



רשות ההגבלים העסקיים

פטור מאישור בית הדין להסדר כובל:

עסקאות אלסינט בע"מ - Picker International Inc.

ואלסינט בע"מ - GE Medical Systems

1. מבוא

ביום 19.10.98 נתתי הסכמתי לשני מיזוגים: הראשון בין חברת אלסינט בע"מ לבין Picker International Inc., והשני בין חברת אלסינט בע"מ לבין GE Medical Systems (להלן, בהתאמה: **אלסינט**, **פיקר ו - GE**). עניינן של שתי בקשות הפטור הנדונות כאן בכבילות נלוות למיזוגים האמורים,¹ שמהותן אחת: התחייבות לאי-תחרות מול פיקר ומול-GE (להלן, ביחד: **הרוכשים**), כאשר התחייבות זו חלה הן על אלסינט והן על חברות נוספות המצויות במעלה שרשרת האחזקות באלסינט.

הסדרים כובלים הנלווים למיזוג נחוצים לא אחת להשלמתו ולקידום מטרותיו; אף על פי כן, בשלב זה אין הם נבחנים יחדיו, כמקשה אחת. מיזוג ברשות עצמו הוא עומד, וכבילותיו ברשות עצמן. עדיין חסרים אנו הכרעה כוללת בשאלה מתי יש לראות בהסדרים כובלים הנלווים למיזוג והחיוניים לביצועו חלק אינטגרלי מעסקת המיזוג עצמו המייתר את בחינתם העצמאית, ויש לבחון אותם בנפרד מאותה עסקה.² לא אקבע כאן עמדה בסוגיה עקרונית זו, ואותיר אותה בצריך עיון; משבאה בקשת הפטור הנוכחית בפני, אדון בה.

עצם התחייבותה של אלסינט לאי-תחרות כלפי רוכשי קווי הייצור והפיתוח השונים אינה נחשבת להסדר כובל, אם התחייבות זו היא הכבילה היחידה בהסכם, ואם היא מקיימת את התנאים שבחוק. זו הוראתו של סעיף 3(8) לחוק ההגבלים העסקיים, לפיו לא תיחשב ככבילה -

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

¹ ראה החלטות הממונה בתיקים: מזג 2582 ומזג 2576, בהן צוין כי "אישור זה ניתן לבקשת המיזוג ואין בו משום מתן הכשר או אישור, מבחינת דיני ההגבלים העסקיים, לכל פעולה אחרת זולת ביצוע המיזוג לבדו... אין באישור זה משום היתר או מתן פטור לכל כבילה שבהסכם המיזוג".

² לאחרונה נדונה תניית אי-תחרות בפסק דין של בית המשפט העליון, ושם פורש הפטור שבסעיף 3(6) כחל ממילא גם על תניית אי התחרות שנלוותה לעסקה, שנתפסה כדרושה לקיום תכלית העסקה. העובדות הצריכות לשאלת הזיקה בין פסק הדין ונסיבותיו לבין נסיבות ענייננו לא הובאו בפני, אך נראה כי מדובר בשני נושאים שונים: האחד - תחולת סעיף 3(6) לחוק על תניית אי-תחרות הנלווית לעסקה, והשני - תחולת הוראת הפטור שבסעיף 3(8) (יהא רוחבה אשר יהא) על הוראה הכובלת תחרות עתידית מצד גופים הקשורים, במידה זו או אחרת, לאלה המבצעים בעצמם את העסקה. ראה: רע"א 2059/98 וולטה **ייצוב קרקע בע"מ נ' P.R.S. מדיטרנין בע"מ**, טרם פורסם.

ייחודה של בקשת פטור זו בכך שהגורמים המגבילים עצמם בהסכם שלא להתחרות אינם רק המוכרים הישירים של ה"עסק" בו מדובר, אלא גם "הוריהם", "הורי הוריהם", ואף תאגיד בעל החזקות משמעותיות בהורי ההורים. בכך מתרחב באופן משמעותי מעגל העסקים המושפעים (והעלולים להיות מושפעים) מתניית אי התחרות; כפי שנראה להלן, בכך יוצא ההסדר מגדר הפטור הטמון בסעיף 3(8) לחוק.

עם זאת, אחר שעמדתי על טיב בקשותיהן של החברות פיקר ו - GE, מצאתי כי הכבילות בהן עסקינן מגבילות "באופן לא משמעותי את התחרות בעסקים", לפי אמות המידה שנקבעו לפרשנות סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח 1988- (להלן: "החוק").³ על כן החלטתי כי כבילות אלה ראויות לפטור. להלן נימוקיי.

³ לפרשנות סעיף 14 לחוק ראה, לדוגמא: החלטת הממונה על אי מתן פטור בפרשת אנרגית המזרח התיכון (טרם פורסם); תה"ע 1393 בנק אדנים למשכנתאות בע"מ ואח' נ' המועצה הישראלית לצרכנות (טרם פורסם); ערר 1/97 איסכור שירותי פלדות בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח' (טרם פורסם).

2. מפת דרכים

1	1. מבוא
3	2. מפת דרכים
4	3. המיזוגים, הכבילות הנלוות להן והשפעתן על התחרות
4	3.1 אלסינט
4	3.2 עסקת אלסינט - פיקר
5	3.3.3.3 עסקת אלסינט - GE
7	4. האם חל סעיף 3(8) לחוק על חברות במעלה שרשרת האחזקות?
7	4.1 הטעם לפטור הקבוע בסעיף 3(8) לחוק
8	4.2 טענת מבקשי פטור זה
8	(א) הפרשנות הראויה להוראות סעיף 3 לחוק - מצמצמת
9	(ב) אין ליתן להוראת סעיף 3 פרשנות מרחיבה
9	(ג) פטור גורף לכבילות של גופים קשורים אינו מוצדק לגופם של דברים
9	(ד) המבחן
12	(ii) הדין המשווה באירופה
13	(iii) הדין המשווה בארה"ב
19	5. בחינת הסוגיה בפריזמת סעיף 14 לחוק
20	6. משך תניית אי התחרות
21	7. סוף דבר

3. המיזוגים, הכבילות הנלוות להן והשפעתן על התחרות

1 אלסינט

אלסינט היא חברה ישראלית שעיסוקה פיתוח,⁴ ייצור ומכירת סורקי הדמיה רפואית בשטחים המפורטים להלן, ומתן שירותים למכשירים אלה. חטיבות הייצור של אלסינט נחלקות כך:

1. טומוגרפיה ממוחשבת - CT (Computed Tomography) - מכלול רנטגן המסתובב סביב הגוף הנבדק ומגבש פלט המעובד במחשב לתמונה תלת-ממדית של הגוף.

2. הדמיה בתהודה מגנטית - MRI (Magnetic Resonance Imaging) - קבלת תמונה באמצעות מחשב על ידי שימוש בשדות מגנטיים חזקים והומוגניים ובתכונות מגנטיות של גרעיני אטומים שונים בגוף המייצרים אותות הניתנים למדידה.

3. רפואה גרעינית - NM (Nuclear Medicine) - שיטה המבוססת על גילוי קרינת גאמא הנפלטת מחומרים רדיו-פרמצבטיים המוזרקם לגוף; בעזרת מערכות אלקטרואופטיות נבנית מפת התפלגות של החלקיקים, היכולה לספק מידע על האיברים הנבדקים.

