



רשות ההגבלים העסקיים

קביעה לפי סעיף 43
של חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988

הסדר כובל בין בתי מסחר לספרות משפטית

מבוא

1. ענינה של החלטה זו בהתארגנות של ששה בתי מסחר לספרות משפטית ("בתי המסחר"), העוסקים בין היתר בהפצת ספרות משפטית, אשר החליטו יחדיו שלא למכור ולא לפרסם ספרים, אשר יוצאים ויצאו לאור ע"י חברת דין הוצאה לאור בע"מ ("חברת דין"), אלא אם האחרונה תיכנע לדרישותיהם המסחריות השונות.

התשתית העובדתית

2. שוק הספרות המשפטית בארץ מורכב, על פי רוב, ממספר חוליות. החוליה הראשונה בשרשרת היא מחבר הספר, השניה חברת ההוצאה לאור, אשר אחראית על עריכת הספר והוצאתו לאור, השלישית החברות האחראיות להפצת הספר. בשוק הספרות המשפטית בארץ, החברות האחראיות להפצת הספר הן בדרך כלל בתי המסחר לספרות משפטית¹. בחוליה האחרונה בשרשרת נמצאים צרכני הספרות משפטית.

ההבחנה בין החוליות השונות אינה תמיד חד משמעית ויתכנו מקרים בהם חברה אחת פועלת במספר חוליות. כך אנו יכולים למצוא בית מסחר העוסק גם בהוצאה לאור², או חברת הוצאה לאור שאחראית גם להפצת הספר, ולעיתים מחבר הספר עצמו דואג להפצת הספר לציבור הצרכנים³.

3. הפצת הספרים בארץ, ע"י בתי המסחר, נעשית בשתי דרכים עיקריות, בחלק מהמקרים בדרך של הפצה ראשית, ובאחרים בדרך של הפצה משנית. בתי המסחר לספרות משפטית יכולים לפעול תחת שני הכובעים - כמפיצים ראשים, דהיינו על ידי קניית כל המהדורה או קבלת תמלוגים על מכירת ספרים והפצתם ישירות לצרכנים או לבתי המסחר האחרים, אשר עתה פועלים תחת כובעם האחר כמפיצים משניים. הפצת הספרים על ידי בתי המסחר נעשית בדרך של פרסום הספרות המשפטית החדשה היוצאת לאור, אצל ציבור לקוחותיהם - חנויות או צרכנים פרטיים.

דרך הפצה נוספת אך פחות שכיחה, הינה בשיטת הקונסיגנציה. בדרך זו חברות ההוצאה לאור מעבירות ספרים למכירה לחברות ההפצה, אך משלמות לאחרונות עמלת הפצה רק לאחר שהספרים נמכרו בפועל. כל אותם ספרים שלא נמכרו מוחזרים לחברות ההוצאה לאור.

חברות ההפצה השונות מקבלות עמלת הפצה, אשר משולמת להם, בדרך כלל, על ידי החברות המוציאות לאור, או אם עסקינן בהפצה משנית - ע"י המפיצים הראשיים (תשלום עמלת ההפצה

¹ הודעת מר אבי אלהרר, מנהל חברת "אבי ספרי משפט", מיום 6.3.95 עמ' 3 להודעה שורות 13-14.

² שם בעמ' 1 להודעה שורות 4-5.

³ הודעת שמעון טובים מיום 3.3.95 עמ' 1 להודעה שורות 10-11.

נעשה בדרך כלל על ידי מתן אחוז הנחה מסוים על מחיר הספר). לאור הודעתם של מנהלי בתי המסחר, קיימות בענף הפצת הספרות המשפטית, עמלות הפצה מקובלות בשוק למפיץ ראשי וכאלו המקובלות בהפצה משנית, כאשר הן יכולות להשתנות במקרים חריגים, אבל לא בהפרשים גדולים. עמלת הפצה מקובלת בשוק למפיץ ראשי נעה בין 30%-50% ועמלה מקובלת למפיץ משנה, נעה בין 20%-25%.⁴

4. חברת דין הינה חברה פרטית, העוסקת בהוצאה לאור ובראשה עומד מר עוזי לוי. החברה היא בעלת זכויות היוצרים בספרה של פרופסור גבריאלה שלו "דיני חוזים" (להלן "הספר"). עם צאת המהדורה הראשונה של ספרה של פרופסור גבריאלה שלו במהלך שנת 1990, בדקה חברת דין אפשרות הפצת הספר (בדרך של הפצה ראשית) באמצעות שני בתי מסחר, מהמובילים בתחום הספרות המשפטית, העוסקים בהפצת ספרות משפטית. לדברי מר לוי, שני בתי המסחר הללו הם: "בורסי ת.ש. פרץ בית מסחר והוצאה לאור של ספרי משפט ("בורסי"), וא.ש. טובים בע"מ ("טובים").⁵

חברת דין סברה כי העמלות עבור הפצת הספר, אותן דרשו שני בתי המסחר (40% משווי הספר), אינן סבירות.

5. אשר על כן החליטה חברת דין לנקוט בשיטת הפצה עצמאית וזולה יותר של הספר, באמצעות חברת טלמרקטינג (חברת הטלמרקטינג דרשה עמלה בגובה 15%), בדרך של פניה ישירה, על-פי רוב טלפוניות, ללקוחות פוטנציאליים בהצעה לרכישת הספר וכן באמצעות פרסום הספר בלשכת עורכי הדין. חברת הטלמרקטינג פעלה בשיטת הקונסיגנציה. הפצה בשיטה זו מדלגת על דרגי הביניים בהפצה, דהיינו על ההפצה לבתי המסחר האחרים, ופונה ישירות לקהל הצרכנים ובדרך זו ניתן לחסוך בעמלות ההפצה.

