

ה"ע 3/97

בית הדין להגבלים עסקיים

בפני כב' השופט יהונתן עדיאל - אב בית הדין
עו"ד יוסי פרלוב - חבר
עו"ד רמי הרמן - חבר

בעניין:

מגל מערכות בטחון בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד ש. פרידמן ושות'

העוררת

- נ ג ד -

הממונה על ההגבלים העסקיים

ע"י ב"כ עו"ד מרשות ההגבלים העסקיים

הממונה

פסק - דין

1. ביום 26.1.97 הכריז הממונה על ההגבלים העסקיים על מגל מערכות בטחון בע"מ (להלן - "מגל") כבעלת מונופולין בתחום אספקת גדרות התרעה בתחומי מדינת ישראל (להלן - "ההכרזה").

בהכרזה נקבע, כי שוק המוצר הרלוונטי הנו שוק אספקת גדרות ההתרעה. מדובר בגדרות התרעה אלקטרוניות עם מנגנוני התרעה מסוגים שונים כגון חיישני זעזועים, חיישנים של סיב אופטי, תייל מתוח, חוט פיאזו, כבל תת קרקעי ומנגנונים נוספים. גדרות אלה, קובע הממונה בהכרזה, להבדיל מגדרות ביטחון אחרות (אשר נועדו לשמש אך כמכשול פיזי) משמשות הן כמכשול פיזי והן כמתקן המתריע על נגיעות בגדר. ההתרעות נשלחות מנקודת הנגיעה בגדר למרכזי בקרה המאוישים על-ידי בני אדם אשר מזעיקים בעקבות ההתרעה כוחות שונים האמורים לבחון אם הנגיעה מעידה על חדירה למתקן המאובטח.

הממונה דחה בהכרזה את טענתה של מגל אשר ביקשה להרחיב את שוק המוצר ולקבוע שהשוק או הענף הרלבנטי הוא ענף ההתרעה היקפית בכלל, וכי ענף זה כולל, בנוסף לגדרות התרעה אלקטרוניות מסוגים שונים, גם אמצעי אבטחה היקפית אחרים כגון מכשירי התרעה בעזרת וידאו, חיישנים תת קרקעיים להתרעה היקפית או מערכות קרן להתרעה היקפית.

הממונה ביסס מסקנה זו על גישתם של הצרכנים אשר אינם רואים באמצעים האחרים להתרעה היקפית שפורטו על-ידי מגל אמצעים חלופיים טובים לגדרות התרעה. בהקשר זה ציין הממונה בהכרזה, שהצרכן העיקרי של גדרות התרעה במדינת ישראל, הוא משרד הביטחון הרוכש את הגדרות לצרכים שונים, בכלל זה פרישתן לאורך חלקים נבחרים מגבולותיה של המדינה. פרט למשרד הביטחון, קיימים גופים נוספים הרוכשים גדרות התרעה בהיקפים קטנים לשם הקפת ואבטחת מתקנים רגישים מבחינה ביטחונית. על גופים אלה נמנים, בין היתר, בזק, רשות הנמלים והרכבות, רשות שדות התעופה, התעשייה האווירית, התעשייה הצבאית, חברת החשמל, רפא"ל, שרות בתי הסוהר, חברת מקורות ואחרים.

בנושא הגדרת השוק, ציין הממונה בהכרזה, שמשרד הביטחון הזמין במסגרת ניסוי שהוא עורך לאישור גדרות התרעה של יצרנים אחרים (בנוסף למגל), הצעות לגדרות התרעה בלבד, ולא הזמין הצעות לגבי אמצעי אבטחה היקפית אחרים שהם, לטענת מגל, אמצעי התרעה חליפיים. מכאן למד הממונה, שמשרד הביטחון אינו רואה באמצעי אבטחה היקפית אחרים תחליף לגדרות התרעה.

בהתייחס לחלקה של מגל בשוק - הוא שוק גדרות ההתרעה במדינת ישראל - הסביר הממונה בהכרזה כי לפי המידע שנמסר לו על-ידי מגל, הלקוח העיקרי שלה בתחום גדרות ההתרעה הוא משרד הביטחון. כך, בשנת 1994 חלקו של משרד הביטחון עלה על שמונים אחוז מהיקף המכירות של גדרות התרעה על-ידי מגל. מגל הנה גם הספק הבלעדי של גדרות התרעה לגבול למשרד הביטחון. בדיקה שעשה הממונה עם גופים נוספים הרוכשים גדרות התרעה בישראל העלתה, על-פי האמור בהכרזה, כי בשנים 1992-1995 רכשו רוב הגופים האמורים את רוב גדרות ההתרעה ממגל. בין אלה מונה הממונה בהכרזה את חברת בזק

וחברת החשמל שרכשו גדרות התרעה ממגל בלבד, ואת רשות שדות התעופה והתעשייה הצבאית אשר רכשו גדרות התרעה בעיקר ממגל. עוד מציין הממונה כי לפי הנתונים שהומצאו לו על-ידי מגל עולה כי האחרונה סיפקה לצרכנים שונים בישראל מאות קילומטרים של גדרות התרעה לאורך השנים.

2. מגל עוררת על ההכרזה, והיא מעלה בעררה שש טענות:

- א. המוצר נשוא ההכרזה - גדרות ההתרעה - כלל איננו מיוצר על-ידי מגל. לפי טענה זו, מגל מייצרת רק את מערכות ההתרעה האלקטרוניות המותקנות על הגדרות אך היא אינה מייצרת את הגדר הפיזית עצמה.
- ב. בהליך ההכרזה נפלו פגמים שונים, בכללם: העדר הנמקה והעדר בדיקה "ממשית" של מהות המוצרים המיוצרים על-ידי מגל, העדר הגדרת השוק הרלוונטי ואי בדיקת נתח השוק של מגל לגבי אותם מוצרים.
- ג. מגל אינה בעלת מונופולין בשוק נשוא ההכרזה, שכן ענף כזה - של "גדרות התרעה" - אינו קיים כענף או כשוק העומד בפני עצמו. הענף הרלוונטי לבחינת כוחה של מגל בשוק הוא ענף ההתרעה ההיקפית על כל מרכיביו.
- ד. הממונה שגה בקביעת נתח השוק של מגל.
- ה. הממונה שגה בהתעלמו מכך שמגל נעדרת כוח שוק. בהעדר כוח שוק לא היה מקום להכריז על העוררת כבעלת מונופולין.
- ו. בהיותה של מגל בעלת מונופולין סטטוטורי לפי חוק הפטנטים, תשכ"ז - 1967, שמכוחו היא מחזיקה בפטנטים על כל המוצרים נשוא ההכרזה, אין להחיל עליה את פרק המונופולין שבחוק ההגבלים העסקיים, וממילא לא היה מקום להכריז עליה כבעלת מונופולין.

המוצר נשוא ההכרזה - גדרות ההתרעה - כלל איננו מיוצר על-ידי מגל

3. המוצר העיקרי אותו מייצרת מגל הוא מערכת התרעה אלקטרונית הפועלת בשיטת התייל המתוח והמותקנת על גבי גדר המשמשת כמחסום פיזי. מערכות אלה אמנם מותקנות על גבי גדרות פיזיות, אולם מגל, לטענתה, אינה מייצרת את הגדר הפיזית עצמה. לעיתים אמנם מתבקשת מגל לדאוג גם להקמת הגדר הפיזית, אלא שבמקרים אלה היא משמשת כ"מתווך" בלבד, כאשר הקמת הגדר עצמה מתבצעת בפועל באמצעות קבלני משנה המקימים את הגדר הפיזית עבור מגל. בכל מקרה, טוענת מגל, במקרים אלה מדובר במכירת מוצר נוסף ונפרד ממערכת ההתרעה המיוצרת על-ידי מגל - הגדר הפיזית. תפקידה של הגדר הפיזית, לפי הטענה, שונה לחלוטין מתפקידה של המערכת האלקטרונית המותקנת עליה. בעוד שתפקידה של מערכת ההתרעה האלקטרונית הוא להתריע בלבד, תפקידה של הגדר הפיזית ליצור מכשול פיזי המקשה על החדירה. עצם התקנתה של המערכת האלקטרונית על גבי גדר זו אינה הופכת את המערכת האלקטרונית למכשול פיזי, שכן פונקציה זו - המכשול הפיזי - מושגת רק באמצעות הגדר הפיזית עצמה, אשר איננה מיוצרת על ידה.

4. סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים מגדיר בעל מונופולין כמי שמספק למעלה ממחצית המוצרים או השירותים לשוק. משמע, המבחן הקובע לעניין זה הוא מבחן האספקה ולא

מבחן הייצור. כך נקבע גם בערר 1/89 **תעשיות אלקטרוכימיות (פרוטרום) בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים**, פסקים מחוזיים תשנ"ב (3) 203, 190 :

"המבחן לעניין קיום מונופולין, על-פי סעיף 26(א) לחוק, הוא 'אספקת נכסים' ולא 'ייצור'".

5. מכאן, שעצם העובדה שמגל אינה מייצרת את מרכיבי הגדר הפיזיים, אינה מונעת את הכללתם של אלה בגדרו של המוצר נשוא ההכרזה, אם בפועל מגל מספקת יחד עם המערכות האלקטרוניות הנמכרות על ידה גם את התשתית והרכיבים הפיזיים של הגדר. לעניין זה גם אין נפקה מינה לכך שהתשתית הפיזית מוקמת בפועל על-ידי קבלני משנה אותם מעסיקה מגל לצורך בניית הגדר.

6. השאלה העולה היא אם מגל מספקת ללקוחותיה את הגדר המלאה, הכוללת הן את המרכיב הפיזי והן את מערכת ההרתעה (להלן - "הגדר המלאה").

7. מר דקל, מנכ"ל העוררת הצהיר בעניין זה :

"9. מגל אינה בונה את התשתית עליה מורכבת מערכת התראה (תשתית זו כוללת את הכנת הקרקע, חגורות הביטחון, התקנת עמודים קונסטרוקטיביים - אליהם מחברים את עמודי הגלאים, מתקני חסימה פיזית, כגון רשתות פלדה, קונצרטיות וכו', הכל בנוסף למערכת). חשוב להדגיש כבר עכשיו כי כשמדובר בגדר אתראה אלקטרונית יש להבחין הבחן היטב בין התשתית הפיזית - קונסטרוקטיבית, לבין מערכת האתראה המותקנת בה או על גביה (תיל מתוח או אחרת). התשתית הפיזית - קונסטרוקטיבית מבוצעת על-ידי המזמין והיא גם שקובעת, בכפוף לאיפיוני מערכת האתראה, את המרחקים שבין העמודים ואת המרווחים שבין הגלאים (או התילים) שעל כל עמוד. המזמין הוא גם זה שקובע אם בנוסף לתילים תכלול הגדר, גם מכושלים נוספים, כגון גדר -רשת, תיל דוקרני וכו'. לעניין ההבחנה בין הגדר ובין המערכת האלקטרונית להלן מספר עובדות : א. מגל אינה עוסקת בהקמת בסיס הגדר, העמודים ויתר רכיבי המחסום הפיזי שאינם חלק ממערכת האתראה. ב. מגל מייצאת את המערכת לחו"ל, מובן שאינה מייצאת גדר פיזית. ג. במקרים רבים מספקת מגל את המערכת והתקנתה על גבי גדר קיימת. ד. תמחור מוצריה של מגל אינו נוגע למאפייני הגדר הפיזית, אלא מבוסס על מרכיבי המערכת האלקטרונית. מצורף לכתב הערר כנספח "ג" מכתב ממושרד הביטחון למג בו סיכום מחירים לאחר בדיקת מחירי רכיבי המערכת "יעל 15" על-ידי משרד הביטחון. לפי מכתב זה נקבעו ונקבעים מחירי המערכת למשרד הביטחון. ה. במכרזי משרד הביטחון, הכנת התשתית כולל הקמת הגדר הפיזית, ואספקת מערכת אתראה הנם נשוא שני מכרזים נפרדים, שאינם קשורים זה בזה.

ובכן הכללת הגדר יחד עם המערכת האלקטרונית היא מאולצת ואין לה אחיזה במציאות".

"10. לעתים קורה שמגל מקבלת לידיה הקמת גדר אתראה הכוללת גם את הגדר הפיזית בתנאי Turn Key, אזי היא פונה לקבלן משנה שיבצע בעבורה את הקמת הגדר הקונסטרוקטיבית, ושזו מוקמת מוסיפה עליה מגל את מערכת האתראה, כולל התיל המתוח והחיישנים".

יש לציין כבר עתה שמר דקל לא נחקר על נושאים אלה שבתצהירו בחקירתו הנגדית.

8. הממונה מבקש בסיכומיו שלא לקבל את עדותו של מר דקל. לטענתו, עולה מהראיות כי מגל מספקת ללקוחותיה לא רק את מערכות ההתרעה האלקטרוניות אלא גם את הגדר הפיזית. הממונה מבסס טענתו זו על מכתבו של מנהל הכספים של מגל לרשות ההגבלים העסקיים מיום 17.10.96, אליו צורפה טבלה המסכמת את מכירות גדרות ההתרעה לשנים 1992 - 1995, ועל חוות דעתו של מר זילברשטיין, עדותו של רס"ן סוקל ותעודות הפטנטים שצורפו על-ידי מגל לבקשתה.

9. לראיות אלה נתייחס בהמשך. בשלב זה ניתן לקבוע שהעוררת אכן מספקת ללקוחותיה, פעמים, גם את הגדר המלאה, היינו הן את הגדר הפיזית והן את מערכת ההתרעה. כך עולה גם מתצהירו של מר דקל, אשר לא הכחיש ש"לעתים קורה שמגל מקבלת לידיה הקמת גדר אתראה הכוללת גם את הגדר הפיזית בתנאי Turn Key". העובדה שהעוררת מקימה במקרים אלה את הגדר באמצעות העסקת קבלני משנה, כפי שהוסבר לעיל, איננה שוללת את עצם אספקת הגדר על ידה ללקוחותיה.

נתח השוק של מגל

10. על-פי תצהירו של מר קפלן עולה, כי בין השנים 1992 עד 1995 עמד נתח השוק של העוררת בכלל שוק גדרות ההתרעה על שיעור שבין 80% ל-93%. בשנת 1992 מכרה העוררת גדרות תיל מתוח בהיקף כספי של 10.3 מיליון ש"ח, בעוד שכלל המכירות של גדרות התרעה בשוק עמדו באותה שנה על 12.4 מיליון ש"ח. מתחריה היחידים של מגל באותה שנה היו חברת "אלפר" וחברת "רבטק" אשר מכרו חיישני זעזועים בהיקף כספי של כ- 2.1 מיליון ש"ח בלבד. לפי נתון זה עולה, שמכירותיה של מגל עלו באותה שנה פי חמש על סכום המכירות של כלל מתחריה בשוק. בשנת '93 גדל חלקה של העוררת בשוק והגיע ל-88%. מתוך היקף המכירות הכולל בשוק, שעמד אותה שנה על 13,311,000 ש"ח, מכרה העוררת תיל מתוח בהיקף כספי של 11.7 מיליון ש"ח. בשנת '94 עלה חלקה של העוררת בשוק עד כדי 93%, ובשנת '95 הוא ירד לכ-80%.

