

נגד

1. חברת דובק בע"מ
2. שמיע בע"מ
3. ניקוטרום בע"מ
4. קבבצ'י מאיר ואח'
5. משה מזון ואח'
6. סקציית מפיצי הסיגריות
7. החברה ליבוא ויצוא מוצרי ואביזרי טבק בע"מ

בבית הדין להגבלים עסקיים בירושלים

(17.1.95)

לפני השופטת מ' נאור והחברים עו"ד לוסטהויז, עו"ד ש' פוריט

פסק הדין

1. ההליך:

זהו הליך ראשון בישראל, למיטב ידיעתנו, בו נדונה שאלת מתן הוראות למונופולין, כאמור בסעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988. אמנם, גם בחוק ההגבלים הקודם, חוק ההגבלים העסקיים, התשי"ט - 1959, מצוי היה סעיף שאיפשר מתן הוראות למונופולין (סעיף 31), אולם הפרוצדורה שקבע היתה שונה באופן מהותי, מזו המתוארת בסעיף 30 לחוק דהיום, לפיה היה הממונה ממליץ לשר המסחר והתעשייה, לאחר אישור המועצה (כיום בית דין להגבלים עסקיים), כי זה יקבע בצו הוראות למונופולין, והשר רשאי היה לעשות כן.

כן היה תחום העניינים בהם ניתן היה ליתן הוראות למונופולין לפי החוק הישן מצומצם יותר, שכן סעיף 30 (4) לחוק דהיום מאפשר לבית הדין ליתן למונופולין צו אף בקשר עם תחרות בלתי הוגנת בינו לבין אחרים ולא רק בקשר עם איכות המוצר, כמותו או איכותו.

במהלך השנים, נעשה בסעיף 31 לחוק הישן שימוש פעמים אחדות, בהן הפעיל השר את סמכותו מכוח הסעיף לקבוע צווים, כגון צו הגבלים עסקיים (דרכי אספקה לשירות, תיקון ואחזקה של מעליות), התשמ"ד-1984, צו ההגבלים העסקיים (סדרי תשלום ואספקה למלט), התשמ"א-1981, ועוד מספר מצומצם של צווים כדוגמתם.

2. סעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים:

סעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים מורה לאמור:

"30. הסדרת פעולות מונופולין

ראה בית הדין על פי פניה של הממונה או של ארגון צרכנים כי כתוצאה מקיומו של מונופולין נפגע הציבור באחת מאלה:

1. רמת המחירים של נכס או שירות;
2. איכות נמוכה של נכס או של שירות;
3. כמות הנכסים המסופקים או היקף השירות או סדירות האספקה ותנאיה;
4. קיום תחרות בלתי הוגנת בעסקים בין בעל המונופולין לבין אחרים, רשאי הוא לתת לבעל המונופולין הוראות בדבר הצעדים שעליו לנקוט כדי למנוע את הפגיעה".

3. בקשת הממונה:

לפנינו בקשתו של הממונה על ההגבלים העסקיים מכוח הסעיף הנזכר, הבקשה פשטה ולבשה צורה במהלך ההתדיינות, וזאת, עקב צעדים שביקשה המשיבה - חברת "דובק בע"מ" (הלן: "דובק") לנקוט, בעוד הליך זה תלוי ועומד.

דובק הוכרזה כמונופולין בתחום הסיגריות מייצור מקומי (י"פ 3640, מיום 26.3.89), מלכתחילה, בבקשה המקורית, נתבקשו הוראות שונות בעניין האפליה בין מפיצים, אספקת כל כמות נדרשת בזמן סביר, מניעת דובק מלכפות בלעדיות על מפיצה, איסור "דחיפה" של סיגריות של דובק באמצעות המפיצים, איסור הסכמי קשירה בין סיגריות לבין מוצרים אחרים ואישור החוזה האחיד בין דובק לבין מפיצה בבית הדין להגבלים עסקיים, או בבית הדין לחוזים אחידים. אין אנו רואים צורך בשלב זה לעמוד על פרטי ההוראות שהתבקשו וזאת משום שינוי חזית שהיה בהליך.

בבקשה 1/94 שבהליך זה, ביקש הממונה כי יוצא צו ביניים, שיורה כי דובק תימנע מכל שינוי במערך ההפצה של סיגריות כמצבו ביום הגשת הבקשה וזאת עד למתן פסק דין סופי. בקשה זו הוגשה לאחר שדובק החלה להחתים מפיצים על חוזה הפצה באופן המשנה לחלוטין את דרכי הפצת הסיגריות בישראל.

בדיון מיום 2.2.94 ביקש הממונה הוספת סעד של מתן הוראה לדובק כי תימנע מהקמת מערך הפצה המשווק בלעדית את תוצרתה, במובן זה שמערך ההפצה הנוכחי יעמוד לרשות כל ספק סיגריות. כן ביקש הממונה כי דובק תימנע מלעסוק בהפצה, במילים אחרות,

שמערך ההפצה של הסיגריות לא יהיה "שלה". כפי שנראה בהמשך הדברים, השאלה אם יש לאפשר לדובק הקמת מערך הפצה משלה, שישרת אותה לבלבד ולא גופים אחרים הפועלים בענף הסיגריות בישראל, הפכה למרכז הכובד של ההתדיינות לפנינו.

בטרם נפנה לשאלה זו נעמוד בקצרה על מבנה ענף הסיגריות וכן על מערך ההפצה הקיים.

4. הענף והגורמים הפועלים בו:

ענף הסיגריות בישראל נשלט על ידי שני גורמים דומיננטיים: דובק, שהיא היצרנית היחידה של סיגריות מתוצרת מקומית, השולטת על למעלה ממחצית משוק הסיגריות בכלל, וחברת מנשה ח. אלישר בע"מ (להלן: "אלישר"), השולטת על מרבית אספקת הסיגריות מתוצרת חוץ.

אפשרנו לצדדים שונים מענף הסיגריות, לבקשתם, להצטרף להליך זה אך חברת אלישר לא היתה בין מבקשי ההצטרפות. ההליך התנהל במשך ישיבות לא מעטות ודבר קיומו היה ידוע בענף, והראיה היא שהוגשו בקשות הצטרפות שונות. מאי הגשת בקשת ההטרפות על ידי אלישר אין אלא להסיק שאין לאלישר עמדה בעניין ההליך הנוכחי וכי אין היא רואה עצמה כמי שעשויה להיפגע מכל החלטה אפשרית של בית הדין.

אלישר פועלת באמצעות שלושה סוכנים, ששנים מהם, שמיע וניקוטרון, הצטרפו להליך. גורם נוסף רב עוצמה בענף הינו ארגון מפיצי הסיגריות וטבק (להלן: "הארגון"), המאגד בתוכו את רוב המכריע של מפיצי הסיגריות בארץ לשיווק כל סוגי הסיגריות בארץ. המדובר הוא בכ - 150 מפיצים.

במערך ההפצה עוד נדון להלן.

סקירה מעניינת על תעשיית הסיגריות בישראל תימצא בספרו של מ' שפר, "כלכלת תעשייה" (יחידות 4-6 בהוצאת האוניברסיטה הפתוחה, תשנ"ב) עמ' 75. מסקירה זו, שהצדדים הפנו אליה, עולה, כי ראשיתה של תעשיית הסיגריות במגזר היהודי בארץ ישראל היתה בשנת 1923. באותה שנה הוחל בייצור הסיגריה היהודית הראשונה בארץ בשם "אסתר המלכה", כעבור ארבע שנים נקלעה החברה לקשיים כספיים ונסגרה. בשנת 1929 חודש הייצור ובשנת 1935 הצטרפו אל החברה משקיעים נוספים ושמה הוסב ל"דובק". בשנים הראשונות לקום המדינה פעלו בתעשיית הסיגריות בארץ שש חברות דובק היתה אחת מהן. מאז 1956 ועד 1971 רכשה דובק את החברות האחרות ומשנת 1971 היא הפכה ליצרן הבלעדי של סיגריות בארץ. ד"ר שפר מציין, כי החברות השונות נרכשו על ידי דובק לאחר שצברו הפסדים והמשך קיומן העצמאי הועמד בסימן שאלה.

במרוצת יובל השנים שמשנת 1934 עד 1984 גדלה תפוקת תעשיית הסיגריות במגזר היהודי פי 30 בקירוב, אך למרות צמיחה זו, גדלה ריכוזיות התעשייה בהתמדה, ומאז ראשית שנות ה-70 נשלטת התעשייה על ידי דובק בלבד. ד"ר שפר מציין, כי התפתחות זו, האופיינית לענף החרושת

כולו, משקפת ככל הנראה תהליך של מימוש יתרונות לגודל במקרה-הפרטי של תעשיית הסיגריות מדובר ביתרונות לגודל בפרסום, לא פחות, ואולי אף יותר, מאשר ביתרונות לגודל בייצור.

מעת לעת, כך מציין ד"ר שפר, מדווחת העיתונות הישראלית על תכנית להקמת מפעל חדש ליצור סיגריות באחת מערי הפיתוח בארץ, וזאת בסיוע ממשלתי. מטרת הממשלה בהענקת סיוע היא כפולה: לספק תעסוקה לתושבי עיריית הפיתוח ולשבור את המונופולין של חברת דובק. על כך כותב שפר:

"האם שאלו את עצמם בעלי תוכניות אלו כיצד הגיעה חברת דובק בע"מ לעמדות מונופולין בשוק ומה ארע לכל אותם יצרני סיגריות שהיו ואינם עוד? מדוע סבורים הם כי המפעל החדש ינצל מגורל דומה? האמת הפשוטה היא כי המונופולין בתעשיית הסיגריות, כמו ברבות מתעשיות החרושת בישראל הוא הכרח בל יגונה".

המחבר מוסיף בהערת שוליים, כי השורות שצוטטו לעיל נכתבו בשלהי שנת '85: כעבור חמש שנים ניתן להן אישור בהתמוטטותה לאחר חודשי פעילות ספורים, של חברת סיגריות שהוקמה בצפת (יצרנית הסיגריות "פורום").

דובק הינה, איפוא, יצרן הסיגריות היחיד בישראל, בנוסף אליה, וכפי שיפורט מיד, ישנם בענף הסיגריות יבואנים בלבד.

מן הנתונים שלפנינו עולה כי בשנת '87 שלטה דובק על כ- 95% משוק הסיגריות בישראל, בפברואר '88 חל שינוי במדיניות למיסוי הסיגריות. באותה עת החל משרד האוצר לקבוע שיטת מיסוי שתביא לחלוקת שוק הסיגריות ל- 75% ייצור מקומי ו- 25% יבוא. זאת, במגמה להפחית את כוחה המונופוליסטי של דובק ולאפשר יותר תחרות. השינוי בשיטת המיסוי נעשה בתחילת שנת 1988, לאחר שבשנת 1986 היה מחסור בסיגריות. לטענת מר משה וליק, אחד המצהירים מטעם הממונה, כפי שהופיעה בתצהירו, היה זה מחסור מכוון שיצרה דובק במטרה לאשר לה העלאת מחירים (ראה גם קטעי העיתונים מזמן אמת נספח ז' לתצהירו של מר וליק), אין לנו צורך לקבוע ממצאים מדויקים בשאלה מה התרחש בשנת 1986 שגרם למחסור בסיגריות, דינו בציון העובדה שאותו מחסור שנגרם הוא שהביא לשינוי במדיניות המיסוי.

מדיניות זו הביאה לכך שבשנת '88 החזיקה דובק בנתח שוק של 77.2% משוק הסיגריות בכלל, כשהיבוא תפס נתח שוק של 22.8% ממנו. בשנת '91 עמד חלקה של דובק בשוק הסיגריות בכללותו על 73.6%, וכשהיבוא תפס 26.4% ממנו, ובמחצית הראשונה של שנת '92 עמד חלקה של דובק בשוק על כ- 71.3%.

עולה עוד מהנתונים שלפנינו, כי דובק פועלת באופן מתמיד לשינוי מדיניות המיסוי, שהיא, לטענתה, מדיניות "מפלה", במטרה להגדיל ככל הניתן את חלקה בשוק. דובק טוענת בהליך זה, בין היתר, שהיא סובלת מהפסדים מתמידים והולכים וכי המהלכים אותם נקטה בעניין מערך ההפצה הם מהלכים חיוניים לה כדי לחזור ולהיות חברה רווחית.

הזכרנו, כי אלישר הינה היבואן בעל נתח השוק הגדול ביותר, אלישר מייבאת את מוצרי הסיגריות של "פיליפ מוריס" ו"בראון ווילימאס". עם מוצרים אלה נמנות הסיגריות "קנט", "מרבורו", "פרלמנט" ועוד. במועד הגשת הבקשה (11.11.93) שלטה אלישר, לפי נתוני הממונה, על כ- 25% מהשוק.

פרט לאלישר קיימים עוד שני יבואנים קטנים. יבואנית אחת היא החברה ליבוא ויצוא מוצרי ואביזרי טבק בע"מ, בניהולו של מר משה דוידס, אשר נוסדה בשנת 74' (להלן "דוידס"). חברה זו עוסקת ביבוא ובשיווק סיגריות מתוצרת "רוטמנס" ו"דאנהיל" וכן ביבוא ובשיווק של מוצרי טבק אחרים, כגון טבק למקטרת, סיגרים ואביזרי טבק למיניהם. יבואנית אחרת היא חברת האחים סקאל, סוכנות ושיווק (1986) בע"מ (להלן: "סקאל") העוסקת בהפצה ושיווק סיגריות, סיגרים ומוצרים נוספים. הסיגריות שהיא מייבאת הן מתוצרת יפן (נושאות את שמות המותג Hi - Lite ו-Wave). סקאל הינה חדשה יחסית בתחום זה של יבוא סיגריות. מר סולי סקאל, המנהל הכללי של חברה זו, הגיש תצהיר מטעם הממונה. החברה שבניהולו של דוידס תופסת נתח של כ- 2% מהשוק והחברה בניהולו של סקאל כ- 1%. שתי החברות הנזכרות שבניהולם של דוידס וסקאל ייקראו יחדיו להן "היבואנים הקטנים".

גם דובק מייבאת סיגריות ובפעילות זו החלה זמן קצר לפני פתיחת ההליכים בתיק זה.

נציין גם שדובק הגישה, בין הסיכומים לבין מתן פסק הדין, בקשה להגשת ראיות נוספות לה התנגד הממונה. נוכח המסקנות אליהן הגענו ממילא - לא ראינו מקום לאפשר לדובק להגיש ראיות נוספות. הנתונים עליהם אנו מסתמכים מתעלמים מהראיות הנוספות שצורפו.

5. מערך ההפצה

כאן המקום לעמוד ביתר הרחבה על מערך ההפצה של הסיגריות בישראל. מסיבות היסטוריות שונות, שלא הובהרו בהליך עד תום, פועלים כל הספקים בענף באמצעות מערך הפצה משותף. כפי שכבר נאמר, שאלת פירוקו של מערך הפצה זה והקמת מערך הפצה עצמאי של דובק היא השאלה המרכזית העומדת להכרעה בהליך זה. לא הוזכר בדיון שום ענף אחר בישראל בו נעשית, בקנה מידה ארצי, הפצת מוצריהם של מתחרים באמצעות מערך משותף.

דובק מוכרת את הסיגריות למפיצים חברי הארגון. המפיצים מצידם מוכרים את הסיגריות ומובילים אותן לאלפי נקודות מכירה קמעונאיות באמצעות כלי רכב. בנוסף על כך מפיצה דובק במישרין את תוצרתה ללקוחות קבועים גדולים, כמו השק"ם, משרד הביטחון ועוד. מערך השיווק של אלישר מורכב, כאמור משלושה סוכנים ראשיים המפיצים את הסיגריות באמצעות אותה רשת הפצה המשרתת את דובק. שניים מהם - שמיע וניקוטרון - הצטרפו, כאמור, להליך. גם היבואנים הקטנים דוידס וסקאל מוכרים את הסיגריות באמצעות אותה רשת של מפיצים.

המפיצים פועלים במסגרת אזוריים שהוכרו על ידי דובק. הסיגריות נמכרות למפיצים בעבור רווחים הקרויים "עמלות". העמלות לסיטונאי עבור הפצת הסיגריות שדובק מייצרת, הן בשיעור של 5%; עבור הפצת סיגריות תוצרת חוץ - בשיעור של 6.35%; ועבור סיגריות ביבוא סקאל - 9.3% (ראה סעיף 10(ד) לתצהירו של סקאל). בנוסף על העמלות, כך עולה מהראיות, "מתוגמלים" המפיצים מעת לעת בדרכים שונות, כגון נסיעות לתורכיה או לרודוס, מציתים הניתנים בחינם, ועוד.

טענה מרכזית של דובק היא, כי המפיצים במערך ההפצה המשותף פועלים תוך ניגוד אינטרסים. הם מעדיפים, על פי הטענה, "לדחוף" תוצרת של מתחריה של דובק המזכה אותם בעמלות גבוהות יותר.

מניעת מצב של ניגוד האינטרסים היא הסיבה המרכזית שנותנת דובק לרצונה ליצור מערך הפצה עצמאי. סיבה נוספת היא מניעת "חדירתו" של מפיץ אחד לתחומו של חברו, שתושג על ידי ארגון מחדש של ההפצה וחלוקת המדינה לאזורי זכיינות ברורים. הארגון מחדש גם יאפשר לדובק, לטענתה לעשות שימוש במחשבים שייעלו את ההפצה.

מחירי הסיגריות של דובק לצרכן הם בפיקוח ממשלתי מכוח חוק יציבות מחירים במצרכים ושירותים (הוראת שעה), התשמ"ו-1985. ישנה איפוא "תקרה" למחיר לצרכן. המחיר הקבוע הוא המחיר לצרכן והוא כולל את עמלת המפיצים. זו מוגדרת באחוזים ממחיר המוכר בשער המפעל.

6. המצטרפים:

הזכרנו כבר כמה מצטרפים להליך. בנוסף על אלה שהזכרנו נציין כי להליך הצטרפו גם הארגון ואחדים מחבריו, וכן מפיצים בודדים אשר נקטו עמדות נוגדות בשאלות הטעונות הכרעה במשפט זה. בהחלטתנו מיום 22.2.94 התרנו את הצטרפות כל המבקשים בתנאים שונים, הכל כמפורט באותה החלטה. קבענו גם כי תצהיריהם של מבקשי ההצטרפות לא ישמשו ראיה בתיק. הראיות בתיק הן איפוא התצהירים וחוות הדעת מטעם הצדדים העיקריים להליך (הממונה ודובק).

7. הבקשה בעניין מערך ההפצה:

הבקשה המקורית של הממונה למתן הוראות התבססה על מצב דברים בו קיים בפועל מערך הפצה משותף.

בעוד בקשה זו תלויה ועומדת החלה דובק להחתים מפיצים על חוזה הפצה (נספח א' בבקשה 1/94), כחלק מפעולה של הקמת מערך הפצה חדש שתוכן על ידי דובק זה מכבר. בשנים האחרונות הוחלפו כמה טיוטות של הסכמים בעניין מערך הפצה בלעדי לדובק. האחרונה - (נספח א' הנזכר), נוסחה במשרדו של עו"ד ויינרוט.

