



**מונופולים בתחרות:  
האיזון שבין עידוד חדשנות ויצירתיות לבין  
הפגיעה בתחרות בדיני ההגבלים העסקיים**

ד"ר מיכל (שיצר) גל

27

SCIENCE, TECHNOLOGY AND THE ECONOMY PROGRAM (STE)  
WORKING PAPERS SERIES STE-WP-27



**מונופולים בתחרות:  
האיזון שבין עידוד חדשנות ויצירתיות  
לבין הפגיעה בתחרות בדיני ההגבלים העסקיים**

**ד"ר מיכל (שיצר) גל  
הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה  
NYU Center for Law and Business**

STE-WP 27-2005

March 2005

---

This is a report on a research project conducted as part of the activities of the Science Technology and the Economy Program, (STE), at the Samuel Neaman Institute for Advanced Studies in Science and Technology. Support for that project from the Institute is gratefully acknowledged. This paper presents the author's own view and not that of the Samuel Neaman Institute for Advanced Studies in Science and Technology or any members of its staff.

# מונופולים בתחרות: האיזון שבין עידוד חדשנות ויצירתיות לבין הפגיעה בתחרות בדיני ההגבלים העסקיים

אבסטרקט

המשפט הוא שחקן חשוב ביצירת תמריצים ליצירה ולדיפוזיה של קניין רוחני. בזירה זו יש לדיני הקניין הרוחני ולדיני ההגבלים העסקיים תפקיד מכריע. כללי הקניין הרוחני גודרים את קשת המקרים בהם מוענקת הגנה משפטית להמצאות על ידי מתן זכות לשימוש בלעדי למציא בהמצאתו. ללא הגנה זו יקטן התמריץ ליוצר להשקיע ביצירת המצאות חדשות, בפיתוחן ובמימושן הכלכלי בשל אופיו של הנכס כטובין ציבורי. כללי ההגבלים העסקיים מגינים בפני יצירת מכשלות מלאכותיות לתחרות בשוק, המהווה אף היא מנוע חשוב ליעילות דינמית. בהתאם לכך, שתי מערכות הדינים קשורות קשר בל-יינתק ביצירת תמריצים כלכליים לחדשנות וליצירתיות. סוגיית האיזון בין שתי מערכות אלו הינה בעלת חשיבות רבה בכלכלת המידע.

חלקו הראשון של מאמר זה מציע ארבעה עקרונות מנחים להסדרת הממשק שבין דיני הקניין הרוחני לבין דיני ההגבלים העסקיים אשר יחולו מקום בו עולות סוגיות הגבליות המערבות זכות קניין רוחני שהוענקה כדין. לאור עקרונות אלו נבחנה השאלה האם דיני ההגבלים העסקיים המוחלים כיום בישראל מאזנים נכונה בין האינטרסים השונים, דהיינו האם הם יוצרים סביבה עסקית המקדמת ותומכת בפיתוח וחדשנות טכנולוגיים, או האם הם מהווים מכשלה לפיתוח כאמור. כפי שהמאמר מראה, מרבית הוראות חוק ההגבלים העסקיים ניתנות לפרשנות אשר תעלה בקנה אחד עם עקרונות האיזון המוצעים. בנוסף, מרבית ההחלטות של בתי המשפט שדנו באיזון בין שתי מערכות הדינים עולות בקנה אחד עם העקרונות האיזון, למרות שמעולם לא נעשה ניסיון לנסח בצורה כללית ופורמלית את העקרונות המנחים את האיזון כאמור.

חלקו השני של המאמר מנתח את הכללים ההגבליים המסדירים שינויים מבניים בשוק שמטרתם יצירתו של קניין רוחני חדש. תכונותיו המיוחדות של המשק הישראלי, לאמור גודלו הקטן ורמת החדשנות הגבוהה המאפיינת רבים משוקיו, כמו גם העובדה ששוקי מידע הם לרוב שווקים בינלאומיים וכי ידע הינו נכס אסטרטגי הנדרש לשם הצלחה בשווקים אלו, מחייבות אותנו לשנות חלק מהנחות המוצא המקובלות בדיני ההגבלים העסקיים. אולם כפי שהמאמר מראה, כללי המיזמים המשותפים והמיזוגים החלים בישראל מעניקים לעתים משקל רב מדי לשיקולי תחרות קצרי-טווח על פני שיקולי יעילות דינמית ארוכי טווח.

Key words: innovation, competition, competition law, dynamic efficiency

Michal Gal  
Faculty of Law  
Haifa University  
Mt. Carmel  
Israel  
mgal@research.haifa.ac.il

## **Monopolies in Competition: The Balance between Innovativeness and Competition in the Israeli Competition Law**

Law plays an important role in the formation of incentives for the creation as well as the diffusion of intellectual property. Intellectual property laws and competition law are of special importance. Intellectual property laws determine when an inventor is entitled to receive an exclusive right to use his invention. The grant of such a right is often necessary in order to overcome the market failure problem associated with the public-good nature of such rights. It thus strengthens economic incentives to innovate. Competition law ensures that competitors do not create artificial obstacles to competition, which is also an important catalizator for dynamic efficiency. Accordingly, the two legal systems have intertwined effects on economic incentives to innovate. The balance between the two systems is of much importance in the information economy.

The first part of this paper suggests four guiding principles for regulating the interface between the two sets of legal rules, that should apply once the use of a legally granted intellectual property right raises a competitive concern. It then analyzes the existing legal rules, in light of the proposed principles, to determine whether the legal environment deters or facilitates innovation and its diffusion. As the paper shows, the Israeli Competition Act can be interpreted in a fashion that would align the law with the proposed principles. Moreover, most of the court decisions in this area exhibit a similar tendency, although none attempt to set out the guiding principles.

The second part of the paper analyzes the competition rules which regulate structural changes in the market which are aimed to create new intellectual property. It is argued that the small size of the Israeli market and the high level of innovativeness which characterizes many of its markets, as well as the fact that most innovation markets are international and that information is a strategic asset for succeeding in such markets, require us to change some of the common assumptions of competition law. Yet, as is shown, the legal rules that regulate mergers and joint ventures usually leave little room, if any, for dynamic efficiency considerations, and should thus be changed.

## מונופולים בתחרות: האיזון שבין עידוד חדשנות ויצירתיות לבין הפגיעה בתחרות בדיני ההגבלים העסקיים

ד"ר מיכל (שיצר) גל<sup>1</sup>

טיוטא ראשונה להערות והארות. אין לצטט ללא אישור המחברת.

“An antitrust policy that reduced prices by 5 percent today at the expense of reducing by 1 percent the annual rate at which innovation lowers the costs of production would be a calamity. In the long run a continuous rate of change, compounded, swamps static losses.”<sup>2</sup>

מבוא

פרק א': מימוש זכויות קניין רוחני

1. דיני הקניין הרוחני וההגבלים העסקיים- התנגשות?
2. ארבעה קווים מנחים לעריכת האיזון הראוי
3. הדין המצוי: האם הוא מאזן נכונה בין האינטרסים השונים?
  - א. הסדרים כובלים- הפטור שבסעיף 3(2)
  - ב. הסדרים כובלים שאינם נכנסים לגדר הפטור
  - ג. תחולה מקבילה של איסורים הגבליים
  - ד. דוגמא: מיזם משותף למימוש זכויות יוצרים

פרק ב': הסדרת פעולות מחקר ופיתוח שמטרתן יצירת קניין רוחני

1. מיזוגים ליצירת קניין רוחני
2. מיזם משותף ליצירת קניין רוחני

סיכום

מבוא

האיזון הראוי בין חדשנות לבין תחרות- שעניינו אילו הגבלות, אם בכלל, צריכות לחול על התנהגותם של גופים עסקיים שכוחם בשוק מתבסס על זכויות קניין רוחני או המבקשים ליצור קניין רוחני- הנה אחת השאלות המשפטיות המרתקות והבוערות ביותר במשפט העסקי בעת האחרונה. העיסוק הרב בשאלה זו במדינות רבות ברחבי העולם<sup>3</sup> איננו מקרי. הוא תולדה צפויה של מספר מגמות עכשוויות שבראשן עליית

<sup>1</sup> מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה; Academic Fellow, NYU Center for Law and Business, NYU. המחברת מבקשת להודות לשי אלמליח ולקרן ויינברג עבור עבודת מחקר מסורה, מעמיקה ומועילה. המחקר התאפשר תודות למלגת מחקר ממוסד שמואל נאמן למחקרים מתקדמים במדע וטכנולוגיה בטכניון, ועל כך נתונה תודתי. חלקים שונים מגרסאות קודמות של מאמר זה הוצגו בשני הכנסים של "מונופולים בתחרות". המחברת מודה על הערות והארות שניתנו במסגרת הרצאות אלו. תודתי שלוחה גם למיכאל בירנהק, אבישלום תור, אמיר ישראלי ומנחם פרלמן על הערות מאירות-עיניים. האחריות לגירסה הסופית היא, כמובן, של המחברת בלבד.

<sup>2</sup> F. H. Easterbrook, "Ignorance and Antitrust", *Antitrust, Innovation, & Competitiveness* (T. M. Jorde and D. J. Teece, eds., 1992) 82

<sup>3</sup> ראו, לדוגמא, דו"ח רשות ההגבלים העסקיים האמריקנית בשאלת האיזון בין דיני ההגבלים העסקיים לבין דיני הפטנטים: To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy (Federal Trade

חשיבותה של כלכלת המידע, אשר הפכה את מוצרי המידע המוגנים באמצעות דיני הקניין הרוחני (דוגמת תוכנות, תרופות ופנטזים) לאחד המשאבים המרכזיים של הכלכלה המודרנית. פעמים רבות משמש הקניין הרוחני ככלי עיקרי להשגת יתרון תחרותי בשווקים בינלאומיים ולעתים הוא הנכס היחיד, או העיקרי, של גופים עסקיים המתחרים בשוק. הקניין הרוחני הפך לנכס מרכזי למשק ולא רק למצאי הספציפי. בעקבות כך, הפכו סוגיות התמריצים ליצירת קניין רוחני ולשימוש בו לבעלות חשיבות ציבורית מדרגה ראשונה.

המשפט הוא שחקן חשוב ביצירת תמריצים ליצירה ולדיפוזיה של קניין רוחני. בזירה זו יש לדיני הקניין הרוחני ולדיני ההגבלים העסקיים תפקיד מכריע. כללי הקניין הרוחני גוזרים את קשת המקרים בהם מוענקת הגנה משפטית להמצאות על ידי מתן זכות לשימוש בלעדי למצאי בהמצאתו. כמפורט להלן, ללא הגנה זו יקטן התמריץ ליוצר להשקיע ביצירת המצאות חדשות, בפיתוחן ובמימושן הכלכלי. כללי ההגבלים העסקיים מגינים בפני יצירת מכשלות מלאכותיות לתחרות בשוק, המהווה אף היא מנוע חשוב ליעילות דינמית, דהיינו לשיפור בטיב המוצרים או ביעול תהליכי הייצור בשוק כמו גם להורדת מחירים והגדלת הכמויות המכרות בשוק. דיני ההגבלים חלים על כל שלבי היצירה והחדשנות- מהסדרת מייזמים משותפים ומיזוגים למחקר ופיתוח שמטרתם ליצור ידע חדש ועד לקביעת גדרות לניצולו של ידע כאמור על ידי הממציא. היקף תחולתם של האיסורים ההגבליים משפיע על התמריץ להשקעה במחקר ובפיתוח. הטעם לכך הוא שהתמריץ הכלכלי להשקעה עסקית תלוי בגובה הרווחים הצפויים אם תיצלה טכנולוגית ועסקית. גובה רווחים אלה מושפע, בין היתר, מגדר הפעולות המותרות לשם יצירתו וניצולו של ידע חדשני על ידי הממציא ומתחריו. בהתאם לכך, שתי מערכות הדינים קשורות קשר כל-יינתק ביצירת תמריצים כלכליים לחדשנות וליצירתיות. סוגיית האיזון בין שתי מערכות אלו הינה, אם כן, בעלת חשיבות רבה בכלכלת המידע.

שאלת איזון זו מקבלת כיום משנה חשיבות גם לאור שורה של פסיקות של בתי משפט, בארץ ובעולם, אשר הרחיבו את אגד זכויות הקניין הרוחני מעבר לגבולותיהם המסורתיים- ויש הטוענים אף מעבר למנדט הסטטוטורי ולמטרה העומדת בבסיס דיני הקניין הרוחני.<sup>4</sup> הדבר בולט במיוחד בתחום טכנולוגיית המידע, דהיינו שוקי התוכנה והאינטרנט. בתחומים אלה ניכרת בשנים האחרונות מגמה של הרחבת זכויות הקניין הרוחני המאפשרת לבעליהן לשלוט לא רק בשוק המיידי של ההמצאה או היצירה, אלא גם בשווקים נוספים. פרשת MAI האמריקנית<sup>5</sup> מהווה דוגמה מובהקת להרחבת זכויות זו.<sup>6</sup> במקרה הנדון חברה מכרה תוכנה בפיתוחה ללקוח. חוזה המכירה קבע כי על הלקוח להשתמש בשירותי התחזוקה של חברת התוכנה. הלקוח לא היה מרוצה מהשרות האיטי שניתן לו, והתקשר עם חברה אחרת לתיקון הקלקול בתוכנה. בית התוכנה תבע את הלקוח וטען, בין היתר, כי פעולתו הפרה את זכויות היוצרים של החברה. בית המשפט קיבל את הטענה בקובעו כי גם העלאת עותק זמני של התוכנה על המחשב על ידי אדם לא מורשה מהווה הפרה של זכות היוצרים. פרשנות זו מקנה לבעל זכות היוצרים זכות משפטית לא רק כלפי מי שצרב את התוכנה על גבי דיסקים ומכר עותקים לא מורשים במחיר מופחת, אלא גם כלפי כל מי שהפעיל את התוכנה ולשם כך יצר עותק זמני במחשב. היא מעניקה ליצרן התוכנה זכות בלעדית לא רק בשוק התוכנה אלא גם בשוק משיק, שוק מתן שירותי החזקה ותמיכה לתוכנותיו. היא יוצרת קומודיפיקציה של זכות השימוש, ולא רק של הידע. החלטה זו עלולה לפגוע בתחרות בשוק תיקון התוכנות, מקום בו ליצרן התוכנה יש כוח שוק בשוק התוכנה.

---

Commission, October 2003), to be found at <http://www.ftc.gov/os/2003/10/innovationrpt.pdf>; OECD Report on Competition Policy and Intellectual Property Rights (OECD, Paris 1998), to be found at <http://www.oecd.org/dataoecd/34/57/1920398.pdf>; "Symposium: The Interface between Intellectual Property Law and Antitrust Law" **Minn. L. Rev.** 87 (2003) 1695.

<sup>4</sup> ראו, למשל, ניבה אלקין-קורן, "על כלל ועל נחלת הכלל": מקניין רוחני לעשיית עושר ולא במשפט", **עיוני משפט** כה (תשס"א) 9.

<sup>5</sup> **MAI Systems Corp. v. Peak Computer, Inc.** 991 F. 2d 511 (1993)

<sup>6</sup> Jessica Litman, "The Exclusive Right to Read" **Cardozo Arts & Ent. L. J.** 12 (1994) 29  
על מגמת הרחבה זו ראו, למשל, Rebecca S. Eisenberg, "Public Research and Private Development Patents and Technology Transfer in Government-Sponsored Research" **Va. L. Rev.** 82 (1996) 1663; Leenheer Zimmerman, "Copyright in Cyberspace: Don't Throw Out the Public Interest with the Bath Water" **Ann. Sur. Am. L.** (1994) 403.

כן היא עשויה לפגוע בציבור הצרכנים אם לציבור זה אין מידע מלא בדבר ההגבלות הצמודות לתוכנה שהם רוכשים.<sup>7</sup> פסק הדין הוביל לשינוי חקיקתי אשר צמצם במקצת את תחולתו של פסק הדין.<sup>8</sup>

גם בתי המשפט שלנו הרחיבו את אגד זכויות הקניין הרוחני. כך, למשל, בפסק דין א.ש.י.<sup>9</sup> הכיר בית המשפט העליון בהגנה על מדגם מן היושר. אמנם בניגוד לפסיקה האמריקנית יש כאן הרחבת הבסיס לזכות ולא הרחבת היקף ההגנה, אך גם בהרחבה זו יש כדי להשפיע על תמריצי היצירה, מחד גיסא, ועל התחרות בשוק, מאידך גיסא.<sup>10</sup> גם פסק הדין בעניין מיקרוסופט נגד אגמה מיחשוב,<sup>11</sup> משתלב במגמת ההרחבה של אגד הזכויות המסורתיות. המגמות של הרחבת השליטה והבעלות על מידע בתחומי היצירה והטכנולוגיה השונים, הן באמצעות החוק והפסיקה והן באמצעים טכנולוגיים, מאיימות לצמצם את נחלת הכלל ולהציב מכשלות לתחרות.

מגמה נוספת בעלת השפעה על חשיבות האיזון בין הקניין הרוחני לבין דיני ההגבלים העסקיים הנה ההכרה כי ארגון הכללים של הקניין הרוחני אינו עשיר דיו על מנת לאפשר לבתי המשפט להגביל את בעלי זכויות הקניין הרוחני בניצול זכותם מעבר למנדט שניתן להם בחוק. עד לעת האחרונה הניחו בתי משפט כי דיני הקניין הרוחני משמשים בסיס קוהרנטי ומספק להסדרת חששות תחרותיים. אכן, הגישה השלטת בבתי משפט רבים ברחבי העולם היתה כי דיני הקניין הרוחני "חסינים" בפני טענות הגבליות. אולם כיום ישנה הכרה בכך שאין בידם של דיני הקניין הרוחני למנוע כל ניצול של הזכויות אשר פוגע בתחרות וחורג מגבולות ההגנה הראויה. הכרה זו חייבה בחינה מחודשת של הכללים המשפטיים המסדירים את השימוש בקניין הרוחני. החיפוש אחר כלים חליפיים, או נוספים, אשר יגבילו את כוחו של בעל זכות הקניין הרוחני לאחר שהיא ניתנה על מנת שזו לא תחרוג מן המנדט המקורי שניתן הוביל, באופן טבעי, לדיני ההגבלים העסקיים, המסדירים את פעולותיו התחרותיות של בעל קניין כלשהו לאחר שזה ניתן לו.

בתי משפט נזקקים כיום יותר ויותר לעילות הגבליות מובהקות על מנת לרסן את פעולותיהם של מונופולים המבוססים על זכויות קניין רוחני. פסק הדין האמריקני בעניין מיקרוסופט, על כל גלגוליו, מדגים זאת היטב. תוכנותיה של מיקרוסופט מוגנות מתוקף היותן קניינה הרוחני. בית המשפט הכיר בזכות זו וכן הכיר בכך שמיקרוסופט הגיעה למעמדה המונופוליסטי בשוק תוכנות ההפעלה בזכות, תוך ניצול לגיטימי של זכויות הקניין הרוחני שלה. אולם הוא החיל מגבלות מתחום דיני ההגבלים העסקיים על ניצול לרעה של כח השוק. כך, למשל, נאסר על מיקרוסופט לקשור את אספקת תוכנת ההפעלה לאספקת הדפדפנים וכן לא לאסור על שינוי "דף הפתיחה" של מערכת ההפעלה, כך שמתקני מחשבים יוכלו לשנותו בדרך של הוספת צלמית (ICON) לדפדפן מתחרה.<sup>12</sup> רשות ההגבלים האירופית, אשר דנה אף היא בטענות של ניצול לרעה של כוחה המונופוליסטי של מיקרוסופט המבוסס על קניינה הרוחני, אף חייבה את מיקרוסופט לפתוח לציבור חלק מקוד התוכנה, לגביו היא נהנית מזכויות יוצרים, על מנת שכותבי תוכנות יוכלו ליצור קישוריות לתוכנות אחרות שאינן מבית יוצרה של מיקרוסופט.<sup>13</sup>

<sup>7</sup> מקום בו יש לרוכשים מידע מלא על ההגבלות הצמודות לתוכנה וליצרן התוכנה אין כח שוק בשוק התוכנה, הצרכנים ירכשו תוכנה חליפית אשר הגבלות דומות אינן חלות עליה. ראו, לדוגמא, Benjamin Klein, "Power in Aftermarkets" *Managerial and Decision Economics* 17 (1996) 143.

<sup>8</sup> U.S.C. sec. 117 (c)

<sup>9</sup> רע"א 993/96, 5614/95, 5768/94 א.ש.י.ר יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ ואח', פ"ד נב(4) 289.

<sup>10</sup> לביקורת על פסק הדין ראו אלקין-קורן, לעיל, הערה 4.

<sup>11</sup> בש"א (י-ם) 2184/02 *Microsoft Corporation* נ' אגמה מיחשוב 1999 בע"מ ואח', (טרם פורסם).

<sup>12</sup> *U.S. v. Microsoft Corporation*, 84 F. Supp. 2d 9 (D.D.C. 1999)(findings of fact); 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000)(conclusions of law); 97 F. Supp. 2d 59 (D.D.C. 2000)(final judgment); on appeal (D.C.Cir., 2001).

<sup>13</sup> ראו החלטת הנציבות האירופית בעניין מיקרוסופט. *EU Commission decision on Microsoft, Inc.* (March 24, 2004). בקשה לעיכוב הוצאתה לפועל של החלטת הנציבות נדחתה על ידי בית המשפט האירופי.

בנוסף, כיום מכירים בעילות הגבליות גם בתחום הקניין הרוחני עצמו. דוקטרינת השימוש לרעה של פטנט או של זכות יוצרים,<sup>14</sup> אשר נעשה בה שימוש נרחב בארה"ב ונזכרה באמרת אגב גם בארץ,<sup>15</sup> מכניסה לדיני הקניין הרוחני בדלת האחורית את דיני ההגבלים העסקיים הקלאסיים. דוקטרינה זו מאפשרת למי שנטען כנגדו כי הוא הפר את זכויות הקניין הרוחני של אחר, לטעון כטענת הגנה כי בעל הקניין הרוחני ניצל לרעה את זכותו ועל כן הוא מנוע מלטעון להפרתה. אולם, כפי שיפורט להלן, תחולתה של הדוקטרינה מוגבלת, בין היתר, כיון שהיא משמשת כמגן ולא כחרב כנגד בעל קניין רוחני שניצל לרעה את זכותו. בנוסף, חוק הפטנטים מסמיך את רשם הפטנטים ליתן רישיון כפיה לשימוש בפטנט מקום בו הוא שוכנע כי בעל פטנט מנצל לרעה את המונופולין שיש לו. מטרתו של רישיון הכפיה היא להבטיח שבעל הפטנט משתמש בהמצאתו בהיקף העונה על צרכי הציבור. בהתאם להגדרות החוק, ניצול לרעה מתקיים מקום בו אין מספקים בישראל בתנאים סבירים את מלוא הביקוש למוצר או התנאים שהתנה בעל הפטנט להספקתו של המוצר אינם הוגנים ואינם מתחשבים בטובת הכלל.<sup>16</sup> שאלת האיזון בין חדשנות לתחרות עולה גם בהקשרים אלו.

מטרתו של מאמר זה היא כפולה: ראשית, להציע מספר קווים מנחים להסדרת הממשק שבין דיני הקניין הרוחני לבין דיני ההגבלים העסקיים אשר יחולו בתחום ההגבלים העסקיים. שנית, לבחון האם דיני ההגבלים העסקיים המוחלים כיום במדינת ישראל מאזנים נכונה בין האינטרסים השונים, דהיינו האם הם יוצרים סביבה עסקית המקדמת ותומכת בפיתוח וחדשנות טכנולוגיים, או האם הם מהווים מכשלה לפיתוח כאמור.<sup>17</sup>

יתרת המאמר מחולקת לשני חלקים עיקריים. הראשון עוסק בכללים ההגבליים המסדירים את השימוש בזכות הקניין הרוחני, לאחר שזו הוענקה לממציא. הדגש בחלק זה יושם, בעיקר, על ניתוח הפטור הסטטוטורי המחריג הסכמים לשימוש בזכות קניין רוחני מתחולת האיסור על הסדרים כובלים וכן על הכללים אשר חלים מקום בו לא חל הפטור האמור. חלקו השני של המאמר יעסוק בכללים ההגבליים המסדירים שינויים מבניים בשוק שמטרתם יצירה של קניין רוחני חדש. כפי שאטען, תכונותיו המיוחדות של המשק הישראלי, לאמור גודלו הקטן ורמת החדשנות הגבוהה המאפיינת רבים משווקיו, כמו גם העובדה ששווקי מידע הם לרוב שווקים בינלאומיים וכי ידע הינו נכס אסטרטגי הנדרש לשם הצלחה בשווקים אלו, מחייבות אותנו לשנות חלק מהנחות המוצא המקובלות בדיני ההגבלים העסקיים. כפי שנראה, כללי המיזמים והמיזוגים החלים בישראל מעניקים לעתים משקל רב מדי לשיקולי תחרות קצרי-טווח על פני שיקולי יעילות דינמית ארוכי טווח.

## פרק א': מימוש זכויות קניין רוחני

### א.1. דיני הקניין הרוחני וההגבלים עסקיים- התנגשות?

לפני שאציע מספר כללים לאיזון בין שתי מערכות הדינים, אפרט מדוע כלל נדרש איזון בין מערכות הדינים- מדוע לא ניתן להחילן זו לצד זו ללא עריכת כל איזון ביניהן, או להעניק עדיפות מוחלטת לאחת על גבי השנייה, ומהו גדר האיזון הנדרש.

<sup>14</sup> H. Hovenkamp, M. Janis and M. Lemley, *Intellectual Property and Antitrust* (Aspen Law and Business, 2001, vol. I), Chap. 3.

<sup>15</sup> ע"א 2790/93 Eisenman נ' קימרון, פ"ד נד(3) 817.

<sup>16</sup> סעיפים 117 ו-119 לחוק הפטנטים, התשכ"ז-1967.

<sup>17</sup> המאמר יוצא מתוך נקודת הנחה כי דיני הקניין הרוחני מאזנים נכונה בין האינטרסים השונים המתחרים על הבכורה. יש מקום להרהר אחר אמינות הנחה זו, בעיקר לאור העובדה כי בעשורים האחרונים מגבלות על סחר בינלאומי צומצמו באופן משמעותי כך שהשוק הפוטנציאלי העומד בפני הממציא למימוש המצאתו גדל בצורה משמעותית, והמכשלות להגנה מקבילה של זכויות קניין רוחני במדינות שונות צומצמו אף הן. אולם דיון זה חורג מגדרו של מאמר זה. לדיון בסוגיות העוסקות ברוחבן האופטימלי של זכויות הקניין הרוחני ראו, לדוגמא, דו"ח ה-FTC, **לעיל, הערה 2** וכן Louis Kaplow, "The Patent- Antitrust Intersection: A Reappraisal" **Har. L. Rev.** 97 (1984) 1813. אינטרסים אשר עלולות להביא ליצירתם של כללים לא אופטימליים. ראו Dan L. Burk and Mark A. Lemley, "Policy Levers in Patent Law," **Va. L. Rev.** 89 (2003) 1575, 1637; William F. Patry, "Copyright and the Legislative Process: A Personal Perspective," **Cardozo Arts & Ent. L. J.** 14 (1996) 139, 141.



על פני הדברים קיימת סתירה בין דיני הקניין הרוחני המעניקים מעין-מונופול ביחס ליצירה או ההמצאה, לבין דיני ההגבלים העסקיים אשר נועדו להבטיח תחרות חופשית בשוק. דיני הקניין הרוחני מעניקים, ברובם, לממציא זכות בלעדית לניצול המצאתו לתקופה קצובה.<sup>18</sup> ההנחה עליה מבוססים דינים אלו היא כי אם לא נאפשר לממציא לנצל את המצאתו באופן בלעדי, לא תהיינה די השקעות במחקר ופיתוח.<sup>19</sup> הגנה זו נדרשת בשל אופיו המיוחד של נכס הקניין הרוחני: הקניין הרוחני הוא טובין ציבורי-דהיינו הנאתו של אדם אחד מהמוצר איננה גורעת מיכולתו של אחר ליהנות ממנו וקל מאד להעתיקו.<sup>20</sup> בשל כך, אם לא תינתן הגנה משפטית, תועתק ההמצאה על ידי המתחרים והממציא עלול לא להיפרע על השקעתו, בבחינת "האחד זורע והאחר- ללא עמל משלו- קוצר."<sup>21</sup> המונופול הסטטוטורי בהמצאה נועד לתקן כשל שוק זה, בדרך של הגבלת התחרות בשימוש במוצר המוגן במשך תקופת ההגנה הקבועה בחוק.<sup>22</sup> ישנם, כמובן, תמריצים נוספים ליצירתיות, דוגמת דחף אינטלקטואלי, אולם העדר הגנה על זכויות הקניין הרוחני עלול להקטין באופן ממשי את תמריצי הממציא ליצירה ובעיקר את תמריציו לפיתוח הכלכלי ולדיפוזיה שלה בציבור הרחב, בהם טמון ערכה של ההמצאה לרווחה החברתית. על כן, ניתן לראות בדיני הקניין הרוחני משום "חווה חברתי" בין הממציא לבין החברה, לפיו הממציא משקיע בפיתוח השקעתו ובחשיפתה בפני הציבור הרחב והחברה מעניקה לו בתמורה הגנה (מוגבלת, אמנם) על השימוש ביצירתו זו. חשיבותו של חווה חברתי זה מסתברת לאור העובדה שהמדע והטכנולוגיה מתפתחים נדבך על גבי נדבך באופן שהמצאות חדשות נשענות לעיתים קרובות על המצאות קיימות. ידע קודם משמש כתשתית לבניית ידע חדש, כך שכמות הידע בעולם גדלה בצורת פירמידה הפוכה. חוקי הקניין הרוחני נועדו, איפוא, לקדם מדיניות ציבורית שתכליתה עידוד מחקר ופיתוח, חדשנות ויצירתיות שהם הבסיס ליעילות הדינמית של השוק, כמו גם להעשרתו התרבותית.<sup>23</sup> האפשרות שבעל הקניין הרוחני יהיה בעל כוח שוק כתוצאה מקבלת זכות הבלעדיות היא תוצאה מודעת של דיני הקניין הרוחני והיא, למעשה, חלק מה"מנוע" ליצירה ולפיתוחה מלכתחילה.

דיני ההגבלים העסקיים נועדו ליצור ולשמור על תנאי תחרות בשוק על ידי מניעת יצירת מכשלות מלאכותיות לתחרות. חוט השני העובר בדיני ההגבלים העסקיים הוא כי תחרות הינה, לרוב, הכלי הטוב ביותר להשגת יעילות כלכלית, לרבות יעילות דינמית. ההנחה העומדת בבסיס החוק היא כי תחרות המאופיינת בריבוי צרכנים ויצרנים הפועלים בשוק בלא עלויות מידע תמקסם את התועלת החברתית בדרך של קביעת מחירים נמוכים והעלאת איכות המוצרים, שכן מתחרה אשר ינסה לגבות מחיר גבוה יותר מזה של מתחריו יאבד את

<sup>18</sup> ראו, לדוגמא, סעיף 52 לחוק הפטנטים, התשכ"ז-1967; סעיף 3 לחוק זכויות יוצרים, 1911; סעיף 5 לפקודת זכויות יוצרים, 1924. לעומתם ההגנה על סימן מסחרי על סוד מסחרי איננה מוגבלת בזמן כל עוד הסוד אינו ידוע בציבור ונעשה בו שימוש מסחרי. לצורך הניתוח המוצע במאמר זה, אין חשיבות רבה לאבחנה זו, למעט באותם מקרים בהם ישנה התייחסות ישירה להגנה המוגבלת בזמן.

<sup>19</sup> ראו ע"א 793/86 מ' פורת נ' צ.מ.ל. ציוד מודרני לרפואה בע"מ, פ"ד מד(4) 578, עמ' 589; ע"א 513/89 Interlego A.S. נ' Exin-Lines Bros. S.A. ואח', פ"ד מח(4) 133, עמ' 164-170; דפנה לוינסון-זמיר, "שיקולים כלכליים בהגנה על המצאות", משפטים י"ט (תשמ"ט) 143, עמ' 160-164; אלקין-קורן, לעיל, הערה 4.