מר קפלן ביסס את החישוב על נתוני המכירות של תשע חברות המספקות מוצר זה בשוק, הוא אף ציין את שמותיהם של העובדים באותן חברות אשר מסרו לו את הנתונים, ואיננו רואים סיבה שלא לקבל נתונים אלה.

במהלך הדיון בבית הדין הציג הממונה חוות-דעת כלכלית מטעמו של דוד בועז. מר בועז עדכן את הבדיקה שנערכה בשעתו על-ידי מר קפלן ביחס לשנים 1996-1998. בשנים אלה עולה, מחוות הדעת, חלקה של מגל בשוק ירד במידת מה לעומת חלקה בשנים קודמות. בשנת '96 ירד חלקה של מגל בשוק ל-71%, ובשנים '97 ו-'98 הוא התייצב על שיעור שבין 81% ל-83%.

11. בהקשר זה חשוב לציין, שהנתונים הנזכרים לעיל, עליהם ביסס הממונה את חישוביו, התייחסו למלוא היקף המכירות של מגל, בכלל זה מכירות המוצר השלם - הוא הגדר הכוללת את שני הרכיבים - הרכיב הפיזי ומערכת ההתרעה - והמכירות המתייחסות למערכות ההתרעה בלבד.

12. כאן יש להבהיר, שלאור העובדה שהמוצר נשוא ההכרזה הוא הגדר המלאה, הרי שגם חישוב נתח השוק של העוררת צריך שיתייחס לחלקה בשוק אותו מוצר זה. במילים אחרות, יש לקבוע מהו היקף המכירות של מוצר זה - הגדר המלאה - על-ידי מגל ולהשוותו לכלל היקף המכירות בשוק של מוצר זה.

13. אולם, בנושא זה לא הוצגו לפנינו נתונים המתייחסים להיקף המכירות של הגדר המלאה, לא על-ידי מגל ואף לא על-ידי מתחריה. כל הנתונים שהוצגו מתייחסים לכלל היקף המכירות: מכירות הגדר המלאה ומכירות מערכות ההתראה. כך עולה מעדותו של הכלכלן פרנקל, שבדק מטעם הממונה את נתח השוק של מגל (לאחר ההכרזה):

"ש. תאמר לי, האם כללתם בשאלות שלכם את המרכיב של התשתית? או שהתיתם רק לאלקטרוניקה שהם מייצרים.
ת. השאלה כללה את הכל, גם את המרכיב הפיזי וגם את ההתראה.

...
ת. זאת אומרת עוד פעם, בשאלה עצמה (שהציג הממונה בפני החברות המתחרות בעוררת), אולי זה לא ברור, לא מפורט, אבל לגבי ההכנסות זה בהחלט, היה סך ההכנסות שלהם ממכירות מגדרות בישראל, שכוללות אני מניח גם את הגדר הפיזית, במידה והם התקינו אותה.

...
ש. אתה לא יודע אם הם התקינו או לא.
ת. לא לפי מה ששאלנו כאן".

(פ. 26.7.2000, עמ' 114).

14. הממונה טוען בסיכומיו, כפי שכבר נזכר, שמהראיות עולה שמגל מוכרת את הגדר המלאה, בכלל זה הרכיב הפיזי של הגדר.

הראיה האחת עליה מבסס הממונה טענה זו, היא מכתבו של מנהל הכספים של מגל לרשות ההגבלים העסקיים מיום 17.10.96, אליו צורפה טבלה המסכמת את מכירות גדרות ההתראה לשנים 1992 - 1995. מנהל הכספים ציין במכתב זה, כי "אין שום אפשרות להגיש את הפירוט הנ"ל בחלוקה לפי מ"ר ונתון זה הנו חסר משמעות לחלוטין. חברת מגל מוכרת פרויקטים הכוללים מלבד הקמת הגדר, גם תשתיות תחזוקה, חלקי חילוף, תכנון ואינטגרציה של מערכות". (נספח ד' (1) לתצהירו של מר קפלן).

ממכתב זה עולה, לטענת הממונה, כי לשיטתה של מגל אין כל אפשרות להבחין במ"ר גדר מתוצרתה ונתון זה הוא "חסר משמעות לחלוטין". זאת משום שנוסף על הקמת הגדר מוכרת החברה גם את התשתית לה. ראוי לתת את הדעת, טוען הממונה, כי מגל לא טענה בפני הממונה כי אין באפשרותה להמציא נתונים למ"ר משום שאינה מספקת גדר אלא אלקטרוניקה, כטענתה בסיכומיה, אלא כי לא ניתן לבדוד את מחיר הגדר ממחיר ההקמה והתשתית, אשר גם אותן היא מספקת.

איננו מקבלים טענה זו. ראשית, לא ברור מהמכתב למה התכוון מנהל הכספים בדברו על "תשתית". שנית, גם בהנחה שהכוונה הייתה לרכיב הפיזי של הגדר, הרי עובדה זו, למעשה, אינה שנויה במחלוקת. שכן גם מנכ"ל מגל מודה שפעמים מוכרת מגל ללקוחותיה גם את התשתית הפיזית של הגדר. השאלה היא מהו היקף המכירות של הגדר המלאה. על כך אין למצוא תשובה במכתבו של מנהל הכספים של העוררת. גם העובדה שמנהל הכספים של מגל טען שלא ניתן לבדוד את המחיר למטר גדר, אינה נוגעת לענייננו, שכן מה שמתבקש בהקשר שלפנינו, הוא חילוץ הנתונים הנוגעים לאותן מכירות שבהן מכרה מגל את הגדר על שני מרכיביה. לכאורה אין לראות מדוע לא ניתן לבדוק את היקפן של אותן מכירות על יסוד בדיקת כל המכירות שבהן מכרה מגל את הגדר המלאה. מכל מקום, מנהל הכספים לא העיד במשפט, וקשה לסמוך בנושא זה על קטע של מספר שורות מתוך מכתבו, מה גם שמנכ"ל מגל כלל לא נחקר בנושא זה.

הראיה האחרת, לטענתו של הממונה, היא חוות הדעת הכלכלית של מר זילברשטיין, אשר לפיה הנתונים בדבר מכירות מגל לשנת 97' כוללים גם את התשתית הפיזית. כדי לחלץ את הנתונים הכספיים הנוגעים למערכות האלקטרוניות לבדן, ניכה מר זילברשטיין מסכומים אלה סכום של כ - מיליון דולר. מכאן נובע, לטענת הממונה, שגם הכלכלן מטעמה של העוררת הסכים שמכירותיה של העוררת כוללות גם את הרכיב הפיזי של הקמת הגדר. לדעתנו, לא ניתן להסיק מדרך החישוב שנערכה על-ידי מר זילברשטיין את המסקנה שמבקש הממונה ללמוד מחוות דעת זו. ראשית, מר זילברשטיין לא מסר בתיק זה עדות עובדתית, וקשה ללמוד מחוות דעתו מסקנות עובדתיות בנושאים השנויים במחלוקת. זאת, גם בהתחשב בעדותו של מר דקל בנושא זה. שנית, הבסיס לניכוי האמור של כמיליון דולר מהסכום הכולל של מכירות של מגל בשנת 1997 על חשבון תשלומים לקבלני משנה עבור הקמת תשתיות לא הובהר. מכל מקום, מניכוי זה אין עולה, בהכרח, שכל מכירותיה של מגל כללו גם רכיבים פיזיים של הגדר. בנוסף, התחשיבים המתייחסים לשנת 1997 נוגעים לתקופה שלאחר ההכרזה.

תמיכה בטענתו של מר דקל, לפיה מגל אינה מוכרת בכל המקרים את הרכיב הפיזי של הגדר, ניתן למצוא גם בכך שאין מחלקות בין הצדדים שלפחות בחלק מן המקרים מתקינה מגל את המערכת האלקטרונית על גדרות קיימות, שאז אין צורך בהקמת גדר פיזית. תמיכה נוספת בגרסתו זו של מר דקל עולה מעדותו של מר ריבק, מנכ"ל חברת רבטק, שהיא אחת המתחרות של מגל אשר מייצרת גדרות התרעה הפועלות על בסיס חיישני זעזועים:

י"ש. אתה מוכר גם את הגדר הפיזית?

כאשר יש דרישה במכרז לספק גם גדר פיזית, אנחנו מציעים גם את הגדר הפיזית.

ש. וכמה מתוך סך המכירות של גדרות אלקטרוניות מסוג זעזועים אתה מוכר גם את הגדר הפיזית?

ת. אחוזים בודדים, אני לא יודע מספרים מדויקים אבל אחוזים בודדים"

(פ. 25.5.2000, עמ' 40-41).

עדותו זו איננה מחייבת, כמובן, שגם אצל מגל התקיימה חלוקה דומה בין מכירות של הגדר המלאה לבין מכירות של המערכת האלקטרונית, אך היא תומכת בטענה, שבמקרים רבים בענף זה אין מוכרים את הרכיב הפיזי של הגדר אלא את מערכת ההתרעה בלבד.

גם עדותו של רס"ן סוקל, לפיה גדרות ההתרעה כוללות, כחלק מובנה של הגדר, גם את הרכיב הפיזי, כמו גם תיאור הפטנטים של מגל אשר משתרעים לפחות בחלקם, גם על הרכיב הפיזי של הגדר, אינם מחייבים את המסקנה שבפועל מגל הייתה זו אשר סיפקה ללקוחותיה בכל המקרים או אף בחלק גדול מהם גם את הרכיב הפיזי של הגדר.

15. בהקשר זה יצוין, שמר קפלן, הכלכלן אשר בדק מטעמו של הממונה את נתח השוק של העוררת, כלל לא היה מדוע לכך שהעוררת מייצרת ואף מוכרת (על-פי טענתה) רק את הרכיבים האלקטרוניים של מערכת ההתרעה:

י"ש. אתה הייתה מודע לזה שקיבלת את התיק שמגל לא מייצרת את המוצר הזה?

ת. שהיא לא מייצרת גדרות התרעה?

ש. כן.

ת. למה לא?

ש. כי היא מייצרת רק את האלקטרוניקה של ההתרעה, אתה מודע לעניין הזה? או שאתה חושב שהיא מייצרת גם גדר פיזית וגם הרתעה בכל המקרים.

ת. אני לא יודע, אני צריך לחשוב על זה.

ש. בבקשה.

ת. אני לא רואה אני לא מבין מה ההבדל.

ש. אז בוא נסביר את ההבדל. גדר התרעה לטענת ההכרזה ולטענת הרשות

מורכבת משני קומפוננטים ...

...

ת. אני לא יודע אם מגל מייצרת גדרות פיזיות או לא.
אתה לא יודע אם מגל מייצרת גדרות פיזיות?
ת. אני מניח שלא".
(עמ' 116-117).

16. המסקנה העולה מהאמור היא שלא הוכח מהו נתח השוק של העוררת בהתייחס למוצר נשוא ההכרזה. לא זו אף זו, הוכח שנתח השוק אשר חושב על-ידי הממונה בוסס על נתונים שאינם מתייחסים למוצר נשוא ההכרזה, ודי בכך כדי להביא לביטול ההכרזה.

צמצום ההכרזה

17. הממונה מבקש, לחילופין, אם יקבל בית הדין את טיעונה של העוררת כי היא אינה מספקת את המוצר נשוא ההכרזה, לצמצם את הגדרת המוצר כפי שזו נקבעה בהכרזה, לקבוע כי השוק הרלבנטי הוא שוק ה"רכיבים אלקטרוניים לגדרות התרעה", ולאשר את הכרזתה של העוררת כבעלת מונופולין בשוק זה. זאת, לאחר שהוכח, לטענת הממונה, כי לעוררת, למצער, נתח שוק העולה על 50% בשוק זה של הרכיבים האלקטרוניים לגדרות התרעה.

18. מחלוקת ראשונה שהתעוררה בין הצדדים בנושא זה היא, האם בית הדין רשאי לשנות את ההכרזה ולהחילה, למעשה, על מוצר אחר. במחלוקת זו אנו סבורים שהדין, בעיקרון, עם הממונה. זאת, לאור הוראת סעיף 43(ד) לחוק ההגבלים העסקיים הקובע כי בערר על הכרזת הממונה רשאי "בית הדין, לאחר ששמע את הצדדים, ... לאשר את קביעת הממונה, לבטלה או לשנותה".

במקרה הנוכחי, אין מדובר במוצר אחר השונה לגמרי מהמוצר נשוא ההכרזה. זאת, משום שההכרזה מלכתחילה התייחסה גם לרכיבים האלקטרוניים שבגדרות ההתרעה. משכך, שינוי ההכרזה מתבטא, למעשה, בצמצומה תוך הותרת ההכרזה בייחס לאחד מרכיבי המוצר וביטולה לגבי הרכיבים האחרים. שינוי זה, אנו סבורים, רשאי בית הדין, בעיקרון, לעשות.

19. עם זה, בנסיבות העניין, הגענו לכלל מסקנה, שלא ראוי יהא לשנות את ההכרזה כפי שמבקש הממונה. זאת ממספר טעמים:

ראשית, הבקשה הועלתה על-ידי הממונה באופן פורמלי רק בסיכומי, שהוגשו לאחר סיכומיה של העוררת. הנושא אמנם עלה תוך כדי חילופי דברים גם במהלך הדיונים, אך בשום שלב של הדיון עד להגשת הסיכומים לא הגיש הממונה בקשה קונקרטית לצמצום ההכרזה, והוא גם לא פירט את הגדרת השוק החילופית שאותה הוא מבקש לאמץ. בנסיבות אלה נמנע מהעוררת להתייחס להצעתו/בקשתו של הממונה במהלך הדיונים, ולא ראינו לפתוח את הדיונים בתיק זה מחדש.

שנית, טיבו של המוצר, או שוק המוצר נשוא הבקשה החילופית - "רכיבים אלקטרוניים לגדרות התרעה" - אינו ברור כל צרכו. האם, למשל, מערכת ההתרעה מורכבת מרכיבים אלקטרוניים בלבד? האם התייל הנמתח בין הגלאים, ייחשב אף הוא כרכיב אלקטרוני? מנכ"ל העוררת, מר דקל, הפנה בתצהירו לנספח ג' לערר, שהוא מכתב ממושרד הבטחון למגל, ובו סיכום שנקבע לגבי מחירי הרכיבים של מערכת "יעל 15". על-פי התצהיר, עולה שמכתב זה מתייחס לכלל רכיבי הגדר המסופקים על-ידי העוררת, אך הוא אינו כולל את הקמת הגדר הפיזית אלא את הספקת מערכת ההתרעה בלבד. העיון בנספח זה מלמד שמשרד הביטחון חילק את המחירון למחירים המתייחסים לרכיבי האלקטרוניקה (סעיף 11 למחירון), ומחירים המתייחסים לפריטים אחרים שאינם רכיבים אלקטרוניים. עם זה, עולה מאותו מכתב, שגם הרכיבים האחרים שאינם רכיבים אלקטרוניים, הנם חלק ממערכת ההתרעה שאותם מספקת העוררת ללקוחותיה. לאור כך, לא ברור מדוע יש לקבוע ששוק המוצר מתייחס לרכיבים האלקטרוניים בלבד ואיננו מתייחס למערכת התרעה כולה.

שלישית, לא הובהר מדוע יש להגדיר את שוק המוצר כשוק המתייחס לרכיבים האלקטרוניים של המערכת ולא למערכת ההתרעה עצמה.

