



## טיוטה לשימוע

### גילוי דעת 18/

## בעניין פרשנות סעיף 14(א) וסעיף 15(א) (2) לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988

### מבוא .I

סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 (להלן: "החוק") מסמיך את הממונה על הגבלים עסקיים לפטור את הצדדים להסדר כובל מהחובה לקבל את אישורו של בית-הדין להסדר, בהתקיים תנאים מסוימים. אחד התנאים למתן פטור נקבע בסעי' 14(א)(2), בזו הלשון:

**עיקרו של ההסדר הכובל אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו.**

הוראה דומה מופיעה בסעי' 15(א)(2) כתנאי לסמכות הממונה לקבוע כללי פטור סוג:

**עיקרם של ההסדרים אינו בהפחתת התחרות או במניעתה והם אינם כוללים כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרם.**

הוראת סעי' 15(א)(2) מהווה תנאי לתחולתו של כל פטור סוג, בין אם נאמר כך מפורשות בגוף פטור הסוג ובין אם לאו. למרות שלכאורה הוראת סעי' 15(א)(2) מייתרת את הצורך לכלול הוראה דומה בגוף פטורי הסוג, הרי שבפועל הוראות דומות מופיעות במספר כללי פטור סוג.<sup>1</sup>

כשם שסעי' 14(א)(2) לחוק תופס מקום מרכזי בתהליך קבלת החלטה בדבר בקשת פטור המוגשת לממונה, כך תופסות ההוראות המקבילות שבסעי' 15(א)(2) לחוק ובכללי פטור הסוג השונים מקום מרכזי בקבלת החלטה בנוגע לתחולתם של כללי פטור הסוג. חשיבותן של הוראות אלה גדלה בשנים האחרונות עם פרסומם של כללי פטורי סוג חדשים המבוססים על הערכה עצמית

<sup>1</sup> ראו: כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים) (הוראת שעה), תשס"ו-2006, סעי' 5(9), 6(9), וראו גם סעי' 6; כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג לכבילות נלוות למיזוגים), תשס"ט-2009, סעי' 1 (הגדרה של "כבילה נלווית למיזוג", הרישא להגדרה וכן סעיף קטן (4) להגדרה); כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי רכישה בלעדית) (הוראת שעה), תשס"א-2001, סעי' 3(6), 3(7); כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית) (הוראת שעה), תשס"א-2001, סעי' 3(7), 3(8); כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי זכיונות) (הוראת שעה), תשס"א-2001, סעי' 3(10), 3(11); כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים לביצוע מחקר ופיתוח) (הוראת שעה), תשס"ו-2006, סעי' 8(ג)(1), 8(ג)(2); כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך) (הוראת שעה), תשס"ו-2006, סעי' 5(1), 5(2); כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים תפעוליים שעניינם תובלה בין-לאומית בים), תשע"ג-2012, סעי' 3(2), 3(3); כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים בין מובילים באוויר שעניינם שיווק קיבולת טיסה ליעדים הכפופים להסכמי שמים פתוחים), תשע"ג-2012, סעי' 2(3); כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים שאינם אופקיים ואין בהם כבילות מחיר מסוימות), תשע"ג-2013, סעי' 2(2); כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים לשם שיווק ואספקה בחוץ לארץ של ציוד ביטחוני), תשע"ה-2015, סעי' 5; כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים שעניינם יצוא של ציוד ביטחוני מחוץ למדינת ישראל) (הוראת שעה), תשע"ז-2017, סעי' 2(1).

(self-assessment).<sup>2</sup> כללי פטור הסוג המבוססים על הערכה עצמית נשענים במהותם רק על שני רכיבי סעיף 15א(א) ומאפשרים לצדדים לבחון בעצמם האם הם עומדים בדרישות שני רכיבים אלה – הרכיב המופיע בסעיף 15א(א)(1) והרכיב המופיע בסעיף 15א(א)(2). ביישום כללי פטור הסוג המבוססים על הערכה עצמית יש מקום להיזקק לתורה שהצטברה בפרשנות מונחים אלה. באשר להוראות סעיף 15א(א)(1) דומה שקיימים פסקי דין והחלטות ממונה אשר יוצקים תוכן לתנאי זה ומאפשרים למשתמשים בכללי פטור הסוג המבוססים על הערכה עצמית ליישם רכיב זה בהערכתם העצמית את ההסדר שביניהם. באשר לרכיב המופיע בסעיף 15א(א)(2) ישנה התייחסות מועטה יותר בפסיקה ובהחלטות ממונה. בימים אלה פרסמה רשות הגבלים עסקיים להערות הציבור תיקונים לשלושה כללי פטור סוג, אשר יוסיפו לכללי פטור סוג מסלול המבוסס על הערכה עצמית.<sup>3</sup> אמנם גם ביישום כללי פטור סוג שאינם מבוססים על הערכה עצמית יש לוודא כי מתקיימים היסודות הקבועים בסעיף 15א(א)(2), אך כיוון שפטורי הסוג המבוססים על הערכה עצמית שמים את עיקר יהבם על הוראות סעיף 15א(א), הרי שמקומו של סעיף 15א(א)(2) בניתוח של תחולת פטור הסוג על עסקה ספציפית עולה באופן משמעותי. על רקע זה, רואה אני לנכון לפרסם גילוי דעת זה, המציג את פרשנותה של רשות ההגבלים העסקיים להוראות אלה. לשם הנוחות יתמקד גילוי הדעת בסעיף 14א(2) לחוק, אך יש לראות את הדברים כרלוונטיים גם לסעיף 15א(2) ולהוראות המקבילות שבפטורי הסוג, בשינויים המחוייבים. בבואם של צדדים להסדר ליישם כללי פטור סוג, גם אלה המבוססים על הערכה עצמית, שומה עליהם להקפיד על התקיימות הוראות סעיף 15א(2) הקפדה יתרה, שכן סעיף 15א(2) מהווה מעין שער לזכות לעשות שימוש בכללי פטור סוג. אם לא מתקיימות הוראותיו אין תחולה לכללי פטור הסוג והצדדים עלולים למצוא את עצמם מפריס את חוק ההגבלים העסקיים.