לאלסינט חטיבה נוספת, אשר על פי המידע שנמסר לנציגי הרשות קטנה היא ופחות משמעותית, הפועלת בתחום מכשירי הממוגרפיה.

היקף המכירות של אלסינט בשנת 1997 היה כ- 303 מליון דולר, הרווח הנקי היה כ- 0.7 מליון דולר,⁵ ושווי שוק החברה ליום 28.10.98 היה כ- 180 מליון דולר.⁶

2 עסקת אלסינט - פיקר

את חטיבת ה- CT של אלסינט רכשה במלואה, במסגרת המיזוג שאושר, חברת פיקר הבריטית,⁷ העוסקת גם היא במערכות להדמייה רפואית. כאמור לעיל מיזוג זה אושר; אנו, ענייננו בהסדר הכובל בין הצדדים, הבא לידי ביטוי בתניית אי התחרות שבסעיף 5.14 לחוזה בין הצדדים. בסעיף זה התחייבו אלסינט, אלביט הדמיה רפואית בע"מ,⁸ אלביט החזקות רפואיות בע"מ,⁹ ואלרון תעשיה אלקטרונית בע"מ (להלן,

⁴ חברת אלסינט - מקבוצת דיסקונט השקעות, והיא מוחזקת בידי חברת אלרון. לפירוט שרשרת ההחזקה ראה הערה 9 להלן.

⁵ Elscint 1997 Annual Report, p. 18.

⁶ ע"פ נתוני הבורסה ליום 28.10.98.

⁷ חברת פיקר היא חברה בת בבעלות מלאה של GEC Inc. מקבוצת General Electric Company p.l.c. הבריטית. אין קשר בין קבוצה זו לבין קבוצת G.E. האמריקאית.

⁸ המכונה בחוזה EMI - Elbit Medical Imaging.

בהתאמה: "אלביט הדמיה", "אלביט החזקות" ו"אלרון",¹⁰ שלא להתחרות בפיקר ואף למנוע מכל תאגיד אחר בשליטתם מלהתחרות בפיקר, לתקופה בת ארבע שנים - בכל הנוגע לעיסוק בפעילות ייצור או מכירה של מוצרים או שירותים מן הסוג אותם מכרה אלסינט לפיקר, ולתקופה בת שנתיים - בכל הנוגע להעסקת עובדי חטיבת ה-CT של אלסינט. וכך נאמר בהסכם בין הצדדים:

"Agreement Not To Compete"

- (a) Seller, EMI, EMH and Elron understand that Purchaser shall be entitled to protect and preserve the going concern value of the Business ... therefore, seller, EMI, EMH and Elron shall not, and shall cause any entity controlled by them not to, directly or indirectly:
 - (i) for a period of four years after the Closing Date, engage in activities or businesses, or establish any new businesses, that are substantially in competition with the world wide Business as conducted or operated by Purchaser...
 - (ii) for a period of two years after the Closing Date, perform any action, activity or course of conduct that is substantially detrimental to the Business or its business reputation, including (A) soliciting, recruiting or hiring any employees of the Business..."¹¹

היקף התניה תוחם: ראשית, פורט כי ההסדר נועד - "...to protect and preserve the going concern value of the Business to the extent permitted by law"¹² ושנית, ההסדר סויג באופן המאפשר לאלסינט, אלביט הדמיה, אלביט החזקות ואלרון להשתמש במכשירי CT לצורכי עבודתם השוטפת במתן שירותים קליניים - "the use of CT Scanners as part of their business of providing clinical services..."¹³, וכן לפתח, לייצר, לשווק או לתת שירותים במכשירי הדמיה רפואית ככל שאינם מכשירי CT.

3 עסקת אלסינט - GE

GE רכשה מאלסינט, בהסכם מיום 17.11.98, את שתי החטיבות המשמעותיות הנותרות של החברה: חטיבת ה-MRI וחטיבת ה-NM. בתחום ה-MRI נרכשו פעילות המחקר, הפיתוח, ההרכבה, המלאי, ההפצה, השיווק והשירות בארץ ובעולם, ובתחום ה-NM נרכשו פעילות ההפצה, המלאי, השיווק והשירות

⁹ המכונה בחוזה EMH - Elbit Medical Holdings.

¹⁰ אלרון מחזיקה בכ- 40% מאלביט הדמיה, אלביט הדמיה מחזיקה ב- 100% מאלביט החזקות ובאמצעותה, בכ- 55% מאלסינט.

¹¹ Section 5.14 of the Asset Purchase Agreement between Elscint Limited, an Israeli company ("seller"), and Picker International, Inc., a New York corporation ("purchaser").

¹² שם.

¹³ שם.

בארץ ובעולם.¹⁴ לאחר המיזוג הנוכחי תמשיך אלסינט לייצר, כקבלן משנה, חלפים ומרכיבים למערכות MRI עבור GE, ולמערכות בתחום ה - NM עבור אלג'מס.

במזכר הסכמה נפרד מהסכם הרכישה ("EMI/EMH Letter Agreement") הורחבו התחייבויות אלסינט והוחלו גם על אלביט הדמיה ואלביט החזקות, באופן שחברות אלה לא יתחרו ב- GE בתחומים הנמכרים במשך 5 שנים. תקופה קצרה מזו (שנתיים ימים) נקבעה לאי-תחרות בכל הנוגע להעסקת עובדי החטיבות הנמכרות.

¹⁴ על פי הנתונים שהובאו בפנינו על ידי הצדדים, פעילות בתחומי המחקר, הפיתוח וההרכבה של חטיבת ה - NM נמכרו כבר ב - 1997 לחברה ישראלית בשם אלג'מס המצויה בהחזקת אלסינט ו - GE בחלקים שווים. עסקה זו לא היתה בפנינו ואין אנו מביעים דעה כאן על נפקותה והיבטיה באספקלריה של חוק ההגבלים העסקיים.

4. האם חל סעיף 8(3) לחוק על חברות במעלה שרשרת האחזקות?

בכל הנוגע לאי התחרות שאלסינט התחייבה לו, הגעתי לכלל מסקנה כי חלה הוראת סעיף 8(3) לחוק; המגבלות שנטלה על עצמה אלסינט עולות בקנה אחד עם מגבלות סעיף 8(3) ולכן באות בגדרו.

עם זאת, הועלתה בפני בהקשר פטור זה טענה עקרונית, כי הפטור שבסעיף 8(3) חל לא רק על החברה שהיא צד ישיר לעסקה אלא גם על צדדים קשורים ואפילו רחוקים למדי. נדרשתי לכן לשאלה האם חלה הוראת הפטור שבסעיף 8(3) לחוק גם על תניות אי התחרות שהתחייבו בהן אלביט הדמיה, אלביט החזקות ואלרון, ואשר מגבילות אותן כלפי החברות הרוכשות (פיקר ו - GE) מהתחרות בשוק סורקי ההדמיה הרפואית.¹⁵

אם הוראת הפטור חלה כאמור, הרי שסעיף 2 לחוק אינו חל, ואין כל צורך בקבלת פטור להתחייבויות אלה מכוח הוראת סעיף 14 לחוק; מאידך, אם הוראת הפטור שבסעיף 8(3) אינה חלה על הגופים הקשורים באלסינט אלא רק עליה עצמה, יש טעם בדיון מכוח הוראת סעיף 14 לחוק. על רקע זה בא הדיון שלהלן, בפרשנות הוראת סעיף 8(3) לחוק.