20. לאור אלה, אנו סבורים שלא ניתן להיענות לבקשתו החלופית של הממונה ולצמצם את ההכרזה, כפי שמתבקש על ידו.

21. המסקנה דלעיל עשויה לייתר את הדיון בשאלות האחרות שעלו בפנינו בהליך זה. חרף זאת, למקרה וטעינו בהחלטתנו, ולאור ההיקף הנרחב של הטענות שעלו בפנינו בסוגיות האחרות שבתיק זה, החלטנו להתייחס בפסק הדין גם לנושאי המחלוקת האחרים.

הגדרת השוק

22. לטענת העוררת הממונה טעה בהגדירו את שוק המוצר כשוק "אספקת גדרות התרעה". הגדרת שוק זו, נטען, מצומצמת מידי שכן היא אינה כוללת מערכות התרעה נוספות שהן מערכות חלופיות טובות לגדרות ההתרעה ועל כן יש לכלול גם אותן בהגדרת השוק.

23. השוק הנכון, לשיטתה של העוררת, הוא שוק מערכות ההתרעה, אשר כולל את המוצרים הבאים:

א. מערכות המבוססות על קרן אינפרא אדום, MICRO WAVE, או לייזר (קרניים בלתי נראות).

ב. מערכות המבוססות על תיילים תת קרקעיים (מערכות טמונות).

ג. מערכות טלוויזיה במעגל סגור (טמ"ס - C.C.T.V.)

ד. מערכות VMD (Video Motion Detection) - שהן מערכות טמ"ס המתריעות על תנועה בשטח.

ה. מערכות המבוססות על שיטת התיל מתוח (שהוא המוצר העיקרי המיוצר על-ידי העוררת).

ו. מערכות המבוססות על חיישני זעזועים.

ז. מערכות המבוססות על סיבים אופטיים.

ח. מערכות מכ"ם (קשת).

ט. מערכות המבוססות על כבל פיאזו.

י. מערכות המבוססות על חיישנים אקוסטיים.

24. אין מחלוקת בין המומחים שהעידו לפנינו מטעמם של שני הצדדים, שמערכות ההגנה אשר נכללות לטענת העוררת בהגדרת השוק, אינן מערכות זהות, והן נחלקות, למעשה, לחמש קבוצות נפרדות.

גדרות התרעה - אלה המוצרים הנופלים בהגדרת שוק המוצר (שוק אספקת גדרות ההתרעה)

לשיטתו של הממונה, והן כוללות את מערכות ההתרעה הבאות:

מערכת תיילים מתוחים - מערכת ההתרעה העיקרית המיוצרת ומסופקת על-ידי העוררת, אשר מורכבת ממספר תיילים מתוחים אופקית.

גדר חשמלית - גדר חשמלית המבוססת על מתח חשמלי גבוה.

מערכת זעזועים - גדר רשת עליה מורכבים גלאי זעזועים.

מערכת סיבים אופטיים - גדר המורכבת מרשת של סיבים אופטיים.

כבל פיאזו - כבל המתוח לאורך גדר רשת הקולט, באמצעות חיישן, רעשים וזעזועים.
כבל מקרופוני - כבל המתוח לאורך גדר והקולט רעשים.

מערכת טלוויזיה במעגל סגור (c.c.t.v.)

מערכת של מצלמות טלוויזיה המקושרות לחדר בקרה, שבו מתבצע זיהוי הגורמים החודרים למתחם הסגור. כפי שמציין הכלכלן דוד בועז, בעבר חייבה מערכת זו פיקוח אנושי מתמיד על תמונות המסכים, אולם בעשור האחרון נכנסה לשימוש, כהשלמה ל- c.c.t.v., מערכת ה-VMD (Video Motion Detection) המאפשרת התרעה ללא סיוע גורם אנושי באמצעות קישור ליחידת מחשב המתריע על ניסיונות חדירה.

גלאי קו ראייה.

אלה מערכות התרעה המבוססות על אלומה אקטיבית או פסיבית (גלאי קו ראייה). מערכת זו מבוססת על משדר המשדר קרני אינפרא אדום הנקלטות על-ידי מקלט ותוחמות את המתקן המוגן. מערכות אלה כוללות:
מערכת אינפרא-אדום אקטיבי - מערכת הכוללת משדר המשדר קרני אינפרא-אדום הנקלטות על-ידי מקלט;
מערכת אינפרא-אדום פסיבי - מערכת הכוללת משדר המשדר קרני אינפרא-אדום;
מערכת Micro Wave - מערכת הכוללת משדר המשדר אלומה בתדר מסוים הנקלט על-ידי מקלט.

מערכות תת קרקעיות (טמונות)

אלה מערכות התרעה הטמונות בקרקע ומבוססות על חיישנים שונים, כמו כבל "זולג", סיבים אופטיים, אלומת שדה מגנטי, גאופונים ומרבדי לחץ, המזהים מעבר גופים על פני הקרקע.

מתקני רדאר

("קשת") - מכ"מים מסוגים שונים המוצבים סביב המתחם המוגן המזהים תנועות. מערכת זו נמצאת בישראל בשימוש הצבא בלבד.

25. הממונה אינו חולק על כך שבגדרו של השוק הרלבנטי שהוא, לשיטתו, שוק גדרות ההתרעה, נופלים המוצרים המתוארים בקבוצה הראשונה - היא קבוצת גדרות ההתרעה. השאלה הנשאלת בהליך זה הנה האם יש לכלול בהגדרת השוק גם את ארבע קבוצות המוצרים האחרות, ובעיקר את מערכת הטלוויזיה במעגל סגור.

26. בפועל מתמקדת המחלוקת בתיק זה במערכת הטלוויזיה במעגל סגור. זאת משום שגם לשיטתה של העוררת, רק הכללתו של מוצר זה בהגדרת השוק עשויה להקטין את נתח השוק שלה לשיעור הנופל מ- 50% ובכך להביא לביטול ההכרזה.

כך עולה מעדותו של מר זילברשטיין:

"אני חושב שיש פה שתי קבוצות מוצרים עיקריים, שנראה לי שאין מחלקות שהם עיקר המכירות, בין אם הם שייכים לשוק או לא לשוק. מערכת אחת זה המערכות שמגל מוכרת, הגלאים של מגל, והצד השני זה מה שנקרא CCTV, מערכות במעגל סגור ולכן הבדיקה שלנו התמקדה במערכות האלה. ... יש פה עשרות מערכות, ולכן הבדיקות שלנו על המערכות השוליות שיש פה הסכמה כללית שהם ההיקף שלהם נמוכות, ... הבדיקה היתה מאוד מאוד שטחית ואני מודה בזה. עיקר הבדיקה היתה, הבדיקה היסודית שלפי החומר אפשר להתרשם שהיא לא הייתה שטחית. עיקר הבדיקה היתה בשני סוגי המערכות."

(פ. 18.5.2000, עמ' 20).

לפיכך, יתמקד הדיון בעיקר בשאלה האם הגדרת שוק המוצר צריך שתכלול את מערכת הטלוויזיה במעגל סגור.

27. הגדרת שוק המוצר כוללת כידוע את אותם מוצרים שהם תחליפים במידה קרובה מספיק למוצר הנחזה כמוצר שבמונופולין (הוא המוצר נשוא ההכרזה), כך שהעלאת מחירו של מוצר זה תביא למעבר קונים למוצרים התחליפיים ועקב כך להפחתת הכמות הנמכרת ממנו באופן שיפגע ברווחיו של הספק.

בעל מונופולין היפותטי, השולט באופן מלא על קבוצת מוצרים זו, מקיים בידו כוח שוק, שכן מוצרים הנופלים מחוץ לגדרו של שוק זה אינם מוצרים תחליפיים למוצרים שבשליטתו, ואין בהם כדי לרסן את כוח השוק המונופוליסטי שבידו.

כפי שהגדיר זאת בית המשפט העליון בעניין **תנובה**, (ע"א 2247/95 **הממונה על ההגבלים העסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף ושיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ**, פ"ד נב(5) 213, (232):

"למעשה, השוק הרלבנטי הנו אותו השוק שבו שליטתה של פירמה יכולה לאפשר לה להקטין תפוקה ולהעלות מחיר מעבר לעלות השולית תוך גריפת רווח".

28. נקודת המוצא בקביעת השוק הרלבנטי, היא במוצר המסופק על-ידי הפירמה הנחזית כבעלת מונופולין. על בסיס נקודת מוצא זו, תיבדק האפשרות להרחיב את הגדרת השוק תוך בחינת קיומם של מוצרים תחליפים, שהם קרובים דיים למוצר הנבחן, שאליהם עשויים הצרכנים לעבור עקב העלאת המחיר, ובכך לפגוע ברווחיו של בעל המונופולין. (ראה הנחיות הגדרת השוק של הנציבות האירופאית - Commission Notice On The Definition of The Relevant Market For The Purpose of Community Competition Law, at section II; וכן הגדרת השוק בהנחיות המיזוגים של רשויות האכיפה בארה"ב - Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines 1992, at para 1.11).

שיעור העלאת המחיר אשר נחשב כאינדיקטור מספיק לשם מדידת השינוי בביקושים למוצרים הרלבנטיים עומד, על-פי הספרות הכלכלית, על כ-5% ל-10%.

29. המבחן העיקרי המשמש לאיתורם של מוצרים נוספים אשר עשויים לפול בגדרו של השוק הוא מבחן תחליפיות הביקוש בין המוצרים. מידת התחליפיות נמדדת על-פי גמישות הביקוש הצולבת (cross elasticity of demand) ביחס למחיר. מבחן זה מודד את ההשפעה שיש לשינוי במחירו של מוצר אחד על הביקוש למוצר האחר. כאשר העלאה במחירו של מוצר א' תביא לתנועה גדולה של קונים ממוצר א' למוצר ב', משמעות הדבר הנה, שגמישות הביקוש הצולבת של שני המוצרים הנה גבוהה, היינו, שמוצר ב' הוא מוצר תחליפי למוצר א'. (ראה: **בזק** (ערר 7/95 **בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים**, דינים-מחוזי, לב (1) 66).

30. כפי שמציין הכלכלן דוד בועז אשר הגיש חוות-דעת מטעם הממונה, יישום המבחן של גמישות הביקוש הצולבת מחייב בדיקה אקונומטרית על בסיס נתונים אמפיריים אודות התנהגות הצרכנים. בדיקה כזאת אמנם עשויה לספק תשובה ברורה לגבי גבולותיו של

השוק. אולם יישומו בשטח של מבחן זה על בסיס "מדידה אמפירית של גמישות הביקוש הצולבת היא במקרים רבים מלאכה קשה עד בלתי אפשרית. אחת הבעיות העיקריות במדידה אקונומטרית את גמישות הביקוש בשווקים שונים הינה הדינמיקה השוררת בהם, הגורמת לאי יציבות של המשתנים המסבירים ברגרסיה. שינויים תכופים בתנאי השוק מקשים הן על איסוף תצפיות והן על בחירת משתני הסבר הנכונים".

לפיכך, מציין הכלכלן דוד בועז, "במרבית המקרים נוהגת הפרקטיקה הכלכלית והמשפטית להשתמש במבחן האיכותי להגדרת השוק". המבחן האיכותי בודק את מידת התחליפיות בין המוצרים על-פי אמות מידה ענייניות ופרקטיות (אך לא כמותיות) שנועדו ליתן תשובה משוערת לגבי מידת התחליפיות בין המוצרים.

כך מציין המלומד H.Hovenakmp בספרו 199, p. 90 **Federal Antitrust policy**, 2nd Ed

"But over a broad range of cases, product definition depends on substitutability in consumer's eyes, and since consumer utility cannot be measure by some easily identified criterion, such as cost transportation, the market definition qustion can become very difficult. Theoretically, we can measure consumer responses dirctely by looking at substitution rates, or elasticites. ... But such methodologies depend on the existence of good data, and those are not always available".

ברוח דברים אלה כך נקבע גם על-ידי בית המשפט העליון של ארה"ב בפסק הדין **Brown Shoe** : **Co. v. U.S.A.**, 370 U.S. 294 (1962)

"The boundaries of such submarket may be determined by examining such practical indicia as industry or public recognition of the submarket as a separate economic entity, the product's peculiar characteristics and uses, unique production facilities, distinct customers, distinct prices, sensitivity to price changes and specialized vendors". (p. 325).

31. מדדי איכות פרקטיים אלה כוללים, בין היתר, את האינדיקטורים הבאים:

- היעוד והשימוש אשר נעשה במוצרים;
- הנתונים הפיזיים-אובייקטיביים של המוצרים;
- מחיר המוצרים;
- מבנה הביקוש וההיצע, תוך אפיון הלקוחות והספקים המרכזיים;
- הפרספקטיבות בקרב הנפשות הפועלות;
- מאפיינים אחרים של המוצרים, אשר יכולים להצביע על מידת התחליפיות ביניהם;

(ראה לעניין זה החלטת הממונה בעניין רכש דקלה על-ידי הראל, המשמר ומור, מכון למידע רפואי).

32. מדד מרכזי בחשיבותו מבין המדדים האמורים הוא זה הבוחן את התחליפיות הפונקציונלית של המוצרים, היינו עד כמה דומים המוצרים מבחינת היעדים והשימושים הנעשים בהם. זאת משום שאם המוצרים אינם מספקים את אותו צורך, קשה לראות כיצד מוצר אחד יכול שיהא תחליפי למוצר האחר. כך מציין בספרו המלומד Wish :

"In determining interchangeability it is relevant to look at the use for which a particular purchaser requires a product. The rationale for this is that if a person needs a product for a specific purpose, the product will be within the same market only as other products which satisfy the same need".

(R. Whish **Competition Law**, 3rd ed, p. 251)

33. על רקע זה תבחן השאלה האם גדרות התרעה ומערכות ההגנה האחרות שלטענת העוררת צריך שתכללנה בהגדרת השוק, בייחוד מערכת הטלויזיה במעגל סגור, הם מוצרים תחליפיים שניתן לראותם כנכללים באותו שוק מוצר.

34. הכלכלן דוד בועז תיאר בחוות דעתו את השימושים והייעוד של שתי המערכות :

גדרות התרעה

"שימושים וייעוד. עיקר השימוש בגדרות התרעה נעשה במקומות רגישים בעלי סיכון גבוה לחדירה, ושתוחלת הנזק מחדירה אליהם גבוהה במיוחד, כגון : גבולות, מוסדות ביטחוניים, בסיסים צבאיים רגישים ועוד. במקומות אלה קיים הכרח במערכת התרעה בדרגת האכזריות הגבוהה ביותר, בנוסף יש ליצור עיכוב של המפגע הפוטנציאלי בטרם יחדור לשטח המוגן. עיכוב זה מספק שהות לארגון וביצוע של פעילות לסיכול החדירה למתקן (כולל הזעקת כוחות מיוחדים). ניסיונות החדירה מזוהים ע"י מערכת גלאים המורכבים על גבי הגדר והזיהוי נשלח למרכזי בקרה המאוישים ע"י אנשים שתפקידם להזעיק כוחות ולבחון האם ההתרעה הנה אכן תוצאה של חדירה דרך הגדר. ייעודה של גדר התרעה כמערכת, נמדדת ע"י שיעור גילוי גבוה ושיעור התרעות שווה נמוך בכל תנאי מזג אוויר".