<sup>20</sup> Interlego, שם ראו גם Kaplow, לעיל, הערה 17, עמ' 1828.

<sup>21</sup> א.ש.י.ר., לעיל, הערה 9, עמ' 472.

<sup>22</sup> ישנן, כמובן, דרכים חלופיות להגנה על המצאה, דוגמת שמירתו של סוד מסחרי על ידי הממציא. הנוסחה לייצור קוקה קולה, אשר עליה לא נרשם פטנט והיא נשמרת כסוד מסחרי על ידי חברת קוקה קולה, מהווה אחת הדוגמאות הבולטות להתנהגות אסטרטגית מעין זו. אולם הגנה זו תהא יעילה רק מקום בו קשה למתחרים לזהות את מרכיבי היצירה מתוך התוצר הסופי בלבד. הגנה זו עלולה להיות גם יקרה יותר מהגנת דיני הקניין הרוחני, מקום בו הממציא ייאלץ להבטיח כי סודו המסחרי לא ידלוף למתחריו. כן ראוי לציין כי ישנם תמריצים כלכליים נוספים ליצירה. יתרון ראשוני הכניסה לשוק (first mover advantage), המעניק למי שמייצר את המוצר ראשון יתרונות על גבי מתחריו הנכנסים לשוק במועד מאוחר יותר (דוגמת מוניטין ויתרונות למידה נרכשת), עשוי ליצור תמריץ לחדשנות. אולם גובהם של תמריצים אלו תלוי בתכונותיו המיוחדות של כל שוק, ובעיקר בגובה הסמי הכניסה אליו, ועל כן משתנה משוק לשוק.

<sup>23</sup> קיימות הצדקות נוספות להגנה על זכות הקניין הרוחני, דוגמת בעלותו של אדם ביציר כפיו או תאורית האישיות הבאה לידי ביטוי ביצירה. בארץ נוהגת בעיקר ההצדקה התועלתנית הכלכלית. ראו רע"א 6141/02 אקו"ם נ' תחנת השידור גלי צה"ל ואח', פ"ד נו(2) 925; אינטרלגו, לעיל, הערה ?; עיריית חולון (לחפש ציטוט מלא). בנוסף, ההגנה התועלתנית היא הרלוונטית ביותר כאשר אנו באים לבחון את סוגיית תמריצי הדיפוזיה של היצירה ברבים על ידי הממציא.

צרכניו אשר יעדיפו לרכוש את מוצריהם ממתחריו. תחרות חופשית גם גורמת לחדשנות ולהתייעלות.<sup>24</sup> העובדה שיצרן אינו יכול להעלות את מחיר מוצריו ביחס למחיר הנדרש עבור מוצרים דומים על ידי מתחריו, גורמת לתמריץ להשאת הרווחים בדרך של הורדת עלויות הייצור והשיווק או בדרך של יצירת מוצר חדש, טוב יותר, אשר יועדף על ידי הצרכנים.<sup>25</sup> תחרות היא גם כלי להשגת מטרת חברתיות רחבות יותר דוגמת צדק חלוקתי ומניעת ריכוזיות של כוח כלכלי אשר עלול להתרגם לכוח פוליטי. כפי שקבע נשיא בית המשפט העליון, השופט ברק, "דיני ההגבלים העסקיים הם ה"מגנא כרטא" של זכויות הצרכן והתחרות החופשית."<sup>26</sup> חוק ההגבלים העסקיים מקדם את השמירה על התחרות בשלוש דרכים עיקריות. ראשית, החוק אוסר על ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי, דוגמת קשירת מוצרים, דרישת בלעדיות, או קביעת מחירים בלתי הוגנים על ידי מונופולין. שנית, החוק אוסר על עריכת הסדרים הכובלים את התחרות אלא אם יתרונותיהם ל"טובת הציבור" עולים על פגיעתם בתחרות. שלישית, החוק אוסר על שינויים מבניים בשוק בדרך של מיזוגים מקום בו הם פוגעים בתחרות או בציבור.

מכאן ברורה ההתנגשות בין שתי מערכות הדינים: דיני הקניין הרוחני עוצרים את התחרות על השימוש ביצירה או בהמצאה על מנת לתקן כשל שוק הנובע מאופיין כמוצר ציבורי. אולם ניצול בלעדי של זכות הקניין הרוחני עלול ליצור כוח מונופוליסטי אשר יפגע, לפחות בטווח הקצר, בצרכן. כפי שעמד על כך המלומד קפלאו:

A practice is typically deemed to violate the antitrust laws because it is anticompetitive. But the very purpose of the patent grant is to reward the patentee by limiting competition, in full recognition that the monopolistic evils are the price society will pay.<sup>27</sup>

יתירה מזאת: ניצול זכות הקניין הרוחני עלולה לפגוע גם במתחרים אשר ייאלצו לייצר מוצרים פחותים באיכותם או להשתמש בטכנולוגיות ייצור יקרות יותר. במקרים קיצוניים הם ייאלצו לצאת מן השוק ולצמצם את התחרות בו. אך חשוב מכך: הרחבה של ההגנה על זכות הקניין הרוחני יתר על המידה עלולה לפגוע בתחרות וביעילות הדינמית בעתיד על ידי יצירת מכשלות לפיתוחן הכלכלי של המצאות חדשות בתחום הזכות המוגנת או בתחומים המשיקים לה. כך, למשל, אם יותר לבעל קניין רוחני השולט על הסטנדרט לתאימות בשוק, למנוע כניסה של מתחריו לשוק או לשווקים המשיקים לו, תיפגע פעולתו התקינה של השוק. בנוסף, ההתנגשות בין שתי מערכות הדינים מתעוררת גם מקום שדיני ההגבלים העסקיים מטילים מגבלות על ניצול זכות הבלעדיות של בעל הקניין הרוחני אשר מקטינות את תמריצי היצירה וההמצאה או את היכולת לדיפוזיה יעילה שלהן או מגבילים פעולות עסקיות שמטרתן העיקרית היא הגברת היעילות הדינמית.

<sup>24</sup> הדיון הכלכלי נסוב סביב התנאים אשר צריכים להתקיים בשוק על מנת למקסם את תמריצי המחקר והפיתוח. היפותזת שומפטר, אשר פותחה על ידי הכלכלן האמריקני ג'וזף שומפטר, קובעת שחברות גדולות תהיינה בעלות תמריץ גדול יותר לחדשנות מחברות קטנות וכי חברות הפועלות בשווקים ריכוזיים תהיינה בעלות תמריץ גדול יותר לחדשנות מאלו הפועלות בשווקים לא ריכוזיים, Joseph Schumpeter, **Capitalism, Socialism and Democracy** (Harper and Brothers, 1942). היפותזה זו ספגה ביקורת רבה. יש הטוענים כי ריכוז וגודל מועילים לחדשנות, אולם עד לגודל ורמת ריכוזיות מסוימת.

<sup>25</sup> מעבר לה, כח שוק וריכוזיות גבוהה תפגע בתמריצי החדשנות. ראו F.M. Scherer & David Ross, **Industrial Market Structure and Economic Performance** (Houghton Mifflin Co., 3<sup>rd</sup> ed., 1990) 646. השומפטריאנית מתאימה לשווקים מסוימים אך לא לאחרים. ראו, למשל, W. Cohen et al., "Firm Size and R&D Intensity: A Re-examination" **Journal of Industrial Economics** 35 (1987) 543; P. Geroski, "Technological Opportunity, Innovation and Market Structure" **Oxford Economic Papers** 544 (1990) 586.

<sup>26</sup> לדיון כלכלי בתמריצים שונים לחדשנות ראו, למשל, Jean Tirole, **The Theory of Industrial Organization** (MIT Press, 1988) 390-2, 400.

<sup>27</sup> ע"א 2247/95 על ההגבלים העסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לתוצרת חקלאית בישראל בע"מ, פ"ד נב(5) 213. <sup>27</sup> Kaplow, לעיל, הערה 17.

למרות הסתירה הלכאורית, המטרה העיקרית העומדת בבסיסם של דיני הקניין הרוחני ודיני ההגבלים העסקיים זהה: מיקוסם הרווחה הכוללת במשק על ידי עידוד השקעות בייצור ובפיתוח בידי גורמים פרטיים.<sup>28</sup> מנקודת ראות זו שני הדינים משלימים זה את זה. ויודגש, כי ההגנה על התחרות במקרה של דיני הפטנטים ולרוב גם בדיני זכויות היוצרים איננה הגבלה חיצונית בלבד המשרתת מטרות זרות להם. ההכרח להבטיח גישה להמצאות ותחרות בתחום המחקר והפיתוח נובעות ממהותם וממטרותיהם של מרבית דינים אלה, אשר מעניקים אמנם זכות שימוש בלעדית, אולם אך ורק בתנאי שבעל הזכות המוגנת יחשוף לעין כל את המצאתו ואת הטכנולוגיה העומדת בבסיסה, על מנת לאפשר שימוש תחרותי במוצר המוגן מייד עם פקיעת הזכות.<sup>29</sup> בנוסף, תחרות חופשית היא המצע העומד בבסיס התמריץ ליצירה. בלעדית חברות לא היו משקיעות בחיפוש אחר מוצרים חדשים או הליכי ייצור יעילים יותר על מנת להשיג יתרון תחרותי על פני מתחריהן.<sup>30</sup> לא זו אף זאת, ההכרה ביתרונותיהם האפשריים של מונופולים לקידום הרווחה החברתית אף איננה זרה לדיני ההגבלים העסקיים. דינים אלו אינם אוסרים על קיומו של מונופולין.<sup>31</sup> הטעם העיקרי לכלל זה הוא שמונופולין אשר הגיע למעמדו בשוק בזכות, דהיינו בלא יצירת מכשלות מלאכותיות לתחרות, קוצר, למעשה, את פירות ניצחונו והוא תוצרו הישיר של הדרוויניזם הכלכלי העומד בבסיס כלכלת השוק. אם נגביל את אסיף הפירות, יוגבלו גם תמריציהן של חברות להתחרות בשוק על ידי יצירת מוצרים טובים יותר או תהליכי ייצור יעילים יותר וממילא תפגע יעילותו.<sup>32</sup> על כן, אין סתירה בין מערכות הדינים.

יחד עם זאת, האמצעים בהם נוקטת כל אחת ממערכות הדינים שונים בתכלית השינוי. דיני הקניין הרוחני מתמקדים בהגנה על זכויות הפרט- היוצר ביצירתו, על מנת לתקן את כשל השוק, בעוד שדיני ההגבלים מגינים על הפעילות החופשית של השוק על ידי עידוד התחרות המהווה תמריץ עיקרי לייעול ולחדשנות מקום בו לא קיים כשל שוק ומתמקדים, בעיקר, בהגנה על רווחת הצרכן.<sup>33</sup> על כן קיים ביניהן מתח מתמיד, שעיקרו בשאלה היכן עובר קו הגבול בין הגנה על זכות השימוש בקניין רוחני לבין ההגנה על התחרות.<sup>34</sup> מתח זה שני פנים לו, הקשורים ושלובים זה בזה. הראשון- היקפה של זכות הקניין הרוחני שהדין מעניק: טיבן של היצירות המוגנות בדין ואורכה ותנאיה של ההגנה המוענקת לשימוש הבלעדי ביצירה.<sup>35</sup> השני- גדר השימוש בזכות לאחר שזו הוענקה. מאמר זה עוסק בפן השני של מתח זה.

על המטרה המשותפת העומדת בבסיס שתי מערכות הדינים עמד בית הדין להגבלים עסקיים, בראשות השופט עדיאל, בהחלטתו בעניין מגל מערכות ביטחון.<sup>36</sup> שם נדונה הכרזתו של הממונה על ההגבלים העסקיים על מגל כמונופול בתחום אספקת גדרות הרתעה. מגל טענה כי הואיל והיא בעלת מונופול סטטוטורי על פי חוק

<sup>28</sup> ה"ע (י-ם) 3666, 3574/00 הפדרציה למוזיקה ישראלית ויום תיכונית בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח' דינים מחוזי לד(4) 175, פסקה 19. U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property (April 6, 1995), reprinted in 4 Trade Regulation promoting Report (CCH) ¶ 13,132 ("The IP laws and the antitrust laws share the common purpose of innovation and enhancing consumer welfare."); OECD Report, *supra*, note 3.

<sup>29</sup> קיימים מספר חריגים לכלל זה בדיני זכויות היוצרים.  
<sup>30</sup> *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.* 489 U.S. 141, 146, למשל, ראו, למשל, (1989, S. Ct.)

<sup>31</sup> ראו, למשל, ערר(י-ם) 7/95 "בזק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, דינים-מחוזי, לב (1) 66: הפדרציה, לעיל, הערה 28, פסקה 64.

<sup>32</sup> ראו, למשל, Michal S. Gal, "Monopoly Pricing as an Antitrust Offense in the U.S. and the EC: Two Systems of Belief About Monopoly?" *Antitrust Bulletin* 49 (2004) 343; Michal S. Gal, *Competition Policy for Small Market Economies* (Harvard University Press, 2003)(hereinafter *Small Economies*) 70-71.

<sup>33</sup> הפדרציה, לעיל, הערה 28, פסקה 19.  
<sup>34</sup> ראו ת"א (י-ם) 613/93 "טבעול" מוצרי מזון מן הצומח נ' שמיר תעשיות מזון בע"מ ואח', דינים מחוזי לב(6) 654.

<sup>35</sup> לדיון בשאלה זו ראו, לדוגמא, Carl Shapiro, "Optimal Patent Length and Breadth" 21 *Rand Journal of Economics* 106 (1990); Paul Klemperer, "How Broad Should the Scope of Patents Be?" 21 *Rand Journal of Economics* 113 (1990).

<sup>36</sup> ה"ע (י-ם) 3/97 מגל מערכות בטחון בע"מ נגד הממונה על ההגבלים העסקיים דינים מחוזי לג(3) 770. ראו גם טבעול נ' שמיר, לעיל, הערה 34.

הפטנטים, אין להחיל עליה את הוראות חוק ההגבלים העסקיים, וממילא לא היה מקום להכריז עליה כעל בעלת מונופולין. בית הדין ביטל את ההכרזה מן הטעם שהממונה לא הוכיח את ניתחה של מגל בשוק הרלוונטי. אולם הוא התייחס גם לסוגיית היחס בין שתי מערכות הדינים וקבע, בהערת אגב, כדלקמן:

"חוק ההגבלים העסקיים אינו עומד בסתירה או בהתנגשות לחוק הפטנטים. העובדה שהמחוקק הפקיד בידו של אדם זכות חוקית בתחום הפטנטים, אין משמעה שהמחוקק גם היה מוכן להשלים מראש עם מצב שבו בעל הפטנט ינצל לרעה את מעמדו בשוק ויפגע בצבור... 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 בצבור."<sup>37</sup>

בעניין הפדרציה לתקליטים<sup>38</sup> חזר בית המשפט וקבע, הפעם כאחד מנדבכי פסק הדין, כי זכות הבלעדיות על נכס הקניין הרוחני איננה מקנה לבעליה זכות לנצל לרעה את כח השוק אשר קיים, אם קיים, בידו מכה אותה זכות, ועל כן אין לבעל הזכות חסינות מפני הוראות חוק ההגבלים העסקיים.<sup>39</sup> ההחלטה בעניין הפדרציה עסקה בזכויות יוצרים, אולם הרציונל העומד בבסיסה מתאים גם לזכויות אחרות מתחום הקניין הרוחני.

גם בית המשפט העליון הלך בדרך דומה בהחלטתו בעניין אקו"ם נגד משרד הביטחון.<sup>40</sup> שם נדונה תביעתה של אקו"ם להוציא צו מניעה זמני נגד תחנת השידור גלי צה"ל המשדרת שירים אשר אקו"ם הנה בעלת זכויות היוצרים לגביהם בכל הנוגע לשידורם וביצועם הפומבי, בלא הסכם תמלוגים בר-תוקף. משרד הביטחון, בעליה של תחנת השידור, העלה טענות בדבר ניצול לרעה של כח מונופוליסטי וטען כי אקו"ם כופה שיעורים בלתי סבירים של תמלוגים. שופטת בית המשפט העליון, דליה דורנר, הכירה עקרונית בכך שבנסיבות מתאימות שימוש בלתי ראוי בזכות יוצרים עשוי להביא לצמצום או אף שלילת ההגנה שמקנה הדין לבעל הזכות.

האתגר הוא, אם כן, לקבוע גדרות לניצול זכויות קניין רוחני אשר תתישבנה עם מטרותם של שני הדינים ועם אמצעיהם. השאלה היא מהן אותן פעולות הנכנסות בגדר המנדט הסטטוטורי של בעל זכות הקניין הרוחני אשר מאפשרות לו לנצל את הזכות בלא להפר את דיני ההגבלים העסקיים: האם מותר לו לקשור את מוצרו המוגן ברכישת מוצר אחר? האם מותר לו להתנות את מכירת המוצר באי מכירתו של מוצר מתחרה? האם מותר לו להעניק את מוצריו בחינם גם אם הדבר יגרום ליציאה מן השוק של מתחריו? מתי ובאילו תנאים נתיר לו להתקשר במיזם משותף לצורך ניצול זכות הקניין הרוחני? האם ניתן לחייבו לשנות את השימוש במוצרו על מנת לאפשר גישה למתחריו בשווקים משיקים? במלים אחרות, האם לצורך החלת דיני ההגבלים העסקיים קניין רוחני הוא ככל קניין אחר, או שמא יש מקום להגביל את תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים מקום בו עסקינן במימוש זכות קניין רוחני, ואם כן, כיצד. בכלכלת המידע קביעת הבסיס התיאורטי למניעת ניצול לרעה של קניין רוחני אינו עוד בגדר מותרות- הוא חיוני על מנת שנוכל, מחד גיסא, למנוע באיבו את תהליך ההרחבה של זכויות הקניין הרוחני מעבר למטרות המקורית ולהיקפן האופטימלי ומאידך גיסא, ליצור תנאים המעודדים חדשנות ויצירתיות. המשכו של פרק זה יציע ארבעה עקרונות מנחים לעריכת האיזון הראוי ולאחר מכן יבחן האם הדין המצוי מאזן נכונה בין האינטרסים השונים, בהתאם לעקרונות המוצעים.

## א. ארבעה עקרונות מנחים לעריכת האיזון הראוי

<sup>37</sup> מגל, לעיל, שם, פסקה 87. ראו גם שמיר, לעיל, הערה 34. להלכה דומה במשפט האמריקני ראו *Atari Games Corp. v. Nintendo of America Inc.*, 897 F. 2d (1990) 1572.

<sup>38</sup> הפדרציה, לעיל, הערה 28, פסקה 19.

<sup>39</sup> שם, פסקאות 20-21. לכלל דומה במשפט האמריקני ראו *Microsoft, לעיל, הערה 12* וכן *Broadcast Music Inc. v.*

*Columbia Broadcasting system, Inc.* 441 U.S. 1 (1979)

<sup>40</sup> אקו"ם, לעיל, הערה 23.

מהם, אם כן, העקרונות אשר ראוי שינחו את האיזון הראוי בין שתי מערכות הדינים? ראשית יש לדחות את שתי הגישות הקוטביות, אשר היו מקובלות בעבר, לפיהן קיימת עדיפות מוחלטת לאחת ממערכות הדינים על גבי רעותה.<sup>41</sup> בהתאם לגישה הקוטבית הראשונה, כל פעולה של בעל קניין רוחני הפוגעת בתחרות ואשר היתה אסורה לו היה מדובר בקניין רגיל תיחשב כהפרה של דיני ההגבלים העסקיים. בהתאם לגישה ההפוכה, כל פעולה של בעל הקניין הרוחני תוכשר. שתי גישות אלו אינן מעניקות משקל ראוי למערכת הדינים האחרת. הגישה הראשונה לא מאפשרת לתקן את כשל השוק שמקורו בתכונותיו המיוחדות של הקניין הרוחני. כפועל יוצא, התמריץ למחקר, פיתוח, ודיפוזיה של היצירה עלולים לקטון משמעותית. הגישה השנייה, המכשירה כל פעולה של בעל קניין רוחני בקניינו, גם היא עלולה להיות בעלת תוצאות בעייתיות בפתחה פתח לניצול לרעה של זכויות הקניין הרוחני. הניחו, לדוגמא, שבעל פטנט מתנה את השימוש בהמצאתו ברכישת חומרי גלם מסוימים ממנו, שאינם מהווים חלק מהפטנט. התניה זו עשויה, בהתקיים תנאים מסוימים, לפגוע בתחרות בשוק חומרי הגלם ולהרחיב את ההגנה על הפטנט מעבר לנדרש על מנת ליצור תמריצים להמצאה. על כן יש לדחות גישות אלו.

מאמר זה מציע ארבעה עקרונות בסיסיים, מצטברים, לעריכת האיזון הראוי בין ההגנה על קניין רוחני לבין ההגנה על התחרות.<sup>42</sup> נקודת המוצא של הניתוח היא כי יש להבחין בין מונופול כהגדרתו בדיני הקניין הרוחני לבין מונופול כהגדרתו בחוק ההגבלים העסקיים.<sup>43</sup> המלה מונופולין, שמקורה מהמלים היווניות monos שמשמעו אחד ו- polein שמשמעו למכור, רחבה דייה כדי לתפוס בגידרה את השימוש שנעשה בה בשתי הדיסציפלינות, אך משמעותה שונה בכל אחת מהן. מונופולין בתחום הקניין הרוחני משמעו זכות בלעדית על השימוש ביצירה המעניקה, על פי טבלת הופלד, את הכוח למנוע את השימוש בה ללא רשות. לעומת זאת, מונופול כמובנו בדיני ההגבלים העסקיים מכוון לגוף עסקי בעל כח שוק רב, אשר יכול להעלות מחירים בצורה משמעותית מעל לרמתם התחרותית והעלאה זו תהיה רווחית עבורו למרות אבדן פוטנציאלי של חלק מצרכניו.<sup>44</sup> בשווקים דינמיים כח שוק עשוי גם להוריד את רמת החדשנות והיצירתיות מתחת לרמה שהיתה קיימת בשוק תחרותי. כמפורט לעיל, במרבית המקרים זכות הבלעדיות על היצירה מעניקה לבעליה רק יתרון יחסי בשוק הרלוונטי, כך שאין לבעליה כח שוק בו.

מן האמור לעיל נגזר העיקרון הראשון לפיו אין להניח כי זכות קניין רוחני פוגעת פגיעה משמעותית בתחרות<sup>45</sup> וכי אין להגביל את השימוש בזכות מכה דיני ההגבלים העסקיים אלא אם הזכות פוגעת בתחרות באופן משמעותי. מעבר לעובדה כי זכויות הקניין הרוחני מקדמות את התחרות ואת תוצאותיה בטווח הארוך על ידי הגברת היעילות הדינמית של השוק, גם אין הן בהכרח פוגעות בתחרות בטווח הקצר. למרות תקוות הממציא והמחשבה הרומנטית, מרבית זכויות הקניין הרוחני אינן מעניקות לבעליהן כח שוק, שכן הן אינן

<sup>41</sup> לסקירה היסטורית ראו, למשל, *Intellectual Property Quarterly*, Valentine Korah, "Patents and Antitrust" (1997) 395; Walter H. Hamilton, *Patents and Free Enterprise* (1941).

<sup>42</sup> Michal S. Gal, "The Intersection of Competition Policy and Intellectual Property: Small Economy Perspective," *Global Competition Review* (2000) 14.

<sup>43</sup> *Morton Salt Co. v. G.S. Supplier Co.*, 314 U.S. 488 (1942). הבחנה זו לא נשמרה על ידי בתי המשפט האמריקניים. ראו לדוגמא

<sup>44</sup> המחוקק הישראלי בחר בהגדרה מבנית למונופול בחוק ההגבלים עסקיים: מונופול מוגדר כגוף עסקי המספק או הרוכש למעלה ממהצית המוצרים או השירותים בשוק הרלוונטי. סעיף 26 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988. אולם ההנחה הגלומה בהגדרה זו היא כי נתח שוק זה מהווה אינדיקציה לקיומו של כח שוק. ראו מיכל (שיצר) גל "חמישים גוונים לפורמאיקה: חוק ההגבלים העסקיים כראי לאידיאולוגיה במדינת ישראל" צפוי להתפרסם במחקרי משפט (2005).

<sup>45</sup> ראו גם IP Guidelines, לעיל, הערה 3, סעיף 2.0. לאחרונה החיל בית משפט אמריקני הנחה הפוכה, לפיה מקום בו בעל פטנט אשר בין המוצר המוגן בפטנט למוצר אחר, קמה הנחה כי הוא בעל כח שוק. ראו *Independent Ink, Inc. v. Illinois Tools Works, Inc. and Trident, Inc.* (Court of Appeals for the Federal Circuit, 25 January 2005). כלל זה שונה מהותית מהכלל החל בארצות הברית בעילות קשירה אשר אינן מערבות קניין רוחני. ראו, למשל, *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services* 504 U.S. 451, 462 (S. Ct., 1992). בתחרות על ידי קשירה רק בהתאם לשאלה האם המוצר הקושר מוגן בפטנט אם לאו הוא כלל בעייתי ביותר, שאין לו כל הצדקה כלכלית או משפטית.

יוצרות מוצר או הליך אשר משנה באופן דרמטי את עלויות הייצור או את גמישות הביקוש הצרכנית.<sup>46</sup> זכות הקניין הרוחני אמנם מונעת ייצורו של מוצר זהה, אך היא איננה מונעת תחרות עם מוצרים מתחרים אשר אינם מבוססים על הזכות.<sup>47</sup> כך, למשל, פטנט על אמצעי למיגון דלתות עשוי להעניק לבעלת הפטנט יתרון יחסי בלבד על מתחרותיה אשר גם להן פטנטים על אמצעים שונים למיגון דלתות. באין כח שוק, מרבית החששות התחרותיים נופלים. למעשה, זכויות קניין רוחני עשויות אף להקטין כח שוק קיים אם הן מאפשרות לבעל הזכות להגביר את התחרות בשוק. כך, לדוגמא, ההגנה המשפטית על סימני המסחר של נייקי ואדידס מקדמת את התחרות ביניהן. בלא הגנה כאמור היה התמריץ של כל אחת מהחברות להשקיע בקידום המוניטין שלה יורד בצורה דרסטית. אין משמעות הדבר שזכות קניין רוחני לעולם לא תיצור כח שוק. במקרים שבהם הזכות יוצרת יתרון תחרותי משמעותי לבעליה או שהיא מהווה משאב חיוני לכניסה לשוק מסוים, דוגמת סטנדרט התאימות לכניסה לשוק המתאפיין בכלכלת רשת, היא עשויה להעניק לו שליטה על השוק כולו או על חלק משמעותי ממנו. אולם מקרים אלו הם החריג ולא הכלל, ורק בהם קם צורך אמיתי באיזון בין מערכות הדינים.

ההכרה בזכויות הקניין הרוחני הינה חיונית לצמיחה העסקית ולאפשרות התחרות בשווקים בינלאומיים.<sup>48</sup> כיום, עם הורדת מגבלות הסחר, הצלחה בשווקים בינלאומיים תלויה, פעמים רבות, בפיתוח וביישום של טכנולוגיות חדישות. הדבר נכון, ביתר שאת, לכלכלות קטנות דוגמת ישראל, בהן חדשנות מהווה כלי מרכזי על מנת להתגבר על מכשלות לתחרות שמקורן בביקוש מקומי מצומצם ובהוצאות הובלה גבוהות לשווקי ייצוא.<sup>49</sup> מעבר לכך, ההגנה על זכויות הקניין הרוחני בכלכלה קטנה נדרשת גם על מנת שהגופים העסקיים הפועלים בה יוכלו ליהנות מרכישת רישיונות שימוש בזכויות קניין רוחני של חברות זרות. רישוי של טכנולוגיה זרה הינה, פעמים רבות, הדרך היעילה ביותר לאפשר לצרכנים בכלכלה הקטנה ליהנות מיתרונות הטכנולוגיה. בעלי זכויות הקניין הרוחני לא יעניקו רישיונות כאמור אם יוטלו מגבלות גבוהות מדי על יכולתם להרוויח מרישוי כאמור. מכאן נגזר העיקרון השני לפיו, בכפוף לעיקרון הרביעי המפורט להלן, יש להימנע מהחלת דיני ההגבלים העסקיים בדרך שתפגע בזכויות העומדות בבסיס דיני הקניין הרוחני (להלן: זכויות פנימיות), גם אם מימוש זכויות אלו פוגע בתחרות. לרוב יחייב יישומו של עיקרון זה מתן פרשנות למונחי השסתום הרבים בחוק ההגבלים העסקיים ההולמת את הצורך בהגנה על זכויות קניין רוחני. אולם כאשר פרשנות זו איננה אפשרית, על חוק ההגבלים העסקיים לסגת מקום בו התנהגות בעל הקניין הרוחני הנה "אינהרנטית" לזכות הקניין הרוחני, דהיינו ההתנהגות מממשת את זכויותיו של בעל הקניין הרוחני לבלעדיות על היצירה. יוצא מכך, שזכות הקניין הרוחני איננה ככל זכות קניין אחרת.<sup>50</sup>

<sup>46</sup> מחקרים העלו כי רק כרבע ממוחי זכות קניין רוחני פעלו בשווקים ללא תחרות ויותר מ-38% פעלו בשווקים בהם פעלו יותר מעשרה מתחרים. F. J. Contractor, **International Technology Licensing: Compensation, Costs and Negotiations**, (1981)Table 5-7. אולם יש לזכור כי מחקרים אלו נערכו על כלכלות גדולות. גודל השוק הישראלי וריכוזיותו עשויים להשפיע גם על כוח השוק הנובע מזכויות קניין רוחני. הטעם לכך הוא שבשל הביקוש המצומצם, השוק עלול לא להיות גדול דיו על מנת לתמוך במספר רב של מתחרים מקום בו ניצול זכות הקניין הרוחני מאופיינת ביתרונות לגודל. ראו Small Economies, **לעיל, הערה 32**, פרק 1. ראו גם Michal S. Gal, "Size Does Matter: General Policy Prescriptions for Optimal Competition Rules in Small Economies" **S. Cal. L. Rev.** 73 (2001) 1468.

<sup>47</sup> "מונופולין מכוח חוק הפטנטים, ככל שניתן לכנות את זכות הפטנט כמונופולין, אינו מונופולין מכוח חוק ההגבלים העסקיים. לפיכך, אין גם לומר שלפנינו שני הסדרים סטאטוטוריים החלים על אותה מטריה – המונופולין – אשר מתנגשים זה בזה." מגל, **לעיל, הערה 36**, ראו גם Hovenkamp, Janis and Lemley, **לעיל, הערה 14**, 1-11 ("Intellectual Property rights do not ipso facto confer monopoly power"); **Radio Telefis Eireann v. Commission** (C-241 & 242/91P) [1995] E.C.R. I-743; [1995] 4 C.M.L.R. 718; [1995] 1 C.E.C. 400 (ECJ), para. 46.

<sup>48</sup>Thomas M. Jorde and David J. Teece, "Rule of Reason Analysis of Horizontal Arrangements: Agreements Designed to Advance Innovation and Commercialize Technology," 61 **Antitrust L. J.** 579 (1993), 584.

<sup>49</sup> Small Economies, **לעיל, הערה 32**.

<sup>50</sup> IP Guidelines, **לעיל, הערה 28**, סעיף 2.1.

בהתאם לעיקרון זה, סירובו של בעל הקניין הרוחני לאפשר לאחר לנצל את המצאתו אינו, כשלעצמו, סירוב בלתי סביר.<sup>51</sup> כך גם הגבלת רישוי חוזר של זכות הקניין הרוחני על ידי מי שהיא הומחזה לו, הגבלות על שימוש בידע לאחר תקופת הרישיון וכל עוד זכות הקניין הרוחני תקפה, או מגבלה על ניצול הרישיון לתחום טכנולוגי או גיאוגרפי אחד בלבד הינם כולם ביטוי למימוש הזכות הבסיסית, הפנימית, של בעל זכויות הקניין הרוחני.

