

**בפני כב' השופטת ד"ר דרורה פלפל**

**בעניין:**

1. שלמה ברמן
2. פינת המעדן בע"מ

**המבקשים**

- נגד -

1. ניקוטרון בע"מ
2. ש. ש. שמיע בע"מ

**המשיבות**

3. אחים אליאסי
4. רבין מנחם
5. אפרום בע"מ
6. בורנשטיין את גרמיו בע"מ

**המשיבים הפורמליים**

## פסק - דין

### א. מהות התובענה

זו תובענה למתן פסק המצהיר כי הוראתן של המשיבות לסיטונאי הסיגריות הקשורים עימן שלא לספק למבקשים סיגריות מהווה ניצול לרעה של מעמדן כבעלות מונופולין בשוק כמשמעותו בחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988 (להלן – "החוק"), וכי הסכם ההפצה, שהמשיבות הן צד לו, הינו בבחינת הסכם כובל כמשמעותו בחוק.

### ב. עובדות רלוונטיות

שוק הסיגריות בארץ נשלט ע"י שתי חברות דומיננטיות: דובק בע"מ (להלן: "דובק") שהיא יצרנית הסיגריות המקומית היחידה ועוסקת גם ביבוא סיגריות; וחברת מנשה ח. אלישר בע"מ (להלן: "אלישר"), השולטת על יבואן של מרבית הסיגריות המיובאות.

מסיבות היסטוריות שונות נוצר בארץ מערך הפצה ארצי משותף ששרת את כלל הגורמים בענף. בעקבות פסק דינו של בית הדין להגבלים עסקיים בתיק מוני' 1/93, שהתיר לדובק לפרק מערך הפצת סיגריות משותף ולהקים תחתיו מערך הפצה עצמאי, הוקם גם מערך הפצה עצמאי של אלישר. בראש מערך ההפצה עומדת אלישר, לה שלשה סוכנים בלעדיים (להלן: "סוכני אלישר"), שמינו 55 מפיצים בלעדיים (להלן: "מפיצי אלישר").

משיבות 1 ו- 2 נמנות על סוכני אלישר:

משיבה 1 הינה הסוכנת הבלעדית באזור תל אביב ודרומה.

משיבה 2 הינה הסוכנת הבלעדית באזור תל אביב וצפונה (הסוכנת השלישית הינה הסוכנת הבלעדית באזור ירושלים).

משיבים 3 – 6 נמנים על מפיצי אלישר.

עם הקמת מערך ההפצה נחתמו הסכמי הפצה בין סוכני אלישר לבין מפיצי אלישר (להלן – "הסכמי ההפצה"), שהסדירו את מערכת היחסים בין הצדדים להם (נספח ז' לתובענה).

### ג. הפלוגתאות

מכתבי בית הדין של הצדדים עולות הפלוגתאות הבאות:

• האם המשיבות הן בעלות מונופולין כמשמעותו בחוק?

• האם הסכם ההפצה הינו הסכם כובל כמשמעותו בחוק?

### ד. האם המשיבות הן בעלות מונופול?

טענו המבקשים כי משיבות 1 ו- 2 הן מונופולין אזורי בשוק הסיגריות המיובאות או בכלל; וזאת כיצד ? מכוח היותן סוכנות אזוריות בלעדיות של אלישר, שהיא בעלת מונופולין בשוק הסיגריות המיובאות או בשוק הסיגריות בכלל.

שלוש הערות מקדימות :

ראשית, לנוכח מסקנתי (להלן) לעניין טענה זו לגופה, אין באי צירופה של אלישר להליך זה משום עיוות דין המצדיק דחיית התביעה על הסף.