טלויזיה במעגל סגור (C.C.T.V.)

"שימושים וייעוד. מערכות טלויזיה במעגל סגור, על סוגיהן השונים, משמשות למתן הגנה והתרעה על חדירה למתקנים סגורים של גורמים פרטיים ומוסדיים כאחד. המערכת השלמה כוללת סט של מצלמות ומסך טלויזיה, ולעתים גם מכשיר וידאו, כאשר ההתרעה נעשית בדרך-כלל על-ידי מחשב המעביר את שדרי הבקרה לגורם האנושי האחראי על המתקן. במתקנים רגישים במיוחד משמשת מערכת טלויזיה במעגל סגור בעיקר כגיבוי, ולא כמערכת העומדת בפני עצמה. אחד החסרונות של המערכת הינו שיבושים בתפקודה בתנאי מזג אוויר קשים (ערפל, שלג וכו'), עובדה הפוגעת באמינותה וביעילותה להגנה על מקומות רגישים.

יצוין כי קיימת שונות רבה בין המערכות הנכללות בקטגוריה זו, ברמה הטכנולוגית, באמינות המערכת ובמחיר, בשל התאמתן לגורמים שונים ולשימושים מגוונים".

35. מערכות הטלויזיה במעגל סגור נבדלות מגדרות ההתרעה במספר מאפיינים פונקציונליים חשובים.

מכשול פיזי

36. גדרות ההתרעה נבדלות ממערכת הטלויזיה במעגל סגור כמו גם ממערכות ההגנה האחרות, בין היתר, בכך שהן כוללות, כחלק מובנה של המערכת, מחסום פיזי המשתלב במערך ההתרעה. בכך ממלאת גדר ההתרעה, כפי שמציין רס"ן סוקל בתצהירו:

"פונקציה כפולה. ראשית, את האלמנט הפיזי המסמן את קו הגבול והמונע, או לפחות מקשה על מזיק פוטנציאלי, לחדור לשטח המתוחם. שנית, בגדרות התרעה קיים אלמנט נוסף של התרעה על כך שמזיק מנסה לחדור אל תוככי השטח המתוחם".

בעדותו בפני בית הדין ציין רס"ן סוקול בעניין זה:

"ת. הגדר התרעה זה שילוב של גדר עם מערכת אלקטרונית שביחד זה גדר התרעה".

(פ. 25.5.00, עמ' 10).

..."

ש. עכשיו, התיל המתוח שהיה בניסוי הזה היה מסוג כזה שהוא עומד בעצמו או שהוא נלווה לגדר פיזית?

...

ת. ... כל התשתית של התיל המתוח זה גדר פיזית. זה ברזלים שתקועים בבטון שאליהם מתחבר התיל.

ש. אותה שאלה לגבי גדר של סיבים אופטיים. האם היא עמדה בפני עצמה לבד או שהיא עמדה ביחד עם גדר פיזית?

ת. היה בה אלמנטים קטנים של גדר פיזית, אבל עוד פעם היא נשענה על תשתית של ברזלים שתקועים בבטון, והיא היתה מחוברת אל איזה שהם מוטות ברזל והיא עצמה היוותה איזשהו מחסום פיזי. רשת כזאת, אמנם לא מברזל, רשת שעשויה מסיבים אופטיים".

(שם, בעמ' 11)

..."

אבל אתה כותב גם שגדר זעזועים חייבת לבוא יחד עם גדר פיזית?
ת. עם גדר, לא סתם גדר פיזית, היא חייבת לבוא עם איזשהי פלטפורמה שמסוגלת להעביר זעזועים, הטכנולוגיה של חיישן הזעזועים היא בנויה בצורה כזאת שהוא חייב איזשהו תווך, זה יכול להיות רשת קלועה או רשת מרוכת שמעביר את הזעזועים מהנקודה שבה נעשה ניסיון החדירה על הגלאי עצמו".

(שם, בעמ' 13).

כך העיד גם מר ריבק:

"ת. כל גדר מהסוג שאנחנו מוכרים מכילה גם גדר פיזית.

...

ת. גדרות הזעזועים שאנחנו דיברנו, או גדרות תיילים אלה מערכות שמכילות גדרות". (עמ' 42).

...
ת. כל קבוצת גלאים ... שאתה תולה אותם על הגדר הם גלאים תחליפיים לאותם גלאים שאנחנו מדברים, זה יכול להיות כבל ... אופטיק, זה יכול להיות כבל פיאו אלקטרוני, זה יכול להיות כבל אופטי, זה יכול להיות כבל זעזועים, זה יכול להיות תיילית".

(עמ' 45).

..."

ת. ... מערכת התיילים זו מערכות שהיא בעצם כוללת את הגדר בתוכה, זאת אומרת היא מערכת עמודים שמייצרת מסך של תיילים שהיא ביחד מהווה גם את הגילוי וגם את המכשול הפיזי".
(עמ' 62).

37. פונקציה זו של המכשול הפיזי, כפי שהסביר רב סרן סוקל בתצהירו, חשובה במיוחד במתקנים רגישים שבהם קיימת חשיבות רבה לסיכול החדירה במהירות האפשרית. במקומות אלה, עולה מתצהירו, "אין די בהתרעה בלבד ויש לעכב את המפגע הפוטנציאלי בטרם יחדור לשטח המוגן. עיכוב זה יתן שהות לביצוע שרשרת הפעולות לסיכול החדירה למתקן. צורך זה נועדו למלא גדרות ההתרעה". (סעיף 4 לתצהירו).

38. ניתן אמנם להרכיב גם מערכות ההגנה האחרות, למשל טלוויזיה במעגל סגור, על גבי גדר פיזית. אך בגדרות ההתרעה, כפי שהעיד רס"ן סוקל, מהווה המכשול הפיזי חלק מובנה של המערכת, שכן "אין כל דרך להשתמש באלה אלא על-ידי הרכבתן על גדר פיזית. ללא הרכבתן על גדר כזו, אין למערכות אלה כל שימוש". (סעיף 6 לתצהירו).

39. בטלוויזיה במעגל סגור, מאידך, הסביר רס"ן סוקל בתצהירו, "ברור שאין ... כדי לשמש מכשול פיזי".

מתן התרעה

40. תפקידה חשוב נוסף של גדר ההתרעה, כפי שהסביר רס"ן סוקל בתצהירו, הוא מתן "התרעה על כך שמזיק מנסה לחדור אל תוככי השטח המותחם". יסוד פונקציונאלי זה הוא המייחד מערכת זו מגדרות רגילות.

41. יסוד פונקציונאלי זה, של מתן ההתרעה, אינו קיים במערכת הטלוויזיה במעגל סגור. מערכת זו מאפשרת תצפית על האובייקט הנצפה מרחוק והיא חוסכת בהעמדת שומרים או תצפיתנים בגבול השטח המוגן עצמו, אך היא מחייבת בכל מקרה קיומו של תצפיתן אנושי שיצפה במסכי הטלוויזיה, ולו ממרחק - בחדר סגור - כדי לגלות את החדירה. לשון אחר, הטלוויזיה במעגל סגור אינה מתפקדת כמערכת התרעה. הסביר זאת רס"ן סוקל בעדותו:

"ש. אתה יכול להסביר לנו מה זה CCTV ומה זה VMD? CCTV זה טלוויזיה במעגל סגור ו-VMD מה זה?

ת. זה בדיוק ההבדל... זה בדיוק מערכת שבה אדם צריך להסתכל בתמונה כל הזמן, ולהחליט אם יש משהו שמחייב תגובה למערכת התרעה כשההבדל הוא שמערכת התרעה אמורה בצורה אוטומטית על-ידי מערכת החלטה שלא מערבת בן אדם להחליט האם יש התרעה, כשהמטרה היא לחסוך בכוח אדם, כאשר בן אדם ידוע שהוא לא

מסוגל להתרכז בתמונת טלוויזיה יותר מזמן מסוים, צריך לעשות תחלופה גדולה של אנשים, כל הרעיון הוא לקחת מערכת שלא תחייב תחלופה גדולה של אנשים, בן אדם יכול להיות בחדר, לא יצטרך לצפות כל הזמן בתמונה וכשהמערכת תחליט אוטומטית שיש משהו שמחייב התרעה, אז הוא יתפנה, יסתכל בתמונה, ויחליט האם יש צורך בתגובה".

(פ. 25.5.00, עמוד 34).

התייחס לכך בתצהירו גם מר ריבק:

"טלוויזיות במעגל סגור - אינו מהווה מכשול פיזי. אפילו קולטת המצלמה תמונות של גורמים זרים בשטח, אין מדובר במערכת התרעה אלא במערכת זיהוי. הגורם המתריע הוא הגורם האנושי הצופה במסכים של המצלמות".

(סעיף 8 לתצהיר).

42. מהאמור עד כה עולה, ששני המאפיינים הפונקציונליים העיקריים של גדרות ההתרעה - המכשול הפיזי ומתן ההתרעה - אינם קיימים במערכת הטלוויזיה במעגל סגור.

אמינות המערכת

43. מאפיין חשוב נוסף המאפיין את גדרות ההתרעה ומקנה להן יתרון חשוב על פני מערכות הגנה היקפיות אחרות הוא מאפיין האמינות. התייחס לכך מר דקל בתצהירו:

"הייחוד העיקרי של מערכת זו הוא רמת האמינות הגבוהה המתבטאת בשיעור נמוך של אתראות שווא (אתראה אחת ל-15 ק"מ ל-3 חודשים) ובשיעור גילוי גבוה מאוד (98%). רמת האמינות באה לידי ביטוי גם באורך החיים של המערכת".

(סעיף 8א' לתצהיר).

גם הכלכלן דוד בועז הדגיש בחוות דעתו תכונה חשובה זו של גדר ההתרעה:

"באופן כללי מעלה ניתוח ההיצע והביקוש בתחום ההתרעה ההיקפית כי גדרות התרעה עולות באמינותן וביעילותן על שאר המערכות בענף, ובאופן ניכר. תכונות אלו של גדר התרעה, הנמדדות עפ"י שיעור הגילוי הגבוה שלה ושיעור נמוך של התרעות שווא, הוכחו בניסויים שערכו גופים שונים בענף, בפרט חיל החימוש בצה"ל שקבע בלעדיות למערכת התרעה זו לשימוש להגנה על גבולות המדינה. המענה ההגנתי שמספקת גדר ההתרעה אינו ניתן במלואו ע"י אף אחת מהמערכות האחרות בענף (ואף לא ע"י שילוב שלהן), ומשום כך אין מערכת תחליפית לגדר התרעה עבור לקוחותיה המובהקים, וזאת על אף מחירה הגבוה. עובדה זו ניכרת גם במכרזי הרכש של לקוחות אלה, המפרטים דרישה ספציפית לרכש גדר התרעה ואינם מביאים בחשבון מערכת התרעה חלופית. יתר על כן, השימוש במערכות השונות כאמצעי מיגון משלים ונוסף לגדר התרעה הנו הוכחה לכך שאין הן מהוות תחליף לגדרות".

(סעיף 3.6.2 לחוות הדעת).

44. מערכת הטלוויזיה במעגל סגור, לעומת זה, סובלת, כעולה מחוות דעתו של דוד בועז, משיבושים בתפקודה בתנאי מזג אוויר קשים (ערפל, שלג וכו'), דבר הפוגע באמינותה וביעילותה להגנה על מקומות רגישים. לפיכך, במתקנים רגישים במיוחד משמשת מערכת

זו, כפי שמציין הכלכלן דוד בועז בחוות דעתו, בעיקר כגיבוי, ולא כמערכת העומדת בפני עצמה.

כך עולה גם מהמחקר שנעשה עבור העוררת על-ידי חברת המחקר D&B, בו צוינו המגרעות של מערכת ה-CCTV אשר "מחייבת פיקוח אנושי מתמיד על תמונות המסכים ועקב בעיות שיגרה תצפיתית (או עומס במידה ויש מספר רב של מצלמות ו/או מסכים) - פיקוח זה אינו יעיל דיו".

על-פי עדותו של רס"ן סוקל, מערכת הטלוויזיה במעגל סגור (CCTV) כלל איננה משמשת את צה"ל והיא אפילו לא נבחנה על-ידי משרד הביטחון כמערכת תחליפית אפשרית. המערכת שבה נעשה שימוש בטלוויזיה במעגל סגור אשר נבחנה על-ידי משרד הביטחון היא מערכת ה-VND. אך לדבריו, "לא מצאנו שימוש למערכת הזאת... אנחנו כגוף טכני התעניינו בהחלט במערכת, כמו שהתעניינו בהרבה מאוד מערכות אחרות, מבחינת הטכנולוגיה, ניסינו אותה, בדקנו אותה, לא הצלחנו בשום שלב למצוא אותה מתאימה לאחד מהאפיונים המבצעיים שהוגדרו" (פ. 25.5.2000, עמ' 25, 26). אם בכלל ניתן לעשות שימוש במערכת זו לצורכי הצבא, הסביר רס"ן סוקל, הייה זה שימוש כמוצר משלים לגדרות ההרתעה הקיימות: "זאת הייתה יכולה להיות מערכת בתנאים מסוימים, נלווית לגדר גבול, ראינו איזשהי אפשרות להשתמש בכזה דבר בקו התפר למשל, כישי לו מאפיינים מסוימים" (עמ' 27).

מבנה הביקוש - אפיון הלקוחות וקשיחות הביקוש

45. האמינות הגבוהה של גדר ההתרעה משפיעה גם על מבנה הביקוש למוצר זה, הן מבחינת

סוג הלקוחות והן מבחינת קשיחות הביקוש. על כך הסכימו שני המומחים כאחד.

כך קבע בחוות דעתו מר זילברשטיין:

"פילוח השוק מבוסס על ההנחה, שפרטים שונים נבדלים זה מזה בצורכיהם ובמאפייניהם. שוני זה בא לביטוי בהתנהגותם הצרכנית. **בפילוח השוק מחלקים, למעשה, את ציבור הלקוחות לקבוצות הנבדלות זו מזו במאפיינים המסבירים הבדלי התנהגות צרכנית.**

ניתן לחלק את השוק למערכות אתראה היקפיות בישראל (להלן - "השוק") לשלושה פלחים עיקריים:

- הפלח הגבוה (High-End) - מורכב מצרכנים המייחסים חשיבות רבה לאמינות של מערכות האתראה ההיקפיות (אמינות - אחוז גילוי גבוה ושיעור נמוך של התראות שווא). רגישותו של הפלח הגבוה למחיר הינה נמוכה יחסית.
- הפלח הבינוני והפלח הנמוך (Mid & Low End) - המייחס חשיבות גבוהה למחיר ונכונות גבוהה יחסית להתפשר על אמינות מערכות ההתראה המשמשות אותו.

התמקדותה של מגל בפלח הגבוה מתבטאת באספקת מערכות אתראה בעלות אמינות גבוהה במחיר גבוה יחסית, וכתוצאה עוצמתה השיווקית בפלח הבינוני ובפלח הנמוך הינה נמוכה, דבר המתבטא בנוכחות נמוכה יחסית בפלחים אלה".

(עמודים 9-10 לחוות הדעת).