יישום עיקרון זה מחייב גם לצמצם, באופן משמעותי, את תחולת הוראות חוק ההגבלים העסקיים המאפשרות להגביל את המחיר שדורש בעל מונופולין עבור מוצריו מקום בו המונופול מבוסס על זכות קניין רוחני. הוראת סעיף 29א(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים קובעת כי "מחיר בלתי הוגן" מהווה ניצול לרעה של כח מונופוליסטי. אחת הפרשנויות האפשריות לסעיף זה היא כי מחיר גבוה שדורש בעל מונופול עשוי להיות "בלתי הוגן".<sup>52</sup> בנוסף, סעיף 30 לחוק מאפשר לממונה ליתן הוראות לבעל מונופולין, מקום בו שוכנע כי התנהגותו של המונופולין פוגעת בתחרות או בציבור, לרבות הוראות המגבילות את המחיר שהוא רשאי לדרוש עבור המוצר או השירות שבמונופולין. מקום בו המונופול מבוסס על זכות קניין רוחני, אין מקום להגביל, אלא במקרים חריגים וקיצוניים, את המחיר שבעל הקניין הרוחני דורש. אמנם בעל זכות קניין רוחני עלול להיות בעל כוח שוק אשר יאפשר לו לגבות מחיר גבוה עבור מוצריו, הגבוה באופן משמעותי מהמחיר שהיה נדרש בשוק תחרותי. אולם מחיר זה מהווה מימוש של הזכות הבסיסית, ה"פנימית", עליה באה זכות הקניין הרוחני להגן. המחיר הגבוה הוא הכלי ליצירת התמריץ לחדשנות והוא ה"תשלום" של הצרכנים עבור היצירה, שכן קניין רוחני המעניק כוח שוק משמעותי מבוסס, לרוב, על המצאה המהווה פריצת דרך משמעותית.<sup>53</sup> אמנם ייתכן כי במקרה הספציפי בו נטענת טענת ניצול לרעה הממציא כיסה מזמן את הוצאותיו (לרבות הסיכון שנטל על עצמו בפתחו את ההמצאה) ועל כן הגבלת המחיר לא היתה פוגעת בתמריציו ליצור מלכתחילה. אולם עצם האפשרות להרוויח סכומים החורגים בהרבה מההשקעה היא המנוע העסקי לחדשנות. בנוסף, מבחינה פרקטית קשה לבית משפט להעריך את הסיכון שבהשקעת המחקר והפיתוח. על כן, הגבלת הרווח כאמור על ידי בית משפט עלולה לפגוע בתמריצי החדשנות ויש לנקוט בדרך זו רק במקרים נדירים הנדרשים לשם קידום משמעותי של הרווחה החברתית.<sup>54</sup>

בה בעת, הקניין הרוחני, למרות כינויו, איננו "קניין" במובן הרגיל. כפי שפורט לעיל, המונופול לו זוכה בעל ההמצאה לתקופת זמן מוגבלת נועד להגשים מטרה כלכלית-חברתית: עידוד ההשקעות בהמצאה ויצירה. מתן זכויות רחבות מידי לניצול ההמצאה עלול לסכל את מטרת החוק ולעכב -ולעיתים אף למנוע- פיתוחן של טכנולוגיות והמצאות חדשות. לפיכך, ההגנה על התחרות במקרה של קניין רוחני איננה הגבלה חיצונית בלבד המשרת מטרת זרות לדיני הקניין הרוחני. מכאן נגזר העיקרון השלישי, המהווה למעשה עקרון משלים לעיקרון השני, לפיו אין להכשיר מטעמי הגנה על קניין רוחני גרידא כל פעולה של בעל זכות קניין רוחני אשר איננה נדרשת באופן סביר למימוש זכותו והפוגעת בתחרות. עיקרון זה עולה בקנה אחד גם עם דני הקניין הרוחני, אשר אינם מכשירים כל פעולה של בעל הקניין הרוחני בקניינו אלא מעניקים לו זכויות מוגדרות ומוגבלות למנוע שימוש של אחרים בו. על מנת להחיל עיקרון זה במקרים אשר לכאורה מממשים את זכויותיו הפנימיות של בעל הקניין הרוחני ניתן להיעזר במבחן הפגיעה המינימלית בתחרות: אין לאשר מימוש זכות הקניין הרוחני בדרך הפוגעת בתחרות אם קיימת דרך חלופית הכרוכה בפגיעה מצומצמת יותר בתחרות, אם זו לא תפגע באופן משמעותי באפשרותו של בעל הקניין הרוחני לממש את זכויותיו הפנימיות.

<sup>51</sup> רישוי כפוי של קניין רוחני היה מקטין את תמריצי היצירה מלכתחילה של בעל הזכות וכן היה מקטין את תמריציהם של צדדים שלישיים "לעקוף" את הזכות על ידי המצאה חדשה.

<sup>52</sup> לאחרונה יצא בית המשפט העליון מתוך ההנחה כי עילה זו קיימת. ראו רע"א 2616/03 ישראל כרם בע"מ נ' הוארד רייס ואח' (טרם פורסם, 14.3.2005).

<sup>53</sup> ראו גם לוינסון-זמיר, **לעיל, הערה 19**, בעמ' 168. סעיף 122 לחוק הפטנטים, התשכ"ז-1967, קובע כי לבעל הפטנט זכות ל"תמורה סבירה, בהתחשב בטבע האמצאה, בעד ניצול האמצאה שבפנטט."

<sup>54</sup> Gal, **לעיל, הערה 32**. לטענה כי התמריצים לפיתוח תרופות יקטנו משמעותית בעקבות הסדרת המחיר ראו, למשל, Thomas A. Abbott, John A. Vernon, "The Cost of US Pharmaceutical Price Reduction: A Financial Simulation Model of R&D" (working papers, NBER), can be downloaded from <http://papers.nber.org/papers/W11114>

מבחן זה מאפשר לנו להבחין בין ניצול זכות הקניין לבין ניצול לרעה של המעמד בשוק הנובע מזכות הקניין על מנת ליצור מכשלות מלאכותיות לתחרות. בעוד פעולה מהסוג הראשון תהא מותרת, יש לאסור על פעולה מהסוג השני.

אמחיש עיקרון זה בעזרת מספר דוגמאות. כך, למשל, התנייתה של המחאת זכות בתנאים שמטרתם איננה רק בחירת אפיק רווחי יותר לניצול הזכות, כי אם השגת הטבות ממי שהזכות הומחתה לו החורגות מגדר השימוש בהמצאה ואשר עלולות לפגוע בתחרות, לא יזכו להגנה. נניח, למשל, כי בעל פטנט מתנה את המחאתו בכך שהמומחה יעניק לו בלעדיות על פטנטים מיטיבים, המשפרים את ההמצאה הראשונית, אם הוא ימציא אלו במהלך שימושו בפטנט המקורי. תניה זו לא תיכנס לגדר ההגנה על זכות הקניין הרוחני. הטעם לכך הוא שדרישה זו איננה מתחייבת מהזכויות הפנימיות המוענקות לבעל הקניין הרוחני והיא עלולה לפגוע בתחרות בשוק. הדרישה לקבלת פטנטים מיטיבים מעניקה לבעל הזכות המקורית גישה מועדפת אל טכנולוגיות המפותחות על ידי חברות אחרות, אשר ייתכן כי יאפשרו לו להאריך באופן מלאכותי את תקופת הפטנט המקורי ואת ההגמוניה שלו בשוק, שכן התקופה הרלוונטית להגנת החוק מתחילה עם כל פטנט מחדש. בנוסף, דרישה זו גם תפחית את התמריץ של מי שהומחתה לו זכות השימוש בקניין הרוחני להשקיע ביצירת פטנט מיטיב.

בדומה, מקום בו בעל הקניין הרוחני מנצל את כוח השוק שלו על מנת לדרוש תמלוגים על השימוש בזכות מעבר לתקופת ההגנה עליה, חורגת פעולה זו מגדרי זכויות הפנימיות.<sup>55</sup> זאת כיון שתניה זו איננה מגינה על הזכות הבסיסית של הקניין הרוחני- המקנה בלעדיות מוגבלת בזמן- והיא עלולה לאפשר לבעל הקניין הרוחני להאריך באופן מלאכותי את זכותו ולפגוע בתחרות. כך גם דרישה של תמלוגים המתבססים על מכירותיו של המשתמש, בלא קשר למספר המוצרים בהם זכות הקניין הרוחני אכן שימשה בפועל כחלק מהמוצר, חורגת מההגנה הפנימית על זכות הקניין הרוחני ועלולה לפגוע בתחרות. הטעם לכך הוא שבעל הזכות מקטין את תמריציו של המתקשר עמו להשתמש בזכויות קניין רוחני או ברכיבים חלופיים כאשר עליו לשלם תמלוגים לבעל הזכות ללא קשר למידת השימוש בה. כך נקבע, למשל, בפסק דין מיקרוסופט, שם דרשה חברת התוכנה תשלום עבור תוכנת ההפעלה שלה עבור כל מחשב המיוצר על ידי יצרן המחשבים, גם אם הותקנה עליו תוכנת הפעלה אחרת. תוצאתה של התניה זו היתה כי לא השתלם ליצרן המחשבים להתקין תוכנת הפעלה אחרת על מחשבו.<sup>56</sup> תניה זו לא נדרשה באופן סביר להגנה על זכות היוצרים של מיקרוסופט בתוכנותיה ועל כן נאסרה. ויודגש: החלת העיקרון השלישי איננה מחייבת הטלת איסור מוחלט על כל התנהגות החורגת מגידרן של מהזכויות הפנימיות המוענקות על ידי דיני הקניין הרוחני. אולם התנהגות מעין זו לא תזכה להגנה רק בשל העובדה שהיא מערבת זכות קניין רוחני. יש לבחון, בכל מקרה לגופו, את פגיעתה הפוטנציאלית בתחרות של ההתנהגות הנבחנת אל מול יתרונותיה לרווחה החברתית, בהתאם לכללי ההגבלים העסקיים הרגילים.

אולם לא תמיד יגשימו עקרונות האיזון המנויים לעיל את המטרה המשותפת העומדת בבסיס דיני הקניין הרוחני ודיני ההגבלים העסקיים. קיימים מקרים- אמנם חריגים ונדירים- בהם מתן עדיפות מוחלטת לזכויות הפנימיות של דיני הקניין הרוחני לא תמקסם את הרווחה החברתית, גם כאשר נשקלים שיקולי יעילות דינמית ארוכי טווח. כך, למשל, כאשר בעל זכות הקניין הרוחני שולט על הטכנולוגיה המהווה את הסטנדרט לתאימות בשוק, הוא עלול למנוע פיתוח של טכנולוגיות יעילות יותר על ידי הצבת מכשלות לתחרות תוך התבססות על ניצול זכויות ה"פנימיות". פסק דין מיקרוסופט מהווה דוגמה מובהקת לכך. שם נטען כי מיקרוסופט שלטה על "שער הכניסה" לשוק התוכנות- על תוכנת ההפעלה, בה היה לה כוח שוק רב. מיקרוסופט חסמה את הגישה למתחרותיה בשווקים משיקים לתוכנת ההפעלה, בין היתר על ידי הטלת איסור על שינוי המסך הראשי של תוכנת ההפעלה כך שהוא יכלול קישור לתוכנה המתחרה. היא ביססה את זכותה לפעול כך על הטענה כי יש לה זכויות יוצרים בתוכנת ההפעלה ועל כן לא ניתן לחייבה לשנות את המסך הראשון. בית המשפט האמריקני דחה טענה זו בקובעו כי העובדה שלמיקרוסופט זכויות יוצרים בתוכנת

<sup>55</sup> ראו, לדוגמה, בג"צ 280/60 אביק נ' רשות מוסמכת לייבוא תכשירי רוקחות, פ"ד ט"ו 1323 (לבדוק).

<sup>56</sup> Microsoft, לעיל, הערה 12.



ההפעלה איננה מעניקה הכשר מוחלט לפעולות אשר מנעו כניסתן של מתחרות יעילות יותר לשווקים משיקים.<sup>57</sup> בדומה, ניהו כי פטנט מסוים מגדיל את הערך למשתמשים ב-5 ש. אולם ההתנהגות שנוקט בעל הפטנט, המהווה מימוש זכותו הפנימית, יוצרת מכשלות לתחרות אשר מאפשרות לבעל הקניין הרוחני למנוע כניסה ממתחרים יעילים יותר אשר היו מגדילים את הערך למשתמשים ב-30 ש. במקרה מעין זה, הכשרת ההתנהגות רק על סמך העובדה שהיא מהווה מימוש זכות קניין רוחני איננה משרתת את מטרת הדינים. עיקרון זה נדרש, בין היתר, בשל מגבלותיהם האינהרנטיות של דיני הקניין הרוחני, דוגמת דוקטרינת השימוש לרעה אשר תפורט להלן.

מכאן נגזר העיקרון רביעי, לפיו במקרים בהם מימוש זכויותיו הפנימיות של בעל הקניין הרוחני מביאה לפגיעה כה קשה בתחרות אשר, על פניה, איננה מתחייבת לשם יצירת תמריצים ליעילות דינמית, לא תינתן עדיפות מוחלטת לזכות הקניין הרוחני. עיקרון זה מתחייב על מנת למנוע את אותן התנהגויות הנופלות לגדר הזכות הפנימית אולם תוצאתן הינה פגיעה קשה ומתמשכת בפעולתו התחרותית של השוק, בלא יתרונות מאזנים לרווחה החברתית. במלים אחרות, אין להתייחס לזכות הקניין הרוחני כמוגנת על ידי מסך בלתי חדיר, אלא יש להרימו ולבחון את האינטרסים השונים המתחרים על הבכורה מקום בו ניכר, על פני הדברים, כי הכשרת ההתנהגות תפגע באופן משמעותי ברווחה החברתית. אולם צמצום הזכויות הפנימיות של בעל הקניין הרוחני ייעשה רק במידה הנדרשת על מנת להשיב את האיזון הראוי על כנו. בהקשר זה יש להתחשב, בין היתר, בשאלה האם זכות הקניין הרוחני משמשת את בעליה בפועל, או שמא היא נועדה מלכתחילה רק על מנת למנוע מאחר להיכנס לשוק.

העקרונות המוצעים, הפוגעים בזכויות הקניין הרוחני רק במידה הנדרשת על מנת לקדם את מטרת הדינים, עולים בקנה אחד עם חוקי היסוד.<sup>58</sup> הזכות לקניין מעוגנת כיום בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>59</sup> זכות זו פורשה, בעיקרה, כ"מניעת שלילתו של מה שיש לאדם".<sup>60</sup> חוקי הקניין הרוחני מעצם מהותם מיועדים לאפשר לבעלי זכויות הקניין הרוחני לממש את זכויותיהם בלא שאופיו המיוחד של הנכס כטובין ציבורי יפגע ביכולתם ליהנות משימוש בלעדי בזכויותיהם. אחד מהפנים העיקריות של זכות זו היא הזכות לעשות שימוש ולהפיק רווחים מהזכות. אמנם זכויות אלו אינן בלתי מוגבלות. ניתן להגבילן, בין היתר, לצורך השאת הרווחה החברתית בדרך של מניעת פגיעה בתחרות בשוק. אולם פגיעה זו נדרשת להיות למטרה ראויה ובמידה המתחייבת.

העקרונות המוצעים יחולו לא רק כאשר בעל זכות הקניין הרוחני מקנה את השימוש בזכותו לאחר או משתמש בה בעצמו, אלא גם כאשר מוטלות מגבלות על מי שהשתמש בזכות קניין רוחני שלא ברשות, בין במסגרת הסדר פשרה ובין במסגרת סעדים הניתנים על ידי בתי המשפט. הדוגמא הבאה תמחיש זאת. לאחרונה נדון בפני בית הדין הסכם פשרה בין שתי החברות היחידות העוסקות בייצור ובשיווק מדי מים ביתיים בישראל. ההסכם הושג במסגרת תביעה שהגישה אחת החברות נגד השנייה בגין הפרת זכויות היוצרים שלה במד מים. הוסכם בו כי החברה המפרה תפסיק את כל פעילותה בשוק מדי המים- לרבות פעילות אשר לא הפרה את זכויות היוצרים של התובעת- תמורת תשלום חד-פעמי גדול של התובעת לחברה המפרה עבור הפסקת פעילותה כאמור. שתי החברות טענו כי ההסכם נועד על מנת להגן על קניינה הרוחני של התובעת, כיון שלולא הפרה לא היתה הנתבעת נכנסת כלל לשוק מדי המים מלכתחילה. בית הדין דחה

<sup>57</sup> ש.ם.

<sup>58</sup> חוק היסוד הרלוונטי ביותר הוא חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ה 1391. לדיון בהשלכות אפשריות של חוקי היסוד על דיני ההגבלים העסקיים ראו עדי אייל, המונופוליסט כקרבן: על אפלייה וזכויות חוקתיות בדיני ההגבלים העסקיים (ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, נייר עמדה 47, 2004).

<sup>59</sup> כאמור לעיל, אין זהות מוחלטת בין קניין רגיל לבין קניין רוחני והאינטרסים השונים העומדים בבסיס הגנתם הינם, לעיתים, שונים. כפי שמפרט ד"ר בירנהק במאמרו, הדגש בהגנה על דיני הקניין הרוחני הוא בעיקרו "מכשירני" ולא רכושני. מיכאל בירנהק, "השאלה הציבורית והעתקה פרטית" **עיוני משפט** כז (2003) 885. לגישה שונה במקצת ראו אקו"ם, **לעיל, הערה 23**. אולם גם אם זכויות הקניין הרוחני מחייבות אותנו לאיזונים שונים במקצת מאלו החלים במקרה בו עסקינן בקניין רגיל, עדיין יש לפגוע בזכויות אלו רק למטרה ראויה ובמידה המתחייבת.

<sup>60</sup> ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל, כפר שיתופי**, פ"ד מט (4) 221, פסקה 69 לפסק דינו של הנשיא (דאז) שמגר. ראו גם יהושע ויסמן, "הגנה חוקתית לקניין", **הפרקליט** מב (1995) 258, 267.

טענה זו בקובעו כי במקרה דנן אין כל התנגשות בין דיני ההגבלים העסקיים לבין דיני הקניין הרוחני, שהרי דיני ההגבלים העסקיים אינם מגנים על השימוש המפר. בה בעת, אותו חלק של ההסכם החובק גם את תחומי פעילותה של הנתבעת אשר אינם מפירים את זכויות היוצרים פוגע בתחרות בלא שיידרש על מנת להגן על זכויות הקניין הרוחני. על כן הוא מהווה כבילה עירומה של התחרות, האסורה בהתאם להוראות החוק.<sup>61</sup> החלטה זו עולה בקנה אחד עם עקרונות האיזון המוצעים. הפגיעה בתחרות הנובעת מהסכם הפשרה לא נדרשה על מנת להגן על זכויותיו הפנימיות של בעל הקניין הרוחני, ועל כן היה מקום לבחנה בהתאם לכללי ההגבלים העסקיים הרגילים. במקרה דנן, ההסכם פגע בתחרות ללא כל יתרונות מאזנים ועל כן היה מקום לאסרו, כפי שעשה בית הדין.

נשאלת השאלה, האם יש לשנות את כללי האיזון המוצעים לעיל ולצמצם את ההגנה על זכות הקניין הרוחני מקום בו קיימת הרחבה של זכות הקניין הרוחני מעבר להיקפה האופטימלי, בין על ידי חקיקה מרחיבה במסגרת דיני הקניין הרוחני, ובין על ידי התנהגות לא יעילה של הרשויות האמונות על רישום הזכויות, דוגמת רשם הפטנטים או רשם המדגמים וסימני המסחר, הרושמים גם המצאות שלא ראוי כי יזכו להגנה. שאלה זו מקבלת משנה תוקף לאור העובדה כי דיני הקניין הרוחני חשופים, הרבה יותר מדיני ההגבלים העסקיים, ללחצים של קבוצות אינטרסים שונות.<sup>62</sup> התשובה לשאלה זו היא בשלילה, משני טעמים. ראשית, תפקיד שינוי החקיקה כאשר זו איננה אופטימלית כתוצאה מלחצים של קבוצות בעלי אינטרסים איננו מופקד ברגיל, בידי בתי המשפט. תפקיד זה יש להשאיר בידי המחוקק. בתי המשפט המחילים את דיני ההגבלים העסקיים צריכים לפעול על סמך ההנחה כי דיני הקניין הרוחני מאזנים נכונה, במרבית המקרים, את האינטרסים השונים המתחרים על הבכורה.<sup>63</sup> בנוסף, בתי המשפט המחילים את דיני ההגבלים העסקיים חסרים לעיתים קרובות את הידע והמומחיות הנדרשים לשם הערכה האם זכויות הקניין הרוחני הורחבו יתר על המידה. יתירה מזאת, שנית, כללי האיזון המוצעים כוללים מנגנון איזון, המגולם בעיקרון הרביעי, המאפשר התאמה של האיסורים ההגבליים בהתאם לעוצמת הפגיעה בתחרות ולהשפעת ההתנהגות על היעילות הדינמית. עיקרון זה מבוסס על ההנחה כי למרות שהאיזונים הפנימיים של דיני הקניין הרוחני מביאים, במרבית המקרים, לתוצאה האופטימלית, קיימים מקרי-קיצון בהם האיזון מופר ויש לבית המשפט הדן בטענה ההגבלית סמכות לצמצם את היקף הזכות.<sup>64</sup>

### א.3. הדין המצוי: האם הוא מאזן נכונה בין האינטרסים השונים?

המסגרת הסטטוטורית קובעת את "זירת ההתגוששות" האפשרית בין דיני ההגבלים העסקיים לבין דיני הקניין הרוחני. הצורך באיזון בין שתי מערכות הדינים יכול להידרש בנוגע לכל אחד משלושת סוגי הפעילויות הנופלות בגדר דיני ההגבלים העסקיים: הסדרים כובלים, מיזוגים ומונופולין. מאמר זה יתמקד בקטגוריה הראשונה, בה קיימים כללי איזון מפורשים הקבועים בחוק. כן תיבחן נקודת ההשקפה בין שלוש הקטגוריות. כפי שאראה, מרבית הוראות חוק ההגבלים העסקיים ניתנות לפרשנות אשר תעלה בקנה אחד עם עקרונות האיזון המוצעים. בנוסף, מרבית ההחלטות של בתי המשפט שדנו באיזון בין שתי מערכות הדינים עולות בקנה אחד עם העקרונות האיזון, למרות שמעולם לא נעשה ניסיון לנסח בצורה כללית ופורמלית את העקרונות המנחים את האיזון כאמור.

### א.3.א. הסדרים כובלים- הפטור שבסעיף 3(2)

<sup>61</sup> ה"ע (י-ם) 8008/03 ארד בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח' (טרם פורסם, 24.1.2005).  
<sup>62</sup> ראו, למשל, Burk and Lemley, לעיל, הערה 17; Patry, לעיל, הערה 17; Herbert Hovenkamp, "United States Antitrust Policy in an Age of IP Policy Expansion" University of Iowa Legal studies Research Paper no. 04-03, can be downloaded from <http://ssrn.com/abstract=634224>.  
<sup>63</sup> ההנחה עליה מבוסס הדיון היא כי לא ניתן באמצעות פרשנות לגיטימית להשיב את האיזון בין שתי מערכות הדינים על כנו.  
<sup>64</sup> הובנקמפ טוען כי אין ליתן משקל רב לחוקי קניין רוחני שהם תוצאה של לחצים של קבוצות אינטרסים. Hovenkamp, שם, עמ' 25-27. טענה זו הינה בעייתית ביותר, כיון שהיא מעניקה לבתי המשפט כוח לבטל חקיקה רק משום שהיא תוצאה של לחץ כאמור.

אחת הדרכים העיקריות למימוש כלכלי של זכות הבלעדיות הגלומה בקניין הרוחני היא רישוי זכות השימוש בה לאחר. אולם הסדרי רישוי כאמור עלולים להיכנס לגדר האיסור על עריכת הסדר כובל. האיסור הינו פלילי ולו גם נפקויות אזרחיות שעיקרן תביעה נזיקית על בסיס הנזק שנגרם לצרכנים או למתחרים כתוצאה מהסדר בלתי חוקי.<sup>65</sup> החוק כולל הגדרה רחבה להסדר כובל, לפיה הסדר כובל הוא "הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם..."<sup>66</sup> בצד הגדרה רחבה זו כולל החוק מספר חזקות חלוטות לפגיעה בתחרות, החלות כשהסדר נוגע למחיר, רווח, חלוקת שוק, כמות, איכות או סוג הנכסים.<sup>67</sup> ניתן להכשיר הסדר כובל הנתפס ברשתו של החוק בדרך של קבלת פטור מהממונה או אישור מבית הדין, בטרם תחילתו. הממונה מוסמך ליתן פטור אם ההסדר אינו פוגע באופן משמעותי בתחרות.<sup>68</sup> בית הדין רשאי לאשר את ההסדר אם יתרונו יתוונתו לטובת הציבור עולים על חסרונותיו.<sup>69</sup>

בצד האיסור הרחב, חוק ההגבלים כולל גם מספר פטורים סטטוטוריים הפוטרים את המקרים הנופלים בגדרם מתחולת פרק ההסדרים הכובלים. הסדרים שעושה בעל קניין רוחני עם אחר עשויים להיות פטורים מכוח הוראת סעיף 3(2) לחוק ההגבלים העסקיים, הקובע כדלקמן:

3. לא ייחשבו כהסדרים כובלים ההסדרים הבאים:

(2) הסדר שכל כבילותיו נוגעות לזכות השימוש באחד הנכסים הבאים: פטנט, מדגם, סימן מסחרי, זכות יוצרים, זכות מבצעים או זכות מטפחים ובלבד שנתקיימו שניים אלה:  
א. ההסדר הוא בין בעל הנכס האמור ובין מקבל זכות השימוש בו;  
ב. אם נכס כאמור טעון רישום על פי דין - שהוא נרשם."

הפטור יוצר קבוצה של הסדרים שאינם נכנסים לגדר האיסור על עריכת הסדר כובל בלא שתיבחן השפעתם על התחרות בשוק, הגם שהם יכולים להגביל את התחרות, למשל בדרך של חלוקת שוק או קביעת מכסות ייצור. על מנת ליהנות מההכשר הסטטוטורית על ההסדרים לעמוד בשלושת תנאי הפטור: (1) כל כבילותיו של ההסדר נוגעות לזכות השימוש בנכס קניין רוחני המנוי בחוק.<sup>70</sup> תנאי זה נדרש על מנת להבטיח כי ההסדר איננו כולל כבילות נלוות, הפוגעות בתחרות, שלא רצוי כי יוכשרו אוטומטית. דומה כי הפטור רחב דיו לחול הן על הגבלות שמטיל בעל הפטור על מי שהוענק לו זכות לשימוש בזכות והן על הגבלות אשר בעל הזכות נוטל על עצמו, ובלבד שהן נוגעות לזכות השימוש. לדעתנו, גם מקום בו ההסדר איננו מקיים תנאי זה כיון שלא כל כבילותיו נוגעות לזכות השימוש בנכס, ראוי להכשיר את אותן כבילות אשר עומדות בדרישת הסעיף, כמעט באופן אוטומטי, ולבחון את חוקיות ההסדר בעיקר לאור יתר הכבילות המנויות בו; (2) ההסדר הוא בין בעל נכס קניין הרוחני לבין מקבל זכות השימוש בו, לאמור כי הסדרי רישוי משניים, בין מקבל הזכות לבין צד שלישי, ייבחנו דרך משקפיו הרגילים של החוק; (3) נכס הטעון רישום על פי דין אכן נרשם. כאן מסתמך חוק ההגבלים העסקיים על מנגנונים חיצוניים, דוגמת רשם הפטנטים ורשם סימני המסחר, על מנת לוודא כי אכן הנכס זכאי להגנת החוק. בהתאם לכך, למשל, לא ייהנה מהפטור מי שהגיש בקשה לרישום פטנט אך בקשתו טרם אושרה. תנאי זה מהווה צמצום משמעותי של תקופת תחולתו של הפטור, אולם הוא מתחייב מן העובדה שלגורמים האמונים על אכיפתו של חוק ההגבלים העסקיים אין כל אפשרות לדעת אם

<sup>65</sup> סעיפים 4, 47, 47 ו-50 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988.

<sup>66</sup> סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988.

<sup>67</sup> סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988; דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ ואח', פ"ד נו(1) 56.

<sup>68</sup> סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988.

<sup>69</sup> סעיפים 9 ו-10 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988.

<sup>70</sup> ראו החלטת הממונה בעניין הסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי תחנות תדלוק, ההגבלים העסקיים (ועד מחוז תל-אביב-יפו לשכת עורכי הדין בישראל, 1994, כרך א'), 19. שם נדחתה הטענה לפטור של הסדר שכלל הגנה על סימן מסחרי, כיון שלא כל כבילותיו נגעו לזכות השימוש בסימן המסחרי. ראו גם קביעת הממונה לפי סעיף 43 לחוק בעניין הסדר כובל בענף דלתות הבטחון (טרם פורסם).

ההמצאה עליה נתבקש פטנט אכן זכאית להגנת החוק. הוא גם נדרש על מנת למנוע ניצול לרעה של שיטת רישום הפטנטים על מנת לזכות לפטור מהאיסור על הסדרים כובלים.<sup>71</sup> זכות שאיננה טעונה רישום תאפשר תחולה מיידית של הפטור. כך, למשל, הסכם למתן זכות שימוש בזכות יוצרים או זכות המבוססת על עשיית עושר ולא במשפט כמדגם שלא היה רשום,<sup>72</sup> יוכל לזכות מיידית בהגנת הפטור אם התקיימו יתר תנאיו, כיון שזכויות אלו אינן נדרשות לרישום על פי דין על מנת להיות תקפות.

הפטור נועד לאפשר לבעל הזכות לנצל את היתרונות שמקנים לו דיני הקניין הרוחני בדרך של התקשרות עם אחר. ישאל השואל מדוע אין בהענקת זכות הבלעדיות לממציא עצמו כדי למצות את זכויותיו ויש צורך להכשיר מתן זכות השימוש לאחר, גם אם זו פוגעת בתחרות. התשובה לכך מקורה בשאלת התמריצים ליצירה ולדיפוזייה שלה. ישנם ממציאים אשר בעוד הם מלאים כרימון ברעיונות לחידושים, אין להם יכולת או כישרון לייצר את המוצר בייצור המוני או לשווקו, או ישנם גופים עסקיים המוכשרים מהם לבצע פעולות אלה. במקרים מסוג זה קיים אינטרס חברתי כי ההמצאה תנוצל על ידי מי שיעשה כן בדרך היעילה ביותר – גם אם הוא אינו הממציא עצמו. רישוי זכות השימוש כאמור תביא הן לחסכון במשאבי ייצור והן לדיפוזייה המהירה והיעילה ביותר של ההמצאה.<sup>73</sup> הצורך ברישוי זכות שימוש לאחר מקבל משנה תוקף כאשר הקניין הרוחני מהווה חלק קטן ממוצר שלם, דוגמת פטנט של חלק ממערכת היגוי למטוסים. אם נגביל את רישוי הזכות יתר על המידה, הרי הפטנט לא ינוצל או שנחייב את הממציא להתחיל למכור מערכות היגוי שלמות בעצמו. בנוסף, המחאת הזכות עשויה למקסם את תמריצו של הממציא להמציא, על ידי הגדלת רווחיו מזכות הקניין הרוחני בדרך של רישויה למי שיוכל לנצלה כלכלית טוב יותר ממנו. בשל כך, קיימת חשיבות רבה לעיצובם של כללי הרישוי כך שלא יגבילו את המחאת הזכות מעבר לנדרש על מנת למקסם את הרווחה החברתית.<sup>74</sup>

אולם טיעון הרישוי נכון לכל סוג של קניין, ולא רק לקניין רוחני. מדוע, אם כן, יוחד הפטור לקניין הרוחני? הסיבה לכך נעוצה באופיו המיוחד של הקניין הרוחני, אשר בניגוד לקניין גשמי הוא ניתן למימוש על ידי משתמשים רבים בעת ובעונה אחת, בלא ששימוש כאמור יפגע בהיקף השימוש של מי מהם. אם לא נאפשר לבעל זכות הקניין הרוחני להטיל מגבלות על זכות השימוש בנכס על ידי אחר, מי שהומחו לו הזכויות יוכל לרוקנה מכל תוכן כלכלי בדרך של רישוי חוזר של הזכות למשתמשים אחרים.<sup>75</sup> מטרתו של הפטור היא, אם כן, לאפשר לבעל הקניין הרוחני לכלול בהסכם זכות השימוש – בו יוצא הנכס משליטתו הבלעדית – הגבלות שמטרתן להגן על מימוש זכות הבלעדיות שלו בשווקים בהם לא ביקש בעל הזכות להרשות שימוש בזכותו.