כצפוי, מהלך דברים זה לא נשא חן בעיני בתי המסחר לספרות משפטית ולטענת מר עוזי לוי נוצרו "לחצים עקיפים" עליו ועל פרופ' שלו, לחדול משיטת הפצה עצמאית זו.⁶ חרף לחצים אלה, השכילה חברת דין למכור את הספר בהיקף נאות.

6. בחודש דצמבר שנת 1994 יצא ספרה של פרופ' שלו במהדורתו החדשה. גם אחרי צאת מהדורה זו פנה תחילה מר עוזי לוי לבתי המסחר "בורסי" ו"טובים" בסיון לענין אותם בהפצת הספר, וגם הפעם עמלות ההפצה שדרשו ממנו לשלם (בגובה 40%) לא היו סבירות לדעתו, לכן החליט מר עוזי לוי לחזור ולשווק את הספר, במהדורתו החדשה, בשיטת הטלמרקטינג.⁷ במסגרת שיווק הספר

⁴ ראה הודעת מר שמעון טובים מיום 3.8.95, עמ' 1 להודעה שורות 7-8; וכן הודעתו מיום 13.12.95 עמ' 1 להודעה שורות 5-11. לעומתו טען מר מנחם גינוסר כי את הפרסומים שהוא מוציא לאור הוא מוכר לבתי המסחר האחרים בעמלה של 20%, הודעתו מיום 3.7.95 עמ' 1 להודעה שורה 22 ועמ' 2 שורות 1-4, לפי הודעת מר אבי אלהרר העמלות נעות בין 15% ל-35% שם בעמ' 1 להודעה שורה 14. מר יואל גנאוד מנהל "הכל לפרקליט" אמר בהודעתו כי בד"כ קיבל כמפיץ משנה אחוז הנחה מקובל שנע בין 20%-25% שם בהודעתו מיום 12.12.95 שורות 2-3 ("הכל לפרקליט" פועל בענף הפצת הספרות המשפטית כמפיץ משנה, המוכר ספרים ישירות לצרכנים ולא לבתי המסחר האחרים, שם בעמ' 1 להודעה שורות 15-16).

⁵ מר עוזי לוי, בהודעתו מיום 22.6.95, טען כי כשבדק את אפשרויות ההפצה של הספר, עם צאת הספר במהדורתו הראשונה, התברר לו שיש כ-6-7 חנויות להפצת ספרות משפטית והוא פנה לשתי החנויות הגדולות יותר ושהשפעתן בענף הספרות המשפטית רבה יותר, שם בעמ' 1 להודעתו שורות 3-6, ובעמ' 4 להודעתו שורות 9-11, וכן בעמ' 6 להודעה שורות 9-13; וכן ראה הודעתה של הגב' שטרומן, מנהלת מחלקת רכש וסיוטאות בחנות ה"דיונון", מיום 4.7.95 בעמ' 2 להודעה שורות 5-6.

⁶ בסופו של דבר, בתי המסחר רכשו את הספר במהדורתו הראשונה, מחנות ה"דיונון", אשר קנתה את הספרים מחברת דין, והעבירה אותם להפצה לבתי המסחר, הודעת מר טובים מיום 8.8.95 עמ' 4 להודעה, שורות 4-7.

⁷ לפי הודעת מר עוזי לוי, חברת דין עדיין היתה מעוניינת בשלב כלשהו להפיץ חלק מהמהדורה גם באמצעות בתי המסחר אבל בעמלה של 20%, עמלה שלפי ידיעת עוזי לוי מקובלת בחנויות (כנראה בפועל כמפיצות משנה - י.ט.) ואף היה "דין ודברים" עם בתי המסחר אליהם פנה, שם בהודעתו בעמ' 2 שורות 3-5.

ע"י חברת הטלמרקטינג הופץ עלון פרסומי ללקוחות פוטנציאליים, לפיו ניתן להזמין את הספר רק בטלפון שמספרו נקוב בעלון, כן נכתב בעלון ש-"הספר לא ימכר בחנויות בחודשים הקרובים".

השתלשלות האירועים דלעיל הינה הרקע לתלונה שהונחה על שולחני.

התלונה

7. בחודש מאי 1995 הגיעה תלונה אל הרשות להגבלים עסקיים מאת עו"ד אלי זהר ממשרד מ זליגמן ושות', בא כוחה של חברת דין. לפי הנטען בתלונה, לאחר צאת ספרה של פרופ' שלו במהדורתו החדשה, פנו אל חברת דין ששה בתי מסחר, מהמובילים בתחום הפצת ספרות משפטית, בדרישה למסור להם להפצה את הספר ולא לפנות ישירות ללקוחות בהצעה לרכוש את הספר בשיטת הטלמרקטינג. אם חברת דין לא תפעל לפי דרישתם של אותם בתי מסחר, אזי האחרונים יאלצו שלא למכור ולא לפרסם ספר זה וכל ספר נוסף שיצא לאור בעתיד ע"י חברת דין.

וזו לשון המכתב שהגיע לחברת דין (להלן "המכתב"):

"בימים אלה פונים נציגי הוצאת דין ללקוחותינו ומציעים להם לרכוש את הספר הנ"ל (הכוונה לספר דיני "חוזים" מהדורה שניה מאת פרופ' שלו-תוספת שאינה במקור) בתנאים מיוחדים... מיותר לציין שהוצאתכם נהגה באותה שיטה גם במהדורה הראשונה, שיטה שאף הוצאת ספרים המכבדת את עצמה אינה נוהגת בשיטת עקיפת בתי מסחר לספרי משפט. אנו רואים בהצעת הספר על ידי נציגכם ללקוחותינו פגיעה חמורה בעסקנו במוניטין ובפרנסה שלנו ושל עובדינו ... אנו רואים במעשיכם התנהגות כפויית טובה ולא נוכל בשום פנים להשלים עמה. לאור האמור לעיל, אנו דורשים מכם להפסיק מיידי את החלטתכם ולמסור את הספר להפצה לבתי המסחר בתנאים המקובלים. אם תחליטו לא לשנות את החלטתכם, נאלץ לא למכור ולא לפרסם את הספר וספרים נוספים שיצאו לאור על ידכם בעתיד..."