גם דוד בועז קבע בחוות דעתו:

"משיקולים אלה נובע מידור לקוחות גדרות התרעה כקבוצה ייחודית, הנבדלת משאר הלקוחות בענף. זוהי קבוצה המאופיינת בפעילות

רגישה ביותר כתוצאה מערך כלכלי או בטחוני גבוה של המתקנים שבבעלותה. עבור קבוצת לקוחות זו, הצורך ההגנתי הינו מובהק משום פוטנציאל גבוה לחדירה ותוחלת נזק גבוהה, ועל כן נדרש לה מיגון באיכות ובדרגת האמינות הגבוהה ביותר. הדרישה לאמינות המערכת נובעת גם מהרצון להימנע מהתרעות שווא, אשר אף הן עלולות לגרום לנזק משמעותי. מאפיין חשוב נוסף של הגופים המשתייכים לקבוצה זו הינו איתנות פיננסית ויכולת השקעה גבוהה במערכת התרעה שתתן מענה לצרכיהם".

(עמוד 22 לחוות הדעת).

ובעדותו בבית המשפט ציין מר בועז :

"ממאפיינים אלה : של סוג הלקוחות, איתנותם הפיננסית, פוטנציאל הנזק הגבוה העלול להיגרם עקב חדירה של גורמים בלתי מורשים וחיוניות הצורך במערכות הגנה אמינות, נגזרת קשיחות גבוהה יחסית של הביקוש לגדרות ההתרעה".

(פ. 26.7.2000, עמ' 8).

46. מנגד, לא מצאנו בראיות המבקשים תמיכה של ממש לטענתם כי מערכות ההגנה האחרות, במיוחד מערכת הטלויזיה במעגל סגור, משמשות כמערכות תחליפיות סבירות לגדרות ההתרעה, וכי הממונה טעה, על כן, בהגדירו את שוק אספקת גדרות ההתרעה כשוק נפרד.

47. הכלכלן זילברשטיין טען בעניין זה בחוות דעתו כי כל המערכות ההגנה ההיקפיות הנזכרות נכללות באותו שוק, שכן הן "מאופיינות בתחליפיות פונקציונלית ולכן יש לראותן כשייכות לאותו שוק, בין אם הן מותקנות כשלעצמן ובין אם מותקנות בשילוב עם מכשול פיזי". (סעיף 3.2 לחוות דעתו). בהמשך חוות דעתו הסביר מר זילברשטיין שגדרות ההתרעה משלבות אמצעי התרעה ומכשול פיזי. אשר למערכות האחרות, הוא טען, בהסתמך על שיחות עם מומחי ביטחון, כי הן "מותקנות לרוב בצמידות למכשולים פיזיים מתאימים, והן חלק ממערך משולב של מכשולים פיזיים (גדרות, חומות וכיו"ב) ואמצעי אתראה" (עמ' 8 לחוות הדעת).

48. בהסבר זה, שהוא הניסיון היחיד שנעשה בחוות הדעת לבסס את טענת התחליפיות הפונקציונלית, אין כדי לבסס טענה זו. ראשית, גם על-פי הסבר זה עולה שהמערכות ההגנה האחרות אינן כוללות מכשול פיזי, אלא מותקנות "לרוב בצמידות למכשולים פיזיים מתאימים". שנית, מר זילברשטיין מתעלם מכך שמערכת הטלויזיה במעגל סגור, איננה מערכת התרעה, אלא אמצעי משוכלל לביצוע תצפית. טעות זו עולה גם מעדותו שבה הוא טען כי :

"ש. אתה חושב שהמערכת הזאת היא תחליפית או לא תחליפית?
ת. היא תחליפית, כי היא עונה מנקודת המבט של הצרכן. הרי מה ההגדרה של תחליפי? תחליפי זה לא אם הן נראות אותו דבר, זה לא אם הטכנולוגיה וזה לא אם המחיר, בסופו של דבר האם היא מספקת את אותו צורך, כלומר מבחינה פונקציונלית, דהיינו בנושא, במקרה הנדון, האם המערכות האלה נותנות התראה על ניסיונות חדירה בלתי מורשים למתחם".

(פ. 18.5.00, עמוד 44).

49. בהמשך חוות דעתו טוען מר זילברשטיין כי "סימוכין לקיום תחליפיות בין המערכות השונות שפורטו לעיל, ניתן למצוא, בין היתר בנקודות הבאות". כאן מזכיר מר זילברשטיין את דוח בנק ההשקעות Josephthal Lyon & Ross Incorporated מחודש מאי 97, אשר קבע כי: "...buried cable systems, an important segment of the overall perimeter security market". עוד מפנה מר זילברשטיין למחקר שנערך על-ידי פירמה בשם FROST & SULLIVAN (FS) משנת 1991 המתייחס לשוק האירופאי, שבו נקבע כי: "Most of these methods of solid barrier protection are supplemented by 'intrusion detection devices and/or C.C.T.V'. וכן כי: "Microwave detectors are often used in conjunction with other forms of perimeter protection such as a fence".

סימוכין נוסף לקיום תחליפיות בין המערכות מוצא מר זילברשטיין במאמרו של ח"כ רן כהן, שהתפרסם במקומון "תל-אביב" ביום 16.1.98, שבו נאמר כי: "ההיערכות (בגבול רצועת הביטחון בלבנון) תעשה על-ידי הצבת אמצעי גילוי מתוחכמים כגון: מצלמות, קרניים אלקטרוניות ועוד, וכן כוחות ניידים שבסיסם בתוך גבולות ישראל. גדר המערכת המשוכללת, שהיתה עד כה למכשול ולא תראה, תשמש מעתה בעיקר למכשול, שכן אמצעי אתראה מגוונים יימצאו בקו קדמי יותר".

50. לא ניתן, בכל הכבוד, להתייחס לסימוכין אלה כתמיכה רצינית בטענת התחליפיות.

העובדה שמערכות טמונות הנן "סגמנט חשוב ב"security market", כפי שעולה מדו"ח בנק ההשקעות הנזכר, איננה יכולה להיחשב כהגדרת שוק. אותו דו"ח כלל איננו מתיימר לעסוק בהגדרת השוק, אין בו כל רמז לטיבו של אותו "security market", וגם מגל איננה טוענת לקיומו של שוק מעין זה.

גם שני הקטעים המצוטטים מהמחקר של ה-FS, שטיבו לא הוברר, אינם תומכים בטענת התחליפיות בין מערכות טלוויזיה במעגל סגור לבין אמצעי הגנה אחרים. העובדה שמערכות הגנה אלה משמשות כמוצר משלים למכשול הפיזי, איננה מעידה על קיומה של תחליפיות ביניהן.

גם בדבריו של ח"כ רן כהן, אין כדי לתמוך בטענת התחליפיות. לכל היותר עולה מדברים אלה שראוי לעשות שימוש במערכת זו כמוצר משלים לגדר ההתרעה.

51. בסעיף 3.2 לחוות דעתו מציין מר זילברשטיין שהמרכיבים החשובים ביותר המשפיעים על

העדפות הצרכנים השונים הם, כאמור, שניים: מחיר המערכת ואמינותה". על אלה מוסיף

מר זילברשטיין שני גורמים אחרים, אסתטיות ונוחות להתקנה.

לא מצאנו בחוות הדעת של מר זילברשטיין כל ניסיון להשוות, בהיבטים אלה, בין גדרות ההתרעה למערכות הטלוויזיה במעגל סגור.

52. מנכ"ל מגל, מר דקל, טען בתצהירו כי "כל המוצרים המנויים בסעיף 11 לעיל (שם נמנו

המוצרים שלטענת מגל צריך שיכללו בהגדרת השוק) ומוצרים רבים נוספים מהווים

תחליפים סבירים למוצרים המיוצרים על-ידי מגל". ההסבר היחיד שניתן למצוא בתצהיר

זה לטענת התחליפיות מצוי בסעיף 7 לתצהיר שם מסביר מנכ"ל מגל:

"הגדרת המוצר 'גדר התרעה' (ליתר דיוק 'גדר אתראה' מייצגת אמצעי התוחם גזרה מסוימת ומתריא על חציית קו פיזי או דמיוני על-ידי גורם זר. הקו האמור יכול להיות תייל מתוח המגיב למתיחה או קריעה, רשת חשמלית או אלקטרונית המגיבה למגע, שדה חשמלי המגיב לשינויים בהשראה, קרן לייזר או קרן אינפרא אדום, מלצלמה וכיו"ב".

בחקירתו הנגדית הרחיב מר דקל את גבולותיו של המאפיין הפונקציונאלי המשותף לכל המערכות:

"המטרה של המערכות האלה, הם כולם מערכות שנותנות בטחון, בטחון ההיקפי אנחנו מדברים על שוק ההגנה ההיקפי כל המערכות שמצוינות פה נותנות בטחון לשוק".

(פ. 18.5.2000, עמ' 93).

53. טענה זו של מר דקל אינה מקובלת עלינו. המכנה המשותף הנטען, של "מערכות שנותנות בטחון", או אף "בטחון היקפי", הוא מכנה משותף רחב מידי, שאינו יכול לשמש אמת מידה מספקת להגדרת השוק.

54. מעבר לאלה, לא הוצגו לפנינו ראיות המצביעות על השימושים אשר נעשים בפועל במערכות טלוויזיה במעגל סגור תוך העדפתן, במספר משמעותי של מקרים, על פני גדרות התרעה, בנסיבות שבהן ניתן ללמוד ששתי המערכות תחליפיות האחת לשניה.

משרד הביטחון, שהוא הצרכן הגדול ביותר למערכות הגנה היקפיות איננו עושה, כפי שהעיד רס"ן סוקל, שימוש במערכות אלה. מר זילברשטיין טען בחקירתו הנגדית שקיימות חברת מובילות בעולם שהקימו שלוחות בישראל "שבהם מגל הפסידה לטובת מערכות CCTV (עמ' 33), אולם הוא לא פירט באלו חברות מדובר ומה היקף השימוש באותן חברות במערכות CCTV. בהמשך עדותו הזכיר מר זילברשטיין את מפעל אינטל אשר הוציא מכרז שבו מגל הפסידה למערכת טלוויזיה במעגל סגור. אך כאשר התבקש ליתן פרטים על מכרז זה, הוא השיב: "אני לא רוצה, ברשותכם לא הייתי רוצה לדבר על אינטל" (עמ' 42).

מר דקל הזכיר בחקירתו שני מכרזים של שירותי נפט, האחד של בתי הזיקוק והשני של חוות הגז אשר הוציאו מכרזים להתקנת מערכות טלוויזיה במעגל סגור. אולם, בחינת מסמכי המכרז, כפי שהומצאו לאחר מתן העדות על-ידי בא כוח העוררת, מלמדת כי מערכת זו הותקנה "על בסיס הגדר הקיימת" של המתקן. לא הוברר מה היא אותה גדר קיימת והאם היא כוללת אלמנטים של התרעה (חיישנים וכיוצא בזה). על-פי עדותו של מר ריבק, דובר במכרזים אלה במערכת VMD ולא במערכת CCTV, ובכל מקרה הייתה זו מערכת משלימה (מערכת שלישית). (עמ' 58).

מכרז נוסף שהזכיר מר דקל בעדותו, הוא מכרז של חברת החשמל. על-פי עדותו:

"אני רוצה לדבר על המקרה של חברת החשמל. זה מקרה שבו הוא לא עשה את האבחנה הזאת. והוא הגדיר בה, בוא נהיה מדויקים, הוא הגדיר בחברת החשמל 'אני גם רוצה שתתנו לי איזשהו חיישן על הגדר עצמה, איזשהו חיישן אלקטרוני על הגדר עצמה, וגם אני רוצה אמצעי תצפית'. הוא הגדיר ואמר איזה אמצעי תצפית ואיזה סוג חיישן על הגדר עצמה? הוא לא הגדיר".

(פ. 18.5.00, עמוד 91).

מעדות זו עולה, כי באותו מכרז דובר במערכת ה-CCTV כאמצעי הגנה משלים, ולא חלופי, למערכות האחרות.

על-פי עדותו של מר ריבק עולה, כי מדובר היה באותו מכרז במערכת VND ולא במערכת CCTV וכי בכל מקרה דובר במערכת משלימה לגדר התרעה (פ. 25.5.00, עמ' 36).

בהמשך עדותו (עמ' 95) הזכיר מר דקל מכרזים של חברת אינטל ושל תע"ש שגם שם ביקשו הלקוחות להתקין מערכת טלוויזיה במעגל סגור. אולם אותם מכרזים לא הוצגו בפנינו. על-

פי עדותו של מר ריבק, גם במכרז של תע"ש דובר במערכת מסוג VMD וגם בו היא שימשה כמערכת משלימה (כקו הגנה שלישי) לגדרות התרעה (עמ' 60-61).

מר דקל הזכיר בעדותו גם שיחה שקיים עם מנכ"ל משרד הביטחון, אשר אמר כי "הוא מצפה שהגבול החכם שזה מערכות CCTV, בשורה התחתונה מערכות CCTV תהיינה לכל הגבול, זה מה שהוא מצפה" (עמוד 87). מדברים אלה עולה, כפי שכבר נאמר, שהמערכת אינה משמשת כיום את משרד הביטחון. לכל היותר ניתן יהיה לעשות בה בעתיד שימוש כאמצעי הגנה משלים.

55. העובדה שלא עלה בידי העוררת להצביע על מספר ממשי של מכרזים או של התקנות של מערכות טלוויזיה במעגל סגור שנועדו להגן על מתחמים מוגנים, מפחיתה עד מאוד ממשקלה של הטענה כי מדובר באמצעי הגנה חלופי לגדרות ההתרעה.

56. מר זילברשטיין טען בחוות דעתו שהיקף המכירות של מערכות טלוויזיה במגל סגור בישראל עומד על כ-7 מיליון דולר. המקור היחיד לנתון זה הוא המחקר שנערך עבור העוררת על-ידי חברת D&B. נתון זה מופיע באותו מחקר בקטע אשר נזכר בדרך אגב כשהוא נתון בסוגריים בו נאמר: "השוק הישראלי כ-7 מיליון דולר לשנה". זאת, תחת הכותרת "היקף מכירות משוער (1993)" (עמ' 108).

על רקע זה מקובלת עלינו גישת הממונה, כי נתון זה אשר מבוסס על השערה בלבד, שדרך קביעתו לא הובררה, אין בו כדי להניח תשתית של ממש לחישוב היקף המכירות של מערכות CCTV בישראל. כפי שטוען הממונה, למקרא חוות הדעת, גם אין להוציא מכלל אפשרות כי נתון זה, של 7 מיליון דולר, מתייחס גם לשוק ה-indoor, שאיננו נוגע לענייננו.

57. בקשר למחקר זה ראוי גם לציין, שמערכת ה-CCTV כלל איננה נזכרת בו כמערכת מתחרה לגדרות ההתרעה של העוררת. ההתייחסות למערכת זו באה במסגרת ההתייחסות למערכת ה-VMD. בהקשר זה צוינו מגרעותיה של הטלוויזיה במעגל סגור שאותן הזכרנו לעיל, אשר הביאו לפיתוח "מערכות המתריעות על תנועה בשטח ואשר אמורות להבחין בין תנועת אדם או רכב לבין תנועת בעלי חיים, למשל, ואז להתריע" - הן מערכות ה-VMD. מכאן שכל שניתן ללמוד ממחקר זה כי מערכות התרעה המשלבות טלוויזיה במעגל סגור עשויות לשמש כתחליף לגדרות ההתרעה, מדובר במערכות VMD, ולא במערכות CCTV. כך עולה גם משמו של המחקר: "דו"ח ניתוח סביבה עסקית הגנה היקפית (גדרות ו-VMD)", ומפרק ד' למחקר שכותרתו "מאפייני המתחרים", אשר כולל, כמוצר מתחרה, את ה-VMD (עמ' 86) ולא את ה-CCTV.

