



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 6343/11

לפני :

כבוד המשנה לנשיא מ' נאור  
כבוד השופט צ' זילברטל  
כבוד השופט א' שהם

המערערים :

1. הולנדיה המרכז להנדסת השינה בע"מ
2. אירופלקס מערכות שינה מתקדמות בע"מ

נגד

המשיבים :

1. הממונה על ההגבלים העסקיים
2. עמינח תעשיות רהיטים ומזרונים בע"מ
3. עמינח רשתות שיווק בע"מ
4. ביג נעה בע"מ
5. ד.נ.דן נכסים בע"מ
6. השקעות מרכז 1108 בע"מ
7. פילגר בע"מ
8. א.פ. עיצובים – שותפות מוגבלת
9. שמי בר (ת.ח) בע"מ 1993
10. דלק נדל"ן נכסים מניבים בע"מ
11. מבני סגולה בע"מ
12. קיבוץ שפיים – אגודה שיתופית
13. יכין תעשיות בע"מ
14. דרום יהודה ראש"צ נכסים בע"מ

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי ירושלים מיום  
4.7.2011 בתיק ה"כ 39427-08-10 שניתן על ידי כבוד  
השופטת תמר בזק-רפפורט

תאריך הישיבה :

כ"ה בטבת התשע"ג (7.1.2013)

בשם המערערים :

עו"ד ד"ר דוד תדמור, עו"ד שי בקל,  
עו"ד דורון קילשטיין, עו"ד עידו כנען

בשם המשיב 1 :

עו"ד אשר גושן, עו"ד סוריא בשארה

בשם המשיבות 2-3 :

עו"ד אורן גלעדי, עו"ד עופר חן

## פסק-דין

המשנה לנשיא מ' נאור:

1. הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן: הממונה) החליטה על מתן פטור מאישור בית הדין להגבלים עסקיים, לשורה של הסדרים כובלים (זאת, לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, להלן גם: החוק). על ההחלטה הוגש ערר (לפי סעיף 15 לחוק), שאותו דחתה המשנה לאב בית הדין להגבלים העסקיים. מכאן הערעור שבפנינו (לפי סעיף 39 לחוק).

2. סעיף 14 הנזכר, המסדיר פטור מאישור בית הדין, כפי שתוקן בשנת תש"ס, קובע:

<p>14. (א) הממונה רשאי, לבקשת צד להסדר כובל ולאחר התייעצות עם הועדה לפטורים ולמיזוגים לפי סעיף 23 (להלן – הועדה), לפטור, בהחלטה מנומקת, צדדים להסדר כובל מהחובה לקבל את אישור בית הדין להסדר, אם שוכנע כי התקיימו כל אלה:</p> <p>(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;</p> <p>(2) עיקרו של ההסדר הכובל אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו.</p> <p style="text-align: center;">....</p>	<p>פטור מקבלת אישור</p>
---	---------------------------------

ביום 14.12.2004 הגישה המערערת 1, הולנדיה המרכז להנדסת השינה בע"מ, תלונה לממונה על ההגבלים העסקיים, לפיה "עמינח" פועלת מכוח סעיפי בלעדיות עם בעלי מרכזים מסחריים מסוג "פאוור סנטר". מרכזי "פאוור סנטר" הם מרכזים מסחריים פתוחים עם שטחי חנויות גדולים יחסית. בתלונה נטען כי סעיפי הבלעדיות שלפיהם פועלת "עמינח" מונעים ממתחרים לשכור חנויות באותם מרכזי "פאוור סנטר" (פסקה 5 לערר המתוקן). ביום 16.6.2008 הגישו המשיבים 2 ו-3, עמינח רשתות שיווק בע"מ ועמינח תעשיות רהיטים ומזרונים בע"מ (להלן: עמינח) בקשה לפי סעיף

14 לחוק ההגבלים העסקיים לפטור אותן מן החובה לקבל אישור מבית הדין להגבלים עסקיים להסדרים כובלים בהם התקשרו עם 19 מרכזים מסחריים. לאחר הגשת הבקשה לפטור, משכה עמינח את הבקשה בקשר לשני מרכזים מסחריים בשל מעבר חנויות שלה למיקומים אחרים וכן הגישה בקשה נוספת לפטור בגין הסכם עם שמי-בר (ת.ח) 1993 בע"מ, הנוגע לחנות עמינח סנטר במתחם "פאוור סנטר" שבנשר (פסקה ב.2-1 לתשובת הממונה לערר; מוצג 5 למוצגי המערערת; הבקשות יחד תיקראנה להלן: הבקשה לפטור).

4. ביום 27.5.2009 הגישה המערערת 1, יחד עם המערערת 2 שבבעלותה (שתי המערערות יחד תיקראנה להלן: הולנדיה), תביעה אזרחית בנושא הסדרי הבלעדיות. התביעה הוגשה נגד המשיבה 3 עמינח רשתות שיווק בע"מ ואחרות (ת.א. (מחוזי ת"א) 1608/09 הולנדיה המרכז להנדסת שינה בע"מ נ' עמינח רשתות שיווק בע"מ, מוצג 2 (ד) למוצגי הולנדיה)). בהחלטה במסגרת תביעה זו מיום 2.5.2010 נקבע, לאור הסכמת הצדדים, כי "ינתן בתיק... פסק זמן של 60 יום במהלכו, יש לצפות ולקוות תינתן החלטת הממונה" (מוצג 2 (ה) מטעם הולנדיה).

5. ביום 7.7.2010 ניתנה החלטתה של הממונה דאז, גב' רונית קן, בבקשה לפטור של עמינח (מוצג 1 מטעם הולנדיה). בהחלטה זו קבעה הממונה כי עמינח עוסקת במזרונים וב"פתרונות שינה" כגון מיטות נוער, מיטות מתכווננות, חדרי שינה וכורסאות טלוויזיה (שם, ע' 2). הממונה קבעה כי ככלל, הרכישות בתחום "פתרונות השינה" הן רכישות ייעודיות ומתוכננות, שכן, על-פי רוב, מוצרים אלה נרכשים לתקופה ממושכת בעלות משמעותית, והצרכן יטה להשקיע בעלויות החיפוש עובר לרכישת מוצרים בתחום זה (שם, ע' 4). נקבע כי בשווקי "פתרונות השינה" ברמה הבינונית והנמוכה קיימים גופים רבים המתחרים עם עמינח; לגבי שוק "פתרונות השינה ברמה גבוהה" – מזרונים שמחיריהם 3,000 ₪ ויותר – נקבע כי קיימות שתי רשתות ארציות בולטות המתחרות בעמינח, הן נייט סליפ סנטר (2000) בע"מ (להלן: נייט סליפ סנטר) והולנדיה (כאן המקום לציין כי שם התאגיד שזוהה בהחלטה כ"הולנדיה" הוא ברי גלובלי אחזקות בע"מ). הממונה ציינה בהחלטה כי לא ראתה צורך לשרטט את גבולותיו המדויקים של השוק הגיאוגרפי, אך נערכה בדיקה פרטנית של כל אחד מן האזורים הגיאוגרפיים בהם קיימות חנויות עמינח. מן הבדיקה הפרטנית עלה כי ברובם המכריע של אזורים אלו, קיים מתחרה אחד נוסף לפחות במרחב הגיאוגרפי המצומצם הסמוך לחנות עמינח. כן נקבע כי ברובם המכריע של אזורים אלה קיימות חלופות קרקע, דהיינו, מרכזים מסחריים נוספים או אזורי מסחר קרובים, שניתן לשכור בהם שטח להפעלת חנות מתחרה. נקבע כי ברוב המקרים נמצאת חנות מתחרה

של נייט סליפ סנטר או של הולנדיה במרחק שנע בין מטרים ספורים עד 3 ק"מ. עוד נקבע כי נמצאים מספר מרכזים מסחריים חלופיים באזור המצומצם הסובב את חנות עמינח. נקבע, כי בחלק מן המקרים, שבהם לא נמצאה חנות המתחרה בחנות עמינח באזור הגיאוגרפי המצומצם של עד 3 ק"מ, לא נמצא כי תניית הבלעדיות מקימה קושי תחרותי. זאת, בעיקר מאחר והשוק הגיאוגרפי הרלוונטי הוא רחב ביותר, והממונה לא שוכנעה כי קיים קושי ממשי במציאת חלופת קרקע עבור מתחרים פוטנציאליים, ככל שאלה יבקשו להיכנס לפעילות בשוק. נוכח האמור, קבעה הממונה כי תניות הבלעדיות אינן מקימות חשש לחסימת השוק. עדות לכך נמצאה בעובדה שרשת נייט סליפ סנטר צמחה מ-9 סניפים בשנת 2005 ל-16 סניפים, כאשר הרוב המכריע של הסניפים הם באזורים מסחריים או בצירי קניות מרכזיים ולא דווקא בקניונים או במתחמי מסחר פתוחים כגון ביג או "פאוור סנטר". נמצא, בנוסף, כי לאחרונה פתחה "הולנדיה" שני סניפים חדשים וכי אירופלקס מערכות שינה מתקדמות בע"מ אשר בבעלות "הולנדיה" (היא המערערת 2 בפנינו), פתחה 3 סניפים חדשים (שם, ע' 4-6). בנסיבות אלה שוכנעה הממונה כי קיימת הצדקה לתקופת בלעדיות של עד 10 שנים. בהתאם לכך, היא אישרה 7 מהסדרי הבלעדיות כפי שהם, הורתה על שינויים בחלק מההסדרים (5 מהם), ודחתה את הבקשה לגבי חלק אחר מההסדרים, שבמסגרתם כבר חלפו 10 שנות בלעדיות (שם, ע' 4-6). בענין טענות הולנדיה, לפיהן המיקום המתאים ביותר לחנות מזרונים ו"פתרונות שינה" הוא ה"פאוור סנטר" והיצע ה"פאוור סטנדרים" באזור עסקים רלוונטי מצומצם עד מאוד, קבעה הממונה כי חנויות הממוקמות מחוץ למרכז המסחרי יכולות לרסן את החנות הממוקמת בתוך המרכז המסחרי מלהפעיל כוח שוק, ועצם היכולת לרסן די בה (שם, ע' 7).

הערר

6. הולנדיה הגישה ערר על ההחלטה לאב בית הדין להגבלים עסקיים, לפי סעיף 15(א) לחוק ההגבלים העסקיים. בערר נטען, ראשית, כי הממונה טעתה בענין הגדרת השוק הגיאוגרפי. לפי טיוטת כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג לבלעדיות במקרקעין) (להלן: טיוטת פטור הסוג) – שהיא בגדר טיוטא בלבד שאינה דין – אזור עסקים רלוונטי מוגדר, בתוך יישוב, ככל מקום במרחק של עד 2 ק"מ, ומחוץ ליישוב, כל מקום במרחק עד 5 ק"מ, כאשר המדידה היא לפי אורכם של כבישים ולא בקו אווירי. נטען, כי בקביעת האזור הגיאוגרפי בהחלטה, סטתה הממונה אפילו מהכללים שבטיוטת פטור הסוג, בכך שאישרה הסדרי בלעדיות כגון זה שעניינו האזור המסחרי בשפיים, לגביו צוין שהחנויות המתחרות הקרובות ביותר לחנות עמינח באותם מקומות

מצויות במרחק של כ-8 ק"מ. לא היה מקום, לטענת הולנדיה, ליתן פטור לבלעדיות ב"פאוור סנטר" כזה (פסקה 15 לערר המתוקן).

7. עוד נטען בערר של הולנדיה כי בשוק הנדון, "פאוור סנטר" מהווה, כשלעצמו, שוק גיאוגרפי (פרוטוקול מיום 27.4.2011, ע' 63 ש' 9). נטען, כי ה"פאוור סנטר" מהווה שוק רלוונטי בפני עצמו, בעל מאפיינים ייחודיים, המקנה נגישות מעולה וחויית קניה יוצאת דופן, והמאפשר נראות שאיננה קיימת בשום מקום אחר וחשיפה שאינה קיימת בחנויות שמחוץ ל"פאוור סנטר". מכאן ש"היכולת התיאורטית" לפתוח חנות ברחוב, מחוץ ל"פאוור סנטר", אין בה כדי להוות תחרות (שם, ע' 9). נטען כי אין מקום לאפשר לעמינח, כרשת דומיננטית בשוק, בלעדיות במרכזי "פאוור סנטר", שהם כנטען מרכזים מסחריים ייחודיים עבור השוק הרלוונטי, בכל רחבי הארץ.

8. הולנדיה הוסיפה וטענה בעררה כי אסמכתאות זרות עליהן הסתמכה הממונה בהחלטתה אינן מתאימות לכלכלה קטנה וריכוזית כמו זו בישראל, או לנסיבות שבהן לעמינח דומיננטיות מובהקת עם נתח שוק של כ-40% (ע' 20-21 לחוות הדעת מטעם הולנדיה) והיא חוסמת מהמתחרים (ובכך גם מהצרכנים) גישה לערוצי הפצה רלוונטיים, קרי – מרכזי "פאוור סנטר" ברחבי הארץ (ע' 12 לערר).

9. לתמיכה בעררה הביאה הולנדיה ציטוט ממאמרו של דיורד גילה, "מורכבות שאלת הפגיעה בתחרות בהסדרי בלעדיות במרכזים מסחריים", מחקרי משפט כג(1) 685 (2007) (להלן: הסדרי בלעדיות במרכזים מסחריים) לפיו –

"גם אם קיים שוק גיאוגרפי, שבו קיימים מקרקעין פנויים, אבל הם נחותים יחסית למקרקעין שהעניקו בלעדיות לרשת מבוססת וותיקה, יש בכך, במקרים רבים, כדי לחסום כניסה אפקטיבית ובעלת משמעות של הרשת הקטנה כמתחרה שוות כח לשווקים גיאוגרפיים אלה. זאת ועוד: אם כל המקרקעין החלופיים בשוק גיאוגרפי מסוים העניקו בלעדיות לרשתות הקיימות, מטבע הדברים נחסמת הכניסה לשוק גיאוגרפי זה לרשת או לחנות חדשה.

לבסוף... אף אם קיימים מקרקעין חלופיים, שאינם נחותים יחסית למקרקעין שהעניקו בלעדיות לרשת מבוססת וותיקה, אלה יקבלו, עקב הבלעדיות, את הכח להעלות את דמי השכירות (המשתנים ו/או הקבועים), שהם גובים מרשת חדשה החפצה להיכנס לשוק הגיאוגרפי. תופעה זו תעמיד את הרשת החדשה במצב

של נחיתות תחרותית אל מול הרשת הוותיקה, והיא עלולה גם להרתיע אותה מלפעול כרשת כלל ארצית.

לכך מתוספת העובדה, שיכולת ההתרחבות של רשת קטנה לכדי רשת כלל ארצית תתרום לכח הקנייה שלה, וכך תאפשר לה להחזיק מעמד טוב יותר ולטווח ארוך יותר אל מול כח הקנייה הגדול של הרשת הכלל ארצית. בכך יהיה כדי לשמר בטווח הארוך את מבנה השוק כמבנה פחות ריכוזי בתחום הרשתות הארציות.

לעובדה, שיכול להיות מונצח מצב שבו נחסמת כניסה של רשתות כלל ארציות חדשות, יכולות להיות מספר השלכות שליליות על צרכנים: ראשית, גם בשווקים גיאוגרפיים, שבהם הקניון הוא מונופול, לא יהיה בחסימת הכניסה לרשת החדשה כדי להשפיע על המחיר לצרכן – תחת ההנחות של פסקה 11 – אבל כן ייפגע המגוון, שהצרכנים נהנים ממנו. בשווקים גיאוגרפיים רבים אחרים, שבהם קיימת תחרות בין מרכזים מסחריים (מעטים), העובדה, שקיימות פחות רשתות כלל ארציות, יכולה לפגוע גם במחיר לצרכן, משום שלאור התחרות ביניהם המרכזים המסחריים כבר אינם יכולים לנפח את המחיר לצרכן כרצונם, ובעקבות זאת הופכת תחרות מקומית בין רשתות להיות בעלת משמעות (היא כבר אינה מהווה תחרות 'עם ידיים קשורות מאחורי הגב') (שם, בע' 706, מצוטט בע' 8-9 לערר המתוקן).

10. הולנדיה חלקה עוד, במסגרת הערר, על קביעת הממונה לפיה ככלל, הרכישות בתחום "פתרונות השינה" הן רכישות ייעודיות ומתוכננות. לענין זה הפנתה הולנדיה לחוות הדעת הכלכלית שנערכה מטעמה, לפיה מיקום חנות יחולל גידול בשיעורי "קניות האימפולס", כאשר הפעולה הראשונה אותה מבצעים בתהליך רכישת מזון ו/או מערכת שינה היא הגעה למרכז מסחרי בו יודע הלקוח כי פועלות מספר חנויות מסוג זה (ע' 15-19 לחוות הדעת, ע' 10 לערר).