במערך זה אמורים להיות בערך 75 מפיצים (כמחצית מכמות המפיצים הקיימים היום). המפיצים עימם לא יחתם חוזה אמורים, לפי כוונתה של דובק, שלא להפיץ עוד את תוצרת דובק. דובק אינה חולקת על כך שעליה לשלם פיצויי למי שיחדל להפיץ עבורה. 75 המפיצים עימם יחתם חוזה אמורים, לפי אותו תכנון, לעבוד כמפיצים בלעדיים של דובק בלבד, באזורי הפצה חדשים שייקבעו על ידי דובק. סעיף 2 להסכם ההפצה קובע כי דובק מצדה, מתחייבת לשווק, להפיץ ולמכור את תוצרתה באזור החלוקה באמצעות המפיץ בלבד (פרט לשיווק ישיר לגופים דוגמת השקם, רשת קו-אופ הריבוע הכחול, שירות בתי הסוהר וכוחת הביטחון), המפיץ מצידו מתחייב בהסכם לשווק, להפיץ ולמכור את תוצרתה של דובק בלבד ולהימנע מלשווק, להפיץ ולמכור כל סיגריות ומוצרי טבק אחרים מכל סוג ומין, בין תוצרת הארץ ובין יבוא, באזור החלוקה, בלא רשות בכתב של דובק. אין למפיץ התחייבות כזו אלא לגבי אזור החלוקה "שלו". המפיץ משלם לדובק עבור הזכות לקבל אזור הפצה בלעדי, והזכות ניתנת למכירה.

הממונה הגיש, כאמור, בקשה לצו ביניים להורות לדובק להימנע מלערוך כל שינוי במערך ההפצה הקיים. לעניין זה הושגה בשעתו הסכמה שאין צורך לעמוד על פרטיה, שעיקרה הוא הקפאת המצב הקיים. הסוגיה המרכזית בהליך זה היא איפוא אם לאפשר לדובק לפרק את מערך ההפצה הקיים, המשרת את כל הפועלים בענף, ולהקים מערך הפצה משלה.

8. הפלוגתאות המוסכמות:

בדיון לפני אב בית הדין, ביום 2.2.94 (עמ' 13 לפרוטוקול), סיכמו הממונה ועו"ד וינרוט, ב"כ דובק, את נקודות המחלוקת ביניהם בזו הלשון:

1. שנויה בינינו במחלוקת השאלה העובדתית כלכלית האם מערך הפצה בלעדי או לחלופין מערך הפצה שמכללו מוצאת אלישר, יוצר מחסומי כניסה או חשש של הפלטות של ספקים קטנים, בכלל זה השאלה של העלות לציבור ולמשק כתוצאה מפיצול מערכת הפצה ואובדן יתרונות לגודל.
2. שנויה בינינו במחלוקת שאלה משפטית והיא: האם בסיטואציה של ניגוד אינטרסים או ניגוד אינטרסים בכח ניתן לכפות על המונופול לעבוד עם מפיצים שיש לגביהם ניגוד אינטרסים בפועל או בכח. לעניין זה טוענת דובק כי ניגודי האינטרסים גורמים לה בפועל לנזק כלכלי והממונה חולק על כך.

מן הפן העובדתי ראוי להזכיר כבר כאן כי בשלבים שונים של הדיון הסכים פרקליטה של דובק הסכמות שונות שיש בהן כדי להניח את דעתנו, בשינויים מסוימים שנקבע, ולשכך חששות שונים שהועלו על ידי הממונה. אנו מציינים עניין זה לשבחיו של עו"ד וינרוט. התרשמותנו היתה כי עו"ד וינרוט השכיל לשכנע את מרשתו לויתורים לא מעטים ביחס לעמדה המקורית של דובק בהליך זה. נאמר כבר מעתה כי לא מן הנמנע הוא בעיינו שאלמלא אותן הסכמות היתה תוצאתו של הליך זה שמה שעו"ד וינרוט הסכים לו, בסופו של דבר, היה נכפה על דובק, הר כגיגית, גם לולא הסכים לכך.

אחת הפלוגתאות המוסכמות שהוזכרו לעיל היתה נושא החשש של מחסומי כניסה או חשש של היפלטות ספקים קטנים. בדיון מיום 23.2.94 הצהיר עו"ד ויינרוט (עמ' 80), כי בהנחה שיאופשר לדובק להקים מערך הפצה עצמאי מוכנה דובק לאפשר ליבואנים הקטנים לשווק את תוצרתם באמצעות מערך ההפצה שתקים, כשהעמלות שוות לעמלות הניתנות על ידי דובק, וזאת כל עוד היבואנים הקטנים הם בסדרי הגודל בהם מדובר היום, עו"ד ויינרוט הביע משאלה להגיע להסדר עם הממונה לגבי "המאסה הקריטית" שמעבר לה לא תצטרך עוד דובק "לשאת את המפצים על גבה", בהנחה שהיבואנים הקטנים יגדילו את מכירותיהם. הצהרה זו ניתנה כדי לשכך את חששותיו של הממונה שכל המהלך לא נעשה אלא כדי לבוא בנעליהם של סקאל ודוידס, שלא תהא להם ברירה אלא להיפלט מן השוק. עו"ד ויינרוט היה מוכן גם בהמשך הדיון לאלטרנטיבה אחרת, לפיה "המאסה הקריטית" לא תיקבע בשלב זה ודובק לא תוכל למנוע שיווק של סיגריות היבואנים הקטנים באמצעות מערך ההפצה החדש שיוקם בלי החלטה נוספת של בית הדין, עוד היה מוכן להחיל את הצהרתו לא רק על סקאל ודוידס - היבואנים הקטנים הקיימים - אלא גם על אלה שיהיו קיימים בפרוטנציה (פרוטוקול מיום 18.4.94 עמ' 6).

עוד הצהירה דובק בהקשר זה שהיא לא תפנה ליצרני רוטמנס ודאנהיל להפצת סחורתם בארץ (פרוטוקול מיום 11/5/94, עמ' 218). הצהרה זו ניתנה בשל פנייה שנעשתה לפני כשנתיים על ידי לרוטמנס.

להסכמות אחרות שנתן עו"ד ויינרוט עוד נתייחס בהמשך הדברים. כוונתו היתה כרגע להצביע כל כך שדובק, בעצת פרקליטה, היתה מוכנה להסדרים שאינם הסדרים של הקניית בלעדיות מוחלטת לעצמה במערך שיוקם על ידיה והיא מוכנה "לקחת על גבה", כלשונה, גם יבואנים קטנים, קיימים עתידיים. היבואנים הקטנים אינם ששים כלל ועיקר לפתרון זה והם מעדיפים להשאיר בעינו את מערך ההפצה המשותף הקיים.

שאלת השאלות שבתיק זה היא, איפוא, אם יש לאפשר לדובק ליטול מתוך מערך ההפצה הקיים כ- 50% ולהקים מערך הפצה משלה, אשר ישווק (כל עוד לא תינתן הוראה אחרת) באזורי החלוקה, בנוסף לתוצרת דובק, גם את תוצרת היבואנים הקטנים הקיימים או הפרוטנציאליים, והכל כמובן אם היבואנים היו מעוניינים בדרך הפצה זו. סקאל הודיע בבית הדין (פרוטוקול מיום 11.5.94 עמ' 7):

"אמרתי לו (לדוידס) ללכת עם דובק מבחינתי וגם כך הסברתי לו שזה נושא של התאבדות. אמרתי לו: "יותר טוב לנו אם אנחנו כן יפסקו לרעתנו, ונשאר בודדים, יותר טוב לנו ללכת ולפתור את הבעיה בעצמנו מאשר לעבור לדובק".

ועוד אמר (עמ' 8 שם):

"אני לא אצטרף לדובק, בשבילי זה כמו להפסיק את העסקים שלי".

אין אנו תופסים את סקאל על דבריו אלה. בסיומו של הליך זה יוכל לבחור, כהבנתו, בין הפצה באמצעות מערך ההפצה שתקים דובק לבין האפשרות שישווק את תוצרתו באמצעות המפיצים שלא ייכללו במערך ההפצה של דובק, או בדרכים אחרות. על אפשרות זו עוד נעמוד להלן.

לחלופין, היתה דובק מוכנה גם לזנוח את מערך ההפצה הקיים, פרט לאנשים בודדים, ולהשאיר אותו למתחריה, ולהקים לעצמה מערך הפצה חדש (פרוטוקול מיום 21.3.94, עמ' 143). ועד היתה מוכנה, בבחינת הרע במיעוטו, לקחת 30% מהמפיצים הפועלים במערך הקיים ולהקים עימם מערך חדש משלה ואפילו בדרך של הוספת עובדים שלה, קרי: שכירים (פרוטוקול מיום 11.5.94 עמ' 38).

לשאלה מרכזית זו בדבר הקמת מערך הפצה חדש על ידי דובק נספחות כמה שאלות משנה, אך הקמת מערך הפצה חדש הוא לב לבה של המחלוקת. אם נתיר הקמת מערך כזה אין מתעוררות עוד שאלות שונות שהועלו בבקשה המקורית, אשר מתעוררות רק במקרה של החלטה שלא לאפשר הקמת מערך כזה. נפנה איפוא לבדיקתה של השאלה המרכזית השנויה במחלוקת - השאלה אם להורות למונופולין שלא להקים מערך נפרד.

9. סעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים - מבחנים לקיומה של "פגיעה"

המסגרת המשפטית לדיון היא, כאמור, סעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים. רק בהתקיים אחד המקרים של פגיעה בציבור הנזכרים בסעיף זה, שצוטט לעיל, רשאי בית הדין ליתן הוראות לבעל המונופולין כדי למנוע את הפגיעה.

מונופול כשלעצמו אינו אסור בדין, כעיקרון, גם לחברה שיש לה מונופול, זכות לנהל את ענייניה כהבנתה שלה. זכות זו מעוגנת היום בחוק יסוד; חופש העיסוק. אין ספק שהוראות חוק ההגבלים העסקיים בעניין מונופול עומדות כיום בתוקפן גם לאחר תחולת חוק היסוד, אף פירושן של ההוראות האמורות ייעשה ברוח הוראות חוק יסוד זה (ראה סעיף 10 לחוק היסוד). לעניין הפרשנות עלינו ליתן את הדעת לסעיף 4 לחוק היסוד, הקובע כי אין פוגע בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

עצם הגבלת חופש העיסוק של המונופולין כדי למנוע פגיעה בתחרות או בצרכנים הינה לדעתנו, לתכלית ראויה. כפי שפסק הנשיא שמגר בע"א 568/89 (1) (מ. דיאמנט (1988) בע"מ נ' נשר מפעלי מלט ישראלים בע"מ, תקדין עליון, כרך 91(1) תשנא/תשנ"ב 746):

"בכל מערכת כלכלית יש ומונופולין פלוני הוא חיוני לשם קיומו של גוף כלכלי המרכז בידיו יכולת וכוח פעולה היכול לתרום לכלכלת המדינה. אולם, מניעת התחרות שהיא הפועל היוצא מקיומו של מונופולין בדרך זו גוררת אחריה את הצורך בקיומו של פיקוח קפדני על פעילות המונופולין. מטרת הפיקוח היא מניעתה של פגיעה העלולה להיגרם מן השליטה הבלעדית בשוק".

עם זאת, כשאנו באים להפעיל את סמכויותינו מכוח חוק ההגבלים העסקיים, עלינו לזכור כל העת כי מידת הפגיעה בחופש העיסוק של המונופולין אינה צריכה לעלות על הנדרש. עיקרון זה ינחה אותנו בהחלטתנו זו.

בית הדין רשאי ליתן הוראות לבעל המונופולין כדי למנוע את הפגיעה. בענייננו הפגיעה הנטענת היא פגיעה עתידית, פגיעה שטרם נתממשה עקב ההסכמה הדיונית שהיתה בעניין הקפאת המצב הקיים. בהחלטתנו זו עלינו לבחון, אם מהלך שמבקשת דובק לעשות (הקמת מערך הפצה עצמאי שיהיה מבוסס בחלקו על המפיצים הקיימים) - יביא לאחת הפגיעות האמורות בסעיף 30. עו"ד ויינרוט לא חלק בדיון שלפנינו על כך שהפגיעה הנזכרת בסעיף 30 היא גם פגיעה בכוח ולא רק פגיעה בפועל (השווה ת"פ י-ם 524/90 (15) מדינת ישראל נ' ארנסט יפת ואח' 384-400).

בקשתו המקורית של הממונה בתיק זה נגעה לעובדות (נטענות) קיימות. שינוי החזית שנעשה, במסגרתו הועמדה כשאלה מרכזית שאלת הקמת מערך הפצה בעתיד, הביא לכך שההליך עוסק בתחזית בדבר פגיעה, להבדיל ממעשה פגיעה בפועל. הערכות הצדדים השונים לגבי התחזית שונות הן, וסביר הוא בעינינו שההערכות של דובק והמצטרפים למיניהם מושפעות מהאינטרסים הכלכליים שלהם, כפי שהם רואים אותם. במאמר מוסגר נעיר כאן, כי דובק צירפה חוות דעת של מומחה כלכלי - ד"ר עובדיה. חוות הדעת הכלכלית האמורה באה לבסס מהלך שהיה מתוכנן ממילא אצל דובק זה מכבר - מהלך של הקמת מערך הפצה עצמאי. בנסיבות אלה קשה שלא להתרשם כי תחילה נקלע החץ ורק אחר כך שורטט עיגול המטרה סביבו. בלשון אחרת: חוות הדעת של ד"ר עובדיה היא בגדר הוכחת המבוקש. להערכותיהם של צדדים בעלי אינטרסים כלכליים יש להתייחס, מטבע הדברים, במידה רבה של זהירות.

כשאנו עוסקים בפגיעה עתידית אנו עוסקים בהערכת הסתברויות. על כפות המאזניים מונחים ערכים המתנגשים זה בזה. מחד גיסא, קיימת זכותה של החברה, לרבות החברה בעלת המונופול, לכלכל את ענייניה כהבנתה. מן הצד האחר, עומדים הערכים עליהם מגן סעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים. סעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים נועד, בין השאר, לשמור גם על חופש העיסוק של חברות אחרות שאינן בעלות מונופולין ואף נועד למנוע, בנסיבות הולמות, מבעל המונופולין לפגוע בתחרות.

התחרות הינה ערך מוגן ששיטת המפשט שמה לה למטרה לשמרו. ראה דברי הנשיא שמגר ברע"א 371/89(2), בעמ' 327 :

"קיומה של תחרות חופשית הוא איטרנס ציבור. שיטתנו החברתית והכלכלית מכירה בערכה של תחרות חופשית ... תחרות חופשית עשויה להביא להורדת מחירים, לשיפור איכותו של המוצר ולשיפור השירות אשר ניתן אגב מכירתו. תחרות חופשית עשויה אף לעודד פיתוחו של המשק בדרך של יוזמות לגיטימיות לסוגיהן. הישגים אלו אשר התחרות החופשית עשויה להשיג, אנו מבקשים לעודד".

כשאנו באים לאזן בין הערכים השונים הטעונים איזון עלינו לנקוט מבחן רציונלי. לעניין זה יפים העקרונות המנחים שקבע השופט ברק בבג"צ 399/85 (3) בעמ' 281 :

"האיזון משתנה מעניין לעניין על פי מהותם של הערכים הנאבקים על הבכורה. על כן אין לנקוט אמת מידה אחידה אלא יש לגבש אמות מידה משתנות על פי משקלם של הערכים המתנגשים. חרף השוני בין אמות המידה השונות המשותף לכולן הוא אופיין העקרוני. אנו מחפשים עיקרון רציונלי ולא רק החלטה אד-הוק. אכן, האיזון בין העקרונות אינו יכול להיות מקרי ומשתנה מפסק דין לפסק דין. עלינו לשאוף לעקרון שיחול על סוג המקרים".

לעניין זכות היסוד של חופש הביטוי נוסחת האיזון שנקבעה היא קיומה של ודאות קרובה לפגיעה בערך המוגן (ראה: בג"צ 73/53 (4), בעמ' 887). בענייננו, אין אנו עוסקים בסוגיית חופש הביטוי אלא בסוגיית האיזון בין חופש העיסוק של בעל המונופולין לבין הערכים המוגנים על ידי סעיף 30 לחוק ההגבלים. לעניין זה יפים דברי המשנה לנשיא בן-פורת בבג"צ 445/85 (5), בעמ' 708, מול האות ב':

"אמת המידה הראויה אינה קבועה ואחידה לגבי כל סוגי המקרים, אלא יש לאמץ מבחן מתאים תוך התחשבות במהותם ובחשיבותם של העקרונות המתמודדים בתפיסתנו לגבי עדיפותם היחסית ובמידת ההגנה שמבקשים אנו להעניק לכל עיקרון או אינטרס" (ההדגשות במקור).

השאלה שעלינו להציב לעצמנו היא (כשעוסקים בפגיעה עתידית) מהי ההסתברות לפגיעה בערכים המוגנים על ידי סעיף 30, ומהי מידת הפגיעה המצדיקה התערבות.

שאלת האיזון בין חופש העיסוק לאפשרות הפגיעה בכלכלת המדינה, עמדה לדיון בבג"צ 1452/93 (6), עמדתה של כבוד השופטת דורנר היתה:

"נראה לי, כי כאשר הרציונל העומד בבסיס ההגנה על חופש העיסוק הוא, בעיקרו, עניינו של האדם להתפרנס ולעומתו עומד הערך של קידום כלכלת המדינה מן הראוי להחיל את מבחן האפשרות הסבירה לפגיעה ממשית בכלכלת המדינה" (שם, בעמ' 617; ההדגשה הוספה).

השופטים אור ובך השאירו בצריך עיון את סוגיית המבחן הראוי. בעניין איגלו (6), לא הוכרעה איפוא נוסחת האיזון בין חופש העיסוק לבין אינטרסים כלכליים אחרים שעמדו שם על הפרק.