כאמור, סעיף 14א(2) לחוק אינו אלא אחד משני תנאים מצטברים, שרק בהתקיימות שניהם יתכן מתן פטור להסדר כובל. התנאי האחר מצוי בסעיף 14א(1), והוא עוסק במידת הפגיעה שההסדר עלול להסב לתחרות. כפי שכבר צויין, הוא הדין לגבי סעיף 15א(2), שהוא תנאי מצטבר יחד עם סעיף 15א(1).<sup>4</sup> נשוב לדון ביחס שבין שני תנאים אלה בעמ' 12 להלן. עם זאת, יודגש כבר עכשיו, כי לא די בעמידה בדרישות סעיף 14א(2) (או בדרישות סעיף 15א(2)), או בדרישות המקבילות שבפטורי הסוג) על-מנת שניתן יהיה להעניק פטור להסדר הכובל; לשם כך יש צורך לעמוד גם בדרישות סעיף 14א(1) (או בדרישות סעיף 15א(1)) ובדרישות הרלוונטיות של פטורי הסוג). לעומת

<sup>2</sup> לדוגמה, כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים בין מובילים באוויר שעניינם שיווק קיבולת טיסה ליעדים הכפופים להסכמי שמות פתוחים), תשע"ג-2012; כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים שאינם אופקיים ואין בהם כבילות מחיר מסוימות), תשע"ג-2013; כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים שעניינם יצוא של ציוד ביטחוני מחוץ למדינת ישראל) (הוראת שעה), תשע"ז-2017.

<sup>3</sup> ראו את התיקון המוצע לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים) (הוראת שעה), תשס"ו-2006, 2017 **ההגבלים העסקיים** 501313 (31.10.17); את התיקון המוצע לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים לביצוע מחקר ופיתוח) (הוראת שעה), תשס"ו-2006, 2017 **ההגבלים העסקיים** 501314 (31.10.17); ואת התיקון המוצע לכללי ההגבלים עסקיים (פטור סוג לכבילות גלוות למיזוגים), תשס"ט-2009, 2017 **ההגבלים העסקיים** 501315 (31.10.17).

<sup>4</sup> כך גם בפטורי הסוג, הכוללים רובם ככולם תנאים העוסקים במידת העלילות לפגיעה בתחרות כתוצאה מן ההסדר, בין אם לפי שיטת ההערכה העצמית (self-assessment), לדוגמה כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים שאינם אופקיים ואין בהם כבילות מחיר מסוימות), תשע"ג-2013, סע' 2(1); ובין אם לפי השיטה של קביעת נתחי שוק מרביים, לדוגמה כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי רכישה בלעדית) (הוראת שעה), תשס"א-2001, סע' 3(2).

זאת, די באי-עמידה בדרישות סעי' 14(א)(2) (או בדרישות סעי' 15א(א)(2) ומקביליו בפטורי הסוג) כדי לקבוע כי ההסדר אינו ראוי לפטור פרטני ואינו חוסה תחת מי מפטורי הסוג.

מובן שסעי' 14(א)(2) ומקביליו רלוונטיים להסדרים שהם הסדרים כובלים על-פי סעי' 2 לחוק. הדיון בגילוי דעת זה אינו עוסק בשאלה מתי הסדר יוגדר כהסדר כובל לפי סעי' 2 לחוק, והוא יוצא מנקודת ההנחה שההסדרים שבהם הוא דן – הסדרים כובלים הם.

## II. סעיף 14(א)(2) לחוק – רישא וסיפא

סעיף 14(א)(2) לחוק מורכב מרישא ("עיקרו של ההסדר הכובל אינו בהפחתת התחרות או במניעתה") ומסיפא ("ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו"). כפי שיפורט להלן, הרישא של סעי' 14(א)(2) דורש כי להסדר יהיה "עיקר" שאינו בעצמו הפחתת התחרות או מניעתה. במילים אחרות, דרוש שלהסדר יהיה "עיקר" שהוא עסקה של שיתוף-פעולה לגיטימי, לדוגמה מיזם משותף לייעול תהליכי ייצור. הסיפא של סעי' 14(א)(2) דורש כי כל כבילה<sup>5</sup> הכלולה בהסדר תהיה נחוצה לשם מימוש עיקרו של ההסדר; לפי הדוגמה של מיזם משותף לייעול תהליכי ייצור, הסיפא דורש כי כל כבילה הכלולה בהסדר תהיה נחוצה לשם הצלחתו של אותו מיזם משותף לייעול תהליכי ייצור, שהוא "עיקרו של ההסדר".

סעיף 14(א)(2) נוסף לחוק כחלק מתיקון רחב יותר לסעי' 14 שנעשה במסגרת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 6), תש"ס-2000.<sup>6</sup> בהחלטתו בעניין ים תטיס מאותה שנה, נדרש הממונה למהות התיקון לסעי' 14 ובין השאר כתב כך:<sup>7</sup>

סעיף 14(א)(2) לחוק עיגן עקרון חשוב נוסף אל תוך חוק ההגבלים העסקיים: האבחנה בין כבילה נילוית לכבילה עירומה ופסלותה של האחרונה. כבילות נלוות ("ancillary restraints") הן אלה הנחשבות חיוניות לביצוע ההסדר, מטרתן אינה הפחתת התחרות, ותוצאותיהן מחויבות המציאות העסקית. כבילות עירומות ("naked restraints") הן אלה שבסיסן הסדר שאינו הכרחי לביצוע העסקה . . .

...

אכן, סעיף 14 מבהיר היטב כי כבילות עירומות אינן בסמכות הממונה לפטור . . .

בהחלטה בעניין איגוד המוסכים בישראל, כתב הממונה כך:<sup>8</sup>

התנאי השני הקבוע בסעיף [דהיינו, סעי' 14(א)(2)] נותן ביטוי להבחנה מורשת היטב בדיני ההגבלים העסקיים בין כבילה נלוית (Ancillary Restraint) לכבילה עירומה (Naked Restraint), הבחנה המצויה גם בפסיקת בתי המשפט בישראל.

<sup>5</sup> אין זו מטרת גילוי דעת זה לבחון את משמעות הביטוי "כבילה", המופיע בהוראות שונות בחוק ההגבלים העסקיים. לדיון בביטוי "כבילה", ראו ע"פ 5823/14 שופרסל נ' מ.י. (נבו, 10.8.15), פס' לח-מב.

<sup>6</sup> ס"ח 1728 עמ' 113, 114 (20.2.00). באותו תיקון נוסף לחוק סעי' 15א.

<sup>7</sup> החלטת הממונה בדבר אי-מתן פטור בעניין מיזם ים תטיס – גרנית הכרמל בע"מ, 2000 ההגבלים העסקיים 3008959, עמ' 42.

<sup>8</sup> החלטה בדבר אי מתן פטור להסדר כובל בין איגוד המוסכים בישראל – ועד ענף פחחות וצבע לבין חברי האיגוד בעניין ניהול משא ומתן משותף, 2002 ההגבלים העסקיים 3014515, עמ' 2.