בתשובת הולנדיה לתגובות לערר ובסיכומיה בערר, העלתה הולנדיה טענות נוספות, לפיהן בשני מרכזי "פאוור סנטר" שבהם יש לעמינח הסדר בלעדיות, קיימות חנויות של מתחרות אחרות, כך שעמינח אוכפת את הסדרי הבלעדיות באופן סלקטיבי (פסקה 29 לתשובה לתגובות לערר; ראו סעיפים 29 ו-45 לתצהירו של מר אברהם ברססט התומך באותה תשובה; פרוטוקול 27.4.2011, ע' 65 ש' 13-15).

11. בסיכומיה בערר, טענה הולנדיה לראשונה גם נגד הגדרת הסכום לפיו תוחם שוק "פתרונות השינה ברמה גבוהה" (מוצרים שמחירם נעים מסך 3,000 ₪ ומעלה;

ראו פרוטוקול מיום 27.4.2011, ע' 70 ש' 13-8). כן טענה הולנדיה לפגם בכך שעמינח היתה צד להסדרים כובלים מבלי לפנות מראש אל הממונה על ההגבלים העסקיים, ורק לאחר שהולנדיה הגישה תלונה והממונה הודיע לעמינח שלדעתו מדובר בהסדרים כובלים, הוגשה בקשה לפטור מקבלת אישור בית הדין (ע' 61-60 לפרוטוקול מיום 27.4.2011).

ההחלטה בערר

12. בהחלטה מיום 4.7.2011, נדחה הערר של הולנדיה בידי המשנה לאב בית הדין להגבלים עסקיים (השופטת ת' בזק-רפפורט, ראו סעיף 15(א) וכן הגדרת "אב בית הדין" בסעיף 1 לחוק; להלן: המשנה לאב בית הדין).

ההחלטה בערר: ניתוח לפי סעיף 14(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים

13. המשנה לאב בית הדין נדרשה בהחלטתה, תחילה, לשאלה האם תניות הבלעדיות שבנדון מגבילות את התחרות בחלק ניכר מן השוק המושפע (או, אם הן עלולות להגביל את התחרות בחלק ניכר משוק כאמור, אם אין בהן כדי לפגוע פגיעה של ממש בתחרות בו; סעיף 14(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים). המשנה לאב בית הדין לא התערבה בהגדרת שוק המוצר שקבעה הממונה, ועוד קבעה:

"אינני סבורה כי תחימת קו הגבול בדבר פתרונות שינה ברמה הגבוהה על סך של 3,000 ₪ או על סך של 20,000 ₪ משנה את התוצאה בענייננו.... הנימוקים למתן פטור בענייננו יפים בין אם שוק פתרונות השינה ברמה גבוהה כולל מזרונים שמחירם 3,000 ₪ ומעלה, ובין אם שוק זה כולל פתרונות שינה שמחירם 20,000 ₪ עד 40,000 ₪ ומעלה" (פסקה 10 להחלטה בערר).

עוד נקבע לענין זה, כי כאשר מבקשים לזהות חשש לפגיעה בתחרות, ההתעניינות איננה רק בחנויות קיימות, אלא במידה רבה גם בעתודות להקמת חנויות, והולנדיה לא טענה כי השטחים הזמינים אינם מתאימים לחנויות המציעות "פתרונות שינה" דווקא במחיר של 20,000 עד 40,000 ₪ (פסקה 11 להחלטה בערר). כך, אף אילו התקבלה גישת הולנדיה לגבי הרף התחתון של שוק "פתרונות השינה ברמה גבוהה", נוכח נימוקי הממונה בענין מקרקעין חלופיים לא היה בכך כדי לשנות מתוצאות הניתוח.

14. בענין הגדרת השוק הגיאוגרפי, אישרה המשנה לאב בית הדין את קביעת הממונה, לפיה השוק הגיאוגרפי של המוצר, ככזה הנרכש במסגרת רכישה ייעודית

ומתוכננת – הוא שוק גיאוגרפי רחב (פסקה 14 להחלטה בערר). נקבע, כי המסקנה בענין רכישה ייעודית ומתוכננת עולה מחוות הדעת מטעם הולנדיה עצמה. בחוות דעת זו נקבע כי 62% מן המשיבים לסקר מסרו, כי ניגשו לחנות בה רכשו את המוצר באופן מתוכנן, ואילו 34% נוספים נתקלו בחנות תוך כדי חיפוש, כך שלפחות 96% מהמשיבים חיפשו מזרנים באופן מתוכנן. כן נקבע בחוות הדעת מטעם הולנדיה כי "רכישת מזרן ו/או מערכת שינה, הינה החלטה של מעורבות גבוהה – החלטה בה הלקוח משקיע חשיבה רבה" וכי "בהחלטה של מעורבות גבוהה, מפעיל הלקוח את תהליך הקנייה השקולה", הכולל "חיפוש מידע" ו"הערכת חלופות". "קניית מוצר במעורבות גבוהה, מתחילה הרבה לפני שהיא מתבצעת בפועל" (פסקה 15 להחלטה בערר). המשנה לאב בית הדין קבעה כי-

"כאשר מדובר בקנייה מתוכננת ומחושבת, כדוגמת רכישת פתרונות שינה, ברור מאליו כי החיפוש איננו מצטמצם למרכז מסחרי מסוים זה או אחר ואף איננו מצטמצם דווקא למרכזים מסחריים פתוחים עם שטחי חנויות גדולים יחסית, מסוג 'פאוור סנטר', כטענת הולנדיה. החיפוש המתוכנן כולל מטבעו, בין היתר, ברור מראש היכן נמצאות חנויות שבהן ניתן לרכוש את המוצר, והגעה אליהן לפי יעדיהן בהתאם לצורך" (פסקה 19 להחלטה בערר).

המשנה לאב בית הדין קבעה, כי אמנם בהחלט סביר כי במהלך החיפוש ייחשף הלקוח לחנויות נוספות, אך אין בכך כדי ללמד שחנויות שאינן מצויות ממש באותו מרכז מסחרי שבו מצויה חנות עמינח אינן מתחרות בה, או שייכות לשוק גיאוגרפי נפרד (שם).

15. בהחלטה בערר נדחתה אף הטענה שה"פאוור סנטר" הוא ערוץ השיווק המרכזי והרצוי ל"פתרונות שינה". נקבע – שוב, על-פי חוות הדעת מטעם הולנדיה עצמה – כי מרכזי ה"פאוור סנטר" מחזיקים 36% משטחי המסחר בישראל, ו-19% מנפח השוק במונחי פדיון (ע' 54-55 לחוות הדעת, מוצג 2/2 למוצגי הולנדיה). אילו היתה למרכזים האמורים עדיפות בכל הנוגע לשיווק "פתרונות שינה", ניתן היה לצפות כי חלק ניכר מן הלקוחות שנסקרו בסקר של המומחה מטעם הולנדיה ידווחו כי הלכה למעשה, הם רכשו מזרן במרכז מסוג זה. אלא שמתברר כי שיעור הרכישות בפועל במרכזי "פאוור סנטר" נמוך משיעורם של כלל מרכזי ה"פאוור סנטר" מתוך כלל שטחי המסחר, הן לפי שטח מסחר והן לפי נפח שוק במונחי פדיון. מסתבר, כי מבין אותו החלק של הלקוחות שרכשו "פתרון שינה" באותה החנות שבה תכננו לרכוש אותו



(62% מהנסקרים), רק 10% מאותו חלק של הלקוחות ביצעו את הרכישה ב"פאוור סנטר".

16. המשנה לאב בית הדין אישרה בהחלטתה את הניתוח שבהחלטת הממונה בענין השווקים הגיאוגרפיים מושא הסדרי הבלעדיות ואת הממצא לפיו בפועל, קיימות בהם חלופות מתאימות (שם, פסקה 26). נקבע, כי הדוגמה של ה"פאוור סנטר" בשפיים, לגביו צוינו חלופות במרחק של כ-8 ק"מ, אינה נקודת חולשה בעמדת הממונה כנטען בידי הולנדיה, אלא דוגמה הולמת הממחישה את הקושי בטענת הולנדיה בענין שוק גיאוגרפי מצומצם:

"היטיב לבטא זאת המומחה מטעם הממונה, ד"ר שלומי פריזט, בע' 58 לפרו' מיום 31.3.11 ש' 6 ואילך:

ת. המוצרים המדוברים, כפי שהסברתי הם מוצרי חיפוש. מהיכן מגיעים הצרכנים. הצרכנים לא נולדים בשפיים ולא גרים בשפיים, הם מגיעים מנתניה, מכפר סבא, מהרצליה. בכל המרחבים האלה הם חשופים לתחרות באזור הבית שלהם, וזה ההסבר הכי פשוט'.

ברוח זו, לנוכח העובדה שמדובר בקניה מתוכננת ומחושבת, אין משמעות לעובדה שהמרכז בקיבוץ שפיים לבדו פתוח בשבת, וחנויות ומרכזי קניות בהרצליה ובנתניה אינם פתוחים ביום זה. בחירה במוצר הנרכש אחת לשמונה שנים איננה נגזרת משעות הפתיחה של החנות, ואינני סבורה כי העדרה של חלופה צמודה לחנות בשפיים, תגרום לחלק ממשי מן הלקוחות לרכוש פתרון שינה באלפי שקלים, כגרסת עמינח, או בעשרות אלפי שקלים, כגרסת הולנדיה, ללא בחינת כל האלטרנטיבות" (שם).

17. עוד דחתה המשנה לאב בית הדין את טענת הולנדיה, לפיה הממונה חרגה מהטווחים הגיאוגרפיים הקבועים בטיוטת פטור הסוג. הוטעם כי מדובר בטיוטה. אם תיעשה לפטור סוג מחייב, הפטור, שיחול (אוטומטית) בהינתן התנאים הקבועים בו (לרבות בענין קיומם של מתחרים בטווחים הקבועים בו), יחול על כלל הסכמי הבלעדיות לכלל המוצרים. ואילו בענייננו, פטור נמצא מוצדק גם נוכח מתחרים הממוקמים רחוק יותר, וזאת על רקע ניתוח מצב התחרות, בין היתר לאור טיב המוצר הספציפי (שם, פסקה 27), שיש לו שוק גיאוגרפי רחב כאמור.

18. טענת הולנדיה, בענין החשש שהצטברות תנאי בלעדיות ברשת מרכזים מסחריים או במספר רב של מרכזים עלולה לחסום מתחרים פוטנציאליים מלהפוך

לרשת ארצית, נדחתה אף היא בידי המשנה לאב בית הדין. זאת, כי בעניין שבנדון מדובר ב-12 מרכזים מסחריים בלבד. נקבע, כי לא הוכחה הטענה לפיה "פאוור סנטר" הינו אתר מרכזי וחיוני לפיתוח רשת ארצית לחנויות "פתרונות שינה". עוד נקבע, כי אף אם טענה זו היתה מוכחת, אין בתניות בלעדיות ב-12 מרכזים, במדינה שבה קיימים 64 מרכזים מסוג זה, כדי להביא לפגיעה בתחרות (פסקאות 24-25 להחלטה בערר). עוד צוין כי מתוכננים בארץ 28 מרכזי "פאוור סנטר" נוספים עד 2015, והנתונים בענין המרכזים הקיימים והמתוכננים מחזקים את מסקנת הממונה כי אין חשש לפגיעה של ממש בתחרות (שם, פסקה 25). בענין התרחבות הרשתות המתחרות, הפנתה המשנה לאב בית הדין בהסכמה למסקנת הממונה, כי רשת "נייט סליפ סנטר", "המתחרה ברשת עמינח במישרין", התרחבה במידה ניכרת בשנים האחרונות, כאשר גם נוספו לרשת "ד"ר גב" ולחולנדיה מספר נקודות מכירה. נקבע, כי נתונים אלה אינם עולים בקנה אחד עם הטיעון בדבר חסימת השוק מפני התפתחות מתחרים (שם).

19. על יסוד כל האמור קבעה המשנה לאב בית הדין כי תניות הבלעדיות הנדונות אינן מגבילות או עלולות להגביל את התחרות בחלק ניכר מן השווקים הנוגעים לענין, ואף אין בהן כדי לפגוע פגיעה של ממש בתחרות בהם, כאמור בסעיף 14(א)(1) לחוק.

20. המשנה לאב בית הדין דחתה גם את טענת חולנדיה, לפיה חוסר תום לבה של עמינח, אשר כרתה והפעילה הסדרים כובלים מבלי לחשוף אותם בפני הממונה, היה צריך להביא לדחיית הבקשה לפטור.

ההחלטה בערר: ניתוח לפי סעיף 14(א)(2) לחוק ההגבלים העסקיים

21. בענין סעיף 14(א)(2) לחוק ההגבלים העסקיים, הדורש כי "עיקרו של ההסדר הכובל אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו", קבעה המשנה לאב בית הדין כי "משמדובר בהסדר אשר אין בו, כאמור, כדי להפחית תחרות או למונעה, ממילא אין עיקרו במטרות פסולות אלו, ואף אין בו 'כבילות' שאינן נחוצות למימוש עיקרו, שהרי 'כבילות' הן הגבלות אשר עשויות לפגוע בתחרות" (שם, פסקה 31). עוד נקבע בהחלטה בערר, כי "בהקשר זה אף מקובלת עליי עמדת הממונה ועמינח, כי תניות הבלעדיות הנדונות משרתות מטרה לגיטימית למניעת הנאת חינם בידי מתחרים, מהשקעות בפרסום ובשיווק" (שם, פסקה 32). המשנה לאב בית הדין עמדה על כך שעל-פי חוות הדעת של חולנדיה, כ-34% מרוכשי "פתרונות השינה" נחשפים אל החנות שבה רכשו הם בסופו של דבר, במהלך חיפוש. על כן גם בהעדרה של חנות צמודה יחפש הלקוח חלופות, אלא שתחרות זו תדרוש מן המתחרים

פרסום עצמי, ולא תאפשר להם הסתמכות על הפרסום שבו משקיעה עמינח והנאת חינם ממנו. נקבע, שהחשש של עמינח בענין הנאת חינם כזו הוא חשש לגיטימי (שם, פסקה 32). כן ציינה המשנה לאב בית הדין כי הוצגו בפניה נתונים שמהם עולה כי עמינח רוכשת שטחי פרסום שעלותם הכוללת, על-פי תעריפונים, גבוהה. המשנה לאב בית הדין הוסיפה וקבעה:

”אעיר כי אף שהנתונים תומכים לכאורה בטיעונה של עמינח, למעשה אין הנתונים בדבר היקפי פרסום יחסיים של חברה זו או אחרת נחוצים לקביעה בדבר תכליתה הלגיטימית של תניית הבלעדיות. בחינת הלגיטימיות שבתכליתה של תניית הבלעדיות אינה נעשית על פי נתוני השטח, בדיעבד, בדבר היקפי השקעתה של חברה ספציפית זו או אחרת בפרסום, אלא על פי ניתוח האינטרסים שהתניה משרתת ובדיקה האם מדובר באינטרסים לגיטימיים” (שם, פסקה 33).

22. בענין תקופת 10 שנות בלעדיות, אישרה המשנה לאב בית הדין את קביעות הממונה. נקבע, כי ניתן להצדיק קציבת תניות בלעדיות לתקופות מסוימות, בעיקר בשל חשש עתידי מפני מקבץ הסכמים בשוק מוצר מסוים אשר עלול לסגור בפני מתחרים פוטנציאליים ערוצי שיווק משמעותיים, אך ”לאור מכלול הנסיבות בפנינו, אופיים של המוצרים, ושיעורים של ההסכמים הנדונים מתוך כלל המרכזים המסחריים שקיימים ושמוקמים, מגבלת 10 השנים איננה מופרזת כלל ועיקר” (שם, פסקה 29).

ערעורה של הולנדיה

23. הולנדיה הגישה ערעור על ההחלטה בערר. כיוון שמועלות סוגיות שונות אדון בכל סוגיה המועלית בערעור בנפרד. אקדים, עם זאת, מסקנה לניתוח: הגעתי למסקנה כי יש לדחות את הערעור. תחילה אעיר הערה מקדמית כללית בענין הגדרת ”הסדר כובל” בחוק וכן אעמוד על אופי הביקורת השיפוטית בערעור על החלטות של אב בית הדין להגבלים עסקיים בערר לפי סעיף 15 לחוק ההגבלים העסקיים.