(הדגשת קו תחתית במקור)

על המכתב חתומים ששה בתי מסחר להפצת ספרות משפטית ואלו הם: פרלשטיין-גינורסר בע"מ, א.ש. טובים בע"מ, הכל לפרקליט בע"מ, בוס הכרמל בע"מ, בורסרוויס פד"י בע"מ ובורסי ח.ש.פרץ.⁸

8. בתי המסחר הגדילו עשות ושלחו העתק של המכתב גם לחנות "דיונון" (להלן "הדיונון"), במטרה להביא לידיעתה, שאם תרכוש את הספר מחברת דין, בתי המסחר לא יקנו ממנה את הספר שכן "לא יהיה למי למכור את הספרים".⁹

9. מטרת המכתב שנשלח לחברת דין, כמוסבר על ידי חברת בורסי, היתה להעמיד את חברת דין על "חומרת מעשיה". ראשית, בכך שהחליטה להפיץ את הספר ישירות ללקוחותיהם של אותם בתי מסחר, וכתוצאה מכך נגרם לאחרונים נזק¹⁰ (פגיעה בפרנסתם ובהכנסותיהם). ושנית, בכך

⁸ בדצמבר 94 נסגרה חברת בורסרוויס פד"י בע"מ, אשר נוהלה ע"י מר שלמה פרץ ומר אבי אלהרר, וכיום מר אבי אלהרר מנהל את חברת "אבי ספרי משפט" ומר שלמה פרץ מנהל הוצאה לאור בחברת בורסי. לפי הודעת מר שמעון טובים מיום 13.12.95, קיימות בשוק עוד שתי חנויות להפצת ספרות משפטית, בשם סי.די. ובלה פרקובסקי, אשר "לא נלקחו בחשבון" בזמן כתיבת המכתב שכן הן מאד קטנות, שם בעמ' 2 להודעה שורות 17-18.

⁹ חקירתו של אבי אלהרר מיום 6.8.95. עמ' 2 שורות 16-21, ולעניין זה ראה גם דבריה של גבי רבקה שטרומן בהודעתה מיום 4.7.95, עמ' 2 להודעה שורות 21-22 ועמ' 3 שורות 1-5.

¹⁰ מכתב תשובה מיום 9.1.95 שנשלח מ"בורסי" לעו"ד אלי זהר.

שבחורה, עם הוצאת המהדורה החדשה, לשווק את הספר רק באמצעות חברת הטלמרקטינג ולא גם באמצעות בתי המסחר, וכך נמנעה מהאחרונים האפשרות לשווק את הספר ללקוחותיהם. בתי המסחר חששו שחברות הוצאה לאור אחרות ילכו בדרכה של חברת דין ויבחרו בשיטת הפצה עצמאית ולא באמצעותם.

10. בעקבות התלונה דלעיל, נערכה חקירה, במסגרתה נחקרו מנהלי בתי המסחר לספרות משפטית, החתומים על המכתב, מנהל חברת דין ומנהלת מחלקת רכש וסיטונאות ב"דיונוף". יש לציין כי ממצאי החקירה מראים תמימות דעים לגבי נוסח המכתב, ושנכתב על דעת כל החתומים עליו.

הסדר כובל - התשתית המשפטית

11. הדרך בה בחרו בתי המסחר להפצת ספרות משפטית לילך, יש בה משום עריכת הסדר כובל אסור, כמשמעותו בהוראת סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן "חוק ההגבלים"). הסדר זה יש בו להגביל, למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בין בתי המסחר בינם לבין עצמם ובינם לבין זולתם שאינם צדדים להסכם.

12. נקדים ונאמר כי הענף בו עסקין הוא ענף הספרות המשפטית, תוך התמקדות בענף הפצת ספרות משפטית, כאשר בתי המסחר להפצת ספרות משפטית, החתומים על המכתב הם בעלי כח שוק משמעותי בענף הפצת הספרות המשפטית וחולשים על רוב הענף.¹¹

13. ההסדר, אותו יצרו אותם ששה בתי המסחר ובתיאום ביניהם, מפחית את התחרות בעסקים בשני מישורים: ראשית, הוא מבקש לכפות על הסופר קבלת תמורה נמוכה יותר עבור ספרו; ושנית, הוא עלול לגרום לצרכן הספר לשלם עבורו מחיר גבוה יותר מהמחיר שהיה נקבע בענף, בתנאי תחרות.

בתי המסחר מבקשים מחד גיסא, למנוע את מכירת הספר ב"תנאים המיוחדים", בהם הוא מוצע למכירה לצרכנים (תנאים המתאפשרים, כנראה, בגלל עמלות ההפצה הנמוכות המשולמות על ידי חברת דין לחברת הטלמרקטינג), ולכן הם מחרימים את ספרה של פרופ' שלו וכל ספר אחר שיצא בהוצאת דין, כדי לאלץ את חברת דין לפעול על-פי תנאיהם, או כדבריהם במכתב, "בתנאים המקובלים"¹², ובין היתר לשלם להם את העמלות הנדרשות על ידם עבור הפצת הספר.