58. המסקנה העולה מכל אלה הנה, שמערכות הטלוויזיה במעגל סגור אינן מוצר תחליפי במידה מספקת לגדרות ההתרעה ואין לכלול אותן עם גדרות ההתרעה באותו שוק מוצר.

מערכות הגנה היקפיות אחרות

59. ביחס למערכות ההגנה ההיקפיות האחרות מודה גם העוררת, כפי שכבר נאמר, שאין בהכללתן של אלה בגדרו של שוק המוצר כדי להביא לביטול ההכרזה. יתר על כן, מר זילברשטיין הודה בחקירתו, שלגבי מערכות אלה, שאותן הוא כינה כ"מערכות שוליות", "הבדיקה הייתה מאד מאד שטחית". (פ. 18.5.00, עמ' 20).

קשת

מדובר, כפי שהוסבר, במערכת מכ"ם המספקת נתונים על תנועה בשטח. מערכת זו אינה משמשת כמערכת התרעה וגם אינה מספקת מידע על חציית קו מסוים. על-פי עדותו של רב סרן סוקל:

"אם יש כוח אדם לנושא, אז אפשר לשים מכ"ם קשת שמאפשר על-ידי בן אדם שיושב שמה 24 שעות לכסות שטח גדול מאוד, אבל עוד הפעם, זה לא מערכת התרעה. זה מערכת גילוי שמחייבת שבין אדם כל הזמן ישב ויצפה באינפורמציה שמגיעה ממנה, תחלופה גדולה מאוד והיא לא מתאימה לגבול, היא מתאימה יותר למקום כזה שבגלל העלויות הגדולות של גדרות גבול אין טעם לפרוש בו מאות קילומטרים כשאין שם איום שמצריך את זה".

(פ. 25.5.00, עמ' 16).

המערכת נמצאת, כעולה מחוות-דעתו של דוד בועז, בשימוש הצבא בלבד. כמו כן, לא הוצגה לגבי מערכת זו כל ראיה בדבר השימוש הנעשה בה כמערכת תחליפית לגדרות ההתרעה.

מערכות אינפרא אדומות

מערכות אלה מבוססות על גלאי קו ראייה, והשימוש שנעשה בהן, כפי שעולה מתצהירו של מר ריבק, הוא בקטעים שאין אפשרות להתקין בהם גדר, כמו, שערי כניסה למתקנים, קטעים קצרים לרוחב מסלולי המראה ונחיתה בשדות תעופה (פ. 25.5.00 עמ' 52). כך עולה גם מעדותו של רב סרן סוקל (פ. 25.5.00, עמ' 22). על-פי עדותו של מר ריבק, המערכת אינה משמשת כ"מערכת גילוי בפני עצמה, משתמשים אתה בוילות, בבתים פרטיים שאנשים רוצים להתקין איזה שהיא מערכת וזו מערכת מאד זולה, לכן משתמשים בדברים האלה, לא במתקנים ביטחוניים מובטחים". (פ. 25.5.00, עמ' 51). על-פי עדותו של רב סרן סוקל, המערכת סובלת ממגבלות קשות בשינויי טמפרטורה ובהתחממות, עד כדי כך שהיא כלל אינה מתפקדת בקיץ הישראלי, ואילו בחורף היא גורמת להתרעות שווא רבות. (שם, בעמ' 24). המערכת לא עמדה בניסויים ואיננה משמשת את צה"ל ומשרד הביטחון כ"מוצר על המדף מוכח שעמד בניסויים ובהגדרות שאנחנו הגדרנו". (פ. 25.5.00, עמ' 24). גם מר זילברשטיין הודה בעדותו "שבאמת המערכות האלה הן בעייתיות, ... אז לכן היקף המכירות שלהן בשוק הוא נמוך ... היא נתפסת באיזשהו פלח אוטורי לא משמעותי שכולם יודעים שאין על זה ויכוח". (פ. 18.5.00, עמ' 29).

מערכות VMD (Video Motion Detection)

על-פי עדותו של רב סרן סוקל, מדובר במערכת ווידאו המצלמת את פני השטח בדומה למערכת ה-CCTV, אך המידע המתקבל בצילום מעובד במחשב המזהה תנועה בשטח ונותן על כך התרעה. המערכת מתאפיינת ברמת אמינות נמוכה, היא גורמת לכמות גדולה יחסית של התרעות שווא, סובלת מקשיי תפקוד במזג אוויר שיש בו קשיי ראות, למשל, ערפל או גשם סוער, ויש לה, כלשונו של רב סרן סוקל "המון מגבלות". (עמ' 31). משרד הביטחון, כאמור, לא מצא אותה מתאימה לאחד מהאפיונים המבצעיים שהוגדרו. גם מר ריבק העיד ש"אף אחד מהמוסדות הביטחוניים לא מסתכן להעמיד מערכת VMD במתקנים בעלי סיכון גבוה". (פ. 25.5.00, עמ' 55). עוד עולה מהעדויות, כי מדובר במוצר חדש יחסית, שהשימוש בו כיום נדיר. האתר היחיד שבו ראה רס"ן סוקל, שהתעניין במערכות אלה, את המערכת מותקנת היה בבתי הזיקוק, שם היא תוכננה מלכתחילה להפעלה בשילוב עם גדר התרעה. במקומות אחרים העיד רס"ן סוקל, משמשת מערכת זו כמערכת נלווית לגדר התרעה. (עמ' 28). גם מעדותו של מר ריבק עולה, כי מדובר מערכת משלימה (עמ' 55-56).

מערכות טמונות

אלה מערכות תת קרקעיות סמויות מן העין אשר נועדו לספק התרעה על חציית קו שאינו נראה בשטח. גם מערכת זו סובלת, על-פי עדותו של רב סרן סוקל, מהפרעות של גורמים סביבתיים וקיים קושי להתקינה ליד כבישים או נתיבי אוויר בגלל ההשראות של העצמים החולפים בסמוך לה. מר ריבק העיד, שלא זכורה לו דרישה להספקת מערכת זו מצד לקוח כלשהו ב-15 השנים האחרונות.

60. סיכומה של סוגיית ההגדרה של שוק המוצר: כל השיקולים האמורים, ובמיוחד המאפיינים הפונקציונליים המייחדים את גדרות ההתרעה ומבדילים אותן ממערכות הגנה אחרות, בכלל זה מערכת הטלויזיה במעגל סגור, תומכים בגישתו של הממונה, לפיה יש לראות בגדרות ההתרעה כשוק נפרד שאין לכלול בו מערכות טלויזיה במעגל סגור. במילים אחרות, העלאה של 5%-10% במחירן של גדרות ההתרעה, סביר להניח, שלא תביא למעבר משמעותי של קונים מרכישת גדרות התרעה לרכישת מערכות טלויזיה במעגל סגור או אלו ממערכות הגנה האחרות, ולא תפגע ברווחיו של מי שהוא בעל מונופולין בשוק גדרות ההתרעה.

העדר כוח שוק

61. העוררת טוענת שאין להכריז עליה כעל בעלת מונופולין גם בשל כך שאין לה כוח שוק. מהבחינה העובדתית מבססת מגל טענה זו על הנימוקים הבאים:

א. משרד הביטחון שהוא הצרכן העיקרי של גדרות אלה בישראל, הנו "מונופסון", אשר כוח השוק נמצא בידיו בלבד. משרד הביטחון הוא אשר מחליט האם לבצע רכישות וממי והוא גם זה שמכתיב את המחירים שבהם יירכשו על ידו מוצריה של מגל. כוחו של משרד הביטחון כמונופסון בשוק מתבטא, לטענתה של העוררת, גם במחיר הנקבע לגבי צרכנים אחרים, שכן גם צרכנים אלה דורשים ממגל "ליישר" קו עם מחירי משרד הביטחון, ובד"כ מגל נאלצת להיענות לדרישתם.

ב. בהיות הצרכנים המרכזיים של מערכות ההגנה ההיקפיות גופים ציבוריים, מכירב של מערכות ההתרעה נעשית במרבית המקרים במכרזים, דבר שאיננו מאפשר הפעלת כוח שוק.

ג. שוק אמצעי ההתרעה ההיקפית בכלל, וגדרות ההתרעה בפרט, מתאפיין בהעדר חסמי כניסה. זאת, בשל העדר מגבלות על הייבוא, בכלל זה מכסים והוצאות הובלה בלתי משמעותיות. כמו כן קיימים מתחרים רבים בארץ ובחו"ל שלהם פוטנציאל של כניסה לשוק, דבר שמביא לריסון כוח השוק של מגל, אם קיים כזה.

איננו מקבלים טענות אלה, לא מהבחינה המשפטית ואף לא מהבחינה העובדתית.

62. מבחינה משפטית, נקבע על-ידי בית הדין בפסקי הדין בעניין **בזק וידיעות אחרונות** אשר נזכרו לעיל, שקיומו של כוח שוק בידי בעל מונופולין אינו מהווה יסוד מיסודות ההגדרה של בעל מונופולין לפי סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים. לפיכך, שאלה זו אינה רלבנטית לשלב זה של ההכרזה.

כך נקבע בפסק הדין בעניין בזק:

"בהתקיים צורך זה, היינו, כאשר מתקיים בידו של אדם נתח שוק הנדרש בחוק, אין הממונה נדרש להצביע על קיומו של "צורך" נוסף אשר יצדיק את ההכרזה.
ככלל, ההכרזה על קיומו של המונופולין איננה מותנית בהוכחה כי אותו מונופולין פוגע או כי קיים חשש שיפגע בתחרות או בטובת הציבור, והיא ודאי שאיננה מותנית בהוכחת פגיעה או נזק כזה. נושא זה ייבחן

על-ידי בית הדין בשלב מאוחר יותר, כאשר תבוא בפניו בקשה למתן הוראות לבעל מונופולין".

בפסק הדין בעניין ידיעות אחרונות נאמר בנושא זה :

"על-פי סעיף 26(א) לחוק, מונופולין מתקיים במקום שבו מחזיק אדם אחד (הוא בעל המונופולין) ביותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או מכלל רכישתם, היינו בנתח שוק העולה על 50% ...

... כפי שצוין לעיל, כוח שוק איננו נדרש לשם קיומו של 'בעל מונופולין' כהגדרתו בסעיף 26(א) לחוק ובסעיפי החוק האחרים העוסקים במונופולין, שגם בהם נעשה שימוש במונח זה. לצורך כך, די כאמור בהחזקת נתח שוק העולה על 50% בלבד".

ובפסק הדין המשלים בעניין ידיעות אחרונות נקבע :

"על-פי סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים מוגדר מונופולין על-פי נתח השוק שבידי בעל המונופולין (למעלה ממחצית הנכסים או השירותים בשוק) ולא על-פי כוח השוק שבידו".

(מונ' 2/96 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' ידיעות אחרונות, דינים, מחוזי כרך לב (7) 297).

63. בית הדין אמנם אינו קשור בהחלטותיו והוא רשאי לסטות מהן. אולם, לאחר שעיינו בטענותיה של העוררת בסיכומיה, טענות שרובן ככולן כבר נטענו ונדונו בפסק הדין בעניין בזק, לא ראינו לשנות את דעתנו בסוגיה זו, ואנו סבורים גם היום שהגדרת המונופולין לפי חוק ההגבלים העסקיים נגזרת מקיומו של נתח השוק (העולה על 50%) שבידי בעל המונופולין, ולא מכוח השוק שבידו. השיקולים שביסוד מסקנה זו פורטו בהרחבה בפסקי הדין הנזכרים, והם מקובלים עלינו, כפי שכבר נאמר, גם כיום. כדי שלא להאריך, לא נחזור ונפרט שיקולים אלה גם בפסק-דין זה.

64. עם זה, נבקש לציין, שביסוס ההכרזה על נתח השוק של בעל המונופולין המוכרז ולא על כוח השוק שבידו, אינה מלמדת על כך שהמחוקק התעלם מהמשמעות הכלכלית אשר נודעת לקיומו של בעל מונופולין ומכך "שמבחינה כלכלית, החשש לפגיעה בתחרות נובע מקיומו של כוח שוק, המאפשר למי שמחזיק בכוח זה להשפיע על מחיר השוק ועל נתונים אחרים הנקבעים בשוק תחרותי על-ידי כוחות השוק". (סעיף 26 לפסק הדין בעניין ידיעות אחרונות). זאת, משום שמבחינה מעשית, קיומו של כוח שוק נקבע על-ידי בתי המשפט, במרבית המקרים, על-פי נתח השוק.

65. נושא זה נדון באופן מפורט בפסק הדין המשלים בעניין ידיעות אחרונות. כפי שצוין באותו

פסק-דין:

"על-פי התיאוריה הכלכלית נגזר כוח שוק של פירמה מעלות הייצור השולית והמחיר או מגמישות הביקוש הניצבת בפני הפירמה. אולם, לאור הקושי הראייתי למדוד את העלות השולית ואת גמישות הביקוש,

נאלצים בתי המשפט לפנות לנתונים מסדר שני, הנוגעים למבנה שוק המוצר, אשר יש בהם כדי לסייע בקביעת קיומו של כוח השוק".

ראה: P. Areeda, H. Hovenkamp, **Antitrust Law**, Little, Brown & (Company 1995. Vol IIA, para 504, 515).

המאפיין העיקרי של מבנה השוק שיש בו כדי להצביע על קיומו של כוח שוק, הן במשפט האמריקאי והן במשפט הקהילי האירופאי, הוא זה הנוגע לנתח השוק.

זה גם היה הרציונאל שעל יסודו הסתפק המחוקק הישראלי, לצורך ההכרזה, במבחן נתח השוק. הנחה זו בוססה, כפי שעולה מדברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים (הצ"ח 1647 התשמ"ד, עמ' 53), על ההנחה שבמשק הישראלי נתח שוק העולה על 50% "מתאים לבטא שליטה בשוק":

"א. שיעור המונופולין - ריכוז של יותר ממחצית מכלל האספקה או הרכישה - נקבע בחוק עצמו, בעוד שלפי החוק הקיים היתה הסמכה לקבעו בצו. במשך השנים התברר כי שיעור של מעל 50% מכלל האספקה או הרכישה בשוק מתאים לבטא שליטה בשוק הישראלי, ולכן ניתן לקבעו בחקיקה הראשית. עם זאת מוצע שהשר יהיה רשאי לקבוע לגבי טובין מסוימים או שירות מסוים, שיעור ריכוז נמוך מזה, אם ראה שלמי שבידיו ריכוז נמוך יותר יש השפעה מכרעת בשוק".

