



רשות ההגבלים העסקיים

החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988

בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר שצדדים לו

חברת דואר ישראל בע"מ ואמגון בע"מ

א. פתח דבר

ביום 17 בינואר 2008 הונחה בפניי בקשה למתן פטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, (להלן: "החוק") להסדר כובל שהצדדים לו הם חברת דואר ישראל בע"מ (להלן: "חברת הדואר") ואמגון בע"מ (להלן: "אמגון"). עניינו של ההסדר – אספקת שירותי איסוף, העברה ומסירה של דברי דואר ומשטחים באמצעות שליחים, עבור חברת הדואר על-ידי אמגון.

לאחר שבחנתי את ההסדר ואת הכבילה המצויה בו, כמו גם את השפעתה האפשרית על התחרות בשוק הרלוונטי, ולאחר שנועצתי בועדה לפטורים ולמיזוגים, שוכנעתי כי הכבילה אינה מגבילה את התחרות בחלק ניכר של השוק המושפע מן ההסדר, וכי היא אינה פוגעת פגיעה של ממש בתחרות בשוק כאמור, כי עיקרו של ההסדר אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, וכי אין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו. מטעמים אלו ראוי ההסדר לפטור לפי סעיף 14 לחוק בשל הנימוקים שיפורטו להלן.

ב. הצדדים להסדר

חברת הדואר, הנה חברה בבעלות ממשלתית העוסקת באספקת מגוון רחב של שירותי דואר, כגון מסירות דברי דואר בארץ ומחוץ לה, שירותי שליחים, שירותי בנק במסגרת בנק הדואר ועוד.

אמגון, הנה חברה העוסקת באספקת שירותי שליחים במרכז הארץ. בנוסף, מספקת אמגון לסלקום ישראל בע"מ שירותי תיקונים לטלפונים סלולאריים בבית הלקוח.

ג. ההסכם והרקע

1. כאמור, חברת הדואר מספקת שירותי דואר שליחים מסוגים שונים. בין שירותים אלה ניתן למנות את שירות השליחים "מדלת לדלת" למגורים וכן שירות "מסניף לדלת", כאשר נקודת איסוף דבר הדואר לשם העברתו לנמען היא סניף הדואר הרלוונטי.
2. על-פי המידע שנמסר לרשות ההגבלים העסקיים (להלן: "**הרשות**") על-ידי המבקשים, שירותי השליחים מטופלים כיום בידי היחידה לשירותי דואר השליחים בחברת הדואר. היחידה מטפלת בפריטי דואר השליחים בנפרד מהטיפול בפריטי הדואר ה"רגילים".¹ שירותי השליחים ניתנים על ידי חברת הדואר בכ- 180 יישובים בארץ, כאשר במרביתם מספקת החברה את השירותים בכוחות

¹ זאת, למעט אזורים מרוחקים - צפונית לחיפה ודרומית לבאר-שבע, וכן באיו"ש.

עצמה. אולם, ב"שטח ההסכם", כפי שזה מוגדר בהסכם בין הצדדים,² מספקת חברת הדואר (וקודמתה - רשות הדואר), מזה כ- 19 שנים, את השירות באמצעות קבלן – אמגון וחברת האחות שלה ארגון ומדעי ניהול יועצים בע"מ (שסיפקה את השירותים לחברת הדואר עד לינואר 2007).

3. ההסכם קובע כי אמגון תשמש זרוע אספקת שירותי שליחים של חברת הדואר בשטח ההסכם בלבד. כך למשל, אם נשלח דבר דואר מחיפה לתל-אביב, חברת הדואר היא שתעביר את הפריט עד לנקודת המיון והחלוקה בתל-אביב, ומשם תהיה אמגון אחראית (בשם חברת הדואר) להעברתו לנמען.

4. אמגון נבחרה כספק שירותי השליחים לחברת הדואר בהליך של מכרז. קודם לפרסום המכרז חברת הדואר פנתה אליי בבקשה לקבלת חוות דעת מקדמית ובה ביקשתי לקבוע כי: "קיימת סבירות גבוהה כי הממונה תעניק פטור להסכם ההתקשרות, לרבות לסעיף האי-תחרות הנכלל בו, עת זה יונח על שולחנה" ובכפוף לזהות הזוכה הספציפי.

5. ביום 4 בספטמבר 2006 הבעתי את עמדתי כי בנסיבות הקיימות אכן קיים טעם מסחרי בתניית האי-תחרות. בשל כך, סברתי כי ההסכם נשוא הפנייה לא ייראה כהסכם שעיקרו בהפחתת התחרות או במניעתה בעטייה של תנית האי-תחרות לבדה. יחד עם זאת, קבעתי כי עמדתי המקדמית מתבססת על תמונת הדברים כפי שהובאה בפניית חברת הדואר, וכי החלטתי בבקשת פטור, אם וכאשר תוגש, תתבסס על תמונת המצב התחרותית לאור זהות הזוכה. משהסתיימו הליכי המכרז והתבררה זהות הזוכה בו, נסללה הדרך לבחינת הכבילה הנדונה והשפעתה על התחרות בנסיבות הפרטניות של ההתקשרות בין הצדדים.