פרופ' ברק בספרו, פרשנות במשפט (כרך שלישי, 1994 - תשנ"ד) בעמ' 618-620 דן אף הוא בסוגיית הסתברות הפגיעה באינטרס ראוי המצדיקה פגיעה בחופש העיסוק. לסיכום דבריו הוא אומר:

"אכן, נוסחת הסתברות דרושה, כמו פרופ' רובינשטיין והשופטת דורנר, אף אני סבור כי יש להימנע מניסיון לקבוע אמת מידה אחת ויחידה אשר תשמש 'נוסחת הסתברות' בכל הנסיבות. איננו נוהגים כך לעניין זכויות אדם אחרות ואין כל סיבה לנהוג אחרת לעניין חופש העיסוק. אכן, במשפט החוקתי הגרמני נדרשת רמת הסתברות של ודאות קרובה לפגיעה בחופש העיסוק הנגרמת על ידי תנאים אובייקטיביים המגבילים את הכניסה לעיסוק, מקצוע או משלח יד. לעומת

זאת, נדרשת רמת ההסתברות של אפשרות סבירה לפגיעה בחופש העיסוק, הנגרמת בשל תנאים סובייקטיביים המגבילים את חופש העיסוק. אכן, נוסחת האיזון ההסתברותית צריכה להיקבע על פי מהותם של הערכים והאינטרסים הראויים, אשר לשם הגשמתם מבקשים להגביל את חופש העיסוק. לא הרי נוסחת האיזון כאשר הערך המתנגש מהווה, הוא עצמו, זכות אדם מוגנת (כגון הגבלה על חופש העיסוק כדי להגן על חופש הביטוי) כהרי נוסחה זו כאשר הערך המוגן הוא ערך חברתי כללי (כגון, צורכי התחבורה). כמובן, בשל מעמדו החוקתי של חופש העיסוק, אין להקל במבחן ההסתברותי. על כן, כאשר הערך המוגן אינו נגזר במישרין מזכות אדם מוגנת, אלא מהאינטרס הציבור הכללי- שנועד מצידו להגשים זכויות אדם - אין להסתפק במבחן הנפל מהאפשרות הסבירה או הממשית, תוך 'שהבחירה' תהיה בינו לבין מבחן הוודאות הקרובה."

בקטע שצוטט לעיל אין מסקנה חד משמעית בשאלת המבחן הראוי ישנו עם זאת מבחן סף - המינימום הנדרש הוא אפשרות סבירה או ממשית.

נותר עדיין בעינו הצורך בגיבוש מבחן רציונלי. אנו סבורים כי המבחן הראוי הוא ברוח המובע על ידי השופט דורנר בעניין איגלו (6), לאמור, שיש מקום ליתן הוראות למונופולין כדי למנוע פגיעה עתידית, כאשר קיימת אפשרות סבירה לפגיעה ממשית בערכים שעליהם מגן סעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים. זהו, לדעתנו, המבחן הראוי משום שאנו עוסקים באינטרסים כלכליים המתנגשים זה בזה.

יחד עם זאת, כאשר נשקלת השאלה של מתן הוראות, יש ליתן את הדעת על כך שההוראות כאמור בסעיף זה, שמעצם טיבן פוגעות בזכותו של בעל המונופולין לנהל את ענייניו כהבנתו, תינתנה במידה "שאינה עולה על הנדרש", כלשון סעיף 4 לחוק היסוד: חופש העיסוק, בלשון אחרת; בנסיבות בהן קיימת אפשרות סבירה לפגיעה ממשית בערכים המוגנים על ידי סעיף 30 אך ניתן למנוע את הפגיעה באמצעים פחות דראסטיים מאשר שלילה מוחלטת של זכותו של בעל המונופולין לכלכל את מעשיו כהבנתו - יש לנקוט אמצעים פחות דראסטיים (השווה; ברק, שם, בעמ' 621-624). בהקשר זה נזכיר, כבר כאן, כי זהו המקרה הראשון בישראל בו מבקשים להורות לחברה שלא להקים מערך הפצה עצמאי. ישראל היא מדינה משופעת במונופולים (ראה שפר, שם, עמ' 68-71) ולא שמענו עד כה שניסו להגביל מונופולים ביצירת מערכי הפצה משל עצמם.

נחזור איפוא אל העובדות והטענות המרכזיות שהעלו הצדדים וניישם לאחר מכן את המבחן העקרוני שהצבנו. בהמשך הדברים נעמוד עוד על כמה אספקטים נוספים של הסוגיות המשפטיות המתעוררות.

10. סוגיית ניגוד האינטרסים:

נראה כי טעמים היסטוריים הם שהביאו לכך שמערך ההפצה המשותף משרת הלכה למעשה את כל הפועלים בענף הסיגריות בישראל. במהלך השנים רכשה דובק, כאמור, חברות ישראליות שונות אשר ניסו כוחן בייצור סיגריות, וכשלו. בהקשר זה נזכיר כי עד שחוקק חוק ההגבלים

העסקיים, התשמ"ח-1988, לא היתה דרישה לקבלת היתר מאת הממונה בנושא מיזוג חברות. פרק ג' לחוק, שעניינו מיזוג חברות, הינו חידוש של החוק בנוסחו הנוכחי.

בשלבים מסוימים היתה דובק 95% משוק הסיגריות בכללותו. מערך ההפצה הקיים לא היה מערך "של" דובק, כפי שהיא טענה מעת לעת בהליך שלפנינו, המדובר הוא במפיצים עצמאיים שבפועל היו הבלעדיים העוסקים בהפצת סיגריות. מערך הפצה זה שירת את כל ענף הסיגריות, אך עד שנת 88' היתה בישראל הלכה למעשה הזדהות כמעט מלאה של "ענף הסיגריות" עם דובק.

הבקשה המקורית שהגיש הממונה בתיק זה מצביעה על כך שבפועל, בתקופה שקדמה להגשת הבקשה, היו "חריקות" בין המפיצים לבין הגופים הדומיננטיים בענף, הזכרנו שמדובר בתופעה, שכלל הידוע לנו, היא אנומאלית במשק הישראלי, תופעה, לפיה בענף שלם נעשית כל ההפצה באמצעות מפיצים משותפים.

פרופ' פרי, אחד המומחים מטעם הממונה, ציין בעדותו כי ארגון מפיצי הסיגריות הוא בעצמו ארגון מונופוליסטי. הממונה עצמו טען בבקשתו המקורית כי הארגון מאגד בתוכו כוח כלכלי משמעותי העשוי לשמש בידי הארגון אמצעי להשגת מטרותיו, לעתים אף בניגוד להוראות החוק. הממונה צירף לבקשתו המקורית העתק של כתב האישום שהוגש לבית משפט השלום בת"א כנגד הארגון ואחדים מחבריו. אישום זה נוגע לעשיית הסדר כובל והפעלתו ללא רישום וללא אישור. במסגרת ההליך הנוצר נעשתה עיסקת טיעון וגובשו "כללי התנהגות עסקית", הקובעים כי הארגון ומוסדותיו יימנעו מלהנחות את חבריו בנוגע להפצת סיגריות מיבוא ומתוצרת מקומית (ראה נספחים ב'-ג' לבקשה). שמענו מצדדים שונים כי ההליך המשפטי הנוצר הביא להקטנת כוחו של הארגון.

הבקשה המקורית, שהוגשה לנו, מפרטת תלונות שונות נגד דובק שהגיעו לממונה. במסגרת הליך זה ונוכח שינוי החזית לא נזקקנו לדיון בתלונות, כללית נאמר שהתלונות הצביעו על יחסים בלתי תקינים בין דובק לבין חלק מהמפיצים, כשדובק מנסה "לדחוף" למפיצים עוד ועוד סיגריות מתוצרתה. דובק טענה כנגד חלקם של המפיצים, כי הם מעדיפים לספק סחורה של המתחרים בשל העמלות הגבוהות שהם מקבלים מידי המתחרים.

כאמור, אלישר לא היתה צד בהליך שלפנינו. יחד עם זאת, במסגרת תצהיר התשובה של דובק הוגשו מסמכים מזמן אמת המצביעים על פעילותה של אלישר במהלך השנים ומהדברים בעד עצמם. כך, לדוגמא, נמצא בנספח כ"ב לתצהיר התשובה מטעם דובק מכתב מיום 2.3.93 המופנה לארגון סיטונאי הסיגריות, בו נאמר על ידי אלישר, בין השאר:

"...אנו חוזרים ומודיעים כי אין אנו מתכוונים להמשיך בשיווק סיגריות המיובאות על ידינו באמצעות מי מרשת השיווק הקיימת שיתחילו לשווק סיגריות חדשות של יבואנים אחרים (למעט חברת מר דוידס - חברת סיגמור ותוצרת מקומית של דובק). לפיכך מי שישווק סיגריות יבוא המיובאות על ידי יבואן שאינו נמנה על הנ"ל, אפילו אם הן משווקות על ידי דובק לא יוכל

להמשיך ולרכוש את הסיגריות שלנו. אין בכוונתנו לכפות על סיטונאי כלשהו להמשיך ולשווק את הסוגים שלנו אם אינו רוצה בכך.

... כדי להסיר ספק היה וסיטונאי כלשהו יחדש לשווק סחורותינו בין אם משום שבחר בכך באופן גלוי ומוצהר ובין אם משום שהחל לשווק סיגריות יבוא אחרות.... אנו נחדול מלספק לו ונשווק במישרין את סחורותינו כל לקוחותיו".

וראה תשובת הארגון נספח כ"ג לתצהיר דובק.

במכתב אחר מזמן אמת הנושא אותו תאריך (2.3.93), כותבת ניקוטרון (אחת משלושת סוכניו של אלישר) ללקוחותיה כי חברת אלישר מתנגדת חד משמעית להצטרפות יבואנים חדשים לרשת השיווק המפיצה את סחורותיה, כי ניתן ללקוחות פרק זמן עד ה- 20.3.93 להיפטר ממלאי של "חברת המזרח התיכון לטבק" שאולי נמצא ברשותם וכי "לא נספק את סחורותיה של חברת אלישר לכל מי מהסיטונאים אשר ישווק את סחורותיו של היבואן הנזכר לעיל לאחר המועד הנקוב".

במכתב אחר של אלישר מיום 6.1.92 (נספח כ"ה לתצהיר דובק) נאמר, בין השאר :

"אל נכון ראיתם את החוזר האחרון שלנו אל הסיטונאים, בו הודענו להם חד וחלק כי מי שישווק סחורות שאינן מיובאות על ידינו או על ידי סיגמור דוידס או מיוצרות על ידי דובק לא יקבל סחורות שלנו. שמענו כי פתאום דובק עומד מאחורי סיגריות מיובאות מאחורי חברת מדיסון משבדיה. לזה איננו מסכימים כי זה יבואן חדש ושיואיל להתגלח על זקנו ולא על זקננו.

בהמשך הדברים מובהר כי סיטונאי שישווק את הסיגריות השבדיות או סיגריות אחרות, לבד מאלה שהוזכרו בציטוט לעיל, לא יוכל לרכוש לחלוטין סיגריות של אלישר.

דברים ברוח דומה יימצאו במכתב קודם של אלישר מיום 19.6.91 לארגון מפיצי הסיגריות, כנראה לפני כניסתה של סקאל לשוק. גם כאן מבהיר מנכ"ל אלישר לסוכנים את התנגדותו לכך שרשת השיווק תתעסק במישרין או בעקיפין בכל סיגריות של יבואנים, פרט ליבואנים המוזכרים כאן. וכך אומר הוא: "רשת שיווק זו עלתה לנו בעמל ובזיעה ומי שרוצה להקים לו רשת שיווק שיעשה זאת במחילה מכבודו, על זקנו, ולא יתגלח על זקננו". פרט לכך כל ארגון של סוג כזה פירושו ארגון פחות של אחד מאיתנו".

מתצהירו של סולי סקאל, מטעם הממונה, עולה כי בעקבות התערבות הממונה הודיעה אלישר בכתב (בערך מחצית שנת 1993) לכל המפיצים כי היא מסירה את התנגדותה לשיווק הסיגריות היפניות, והודעה זו פתחה בפני סקאל את הפתח לבנות מערכת יחסים מסחרית עם המפיצים. עם זאת, מציין מר סקאל כי לאחר מאמצים מרובים הוא הצליח להגיע לכך שכמחצית המפיצים מוכנים להפיץ את סחורתו, בעיקר במרכז הארץ, ואילו המחצית האחרת של המפיצים נמנעת מלשווק את התוצרת. לפי המוסבר על ידי המפיצים לסקאל, הם אינם נכונים לשווק את תוצרתו

של סקאל עקב לחצים המופעלים עליהם מטעם דובק שלא לשווק את הסיגריות היפניות. גם המפיצים המשווקים את הסיגריות היפניות עושים זאת בדרך כלל בהיסוס ובצנעה עקב חשש מדובק. חלק גדול מהמפיצים אשר אכן קונה סחורה מסקאל מחזיק את הסחורה במקום שאינו גלוי, תוך חשש בולט למכור את הסחורה כמו כל מותג אחר במרכולת המפיץ.

אפילו בעוד הליך זה תלוי ועומד, במהלך שלב הסיכומים בעל פה, התרחשו תופעות המצביעות על לחצים קשים בענף. הדברים באו לידי ביטוי בעדותו של סולי סקאל, במהלך הסיכומים (ראה, בפירוט, בעדות סקאל עמ' 2 לפרוטוקול, מיום 11.5.94).

לא סקרנו אלא מקצת הראיות המונחות לפנינו. מגמתנו היתה להראות שבשנים האחרונות קיים אי שקט במערך ההפצה, כאשר המפיצים וגם היבואנים הקטנים נמצאים בלחצים מתמידים מכל הכיוונים. זהו מערך ההפצה שהממונה ואחדים מהמצטרפים כה חפצים בהליך זה ביקרו, והכל תוך בקשה למתן הוראות מתאימות בעניין מניעת אותם לחצים. בהמשך פסק דינו זה אנו עתידים ליתן הוראות שבחלקן הגדול הן מוסכמות על דובק. כפי שנבהיר בהמשך הדברים, בכוונתנו לאפשר לדובק להקים מערך הפצה עצמאי והכל תוך חיובה לאפשר למפיצים לשווק גם את תוצרתם של היבואנים הקטנים או שיהיו קיימים בפוטנציה. עוד ניתן הוראות שימנעו מהלך פתאומי שלא יאפשר התארגנות מתאימה של אלישר וסוכניו (או של יבואנים קטנים שיחפשו פתרון אחר).

בין אם היינו נעתרים לבקשת הממונה - שלא לאפשר את פירוק מערך ההפצה הקיים תוך מתן הוראות בעניין איסור "לחצים" ובין אם נאפשר לדובק להקים מערך הפצה משלה תוך מתן הוראות מתאימות - עומד בעינו הקושי של פיקוח אפקטיבי על הנעשה בשטח, אך בשתי האלטרנטיבות - הקושי הוא קושי אינהרנטי. גם מערך ההפצה הקיים שהממונה חפץ ביקרו כאמור רחוק מלהיות אידיאלי. אפשר, ולא בכדי, שמערך הפצה משותף למתחרים אינו בגדר הפרקטיקה המקובלת להובלת סחורות, למרות היתרון לגודל.

דובק מסבירה בתצהירה, ועל נושא זה היא עמדה בפירוט לאורך כל ההליך, שמערך ההפצה הקיים לוקה במה שמכונה על ידיה "ניגודי אינטרסים מובנים של הסיטונאים". כגורמים לניגודי אינטרסים אלה מצביעה דובק על שלושה גורמים:

הגורם הראשון הוא, שאותם הסיטונאים עוסקים הן בשיווק תוצרת דובק, הן בשיווק סיגריות המיובאות על ידי דובק והן בשיווק התוצרת המיובאת על ידי מתחרים. המותגים השונים מתחרים בצורה עזה על אותו פלח שוק. הגורם השני הוא, שהסיגריות המיובאות יקרות מן הסיגריות מתוצאת ישראל וממילא כל אחוז בעמלה בסיגריה מיובאת מניב סכום גדול יותר מאשר אחוז עמלה מקביל של סיגריות מתוצרת הארץ. גורם השלישי הוא שונות בעמלות, כשאחוז העמלה עבור הפצת סיגריות של דובק נמוך בצורה משמעותית מאחוז העמלה עבור סיגריות מיובאות.

פועל יוצא מצירוף גורמים אלה הוא, כי הרווח לסיטונאי מסיגריות מיובאות עלה בצורה ניכרת (לטענת דובק: פי 5) מהרווח על סיגריות מתוצרת ישראלית. כתוצאה מכך יש לסיטונאים אינטרס כלכלי מובן למכור ולשווק, ככל שניתן, יותר סיגריות מיובאות. לטענת דובק, כתוצאה מכך חדלים המפיצים להיות מקדמי מכירות שלהם והם מכתיבים לשוק אלו מוצרים יהיו על המדפים ומקטינים את מבחר הסיגריות העומד לרשות הציבור הרחב.

הממונה טוען, לעומת זאת, ובפרט בתצהירו של מר אריה בר, המשמש כמפקח על המחירים ומנהל תחום התכנון והכלכלה במשרד המסחר והתעשייה, כי אף שהמפיץ, הנעדר קשר ישיר עם הצרכן, הוא חוליה חיונית במערכת המכירות יכולתו השיווקית מוגבלת, אם קיימת בכלל, וההנחה שהמפיצים מסוגלים לשנות דפוסי צריכה אינה סבירה. מר בר מדגיש בתצהירו כי סיגריה היא מוצר צריכה המתאפיין בנאמנותו של הצרכן למותג וכי החברות מוציאות סכומי עתק על פרסום לצורך בניית נאמנות זו של הצרכן למותג.

תפקידו של המפיץ, לדברי מר בר, הוא לוודא הספקת מותגים על פי דרישות השוק. זהו תפקיד חשוב בשעת החדרת מותג חדש, אך בהינתן למפיץ דפוסי הצריכה ופרופורציות ביקוש למותגים שונים, הדרך שתביא את רווחיו למקסימום היא היענות למלוא דרישות הקמעונאי. הקמעונאי

מצידו נענה לדרישות הצרכנים ולפיכך לעמלה למפיץ אין, לדעת בר, משקל חשוב בקביעת היקף המכירות ורכישת יתרון תחרותי.

מר בר מסביר עוד סיבות שונות אחרות לירידה במכירות של דובק. ביניהן הוא מונה: ירידה במספר המעשנים עקב הבנה טובה יותר של נזקי העישון; עליית מחירי הסיגריות מאז '88 ביחס למדד; התייקרות במחיר היחסי של סיגריות דובק לעומת סיגריות מיבוא, עם הקטנת נטל המס על סיגריות יבוא; עלייה ברמת החיים בגינה חלק מהמעשנים עוברים לסיגריות יקרות יותר - היינו לסיגריות מתוצרת חוץ, וכן האינתיפאדה שגרמה לכך שחלק מאוכלוסיית השטחים עבר מעישון סיגריות ישראליות לסיגריות מקומיות או לסיגריות מתוצרת חוץ.

בתמצית יאמר, איפוא, כי עמדתו של מר אריה בר היא שהסיבות לירידה משמעותית בפלח השוק של דובק ובהיקף מכירותיה נובעות מגורמים אחרים ולא מאי לויאליות של מפיצים. מר בר רואה את תפקידם של המפיצים כשולי ביותר. במהלך הדיונים התבטאה גישה זו באמירה שמערך ההפצה הוא מערכת 'שינוע' המשנעת סיגריות על פי הביקוש ללא השפעה של ממש על הביקוש.

בין גישתה של דובק לגישתו של מר בר, ראוי לעומד על גישתו של מומחה נוסף מטעם הממונה, פרופ' פרי. בחקירות הנגדית של פרי עלה הנושא של הקשר בין תמריץ למפיצים, לרבות הגדלת עמלות לבין שיפור המכירות. נצטט כמה מדבריו בהקשר זה:

"ש. תסכים איתי שאם אני נותן תמריץ למפיץ הוא ישפר את ההפצה שלי. נכון, תהיה לזה משמעות במכירות?"

