגדרות המצויות בו, עשויות ללכוד ברשת מקרים רבים ושונים, ועל-כן יש לנקוט משנה זהירות ולהימנע מפירוש פשטני של הוראות אלה, פירוש העלול להביא "...לתוצאה בלתי נסבלת שעל-פיה ייחשבו כפסולים ואסורים הסדרים משפטיים רצויים, שהם חלק מחיי המסחר והכלכלה והמתקיימים כדבר שבשיגרה". השופט ריבלין מוסיף ומטעים כי הלשון הרחבה שנקט המחוקק נועדה ללכוד ברשת מעשים פסולים הנוגדים את התכלית שלשמה חוקק חוק ההגבלים העסקיים, ועל-כן יש להחריג מגדר האיסורים הקבועים בחוק את אותם המקרים "...הנכללים לכאורה בלשון הרחבה של הוראת סעיף 2, אולם בחינה תכליתית תבהיר כי הם נופלים מחוץ לגבולות החוק".

גישה פרשנית זו נראית בעיניי, ואף אני סבורה כי פירוש תכליתי של הוראת סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים יש בו כדי לקדם את מידת הוודאות ולהפחית מן הקיפאון העסקי העלול להיגרם עקב פרשנות מילולית-מרחיבה של הוראת החוק. כמו כן יש בפירוש התכליתי כדי להסיר את החשש מפני כתם של אי-חוקיות, העלול לדבוק, שלא בצדק, בהסדרים "תמימים" וראויים, ומפני סטיגמה עבריינית העלולה לדבוק במתקשרים בהם. פירוש המוציא לכתחילה מכלל הגדרת "הסדר כובל" את אותם הסדרים שהחוק, על-פי תכליתו, אינו מיועד לחול עליהם, אף יחסוך פניות שלא לצורך אל בית-הדין או אל הממונה לקבלת אישור או פטור."

מטרתו הסופית של חוק ההגבלים העסקיים היא למנוע שכלולם וקיומם של הסדרים הפוגעים בתחרות בענף כלשהו במשק פגיעה ממשית.

ברם, הגדרת ההסדר הכובל שבסעיף 2 היא רחבה מכך. טעם פשוט לדבר: הגדרת ההסדר הכובל שבסעיף 2 היא **כלי** להביא ל"רשת הפיקוח" על ההסדרים הכובלים שיצר החוק – את אותם הסדרים שגלום בהם פוטנציאל פגיעה בתחרות. עמד על כך כב' השופט חשין, באומרו בד"נ **טבעול**¹⁹ :

"שנית, נזכיר את הדרכים השונות לקבלת פטור מאיסורי החוק, ובחינתן של דרכים אלו מקרוב תלמדנו כי השד אינו נורא כולי האי. אכן, המחוקק השתמש בכמה-וכמה נוסחאות-מיסגרות להקלה מן האיסור על כריתתו של הסדר כובל, ושימוש נכון כי תעשינה הרשויות בשיקול הדעת הניתן להן, יהיה בדבר כדי להקהות את חודו של האיסור ... **אכן, בשלב ראשון יעלו ברשת - בעירבוביה עם הכרישים והלווייתנים הטורפים - גם דגים ודגיגים שהחוק לא יועד להם, ואולם בשלב שני יוכלו אלה האחרונים לצאת מן הרשת.**"

נמצא אפוא כי הסינון בין הסדרים העלולים לפגוע פגיעה קשה וממשית בתחרות בענף, לבין הסדרים אחרים שתוחלת פגיעתם עשויה להסתבר כלא מהותית למשק – אינו נעשה בשלב סיווג של ההסדר ככובל, אלא מאוחר יותר, בשלב בחינת ההצדקה לאישורו או להפטרתו.

¹⁸ע"מ 6464/03, **לעיל**, הע"ש 17.

¹⁹ראה לעיל, הע"ש 16.



רשות ההגבלים העסקיים

- 14 -

עם זאת, נקודת המוצא לבחינתי היתה כי אין החוק מצווה לסווג ככובל כל הסדר שעלולה לנבוע ממנו, גם אם באופן תיאורטי בלבד, הפחתת תחרות כלשהי, ולו במידה זעומה. אימוץ פרשנות כזו, המרחיבה וסוחפת אל קרביו של חוק ההגבלים העסקיים גם הסדרים שפגיעתם תיאורטית לגמרי ותוחלת גריעתם מן התחרות היא זוטא מובהקת, תביא לידי תחולת יתר של החוק כדי אבסורד, וזו סופה בזילות החוק. כנגזר מכך, השימוש בהגדרת ההסדר הכובל נועד ללכוד את כל אותם הסדרים מהם עלולה לנבוע סכנה של ממש (שאינה תיאורטית בלבד) להפחתת תחרות במידה שאינה זעומה, כדי זוטי דברים. כך, כאשר מערך הנסיבות בהן מתקיים ההסדר מלמד כי יהיה זה אבסורד לסבור כי ההסדר יוצר הפחתה מוחשית כלשהי של אפשרויות התחרות – יימנע הממונה, ככלל, מהפעלת סמכויותיו שבפרק ההסדרים הכובלים שבחוק.²⁰