מאידך גיסא, בתי המסחר מבקשים לפגוע במתחרה חדש בענף - חברת הפצה בשיטת הטלמרקטינג, אשר באמצעותה בחרה חברת דין להפיץ את הספר לאחר צאתו לאור. בתי המסחר קובלים על כך שחברת דין בחרה להפיץ את הספר רק באמצעות חברת הטלמרקטינג, כאמור בעלון שפירסמה חברת דין, לפיו הספר לא ימכר בחנויות בתודשים הקרובים, ודורשים להפיץ גם הם את הספר ללקוחותיהם עם צאתו לשוק. דרישה זו של בתי המסחר תפגע בחברת הטלמרקטינג. הפועלת בשיטת שיווק חדשה בענף הספרות המשפטית, שכן ניטל מהאחרונה היתרון היחסי של משווקת יחידה של הספר עם צאתו לאור. בשוק דל משתתפים יעדיפו צרכני הספרות המשפטית לרכוש ספרים מבתי מסחר המבוססים והמוכרים בענף ולא מחברה חדשה הפועלת בשיטת שיווק חדשה ולא מוכרת. ניתן להרחיק לכת ולאמר שדרישה זו עלולה אף להוציא מענף הפצת הספרות המשפטית, את חברות הטלמרקטינג. בתי המסחר דורשים מחברת דין לחדול

¹¹ לאור הודעת מר שמעון טובים מיום 13.12.95 עמ' 2 להודעה שורות 11-14, פלח השוק של "טובים" הוא בערך 30%-40% של "בורסי" הוא זהה (גם בערך 30%-40%). פרלשטיין גינוסר חולש על 20%-10% מהשוק ויתר בתי המסחר מתחלקים בשאר השוק.

¹² מר מנחם גינוסר, בהודעתו מיום 3.7.95. טוען כי "התנאים המקובלים" - הכוונה לעמלה של 20%.

משיווק הספר רק באמצעות חברת הטלמרקטינג, אלא להפיצו גם דרכם ולפי תנאיהם, ואם לא תעשה כן, בתי המסחר לא ימכרו, לא יפרסמו ולא ישווקו כל ספר אשר יוצא ויצא בעתיד ע"י חברת דין.

ההסכם בין בתי המסחר מהווה הסדר כובל אופקי, אשר מטרתו קביעת תנאים אחידים להפצה בדרך של קביעת עמלות מינימום להפצה (או בלשון אחר, חיוב הסופר במכירת ספריו לבתי המסחר במחיר נמוך מהמחיר שהיה נקבע בתנאי תחרות). ההסדר אף פוגע ביכולת העמידה בתחרות של מתחרים חדשים בענף שיווק ספרי משפט, פגיעה אשר תבטיח בסופו של דבר, כי הפצת ספרות משפטית תעשה במחירים גבוהים מהמחירים שהיו נקבעים בתנאי תחרות.

14. החלטה מתואמת בדבר הטלת חרם מסחרי על יצרן לצורך כפיית תנאי מסחר הוא הסדר כובל מהחמורים ביותר.

15. חוק ההגבלים מ-1988 מגדיר "הסדר כובל" באופן כללי ורחב - הסדר יחשב ככובל בכל מקרה בו הוא פוגע או עלול לפגוע בכל דרך שהיא בתחרות העסקית בין הצדדים. לצד הגדרה רחבה זו קובע סעיף 2 (ב) לחוק חזקה לפיה יראו כהסדר כובל, הסדר הכולל את הכבילות המפורטות בסעיף, מבלי שיהא צורך לבחון לאור המבחן האיכותי הכללי, האמור בסעיף 2 (א) לחוק ההגבלים, וללא נפקות להשפעה הכלכלית של ההסדר על הענף הרלוונטי.

מכאן נקבע האיסור בסעיף 4 לחוק על עשיית הסדר כובל או על עשיית דבר או המנעות מעשותו על פי הסדר כובל, אלא אם כן קיבלו הצדדים להסדר אישור כדן. הפרת האיסור מהווה עבירה פלילית (סעיף 47 לחוק ההגבלים) ואף מקימה ביצוע עוולה נזיקית (סעיף 50 לחוק ההגבלים) וגוררת בחובה בטלות ההסכם המכיל את הכבילה, אם נעשה כזה (סעיפים 30 - 31 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג 1973).

16. בנסיבות הענין, ההתארגנות המשותפת של בתי המסחר כנגד חברת דין הינה בגדר הסדר כובל, לאור המבחן האיכותי כהגדרתו בסעיף 2(א) לחוק ההגבלים. אעמוד על היסודות הנדרשים ודבר קיומם בענינו :

א. **"הסדר"** - ההגדרה של הסדר בסעיף 1 לחוק ההגבלים רחבה וחובקת את כל צורות ההתארגנות האפשריות, אשר יש בהן פגיעה או חשש לפגיעה בתחרות העסקית, וכלשון הסעיף:

"הסדר- בין במפורש ובין מכללה, בין בכתב ובין בעל-פה או בהתנהגות. בין אם הוא מחייב על-פי דין ובין אם לאו"

המחוקק בחר להדגיש את תוכנה הכלכלי האמיתי של ההתארגנות ולא את צורתה. כל התארגנות שיש בה משום תיאום הפוגע בתחרות כדי יצירת הסדר כובל, הרי זהו הסדר במשמעותו בחוק ההגבלים, תהא צורת ההתארגנות אשר תהא.