שנית, אין מחלוקת שאלישר לא הוכרזה כמונופולין ע"י הממונה על ההגבלים עסקיים עפ"י שיקול הדעת המוקנה לו בסעי' 26 לחוק, אם כי אין בכך כדי ליתר פלוגתא זו, שכן הלכה היא כי הכרזת הממונה הינה בבחינת אקט דקלרטיבי; כי משנתקיימו תנאי החוק להגדרת גוף כמונופול, חלות עליו הוראות פרק המונופולין שבחוק, גם בהעדר הכרזה של הממונה על אותו גוף כמונופולין (ערר הגבלים עסקיים 7/95 בזק נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (טרם פורסם)). שלישית, קיים צו ההגבלים העסקיים (קביעת מונופולין), התש"ס - 1980, שהוצא ע"י שר התעשייה והמסחר בתוקף סמכותו לפי סעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים, התשי"ט - 1959 שבוטל (להלן: "החוק הישן").

התוספת הראשונה (שתוקנה בשנת 1984) יצרה הגדרת מונופולים "קבועים" (בתנאי שעונים על הגדרת סעיף 2 שם). ולעניינינו בסעיפים 73 - "סיגריות מיצור מקומי" ובסעיף 74 - "סיגריות מיובאות". במילים אחרות זה יצר חלוקה לשני שווקים שונים.

מקריאת סעיפים 30 לחוק הישן פלוס הגדרת מונופולין שבצו והשוואתו לסעיף 26 לחוק החדש, - לא עולה הבדל מבחינת נוסח הסעיף.

מקריאת הפסיקה (כמפורט להלן) מסתבר, שלמרות קיומו של הצו ו"עזרתו" בהגדרת שווקים וחלוקתם בתחומים שונים, לא הסתמכה הפסיקה על חלוקה זו אלא יצרה מבחנים כלכליים המבוססים על דינאמיות בשוק צרכני, - כדי לבדוק האם קיים מונופול.

מכאן ניתן להסיק, שהחלוקה של הצו הייתה פרגמאטית, ואם התאימה בזמנו אזי לא יצרה מנגנון התאמה בתוכו לצרכי המציאות המשתנה, בבחינת גזירה שאין הציבור יכול לעמוד בה.

אמנם פורמאלית, עדיין הצו קיים ולא בוטל, ואכן מיטיב היה המחוקק לעשות אילו בטלו מפורשות, ברם רוח אין באפו.

מהי המשמעות המשפטית הנובעת מכך ?

המשמעות היא שנוצר "מנהג" פרשני שונה שניתן לו ביטוי בפסיקת בתיהמ"ש המתעלם מצו זה ובכך למעשה מבטלו (על מנהג המבטל או משנה דין ר' פרופ' ר' גביון, ביטול המגילה: המנהג ועקרונות הפיקה, משפטים י"ד 325, 4-340; פרופ' ג' טדסקי, המנהג במשפטנו והנוהג העתידי, משפטים ה' 9, 4-22).

פן נוסף של המשמעות המשפטית היא, שהצו הינו בחזקת אות מתה שאינה מופעלת, כתוצאה משינוי תפיסה, שיח מתפתח, ציפיות הצדדים או כל טעם אחר, שבפועל גרמו וגורמים לסיווג וחלוקה אחרת של השוק (על תקנה שהפכה לאות מתה ושאינה בה שימוש ר' גם בג"צ 1255/94 "בזק" החברה הישראלית נ' שרת התקשורת (תקדין עליון כרך 95 (2) תשנ"ה/ תשנ"ו – 1995 1279, 7); על אי שימוש בחוק במשך הרבה שנים וכתוצאה מכך ביטולו למעשה ר' 1 R.v.D (1984) 574 All E.R.).

אשר ע"כ אני קובעת כי הצו הוא הלכה שאין מורים כמותה.

לעצם העניין:

סעיף 26 לחוק קובע:

"(א) לענין חוק זה יראו כמונופולין ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או מכלל רכישתם, או של יותר ממחצית מכלל מתן שירותים או מכלל רכישתם, בידיו של אדם אחד (להלן – "בעל מונופולין")..."

קיומה של שליטה בלמעלה ממחצית מ"כלל אספקת הנכסים" נמדדת בשוק הרלוונטי ולפיכך בראש ובראשונה יש להגדירו. הגדרת השוק הרלוונטי מורכבת משלשה רכיבים מצטברים: שוק המוצר, השוק הגיאוגרפי וחסמי הכניסה לשוק (י' יגור, דיני הגבלים עסקיים, חושן למשפט תשנ"ז – 1997, 361).