בענייננו, המדובר בהסדר אנכי של בלעדיות. הסכנה העיקרית העלולה לנבוע מהסדרים אלה מוכרת בפסיקת דיני התחרות מזה שנים רבות: החשש כי הבלעדיות תיצור Foreclosure – חסימה (או הצרה משמעותית) של התחרות, הנובעת מהשתלטותו של הנהנה מהבלעדיות על האתר המרכזי ממנו ניתן לספק מוצר או שירות מסוג מסויים לציבור (בענייננו שירותי בנקאות לציבור תושבי מבשרת ציון). תניית בלעדיות המונעת כניסת מתחרה לאתר מרכזי כזה חוסמת, ולמצער – מצרה עד מאד, את האפשרות הזמינה והאפקטיבית ביותר ליצירת תחרות באותו מוצר או שירות שבאספקתם עוסק הנהנה מן הבלעדיות.

העלילות להתקיימותה של סכנה זו נבחנה גם במקרה זה, טרם קביעה אם מדובר בהסדר כובל לפי סעיף 2(א) לחוק. בעניין שבפניי ניתן להמחיש את הדברים כך: לו היו, בסמיכות מקום ממשית לקניון הראל, מרכזים מסחריים נוספים, שבהם נמצאים עסקים מתחרים לסניף בנק דיסקונט (נהנה הבלעדיות), כי אז לא היה יסוד ממשי לקיומה של הסכנה מפניה בא החוק להגן: יקשה לראות כיצד עשויה תניית הבלעדיות לפגוע, בתנאים כאלה, בתחרות על דרך של חסימת או הצרת דרכם של בנקים מתחרים להקים לתושבי מבשרת ציון וסביבתה חלופות אחרות של שירותים בנקאיים.

ברם, מתחורר כי מצב הדברים בפועל רחוק מכך, כמעט כרחוק מזרח ממערב: אף לא אחד מהבנקים המסחריים בישראל, זולת בנק דיסקונט, איננו יכול לפתוח, בטווח זמן קרוב ביותר, סניף בנק מתחרה בקניון הראל, אשר ישרת את לקוחות מבשרת ציון והסביבה. לכך מתווספת העובדה כי קניון הראל הינו היחיד מסוגו במבשרת ציון, וכי סניף הבנק היחיד הנוסף הקיים ביישוב אינו מהווה חלופה תחרותית ממשית ואפקטיבית, הן בשל גודלו ומיקומו והן בשל שיוכו. יתרה מכך, כפי שיובהר בהמשך – מתברר כי גם חלופות קרקע זמינות במיקומים ובתנאים

²⁰ מסקנה זו, המנחה את שיקול הדעת של הממונה על ההגבלים העסקיים בשימוש בסמכויותיו באכיפת פרק ההסדרים הכובלים שבחוק ההגבלים העסקיים, מתיישבת גם עם ההלכות שנפסקו לאחרונה בבית המשפט העליון. והנוכחות בהע"ש 17, לעיל.



רשות ההגבלים העסקיים

- 15 -

הולמים אינן מצויות כך שגם חסמי הכניסה לתחרות במבשרת אינם נמוכים. בהצטבר כל אלה יחדיו יקשה לראות כיצד זה אין מתקיימת ולו עלילות לפגיעה בתחרות.

תניית הבלעדיות הנבחנת במקרה קונקרטי מקיימת אפוא את התנאי **המהותי** להפעלת סמכויותי: היא מקיימת עלילות ממשית, לא תיאורטית ולא זעומה להקטנת מגוון אפשרויות הבחירה האפקטיבית של הציבור המתגורר באיזור מבשרת ציון ברכישת שירותים בנקאיים למיניהם.

שיקולים אפשריים במתן פטור – העדר הצדקה להארכת תניית הבלעדיות

למעלה מן הדרוש, בחנתי אף אם בנסיבות בהן מדובר היה דיסקונט מקבל פטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים. אדגיש כי אין מדובר ברכיב הכרחי לשם קביעה אם עסקינן בהסדר כובל שכן אין מדובר בבחינה הנדרשת על פי דין לקביעה בדבר קיומו של הסדר כובל. בדיקה זו נערכת כחלק ממדיניות הרשות בהפעלת החוק, למעט בהתערבות בקיומם של הסדרים מקובלים שאינם יוצרים כל פגיעה תחרותית, אף שמהפך הפורמלי, בשל רוחב יריעתו של סעיף 2 לחוק, ניתן היה לסווגם כהסדרים כובלים.