ת. אני טוען שזה יתכן בהחלט.

ש. ישנה טענה שמפיץ שמקבל תמריץ זה לא משנה שום דבר כי זה רק משגע. האם אתה מקבל טיעון כזה?

ת. אני מוכרח לציין, אמרתי זאת למשרד הממונה, אני חושב שבכל הטיעונים של דובק על עיוותים בתמריצים יש מן האמת, הם רק חלק אחד וחלקי מאד של כל התמונה. בהחלט במערך התמריצים שיש למפיץ אין ספק שאם תיתן את התמריצים הנכונים יתכן שישתנה המצב וכתבתי זאת בדו"ח. אני חושב שמה שחסר בטענה של דובק שזה ששינוי במערך ההפצה ייקר מאד את ההוצאות.

ש. נתת חוות דעת ויודעת שהיא עשויה להיות גורלית. למה הנקודה שבהחלט לדובק יש היום בעיה לא באה לביטוי?

ת. אני משוכנע שכתבתי בחוות הדעת שהתמונה שמציגה דובק היא תמונה חלקית. לא כתבתי שטיעוני דובק להתייעלות אינם נכונים. אני חוזר, אני חושב שלתת את התמריצים הנכונים

בהחלט חשוב. אני רוצה לומר שדובק מוכנה לדעתי. ועם מעט הידע שיש לי על הנתונים, עם שינוי המערך כפי שדובק מציעה ברור לחלוטין שדובק תישא בהוצאות גדולות יותר. לדעתי ההוצאות תעלינה על השיפור בהתייעלות והיא מוכנה לזה בידעה שההוצאות שהולכים לשאת היצרנים הקטנים הן הרבה יותר גדולות מכך. חלק מהן ודאי לא יעמדו בכך. אני אומר שהערכתי היא ממה שקראתי שהם רוצים לדחוק מתחרים מהשוק..." (ישיבה מיום 19.3.94 עמ' 117-118).

בהקשר אחר אומר פרופ' פרי :

"ת. נראה לי סביר שיש ניגוד אינטרסים. קשה לי להעריך את הגודל שלהם. אני בהחלט חושב שבהבדלים האלה בין העמלות קיים עיוות בתמריצים. אני הייתי ממליץ לפתוח את השוק הזה והייתי ממליץ לדובק להגדיל את העמלה" (עמ' 128).

כשנשאל פרופ' פרי בעניין עמדתו של מר בר, לפיה המפיץ הוא סך הכל "משנע" השיב :

"קשה לי להסכים לכך שמישהו שנמצא במערכת אין לו ערך. לכל אחד במערכת יש לו ערך. בהחלט נראה לי שאם מערכת התמריצים פגומה יש לשנות זאת" (עמ' 131).

גישתו של פרופ' פרי היא, איפוא, גישה ביניים. יש לדעתו משקל לפעילותם של המפיצים ולמה שמתמרץ אותם לפעול ואין הוא רואה בהם מערך שינוע בלבד. פרופ' פרי עצמו אינו יכול להעריך בכמה תגדלנה מכירותיה של דובק אם יאופשר לה להקים מערך הפצה עצמאי - פרופ' פרי אינו רואה, עם זאת, את שאלת תמרוצו של מערך ההפצה כחזות הכל.

טענתו המרכזית היא, שהקמת מערך הפצה עצמאי תביא לעלויות גבוהות לדובק עצמה ולמשק באופן שהרווח המופק מהגדלה כלשהי של השיווק, שנבע מהקמת מערך הפצה עצמאי, אינו שווה בצער של הגדלת פלח השוק של דובק על ידי שימוש במערך הפצה בלעדי. לטענה אחרונה זו עוד נחזור, אך כרגע ענייננו בבחינת הסוגיה של ניגודי אינטרסים.

כאן המקום להזכיר את הערכותיו של פרג'י, המצהיר מטעם דובק.

פרג'י לא הניח שהקמת מערך הפצה עצמאי יחזיר את דובק למעמדה עובר לשנת '88. בתשובה לשאלה הוא הבהיר כי השינוי המתוכנן על ידי דובק במערך ההפצה יגרום לעצירה בנפילה בחלקה של דובק ובצורה נכונה אולי תגיע דובק ל- 3%-4% גידול על חשבון המתחרים.

לעניין יחסי אמון בין ספק למשווקים למיניהם, המקדמים את מכירותיו השווה: ע"א 442/85(7), בעמ' 671 מול ו-ז ו- 679-680.

מבין הגישות השונות שלפנינו אנו מעדיפים את הגישה שהתבטאה בחקירתו הנגדית של פרופ' פרי: אנו סבורים, שמערך הפצה בלעדי, שבו אין המפיץ מעדיף מטעמיו שלו לספק דווקא תוצרת יקרה יותר, עשוי להביא במידה מסוימת לגידול בחלקה של דובק בשוק. אין לומר שהמפיץ הוא משנע בלבד. מן הראיות שלפנינו עולה כי המפיצים קיבלו תמריצים שונים מעבר לעמלות הגבוהות יותר לסיטונאי, כגון טיולים לחו"ל, מציתים ועוד. התופעה הקיימת של תמריצים ופיתויים שונים מלמדת כמאה עדים כי להשקפתם של הפועלים בענף יש טעם לתגמל מפיץ טוב ולרכוש לויאליות. קשה להניח שהיו נעשות השקעות בעניין זה אלמלא ההכרה של הפועלים בענף שהשקעות כאלה דרכן להניב פרי.

אף שאין אנו רואים את המפיץ כמשנע בלבד ואנו מסכימים עם הגישה הרואה בתפקידו גם תפקיד של מקדם מכירות, אנו סבורים שלקידום המכירות אין יכולה להיות השפעה דראסטית של שיפור חלקה של דובק בשוק, בעשרות אחוזים. עמדנו על כך שבחקירתו הנגדית של פרג'י עצמו דובר על עצירת הסחף המתבטא בהקטנת חלקה של דובק ובגידול של כ- 3%-4%. בשל גורמים עליהם עמד אריה בר, בעניין ביקוש קשיח יחסית וכל כיוצא באלה, נראה לנו שאכן אין לצפות משינוי מערך ההפצה לשינויים דראסטיים, אך עצירת הסחף ושינויים באחוזים ספורים, נראים סבירים.

זה המקום להזכיר כי דובק פועלת במישורים שונים להגדלת חלקה בשוק, והחשוב בהם הוא פעולת "הלובי" שהיא עושה לשם שינוי המיסוי. הממונה הזכיר עוד פעולות אחרות, כגון, עתירה שהוגשה על ידי דובק בנושא חבקים (ראה נספח יא' לעיקרי הטיעון מטעם הממונה - בג"צ 3745/90(8) (דובק נ' שר התעשייה ואח') ועוד. על שלל פעולות משולבות אלה תוקף הממונה את דובק, בטענה שהיא פועלת בכל הכוונים האפשריים להגדלת כוחה המונופוליסטי. רצונה של דובק לגדול הוא בעינינו טבעי ומובן ומאפיין כל מי שעושה עסקים. השאלה שתישאל היא, אם להתיר לה לעשות כך בדרך של הקמת מערך הפצה עצמאי.

11. מערכי הפצה נפרדים - אובדן היתרון של גודל ושאלת מחסומי הכניסה:

השאלות שלפנינו אינן שאלות של שחור ולבן. עמדנו לעיל על כך שיש ממש בטענת ניגוד האינטרסים, אך יש לראות אותה בפרופורציה הולמת ולא כשאלה שהיא חזות הכל. הטענה שכנגד (שבאה לידי ביטוי, בין השאר, בחוות דעתו ובעדותו של פרופ' פרי), היא כי מערך ההפצה המשותף הקיים מוזיל, יחסית, את עלויות ההפצה ליחידה ומהוזלה זו נהנים הספקים כולם, קטנים כגדולים.

לענין זה מסביר פרופ' פרי בחוות דעתו כך: מערך ההפצה של הסיגריות מגיע לכ- 16,000 נקודות מכירה. כמחציתן מוכרות מגוון של מותגים ומחציתן רק מותגים מובילים ביותר. הסיגריות נמכרות בכל אתר ופינה בארץ. בחנויות מכולת, בקיוסקים מסעדות בתי מלון, רשתות שיווק ואף באמצעות מכונות אוטומטיות. איפיון של הסיגריות הוא ערך כספי יחסית גבוה לרווח וחיי מדף ארוכים. מסיבות אלה בהרבה מנקודות המכירה הקמעונאיות מזמינים כמויות קטנות במרווחי זמן קצרים על מנת לחסוך בהוצאות מימון מלאי ולהפחית את הסיכון לגניבת המוצרים. קיים יתרון משמעותי לגודל - ככל שהכמות המשווקת גדולה יותר כך קטנות הוצאות ההפצה ליחידה.

לדברי פרופ' פרי, אם לרשות כל ספק יעמוד מערך הפצה בלעדי יגרום הדבר לעליה משמעותית מאוד בהוצאות ההפצה ליחידה, וכפועל יוצא מכך יוכלו לעמוד בגידול ההוצאות רק הספקים הגדולים ואילו הספקים הקטנים יאלצו לצאת מן השוק ויתהוו גם מחסומי כניסה לגבי ספקים חדשים. לדבריו, הקמת מערך הפצה בלעדי על ידי דובק או אלישר תביא לכך שההוצאות של כל אחד מהם יעלו וכן שהשוק ייסגר מיידית בפני כל יצרן שאינו עובר גודל קריטי מסוים. במצב דברים זה דוידס וסקאל ימצאו עצמם ללא צינורות הפצה זמינים, וייעלמו.

לדברי פרופ' פרי בחקירתו, אין ניתן לשווק סיגריות יחד עם מוצרים אחרים. פרופ' פרי מזכיר כי סקאל ניסה בעבר להפיץ את תוצרתו הן באופן עצמאי והן באמצעות קניית שירותים מחברת ההפצה "בר". שני נסיונות ההפצה לא עלו יפה. פרופ' פרי מסכם ואומר כי "תכונותיו של המוצר ואפיונו של הענף מצביעים על יתרונות כלכליים רבים למערך שיווק אחיד לכל היצרנים, אך יותר מכך ניתן לומר בוודאות כי אי קיומו של מערך שיווק פתוח לכל מהווה מחסום כניסה משמעותי מאד בפני מתחרים חדשים ומתחרים קטנים קיימים".

עוד מציין פרופ' פרי בחוות דעתו, כי על פניו נראה שאפשר לצפות כי תוספת ההוצאה של דובק בגין הקמת מערך ההפצה העצמאי עשויה לעלות על התועלת אשר לטענת דובק, תצמח מנאמנותם של מפיצים בלעדיים. מכאן מסיק המומחה כי האינטרס העיקרי של דובק בהקמת מערך הפצה עצמאי הוא הקמת מחסומי כניסה בפני מתחרים חדשים בכוח וסילוק מתחרים קיימים, וכך יגדל חלקה של דובק בשוק.

מקובלת עלינו הטענה, שהעלו מומחי הממונה ואחרים, לפיה ליבואנים הקטנים אין יכולת כלכלית להקים מערך הפצה עצמאי משלהם, כשכוונתנו בהקשר זה למערך העוסק אך ורק בהפצת סיגריות. גם מחקירתנו הנגדית של ד"ר עובדיה, המומחה מטעם דובק עלתה אותה המסקנה.

נצטט כאן חילופי דברים עם ד"ר עובדיה בעמ' 79 לפרוטוקול:

י"ש. מדברך בחקירה לד"ר טורבוביץ אני מבין שעד כמה שנוגע לדוידס המהלך יפגע בו.
ת. הוא יצטרך למצוא מפיץ אחר. זה תלוי ביעילות ואיך הוא יתארגן. זה בעיה שדובק לא צריכה לתת עליה את הדעת.

ש. אתה מסכים איתי שמעשני סיגריות רוטמנס יפגעו לפחות בשלב הראשון.
ת. אינני יודע מה יעשה דוידס ומה האסטרטגיה שלו.
ש. הסכמת עם ד"ר טורבוביץ שהקמת מערך עצמאי על ידי דוידס ובהתחשב בנתח השוק שלו זה בלתי אפשרי מעשית - כלכלית?
ת. אם כך הוא, אז מעשית כלכלית הוא לא צריך ליבא"

ובמקום אחר אמר ד"ר עובדיה כי במערך המתוכנן סקאל:

"יצטרך ללכת ולחפש מפיצים שיפיצו אותו, דבר שהיום הוא לא היה צריך לעשות, סביר להניח שיעלה לו יותר כסף לפעול באופן כזה....לא עשיתי חישוב כמה יעלה לו. אין זה תפקידי שתהיה לו מערכת זולה להפצה" (עמ' 75 לפרוטוקול).

וכשנשאל בהקשר זה, אם עמדתו היא שסקאל או דוידס יצטרכו לשקול ואולי להפסיק את פעילותם, השיב:
"יכול להיות. זה בדיוק כמו שאני עושה עכשיו שיקול לקנות קונטיינר של ממתקים ולשווק אותו בארץ" (שם, שם).

ובתשובה לשאלה, אם מקובל עליו שאם יפעל מערך הפצה כפי שדובק מציעה התוצאה יכולה להיות דחיקת סקאל ודוידס מהשוק, השיב: "עלולה להיות, אבל יש להם אלטרנטיבה" (שם, שם).

האלטרנטיבה בה מדובר היא הפצת הסיגריות באמצעות מפיצים שאינם מפיצי סיגריות בלבד.

לעניין זה עוד נשוב, אך תשובותיו של ד"ר עובדיה בהצטברותן מצביעות על כך שעלולה להיות דחיקה של סקאל ודוידס מהשוק. אנו קובעים כי אכן ישנה אפשרות סבירה כזו. תשובותיו של ד"ר עובדיה מדברות בעד עצמן ולא נשמעה מפיו, בלשון ברורה, שלילה של הטענה שאין סקאל ודוידס מסוגלים להקים מערך הפצה עצמאי לסיגריות משל עצמם.

בשים לב לחלקם הקטן בשוק של יבואנים אלה, המסקנה שאכן אין הם מסוגלים להקים מערך כזה, מתחוורת כמעט מאליה ואין אנו רואים צורך להאריך.

בהנחה - אליה נשוב - שהאלטרנטיבה האחת והיחידה האפשרית כדי להבטיח שיבואנים קטנים לא ייפלטו מן השוק ושגורמים אחרים יוכלו לחדור לענף, היא, שהם יצטרכו להקים לעצמם מערך הפצה עצמאי לסיגירות - אכן קיימת אפשרות סבירה לסכנה של פליטת מתחרים קיימים והקמת מחסומי כניסה אם תקים דובק מערך נפרד. בלשון אחרת: סכנה שדובק תסלק כל אפשרות לקיומם של מתחרים קטנים.

השתלטות כזו ודחיקת רגלי מתחרים קיימים ופוטנציאליים מן השוק היא בגדר פגיעה בתחרות בין דובק לבין מתחרותיה הקטנות. או - בלשון סעיף 30(4) לחוק ההגבלים העסקיים - הציבור עתיד להיפגע בקשר עם "קיום תחרות בלתי הוגנת בעסקים בין בעל המונופולין לבין אחרים": תישלל ממנו כתוצאה מכך האפשרות לבחור בסיגירות מסוגים נוספים - לעתים בעלות נמוכה יותר - ותישלל ממנו האפשרות לאלטרנטיבה סבירה אם - כפי שאירע בעבר, ותהא הסיבה לכך אשר תהיה, לא תהיה אספקה שוטפת של מוצריה של דובק.

לא התעלמנו מכך שהפגיעה בתחרות צריכה להיות "בלתי הוגנת" כדי שתהיה הצדקה להתערבותו של בית הדין להגבלים עסקיים לפי סעיף 30(4) הנזכר. למשמעות הביטוי "בלתי הוגנת" עוד נשוב, כשנחזור אל הסוגיות המשפטיות.

כנגד פגיעה זו בתחרות עם היבואנים הקטנים מסכימה דובק כאמור לתרופה: דובק מסכימה כזכור "לשאת על גבה" את המתחרים הקטנים (הקיימים והפוטנציאליים), ולא לשנות זאת אלא על פי החלטה של בית הדין. הועלו בדיון ספיקות, אם ביצוע התחייבות זה ייעשה בכנות ובלי לדחוק את רגליהם של המתחרים הקטנים הללו באמצעות מערך הפצה "לויאלי" לדובק. הזכרנו כבר בהקשר זה כי סקאל רואה הצטרפות לדובק כ"התאבדות". בה במידה ניתן לטעון, ועל כך כבר רמזנו, כי הצווים שביקש הממונה כנגד דובק (בהנחה שמערך הפצה הקיים עומד בעינו) יצריכו פיקוח בלתי סביר על הנעשה בשטח.

ניתן ליתן צווים לדובק בין במסגרת המערך הקיים, ובין במסגרת מערך משלה. בשני המקרים עשויות להתעורר בעיות של אכיפה בשטח. בעיות אלו הן בלתי נמנעות בכל דרך בה נלך. הזכרנו לעיל את דברי סקאל כי במערך ההפצה הקיים רק כמחצית מהמפיצים מוכנים לעבוד איתו. ההסכמות שהסכימה דובק, שבכוונתנו לתת להן תוקף של פסק דין, מחייבות אותה. כאמור, אין אנו תופסים את סקאל על אימרתו שאין הוא רוצה ללכת עם דובק. אופציה זו - קיימת גם לגביו.

הבחירה שיבחרו סקאל ודוידס "ללכת עם דובק" או לבחור באלטרנטיבה אחרת תהא מבחן אמת לשאלה נוספת: הממונה, סקאל, ומצטרפים שונים טענו כזכור כי הדרך האחת והיחידה לשווק סיגירות בארץ היא באמצעות מפיצים המפיצים סיגירות בלבד. הם שללו כל אפשרות אחת כגון הפצה באמצעות מפיצי ממתקים לקיוסקים, באמצעות מובילי סחורה למרכולים, וכל כיוצא באלו. הוזכרו גם נסיונות מסוימים שכשלו ושנעשו בכיוון זה בעבר.

כשלעצמנו, אין אנו משוכנעים שאין בנמצא דרכים אלטרנטיביות של הספקת סיגירות באמצעות מפיצים של סחורות אחרות, תוך אפשרות של שילוב עם מערך הפצה עצמאי מצומצם באזורים

מרכזיים, שיוכל להשתמש בכלי רכב עם קיבולת קטנה. לעניין זה אין להתעלם מכך שבעבר היה ארגון המפיצים ארגון מפיצי הסיגריות בעל כוח רב. פרופ' פרי כינה כזכור את ארגון המפיצים "ארגון מונופוליסטי". מפיצי סחורות אחרות היו עשויים להירתע מחדירה ל"טריטוריה" ייחודית למפיצי הסיגריות. לא כך יהיו פני הדברים כאשר מערך ההפצה הקיים יפורק. יתרה מזו: דובק הדגישה חזר והדגש כי הסכמי הבלעדיות שלה עם הספקים הם באזורי ההפצה בלבד. אין לשלול את האפשרות של שילוב האפשרות של הספקה באמצעות מפיצים שאינם מפיצי סיגריות יחד עם "משמרת שניה" של המפיצים שיועסקו על ידי דובק מחוץ לתחום הבלעדיות.