במקרה קא עסקינן, התגבש הסדר בין בתי המסחר אשר שיאו בכתב, החתום ע"י ששת בתי המסחר, ובו הודעת החרם לחברת דין. קדמה להודעת החרם התייעצות טלפונית בין בתי המסחר בה החליטו בצוותא חדא לשלוח מכתב אחד חתום על ידם "במקום ששה מכתבים נפרדים"¹³. מר פרץ מ"בורסי" ניסח את המכתב ודאג להפיצו לאחר מכן באמצעות מכשיר הפקסימיליה

¹³ מכתבו של מר פרץ מ"בורסי" לעו"ד אלי זהר מיום 9.1.95; מר טובים אישר בהודעתו מיום 3.3.95. כי קיוו שהמכתב המשותף יצור לחץ חזק יותר על חברת דין, שם בעמ' 2 להודעה שורה 11.

לשאר בתי המסחר לחתימתם. כן שלחו בתי המסחר העתק של הודעת החרם לחנות "דיונון" שבעבר רכשה את הספר מתברת דין. לאחר משלוח ההודעה התנהלה חליפת מכתבים בין חלק מבתי המסחר לעורך דינה של חברת דין, בה הם אינם חוזרים בהם מהודעת החרם, נהפוך הוא, הם עדיין קוראים לחברת דין להפיץ את הספר באמצעות בתי המסחר ובתנאיהם.

ב. "בין בני אדם המנהלים עסקים" - במקרה עסקי אין עוררין כי בתי המסחר לספרות משפטית הם בבחינת בני אדם המנהלים עסקים.

ג. רכיב ההגבלה בסעיף 2(א) לחוק ההגבלים - הסדר יחשב הסדר כובל אם אחד הצדדים מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים. כאן הצדדים, דהיינו בתי המסחר, חברו יחדיו והסכימו כי יגבילו עצמם בכל הנוגע לרכישת ספרים בהווה ובעתיד מחברת דין. הם לא ירכשו, לא יפיצו ולא יחזיקו בחנויות ההפצה שברשותם כל ספר, שתוציא לאור חברת דין, תהא איכותו וחשיבותו בעולם הספרות המשפטית אשר תהא וללא כל נפקות לביקוש שיש לספרים אלו אצל ציבור לקוחותיהם, או לרווח הכלכלי הגלום בשיווק ספרים אלו. יסוד ההגבלה נועד לחול על כל מקרה של צמצום חופש הבחירה של מנהל העסקים והגבלת שיקול דעתו העסקי העצמאי.¹⁴

ד. הפגיעה בתחרות -

17. ראשית כפי שצוין לעיל, המשמעות הטמונה בחרם היא פגיעה בתחרות בין בתי המסחר בינם לבין עצמם. ההחלטה הקולקטיבית, אליה הגיעו בתי המסחר לא מותירה מקום לשיקול דעת ופוגעת בחירותם המסחרית בכל הנוגע לרכישת ספרים בהווה ובעתיד מחברת דין.

שנית, החרם שהטילו בתי המסחר פוגע בתחרות בין בתי המסחר לחברות ההפצה בשיטת הטלמרקטינג. ניתן אף להרחיק ולומר כי הקרטל אותו יצרו בתי המסחר, וכדבריהם במכתב - "...שיטה שאף הוצאת ספרים המכבדת את עצמה אינה נוהגת בשיטת עקיפת בתי המסחר לספר משפט...", עלול לפגוע ביכולת עמידתן של חברות ההפצה בשיטת הטלמרקטינג בתחרות בענף הפצת הספרות המשפטית ואף לדחוק חברות אלו מחוץ לענף. מסקנה זו מתחזקת גם לנוכח העובדה, שבתי המסחר מונים כאחת הסיבות למשלוח המכתב, את חששם שתחרות הוצאה לאור נוספות ילכו בדרכי חברת דין ויבחרו בשיטת הפצה עצמאית ולא באמצעותם.

18. ניתן ללמוד על הפגיעה בתחרות בענינו, מדבריו של כב' הנשיא, השופט זיילר בת.א. 961/91 פוגזי חברה לשוק בע"מ נ' דור אנרגיה (1988) בע"מ (טרם פורסם). ואלו דברי כב' הנשיא בעמ' 16 לנוסח המודפס:

"טול מקרה של ספק חדש המבקש לחדור לשוק במוצר פלוגי, והוא מחזר על פתחי אלו שמפיצים סוג מוצר זה בין הקמעונאים. אם אותם מפיצים, שבדרך הטבע מספרם מצומצם יחסית, יהיו מנועים מכך הסכמים כובלים, לקבל להפצה את אותו מוצר פלוגי, תיחסם הדרך במקרים רבים בפני אותו ספק חדש להיכנס לשוק. תיאורטית הוא יכול לחזר על פתחי הקמעונאים, שמספרם רב, ואולם פרקטית וכלכלית הדבר לא ניתן להעשות במקרים רבים. הקמת מערך שיווק עצמאי רק עבור מוצר מסוים יכולה להיות במקרים רבים בלתי כלכלית. התוצאה תהיה שהציבור ייצא נפסד מהסדרים כובלים כאלו, משום שהם מונעים

¹⁴ ראה מ. בורנובסקי, "על יסודות הכבילה שבהסדר ותוצאתה - חדש ואין חדש", מחקרי משפט ה (תשמ"ז) 132.125.

מהמפיצים הפעלת שיקול דעת מסחרי, ואוסרים עליהם לרכוש מוצר טוב יותר, או זול יותר, או המסופק בתנאים אחרים, טובים יותר."

(הדגשה אינה במקור)

כיוצא בזה, הסדר כובל, המונע מחברות הפצה חדשות בענף הפועלות בשיטות חדשות, (לדוגמא חברות הפועלות בשיטת הטלמרקטינג), שמספרן והשפעתן בענף הספרות המשפטית, מטבע הדברים, קטן, להעניק לחברות הוצאה לאור שירות של הפצת ספרים, ידחוק רגליהן של אותן חברות הפצה משוק הפצת הספרות המשפטית ולא מטעם כלכלי אלא רק בשל החרם שיוטל על חברות הוצאה לאור, שתבחרנה לשווק ספריהן רק באמצעות אותן חברות הפצה.