1 הטעם לפטור הקבוע בסעיף 8(3) לחוק

הפטור הקבוע בסעיף 8(3) לחוק, המתיר למוכר עסק בשלמותו להתחייב כלפי רוכש העסק שלא לעסוק באותו סוג עסק, כשההתחייבות אינה בניגוד לנוהגים סבירים ומקובלים, נועדה לאפשר לרוכש עסק בשלמותו ליהנות ממכלול הנכסים (מוחשיים ולא-מוחשיים) אותם רכש במסגרת העסקה, ולהעניק לרוכש בטחון כי מכלול נכסים זה לא ייפגע בשוויו מייד לאחר ביצוע העסקה בגין תחרות מצד המוכר.¹⁶ תחרות מצד המוכר, בעסק שזה עתה מכר, אינה עולה בדרך כלל עם נוהגי מסחר מקובלים; היא עלולה לפגוע בשטף העסקאות ובניידות בעולם המסחר. תמריציהם של גופים עסקיים להתייעל באמצעות מיזוגים ורכישות ייפגעו בנסיבות כאלה. אך טבעי הוא, כי רוכש העסק יבקש להבטיח עצמו מפני תוצאה קשה זו, באמצעות תניית אי-תחרות. תניית אי-תחרות משרתת בנסיבות אלה גם את ענייניו של המוכר: התחייבות שלא להתחרות מעלה את שווי הממכר, ומאפשרת למוכר לקבל ערך גבוה יותר תמורתו.

היטיב לבטא סוגיה זו השופט Taft בפרשת United States V. Addyston Pipe & Steel Co.:

“It was of importance, as an incentive to industry and honest dealing in trade, that, after a man had built up a business with an extensive good will, he should be able to sell his business and good will to the

¹⁵ כלפי פיקר התחייבו אלביט הדמיה, אלביט החזקות, ובנוסף - אלרון, באי-תחרות; כלפי GE התחייבו אלביט הדמיה ואלביט החזקות בלבד.

¹⁶ לפרשנות המונח “רוכש עסק בשלמותו” ראה ע”א 6222/97, טבעול (1991) בע”מ נ’ מדינת ישראל ואח’, דינים עליון, כרך נ”ד, 10. כאמור שם, “עסק בשלמותו” עשוי להיות גם חלק נפרד מובחן של מעסק רחב יותר.

best advantage, and he could not do so unless he could bind himself by an enforceable contract not to engage in the same business in such a way as to prevent injury to that which he was about to sell".¹⁷

זהו בקליפת אגוז הרקע לפטור הקבוע בסעיף 3(8) לחוק.

2 טענת מבקשי פטור זה

טענו בפניי המבקשות כי עלי לראות את הפטור הקבוע בסעיף 3(8) לחוק כחל לא רק על החברה הנמכרת - אלסינט - אלא גם על החברה השולטת בה (אלביט החזקות), על החברה הסבתא השולטת בחברה האם (אלביט הדמיה), ועל בעלת ההחזקה הדומיננטית בחברה הסבתא - (אלרון). לגישתן, הגיונו של הפטור שבסעיף 3(8) מחייב לראותו כחל לא רק על כבילות שצד להן החברה הנמכרת, אלא גם על כבילות שצד להן כל החברות שבמעלה שרשרת האחזקות מעליה. לטענת המבקשות, התחייבות מצדן שלא להתחרות בחברות הרוכשות (פיקר ו - GE) אינה כבילה הבאה בגדרי החוק, בהיותה נחוצה לביצוע העסקה בדיוק כפי שהתחייבות מוכר העסק עצמו נחוצה לכך. לטעמן, למרות העובדה לפיה לשון סעיף 3(8) עניינה "מוכר עסק" בלבד, ועל-פי לשונו אין הסעיף חל על חברות שבמעלה שרשרת האחזקות, יש ליתן לסעיף פרשנות מרחיבה יותר, ולפרש את סעיף 3(8) כחל גם על כל החברות המצויות במעלה שרשרת האחזקות, משל היו הן ישות אחת.

אין דעתי כדעתן. אבאר טעמי.

(I) הפרשנות הראויה להוראות סעיף 3 לחוק - מצמצמת

כאשר חל סעיף 3 לחוק על הסדר כובל - הסדר הפוגע בתחרות בעסקים - יש לכך תוצאה רחבה ובוטה. סעיף 3 לחוק מקים חזקה חלוטה לחוקיות כל הסדר הבא בגדרו - חוקיות per se מכוח החוק, הפוטר מעול החוק כל הסדר כובל ותהא פגיעתו בתחרות קשה ככל שתהא. את שפטור מכוח סעיפיו הקטנים של סעיף 3 לחוק כלל לא ניתן לבחון בהיבט הפגיעה בתחרות. תוצאה זו קשה היא, ויש לכן לנהוג בפרשנות סעיפיו הקטנים של סעיף 3 משנה זהירות. יש למקד את חלופות סעיף 3 לאותם מקרי גרעין בהם סבר המחוקק כי ראויים הם, מבחינה עניינית, לפטור.

בכך אין משום חידוש, וכבר נקבע בעבר כי פרשנות סעיפים אלה תהא מצמצמת. עמד על כך בית הדין להגבלים עסקיים עת פירש אחד מסעיפיו הקטנים של סעיף 3 לחוק:

"יש לזכור כי עניין לנו בחריג שנועד להסיר את תחולת החוק מעל הסדרים שבמהותם הנם הסדרים המגבילים את התחרות, וכנאלה פוגעים בטובת הציבור. לפיכך, יש לפרש חריג זה בצמצום".¹⁸ (ההדגשה הוספה)

¹⁷ United States V. Addyston Pipe & Steel Co., 85 F. 271, 280

¹⁸ תה"ע 1393 בנק אדנים למשכנתאות בע"מ ואח' נ' המועצה הישראלית לצרכנות, פסקה 20.5, טרם פורסם.

כך, טענה לפיה יש ליתן להוראה מהוראות סעיף 3 פרשנות מרחיבה, אינה עולה בדרך כלל עם הדין הרצוי,¹⁹ ואין לראותה כחלק מן הדין המצוי.

(II) אין ליתן להוראת סעיף 3 פרשנות מרחיבה

גם אלמלא כך נקבע, כי ראוי לפרש את הוראות הפטור שבסעיף 3 לחוק פרשנות **מצמצמת**, בוודאי שלא היתה כל אפשרות לנקוט לגביהן פרשנות **מרחיבה** דוגמת זו שמציעים המבקשים כאן. יש לזכור כי אי-תחולת פטור שבסעיף 3 על הסדר כובל אין משמעו כי ההסדר אינו בר ביצוע. כל משמעות הדבר היא שאותו הסדר ייבחן בפריזמת הוראות סעיף 2 לחוק; אם יימצא כי פגיעתו של ההסדר בתחרות אינה משמעותית - יינתן לו פטור מכוח סעיף 14 בידי הממונה, ואם יימצא כי טובת הציבור מחייבת אישורו חרף פגיעתו בתחרות - יינתן לו אישור מכוח סעיף 9 בידי בית הדין. כך, בעוד שפרשנות מרחיבה לפטורים שבסעיף 3 משמעה חוקיות *per se*, תהא פגיעתו של הסדר בתחרות קשה ככל שתהא, הרי שאי-הכללתו בהוראות סעיף 3 עדיין מותירה אפשרות נכבדה לאשרו ולנהוג לפיו.