עוד לפני תיקונו של סעי' 14 בשנת 2000, עמדו בית-הדין והממונה על חשיבות ההבחנה בין כבילות נלוות לבין כבילות עירומות לעניין מתן פטור להסדר כובל.<sup>9</sup> בית-הדין עמד על חשיבותה של הבחנה זו גם בהקשר של בקשה לאישור הסדר כובל.<sup>10</sup>

על חשיבותה של ההבחנה בין כבילות נלוות לכבילות עירומות, ראו גם את דברי המלומדים Areeda & Hovenkamp:<sup>11</sup>

**The most useful classification scheme for antitrust analysis segregates so-called "naked" and "ancillary" agreements. This all-important classification largely determines the course of subsequent legal evaluation of any restraint.**

בהצגת פרשנות הרשות לסעי' 14(א)(2) להלן, נפנה גם למקורות משפטיים מחו"ל העוסקים בהבחנה בין כבילות נלוות לכבילות עירומות, זאת לצד פסיקה ישראלית והחלטות הממונה.

### III. סעי' 14(א)(2) רישא – "עיקרו של ההסדר"

כאמור, הרישא של סעיף 14(א)(2) מחייב כי להסדר יהיה "עיקר" שאינו הפחתת התחרות או מניעתה. בהציגו את תיקון מס' 6 לחוק ההגבלים העסקיים בפני מליאת הכנסת לקריאה שניה ושלישית, דיבר יו"ר ועדת הכלכלה ח"כ אברהם פורז על הסדר לגיטימי: "המקרים הראויים לפטור הם הסכמים שהגבלת התחרות בהם היא נגזרת, טפלה להסדר לגיטימי ומועילה לעסקים ולתחרות".<sup>12</sup> הכוונה כאן לעסקה של שילוב כוחות עסקיים לשם ייעול, הגדלת תפוקה, פיתוח מוצרים חדשים וכדומה. בהמשך דברים הציע ח"כ פורז כדוגמה לכך: "שותפות בפיתוח מוצר חדש בין שתי חברות תקשורת". דוגמות נוספות מצויות בהחלטות הממונה ובפסיקה בארץ ובחו"ל: חבירה בין חברת תרופות לבין ממציא תרופות, לשם המצאת תרופות חדשות ופיתוחן;<sup>13</sup> התקשרות בין מו"ל של עיתון יומי לבין חברת הפצה לשם הפצת העיתון למינויים;<sup>14</sup> התקשרות בין חברת מוזיקה לבין מפיק לשם הפצת תקליטים ותקליטורים;<sup>15</sup> חבירת חברות תקליטים יחד לשם הצעת רישיונות שמיכה להשמעת יצירותיהן;<sup>16</sup> התקשרות בין שתי רשתות חנויות לשם

<sup>9</sup> ער 1/97, איסכור שירותי פלדות נ' הממונה (נבו, 11.12.97), פס' 50; החלטה בדבר אי-מתן פטור להסדר בין מפעל הפיס לבין האגודה למען החייל, 1999 **ההגבלים העסקיים** 3004184 עמ' 5-6; החלטה בעניין פטור לשיתוף פעולה בין מפעל הפיס לבין מגן דוד אדום בישראל, 1998 **ההגבלים העסקיים** 3004188, עמ' 2.

<sup>10</sup> ה"ע 8008/03 **ארד בע"מ נ' הממונה** (נבו, 24.1.05), פס' 30; ה"ע 491/98 **חברת החשמל לישראל נ' הממונה** (נבו, 22.3.99), פס' 47.

<sup>11</sup> P. Areeda & H. Hovenkamp, *Antitrust Law* (updated 9/2017), ¶1904.

<sup>12</sup> דברי הכנסת, 9.2.00, עמ' 13.

<sup>13</sup> החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, מתן פטור בתנאים בעניין דיינמיקס פרמצוטיקבלס בע"מ וטבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ, 5001358 **ההגבלים העסקיים** (2009).

<sup>14</sup> החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, מתן פטור בתנאים בעניין הוצאת עיתון הארץ בע"מ ובר בי.טו.די. בע"מ, 2017 **ההגבלים העסקיים** 501233.

<sup>15</sup> החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, מתן פטור בתנאים בעניין הסדר שבין לב גרופ מדיה בע"מ והליקון בע"מ, 2015 **ההגבלים העסקיים** 500756.

<sup>16</sup> ה"ע 3574/00 **הפדרציה למוזיקה ישראלית ויום תיכונית נ' הממונה** (נבו, 30.4.04).

הקמת מרכז מסחרי משותף;<sup>17</sup> התקשרות בין חברות תובלה כדי ליצור רשת ארצית לתובלת תכולת דירות;<sup>18</sup> שיתוף-פעולה בין חברות טלוויזיה וחברות תקשורת לשם הקמת ערוץ טלוויזיה לווינית;<sup>19</sup> השכרת חנות במרכז מסחרי;<sup>20</sup> שיתוף-פעולה במחקר ופיתוח בין יצרנים של מוצרי אלקטרוניקה;<sup>21</sup> שיתוף-פעולה בין חברות תוכנה לשם פיתוח מערכת הפעלה פתוחה;<sup>22</sup> שיתוף-פעולה בין קבוצות כדורגל לשם הקמת ליגה ארצית.<sup>23</sup> אין הכרח ששיתוף-הפעולה יהיה מורכב במיוחד או בהיקף כספי גדול. בפסיקה ובספרות מצביעים על הדוגמה הפשוטה והרווחת של שיתוף-פעולה בין עורכי-דין לשם הקמת משרד עורכי-דין.<sup>24</sup> אלה דוגמות להמחשה בלבד, ויש לבחון כל מקרה לפי נסיבותיו.

בכל הדוגמות שהבאנו לעיל מדובר בשילוב כוחות עסקיים לשם ייעול, הגדלת תפוקה, שיפור המוצר וכדומה. רשות התחרות הקנדית תיארה זאת כך: " **a legitimate collaboration, "strategic alliance or joint venture**".<sup>25</sup> רשויות אכיפת דיני ההגבלים העסקיים בארה"ב הסבירו את העניין כך:<sup>26</sup>

**In an efficiency enhancing integration, participants collaborate to perform or cause to be performed (by a joint venture entity created by the collaboration or by one or more participants or by a third party acting on behalf of other participants) one or more business functions, such as production, distribution, marketing, purchasing or R&D, and thereby benefit, or potentially benefit, consumers by expanding output, reducing price, or enhancing quality, service, or innovation. Participants in an efficiency-enhancing integration typically combine, by contract or otherwise, significant capital, technology, or other complementary assets to achieve procompetitive benefits that the participants could not achieve separately. The mere coordination of decisions on price, output, customers, territories, and the like is not integration, and cost savings without integration are not a basis for avoiding per se condemnation.**

<sup>17</sup> Polk Bros. v. Forest City Enterprises, 776 F.2d 185 (7th Cir. 1985).

<sup>18</sup> Rothery Storage & Van v. Atlas Van Lines, 792 F.2d 210 (D.C. Cir. 1986).

<sup>19</sup> Case T-112/99, Metropole Television v. Commission [2001] ECR II-2459.

