



רשות ההגבלים העסקיים

החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל

הסכם בין Danzas AEI Inc. לבין אבי ודני רייק

1. פתח דבר

ביום 8 בדצמבר 2002 הוגשה בקשה למתן פטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, להסכם בין Danzas AEI Inc. (להלן: "דנזס") לבין AEI פליינג קרגו שירותים לוגיסטיים בע"מ (להלן: "פליינג קרגו") וה"ה אבי ודני רייק (להלן: "רייק"). עניינה של בקשה זו בכבילות הנלוות למיזוג בדבר התחייבות הצדדים לאי תחרות בעסקי החברה הנמכרת.

לאחר שבחנתי את ההסדר שוכנעתי כי בהתאם להוראת סעיף 3(8) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים") הכבילות שבהסכם אינן הסדרים כובלים. מטעם זה אין ההסדרים נדרשים לפטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים.

אפרוש כעת נימוקיי.

2. ההסכם

2.1 הצדדים

פליינג קרגו, היא חברה פרטית אשר עובר להסכם זה הייתה בבעלות Danzas AEI Inc. ורייק בחלקים שווים. החברה עוסקת במתן שירותים לוגיסטיים הכוללים אחסון טובין ומתן שירותים נלווים, כגון ניהול מלאי והובלה אל המחסן וממנו. כמו כן, מצויה בבעלותה המלאה של פליינג קרגו Flying Cargo Logistics Service Inc. הרשומה ופועלת בארה"ב בלבד בתחום דומה לפעילות פליינג קרגו בישראל.

דנזס, היא חברה הרשומה בארה"ב אשר לא היה לה, עובר להסכם זה, כל פעילות בישראל לבד מאחזקותיה בפליינג קרגו. דנזס פועלת מחוץ לישראל בתחום דומה לפעילותה של פליינג קרגו בישראל.

רייק מחזיקים במספר חברות בשוק המקומי העוסקות במגוון של פעילות וביניהם¹ –

1. פליינג קרגו בע"מ המהווה חברת אחזקות המחזיקה בחברות העוסקות בתחום השילוח הבינ"ל, עמילות מכס, בלדרות בינ"ל, הובלה יבשתית ושירותי מערכות מידע.
2. פליינג קרגו סוכנות לביטוח (1994) בע"מ הפועלת כסוכנת לביטוח ימי.
3. ל.ב.ג. שרתי מטען בע"מ העוסקת בהפעלת תחנת מטען נכנס עבור חברות תעופה.א.ד. שירותים ומחשבים בע"מ העוסקת בהפעלת תחנת מטען יוצא עבור חברות תעופה.
4. צ'אטה בע"מ המהווה חברת אחזקות המחזיקה בחברות העוסקות בתחום תוכנה ודיור בינ"ל.

עד פברואר 1999 החזיקו רייק במלוא הון המניות של פליינג קרגו. במועד זה מכרו 50% מאחזקותיהם לדנזס. ביום 15 בדצמבר 2002, אחר שהתייעצתי בועדה לפטורים ולמיזוגים, הודעתי על הסכמתי למיזוג בין פליינג קרגו ורייק לבין דנזס לפיו רכשו רייק בחזרה 50% ממניות פליינג קרגו מידי דנזס.

2.2 הכבילה

להסכם המיזוג כאמור, נלוותה תניית אי תחרות: דנזס מתחייבת בסעיף 5.2 להסכם שלא להתחרות בישראל בפליינג קרגו, במישרין או בעקיפין, בתחומי פועלה של פליינג קרגו עובר להסכם למשך של 18 חודשים ממועד סיום העסקה. עוד, מתחייבת דנזס בסעיף 6.1 להסכם, כי בתקופה האמורה תפעל לשימורם של לקוחותיה של פליינג קרגו כך שאלו יוותרו בידיה ולהפנות לפליינג קרגו את אלו הפונים אליה לקבלת שירותים בישראל בתחום פעילותה.

3. השפעת ההסכם על התחרות

בעסקת המיזוג מכרה דנזס, אשר החזיקה 50% ממניות פליינג קרגו את כלל אחזקותיה בחברה והיא מסיימת את יחסי שיתוף הפעולה שלה עם רייק בפליינג קרגו.