ככלל, מתן בלעדיות, מנקודת מבטו של בעל המקרקעין, עשויה לעודד כניסתם של עסקים לאזורים מסחריים חדשים בראשית דרכם, וזאת במטרה למצב את הקניון כמקום בעל תמהיל עסקים אטרקטיבי, אשר ימשוך לקוחות אל שערי הקניון. מנקודת מבטו של מקבל הבלעדיות, הבלעדיות מבטיחה כי השקעתו בשיווק ופרסום לפיתוח עסקיו הממוקמים בקניון תבטיח את החזר השקעתו ולא תנוצל לאחר מכן על ידי בעלי עסקים מתחרים, אשר יבקשו לנצל את השקעותיו של הנהנה מהבלעדיות ולהקים עסקים מתחרים תוך הנאת חינם (Free Riding) מהשקעות אלה. באופן זה, יש בכוחם של הסדרי בלעדיות להשיג איזון כלכלי בין סיכונים לסיכויים: בצד הסיכון אשר נוטל על עצמו בעל העסק, קיים פוטנציאל רווח, בשל אי כניסת מתחרים לקומפלקס המסחרי בתקופת הבלעדיות.

כל כך ככל שהדברים אמורים באינטרסים המסחריים של הצדדים להסדר הבלעדיות. אלא שחוק ההגבלים העסקיים מגלם מסגרת סטטוטורית של התערבות מזווית שונה לגמרי: **אינטרס הציבור** בקיומה של תחרות, ארצית ומקומית, ובמניעת שיתוקו של מנגנון התחרות החופשית הפועל לטובת הצרכנים והציבור בכללותו. מזווית זו, בה בחר המחוקק, ברור הדבר כי נוסחת האיזון הגלומה בחוק ההגבלים העסקיים היא זו: ככל שהסדרי בלעדיות עלולים לפגוע בציבור בדרך של מניעת תחרות או הפחתתה – עדיפה טובת הציבור על אינטרס הצדדים. אלה הן גם מושכלות ראשוניים בדיני תחרות.

במסגרת בחינת בקשה לפטור מהסדר כובל, אינטרס הציבור אינו מאיין בהכרח את אינטרס הצדדים בקיומם של הסדרי בלעדיות. במקרים מתאימים, ובנסיבות בהן צפויה כניסתם של מתחרים נוספים או הקמתם של מרכזים מסחריים נוספים בקרבת מקום בטווח זמן נראה לעין –



רשות ההגבלים העסקיים

- 16 -

אין חוק ההגבלים העסקיים מחייב, במסגרת שלב מתן הפטור, את איונם וביטולם של הסדרי בלעדיות והוא מסתפק תחת זאת, בריסונם במגבלות שונות. דוגמאות למגבלות אלה ימצאו בפטורי הסוג שנקבעו להסכמי מכירה בלעדית ולהסכמי רכישה בלעדית.

אשר לתניית הבלעדיות שבפניי, ברור כי בנסיבות האופפות אותה: קיומו של קניון יחיד במבשרת ציון, העדר סניפי בנקים אחרים והעדר חלופות קרקע זמינות המתאימות לשמש כסניפי בנקים מרכזיים, ובמנותק מן העובדה כי התנייה לא הוגשה לאישור או לפטור (ועל כן דינה – בטלות²¹), ברור כי אינטרס הצדדים לקיים הסדר בלעדיות ארוך טווח לא יכול היה לעמוד אל מול אינטרס הציבור הגלום בחוק ההגבלים העסקיים אשר היה מחייב קיצורה למינימום הדרוש לשמירת אינטרס התחרות:

“A provision that is to be enforceable for a set period of time or one that is to remain in effect until the shopping center expand (...) does not necessarily have as great an effect upon competition as one not so limited in duration.”²²

מערך ההסכמים בין בנק דיסקונט וקניון הראל מלמד כי בנק דיסקונט עצמו ביקש להבטיח את השקעתו בבלעדיות שאורכה **חמש שנים**. חוזה השכירות הראשון בין הצדדים אשר כלל הסדר בלעדיות היה לתקופה של חמש שנים בלבד. נמצא כי במועד פתיחת הקניון העריך הבנק את ההצדקה הכלכלית להשקעתו הראשונית בפתיחת הסניף בקניון בחמש שנות בלעדיות אלה.

ברור, אפוא כי חוזה השכירות השני, שנחתם בשנת 2000, ומימוש האופציה על פיו בשנת 2005 לאחר **שחלפו להם עשר שנים מיום תחילתו של הסכם השכירות**, לא נועדו עוד לשרת את הרציונל הלגיטימי, האופייני לשלב פתיחתם והשקתם של מרכזים מסחריים, והמאפשר, בתנאים מסויימים, קיומם של הסדרי בלעדיות. דומה כי לא נרחיק לכת אם נאמר כי לאחר עשר שנות בלעדיות ברור היה לצדדים כי תקופת בלעדיות נוספת אינה באה להלום את “הסיכון המסחרי” שהיה גלום, **אולי**, בראשית הדברים, בהסכמתו של בנק דיסקונט להיכנס לקניון הראל בסמוך להקמתו, בשנת 1995. מן הנסיבות המתוארות לעיל מתיישב המשך קיומה של תניית הבלעדיות והעמידה הדווקנית על המשך קיומה כחסם מוחלט לכניסת בנק מתחרה למרכז מבשרת – עם רצון למנוע תחרות מצד בנקים אחרים, המעוניינים להתחרות בפועל בבנק דיסקונט ביישוב זה.