הערה מקדמית – הגדרת ”הסדר כובל” בחוק ההגבלים העסקיים

24. אין מחלוקת בין הצדדים שבפנינו כי הסדרי הבלעדיות במקרקעין מושא ענייננו הם בגדר ”הסדר כובל” לפי חוק ההגבלים העסקיים. הולנדיה התלוננה על הסדרי הבלעדיות כעל הסדרים כובלים (ראו מוצג 2א למוצגי הולנדיה). עמינח עצמה כינתה את הסדרי הבלעדיות ”הסדר כובל” והגישה בקשה לפטור הסדר כובל מאישור

לפי סעיף 14 לחוק (ראו מוצג 5 למוצגי הולנדיה). הממונה קבעה כי מדובר ב"הסדרים כובלים" ופטרה אותם מאישור, בתנאים שקבעה בהחלטתה (מוצג 1 למוצגי הולנדיה). בהחלטת הממונה בענייננו, הפנתה הממונה להחלטה קודמת של הממונה על ההגבלים העסקיים דרור שטרם בענין קניון הראל (החלטת הממונה על 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" (2.11.2005) (להלן: החלטת הממונה בפרשת קניון הראל)). בהחלטה זו קבע הממונה על ההגבלים העסקיים כי הסדר בלעדיות במקרקעין בין מרכז מסחרי (קניון) לבין בנק הפותח בו סניף, לפיו הקניון לא ישכיר שטח בו לבנק אחר, מהווה הסדר כובל גם לפי החזקות החלוטות בסעיף 2(ב) לחוק וגם לפי סעיף 2(א) לחוק (שם, ע' 8-12; לענין היות הסדר בלעדיות במקרקעין הסדר כובל לפי סעיף 2(ב) ראו גם דיויד גילה ויוסי שפיגל "הסדרים אנכיים" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך ראשון 323, 479 (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008); להלן: גילה ושפיגל; לענין מעמד החזקות לפי סעיף 2(ב) לחוק כחלוטות ראו דעת הרוב של השופט א' גולדברג ב-ע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' משרד הביטחון, מינהל ההרכשה והייצור (משיב פורמלי), פ"ד נב(3) 145, 176 (1998); דעת הרוב של השופט מ' חשין ב-דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, 96-97 (2001); מיכל גל, אמיר ישראלי ומנחם פרלמן "הסדרים כובלים – יסודות האיסור" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך ראשון 193, 269-270 (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008) (להלן: גל, ישראלי ופרלמן) ואסמכתאות שם; יצחק (צחי) יגור דיני הגבלים עסקיים 156 (מהדורה שניה 1999) (להלן: יגור)). בנסיבות שגרתיות, הסדר בלעדיות במקרקעין בין מרכז מסחרי לבין עסק המפעיל בו חנות הינו הסדר אנכי ולא הסדר אופקי, כי הקניון כמשכיר והעסק אינם מתחרים זה בזה (ראו גילה ושפיגל בע' 475-482 וגם החלטת הממונה בפרשת קניון הראל בע' 9). ב-רע"א 6233/02 אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשיה, שיווק אלומיניום זכוכית ופרזול בע"מ, פ"ד נח(2) 634, 658 (2004) (להלן: אקסטל), הבעתי את דעתי, לפיה אין לקבל את הטענה שסעיף 2(ב) לחוק, כפי נוסחו כיום, חל רק על הסדרים אופקיים (שם, בע' 658). לשופט י' טירקל היתה דעה אחרת באותה פרשה (שם, בע' 646-648), ואילו השופט א' פרוקצ'יה ביקשה להכריע באותה פרשה באופן שלא מחייב הכרעה באותה שאלה (שם, החל מע' 668).

25. כשלעצמי נותרתי בדעתי באותה סוגיה, אולם גם אם אניח, לצורך הדיון בלבד, שסעיף 2(ב) לחוק אינו חל על הסדר שכזה, נקבע כאמור בפרשת קניון הראל כי הסדר בלעדיות במקרקעין מהווה הסדר כובל גם לפי סעיף 2(א) לחוק. סעיף 2(א) לחוק 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." מלשון זו ניתן היה להבין כי הסדר יכול להיחשב הסדר כובל רק כאשר הוא עלול למנוע או להפחית את התחרות בין הצד שמגביל את עצמו לבין אחרים עלולה להיות מנועה או מופחתת (כזכור, בענייננו, הצד שהגביל את עצמו לא היה עמינח המשווקת "פתרונות שינה", אלא המרכזים המסחריים). פסקי דין אחדים ניתנו ברוח זו (ראו, לדוגמה, ת"א (ת"א) 2011/02 יקבי רמת הגולן בע"מ נ' שטרן (14.10.2002) (להלן: יקבי רמת הגולן); ערעור על פסק הדין נדחה, ללא דיון בסוגיית פרשנות סעיף 2(א) לחוק – ע"א 10638/02 שטרן נ' יקבי רמת הגולן בע"מ (2.3.2003)). אולם, פרשנות זו זכתה לביקורת קשה מצדם של מלומדים. לדעתם של גל, ישראלי ופרלמן, פרשנות זו מנוגדת לתכלית החוק, כיוון שהיא פוטרת הסדרים אנכיים רבים באופן קטגורי, ללא בדיקת השפעתם על התחרות בשווקים שבהם אין הגורם המוגבל פועל. כן מעירים הם כי קשה ליישב את הפרשנות האמורה עם סעיף 3(6) לחוק, המוציא מגדר הסדרים כובלים הסדרי בלעדיות הדדית בין רוכש נכס או שרות לבין ספק. זאת, כיוון שהחיוב שכל צד נוטל על עצמו בהסדר שכזה מגביל את התחרות בין הצד השני להסדר לבין המתחרים עמו (ראו גל, ישראלי ופרלמן בע' 256-257; דיורד גילה "חוזים המגבילים תחרות, הגבלים עסקיים ומונופולין" חוזים ג' 658-659 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, 2003)). לטענת גילה ושפיגל, מן ההיסטוריה החקיקתית ומפרשנות תכליתית של סעיף 2(א) לחוק עולה שפרשנות זו, לפיה רק הסדר העלול להשפיע על התחרות בשוק של הצד שהגביל את עצמו יכול להיכנס לגדר הגדרת "הסדר כובל", אינה מוצדקת ומובילה לתוצאות אבסורדיות (דיורד גילה "כבילה הפוגעת בתחרות בין הצד הנהנה ממנה למתחריו" עיוני משפט כח(2) 517 (2004); גילה ושפיגל בע' 407-408)). בפרשת קניון הראל, טען בנק דיסקונט בפני הממונה על ההגבלים העסקיים שהסדר הבלעדיות שם אינו הסדר כובל לפי סעיף 2(א) כי הקניון, אשר מגביל את עצמו, אינו פוגע בתחרות בינו לבין מאן דהוא. הממונה דחה את הטענה, בין היתר תוך הפניה ל-ה"ע (י-ם) 469/98 דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פס' 61-63 (25.3.2001)). הממונה קבע:

"עיינתי בפסק דין זה [בערעור על פסק דין יקבי רמת הגולן – מ"נ], 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 [ש]קבע בית הדין להגבלים  
עסקיים בפרשת דלק...." (החלטת הממונה בפרשת קניון  
הראל, ע' 18).

לאחר החלטת הממונה המצוטטת, התקשרו הקניון ובנק אחר (בנק הפועלים), בהסכם שכירות לפיו הושכר לבנק הפועלים שטח בקניון לשם פתיחת סניף. בנק דיסקונט הגיש תביעה בגדרה ביקש צווים נגד קניון הראל ובנק הפועלים. בהחלטה בבקשה לצו מניעה זמני במסגרת אותה תביעה, קבע סגן נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים השופט ד' חשין כי הממונה צדק בפרשנותו של סעיף 2(א) לחוק (בש"א (י-ם) 250/06 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' חברת קניון הראל בע"מ, פס' 21-23 (19.3.2006)). בנק דיסקונט הגיש בקשת רשות ערעור על ההחלטה לבית משפט זה, אך השופט א' גרוניס דחה אותה, בקובעו:

"... במקרה שלפנינו עשה הממונה שימוש בסמכות האמורה [לפי סעיף 43(א) לחוק, לקבוע כי הסדר הינו הסדר כובל – מ"נ]. משכך, הרי שעל פי סעיף 43(ה) לחוק מהווה קביעתו, במסגרת כל הליך משפטי, ראייה לכאורה לנקבע בה. בפני בית משפט קמא עמדה, איפוא, ראייה לכאורה לכך שתניית הבלעדיות מהווה הסדר כובל. ברי, כי מדובר בראיה לכאורית בעלת משקל ממש, וזאת בין היתר לאור זהותו של הגורם הקובע. מוכן אני לצאת מנקודת הנחה כי בנק דיסקונט רשאי היה לנסות ולסתור ראיה לכאורית זו, מתוך מטרה לשכנע את בית המשפט כי לכאורה אין מדובר בהסדר כובל וכי לפיכך קמה לו עילת תביעה.... אף אם כך הוא, הרי שבנסיבות העניין לא עמד בנק דיסקונט בנטל האמור. צדקה אם כן הערכאה הדיונית בסרבה להיעתר לבקשתו של בנק דיסקונט לסעד זמני, במסגרתה ביקש הוא למעשה לאכוף את תניית הבלעדיות עד להכרעה בתובענה העיקרית (ראו, רע"א 5622/90 רפאלי נ' קמפ ישראל בע"מ, פ"ד מה(2) 104) (רע"א 2725/06 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' קניון הראל בע"מ (4.6.2006); ההדגשה הוספה).

בשולי הדברים אציין את תזכיר החוק בו מוצע, בין היתר, להבהיר כי גם הסדר העלול לפגוע בתחרות בין הצד ה"נהנה" (שלא הגביל את עצמו) לבין מתחריו אכן מהווה הסדר כובל (הממונה על ההגבלים העסקיים "תזכיר חוק – שם החוק המוצע: חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 9) התשס"ה-2005" פרסום 5000166 (21.9.2005), המוזכר בניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים, בע' 196, 257; ראו גם דיויד גילה "חשיבותה של ההצעה לתיקון מס' 9 לחוק ההגבלים העסקיים, ההצהרתיות שלה, והצעה להסרת נטל הניתוח הכלכלי מכתפיהם של בתי-המשפט האזרחיים" עיוני משפט כט(3) 641 (2006)).

26. כאמור, הצדדים בפנינו אינם חולקים על כך שהסדרי הבלעדיות בענייננו מהווים הסדרים כובלים (ועמינח אף מסתמכת בטיעוניה על החלטת הממונה בפרשת קניון הראל). לכך יש להוסיף, כפי שיבואר בהמשך הדברים, כי אף לשיטת הממונה על ההגבלים העסקיים, להסדרי בלעדיות במקרקעין יכולות להיות השלכות לא רק לגבי התחרות בין הצד ה"נהנה" מהכבילה (החנות המקבלת בלעדיות) לבין מתחריו, אלא גם לגבי משכיר המקרקעין שהגביל את עצמו, בתחרות שלו כמשכיר מקרקעין עם משכירים מתחרים. כך, ממילא אין לומר שעל ההסדרים מושא ענייננו, סעיף 2(א) לחוק אינו יכול לחול כיוון שלא מתעוררת כל סוגיה תחרותית בקשר לצד שהגביל את עצמו.

היקף הביקורת השיפוטית בערעור על החלטת אב בית הדין להגבלים עסקיים בערר

27. ב-ע"א 3398/06 הרשות להגבלים עסקיים נ' דור-אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ, פ"ד סא(3) 757 (2006) (להלן: דור-אלון), עמד בית משפט זה על אופיה של הביקורת השיפוטית שעורך בית הדין להגבלים העסקיים בערר על החלטה של הממונה על ההגבלים העסקיים:

"בצד היקף הפרישה הרחב של סמכות בית הדין, היקף התערבותו בפועל בהחלטת הרשות המוסמכת נגזר לעולם מטיבו של הנושא העומד לדיון, ממעמדו של הגורם שהחלטתו עומדת לבחינה שיפוטית, מהרקע המקצועי ומידת המומחיות העומדים לרשות מקבל ההחלטה, וממכלול עניינים נוספים. אף שהיקף התערבותו של בית הדין רחב יותר מן המקובל בביקורת שיפוטית על מעשי המינהל בעתירות מינהליות, נותנת הדעת כי מקום שבית הדין נזקק לערר על החלטת הממונה, תהווה החלטה זו בסיס ונקודת מוצא להפעלת שיקול הדעת השיפוטי, תוך מתן מלוא המשקל לידע, לשיקול הדעת, למומחיות ולניסיון המצטבר המצויים בידי הרשות המוסמכת שהחלטתה עומדת לביקורת שיפוטית. לענין זה, יש להבחין בין סמכויות ראשוניות של בית הדין המסורות לו באופן בלעדי לבין סמכויותיו כערכאת ערר על החלטות הממונה (יצחק יגור דיני הגבלים עסקיים 562... [(מהדורה שניה, תש"ס)]). החלטת הגורם המוסמך העומדת לביקורת ערר בפני בית הדין ראוי שתיבחן מתוך הנחה כי היא נערכה על-פי מיטב שיקול הדעת המקצועי וכי חלה עליה חזקת התקינות. במיוחד כך הדבר כאשר מדובר בממונה על ההגבלים העסקיים, המהווה גורם מקצועי מובהק, המתמנה לתפקידו בידי הממשלה ולרשותו צוות נרחב של עובדים מקצועיים ברמה גבוהה ביותר בתחומים רלבנטיים שונים, ובכלל זה בתחומי הכלכלה והמשפט. לרשות מוסמכת זו עומדים הן ידע תיאורטי נרחב ומעמיק בתחומי ההגבלים העסקיים, על גווניהם השונים, וכן ניסיון

מצטבר רב שנים הנצמח מפעילות פיקוח ענפה בשטח. סמכויותיו של הממונה הן נרחבות ביותר והידע והמומחיות העומדים לו בתחום פעולתו הם בעלי משקל מיוחד" (שם, בע' 789-788; ההדגשה הוספה).

28. ההליך שבפנינו הוא ערעור (לפי סעיף 39 לחוק ההגבלים העסקיים) על החלטה של אב בית הדין להגבלים עסקיים בערר (לפי סעיף 15 לחוק). גם בית משפט זה, בבואו לדון ערעור על ההחלטה בערר, מייחס משקל מיוחד להחלטת הממונה על ההגבלים העסקיים, כעמדה של רשות מוסמכת סטטוטורית המופקדת על נושא ההסדרים הכובלים במשק הישראלי (ראו והשוו פסק דין דור-אלון, בע' 789 ליד האות ה'). בנסיבות שבהן אב בית הדין להגבלים עסקיים מאשר, באמצעות ממצאים עובדתיים וממצאי מהימנות, קביעות עובדתיות בעמדת הממונה על ההגבלים העסקיים בענין מושא הערר, הרי בערעור בבית משפט זה, המשקל המיוחד שנושאת עמדת הממונה על ההגבלים העסקיים מוביל לאותו הכיוון שאליו מצביע הכלל הרגיל בדיני ערעורים, לפיו בית המשפט שלערעור אינו נוטה להתערב בממצאים עובדתיים או ממצאי מהימנות של הערכאה הדיונית (ליישום הכלל בענין אי התערבות בממצאים עובדתיים בערעורים על בית הדין להגבלים עסקיים ראו ע"א 2893/10 טרפלקס קומפאונדס (1994) בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פסקה 9 (19.4.2012); הערות השופטת ע' ארבל בהסכמת הנשיא (בדימ') א' ברק בפסק דין דור-אלון; ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, פ"ד נב(5) 213, 240 (1998); ליישומו של כלל זה בערעורים על החלטות של בתי משפט בהליכים אחרים בעלי אופי מינהלי – ערעורים על פסקי דין בעתירות מינהליות ובקשות רשות ערעור על פסקי דין בערעורים מינהליים – ראו, למשל, ע"מ 10826/03 מנהל הארנונה בעיריית עכו נ' קלאב מרקט רשתות שיווק בע"מ (11.6.2006); בר"ם 4299/06 תשתיות נפט ואנרגיה בע"מ נ' המועצה האזורית גדרות, פסקה 11 (10.9.2006)).

מכאן אפנה לדיון בטענות שבערעור.

עצמאות יסודות סעיף 14(א)(1) וסעיף 14(א)(2) לחוק ההגבלים העסקיים

29. בערעורה, טוענת הולנדיה כי המשנה לאב בית הדין יישמה באופן שגוי את סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים בענין פטור מאישור בית הדין. נטען, כי לצד היסודות בסעיף 14(א)(1) לחוק בענין חשש לפגיעה בתחרות הנובע מההסדר הכובל – ובנפרד מאותם יסודות – סעיף 14(א)(2) דורש, בין היתר, כי מטרתו ("עיקרו") של ההסדר הכובל אינה פגיעה בתחרות, בין אם בפועל ההסדר מעלה חשש לפגיעה כזו,



בין אם לאו. מכאן, שכאשר קבעה המשנה לאב בית הדין בענין הסדרי הבלעדיות במקרקעין בענייננו כי "משמדובר בהסדר אשר אין בו, כאמור, כדי להפחית תחרות או למונעה, ממילא אין עיקרו במטרות פסולות אלו...", היא נפלה לפי הטענה לכלל טעות לוגית, ערבה בין היסודות השונים של שני תתי הסעיפים של סעיף 14(א) לחוק, והפכה את סעיף 14(א)(2) לחוק, הדורש העדר מטרה פסולה (במובחן מתוצאה פסולה), לאות מתה. עוד טעתה המשנה לאב בית הדין, לטענת הולנדיה, ביישום היסוד הנוסף בסעיף 14(א)(2) לחוק, לפיו "אין בו [בהסדר הכובל] כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו." מההנמקה בהחלטתה, לפיה אין בהסדרים הנדונים "כבילות" שאינן נחוצות למימוש עיקרם "שהרי 'כבילות' הן הגבלות אשר עשויות לפגוע בתחרות", עולה כי הסדר אינו יכול, כביכול, להיות הסדר כובל, אלא אם הוא עשוי, בפועל, לפגוע בתחרות. הולנדיה טוענת כי "כבילה" מהווה יסוד עצמאי המנותק משאלת הפגיעה בתחרות, אשר קיים כל אימת שמוגבל חופש הפעולה העסקי של צד להסדר.