במצב דברים זה, ההסכם שלפנינו חוסה בגדרה של הוראת סעיף 3(8) לחוק ההגבלים העסקיים. הגבלת התחרות של דנזס בפליינג קרגו, למשך 18 חודשים ממועד סיום העסקה, המתוחם לתחום פעילותה של פליינג קרגו עובר להסכם הינה הגבלת תחרות סבירה ואינה בניגוד לנוהגים סבירים ומקובלים. אולם, מקום שהוגשה בקשת הפטור שלפני ועל מנת להסיר ספק אשר קיים בעניין זה בחרתי להרחיב דברים אלו -

הוראת סעיף 3(8) לחוק ההגבלים העסקיים קובעת כי לא תחשב כהסדר כובל -

"התחייבות של מוכר עסק, בשלמותו, כלפי רוכש העסק שלא לעסוק באותו סוג עסק, כשהתחייבות אינה בניגוד לנוהגים סבירים ומקובלים."

¹ רייק מחזיקים גם בא.פ.סי. (פליינג קרגו) נכסים (2001) בע"מ העוסקת באחזקת מקרקעין ובצומת מידע מחשוב וסחר חוץ בע"מ (44.8% ישירות ו- 35% בעקיפין) – העוסקת בתחום מתן שירותי מערכות מידע (מחשוב ותשתיות).

גדר הספקות של הצדדים להסדר נבע מהשאלה האם מכירת מלוא אחזקותיו של מוכר אשר אינו מגיעות לכדי 100% מהעסק מהווה "מכירת עסק בשלמותו" במובן הסעיף². כך במקרה שלפנינו מכרה דנוס את מלוא אחזקותיה בפליינג קרגו, אך לכאורה, ניתן לטעון כי מכירה זו אינה של העסק "בשלמותו" אלא אך של מחציתו.

השאלה האם "מוכר עסק, בשלמותו" אשר בסעיף 3(8) לחוק ההגבלים העסקיים יחול גם במקרה בו פורש שותף משותפות ומוכר את כלל אחזקותיו וזכויותיו בעסק הועלתה בדנ"א טבעול (דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56), ואולם, נותרה בצריך עיון. הרציונל שבבסיסה של הוראת סעיף 3(8) הנו לאפשר חיי מסחר תקינים בכל הנוגע למכירת עסקים על המוניטין שלהם³ ומפרט השופט מ' חשין כי –

"התחייבות לאי-תחרות נעשית, כמובן, לטובתו של קונה, ואולם באה היא בעליל גם לטובתו של מוכר; שלולא אותה התחייבות אפשר לא היה המוכר מוצא כלל קונה לעסק; ואילו בהתחייבות שלא לתחרות בקונה יוכל לזכות בתמורה המירבית עבור עיסקו... אשר לתחרות החופשית - והרי בה עיקר ענייננו עתה - לדעת המחוקק, כמסתבר, הפגיעה בה לא תהא חמורה; ומכל מקום, באיזון האינטרסים המושכים לצדדים מוצדקת היא: הן באשר מאפשרת היא לאדם לזכות – ובדין לזכות - בפירות המוניטין שצבר בעיסקו משך שנות עבודה רבות, והן באשר יש בפטור כדי לעודד – לטובת הכלל - זרימת עסקים מיד-ליד." (ראה דנ"א טבעול, פסקה 48 לפס"ד של השופט מ' חשין)⁴

כך, לרייק ודנוס אינטרס לגיטימי, העומד בבסיסו של סעיף 3(8), להבטיח כי הרכישה לא תרוקן משוויה על-ידי תחרות מאוחרת מצד דנוס, זאת על-מנת שתתקבל תמורה המגלמת את מלוא שווי הממכר⁵. אולם, יש לזכור כי הוראה זו חלה – בהתאם להוראת סעיף 3(8) - רק ככל שעסקינן במכירת עסק "בשלמותו" דהיינו זו –

"אינה אך מכירה של מניות בחברה, של בית, של מכונות, של ציוד, של חומרי-גלם, של חשבונות בנק ושל עוד כיוצא-באלה נכסים. מכירת עסק בשלמותו כונסת אל תוכה את כל העסק כולו, לרבות המוניטין של העסק; ומכירת עסק ומוניטין יכולה שתשמיע ותחייב - במהלך הדברים הרגיל ובין אנשי-עסק ישרים והגונים - כי לאחר המכירה לא ימשיך המוכר לעסוק באותו עסק כמתחרה לקונה." (דנ"א טבעול, שם)

² על שיש לנקוט בפרשנות מצמצמת אשר לתחולת סעיף 3(8) על סעיפיו ראה החלטה בדבר מתן פטור להסדר כובל בעסקאות אלסינט בע"מ - Picker International Inc. ואלסינט בע"מ - GE Medical Systems ; 1999 הגבלים עסקיים 3001950 והמובאות שם.