המחלוקת בעניינינו מצויה בגדר המבחן הראשון דהיינו, האם שוק המוצר הרלוונטי הינו שוק הסיגריות המיובאות – כטענת המבקשים או שוק הסיגריות בכלל - כטענת המשיבות.

מקובלת עלי עמדת המשיבות.

המבחן העיקרי לקביעת גבולותיו של שוק המוצר הוא מבחן "החליפיות הסבירה" (The Reasonable Interchangeability Test). מבחן זה בודק את רצונם ויכולתם של צרכני המוצר למצוא לו תחליפים. קושי במציאת חליפים למוצר מפחית ההשפעה על מחירו. ולהיפך: ככל שמוצרים הם חליפיים יותר, כך יקטן הביקוש לאחד מהם בעקבות עליה משמעותית במחירו, ובמקביל יגדל הביקוש לאחר. לשון אחר: שוק יכול לאחד את קבוצת המוצר הבסיסי ביותר המאפשר לחברה מונופוליסטית היפותטית להעלות את מחיר המוצר באופן ממשי ולאורך זמן מעל המחיר הנוכחי בשוק באורח שלא יפגע ברווחיותה. (יגור, שם; החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין: רכש "דקלה" ע"י "הראל המשמר" ו - "מור", קובץ ההגבלים העסקיים - כרך א' 158, 170-1; החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין: הכרזה בדבר מונופולין - עיתון יומי בשפה העברית, קובץ ההגבלים העסקיים - כרך ב' 119, 127).

מבחני משנה נוספים המהווים אינדיקציה למידת תחליפיות מוצר הם: נתונים פיסיים אובייקטיביים דומים למוצרים הנבחנים, פער בין מחירי המוצרים הנבחנים (עניין רכש "דקלה" לעיל בעמ' 170-2); מידת תחרותיות בין עסקים העוסקים במוצרים הנבחנים (ערר מס' 2/94 תנובה מרכז שיתופי לשיווק נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, קובץ ההגבלים העסקיים - כרך ב' 159, 172) וכיו"ב.

בחינת ההיסטוריה של שוק צריכת הסיגריות בארץ מהווה אינדיקציה ברורה למידת חליפיות המוצר הנבחן בעניינינו: סיגריות מיובאות.

למה הכוונה ?

בשנת 1987 שלטה דובק ב - 95% משוק הסיגריות בישראל. לאחר התהוות מחסור בסיגריות בשנת 1986, הוחלט על שינוי במדיניות מיסויין. שינוי זה הביא לכך שנתח השוק של דובק ירד בשנים שלאחר מכן בהדרגה, עד שהגיע בשנת 1994 לשיעור של כ - 67.6% (דו"ח מנהל הכנסות המדינה - 1995 נספח י"ד לתובענה).

טוענים המבקשים כי קנה המידה לבחינת חלופיות מוצר היא עליית מחירים "קטנה אך משמעותית", כאשר שיעור מקובל לכך הוא עלייה של 5% במחיר. לפיכך, מעבר לצריכת סיגריות

מייצור מקומי, מקום שמחירי הסיגריות המיובאות ירד בכ - 30%, אינה מהווה אינדיקציה לחלופיות מוצר.

אין לקבל טיעון זה.

לא הוכח כי מחירי הסיגריות המיובאות ירדו בצורה דרסטית באופן שלא מאפשר הסקת מסקנה כי הסיגריות המקומיות מהוות תחליף להן: תצהירו של מר אריה בר בנושא (נספח ג' לתובענה) הוגש בהליך אחר ואינו מהווה ראיה לאמיתות המוצהר בו. בנוסף, מדו"ח מנהל הכנסות המדינה – 1995 (נספח י"ד לתובענה), עולה דווקא כי מחיר סיגריות מיובאות (מסוג מלבורו) עלה במהלך התקופה הרלוונטית, גם אם בשיעור נמוך מעליית מחיר סיגריות מייצור מקומי (מסוג טיים) ובאופן שצמצם את הפער בין מחיריהן היחסי של סיגריות מסוג מקומי לבין סיגריות מיובאות (עמ' 2-201 לדו"ח). לחלופין, לא הוכח כי מעבר לצריכת מוצר אחר בעקבות שינוי מחירים בשיעור כנטען ע"י המבקשים, אינו מהווה אינדיקציה לתחליפות מוצר, מקום שמדובר בשוק המאופיין מלכתחילה ע"י גמישות נמוכה של ביקוש למחיר מוצר (עמ' 195 לדו"ח) ובנאמנות רבה למותג (עמ' 18 לפרוטוקול).