²¹ לעניין בטלותו של הסדר כובל שלא קיבל אישור ממערך הפיקוח על ההגבלים העסקיים, ראה דניא טבעול, לעיל הע”ש 16, (במיוחד חו”ד דעתו של כב’ השופט מ. חשין).

²² *Optivision, Inc., v. Syracuse Shopping Center Associates*, 472 F. Supp. 665 (1979)



רשות ההגבלים העסקיים

- 17 -

8. טענות בנק דיסקונט

לטענת בנק דיסקונט מלשונן של סעיף 2(א) לחוק עולה, כי הסעיף מכוון לאסור על הסכמים בהם צד להסדר מגביל את עצמו, "באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר ... או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר". בהסדר הבלעדיות, טוען הבנק, הקניין הוא שמגביל את עצמו ביחס למספר סניפי הבנקים אשר יהיו רשאים להיפתח בתחומו. הגבלה זו, טוען דיסקונט, אינה פוגעת בתחרות במובן סעיף 2(א) שכן היא אינה פוגעת בתחרות בין הקניין לבין מאן דהוא. ברם, טענה זו אינה נכונה ממספר היבטים:

א. פירוש כזה של סעיף 2(א) אינו עולה בקנה אחד עם תכלית החקיקה. התיאור, בסעיף 2(א), של הצדדים אשר ביניהם עלולה התחרות להיפגע נועד להרחיב את תחולתה של הגדרת ההסדר הכובל ולהחילה גם על הסדרים שבהם רק צד אחד להסדר נוטל על עצמו מגבלה בתחרות. טענת בנק דיסקונט מנסה להיצמד בלשון החוק ולעשות בו שימוש המנוגד למטרתו – הרחבת ההגדרה לפגיעה בין צדדים כלשהם. טענה זוהי הועלתה עת הובאו לאישור בית הדין הסדרי בלעדיות בין תחנות התדלוק לחברות הדלק בפרשת דלק²³ בית הדין בחן טענה זו ודחה אותה בקובעו:

"שיטתה הפרשנית של המבקשת עושה בהגדרה (בהגדרת הסדר כובל בסעיף 2 לחוק – ד"ש) שימוש הפוך, שכן היא מבקשת לנצל את צמצום יסודות ההגדרה, צמצום אשר נועד להרחיב את תחולתה, כדי לצמצם את שיקוליו של בית הדין בבואו לבחון את אישור ההסדר."

ב. בית הדין אף קבע בפסק הדין בעניין דלק, כי מהותם של הסדרים אנכיים היא שהחשש התחרותי הנובע מהם הוא **תמידי** ביתרון שמקבל דווקא הצד הנהנה, אשר לא נטל על עצמו כל מגבלה בתחרות מול מתחריו:

"פרשנותה של המבקשת מתעלמת מהשלכותיו של ההסדר הכובל על התחרות בין הצדדים שלא הגבילו עצמם על-פי ההסדר לבין אחרים ומההשלכות האופקיות של הסדרים כובלים אנכיים על השווקים שבהם פעילים צדדים אלה. הוצאתה של פגיעה מרכזית זו הכרוכה בהסדרים כובלים אנכיים מגדר שיקוליו של בית הדין בדונו בבקשה לאישור ההסדר, הנה בלתי סבירה ונוגדת בעליל את תכלית החקיקה, המחייבת התחשבות במלוא השפעותיו של ההסדר הכובל על טובת הציבור."

ג. בנסיבות אלה, לא תימלט המסקנה כי הפרשנות המוצעת על ידי דיסקונט אינה יכולה לעמוד. היא מובילה להוצאתם מתחולת החוק של כל הסדרי הבלעדיות, שכן הפגיעה התחרותית הנובעת מהם היא כמעט תמיד ביחסים שבין מקבל הבלעדיות למתחריו. היטב לתאר זאת המלומד ד"ר דיויד גילה:

²³ ראה לעיל הע"ש 6 בסעיפים 61-63 לפסק הדין.