³ ראה דבריו של כב' השופט י' גולדברג בע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד נב(3) 145, 178.

⁴ ראה גם Commission Notice On Restrictions Directly Related And Necessary To Concentration, OJ C 188, 4.7.2001, p. 5:

"Such non-competition clauses guarantee the transfer to the acquirer of the full value of the assets transferred, which in general include both physical assets and intangible assets, such as goodwill accumulated by the vendor or the Know-how she/he has developed"

⁵ על אינטרס זה תבקש להגן – ככל שאין חלה הוראת סעיף 3(8) לחוק ההגבלים - הטייטא אותה פרסמתי באחרונה להערות הציבור בדבר כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג לכבילות נלוות למיזוגים), התשס"ב – 2001 בסעיפים 1(א), (ב), 4 וראה גם ראה גם החלטה בדבר מתן פטור להסדר כובל בין BEA E-Platform System Ltd. לבין ג'ון ברייס מוצרים בע"מ, מר עמיקם מרקוס וליעם מערכות תוכנה בע"מ; 2001 הגבלים עסקיים 3011917 ; ראה גם החלטה בדבר מתן פטור להסדר כובל בין קבוצת דיזנהויז לבין טסים עתידים; 2001 הגבלים עסקיים 3011157.

לדידי, על אף שדנזס מוכרת "אד" 50% מן העסק ולא את העסק בכללותו, עניינינו במכירת עסק בשלמותו.⁶ דנזס, מנקודת ראותה, מוכרת עסק בשלמותו שכן, משמעות הדבר שלא נותרת בידה כל אחזקה או זכות בעסק זה.⁷ עניינינו של הסעיף ביציאה "שלמה" של אדם (דנזס במקרה זה) מהענף. יציאה זו, כשהיא מוחלטת, דהיינו – ללא שיור של עיסוק באותו ענף מזכה את הרוכש בהתחייבות המוכר כי לא יוסיף להתחרות בו במסגרת אותו ענף בו פועל העסק הנמכר. על רקע רצינול רחב זה יש לפרש את סעיף 3(8) לחוק ההגבלים העסקיים. כאשר היציאה מן "העסק" היא שלמה ואין המוכר מוסיף לעסוק באותו ענף⁸ והדבר הותר, ככל שצריך היה היתר, לפי פרק המיזוגים, שוב אין כל צידוק ממשי לשלול מן המוכר את הזכות לקבל פרמיה מלאה על התחייבות אי התחרות שלו. זהו המצב, על פי המדוות, במקרה דנן. לדנזס אין פעילות נוספת בענף זה בישראל. מכאן כי חל סעיף 3(8).

4. סוף דבר

מאחר שהגעתי למסקנה כי הכבילות המפורטות בהסכם בין דנזס לרייק חוסות בגדרה של הוראת סעיף 3(8) לחוק ההגבלים העסקיים ועל כן, לא תחשבנה כהסדרים כובלים, לא ראיתי כל צורך להשתמש בסמכות הנתונה לי בסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים ולהעניק את הפטור המבוקש להסדר.

ברם, מאחר והצדדים ביקשו להיזקק לפטור זה והואיל ולכאורה עשויה לעמוד להם לרועץ הטענה כי התחייבות אי התחרות אינה עומדת בנוהגים סבירים ומקובלים רואה אני ליתן להם פטור בגין כבילה זו ככל שמדובר בתקופה של אי תחרות של 18 חודשים ממועד החלטתי זו.

דרור שטרום

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, ז' אדר א' ה'תשס"ג

9 פברואר, 2003

⁶ לעמדה חולקת ראה דיויד גילה, "לקראת מדיניות משפטית חדשה כלפי תניות אי תחרות", **עיוני משפט** כג (תש"ס) 63, 106-107 וראה גם המ' (ת"א) 6623/97 **טבעול (1993) בע"מ נ' מדינת ישראל ואח'**, תקדין-מחוזי 97(2) 247, פסקה 5.

⁷ ראה **החלטה בדבר מתן פטור להסדר כובל בין GE Medical Systems, אלסינט בע"מ ואלג'מס בע"מ**; 2000 **הגבלים עסקיים** 3011910.

⁸ פרשנות זו של הפטור אינה מצרה ואינה מרחיבה. כך, ככל שלאדם אחזקות בשני עסקים באותו ענף והוא מוכר את אחזקותיו באחד מהם למתחרה שלישי בענף, אין הוא רשאי להתחייב לאי תחרות ולא יחול סעיף 3(8) גם אם מכר 100% מעסק אחד בענף אך נותר באחר.