<sup>20</sup> ע"א 6343/11 הולנדיה המרכז להנדסת השינה בע"מ נ' הממונה (נבו, 24.12.13); Dunafon v. Delaware McDonald's Corp., 691 F.Supp. 1232 (W.D.Mo. 1988).

<sup>21</sup> Princo v. International Trade Commission, 616 F.3d 1318 (Fed. Cir. 2010).

<sup>22</sup> Addamax Corp. v. Open Software Foundation, 152 F.3d 48 (1<sup>st</sup> Cir. 1998).

<sup>23</sup> Los Angeles Memorial Coliseum v. National Football League, 726 F.2d 1381 (9<sup>th</sup> Cir. 1984).

<sup>24</sup> פס"ד Polk Bros., ה"ש 17 לעיל, בעמ' 190; R. Bork, The Antitrust Paradox (1993 ed.); עמ' 265-266.

<sup>25</sup> Canadian Competition Bureau, Competitor Collaboration Guidelines (2009), פס' 2.5.

<sup>26</sup> U.S. Dept. of Justice, Antitrust Division, and Federal Trade Commission, Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors (2000), עמ' 8.

אם כן, **"עיקרו של ההסדר"** הוא אותו שילוב כוחות עסקיים לשם ייעול, הגדלת תפוקה, שיפור המוצר וכדומה. כך, בהחלטת הממונה בעניין לב גרופ מדיה והליקון, תחת הכותרת **"עיקרו של ההסדר"**, נאמר **"ההסדר נועד לאפשר ללב גרופ להפיץ את המוצרים שבהסדר"**.<sup>27</sup> בדומה, בפסק-הדין בעניין Los Angeles Memorial Coliseum צויין כי **"עיקר"** ההסכם הוא הפעלת ליגת כדורגל: **"main purpose of producing NFL football"**.<sup>28</sup> בעניין Addyston, תיאר בית-המשפט הסדר ש**"עיקרו"** הוא איחוד הון, עשייה ומרץ לשם ניהול עסק מוצלח ומועיל:<sup>29</sup>

**. . . the main purpose of a union of their capital, enterprise, and energy to carry on a successful business, and one useful to the community.**

לעומת כל אלה, ישנם הסדרים שעיקרם בהפחתת התחרות או במניעתה. כך במקרה של כבילה העומדת לבדה כך שאין להסדר **"עיקר"** אחר מלבד הכבילה.<sup>30</sup> הסדר שבו כבילה בלבד, ללא עסקה לגיטימית, נדון בהחלטת הממונה בעניין איגוד המוסכים. ההסדר לא כלל שילוב כוחות לשם ייעול, שיפור שירות, הגדלת תפוקה וכדומה, אלא רק ניהול משותף של משא-ומתן במטרה להעלות את מחיר שירותיהם של המוסכים. הממונה דחה את הבקשה למתן פטור וקבע כי עיקרו של ההסדר הוא בהפחתת התחרות, כך שלא מתקיים התנאי שבסעי' 14(א)(2).<sup>31</sup>

הוא הדין אף אם הצדדים להסדר טוענים שתצמח תועלת כלשהי מהפחתת התחרות או מניעתה; זאת שכן, בהיעדר **"עסקה לגיטימית"**, **"עיקרו של ההסדר"** הוא בהפחתת התחרות או במניעתה.<sup>32</sup> כך, המטרה **"למנוע את 'שחיקת השוק'"** אינה יכולה להצדיק תיאום מכרזים בין מתחרים;<sup>33</sup> מניע **"הישרדותי"** על רקע טענה של מחירי הפסד אינו מצדיק תיאום מחירים או חלוקת שוק בין מתחרים;<sup>34</sup> הרצון להבטיח **"יציבות"** לנוכח הפסדי ענק אינו מצדיק תיאום מחירים בין מתחרים;<sup>35</sup> המטרה לעשות **"רציונליזציה"** בענף אינה יכולה להצדיק סגירה מתואמת של חלק מהמתחרים תמורת מתן פיצוי על-ידי המתחרים הנותרים;<sup>36</sup> המטרה למנוע

<sup>27</sup> ה"ש 15 לעיל, עמ' 2.

<sup>28</sup> ה"ש 23 לעיל, עמ' 1395.

<sup>29</sup> *U.S. v. Addyston Pipe & Steel*, 85 F. 271 (6<sup>th</sup> Cir. 1898), aff'd as modified 175 U.S. 211 (1899) בעמ' 280.

<sup>30</sup> ראו פס"ד *Polk Bros.*, ה"ש 17 לעיל, בעמ' 189: **"If two people meet one day and decide not to compete, the restraint is naked; it does nothing but suppress competition"**.

<sup>31</sup> ה"ש 8 לעיל, עמ' 3-4.

<sup>32</sup> לדוגמה, ה"ע 1393/96 *בנק אדנים נ' המועצה הישראלית לצרכנות* (נבו, 27.1.97), פס' 22.2, 29.6; *FTC v. Superior Court Trial*; *National Society of Professional Engineers v. U.S.*, 435 U.S. 679 (1978) (1990); *Lawyers Association*, 493 U.S. 411 (1990); *Catalano v. Target Sales*, 446 U.S. 643 (1980); כן ראו באופן כללי, *Areeda & Hovenkamp*, ה"ש 11 לעיל, §1907b.

<sup>33</sup> ע"פ 2560/08 מ.י. נ' *וול* (נבו, 6.7.09) פס' רי.

<sup>34</sup> ע"פ 1656/16 מ.י. נ' *דוידוביץ'* (נבו, 20.3.17), פס' 96.

<sup>35</sup> ת"פ 201/96 מ.י. נ' *מגדל חברה לביטוח* (נבו, 14.3.97), פס' 15.

<sup>36</sup> Case C-209/07 *Competition Authority v. Beef Industry Development Society Ltd.* [2008] ECR I-8637.

תחרות פרועה אינה יכולה להצדיק תיאום בין מתחרים.<sup>37</sup> כאמור, במקרים כאלה אין "עסקה לגיטימית" של שילוב כוחות עסקיים לשם ייעול, הגדלת תפוקה, שיפור המוצר וכו', ולכן לא מתקיים הרישא של סעי' 14(א)(2), דהיינו "עיקרו של ההסדר הכובל אינו בהפחתת התחרות או במניעתה". נהפוך הוא, בהיעדר "עסקה לגיטימית" כאמור, עיקרו של ההסדר הוא אכן "בהפחתת התחרות או במניעתה", גם אם נטען על-ידי הצדדים שהפחתת התחרות או מניעתה תוביל לתוצאה רצויה כלשהי.