30. באי כוח הממונה מסכימים עם עמדת הולנדיה לפיה היסודות שבתתי הסעיפים של סעיף 14(א) לחוק הם נפרדים, וכי גם ללא חשש לפגיעה בתחרות, פסולה כבילה שמטרתה פגיעה בתחרות (כבילה "ערומה"). אלא שלטענת הממונה, המשנה לאב בית הדין פעלה כשורה ובחנה את שני תתי הסעיפים של החוק בנפרד בהחלטתה.

אחזור, לנוחות הקורא, על נוסח סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988:

14. (א) הממונה רשאי, לבקשת צד להסדר כובל ולאחר התייעצות עם הועדה לפטורים ולמיזוגים לפי סעיף 23 (להלן – הועדה), לפטור, בהחלטה מנומקת, 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.

....

פטור  
מקבלת  
אישור

31. כפי שצוטט לעיל, משהגיעה המשנה לאב בית הדין למסקנה שבענייננו מתקיימים תנאי סעיף 14(א)(1) לחוק בענין העדר הגבלה או פגיעה בתחרות, היא

המשיכה וקבעה, בענין סעיף 14(א)(2), כי "משמדובר בהסדר אשר אין בו, כאמור, כדי להפחית תחרות או למונעה, ממילא אין עיקרו במטרות פסולות אלו, ואף אין בו 'כבילות' שאינן נחוצות למימוש עיקרו, שהרי 'כבילות' הן הגבלות אשר עשויות לפגוע בתחרות" (שם, פסקה 31). רואה אני טעם בדברי הולנדיה ובאי כוח הממונה בביקורתם על קביעה זו. ברור, הגיונית, כי אין בהעדר הפחתה בתחרות בפועל, כשלעצמו, כדי להוכיח העדר מטרה להפחית בתחרות. כפי שמוכר לנו היטב, לדוגמה, מעבירות התנהגות ועבירות ניסיון בדין הפלילי, העובדה שתוצאה לא קרתה אינה מוכיחה, כשלעצמה, העדר כוונה או מטרה. צודקים הולנדיה ובאי כוח הממונה, שהדרישה בכל אחד מתת-הסעיפים של סעיף 14(א) לחוק היא דרישה נפרדת ועצמאית, ועל מנת לפטור את ההסדר הכובל מקבלת אישור, על הממונה להשתכנע שהתקיימו הדרישות בכל אחד מהם, במצטבר. כן צודקת הולנדיה, שהשאלה בבסיס סעיף 14(א)(2) סיפא אינה אם קיים חשש לפגיעה בתחרות – אלמלא חשש כזה (סעיף 2(א) לחוק) או חזקה חלוטה שקיים חשש כזה (סעיף 2(ב) לחוק), אין הסדר כובל וממילא לא נכנסים לטרקלין של סעיף 14 לחוק, שעניינו פטור להסדר כובל. סעיף 14(א)(2) סיפא מתנה פטור בכך שה"כבילות" (ההגבלות) שבהסדר הכובל נחוצות למימוש תכליתו ("עיקרו").

32. עיון בסעיף 14(א) לחוק מעלה כי על מנת שהממונה יפטור הסדר כובל מקבלת אישור מבית הדין, עליו להשתכנע, במצטבר ("כל אלה"): כי 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 (סעיף 14(א)(1)); וכי עיקרו של ההסדר הכובל אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו (סעיף 14(א)(2)). מדובר בשלושה יסודות: יסוד תכלית ההסדר הכובל ("עיקרו"), יסוד נוסף הוא חשש לתוצאתו של ההסדר (חשש לפגיעה בתחרות, כנוסח סעיף 14(א)(1)) ויסוד שלישי, נחיצות הכבילות שבהסדר, עניינו בדיקה אם אין בהסדר הכובל כבילות מיותרות שאינן דרושות להשגת המטרה. על-פי מבנה סעיף 14(א), היסוד השני הוא המופיע בסעיף 14(א)(1) ואילו היסוד הראשון והשלישי מופיעים בסעיף 14(א)(2). אנתח למען הנוחות את הטענות לגבי היסודות של סעיף 14(א) לפי הסדר שבו מניתי אותם לעיל: תחילה אדון בתכלית ההסדר הכובל (סעיף 14(א)(2) רישא); לאחר מכן בחשש לתוצאותיו (סעיף 14(א)(1)), ואחרון – בנחיצות כבילותיו (סעיף 14(א)(2) סיפא).

האם נדרשת בדיקה אמפירית לשם קביעת תכלית ההסדר הכובל

33. לטענת הולנדיה, המשנה לאב בית הדין שגתה בכך שהכירה במניעת הנאת חינום כתכלית הסדרי הבלעדיות שבנדון, תוך קביעה כי אין צורך לערוך בדיקה עובדתית על-פי הנתונים בשטח, אלא די ב"ניתוח האינטרסים שהתניה משרתת ובדיקה האם מדובר באינטרסים לגיטימיים". טוענת הולנדיה,

"כיצד ניתן לנתח את האינטרסים שהתניה משרתת... מבלי לקיים בדיקה עובדתית-אמפירית מעמיקה על בסיס הנתונים בשטח. קביעת בית הדין פוטרת למעשה את הצדדים להסדר הכובל מחובתם לבסס באופן קונקרטי – ולא ברמת הסיסמאות בלבד – את הלגיטימיות של הכבילות בהסדר. פרשנות כזו מנוגדת לדין ולפרקטיקה הנוהגת במתן החלטות פטור" (פס' 11 לסיכומי הולנדיה).

34. הממונה מפנה, בשאלת הדרישה לבדיקה אמפירית לשם קביעת תכלית ההסדר הכובל, אל טיוטת פטור הסוג להסדרי בלעדיות במקרקעין שנזכרה לעיל. מדובר בטיטוט פטור סוג לפי סעיף 15א לחוק, ובסעיף 15א(2), המתנה את פטור הסוג המוצע בכך ש"עיקרם של ההסדרים אינו בהפחתת התחרות או במניעתה והם אינם כוללים כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרם", נוסח כמעט זהה לסעיף 14(א)(2) החל בענייננו. לטענת באי כוח הממונה, מדיניות הממונה, עוד לפני פרסום טיוטת פטור הסוג בשנת 2004 ועד היום, היא שהסדרי בלעדיות במקרקעין, ככלל, מקיימים את תנאי הסעיף הנזכר בענין פטור סוג. עוד נטען כי גם בארה"ב רואים באופן עקבי הסדרי בלעדיות במקרקעין ככבילות נלוות (במובחן מכבילות "ערומות") שהן לגיטימיות, ובאנגליה ובאיחוד האירופאי הוראות הבלעדיות מותרות כל עוד אין בהן כדי לפגוע פגיעה משמעותית בתחרות. אין הדבר מפתיע, לטענת הממונה, שכן מדובר בהסדרים אנכיים (בין בעל המרכז המסחרי לבין בעל העסק, שאינם מתחרים ביניהם).

עוד טוענים באי כוח הממונה כי הסדרי בלעדיות במקרקעין מהווים פרקטיקה עסקית נפוצה מאד, אשר נתפסת כפרקטיקה לגיטימית, שנועדה להגן על אינטרס לגיטימי של השוכר. בכך, לטענת הממונה, מתקיים האמור בסעיף 14(א)(2) לחוק, לפיו עיקרו של ההסדר הכובל שיזכה בפטור מקבלת אישור בית הדין אינו בהפחתת התחרות או במניעתה ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו.

35. בסיכומי התשובה מטעמה, טוענת הולנדיה כי תימוכין לטענתה שהיה על הממונה לבחון באופן אמפירי וקונקרטי את התכלית הלגיטימית הנטענת של ההסדר הכובל מצויים בעובדה שהממונה עצמו ערך בחינה כזו במקרה אחר, בו הוא לא הסתפק בקביעה שבאופן כללי הסדרי בלעדיות נחשבים לגיטימיים.

36. לדעתי, יש טעם בטענה שלא ניתן לקבוע אם התכלית העומדת בבסיס הסדר כובל היא תכלית לגיטימית, אלא באמצעות בחינת הנסיבות הקונקרטיות. אמחיש זאת במשל: נניח שהיה מוכח, עובדתית, באופן חד משמעי, שהרשת שכרתה את הסדרי הבלעדיות במקרקעין נוקטת מדיניות של הימנעות גמורה מהשקעה בפרסום ובשיווק וכי אין לה כוונה לשנות מדיניות זו, וכי דווקא הרשת המלינה על ההסדרים היא המובילה בארץ בפער אדיר בהשקעה בפרסום ובשיווק. ברור לכל עין כי בנסיבות כגון אלה התכלית האמיתית של הסדרי הבלעדיות אינה יכולה להיות מניעת הנאת חנם מהשקעות בפרסום ובשיווק. השאלה הנשאלת בסעיף 14(א)(2) רישא לחוק אינה מה יכולה להיות התכלית ("עיקר") של ההסדר הכובל. השאלה גם אינה מהי התכלית של הסדר כובל מאותו סוג כאשר היא נעשית בידי אחרים. השאלה היא, מה מבקש להשיג המתקשר הנדון באמצעות ההסדר הכובל. ברור שמתן תשובה לשאלה זו מצריך בחינה של הנסיבות הקונקרטיות. גם בפרשה שאליה הפנו באי כוח הממונה בענייננו נערכה בדיקה האם קיימת הצדקה כלכלית מאחורי הסדר הבלעדיות במקרקעין (ראו *Optivision v. Syracuse Shopping Center Associates*, 472 F.Supp. 665, 679 (N.D.N.Y. 1979); שם בחן בית המשפט את הראיות בענין הצדקה כלכלית והחליט להימנע מלהסיק שקיימת הצדקה כלכלית כאמור. בשונה מהמצב המשפטי בישראל נוכח היסוד המפורש בסעיף 14(א)(2) רישא לחוק בענין "עיקר" ההסדר הכובל, נקבע בפסק דין זה שדי בהעדר פגיעה בתחרות כדי להכשיר את ההסדר גם אם אין תכלית כלכלית מוצדקת מאחוריו).

37. לו המשנה לאב בית הדין היתה מסתפקת בענייננו, לענין סעיף 14(א)(2) רישא לחוק, בקביעה שהעדר פגיעה בתחרות בפועל ממילא מוביל למסקנה שתכלית ההסדר הכובל לגיטימית, ובקביעה לפיה אין צורך לבחון, לענין התכלית, את נסיבות הענין, לא היה מנוס לדעתי אלא להחזיר את התיק לבחינה משלימה. אולם, צודקים באי כוח הממונה בטענתם שהמשנה לאב בית הדין לא הסתפקה באמירה המצוטטת לעיל, אלא גם קבעה, עובדתית, לגוף הענין ועל בסיס הנסיבות הקונקרטיות, מה היתה תכלית ההסדרים הכובלים בענייננו. על-פי קביעתה של המשנה לאב בית הדין, תכלית ההסדרים הכובלים בענייננו היתה מניעת הנאת חנם מהשקעות עמינח בפרסום ושיווק. לטענות הולנדיה בענין קביעה זו – אפנה עתה.

חשש מהנאת חינם מהשקעות בשיווק ובפרסום, כתכלית של הסדרי הבלעדיות במקרקעין

טענות הולנדיה

38. לטענת הולנדיה, המשנה לאב בית הדין טעתה בהכרה בחשש להנאת חינם של הולנדיה מהשקעות הפרסום והשיווק של עמינח כתכלית הסדרי הבלעדיות. זאת, כך נטען, כי הנאת חינם היא תופעה שמתעוררת בין משווקים של אותו המוצר, והנתונים הרלוונטיים לבחינת קיום הנאת חינם כזו בין חנויות סמוכות, הם נתונים בענין השקעות בשיווק בנקודת המכירה ולא בענין השקעות כלליות, כלל ארציות במיתוג ובפרסום המוצר. עמינח והולנדיה אינן מוכרות את אותו המוצר; כל אחת מהן מוכרת מוצרים משלה. נטען כי השקעות בפרסום ובמיתוג של מוצרי עמינח מחזקות את הביקוש הצרכני למוצרי עמינח, ואילו הולנדיה, אשר אינה מוכרת מוצרי עמינח, אינה יכולה לקטוף את הפירות של השקעות אלה. מכאן – כך נטען – שהמשנה לאב בית הדין טעתה בכך, שהכירה בחשש להנאת חינם בין רשתות שאינן מוכרות את אותו המוצר כתכלית ההסדרים הכובלים שבנדון, וזאת, ועל בסיס נתונים בענין השקעות כלליות בשיווק ובפרסום (במובחן משיווק ופרסום נקודת המכירה).

39. הולנדיה מוסיפה וטוענת, כי על מנת שהחשש להנאת חינם יצדיק הסדר בלעדיות, על הנאת החינם לאיין לחלוטין את התועלת מהשקעות השיווק של הצד להסדר הבלעדיות. אם הנזק שממנו הוא סובל בעקבות הנאת החינם אינו עולה על התועלת שהוא מפיק מההשקעה בפרסום, אזי אין הצדקה להסדר בלעדיות.

40. עוד טוענת הולנדיה, כי הנאת החינם הנזכרת בהחלטה אינה ענין חד-סטרי: כאשר חנות של הולנדיה מוצבת ליד חנות של עמינח, בנוסף להנאת החינם שממנה נהנית הולנדיה בעקבות השקעת עמינח בשיווק ובפרסום, עמינח נהנית אף היא מהנאת חינם על חשבון הולנדיה – הנאת חינם בעקבות השקעת הולנדיה בשיווק ובפרסום. לא ברור, לטענת הולנדיה, איזו תועלת גדולה מרעותה.

41. לטענת הולנדיה, המשנה לאב בית הדין התעלמה מתוספת הערך – "יתרונות לרשת" כדברי בא כוחה – שמפיקים הצרכן, עמינח והולנדיה, כולם, מריכוזן של מספר חנויות מתחרות באותו מקום. הולנדיה מביאה כדוגמה את מרכז "דיזיין סנטר", בו מרוכזות חנויות רבות מאותו סוג ולגביו קיים ביקוש גדול, הן מצד הצרכנים והן מצד בעלי החנויות. נטען כי עמינח עשתה כל מאמץ כדי להיכנס ל"דיזיין סנטר" על

אף שהיתה לה חנות במרחק של כ-500 מ"ר ממנו; אולם, מה שהיא מבקשת לעצמה – זכות להקים חנות לצד חנות של מתחרה – היא מבקשת בענייננו לשלול מאחרים.

42. טענה נוספת של הולנדיה בנושא הנאת חינם היא, כי קיימת סתירה פנימית, בין הקביעה בהחלטה בערר בענין קיום חשש להנאת חינם, לבין קביעה אחרת בה, לפיה רכישת המוצר היא רכישה מתוכננת. לפי הטענה, אם המרחק בין חנות עמינח שב"פאוור סנטר" לבין חנות הולנדיה שמחוץ אליו אינו מהווה חסם עבור הלקוחות, אזי הדרת הולנדיה מה"פאוור סנטר" אינה פותרת את בעיית הנאת החינם ואינה יכולה לשמש הצדקה תקפה להסדרי הבלעדיות. ואילו אם המרחק בין חנות עמינח שב"פאוור סנטר" לבין חנות הולנדיה שמחוץ אליו כן מהווה חסם, מתמוטטת המסקנה שאין חשש לפגיעה של ממש בתחרות בעקבות הסדרי הבלעדיות.

43. הולנדיה חוזרת בערעורה על טענתה, לפיה למרות שאין הצדקה להסדרי בלעדיות המכוונות נגד מתחרה ספציפי, עמינח אוכפת את הסדרי הבלעדיות באופן סלקטיבי, תוך אי-אכיפה נגד גופים דוגמת ד"ר גב ונייט סלייפ סנטר.