הורדת המכשלות להענקת זכות שימוש בזכויות מקבלת משנה חשיבות בכלכלה קטנה דוגמת ישראל. הטעם לכך טמון בשני גורמים מצטברים. ראשית, מרבית זכויות הקניין הרוחני בעולם מקורן אינו בישראל, ולו רק בשל היקפן הקטן באופן אבסולוטי של פעילויות המחקר והפיתוח הנערכות כאן. על מנת שיצרנים ישראלים יוכלו לייצר מוצרים או להשתמש בתהליכי ייצור המבוססים על זכויות קניין רוחני, יש צורך ברישוי זכויות אלו למשתמשים הישראלים. שנית, גודלו של השוק המקומי הינו אחד הפרמטרים העיקריים המשפיעים על היקף התמריצים של בעלי זכויות קניין רוחני – בין זרים ובין ישראלים – להתגבר על מכשלות לרישוי

<sup>71</sup> אורך התקופה שבין הגשת בקשת רישום הפטנט בישראל לבין קבלתו בפועל עשויה אף לעלות על חמש שנים. כלל משפטי אשר לא היה מחייב רישום פטנט על מנת להיכנס לגדר הפטור היה מאפשר ניצול תקופה זו על מנת ליהנות מהפטור שבחוק, גם אם היצירה לא תזכה בסופו של יום בהגנת דיני הפטנטים.

<sup>72</sup> א.ש.ר., לעיל, הערה 9.

<sup>73</sup> זהו אחד היישומים של התיאורמה של קואז לגבי מבנה הפירמה. ראו Ronald Coase, "The Nature of The Firm" 4 *Economica* 386 (1937).

<sup>74</sup> מחקר שנערך על ידי ארגון המדינות המתועשות העלה כי מדיניות ההגבלים העסקיים בענייני רישוי קניין רוחני נחזתה בעיני בעלי הקניין הרוחני כמכשלה העיקרית לרישוי זכויותיהם. International Technology Licensing: Survey Results (OECD, 1987), Table 40.

<sup>75</sup> ניתן לטעון כי בעל הזכות יכול לדרוש ממי שהוענק לו רישיון השימוש תמלוגים עבור רישוי חוזר כאמור. אולם טיעון זה הינו בעייתי ממספר סיבות. ראשית, הסדרי ההמחאה החוזרת בין המומחה לבין צד שלישי לא יכללו תחת הפטור. שנית, בעל הזכות יידרש לאתר את המשווק הטוב ביותר של זכותו בכל העולם ולא דווקא את היצרן הטוב ביותר בכל אזור. חיפוש זה עלול לערב הוצאות חיפוש גבוהות אשר יפגעו בערך זכותו של הממציא.

זכויותיהם. ככל שהשוק המקומי קטן יותר, כן קטן, לרוב, גם התמריץ של בעלי קניין רוחני להעניק רשיון שימוש בזכויותיהם ליצרנים מקומיים. בהתאם לכך, אם נגביל משמעותית את אפשרותו של בעל הזכות להתקשר בהסכם רישוי ולהרוויח ממנו, ייתכן כי יצרנים ישראלים לא יוכלו ליהנות מזכויות אלו ותיפגע יכולתם להתחרות בשווקים הפנימיים כמו גם בשווקי חוץ. הצרכן הישראלי ייאלץ להסתפק במוצרים מיובאים המבוססים על זכויות הקניין הרוחני, אם בכלל, אשר יש להניח כי עלותם היתה נמוכה יותר אילו הם היו מיוצרים בישראל.<sup>76</sup> על כן קיימת חשיבות רבה להכשרת הסדרי הרשאת זכויות אשר יתרונותיהם לרווחה החברתית גדולים מחסרונותיהם.

הדרך בה בחר המחוקק הישראלי להכשיר את המגבלות על הרשאת השימוש הזכות היא על ידי מתן פטור גורף לכל הסדר שכבילותיו נוגעות ל"זכות השימוש" בנכס. בית הדין והממונה פרשו הוראה זו כחלה רק לגבי הסדר אנכי בין בעל הזכות לבין מקבל זכות השימוש בזכות זו ולא על הסכם אופקי.<sup>77</sup> פרשנות זו איננה מתחייבת מלשוננו של החוק. לשוננו של הפטור רחבה דיה לחול גם מקום בו בעל הזכות ממחה את זכות השימוש למתחריו. גם בהסדר מסוג זה משמש הקניין הרוחני כתשומה בייצור, למרות שיש לו גם השפעות אופקיות בשוק של בעל הזכות. גם הסדר מסוג זה עשוי לקדם את הדיפוזיה היעילה של זכות הקניין הרוחני, למשל מקום בו אין לבעל הקניין הרוחני אפשרות למלא את כל הביקוש למוצרו בשוק. בה בעת, פרשנותו המצרה של הפטור כך שלא יחול על הסדרים אופקיים מתיישבת עם ההיסטוריה החקיקתית של החוק, ממנה עולה כי המחוקק ביקש להחיל את הפטור רק על הסדרי הרשאה אנכיים בהם זכות הקניין הרוחני משמשת כתשומה בפעילותו העסקית של אחר.<sup>78</sup> כן היא מתיישבת עם מטרת החוק. לרוב פגיעתם של הסדרים אנכיים בתחרות פחותה יותר מזו של הסדרים אופקיים, כיון שהם מגבילים, במרבית המקרים, את התחרות בין יצרנים או משווקים של אותו מוצר (Intrabrand competition) ולא בין יצרנים או משווקים של מוצרים שונים (Interbrand competition),<sup>79</sup> ועל כן קיימת בעייתיות פחותה להכשירם אוטומטית בלא חשש לפגיעה משמעותית בתחרות. אך חשוב מכך: פרשנות מרחיבה של הוראת הפטור עלולה לפגוע בתחרות באופן משמעותי ולפתוח פתח לניצולו לרעה. כך, למשל, הסכם רישוי בין שתי חברות מתחרות, לפיהן כל אחת מעניקה לשנייה זכות לשימוש בפטנט השייך לה, צפוי לחזק את התמריץ ואת האפשרות לפעולה מתואמת בין החברות. על כן, יש להוציא מתחולת הפטור הסדרי המחאה אנכיים בעלי היבטים אופקיים. ודוק: הסדרים אופקיים יכול ויוכשרו בהתאם לכללי ההגבלים העסקיים הרגילים, אולם אין זה רצוי לפטרם באופן אוטומטי מהאיסור על עריכת הסדרים כובלים.

האם הפטור מאזן נכונה בין האינטרסים השונים המתחרים על הבכורה ומתיישב עם כללי האיזון שהוצעו לעיל? התשובה לשאלה זו נגזרת מרוחבו של הפטור - מה נכנס לגדר "זכות השימוש". על כן יש לבחון תחילה את היקפו של הפטור. הפרשנות המוצעת כאן תכלול בגדרו כבילות הנוגעות להיקף המחאת הזכות, לרבות משך השימוש, המקום הגיאוגרפי של השימוש או שוק המוצר בו ניתן להשתמש בזכות (time, place and market). כך, למשל, התחייבות של המשתמש כי לא יקרין סרט המוגן בזכויות יוצרים במטוסים אלא רק בבתי קולנוע "נוגעת לזכות השימוש" ועל כן תחסה בגדר הפטור. כך גם התחייבות המשתמש כי לא יעשה שימוש בזכות מעבר לאזור גיאוגרפי מסוים. הפטור רחב דיו גם על מנת לכלול הגבלת השימוש בזכות לייצור כמות מסוימת או לייצור מוצר ספציפי. כך, למשל, נניח כי חומר כימי חדש, המוגן בפטנט, עשוי לשמש לייצור צמיגים וכן לייצור אריזות פלסטיק קשיחות. הפטור יכשיר הסדר בו הוגבל השימוש בפטנט

<sup>76</sup> שאם לא כן, לא היו החברות הישראליות מבקשות כי זכויות הקניין הרוחני תומחנה להן.

<sup>77</sup> הפדרציה, לעיל, הערה 28, סעיף 45; ראו גם קביעה לפי סעיף 43(א) (1) והכרזה לפי סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר הסדר כובל ובעל מונופולין אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל בע"מ (טרם פורסם) (להלן: החלטת הממונה באקו"ם) וכן לוינסון-זמיר, לעיל, הערה 19.

<sup>78</sup> ראו דבריה של היועצת המשפטית של רשות ההגבלים העסקיים, מרים מזרחי (כתוארה דאז), בועדת הכלכלה של הכנסת ששקדה על חקיקת הפטור: "כוונת הסעיף שהיוצר עצמו או בעל זכויות היוצרים נותן למישהו להשתמש בזכות שלו והוא יכול להגביל את המקבל איך להשתמש בזכות, [ו]לא שבעלי זכויות שונות יעשו ביניהם הסכם... הסדר מותר באופן אנכי ואסור באופן אופקי..." פרוטוקול ישיבת ועדת הכספים של הכנסת מיום 10.11.1987, עמ' 4-5. ראו גם לוינסון-זמיר, שם, בעמ' 180-181.

<sup>79</sup> ד' גילה, "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוקיים? הגיעה השעה לחצוץ בין הסדרים אופקיים לאנכיים" עתיד להתפרסם בעיוני משפט.

לייצור אחד המוצרים הללו בלבד. לא למותר להדגיש כי תנאי לתחולת הפטור הוא כי היקפה של הזכות המקורית רחב לפחות כהיקף הזכות במוענקת בחוזה. כך, למשל, הסדר הרשאה המחייב את המשתמש לשלם תמלוגים לבעל הזכות מעבר לתקופת ההגנה הקבועה בחוק, לא יפול בגדר הפטור. באופן דומה, אם לבעל סימן מסחרי הגנה בשוק גיאוגרפי מסוים בלבד, לא יכשיר הפטור אוטומטית הסכם החורג מגדרי השוק המוגן. בנוסף, מוצע כי הפטור יכשיר הגבלות הנוגעות לאופן השימוש בזכות (manner of use), כל עוד אלו נובעות מזכות הקניין הרוחני ומתחייבות ממנה. כך, למשל, הפטור עשוי להתיר כבילה בהתאם לה מתחייב מפעיל תחנת דלק להשתמש בסימן המסחרי של החברה על מנת לזהות את מוצריה.<sup>80</sup>

המקרים החוסים תחת הפטור בהתאם לפרשנות המוצעת מתיישבים עם ארבעת עקרונות האיזון המציעים, שכן הם מאפשרים לבעל זכות הקניין הרוחני להתגבר על המכשלה הטבעית למימוש זכויותיו הפנימיות הנובעת מאופיו המיוחד של הקניין הרוחני. כך, למשל, הגבלה גיאוגרפית על זכות השימוש מאפשרת לבעל הזכות לנצל את המצאתו בשווקים שונים כדי למקסם את רווחיו, ללא חשש כי אפשרות זו תיפגע בשל אפשרות העתקתו של קניינו על ידי מי שזכות השימוש הוענקה לו. בשל אופייה המיוחד של זכות הקניין הרוחני, אם לא נאפשר לבעל הזכות להטיל הגבלות על עבירות הזכות או על היקף השימוש בה ייאלץ בעל הזכות המקורי לתמחר את כל היקף השימוש הפוטנציאלי בזכות בחוזה ראשוני. שאם לא כן יוכל המורשה לשוב ולהעניקה לצדדים שלישיים, תוך פגיעה ביכולתו של בעל הזכות המקורי להפיק רווחים מבלעדיותו בשווקים אלו. אילו ניתן היה להעריך, מראש, את שוויה הכלכלי של הזכות בכל השווקים הקיימים והעתידיים, לאורך כל תקופת ההגנה, היה בעל הזכות המקורית יכול לגלם ערך זה בחוזה ההרשאה ובעיה זו היתה באה על פתרונה, לפחות באופן חלקי. מי שיכול היה להשתמש בזכות זו באופן היעיל ביותר היה זוכה בה והתמריץ לחדשנות היה נשאר על כנו.<sup>81</sup> אולם כיון שברובם המכריע של המקרים אין ביכולתו של בעל הזכות המקורית להעריך מראש את שוויה הכלכלי של כל השימושים העכשוויים והעתידיים בהמצאתו, יש מקום להתיר הגבלה על היקף השימוש בה על ידי צד שלישי. יודגש, כי אותם תנאים אשר מאפשרים לממציא להגדיל את רווחיו בדרך של מימוש העלייה ברווחת הצרכן עקב המצאתו בכל השווקים בהם ההמצאה נמכרת, מהווים חלק חשוב מהתמריץ להמצאה ולדיפוזיה מהירה וטובה יותר שלה.

בנוסף, הכשרת כבילות הנוגעות להיקף רישוי הזכות מייעלת את הדיפוזיה של נכס הקניין הרוחני בשל הקטנת "בעיית הרוכב החופשי" של מקבלי זכות השימוש. בעיית הרוכב החופשי מתעוררת כאשר ההשקעה של עסק זה או אחר בייצור או בשיווק מוצר מסוים איננה מגולמת במוצר הנמכר עצמו, ולכן עסק אחר עשוי לקטוף חלק מפירות השקעתו של מתחרהו. כך, למשל, במקום שמתחרה אחד משקיע בהכשרת אנשי מכירות מיומנים, הצרכן עשוי ללמוד את הדרוש לו על המוצרים שהוא מעוניין לרכוש ממתחרה זה, אך לרכוש את המוצר ממתחרה אחר שיכול לדרוש מחיר נמוך יותר מאחר שעלויותיו אינן כוללות העסקת אנשי מכירות כאמור. בעל זכות הקניין הרוחני עשוי לפתור בעיה זו על ידי חלוקה של פלחי השוק השונים, בין על בסיס גיאוגרפי ובין על בסיס סוג הצרכנים הרוכשים את המוצר. מקבל זכות שימוש היודע כי איש לא ירכב על מאמצי הייצור והשיווק שלו עשוי להגדיל את מאמצי השווק שלו כדי לעורר ביקוש, ובכך להגדיל את הדיפוזיה של המוצר החדש, לטובת הצרכנים ותוך הגדלת הרווח של בעל זכות הקניין הרוחני עבור רישוי הזכות.

בהתאם לפרשנות המוצעת, הפטור לא יחול על הגבלות הנוגעות לאופן השימוש בזכות אשר אינן מתחייבות מזכות הבלעדיות.<sup>82</sup> כך, לא תופטרנה אוטומטית כבילות המחייבות את רוכש הזכות להשתמש גם בשרותי תיקון של הנכס המוגן או המחייבות אותו לרכוש חלפים לנכס מבעל הזכות (כבילה חיובית), שכן הגבלות

<sup>80</sup> הסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק, לעיל, הערה 19.

<sup>81</sup> לבעייתיות אי תחולת הפטור במקרי המחאה חוזרת ראה דיון להלן.

<sup>82</sup> החלוקה המוצעת תואמת, במידה רבה, את זו אשר עורכת הקהילה האירופית בנוגע לתניות הכלולות ברשיונות לשימוש בקניין רוחני. ראו Regulation (EC) No. 240/96 of 31 January 1996 on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of technology transfer agreements, OJ L 31, 9.2.1996, 2. של הפטור בין היתר להסכמי רישוי הדדיים בין פטנטים מתחרים ולקביעת מחירי מינימום, ראו לוינסון-זמיר, לעיל, הערה 19, 181.

אלו אינן נוגעות ל"זכות השימוש" בקניין הרוחני, אלא להתחייבות לשימוש בנכס אחר.<sup>83</sup> גם מגבלות שמטיל בעל הזכות על פיתוח, מכירה או שימוש בטכנולוגיה או במוצר מתחרה (כבילה שלילית) לא יוכשרו, שכן גם הגבלות אלו אינן נוגעות ל"זכות השימוש" בקניין הרוחני, אלא להתחייבות לאי-שימוש בנכס אחר.<sup>84</sup> בדומה, הגבלות חוזיות על זכותו של המשתמש לערער על תוקפה החוקי של הזכות או לתבוע את בעל זכות הקניין על הפרת זכויות הקניין של המשתמש, לא ייכנסו לגדר הפטור.

אי החלת הפטור על כבילות הנוגעות לאופן השימוש בנכס מתיישבת, במרבית המקרים, עם עקרונות האיזון המוצעים לעיל, שכן כבילות אלו לרוב אינן מתחייבות על מנת לאפשר לבעל הקניין הרוחני לממש את זכויותיו ה"פנימיות". כך, למשל, אי מתן פטור אוטומטי לכבילה המחייבת רכישת חלפים רק מבעל הזכות המקורית מתיישבת עם כללי האיזון שפורטו לעיל. מינוף כוחו של בעל הזכות לשווקים משיקים איננו חלק אינטגרלי מזכויותיו ה"פנימיות" ואיננו מתחייב לשם הגנתה. גם הגבלה על אי פיתוח טכנולוגיה מתחרה מתנגשת חזיתית עם הרעיון העומד בבסיס דיני הקניין הרוחני לקדם חדשנות. על כן, לא ראוי כי כבילות אלה ייחננו מהפטור ויש לבחנן במסגרת הרגילות של פגיעה בתחרות ויתרונות לציבור החלות על כל ההסדרים הכובלים שאינם נהנים מפטור. ודוק: הגישה הפרשנית המוצעת איננה דוגלת בפרשנות מצמצמת לפטור כיון שהוא מהווה חריג כלל שעניינו מניעת פגיעה בתחרות, כפי שהוצע על ידי מספר בתי משפט.<sup>85</sup> היא מאזנת בין שתי מערכות הדינים בהתאם לתכליתן המשותפת ומעניקה משקל רב לזכויותיו הפנימיות של בעל הקניין הרוחני אלא במקרים חריגים בהם מתן משקל כאמור אינו משרת את מטרת הדינים.

הפרשנות המוצעת גם מתיישבת עם תכליתו של הפטור, שמטרתו להכשיר שימוש של בעל הקניין הרוחני בזכותו בדרך אשר תאפשר לו להתגבר על המכשלות הנובעות מאופייה המיוחד של הזכות, אך לא תאפשר ניצולה לרעה על מנת לפגוע בתחרות. ברוח זו קבע הממונה על ההגבלים העסקיים בהחלטתו בדבר קיומו של הסדר כובל בענף דלתות הביטחון, כדלקמן:

"רציונאל זה [העומד בבסיס חקיקת הפטור]...הנו הגנה על אמצאתו של בעל הפטנט, על מנת לעודד בעלי אמצאות להמשיך ולעסוק בכך. הגנה זו שלובה בתכליתם הכלכלית של דיני השמירה על הקניין הרוחני, שעניינה עידוד הממציאים לשאת בעלות אי הוודאות הכרוכה בפיתוח אמצאתם. עם זאת, הגישה הנה כי אין להפוך את המגן לחרב, ואת ההגנה על האמצאות למכשיר להשתלטות על השוק נשוא האמצאה. יש לנקוט באפשרות הפרשנית המאפשרת לבעל הקניין הרוחני לפעול כרצונו בנכסיו, אך מבלי להקנות בידו את האפשרות להשתמש בהם ככסות למסך של הסדרת הענף".<sup>86</sup>

פרשנות זו מתיישבת גם עם ההיסטוריה החקיקתית של החוק. בקריאה הראשונה הועלתה במפורש השאלה האם הפטור חל על כבילות שלא ראוי להכשירן, דוגמת הסדרי קשירה, מגבלות על פיתוח טכנולוגיה מתחרה וגביית תמלוגים לאחר פקיעת הזכות.<sup>87</sup> גם לאחר שהועלתה שאלה זו לא שונה הפטור, מלבד הוספת שני התנאים לתחולתו- הסכם בין בעל הזכות לבין משתמש וכן כי הזכות נרשמה כדין.<sup>88</sup>

<sup>83</sup> כך נקבע בבקשה למתן רשיון כפייה לניצול פטנטים מס' 13043, 15525 "אסיא" מעבדות כימיות בע"מ נ' Beecham Group Ltd. מבחר החלטות רשם הפטנטים (1972) עמ' 98.

<sup>84</sup> לפרשנות ברוח זו ראו ע"א 18/75 ליברמן נ. דייטלצוויג פ"ד כ"ט (2) 513, 517; דוד בכור, "הרהורים בחוק ההגבלים העסקיים תשי"ט-1959" ספר זוסמן (תשמ"ד) 133, 140.

<sup>85</sup> ראו, למשל, שמיר, לעיל, הערה 34 ("ההגנה הניתנת לאמצאה נשוא הפטנט מכה חוק הפטנטים ולזכות השימוש בפטנט מכה חוק ההגבלים העסקיים צריכה להיקרא ולהתפרש על רקע היותה חריג לכלל הרחב שעניינו חופש תחרות ומניעת יצירתו של הסדר כובל. כחריג, פרשנותה של ההגנה על האמצאה היא, על כן, מצמצמת, ונגזרת, בין היתר, מהתכלית שהיא מבקשת להגשים, אולם זאת על רקע אינטרסים נוגדים של כלכלה ומשק חופשיים").

<sup>86</sup> החלטת הממונה בעניין דלתות הביטחון, לעיל, הערה 70.

<sup>87</sup> ראו דברי השר גרעון פת בקריאה הראשונה של חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד-1984 בכנסת.

<sup>88</sup> ניתן, אולי, להעלות גם טענה הפוכה לפיה עצם העובדה שהמוחוקק היה מודע לבעיה אך בכל זאת בחר שלא לשנות את החוק מעידה על התרת הסדרים כובלים בקניין רוחני, גם אם יש בהם משום שימוש לרעה בזכות. אולם פרשנות זו איננה מתיישבת עם תכליתו של הפטור.

אולם הפטור איננו רחב דיו לכלול את כל אותם מקרים אשר ראוי היה להחילם בגידרו. הפטור חל רק לגבי הסדרי הרשאה בין בעל נכס קניין רוחני לבין מקבל זכות השימוש בו. הוא אינו חל לגבי הסכמי הרשאה חוזרת, בין מקבל זכות השימוש לבין צד שלישי. יתירה מזאת: בית הדין, כמו גם הממונה, קבעו כי הפטור יחול רק מקום בו מי שהוענקה לו זכות השימוש עושה בה שימוש בעצמו ולא מעביר את השימוש בה לאחר.<sup>89</sup> פרשנות זו עולה מלשון הסעיף. אולם היא איננה מתחייבת ממטרת הפטור. לעתים יבקש בעל הקניין הרוחני כי אחר, אשר לו מומחיות רבה יותר בשיווק זכויות, ישמש כחוליית ביניים לשם רישוי הזכויות ליצרן הסופי. גם כאן חל הרציונל לפיו ההסדר יאפשר לבעל הזכות לנצלה באופן יעיל יותר. אם לא נכשיר הגבלות הנוגעות לשימוש בזכות בהסכמי הרשאה חוזרת, תיוותר בעיית ההעתקה על כנה. בהתאם לכך, הסדרי הרשאה חוזרת הנוגעים להיקף השימוש בזכות הקניין הרוחני ראוי היה כי יחסו בגדר הפטור.

יתירה מזאת, הפטור איננו מגן אוטומטית על כל הזכויות ה"פנימיות" המוענקות לבעל זכויות יוצרים. לבעל זכות יוצרים מוענקת גם זכות מוסרית ביצירתו, במובחן ובנפרד מהזכות החומרית בה. בהתאם לה, "מחבר רשאי שלא ייעשה ביצירתו כל סילוף, פגימה או שינוי אחר, או כל פעולה שיש בה משום הפחתת ערך ביחס לאותה יצירה, העלולה לפגוע בכבודו או בשמו של מחברה."<sup>90</sup> זכות זו מבוססת על הזיקה האישית בין היצירה למחברה ומעניקה ליוצר כוח משפטי להגביל את דרכי השימוש ביצירה שלו, גם לאחר שזו הומחטה לאחר.<sup>91</sup> הזכות המוסרית פורשה בפסיקה כמאפשרת לבעל היצירה להגביל את אופן השימוש ביצירתו ולא רק את היקפה. כך, למשל, בעל זכויות היוצרים רשאי להגביל את השמעת יצירתו לסוג מסוים של אפיקים, הוא רשאי לקבוע כי יצירתו לא תוצג במסגרת מסוימת, כי היא לא תוצג ליד או בשילוב עם יצירה אחרת, או כי לא ייעשה כל שינוי ביצירה המקורית.<sup>92</sup> בעוד חלק מהגבלות אלו עשויות לחסות תחת הפטור, אחרות- בייחוד אלו המכילות הגבלות על שימוש ביצירה אחרת- לא יוכשרו. כך, למשל, לא תוכשר כבילה של זמר המתקשר עם ערוץ המוזיקה לפיה ערוץ המוזיקה המשמיע את יצירותיו ימנע מלהשמיע יצירות של זמר מתחרה באותה תוכנית בה מושמעים שיריו.

השאלה המתעוררת היא האם ראוי להרחיב את הפטור בתחום זכויות היוצרים ולפטור בגידרו גם הגבלות הנוגעות לאופן השימוש ביצירה כל עוד היא נובעת מהזכות המוסרית. לדעתי, התשובה לכך היא בשלילה. הוראות חוק ההגבלים רחבות דיין על מנת לאפשר יצירתו של איוון נכון בין האינטרסים השונים. מרבית ההגבלות הנובעות מהזכות המוסרית בזכויות היוצרים כלל אינן פוגעות בתחרות, ועל כן לא ייכנסו תחת הגדרתו של הסדר כובל או שיופטרו מתחולתו. אותם הסדרים הפוגעים באופן משמעותי בתחרות ראוי כי ייבחנו לעומקם ויוכשרו רק אם יתרונותיהם "לטובת הציבור" עולים על חסרונותיהם. פרשנות אחרת היתה פותחת פתח לניצול לרעה של הזכות המוסרית על מנת לפגוע בתחרות. בה בעת, במסגרת מבחן האיזונים, ראוי כי לזכות המוסרית, המהווה חלק מה"זכויות הפנימיות" המוענקות לבעל זכויות היוצרים, יינתן משקל רב והיא תוכר כמקדמת את טובת הציבור, למעט באותם מקרים נדירים בהם הפגיעה בתחרות איננה פרופורציונית לשמירה על זכות זו. פרשנות זו תמנע שימוש לרעה בזכות זו שמטרתה העיקרית היא פגיעה בתחרות בשוק. השימוש שעשתה מיקרוסופט בזכויות היוצרים בתוכנותיה, לפיה היא אסרה על יצרני המחשבים לשנות את המסך הראשון של תוכנת ההפעלה שלה כך שלא ניתן היה ליצור קישוריות לדפדפן אחר זולת הדפדפן שלה, מהווה דוגמא לכך. איסור השינוי בתוכנה היה מעוגן בישראל בזכותה המוסרית של מיקרוסופט בתוכנותיה. כפי שפורט לעיל, הגבלה זו פגעה באופן מהותי בשוק הדפדפנים. על כן, יש מקום

<sup>89</sup> הפדרציה, לעיל, הערה 28, סעיף 46. לפרשנות דומה ראו החלטת הממונה באקו"ם, לעיל, הערה 77, פסקה 5.5.

<sup>90</sup> סעיף 4א(2) לפקודת זכויות היוצרים, 1924. ראו גם סעיף 55 לתזכיר הצעת חוק זכויות יוצרים, התשס"ד-2003. התזכיר מכפף גם את הזכות המוסרית למנוע שינוי או סילוף לתנאי כי שינוי או סילוף כאמור "יהיה בהם כדי לפגוע בכבודו או בשמו" של בעל הזכות.

<sup>91</sup> ראו י' ויסמן, "הזכות האישית (droit moral) בדיני זכויות יוצרים" מחקרי משפט ז (תשמ"ט) 51; ג' פסח, "הזכות האישית-מוסרית של היוצר ועקרון חופש הביטוי", ספר ויסמן- מחקרי-משפט לכבודו של יהושע ויסמן, (תשס"ב), ד' לוינסון-זמיר ו-ש' לרנר עורכים) 463.

<sup>92</sup> ראו, למשל, ת"א 2255/01 כרמי נ' היכל התרבות בע"מ (לא פורסם); י' ויסמן "מעניין לעניין בזכויות יוצרים" הפרקליט מה (ב) 229.



לאזן, כפי שעשה בית המשפט האמריקני, בין טענותיה של מיקרוסופט לזכותה לאינטגרליות היצירה לבין הפגיעה בתחרות ולהחיל כלל אשר לא יאפשר לבעל זכויות יוצרים לעשות שימוש לרעה בזכותו על מנת לפגוע במתחריו.

אם כן, אם יפורש הפטור להסדרי המחאה בדרך המוצעת לעיל, הוא אכן יתיישב עם כללי האיזון המוצעים לעיל, במרבית המקרים הנפלים בגידרו. בה בעת, אין בבחינת הפטור לכדו כדי לענות על השאלה האם שדיני ההגבלים העסקיים מאזנים נכונה בין חדשנות ויצירה לבין תחרות. לשם כך יש לבחון גם את כללי האיזון המוחלים במקרים שאינם נופלים בגדר הפטור, כמפורט להלן.

### א.3.ב. הסדרים כובלים שאינם נכנסים לגדר הפטור

מה דינם של הסדרים בין בעל זכות קניין רוחני לבין אחר אשר אינם נכנסים לגדרו של הפטור? הסדרים אלו ייבחנו בהתאם לכללים הרגילים של דיני ההגבלים העסקיים. גם ללא הוראת הפטור הסדרי המחאה רבים צפויים שלא להיכנס לגדר האיסור על הסדר כובל. הטעם לכך הוא שאחד משסתומי היציאה העיקריים מהוראות פרק ההסדרים הכובלים הוא התנאי כי ההסדר פוגע פגיעה שאיננה זניחה בתחרות.<sup>93</sup> על מנת שהסדר יפגע בתחרות יש צורך כי לאחד הצדדים להסדר יהיה כוח שוק או שפעולותיו יעניקו לו כוח כאמור. כפי שפורט לעיל, לרוב זכות הקניין הרוחני איננה מעניקה כוח שוק לבעליה.

גם הסדרים אשר נופלים לכאורה לגדר האיסור יכול ויוכשרו, אם הממונה העניק פטור לצדדים כיון שהסדר איננו פוגע פגיעה משמעותית בתחרות או בית הדין אישרם כיון שיתרונותיהם לטובת הציבור עולים על פגיעתם בתחרות. כך, למשל, הסכם לקשירת מוצרים עשוי להידרש על מנת לשמור על מוניטין של איכות של בעל הקניין הרוחני ולמנוע את תופעת הרוכב החופשי בין יצרנים המייצרים את אותו מוצר (interbrand free riding). נניח שחברה לייצור נעליים, המוגנות בסימן מסחר רב מוניטין, שומרת על סטנדרט גבוה מאד של נעליים הנושאות את סימן המסחר שלה. בעל זכות הקניין הרוחני מעוניין לשמור על רמה גבוהה של כל זוג נעליים הנושא את סימן המסחר שלו, שכן רווחיו מושפעים ישירות מאיכות הנעליים ומהשם הטוב הקשור בהם. אולם תמריציו של הזכייין אשר לו הומחתה הזכות לייצור נעליים תוך שימוש בסימן המסחר יכולים להיות שונים בתכלית. הזכייין יכול להוריד את הוצאותיו על ידי רכישת חומרי גלם באיכות נמוכה ולסמוך על כך שצרכנים יוסיפו לרכוש נעליים עם סימן המסחר בשל שמה הטוב של בעלת הזכות. טקטיקה זו תצליח אם הוא יודע כי הקונה אינו יכול להבחין בין נעליים מתוצרתו לאלו המיוצרות על ידי זכיינים אחרים. הזכייין יוריד את עלויותיו, אולם הוא ייצור השפעות חיצוניות שליליות על שאר הזכיינים, ועל בעל הזכות, שכן לקוח מאוכזב עשוי לא לחזור יותר לקנות זוג נעליים הנושאות סימן מסחר זה. קשירה של הזכייין לאספקת הרכיבים להכנת הנעליים עשויה לפתור בעייה זו. אולם טעמים אלו להטלת מגבלות על תחרות אינם ייחודיים דווקא לנכס הקניין הרוחני ואינם מתחייבים לשם הגנה על טבעו. על כן ראוי כי הם ייבחנו במסגרת הרגילה של ההסדרים הכובלים, ולא ייהנו מהפטור הספציפי.