#### **IV. סעי' 14(א)(ב) סיפא – הדרישה שכל כבילה שבהסדר תהיה נחוצה למימוש עיקרו**

גם כאשר עיקרו של ההסדר הוא עסקה לגיטימית של שילוב כוחות עסקיים לשם ייעול, הגדלת תפוקה, שיפור וכדומה – דהיינו, גם כאשר מתקיים הרישא של סעי' 14(א)(2), כך ש"עיקרו של ההסדר הכובל אינו בהפחתת התחרות או במניעתה" – לא די בכך בלבד כדי לעמוד בדרישות סעי' 14(א)(2). על-מנת לעמוד בדרישות סעי' 14(א)(2), חובה לעמוד גם בדרישת הסיפא לסעיף: "ואין בו [בהסדר] כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו". דרישה זו כוללת בחובה שלושה רכיבים. ראשית, שכל הכבילות שבהסדר יהיו "נחוצות למימוש עיקרו"; שנית, שהכבילות לא יהיו רחבות יותר מהדרוש; שלישית, שהכבילות יהיו משניות לאותו שיתוף-פעולה לגיטימי שהוא "עיקרו של ההסדר". נרחיב לעניין כל אחד ממרכיבים אלה של דרישת הנחיצות.

#### **IV.א דרישת הנחיצות**

המרכיב הבסיסי של דרישת הנחיצות הוא כאמור שהכבילות שבהסדר אכן יהיו נחוצות למימוש אותו שיתוף-פעולה לגיטימי שהוא "עיקרו של ההסדר". מידת הנחיצות הדרושה תוארה בדרכים שונות בפסיקה.

בפרשת ארד, במסגרת בקשה לאישור הסדר כובל, הגדיר בית-הדין את הדרישה כך:<sup>38</sup>

**חיונית או למצער נדרשת באופן מובהק לשם ביצוע הסדר בעל מטרות מסחריות לגיטימיות.**

בפסק-דין בעניין חברת החשמל, אשר גם בו נידונה בקשה לאישור הסדר כובל, כתב בית-הדין:<sup>39</sup>

**השאלה . . . אינה רק האם הכבילה נשוא הדיון עשויה לקדם את מטרות ההסדר, אלא האם היא חיונית לצורך כך, או לפחות, לפי מבחן מקל יותר, האם היא מקדמת את מטרות ההסדר הלגיטימיות בצורה טובה יותר באופן משמעותי מחלופות אחרות שפגיעתן בתחרות קטנה יותר.**

בפרשת איסכור, שבה נדון ערר על מתן פטור לפני תיקונו של סעי' 14 בשנת 2000, נאמר כך:<sup>40</sup>

**כבילות שהן חיוניות לשם הקמתו של המיזם והבטחת פעילותו, ואשר העדרן עלול לסכן את קיומו של המיזם המשותף.**

<sup>37</sup> U.S. v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940), בעמ' 221.

<sup>38</sup> פס"ד ארד, ה"ש 10 לעיל, פס' 30.

<sup>39</sup> ה"ע 491/98 חברת החשמל לישראל נ' הממונה (נבו, 22.3.99) פס' 47.

<sup>40</sup> פרשת איסכור, ה"ש 9 לעיל, פס' 50.

יישום המבחן הוא בהתאם לעובדות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה.<sup>41</sup> אם ההסדר כולל כבילה שאינה נחוצה למימוש מטרתו הלגיטימית של ההסדר, לא יקיים ההסדר את דרישת הסיפא של סעי' 14(א)(2) לחוק, הקובע "ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו".

#### IV. ב. מניעת "הנאת חינם" (Free Riding) ונחיצות הכבילה

יש מקרים שבהם נחיצותה של כבילה למימוש אותו שיתוף-פעולה לגיטימי, שהוא "עיקרו" של ההסדר, נעוצה בצורך למנוע סיכון של הנאת חינם (free riding) הנוצר אגב שיתוף-הפעולה הלגיטימי.<sup>42</sup> לעתים, שיתוף-פעולה חושף כל צד לסיכון שצד אחר ינסה ליהנות מהנאת חינם על-חשבונו. החשש מפני סיכון זה, אשר נוצר אגב שיתוף-הפעולה, עשוי להרתיע צדדים מלשתף פעולה מלכתחילה, או להרתיע אותם מלהירתם באופן מלא להצלחת שיתוף-הפעולה וכך תיפגע יעילותו. כדי להסיר את החשש ולאפשר שיתוף-פעולה מלא ויעיל, פעמים רבות הצדדים לשיתוף-הפעולה מתחייבים (במפורש, במשתמע או מכוח הדין) שלא להתחרות באופן עצמאי נגד הפעילות המשותפת.<sup>43</sup>

כאשר קיומו של שיתוף-הפעולה הלגיטימי או יעילותו מחייבים הסרתו של חשש מפני הנאת חינם, הרי שכבילה הבאה לשרת מטרה זו תיחשב כנחוצה למימוש עיקרו של ההסדר (זאת, כמובן, בתנאי שהיא עומדת גם ביתר רכיבי דרישת הנחיצות, כלומר שהיא אינה רחבה מן הנדרש והיא גם משנית למטרתו הלגיטימית של שיתוף-הפעולה).

יחד עם זאת, חשוב לעמוד על-כך שהביטוי "הנאת חינם" אינו ביטוי קסם אשר די באזכורו כדי להכשיר כבילות. למרות שהתופעה של הנאת חינם נחשבת כמקור לחוסר-יעילות בנסיבות מסוימות, היא תופעה נרחבת ביותר אשר בדרך-כלל אינה נחשבת כבעיה הדורשת תיקון כלשהו.<sup>44</sup> לפעמים, מה שמוצג בתור "הנאת חינם" אינו אלא ביטוי לתחרות עצמה.<sup>45</sup>

<sup>41</sup> פרשת **הולנדיה**, ה"ש 20 לעיל, פס' 36-37. לדוגמות של יישום מבחן הנחיצות, ראו: פס"ד **הפדרציה**, ה"ש 16 לעיל, פס' 82; פס"ד **ארד**, ה"ש 10 לעיל, פס' 28-30; פס"ד **Polk Bros.**, ה"ש 17 לעיל, בעמ' 190; פס"ד **Rothery**, ה"ש 18 לעיל, עמ' 212-213, 221-222; **General Leaseways v. National Truck Leasing Association**, 744 F.2d 588 (7<sup>th</sup> Cir. 1984); **FTC, In the Matter of Polygram Holding**, Docket 595; בעמ' 595; **Polygram Holding v. FTC**, 416 F.3d 29 (D.C. Cir. 2005) (No. 9298 (24.7.03), *petition for review denied*).

<sup>42</sup> לדוגמה: פס"ד **הולנדיה**, ה"ש 20 לעיל, בין השאר בפס' 51 ואילך; פס"ד **שופרסל**, ה"ש 5 לעיל, פס' עב; פס"ד **Polk Bros.**, ה"ש 17 לעיל, בעמ' 190; פס"ד **Rothery**, ה"ש 18 לעיל, בעמ' 212-213, 221-224; גילוי דעת 2/17 בעניין הסדרי הכתבת מחיר אנכית (RPM), בעמ' 9-10.