נמצאנו, אם כן, כי פרשנות מצמצמת נדרשת להוראות סעיף 3 לחוק; ואף אם לא היתה - פרשנות מרחיבה בוודאי אינה מוצדקת.

(III) פטור גורף לכבילות של גופים קשורים אינו מוצדק לגופם של דברים

הטעם לדחיית פרשנות המבקשות כאן אינו רק טכני, ואינו מעוגן רק בהגיונו הכללי של פרשנות הסעיפים הקטנים של סעיף 3 לחוק; גם לגופם של דברים אין לקבל את גישת המבקשות, אשר טענו לתחולה רחבה של הפטור שבסעיף 3(8) לפי אמת מידה טכנית שעיקרה זיקת בעלות לתאגיד שביצע את העסקה.²⁰

(i) המבחן

העובדה לפיה בין שני גופים קיים קשר של בעלות או קשר של שליטה אינה בהכרח מקימה, כשלעצמה, חזקה כי הגוף האחד רשאי להגביל עצמו בתחרות בגין עסקה שעשה הגוף האחר. גם אין משמעה בהכרח כי לשני הגופים חירות לפגוע בתחרות בפועל או בכוח ביניהם.²¹ כאשר נבוא לבחון הגבלה בתחרות בין גופים קשורים (לרבות - כפי שבענייננו - מגבלה שלא להתחרות, שנטלה על עצמה חברה-אם בגין עסקה שבצעה חברה-בת), **נבחן את מערכת הקשרים הכלכליים בין התאגידים שנהגה בפועל ביניהם, וכן את המצגים שיצרו התאגידים באשר לאותה מערכת קשרים כלכלית כאשר במוקד עומד מבחן זה: האם קיימת ומוצגת זהות אינטרסים בין תאגידים קשורים, הפועלים לקידום אינטרס כלכלי משותף?**

¹⁹ השווה: רע"א 2059/88 וולטה ייצוב קרקע בע"מ נ' P.R.S. מדיטרנין בע"מ (טרם פורסם), לעניין פרשנות תכליתית לסעיף 3(6) ככזה הכולל לא רק את תקופת ההסכם אלא גם שנה לאחריה. מרחק רב בין פרשנות זו לבין עמדת המבקשות כאן, וראה להלן.

²⁰ כאמור בה"ש 10 לעיל, אף מדובר בענייננו בזיקת בעלות חלקית (55%), או אף מוגבלת מאד (40% באותם 55%). עם זאת, כמפורט להלן יפה הדיון הנערך כאן גם למקרים אחרים בהם שיעורי ההחזקה גבוהים יותר.

²¹ האמור כפוף כמובן להוראת הפטור שבסעיף 3(5) לחוק. ראה הדיון להלן.

מזה שנים ארוכות כך הדין הנוהג בישראל; הוא בא לכלל ביטוי עוד בפסק הדין בעניין תעשיות אלקטרו-כימיות (פרוטארום) בע"מ.²² באותו ענין קבע בית הדין להגבלים עסקיים (בגלולו דאז) כי "שני תאגידים שקיימת ביניהם קרבה (כגון, חברה וחברת בת), ייראו כיחידה כלכלית אחת, אם לגבי ייצור אותו מוצר קיימים בין שני התאגידים אינטרסים זהים, תאגיד אחד נשלט בידי התאגיד האחר ושני התאגידים פועלים לקידום אינטרס כלכלי משותף".²³ או-אז תיחוס זהות כלכלית לתאגיד שולט ולתאגיד נשלט, למרות המסך המשפטי הקיים ביניהם. אמנם, העובדה כי תאגיד אחד הוא בעליו - אולי אף בעליו היחיד - של תאגיד אחר, עשויה להעיד על כך כי לשני התאגידים אינטרסים זהים, אולם נסיבות העניין עשויות בהחלט להזים הנחה זאת. לדוגמא, כאשר שתי חברות מתחרות זו בזו, אף אם האחת בעלת האחרת או שתיהן באותה בעלות, ברור שאין להם אינטרסים כלכליים זהים, והן יראו כשתי יחידות נפרדות לעניין דיני ההגבלים העסקיים. חזקה לאי-זהות אינטרסים תקום גם כאשר שני תאגידים קשורים מציגים עצמם ככאלה שאין ביניהם זהות אינטרסים. נסיבות העניין הן שתכתבנה את הסיווג לפי מבחן קיומו והצגתו של אינטרס משותף בין תאגידים קשורים.²⁴

כמובן, כאשר בוחר אשכול חברות לגרום לכך כי התאגידים הפועלים במסגרתו גם לא יתחרו אחד בשני, גם לא יקיימו שונות באינטרסים הכלכליים ביניהם, וגם לא יציגו עצמם כלפי חוץ כמתחרים זה בזה, יעקבו דיני ההגבלים העסקיים אחר אותו מצב דברים. אינני רואה צורך לקבוע כאן קו תוחם ברור מתי יבואו נסיבות אלה בגדר הוראות סעיף 3 לחוק, או מתי יהא בהן כדי להצדיק "הרמת מסך" לצורך ייחוס חבות או אחריות, או לצורך שלילתן לעניין סעיף 2 לחוק או לעניין אחר.²⁵ דיני ההגבלים העסקיים מאפשרים לאשכול חברות לבחור לנהל ענייניו בזהות אינטרסים בין התאגידים השונים המנויים על שורותיו ולהציג דברים אלה כהווייתם בפני צדדים שלישיים. ברוח זו התבטא בית הדין להגבלים עסקיים בעניין פרוטרום:

²² עה"ע (י-ם) 1/89, תעשיות אלקטרו-כימיות (פרוטארום) בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, פ"מ תשנ"ב(3), 190.

²³ שם, עמ' 198. ההדגשה הוספה.

²⁴ בסעיף 5(3) יצר המחוקק חריג רחב יותר, ומבני באופיו, והוא פוטר מעולו של סעיף 2 לחוק התקשרויות בין חברה אם לחברה בת (ורק אותן, כפי שברור גם מהגיונם של דברים וגם מתולדות החקיקה) בכל מקרה בו רמת החזקות החברה האם בחברה הבת עולה על 50%. כאשר חריג רחב זה חל, אין צורך להידרש למבחנים שפורטו לעיל; אולם כאשר הוא אינו חל, יחולו מבחנים אלה. איני נדרש כאן לשאלת פרשנות סעיף 5(3) ורוחבו, ואין לי צורך לקבוע עמדה בשאלה מה הרכב מכלול הזכויות בתאגיד שצריך להיות מוחזק בידי החברה האם בשיעור של מעל 50% כאמור על מנת שיחולו הוראות סעיף 5(3) לחוק. אמנם בדברי ההסבר להצעת החוק שביסוד סעיף 5(3) נאמר כי - "הקשר בין חברת האם לבנותיה הוא קשר טבעי מבחינה כלכלית ובמסגרתו קשה לעמוד בדרישה להימנע מתיאום פעולות. נראה שאין לראות בחברה ובנותיה, שביניהם קיים הסדר כובל, צדדים שונים המגבילים ביניהם תחרות אלא יש לראותן כגוף אחד..." (הצ"ח 1647, התשמ"ד, עמ' 39, בעמ' 44), אולם הוראה זו רחבת יד יותר מאשר המבחן שנקבע בפסיקה ושצוטט לעיל, ואף רחבת יד יותר מאשר הגישה בשיטות משפט אחרות. לא בכדי צמצם המחוקק את ההוראה המקבילה לסעיף 5(3) בחוק ההגבלים העסקיים, התשי"ט - 1959. נוכח הפסיקה הישראלית המפורשת והפסיקה הזרה המשווה, והשיקולים הכלליים המפורטים בהחלטה זו באשר לפרשנות הוראות סעיף 3 לחוק, אין להקיש מרוחב מבחן של סעיף 5(3) ביחסים שבין חברה אם לחברה בת על פרשנות הוראות סעיף 8(3) או על מבחן הכולל של הדין הישראלי בסוגיה הכללית הנדונה כאן, מקום בו הפטור הסטטוטורי הספציפי אינו חל.