ועוד: אין לשלול כי יהיה אינטרס משותף של כל הספקים להוביל סיגריות יחד לאזורים מרוחקים, על אף פירוק מערך ההפצה הקיים. אף שאין לנו כלים (השוואת עלויות מפורטת) המאפשרים לנו לקבוע בוודאות, או אפילו בדרגה של סבירות, שאכן ניתן, בעלויות סבירות, לפתח דרכי שיווק שאינן מבוססות על מפיצים המפיצים סיגריות בלבד - אנו רחוקים מלשלול אפשרות זו. אין אנו שותפים לנחרצות בה שללו הממונה וחלק מהמצטרפים אלטרנטיבה זו. בעבר לא היה צורך בפיתוח האלטרנטיבה, זאת בשל קיומו של מערך הפצה זמין. רק ימים יגידו כיצד יתפתחו באמת הדברים. המחשבה, שתבחן במבחן אמת, שאפשר (אף שאין בדבר ביטחון) ויש גם דרכים אחרות לשיווק סיגריות, אין בה כדי לשנות ממסקנתנו שלפי הנתונים שלפנינו יש אפשרות סבירה לפגיעה ממשית בתחרות כלפי המתחרים הקטנים, אם לא ימצא פתרון אחר מהמהלך המוצע על ידי דובק. פתרון אחר מצוי בהצהרתה של דובק בדבר הנכונות לשאלת על גבה את המתחרים הקטנים, כל עוד לא יוחלט אחרת על ידי בית הדין.

שאלת "היתרון לגודל" מעוררת שאלות נוספות, כטענה בעניין יקור עלויות. לטענה זו נתייחס בהמשך הדברים.

12. המתחרים הגדולים - אלישר וסוכניו:

צד נוסף שיש להביאו בחשבון הוא המתחרה "הגדול" - אלישר. אנו סבורים שלאלישר יש כיום מאסה קריטית מספקת המאפשרת מבחינה כלכלית הקמת מערך הפצה משל עצמו. אנו סבורים שלא ניתן להשתית החלטה על הספקולציה שהעלו שמיע וניקוטרו, לפיה בעתיד יקטן חלקה של אלישר בשוק עקב שינויים משמעותיים במיסוי בשל ה"לובי" שמפעילה דובק. את עניינו של אלישר ועניינם של הסוכנים מטעמו אנו שוקלים על פי מצב הדברים היום. אנו מצביעים על כך שכל החלטה של בית הדין עשויה להשתנות אם יהיה שינוי משמעותי בנסיבות.

ברור עם זאת - וגם עו"ד ויינרוט לא חלק על כך - שהקמת מערך אלטרנטיבי כזה מצריכה זמן מתאים להתארגנות. הזכרנו כבר שאלישר "ישב על גדר" ולא הביע עמדה. שמיע וניקוטרו הביעו עמדה בהליך, לפיה יש לשמר את מערך ההפצה הקיים. הם לא טענו, עם זאת, כי כיום אין אלישר וסוכניו מסוגלים (בהינתן ארכה מתאימה) להקים מערך הפצה עצמאי. חששותיהם היו מפני מצב בו יקטן בעתיד חלקו של אלישר בשל שינוי במדיניות המיסוי, כך שלא תהיה לו עוד "מאסה קריטית" המצדיקה כלכלית הקמת מערך הפצה עצמאי.

אנו סבורים כי הדרך אותה נקטה דובק מלכתחילה, בניסיון להקמת מערך הפצה, היתה דרך בלתי הוגנת כלפי כל מתחריה, גדולים וקטנים כאחד. אנו סבורים כי בצדק ביקש הממונה בזמנו להקפיד את המצב הקיים. כזכור - סעיף 30(4) לחוק ההגבלים העסקיים מסמך את בית הדין למנוע תחרות בלתי הוגנת. האופן בו פעלה דובק היה בגדר ניסיון לקבוע עובדות בשטח, תוך פירוק מיידי של מערך ההפצה הקיים, בלי מתן מידע הולם לגופים אחרים שהיו שותפים (לא במובן המשפטי) במערך הפצה זה בשאלה מי מהמפצים "הולך" עם דובק, ובלי מתן שהות סבירה להתארגנות. בקשתו של הממונה לעצור את המהלך היתה מוצדקת. צריך היה למנוע בעד דובק להעמיד את מתחריה בפני שוקת שבורה מהיום למחר. מהלך כזה - הנעשה בלא שיש למתחרים אפשרות סבירה להתארגנות אלטרנטיבית - עלול היה להביא לקשיים באספקת מוצרים אחרים (סיגריות שאינן של דובק) ראה סעיף 30(3) לחוק, ובינתיים היה הציבור המעשן סיגריות שאינן של דובק עשוי להתרגל, בלית ברירה, למוצריה של דובק דווקא.

די לקבוע שהמהלך המפתיע שדובק ביקשה לעשות אינו הוגן בדרך שבה ביקשה לעשותו, ניתן להסתמך הן על הוראות סעיף 30(4) לחוק ההגבלים העסקיים, שעל פרשנותו עוד נעמוד, והן על הדין הכללי בעניין דרישות ההגינות כפי שפותחו במשפט הישראלי. לעניין זה נוכל להיעזר גם בפסיקה הישראלית בעניין חובת תום הלב בקיום של חיוב הנובע מחוזה, תוך יישום מתאים לענייננו. כך, למשל, הובהר בבג"צ 59/80(9), בעמ' 834:

"משמעותה של החובה לקיים חוזה בתום לב ובדרך מקובלת היא כי הצדדים ליחס החוזי חייבים לנהוג זה כלפי זה ביושר, בהגינות ועל פי המקובל על בעלי חוזה הוגנים. אמת הדבר, אין הצדדים מלאכים זה לזה, אך שוב אל להם להיות זאבים זה לזה".

פירוק מערך ההפצה המשותף שפעל שנים רבות חייב להיעשות בדרך הוגנת, ודובק ביקשה לפרוק כ"זאב" למתחריה, בלא אפשרות סבירה להתארגנות, לתוצאה זו ניתן, כאמור, להגיע הן מכוח הדין הכללי, והן מכוח סעיף 30(4) לחוק ההגבלים העסקיים. ההתארגנות האלטרנטיבית אינה חייבת בהכרח להיות באמצעות אותם מפצים, שדובק לא תחתום עימם על חוזה. מערך הפצה מצריך כלי רכב, נהגים והכשרה מסוימת. אין המדובר במערכת מורכבת המצריכה מידע טכנולוגי מורכב או אנשים שאין תחליף לכשירותיהם. אף אם תאמר כי דובק נוטלת את הטובים במפצים, אין אלה אנשים שאין להם תחליף.

אין אנו שוללים, אגב, את האפשרות שניתן היה להשיג תוצאה דומה של מתן פסק זמן להתארגנות גם באמצעות הליכים אזרחיים נגד המפצים המצטרפים לדובק, הליכים שהיו מונעים מהם לנטוש בבהילות את שאר הספקים (השווה: ע"א 4956/90(10), פז גז חברה לשיווק בע"מ נ' גזית הדרום בע"מ, תקדין כרך 92(2), 2410).

ייתכן שגם בהליך אזרחי רגיל ניתן היה לקבל צו מניעה כנגד דובק בעילה של גרם הפרת חוזה, משום שגם המפיץ אינו יכול לנתק קשר מהיום למחר. אין לנו צורך להכריע, עם זאת, בעניין הליכים אפשריים אחרים. את המהלך המפתיע והבלתי הוגן בדרך ביצועו שביקשה דובק לעשות, יש למנוע. אנו מורים שדובק תאפשר לכל המעוניין לעיין ברשימת המפצים עימם היא חותמת על

חוזה. מיום שתותר הרשימה לעיון ועד לתחילת ההפצה באמצעות מערך ההפצה של דובק יעברו עוד ארבעה חודשים. אנו מביאים בחשבון שפרק הזמן שחלף מאז תחילת ההליך היה בו די זמן לשקול אלטרנטיבות למקרה של פירוק מערך ההפצה, אך לא ניתן היה לחתום חוזים עם מפיצים במצב של אי ודאות לגבי תוצאות ההליך.

שוב נזכיר שבניגוד למהלך המפתיע שעשתה דובק הסכים בא כוחה בשמה, במהלך הדיון, שיש לאפשר למתחרים זמן סביר להתארגנות, המחלוקת היתה בעניין משך הזמן הסביר (ראה עמ' 2 לפרוטוקול, מיום 18.4.94).

לסיכום נקודה זו: ככל שהדבר נוגע למתחרה הגדול - לאלישר - אין אנו סבורים שיש הצדקה למנוע בעד דובק "להיפרד" ממנו ולהקים מערך הפצה עצמאי. יש לדרוש ממנה, עם זאת, מתן שהות מספקת להתארגנות.

13. התנהגותה של דובק:

בהקשרים לא מעטים שעלו מזויות שונות של תיק זה עלה שדובק התנהגה בעבר, וכן במהלך ההליך, בצורה מקוממת ובלתי הוגנת. כדוגמא נזכיר שהיה ניסיון בעבר, שאינו בא לידי ביטוי בחוזה ההפצה הנוכחי, להחתים את המפיצים על חוזה שאחד מתנאיו הוא גידול במכירות של 4% מידי שנה. אין חולק על כך שזהו תנאי בלתי סביר שאינו ניתן לביצוע.

אך יש בהצבת התנאי בשלבים מסוימים כדי להצביע על ניסיון להתנהגות דורסנית של דובק כלפי המפיצים. גם האופן בו נעשה ניסיון לקבוע עובדות בשטח בעוד בקשתו המקורית של הממונה תלויה ועומדת ובלי מתן מידע הולם לגופים שהיו שותפים במערך ההפצה, הוא ביטוי לחוסר הגינות, ועל כך כבר עמדנו. נזכיר עוד שהיו תלונות שונות, שלא זכו לליבון בהליך זה, בדבר ניסיונות להטלת מורא על ספקים. כל העניינים הללו ואחרים הצדיקו, מלכתחילה, מהלך של הממונה אשר ביקש לעצור את המהלכים החד - צדדיים בעניין מערך ההפצה עד לליבון הנושא לפני בית הדין. אך כשבית הדין שוקל מהן ההוראות שעליו ליתן, אין הוא עוסק "בהענשתה" של דובק אלא באיזון בין השיקולים השונים העומדים על הפרק, על שאלת האיזון נרחיב את הדיבור להלן, בהמשך הדיון המשפטי.

14. טענת הממונה והמומחים מטעמו בעניין עלות מוגברת של מערכי הפצה נפרדים ו"גילגולה"

על הצרכן:

בניתוח עד כה לא התעלמנו מטענה שהעלו הממונה והמומחים מטעמו בעניין "היתרון לגודל" הנובע ממערך ההפצה המשותף, ואם הסתפקנו עד כה בכך שרמזנו על נושא זה בלא לדון בו בפני עצמו, הסיבה לכך היא אחת: שלא ניתן לדון בעת ובעונה אחת בכל הסוגיות העומדות על הפרק.

פרופ' פרי אמר, והדברים כבר צוטטו לעיל, שמה שחסר בטענה של דובק הוא ששינוי במערך ההפצה ייקר מאוד את ההוצאות. טענתו המרכזית של פרופ' פרי היא שהקמת מערך הפצה עצמאי

תביא לעלויות גבוהות לדובק עצמה ולמשק, באופן שהרווח המופק מהגדלה כלשהי של השיווק כתוצאה מהקמת מערך הפצה עצמאי אינו שקול כנגד העלות הגבוהה לדובק ולמשק כולו, שתיגרם בשל מהלך זה.

כאן תזכור גם עמדתו של מר אריה בר, בתצהירו מסביר מר בר כי הפיקוח על מחירי הסיגריות של דובק מתקיים שנים רבות וכי בשנים 1983-1985 הוחל גם בפיקוח על מחיר הסיגריות המשווקות על ידי אלישר, כחלק מהפיקוח הכללי על המחירים שהוטל בישראל בעת הפעלת התכנית לבלימת האינפלציה הגבוהה ששררה באותה עת. מטרת הפיקוח כיום, בניגוד לימי תכנית ייצוב המחירים, היא למנוע מספקים שולטים, בעלי עוצמה מונופוליסטית, לנצל עוצמה זו לפגיעה ברווחת הצרכן על ידי קביעת מחירים גבוהים ממחירי שוק תחרותי. התוצאות האפשריות מניצול שליטה בשוק עלולות להיות אי ריסון עלויות שכר ועלויות אחרות או השקעת מאמץ קטן מדי בהתייעלות באופן כללי. כחלק מההתהליך בודק הפיקוח על המחירים, אחת לשנה, את רווחיות היצרן על פי כללים שנקבעו לצורך בדיקת רווחיות מונופולים (דו"ח סוארי) ונערכת השוואת הרווח השנתי לרווחיות נורמטיבית מינימלית ומקסימלית.

מר בר, בדומה לפרופ' פרי, מסביר כי אם תותר הקמת מערך ההפצה החדש יאלצו הספקים הנותרים להוביל כמויות קטנות של מטען לנקודות מכירה בודדת, בפיזור גיאוגרפי רב ולמספר גדול של נקודות מכירה ובכך יאבד יתרון חשוב לגודל שיש במערך הפצה משותף. היתרון לגודל נובע, כך מסביר מר בר, מן העובדה שנסיעה ממחסן הסיטונאי אל נקודת המכירה הקמעונאית היא הוצאה קבועה. ככל שמעמיסים עליה מותגים רבים כך מתחלקת ההוצאה ליחידות רבות יותר מכפי התקיים ברשת הפצה משותפת. מר בר צופה גידול ניכר בהוצאות ההפצה לענף ולמשק, המתבטא בעיקר בדלק, בהשקעות, ברכב ובשעות עבודה. חלק מהעלות הנוספת תגולגל, לדבריו, על דרגי התיווך, אך במוקדם או במאוחר תגיע תביעה אל שולחנו של המפקח על המחירים לחץ את המפצים מהפסדים וממצב של שיתוק המערכת, ועלייה במחיר לצרכן היא שתחלץ את ענף הסיגריות ממצוקתו.

בלשון פשוטה ניתן לומר, כי הטענה היא שזול יותר ויעיל יותר להפיץ סיגריות במשותף ולא בנפרד. הטענה בעניין זה נסמכת על הוראת סעיף 30(1) לחוק ההגבלים.

תשובה חלקית לטענה זו מצויה בהוראות שניתנו לעיל, הוראות שימנעו את הצורך בהקמת מערך הפצה נפרד למתחרים קטנים. הסברנו לעיל שמקובלת עלינו הטענה, המתחווה כמעט מאליה, שהמתחרים הקטנים אכן לא יוכלו לעמוד בהוצאה של הקמת מערך הפצה נפרד לסיגריות בלבד.

המומחים מטעם הממונה שמו את הדגש על יתרונות לגודל, אך לעתים לגודל יש גם חסרונות ולא רק יתרונות. מן הנתונים שלפנינו עולה שקיימים היום כ- 80 מותגים שונים בתחום הסיגריות. הובלתם היעילה של 80 מותגים באופן סימולטני היא קשה, בלתי יעילה ומביאה בדרגה גבוהה של הסתברות לשימת דגש אך ורק על מוצרים מבוקשים יחסית כמו סיגריות TIME של דובק. דובק הגישה, בין השאר, תצהיר של מר משה מזון המציין כי כתוצאה מכך שרכב היוצא למכירת

סיגריות נושא כ- 80 מותגים נוצר מצב בו מותגים רבים אינם נמצאים בנקודות המכירה וכי הן דובק והן היבואנים אינם משלימים עם מצב כזה ודורשים שכל התוצרת תהא על המדפים.

גם בתצהירו של משה וליק שהוגש מטעם הממונה נזכר כי קיימים בשוק היום כ- 75 מותגים, מתוכם כ- 15 מתוצרת מקומית של דובק וכ- 60 מותגים תוצרת חוץ (הכוללים כ- 15 מותגים שדובק משווקת). מערך הפצה, הנועד למספר כה רב של מותגים, עשוי בהחלט ללקות בחוסר יעילות. תכניתה של דובק להקמת מערך הפצה משלה כרוכה בצעדי התייעלות מסויימים, חלוקה מחודשת של אזורים (בניגוד למצב הקיים היום בו נכנס מפיץ אחר לתוך אזור גיאוגרפי של חברו), הזמנות באמצעות מחשב מרכזי וכל כיוצא באלה.

אנו רחוקים מלהיות משוכנעים שהקמת שני מערכי הפצה (על ידי דובק ועל ידי אלישר) אכן תביא להגדלה דראסטית של עלויות. כאן המקום גם לחזור ולהדגיש, כי ההפצה המשותפת הקיימת בתחום הסיגריות הינה בגדר אנומליה במשק הישראלי, לא שמענו מפי הממונה שום דרישה המכוונת למונופול אחר להפיץ את מכלול המוצרים המצויים בשוק בתחום עיסוקו שאינם מתוצרתו שלו כדי להוזיל עלויות ולהתייעל. נוכח אנומליה זו הדרישה המופנית לדובק לנקוט אותה דרך, שלדעת הממונה ומומחיו הינה הזולה ביותר למשק הישראלי, נראית דרישה חריגה. אין הכרח שמה שהיה הוא שיהיה, וככלל אין לצפות ממתחרים, בכפוף למה שנאמר לעיל לעניין המתחרים הקטנים, שישווקו את תוצרתם יחד דווקא. נראה לנו גם שאם אכן הפתרון של מערך הפצה משותף הוא בהכרח הזול ביותר - היינו מוצאים במשק הישראלי תופעות רבות כמו התופעה הקיימת עד היום בתחום הפצת הסיגריות, ולפחות במוצרים בעלי נפח קטן וחיי מדף ארוכים.

זאת ועוד, עו"ד ויינרוט הצהיר, וחזר והצהיר, בשם דובק כי אם יתברר (בניגוד לטענתה של דובק) שעלות ההפצה תהיה יקרה יותר לא תתבקש, העלאת מחיר בגין רכיב זה מעבר להצמדה (ראה עמ' 86 לפרוטוקול, מיום 18.4.94 ועמ' 90 לפרוטוקול, מיום 23.2.94). הצהרה זו נתקפת על ידי הממונה, המזכיר שעמלת המפיצים (הכלולה במחיר המפוקח לצרכן) מתבטאת באחוזים מהמחיר בשער המפעל. לטענת הממונה המשמעות הממשית של ההצהרה היא שהמפיצים שיעבדו עם דובק הם שישאו בהוצאה של גידול הכרחי בעלויות. לדבריו, דובק לא טרחה לבדוק אם הכנסות המפיצים יוכלו לכסות את הוצאותיהם בתוספת רווח סביר, אך מה לה כי תבדוק זאת בהיות הבעיה בעיה של המפיצים? המפיצים אשר הכנסותיהם לא יכסו, לדברי הממונה, את הוצאותיהם יוכלו לדרוש את הגדלת שיעור העמלה ומערך הפיקוח לא יוכל לסרב לדרישות המפיצים שיוכיחו הפסדים מתמשכים. ועוד: מפיץ שלא יכסה את עלויותיו ייפלט מעבודתו וכאשר יבוא למכור את זכויותיו באזור הפצה אזור הפצתו תרכוש אותו דובק חזרה במחיר זול, ותמצא חלופות הפצה נוספות. לדבריו, אין דובק יכולה להתחייב בשם מפיציה בכוח.