אולם אין בעובדה שהסדרים שעניינם מימוש זכות קניין רוחני אינם נכנסים לגדר הפטור כדי לבטל כליל את ייחודם. על בית המשפט להתחשב באופייה המיוחד של הזכות בבואו להחיל את כללי ההגבלים הרגילים. כך, למשל, כפי שפורט לעיל, מקום בו ההגבלה הנבחנת מבוססת על זכות מוסרית לשלמות היצירה יש ליתן משקל רב לטעון זה במסגרת שיקולי "טובת הציבור" על מת שלא לפגוע באופן משמעותי בזכויותיו הפנימיות של בעל זכות היוצרים.

<sup>93</sup> ראו כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת-ערך), תשס"א – 2001. פטור זה לא יחול אם אחת הכבילות נופלת בגדר חזקות סעיף 2(ב) לחוק. לבעייתיות הגלומה בפרשנות המרחיבות של סעיף 2(ב) ראו מיכל (שיצר) גל, "לבור את המוץ מהתבן: הסדרים כובלים לאור הפסיקה האחרונה" **דין ודברים** 1 (תשנ"ה) 533. הסדר שאחת או יותר מכבילותיו נופלת בגדר החזקות החלוטות יוכל לקבל פטור מהממונה אם יוכח, בטרם נכנסו הצדדים אליו, כי הוא איננו פוגע בצורה משמעותית בתחרות. סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988.

### א.3.ג. תחולה מקבילה של איסורים הגבליים

נניח כי הסדר בין בעל זכות קניין רוחני לבין אחר הינו חוקי בהתאם לפרק ההסדרים כובלים, כיון שהוא נכנס לגדר הפטור להסדרים הנוגעים לשימוש בזכות קניין רוחני. האם הסדר כזה יכול להיאסר מתוקף יתר הוראות חוק ההגבלים, דוגמת פרק ד' העוסק בהסדרת פעולותיו של בעל מונופולין (להלן: פרק המונופולין) מקום בו התקיימו התנאים הקבועים בחוק לתחולתן של הוראות אלו?<sup>94</sup> התשובה שנתן הדין היא בחיוב. תחולתו של הפטור הגלום בסעיף 3(2) מוגבלת להוראות פרק ההסדרים כובלים. כלשונו של סעיף הפטורים, "לא ייחשבו כהסדרים כובלים" הסדרים הנופלים בגדרו.<sup>95</sup> דהיינו, אין בפטור כדי להכשיר את אותם הסדרים בפני תחולתם של יתר פרקי החוק. מקל וחומר, גם מקום בו ההסדר איננו נהנה מהפטור לקניין רוחני אך הינו חוקי בהתאם לפרק ההסדרים הכובלים, אין מניעה לתחולה מקבילה של הוראות פרקי החוק השונים.<sup>96</sup>

האם הדין המצוי הוא גם הדין הרצוי? שאלה זו מקבלת משנה תוקף לאור העובדה שתנאי הפגיעה שאינה זניחה בתחרות- המהווה שער כניסה למרבית המקרים הנופלים בגדר האיסור על הסדר כובל- תלוי בקיומו של כוח שוק של הצד הכובל או הנכבל. על כן מקרים רבים בהם עולה חשש משמעותי כי ההסדר עלול לפגוע בתחרות ייכנסו גם לגדר פרקי המונופולין והמיוזוג, המיועדים לחול על גופים עסקיים בעלי כח שוק רב. אקדים ואציין כי תחולתם המקבילה של יתר פרקי החוק מתחייבת על מנת שבתי המשפט יוכלו להחיל את עקרון האיזון הרביעי ולמנוע את אותם מקרים בהם הפגיעה בתחרות כלל איננה מידתית לתמריצי היצירה שהיא יוצרת. כפי שפורט לעיל, זכויות רחבות מידי לניצול ההמצאה עלולות לסכל את מטרת החוק ולעכב (ולעיתים אף למנוע) פיתוחן של טכנולוגיות והמצאות חדשות, בייחוד כאשר הן משמשות בידי בעל מונופולין ליצירת חסמי כניסה מלאכותיים למתחרים בעלי מוצר או הליך טוב יותר. חוק ההגבלים העסקיים כולל מנגנון פנימי המאפשר התאמה של עוצמת תחולתו בהתאם לעוצמת הפגיעה בתחרות. פרקי המונופולין והמיוזוגים חלים רק מקום בו קיימת חזקה כי לגוף העסקי יש כוח שוק משמעותי. כך שככל שכוח השוק של בעל הזכות הינו משמעותי יותר, מורחבים האיסורים ההגבליים החלים על פעולתו. אולם התשובה לשאלה האם הדין המצוי הוא גם רצוי תלויה גם בכללי האיזון אשר יחילו בתי המשפט במסגרת פרקי המונופולין והמיוזוגים, מקום בו כוח השוק מבוסס על זכויות קניין רוחני. אם יתעלמו בתי המשפט מאופייה המיוחד של זכות הקניין הרוחני ומן הכלים המיוחדים הנדרשים על מנת להגן על השימוש הבלעדי בה, הרי תתאין, במידה רבה, תכליתו של הפטור לקניין רוחני ולא יישמר האיזון בין שתי מערכות הדינים. אם בתי המשפט יפעלו בהתאם לכללי האיזון המוצעים לעיל, למרות היעדרה של כל התייחסות בחוק לבסיס כוח השוק של הגוף שפעולתו נבחנת, הדין המצוי עשוי להיות דין רצוי.<sup>97</sup>

על כן, יש לשאול האם הוראות הדין מאפשרות את החלתם של כללי האיזון המפורטים לעיל. נבחן שאלה זו בנוגע להוראותיו של פרק המונופולין. לרוב לא תיווצר סתירה בין הוראות פרק המונופולין לבין כללי האיזון. הטעם לכך הוא שמרבית איסורי החוק חלים על פעולות אשר מהוות ניצול לרעה- להבדיל מניצול- של כח מונופוליסטי. גם מקום בו המונופולין איננו מבוסס על זכות קניין רוחני, השאלה העומדת בבסיס הדין היא האם פעולותיו של בעל המונופולין עלולות כדי ניצול יתרונותיו בדרך לגיטימית או שמא יש בהן משום ניצול לרעה של כח השוק בדרך של יצירת מכשלות מלאכותיות לתהליך תחרות החופשית.<sup>98</sup> פעולות הניצול לרעה האסורות על פי החוק לרוב לא תיכנסנה לגדר הזכויות "הפנימיות" של בעל קניין רוחני. כך, למשל, הסדרי בלעדיות אשר בגידרם מתנה בעל המונופולין את שיווק מוצריו באי שיווקם של מוצרים מתחרים על

<sup>94</sup> הסדר עשוי להיכנס גם בגדר פרק המונופולין אם בעל הקניין הרוחני הוא בעל מונופולין כהגדרתו בחוק. הפסיקה הישראלית איננה משרטטת קו גבול ברור בין הסדר רב-צדדי לבין פעולה חד-צדדית של בעל מונופולין במסגרת הסדר.

<sup>95</sup> סעיף 3 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (הדגשה הוספה).

<sup>96</sup> בהחלטתו בעניין הפדרציה החיל בית הדין את הוראות פרק ההסדרים הכובלים ופרק המונופולין במקביל. הפדרציה, לעיל,

#### הערה 28.

<sup>97</sup> לפחות במידה שהוא מהווה דין רצוי בשאלת תחולתו לגבי כלל המקרים הנופלים לגידרו. לבעייתיות הגלומה בקביעת חזקות חלוטות בגרדי סעיף 29א לחוק ההגבלים ראו עוז שי ומיכל (שיצר) גל "הסדרת פעולותיו של בעל מונופולין", ניתוח כלכלי ומשפטי של דיני ההגבלים העסקיים (מ' שיצר) גל ומ' פרלמן עורכים, צפוי להתפרסם (2006).

<sup>98</sup> לאבחנה בין ניצול לבין ניצול לרעה ראו Small Economies, לעיל, הערה 32, בעמ' 94-101.

ידי המשווק, אינן דרושות על מנת להגן על זכויות הפנימיות של בעל הקניין הרוחני. באופן דומה, גם הסדרי קשירה בהתאם להם קושר בעל זכות הקניין הרוחני את השימוש בטכנולוגיה מסוימת המבוססת על זכויות הקניין הרוחני שלו בשימוש ברכיבים מסוימים בלבד, אינם דרושים על מנת להגן על הזכות הפנימית. נהפוך הוא: הסדרים אלו עלולים לפגוע ביעילות הדינמית של שוק הרכיבים, שכן הקשירה תקטין את התמריץ של חברות מתחרות ליצור רכיבים טובים או זולים יותר.

בה בעת, חלק מהוראות פרק המונופולין צריכות לסגת, או למצער להתפרש בדרך המאפשרת לקחת בחשבון שיקולי יצירת תמריצים לחדשנות וליצירתיות המהווים בסיס לדיני הקניין הרוחני. הדוגמה המובהקת ביותר היא הוראת סעיף 29א(ב)(2) לחוק ההגבלים לפיה צמצום הכמויות הנמכרות על ידי בעל המונופולין, שלא במסגרת פעילות תחרותית הוגנת, מהווה ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. בשל העובדה כי צמצום הכמות הנמכרת היא המאפשרת לבעל המונופולין לגבות את המחיר המונופוליסטי, וכי מחיר זה מהווה את התמריץ ליצירה ולדיפוזיה שלה מלכתחילה, יש לפרש הוראה זו בצמצום רב, כך שלא תגביל תמריץ זה באופן העלול לפגוע ביעילותו הדינמית של השוק לטווח הארוך. בנוסף, כפי שפורט לעיל, ההוראות המגבילות את המחיר שרשאי בעל המונופולין לדרוש צריכות להיות מפורשות בצמצום רב מקום בו המונופולין מבוסס על זכות קניין רוחני.<sup>99</sup> לרוב אין מניעה כי הוראות החוק יפורשו על ידי בתי המשפט בדרך שתעלה בקנה אחד עם כללי האיזון. נהפוך הוא: חוק ההגבלים העסקיים כולל מונחי שסתום רבים, במרבית הוראותיו המהותיות,<sup>100</sup> המאפשרות פרשנות העולה בקנה אחד עם כללי האיזון.

כפי שצויין לעיל, התנהגותו של בעל הקניין הרוחני העולה כדי ניצול לרעה של כוחו המונופוליסטי עשויה להוות בסיס גם לעילת הניצול לרעה בתחום דיני הקניין הרוחני. נשאלת השאלה, האם דוקטרינה זו מיתרת את הצורך בהחלת הוראות פרק המונופולין שבדיני ההגבלים העסקיים. דוקטרינת השימוש לרעה בזכות (Misuse Doctrine) הנה דוקטרינה מקובלת בדיני זכויות יוצרים ובדיני הפטנטים בארה"ב, היונקת את חייתה מכללי היושר של המשפט המקובל.<sup>101</sup> הדוקטרינה משמשת כטענת הגנה בפני מי שנטען כנגדו כי הפר זכות קניין רוחני. המפר יכול לטעון כי בעל הזכות עשה שימוש לרעה בזכות הקניין הרוחני ועל כן אין לאכפה נגדו. מה, בעצם לדוקטרינה זו ולהגבלים עסקיים? התשובה היא- רב להן המשותף.<sup>102</sup> שכן דוקטרינה זו חלה כיום בארה"ב בכל מצב בו בעל הפטנט או זכות היוצרים משתמש בזכויותיו בדרך החורגת מהיקף הזכות המקורית על מנת לפגוע בתחרות או במתחריו.

מה נפקותה המשפטית של הדוקטרינה בישראל? הדוקטרינה עדיין לא אומצה בארץ בצורה מפורשת. אולם היא אוזכרה, בין היתר, בפסק דין קימרון<sup>103</sup> אשר עסק בזכויות היוצרים על פיענוח ושחזור אחת מהמגילות הגנוזות. שם נטען כי מי שפיענח את המגילות עשה שימוש לרעה בזכויות היוצרים שלו בכך ששלח מכתבי אזהרה למספר חוקרים בתחומו לבל יעשו שימוש בפיענוחיו למחקריהם, ובכך הוא יקנה מעמד מונופוליסטי לפירוש המגילות. הטענה אמנם נדונה באוביטר, שכן לא הוכח שימוש החורג מאכיפה מסורתית של זכות יוצרים, אולם בהחלט ייתכן כי היא תוחל, בצורה מפורשת, במקרה המתאים.

<sup>99</sup> למסקנה דומה ראו לוינסון-זמיר, **לעיל, הערה 19**.

<sup>100</sup> י' עדיאל, "תפקידם של בתי המשפט בעיצובם של דיני ההגבלים העסקיים" הרצאה בכנס העשור לרשות ההגבלים העסקיים, 25 בנובמבר 2004.

<sup>101</sup> Hovenkamp et al., **לעיל, הערה 14**, פרק 3.

<sup>102</sup> המלומד והשופט פוזנר טען כי הדוקטרינה חופפת את דיני התחרות. **USM Corp. v. SPS Technology Inc.**, 694 F. 2d 505 (7<sup>th</sup> Cir., 1982) 512. על עילות דומות לאלו הכלולות בדיני התחרות. ראה Hovenkamp et al., **לעיל, הערה 14**. לאחרונה נתן השופט פוזנר פסק דין המרחיב קמעה את תחולתה של הדוקטרינה בדיני זכויות היוצרים והחילה גם מקום בו לא היתה פגיעה משמעותית בתחרות. ראו **Assessment Technologies v. WiredData Inc.**, 350 F. 3d 640 (7<sup>th</sup> Cir., 2004). גישתו המקורית של פוזנר היא המועדפת, שכן אחרת נימצא אוסרים התנהגות אשר איננה פוגעת בתחרות, ואשר איננה משרתת את מטרתן של אף אחת ממערכות הדינים.

<sup>103</sup> קימרון, **לעיל, הערה 15**.

אולם גם אם תאומץ דוקטרינה זו בארץ, אין בה כדי ליתר את תחולת דיני ההגבלים העסקיים. חשוב מכל, הדוקטרינה מהווה מגן ולא חרב. בהתאם לכך, מתחרה עתידי אינו יכול להשתמש בה על מנת למנוע פעולות של בעל זכות הקניין הרוחני אשר מהוות ניצול לרעה של כוחו. רק מקום בו קיים מפר הנתבע על ידי בעל הזכות על הפרתה ניתן להעלות את טענת הניצול לרעה וזו תחול רק ביחסים בין הצדדים הספציפיים. הגבלה זו נובעת מן העובדה כי עילת השימוש לרעה בזכות קניינית (לא רק קניין רוחני) נבחנת במישור שבין בעל הזכות לבין המבקש להשתמש בה, בעוד העילה ההגבלית הרגילה מתייחסת בדרך כלל להשפעות הפעולה על השוק בכללותו ולא דווקא נועדה להגן על המתקשר הספציפי. בנוסף, הדוקטרינה איננה יוצרת בהכרח תמריצים מספיקים ל"סעד עצמי" שעניינו שימוש בזכות קניין רוחני השייכת לאחר מקום בו בעל הזכות מנצלה לרעה. הטעם לכך הוא שלא ברור אם בתי המשפט יתחשבו בהשקעותיו השקועות של המתגונן אשר נעשו בתקופה של שימוש לרעה על ידי בעל זכות הקניין, אם בעל הזכות הפסיק, בעת המשפט, את פעולות הניצול לרעה. בנוסף, בעקבות פרשת א.ש.י.ר קיימות כיום בישראל זכויות קניין רוחני שבסיסן בעילת עשיית עושר ולא במשפט. כלל לא ברור אם על זכויות אלו יחולו ההגבלות האינהרנטיות לחוקי הקניין הרוחני, לרבות דוקטרינת הניצול לרעה של הזכות. על כן קיימת חשיבות רבה לתחולה של הוראות פרק המונופולין שבחוק ההגבלים העסקיים על פעולותיו של מונופולין המבוסס על זכויות קניין הרוחני, בהתאם לכללי האיזון.

### א.3.ד. דוגמא: מיזם משותף למימוש זכויות קניין רוחני

האם רשויות האכיפה מחילות את כללי האיזון במקרים הבאים לפנייהם? על מנת להשיב לשאלה זו אבחן את פסק הדין שניתן בעת האחרונה על ידי בית הדין בעניין הפדרציה לתקליטים וכן את החלטת הממונה בעניין אקו"ם, בהם נדרשו בית הדין והממונה להתמודד, לראשונה, עם התנגשות חזיתית בין שתי מערכות הדינים.<sup>104</sup> שתי ההחלטות עוסקות במיזמים משותפים לניהול זכויות קניין רוחני ביצירות מוזיקליות.

בישראל, כמו גם ברחבי העולם, קיימים גופים המאגדים את זכויות היוצרים של מלחינים ומחברים שנועדו לנהל את זכויות ההשמעה הפומביות של היצירות המוזיקליות עבור בעלי זכויות היוצרים בהם. כפי שקבעו בית הדין והממונה, למיזם המשותף יתרונות רבים.<sup>105</sup> המיזמים מאפשרים לבעלי זכויות היוצרים לאכוף את זכויותיהם בדרך כלכלית, וכך לשמר את התמריץ הכלכלי ליצירתם. בשל הביקוש השונה של כל משתמש לשימוש ביצירות ספציפיות, מימוש של זכויות היוצרים על ידי כל יוצר בנפרד כרוך בעלויות רבות. יתרונם של מיזמים לניהול משותף של זכויות נעוץ באכיפה המשותפת, המאפשרת להם לנצל יתרונות לגודל על מנת להפוך את האכיפה של הזכויות לכדאית עבור היוצר. בלעדיהם נפגעת במידה ניכרת יכולתו של היוצר היחיד להגן על זכותו ביצירה, וממילא נפגע התמריץ של היוצר ליצור מלכתחילה. בנוסף, המיזמים המשותפים גם מיטיבים עם צרכני היצירות המוזיקליות כיון שהם מקטינים משמעותית את עלויות התקשרותם הפרטנית עם כל יוצר בנפרד על מנת לרכוש זכות שימוש בזכויותיו. יתרונם הגדול של מיזמים אלו גלום ביכולתם להעניק למשתמשים השונים "רישיונות שמיכה", המאפשרים למשתמשים לעשות שימוש בכל היצירות שברפרטואר הנכלל תחת הרישיון ללא הגבלה על כמות היצירות בהן נעשה שימוש או על זהותן, כנגד תשלום קבוע מראש.<sup>106</sup> הורדת עלות ההתקשרות מביאה גם להגברת התפוקה בשוק כולו, כיון שאחרת עלולה היתה עלות ההתקשרות הגבוהה לעלות על ערך השמעתן של יצירות רבות שאחרת לא היו מושמעות.<sup>107</sup>

בה בעת, דווקא יתרונותיהם הגדולים של מיזמים אלו, היוצרים תמריץ חזק לבעל זכויות היוצרים להיות שותף להם ולמשתמש לרכוש מהם את רישיון השמיכה, הם היוצרים את הפוטנציאל לפגיעה בתחרות. באין למיזמים אלו מתחרים משמעותיים, הם מרכזים כוח שוק גדול אשר ניתן לנצלו על חשבון המשתמש, כמו גם

<sup>104</sup> ההתנגשות נדונה באוביטר גם בהחלטות מוקדמות. ראו, למשל, מגל, לעיל, הערה 36.

<sup>105</sup> הפדרציה, לעיל, הערה 28; החלטת הממונה באקו"ם, לעיל, הערה 77.

<sup>106</sup> החלטת הממונה באקו"ם, שם, פסקה 2.

<sup>107</sup> ראו, לדוגמא, William M. Landes and Richard A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law* (Belknap Harvard University Press, 2003).

על חשבון היוצר. בהתאם לכך, קובעות שתי ההחלטות כי המיזמים המשותפים מהווים הסדרים כובלים בהתאם להוראות החוק וכי הם אינם נהנים הפטור הקבוע בסעיף 3(2) כיון שהפטור אינו חל על הסכם בין בעלי זכות שימוש לבין עצמם בנוגע לשיווק משותף של זכויותיהם. זהו עיקרה של החלטת הממונה באקו"ם, אשר מוסמך רק להכריע האם ההסדר הינו כובל והאם הוא פוגע באופן משמעותי בתחרות.<sup>108</sup> בית הדין נדרש לעשות צעד נוסף ולקבוע האם יתרונותיו של ההסדר "לטובת הציבור" עולים על פגיעתו בתחרות. על כן, שאלת האיזון הראוי בין התמריצים ליצירה ולשימוש בה לבין שיקולי התחרות שבה למקומה.

בית הדין אישר את קיומו של המיזם מטעמים של "טובת הציבור". החלטה זו הינה דין רצוי, שכן היא מאפשרת ליוצרים לאכוף את זכויות הקניין הרוחני המוקנות להם בחוק. עד שתשתנה הטכנולוגיה במידה כזו אשר תאפשר לצרכן לבחור באופן פרטני את היצירות שהוא מעוניין להשמיע בלא הוצאות עסקה גבוהות, המיזמים לניהול משותף של זכויות היוצרים הם הדרך הריאלית היחידה, במרבית המקרים, לאכיפת זכויות היוצרים בהשמעות פומביות. החלטה זו גם עולה בקנה אחד עם הפסיקה האמריקנית והאירופאית בנושא.<sup>109</sup>

בה בעת, האיזון בין שתי מערכות הדינים מחייב גם הטלת מגבלות על יכולתו של המיזם המשותף לנצל את כוח השוק אשר נוצר לו על מנת להבטיח שהן הכרחיות למימוש זכות הקניין ואינן פוגעות יתר על המידה בתחרות או בציבור הצרכנים. כפי שבית הדין קובע בהחלטתו, המיזם המשותף הינו מונופול.<sup>110</sup> זהו גוף מונופוליסטי יציר-פסיקה, אשר לא צפוי לעמוד בתחרות עם גופים אחרים, כל עוד הוצאות העסקה לרכישת זכויות ההשמעה הפומביות של יצירות מוזיקליות לא תרדנה באופן משמעותי. יצירת המונופולין מעלה את החשש כי הוא ינצל את מעמדו בשוק מעבר למתחייב על מנת להגן על זכויות הקניין הרוחני או על מנת לממש את שאר יתרונות המיזם לציבור. לשם כך, בצד אישורו של המיזם המשותף, קבע בית הדין מספר מנגנונים לריסון כוח השוק של הפדרציה. כך, למשל, נקבע כי ההעברה של זכויות ההשמעה לפדרציה על ידי חברות התקליטים לא תהיה בלעדית וזכותו של כל יוצר להעניק רישיון השמעה נפרד.<sup>111</sup> למגבלה זו חשיבות רבה כיון שהיא מבטיחה כי מי שמבקש לרכוש רישיון להשמעה פומבית למספר מצומצם ומוגדר של יצירות יוכל להתקשר ישירות עם היוצר והפדרציה לא תוכל להפעיל בעניינו את כוח השוק הנתון לה. מגבלה זו גם עשויה לעודד תחרות בין הפדרציה לבין חברת התקליטים לגבי זכות ההשמעה הפומבית של מספר יצירות מצומצם. תנאים נוספים שנועדו למתן את כח השוק של הפדרציה מול המתקשרים עמה כוללים, בין היתר, את חיובה של הפדרציה שלא להשתמש בסעד של צו מניעה זמני נגד משתמש בלתי חוקי עד לתום תקופה קצובה בה ינוהל משא ומתן על מתן הרישיון וחובת ניהול משא ומתן עם ארגונים שונים ולא רק מול יחידים.<sup>112</sup>

פסק דינו של בית הדין מאזן נכונה בין האינטרסים המתחרים על הבכורה ועולה בקנה אחד עם כללי האיזון שהוצעו לעיל. מחד גיסא, בית הדין מכיר בחשיבות קיומו של מיזם לניהול משותף של זכויות יוצרים בשל היותו הדרך הריאלית היחידה לאכיפת הזכויות הפנימיות של בעלי זכויות היוצרים. לשם כך, הוא מכשיר את המיזם המשותף, כמו גם את אותן כבילות נלוות, אשר בלעדית אין למיזם יכולת קיום, דוגמת כבילת תאום המחירים לפיה כל היצירות תחת רישיון השמיכה יקבלו תשלום דומה.<sup>113</sup> כבילה זו הכרחית לשם קיומו ושיווקו של רישיון השמיכה המבוסס על מודל עסקי לפיו המשתמש רשאי להשתמש כמה פעמים שירצה בכל יצירה המוגנת תחת השמיכה, בלא בדיקה פרטנית של השימוש בכל יצירה. מאידך גיסא, בית הדין הטיל

<sup>108</sup> כנגד קביעת הממונה תלוי ועומד ערר. בית הדין העניק היתר זמני לאקו"ם להמשיך ולפעול בזמן שעררה תלוי ועומד. בש"א 48/04 (ה"ע 513/04) אקו"ם נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (טרם פורסם).

<sup>109</sup> **Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting Systems, Inc.** 441 U.S. 1 (1979); Case 395/87

**Ministre Public v. Jean Louis Tournier**, [1991] 4 C.M.L.R. 248 (1989).

<sup>110</sup> ראו גם החלטת הממונה בעניין הכרזת מונופולין בהתאם להוראות סעיף 26 לחוק ההגבלים העסקיים- הפדרציה הישראלית לתקליטים ולקלטות (טרם פורסם, 2005).

<sup>111</sup> הפדרציה, לעיל, הערה 28, פסקה 115.

<sup>112</sup> שם, פסקאות 115-117.

<sup>113</sup> שם, פסקה 84.

מגבלות על פעולותיו של המיזם אשר אינן מתחייבות לשם השגת היתרונות הגלומים בו, כמפורט לעיל.<sup>114</sup> הגבלות אלו נדרשות על מנת למתן את כוח השוק אשר נוצר לפדרציה בעקבות אישורו של ההסדר הכובל על ידי בית הדין.

מעניינת ביותר היא החלטתו של בית הדין שלא לאסור על הפדרציה אפליית מחירים בין משתמשים. לכאורה, היה מקום לאסור על המונופולין יציר-הפסיקה לנצל את כוחו על ידי מיקסום רווחיו בדרך של גביית מחיר שונה מכל פלח שוק, בהתאם לגמישות הביקוש המאפיינת אותו. אולם בית הדין מכשיר את התמחור השונה בקובעו כי האפליה הינה יעילה יותר מתמחור אחיד, שכן היא מאפשרת ליותר משתמשים לרכוש רישיון השמעה יחסית למצב בו נקבע מחיר אחיד לרישיון. כך, למשל, אם ייקבע מחיר אחיד לבתי מלון ולמספרות, סביר להניח כי המחיר האחיד אשר ייקבע יאפשר לבתי המלון- הרווחיים יותר- לעמוד בעלות הרישיון אך לא יאפשר השמעה פומבית של היצירות המוגנות במספרות, אשר לא יוכלו לעמוד במחיר האחיד הגבוה. בהתאם לכך, גבייתו של מחיר אחיד תוריד את רמת השימוש ביצירות המוגנות בשוק. ההחלטה מקדמת את הרווחה החברתית על ידי הגדלת הכמות הנרכשת בשוק, המעידה על הגדלת היעילות הצרכנית בדרך של סיפוק העדפותיהם של מספר רב יותר של צרכנים. יושם אל לב כי בית המשפט איננו מצדיק כלל זה בטענה כי הוא מגדיל את תמריצי היצירה על ידי הגדלת הרווח של היוצר מיצירתו. הטעם לכך הוא שבמקרה דנן עסקינן במונופולין יציר- הפסיקה, כמפורט להלן.<sup>115</sup>

בה בעת, החלטתו של בית הדין מותירה בלתי פתורה את אחת הסוגיות הבעייתיות אך עם זאת החשובות ביותר, היא סוגיית הוגנות התעריפים הנדרשים עבור השימוש היצירות במסגרת המיזם. כאמור, החלטת בית הדין למעשה יוצרת גוף מונופוליסטי. יצירת המונופולין מעלה את החשש כי בעל המונופולין ינצל את כוחו בשוק על מנת לגבות מצרכניו את המחיר המקסימלי שהם מוכנים לשלם עבור מוצריו ולשלם לבעלי הזכויות את המחיר המינימלי שהם דורשים עבור המחצת זכויותיהם. בית הדין מכיר בבעיה זו ועומד עליה,<sup>116</sup> אך אינו נותן לה פתרון, מן הטעם שלא הוכחו על ידי מי מהצדדים אמות מידה ראויות לבחינת סבירות המחירים.<sup>117</sup> כן קובע בית הדין כי לאור מורכבות בחינת התעריפים והעובדה שמדובר בנושא שהוא חדש למערכת המשפט הישראלית, ראוי שנושא גובה התמלוגים יתפתח בפסיקה הישראלית באופן הדרגתי, ממקרה למקרה. בנוסף, פיקוח מחירי יצריך התערבות שוטפת של בית הדין לצורך אכיפה ועדכון של התעריפים, תפקיד שאינו מעניינו של בית הדין.<sup>118</sup> תוצאתו של פסק הדין היא, אם כן, כי ניתן הכשר למונופול חדש וחזק, יציר הפסיקה, אולם מונופול זה איננו מוגבל ברמת מחיריו. זו איננה תוצאה רצויה, למרות שקביעת המחיר הסביר אינו מצוי במומחיותו של בית הדין.

ישאל השואל, מדוע שונה כלל זה מהכלל המוצע לעיל החל, לפיו מחירים גבוהים שדורש בעל מונופולין אשר כוחו בשוק מבוסס על זכות קניין רוחני לא ייחשבו, ברגיל, ל"מחירים בלתי הוגנים". הטעם לכך נעוץ בשוני בנסיבות אשר יצרו את כוח השוק בשני המקרים. מקום בו עסקינן בכוח שוק שמקורו בהעדפה צרכנית של המוצר המוגן בקניין רוחני, ללא כל התערבות חיצונית או חסמים מלאכותיים, הרי המחיר הגבוה שגובה בעל המונופולין הוא, למעשה, ה"פרס" על יצירתו. באם נגביל מחיר זה, אנו עשויים לפגוע בתמריץ של היוצר ליצור מלכתחילה. המחיר הגבוה הוא תוצאתו הישירה של הדרוויניזם העסקי, של מבחן השוק, אשר בורר את אותם מוצרים המשרתים טוב יותר את הביקוש הצרכני. בניגוד לכך, כוח השוק של המיזם המשותף הוא תוצאה ישירה של החלטת בית המשפט. כוח השוק אינו מבטא, בהכרח, את ההעדפה הצרכנית למוצר זה או אחר במוצרי המיזם, כי אם את הפיתרון המשפטי לבעיית מימוש זכות הקניין הרוחני. בהתאם לכך, וכפי

<sup>114</sup> למבחן הראוי לשם בחינה של מיזמים משותפים ראו Small Economies, לעיל, הערה 32, עמ' 175.

<sup>115</sup> הפדרציה, לעיל, הערה 28, פסקה 102.

<sup>116</sup> שם, פסקאות 101-103.

<sup>117</sup> שם, פסקה ?.

<sup>118</sup> שם, פסקה 113.