<sup>43</sup> R. Bork, "Ancillary Restraints and the Sherman Act," 15 A.B.A. Antitrust Law Section 211 (1959); בעמ' 224-225. לעניין התחייבות משתמעת או מכוח הדין ראו סעי' 39 לפקודת השותפויות [נוסח חדש], תשל"ה-1975; ע"א 415/88 **החברה הכלכלית לאילת (תכ"א) בע"מ נ' ברטון תכנון וייצור בע"מ**, פ"ד מג(4) 672; מ. מזרחי, "מיזם משותף כהסדר כובל", **משפטים כ"ג** (תשנ"ד) עמ' 213.

<sup>44</sup> לדוגמה, רעיונות עסקיים רבים אינם נהנים מהגנה כלשהי על-פי דיני קניין רוחני (Areeda & Hovenkamp מציעים מספר דוגמות לכך, ביניהן הרעיון השיווקי לצרף צעצוע לארוחת ילדים בחנות מזון מהיר). אם הרעיון מוכיח את עצמו כמוצלח, עסקים אחרים יכולים לאמץ אותו מבלי לפצות את מי שהמציא את הרעיון. הנאת חינם במצבים כאלה נחשבת כלגיטימית ומותרת. ראו **P. Areeda & H. Hovenkamp, Antitrust Law**, ה"ש 11 לעיל, M. Lemley, "Property, Intellectual Property, and Free Riding," 83 **Tex. L. Rev.** 1031; ¶1613b, ¶2032b (2005), בעמ' 1049-1050.

<sup>45</sup> עניין **Polygram**, ה"ש 41 לעיל, בעמ' 43: "The sort of behavior that Respondents disparage as 'free-riding' – i.e., taking advantage of the interest in competing products that promotional efforts for one product may induce – is an essential part of the process of competition that occurs daily throughout our economy." כן ראו את דברי בית-המשפט לערעורים בעניין **Polygram**, 416 F.3d בעמ' 38.



הנקודה החשובה לענייננו היא זו: כבילה שנועדה להסיר חשש מפני הנאת חינום עשויה להיחשב כנחוצה למימוש עיקרו של ההסדר רק כאשר החשש להנאת חינום מתעורר אגב שיתוף-הפעולה הלגיטימי שהוא עיקרו של אותו הסדר, והסרתו של החשש אכן נחוצה לשם הצלחת שיתוף-הפעולה. לעומת זאת, הסדר בין מתחרים להימנע מהנאת חינום זה על חשבון זה, שלא במסגרת שיתוף-פעולה למטרה לגיטימית – הוא הסדר שעיקרו בהפחתת התחרות או במניעתה.<sup>46</sup>

#### ג. IV. הדרישה שהכבילה לא תהיה רחבה מן הנדרש

על-מנת שכבילה תעמוד בדרישה של סעי' 14(א)(2) סיפא, אסור שהיא תהיה רחבה יותר מן הדרוש לשם מימוש שיתוף-הפעולה הלגיטימי שהוא עיקרו של ההסדר.<sup>47</sup> לעניין זה ראו את דברי יו"ר ועדת הכלכלה של הכנסת בפני המלאה:<sup>48</sup>

**המקרים הראויים לפטור הם הסכמים שהגבלת התחרות בהם היא נגזרת, טפלה להסדר לגיטימי ומועילה לעסקים ולתחרות, וכמו כן היא חייבת להיות מידתית, פרופורציונלית לנדרש ממהותו של ההסכם שבו מדובר. לדוגמה, שותפות בפיתוח מוצר חדש בין שתי חברות תקשורת מצדיקה לעתים הוראה שהשותפים לא יתחרו בשותפות שלהם מחוץ לה, אך אינה מצדיקה בשום פנים תיאום בין השותפים של מחירי שאר המוצרים האחרים ששתי החברות האלה משווקות בענף אחר, בלתי קשור לתחום הפיתוח.**

רוחב-יתר עשוי למצוא את ביטויו בפרמטרים שונים, לדוגמה תקופת זמן ארוכה מכפי הצורך,<sup>49</sup> פריסה גיאוגרפית רחבה מכפי הצורך,<sup>50</sup> תחולה לגבי מוצרים או שווקים שאין צורך שהכבילה תחול לגביהם,<sup>51</sup> תחולה על אנשים או תאגידים שאין צורך שהכבילה תחול עליהם<sup>52</sup> וכן כל פרמטר אחר, שלפיו הכבילה רחבה מכפי הנחוץ לשם מימוש שיתוף-הפעולה הלגיטימי שהוא עיקרו של ההסדר.

"The 'free-riding' to be eliminated by the moratorium agreement, however, was nothing more than "the competition of products that were not part of the joint undertaking".

<sup>46</sup> עניין Polygram, ה"ש 41 לעיל, בעמ' 43-44 (סיכום בין מתחרים להימנע מהנאת חינום זה מפרסומיו של זה יהיה אסור per se); P. Areeda & H. Hovenkamp, ה"ש 11 לעיל, ¶2032b.

<sup>47</sup> פס"ד Rothery, ה"ש 18 לעיל, בעמ' 224; פס"ד Metropole, ה"ש 19 לעיל, פס' 106, 113 Canadian Competitor Collaboration Guidelines, ה"ש 25 לעיל, פס' 2.5.3.

<sup>48</sup> ה"ש 12 לעיל.

<sup>49</sup> פס"ד הולנדיה, ה"ש 20 לעיל, פס' 78; החלטה בדבר מתן פטור להסדרים בין עמינח תעשיות רהיטים ומזרונים בע"מ לבין בעלי מקרקעין, 2010 ההגבלים העסקיים 5001638, בעמ' 6; Verson Wilkins v. Allied Products Corp., 723 F.Supp. 1 (N.D. Ill. 1989), בעמ' 10-11; פס"ד Metropole, ה"ש 19 לעיל, פס' 124.

<sup>50</sup> פס"ד Verson Wilkins, ה"ש 49 לעיל, בעמ' 12-13; פס"ד Metropole, ה"ש 19 לעיל, פס' 113.

<sup>51</sup> החלטת עמינח, ה"ש 49 לעיל, בעמ' 6; פס"ד Verson Wilkins, ה"ש 49 לעיל, עמ' 11-12; פס"ד Metropole, ה"ש 19 לעיל, פס' 125; עניין Polygram, ה"ש 41 לעיל.

<sup>52</sup> החלטה בדבר מתן פטור להסדר שבין קסטרו מודל בע"מ, פאלו ריטייל בע"מ וה"ה יוסף גביזון ואלי גבי, 2017 ההגבלים העסקיים 501153, בעמ' 2.