#### טענות הממונה

44. לטענת הממונה, התכלית הרלוונטית בענייננו היא התכלית הכללית של החוזה, ובענייננו – התכלית היא השכרת חנויות (לענין זה מפנה היא לפסק דין אמריקאי בו נקבע, לגבי חוזה שבו העניקה חברת רכבות בלעדיות לחברה המפעילה ברכבותיה קרונות שינה, שמטרת החוזה היא הספקת שירותי קרונות שינה לציבור (Chicago, St. (L. & N.O.R. Co. v. Pullman Southern Car Co., 139 US 79)). לפי הטענה, התכלית היא השכרת חנויות ולא פגיעה בתחרות, ועל כן, התכלית עומדת בתנאי סעיף 14(א)(2) רישא לחוק. לחילופין, בכל הנוגע לתכלית בענין מניעת הנאת חינם, עמדת הממונה היא כי התקשרותה של עמינח בהסכמי שכירות במרכזים מסחריים חושפת אותה לאפשרות של הנאת חינם משני סוגים. הסוג הראשון הוא הנאת חינם מהשקעות עמינח בפרסום, בשיווק ובמוניטין. סוג הנאת החינם הנוסף, אשר הוזכר בהחלטת הממונה (שם, ע' 3) אך לא היווה בסיס להכרעה בהחלטה בערר – הוא הנאת חינם מהסיכון שנטלה על עצמה עמינח בנכונותה להיכנס למרכז מסחרי שטרם נפתח, בעת שמידת הצלחת המרכז המסחרי טרם היתה ידועה. לטענת הממונה, החשש להנאת חינם בענייננו מתגבר נוכח מדיניות הולנדיה, של איתור סניפים דווקא באתרים בהם קיימות חנויות של עמינח.

45. לטענת הממונה, טענת הולנדיה לפיה לא קם חשש להנאת חינם כאשר מדובר בתחרות בין מותגים שונים, אינה נכונה; תופעת הנאת החינם הבין-מותגית היא תופעה מוכרת. גם אין סתירה, לטענת הממונה, בין הקביעה שרכישת "פתרון שינה ברמה גבוהה" היא רכישה מתוכננת, לבין הקביעה שקיים חשש להנאת חינם. החשש הוא, שבמקום שהצרכן יתוודע להולנדיה באמצעות מאמצי שיווק של הולנדיה במסגרת תהליך הרכישה המתוכננת, הוא יתוודע אל הולנדיה כתוצאה ממאמצי השיווק של עמינח, שהם אלה אשר משכו אותו למרכז המסחרי במסגרת תהליך הרכישה המתוכננת.

46. לטענת הממונה אין בסיס לטענת הולנדיה בענין העדר הצדקה להסדרי הבלעדיות אם המרחק מה"פאוור סנטר" לחנות של הולנדיה שממוקמת מחוץ אליו אינו מונע את מלוא הנאת החינם. לפי טענת הממונה, ברור שההגנה שמספק הסדר בלעדיות ב"פאוור סנטר" מפני הנאת חינם היא חלקית, אך בכך אין כדי לרוקן אותו מתוכן.

47. בענין הנאת חינם הדדית, טוענים באי כוח הממונה שלא נמצאה כל אסמכתא לכך שמתחרה רשאי לכפות על משנהו הנאת חינם הדדית, וכי "כנראה כולם מבינים, שבמצב כזה הנאת החינם לא תהיה הדדית אלא בעיקר חד-סטריית".

48. בענין אכיפה סלקטיבית מצדה של עמינח, לטענת הממונה הוראות בלעדיות לא תמיד חלות על מתחרה שכבר היה במרכז המסחרי לפני כניסתן לתוקף, ולעתים הוראות בלעדיות חלות על חלק בלבד של מרכז מסחרי פלוני כתוצאה ממשא ומתן בין הצדדים להסדר. עוד צוין, בהקשר של טענת האכיפה הסלקטיבית, כי ד"ר גב הרחיבה את תחום עיסוקה למזרנים רק לאחרונה.

#### טענות הולנדיה בסיכומי התשובה

49. בסיכומי התשובה, טוענת הולנדיה כי התכלית (ה"עיקר") שבה יש להתמקד לענין סעיף 14(א)(2) לחוק אינה התכלית הכללית של החוזה שבו מופיע ההסדר הכובל (בענייננו, תכלית של חוזה השכרה) אלא התכלית של ההסדר הכובל עצמו (בענייננו, התכלית של הסדר הבלעדיות במקרקעין).

50. כאמור לעיל, הולנדיה אינה משווקת מוצרים של עמינח, אלא מוצרים משלה, והולנדיה טענה בערעורה שלא תיתכן הנאת חינם במצב זה – כי לא תיתכן הנאת-חינם "בין-מותגית". דא עקא, הולנדיה נסוגה בהמשך הדברים מהטענה, וטענה טענה חדשה בסיכומי התשובה, לפיה הספרות שהביאו באי כוח הממונה בענין הנאת חינם בין-

מותגית מתייחסת אך לנסיבות שבהן מפיץ משותף מפיץ את שני המוצרים המתחרים. באי כוח הממונה משיבים לטענה זו, שהאסמכתאות שאליהן הם הפנו כוללות נסיבות שבהן הוכר החשש מפני הנאת חינם בין-מותגית שלא באמצעות מפיץ משותף כתכלית לגיטימית של הסדר בלעדיות במקרקעין. ממילא, ההגיון בהנאת חינם בין-מותגית באמצעות מפיץ משותף דומה להגיון בהנאת חינם בין-מותגית בין שתי חנויות סמוכות.

דיון - חשש מהנאת חינם מהשקעות בשיווק ובפרסום כתכלית של הסדרי הבלעדיות במקרקעין

51. לדעתי יש לדחות את טענות הולנדיה נגד הקביעה בענין תכלית ההסדרים הכובלים שבפנינו.

52. בענין הנאת חינם בין-מותגית, די בכך שהטענה בענין מפיץ משותף נטענה לראשונה רק בסיכומי התשובה – על מנת לדחותה. הטענה גם אינה נכונה לגופה. צודקים באי כוח הממונה בטענתם, שהאסמכתאות שאליהן הם הפנו כוללות נסיבות שבהן הוכר החשש מפני הנאת חינם בין-מותגית שלא באמצעות מפיץ משותף כתכלית לגיטימית של הסדר בלעדיות במקרקעין (בין היתר, Dunafon v. Delaware McDonald's Corp., 691 F. Supp. 1232, 1240, 1242 (W.D. Missouri 1988); ראו פרוטוקול מיום 7.1.2013, ע' 6 ש' 20-22). ודוק: הולנדיה לא טענה שלא תיתכן הנאת חינם בין-מותגית שלא באמצעות מפיץ משותף (ובענין הנאת חינם ("רכיבה חופשית") בין-מותגית ראו גילה ושפיגל בע' 372-373); היא טענה רק שבא כוח הממונה לא הפנה למקרים שבהם הוכר חשש להנאת חינם שכזו שלא באמצעות מפיץ משותף, ואף טענה זו, כפי שהראיתי, אינה נכונה. אוסיף, בבחינת למעלה מן הצורך, כי לדעתי צודקים באי כוח הממונה בטענה שההגיון בענין הנאת חינם חל גם כאשר מדובר בחנויות סמוכות ולא רק כאשר מדובר במפיץ משותף. שכן, כפי שמשווק נהנה הנאת-חינם כאשר לקוח הגיע אל מוצרו בעקבות ההשקעה של מתחרה העובד עם אותו מפיץ, כך נהנה הנאת-חינם גם משווק המוכר מוצר ללקוח שהגיע למרכז מסחרי בו שוכנת חנות של המתחרה עקב השקעותיו של אותו מתחרה בפרסום ובשיווק (ראו גם את האמור בגילה ושפיגל בע' 324, לפיו המונחים "ספק" ו"מפיץ" משמשים לאורך הפרק שלהם על הסדרים אנכיים לצורך בהירות הניסוח, ואילו הניתוח בפרק חל על כל סוג של מערכת יחסים אנכית, אלא אם נאמר אחרת).



53. זאת ועוד. בניגוד לטענת הולנדיה, אין לדעתי סתירה פנימית בין החשש להנאת חינם לבין אופי המוצר בעניינו שהוא מוצר שרכישתו מתוכננת: החשש הוא, שלקוח פוטנציאלי יחליט, במסגרת תכנון הרכישה, להגיע לחנות עמינח ב"פאוור סנטר" מסוים בעקבות השקעותיה של עמינח בשיווק ובפרסום, אך עם הגעתו לאותו "פאוור סנטר", ייתקל גם בחנות של הולנדיה ויחליט בסופו של דבר לרכוש "פתרון שינה" דווקא מהולנדיה. רכישה מתוכננת משמעה, לענייננו, שהלקוח משקיע בהליך הבחירה, במובחן מרכישת המוצר באופן ספונטני מבלי שתכנן מלכתחילה לבצע רכישה (פסקה 13 להחלטת בערר); אין משמעה של רכישה מתוכננת שהלקוח לעולם אינו סוטה מבחירתו הראשונית במתחרה זה או אחר במסגרת הליך הרכישה המתוכנן. רכישה מחנות הולנדיה שבה נתקל הלקוח לאחר שתכנן לרכוש את המוצר או לבדוק אותו בחנות של עמינח, תוך שהולנדיה נהנית הנאת-חינם מהשקעות עמינח בשיווק ובפרסום, אינה רכישה ספונטנית של לקוח שלא התכוון כלל לרכוש "פתרון שינה" – אין סתירה פנימית בין רכישה מתוכננת לבין הנאת חינם.

54. מקובלת עלי גם טענת הממונה, לפיה אין סתירה פנימית בכך שבהסדרי הבלעדיות אין כדי לפתור את החשש להנאת חינם במלואו. אכן, הסדרי הבלעדיות במרכזי "פאוור סנטר" אינם מונעים כל אפשרות שהולנדיה תהנה הנאת-חינם על חשבון עמינח באמצעות חנויות הולנדיה אשר ממוקמות בקרבת ה"פאוור סנטר", אך לא בתוך ה"פאוור סנטר" עצמו. אולם, מכך לא נגזרת המסקנה שלא תיתכן הצדקה להסדרי בלעדיות בתוך מרכזי ה"פאוור סנטר". הסדרי בלעדיות אלה מפחיתים את החשש להנאת-חינם, גם אם באופן חלקי. זאת ועוד: למצער בנסיבות מסוימות (למשל, נסיבות שבהן חנות של הולנדיה ב"פאוור סנטר" היתה נצפית מהדרך ל"פאוור סנטר", מהכניסה אליו או מהחנות של עמינח שבו, ואילו חנות של "הולנדיה" בשטח חלופי לא היתה נצפית ממקומות אלו), סביר שהסדרי הבלעדיות החלים בגבולותיהם של מרכזי "פאוור סנטר" שבהם ממוקמות חנויות עמינח, מונעים את החלק החריף יותר של הנאת החינם.

55. לדעתי יש לדחות את טענות הולנדיה גם בענין הנאת חינם דו-סטרי. למרות שהחלטת הממונה לא כללה קביעה פוזיטיבית בענין הנאת-חינם בנסיבות הענין, בבית הדין עמינח טענה באופן מפורט בתשובתה לערר, תוך הפנייה לראיות, כי מתקיים חשש להנאת-חינם של הולנדיה מהשקעותיה בפרסום ובשיווק של עמינח וכי חשש זה מצדיק את הסדרי הבלעדיות במקרקעין (ראו פסקאות 17-12 ל"תשובת המשיבות 2-3 לערר"). המשנה לאב בית הדין ציינה בהחלטתה כי הוצגו בפניה נתונים, שמהם עולה כי עמינח רוכשת שטחי פרסום שעלותם הכוללת, על-פי תעריפונים, גבוהה. כן נקבע

בהחלטה בערר – על סמך נתונים מתוך חוות הדעת של הולנדיה עצמה – כי 34% מרוכשי "פתרונות שינה" נחשפו אל החנות שבה הם רכשו בסופו של דבר, במהלך החיפוש. על כן מצאה המשנה לאב בית הדין יסוד לחשש של עמינח, לפיו לקוחות, אשר הגיעו ל"פאוור סנטר" כתוצאה מהשקעות עמינח בשיווק, ייחשפו במהלך חיפוש לחנות הולנדיה באותו "פאוור סנטר" שבו שוכנת חנות של עמינח וירכשו מהולנדיה "פתרון שינה". אם סברה הולנדיה כי לאור הנאת-חינם דו-סטריט, החשש להנאת-חינם בענייננו אינו מצדיק את הסדרי הבלעדיות במקרקעין בניגוד לטענות עמינח, היה על הולנדיה לטעון ולהוכיח זאת במסגרת הערר. הולנדיה נמנעה מלעשות כן במסגרת הערר, ואין תכליתו של הערעור על ההחלטה בערר להוות "מקצה שיפורים" של הערר שנדחה. הדברים נאמרים ביתר שאת בקשר לטענות בענין הנאת חינם, שכן לא מדובר בטענות משפטיות גרידא אלא בטענות עובדתיות שהוכחתן נעשית על פי ראיות וחוות דעת מומחים.

56. אין מקום לקבל את טענות הולנדיה בענין "היתרונות לרשת" הצומחים כביכול מנוכחות של מספר חנויות מתחרות יחד (דוגמת "הדיזיין סנטר"). אלה טענות חדשות, שאותן נמנעה הולנדיה מלהעלות בפני המשנה לאב בית הדין. הטענות בענין יתרונות לרשת נטענו באופן סתמי, ללא הפניה לאסמכתאות וללא ניתוח בענין סוגייה כלכלית זו (לנושא יתרונות לרשת ראו, למשל, החלטתו של בא כוח הולנדיה ד"ר דוד תדמור בעת היותו הממונה על ההגבלים העסקיים: "הכרזות על בעלי מונופולין לפי סעיף 26(א) וקביעה בדבר קיומו של הסדר כובל לפי סעיף 43(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח – 1988. נצב"א החזקות 1995 בע"מ ומפעלי תחנות בע"מ, אמות השקעות בע"מ, קרן גמלאות של חברי "אגד" בע"מ ואגד, אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ – בעלי מונופולין בענף מסופי האוטובוס המרכזיים 2. אגד, אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ ושירותי תחבורה ציבוריים באר שבע בע"מ – בעלי מונופולין בענף שירותי התחבורה הציבורית 3. נצב"א החזקות 1995 ומפעלי תחנות בע"מ ואחרים – אגד, אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ – הסדר כובל" (26.5.1999); ה"ע (י-ם) 13/93 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' בנק אדנים למשכנתאות בע"מ, פסקאות 8-9, 35 (27.1.1997) (השופט י' עדיאל, חברים פרופ' א' ברנע, ד"ר ד' תדמור)). ממילא לא הוכיחה הולנדיה, באמצעות ראיות, שיתרונות לרשת, ככל שאלה אכן יתקיימו בענייננו בהעדר הסדרי הבלעדיות, הם ניכרים באופן שיש בו כדי להביא ל"קיוו"ז" הנאת החינם.

57. באופן דומה, אין לקבל את טענת הולנדיה, לפיה על מנת שתצדיק הסדר בלעדיות במקרקעין, הנאת-החינם צריכה לאיין לחלוטין כל תועלת הצפויה להיות

מופקת מההשקעה של המתחרה. ראשית, אף זו טענה חדשה שהולנדיה נמנעה לטעון אותה בערר אל מול טענות עמינח בענין הנאת-חינם, ודי בכך על מנת לדחות אותה. אוסיף, כי השאלה שאליה מתייחס סעיף 14(א)(2) רישא לחוק היא מהי התכלית של ההסדר הכובל (מהו "עיקרו"). לדעתי, הפחתת חשש להנאת-חינם היא תכלית לגיטימית גם אם הנאת-החינם פוגעת באופן חלקי בלבד בהשקעת מתחרה. ב"עמדת הממונה על ההגבלים העסקיים בענין: הסדרי סחר בין ספקים ורשתות קמעונאיות" (5.1.2005), שאליה הפנתה הולנדיה בענין זה, אין כדי לשנות מסקנה זו. באותה עמדה, קבע הממונה דאז דרור שטרומ, בין היתר, כי הסדר, שבו העניקה רשת שיווק מזון בלעדיות לספק בעריכת מבצע אצלה, מהווה הסדר כובל. בהנמקת החלטה זו עמד הממונה שטרומ על הטענה, לפיה בהעדר בלעדיות כזו, עריכת מבצע בידי ספק יכולה להוביל להנאת חינם, על ידי ספקים אחרים הנהנים ממשיכת לקוחות אל רשת השיווק לשם רכישת מוצר מהסוג מושא המבצע. הממונה קבע במסגרת ההנמקה בנושא זה כי -

"על מנת שספק ינקוט במהלך שיווקי אין זה הכרחי... כי יהיה בידו לשלול לחלוטין כל הנאת חינם מהמתחרים. הספק יערוך מבצעים כל עוד היתרון השיווקי שהוא מפיק מן המבצע עולה על עלות המבצע. לא שוכנעתי כי קיים כשל שוק המאפשר לספקים מסוימים להיבנות לאורך זמן ממאמצי פרסום ושיווק של ספקים אחרים, באופן המפחית מאוד את התמריץ לערוך מבצעי מכירות" (שם, ע' 30; ההדגשה הוספה).