אנו סבורים שלהצהרתה הנזכרת של דובק משמעות משפטית מחייבת. אותם מפיצים המבקשים להיכנס עם דובק להסכמי הפצה עושים כן בעיניים פקוחות לאחר ליבון של הנושא בפני בית הדין, וחלקם לאחר קבלת ייעוץ משפטי. איש אינו מחייב את המפיצים להיכנס להסכמי הפצה, וחזקה על מי שבחר בדרך זו שעשה לעצמו את חשבון הרווח וההפסד.

מעבר לכך, אם בניגוד לתחזיותיה של דובק יסתבר שעלויות ההפצה הן גבוהות יותר, תהיה דובק חייבת, מכוח הצהרתה הנזכרת בבית הדין, למצוא את הפתרון הכלכלי בינה לבין מפיצה. אין להעלות על הדעת מצב בו תיוותר דובק, בסופו של דבר, בלא מפיצים. אם תיאלץ - כדי להבטיח לעצמה מערך הפצה - למצוא פתרון אחר במסגרת העלות הכוללת של המוצר לצרכן, חזקה עליה שתנקוט צעדי התייעלות כדי לאפשר את הפעילות.

אין אנו מוכנים לאמץ גישה האומרת שלמרות הצהרה משפטית חייבת הניתנת על ידי דובק, סופו של מערך הפיקוח על המחירים להיכנע לדרישותיה. אם תועלה דרישה - שאינה עולה בקנה אחד עם הצהרתה של דובק - יש לדחותה ולא לגלגלה על הצרכן. מעבר לכל אלה גם הנחת הממונה היתה שלאלישר ישנה "מאסה קריטית" מספקת לקיום מערך הפצה משלו ואנו מצידנו אין אנו רואים כאמור מקום למתן הוראות המנציחות אנומליה במשק הישראלי מתוך אותו חשש שתהיה עליית מחירים.

בעניין אחד הנובע מן האמור לעיל מתחייבת, עם זאת, הוראה נוספת: שאלות שונות הנוגעות לכדאיות הכלכלית להצטרף למערך ההפצה של דובק הועלו בהליך: השאלה אם ליטול פיצוי מדובק ולהיפרד ממנה מול השאלה של רכישת זכויות הפצה חדשות או השאלה אם כדאי להצטרף למערך ההפצה נוכח הצהרתה של דובק במהלך הדיון כי לא תבקש תוספת בגין יקור עלויות ההפצה (אם יהיו). המפיצים הוחתמו על חוזה בחפזון. אפשר שלא היה סיפק בידיהם או שלא היו בידיהם נתונים מספיקים כדי להחליט אם אכן כדאי להם להצטרף למערך ההפצה. ההצהרה בעניין אי לגול עלות נוספת על הצרכן, היא עובדה שאירעה לאחר חתימת החוזה.

בשאלת הכדאיות נחלקו עמדות המפיצים השונים שהצטרפו להליך. ההוראה שיש מקום ליתן, נוכח המלך החפוז שעתה דובק היא כי עליה להחתים מחדש את המפיצים המצטרפים אליה, וזאת כדי שהמפיצים המצטרפים יוכלו לשקול מחדש את כל שהתברר בהליך, לרבות הצהרתה הנזכרת של דובק. בית הדין לא יתן לאנשים בוגרים עצות בשאלה אם כדאי להם או לא כדאי להם להצטרף למערך המוקם על ידי דובק. יעשה כל איש את שיקוליו שלו, וכאמור מי שלא ירצה לחתום מחדש, - זכאי לעשות זאת.

15. מתן הוראות לפי סעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים - ניתוח משפטי:

מניתוח העובדות נוכל לחזור וללבן כמה שאלות משפטיות הצריכות לפנינו. כבר הבהרנו לפני לביון העובדות ומשמעותן, כי התערבות בית הדין עשויה להיות מוצדקת במקום שישנה סבירות לפגיעה של ממש בערכים המוגנים על ידי סעיף 30 לחוק ההגבלים. נפנה עתה לכמה סוגיות משפטיות נוספות.

א. סעיף 30 מקנה לבית הדין סמכויות רחבות יותר מסמכויות בית משפט במשפט האזרחי:
כפי שצויין בתחילת הדברים השאלה של מתן הוראות למונופולין, בגדרי סעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים, טרם זכתה לליבון. אנו סבורים כי ההוראות שניתן לתת בגדרי סעיף 30 הינן רחבות

יותר מצווים שניתן לתת כנגד החברה המונופוליסטית או כל חברה אחרת במסגרת המשפט האזרחי הרגיל. על החברה המונופוליסטית מוטלים, כמובן, החיובים הרגילים שמטיל עליה המשפט הפרטי, לרבות החובה עליה עמדנו כבר, לפעול בתום לב כאמור בסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג - 1973, ובכלל זה הרחבת חובה זו במסגרת סעיף 61(ב) לחוק הנזכר על חיובים שאינם נובעים מחוזה.

חובות אלה אינן ממצות את החיובים המוטלים על המונופולין. אילו ניתן היה להסדיר את כל הכרוך במונופולין במסגרת סעדים אזרחיים שניתן לקבלם במסגרת המשפט הפרטי - לא היה צורך לקבוע את ההוראות בעניין מונופולין שבחוק ההגבלים העסקיים משנת 1988. כשחוקק חוק זה כבר היתה החובה לפעול בתום לב, במסגרת חוזים וחיובים שאינם נובעים מחוזה, חלק משיטת המשפט. סעיף 30 לחוק ההגבלים וסעיף 30(4) בפרט, בא להוסיף על חובה זו.

לעניין זה אנו רואים קו של דמיון, אף שהאנלוגיה אינה מלאה ושלמה, לחיובים המוטלים על גופים כמו המדינה בתחום המשפט הפרטי. לגבי המדינה נפסק (למשל) בבג"צ 840/79 (11) בעמ' 748 כי :

"מקום שהמדינה פועלת בתחומי המשפט הפרטי חייבת היא לקיים, בנוסף לנורמות הרגילות של המשפט הפרטי, החלות על כל אדם, אף את הנורמות המיוחדות של המשפט הציבורי החלות עליה כנאמן הציבור תוך התאמתן של נורמות אלה למערכת היחסים עליהן היא מוחלת, הם היחסים של המשפט הפרטי המבוססים על יחס וולונטרי".

עוד נאמר שם כי :

"המדינה חייבת לפעול בהגינות וביושר במקום שעל פי הדין הקיים חובה דומה אינה מוטלת על הפרט".

בהמשך הדברים :

"אף שלדעתנו מוטלת על המדינה החובה לנהוג ביושר ובהגינות בניהול ענייניה בתחום המשפט הפרטי, מן הראוי הוא כי תוכנה של חובה זו - להבדיל מעצם קיומה - יקח בחשבון את העובדה כי המדינה פועלת במשפט הפרטי, ואלה הבאים עימה במגע פועלים על שיקוליהם הם, על כן אין לכבול את ידיה של המדינה יתר על המידה..."

וכפי שציין המשנה לנשיא אלון בד"נ 22/82 (12), בעמ' 465, לענין דיני מכרזים וחובות הרשות הציבורית :

"הלכה מקובלת בידינו, כי רשות ציבורית, אף כאשר היא פועלת בתחום המשפט הפרטי, מצווה, בנוסף לקיומם של דיני המשפט הפרטי, גם על שמירתם של כללי יסוד שבתורת המשפט הציבורי, הלוא המה - בענייני מכרזים -

כללי המשפט הציבורי המיישמים את עקרונות היסוד החלים על פעילות המינהל לגבי מכרזים, ומתמצים בכותרת 'התחרות שווה בתנאים של שוויון'. בתשתיתם הרעיונית של דיני המכרז מצויים לפיכך כללי המשפט הציבורי החלים על כל פעילות מינהלית, ולפיהם צריכה הרשות לפעול 'בהגינות (מהותית ודיונית), ביושר, בסבירות, תוך שיוויון, בתום לב, ללא שרירות, שלא בדרך של ניגוד עניינים ושלא בדרך מפלה'.

תחילתם של דיני המשפט הציבורי על מכרזים נובעת מן העובדה כי בעל המכרז הוא רשות ציבורית. בפנינו דוגמא מובהקת לכך שהרשות נושאת עמה את משפטה 'האישית', הוא המשפט הציבורי, בכל סוגי פעילויותיה" (ג' שלו, חוזי רשות בישראל (אבישר תשמ"ה) 54).

פרופ' שלו מציינת בספרה, דינים חוזים (תש"ן) בעמ' 662, כי:

"מידת תום הלב הנדרשת במשפט הציבורי היא מחמירה ותובענית יותר מזו הנדרשת במשפט הפרטי. מן הרשות נדרשת מידה של יושר והגינות העולה על זו הנדרשת מן היחיד".

חובה מוגברת של תום-לב מעבר לזו הנדרשת במשפט הפרטי קיימת, למשל, גם במסגרת יחסי עבודה, כפי שפסקה השופטת ברק ב"תב"ע (י-ם) מז' 3-603 (16) (אוסרן נ' מועצה אזורית מטה יהודה; תקדין עבודה כרך 91(ב) תשנ"א/ב - 199 עמ' 277):

"סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי) התשל"ג - 1973 המטיל חובה לנהוג בתום לב בעת המשא ומתן, מטיל חובה מוגברת כשמדובר ביחסי עבודה, זאת משום שיחסי עבודה הם יחסים הדורשים חובת אמון גדולה במיוחד. יחסי עבודה יוצרים למעשה חובת נאמנות מיוחדת. עמד על כך הנשיא גולדברג במאמרו 'תום לב במשפט העבודה' ספר בר ניב (הוצאת רמות ת"א התשמ"ז - 1987) עמ' 139, 143:

'חובת הנאמנות ביחסי עובד ומעביד שמצאה את ביטוייה בפסיקה ובהצעת חוק חוזה העבודה שונה מחובת תום הלב. קשה להצביע במדויק על השוני, אך ככל שנעמיק נמצא כי חובה זו היא מעבר לחובת הקיום בתום הלב".

ישנן איפוא סיטואציות שונות, ולא הבאנו אלא דוגמאות, בהן לחיוביו של אדם או גוף מתוספים חיובים נוספים הנובעים ממעמדו המיוחד. הוא הדין במונופולין הנושא עימו את "משפטו האישית" (כלשון ד"נ 22/82 (12) הני"ל) - משפט דיני המונופול. החיובים מתחום זה מתוספים על החיובים הרגילים שמטיל עליו המשפט הפרטי.

ובדומה למה שנאמר בבג"צ 840/79 (11) הני"ל, בעניין חובות המדינה, את תוכנה של החובה הנוספת המוטלת על המונופולין, להבדיל מעצם קיומה, על בית הדין לעצב, במסגרת סמכותו ליתן הוראות.

לא מן המותר להפנות בהקשר זה לכך שגם בתחום הפטנטים קיימות חובות עודפות לגבי מונופולין שיש בפטנט. סעיף 119 לחוק הפטנטים שכותרתו "ניצול מונופולין לרעה - מהו", קובע:

"רואים ניצול מונופולין שיש בפטנט כניצול לרעה אם נתקיימה לגבי האמצאה או המוצר או התהליך שהם נושאי הפטנט אחת הנסיבות שלהלן ובעל הפטנט לא הראה הצדק סביר לקיומן.

1. אין מספקים בתנאים סבירים בישראל את מלוא הביקוש למוצר ;
2. התנאים שהתנה בעל הפטנט להספקתו של המוצר או מתן רשיון ליצורו או לשימוש בו, אינם הוגנים בנסיבות העניין ואינם מתחשבים בטובת הכלל, והם נובעים בעיקר מעצם קיום הפטנט ;
3. ניצולה של האמצאה בדרך ייצור בישראל, אינו אפשרי או שהוא מוגבל בשל יבואו של המוצר ;
4. המוצר אינו מיוצר בישראל ובעל הפטנט מסרב ליתן ליצרן מקומי, בתנאים סבירים, רשיון ליצורו או לשימוש בו, אם לצרכי השוק המקומי ואם לצרכי יבוא ;
5. בעל הפטנט מסרב ליתן בתנאים סבירים רשיון לייצורו בישראל של המוצר או לניצולו בישראל של התהליך ומחמת סירוב זה -

א. נמנע או נפגע ייצואו של מוצר מישראל, או :

ב. נמנע יסודה ופיתוחה בישראל של פעילות מסחרית או תעשייתית".

לרשם הפטנטים קיימת סמכות דראסטית לבטל פטנט אם שוכנע כי לא היה במתן הרישיון כדי למנוע ניצול לרעה של המונופולין מצד בעל הפטנט שהיה העילה למתן הרישיון. סמכות זו מצויה בסעיף 129 לחוק הפטנטים, המצוי בסימן שכותרתו "ביטול פטנטים בשל טובת הציבור".

עיניו הרואות, כי בהקשרים שונים מטיל הדין חובות מוגברות וזאת מטעמים שונים ובהם טובת הציבור, יחסי אמון ועוד.

ב. אחריות מיוחדת של המונופול :

לגבי מונופולין קבע בין הדין של הקהילה האירופית כי אין הוא אסור כשלעצמו, אלא מוטלת עליו "אחריות מיוחדת" :

"A finding that an undertaking has a dominant position is not in itself a recrimination but simply means that, irrespective of the reasons for which it has such a dominant position, the undertaking concerned has a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market".

Case 322/81 Michelin v. Commission (1983) (19) at 3511.

ומוסיפים המחברים Bellarny & Child בעמ' 618 לספרם Commom Market Law Competition (London, 1993), בהתייחס לפסק הדין האמור, לגבי סעיף 86 לאמנת רומא :

“Article 86 prohibits practices which may be permissible in a normal competitive situation but are not permissible for dominant firms which have a “special responsibility” because of the prejudice their activities may cause to competition in general and to the interests of competitors, suppliers, customers and consumers in particular”.

צעד עסקי שמבצע מונופולין ייבחן ביתר חשדנות, בשל האיום שהוא עלול להוות לתחרות החופשית, הנובע ממעמדו כמונופולין.

“In general, the more market power a firm has, the damaging its exclusionary practices might be”.

H. Hovenkamp, Economics & Federal Antitrust Law (Minn., 1985) 139.

“The most obvious objection to a monopolist is that he is in a position to reduce output and thereby increase the price of his goods above the competitive level”.

R. Whish & B. Surfin, Competition law (3rd ed. London & Edinburgh, 1993) 270-271

על סכנת המונופול עומד E.W. Kintner בעמ' 29 לספרו Federal Law Antitrust (Vol. L, Cincinnati, 1980):

“Monopoly has certain effects detrimental to the public welfare which the antitrust laws are designed to ameliorate. As was noted above, the monopolistic firm is able to experiment with price as well as volume in its attempt to maximize profits. The final output will be lower and the price charged higher than would be the case in the absence of monopoly power. This power may be exercised in many ways, including first degree price discrimination, or by tying the sale of another product to one over which the producer exercises substantial market power. This latter practice is effectively used to secure monopoly profits even in the presence of a price ceiling on

the tying product. Furthermore, as Kaysen and Turner suggest, such an arrangement may also serve to create barriers to entry within a particular market.

Monopoly pricing thus affects not only the patterns of production and consumption and the distribution of income, but the general level of income within society as well”.

והשווה: פסק דינו של הנשיא שמגר בע"א 568/89 (1) הנ"ל, בעמ' 746.

נהוג לחלק את הסכנות העלולות לנבוע מהתנהגות המונופולין לשתי קטגוריות החופפות לעתים: ניצול (Exploitation) - שמוש לרעה במעמד הדומיננטי בשוק לעשיית רווחים על חשבון חוליות אחרות ב"שרשרת שחקנים" בשוק, ובעיקר על חשבון הצרכן והתנהגות בלתי תחרותית (anti-competitiveness) - עשיית פעולות הדוחקות רגלי מתחרים אחרים, קיימים או פוטנציאליים, מהשוק ראה: 271-273 Whisg & Surfin, supra, at p.

יש לזכור כי מעשים דומים הנעשים על ידי גורמים לא מונופוליסטים, שמעמדם בשוק אינו דומיננטי, עשויים שלא להיחשב בלתי לגיטימיים:

“....In a competitive market a refusal to deal, a sudden price reduction, a policy of leasing and not selling a product, or of keeping research secret are absolutely consistent with competition on the merits” Hovenkamp, supra, at P. 139.

הדין בישראל אינו אוסר על עצם השהייה במצב של מונופולין וזאת בניגוד להסדר כובל, האסור על פי דין מעצם מהותו, אלא אם הותר בהחלטה מפורשת של בית הדין. אכן, הדין מסכין עם תופעת המונופולין ככורח בל יגונה ולעתים אפילו כתופעה מבורכת. לעניין זה נזכיר, בנושא הסיגריות בפרט, את ההתפתחות בענף הסיגריות בישראל, שהביאה לכך שדובק היא היצרנית היחידה של סיגריות בישראל. על נושא זה עמדנו לעיל. המונופולין אינו אסור, אך מוטלת עליו, כאמור, אחריות מיוחדת.

ג. המבחן לבדיקת התנהגותו של המונופולין - מבחן אובייקטיבי :

ציינו לעיל, כי הקמת מערך הפצה נפרד של דובק תפגע בתחרות בעסקים, הכל כפי שפורט. לא עסקנו עדיין בפרשנותן של המילים "בלתי הוגנת" שבסעיף 30(4) לחוק ההגבלים העסקיים. השאלה הנשאלת לעניין זה, היא אם מילים אלה מגבשות מבחן סובייקטיבי (שאז יש להראות כוונה רעה מצידו של בעל המונופולין ואם אין המדובר בכוונה כזו - אין ליתן הוראות), או שמא המבחן הראוי הוא מבחן אובייקטיבי הבוחן את ההגינות לפי אמות מידה שמציב בית הדין.

ציטטנו לעיל מפיו של ד"ר עובדיה, המומחה מטעם דובק אימרות שונות שמשעותן היא, ששאלת גורלם של המתחרים הקטנים אינו מעניינה של דובק. לדובק, לפי הטענה, יש הצדקה עסקית למהלך (מניעת ניגוד אינטרסים וייעול מערך ההפצה). ההשלכות האובייקטיביות של המהלך על התחרות אינן, לשיטה זו, רלוואנטיות.