²⁵ בכל מקרה, ברור בעיני שעצם קיום נסיבות כאלה יהווה שיקול חשוב למתן פטורים שונים לתאגידים מכוח סעיף 14 לחוק.

"אין להניח שבחוק הנועד לעודד תחרות... יתעלם המחוקק מהמציאות הכלכלית במשק המודרני וממעמדו של הגורם השליט בתשלובת כלכלית (קונצרן) ליתן הוראות לגופים בתוך התשלובת".²⁶

אם כן, המבחן הנוהג בדין הישראלי, מחייב בכל מקרה בחינה פרטנית של נסיבות העניין - של הצדדים עצמם בינם לבינם, ובמקום בו רלוונטי הדבר - של הרשויות הרלוונטיות. בחינה מהותית של המבנה הקונצרני מתחייבת בכל מקרה בו עולה השאלה האם מסך האישיות המשפטית מייצג נאמנה את המהות הכלכלית - קרי כי בחברות נפרדות ועצמאיות עסקינן הן בכלי והן בתוכנו - או שמא מאחורי הכלי הנפרד ניצבים זהות אינטרסים, מטרה משותפת, ניהול משותף, זהות המוטב מהפעילות הכלכלית ופרמטרים מקבילים אחרים.

גישתי זו זו מתיישבת עם דיני ההגבלים העסקיים בארץ ובעולם הבוחנים את הפגיעה בתחרות בעסקים, תוך בחינה מהותה הכלכלית של כל פעולה להבדיל מצורתה הפורמלית. כך נקבע לא אחת בהחלטותי הקודמות.²⁷

ברור בעיני כי בסיבות אלה אין מקום בדין הישראלי לאמירה כוללת, כי כבילה שנוטל על עצמו תאגיד המוכר את עסקו, ניתן להחילה באופן אוטומטי וללא בחינה גם על החברה האם שלו ואף על שרשרת השליטה שמעליה. ממילא, אין כל מקום לפרש את הוראת הפטור שבסעיף 3(8) לחוק גם על חברות המצויות בשרשרת השליטה שמעל לתאגיד שהוא צד ישיר לעסקה:

"אין אנו חושבים שעצם היותם של תאגידי חברה וחברת בת או חברות אחיות, מחייב מאליה את המסקנה, שיש לראות תאגידי כאלה בכל הנסיבות כגוף אחד לכל דבר ועניין".²⁸

מכאן, מתן פטור או אישור לחברה האם או לחברות שמעליה בשרשרת השליטה, לכבול עצמן באותו הסדר בו נכבל התאגיד שהוא צד ישיר לעסקה, ייעשה רק לאחר בדיקה פרטנית של מרקם היחסים בין התאגידי השונים והאופן בה הוצג, לרבות השאלה עד כמה שלובים ענייניו הכלכליים של תאגיד אחד באלה של האחר. בהחזקת המניות בתאגיד אחר אין די. לפי פסק דין פרוטארום, זהות העניינים בין חברה שולטת לנשלטת אינה אוטומטית:

"מטרת החוק היא למנוע פגיעה בחופש התחרות, ועל כן השאלה תהיה תמיד אם עסקאות בין חברות לבין חברות בנות או חברות שלובות,

²⁶ הערה 21 לעיל, ע"מ 196.

²⁷ ראה לעניין זה החלטת הממונה בעניין רכישת מניות נחושתן על ידי מר גרשון זקלינד, ההגבלים העסקיים (כרך א', הוצאת ועד מחוז תל אביב - יפו של לשכת עורכי הדין בישראל, תשנ"ה) 113, 119; החלטת הממונה בעניין מיזוג בפועל של החברות גולקל 1992 בע"מ וצובר חברה למסחר בע"מ.

²⁸ שם, עמ' 196.

נעשות במסגרת של תחרות חופשית, בתנאי שוק ומתוך שיקולים

עצמאיים.²⁹

על פי עקרונות פסק דין פרוטארום נדרש פטור או אישור להסדר הפוגע בתחרות בין תאגידים קשורים, אשר מבחן זהות האינטרסים והצגתם אינו מתקיים לגביהם.

(ii) הדין המשווה באירופה

בדין האירופי נפסק כי סעיף 85 לאמנת רומא לא יחול על פעילות אנטי-תחרותית המתרחשת בין חברה אם לבין חברה בת, כאשר החברה הבת נטולת עצמאות כלכלית וחופש פעולה ומבצעת בעיקר את מדיניות החברה האם; לפי הדין האירופי, לצורך דיני התחרות יש לראותן כאורגן אחד ולא להתחשב במסד ההתאגדות שביניהן אם המסד נטול תוכן כלכלי:

“Where the subsidiary **does not enjoy any real autonomy in determining its course of action on the market**, the prohibitions laid down by Article 85(1) may be considered to be inapplicable in the relationship between it and the parent company with which it forms one economic entity.”³⁰ (ההדגשה הוספה)

כך נפסק שם כי לעניין הרמת מסד ההתאגדות נדחים דיני התאגידים, המאפשרים התאגדויות שונות ונפרדות לחברות, מפני דיני התחרות שלפיהם ראוי להתעלם מן ההתאגדות הנפרדת ולראות בחברות השונות חברה אחת, אם מבחינה כלכלית הן מהוות ישות אחת:

“Therefore, for the purposes of the application of the competition rules, the unified conduct on the market of the parent company and its subsidiaries takes precedence over the formal separation between those companies as a result of their separate legal personalities.”³¹

כך, אם חברה בת אינה נהנית משום מידה אמיתית של עצמאות כלכלית, ופעולותיה מוכוונות בידי החברה האם, ניתן וצריך יהיה לראות בשתי החברות ישות כלכלית אחת. מבחן זה תואם היטב את הגישה שננקטה

²⁹ בחינה בהתאם לנסיבות העניין נהוגה גם בהקשרים מקבילים אחרים בדין הישראלי. היטיב לבטא זאת כב' השופט חשין, בדונו במושג השליטה בעולם הבנקאות בפרשת **מדינת ישראל ואח' נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ** (ע"א 1186/93, פ"ד מח(5), עמ' 353, 336): “לא הרי 'שליטה' כהרי 'שליטה', ואין דין 'שליטה' המיוסדת על החזקת 15 אחוז מכוח ההצעה - שליטה המושגת מפאת פיזורן הרחב של המניות - כדין 'שליטה' ב - 85 אחוז מכוח ההצעה. ולא הרי המחזיק בחמישים ואחד אחוזים ממניות הבנק - והוא בעל השליטה בבנק - כהרי המחזיק בשבעים ושישה אחוזים מן המניות. ובעניין פרוטארום (בעמוד 196): “המבחן נראה, אפוא, כמבחן על פי מהות הפעולות העסקיות, לאור הקשר המשפטי שבין התאגידים הקשורים בעסקאות אלה... כך נקבע... שחזקה היא, שחברה וחברת בת שלה מהוות יחידה כלכלית אחת, אם חברת הבת, אינה מחליטה על התנהגותה בשוק באופן עצמאי אלא מבצעת בכל הנושאים המהותיים את ההוראות הניתנות לה על ידי החברה האם.”