מהחלק שהדגשתי בציטוט לעיל מובן, כי קביעת הממונה באותה עמדה לא היתה קביעה גורפת לפיה אם הנאת-החינם אינה שוללת לחלוטין את התמריץ בהשקעה לא תיתכן הצדקה להסדר כובל בענין בלעדיות. הממונה מצא, בנסיבות הקונקרטיות של המקרה שבפניו (מבצעי בלעדיות ברשתות שיווק), כי הנאת-החינם הצפויה בהעדר מתן בלעדיות לא תפחית מאוד את התמריץ לערוך מבצעי מכירות. בנסיבות הקונקרטיות האחרות של המקרה שבפנינו, המשנה לאב בית הדין קבעה כי קיים חשש להנאת חינם, אך היא לא קבעה כי הנאת החינם אינה צפויה להפחית מאוד את התמריץ של עמינח להשקיע בפרסום ושיווק. המשנה לאב בית הדין קבעה כי החשש להנאת חינם בענייננו (בהעדר חשש לפגיעה של ממש בתחרות), מצדיק פטור מקבלת אישור להסדרי הבלעדיות במקרקעין מושא ענייננו.

58. אף טענתה של הולנדיה בענין אכיפה סלקטיבית אינה מצדיקה התערבות בהחלטה בערר. אמת, לא היו בפיהן של המשיבות הסברים עובדתיים ברורים או מספקים בענין נוכחות מתחרות אחרות ב-2 מתוך מרכזי ה"פאוור סנטר" מושא הסדרי הבלעדיות בענייננו (ראו: פרוטוקול 31.3.2011, ע' 28 ש' 12-18; ע' 58 ש' 23-28;

פרוטוקול 27.4.2011, ע' 75 ש' 9-6). ואמת, המשנה לאב בית הדין לא התייחסה בהחלטתה לטענה בענין אכיפה סלקטיבית. אולם, אף אם אניח שיש לראות את הולנדיה כמי שהרימה את הנטל להוכיח שבאותם שני מרכזי "פאוור סנטר" אוכפת עמינה אכיפה סלקטיבית, בכך אין כדי להצדיק התערבות בתוצאה אליה הגיעה המשנה לאב בית הדין. נפקות טענת האכיפה הסלקטיבית היא, שהתכלית האמיתית מאחורי הסדרי הבלעדיות אינה מניעת חשש להנאת חינם, אלא ניסיון לדחוק את רגליו של מתחרה מסוים (הולנדיה). אף בהנחה שהולנדיה הרימה את הנטל בענין אכיפה סלקטיבית ב-2 מרכזי "פאוור סנטר", ברי כי בעצם קיומה של אכיפה סלקטיבית, כשלעצמה (וללא ראיות נוספות), ב-2 מתוך 12 הסדרי בלעדיות, אין די כדי להוכיח שהתכלית הכללית העומדת מאחורי 12 הסדרי הבלעדיות אינה חשש להנאת חינם אלא רצון להדיר דווקא את רגליה של הולנדיה. אין מקום להתערב בקביעה שבהחלטה בערר, שהתייחסה ל-12 הסדרי הבלעדיות כמכלול, לפיה המטרה של עמינה היא מניעת הנאת חינם. אם הולנדיה משוכנעת כי משמעות נוכחותן של מתחרות אחרות באותם שני מרכזי "פאוור סנטר" היא אכיפה סלקטיבית, לעומת נסיבות אפשריות שהועלו במסגרת פרשה זו (כגון, כניסתה של ד"ר גב לתחום המזרונים רק בשנים האחרונות או נוכחות של חנות מתחרה ב"פאוור סנטר" בטרם כניסת עמינה לאותו "פאוור סנטר"), אין בפסק דיננו זה כדי למנוע ממנה לפנות לממונה לגבי אותם שני מרכזי "פאוור סנטר", ואם תוצאות בדיקת הממונה בענין אינן מספקות אותה, גם לאב בית הדין; בענין זה אין אנו מביעים עמדה לגוף הטענה (ובענין אכיפה סלקטיבית ראו – מבלי שאביע כל עמדה בענין הדעה לכאן או לכאן – דעתם של גילה וספיגל, שם בע' 482).

59. לסיומו של פרק זה ואחרי כל הניתוח המשפטי: לא ניתן שלא לתהות על מה ולמה ניהלה הולנדיה את מלחמתה עד בית משפט זה. קשה שלא לתהות אם אינה מונעת בדיוק מהרצון ליהנות הנאת חינם מפרסומה של עמינה. לא הונח לפנינו טעם ענייני אחר למאבק ללא פשרות שניהלה.

יסוד החשש לפגיעה בתחרות (סעיף 14(א)(1))

חשש לפגיעה בתחרות בשוק השכרת שטח מסחרי

60. לטענת הולנדיה, הממונה, והמשנה לאב בית הדין בעקבותיה, התמקדו אך באחד משני השווקים הרלוונטיים לבקשה לפטור מאישור – שוק "פתרונות שינה ברמה גבוהה" – אך התעלמו כליל מהשוק השני הרלוונטי, הוא שוק השכרת שטחי מסחר ל"פתרונות שינה". נטען כי יש בהסכמי בלעדיות במרכזים מסחריים כדי

להפחית את התחרות בין הבעלים של השטחים המסחריים, משום שהם גורעים מ"מפת התחרות" את בעל המרכז המסחרי המחויב בבלעדיות. כפועל יוצא מכך מועצם כוחם של בעלי שטחי המסחר הנותרים אל מול העסקים שמודרו מאותו מרכז מסחרי והמעוניינים לשכור שטחי מסחר. כך, לדוגמה, אם באזור מסוים פועלים שני ספקים של שטחי מסחר רלוונטיים ואחד מהם נחסם בפני בתי עסק בעקבות הסדר בלעדיות, הספק האחר הופך למונופולין מושלם (ספק יחיד) כלפי העסקים שנחסמו. גם אם ישנם יותר מספק אחד נוסף של שטחי מסחר חלופיים והוצאת המשכיר שבהסדר הכובל מן התחרות אינה מובילה למונופולין מושלם בשוק ההשכרה באותו אזור, הסדר הבלעדיות עדיין ישפיע על התחרות בשוק ההשכרה בו. לטענת הולנדיה, ניתוח של שוק ההשכרה, חלף קביעה כללית לפיה קיימים שטחים חלופיים להשכרה, היה מוביל את המשנה לאב בית הדין למסקנה שהסדרי הבלעדיות מסכנים את התחרות באופן ממשי.

61. לטענת הממונה, שלא כפי שטוענת הולנדיה המשנה לאב בית הדין למעשה בחנה לא רק את שוק "פתרונות שינה ברמה גבוהה" אלא גם את שוק שטחי המסחר. באי כוח הממונה מטעימים כי הולנדיה, אשר הפנתה למאמר הסדרי בלעדיות במרכזים מסחריים לפיו בלעדיות במרכז מסחרי מסוים יכולה להעלות את דמי השכירות במקומות אחרים, לא טענה וממילא לא הוכיחה, את ההנחה העומדת בבסיס דברים אלה מתוך המאמר: שקיים מספר קטן של מקרקעין חלופיים. הולנדיה גם מעולם לא טענה שדמי השכירות עלו בפועל עקב תנאי הבלעדיות של עמינת. לטענת הממונה, המשנה לאב בית הדין לא בחנה באופן פרטני את השטחים החלופיים בכל אזור ואזור כיוון שהולנדיה לא טענה שקיים חוסר בשטחים חלופיים.

62. לטענת עמינת, הולנדיה הפנתה במסגרת הערר למאמר המצוטט לעיל הסדרי בלעדיות במרכזים מסחריים, וזאת בהקשר של תקופת הבלעדיות, אך כעת היא עושה בו שימוש אחר לחלוטין, ומפנה אליו לצורך טענה חדשה, טענה שהיא לא טענה בערר, בענין שוק ההשכרה.

63. ב"כ הממונה צודקים בטענתם, שטענת הולנדיה, לפיה הממונה נמנעה מלנתח אחד משני סוגי השווקים הרלוונטיים לענייננו – שוק השכרת שטחים מסחריים – היא למעשה טענה חדשה שהועלתה לראשונה בערעור. כפי שהובא לעיל בתיאור הערר מושא ערעור זה, אמנם הופיעה בערר התייחסות להשפעת תנאי בלעדיות במקרקעין על גובה דמי שכירות בתוך ציטוט המאמר הסדרי בלעדיות במרכזים מסחריים. אולם, הולנדיה אכן לא טענה – וממילא לא הוכיחה – שדמי שכירות עלו בעקבות הסדרי הבלעדיות מושא ענייננו. זאת ועוד: ככל שיש לראות בקטע המצוטט ממאמר זה בכתב

הערר טענה של הולנדיה בענין שוק השכרת שטחים מסחריים, היא זנחה אותה בסיכומיה בערר. ודוק: אין מחלוקת בין הולנדיה לבין הממונה על כך שבמסגרת שקילת מתן פטור להסדר כובל בענין הסדר בלעדיות במקרקעין, על הממונה לבחון את ההשפעה על שטחי המסחר (פרוטוקול מיום 7.1.2013, ע' 7 ש' 9-16; ראו, בנוסף למאמר הסדרי בלעדיות במרכזים מסחריים, גם גילה וספיגל בע' 482). אמת, אין די בקביעות הממונה והמשנה לאב בית הדין לגבי קיומם של שטחי מסחר חלופיים (פסקה 21-22 להחלטת בית הדין), כשלעצמן, כדי לבסס את המסקנה שהסדרי הבלעדיות לא גרמו או יגרמו לעלייה בדמי השכירות. דא עקא, הולנדיה טוענת בפנינו טענות עובדתיות בענין "ההפרש הניכר בגובה דמי השכירות" בין סוגי הנכסים, לפיהן דמי השכירות ב"פאוור סנטר" "כפולים" מדמי השכירות באזורי תעשייה (סעיף 68 לסיכומים מטעם הולנדיה). הולנדיה הדגישה את השיעורים הנמוכים של דמי השכירות באזורי תעשייה (וזאת במסגרת תמיכה לטענה אחרת – שנדחתה בקביעה שבה אין מקום להתערב – לפיה שטחים מסחריים ב"פאוור סנטר" הם נכסים עדיפים עבור שוק "פתרונות השינה ברמה גבוהה"). ערה אני לכך שאין זהות בין השאלה אם דמי השכירות באזורי תעשייה זולים יחסית לדמי השכירות במרכזי "פאוור סנטר", לבין השאלה אם הסדרי הבלעדיות מביאים לעלייה בדמי שכירות באזורי תעשייה. אולם, העדר טענה כלשהי של הולנדיה בענין עלייה בדמי שכירות באזורי תעשייה; הנתונים בענין שיעורי דמי השכירות באזורי תעשייה; ועמדתה של הולנדיה לפיה מדובר בדמי שכירות נמוכים; מצביעים לדעתי על כך שבמקרה הפרטני שבפנינו, אין טעם מעשי בהחזרת התיק לבחינה משלימה.

חשש לפגיעה בתחרות בשוק "פתרונות השינה ברמה גבוהה"

טענות הולנדיה

64. לטענת הולנדיה, המשנה לאב בית הדין שגתה אף בניתוח של השפעת ההסדרים הכובלים בשוק "פתרונות השינה ברמה גבוהה". כזכור, נקבע כי נוכח מחירו הגבוה של מוצר זה, השוק הגיאוגרפי שלו רחב. לטענת הולנדיה, בכך התעלמה המשנה לאב בית הדין מכך שהנתון הרלוונטי אינו מחיר המוצר, אלא פער המחיר הנחזה, קרי – הפער במחירים בעיני הצרכן לאחר שלקח בחשבון עלויות כגון עלות נסיעה לחנותו של מתחרה. לדוגמה, גם אם מדובר במוצר שעולה אלפי שקלים, לא ישקיע צרכן זמן וממון בנסיעה ליעד מרוחק כדי לרכוש אותו במחיר שהוא נמוך בשקלים בודדים בלבד.

65. הולנדיה מוסיפה וטוענת כי המשנה לאב בית הדין התעלמה גם משורה ארוכה של שיקולים שאותם יש לשקול בבחינת ההשפעה על התחרות הצפויה מהסדרי הבלעדיות. אלה כוללים, בין היתר, זהותו ומעמדו התחרותי של מקבל הבלעדיות; מספרם של המתחרים באזור הרלוונטי, זהותם ועוצמתם התחרותית; חסמי הכניסה והתרחבות בשוק; מעמדו ומשמעותו התחרותית של המרכז המסחרי מושא הבלעדיות. לטענת הולנדיה, חלף שקילת שיקולים אלה, אימצה המשנה לאב בית הדין ניתוח בינארי, אשר התמקד בשאלה אחת: האם הסכם הבלעדיות הדיר את התחרות באופן מוחלט מהשוק הגיאוגרפי הרחב שהוגדר על ידה. לטענת הולנדיה, אין די בכך שבאזור הגיאוגרפי הרלוונטי קיימת חלופה, אלא יש לעמוד על מספרן של חלופות אלה. נטען כי קיים מתאם בין מספר החלופות לבין עוצמת התחרות, ואף כאשר אין מונופולין מושלם, הסדר בלעדיות עלול לפגוע משמעותית בתחרות, גם כאשר יש בנמצא שנים או שלושה מתחרים. אף לשיטת המשנה לאב בית הדין, אשר קבעה כי קיימים שלושה מתחרים בשוק המוצר (פסקה 10 להחלטתה), מדובר בשווקים ריכוזיים ומעוטי מתחרים. נגד הגישה לפיה הקיום של מתחרה אחד או שניים סותם את הגולל על טענה בענין חשש לפגיעה בתחרות, טוענת הולנדיה כי "לפי אותו הגיון, ניתן לטעון שקיומן של מחלבות גד ומחלבות צוריאל כמתחרות בשוק החלב 'סותם את הגולל' על החשש התחרותי הטמון בהסדר בלעדיות ארוך טווח בין תנובה לבין שופרסל, מכוחו תשווק שופרסל את מוצרי תנובה בלבד" (פסקה 81 לסיכומי הולנדיה). בנוסף טוענת הולנדיה כי בשוק הטרוגני, כגון שוק "פתרונות השינה ברמה גבוהה" שבו המוצרים נבדלים, בין היתר, במיתוג, במיצוב ובאיכות, לא די לספור את החלופות או למדוד את נתח השוק של כל אחת מהן, אלא יש לעמוד על זהותן של החלופות בכל מיקום ומיקום, את התאמתם לצרכי חנות מהסוג הרלוונטי, את נכונות בעלי הנכס להשכירו וכיוצא באלה.

66. הולנדיה טוענת כי בית הדין התעלם מזהותו של המתחרה שלטובתו ניתנה בלעדיות: בפסק דין שעליו הסתמכה המשנה לאב בית הדין בהחלטתה, נקבע כי לעמינח יש כוח שוק. הולנדיה מטעימה כי הספרות המשפטית, הפסיקה והחלטות הממונה לאורך שנים מזהות סכנה מיוחדת הגלומה בהתקשרות של פירמה דומיננטית בהסדרי בלעדיות ארוכי טווח, בין היתר משום שהסכמים כאלה יוצרים חסם מפני כניסה לשוק או התרחבות בו. נטען כי כאשר המקרקעין החלופיים הם נחותים, קם חשש לחסימת כניסה אפקטיבית של רשת קטנה לשוק הגיאוגרפי. נטען כי הגידול המסוים, המוגבל והאיטי מאד במספר חנויות של הרשתות הולנדיה ונייט סליפ סנטר רק מוכיח דבר קיומו של חסם ממשי. לטענת הולנדיה, התפתחות נייט סליפ סנטר גם אינה רלוונטית, כי עמינח אינה אוכפת נגדה את הסדרי הבלעדיות. ממילא – כך נטען – השאלה אינה עד כמה גדלו הרשתות האחרות, אלא כמה הן היו יכולות לגדול אלמלא

הסדרי הבלעדיות. פגיעה בתחרות תתקיים גם מבלימת התרחבות וגם כאשר המתחרים נדחקים למקומות נחותים, ולטענת הולנדיה, עולה מהחלטת הפטור כי פגיעות משני הסוגים הללו התרחשו בענייננו.

67. לטענת הולנדיה, טענה המשנה לאב בית הדין כאשר דחתה את טענתה בענין היות ה"פאואר סנטר" נכס פרמיום, על בסיס טעמים בלתי רלוונטיים בענין תחליפיות הביקוש מצד לקוח הקצה.

68. עוד טוענת הולנדיה, כי הממונה אינה מוסמכת להתיר פגיעה בתחרות בהווה בהתחשב בהתפתחויות עתידיות (מרכזי "פאואר סנטר" נוספים מתוכננים). לפי פסק דין דור-אלון, ניתן להתחשב בהתפתחות עתידית כגורם העשוי להפיג חששות תחרותיים במסגרת מיזוג, אך זאת רק כאשר התממשותה והשפעתה המיטבית צפויות ברמה גבוהה של ודאות (שם, ע' 39-40). נטען, כי אף בהנחה שמותר להתחשב בהתפתחויות עתידיות במסגרת מתן פטור מאישור להסדר כובל, אין כל ודאות לגבי פתיחת מרכזי ה"פאוור סנטר" המתוכננים הנוספים שנזכרו בהחלטה בערר. עוד נטען כי אף בדיני מיזוגים, ניתן לראות כמתחרים ממשיים רק גורמים שצפויים להיכנס לשוק בהסתברות גבוהה מאוד, בפרק זמן של 12-18 חודשים, ואילו בהחלטה בערר נלקחו בחשבון מרכזי "פאואר סנטר" שפתיחתם מתוכננת עד שנת 2015.