אנו סבורים, כי לביטוי "בלתי הוגנת" המופיע בחקיקה הישראלית עלינו לתת פרשנות ישראלית מקורית. פרשנות זו צריכה לעלות בקנה אחד עם רוח השיטה הישראלית. לעניין פרשנות הביטוי נראה לנו, כי מתאים ללמוד גזירה שווה מהפסיקה הישראלית בעניין חובת תום הלב.

בישראל התעוררה כידוע, השאלה מהו המבחן בעניין חובה לקיים חוזה בדרך מקובלת ובתום לב, כאמור בסעיף 39 לחוק החוזים, ונקבע כי תום הלב בהקשר זה הוא אובייקטיבי, במובן זה שעניינו אינו רק במצב פסיכולוגי אלא אף בצורת התנהגות הנקבעת על פי סטנדרטים מסוימים הנראים לחברה כראויים. עם זאת, תום הלב הוא סובייקטיבי במובן זה שסטנדרט ההתנהגות מעוגן לא רק בסוג העסקה, מקומה ותנאיה, אלא גם במספר תכונות שהן אינדיבידואליות לבעלי החוזה. אין ניתן להגדיר מראש בצורה מדויקת מהי מידת הסובייקטיביות של המבחן האובייקטיבי.

ראה: בג"צ 59/80 (9) הנ"ל בעמ' 835, וראה דברי הנשיא שמגר בד"נ 7/81 (13), בעמ' 689, מול האות ג':

"מקובל עלי לאור מהותה של מערכת יחסים זו, כי תום הלב נבחן לפי מבחן אובייקטיבי (בג"צ 59/80 הנ"ל בעמ' 835) במובן זה שעניינו בצורת התנהגות, הנקבעת לפי אמות מידה כלליות, על פיהן מסיקים מהו הראוי והמצופה בנסיבות נתונות מצד המנהל משא ומתן. מערכת הנסיבות היא תמיד מיוחדת, והיסוד הנפשי והתנהגותם של הצדדים למשא ומתן הם, כמובן, מרכיבים סובייקטיביים. הוא המבחן לפי בוחנים אס קויימו הציפיות והדרישות כפי שהוגדרו בסעיף 12, הוא מבחן אובייקטיבי, אך אף הוא מביא בחשבון את מהותו ואופיו של המשא ומתן בו מדובר".

גישה זו, הבוחנת את התנהגותו של בעל עמדה דומיננטית - dominant position - במבחן אובייקטיבי, על רקע הוראות דין שונות - סעיף 86 לאמנת רומא - נמצאת בבית הדין של הקהילה האירופית. כפי שנאמר בפרשה אחת:

"The concept of abuse is an objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on the basis of

the transactions of competition still existing in the market or the growth of that competition”.

Case 85/76 Hoffman La Roche v. Commission (1979) (20), 541

המלומדים Areeda & Turner סבורים, כי גם בארה"ב לעניין העבירה של "מונופולזציה" הקבועה בסעיף 2 ל-Sherman Act, המבחן הוא מבחן התנהגות ולא הכוונה:

“...In defining the behavioral component of the monopolization offense, one must concentrate on conduct and define the characteristics of conduct that are undesirable. Despite loose language, this is in fact what the courts have attempted to do. They have focused on conduct while talking about intent.”

Areeda & Turner Antitrust Law, Vol 3, p. 73

את התוצאה האובייקטיבית שתיגרם לתחרות מן המהלך שמתעתדת דובק לעשות בחנו לעיל. התוצאה האובייקטיבית היא אפשרות סבירה לפגיעה ממשית בתחרות: דחיקת מתחרים קטנים ופגיעה קשה במתחרה הגדול (אלישר) אם לא תינתן לו ארכה סבירה להתארגנות.

ד. סוגיית העזרה של המונופול לזולת - פתרון מאזן :

עלינו לפעול, כאמור, במסגרת סעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים שצוטט לעיל. אנו יכולים לשאוב השראה ממה שנקבע במשפט המשווה ובפרט כשאנו באים ליתן תוכן לביטוי בעל "רקמה פתוחה" כ"תחרות בלתי הוגנת בעסקים", הנזכר בסעיף 30 (4) לחוק ההגבלים העסקיים, אך בסופו של דבר, עלינו ליתן לסעיף פרשנות משלנו. לעניין זה יפים דברים שאמר כבוד השופט חשין בע"א 1186/93 (14) (מדינת ישראל נ' בנק דיסקונט לישראל, (טרם פורסם), בשאלה אם זכאי הבנק המשיב לרכוש מניות מסוימות בלא קבלת היתר מאת נגיד בנק ישראל:

"ניתנת האמת להאמר כי בבואנו ללמוד משיטות משפט זרות בכל נושא - בכל עניין - חייבים אנו בזהירות מרובה והרי כל שיטת משפט חיה באוירה משלה ... השקפות הפרט והכלל, עם ומדינה, יחיד וחברה, אמת וצדק, היסטוריה וערכי יסוד. הנוסע באוטובוס קלפהאם... אינו הנוסע בקו 5 או בקו 25 לא זה שבירושלים, לא זה שבתל - אביב ולא זה שבחיפה..."

בבואנו לעצב את תוכנה של אותה חובה נוספת החלה על המונופולין עלינו ליתן דעתנו, בראש ובראשונה, אל המציאות הכלכלית בישראל. הפתרון אותו ננקוט צריך להיות קוהרנטי עם השיטה הישראלית בכללותה, לרבות עם הפתרונות הכלליים של השיטה לסוגיית האיזון בין אינטרסים מתנגשים.

בענייננו ניתן לסווג את השאלה הקונקרטית המתעוררת תחת הכותרת של סוגיית העזרה למתחרה של המונופולין, והיא, אם אי שמירת מערך ההפצה הקיים המשותף לדובק ומתחרה הינה תחרות בלתי הוגנת מצד דובק ואם אי מתן סיוע למתחרה בנסיבות כאלה הינו צעד נאות מצידה.

בתחום המשפט הפרטי אין חייבת חובה כללית לסייע לזולת (בהיעדר הוראות מיוחדות). עם זאת, לעתים, בשל יחסים חוזיים שבין צדדים, או בשל קיומו של נוהג בין צדדים, קיימת חובה שלא להתנכר לזולת ולהפקיר את עניינו. הדבר בא לידי ביטוי, למשל, בחובת תום הלב אשר מחייבת צדדים שלא להיות "זאבים זה לזה", כלשון בג"צ 59/80(9), הנזכר לעיל (עמ' 834 מול האות ה').

נפנה למשל - לעניין הדין הכללי - לע"א 4956/90 (10) הנ"ל, הנסב אודות הסדר שהיה בין הצדדים אף שאינו מעוגן בחוזה, מכוחו השתמש מפיץ במחסנים של ספקית. הספקית ביקשה להפסיק הסדר זה. נקבע, כי הספקית חייבת להודיע זמן סביר מראש על הכוונה להפסיק את ההסדר הקיים בהתקיים נסיבות ההופכות את ההסדר בין הצדדים לבלתי כלכלי, ומאידך גיסא, אין חובה על הספקית להמשיך בקיום ההסדר בכל תנאי לאחר חלוף פרק זמן סביר.

כפי שביארנו לעיל האפשרות ליתן הוראות למונופולין, כאמור בסעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים, עשויה להצדיק לעתים מתן הוראות אף מעבר לסעדים שניתן היה להשיגם בתחומי המשפט הפרטי. אם לא תאמר כך, נמצא שהוראות סעיף 30 הן מיותרות.

כשאנו עוסקים במונופולין קשה לקבל אפריורית את הגישה שהתבטאה בחקירתו של ד"ר עובדיה שהוזכרה לעיל, לפיה אין זה מעניינה של דובק מה יעשו מתחריה. סעיף 30(4) שולל גישה כזו. בענייננו, וכפי שתואר לעיל, קיים מערך הפצה משותף. הראינו לעיל, ולא נחזור, כי ככל שהדברים נוגעים למתחרה הגדול של דובק - אלישר וסוכניו - בהינתן שהות הולמת להתארגנות, אין לומר כי אין בכוחם של מפיצי הסיגריות של אלישר להקים מערך הפצה עצמאי. על פי הנתונים דהיום, כך הראינו, אין אפשרות סבירה לכך כי הקמת מערך הפצה של דובק תביא לדחיקה מן השוק של אלישר וסוכניו. בנסיבות אלה לא ראינו מקום ליתן הוראות נוספות בעניין אלישר, פרט להוראות בעניין פסק זמן לצורך התארגנות, והערנו כבר כי אפשר וניתן היה להשיג תוצאה זו גם במסגרת המשפט הפרטי.

שונים פני הדברים לגבי המתחרים הקטנים הקיימים והפוטנציאליים המהווים נכון להיום אחוז קטן מנתח השוק כולו. לגבי אלה הראינו כי ישנה אפשרות ממשית לכך שהקמת מערך הפצה נפרד של דובק תגרום לפליטתם מן השוק של מתחרים קיימים ולמחסומי כניסה לגבי מתחרים פוטנציאליים.

דובק הינה חברה בעלת כוח שוק דומיננטי, אשר בפועל שיתפה בעבר פעולה עם מתחרותיה וזהו המצב גם היום בשל ההסכמה הדיונית שהושגה בהליך. השאלה הנשאלת היא אם - כשבאים ליצוק תוכן לאותה חובה מוגברת של המונופולין עליה עמדנו - ראוי לחייב את המונופולין

להמשיך בשיתוף פעולה עם מתחריו. האם נאמר שאם לא יעשה כן, זוהי תחרות בלתי הוגנת. סוגיה זו טרם התעוררה בישראל. המשפט המשווה - האמריקאי וזה של בית הדין של הקהילה האירופית - עסק בשאלות אלה, אף שלשאלות רבות שמתעוררות - אין עדיין פתרון.

הדין של הקהילה האירופית מבוסס על סעיף 86 לאמנת רומא האוסר כאמור על *abuse of dominant position*, לפרשנות שניתנה לסעיף זה, הלכה למעשה, בסוגיית העזרה לזולת, ולניתוח עיוני, נפנה בראש ובראשונה להרצאתו של J. T. Lang (להלן: לנג), שכותרתה:

“Defining Legitimate Competition: Companies’ Duties to Supply Competitors and Access to Essential Facilities”;

שהופיעה בפרסום:

Fordham Corporate Law Institute Twenty First Annual Conference on International Antitrust Law and Policy (October 27-28 1994).

המחבר מגדיר כ”משאבים חיוניים” לא רק משאבים שלא ניתן כלל להשיגם ממקור אחר (כגון חומרי גלם טבעיים, פטנט וכיו”ב) אלא גם אמצעים נוספים העומדים לרשותו של בעל העמדה הדומיננטית בלבד, שאי שיתופם של מתחרים בהם הופך את התחרות לבלתי אפשרית מבחינה כלכלית.

נזכיר בהקשר זה, כי בענייננו מדובר במערך הפצה: מערך הפצה הוא כעיקרון דבר הניתן לחיקוי. בהתעלם משאלת העלות - יכול כל מתחרה לרכוש או לשכור כלי רכב, ולשכור את שירותיהם של מפיצים. לאלישר, כך הראינו, יש גם אפשרות כלכלית לעשות כן. עבור המתחרים הקטנים - ועל כך כבר עמדנו - הקמת מערך הפצה נפרד לסיגריות בלבד הינה בלתי אפשרית מבחינה כלכלית.

לנג עוסק בהרצאתו לא רק במשאב חיוני מהסוג הראשון אלא גם במשאב חיוני מן הסוג השני, והוא מציין:

“...When access to the facility is not essential but merely advantageous, even though the denial of access has a substantial effect on competition, it is not normally the task of competition law on companies (as distinct from Community law dealing with government measures) to create equal conditions of competition for all companies. Competition law does not oblige even a dominant company to share, on a non discriminatory basis, non essential advantages which it has obtained or developed through its own efforts (as distinct, perhaps, from those conferred on it by governmental action). The test seems to be whether the handicap resulting from denial

of access is one which can reasonably be expected to make competitor's activities in the market in question either impossible or permanently, seriously and unavoidably uneconomic. If so, that is an insuperable barrier to entry. If competitor have an economic alternative, no such barrier to entry has been created or raised, and there is no duty to provide access."

(עמ' 44-45 להרצאה).

והוא מדגיש :

"The reason why access to a facility is essential and why competitors cannot provide their own facility is not important, provided that this is so. The reasons can be physical (there is no other harbour in the area), political (environmental objections make it impossible to build another airport or economic (it might be totally uneconomic to build a new harbour with access roads, or no achievable group of musicians could set up a second performing rights society which would have the necessary economies of scale). it is not necessary to show that what is called a "natural monopoly" is involved."

(עמ' 46-47).

להרצאתו של לנג נחזור עוד בהקשרים אחרים.

קיימים הבדלים מסוימים בין הגישה של השוק האירופי לבין הגישה האמריקאית לחובה לעזרה של המונופולין. לעניין זה ראה הרצאתם של J.S. Venit & J.J. Kallaughier בכנס הנזכר, שכותרתה: "Essential Facilities – A Comparative Law Approach".

להשוואה בין סעיף 2 ל-Sherman Act, האוסר על מונופוליציה לבין סעיף 86 לאמנת רומא ראה הרצאתו של: T. E. Kauper, שכותרתה:

"Article 86 of the Treaty of Rome and Section 2 of the Sherman Act: A Brief Comparison".

הרצאה זו הופיעה בפרסום:

Competition Law and Trade: An International Symposium, (Brussels, June 22-24, 1994).

לגבי הדין האמריקאי, נפנה למאמרו של P. Areeda:

"Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles", 58 Antitrust L.J. (1990), 841.

ארידה סוקר את הפסיקה האמריקאית בגישה ביקורתית ומסכם, בעמ' 852 למאמר, את העקרונות הרצויים לדעתו בשאלה מתו משאב הוא אכן "חיוני" בצינו:

"A single firm's facility, as distinct from that of a combination, is 'essential' only when it is both critical to the plaintiff's competitive vitality and the plaintiff is essential for competition in the marketplace. 'Critical to the plaintiff's competitive vitality' means that duplication or practical alternatives are not available".

הצדדים בסיכומיהם היפנו אף הם לפסקי דין רבים, הן בדין האמריקאי והן בדין הקהילה האירופית, בעניין חובות המונופולין להמשיך לסייע למתחרים. נפנה לאותן שלוש אסמכתאות עליהן שם הממונה את הדגש בסיכומיו.

השאלה של עזרה לזולת התעוררה בשוק האירופאי בפרשת British Midland (British Midland v. Aer Lingus (1992)) (21).

במקרה זה היה לחברה אחת, Aer Lingus, מעמד דומיננטי בקו לונדון דאבלין Aer Lingus היתה קשורה עם חברות רבות וביניהן British Midland בהסכם, שהוא נפוץ בשוק התעופה, הקרוי Interline. הסכמים כאלה מאפשרים לצרכן לנסוע הלוך בחברה אחת וחזור בחברה אחרת, ולהחליף כרטיס טיסה של חברה אחת בכרטיסי טיסה של החברה האחרת. כשקיבלה British Midland אישור לטוס בקו לונדון דאבלין הודיעה Aer Lingus על סיום ההסכם ביניהן. בית הדין של הקהילה האירופית קבע כי יש במעשה הפרה של סעיף 86 לאמנת רומא ונתן הוראות מתאימות להפסקת ההפרה (לפרק זמן מוגבל של שנתיים). בהנמקה צויין, בין השאר, כי:

"The refusal to interline in this case essentially consists in the imposition, contrary to normal industry practice, of a significant handicap on a competitor by raising its costs and depriving it of revenue. Aer Lingus has not been able to point to efficiencies created by a refusal to interline nor to advance any other persuasive and legitimate business justification for its conduct. Its desire to avoid loss of market share, the circumstance that this is a route of vital importance to the company and that its operating margin is under pressure do not make this a legitimate response to new entry".

(פסקה 30 לפסק הדין),

ועוד נאמר שם:

“Aer Lingus has argues that, whereas interlining in most circumstances is beneficial to all participating airlines, it would suffer form interlining with British Midland by losing several points of market share to the new entrant. Even if this could be demonstrated, the argumant that interlining would result in a loss of revenue would not in itself make the refusal legitimate. Aer Lingus has not argued that interlining with British Midland would have a significant effect on its own costs, whereas there is evidence that a refusal to interline would impose a significant handicap on British Midland”.

(פסקה 25 לפסק הדין).

יש ליתן את הדעת לכך שבקטע האחרון שהודגש לעיל באה לידי ביטוי גישה מאזנת, גישה המעמידה על כפות המאזניים את הרעה הנגרמת למונופולין מול ההשפעה הקשה על התחרות במקרה של אי התערבות. ולכך עוד נחזור בהמשך הדברים.

פסק דין אחר, העוסק בשאלת המשך העזרה לזולת של המונופולין, הוא פסק דינו של בית המשפט העליון בארה"ב בעניין Aspen Skiing.

[17] (1985) (Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.).

במקרה זה דובר על חברה שבבעלותה שלושה מתוך ארבעה הררי סקי המרכיבים יחדיו את אתר הסקי שבאספן, קולורדו. חברת Highland היתה הבעלים של ההר הרביעי, פרקטיקה ארוכת יומין היתה ששתי החברות הציעו ללקוחותיהן כרטיס משותף שניתן היה להשתמש בו בכל ארבעת ההרים והן התחלקו בהכנסות באופן פרופורציונלי לאחוז הגולשים בכל אתר. חברת Aspen Skiing בעלת המונופולין בעניין זה, סירבה להמשיך ולהתקשר באופן זה. שאלת סירובו של המונופולין להמשיך ולהתקשר עם המתחרה עמדה בפני בית המשפט העליון של ארה"ב. מן העובדות שתוארו עולה כי ברחבי ארה"ב כולה קיימים הסכמים רבים כאלה בין חברות המפעילות אתרי סקי. Aspen Skiing טענה, כי המערכת לבקרת ההכנסות והתפלגותן לא עבדה כראוי והדבר גרם להפסדים לחברה. טענה זו לא התקבלה ונקבע כי על המונופולין לשפר ולייעל מנגנון בקרה זה ולא להפסיק את השותפות. עוד טענה Aspen Skiing כי שירותיה של החברה הקטנה ללקוחותיה (המשותפים לשתי החברות) הפכו לבלתי ראויים מבחינת הסטנדרטים של המונופולין ועל כן התעורר הצורך להפסיק את שיתוף הפעולה עימה. בית המשפט השיב בעניין זה כי בהיות הכרטיס פתוח לכל האתרים, הלקוחות הם שיחליטו מהי איכותו של המוצר אותו מספקת החברה הקטנה יותר.

בית המשפט ציין כי Aspen Skiing צודקת בטענתה שלחברה בעלת מונופולין אין חובה כללית לעסוק בתכנית שיווק משותפת עם מתחרה, עם זאת היעדרה של חובה כללית כזו אין משמעותה היעדרה של אחריות במקרים מסוימים, ובלשונו של בית המשפט בעמ' 601 לפסק דינו:

"The high value that we have placed on the right to refuse to deal with other firms does not mean that the right is unpunished".