רשות ההגבלים העסקיים

- 18 -

"האם יתכן שבישראל דיני ההסדרים הכובלים יימנעו מלחול על הסדרי רכישה בלעדית, בלי קשר לפגיעת אלה בתחרות במקרים קונקרטיים, באופן שאין לו אך ורע בדיני ההגבלים בארה"ב ובקהילייה האירופאית? ברור לחלוטין כי התשובה היא בשלילה."²⁴

ד. גם בחינת ההיסטוריה התחקיתית של סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים, מוכיחה אף היא כי פרשנותו של בנק דיסקונט שגויה. בחקיקתו סעיף 2(א) הנוכחי ביקש המחוקק להוסיף לחלופות ההסדר הכובל את יסוד הפגיעה המסתברת בתחרות, מבלי קשר לשאלה האם הפגיעה היא בתחרות בשוק בו עוסק הצד שכבל עצמו או האם הפגיעה היא בשוק של הצד הנהנה מהכבילה. כך עולה מדברי ההסבר לנוסח סעיף 2(א) להצעת החוק:

"האמור בסעיף זה [סעיף 2 של החוק הישן- ד"ש] לא ממצה את מגוון האפשרויות מבחינת העניינים שיש בכבילה לגביהם השלכה על התחרות. הסעיף המוצע מדגיש את הפגיעה בתחרות הנובעת מהסדרים כובלים בכך שהוספה בסעיף קטן (א) הוראה כללית, **לפיה כל הסדר שיש בו מניעה או הפחתה של תחרות ייחשב הסדר כובל.**"²⁵

ה. לצורך טענתו מסתמך בנק דיסקונט על פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת שטרן.²⁶ עיינתי בפסק דין זה, ואיני סבור כי בהחלטה לאקונית זו, בה נמנע בית המשפט מכל ניתוח של המקרה אלא אך סמך ידיו על התוצאה אליה הגיע בית המשפט המחוזי באותו עניין – ניתן ללמוד הלכה לענייננו. נראה בבירור מהחלטת בית המשפט העליון כי הוא לא נתכוון ליצור בפסק הדין הלכה ובחזרתו על נימוקי בית המשפט קמא אין כדי לדחות את ההלכה קבע בית הדין להגבלים עסקיים בפרשת דלק, הנזכרת לעיל.

9. תניית הבלעדיות אינה נהנית מן הפטור לכבילות במקרקעין שבסעיף 3(3)

סעיף 3 לחוק ההגבלים העסקיים כולל שורה של מצבים שבהתקיימם לא יראו הסדר ככובל, על אף שמתקיימים בו יסודות סעיף 2 לחוק. במהותן אלה הן הוראות פטור, הקובעות כי מטעמים שונים יש למלט סוגי הסדרים מסויימים ממעמדם כהסדרים כובלים החייבים באישור או פטור כתנאי מוקדם לקיומם ותוקפם המחייב.

לעתים מזומנות נשמעה בעבר הטענה כי הסדרי בלעדיות במקרקעין, דוגמת תניית הבלעדיות במקרה זה, אינם יכולים להיחשב כהסדרים כובלים נוכח הוראת סעיף 3(3) לחוק, הנמנית על אותן הוראות פטור ואשר זו לשונה:

"3. על אף האמור בסעיף 2, לא ייחשבו כהסדרים כובלים ההסדרים הבאים.

²⁴ ד' גילה "כבילה הפוגעת בתחרות בין הצד הנהנה ממנה למתחריו" **עיוני משפט** כח (2) (תשס"ד) 517.

²⁵ הצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד-1983, ה"ח 1647.

²⁶ ע"א 10638/02 **פיטר שטרן ואח' נ' יקבי רמת הגולן בע"מ ואח'**; 2003 **הגבלים עסקיים** 5000086.



רשות ההגבלים העסקיים

- 19 -

...

(3) הסדר, בין מי שמקנה זכות במקרקעין לבין מי שרוכש את הזכות, שכל כבילותיו נוגעות לסוג הנכסים או השירותים בהם יעסוק רוכש הזכות באותם מקרקעין"

נוסחו של הפטור בא לשקף את מידת צמצומו: מתן פטור לבעל המקרקעין ("מקנה הזכות") בלבד, המעניק זכויות לאחר ("רוכש הזכות"), והמבקש להגביל את רוכש הזכות בנוגע לסוג הנכסים או השירותים שינתנו במקרקעין שלו. הא ותו לא. גם תכליתה של ההוראה ברורה: לפטור מעולו של החוק הסדר הנלווה לעסקת הקניית מקרקעין, ובו מגביל בעל המקרקעין את רוכש הזכות במקרקעין, באשר לסוג הנכסים או השירותים שיספק רוכש הזכות באותם מקרקעין. יפים בענייננו דבריה של כבוד השופטת פרוקצ'יה :

"עיקרו של חריג זה במתן הכרה ומשקל מכריע לזכות הקניין של בעל מקרקעין על פני אינטרס הציבור בחופש התחרות העסקי. הרעיון הטמון בו מכון לכך כי זכות הקניין נותנת בידי בעליה חופש לפעול בנכסיו כרצונו, בכפוף למגבלות החוק. במסגרת חופש זה פתוחה הדרך בפניו להקנות לאחר זכויות משניות בנכס ולהקנייה כזו עשויות להתלוות תניות מתניות שונות המוצבות על-ידי מקנה הזכות. החריג בסעיף 3 (3) לחוק מכיר בזכותו של בעל הקניין להתנות מתן זכויות לאחר בקניינו בכך שיקיים תנאים מסוימים הנוגעים לסוג הנכסים או השירותים בהם יעסוק באותם מקרקעין. זאת, אף אם יש בהסדר כזה משום כבילה שאחרת הייתה אסורה. בכך ניתן ביטוי להעדפת החוק את זכות הקניין, על מאפייניה השונים, על פני אינטרס הציבור בהגנה על חופש התחרות.