הסכנה, בהיות בתי המסחר מפיצים יחידים של ספרות משפטית, טמונה בכך שהם יכולים לנצל לרעה את כוחם המונופסוני כמפיצים יחידים ולשלם למחבר ספר משפטי, עבור ספרו, מחיר הנמוך ממחירו בשוק תחרותי; ומאידך גיסא לגרום לציבור הצרכנים לרכוש את הספר במחיר גבוה יותר מהמחיר שהיה נקבע בתחרות.

19. לא זו אף זו בתי המסחר עשו יד אחת כנגד חברת דין להגבילה בפעילותה העסקית ולהכתיב לה את אופן פעולתה, כך אפשר למנות את הדרישה להפיץ את הספרים ב"תנאים המקובלים" והכוונה לפי דברי גינוסר, בהודעתו מיום 3.7.95, לתשלום עמלות הפצה מקובלות וכן את הדרישה להפיץ את הספרים בהוצאת דין גם באמצעותם ולא לפנות ללקוחות פוטנציאליים במישרין, או רק באמצעות חברות ההפצה בשיטת הטלמרקטינג. הגבלה זו משמעה צמצום חופש הבחירה והתחרות של גורם עסקי לנהל עסקיו בהתאם לשיפוטו שלו.

חופש התחרות בענייננו, משמעו בין השאר, החופש של חברת הוצאה לאור לפנות לכל חברת הפצה לפי בחירתה, לשם שיווק ספרים שבהוצאתה, בהתאם לשיקוליה המסחריים ובמועד המתאים לה. וכל בית מסחר רשאי להחליט, לפי שיקוליו וחשוביו הכלכליים, למשל, משום שלדעתו אין כדאיות כלכלית מסחרית בהחזקתו ושיווקו של ספר מסוים, שכן השוק מיצה עצמו בנוגע לאותו ספר וסיכויי מכירתו קלושים וכיוצא באלה שיקולים עצמאיים. כך עובד המנגנון של שוק חופשי, בו ה"יד הנעלמה" מכתובה את כוחות השוק. לעומת זאת אסור בתכלית החלטה גורפת ושרירותית של כל בתי המסחר לא לשווק כל ספר שיצא בהוצאה מסוימת. מאחורי החלטה זו לא עומד כל שיקול כלכלי ענייני, אלא רק הרצון להגביל את התחרות.¹⁵

20. דוגמא לפוטנציאל פגיעתו הרעה של הסדר משותף של העוסקים בענף, תמצא בקשיים שהועמדו בדרכה של חברת דין למכור את הספר לחנות ה"דיונון". חנות זו פועלת, בין היתר, גם כמפיצה ראשית של ספרות משפטית, ומשווקת ספרים משפטיים שהיא רוכשת לבתי המסחר (בכובעם כמפיצים משניים). שעה שהוצע למנהלת מחלקת רכש וסיטונאות ב"דיונון" לרכוש את המהדורה השנייה של הספר, פנתה היא להיוודע מבתי המסחר בנוגע למידת הביקוש לספר, על מנת להעריך אם "הרכישה תהיה כדאית".¹⁶ בתי המסחר, השיבו כי "השוק מיצה את עצמו בענין הספר" וכי בתי המסחר לא מכרו את מן הספר כל הוואיל וחברת דין מוכרת ישירות לעורכי דין ולא דרכם.¹⁷ עוד הסבירה מנהלת מחלקת רכש בדיונון כי לפי הבנתה הטעם לכך ש"דיונון" קיבלה אף היא עותק מהמכתב היה לידעה שבתי המסחר אינם קונים את הספר מחברת דין, ואולי אף

¹⁵ ולענין זה, דברי כבוד השופט שטרומן בתי"א (ת"א) 1617/93, המ" 13006/93 וולקן מצברים בע"מ נ' איגוד המוסכים בישראל, פ"מ תשנ"ד (3) 274, 279-278.

¹⁶ חקירתה של הגב' שטרומן מיום 4.7.95, עמ' 1 שורות 15-16 ועמ' 2 שורות 4-3.

¹⁷ הודעת גב' שטרומן מיום 4.7.95, בעמ' 2 להודאה, שורות 9-4.

לרמוז ל"דיונון", "שאין טעם להכנס עם הוצאת דין למשא ומתן"¹⁸. לא יפלא איפה, שבאחריתו של דבר, הוחלט בדיונון לרכוש את הספר רק בדרך קונסיגנציה.

21. לא למותר לציין, כי לשם התגבשות יסודותיו של הסדר מספיק שתהיה הסכמה, ולא נדרש ביצוע בפועל, בוודאי שאין צורך שהביצוע יהא מושלם ותהיה פגיעה בפועל במתחרה עסקי. אכן, די להראות כי חילופי הדברים בין המתחרים יש בהם משום הסדר אסור, במקרה דנן המכתב, אותו שלחו בתי המסחר לחברת דין, על פניו יש בו ליצור הסדר כובל.

22. כפי שעולה מחומר החקירה שהונח בפני, המטרה שעמדה מאחורי משלוח המכתב, אשר כוונתו אינה משתמעת לשתי פנים, היתה על פניה צמצום התחרות והסדרתה. בתי המסחר, להם כח שוק משמעותי בענף הפצת הספרות המשפטית, רצו, באמצעות עריכת הסדר כובל ביניהם בדמות חרם קיבוצי על חברת דין, להבטיח לעצמם את השליטה בשוק הספרות המשפטית ופועל יוצא מזה לשמור על רמת רווחים גבוהה, בדרך של קביעת ה"תנאים המקובלים להפצה", דהיינו קביעת עמלות מינימום להפצה. ברי, כי פגיעה בפרנסה או ברווחים צפויים, אין בה כשלעצמה, כדי להכשיר עריכת הסדר כובל בדמות הטלת חרם ישיר או עקיף על חברת דין ועל כל הספרים שיצאו בהוצאתה בעתיד.