נתונים פסיים – אובייקטיביים. נתוניו הפסיים אובייקטיביים של המוצר הנבחן בכפוף למבחן הפונקציונאליות, דהיינו – העובדה שמשמש למטרה זהה לזו של המוצרים מולם הוא נבחן – תומכת במסקנה כי המדובר במוצרים חלופיים.

מחיר המוצר. אמנם מחומר הראיות שבפני עלה כי קיימים פערי מחירים גדולים בין סיגריות מייצור מקומי לבין סיגריות מיובאות, - אינדיקציה המטה את הכף למסקנה אפשרית כי מדובר במוצרים שאינם חלופיים. אולם, אין נתון זה כשלעצמו מהווה משקל נגד מספיק לשאר הנתונים כפי שפורטו לעיל (ראה לעניין זה: הכרזה בדבר מונופולין – עיתון יומי בשפה העברית, לעיל שם בעמ' 128).

על מידת התחרות בין המתחרות העיקריות בשני השווקים הנבחרים – אלישר ודובק, ניתן ללמוד – גם אם בעקיפין – מהחלטת הממונה בתיק מוני' 1/93 לעיל:

טענתה המרכזית של דובק בהליך ההוא הייתה שהמפצים במערך ההפצה המשותף פועלים תוך ניגוד אינטרסים, שכן הם מעדיפים "לדחוף" תוצרת של מתחרה של דובק המזכה אותם בעמלות גבוהות יותר. ביה"ד – לאחר שקבע שיש ממש בטענת ניגוד האינטרסים (שם בעמ' 216) – התיר לדובק ליצור מערך הפצה נפרד בתנאים שנקבעו בפסק הדין. הנחת היסוד שבפסק הדין, אף שלא נאמרה שם במפורש, היא שדובק ואלישר מתחרות על אותו פלח שוק; שאם לא כן, כיצד אינטרס כלכלי של מפיץ למכור ולשווק סיגריות מיובאות, עלול לגרוע מהיקף מכירותיה של דובק?

מהאמור עד כה עולה כי מידת התחליפיות שבין סיגריות מייצור מקומי לבין סיגריות מיובאות, היא גבוהה במידה כזו המאפשרת ראייתן כשוק מוצר אחד. לפיכך, שוק המוצר הרלוונטי הינו שוק הסיגריות כולו לרבות סיגריות מתוצרת מקומית, סיגריות מייבוא, סיגריות יקרות יותר וסיגריות זולות (ראה גם החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים מיום 28.11.95 נ/ 1 נספח א' לתצהיר התשובה).

טענו המבקשים כי גם אם יקבע כי שוק המוצר הרלוונטי הינו שוק הסיגריות בכללו, - עונה אלישר על הגדרת מונופול שבסעיף 26 לעיל, וזאת בשל היקף מכירות הגדול מ – 50% מכלל המכירות בשוק הסיגריות. אין ממש בטענתם זו.

קיימות שתי חלופות לבחינת שיעור "אספקת הנכסים" כמשמעותו בסעיף 26 הנ"ל: מבחן "המחזור הכספי" ומבחן "הכמויות".

מבחן המחזור הכספי בוחן את שיעורי המחזור הכספי של אספקת המוצרים בשוק הרלבנטי. על פי מבחן זה, מונופולין הוא גוף שמרכז בידיו למעלה מ – 50% משיעורי המחזור הכללי של השוק בו מדובר, וזאת גם אם כמות המוצרים שהוא מספק נמוכה ממחצית סך כל הנכסים המסופקים באותו שוק.