דוגמה אפשרית לתחולת הפטור היא מקרה שבו בעל זכות קניין בנכס מסחרי מבקש להשכיר יחידות שונות שבו, תוך התניית השכירות בקיום הגבלות שונות שתמנענה כפילות בסוגי העסקים המתנהלים באותו מרכז מסחרי. במקרה כזה הפטור יכשיר הגבלות כאלה גם מקום שהן פוגעות בתחרות החופשית, וזאת כדי לקיים את ההגנה שהחוק ביקש לתת לזכות הקניין של בעל הנכס.²⁷

מן הכלל אל הפרט: כבר על פי לשונו של סעיף 3(3) לחוק עולה קושי ברור בתחולתו על תניית הבלעדיות בה עסקינן. ברי כי הפטור נועד באופן ברור למצב בו מגביל בעל מקרקעין את מי שרוכש זכות במקרקעין אלה לגבי השימוש שיעשה בהם.

הרציונל בהוראה זו הוא בתפיסה כי בעל הקניין העניק בידי מקבל השכירות (או הרשיון במקרקעין) זכות שלא היתה בידו קודם ולכן יש בידו גם להצר זכות זו שהוא מעניק ולתחמה כראות עיניו. ואולם תניית הבלעדיות משקפת הגבלה הפוכה בתכלית: רוכש הזכות במקרקעין- בנק דיסקונט, הוא המגביל את בעל המקרקעין- קניון הראל, לגבי השימוש שיעשה בעל המקרקעין ביתרת המקרקעין- מניעת האפשרות לפתיחת סניף בנק נוסף במרכז המסחרי.

²⁷ ת"א 95 / 1000 (ירושלים) פז חברת נפט בע"מ נ' דוד עמוס, סב (1) 337, 382.



רשות ההגבלים העסקיים

- 20 -

כך גם נקבע בת"א 961/91 פזגז חברה לשיווק בע"מ נ' דור אנרגיה (1998) בע"מ ואח'²⁸:

"טענה נוספת שטוענת התובעת היא שיש להחיל על עניינו את הלכת 'אולמי לחיים' לפיה בעל קרקע המעניק זכות מוגבלת בחצריו לאחר, איננו מעורב בהסדר כובל. טענה זו נדחת. באותו מקרה שנדון בפסק הדין האמור לא נשלל מבעל הרשיון במקרקעין דבר, שהרי לא היתה לו זכות במקרקעי הזולת. בעניינו ההסכמים מגבילים את יכולת העיסוק של החברה המזרחית באדמתה ובקניניה ובעיסוקיה, והנסיון להעטות על-כך מעטה של 'הענקת זכיון' הוא נסיון לא-יצלח."

אי תחולתה של הוראת הפטור על הסדרים בהם השוכר הוא המגביל את בעל המקרקעין, ולא להיפך, עולה בבירור גם מהתחקות אחר פטור זה מכור מחצבתו, בפרשת שמעוני²⁹, עובר בחקיקתו של סעיף 3(3), וכלה בפסקי דין אחרונים:

בפרשת שמעוני, נדרש בית המשפט העליון להכרעה בדבר מעמדן של שתי כבילות: האחת, בה הגביל בעל המקרקעין צלמת שהעניקה שירותי צילום במקרקעין, והשנייה – כבילה בה הגבילה הצלמת את בעל המקרקעין בבלעדיות. בדונו בכבילות אלה, הכשיר אותן בית המשפט (כבי' הנשיא לנדוי), כל אחת מטעם שונה: את הכבילה בה נקט בעל המקרקעין כלפי הצלמת, הצדיק בית המשפט על יסוד הרציונל המונח כיום בבסיס סעיף 3(3) והוא – כי לבעל המקרקעין הפריבילגיה לעצב את הזכות שהוא נותן לעשות במקרקעיו כרצונו ועל כן אין לפסול הסדרים בהם הוא מעניק זכות מסוייגת המונעת תחרות. ברם, את הכבילה הנוגעת לעניינו – בה הגבילה מקבלת הזכות במקרקעין (הצלמת) את בעל המקרקעין, הכשיר בית המשפט העליון על יסוד רציונל שונה לגמרי – הגורס כי הואיל והצלמת ובעל המקרקעין (שם אולם אירועים) אינם מתחרים זה בזה, הרי לא ניתן לראות באולם כ"מנהל עסקים" לצורך הבלעדיות. נימוק זה אינו נוגע כלל ועיקר למיקומה של ההגבלה וזיקתה למקרקעין, אלא לתחרות בין הצדדים. ברם, כחלוף שנים, ביטל בית המשפט העליון את הלכת שמעוני ככל שהיא נוגעת לכבילה השנייה והרלבנטית לעניינו, בקובעו, בפסק דינו בעניין פטרולגז³⁰, כך:

"שתי גישות פרשניות אפשריות קיימות למונח 'מנהל עסקים'. האחת, מצמצמת, והיא הגישה שננקטה בע"א 626/70 (שמעוני נ. אולמי לחיים בע"מ, פד"י כ"ה(1), 824, 833), לפיה מנהל עסקים שבסעיף 2 לחוק הוא מי שמנהל בעצמו עסק, להבדיל ממי שמעמיד לרשות אחר את שירותיו של בעל עסק אחר. גישה זו משמעותה ש"על ההגבלה להיות בתחום העסקים של צד להסדר. מקום שההגבלה חלה בתחום עיסוק נלווה או משני – וכאשר העיסוק מבוצע בידי אחרים בקשר לעסקי צד להסדר – לא ייחשב הדבר כבילה" (ראה: מ. בורנובסקי, "על יסודות הכבילה שבהסדר ותוצאתה – חדש ואין חדש", מחקרי משפט ה', 125, 128). הגישה האחרת שהוצעה על ידי ד"ר בורנובסקי במאמרו הנ"ל היא

²⁸ ראה, לעיל הע"ש 7.

²⁹ ע"א 626/70 תמרה שמעוני נ' אולמי לחיים בע"מ, פ"ד כה (1) 824.

³⁰ ע"א 2768/90 פטרולגז חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ נ' אורי קיסין ואח', פ"ד מו(3) 599.



רשות ההגבלים העסקיים

- 21 -

מרחיבה, ולפיה אין בהכרח מקום לזהות בין העסק או השירות המתנהל לבין העסק או השירות שאליה מתייחסת הכבילה, אם כי יש לשים לב, שעדיין נדרש שהצד יהיה מנהל עסקים כלשהם. פרשנות דומה ניתנה לסעיף המקביל באנגליה (סעיף 16(1) Restrictive Trade Practices Act, 1956, (ראה: מ. בורנובסקי, שם, בעמ' 129).

מקובל עלי כי לשון החוק עצמו מלמדת על כך שהפרשנות הרחבה היא הנכונה. סעיף 2 קובע כי הסדר כובל הוא הסדר המגביל את אחד הצדדים באחד העניינים המנויים בו, כאשר סעיף קטן 3 מפרט במיוחד את "העיסוק". אם כוונת המחוקק היתה כי ההסדר הכובל יהיה אך ורק בתחום העיסוק של הצד לו מדוע חזר וציין זאת בסעיף קטן 3 (וראה גם מ. בורנובסקי, שם, בעמ' 129). **חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, בו הוספה הוראה כללית לפיה כל הסדר שיש בו מניעה או הפחתה של תחרות ייחשב הסדר כובל (סעיף 2(א)), מאשש עמדה זו, בהדגישו את הפגיעה בתחרות הנובעת מהסדרים כובלים ולא דווקא את הקשר בין עיסוקם של הצדדים לבין העיסוק "המוגבל" (ראה גם דברי החסבר להצעת החוק, ה"ח התשמ"ד 41).**

בהתאם, אין נפקא מינה אם ההסדר הכובל עניינו בתחום עיסוקו העיקרי של הצד לו אם לאו. הסדר כובל אפשר שיגביל בעל עסק שלא בתחום עיסוקו העיקרי, ועם זאת יפגע במבנה התחרות ובטובת הכלל. כל עוד מדובר בגוף עיסוקי, שהוא מנהל עסקים, להבדיל למשל מגוף צרכני, אפשר ויכנס בגדר הסעיף ובלבד שיתקיימו שאר התנאים שבו (ראה: בורנובסקי, שם, בעמ' 130).

בכך נשטט אותו חלק בהלכת שמעוני אשר הכשיר כבילות מסוג של תניות בלעדיות בנימוק כי הצדדים להסדר אינם "מנהלי עסקים", משום שאינם מתחרים זה לזה.

גם בחקיקתו של סעיף 3(3) חל שינוי בין נוסח הצעת החוק לבין הנוסח הסופי שהתקבל, באופן המלמד על כך שהוראת הפטור בנוסחה שהיום מצומצמת להגבלות שמטיל בעל המקרקעין על עסקים השוכרים אצלו שטחי מסחר. על כך ניתן ללמוד מן הדברים שנאמרו בעת הכנת החוק בוועדת הכלכלה של הכנסת.³¹

נמצא אפוא כי הסדרים שהמגבלה שהוטלה בהם אינה מבעל המקרקעין כלפי רוכש הזכות במקרקעין, וכך המצב בענייננו, אינם פטורים מהוראות החוק.