#### טענות הממונה

69. לטענת הממונה, אין מקום להתערב בניתוח בהחלטה בערר לפי סעיף 14(א)(1) לחוק, בענין העדר הגבלה של התחרות או חשש לפגיעה של ממש בתחרות. הולנדיה לא טענה לפגיעה של ממש בתחרות וממילא לא הוכיחה כזו, שכן ביסוד עמדתה של הולנדיה עומד רצונה להתמקם דווקא באותם מרכזים מסחריים שבהם יושבת עמינת, ולא במקומות אחרים שגם מהם ניתן להתחרות. בתשובה לטענת הולנדיה בענין פער נחצה במחירים (לרבות עלויות חיפוש), טוענים באי כוח הממונה, בין היתר, כי כפי שנקבע בהחלטה בערר, ברכישת המוצר הנדון שוקל הצרכן שיקולים מעבר למחיר, כגון שיקולי בריאות; כמו כן, האופי ההטרוגני של השוק – העדר זהות המוצרים – מהווה טעם נוסף לחיפוש. בענין העדר הייחודיות של "פאואר סנטר", באי כוח הממונה מפנים, בנוסף לקביעות בהחלטה בערר, אל עדות במסגרת הערר, לפיה פחות מ-50% משוק המזרונים מצוי במרכזי "פאוור סנטר".



70. עמינח מפנה, בטענותיה בנושא החשש לפגיעה בתחרות, לדברי ההסבר של טיוטת פטור הסוג בענין בלעדיות במקרקעין. בדברי ההסבר הללו נאמר כי בנסיבות שבהן בקרבת המקרקעין שלגביהם ניתנת בלעדיות לתקופה קצובה, קיימים מספר מתחרים נוספים, אין נשקפת סכנה לפגיעה של ממש בתחרות. כן צוינו דברים המיוחסים לממונה לשעבר דרור שטרום, בדיון בטיטת פטור הסוג, לפיהם במידה ויש לפחות שני מתחרים נוספים והבלעדיות הניתנת היא לתקופה קצובה בזמן סביר, הצרכן מקבל הגנה מספקת מבחינת החוק. עמינח אף טוענת כי טיוטת פטור סוג אחרת עשויה לפטור את הסדרי הבלעדיות שבנדון מהצורך לקבל אישור מבית הדין. מדובר בטיטת כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים שאינם אופקים ואין בהם כבילות מחיר), תשע"ב-2012, שהועמדה לעיון ולהערות הציבור ביום 22.8.2012. טיוטא זו נועדה לקבוע כי הסדר כובל שאינו הסדר אופקי ואין בו כבילות מחיר, פטור מקבלת אישור בית הדין להגבלים עסקיים, אם אין בכילות כדי לפגוע פגיעה של ממש בתחרות ואם עיקרו של ההסדר אינו בהפחתת התחרות או במניעתה.

71. עוד מצביעה עמינח על כך שמספר טענות של הולנדיה – ביניהן בענין הצורך לבחון לא רק את קיומם של מתחרים אלא גם את "זהותם" והצורך לבחון את כמות הסניפים – הן טענות חדשות שלא נטענו בפני המשנה לאב בית הדין, ואין מקום שערכאת הערעור תדון בהן.

דיון – חשש לפגיעה בתחרות בשוק "פתרונות שינה ברמה גבוהה"

72. על-פי סעיף 14(א)(1) לחוק, על מנת לפטור הסדר כובל מהצורך באישור בית הדין, על הממונה להשתכנע כי "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." על-פי דיני ההגבלים העסקיים, חשש לפגיעה בתחרות (או להגבלתה) עולה כאשר יש לאחד מהגופים הפועלים בשוק הרלוונטי, או מתווסף לו, "כח שוק":

"לצורך קביעת סטנדרט הפגיעה המשמעותית בתחרות, כמו גם פגיעה בתחרות בכלל, עומדים לרשותנו מספר אמות מידה; ממאפייניו של שוק תחרותי הוא, כי אין באפשרותו של שחקן בודד להשפיע על גובה מחירי המוצרים או על היקף הסחורות בשוק. מכאן, שפגיעה בתחרות משמעה:

‘רכישת כוח שוק שהוא היכולת להשפיע על רמת המחירים בשוק או על היקף הסחר לאורך זמן ובאופן רווחי... הקשר בין המונח “תחרות” למספר השחקנים הפועלים בשוק תלוי במגוון נסיבות רחב, ובכלל זה חסמי הכניסה לשוק, הבדלים בין השחקנים הפועלים בענף, הומוגניות המוצרים, נגישות שחקנים למידע אודות מתחריהם, עלויות המידע אודות מחירים ואיכויות עבור צרכנים, מידת התחכום של צרכנים... גמישות הביקוש והנורמות השולטות בענף באשר לתחרות ולעמידה על המקח.’ (ברק אורבך “מטרות דיני ההגבלים העסקיים: הלכה למעשה” ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך א 63, 94 (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008).

בדומה, בפרשנות שהעניקה הפסיקה למונח ‘פגיעה משמעותית בתחרות’ במסגרת סעיפים אחרים בחוק דנא, כגון סעיף 21(א), העוסק בתנאים לאישורו של מיזוג על-ידי הממונה, נדרש בית המשפט למדדים שונים לבחינת הפגיעה המשמעותית הנטענת, בהם מבחן הריכוזיות ומבחן חסמי הכניסה לשוק (ראו עניין תנובה, בפס’ 21-23) “(ע”פ 2560/08 מדינת ישראל – רשות ההגבלים העסקיים נ’ וול, פסקה קנ (6.7.2009)).

כן ראו דברים אלה של יגור (אשר נכתבו בטרם תוקן סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים בשנת תש”ס, כאשר היסוד היחיד באותו סעיף היה שההסדר “מגביל באופן לא משמעותי את התחרות בעסקים”):

“סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים קובע את ההגדרה הכללית של הסדר כובל כדלקמן: ‘הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים...’ על מנת לקבוע אם הסדר כובל יש בו כדי ל’מנוע או להפחית את התחרות בעסקים’, יש, בראש ובראשונה, לקבוע את עוצמת השוק של הצדדים להסדר. ככל שצדדים אלה מרכזים בידם עוצמת שוק גבוהה יותר, כן תגדל השפעת ההסדר שעשו על התחרות. כיצד תימדד עוצמת השוק? תחילה יש לקבוע את השוק הרלבנטי אשר עליו ישפיע ההסדר, ולאחר מכן יש לבחון את חלקם של הצדדים להסדר באותו שוק. כמו כן, להגדרת השוק ולבחינת עוצמת השוק של הצדדים להסדר יש חשיבות מכרעת במסגרת דיון בבקשה למתן פטור מהצורך לקבלת אישור בית הדין להסדר כובל או בעת דיון באישורו של הסדר כובל. במקרה הראשון, בוחן הממונה על ההגבלים העסקיים אם להסדר הכובל שעל הפרק השפעה מהותית על התחרות, ואילו במקרה השני נבחנת הפגיעה הצפויה מההסדר הכובל אל מול אינטרסים אחרים הקשורים בטובת הציבור” (יגור, בע’ 105-106; ההדגשה הוספה).

דברים אלה של יגור בענין מרכזיותו של כוח שוק ("עוצמת שוק") בבחינת בקשה לפטור להסדר כובל רלוונטיים, כמובן, גם לנוסח הנוכחי של סעיף 14 לחוק לפיו הממונה רשאי לפטור הסדר מאישור בית הדין אם, בין היתר, כבילותיו "אינן מגבילות את התחרות בחלק ניכר של השוק המושפע מן ההסדר, או שהן עלולות להגביל את התחרות בחלק ניכר משוק כאמור, אך אין בהן כדי לפגוע פגיעה של ממש בתחרות בשוק כאמור."

73. בענייננו, הממונה הסתמכה, לענין תיחום השוק מבחינת מחירי המוצרים, על פסק דין של בית הדין להגבלים העסקיים בענין מיזוג בין עמינח רשתות שיווק בע"מ (היא התאגיד "עמינח" בענייננו) לבין חברת נייט סליפ סנטר (2000) פלוס בע"מ (ה"ע י-ם) 7014/02 עמינח רשתות שיווק בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פס' 2 (20.7.2005) (להלן: פסק הדין בענין המיזוג)). המשנה לאב בית הדין אישרה כאמור את תיחום שוק זה, תוך דחיית טענת הולנדיה לפיה אין להסתמך עליו נוכח חלוף הזמן מאז אותו פסק דין (פס' 8-9 להחלטה בערר בענייננו). בפסק הדין בענין המיזוג – אותו פסק דין שעליו הסתמכו הממונה והמשנה לאב בית הדין – אכן קבע בית הדין כי יש לעמינח כוח שוק (שם, פסקה 35 ו-2). אולם, אין בהחלטת הממונה בענייננו, בערר עליה או בהחלטה בערר, ניתוח מפורט ושיטתי בענין כוח שוק: לא של השאלה אם לעמינח כוח שוק ולא של השאלה אם הסדרי הבלעדיות בענייננו צפויים ליצור או להגביר כוח שוק שכזה. שאלת כוח השוק היא השאלה שממנה נגזרות מסקנות בענין חשש לתחרות. צודקת הולנדיה כי לא די בספירת מספר המתחרים בכל שוק גיאוגרפי, או בהתרחבות בפועל של רשתות מתחרות, כדי לענות על השאלה אם הסדר כובל מעלה חשש לתחרות אם לאו. כאשר לצד להסדר הכובל הנבחן אין כוח שוק וגם לא יהיה לו כוח שוק בעקבות ההסדר ככובל (ואין חשש לתופעות נוספות כגון חסמי כניסה), גם אם אין בנמצא מתחרים בפועל וגם אם לא התרחבו רשתות מתחרות, לא קם חשש לתחרות. לעומת זאת, כאשר יש לצד להסדר הכובל כוח שוק (או תוספת כוח שוק מההסדר הכובל), יכול שיקום חשש לתחרות גם אם יש מספר גדול של מתחרים שאף התרחבו בפועל. אולם יש בענייננו קביעה עובדתית בענין היקף רכישת "פתרונות השינה ברמה גבוהה" במרכזי "פאוור סנטר". כפי שהוזכר לעיל, נקבע בהחלטה בערר בענייננו – על בסיס נתונים של המומחה מטעם הולנדיה – כי עבור 10% בלבד מהצרכנים אשר רכשו "פתרון שינה ברמה גבוהה" בחנות שממנה הם התכוונו לרכוש אותו, נערכה רכישה זו ב"פאוור סנטר". מוכנה אני להניח כי לעמינח היה כוח שוק בשווקים הרלוונטיים, במועדים הרלוונטיים להליך זה (וכפי שצוין לעיל הולנדיה הגישה את התלונה בענין הסדרי הבלעדיות כבר בשלהי שנת 2004, באותה תקופה –

ולמעשה עוד לפני – שניתן פסק הדין בענין המיזוג שבו נקבע שיש לעמינח, לענין השוק כפי שנותח שם, כוח שוק). אולם, גם בהנחה שלעמינח היה כוח שוק בשווקים הגיאוגרפיים הרלוונטיים לענייננו, הרי נוכח "קביעה" עובדתית שקבעה המשנה לאב בית הדין בענייננו, לפיה מדובר בכבילות החלות על מרכזים מסחריים שבהם מתבצע אך חלק קטן מהרכישות בשוק המוצר הרלוונטי, נחה דעתי שאין הצדקה להתערב במסקנת המשנה לאב בית הדין בענין העדר חשש לפגיעה של ממש בתחרות.

74. אבקש להוסיף כאן הערה, למעלה מן הצורך, במישור הארצי. השווקים הגיאוגרפיים בענייננו נותחו, בצדק, בנפרד. כל שוק גיאוגרפי סביב כל "פאוור סנטר" שעליו חל הסדר בלעדיות – נבחן בנפרד. עם זאת, אבקש להעיר כי נוכח הקביעה בהחלטה בערר לפיה ממילא מדובר בהסדרי בלעדיות רק ל-12 מתוך 64 מרכזי "פאוור סנטר" קיימים (אף מבלי לקחת בחשבון פתיחתם של מרכזי "פאוור סנטר" מתוכננים בעתיד), הרי ברמה הארצית יש לומר, כי הסדרי הבלעדיות שבענייננו עוסקים בחלק קטן בלבד, ממרכזים מסחריים מסוג שבו מתבצע, כאמור, אך חלק קטן מהמסחר במוצרים מושא ענייננו.

היסוד בדבר נחיצות הכבילות - סעיף 14(א)(2) סיפא לחוק

75. לטענת הולנדיה, עמינח לא הוכיחה את היסוד, בסעיף 14(א)(2) סיפא לחוק, לפיו אין בהסדר הכובל כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו. לטענתה, העדר האכיפה המלאה של הסדרי הבלעדיות, מראה מיניה וביה שהסדרים אלה אינם נחוצים. נטען כי הכלל, הבא לידי ביטוי בסעיף 11 לחוק, הוא אישור להסדר כובל למשך 3 שנים, ובית הדין אינו נוטה לאשר תקופה מעל 5 שנים. לטענת הולנדיה, הענקת פטור לתקופה של 10 שנים לגורם דומיננטי כמו עמינח, היא חסרת תקדים. לטענתה, הממונה כלל לא ערכה בדיקה עובדתית נקודתית ונפרדת לגבי כל הסכם בענין התקופה הנדרשת, ולא הונחה תשתית מספקת לקביעת תקופת הבלעדיות של 10 שנים בכל אחד ואחד מ-12 הסכמי הבלעדיות. עוד טוענת הולנדיה כי העובדה שעמינח הסתפקה, בחלק מהסכמי הבלעדיות, בתקופה בת 6 שנים, מלמדת שתקופה בת 10 שנים אינה נחוצה, ולמצער היה מקום לדרוש מעמינח הסבר משכנע בענין נחיצות תקופת 10 השנים. הולנדיה טוענת כי המשנה לאב בית הדין טעתה גם בקביעה לפיה על מנת לפסול את הסדרי הבלעדיות בגין העדר נחיצות הכבילות בהם, היה עליה להוכיח הגבלה של התחרות (פסקה 29 להחלטה בערר).

76. לטענת באי כוח הממונה, מזה עשור, מדיניות הממונה היא כי ניתן לפטור הסדרי בלעדיות במקרקעין לתקופה של עד 10 שנים. נטען כי הקושי בקביעת תקופת בלעדיות ראויה הוכר בפסיקה, הן נוכח העדרם של כלים משפטיים והן נוכח העדרו של מודל כלכלי-שיטתי לענין זה. לטענת הממונה, כאשר הסדר בלעדיות טומן בחובו חשש לפגיעה של ממש בתחרות, ייתכן ויהיה מקום לחשב תקופת בלעדיות באופן פרטני יותר.

77. בסיכומי התשובה, טענה הולנדיה כי יש לדחות את טענת הממונה בענין העדר מודל כלכלי לבחינת תקופת בלעדיות, שכן טענה זו נטענה לראשונה במסגרת הערעור. הולנדיה טוענת כי אף קיימת סתירה בין אותה טענה לבין הטענה האחרת של הממונה, לפיה נוכח פגיעה של ממש בתחרות יש מקום לחישוב פרטני. כיצד ייערך חישוב פרטני, שואלת הולנדיה, אם אין אפשרות לעשות כן נוכח העדר מודל כלכלי? עוד טוענת הולנדיה כי במסגרת הערר עמדת הממונה לא היתה שלא ניתן לערוך בחינה פרטנית, אלא שאין צורך לערוך בחינה פרטנית בענין תקופת הפטור (פרוטוקול 31.3.2011, ע' 54 ש' 19-23). לטענת הולנדיה יש לדחות גם את טענת הממונה לפיה אין לגזור מסקנות מהתקופה הקצרה יותר שבחלק מהסדרי הבלעדיות בענייננו. זאת, כיוון שבהחלטה אחרת נימק הממונה את אי אישורה של תקופת בלעדיות בכך שהגוף שנדון שם הסכים לתקופה קצרה יותר (החלטת הממונה בפרשת קניון הראל, ע' 16).