66. אנו רואים, אפוא, שהמחוקק הישראלי היה ער לנושא זה של כוח השוק, אך הוא בחר להסתפק, לצורך ההגדרה של בעל מונופולין, באינדיקטור היותר מקובל לעניין זה בפרקטיקה המשפטית - הוא מבחן נתח השוק. במרבית המקרים, מי שיוכרז כבעל מונופולין בהתבסס על נתח השוק שבידו, יהא, על-פי המבחנים המשפטיים המקובלים, גם בעל כוח שוק. בכך אין כדי לשלול, בעקרון, את הרלבנטיות שביסוד זה של כוח השוק בעת הדיון במתן הוראות לבעל מונופולין על-פי סעיף 30 לחוק, או לצורך השאלה אם במקרה נתון ניצל בעל מונופולין לרעה את מעמדו בשוק בניגוד לסעיף 29 לחוק. אולם, שאלות אלה אינן נוגעות לשלב ההכרזה על עצם קיומו של מונופולין.

67. הדברים יפים במיוחד לגבי המקרה שלפנינו שבו הוכח, כפי שיפורט בהמשך, שבידי העוררת נתח שוק העולה על 80%. נתח שוק כה גבוה, כפי שצוין בפסק הדין המשלים בעניין ידיעות אחרונות, די בו כשלעצמו, גם על-פי הגישה האמריקאית המחמירה בנושא זה מגישת הקהילייה האירופאית, להצביע, בהעדר ראיות סותרות, על קיומו של כוח שוק.

68. למעלה מן הצורך נציין, שאיננו מקבלים גם את טענותיה העובדתיות של העוררת בדבר העדר כוח שוק. נתייחס לכך בקצרה.

69. השיקול הראשון שהעלתה העוררת בהקשר זה הוא שהואיל והלקוח העיקרי שלה בישראל הוא משרד הביטחון, שהוא מונופסון הקובע את המחיר לפי שיקוליו, אין בידי העוררת כוח שוק המאפשר לה להעלות את מחיר השוק לפי שיקוליה.

70. איננו מקבלים טיעון זה. ראשית, כפי שמציין הממונה, בהתחשב במכירותיה של העוררת בחו"ל, מסתבר שמשרד הביטחון רוכש רק כ- 10% מכלל מכירותיה של העוררת. בנסיבות אלה, מידת התלות של העוררת במשרד הביטחון מוגבלת, והיא אינה חייבת בהכרח להיכנע לתכתיביו, אם קיימים כאלה. שנית, קיומו של מונופסון אמנם יכול להפחית מכוח השוק

של מונופול ממנו רוכש המונופסון את תשומות הייצור שלו, אך אין בו, בהכרח, כדי לאיין כוח שוק זה לחלוטין. זאת בעיקר כאשר מדובר במוצר חיוני עבור המונופסון, שמקורות האספקה החלופיים שלו מוגבלים.

לא מצאנו ממש גם בטענה ששיטת הרכישות במכרז שוללת את האפשרות להפעיל כוח שוק על-ידי בעל מונופולין שבידו כוח כזה. איננו רואים כל קשר בין הטכניקה שבה מוכרת מגל את מוצריה לבין האפשרות לנצל כוח שוק, ככל שכוח כזה קיים בידה.

גם הטענה בדבר העדר חסמי כניסה לשוק לא הוכחה. קיומם של זכויות פטנט בידי העוררת מקימה כשלעצמה חסמי כניסה משמעותיים. ההוא הדבר לגבי רשיון הספק ואישור הצטיידות הנדרש לשם אספקת גדרות ההרתעה למשרד הביטחון.

71. איננו מקבלים גם את השיקולים האחרים עליהם הצביע מר זילברשטיין בחוות דעתו, כשיקולים המצביעים על העדר כוח שוק בידי העוררת. אשר להעדר הפליית מחירים בין מכירותיה של מגל בארץ לבין המכירות בחו"ל, כפי שמציין הכלכלן דוד בועז, בהעדר נתונים מפורטים על מאפייני השוק העולמי בו פועלת מגל, לא ניתן לקבוע בוודאות את הסיבה לרמת המחירים הגבוהה יותר שבה מוכרת מגל את מוצריה בחו"ל. בכל מקרה, איננו סבורים שהעדר אפליית מחירים, בין קונים בארץ לבין קונים בחו"ל, שוללת, בהכרח, קיומו של כוח מונופוליסטי בארץ.

גם ירידת המחירים הריאלית לאורך זמן במחירי מוצריה של מגל, איננה מעידה בהכרח על העדר כוח מונופוליסטי. שהרי, כפי שמציין מר דוד בועז בחוות דעתו, תתכנה סיבות רבות לירידת מחירים, אשר אינן מצביעות דווקא על העדר כוח שוק.

בחקירתו הנגדית של מר זילברשטיין גם עלו ספקות לגבי הנחותיו העובדתיות. זאת, הן לגבי קיומו של פער מחירים בין מכירות מגל בארץ למכירותיה בחו"ל (פ. 26.7.00, עמ' 126), והן לגבי ירידת המחירים הריאלית הנתענת במחירי מוצריה של מגל משך השנים, לאחר שלא הובהר אם בסיס ההשוואה מתייחס לאותם מוצרים (עמ' 137-138).

72. מעבר לאלה, לפי הראיות שלפנינו עולה, שלאחר שהעוררת איבדה את מעמדה כספק בלעדי של גדרות התרעה של משרד הביטחון עקב כניסתה לשוק של מתחרה נוספת, היא חברת "טרנס", חלה ירידה של כ-30% עד 40% במחירה של גדר התרעה הנמכרת על-ידי מגל למשרד הביטחון (חוות-דעתו של מר בועז, בעמ' 35). בכך יש לתמוך באפשרות שמגל הפעילה כוח שוק גם כלפי משרד הביטחון וגבתה עבור מוצריה מחירים גבוהים מהמחירים הנקבעים בתנאים תחרותיים.

73. אפשרות זו, שהעוררת הפעילה בעבר כוח שוק, שוללת את הרלבנטיות הנתענת של ירידת המחירים הריאלית שחלה לפי הטענה במחיר מוצריה. זאת, משום שאם המחירים שהיו קיימים עובר לאותה ירידת מחירים הנתענת נקבעו בעקבות הפעלת כוח שוק, כי אז ירידת המחירים אינה מעידה בהכרח על העדר כוח שוק ("The Cellophane Fallacy").

מונופולין סטטוטורי לפי חוק הפטנטים

74. טענה מרכזית של העוררת עניינה בזכות הקניינית המוקנית לה על-פי חוק הפטנטים מתוקף הפטנטים שבבעלותה, ואו פטנטים בהם היא בעלת זכות ניצול ייחודית, הזהים למוצר שלגבי הכריז הממונה על העוררת כעל בעלת מונופולין. לטענתה, זכות זו מקימה

לה, על-פי חוק הפטנטים, מונופול שבדין, וזה דוחה את הוראות חוק ההגבלים העסקיים בעניין מונופולין.

75. טענתה של העוררת מבוססת על ההשקפה שחוק ההגבלים העסקיים וחוק הפטנטים הם שני דברי חקיקה אשר מתנגשים זה בזה ואינם יכולים לדור יחדיו תחת קורת גג אחד. זאת, לפי הטענה, משום שהתכליות העומדות בבסיסם של שני חוקים אלה מנוגדות זו לזו. תכליתו של חוק ההגבלים העסקיים למנוע פגיעה בתחרות תוך פיקוח והטלת מגבלות על פעילותם של מונופולים. תכלית זו נוגדת, נטען, את תכליתו של חוק הפטנטים, המעניק מונופול לממציאים ומעודד אותם בדרך זו לשקוד על-פיתוח המצאות לטובת החברה, הקדמה והפיתוח. האינטרס הציבורי בעידודו של בעל הפטנט לנצל את המצאתו גובר, לפי הטענה, על האינטרס בתחרות החופשית. לפיכך, צריך שחוק ההגבלים העסקיים יידחה במטריה מיוחדת זו מפני חוק הפטנטים.

תוצאה אחרת, המחילה את שני החוקים בה בעת, תביא לפי הטענה, למצב שבו ימצא עצמו בעל פטנט כפוף לשתי מערכות דינים אשר נוגדות זו את זו. כך, למשל, הביטוי "מנצל לרעה" המופיע הן בסעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים והן בסעיף 117 לחוק הפטנטים עשוי שיתפרש על-פי כל אחד מהחוקים בדרך אחרת, הכל לפי תכלית החוק שבו מדובר, דבר אשר עשוי להביא למצב שבו ייחשב בעל הפטנט כמי שמנצל את מעמדו לרעה לפי חוק ההגבלים העסקיים, זאת חרף העובדה שמדובר בפעילות מותרת לפי החוק הפטנטים.

נסיגת חוק ההגבלים לגבי זכויות פטנט מפני חוק הפטנטים מתחייבת, לטענת העוררת, גם ממעמדן של זכויות הקניין בחוקי היסוד. זאת, משום שחוקים אלה אינם עולים בקנה אחד עם הפגיעה בקניינם של בעלי פטנטים, אשר עשויה להיגרם עקב החלתו של חוק ההגבלים העסקיים.

העוררת לומדת לעניין זה היקש, מקל וחומר, מהוראת סעיף 3(א)(2) לחוק ההגבלים העסקיים. על-פי אותה הוראה נקבע שהסדר כובל שכל כבילותיו נוגעות לזכות השימוש בפטנט, אינו הסדר כובל. מכאן יש ללמוד, לפי הטענה, מקל וחומר, שגם הוראות החוק בעניין מונופולין, שפעילותו, בעקרון, איננה אסורה בדין, צריך שייסוגו בפני חוק הפטנטים.

76. בעקרון, כפי שנקבע בפסק הדין בעניין בזק הנזכר לעיל, אין לשלול את האפשרות לקיומו של פטור סטטוטורי משתמע מדיני ההגבלים העסקיים, אשר ידחה את תחולתם של דינים אלה מפני חוק אחר. המבחן בעניין זה, כפי שנקבע באותו פסק דין, הוא מבחן ההתנגשות בין הדינים. לפי מבחן זה, הסדר סטטוטורי מיוחד עשוי לדחות את תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים במקום שאלה מתנגשים עם אותו חוק, באופן שאינו מאפשר להחיל את שתי מערכות הדינים, זו לצידה של זו, על אותו מונופולין, וכאשר הפרשנות המשפטית הראויה מחייבת (וכך יהא בדרך כלל) להעדיף את ההסדר הסטטוטורי המיוחד החל על אותו מונופולין.

עם זה, נקבע בפסק הדין בעניין בזק, כי הגישה הפרשנית העקרונית בסוגייה זו היא שככלל, אין חוק אחד שולל מכללא את תחולתו של חוק אחר, ויש לפרש חוקים שונים החלים על אותה מטריה, כמשלימים זה את זה, ולא כבאים להוציא זה את זה. כך נאמר בפסק דין זה:

"ככלל, בהעדר פטור סטטוטורי מפורש, הגישה העקרונית לטענה השוללת את תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים על יסוד פטור משתמע עפ"י דין תהא שלילית. נקודת המוצא בבחינתה של טענה כזו תהא, שיש לפרש את חוק ההגבלים העסקיים בהרמוניה עם דין אחר (בדרגה

נורמטיבית זהה) החל על אותו עניין, ובאופן שאינו שולל את תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים".

אולם מסקנה זו אינה שוללת, כפי שנקבע באותו פסק דין, אפשרות לקיומה של התנגשות נקודתית בין שתי מערכות דינים. התנגשות כזאת עשויה להוציא את חוק ההגבלים העסקיים מפני הסדר סטטוטורי אחר בנושא ספציפי-נקודתי, אך אין בה כדי לשלול באופן גורף את תחולתם של דינים אלה מפני החוק האחר. על יסוד כך, נקבע בפסק דין בזק:

"ככלל, אין ללמוד על קיומו של פטור כללי וגורף מתחולתם של דיני ההגבלים העסקיים. פטור כזה, ייקבע, בדרך כלל, באופן נקודתי ובהתייחס לפעולות מסוימות של בעל המונופולין העומדות על הפרק, או בהתייחס להוראות ספציפיות אשר בית הדין מתבקש ליתן לגביהן".

77. אשר להכרזה על מונופולין, זו אינה מתייחסת לנושא ספציפי - מוגדר, אלא משמשת כמהלך מקדים שמטרתו לאפשר הפעלת הכלים הסטטוטוריים שקבע המחוקק לשם פיקוח על בעל המונופולין אשר נועדו למנוע או לצמצם את פגיעתו בתחרות ובטובת הציבור. לפיכך, עצם האפשרות לקיומה של התנגשות נקודתית בין שני החוקים, אין בה כדי לשלול את ההכרזה. משמעות הדבר, כפי שנקבע בפסק דין בזק, היא שהדיון בטענת פטור מתחולת דיני ההגבלים העסקיים, ייערך, ככלל, בשלב בו תתבררנה טענות ספציפיות נגד פעילות כזאת או אחרת של בעל המונופולין, היינו בשלב הדיון במתן הוראות לפי סעיף 30 לחוק, או במסגרת הדיון בשאלה האם בעל המונופולין ניצל לרעה את מעמדו בניגוד לסעיף 29א לחוק.

78. על רקע זה, תבחן השאלה האם במקרה שלפנינו קיימת התנגשות כוללת בין חוק ההגבלים העסקיים לבין חוק הפטנטים, אשר מחייבת להוציא מראש ובאופן גורף את תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים בנושא המונופולין מפני תחולתו של חוק הפטנטים. לשון אחר, האם ניתן לקבוע מראש שכל התנהגות של בעל הפטנט, תהא אשר תהא, הנוגדת את חוק ההגבלים העסקיים היא התנהגות שחובה להכשירה מכוח חוק הפטנטים.

79. על שאלה זו יש להשיב בשלילה. לדעתנו, חוק ההגבלים העסקיים אינו עומד בסתירה או בהתנגשות לחוק הפטנטים. העובדה שהמחוקק הפקיד בידו של אדם זכות סטטוטורית בתחום הפטנטים, אין משמעה שהמחוקק גם היה מוכן להשלים מראש עם מצב שבו בעל הפטנט ינצל לרעה את מעמדו בשוק ויפגע בציבור. גם אם נראה בזכות פטנט משום מונופולין (וכפי שיוסבר בהמשך, לדעתנו, אין מדובר במונופולין כמשמעו בחוק ההגבלים העסקיים), מונופולין זה אינו מקנה לבעליו, בהכרח, חסינות מפני ניצול לרעה של מעמדו בשוק בניגוד לחוק ההגבלים העסקיים. להפך, דווקא משראה המחוקק ליצור מצב המקים חשש לפגיעה בתחרות על-ידי יצירת מונופולין או מעין מונופולין סטטוטורי בדרך של מתן זכות פטנט, עשוי לעלות הצורך בהפעלת בלמים מאזנים אשר ימנעו את הניצול לרעה של זכות זו בדרך העלולה לפגוע בציבור.

80. גישתנו האמורה לפיה אין מתקיימת התנגשות כוללת בין חוק ההגבלים העסקיים לבין חוק הפטנטים, מבוססת על שני נדבכים. ראשית, אנו סבורים שאין התנגשות בין תכליות החקיקה שבשני החוקים. שנית, וכפועל יוצא מכך, דינה של זכות הפטנט אינה כדין מונופולין לפי חוק ההגבלים העסקיים. במילים אחרות, מונופולין מכוח חוק הפטנטים,

ככל שניתן לכנות את זכות הפטנט כמונופולין, אינו מונופולין מכוח חוק ההגבלים העסקיים. לפיכך, אין גם לומר שלפנינו שני הסדרים סטטוטוריים החלים על אותה מטריה - המונופולין - אשר מתנגשים זה בזה.