³⁰ judgment in case affaire 52-69 J. R. Geigy AG v Commission of the European Communities [1972] ECR 0787-0842, para.44.

³¹ judgment in Case C-73/95 P. Viho Europe BV v Commission of the European Communities [1996] ECR I-5457, para.50. לענין זה ראה גם judgment in Case T- 141/89 Trefileurope Sales Sarl v Commission of the European Communities [1995] ECR II-0791.

בפסיקה הישראלית לפני קרוב לעשור שנים: חברה אחת נחשבת כשולטת באחרת, באופן המביא לראייתן כישות כלכלית אחת, אם היא מנחה בפועל את כל פעולות החברה הנשלטת, כמתואר לעיל. לעניין זה, "אין נפקא מינה אם המדובר הוא בשליטה ישירה של חברה בחברת בת לבין שליטה עקיפה של חברה באמצעות חברת הבת שלה, ..., ובלבד שיוכח, כי אותה חברה פועלת בפועל על פי הנחייתה של החברה השלטת בקונצרן".³²

עוד נפסק באירופה, באשר להחלת סעיף 85 לאמנת רומא על פעולות שבין חברה אם ובת, כי החזקת האם בבת במידה שהיא "far short of a majority interest" אינה מצדיקה ראיית החברה האם והחברה הבת כישות כלכלית אחת.³³ כך, לדוגמא, נפסק במקרה ספציפי כי החזקה של החברה האם ב- 25% בחברה בת אינה מספקת להחלת דין השליטה המהותית, ועל כן הוחלו דיני התחרות על היחסים ביניהן ולא ראו אותן כישות כלכלית אחת:

"In the present case, it must be observed that the control which Arbed exercised over BStG corresponded to its percentage holding in the capital thereof, namely 25.001%, which falls far short of a majority interest. It must be concluded that such a holding does not justify the conclusion that Arbed and BStG belonged to a group within which they formed an economic unit with the result that an agreement between those two undertakings restricting competition would not be caught by Article 85(1) of the Treaty."³⁴

(iii) הדין המשווה בארה"ב

הדין בארצות הברית התפתח לאורך השנים בסוגיה זו. שם, עד שנת 1984, היתה ההלכה כי תיאומים שיש בהם כדי להגביל תחרות, הנעשים בין חברה אם לבין חברה בת, מהווים עבירה על הוראות סעיף 1 ל- Sherman Act,³⁵ גם במקרים בהם שלטה חברה אחת באחרת שליטה מלאה. בתי המשפט ראו באותם מקרים בחברה השולטת ובחברה הנשלטת ישויות נפרדות עקב מסך ההתאגדות שחצץ ביניהן, ותיאום אנטי-תחרותי ביניהן - גונה ונפסל. בחלק מן המקרים בחן בית המשפט שם רק את דבר קיומו של מסך התאגדות בין החברות, ומבלי שבחן נסיבות אחרות ראה תיאום ביניהן כבלתי חוקי.³⁶ במקרים אחרים בחן בית המשפט פרמטרים נוספים מלבד מסך ההתאגדות, לרבות האם פעלו החברות באופן עצמאי ובלתי

³² הי"ש 22 לעיל, בעמ' 200.

³³ Judgment in Case T-141/89 Trefileurope Sales Sarl v Commission of the European Communities [1995] ECR II-0791, para.129.

³⁴ Ibid. para. 129.

³⁵ ראה לדוגמא: United States v. Citizens & S. Nat'l Bank, 422 U.S. 86, 116-17 (1975); Perma Life Mufflers, Inc. v. International Parts Corp., 392 U.S. 134, 141-42 (1968).

³⁶ ראה לדוגמא: Columbia Metal Culvert Co. v. Kaiser Aluminum & Chem. Corp., F. 2d 20, 33-35 (3d Cir.). דגל בית המשפט ב: "Viability of the 'Intra-Enterprise Conspiracy' Theory as Applied to Separately Incorporated Entities" (p. 33).

תלוי, וכן כיצד הציגו עצמן החברות לקהל היעד שלהן - האם חברות מתחרות או חברות המשתפות פעולה וחותרות להשגת אותו יעד כלכלי.³⁷ לשון אחר, בחלק מן המקרים הוחלה האחריות באופן אוטומטי ובמקרים אחרים נבחנו האינטרסים הכלכליים בין החברות על מנת לקבוע האם תיאום ביניהן עולה כדי הפרת הוראות חוק ההגבלים העסקיים שם.

בשנת 1984 נקבעה הלכה לעניין שיתופי פעולה בין חברה אם לחברה בת שבבעלותה המלאה: בפסק הדין *Copperweld corp. v. Independence Tube Corp.*³⁸ נפסק כי אין לראות פעולות ותיאומים , **אם כל** Sherman Act הנחזים להיות אנטי-תחרותיים בין חברה אם לבין חברה בת כהפרה של סעיף 1 ל - **מניות החברה הבת מוחזקות בידי החברה האם :**

“...the coordinated activity of a parent and its wholly owned subsidiary must be viewed as that of a single enterprise for purposes of §1 of the Sherman Act. A parent and its wholly owned subsidiary have a complete unity of interest. Their objectives are common, not disparate; their general corporate actions are guided or determined not by two separate corporate consciousnesses, but one. They are not unlike a multiple team of horses drawing a vehicle under the control of a single driver.”³⁹

הלכת *Copperweld* נשענת בעיקרה על אותם יסודות של הדין האירופי: מידת זהות האינטרסים שבין החברה האם לחברה הבת. החידוש שבפסק היה כי בית המשפט קבע שם, כעניין שבדין, שבין חברה אם לחברה בת המצויה בבעלותה המלאה (100% מכל הזכויות בתאגיד) קיימת זהות אינטרסים, מכוחה יש לראות את שתי החברות כישות אחת לצורכי חוק ההגבלים העסקיים שם:⁴⁰

“A parent and its wholly owned subsidiary have a **complete unity of interest**...With or without a formal “agreement,” the subsidiary acts for the benefit of the parent, its sole shareholder.”⁴¹ (ההדגשה הוספה)

³⁷ Thomsen v. Western Elec. Co., 680 F.2d 1263, 1266 (9th Cir.)

³⁸ 467 U.S. 752 (1984)

³⁹ Copperweld Corporation v. Independence Tube Corporation, 104 S.Ct. 2731, 2741 (1984).
⁴⁰ Paolo Gucci v. Gucci Shops, Inc. 651 F. Supp. 194 (1986)

⁴¹ אך ראה להלן. בפועל נבדקו גם נסיבות העניין שם.

⁴¹ שם, בע"מ 2741 - 2742.