שקובע גם בית הדין, יש מקום להגביל את ניצולו של כוח שוק זה ולא לאפשר למיזם ליהנות מאותן הטבות מהן נהנה מי שהומלך כמונופול על ידי השוק.<sup>119</sup>

נסכם ונאמר כי פסק דינו של בית הדין מאזן נכונה בין האינטרסים השונים המתחרים על הבכורה. באשרו את המיזם המשותף, נתן בית הדין משקל ראוי לעובדה שהמיזם מאפשר לבעלי הקניין הרוחני לממש את זכויותיהם הפנימיות. בה בעת, איזן בית הדין בין יתרונות אלו לציבור לבין הפגיעה בתחרות אשר עלולה לנבוע מאישור המיזם. מרבית הפגיעות שאינן מחויבות על מנת לקדם את זכויות הפנימיות של בעל הקניין הרוחני, או מטרות אחרות שהינן "לטובת הציבור", לא הוכשרו על ידו. פסק הדין הוא "מקרה קל" מבחינה זו שאין צורך לפגוע בזכויות פנימיות על מנת להגן על הרווחה החברתית.

### חלק ב': הסדרת פעולות מחקר ופיתוח שמטרתם יצירת קניין רוחני

חלקו הראשון של המאמר עסק בכללים המאזנים בין דיני הקניין הרוחני לבין דיני ההגבלים העסקיים, החלים לאחר שנוצר הקניין הרוחני. כפי שפורט לעיל, לכללים אלו השפעה רבה על התמריצים ליצירת קניין רוחני מלכתחילה, כיון שההגבלות על השימוש בזכות לאחר שהיא נוצרה מגדירות את טווח הפעולות העסקיות שניתן לבצע על מנת לממשה וטווח זה משפיע, בתורו, על גובה הרווחים שניתן להפיק מהזכות. בנוסף על כך, דיני ההגבלים העסקיים גם משפיעים על רמת היצירתיות והחדשנות בשוק בהטילים מגבלות על פעולות מחקר ופיתוח שעניינן יצירת קניין רוחני. על מנת להבטיח הקצאת משאבים אופטימלית לחדשנות, יש צורך להבטיח כי ממציאים ומפתחים לא יוגבלו יתר על המידה בפעולות מחקר ופיתוח שמטרתן הגברת היעילות הדינמית. מטרתו של חלק זה היא לנתח את הכללים החלים על מיזוגים ומיזמים משותפים שעניינם מחקר ופיתוח ולבחון את השפעתם של כללים אלו על קידום הרווחה החברתית במשק הישראלי.

חשיבותם של כללים אלה מסתברת מן העובדה שיעילות דינמית מהווה מנוע עיקרי להצלחה בשווקים בינלאומיים. חשיבות היעילות הדינמית גוברת בכלכלה קטנה דוגמת ישראל. הטעם לכך הוא שגודלו של השוק יוצר, לעתים, מגבלות לתחרות אשר היעילות הדינמית עשויה לעזור להתגבר עליהן. כפי שפרטתי במקום אחר,<sup>120</sup> לגופים עסקיים הפועלים בכלכלות קטנות חסרונות אינהרנטיים הנובעים מגודלו הקטן של הביקוש המקומי, אשר מגדיל את הסיכון העסקי כי מוצריהם לא יימכרו בהצלחה וכי הוצאותיהם השקועות לא יכוסו. בנוסף, ישראל איננה קרובה, גיאוגרפית, למרבית השווקים אליהם היא מייצאת. מרחק זה גם הוא פוגע ביכולתן של חברות ישראליות להתחרות עם חברות זרות, בשל עלויות מעבר הסחורות. יצירתיות וחדשנות בפיתוח מוצרי מידע חדשים או בפיתוח דרכי ייצור זולות יותר מאפשרים לחברות ישראליות להתגבר על המכשלות המגויות לעיל וליהנות מיתרונות תחרותיים בשווקים בינלאומיים. זאת, בין היתר, כיון שקניין רוחני אינו מערב עלויות מעבר פיזי. חשיבותם של הכללים המסדירים פעולות מחקר ופיתוח מסתברת גם מן העובדה ששוקי מחקר ופיתוח הם פעמים רבות שווקים עולמיים. בהתאם לכך, אם דיני ההגבלים העסקיים במדינות בהם יושבים מתחרים זרים מקילים הרבה יותר ולוקחים בחשבון שיקולי יעילות דינמית, הרי כלל ישראלי אשר יגביל פעולות מחקר ופיתוח יתר על המידה עלול לפגוע לא רק בצרכן המקומי אלא גם באפשרותן של חברות ישראליות ליצור לעצמן יתרון יחסי בשווקים בינלאומיים. אמנם נכון, יעילות דינמית איננה פרמטר יחיד המשפיע על הרווחה החברתית בישראל. לעתים צמוד לה תג מחיר גבוה שעיקרו הגברת הריכוזיות בשוק הישראלי והגדלת כוח השוק של החברות הפועלות בו. אולם מדיניות הגבלים עסקיים נכונה צריכה לאזן בין השיקולים השונים תוך שימת דגש על שיקולי רווחה חברתית ארוכי טווח.<sup>121</sup>

### ב.1. מיזוג לשם יצירת קניין רוחני

<sup>119</sup> יושבת על המדוכה ועדה של הכנסת שמטרתה לקבוע פרמטרים ברורים לתמלוגים אותם רשאי בעל המונופולין לדרוש. כן ראו הצעת חוק זכויות יוצרים ומבצעים (שיפוט בענייני תמלוגים), התשס"א-2001 אשר מסמיכה בתי-משפט מסוימים לדון במחלוקות בענייני תמלוגים בין תאכיד לניהול משותף לבין חבריו ובינו לבין המשתמשים. ה"ח 2987, 14 במרץ 2001, עמ' 548.

<sup>120</sup> Small Economies, לעיל, הערה 32, פרק 1.

<sup>121</sup> שם, פרק 3.

הניחו כי בארץ פועלות שתי חברות ביוטכנולוגיה המייצרות דשן אורגני לחקלאות. לכל אחת מהן טכנולוגיה שונה לייצור הדשן, המוגנת בפטנט. כל אחת מהן הינה בעלת נתח שוק של 30%. יתרת השוק מסופקת על ידי יצרניות זרות המייבאות דשן לארץ. שתי החברות מבקשות להתמזג על מנת לשלב את הקניין הרוחני שלהן ליצירת דשן מסוג חדש שיעניק להן יתרון תחרותי משמעותי על פני מתחרותיהן הזרות, אשר גם יאפשר להן להגדיל באופן משמעותי את ייצוא סחורותיהן. בה בעת, המיזוג יפגע בתחרות בשוק הישראלי, שכן הוא יגדיל את כח השוק של החברה הממוזגת כך שנתח השוק שלה לאחר המיזוג צפוי לעמוד על 100%. בעקבות המיזוג צפוי מחירו של שק דשנים לעלות ב-5%, אולם יעילותו לחקלאי תגבר ב-15%. האם המיזוג, המגביר משמעותית את היעילות הדינמית, יאושר בהתאם להוראות חוק ההגבלים העסקיים, או שמא הוא ייאסר וביצועו יהיה בלתי חוקי? האם התשובה היתה משתנה אילו הביקוש בישראל לדשן מתוצרת החברות המתמזגות היה מזערי ומרבית פעילותן היתה מופנית לשווקי חוץ? עם שאלות אלו אבקש להתמודד בפרק זה.

בהתאם להוראות חוק ההגבלים העסקיים, מיזוג חברות מותנה בקבלת הסכמת הממונה, ולא- עלול ביצועו לגרור סנקציות אזרחיות ופליליות, לרבות הפרדת החברות.<sup>122</sup> מיזוג מוגדר בחוק בצורה רחבה, הכוללת עסקת נכסים או עסקת מניות אשר בעקבותיה אחת החברות הינה בעלת יכולת השפעה משמעותית על הליך קבלת ההחלטות של חברה אחרת שפעלה קודם לכן כישות עצמאית.<sup>123</sup> החוק תופס בגדרו מיזוגים מסדר גודל מסוים המצביעים על סבירות גבוהה לריכוז משמעותי של כח כלכלי. בהתאם לכך, חברות חייבות במתן הודעת מיזוג אם אחת מהן היא בעלת מונופולין, אם המיזוג ייצור מונופולין או אם מחזור המכירות המשולב של החברות המתמזגות עולה על הסף הקבוע בחוק.<sup>124</sup>

כפי שפרטתי במקום אחר, הפיקוח על מיזוגים היא אחד הכלים החשובים ביותר להסדרת פעולתם של שווקים תחרותיים.<sup>125</sup> הפיקוח פועל כחסם בפני יצירת מבני שוק ריכוזיים שמקורם אינו בצמיחה פנימית של חברות אשר עלולים להוביל לצבירת כוח שוק הפוגע ברווחה החברתית. הוא מגביל את יצירתו של כוח כלכלי בשלב מוקדם, טרם הווצרותו. החשש העומד בבסיס החוק הוא כי השינויים במבנה השוק עלולים לפגוע בתחרות או בתוצאותיה בלא יתרונות מאזנים. כך, למשל, מיזוג אופקי, בין מתחרים באותו שוק, מפחית, על-פי הגדרתו, את מספר המתחרים בשוק ויוצר לישות הממוזגת נתח שוק גדול יותר מכלל אחת מהחברות המתמזגות, עובר למיזוג. הקטנת מספר החברות המתחרות בשוק עלולה לאפשר לישות הממוזגת להעלות מחירים באופן חד-צדדי, להגביל את הכמות הנמכרת על ידה ולעתים גם לפגוע ביעילותו הדינמית של השוק. כמובן, אם הגדלת נתח השוק לא מביאה ליתר יעילות, ישחקו כוחות השוק את מעמדה של הישות הממוזגת. אולם תהליך זה עלול להיות ארוך או מרוסן על-ידי מכשולים טבעיים או מלאכותיים. בנוסף, מיזוג אופקי עלול לחזק את יכולתן של החברות הפועלות בשוק להקטין את התחרות ביניהן בדרך של התאמה אוליגופוליסטית, אשר איננה נתפסת ברגיל בגדרו של חוק ההגבלים העסקיים.<sup>126</sup> מיזוג אנכי, בו הצדדים המתמזגים נמצאים בחוליות שונות של שרשרת הייצור או השיווק של מוצר או שירות מסוים, מעלה חשש בפני יצירת חסמים לכניסתם או להתרחבותם של מתחרים אם לאחד מהצדדים למיזוג יש כוח שוק משמעותי בשוק. לדוגמא, אם יצרן של מוצר מסוים יתמזג עם המשווק העיקרי בשוק וימנע שיווק של מוצריהם של מתחריו דרכו, יציב המיזוג חסמי כניסה בפני מתחריו של הגוף הממוזג לשווק את מוצריהם בשוק, אם אין זה קל להקים רשת שיווק מתחרה. בנוסף, קיים חשש כי חברות גדולות, אשר עשויות להיווצר כתוצאה ממיזוג, עלולות לתרגם את כוחם הכלכלי לכוח פוליטי ולהשפיע על המחוקק או על הרגולטור לטובתם.

<sup>122</sup> פרק ג' לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988.

<sup>123</sup> סעיף 1 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, הגדרת "מיזוג". כן ראו החלטת הממונה כי מימוש אופציות למניות כור תעשיות בע"מ ע"י בנק קבוצת הפועלים מהווה מיזוג חברות (טרם פורסם).

<sup>124</sup> סעיף 17 לחוק העסקיים, התשמ"ח-1988.

<sup>125</sup> ניתוח מדיניות המיזוגים בפרק זה מבוסס, במידה רבה, על Small Economies, לעיל, הערה 32, פרק 6.

<sup>126</sup> ראו ת"פ (י-ם) 417/97 מדינת ישראל הפניקס חברה לביטוח בע"מ ואח' (טרם פורסם). במקרים חריגים בהם ההתאמה האוליגופוליסטית היא כמעט מוחלטת, ניתן להגדיר את האוליגופול כקבוצת ריכוז ולהחיל עליו את הוראות פרק המונופולין. סעיף 26 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988.



בה בעת, מיזוג יכול לייעל את פעילותן של החברות המתמזגות. המיזוג עשוי לקדם את היעילות הדינמית על ידי יצירת תשתית רחבה, יעילה וטובה יותר לפעילות מחקר ופיתוח. מיזוג של חברות בעלות טכנולוגיה משלימה, כמו בדוגמא לעיל, מאפשר חבירה משותפת של בעלי מומחיות או ידע שונים (לרבות בעלי זכויות קניין רוחני משלים) על מנת לייעל הליכי ייצור קיימים או על מנת לפתח מוצרים חדשים. מיזוג גם עשוי לקדם מחקר ופיתוח המערבים עלויות גבוהות על ידי חלוקת העלויות על פני מספר גדול יותר של מוצרים. כן עשוי מיזוג לקדם את היעילות היצרנית, מקום בו הוא מאפשר ניצול יתרונות לגודל אשר לא נוצלו קודם לכן. בהתאם לכך, מדיניות מיזוגים ראויה לא תמנע את אותם מיזוגים אשר, למרות שהם מגבירים את הריכוזיות בשוק, יגדילו את הרווחה החברתית. כלכלות קטנות, דוגמת ישראל, מחזקות את הדילמות עמן נדרשת רשויות הפיקוח להתמודד. בכלכלות קטנות, המאופיינות בריכוזיות גבוהה במרבית שוקיהן, מיזוגים הם כלי עיקרי לניצול מהיר ויעיל של יתרונות לגודל ולהגברת יעילות הייצור בשווקים אוליגופוליסטיים המגבילים את התמריצים של חברות לצמוח למימדים אופטימליים. אם חסכון העלויות שייצור המיזוג גדול דיו, עשוי גם המחיר לצרכן לרדת. בה בעת, מחיר הגברת היעילות הוא, לעתים, הגדלה משמעותית של רמת הריכוזיות בשוק ולעתים גם יצירת גופים גדולים בעלי יכולת השפעה פוליטית. מדיניות המיזוגים נדרשת לאזן בין השיקולים השונים המתחרים על הבכורה. כפי שפרטתי במקום אחר, מדיניות מיזוגים ראויה בכלכלה קטנה אינה צריכה ליתן משקל יתר לשיקולי הגברת הריכוזיות והיא נדרשת ליתן משקל ראוי להגברת היעילות היצרנית והדינמית. כלכלות קטנות אינן צריכות להתבסס על משתנים מבניים נוקשים במדיניות המיזוגים שלהם. במקום זאת עליהם לבסס את מדיניותם על שיקולי תחרות פוטנציאלית ועל שיקולי יעילות אשר לוקחים בחשבון את העובדה שריכוזיות עשויה להיות במקרים מסוימים רע הכרחי הנדרש על מנת להגדיל את הרווחה החברתית.<sup>127</sup>

המסגרת הנורמטיבית הקובעת את השיקולים המנחים את הממונה בעת הכרעה בשאלת אישור המיזוג, קבועה בסעיף 21 לחוק ההגבלים, כדלקמן:

"הממונה יתנגד למיזוג חברות או יתנה אותו בתנאים אם לדעתו קיים חשש סביר כי כתוצאה מן המיזוג כפי שהוצע תיפגע באופן משמעותי התחרות באותו ענף או יפגע הצבור באחת מאלה (1) רמת המחירים של נכס או של שרות (2) איכות נמוכה של נכס או של שרות (3) הכמות המסופקת של הנכס או היקף השרות, או סדירות האספקה ותנאיה"

השאלה הנשאלת היא מהו רוחב שיקול דעתו של הממונה בבואו לאשר מיזוג ושל בית הדין ביושבו כערכאת ערר על החלטת הממונה.<sup>128</sup> האם חייב הממונה להתנגד לכל מיזוג אשר מגדיל את כח השוק של הצדדים לו או של גורמים אחרים הפועלים בשוק, או שמא רשאי הממונה- או בית הדין- לשיקול מאזנים דוגמת קידום המחקר והפיתוח? במלים אחרות- האם החוק מאמץ את גישת הערך המוחלט לתחרות אשר נותנת משקל מוחלט לשיקולי תחרות בשוק, את הגישה המאזנת הנותנת משקל ליתרונות לרווחת הציבור החורגים מגדר הפגיעה בתחרות גרידא, או שמא גישת ביניים.

מחד גיסא, ניתן לטעון כי הסעיף נוקט לשון חד משמעית "יתנגד הממונה..." אשר אינה מעניקה לממונה שיקול דעת לשיקול יתרונות מאזנים ועליו להתנגד למיזוג כל אימת שהוא עלול לפגוע בתחרות או לפגוע בציבור בדרך של העלאת מחירים, הורדת האיכות או פגיעה בכמות או בתנאי האספקה של הנכס או השרות. ודוק: הסעיף מונה את שיקול האיכות אך ורק בהקשר הפגיעה באיכות ולא כשיקול מאזן לפגיעה במחיר או בכמות.<sup>129</sup> ברוח זו ניתן לטעון כי גם לבית הדין אין סמכות לשיקול שיקולים מאזנים מלבד הפגיעה בתחרות ובציבור כהגדרתן בסעיף, שכן החוק איננו מונה את השיקולים שבית הדין רשאי לשיקול ועל כן השיקולים המנחים אותו כערכאת ערר על החלטות הממונה הם אלו העומדים בפני הממונה. פרשנות זו מקבלת משנה תוקף לאור העובדה כי בפרק ב' לחוק, המסדיר את הפיקוח על הסדרים הכובלים, קבע המחוקק באופן מפורש כי בית הדין רשאי לשיקול שיקולים מאזנים של טובת הציבור. משלא כלל המחוקק הוראה דומה בפרק

<sup>127</sup> שם, עמ' 195.

<sup>128</sup> סעיף 22 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988.

<sup>129</sup> לפרשנות ברוח זו ראו אייל, לעיל, הערה 58, עמ' 61-56.

המיזוגים, ניתן לטעון להסדר שלילי. בהתאם לגישה זו, המחוקק העניק ערך מכריע לפגיעה הממשית או הפוטנציאלית בתחרות או בציבור אשר עלולה להיגרם מהמיזוג. אולם גם על פי גישה זו לא יוענק ערך מוחלט לתחרות. כך, למשל, לא ייאסר מיזוג בין חברות רק מפני שהוא מגביר את יעילותה של החברה הממוזגת ובכך מקשה את התחרות של שאר החברות עימה, אם המיזוג איננו מעלה את המחיר ואיננו פוגע באיכות או בתנאי האספקה וסדירותה.<sup>130</sup> בדומה, לא ייאסר מיזוג רק משום שהוא מקטין באופן משמעותי את מספר החברות הפועלות בשוק. בה בעת, בהתאם לפרשנות זו, מיזוג אשר יגביר בצורה משמעותית את היעילות הדינמית באמצעות מחקר ופיתוח, לא יאושר אם הוא צפוי להעלות את המחיר לצרכן, ולו במעט. על כן, מיזוג חברות הדשנים לא יאושר, למרות שיעילותו הדינמית עולה בהרבה על עליית המחיר, וזאת גם אם השוק הישראלי הוא מזערי ומהווה חלק קטן ביותר מפעילותן של החברות המתמוזגות.

מאידך גיסא, יש מקום לטענה כי פרשנות זו איננה עולה בקנה אחד עם תכלית החוק, שהיא קידום הרווחה הכללית בדרך של שמירה על התחרות רק מקום ששמירה כאמור מקדמת את טובת הציבור. טובת הציבור מחייבת כי בהליך אישור המיזוג יישקלו גם גורמים מאזניים, ובראשם הגברת היעילות של החברות הפועלות בשוק בעקבות המיזוג. יעילות זו יכולה להתבטא ביעילות בייצור, מקום בו המיזוג יפחית את עלויות הייצור או השיווק בשל ניצול יתרונות לגודל, או ביעילות דינמית, מקום בו המיזוג יאפשר יצירת מוצר חדש או הליך ייצור או שיווק חדש, יעיל יותר מזה שהיה קיים טרם המיזוג.

פרשנות זו אומצה על ידי בית הדין בעניין תנובה. שם קבע בית הדין, ברשות השופטת מרים נאור, כי במסגרת הפגיעה בצבור רשאים הממונה ובית הדין להעמיד על כפות המאזניים את הפגיעה האפשרית בתחרות אל מול היתרונות הכלכליים של המיזוג.<sup>131</sup> אם היתרונות עולים על החסרונות – יאושר המיזוג. בית המשפט העליון, בערעור על החלטת בית הדין בעניין תנובה, השאיר שאלה זו בצריך עיון.<sup>132</sup>

כשמונה שנים לאחד פסק דין תנובה, בעניין פוד קלאב, נדרש בית הדין שנית לשאלת פרשנותו של סעיף 21 לחוק.<sup>133</sup> בית הדין מזכיר את החלטתו (בהרכב אחר) בעניין תנובה כי הגברת היעילות הינה שיקול לגיטימי במסגרת שיקולי הממונה ואת החלטת בית המשפט העליון אשר השאירה את התשובה "לעת מצוא". אולם הוא מציין כי בעניין פוד קלאב אין צורך להיזקק לשאלה העקרונית הנוגעת למקומה של הגנת היעילות בתחום הפיקוח על מיזוגים, וכי "מכל מקום, גם מבלי לאמץ את עילת היעילות כטענת הגנה נגד פגיעה בתחרות עקב המיזוג, ודאי שאין לפסול מיזוג רק בשל הגברת היעילות הכרוכה בו."<sup>134</sup> ניתן, אולי, לראות בכך נסיגה מעמדתו החד-משמעית של בית הדין בעניין תנובה בעניין אימוץ הפרשנות המאזנת. לחילופין ניתן לפרש החלטה זו רק כנקיטת משנה זהירות בשאלה שאיננה נדרשת במקרה הנדון.

לדעתי, פרשנותו המאזנת של בית הדין בעניין תנובה, המאומצת על ידי הממונה, לפחות ברמה העקרונית,<sup>135</sup> היא פרשנות ראויה. כפי שפורט לעיל, פרשנות זו מקדמת את תכלית החוק בהעניקה משקל ראוי לשיקולי יעילות בייצור ויעילות דינמית, המהווים חלק חשוב ובלתי נפרד מתוצאות התחרות אותן בא החוק לקדם. כלכלה קטנה לא יכולה להרשות לעצמה להגן על התחרות בלבד, בלא להתחשב בתוצאותיה. בהינתן רמות ריכוזיות גבוהות בכלכלות קטנות, המוצדקות ביתרונות לגודל, בחינה תחרותית המתבססת על רמת המחיר בשוק גרידא, תבלום מיזוגים רבים שיכולה להיות להם השפעה חיובית על הרווחה החברתית. יצרנים לא

<sup>130</sup> ראו, לדוגמא, החלטת הממונה בעניין עץ לבוד בע"מ ותעשיות והשקעות של ספן בע"מ – אישור מיזוג בתנאים, ההגבלים העסקיים, כרך ג', עמ' 104. גישה הפוכה היתה מקובלת בעבר בארה"ב. ראו, לדוגמא, *Brown Shoe Co. v. United States* 370 U.S. 294 (1962); *FTC v. Procter & Gamble Co.*, 386 U.S. 568 (1967).  
<sup>131</sup> ער 2/94 תנובה מרכז שיתופי לשיווק נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, ההגבלים העסקיים (ועד מחוז תל-אביב-יפו לשכת עורכי הדין בישראל, 1996, כרך ב'), 159.  
<sup>132</sup> ע"א 2247/95 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, פ"ד ?.  
<sup>133</sup> ער 1/00 פוד קלאב בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח' (טרם פורסם).  
<sup>134</sup> שם, בעמ' ? על עמדה זו חזר בית הדין גם בהחלטתו בה"ע 7005/02 די.בי.אס שירותי לוויין (1998) בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח' (טרם פורסם, 9.6.2004), פסקה 20.  
<sup>135</sup> ראו דיון להלן.

יוכלו להשיג יעילות מירבית תוך הורדת עלויות הייצור שלהם, ולקוחות לא יוכלו ליהנות ממוצרים טובים יותר.<sup>136</sup>

יתרה מכך, אם לא נאמץ פרשנות מאזנת עלול פרק המיזוגים להציב בפני חברות ישראליות חסמים משמעותיים בפני יכולתן להתחרות באופן יעיל בשווקים פנימיים, כמו גם בשוקי חוץ, כפי שעולה מדוגמת מיזוג חברות הדשן האורגני. אמנם נכון, תחרות מבית עשויה לקדם גם תחרות בשווקים בינלאומיים, אולם לשם כך נדרש גם שהחברות יוכלו ליצור יתרון תחרותי בדרך של יעילות בייצור או יעילות דינמית. הגנה על התחרות גרידא עלולה, אם כן, להכביד על הבעיות האינהרנטיות של כלכלות קטנות, תוך העלאת רמות סחר החוץ ולעיתים תוך ביטול מוחלט של הייצור המקומי. זאת ועוד: כיון שפרק המיזוגים דורש כתנאי כניסה לגדרו פעילות בשוק המקומי, חברות המעוניינות להתמזג והשוק המקומי למוצריהן הוא קטן באופן יחסי לפעילותן הבינלאומית, עלולות להחליט כי לא ימכרו את מוצריהן כלל בשוק הישראלי ובדרך זו לעקוף את הוראות החוק.

הפרשנות המאזנת גם עולה בקנה אחד עם ההיסטוריה החקיקתית של חוק ההגבלים. הוועדה למיזוגים וקונגלומרטים, אשר בהתאם להמלצותיה הוסף פרק המיזוגים בחוק, המליצה על אימוץ גישה המאזנת בין התועלת שבהגדלת היעילות הכלכלית או כח התחרות של החברה לאחר המיזוג לבין הסכנות הכרוכות מהגברת כוח השוק כתוצאה מהגידול.<sup>137</sup> גישה דומה עולה מדברי ההסבר להצעת החוק.<sup>138</sup>

על כן, יש לאמץ את הפרשנות המאזנת לחוק ובמקביל לתקן את החוק כך שלא יהא כל ספק בכוונתו של המחוקק לאמץ פרשנות זו. כן יש להבהיר באופן חד-משמעי כי הממונה- ולא רק בית הדין- רשאי לשקול שיקולים מאזנים. הוראה זו נדרשת בשל חשיבות מרכיב הזמן בקבלת החלטה על מיזוג. בהעניקה לממונה את הסמכות לשקול שיקולים מאזנים ללא צורך לפנות לבית הדין בכל עניין בו גוברת היעילות על הפגיעה בתחרות, מגבירה ההוראה את יעילות פעולתו של השוק בכך שאיננה מונעת מיזוגים המגדילים את הרווחה החברתית אשר מועד ביצועם העסקי קצוב וקצר יחסית וכן היא מקצרת את תקופת אי הוודאות בדבר אישור המיזוג, אשר עשויה להשפיע על התנהגות השוק כולו.

אולם גם אם תאומץ הפרשנות המאזנת, בין בדרך של חקיקה ובין בדרך של הלכה פסוקה, עדיין נותרת על כנה השאלה כיצד נאזן בין העלייה ביעילות היצרנית והדינמית של החברה הממוזגת לבין הפגיעה בציבור עקב הקטנת התחרות, והיכן נמתח קו גבול זה על ידי רשויות האכיפה. אקדים ואומר כי בעשור האחרון חלו התפתחויות ושינויים בפרשנות של פרק המיזוגים. עד לפני שנים מועטות לא ניתן כמעט כל משקל לשיקולי יעילות במיזוגים. בשנים האחרונות דן הממונה בטיעוני יעילויות בהחלטותיו. אולם, כפי שנראה, הכלל החל עשוי עדיין לפגוע ביעילותו הדינמית של המשק.

נוסחאות האיזון בין הפגיעה בתחרות לבין הגברת היעילות כתוצאה מהמיזוג הן רבות ומגוונות. נוסחת איזון אחת, אשר אומצה בארה"ב ובקהילה האירופית, שמה דגש על רווחת הצרכן המגולמת במחיר לצרכן. בהתאם לגישה זו, המיזוג יאושר רק אם המחיר לאחר המיזוג לא יעלה על המחיר עובר למיזוג.<sup>139</sup> על מנת שמיוזג

<sup>136</sup> Small Economies, לעיל, הערה 32.

<sup>137</sup> דו"ח הוועדה למיזוגים וקונגלומרטים, רבעון לכלכלה

<sup>138</sup> הצעות חוק 1647 התשמ"ד, עמ' 41 ("אין לפרש את המלה "יתנגד" שבסעיף זה כמטילה חיוב על הממונה להתנגד בכל מקום שקיים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות. עליו להפעיל שיקול דעת ולשקול את כל השיקולים, בעד ונגד, העשויים להשפיע לחיוב ולשלילה על החלטתו בעניין אישור המיזוג, סירובו או התנייתו בתנאים... הממונה אינו צריך לפעול בצורה אוטומטית של הפעלת נוסחה, לפיה אם יש חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות, חובה עליו להתנגד למיזוג. קשת השיקולים שעליו לשקול רחבה יותר.")

<sup>139</sup> Small Economies, לעיל, הערה 32, עמ' 202, 219-216. כן ראו את מסמכיהן של המדינות באתר ארגון התחרות העולמי [www.internationalcompetitionnetwork.org](http://www.internationalcompetitionnetwork.org). בפועל, רשויות האכיפה האמריקניות שוקלות שיקולי יעילות משמעותיים גם אם יש פגיעה לא משמעותית בתחרות בשוק אשר תגרום להעלאת המחיר, למרות שאין עד היום שום החלטה רשמית המאשרת מיזוג כאמור. ראו, U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*,

המגביר את היעילות הדינמית והיצרנית יעמוד ברף זה, הסכון עלויותיו צריך להיות משמעותי במידה כזו שהמחיר הממקסם את רווחיה של החברה הממוזגת יהיה נמוך או זהה למחיר עובר למיזוג. פרשנותו הלשונית של סעיף 21 לחוק ההגבלים, המפורטת לעיל, עולה בקנה אחד עם פרשנות זו. נוסחת איזון אחרת מעניקה משקל מכריע לשיקולי הרווחה המצרפית. בהתאם לה, מיזוג יאושר אם הוא מעלה את הרווח המצרפי, הכולל את הרווח לצרכן ואת הרווח ליצרן.<sup>140</sup> במונחים כלכליים, אם העלויות הנחסכות כתוצאה מהמיזוג עולות על הפסד הרווחה החברתית (Dead weight loss) הנגרם על-ידי עליית מחירים צפויה, המיזוג יאושר. גישה זו, הנתמכת על ידי מרבית הכלכלנים ברחבי העולם, אינה נותנת משקל לעובדה שעליית המחירים תגרום להעברת עושר מהצרכנים ליצרנים, והיא מציבה רף נמוך יותר לאישור המיזוג מאשר נוסחת רווחת הצרכן.

גודלו הקטן של השוק הישראלי מחדד את הדילמה בין שני סטנדרטים בסיסיים אלו. ריכוזיות גבוהה עשויה ליתן יתר משקל לשיקולי הרווחה המצרפית, לעומת כלכלות גדולות, ממספר סיבות. הראשונה, והחשובה ביותר, היא שבהינתן טבעם הריכוזי של מרבית השווקים בכלכלות קטנות, מדיניות המאמצת את סטנדרט רווחת הצרכן יכולה להוביל בשווקים מסוימים לקפיאה על השמרים של מבני שוק אוליגופוליסטים אשר לא זו בלבד שהם גובים מחירים על-תחרותיים, אלא הם גם מגבילים את התמריץ של החברות לגדול למימדים שיאפשרו להם להגדיל את היעילות היצרנית והדינמית. נוסחה השמה דגש רק על הרווחה הצרכנית יכולה, אם כן, לפגוע ביעילות השוק ובתוצאותיו הצפויות של ההליך התחרותי. שנית, נוסחה זו עלולה ליצור מכשלות לתחרות של חברות מקומיות בשווקים בינלאומיים. שוק יצרני הרום בקאריביים מהווים דוגמא מעניינת לכך. השוק הקאריבי לרום הנו תחרותי ביותר וכולל יצרני רום רבים. עלויות ההפצה והשיווק של הרום בשווקים זרים הינן גבוהות ביותר ומאופיינות ביתרונות משמעותיים לגודל. מיזוג או מיזם משותף של יצרני הרום המקומיים היה מאפשר להם להתגבר על מכשלות אלו ולהגדיל את ייצוא הרום. אולם מיזוג כאמור היה גם יוצר לחברה הממוזגת כוח שוק בשוק המקומי והיה מאפשר ליצרני הרום להעלות את מחיריהם. מבחן רווחת הצרכן היה מונע את כניסתן של חברות הרום הקאריביות לזירת התחרות הבין-לאומית. בנוסף, איסור המיזוג היה מונע השקעה חוזרת של חלק מרווחי היצרנים בכלכלה המקומית, הנדרשת לשם הנעתה.