81. האינטרס המוגן בחוק ההגבלים העסקיים הוא התחרות החופשית. מטרתו של החוק, כפי שהוסבר בע"א 2247/95 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה**, פ"ד נב (5) 213 היא: "הבטחת פעילות כלכלית חופשית ... הגנה על הציבור הרחב מפני עיוותים כלכליים שמקורים בריכוזיות יתר בשווקים מסוימים, ... הקצאה יעילה של משאבים והגברת היעילות". התחרות החופשית נקבע בפסק-דין זה, "היא אבן יסוד בכל שיטת משטר דמוקרטי, בהיותה סממן בולט של חירויות הפרט להגשמת האוטונומיה שלו".

ובבג"צ 588/84 **ק.ש.ר. סחר אזבסט בע"מ נ' יו"ר המועצה לפקוח על הגבלים עסקיים ואח'**, פ"ד מ(1), 29 נקבע כי :

"תחרות בריאה וחופשית בין יצרנים מבטיחה לצרכנים את המוצר בעל האיכות הטובה ביותר במחיר הסביר ביותר, המשקף בצורה המדויקת ביותר את הביקוש שלו. כמו כן תחרות מהווה תמריץ לייעול, לפתוח ולחדשנות, דבר שיביא לירידה בהוצאות הייצור ולעליה באיכות המוצר. התארגנות חברות לקרטל או למונופול נותנת להם כוח כלכלי רב ושוללת את היתרון שצומח לו, לצרכן מתחרות חופשית שכן הכוח יכול להיות מנוצל לרעה לקביעת מחירים כרצונם של הנהנים מההסדר, להימנעות מנקיטת אמצעים להתייעלות וקידום, ולאי הקפדה על איכותו של המוצר".

לתכליתו של חוק הפטנטים, התייחסה כב' השופטת פרוקצ'יה בפסק הדין בעניין טבעול (ת"א (ירושלים) 613/93 - **"טבעול" נ' שמיר תעשיות מזון בע"מ ואח'** :

"מהותו העיקרית של מוסד הפטנטים נעוץ בזכותו של המונופולין שרכש בעל ההמצאה מכוח הפטנט, והיא מקפלת בתוכה זכות שלילית למנוע בעד אחרים מלייצר, למכור, או לעשות שימוש אסור בכל דבר המהווה נשוא הפטנט. זכות קניין זו הנתונה לבעל הפטנט נועדה לקדם מדיניות ציבורית רחבה שתכליתה לחדש, לפתח ולעודד שיטות ייצור חדשות ולשפרן באמצעות כוח האמצאה של האדם. יעודה של שיטת הפטנטים בשלושה אלה :

(א) לעודד בני אדם מחוננים בכושר אמצאה להפעיל את כשרונם ; (ב) להמריץ את הממציא לגלות לציבור את פרטי המצאתו כדי שתהיה בתום תקופת הפטנט לנחלת הכלל ; (ג) להביא בהקדם לניצול מעשי של האמצאה על-ידי בעל הפטנט ומורשים לכך תמורת תשלום תגמולים".

82. תכליתם הבסיסית של שני החוקים הנה, אפוא, להגדיל את הרווחה החברתית. מבחינה זו אין התנגשות בין חוק ההגבלים העסקיים לבין חוק הפטנטים. דווקא התחרות החופשית, היא אשר מאפשרת ומעודדת, כפי שנקבע בפסק הדין בעניין תנובה, את "הגשמת האוטונומיה" של הפרט ומהווה "תמריץ לייעול, לפתוח ולחדשנות" (כפי שנקבע בפסק הדין בעניין ק.ש.ר. סחר אזבסט). מדובר אם כן בחוקים שביסודם מטרה משותפת, הגם שכל אחד משני החוקים עושה כן מזווית ראייה אחרת. חוק ההגבלים העסקיים מתמקד בהגנה על התחרות תוך התמודדות עם מצבי כשל שוק, בכלל זה קיומו של כוח שוק. חוק הפטנטים מבקש "לפתח ולעודד שיטות ייצור חדשות ולשפרן באמצעות כוח האמצאה של האדם" (פסה"ד בעניין טבעול לעיל), תוך מתן תמריצים למחדשים ולממציאים. מתוך שתי

גישות שונות אלו, באים החוקים למלא את אותה מטרה - הגדלת הרווחה החברתית - תוך שהם משלימים האחד את השני.

גם המשפט האמריקאי מכיר בכך שביסודם של שני חוקים אלה מטרה משותפת. כך נקבע בפסק הדין (77-876 861 F.2d), **Loctite Corp. v. Ultraseal Ltd.** :

"The patent system, which is rooted in the United States constitution serves a very positive function in our system of competition, i.e. the encouragement of investment based risk. By doing so, it encourages innovation and its fruits: new jobs and new industries; new consumers goods and trade benefits. In that sense, therefore, and because the underling goal of the antitrust laws is to promote competition, the patent and the antitrust laws are complementary".

ובפסק הדין בעניין **Atari Games Corp. v. Nintendo of America Inc.**, 897 F.2d 1572, (1990), אשר דן בתביעת שהוגשה על-ידי חברת משחקי אטרי נגד חברת נינטנדו, נקבע :

"The aims and objectives of patent and antitrust laws may seem, at first glance, wholly at odds. However, the two bodies of law are actually complementary, as both are aimed at encouraging innovation, industry and competition".

כך נקבע גם ב-"Antitrust Guideline for the Licensing of Intellectual Property 1995", אשר פורסמו באפריל 95' על-ידי משרד המשפטים האמריקאי (ה-FTC) :

"The intellectual property laws and the antitrust laws share the common purpose of promoting innovation and enhancing consumer welfare".

83. הטעם השני שביסוד גישתנו השוללת את הטענה בדבר קיומה של התנגשות גורפת בין דיני ההגבלים העסקיים לבין חוק הפטנטים, הוא שהמונופול הסטטוטורי המוקנה בחוק הפטנטים אינו ממין המונופול שבו דן חוק ההגבלים העסקיים. למעשה, אין מדובר בחוק זה בהענקת זכות מונופולין, אלא בהגנה על זכות קניינית שייחודה מתבטא בהיותה זכות קניין רוחני. על רקע זה אף מציע המלומד Hovenkamp בספרו **Federal Antitrust Policy** לא להשתמש במונח זה של מונופולין בהקשר לחוק הפטנטים :

"The 'monopoly' .monopoly cases/One word of caution in patent" patent that is some times said to result from an enforceable is not the same thing as the 'monopoly' or monopoly power it ,Indeed .which is a predicate for illegal monopolization a ; would be better not to speak of a patent 'monopoly' at all patent is a right in intellectual property limited to the article . "process described in the patent application or

,Ednd2By west group ,Federal Antitrust Policy ,Hovenkamp .H)
.p, 1999, 323-324.

84. המונופולין שבו עוסק חוק ההגבלים העסקיים עניינו במעמדו של בעל המונופולין בשוק, והוא נועד לרסן את כוח השוק של בעל המונופולין. המונופולין בו עוסק חוק הפטנטים עניינו בהגנה על ההמצאה. מונופולין זה מקנה לממציא זכות קניינית על ההמצאה, אך אין לו כל קשר למעמד אשר עשוי לקנות בעל זכות הפטנט בשוק.

עניין זה הוסבר על-ידי כב' השופטת פרוקצ'יה בפסק הדין בעניין טבעול:

"מהותו העיקרית של מוסד הפטנטים נעוץ בזכות המונופולין שרכש בעל ההמצאה מכוח הפטנט, והיא מקפלת בתוכה זכות שלילית למנוע בעד אחרים מלייצר, למכור או לעשות שימוש אסור בכל דבר המהווה נשוא הפטנט.

פטנט, אמנם, מקנה לממציא מונופול על האמצאה אך אינו מקנה לו מונופול בשוק מעבר לכך ואינו מתיר לו הפרה של דיני ההגבלים העסקיים מעבר להגנה על האמצאה".

זו ההשקפה המקובלת במשפט המשווה. כך קובעים המלומדים Areeda ו-Hovenkamp בספרם
: **Antitrust Law**, (Revised Edition, 1996, vol III) p. 151

"We emphasize that a patent is presumptively not a monopoly at all, but merely the right to exclude others from copying a particular process or product".

זו גם הגישה המקובלת במשפט הקהילייה האירופאית:

"The fact that a holder of a patent, trademark or copyright has exclusive rights against third parties does not in itself establish a dominant position. This depends, in particular, on the definition of the relevant market and the right-holder's share of that market as against the shares held by the makers of substitutes".

(L. Ritter, W.D. Braun & F. Rawlinson **EC Competition Law**,
By Kluwer Law International 2nd Ed. P. 686).

85. עם זה, הספרות והפסיקה מציינים, את המתח הקיים בין דיני הפטנטים לדיני ההגבלים העסקיים. התייחסה לכך כב' השופטת פרוקצ'יה בפסק הדין בעניין טבעול:

"על רקע הדברים האמורים ניתן להבין את קיומו של מתח מתמיד בין שיטה משפטית - כלכלית המאפשרת קיומו של מונופול חוקי לבין שיטה המבקשת להבטיח תחרות חופשית".

המלומד Whish מציין בעניין זה בספרו Competition Law (Third Edition):

"Because intellectual property rights confer exclusivity upon their owners there is inevitably a tension between them and owners there is a competition law which usually strives to keep markets open. A patent does not make the patentee a monopolist in open.

but it does afford a degree of immunity, an economic sense
 difficult and delicate. It is a difficult form the activities of rival firms
 matter to decide how to balance on the one hand the amount
 -plant, of protection that needs to be afforded to inventors
 or artists to encourage them in their endeavours, breeders
 against the desirability of maintaining an open and
 "active market on the other competition".

(p. 621-622).

86. אולם מתח כזה, יש לציין, מתקיים גם בין דיני ההגבלים העסקיים לבין זכויות קניין
 רגילות, כמו גם זכויות אחרות, למשל זכות חופש העיסוק. גם זכויות אלה עשויות להיפגע
 עקב החלתם של דיני ההגבלים העסקיים. המלומדים Areeda ו- Hovenkamp
 מתייחסים לנושא זה בספרם דלעיל:

"As such it is no different than any other property right - for
 example, ownership of an airplane or pipeline entails the
 right to exclude others from using them. Thus the patent
 infringement action is nothing more than a variation on the
 common law trespass action. Neither ownership of the
 property right nor the power to exclude conveys monopoly
 power unless the property right in question dominates a
 property defined relevant market".

(ibid, 151).

87. יישומם של דיני ההגבלים העסקיים אכן עשוי שיהא כרוך בהטלת מגבלות שונות על זכויות
 הפרט, בכלל זה זכויות קנייניות. כך, מתן הוראות לבעל מונופולין עשוי לפגוע בזכויותיו
 הקנייניות גם כאשר אין מדובר בזכויות קניין רוחני. בפסק הדין בעניין דובק (תיק מונו'
 1/93 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' חברת דובק בע"מ, (דינים מחוזי לב (8) 191)
 למשל, חויבה חברת דובק לאפשר למתחריה לעשות שימוש במנגנון ההפצה שלה. בפסק
 הדין בעניין ידיעות אחרונות הנזכר לעיל, התבקש בית הדין ליתן הוראות נגד בעל מונופולין
 - ידיעות אחרונות - האוסרות עליו להפיץ את המקומונים שלו יחד עם העיתון היומי. אילו
 התקבלה הבקשה (שנדחתה מטעמים אחרים), היה בכך כדי לפגוע בחופש העיסוק של בעל
 המונופולין, כמו גם בזכותו לעשות ברכושו כרצונו. בדומה עשויים דיני ההגבלים העסקיים
 להטיל על בעל מונופולין מגבלות שונות לגבי המחיר שהוא קובע למוצרו. זאת חרף
 העובדה שמדובר ברכוש הנמצא בבעלותו, שברכישתו או בייצורו הוא השקיע ממון רב,
 ואלמלא היה בעל מונופולין היה רשאי לעשות בו כרצונו.

88. בכל הסיטואציות מסוג זה נוצר תמיד מתח בין דיני ההגבלים העסקיים לבין זכויות אחרות
 שהגבלתן מתחייבת עקב הפעלתם של דינים אלה. מתח זה מחייב לנקוט במבחנים אשר
 יקבעו את נקודת האיזון הראויה בין האינטרסים והערכים המתנגשים. כפי שנקבע בפסק
 הדין בעניין ידיעות אחרונות, מבחן האיזון שבו ישתמש בית המשפט איננו מבחן קבוע,
 והוא עשוי להשתנות בהתאם למעמדם הנורמטיבי ועוצמתם היחסית של הערכים
 המתמודדים. איננו שוללים, בלא לקבוע בדבר מסמרות, את האפשרות שהאינטרס החברתי

בעידוד כוח ההמצאה יביא לשינוי בנקודת האיזון שתקבע בנושא ספציפי זה או אחר משיתעורר הצורך להכריע בכך בבוא המועד. אך מכאן ועד שלילתם הגורפת של דיני ההגבלים העסקיים בנושא המונופולין על זכות הפטנט הדרך רחוקה.

89. איננו מקבלים גם את הטענה המבקשת ללמוד היקש שווה מהפטור הסטטוטורי לגבי הסדר כובל שכל כבילותיו נוגעות לזכות השימוש בפטנט המצוי בסעיף 3(2) לחוק ההגבלים העסקיים. היקש זה נשלל בפסק דין בזק, ואין לנו אלא לחזור על הדברים שנאמרו בעניין זה באותו פסק דין:

"לשיטתנו, ההיקש שניתן ללמוד מסעיף 3(1) לחוק מצביע על מסקנה הפוכה מזו שמבקשים ללמוד ב"כ העוררת. סעיף זה מצביע על כך שהמחוקק היה ער לאפשרות של מתן פטור מתחולת דיני ההגבלים העסקיים להסדרים שנקבע מכוח הדין, אלא שהוא ראה להחיל פטור כזה על הסדרים כובלים בלבד. מכאן מתבקש המסקנה, כי המחוקק לא ראה לפטור מונופולין מתחולת החוק רק בשל כך שחל עליו הסדר סטטוטורי מיוחד".

90. מכל שנאמר לעיל עולה, שעצם העובדה שהמונופולין של העוררת כמשמעו בחוק ההגבלים העסקיים נובע מזכויות פטנט בהן היא מחזיקה מכוח חוק הפטנטים, אין בה כדי להביא לביטול ההכרזה.

91. התוצאה היא, שאנו מקבלים את הערר ומבטלים את ההכרזה נשוא הערר.

92. אנו מחייבים את הממונה לשלם לעוררת הוצאותיה בהליך זה, בכלל זה שכ"ט עו"ד, בסכום של 10,000 ש"ח בצירוף מע"מ.

ניתן היום, י"ח בחשוון תשס"ב (4 בנובמבר 2001), בהעדר הצדדים. המזכירות תמציא העתק פסק הדין לב"כ הצדדים.

עו"ד ר. הרמן

עו"ד י. פרלוב
חבר

י. עדיאל, שופט
אב בית הדין
חבר

נוסח זה כפוף לשינויי עריכה וניסוח