עם זאת, רק בהתקיים מצב דברים זה של בעלות מלאה לגמרי, אין צורך לבחון את נסיבות העניין לגופן בכדי לקבוע האם יש בהסדר בין חברה אם לחברה בת משום הפרה של הוראות הדין. כך ציין בית המשפט שם כי:

“We limit our inquiry to the narrow issue squarely presented: whether a parent and its **wholly owned subsidiary** are capable of conspiring in violation of sec. 1 of the Sherman Act. We do not consider under what circumstances, if any, a parent may be liable for conspiring with an affiliated corporation it does not completely own.”⁴² (ההדגשה הוספה)

גם במקומות נוספים באותו פסק דין שם בית המשפט דגש על מידת העצמאות החברה הבת, בבחנו את חוקיות מערכת היחסים בינה לבין החברה האם. המסכת העובדתית בפסק הדין מלמדת שחברת Regal, חברה בת של Copperweld, פעלה במשך ארבע שנים כמחלקה בתוך Copperweld, בטרם התאגדה כחברה בת בשליטתה המלאה. בית המשפט ציין כי בנסיבות המקרה אין דבר המצביע על הבדל משמעותי בין פעולותיה של חברת Regal כמחלקה וכחלק מאותה אישיות משפטית, לבין פעולותיה כחברה בת בשליטה מלאה:

“Nothing in this record indicates any **meaningful difference** between Regal’s operation as a division and its later operations as a separate corporation.”⁴³ (ההדגשה הוספה)

ובכן, אפילו בפסק דין זה, בו נקבעה ההלכה באשר לזהות העניינים שבין חברה אם לבין חברה בת בשליטתה המלאה, בחן בית המשפט גם נסיבות העניין לגופן, ורק לאחר בחינתן הגיע לכלל החלטה. בית המשפט באותו עניין ובנסיבותיו לא ראה באיגודה של מחלקה בתאגיד לכלל חברה בת כיצירת גוף בעל מהות משלו ואינטרסים כלכליים מובחנים משל עצמו, אלא ככסות פורמלית שיסודה בשיקולים דוגמת ניהול יעיל, תכנון מס, וכדומה:

“A corporation has complete power to maintain a **wholly owned subsidiary in either form**. The economic, legal, or other consideration that lead corporate management to choose one structure over the other are not relevant to whether the enterprise's conduct seriously threatens competition. Rather, a corporation may adopt the subsidiary form of organization for valid management and related purposes.”⁴⁴ (ההדגשה הוספה)

⁴² שם, בע"מ 2739.

⁴³ שם, בע"מ 2743.

⁴⁴ שם, בע"מ 2742.

ובית המשפט ממשיך בהתייחס לחברה בת בבעלות מלאה :

“If antitrust liability turned on the garb in which a **corporate subunit** was clothed, parent corporations would be encouraged to convert subsidiaries into unincorporated divisions”⁴⁵
(ההדגשה הוספה)

בנסיבות אלה ראה בית המשפט בפעולות החברה האם והחברה הבת כפעולות ישות אחת, הנבדלות מפעולה מתואמת של שתי חברות עצמאיות. בית המשפט ציין כי מסקנתו יכולה לפטור מדיני ההגבלים העסקיים אך גם לחייב בהם בהתאם להלכות המונופולין :

“An unreasonable restraint of trade may be effected not only by two **independent firms** acting in concert; a **single firm** may restrain trade to precisely the same extent if it alone possesses the combined market power of those same two firms.”⁴⁶
(ההדגשה הוספה)

הלכת *Copperweld* פותחה בבתי משפט בערכאות נמוכות, הורחבה, והוחלה גם על סיטואציות אחרות ; אך גם בפסקי דין מאוחרים הושם דגש על קיומה של זהות אינטרסים בין החברות הקשורות, כבסיס להחלת הלכת *Copperweld*. כך, למשל, בפרשת *Ohio Bell Tel*, לא ראה בית המשפט בשתי חברות אחיות בשליטה מלאה של חברת האם כחברות נפרדות ועצמאיות :

“Here we have two subsidiaries which are **wholly owned** by the same parent and are likewise **not separate enterprises**”⁴⁷
(ההדגשה הוספה)

בפרשה אחרת, *Paolo Gucci*, דובר בשתי חברות אחיות באותה בעלות. חברות אלה פעלו בשני שווקים גיאוגרפים נפרדים, ועל כן לא נחזו להיות מתחרות זו בזו. עובדה נוספת אותה הדגיש בית המשפט היתה זהות מנהלי החברות : נשיא חברת *Guccio Gucci* מר *Maurizio Gucci*, כיהן גם כיו"ר חבר המנהלים בחברת *Gucci Shops* :

“The Complaint in this case alleges that Guccio Gucci and Gucci Shops are under common ownership, that all of the shareholders of Guccio Gucci are beneficial owners of all of the shares of Gucci Shops, **and that Maurizio Gucci effectively controls the business of both companies**. Accepting these

⁴⁵ שם, 2743.

⁴⁶ שם, בע"מ 2743.

⁴⁷ Directory Sales Mgmt. Corp. Ohio Bell Tel. Co., 833 F.2d 606, 611 (6 Cir. 1987).

allegations as true for purposes of this motion to dismiss, Guccio Gucci and Gucci Shops are, in light of Copperweld and its progeny, incapable of conspiring with each other as a matter of law.”⁴⁸ (ההדגשה הוספה)

חשובה בעיני הדרך בה הגיע בית המשפט לכלל החלטה: העובדה שהחברות היו בבעלות משותפת היוותה בעיני בית המשפט תנאי הכרחי - אך לא מספיק - למסקנה אליה הגיע, והוא בחן גם את נסיבות העניין הספציפיות בכדי לקבוע האם קמה בנסיבות אותו עניין זהות אינטרסים בין שתי החברות

זהו אכן הדין גם בימים אלה. לדוגמא, בפסק דין אשר ניתן לאחרונה בעניין *Direct Media*, עמד בית המשפט שם על אמות המידה אותן יש לבחון עת הם נדרשים להכריע בשאלה האם פועלות חברות קשורות כגוף אחד, או שמא עניין לנו בפעילות מתואמת של שני גופים נפרדים. בית המשפט האמריקאי מונה מספר אמות מידה כאלה, ובהן האינטרסים והמטרות של כל חברה, זהות מקבלי ההחלטות בחברה, וזהות המוטב מהפעילות הכלכלית של כל חברה:

“To determine whether the conduct is unilateral or a concerted effort by conspirators, courts will consider a variety of factors. **These factors include the interests and objectives of each company, the significant decision makers, and who will receive the benefit of the activity.** > Copperweld, 467 U.S. at 769, 104 S.Ct. at 2740, 81 L.Ed.2d at 642”⁴⁹. (ההדגשה הוספה)

סיכומה של נקודה זו: הן בדין האירופי, הן בדין האמריקאי,⁵⁰ והן בדין הישראלי, אין כלל המחייב להכיר בזהות הנפרדת של חברות קשורות ואין כלל המונע הכרה כזאת, אלא נדרשת בחינה של נסיבות העניין או פטור ספציפי הקובע אחרת. לכן יכול שיקום הסדר כובל בין חברות אחיות ובין חברה אם לחברה בת, ויכול שייקבע כי בין גופים קשורים כאלה לא קם הסדר כאמור - הכל תלוי בנסיבות המקרה. ניתן גם להכיר ביישוע משפטית נפרדת או להתעלם ממנה גם בהקשרים אחרים, לרבות סוגיות של מונופולין ושל מיזוגים.