23. התופעה של החלטה מתואמת בדבר הטלת חרם על גורם עסקי אחר (collective boycott) מוגדרת כמעשה אשר פגיעתו בתחרות קשה, ועל כן בכל שיטות המשפט בהן קיימים חוקי תחרות זוהי התנהגות אסורה במובהק.

א. הדין בארצות הברית -

המשפט האמריקאי קובע מפורשות, כי חרם קולקטיבי (collective boycott) לפיו מסרבים גורמים עסקיים לעסוק עם אחרים אלא אם כן יכנעו האחרונים לכלליהם, מסווג כמעשה אסור לשעצמו (per-se), וחזקה שהוא פוגע בתחרות. במקרים אלו, בית המשפט לא ידרש לטיבה של המטרה לשמה הוטל החרם (וזאת להבדיל ממקרים אחרים שבהם קיומו של הסדר כובל מותנה בבדיקה עובדתית קונקרטית האם יגרום ההסדר לפגיעה או הפחתה בתחרות) וללא צורך בבחינת ההשפעות בפועל על הגוף הרלוונטי.

וברוח דומה פסק בית המשפט בפסק הדין בענין :

U.S. v. General Motors Corp., 384 u.s. 127 86 S.Ct. 1321 (1966)

שם נקבע כי הלחץ אותו הפעילה חברת ג'נרל מוטורס, בתיאום עם האגודות של סוחרים מכוניות, על חלק מסוכניה המורשים לפיו יחדלו למכור את רכביה לרשתות שיווק המוכרות את הרכבים במחירים מוזלים (discounters), הינו הסדר כובל, בדמות חרם קיבוצי, אסור (per se).

וכדברי השופט Fortas שנתן את פסק הדין, שם בעמ' 145 לפסק הדין :

"There can be no doubt that the effect of the combination or conspiracy here was to restrain trade and commerce within the meaning of the Sherman Act. Elimination, by joint collaborative action, of discounters from access to the market is per se violation of the act."

¹⁸ הודעת גב' שטרומן מיום 4.7.95, בעמ' 3 להודעה שורות 5-2.

וראה גם את פסק הדין :

Eastren States Retail Lumber Dealers Association V. U.S. 234 U.S.(1913) 600, 606-614.

שם נקבע כי ההמלצה, שהמליצו מספר אגודות של משווקים קמעונאים של עצים בפני חברי האגודות, לפיה יוחרמו ספקים (wholesalers), אשר החלו לשווק עצים ישירות לצרכנים הסופיים, שלא באמצעות המשווקים חברי האגודות (ההמלצה הועברה לחברי האיגוד באמצעות עלון של האגודות, בו פורסמו שמות הספקים, אשר "נתפסו" בשווק ישיר לצרכנים פרטיים), הינה התנהגות אנטי תחרותית ובלתי חוקית.

בעמ' 614 לפסק הדין מציין השופט Day :

"When the retailer goes beyond his personal right, and, conspiring and combining with others of like purpose, seeks to obstruct the free course of interstate trade and commerce and to unduly suppress competition by placing obnoxious wholesale dealers under the coercive influence of a condemnatory report circulated among other, actual or possible customers of the offenders, he exceeds his lawful rights."

ובענין :

FTC v. Superior Court Trial Lawyers Association, 493 U.S. 411, 110 S.Ct. 768 (1990).

שם נדון הסכם בדבר תעריף מינימלי "price fixing", אותו ערכו עורכי דין ממונים ע"י המדינה, לפיו לא ייצגו לקוחות חדשים במשפטים פלילים, המופנים אליהם ע"י המדינה, אם האחרונה לא תשלם להם שכר טרחה גבוה יותר מבעבר עבור שירות זה. בית המשפט קבע כי הסכם, לפיו מסרבים עורכי הדין להעניק שירות אלא אם המדינה תיכנע לתכתיביהם ושמטרתו להשפיע על מחירים, הינו אסור (per se) ללא שבית המשפט ידרש לסבירותו, למרות שההסכם היווה מעין "עצומה", בעלת מסר פוליטי (הזכות להגשת עצומה כזו מעוגנת בתיקון מס' 1 לחוקה האמריקאית), כלפי המדינה בגין תנאי השכר של אותם עורכי דין.

לענין הסדר כובל בדמות חרם קיבוצי, אשר לצדדים לו כח שוק משמעותי בענף, ראה דבריהם של המלומדים Ernest Gellhorn ו- William E. Kovacic בספרם "Antitrust Law and Economics" שם בעמוד 206 :

"...Where the boycotters possess market power or exclusive access to a critical competitive element and the boycott is directly aimed at limiting or excluding competitors, it is subject to per se treatment..."

אין עוררין שעל פי הפסיקה האמריקאית, חרם קיבוצי המטילים גורמים עסקיים, שמטרתו למנוע מגורמים אחרים להתחרות בהם או שמטרתו להשפיע על מחירים, פוגע בתחרות והוא בלתי חוקי לכשעצמו - per se - מבלי לבחון את כלל ההשפעות בפועל של ההתנהגות האמורה.

פרופסור Sullivan בספרו L. A. Sullivan, Antitrust (1977) 240 עומד על ההצדקה ל- per se rule בכל הנוגע לחרם קיבוצי:

"The justification for a **per se** approach must stand on the footing that a boycott always tends to do some competitive harm and, even when it also provides an offsetting benefit, that benefit could also be achieved without the boycott, in which case the net social advantage would be higher..."