78. הגעתי למסקנה כי יש לדחות אף את טענות הולנדיה בענין אורך תקופת הבלעדיות. סעיף 14(א)(2) סיפא לחוק קובע כי פטור מאישור הסדר כובל לא יינתן אלא אם "אין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו". בהחלטתה, שבה החשש להנאת חינם שצוין היה החשש מהנאת חינם מהשקעות מקבל הבלעדיות בפרסום ובשיווק, קבעה הממונה, באופן די לקוני, כי "בנסיבות הענין, שוכנעתי כי קיימת הצדקה לתקופת בלעדיות של עד 10 שנים, וכי די בתקופה זו כדי להבטיח את האינטרס עליו נועדה תניה זו להגן. לא שוכנעתי כי בנסיבות כאן תנית בלעדיות הנמשכת למעלה מעשר שנים נחוצה למימוש עיקרו של ההסדר שלפני" (שם, ע' 6). לא מוסבר בהחלטת הממונה כיצד זה שהחשש להנאת חינם מהשקעות בפרסום ובשיווק יפוג לאחר עשר שנים. אם, למשל, תמונת ההשקעות של הרשתות בפרסום ובשיווק בשנה האחת-עשר תייותר כפי שהיתה בשנה העשירית, לכאורה החשש להנאת חינם מהשקעות עמינח יעמוד על כנו כפי שהיה בשנים הקודמות. את ההצדקה לקביעת מגבלת זמן לתנאי בלעדיות בנסיבות שבהן אין חשש לפגיעה של ממש בתחרות, ניתן להבין מהנמקת המשנה לאב בית הדין בהחלטה בערר:

"הולנדיה משיגה כנגד התקופה שקצבה הממונה לתניות הבלעדיות (10 שנים). לטענתה, מדובר בתקופה שרירותית שאיננה מוצדקת, ומכאן כי אין ביסוס לאישור הסכמי עמינח לתקופה זו. אינני מקבלת טענה זו. על מנת שתתקבל טענתה של הולנדיה כי אין לאשר את ההסכמים, עליה להוכיח הגבלה של התחרות בחלק ניכר מן השוק, ואין די בהטחה כנגד קו גבול שקבעה הממונה וכנגד הביסוס הכלכלי לו. הממונה בחרה לתחום את ההסכמים בגבול בן 10 שנים. אף שלא הובא ניתוח כלכלי כמותי לביסוס קו גבול זה דווקא, דומה כי ניתוח עובדות המקרה בכללותו... מלמד כי קו גבול זה איננו מופרז כלל ועיקר ואיננו מגלה נדיבות יתר מצד הממונה כלפי עמינח. סבורתני כי ניתן להצדיק קציבת תניות בלעדיות לתקופות מסוימות, בעיקר בשל חשש עתידי מפני מקבץ הסכמים בשוק מוצר מסוים, אשר עשוי לסגור בפני מתחרים פוטנציאליים ערוצי שיווק משמעותיים. מתן היתר לתניות בלעדיות במרכזים מסחריים לתקופות ממושכות עלול להגביל את הבקרה על יצירת מצב בו מקבץ הסכמים חוסם ערוץ שיווק בפני מתחרה או על היווצרות תקלה אנטי תחרותית אחרת כתוצאה מן המגבלה. לאור מכלול הנסיבות בפנינו, אופיים של המוצרים, ושיעורם של ההסכמים הנדונים מתוך כלל המרכזים המסחריים שקיימים ושמקמים, מגבלת 10 השנים איננה מופרזת כלל ועיקר" (פסקה 29 להחלטה בערר).

התכלית של הגבלת תוקפו של הסדר בלעדיות, כאשר תכלית ההסדר היא בעלת אופי מתמשך וכאשר אין חשש של ממש לפגיעה בתחרות היא, אם כן: מניעת מצב שבו בעתיד, אם יתרחשו שינויים והתפתחויות בשוק הרלוונטי, ייווצר חשש לפגיעה של ממש בתחרות שאינו קיים בנסיבות הנוכחיות, אך השוק יהיה מקופע עם הסדרי בלעדיות בלתי מוגבלים בזמן. אני דוחה את טענת הולנדיה לפיה הממונה לא ערכה בדיקה פרטנית לגבי התקופה הנדרשת בכל אחד מההסכמים שהיא אישרה. כזכור, נערכה בדיקה פרטנית לגבי כל הסדר כובל בענייננו בשאלת החשש לפגיעה בתחרות, ועל אף שלא נמצא חשש לפגיעה של ממש בתחרות, נוכח תכלית בעלת אופי מתמשך (מניעת הנאת חינם מהשקעות בפרסום ובשיווק), צדקה המשנה לאב בית הדין באישור התקופה שקבעה הממונה להסדרי הבלעדיות. זאת, כי בכל זאת קיים טעם לתחום תקופת תחולת הסדרי הבלעדיות לאור האפשרות שנסיונות השוק הרלוונטי ישתנו בעתיד. אשוב ואדגיש, כי בבדיקה הפרטנית שנערכה לכל הסדר בלעדיות בענייננו, לא נמצא חשש לפגיעה של ממש בתחרות; על כן, לא נהיר מה היתה מקדמת בדיקה פרטנית נוספת, כאשר קביעת התקופה בענייננו אינה קשורה לחשש לפגיעה בתחרות כיום או לתקופה שבה נדרשת הבלעדיות לפי הנסיבות כיום (אלא לאפשרות התיאורטית שיתרחשו שינויים בנסיבות בעתיד).

79. דוחה אני גם את טענת הולנדיה, לפיה חלק קטן מהסדרי הבלעדיות נקבע לתקופה של 6 שנים בלבד ולכן אין צורך, בהסדרי הבלעדיות האחרים, בתקופה של 10 שנים. ראינו לעיל כי התכלית שבגינה ניתן הפטור היא מניעת חשש מפני הנאת חינום מהשקעות בפרסום ובשיווק. זו תכלית בעלת אופי מתמשך. העובדה שתקופת הבלעדיות בחלק קטן מההסדרים עמדה על 6 שנים בלבד, אין משמעה שהבלעדיות נדרשת במשך 6 שנים בלבד; זו התקופה אותה קיבלה עמינח במשא ומתן המסחרי. העובדה שעמינח היתה מוכנה להסתפק ב-6 שנות בלעדיות באותם "פאזור סטנרים" אינה אומרת שאין חשש להנאת חינום מהשקעותיה בפרסום ובשיווק מעבר ל-6 שנים, ואין בנמצא תנאי הדורש, לשם פטור מקבלת אישור להסדר כובל, שההסדר הכובל ימגר לחלוטין כל אפשרות להנאת חינום שעמה הוא נועד להתמודד. נוכח התכלית של תיחום תקופת הסדרי הבלעדיות שקיבלו פטור מקבלת אישור בענייננו – מניעת קיבוע אם הנסיבות ישתנו בעתיד – גם אם תקופת 6 השנים שנקבעה לאותם הסדרי בלעדיות היתה עומדת על 10 שנים כמו יתר הסדרי הבלעדיות בענייננו, היה מקום לאשר גם להם פטור לאותה תקופה.

80. כאמור, הולנדיה טוענת כי הכלל לפי סעיף 11 לחוק בענין תקופת אישור הסדר כובל הוא 3 שנים. דין הטענה להידחות. ראשית, סעיף 11 לחוק אינו שייך להליך שבענייננו. ההליך שבענייננו הוא הליך קבלת פטור מהממונה מקבלת אישור להסדר כובל, כאשר הערר על החלטת הממונה בפני אב בית הדין מתנהל לפי סעיפים 14 ו-15 לחוק. סעיף 11 לחוק חל כאשר, חלף פניה לממונה לקבלת פטור מאישור, המבקש להיות צד להסדר כובל מגיש לבית הדין בקשה לאישור ההסדר הכובל. סעיף זה קובע:

<p>11. אישור בית הדין יהא לתקופה שהוא יקבע; לא קבע בית הדין תקופה, יהא ההסדר מאושר לתקופה שקבעו הצדדים או לשלוש שנים, לפי הקצר.</p>	<p>תקופת האישור</p>
---	-------------------------

עינינו הרואות, בניגוד לטענת הולנדיה, הכלל לפי סעיף 11 לחוק אינו תקופה בת 3 שנים, אלא קביעת התקופה בידי בית הדין. רק אם לא קבע בית הדין את התקופה, יהיה ההסדר מאושר לתקופה שקבעו הצדדים או לשלוש שנים, לפי הקצר. בדומה לדברי המשנה לאב בית הדין המצוטטים לעיל בענין התקופה שקבעה הממונה בענייננו, עיון בדברי ההסבר לסעיף 11 המוצע בהצעת החוק מעלה כי "הוראה זו באה למנוע מצב שבו הסדר שאושר ללא קביעת מועד יופעל משך תקופה ארוכה אף אם השתנו הנסיבות, מבלי שבית הדין יבדוק שוב את תרומתו לטובת הציבור" (הצעת חוק

ההגבלים העסקיים, התשמ"ד-1983, ה"ח 39, 47). כך, בין אם התקופה נקבעת באמצעות קביעה בידי בית הדין, אשר אינה חייבת להיות מוגבלת ל-3 שנים, בין אם לאו – נקבעת תקופה (כלשהי) לאישור ההסדר הכובל, על מנת למנוע הנצחתו גם בנסיבות עתידיות שישתנו כך שהמשך תחולתו לא יהא מוצדק.

81. בענין טענת הולנדיה לפיה בית הדין אינו נוהג לאשר הסדרים כובלים לתקופה ארוכה מ-5 שנים: אף אם אניח, בלי לקבוע דבר בענין, שכך הם פני הדברים, אין מקום לגזור גזרה שווה מהליכי אישור הסדר כובל להליכי פטור מקבלת אישור. בהליך אישור הסדר כובל, שוקל בית הדין, בין היתר "[אם התועלת הצפויה לציבור תעלה באופן ממשי על הנזק העלול להיגרם לציבור או לחלק ממנו או למי שאינו צד להסדר" (סעיף 10 לחוק). לעומת זאת, הממונה אינו פטור הסדר כובל מבקשה לאישור אלא אם שוכנע, בין היתר, כי "הכבילות 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" (סעיף 14(א)(1) לחוק). לשון אחר: במובחן מהסדר כובל שלגביו מתבקש אישור, הסדר כובל הזוכה לפטור מבקשת אישור – בהגדרה – אין בו כדי לפגוע פגיעה של ממש בתחרות. מכאן שלא ברור מאליו כלל שלהסדר כובל הזוכה לפטור כי אין בו פגיעה של ממש בתחרות, לא תיקבע תקופה ארוכה מהתקופות הנקבעות להסדרים כובלים המקבלים אישור מבית הדין, שעלולים לגרום נזק לציבור, אך נזק זה מאוזן על ידי שיקולים אחרים באופן המאפשר אישור בידי בית הדין.

82. ההתייחסות לטענת הולנדיה לגבי אכיפה סלקטיבית בשניים ממרכזי ה"פאוור סנטר" בקשר לתקופת הסדר הבלעדיות דומה לקביעתי לעיל לגבי אותה טענה בקשר לתכלית ההסדר הכובל. אף אם אניח שמדובר, באותם שני מקומות, באכיפה סלקטיבית (ולא בנסיבות אחרות), ואניח בנוסף שהמשמעות היא שהבלעדיות באותם שני מקומות אינה נדרשת וממילא אינה נדרשת לתקופה בת 10 שנים, לא נגזר מכך שבכל מרכזי ה"פאוור סנטר" האחרים לא נדרשת בלעדיות לתקופה בת 10 שנים. שוב, ככל שיש להולנדיה עילה לכך, אין בפסק דין זה כדי למנוע ממנה לפנות לממונה בענין 2 הסדרי בלעדיות אלה.

83. אחרון, יש לדחות את טענת הולנדיה בענין מתן פטור להסדרי בלעדיות לתקופה בת 10 שנים לשחקן שהוא דומיננטי בשוק. עמדתי לעיל על כך שכאשר בוחנים אם הסדר כובל מעלה חשש לפגיעה של ממש בתחרות, שאלה מרכזית היא האם ההסדר הכובל יוצר או מגביר כח שוק בשוק הרלוונטי. משמעות הקביעה לפיה הסדרי



הבלעדיות אינם מקימים חשש לפגיעה של ממש בתחרות, היא שהסדרי הבלעדיות, כשלעצמם, אינם מקנים לעמינח כוח שוק בשווקים הגיאוגרפיים הרלוונטיים. על כן, גם בהנחה שלעמינח כוח שוק בכל אחד מהשווקים מושא ענייננו, כאשר אין בהסדרי הבלעדיות כדי להגביר את כוח השוק שלה (וכאשר אין חשש לתופעות אחרות כגון חסמי כניסה), קיומו של כוח שוק זה אינו מהווה סיבה לאי מתן פטור להסדרי הבלעדיות באותו אופן, ולאותה תקופה, שהם היו מקבלים פטור אלמלא כוח שוק זה.

#### הערת סיום

84. הולנדיה טענה במסגרת הליך זה כי יש לפסול את הסדרי הבלעדיות בגין חוסר תום לב של עמינח. מכתבי בי הדין מטעם הממונה ניתן היה להבין כי תחילת הפרשה היא בכך שבשנת 2008, עמינח הגישה בקשה לפטור להסדרי הבלעדיות (ע' 4 פסקה 1 לתשובת הממונה לערר; ראו גם סעיף 4 לסיכומים מטעם הממונה). אולם נקודת ההתחלה האמיתית של הפרשה היא בשנת 2004, כאשר הולנדיה הגישה תלונה לממונה על ההגבלים העסקיים, משגילתה שעמינח כרתה ופועלת לפי הסדרי בלעדיות. רק בשנת 2008, כאשר עמינח כבר כרתה הסדרים כובלים אלה ופעלה לפיהם במשך כארבע שנים והוגשה נגדה תלונה בענין, הגישה עמינח בקשה לפטור מאישור. הולנדיה טענה כי בנסיבות אלה עמינח "לא יכול להישמע בטענה שהוא פעל בתום לב אלא הוא פעל במכוון כדי למנוע תחרות". בהחלטה בערר נקבע:

"... אינני סבורה כי על הממונה לסרב ל[בקשה לפטור] רק מן הטעם שההסכם נעשה ביסודו שלא באישור. רצוי ועדיף לעודד צדדים לחשוף הסכמים שקיים ספק לגבי חוקיותם בפני הממונה. חשיפת ההסכם בפני הממונה מאפשרת לבחון את הדברים לגופם, ולטפל בהם במקרה הצורך. הצבת מתרס מפני אישור הסכמים שנכרתו בעבר ואשר נטענים להיות הסכמים כובלים, איננה תואמת, לעניות דעתי, את האינטרס הציבורי, ואין לבוא בטרוניה כלפי הממונה על כי דנה בבקשות הפטור הנדונות לגופן, ולא פסלה איזו מהן מחמת שנעשתה מתוך מודעות לבעייתיות, ככל שזו קיימת. שנית והוא עיקר: הסכמי בלעדיות בקניונים אינם הסכמים שדגל שחור של אי חוקיות מתנופף מעליהם, ובוודאי שבעבר הם לא נתפסו ככאלה הנגועים באי חוקיות ברורה.... משאלו פני הדברים, וכך נהג בית משפט בישראל, אין לקבל את הטענה בדבר חוסר תום לב" (שם, פסקה 28).

מסכימה אני, כי המודעות של צד להסדר כובל לגבי "בעייתיות" אפשרית בו אינה צריכה להביא את הממונה על ההגבלים העסקיים להחליט לדחות בקשה לפטור על הסף

ללא בחינה מהותית. התכלית של דיני ההגבלים העסקיים היא טובת הציבור. אם מסתבר כי ההסדר הכובל עומד בתנאי סעיף 14 לחוק ואף מביא תועלת לשוק הרלוונטי, טובת הציבור מצדיקה את מתן הפטור. עם זאת, גם אם אניח שהסדר בלעדיות במקרקעין אינו נמנה על ההסדרים הכובלים החמורים ביותר, הרי היותו של אדם צד להסדר כובל ללא פטור או אישור מהוות עבירה פלילית, על כל המשתמע מכך (סעיף 47 לחוק ההגבלים העסקיים; וזאת, גם כאשר לא נגרמה פגיעה משמעותית לתחרות – פגיעה משמעותית בתחרות הופכת את העבירה לעבירה בנסיבות מחמירות – ראו סעיף 47א לחוק).

85. קשה שלא להתרשם כי בדיון בערעור זה בקשה הולנדית, באמצעות בא כוחה החדש, וכיד הבקאות הטובה עליו לערוך מקצה שיפורים בעניינים אלה ואחרים. "בסיבוב הבא", ככל שיהיה כזה, תוכל הולנדית לטעון ולהוכיח עניינים נוספים, אך עתה היא כבולה לעניינים שעלו בעבר.

86. סוף דבר: אם תישמע דעתי, נדחה את הערעור, והמערערת תישאנה, יחד ולחוד, בהוצאות המשיבים בסך 80,000 ₪ לממונה על ההגבלים העסקיים וסך 80,000 ₪ לעמינח (משיבות 2 ו-3).

המשנה לנשיא

השופט צ' זילברטל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' שהם:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של המשנה לנשיא מ' נאור.

ניתן היום, כ"א בטבת, תשע"ד (24.12.2013).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיא

---

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 11063430\_C18.doc עע  
מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, [www.court.gov.il](http://www.court.gov.il)