#### ד. IV. הדרישה שהכבילה תהיה משנית לשיתוף הפעולה הלגיטימי

על-מנת שכבילה תעמוד בדרישה של סעי' 14(א)(2) סיפא, עליה להיות משנית לשיתוף-הפעולה הלגיטימי שהוא עיקר ההסדר.<sup>53</sup>

לעומת זאת, כאשר הכבילה אינה משנית לשיתוף-הפעולה הלגיטימי שבהסדר, הרי שהיא העיקר, וההסדר לא יעמוד בדרישת סעי' 14(א)(2), גם אם להסדר היבטים אשר היו נחשבים כלגיטימיים לו עמדו בפני עצמם.<sup>54</sup>

#### V. כבילות אשר חלות לאחר תום שיתוף-הפעולה

יש מקרים, שבהם הצדדים מסכימים על תניית אי-תחרות שתחולתה לאחר סיום שיתוף-הפעולה ביניהם. כמו כבילות החלות בחיי שיתוף-הפעולה הלגיטימי בין הצדדים, גם כבילות שתחולתן לאחר סיום שיתוף-הפעולה נדרשות לעמוד במבחן הנחיצות על-פי סעי' 14(א)(2) סיפא, על-תת-מבחניו.<sup>55</sup>

בבחינת נחיצות תניית אי-תחרות שתחולתה לאחר סיום שיתוף-הפעולה, נודעת חשיבות לעיתוי עשייתה של תניית האי-תחרות. כעיקרון, רעיון הנחיצות הוא שאלמלא הכבילה, היו הצדדים נרתעים מלשתף פעולה, או מלהירתם באופן מלא להצלחת שיתוף-הפעולה. בהתאם, יש מקום לצפות לכך שתניית אי-תחרות תיעשה לפני תחילת שיתוף-הפעולה, או לכל המאוחר במהלך תקופת שיתוף-הפעולה. אם רק בעת פירוק שיתוף-הפעולה עושים הצדדים לראשונה תניית אי-תחרות שתחולתה לאחר סיום שיתוף-הפעולה, תהיה בעיתוי זה אינדיקציה לכך שהתנייה לא היתה נחוצה לשם שיתוף-הפעולה.<sup>56</sup> חריג אפשרי לכך יהיה מקרה שבו פירוק שיתוף-הפעולה ייעשה כך שהוא כרוך במכירת עסק, שבמקרה כזה תתכן תניית אי-תחרות שהיא נחוצה לא לשם מימוש שיתוף-הפעולה אלא לשם מימוש מכירת העסק.<sup>57</sup> אולם, אין לראות בכל פירוק שיתוף-פעולה משום מכירת עסק.<sup>58</sup> (על תניות אי-תחרות הנלוות למכירת עסק ראו את הפרק הבא להלן).

<sup>53</sup> החלטה בדבר אי-מתן פטור להסכם בין גת גבעת חיים לבין גנר (1992), 2003 **ההגבלים העסקיים** 3018900, בעמ' 2; פס"ד **Addyston**, ה"ש 29 לעיל, בעמ' 286; פס"ד **Rothery**, ה"ש 18 לעיל, בעמ' 224; פס"ד **Metropole**, ה"ש 19 לעיל, פס' 105. ראו גם את דברי יו"ר ועדת הכלכלה של הכנסת, ה"ש 12 לעיל: **"הסכמים שהגבלת התחרות בהם היא נגזרת, טפלה להסדר לגיטימי ומועילה לעסקים ולתחרות"**.

<sup>54</sup> החלטה בעניין אי-מתן פטור להסדר כובל בין מפעל הפיס לבין האגודה למען החייל, 1999 **ההגבלים העסקיים** 3004184, בעמ' 5; החלטה בעניין אי-מתן פטור להסדר בין שירותי בראיות כללית ואח', 2013 **ההגבלים העסקיים** 500325, בעמ' 3-4; ת"פ 209/96 מ.י. נ' **אהליך יעקב** (נבו), הכרעת-דין 4.8.02, פס' 6, 16, 25, 32; גזר-דין 17.12.02 פס' 2, 5; כן ראו **Bork, The Antitrust Paradox**, ה"ש 24 לעיל, בעמ' 268.

<sup>55</sup> ראו לדוגמה כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים) (הוראת שעה), תשס"ו-2006, סע' 2(ב)(8); **Bork, Ancillary Restraints and the Sherman Act**, ה"ש 43 לעיל, בעמ' 227-228.

<sup>56</sup> דנ"א 4465/98 **טבעול נ' שף הים**, פ"ד נו(1) 56, בעמ' 65, 102, אשר מפנה ל- **Blackburn v. Sweeney**, 53 F.3d 825 (7<sup>th</sup> Cir. 1995), בעמ' 828 (תניית האי-תחרות נעשתה בשלב מאוחר של תהליך פירוק השותפות; נדחתה הטענה שהיא כבילה נלווית). השוו להפ"ב (מרכז) 34150-09-14 **רובין נ' לוז** (נבו), 12.2.15 (תניית האי-תחרות נכללה בהסכם השותפות; התנייה נאכפה).

<sup>57</sup> ראו ת"א (ראשל"צ) 25699-07-12 **חלפון נ' אבו רביעה** (נבו), 4.9.16, פס' 5, 67-70.

<sup>58</sup> פס"ד **טבעול**, ה"ש 56 לעיל, בעמ' 98-102.

## VI. תניית אי-תחרות ככבילה הנחוצה למימוש מכירת עסק

כבילה עשויה להיות נחוצה לשם מימוש מכירת עסק. כך, מוכר עסק עשוי להתחייב שלא להתחרות בעסק הנמכר במשך תקופה מוגדרת לאחר המכירה. מקובל שההצדקה לתניית אי-תחרות מצד המוכר נעוצה בצורך להבטיח לקונה שתחרות מצד המוכר לא תפגע בערך המוניטין הנמכרים כחלק מהעסק, כמו גם בצורך להגן על ידע וסודות מסחריים הנמכרים כחלק מהעסק.<sup>59</sup>

כמובן, תניית אי-תחרות מצד מוכר עסק, על-מנת שתעמוד בדרישות סעי' 14(א)(2) סיפא, חייבת לעמוד ברכיבים השונים של דרישת הנחיצות, הכל כפי שפורט לעיל. אותם שיקולים צריכים לתפוס מקום מרכזי גם כאשר באים לבחון האם תניית אי-תחרות עומדת בתנאי סעי' 3(8) לחוק.<sup>60</sup>