מבחן הכמויות, כשמו כן הוא, מצטמצם לבדיקת כמויות אספקת המוצר בשוק. בהתאם למבחן זה, מונופולין הוא גוף שמוכר כמות הגבוהה ממחצית הכמות המוצעת של המוצר בשוק (יגור, שם בעמ' 4-363).

בערר הגבלים עסקיים 1/89 תעשיות אלקטרוכימיות (פרוטארום) בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (פס"מ תשנ"ב (3) 190), נקבע כי המבחן לעניין קיומו של מונופולין הוא מבחן אספקת הנכסים על פי כמויות ולא על פי המחזור הכספי. וכך נאמר שם :

"הדיבור "מחצית מכלל **אספקת הנכסים** או מכלל רכישתם (ההדגשה אינה במקור), הקובע קיומו של מונופולין, אינו מתיישב, בדרך כלל, עם קביעה על פי מחזור כספי, שכן הביטוי "אספקת נכסים" מצביע לכאורה על מבחן של כמות (של נכסים). אילו המחוקק היה מתכוון לקביעת אספקה על פי השווי של כמויות הנכסים המסופקים, היה מורה על כך בלשון מפורשת....

... זאת ועוד : קביעת המבחן על פי המחזור הכספי, יכול שתביא, ובמקרים שלפנינו בוודאי תביא, לתוצאה כלכלית מעוותת...." (עמ' 194).

אין ממש ב"איבחון" של המבקשים לפיו, הלכה זו אינה רלוונטית לעניינינו מאחר שבעניין זה "מדובר במוצר סטנדרטי, שבוודאי לא כמו בענף הסיגריות, בו המוצרים שונים מהותית (סעיף 9 לתשובה לסיכומי המשיבים)", ואיני מקבלת אותו.

מכיוון שהצדדים אינם חלוקים על כך שאלישר אינה מספקת למעלה ממחצית כמות הסיגריות המוצעת בשוק, לפיכך אני קובעת כי אלישר אינה מהווה מונופולין בשוק הסיגריות בכללו.

מסקנתי זו מייתרת הצורך להידרש למסקנתם הנגזרת של המבקשים לפיה מהוות המשיבות מונופולין אזורי כמשמעותו בסעיף 26(ב) לחוק, כל אחת באזור הפצתה עפ"י חוזה ההפצה. מסקנתי זו מייתרת גם כן את הצורך להידרש לטענות שהעלו המבקשים בתובענה ושעניין ניצול מעמדו לרעה של בעל מונופולין.



### ה. הסכם ההפצה – הסכם כובל ?

הסכם ההפצה שבין סוכני אלישר לבין מפיצי אלישר הגיע לקיצו, עפ"י חומר הראיות שבפני, ביום 16.10.98. הדיון לכן נעדר נפקות מעשית כלשהי. ברם לצורך שלימות התמונה החלטתי לדון בסוגיה, הגם שלא צורפו לתובענה כל הצדדים להסכם.

עניינינו בהסכם בלעדיות אנכית: סיטונאי אלישר ממונים כסיטונאים בלעדיים של מותגי היבוא כל אחד באזור החלוקה שנקבע לו בהסכם (סעיף 2.1 להסכם ההפצה), ומתחייבים שלא לשווק ו/או למכור ו/או להפיץ בעצמם ו/או באמצעות אחרים סיגריות או מוצרי טבק אחרים מכל סוג שהוא בין מיובאות ובין מייצור מקומי בכל שטח מדינת ישראל, למעט מוצרי היבוא (סעיף 2.4 להסכם ההפצה).

ההסכם תוחם לכל מפיץ שטח חלוקה גיאוגרפי שבו – ובו בלבד – יכול המפיץ לפעול.

סעיף 2(ב) (3) לחוק קובע:

2."

.

.

(ב) מבלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף קטן (א) יראו כהסדר כובל הסדר שבו

הכבילה נוגעת לאחד העניינים הבאים:

.

.

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

האנשים שעיסוקם יעסקו;"

תוצאת הסכם ההפצה היא חלוקת השוק כאמור בסעיף ולפיכך משמעות הדבר שמדובר בהסכם כובל, על פניו.