נציין כי שתי נוסחאות איזון אלו אינן היחידות שניתן לאמץ. למעשה, ניתן לאמץ כל נוסחת איזון אשר מעניקה משקל יחסי לכל אחד מהשיקולים המתחרים על הבכורה. בדרך זו הלך בית הדין הקנדי בעניין Superior Oil. שם ביקשו שתי חברות בעלות מעמד דומיננטי בשוק גז הבישול להתמוגג. קודם למיזוג החזיקה אחת החברות למיזוג בכ-40% מכלל השוק הקנדי והשניה החזיקה בכ-30% מהשוק. בששה-עשר שווקים מקומיים יצר המיזוג מונופול מוחלט. בשאר השווקים המקומיים הגדיל המיזוג את רמת הריכוזיות בשוק באופן משמעותי ויצר תנאים נוחים יותר להתאמה אוליגופוליסטית בין המתחרים בשוק. בית הדין הקנדי להגבלים עסקיים קבע כי המיזוג יפגע באופן משמעותי בתחרות ויעניק לחברה הממוזגת כוח שוק רב. עם זאת, המיזוג יביא לחסכון משמעותי בעלויות לצדדים המעורבים, העולה על הפגיעה בצרכנים. בית הדין אישר את המיזוג לאור העובדה שהוא מגדיל את הרווחה המצרפית.<sup>141</sup> בית המשפט לערעורים קבע כי המבחן הראוי מאזן בין רווחת הצרכן לבין רווחת החברות המתמוזגות, וכי לא תמיד יש ליתן משקל זהה לשיקולים אלו.<sup>142</sup> בשל הדיון הציבורי שעורר פסק הדין, מצויות הוראות החוק בבחינה מחודשת בפני המחוקק הקנדי.

לדעתי, גם בישראל יש להחיל גישה אשר איננה מעניקה משקל אבסולוטי למבחן רווחת הצרכן והמאזנת בין הפגיעה ברווחת הצרכן הנוצרת עקב המיזוג לבין השפעתו על הרווחה המצרפית. גישה זו רואה בתחרות

4 Trade Reg. Rep. (CCH) (17 April 1997), 13,104, sec. 36; Discussion, "Efficiency Claims in Mergers and Other Horizontal Agreements" (OECD/GD (96)65 Competition Policy Roundtable, 1996).

<sup>140</sup> מבחן זה מתבסס על ההנחה שבעלי המניות של החברה הממוזגת יהיו גם הם מקומיים. לפרוט הבעייתיות בהנחה זו, כמו גם בכלים להתמודדות עמה ראו Small Economies, שם, עמ' 204-5.

**The Commissioner of Competition v. Superior Propane Inc.** (Canadian Competition Tribunal, <sup>141</sup> unpublished, 30 August 2000).

**Commissioner of Competition v. Superior Propane Inc. and ICG Propane Inc.**, 2001 FCA 104. <sup>142</sup> Michael J. Trebilcock and Ralph A. Winter, "The State of Efficiencies in Canadian Merger Policy," 19(4) **Canadian Competition Policy Record** 106 (2000).

שיקול חשוב אך לא בלעדי, והיא מאפשרת מדיניות מיזוגים גמישה יותר אשר תתחשב בשקולים מתנגשים בצורה שתבטיח שהאפשרות להתייעלות יצרנית ודינמית, על אף התחזקות הריכוזיות, לא תחסם.

מהי הגישה המוחלטת, בפועל, בישראל? כפי שצויין לעיל, עד לפני מספר שנים לא נתן הממונה כל משקל לשיקולי יעילות.<sup>143</sup> כאמור, גישה זו נדחתה פורמלית בהחלטות מאוחרות יותר. שינוי הגישה בא לידי ביטוי, לראשונה, בהחלטת הממונה הנוכחי בעניין הריבוע הכחול אשר ניתנה בשנת 2001.<sup>144</sup> שם נקבע המבחן המנחה את מדיניות אישור המיזוגים עד היום, כדלקמן:

"דיני המיזוגים מניחים כי, ככלל, מרבית המיזוגים מביאים ליעילות פרו-תחרותיות, המקטינות את החשש בפני פגיעה בתחרות. [אולם שיקולי יעילות יישקלו רק אם] גלומה במיזוג תועלת פרו-תחרותית ממשית... על מנת להיראות כיעילות פרו-תחרותית הנובעת מן המיזוג, על היתרון הנובע מן המיזוג להיות כזה אשר אינו נובע, אף בעקיפין, מקיומו או מחיזוקו של כוח שוק. ככלל, על היתרון להביא לגידול בתפוקה של המוצר או של השירות שבנדון [בשוק הישראלי] (בין ישירות ובין בדרך של הורדת המחיר או בדרך של העלאת האיכות או המגוון)... יתירה מכך, על אותו יתרון להיות כזה אשר נובע מהמיזוג ולא יכול היה לצמוח בדרך אחרת אשר פגיעתה בתחרות קטנה יותר... לבסוף, על היעילויות להיות מוכחות, דהיינו שאין די בטענות או בהערכות בעלמא, אלא נדרשת תשתית עובדתית וכלכלית מוצקה התומכת בקיומן."<sup>145</sup>

אי הוכחתן של יעילויות תקים חזקה ניתנת לסתירה כי מטרת הצדדים הינה לפגוע בתחרות בשוק:

"מיזוג בעייתי, בו לא הוכחו יעילויות פרו-תחרותיות משמעותיות, יגדיל את החשש כי הטעם העיקרי למיזוג הנו רצונם של הצדדים ליצור לעצמם כח שוק או לחזקו, ולפיכך יחזק את התשתית העובדתית המצביעה על קיומו של חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות... העדר יעילויות מוכחות מהווה ראיה משתמעת לכך שהצדדים מצפים כי המיזוג ייצור או יחזק את כח השוק שבידיהם... היעדרן במיזוג כלשהו של יעילויות פרו-תחרותיות... מחזקת את החשש כי הצדדים למיזוג כיוונו בהתקשרותם ליתרונות מן הסוג שבסיפא, דהיינו יתרונות הפוגעים בתחרות."

החלטה זו עשתה צעד משמעותי לקראת אימוצה של גישה מאזנת ומתן משקל לשיקולי יעילות בדיני המיזוגים בישראל. היא מאפשרת להכשיר מיזוג אם החברות המתמזגות יעמדו בנטל המוטל עליהן להוכיח כי (1) המיזוג הגביר את יעילותן במידה המתממצת אותן להגדיל את תפוקתן בשוק הישראלי; (2) לא ניתן להשיג יעילויות אלו בדרך חילופית, פוגענית פחות בתחרות; (3) והיעילויות הנטענות אינן מהוות הערכות בעלמא, אלא הצדדים פרשו תשתית עובדתית וכלכלית מוצקה התומכת בקיומן.

ההחלטה מבחינה בין יתרונות המיזוג שמקורם בהגברת היעילות היצרנית והדינמית, לבין יתרונות המיזוג לצדדים המתמזגים בלבד שמקורן בהגדלתו של כוח השוק של החברה המתמזגת. רק יתרון מהסוג הראשון יישקל לחיוב על ידי הממונה. בהתאם לכך, יתרון לחברות המתמזגות שעיקרו הוא יכולתה של החברה הממוזגת לגבות מחירים גבוהים יותר ובכך להגדיל את רווחיה לא ייחשב כיתרון אשר יילקח בחשבון בעת בחינת המיזוג אלא, כאמור, יקים חזקה לפגיעתו של המיזוג בתחרות. הבחנה זו הינה חשובה ונכונה. גידול

<sup>143</sup> ראו, למשל, החלטת הממונה בעניין רכש דקלה על ידי הראל, המשמר ומור, ההגבלים העסקיים, עמוד 158. אלא אם כן המיזוג לא הגדיל את כוח השוק של הצדדים המתמזגים. ראו עץ לבדו, לעיל, הערה 130; מיזוג תוכנה לאנשי מקצוע לירם בע"מ – ט.מ.ל. מיקרו מחשבים בע"מ – החלטה שלא להסכים מיזוג חברות (טרם פורסם, 1998). לשיקולים שעמדו בבסיס

<sup>144</sup> גישת הממונה דאו ולבוקרת עליהם ראו Small Economies, לעיל, הערה 32.

<sup>145</sup> נימוקי התנגדות למיזוג – הריבוע הכחול בע"מ, ירקון (פלוס 2000) סיטונאות מזון בע"מ (טרם פורסם, 2001).

<sup>145</sup> שם, עמ' 39.

ברוח של החברה הממוזגת הנובע כולו אך ורק מהקטנת התחרות על ליבו- וכיסו- של הצרכן בדרך של רכישת מתחרה, רק מגביר את החשש בפני פגיעה משמעותית בתחרות עקב הגברת הריכוזיות בשוק. הכרה בשיפור רווחיות זה (אשר איננו מהווה יעילות במובנה הכלכלי), מנוגדת לתכלית החוק ואיננה משרתת את רווחת הכלל.<sup>146</sup> לעומת זאת, גידול ברווחיות הנובע מעלות ייצור נמוכה יותר או מהגברת היעילות דינמית, יילקח בחשבון במאזן השיקולים.

בה בעת, התנאים בהם מתנה הממונה את הגנת היעילות מגבילים משמעותית את משקלה. בהתאם לגישת הממונה, יעילות רלוונטית היא רק זו המביאה לגידול בתפוקה של המוצר או השירות הנדון בשוק הישראלי. משמעות הגבלה זו היא כי למעשה יעילות דינמית לא תחשב במכלול השיקולים אלא אם כן היא תקטין את עלויות החברה הממוזגת במידה כזו שהמחיר שימקסם את רווחיה יהיה נמוך יותר מהמחיר טרום-המיזוג או שהמוצר או השירות החדש שהיא תיצור יהיה כה משופר עד כי הביקוש לו יהיה גדול מהביקוש למוצרים הקיימים של החברות המתמזגות. מבחן הגדלת התפוקה עדיף על מבחן השינוי במחיר הצרכני, בו נעשה שימוש במדינות שונות ברחבי העולם, כיון שהוא מאפשר להכניס בגידרו גם יעילות דינמית משמעותית שתביא לגידול בביקוש הצרכני גם ללא הורדת המחיר. אולם הוא עשוי לעצור מיזוגים אשר מגדילים את הרווחה החברתית. מבחן התפוקה, השם דגש על הכמות שתימכר בשוק הישראלי לאחר המיזוג, איננו מאפשר אישור מיזוגים המגדילים באופן משמעותי את הייצוא של חברות ישראליות, גם אם השוק המקומי הוא מצומצם ביותר. בהתאם לסטנדרט זה מיזוג אשר יתרון תחרותי לחברות ישראליות בחו"ל, אבל בה בעת יאפשר להן להגדיל את כוח השוק שלהן בארץ- ולו במעט- לא יאושר. בהתאם למבחן זה, מיזוג חברות הדשנים לא היה מאושר על ידי הממונה, אם כתוצאה מעליית המחיר הכמות הנמכרת בישראל היתה קטנה.

נגיסה משמעותית במשקל היעילות נעשתה בהחלטת הממונה בעניין עמינח, בו החיל הממונה מבחן שונה לחלוטין לבחינת חוקיותו של המיזוג.<sup>147</sup> שם בקשו שתי חברות העוסקות, בין היתר, בשיווק מזרנים ומיטות לשלב את פעילויותיהן השיווקיות בהקמת חברה חדשה. הממונה עומד על כך, שבצד הפגיעה בתחרות יתכנו יתרונות לצדדים מהמיזוג, דוגמת יתרונות לגודל בפרסום ואבטחת סדירה של מוצרים. הוא קובע כי "בהשגת היתרונות האמורים באמצעות מיזוג, כשלעצמה ובפני עצמה, אין פסול חוקי, ובלבד שהמיזוג אינו נותן כוח שוק או מחזק כוח שוק קיים בידי הגוף הממוזג או בעליו."<sup>148</sup> מכאן עולה, כי יעילות לא "תציל" מיזוג אם היא תחזק את כח השוק של החברות המתמזגות. בהתאם לקביעה זו, אין לאשר מיזוג גם אם הוא מגדיל באופן משמעותי את היעילות היצרנית והדינמית, אם הוא יחזק את כוח השוק של החברה הממוזגת, וזאת גם אם המיזוג לא היה מעלה את המחיר לצרכן ואף היה מורידו כתוצאה מעלייה ביעילות דינמית.<sup>149</sup> תוצאה זו היא בעייתית ביותר, כיון שהיא שמה את הגולל על שיקולי יעילות רבים, גם מקום שהם אינם פוגעים ברווחת הצרכן.

בהחלטה מאוחרת יותר ניתן, אולי, לראות נסיגה מעמדה זו ואימוץ של גישה מאוזנת יותר. שישה חדשים לאחר ההחלטה בעניין עמינח נדרש שוב הממונה לשאלת היעילויות בעניין יהודה פלדות.<sup>150</sup> שם נדונה בקשתה של חברת יהודה פלדות להתמזג בדרך של רכישה עם חברת מפעלי פלדה מאוחדת שהייתה בפירוק. הממונה התנגד לעיסוק המיזוג מטעמים של פגיעה קשה בתחרות. בדונו בטענת ההתייעלות שהועלתה קבע

<sup>146</sup> נימוקי התנגדות למיזוג: בורגר ראניץ (1983) בע"מ, רייקמור בע"מ (בהקפאת הליכים), זכיינית ברגר קינג (טרם פורסם, 2003), עמ' 24.

<sup>147</sup> נימוקי התנגדות הממונה למיזוג בין עמינח רשתות שיווק בע"מ- ניש סליפ סנטר (200) פלוס בע"מ (טרם פורסם, 2002). ערר על החלטה זו תלוי ועומד בפני בית הדין.

<sup>148</sup> שם, עמ' 8.

<sup>149</sup> כוח שוק מוגדר כיכולתה של חברה להעלות את מחירה מעל מחיר הייצור של המוצר, לאורך זמן, בלא לאבד כל כך הרבה לקוחות עד שהדבר יהיה בלתי כדאי. ככל שההפרש שבין מחיר לבין עלות הייצור עולה, כך גדל כוח השוק של החברה. ייתכן מצב בו יעילות דינמית ויצרנית מורידו את עלות הייצור באופן משמעותי ביותר. בעקבות זאת, המחיר אשר ממקסם את רווחיה של החברה הממוזגת ירד מתחת למחיר שנגבה עבור מוצרים דומים טרם המיזוג (המחיר הוא פונקציה של עלויות הייצור ושל הביקוש הצרכני). אולם כיון שלחברה הממוזגת יש עתה כוח שוק גדול יותר משהיה לחברות טרם המיזוג (ההפרש עלות-מחיר גבוה יותר), הרי לפי מבחן עמינח, המיזוג ייאסר.

<sup>150</sup> נימוקים להתנגדות למיזוג בין יהודה פלדות בע"מ, מפעלי פלדה מאוחדים בע"מ (בפירוק) (טרם פורסם, 2003).

הממונה כי "שיקולי יעילות פרו-תחרותיים יכולים לשמש משקל נגד לפגיעה התחרותית. ברם, על מנת להכיר בשיקול התייעלות נדרש[ת] ... הוכחה כי היעילות שתושג צפויה לעבור לצרכן בדמות של מוצר איכותי יותר או במחיר נמוך יותר." המבחן המוצע בהחלטה זו נותן משקל רב יותר לשיקולי יעילות בייצור ויעילות דינמית, באשר הוא איננו מחייב כי היעילות תתבטא בגידול בכמות הנמכרת, ודי כי הצרכן ייהנה ממנה בדמות מוצר איכותי יותר.<sup>151</sup> מבחן זה עדיף, לדעתי, בצורה משמעותית, על הקודמים לו, בהעניקו לשיקולי יעילות בייצור ויעילות דינמית משקל גדול יותר. בהתאם למבחן זה, המונח "יעילויות פרו-תחרותיות" כולל בגידורו לא רק יעילויות אשר מגבירות את התחרות בשוק, אלא גם את אלו אשר הן תוצאתן המובהקת של התחרות. אולם גם במיזוג זה לא שוכנע הממונה בקיום יעילויות פרו-תחרותיות ולא אישר את המיזוג.

בהחלטה מאוחרת יותר שוב חוזר הממונה, ככל הנראה, למבחן הגדלת התפוקה שנקבע בהחלטה בעניין הריבוע הכחול. בהתנגדות למיזוג בין בורגר ראנץ' לבורגר קינג<sup>152</sup> קובע הממונה כי יעילות מובהקת שאין להשיגה בדרכים של תחרות, יכול שתהווה נימוק חריג ויוצא דופן שיכול למלט מיזוג הפוגע בתחרות מהתנגדות הממונה.<sup>153</sup> אך על מנת שיעילות זו תיחשב כפרו-תחרותית, עליה להביא לעלייה בתפוקת המוצר או השירות. על בעייתיותו של מבחן זה כבר עמדנו לעיל. כן הודגש כי נטל ההוכחה הופך כבד יותר ככל שהפגיעה התחרותית הצפויה מהמיזוג גדלה וכי בשוקים בעלי ריכוזיות גבוהה, מוטלת על רשויות הפיקוח חובת זהירות לוודא, כי יעילות זו אינה בגדר יעילות ספקולטיבית בלבד.<sup>154</sup> בעוד קביעה אחרונה זו היא נכונה, יש להיזהר שלא להחילה באופן דווקני במיזוגים שעניינם מחקר ופיתוח. פעולות מחקר ופיתוח מערבות, מטבען, רמת אי וודאות גבוהה. באם נדרוש הוכחה חד-משמעית ליעילות דינמית- בניגוד להוכחה כי קיימת סבירות גבוהה כי יעילות דינמית כאמור תושג- הרי נעצור את כל המיזוגים שעניינם מחקר ופיתוח.

אסכם ואומר, כי למרות שהפסיקה שזורה באמירות לפיהן יש לראות במיזוגים תופעה בריאה ומועילה למיצוי יתרונות לגודל ולהתייעלות,<sup>155</sup> ניתן כיום משקל מועט מדי לשיקולי יעילות, לרבות יעילות דינמית, באישור מיזוגים. אמנם בית הדין פתח לממונה פתח לשקול שיקולים אחרים מלבד שיקולי פגיעה בתחרות או בציבור בדרך של עליית מחיר או הורדת כמות ואיכות בבואו לאשר מיזוג. מאז שנת 2001 מכיר הממונה ביעילויות פרו-תחרותיות כשיקול-נגד לפגיעה בתחרות. אולם כמפורט לעיל, עדיין שוררת אי בהירות רבה בשאלת המבחן המוחל לבחינת יעילויות אלו והמטוטלת טרם התייצבה על מבחן אחד לבחינתו. מבחן התפוקה, שאומץ בריבוע הכחול ואילו חוזר הממונה בהחלטתו המאוחרת בעניין בורגר ראנץ', איננו נותן משקל מספיק לשיקולי יעילות דינמית, אך הוא עדיף משמעותית על מבחן העלייה בכוח השוק אותו מאמץ הממונה בהחלטתו בעניין עמינה. מבחן הגידול בתפוקה או באיכות המוצר אשר נרמז ביהודה פלדות וככל הנראה נהפך בהחלטתו המאוחרת יותר של הממונה בבורגר ראנץ' עדיף על מבחן התפוקה. כך או כך, עד היום לא אושר שום מיזוג במדינת ישראל משיקולי יעילות מאזנים, למעט, אולי, מיזוג הכבלים, כמפורט להלן.

המקרה היחיד בו שיקולי יעילות היוו, ככל הנראה, שיקול משמעותי לאישור מיזוג הוא מיזוג חברות הכבלים.<sup>156</sup> הממונה לא נימק את החלטתו לאשר את המיזוג, אולם ניתן ללמוד מעט על שיקוליו מהדו"ח שהגישה רשות הגבלים העסקיים לארגון המדינות המתועשות.<sup>157</sup> שלושת חברות הכבלים, אשר היוו, כל אחת, מונופול אזורי בתחומה, ביקשו להתמזג על מנת להגביר את יכולתן להתחרות בחברת הלויין אשר בשליטת חברת בזק, מונופול מוכרז בתחום שירותי הטלפוניה הבסיסיים. הממונה אישר את המיזוג, בתנאי שחברות הכבלים ייכנסו תוך פרק זמן מוגדר מראש לתחרות בתחום הטלפוניה. מיזוג חברות הגבלים איפשר

<sup>151</sup> ההחלטה מפנה אמנם, להחלטת הריבוע הכחול, אולם ההפניה היא, ככל הנראה, כאל מקור נוסף המכיר בהגנת היעילות. **שם**, הערת שוליים 15.

<sup>152</sup> בורגר ראנץ', **לעיל**, **הערה 146**.

<sup>153</sup> **שם**, הערת שוליים מס' 5.

<sup>154</sup> **שם**, פסקה 6.8.

<sup>155</sup> ראו, למשל, תנובה, **לעיל**, **הערה 132**, עמ' 167.

<sup>156</sup> **הודעה על הסכמה בתנאים של מיזוג 4474, גוונים טלוויזיה בכבלים בע"מ ו-17 אח' (22.4.2002)**.

<sup>157</sup> <http://www.oecd.org/dataoecd/22/8/2509472.pdf>

לחברה הממוזגת ליצור מוצר חדש- שירותי טלפוניה ואינטרנט ניחים כלל ארציים על גבי תשתית הכבלים הקיימת. יעילות דינמית זו איפשרה לחברה הממוזגת להתחרות בחברת בזק במהירות יחסית ובתפישת כלל-ארצית. מקרה זה מעניין במיוחד שכן נראה שהשיקול העיקרי שהדריך את הממונה בהחלטתו היתה הגברת התחרות בשוק אחד (הטלפוניה) בעוד שהחששות התחרותיים היו בשוק אחר (טלויזיה רב ערוצית למנויים). אולם בשל העובדה שהממונה לא נימק את החלטתו, לא ניתן לדעת איזה משקל ניתן לשיקולי היעילות הדינמית בהחלטה לאשר את המיזוג ואיזה מבחן הדריכו בהחלטתו. יתירה מזאת: בית הדין, בדחותו ערר שהוגש על ידי חברת הלווין על החלטת הממונה, קבע כי לא הוכח כי היתרונות לגודל שנוצרו כתוצאה מהמיזוג הגבירו את כוח השוק של החברה הממוזגת עד כדי פגיעה משמעותית בתחרות. על כן גם לא הקים המיזוג חששות תחרותיים אשר היה צורך לאזנם מול שיקולי יעילות דינמית.<sup>158</sup>

אם יוחלט כי מבחן רווחת הצרכן הוא הסטנדרט העדיף בדיני המיזוגים, הרי יש לאמץ את מבחן הגידול בתפוקה או באיכות המוצר. מבחן זה הוא היחיד אשר היה מכשיר את מיזוג חברות הדשן האורגני. אולם, כפי שפורט לעיל, בכלכלה קטנה דוגמת ישראל יש בהחלט מקום לשיקול אימוץ מבחן הנותן גם משקל לשיקולי רווחת מצרפית, בייחוד אם המיזוג יאפשר לחברות ישראליות להתחרות ביתר יעילות בשוקי חוץ ולשפר את מאזן התשלומים במדינה, ובייחוד מקום בו השוק המקומי למוצר הנדון הינו מצומצם ביותר.<sup>159</sup> דרך המלך מערבת תיקון החוק, על מנת להבהיר באופן ברור וחד-משמעי כי הממונה ובית הדין רשאים לאזן בין שיקולי פגיעה בתחרות, מצד, לבין שיקולים אחרים של טובת הציבור, לרבות שיקולי יעילות בייצור ויעילות דינמית. אולם גם עד שיתוקן החוק יש להחיל מבחן מאזן אשר יתן יתר משקל לשיקולים אלה. כפי שפורט לעיל, החלטתו של מבחן זה בכלכלה קטנה דוגמת ישראל הינה חיונית על מנת לאפשר לחברות ישראליות להתפתח ולהתחרות ביעילות בשווקים עולמיים, כמו גם לשרת ביתר יעילות את השוק המקומי.

לא למותר לציין, כי כיום יוצר החוק עדיפות מובהקת למיזוג של חברה ישראלית עם חברה זרה על פני מיזוג של שתי חברות ישראליות. בעוד שמיזוג מהסוג האחרון נופל בגדר החוק וייבחן בהתאם למבחנים המנויים לעיל, אשר עלולים למנוע ממנו מלהשיג יעילות דינמית, מיזוג עם חברה זרה לא נכנס לגידור.<sup>160</sup> מצב דברים זה, הגם שהוא פותח פתח כלשהו לחברות ישראליות להגביר את יעילותן, איננו אופטימלי הן מבחינת החברות הישראליות והן מבחינת הרווחה החברתית. אולם הוא מהווה, ככל הנראה, פתח בו משתמשות חברות ישראליות לא מועטות על מנת לעקוף את הוראות החוק ולהכשיר את מיזוגיהן.

אציין גם כי הפרשנות המוצעת בפרק זה עולה בקנה אחד גם עם התפיסה העומדת בבסיס ארבעת עקרונות האיזון המוצעים לעיל. אמנם עקרונות אלו אינם חלים באופן ישיר, כיון שהם נועדו לחול לאחר שנוצר קניין הרוחני והם מתבססים על ההנחה כי הקניין הרוחני שנוצר אכן ראוי להגנת החוק, בעוד המקרים בהם עוסק פרק זה עניינם שינויים במבנה השוק שנועדו לאפשר לחברות ליצור קניין רוחני. אולם חשיבותה של היעילות הדינמית לקידום הרווחה החברתית, במיוחד בכלכלה קטנה דוגמת ישראל, וההכרה כי תחרות מוגברת איננה חזות הכל גם בדיני ההגבלים העסקיים עצמם, עומדים בבסיס כללי האיזון המוצעים בשני חלקי המאמר גם יחד. עקרונות-יסוד אלו מהווים בסיס גם לפרק הבא, העוסק בכללים המסדירים מיזמים משותפים שאחת ממטרותיהם היא הגברת היעילות הדינמית.

<sup>158</sup> די.בי.אס, לעיל, הערה 134, סעיף 36.

<sup>159</sup> לאחרונה הוגשה לממונה בקשה למיזוג שתי חברות העוסקות ביצירת קופסאות איחסון מפלסטיק. עיקר תוצרתה של אחת מהן מכוון לשוק האירופי כך שלמיזוג לא היתה צפויה להיות השפעה משמעותית על המחיר בשוק הישראלי. בה בעת, המיזוג היה מאפשר לחברות להתחרות ביתר יעילות בשווקים זרים. בדיננים מול הממונה הובהר כי אישור המיזוג ייתקל בקשיים משמעותיים בשל הפגיעה- ולו הקטנה- בשוק הישראלי ולכן הצדדים החליטו לזנוח את יוזמת המיזוג.

<sup>160</sup> "חברה" מוגדרת בסעיף 1 לחוק כ"חברה שנוסדה ונרשמה לפי פקודת החברות... לרבות חברת חוץ... "חברת חוץ מחייבת קיום מרכז עסקים בישראל. ת"א 2277/53 בנדיקס נ' פייננס טרווסט רג' פ"ד יא 130. לצורך הגדרת חברה כחברת חוץ אין חובה כי לחברה הזרה יהיה משרד בישראל, אלא די בנציגות בישראל. אולם במכר בישראל בלבד, דרך מפין עצמאי, לא די כדי להגדירה כ"חברה" לצורך חוק ההגבלים העסקיים.



## 2.2. מיזם משותף ליצירת קניין רוחני

בדומה למיזוג, מיזמים משותפים הינם אחת הדרכים העיקריות לעידוד מחקר ופיתוח. ההבדל העיקרי בין מיזוג לבין מיזם משותף גלום בהיקף שיקול הדעת העסקי הנותר בידי הצדדים להסכם. המיזוג מקיים קשר אורגני-מבני בין הצדדים והופך אותם לחלק מיחידה עסקית אחת. המיזם המשותף, לעומתו, הינו שיתוף פעולה חוזי במהותו אשר הצדדים לשיתוף הפעולה נושאים יחדיו בסיכונים הנובעים מהפעילות המשותפת במסגרת המיזם וחולקים את הרווחים הנובעים ממנה אך שיקול דעתם בנוגע לכל שאר הפעילויות שאינן נוגעות למיזם נותר עצמאי.<sup>161</sup> מיזם משותף יכול, גם הוא, לאפשר חבירה משותפת של בעלי מומחיות או ידע שונים (לרבות בעלי זכויות קניין רוחני משלים) על מנת לייעל הליכי ייצור קיימים או על מנת לפתח מוצרים חדשים. חבירה במיזם משותף גם עשויה לקדם מחקר ופיתוח המערבים רמת סיכון גבוהה על ידי חלוקת הסיכון הכרוך בו בין משתתפיו. מטרתו של תת-פרק זה היא לבחון האם הכללים המשפטיים המסדירים את הקמתם ופעולתם של מיזמים משותפים ליצירת קניין רוחני מאזנים נכונה בין האינטרסים השונים המתחרים על הבכורה.

מיזמים משותפים מוסדרים על ידי הוראות פרק ההסדרים כובלים. לרוב מיזם לא ייכנס כלל לאיסורי החוק אלא אם כן הוא פוגע באופן משמעותי בתחרות. אולם החוק כולל רשימה של כבילות אשר בהתקיימן קמה חזקה, בלתי ניתנת לסתירה, כי המיזם פוגע בתחרות. בהתאם לכך, מיזם שאחת מכבילותיו נוגעת למחיר, רווח, כמות מיוצרת או סוג המוצרים ואיכותם אשר המיזם או חבריו ייצרו, יקים חזקה של פגיעה בתחרות אשר תחייב פנייה לממונה או לבית הדין לקבלת פטור או אישור לקיום המיזם.

על מנת לצמצם את הצורך לפנות לממונה בבקשת פטור במקרים אשר לכאורה נופלים בגדר החוק אך הלכה למעשה אינם פוגעים משמעותית בתחרות, הוצאו כללי פטור להסכמים לביצוע מחקר ופיתוח,<sup>162</sup> המכשירים אוטומטית הסכמים הנכנסים בגדרם. כללי הפטור חלים על הסכמים שמטרתם ביצוע מחקר ופיתוח משותפים. הם כוללים שיתוף פעולה בין הצדדים ליצירת ידע או להעברתו ביניהם, לרכישת זכויות קניין הרוחני הנחוצות להם לביצוע מחקר ופיתוח, וכן שיתוף פעולה לשם העברת הידע לצד שלישי שיבצע עבורם מחקר ופיתוח. הכללים מכשירים כבילות מסוימות, לרבות הגבלת תחרות בין הצדדים להסכם בתחום הסכם המחקר והפיתוח או בתחום קרוב אליו, התחייבות של הצדדים לחלוק מידע שנצבר במהלך המחקר והפיתוח, וכן התחייבות של צד להסכם להימנע מלהשתמש בידע שהתקבל במסגרתו ואשר נחוץ לביצועו, זולת לשם ביצוע ההסכם. אולם מוטת כנפיו של הפטור הינה מצומצמת. הפטור חל על הסכם בין מתחרים, שלא בתחום התחרות ביניהם, רק אם חלקם המצרפי של הצדדים להסכם אינו עולה על 30% משוק המוצר שבו הם מתחרים ובשוק בו חל ההסכם יש עוד לפחות שני מתחרים שנתח השוק שלהם עולה על 10%. הפטור חל על הסכם בין מתחרים הנוגע לתחום בו הם מתחרים רק אם חלקם המצרפי של הצדדים להסכם בשוק בו הם מתחרים אינו עולה על 20% וקיימים עוד לפחות שלושה מתחרים שאינם צד להסכם שנתח השוק של כל אחד מהם עולה על 10%. על כן, על מנת שהפטור יחול יש צורך כי השוק בו פועלות החברות במיזם ייוותר ביזורי במידה רבה וממילא הסתברות הפגיעה בתחרות תהיה נמוכה ביותר. בנוסף, הפטור מותנה בכך שההסכם איננו נוגע כלל לשימוש או לשיווק תוצאות המחקר והפיתוח וכל צד רשאי להשתמש באופן עצמאי בתוצאות המחקר. הממונה רשאי לפטור הסדר, גם אם הוא אינו נופל לגדר הפטור, אם פגיעתו בתחרות אינה משמעותית.<sup>163</sup>

מקום בו קיימת פגיעה משמעותית בתחרות נדרשים הצדדים לפנות לבית הדין על-מנת לקבל את אישורו לחבירה במיזם. בית הדין מוסמך לאשר הסדר כובל אם שוכנע כי הוא "טובת הציבור". החוק מונה מספר

<sup>161</sup> ראו, למשל, הסדר כובל בין חברות הסעה ביעדים תיור בע"מ – קביעה על פי סעיף 43(א) (1) (טרם פורסם, 2003).