לעתים עולה השאלה האם ניתן לראות התחייבות של רוכש עסק (או של העסק הנרכש) שלא להתחרות בעסקי מוכר העסק, ככבילה הנחוצה לשם מימוש מכירתו של העסק. ככלל, התשובה לשאלה זו תהיה שלילית. התחייבות של הרוכש (או של העסק הנרכש) לאי-תחרות בעסקי המוכר אינה רלוונטית להגנה על ערכו של העסק הנרכש, ולכן היא לא תיחשב ככבילה הנחוצה למימוש מכירת העסק.<sup>61</sup>

עם זאת, כאשר נמכר חלק בלבד ממניותיה של חברה ומוכר המניות (אשר ממשיך להחזיק בחלק ממניות החברה) ורוכש המניות הופכים להיות בעלים משותפים של החברה ומשתפים פעולה בניהולה, יתכן שגם רוכש המניות יוכל לקחת על עצמו התחייבויות אשר ייחשבו ככבילות הנחוצות למימוש מיזם משותף של ניהול החברה (ולא כנחוצות למימוש עסקת מכירת המניות), אם מתקיימים לגבי התחייבויות אלה כל הדרישות שפורטו לעיל.<sup>62</sup>

## VII. בוחנים את מהותו האמיתית של ההסדר

כאשר בוחנים את התקיימות הדרישות של סעי' 14(א)(2), בוחנים את מהות ההסדר לגופו, ולא את התווית או את הכותרת שתחתיה מבקשים הצדדים לסווג את ההסדר. כך, למשל, הסדר בין מתחרים אשר כותרתו היא "**מיזם משותף לשיווק**", אשר תכליתו העיקרית היא קביעת מחיר משותפת למוצרי המתחרים, הינו הסדר שעיקרו בהפחתת התחרות או במניעתה, על-אף הכותרת

<sup>59</sup> ראה פס"ד **טבעול**, ה"ש 56 לעיל, בעמ' 99-100; כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג לכבילות נלוות למיזוגים), תשס"ט-2009, סעי' 3(1); 221 F.3d 913, *Perception, Inc. v. Sensor Adaptive Machines Inc.*, 660 F.2d 255 (7<sup>th</sup> Cir. 1981); 919-920 בעמ' 6<sup>th</sup> Cir. 2000, *Lektro-Vend Corp. v. The Vendo Company*, 660 F.2d 255 (7<sup>th</sup> Cir. 1981); 266 בעמ' 19 Case 42/84 *Remia VB v. Commission* [1985] ECR 2545.

<sup>60</sup> סעי' 3(8) לחוק קובע כי לא תיחשב כהסדר כובל "התחייבות של מוכר עסק, בשלמותו, כלפי רוכש העסק שלא לעסוק באותו סוג עסק, כשהתחייבות אינה בניגוד לנוהגים סבירים ומקובלים".

<sup>61</sup> החלטה בדבר מתן פטור להסדר בין סטימצקי (2005) לבין הליקון וציליל חדש, 2008 **ההגבלים העסקיים** 5000739; פס"ד **Verson Wilkins**, ה"ש 49 לעיל, בעמ' 8-9.

<sup>62</sup> החלטה לפי סעיף 14 בדבר מתן פטור להסדר בין מפעלי חמצן וארגון בע"מ, פימי ישראל אופורטוניטי פייב, שותפות מוגבלת ופימי אופורטוניטי פייב (דלוואר), שותפות מוגבלת, 2016 **ההגבלים העסקיים** 500939, עמ' 3; החלטה לפי סעיף 14 בדבר מתן פטור להסדר בין ט.ב.ג. החזקות בע"מ לבין פימי שירותי רפואה בע"מ, 2012 **ההגבלים העסקיים** 500253, עמ' 2.

הלגיטימית כביכול.<sup>63</sup> בחינת מהותו האמיתית של ההסדר אינה מצטמצמת לארבע אמותיו של ההסכם הכתוב; ככל שההסדר האמיתי בין הצדדים שונה מן ההסכם הכתוב, יש לבחון את ההסדר האמיתי ולא מה שכתבו הצדדים.<sup>64</sup> הבחינה נעשית על-פי נסיבותיו הקונקרטיות בפועל של כל מקרה ומקרה, ולא לפי סוג ההסדר בלבד.<sup>65</sup>

## **VIII. היחס בין סעי' 14(א)(2) לבין סעי' 14(א)(1)**

גילוי-דעת זה עוסק בפרשנותו של סעי' 14(א)(2) לחוק. חשוב לחזור ולהדגיש, כי לא די בקביעה שהסדר עומד בדרישות סעי' 14(א)(2) על-מנת להכשיר אותו. סמכות הפטור של הממונה מותנית גם בהתקיימות סעי' 14(א)(1) לחוק, העוסק במידת פגיעתו של ההסדר בתחרות:

**הכבילות שבהסדר הכובל אינן מגבילות את התחרות בחלק ניכר של שוק המושפע מן ההסדר, או שהן עלולות להגביל את התחרות בחלק ניכר משוק כאמור, אך אין בהן כדי לפגוע פגיעה של ממש בתחרות בשוק כאמור;**

משמעות הקביעה שהסדר עומד בדרישות סעי' 14(א)(2) היא רק שאותו הסדר עשוי להיות ראוי לפטור אם מתקיימים לגביו גם התנאים של סעי' 14(א)(1).

סעיפים 14(א)(1) ו-14(א)(2) מציגים שני מבחנים שונים ונפרדים. לא די בהתקיימות הדרישות של סעי' 14(א)(1) כדי להוביל למסקנה כי גם דרישות סעי' 14(א)(2) מתקיימות.<sup>66</sup> את התקיימות דרישות סעי' 14(א)(2) יש לבחון בנפרד. אם בבחינה זו נמצא כי דרישות סעי' 14(א)(2) אינן מתקיימות, אין מקום להתקדם לבחינת התקיימות דרישות סעי' 14(א)(1); זאת מן הסיבה שהסדר שלגביו דרישות סעי' 14(א)(2) אינן מתקיימות אינו יכול להיות חוקי בכל מקרה. הוא הדין גם לגבי סעי' 15(א)(2) והיחס בינו לבין סעי' 15(א)(1) ובינו לבין הסעיפים המקבילים בפטורי הסוג השונים.

<sup>63</sup> U.S. Guidelines ;1013 In re Sulfuric Acid Antitrust Litigation, 703 F.3d 1004 (7th Cir. 2012), בעמ' 1013; for Collaborations Among Competitors, ה"ש 26 לעיל, בעמ' 9.

<sup>64</sup> Wholesale Grocery Products Antitrust Litigation, 752 F.3d 728 (8<sup>th</sup> Cir. 2014), בעמ' 734; עניין Polygram, ה"ש 41 לעיל, בעמ' 8-9.

<sup>65</sup> פס"ד הולנדיה, ה"ש 20 לעיל, פס' 36-37.

<sup>66</sup> פס"ד הולנדיה, ה"ש 20 לעיל, פס' 31-32.