לטענת המשיבות מצויים הסכמים אלה בגדר סעיף 3(6) לחוק לגביהם נקבע שלא ייחשבו להסכם כובל.

סעיף 3 (6) קובע:

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

(6) הסדר בין רוכש נכס או שירות לבין ספק, שכל כבילותיו הם התחייבות הספק שלא יספק נכסים או שירותים מסוימים, לשם שיווק, אלא לרוכש, ובהתחייבות הרוכש לרכוש אותם נכסים או שירותים רק מהספק, ובלבד שהספק והרוכש, שניהם, אינם עוסקים בייצור אותם נכסים או במתן אותם שירותים; הסדר כאמור יכול שיהיה לכל שטח המדינה או לחלק ממנו..."

לשונו של הסעיף מורה בבירור שהחוק עורך הבחנה בין הסכמי בלעדיות אנכית חד – סטרית, דהיינו כאשר הכבילה במישור הבלעדיות מתייחסת לצד אחד להסדר בלבד, לבין בלעדיות הדדית דו סטרית המתקיימת במצב שבו הבלעדיות מוענקת תמורת בלעדיות; כלומר, תמורת הבלעדיות שמעניק צד אחד להסדר לצד השני, למשל בכל הנוגע לרכישתם של מוצרים, מתחייב הצד השני להעניק לצד הראשון בלעדיות מקבילה בכל הנוגע לאספקתם של אותם מוצרים. בלעדיות אנכית מהסוג הראשון נופלת לגדרו של סעיף 2(ב) (3) לחוק ולפיכך תיחשב ל"הסדר כובל", ותוסדר על פי ההליכים שבסעיפים 14 או 9 ו – 10 לחוק (פטור מאישור הסדר כובל או אישור בית הדין להגבלים עסקיים בהתאמה); בלעדיות מהסוג השני – דו כיוונית – מצויה בגדר הוראת הפטור שבסעיף 3(6) לעיל ולפיכך הסדר כאמור איננו מצריך פטור או אישור מראש (יגור, שם בעמ' 186-8).

ומה בעניינינו ?

הסכם ההפצה דן הינו הסכם בלעדיות אנכית חד סטרית:

במקביל להתחייבות הסיטונאי כמפורט לעיל, שמורה לסוכן עפ"י החוזה האפשרות להפיץ את נשוא החוזה שלא באמצעות הסיטונאי. כך נאמר בסעיף 2.5 לחוזה ההפצה:

"...על אף האמור בסעיף 2.1 לעיל החברה ו/או אלישר, בעצמם או באמצעות אחרים מטעמם, רשאים ויהיו רשאים לשווק, למכור ולהפיץ את מותגי היבוא באזור החלוקה

שלא באמצעות הסיטונאי, לרשתות קמעונאיות וכן לחנויות המתמחות במכירת סיגרים, טבק וסיגריות וכיו"ב....".

סיכומו של דבר, הסכם ההפצה איננו הסכם בלעדיות דו סטרית, מאחר שבמקביל להפצת הסיגריות ע"י המפיצים כפי שנקבע עפ"י אזורי החלוקה בהסכם, מפיצי אלישר רשאים להמשיך ולשווק את המוצרים נשוא החוזה במקביל, גם ישירות לגופים אחרים. לפיכך אין ההסכם המגביל מצוי בגדר הפטור שבסעיף 3(6) לחוק.

התוצאה היא שהסכמי ההפצה הינם הסכמים כובלים כמשמעותם בחוק.

### **סוף דבר**

ניתן בזה צו המצהיר על היותו של הסכם ההפצה הסכם כובל כמשמעותו בחוק ההגבלים העסקיים.

המבקשים ישלמו למשיבות שכ"ט עו"ד בסך 10,000.- ש"ח + מע"מ, וכן את הוצאות המשפט אותן ישום הרשם.

ניתן היום 15.11.98 בהעדר הצדדים.

המזכירות תמציא עותק פס"ד זה בהמצאה כדין לב"כ הצדדים.

ניתן להפצה מיום 17.11.98.

---

ד"ר ד' פלפל, שופטת