<sup>162</sup> כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים לביצוע מחקר ופיתוח), התשס"א-2001.

<sup>163</sup> סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988. לפטור של מיזם משותף המקדם את היעילות הדינמית מטעמי פגיעה שאיננה ממשית בתחרות ראו, למשל, החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר מתן פטור חלקי בתנאים מאישור הסדר כובל הסכם בין ראדא בע"מ לבין התעשייה האווירית לישראל בע"מ (טרם פורסם, 2003).

מקרים הנופלים לגדר טובת הציבור, לרבות שיפור מאזן תשלומים של המדינה וייעול הייצור או השיווק.<sup>164</sup> במסגרת זו, מוסמך בית הדין לשקול גם שיקולי יעילות דינמית.<sup>165</sup>

השאלה העיקרית היא, כמובן, מהם השיקולים אשר מנחים את הממונה ובית הדין בבוחנם את תוקפו החוקי של המיזם. בעיקר רלוונטית השאלה מהו המשקל אשר ניתן לשיקולי יעילות דינמית וכיצד שיקול זה מאוזן עם שיקולים של פגיעה בצרכן או פגיעה בתחרות. נדגיש כי שיקולי היעילות היצרנית והדינמית, אשר פורטו לעיל, רלוונטיים גם להסדרת המיזמים המשותפים. גם כאן יש ליתן משקל לשיקולים אלו, אשר יאפשרו לחברות ישראליות לפעול ביתר יעילות בשוק הישראלי וכן להתחרות בשוקי חוץ, גם במחיר פגיעה קטנה בצרכן המקומי או בתחרות בשוק הישראלי, מקום בו הרווחה החברתית עולה. הטעם לכך הוא שתחרות איננה מטרה בפני עצמה, אלא היא כלי לשם השאת הרווחה החברתית. מקום בו הרווחה החברתית נפגעת משמעותית כתוצאה מהגבלתו של המיזם המשותף, אין מקום ליתן משקל מכריע ומוחלט לשיקולי רווחת הצרכן. מבחני האיזון הראויים זהים לאלו אשר הוצעו לעיל בנוגע למיזוגים.

בעוד הממונה אינו מעניק פטור למיזמים אשר מאפשרים ניצול יתרונות לגודל גרידא מקום בו השוק המקומי נפגע, ולו במעט,<sup>166</sup> גישתו שונה במקצת מקום בו המיזם מערב מחקר ופיתוח. מגמה זו בולטת בשתי החלטות אשר ינותחו להלן: מיזם האצות ומיזם מערכות הלוחמה המוטסות. בעניין המיזם לגידול אצות ופיתוח מוצריהן<sup>167</sup> התבקש פטור להסכם מחקר ופיתוח בין חמש חברות ביוטכנולוגיה אשר ביקשו להקים מיזם משותף לגידול והפקת חומרים מאצות בעזרתם ניתן יהיה לפתח ולייצר מוצרים מסחריים חדשים. הממונה קבע כי ההסדר מגביל באופן לא משמעותי את התחרות בענף גידול האצות ועל כן העניק לו פטור. בהחלטתו ציין הממונה, אמנם בדיון אגב, כי במקרה הנדון אין משום פגיעה בצרכן הישראלי, כיון שלא קיים שוק מקומי למוצר שבמיזם והשוק בו התחרו החברות במיזם היה שוק זר. גישה זו איננה נותנת משקל מוחלט לתחרות גרידא, אלא בוחנת את תוצאות החבירה במיזם על כלל הרווחה החברתית.<sup>168</sup> זוהי תוצאה רצויה, היורדת לשורש מטרות דיני ההגבלים העסקיים. לדעתי, יש להרחיב את הכלל כך שגם מקום בו הפגיעה בשוק הישראלי היא קטנה ביותר, אולם המיזם מאפשר לחברות הישראליות ליצור יתרון יחסי משמעותי בשוקי חוץ בדרך של הגברת יעילותן הדינמית או היצרנית או ליהנות מחסכון עלויות משמעותי, יש לאשרו. כלל שונה עלול לפגוע ברווחה החברתית הכוללת.

ההחלטה השנייה עסקה בהסכם שיתוף בתחום מערכות לוחמה אלקטרוניות אקטיביות מוטסות בין אלישרא ואלתא.<sup>169</sup> המבקשות היו החברות הישראליות היחידות הפועלות בשוק האמור. הן ביקשו לערוך הסכם לשיתוף פעולה הכולל שיתוף פעולה הנדסי, ייצורי ושיווקי מלא. הלקוח היחיד בישראל למוצריהן, משרד הביטחון, תמך בבקשה. הממונה העניק פטור למיזם בקובעו כי התחרות בין החברות הישראליות בשוקי חוץ גרמה להורדת המחיר בשוקים אלו בצורה משמעותית ולהפחתת כדאיות ביצוע הפרויקט מבחינה כלכלית, מבלי שיהא לכך יתרון מזווית הראיה של המשק הישראלי. בנוסף, התחרות בין החברות גרמה לכך שמשרד הביטחון נמנע עד עתה מלהמליץ על אחת מהחברות כאשר הן התמודדו על אותו מכרז בחו"ל, דבר אשר סיכל לא אחת את זכייתה של אחת החברות במכרז. שיתוף הפעולה המוצע צפוי, על כן, להקל עליהן להתחרות בתאגידיים הבינלאומיים. יתר על כן, התחרות בין הצדדים גורמת למחסור בתקציבי מחקר ופיתוח מפעליים ולפיצול תקציבי המחקר והפיתוח של משרד הביטחון, הניתנים כתמיכה לחברות. מציאות זו מביאה

<sup>164</sup> סעיף 10 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988.

<sup>165</sup> ראו, למשל, ה"ע 465/96 דטה-קאר בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים הגבלים עסקיים, כרך ג, עמ' 192. שם נשקלו על יחדי בית הדין שיקולי יעילות, הבטחת איכות והורדת מחיר.

<sup>166</sup> המיזם נהנה מפטור רק אם הצרכן נהנה גם הוא מהיתרונות לגודל, בין בדרך של הגברת התחרות בשוק ובין בדרך של הורדת המחיר לצרכן. ראו, לדוגמא, עץ לבוד, לעיל, הערה 130.

<sup>167</sup> מתן פטור מאישור הסדר כובל – קונסורציום ביוטכנולוגיות לגידול אצות ופיתוח מוצריהן (טרם פורסם, 1994).

<sup>168</sup> עדיין המיזם עלול לפגוע בספקיות חומרי הגלם למיזם הפועלות בישראל. בהחלטתו של הממונה אין איזכור של השפעת המיזם על שוק חומרי הגלם. זהו שיקול רלוונטי אשר יש להתחשב בו.

<sup>169</sup> מתן פטור מאישור הסדר כובל – אלישרא מערכות אלקטרוניות בע"מ, אלתא תעשיות אלקטרוניות בע"מ (טרם פורסם, 1997); ראו גם מתן פטור מאישור הסדר כובל – אלישרא מערכות ביטחון בע"מ, רפא"ל (טרם פורסם, 1998).

את הצדדים להחיל במערכותיהם פתרונות מאולתרים, תוך הסתכלות לטווח הקצר, במקום להשקיע בצורה מסודרת ועקבית בפתרוננו יסודיים לטווח הארוך אשר יקדמו את יעילותן הדינמית. באמצעות שיתוף הפעולה, קבע הממונה, יוכלו השתיים להפנות משאבים רבים יותר למחקר ופיתוח, ומשרד הביטחון יוכל לרכוש בעתיד מוצר המשלב את המשאבים הטכנולוגיים של שני הצדדים.

בהחלטתו ליתן את הפטור למיזם האמור שקל הממונה שיקולי יעילות מובהקים. כמו בהחלטה בעניין מיזם האצות, לא ניתן כל משקל לעליית המחיר בשווקי חוץ כתוצאה מהמיזם. נהפוך הוא: הגברת היתרון התחרותי של החברות הישראליות בשווקי חוץ נשקלה לחיוב. ניתוח זה הוא ניתוח ראוי, כיון שמטרתו של חוק ההגבלים העסקיים היא השאת הרווחה במשק הישראלי, ועל כן זווית הבחינה הרלוונטית היא זו של השוק המקומי. אולם מעניין יותר הוא שיקול היעילות הדינמית, אשר גבר במקרה דנן על שיקול התחרות.<sup>170</sup> הגברת האיכות גברה על שיקול הקטנת התחרות בשוק הישראלי, תחרות שהיתה עזה וגרמה לפגיעה חדה ברווחיות החברות. למעשה, הממונה אינו נותן כאן כלל משקל לשיקולי תחרות. נהפוך הוא: התחרות נחזית כמכשול למחקר ולפיתוח, לא רק בשל השילוב ביכולות הטכנולוגיות של הצדדים כי אם בעצם העובדה שרווחיות החברות תגדל והן תוכלנה להשתמש בכספים רבים יותר למחקר ופיתוח. המקרה דנן הוא מקרה קל, כיון שאף הלקוח של שתי החברות העדיף את הגברת היעילות הדינמית על פני שיקולי תחרות גרידא, ועל כן הממונה לא נדרש לניתוח מעמיק ולאיוון בין שני שיקולים אלו. עדיין לא ברור איזה משקל יתן הממונה לשיקולי יעילות דינמית במקרים בהם יידרש איוון בין שיקולים אלו לשיקולי הקטנת התחרות במקרים בהם הלקוח הישראלי היחיד איננו תומך בבקשה.<sup>171</sup>

התמריצים להקמת מיזמים משותפים למחקר ולפיתוח מושפעים לא רק מאפשרות הקמתם, אלא גם מאישור התנאים הנלווים להם אשר עלולים לפגוע בתחרות. מקום בו הכללים המשפטיים החלים על מיזמים משותפים אינם מאפשרים שמירה על זכויות הקניין הרוחני אשר הוכנסו למיזם על ידי הצדדים או נוצרו על ידם במסגרת המיזם, או יוצרים חסמים גבוהים לאישור תנאים כאמור, ייפגעו התמריצים להיכנס למיזם מלכתחילה. פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין טבעול מדגים את הבעייתיות האמורה.<sup>172</sup> פסק הדין עוסק בחוזה שנחתם בין שתי חברות העוסקות בייצור ובשיווק של מוצרי מזון, טבעול וקיבוץ אילון, אשר הקימו מיזם משותף בשם שף הים. המיזם נועד על מנת ליצור מוצר חדש המבוסס על הידע הייחודי של כל אחת משתי החברות. טבעול הביאה אל תוך המיזם את הידע הייחודי שלה בעניין הכנת מוצרי בשר מסויה, וקיבוץ אילון הביא עימו את הידע בהכנת מוצרי סורימי. מטרת המיזם היתה ליצור שרימפס מסויה, שהיינו לשלב את הידע הייחודי לכל אחד מהצדדים על מנת ליצור מוצר חדש. הביקוש לשרימפס מסויה לא היה רב, ועל כן החליטו הצדדים לפרק את המיזם. הסכם הפרידה כלל תניית אי-תחרות לפיה הסכימו שתי החברות שלא לעסוק כל אחת בתחום העיסוק של רעותה, למשך חמש שנים. אולם עוד בטרם חלפה התקופה האמורה ניגשה שף הים, שנותרה בבעלות קיבוץ אילון, למכרז של משרד הביטחון לאספקת שניצל צמחי. ייצור המוצר התבסס על הידע והטכנולוגיה שטבעול הביאה למיזם, ועמד בניגוד לתניית אי התחרות האמורה. שף הים זכתה במכרז וטבעול, אשר הצעתה במכרז דורגה שלישית, פנתה לבית המשפט בבקשה למנוע את מימוש הזכייה בטענה של הפרת חוזה.

<sup>170</sup> למרות שההחלטה מהווה דין רצוי בהעניקה משקל לשיקולי יעילות דינמית, הממונה חרג מסמכותו בשקלו שיקולי יעילות מובהקים, המצויים כיום בסמכותו הבלעדית של בית הדין. ערר 1/97 איסכור שרותי פלדות בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח' (טרם פורסם), עמ' 6. אולם ראוי כי החוק יתוקן כך ששיקולים אלו, אשר הינם שיקולים כלכליים מובהקים ואינם מערבים שיקולי מדיניות ציבורית רחבים (דוגמת מניעת אפלייה ושיפור מאזן התשלומים של המדינה) יוכלו להישקל על ידי הממונה, על מנת לקצר ולייעל את ההליכים לאישור מיזמים משותפים. כלל דומה כבר מוחל במסגרת דיני המיזוגים.<sup>171</sup> הממונה ציין כי שיקולי הלקוח היחיד אינם היחידים שידריכו אותו. ראו החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל הסכם בין התעשייה האווירית לישראל בע"מ ובין סימיון בע"מ (טרם פורסם, 2004).

<sup>172</sup> ע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' משרד הביטחון, מינהל ההרכשה והייצור, פ"ד נב(3) 145; דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56. ראו גם אייל, לעיל, הערה 58, עמ' 46-56.

שף הים טענה שההסכם מהווה הסדר כובל, ומשלא קיבל אישור מראש של בית הדין או פטור מהממונה, הוא בלתי חוקי ועל כן בטל מעיקרו. בית המשפט המחוזי ובית המשפט העליון (ברוב דעות) הן בשבתו בהרכב רגיל והן בדיון נוסף, קיבלו טענה זו. השאלות המשפטיות אשר עמדו לדיון היו שתיים: האם מדובר בהסדר כובל, ואם כן – האם די בכך להצדיק בטלות ההסכם, גם מקום בו בטלותו תאפשר לאחד הצדדים להשתחרר מהתחייבויותיו החוזיות. התשובה לשאלה האחרונה חייבה איזון בין שני אינטרסים עיקריים. מחד גיסא, האינטרס הציבורי בדבר בטלותם של הסדרים כובלים בשל הצורך להגן על התחרות ולהרתיע צדדים עתידיים מלהתקשר בהסכמים מסוג זה. מאידך גיסא, חשיבות הוודאות החוזית והרצון שלא לאפשר למי שהתקשר בהסדר כובל להשתחרר מחובותיו החוזיות בחוסר תום לב. שבעת השופטים אשר ישבו בדיון הנוסף נחלקו בדעותיהם. דעת הרוב העניקה עדיפות לאינטרס הציבורי בדבר בטלותם של הסדרים כובלים, כיון שהוא מגן על הציבור הרחב. במקרה דנן, תניית אי התחרות הגבילה את התחרות באספקת מוצרי בשר מחלבון צמחי ופגעה באפשרות של משרד הביטחון לקבל את ההצעה הזולה ביותר.

חשיבותו של פסק הדין הינה בעיקר בעובדה שבית המשפט אינו מתייחס להשפעת הכלל המשפטי על תמריציהם של צדדים עתידיים להיכנס למיזם משותף בו ייחשף קניינם הרוחני בפני הצד השני למיזם. בית המשפט מתעלם מן העובדה כי קודם להקמת המיזם לא התקיימה כל תחרות בין הצדדים לו וצדדים לא היו הידע והטכנולוגיה הדרושים על מנת להתחרות זה בשוקו של זה. מטרת תניית אי התחרות היתה להחזיר את הצדדים למצבם הקודם, טרם המיזם, בנוגע לקניינם הרוחני. היא הוגבלה רק לידע אותו הכניס כל שותף למיזם ואותו לא יכול היה הצד השני להשיג בקלות ללא המיזם. ייתכן שלו היו הצדדים (לרבות איילון) יודעים מראש כי בית המשפט עשוי לבטל את תניית אי התחרות ביניהם, היו נזהרים שבעתיים בטרם כניסה אליו ואולי אף לא היו מתקשרים בו, אם הסיכון שבהגברת התחרות כתוצאה ממסירת מידע ייחודי למתחרים היה עולה על הסיכוי שבהצלחת המיזם.

הימנעותו של בית המשפט מניתוח דינמי של השפעתם של מיזמים משותפים על חדשנות ופיתוח בשוק והתמקדותו באינטרס הציבורי במניעת קיומם של הסדרים כובלים, גם אם היא מתחייבת מהוראות הדין הקיימות, הינה בעייתית. הכלל המשפטי העולה מפסיקתו של בית המשפט העליון עלול להקטין את תמריציהם של מתקשרים עתידיים לשיתוף בידע ובטכנולוגיה במסגרת מיזמים משותפים עם מתחרים פוטנציאליים, גם אם הרווח החברתי מהקמת המיזם עשוי להיות גדול. אמנם נכון, הצדדים יכלו להגיש את הסכם הפרידה לאישורו של בית הדין להגבלים עסקיים, בטענה שיתרונותיו של המיזם המשותף עולים על חסרונותיו ושתניית אי התחרות הינה חיונית על מנת להבטיח את התקשרות הצדדים במיזם מלכתחילה.<sup>173</sup> משלא הגישו הצדדים את ההסכם לאישור כאמור הם נשאו בסיכון כי ההסדר, או לפחות אותם חלקים ממנו הפוגעים בתחרות, יוכרוזו כבטלים. בהתאם לכך, לצדדים למיזמים עתידיים פתוחה הדרך להכשיר את הסדריהם ואת התנאים הנלווים להם אשר פגיעתם בתחרות נדרשת על מנת לקיים את המיזם מלכתחילה, בדרך של פניה מראש לבית הדין. אולם הבעייתיות בפנייה כאמור היא בעיקר במשאבים הנדרשים על מנת להכשיר הסדר ובמשך הזמן אשר עשוי להידרש לבית הדין על מנת להידרש לעניין. בעניינים עסקיים שיקול הזמן עשוי להיות בעל חשיבות מכרעת, שכן דחיית הכניסה למיזם עד למועד מתן האישור על ידי בית הדין עשוי למנוע כניסה למיזם מלכתחילה. על כן יש לשקול שינוי הכלל המשפטי ואימוץ כלל השוקל, גם בדיעבד, את היתרונות לתועלת הציבור אשר עמדו בבסיס המיזם, לרבות קידום חדשנות ויצירתיות, או, למצער, לתקן את החוק כך שגם הממונה יוכל לשקול שיקולי יעילות ובדרך זו לקצר ולהקל על תהליך אישור המיזם.

מן האמור לעיל עולה, כי הדין החל לאישור מיזמים משותפים למחקר ופיתוח מקל יותר מזה החל על מיזוגים. עם זאת, עדיין ארוכה הדרך עד ליצירתם של כללים אופטימליים להסדרת מיזמים משותפים, אשר יתנו משקל ראוי לשיקולי יעילות דינמית.

<sup>173</sup> עולה כאן שאלה מעניינת, אשר פסק הדין אינו נותן עליה מענה, מדוע הצדדים לא כללו תניית אי תחרות בהסכם להקמת המיזם ומדוע לא פנו לבית הדין מלכתחילה על מנת לאשרו.

### ג. סיכום

השווקים המודרניים מחדדים את הצורך לבחון מחדש את האיזון שבין שיקולי יצירתיות וחדשנות או מול שיקולי התחרות. יעילות דינמית מהווה מנוע חשוב להצלחה בשווקים בינלאומיים, כמו גם לניצול יעיל של משאבים מקומיים. בה בעת, התנאים הנדרשים לקידומה עלולים לפגוע בתחרות בשוק. האיזון בין שיקולים אלו נדרש הן בעת יצירתם של שיתופי פעולה שמטרתם מחקר ופיתוח והן לאחר שנוצר ידע חדש, ובעליו מבקש להשתמש בו בדרך שתגביל את התחרות בשוק.

במקרה האחרון עלול להיווצר מתח פנימי בין דיני ההגבלים העסקיים לבין דיני הקניין הרוחני. בעוד שמטרתן של שתי מערכות הדינים זהה- מיקסום הרווחה החברתית תוך יצירת תנאים לפעולתו התקינה של השוק החופשי, הכלים בהן משתמשת כל אחת ממערכות הדינים הינם שונים בתכלית. דיני הקניין הרוחני מעניקים בלעדיות על היצירה או ההמצאה על מנת להתגבר על כשל השוק הנובע מהיות המוצר המוגן מוצר ציבורי, המאופייין בכך ששימוש בו על ידי אחד אינו מונע שימוש מקביל על ידי אחר. דינים אלו מקדמים את היעילות הדינמית בשוק על ידי יצירת תמריצים כלכליים ליוצרים ולממציאים לפתח ולשווק ברכים את יצירותיהם והמצאותיהם. דיני ההגבלים העסקיים מקדמים את היעילות בדרך של שמירה על תנאי תחרות בשוק. הצורך לאזן בין שתי מערכות דינים אלה קם מקום בו פעולותיו של בעל הקניין הרוחני, המבקשות לממש את זכויותיו, פוגעות בתחרות.

מטרתו של מאמר זה היתה לבחון האם הדין הישראלי מאזן נכונה בין שיקולי יעילות דינמית לבין שיקולי תחרות. לשם כך נבחנו דיני ההגבלים העסקיים החלים על יצירה או המצאה לאחר שזו קיבלה את הגנת דיני הקניין הרוחני, כמו גם הכללים המסדירים פעולה משותפת של גופים עסקיים לשם יצירת קניין רוחני חדש- בין במסגרת מיזוג בין חברות ובין במסגרת מיזם משותף. כפי שראינו לעיל, הכללים המסדירים את הדין בישראל אינם מאזנים תמיד נכונה בין השיקולים השונים המתחרים על הבכורה. הדבר בולט בעיקר בתחום המיזוגים, אשר אינם נותנים משקל ראוי לשיקולי יעילות דינמית. גם בדיני המיזמים המשותפים עדיין לא ברור מהם הכללים המשפטיים אשר יחולו מקום בו מיזם משותף המקדם את היעילות הדינמית פוגע בצורה משמעותית בתחרות והלקוח הישראלי נפגע, ולו במעט, מהמיזם. המאמר מציע מספר כללים מאזנים אשר אימוצם עשוי לשפר את האיזון הדק, אשר כה חשוב לפעולתו התקינה של השוק הישראלי.

כן הוצעו ארבעה עקרונות איזון אשר על בתי המשפט ועל הממונה להחיל מקום בו בעל קניין רוחני מבקש לנצל את זכותו בדרך אשר נכנסת, לכאורה, לגדרו של חוק ההגבלים העסקיים. העיקרון הראשון קובע כי אין להניח כי זכות קניין רוחני פוגעת בתחרות וכי אין להגביל את השימוש בזכות מכח דיני ההגבלים העסקיים אלא אם הזכות פוגעת בתחרות. העיקרון השני קובע כי, בכפוף לעיקרון הרביעי המפורט להלן, יש להימנע מהחלת דיני ההגבלים העסקיים בדרך שתפגע בזכויות הפנימיות העומדות בבסיס דיני הקניין הרוחני, גם אם מימוש זכויות אלו פוגע בתחרות. על כן, חוק ההגבלים העסקיים לסגת מקום בו התנהגות בעל הקניין הרוחני הנה "אינהרנטית" לזכות הקניין הרוחני. העיקרון השלישי, המהווה למעשה עקרון הופכי לעיקרון השני, קובע אין להכשיר מטעמי הגנה על קניין רוחני גרידא כל פעולה של בעל זכות קניין רוחני אשר איננה נדרשת באופן סביר למימוש זכותו והפוגעת בתחרות. העיקרון רביעי קובע כי במקרים בהם מימוש זכויות הפנימיות של בעל הקניין הרוחני מביאה לפגיעה כה קשה בתחרות אשר, על פניה, איננה מתחייבת לשם יצירת תמריצים ליעילות דינמית, לא תינתן עדיפות מוחלטת לזכות הקניין הרוחני. עיקרון זה מתחייב על מנת למנוע את אותן התנהגויות הנופלות לגדר הזכות הפנימית אולם תוצאתן הינה פגיעה קשה ומתמשכת בפעולתו התחרותית של השוק, בלא יתרונות מאזנים לרווחה החברתית. המאמר הדגים את תחולתם של עקרונות אלו במקרים רבים.

כן בחן המאמר את השאלה האם העקרונות המוצעים יכולים להיות מיושמים במסגרת חוק ההגבלים העסקיים. כפי שהוצע, ניתן לפרש את הפטור להסדרי שימוש בקניין רוחני, הסעיף היחיד בו התייחס המחוקק להתנגשות אפשרית בין מערכות הדינים, כך שהוא יעלה בקנה אחד עם כללי האיזון המוצעים. בנוסף, הוצעה פרשנות של מושגי השסתום הרבים הפזורים בחוק ההגבלים העסקיים אשר תאפשר להחיל את החוק בדרך

שתעלה בקנה אחד עם כללי האיזון המוצעים גם באותם המקרים שאינם נופלים בגדר הפטור המפורש. בית הדין, בהחלטה הבודדת אשר בה נדרש איזון בין מערכות הדינים, החיל כללים אשר איזנו נכונה ביניהן. יש לקוות כי גם בעתיד ימשיכו בתי המשפט לילך בדרך זו ויאזנו נכונה בין האינטרסים השונים המחרים על הבכורה גם במקרים המעלים דילמות קשות. כפי שהודגש לא אחת, קביעת כללי איזון ראויים הינה משימה חיונית בכלכלה המודרנית. שאם לא כן, יצא שכרנו - בהגנת התחרות - בהפסדנו – בפגיעה ברווחה החברתית.

**Working and Position Papers**

- 1) Lach, S., "Do R&D Subsidies Stimulate or Displace Private R&D? Evidence from Israel", Science, Technology and the Economy Program (STE) – Working Papers Series, March 2001.
- 2) Trajtenberg, M., "R&D Policy in Israel: An Overview and Reassessment", Science, Technology and the Economy Program (STE) – Working Papers Series, March 2001.
- 3) Lichtenberg, F. R., "Sources of U.S. Longevity Increase, 1960-1997", Science, Technology and the Economy Program (STE) - Working Papers Series, November 2000.
- 4) Peled, D., "Defense R&D and Economic Growth in Israel: A Research Agenda", Science, Technology and the Economy Program (STE) - Working Papers Series, March 2001.
- 5) Trajtenberg, M., "Innovation in Israel 1968-1997: A Comparative Analysis using Patent Data", Science, Technology and the Economy Program (STE) - Working Papers Series, 2001.
- 6) Silipo, D.B. and Weiss, A., "Cooperation and Competition in R&D with Uncertainty & Spillovers", Science, Technology and the Economy Program (STE) - Working Papers Series, August 2001.
- 7) Lach, S. and Sauer, R.M., "R&D, Subsidies and Productivity", Science, Technology and the Economy Program (STE) - Working Papers Series, September 2001.
- 8) Bizan, O., "The Determinants of Success of R&D Projects: Evidence from American-Israeli Research Alliances", Science, Technology and the Economy Program (STE) - Working Papers Series, September 2001.
- 9) Ber, H., "Is Venture Capital Special? Empirical Evidence from a Government Initiated Venture Capital Market", Science, Technology and the Economy Program (STE) - Working Papers Series, February 2002.

- 10) Blass, A. and Yosha, O., "Financing R&D in Mature Companies: An Empirical Analysis", Science, Technology and the Economy Program (STE) - Working Papers Series, April 2002.
- 11) Breznitz, D., "Conceiving New Industrial Systems: The Different Emergence Paths of the High-Technology Industry in Israel and Ireland", Science, Technology and the Economy Program (STE) - Working Papers Series, May 2002.
- 12) Gandal, N. "A First Look at Internet Business Methods Patents", Science, Technology and the Economy Program (STE) - Working Papers Series, May 2002.
- 13) Breznitz, D., "The Military as a Public Space—The Role of the IDF in the Israeli Software Innovation System", Science, Technology and the Economy Program (STE) - Working Papers Series, May 2002.
- 14) Bar-Eliezer, S. and A. Bregman, "The Impact of Research and Development Spillover on Growth and Productivity in Israeli Manufacturing Industries 1990–1994", Science, Technology and the Economy Program (STE) - Working Papers Series, September 2002.
- 15) Shaked, A., "Universal Banking and Investment in R&D Intensive Firms-An Empirical Investigation", Science, Technology and the Economy Program (STE) - Working Papers Series, September 2002.
- 16) Bental, B. and D. Peled, "Quantitative Growth Effects of Subsidies in a Search Theoretic R&D Model", Science, Technology and the Economy Program (STE) - Working Papers Series, October 2002.
- 17) Dan Galai and Zvi Wiener, "A Micro-Economic Approach to Government Support of R&D Investments in the Private Sector",



Science, Technology and the Economy Program (STE) -  
Working Papers Series, November 2002.

- 18) Lach S., Schankerman M., "Incentives and Invention in Universities", Science, Technology and The Economy Program (STE) Working Papers Series STE-WP-18-2003, May 2003.
- 19) Miron E., Erez M., Naveh E., "Do Personal Characteristics and Cultural Values that Promote Innovation, Quality, and Efficiency Compete or Complement Each Other?", Science, Technology and The Economy Program (STE) Working Papers Series STE-WP-19-2003, June 2003.
- 20) Avnimelech, Gil and Morris Teubal, "Evolutionary Venture Capital Policies: Insights from a Product Life Cycle Analysis of Israel's Venture Capital Industry", Science, Technology and The Economy Program (STE) Working Papers Series STE-WP-20-2003, November 2003.
- 21) Breznitz, Dan, "Innovation and the Limits of State's Power: R&D and Industrial Policy in Taiwan in IC Design and Software", Science, Technology and The Economy Program (STE) Working Papers Series STE-WP-21-2004, April 2004.
- 22) Cohen-Goldner, Sarit and Zvi Eckstein, "Immigrants in the Hi-Tech Sector: Comparison to Natives and the Effect of Training", Science, Technology and The Economy Program (STE) Working Papers Series STE-WP-22-2004, October 2004.
- 23) Ber, Hedva and Yishay Yafeh, "Can Venture Capital Funds Pick Winners? Evidence from Pre-IPO Survival Rates and Post-IPO Performance", Science, Technology and The Economy Program (STE) Working Papers Series STE-WP-23-2004, October 2004.

- 24) Jonathan Menuhin and Niron Hashai, "Firm Growth Profiles (FGPs): Towards an Action-Based View of Firm Development", Science, Technology and The Economy Program (STE) Working Papers Series STE-WP-24-2005, January 2005.
- 25) Avnimelech, Gil and Morris Teubal, " Evolutionary Innovation and High Tech Policy: What can we learn from Israel's Targeting of Venture Capital?", Science, Technology and The Economy Program (STE) Working Papers Series STE-WP-25-2005, March 2005.
- 26) Frenkel, Amnon , Daniel Shefer, Michal Miller , "Public vs. Private Technological Incubator Programs: Privatizing the Technological Incubators in Israel", Science, Technology and The Economy Program (STE) Working Papers Series STE-WP-26-2005, March 2005.
- 27) Gal, Michal, "Monopolies in Competition: The Balance between Innovativeness and Competition in the Israeli Competition Law", Science, Technology and The Economy Program (STE) Working Papers Series STE-WP-27-2005, March 2005. In Hebrew.