פרשנות זו של הפטור מתיישבת אף עם ההשקפה העקרונית, לפיה סעיפי הפטור שבסעיף 3 יש לפרש בצמצום, כיוון שכל הסדר הבא בגדרם נהנה מחזקה חלוטה לחוקיותו, חוקיות per se,

³¹ פרוטוקול ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 10.11.1987, עמ' 6 – 7 : "מ' מזרחי: מה שעשינו כאן, הגדרנו בצורה יותר מדויקת מה גדר הפטור שאנחנו רוצים לתת, לא רצינו פטור מלא לעיסקות ומקרקעין כמו שהיה קודם וגם בעקבות פסיקה של בית המשפט העליון בעבר, מכל דבר הנוגע למקרקעין, בעצם היה פטור, אנחנו סימנו אותו וצימצמנו אותו למה שכתוב פה. בין מי שמקנה זכות למקרקעין ולמי שרוכש את הזכות ואת (כך במקור. צ"ל ואם) כל קבילותו (כך במקור. צ"ל כבילותיו) נוגעות לסוג, בעצם הפעילות באותה מקרקעין..."

...רצינו שאם חברת בניה רוכשת או בונה מרכז מסחרי מסויים, אז היא תוכל למכור, לחלק או להשכיר את החנויות באותו מקום לפי נושאים. זאת אומרת שניתן למכור לחנות אחת לדוגמא תהיה מכולת, ולידה ניתן לחייב את האחר שהוא יהיה חנות בגדים כדי שלא תהיה כפילות, כדי להגיע למגוון באזור מסויים. ...

...מצד אחד נתנו פטור אבל צימצמנו את התור (כך במקור. צ"ל פטור) בהשוואה לקודם...

ה"יו"ר א' שפייר: ...זה מעודד מרכזים מסחריים ונותן מגוון לציבור המשתמש במרכז, זה נראה לנו בסדר, אבל מעבר לזה לא רצינו שיהיה פטור למקרקעין..."



רשות ההגבלים העסקיים

- 22 -

אף אם פגיעתו בתחרות קשה ובוטה. עמד על כך בית הדין להגבלים עסקיים בפרשו אחד מסעיפיו הקטנים של סעיף 3:

"יש לזכור כי עניין לנו בחריג שנועד להסיר את תחולת החוק מעל הסדרים שבמהותם הנם הסדרים המגבילים את התחרות, וככאלה פוגעים בטובת הציבור. לפיכך, יש לפרש חריג זה בצמצום".³²

הצורך לפרש את סעיף 3 באופן מצומצם³³ איננו מותיר את המתקשרים (הסבורים כי ההסדר שנקשרו בו חיוני, מועיל, פרודוקטיבי וכזה - לגיטימי) ללא מענה. העובדה כי הסדר כובל שצדדים מעונינים להתקשר אינו פטור מכוחו של סעיף 3, אין משמעה שמלאכתנו נסתיימה וההסדר אינו לגיטימי. כל הנובע מכך הוא, כי ההסדר צריך לקבל את אישורו של בית הדין להגבלים עסקיים, או פטור מהממונה על ההגבלים העסקיים מאישור כאמור.

מסקנתי זו נוגעת גם להסדרי בלעדיות אחרים במקרקעי מרכזים מסחריים, אשר עד כה נטען כי אין הם נתונים לתחולת חוק ההגבלים העסקיים בשל הוראת סעיף 3(3) לחוק. הנושא חורג, אפוא, מדלת אמותיהם של קניון הראל ושל בנק דיסקונט, אף שהקביעה מתמקדת בהם וחלה במישרין רק על תניית הבלעדיות שבפניי.

³² הי"ע 13/93 בנק אדנים למשכנתאות בע"מ ואח' נ' המועצה הישראלית לצרכנות; 1997 הגבלים עסקיים 3006123.

³³ וראה לעניין זה גם בג"צ 47/83 תור אויר (ישראל בע"מ) נ' המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים ואח'; 1985 הגבלים עסקיים 3001804.



רשות ההגבלים העסקיים

- 23 -

10. סוף דבר

מן המקובץ עולה כי הסדר הבלעדיות כמתואר בקביעתי זו מהווה הסדר כובל כמשמעו בחוק ההגבלים העסקיים.

להסדר זה הגלום בתניית הבלעדיות לא נתבקש מראש כל אישור, לא בעת כריתת ההסדר, לא בעת הארכתו ולא בעת מימוש האופציה לפיו. ממילא גם לא ניתן אישור כזה. משכך, תניית הבלעדיות מהווה הסדר כובל שלא קיבל אישור, היתר זמני או פטור והיותו של אדם צד לה, כל עוד לא ניתן היתר מן ההיתרים האמורים מהווה הפרה של הוראות חוק ההגבלים העסקיים.

כאמור בסעיף 43(ה) לחוק ההגבלים העסקיים תהא קביעה זו ראייה לכאורה לנקבע בה בכל הליך משפטי.

כל אחד מהצדדים להסדר הכובל רשאי לערור על קביעתי זו, או על חלקה, תוך שלושים ימים מיום שהודעה עליה הומצאה לו.

דרור שטרום

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, ל' תשרי תשס"ו

2 נובמבר, 2005