העולה מן המקובץ כי משלוח הודעת החרם ע"י בתי המסחר לחברת דין מהווה הסדר כובל גם על-פי הדין האמריקאי.

ב. הקהיליה האירופאית- EEC LAW

גישה דומה ביחס לחרם קיבוצי קיימת גם במשפט הקהיליה האירופאית.

ולענין זה ראה - Butterworths, Competition law II/ 413 שם מודגש כי:

"The commission consider a collective boycott the objective of which is to eliminate a troublesome competitor to be a **particular severe violation of the rules on competition**."

ובהקשר זה ראה גם דבריהם של המלומדים Van Bael & Bellis בספרם על דיני התחרות בקהיליה האירופאית, (Van Bael & Bellis "Competition Law of the EEC" (1990) 370-371):

"A collective boycott is traditionally considered among the most pernicious violation of competition law"

ובהמשך דבריהם:

"In view of the intent to restrain the freedom of competitors to deal with others as they see fit, a collective boycott is such an obvious infringement of art. 85 that there are few reported cases"

עמדת הנציבות באשר לחרם קיבוצי באה לידי ביטוי בהחלטתה בענין Papiers peints de Belgique [1974]2 CMLR D102. 74/431 שם בעמ' 116 להחלטה:

"The collective boycott is traditionally considered one of the most serious infringements of the rules of competition, since it is aimed at eliminating a troublesome competitor. Such a boycott constitutes an intentional infringement of Article 85 (1)."

באותו ענין, ספק נייר עצמאי סרב לקבל על עצמו את רמת המחירים שנקבעה ע"י איגוד יצרני נייר במדינת בלגיה (מטרת האיגוד - פיקוח על רמת מחירים ואיכות המוצר בתעשיית הנייר), וסרב להבטיח שלקותו, רשת של חנויות לשירות עצמי, ימכור את המוצרים במחירים שנקבעו ע"י האיגוד. האיגוד החליט שלא למכור יותר לאותו ספק. הנציבות קבעה, שהחלטת האיגוד פוגעת בתחרות שבין הספק למשווקים אחרים וכי המניע להחלטת האיגוד - הרצון לפקח על רמת

המחירים בשוק, הוא מניע פסול, אשר ודאי שלא יכול להכשיר את ההחלטה.¹⁹

ענינו הרואות כי גם על-פי משפט הקהילה האירופאית הסדר בדמות חרם קיבוצי הינו אסור ובלתי חוקי.²⁰

24. ההתארגנות המשותפת של בתי המסחר הינה בגדר הסדר כובל גם מכוח החזקה הקבועה בסעיף 2(ב)3 לחוק ההגבלים, לפי חזקת הכבילה האמורה בתת סעיף זה יראו כהסדר כובל, הסדר בו הכבילה נוגעת ל"חלוקת השוק כולו או חלקו, לפי... האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו". כאן התגבשה הסכמה בין בתי המסחר לפיה כל אחד מבתי המסחר החתומים על הודעת החרם לא ישתף פעולה ולא יעשה עסקים בהווה ובעתיד עם חברת דין.

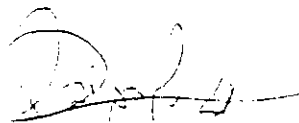
25. המסקנה המתבקשת היא כי המסכת המתוארת לעיל היא בגדר הסדר כובל. כאמור בסעיף 2 לחוק ההגבלים, הן מכח המבחן האיכותי (סעיף 2(א) לחוק ההגבלים) והן מכח החזקה הקבועה בסעיף 2(ב)3 לחוק ההגבלים. לא קמה להסדר הגנת אחד מהפטורים המנויים בסעיף 3 לחוק ההגבלים, אשר אז, על אף האמור בסעיף 2 לחוק, לא יחשב ההסדר להסדר כובל.

סיכום

אשר על כן, בהתאם לסמכותי לפי סעיף 43(א)1 לחוק ההגבלים, אני קובע שההסדר שגובש בין בתי המסחר, שסופו בהודעת החרם, הוא בבחינת הסדר כובל.

קביעה זו, כל עוד עומדת היא בעינה תהא, כאמור בסעיף 43(ה) לחוק ההגבלים, ראייה לכאורה לנקבע בה בכל הליך משפטי. אין בהחלטה זו כדי למנוע או לעכב הפעלה של כל סמכות אחרת על פי דין, כמצוות סעיף 43(ו) לחוק ההגבלים.

כל אחד מהצדדים רשאי לערור על החלטתי זו, או על חלקה, בפני בית הדין להגבלים עסקיים תוך שלושים ימים מיום שההודעה עליה הומצאה לו.



ד"ר יורם טורבוביץ
הממונה על ההגבלים העסקיים

ניתן היום, בירושלים

כ"ד שבט, תשנ"ו

14 פברואר, 1996

¹⁹ ערעור על החלטה הנציבות התקבע בחקיקה רק בכל הנוגע ל-"Effect on trade between member-States" ונקבע כי הנציבות לא הייתה שהיתה השפעה החלטת אוגיה יצרני הנייר על המסחר בין המדינות החברות בשוק המשותף. אך בכל הנוגע למסחר בתוך מדינת בלגיה, נשארה החלטת הנציבות על כנה לפיה החלטת האיגוד פוגעת בחברות שבין הסכם כמשויקום בתוך המדינה הא- [1976] *Papiers peints de Belgique v. Commission* (CMR 539).

²⁰ י"ב בעניין זה ראו: Bellamy & Child *Common Market Law Of Competition* (1993) 208.