הפטור שבסעיף 3(5) מקים בדין הישראלי חריג ספציפי להסדרים בין חברה אם לחברה בת; אולם בכל יתר המקרים תיבחנה נסיבות העניין בכדי לקבוע האם מתקיים מבחן זהות האינטרסים שתואר לעיל.⁵¹ מובן כי ככל שמידת הבעלות והשליטה בין חברות קשורות גדולה יותר, כך יקל הנטל להראות כי מבחן זהות האינטרסים ביניהן מתקיים - אך בחינה של נסיבות העניין עשויה בהחלט להזים הנחה כזאת, למשל כאשר

⁴⁸ Paolo Gucci v. Gucci Shops, Inc. 651 F.Supp. 194, 197 (1986).

⁴⁹ Direct Media Corp. v. Camden Telephone 989 F. Supp. 1211, 1216. (1997)

⁵⁰ בכפוף להלכת *Copperweld*, אם נתעלם מהעובדה שבית המשפט שם בחן את נסיבות העניין לגופן.

⁵¹ כאמור, אינני מביע עמדה כאן באשר לפרשנות הראויה לסעיף 3(5) לחוק.

שתי חברות קשורות מתחרות זו בזו, או מציגות עצמן כישויות הפועלות באופן עצמאי זו מזו,⁵² או כאשר קמה שונות בין חברות קשורות באשר לזהות בעלים או נושים או זכויותיהם המשליכה על מידת זהות האינטרסים ביניהם, וכיוצא באלה.

תוצאת הדברים כי לעניין דיני ההגבלים העסקיים יש להתעלם מקיומו של מסך משפטי, החוצץ בין חברה אם לבין חברה בת או בין חברות בנות, רק לאחר בדיקה פרטנית "על פי מהות הפעולות העיסקיות" של החברות,⁵³ ולאחר בדיקת כל מערכת הקשרים הכלכליים שנהגו בפועל בין החברות. כל אלה אינם עולים בקנה אחד עם החלה גורפת של סעיף 3(8) דוגמת זו המבוקשת כאן. ההסדרים הכובלים שתוארו לעיל אינם פטורים מכוח הוראת סעיף 3(8) לחוק, ויש לבחון במשקפי סעיף 14 לחוק האם ניתן להעניק פטור מהחובה לפנות לבית הדין ולבקש אישורו להם.

⁵² מבחן שנקט בארצות הברית במספר פסקי דין שלפני *Copperweld*

⁵³ מובן שאין בכך לשלול את תחולת סעיף 3(5) לחוק, מקום בו הוא חל על-פי לשונו.

5. בחינת הסוגיה בפריזמת סעיף 14 לחוק

במקרה הנדון, לאחר בחינת שליטתן של אלביט הדמיה, אלביט החזקות ואלרון באלסינט, והנסיבות הצריכות לעניין, הגעתי למסקנה כי מתקיימים תנאי סעיף 14 לחוק, היינו כי התקשרותם של התאגידים המצויים בשרשרת השליטה מעל אלסינט באותו הסדר כובל בו מחויבת אלסינט, פוגעת (אם בכלל) באופן "לא משמעותי" בתחרות בעסקים. מסקנתי כי יש טעם רב לדרישת פיקר, ואין פגיעה בתחרות כתוצאה מדרישה זו, לפיה המבקשות לא יתחרו בפיקר בתחום ה- CT, ושל (ולדרישת) GE שאלביט הדמיה ואלביט החזקות לא יתחרו בה בתחום ה- MRI וה- NM, בתנאים שפורטו לעיל.

שוק סורקי ההדמיה הרפואית נשלט בעולם בידי חמש חברות-ענק דומיננטיות: טושיבה, היטאצ'י, ג'נרל אלקטריק, סימנס ופילפס. זהו שוק בעל היצע כלל עולמי, ובארץ פתוח השוק ליבוא. בשוק ה- CT מהווה נתח השוק של אלסינט 6% בלבד מכלל השוק העולמי, לעומת נתח השוק של פיקר המהווה 14%. נתח השוק של אלסינט בתחום ה- MRI הוא 2%, ובתחום ה- NM - 8%. ההיצע העומד בפני המבקש לרכוש סורק הדמיה מסוג זה או אחר הוא היצע כלל עולמי, והיצע זה רחב ומגוון ופתוח לתחרות שתמשיך לשרור בענף. החברות שמעל אלסינט בשרשרת השליטה כלל אינן עוסקות בתחומים אלה, במנותק מאלסינט, ומהתחייבותן שלא לעשות כן בפרק הזמן הרלוונטי אין פגיעה משמעותית בתחרות. חברות אלה מוכרות את עסקיה של אלסינט בתחום זה מתוך כוונה ברורה שלא לעסוק בו בעתיד הנראה לעין.

כך, שכלול הזיקה בין החברות, עם יתר הנסיבות הרלוונטיות, מביאני לכלל מסקנה כי מתקיימים תנאי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים באשר לבקשת הפטור כאן.

6. משך תניית אי התחרות

סעיף 5.14 לחוזה בין אלסינט לפיקר קובע תקופה של 4 שנים בכל הנוגע לאי-תחרות בתחומי הפעולה שנרכשו, ותקופה של שנתיים בכל הנוגע להעסקה מחודשת של עובדי חטיבת ה-CT של אלסינט. מזכר ההסכמה בין אלביט הדמיה ואלביט החזקות לבין GE קובע תקופה של 5 שנות אי-תחרות בתחומים הנמכרים, ותקופה של שנתיים בנושא העסקת העובדים. אני מוצא את פרקי הזמן הנזכרים סבירים בהתחשב בסוגיה הרלבנטית - שוק שבו קיים יתרון בידע וטכנולוגיה, וכן בהתחשב בשווי העסקה והיקפה.

גם עיון בדין האירופי מלמד שפרק זמן בן חמש שנים נקבע כפרק זמן סביר לתנייה כגון דא, כאשר המכירה כוללת העברה של goodwill ושל knowhow כאחד, ושל שנתיים כאשר המכירה כוללת העברה של goodwill בלבד. בלשון סעיף 2 לחלק A בפרק השלישי של ה-Commission Notice Regarding Restrictions - Ancillary to Concentrations :

“With regard to acceptable duration on competition, a period of five years has been recognized as appropriate when the transfer of the undertaking includes the goodwill and knowhow, and a period of two years when it includes only the goodwill.”⁵⁴

על בסיס האמור לעיל החלטתי לעשות שימוש בסמכותי שבסעיף 14 לחוק, ולפטור את ההסדרים שפורטו לעיל מהחובה לבקש להם אישור בית הדין להגבלים עסקיים.

⁵⁴ Commission notice 90/C/203/05, OJ C 203, 14.8.1990, p. 5

בתוקף סמכותי לפי סעיף 14 לחוק אני פוטר את חברת פיקר מקבלת אישור בית הדין להגבלים עסקיים בכל הנוגע לתניית אי התחרות בינה לבין אלרון, אלביט הדמיה ואלביט החזקות. כמו כן אני פוטר את חברת GE מקבלת אישור בית הדין להגבלים עסקיים לתניית אי התחרות שעליה הסכימה עם אלביט הדמיה ועם אלביט החזקות.

פטור זה יתקיים לגבי אלרון כל עוד תהיה היא בעלת השליטה המהותית באלביט הדמיה, בהיותה בעלת המניות הגדולה ביותר בחברה זו. בהתאם לסעיף 15 לחוק נתונה החלטה זו לערר בפני אב בית הדין להגבלים עסקיים על ידי הרואה עצמו נפגע ממנה, איגוד עסקי או ארגון צרכנים.

ד"ר דוד תדמור
הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, ח' שבט, התשנ"ט
25 בינואר 1999