בית המשפט שם את הדגש גם על כך שאין המדובר, בנסיבותיו של אותו עניין, במקרה בו המונופולין דוחה הצעה חדשה לשיתוף פעולה עם מתחרה, אלא המדובר היה במקרה בו בעל המונופולין בחר להכניס שינוי במתכונת החלוקה - מתכונת שהיתה קיימת שנים אחדות וצמחה, בנסיבות אותו עניין, על רקע תחרותי. בסיכומו של דבר ציין בית המשפט כי מותר היה לחבר המושבעים בערכאה הראשונה להסיק כי בפעולתה הנזכרת, היתה Aspen Skiing מעוניינת בהפחתת התחרות על ידי פגיעה במתחרה הקטן, וכי מסקנה זו מתחזקת נוכח כשלונה של Aspen Skiing להראות הצדקה כלשהי להתנהגותה הנובעת מנימוקי יעילות. Aspen Skiing נמצאה אחראית להפרת סעיף 2 ל- Sherman Act האוסר על פעולה של "מונופולזציה".

לסקירה מפורטת של הפסיקה בעקבות Aspen Skiing ראה: P.G. Ahern,

"Refusals to Deal After Aspen", 63 Antitrust L.J. (1994) 153.

Aspen Skiing הוא פסק דין מחייב של בית המשפט העליון של ארה"ב. הוא אובחן, בין השאר, על ידי בית המשפט הפדרלי בפרשת Olympia עליה נרחיב מעט את הדיבור.

(Olympia Equipment Leasing v. Western Union Telegraph, (1986) [18] 797 F2d 370 (7th Cir, 1986); rehearing: 802 F2b (7th Cir 1986, Petition denied).

המדובר היה בחברה בשם Western Union Telegraph שפעלה בשוק התקנת קווי הטלסק. עד ראשית שנות ה-70 היתה החברה מחייבת את מנוייה, שרכשו ממנה קווים, לשכור ממנה גם את ציוד הטלסק (שאותו היתה נוהגת לקנות מיצרניות בשוק), ומחיר השירות המשולב היה בפיקוח. בעקבות הסרת הפיקוח הודיעה החברה מרצונה למנוייה כי בכוונתה לפצל את השירות המשולב, ניתנה להם הזכות להביא לידי סיום את שכירת ציוד הטלסק ממנה ולקנותו או לשכרו מכל גורם שיבחרו בו. החברה חדלה מלהשכיר ציוד טלסק ובמקביל הורתה לאנשי מכירותיה למכור את ציוד הטלסק שהיה בבעלותה במטרה להיפטר ממנו כליל ולצאת משוק ציוד הטלסק. נוסף על כך הביעה החברה נכונות למסור את רשימות המנויים שבידיעה לגורמים שביקשו להיכנס לשוק השכרת ציוד הטלסק.

חברת Olympia להשכרת ציוד טלקס נוסדה בשנת 1975. היא חדרה אל השוק, והתבססה בו הודות לרשימות המנויים ש - Western Union Telegraph סיפקה לה. החברה קנתה ציוד טלקס והשכירה אותו למנויים שרצו בכך. מספר חודשים לאחר תחילת פעילותה של Olympia הגיעה Western למסקנה כי קצב יציאתה משוק ציוד הטלקס איטי מדי ונקטה שני צעדים במטרה לזרז: היא עודדה את אנשי מכירותיה (באמצעות הגדלת עמלות) להאיץ את מכירת ציוד הטלקס שעוד נותר בבעלותה וחדלה מלהראות לכל המעוניין את רשימות מנוייה. כתוצאה מכך לא הצליחה עוד Olympia להשכיר ציוד טלקס ללקוחות חדשים ובסיסה העיסקי התערער. לפי הנתונים שהוצגו לפני בית המשפט הצליחו גורמים אחרים בשוק כדוגמת Olympia לשרוד בזכות אנשי מכירות משלהם, אך לא Olympia, מאחר שלה לא היו אנשי מכירות, וסופה שבשנת 1976 נפלטה מהשוק.

התביעה שהוגשה היתה תביעה של Olympia. השופט Posner איבחן את הלכת Aspen Skiing וקבע שלא ניתן לכפות על המונופול לעזור בכל מקרה למתחריו. הוא ציין, בין השאר, כי בעניין Aspen Skiing לא היתה חברת Highland לקוח של המונופולין אלא הגולשים שהיו לקוחותיו. זאת ועוד: Highland לא יכלה גם לרכוש הרים נוספים באתר Aspen מנת שתוכל להתחרות כיאות או בצורה יעילה יותר עם Aspen Skiing, במקרה Olympia יכולה היתה Olympia לשכור אנשי מכירות שיחליפו את אנשי המכירות של המונופולין. עוד צוין, כי ל- Olympia מעולם לא היתה זכות על פי דיני ההגבלים העסקיים על אנשי המכירה של המונופולין ואין לכפות על אנשי המכירות של חברה פלונית למכור "to take a free ride" מוצריה של חברה אחרת אפילו כאשר מדובר בחברה בעלת מעמד מונופוליסטי מול חברה חדשה. פרסומם של מוצרי המתחרה בחינם וללא תמורה אינו צורה של שיתוף פעולה המצויה לעתים תכופות בשוק תחרותי ולמעשה מדובר באנטי תיזה של תחרות. מעבר לכך נאמרו דברים גורפים: המונופול אינו יכול להיות מואשם בכך כי ברצונו למכור יותר מוצרים אלא אם המדובר בהתנהגות שתכליתה לנשל מתחרים בטווח ארוך. רצונו של המונופולין "לעשות כמה שיותר כסף" הינו נטייה מבורכת כל עוד חישוביו אינם פוגעים בצרכנים לטווח הרחוק וכאשר מונופולין פוגע במתחרים על אף הושטת עזרה קודמת, בנסיבות בהן קיים הצדק עיסקי סביר לפעולה, אין לומר כי המונופולין עובר על חוקי ההגבלים העסקיים.

בית המשפט הפדרלי היה כבול להלכת Aspen Skiing אך כפי שהודגש בהליך ה- rehearing אין הוא סבור שהוא סוטה מהלכה זו. בית המשפט הדגיש כי הלכת Aspen כתובה באופן צר והיא מוגבלת לנסיבות יוצאות דופן, בהן שיתוף פעולה הוא הכרחי להמשך קיומה של תחרות. מקום בו לא קיימת דרישה כזו אין לחייב כאמור עזרה לזולת מצד המונופולין.

מטבע הדברים הצדדים שלפנינו אוחזים זה בכה וזה בכה בפסקי הדין השונים שהזכרנו ואף באחרים. אנו שותפים לדיעה שהובעה גם בעניין Aspen Skiing (בו חויב בעל המונופולין לסייע

לזולת), לפיה אין בדין חובה כללית לבעל המונופולין לסייע למתחריו, אך קיימות נסיבות בהן יש לדרוש זאת ממנו (השווה: לנג, שם עמ' 42).

לעניין נסיבות אלה, ישנה קשת רחבה של שיקולים, רחוקים היינו מלחייב - מכאן ולהבא - את כל החברות המונופוליסטיות בישראל להפיץ את מוצריהם של מתחרים קיימים או פוטנציאליים. בענייננו, כמו בעניין Aspen Skiing וכמו בעניין British Midland, רואים אנו חשיבות לעובדה שמדובר בשיתוף פעולה שהיה קיים בעבר במשך תקופות ארוכות ובכך שהצעד שהמונופול מבקש לעשותו הוא בגדר שינוי מצב קיים. במצב הקיים בשוק הסיגריות בישראל קיימת תחרות (מוגבלת מאוד בהיקפה), על פי הניתוח שהבאנו לעיל סביר הוא, כפי שהראנו, שבלא שיתוף פעולה אכן ניתקל במחסומי כניסה ובפליטת מתחרים קטנים.

הדגשנו כי כך סביר הוא על פי הנתונים שלפנינו, אך עם זאת, וכפי שכבר הודגש, אנו רחוקים מלקבוע בצורה נחרצת כי אין ולא תהיה אפשרות אחרת להפצה, כגון באמצעות ספקים של מוצרים אחרים. החלטה בעניין מתן הוראות למונופולין היא החלטה הניתנת לשינוי עם שינוי הנסיבות. אפשר, ואם ניווכח לדעת כי בפועל מצליחות חברות למצוא את דרכן בהפצה יעילה בלא עזרתה של דובק – עם חלוף הזמן ולאור מה שניווכח בו בשטח – נשנה את הוראותינו על פי פנייה מתאימה (לעניין מתן הוראות לזמן מוגבל, ראה לנג, בעמ' 60-61).

אנו שותפים לדיעה שהובעה כמצוטט בפרשת British Midland, שיש צורך בפתרון מאזן. לאיזון שתי פנים: תחילה, בשאלת עצם ההתערבות. ואם נמצא שיש מקום להתערבות - בשאלת האמצעים אותם יש לנקוט. וזהו פתרון מאזן אופייני לשיטת המשפט שלנו כשעוסקים בערכים המתחרים זה בזה.

הגענו, כאמור, למסקנה שיש צורך בהתערבות כדי למנוע פליטת מתחרים מן השוק והצבת מחסומי כניסה. ועוד: אין לומר בענייננו, שדובק לא הראתה כליל שום הצדק עיסקי למהלך. עמדנו לעיל על כך שדובק נפגעת במידה מסוימת מאי-לויאליות של מפציה. זהו נתון שיש ליתן לו משקל אך המשקל צריך להיות בפרופורציה הראויה (לדרישת הפרופורציונליות ראה לנג, בעמ' 50).

מול שיקול זה עומדת האפשרות הממשית עליה עמדנו של מחיקה טוטאלית של מתחרים קטנים זולת אלישר (על פי כוחו הנוכחי בשוק). לדובק יש תועלת עסקית מסוימת מן המהלך, אך אין די בהצבעה על תועלת עסקית כלשהי, כדי להשתחרר מכל וכל מאותה חובה מוגברת המוטלת על המונופולין. אנו סבורים, כי "הצדקה עסקית" אינה מילת קסם. בעניין זה אנו מעדיפים את שיטת הקהילה האירופית על השיטה האמריקאית (ראה בהרחבה לנג, בעמ' 75-76 מול Areeda במאמרו הנזכר). הכל תלוי במינון הנכון. יש לשקול זה מול זה את מידת הפגיעה במונופולין מול האפקט של היעלמות מתחרים ויצירת מחסומי כניסה. יש למצוא את הדרך האופטימאלית המאזנת בין התועלת שיש לדובק מן המהלך, לבין הפגיעה הקשה בתחרות אם ייפלטו כל המתחרים הקטנים מן השוק ואחרים לא יוכלו להיכנס.

פרשנות הדין ברוח הוראות סעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק, לפיו אין פוגעים בחופש העיסוק "במידה שאינה עולה על הנדרש" מחייבת שלא לנקוט אמצעים דראסטיים במקום שבדרגה של סבירות ניתן להגיע לאותה התוצאה באמצעים פחות דראסטיים. על כן, בבחירה בין איסור כולל על הקמת מערך הפצה נפרד, לבין שילוב המתחרים הקטנים במערך הפצה זה, יש לבחור בפתרון שאינו שולל כליל את חופש העיסוק של דובק (לשילוב של מתחרים קטנים בלבד כשלגבי האחרים אין הכרח בכך, השווה לנג, שם, בעמ' 51).

כפי שרמזנו בתחילת הדברים ניתן למצוא איזון זה בדרך שהיא כמעט מוסכמת, לאמור תוך שימוש באותן הסכמות שהסכים להן עו"ד ויינרוט ותוך מתן הוראות נוספת אשר אינן מוסכמות עליו שפגיעתן בדובק (בנתוני השוק דהיום) אינה פגיעה של ממש. פתרון מאזן אינו נוקט מבחינים נוקשים. הוא אינו גורס, למשל, שדי בהצדקה עסקית כלשהי כדי למנוע מתן הוראות. הוא מביא בחשבון את האינטרסים השונים, הן של דובק, והן של התחרות ככלל. פתרון מאזן זה, כך אנו סבורים, מצוי בהוראות השונות הכלולות בפסק דינו זה, אותן נרכז להלן. רובן של ההוראות מוסכמות וחלקן אינן מוסכמות.

במיוחד אינה מוסכמת ההוראה שאנו קובעים לפיה שדובק לא תתנה את שיתופם של היבואנים והמשווקים הקיימים או הפוטנציאלים בשאלת שיעור העמלה של המפיצים. בקביעתנו זו, המנוגדת למה שהסכים עו"ד ויינרוט, אנו מביאים בחשבון שעשויה אכן להיות חזית מסוימת של ניגוד אינטרסים. אנו סבורים שנוכח משקלם היחסי הקטן (נכון להיום) של הגורמים האחרים הפועלים בענף, שיכולו להמשיך להסתייע במערך ההפצה, לחזית צרה זו לא תהא השפעה של ממש על היקף המכירות של דובק. מסמכותנו ליתן הוראה זו אף בניגוד לעמדתה של דובק, לאור פרשנותו הנכונה של סעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים. סעיף זה מטיל כאמור על המונופולין חובה מוגברת בנושא התחרות, חובה שבית המשפט מוסמך לאכוף אותה באמצעות צווים הולמים. במסגרת הצורך באיזון, עליו עמדנו לעיל בהרחבה, אין בהוראה זו מתכון להתאבדות של דובק או ל"איבוד לדעת" מכוח צווים, והכל על פי נתוני השוק הקיימים.

16. לסיכום:

- לסיכום כל קביעותנו, אנו דוחים את הבקשה שלא להתיר לדובק להקים מערך הפצה ואנו מתירים לה ליצור לעצמה מערך הפצה נפרד אך זאת בתנאים הבאים:
1. דובק תחתים מחדש מפיצים המבקשים להצטרף למערך זה על הסכמים שיכללו הפניה לפסק דינו זה והוראותיו.
 2. דובק תאפשר לכל צד מעוניין לעיין ברשימת המפיצים שבכוונתה לכלול במערך ההפצה וזאת לאחר שהמפיצים יוחתמו על חוזה חדש.
 3. מיום שתימסר רשימה כאמור לעיון ועד לביצוע פעילות באמצעות מערך בלעדי זה יעברו ארבעה חודשים, כדי לאפשר התארגנות הולמת של המתחרים וכל בידעתם מי מהמפיצים חתם עם דובק על חוזה בלעדי כאמור.

4. דובק תאפשר לסקאל ודוידס (אם זה רצונם של אלה האחרונים או מי מהם) להשתמש במערך ההפצה שיוקם על ידה. דובק תימנע מכל צעד שיש בו, במישרין או בעקיפין, כדי לרמוז למפיצה שיש להצר את רגליהם של אלה. אותו דין יחול על יבואנים חדשים או יצרנים חדשים (אם יהיו כאלה). רק באישור בית הדין תוכל דובק להשתחרר מהוראה זו והנטל עליה ליזום הליך כזה בעתיד, אם הנסיבות ישתנו שינוי מהותי והיא תראה צורך בפנייה כזו.
5. אנו קובעים עוד (אף שלכך אין הסכמה מצד דובק) שדובק לא תתנה את שיתופם של היבואנים והמשווקים הקיימים או הפוטנציאליים במערך ההפצה זה בשאלת גובה העמלות שיקבלו המפיצים. בקביעתנו זו, שאינה מוסכמת על דובק, אנו מביאים בחשבון שעשויה להוות חזית מסוימת של ניגודי אינטרסים, אך נוכח משקלם היחסי הקטן של הגורמים האחרים הפועלים בענף, אין אנו סבורים שלחזית זו תהא השפעה של ממש על היקף המכירות של דובק.
6. אנו נותנים תוקף פסק דין להצהרתה של דובק כי לא תפנה למפקח על המחירים בבקשת העלאת מחירים (מעבר להצמדה) כתוצאה מייקור מערך ההפצה, אם אכן יהיה יקור כזה.

17. עניינים שאינם בגדר עיסוקו של בית הדין:

בהליך שלפנינו עלו מספר עניינים, שעל פי השקפתנו אינם צריכים להעסיק את בית הדין בהליך של מתן הוראות למונופולין.

1. הממונה טען בהליך שפעילות בית הדין צריכה להוות משקל נגד לנסיגותיה של דובק, אשר עשויים לשאת פרי, לשנות את מדיניות המיסוי. טענה זו אינה מקובלת עלינו. אין רשות אחת נוגעת בחברתה. אין זה מסמכותו של בית הדין להתערב בענייני מיסוי, ישקלו הנוגעים בדבר את שיקוליהם לעניין מיסוי לפי התפתחויות קיימות או התפתחויות שתהיינה, ובית הדין ישקול את שיקוליו שלו. החלטתנו, כן הדגשנו חזר והדגש, ניתנת על פי מצב דברים קיים.

הזכרנו בתחילת הדברים כי המונופולין אינו אסור בתור שכזה. אין זה מתפקידו של בית הדין לעסוק בחלוקת פלח השוק בין דובק למתחריה באופן שחלקה של דובק לא יעלה על אחוז מסוים. שיקולי מיסוי שתכליתם לווסת את חלוקת פלחי השוק אינם רלוואנטיים למערכת השיקולים של בית הדין.

2. בית הדין אינו עוסק גם בשאלת הפיצוי למפיצים שיחדלו לעבוד עם דובק. לעניין זה אם לא יגיעו הצדדים להסדר פתוחה הדרך להתדיינות בעל אופי אזרחי.

3. אין אנו סבורים גם כאמור שתפקידנו הוא להיכנס לפרטי ההוראות החוזיות שבין המפיצים החדשים בפוטנציה לבין דובק. הממונה דרש מדובק להגיש בקשה לאישור החוזה המוצע לבית הדין לחוזים אחידים כאמור בסעיף 27(א)(1) לחוק. לא זו המסגרת הנכונה לקבוע אם אכן המדובר בחוזה אחיד כטענת הממונה, ובהנחה שכן, אם יש לאשר את הוראותיו או להמנע מכך. כל אחד מן הצדדים זכאי להביא את הסוגיה להכרעת בית הדין לחוזים אחידים. אם הממונה עומד על בקשתו המקורית, יודיע על כך בתוך 10 ימים מיום מתן פסק דינו זה לבית הדין לחוזים אחידים. דובק הגישה, לאור בקשת הממונה ותוך שמירת טענות, בקשה

לבית הדין לחוזים אחידים, ואם הממונה יעמוד על כך - בקשה זו תדון. ככל שהדברים נוגעים לבית הדין להגבלים עסקיים, לא נשים עצמנו כיועציהם הכלכלים של מי שיוצע להם לחתום על ההסכם ולא נחליט במקומם כיצד עדיף להם לפעול. השאלה, אם תניות החוזה מקפחות אם לאו, הינה עניין לדיון במסגרת אזרחית אחרת מאשר בית הדין להגבלים עסקיים.

הוחלט, איפוא, כאמור בסעיף 16 לפסק הדין.

מעבר לאמור אין אנו רואים מקום למתן הוראות נוספות, בנסיבות העניין, כיוון שמלכתחילה היה מוצדק לעצור את המהלך - אין צו להוצאות.

ניתן היום, 17.1.95, במעמד המתייצבים.