ד. הכבילה והשפעתה על התחרות

1.ד תניית אי-תחרות והסדרי הבלעדיות

1. על-פי סעיף 17 להסכם, מתחייבת אמגון כי במשך תקופת ההסכם³ וכן שנתיים לאחר תום תקופת ההסכם לא תעסוק, במישרין או בעקיפין, באספקת שירותים המתחרים בשירותי השליחים (להלן: "תניית אי-תחרות"). מנגד, מחויבת חברת הדואר – עפ"י תנאי המכרז – להשתמש אך ורק בשירותי אמגון בשטח ההסכם.⁴

2. ככלל, כאשר הסכם מגלם בתוכו תניית אי-תחרות, יש לבחון האם מדובר בכבילה נלווית (ancillary restraint) לגיטימית הנחוצה למימוש הסדר שיש בו תועלת, או שמא מדובר בכבילה

² על-פי נספח ט' להסכם, שטח ההסכם משתרע על תל-אביב-יפו, רמת-גן, בני-ברק, גבעתיים, גבעת-שמואל, פתח-תקווה, ראש-העין, אלעד, כפר מעש, כפר סירקין, קיבוץ עינת, קיבוץ גבעת-השלושה ומושב נחלים (להלן: "שטח ההסכם").

³ תוקפו של ההסכם הוא שלוש שנים והוא יתחדש אוטומטית בכל פעם לשנה נוספת (אלא אם כן יודיע אחד הצדדים על רצונו שלא לחדשו). כל תקופת ההסכם, לרבות ההארכות, לא תעלה על שבע שנים.

⁴ עם זאת, מן הראוי לציין כי על-פי סעיף 15 להסכם, חברת הדואר שומרת בידיה את הזכות לתת את השירות בשטח ההסכם בעצמה.

עירומה (naked restraint) שמטרתה העיקרית צמצום התחרות.⁵

תניות אי-תחרות עשויות להיחשב פוגעניות, במיוחד כאשר כל מטרתן למנוע תחרות בין הצדדים להסכם. מנגד, יש ובתניות מסוג זה טמונים יתרונות רבים. לדוגמה, הן מאפשרות לספק השירות לוודא שהמפיץ ישקיע במוצריו את כל המשאבים וכן למנוע מהמפיץ ליהנות מפירות השקעתו של הספק, מבלי שטרר והשקיע בעצמו (free-riding). אומר על כך המלומד Whish:

"A free-rider issue can arise where a supplier invests in promotion at a retailer's premises which a competing supplier takes advantage of: a non-compete provision may be justified to prevent this type of free-riding."⁶

זאת ועוד, מערך ההגבלים העסקיים מכיר בצורך בתניות אי-תחרות ביחסים החוזיים שבין צדדים הנחשפים לסודות המסחריים שבידיהם. תניות אלו נחוצות למניעה של ניצול לרעה של מידע הנחשף במסגרת שיתוף הפעולה בין הצדדים, ולביסוס יחסי אמון הדרושים למהלך התקין של עבודתם.

3. ההסכם דנן והמכרז שקדם לו מעגנים, למעשה, התחייבויות לבלעדיות ברכישה ואספקת שירות.⁷ בית הדין להגבלים עסקיים התייחס ליתרונות הגלומים בהסכמים כגון דא ופסק כדלקמן:

"צדדים מתקשרים בהסכמי בלעדיות, לא בהכרח לשם פגיעה בתחרות בענף הרלוונטי. הסכמי בלעדיות עשויים להכיל בתוכם יתרונות לא מבוטלים. כך למשל בלעדיות עשויה להבטיח את רציפות מתן השירות נשוא ההסכמים מבחינת מקבל השירות, להביא לחסכון בעלויות עסקה הכרוכות בהתקשרויות עם נותני שירותים, וכן מקנה אפשרות לתכנון כלכלי ארוך טווח ולנצל את יתרונות הגודל של נותן השירות, ועוד [...]"⁸

ובאשר למשך ההסדרים הבלעדיים קבע בית הדין כי:

"סבירות תקופת הבלעדיות תבחן על רקע מכלול האינטרסים בעניין. [...] לצורך כך ניתן לשקול את תקופת החזר ההשקעה, וכמו-כן נשקול את מידת התחרות בענף, הריכוזיות בשוק, יחסי הכוחות, קשרים בין ספקים ולקוחות וחסימי הכניסה [...]"⁹

⁵ על האבחנה בין כבילה עירומה לנלווית ראה החלטת הממונה מיום 25.2.1999 בדבר אי מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר בין האגודה למען החייל ומפעל הפיס, **הגבלים עסקיים**, 3004184; וכן

H. Hovenkamp *Antitrust Law - An Analysis of Antitrust Principles and Their Application* (New York, 2005), Vol. XI second edition, Chapter 19B.

⁶ R. Whish *Competition Law* (London, 5th Ed., 2003) 592-593

⁷ יוער, כי סעיף 3(6) לחוק אינו חל בענייננו, לפחות מן הסיבה שהצדדים להסדר עוסקים "במתן אותם השירותים".

⁸ הי"ע 8011/03 **תנובה נ' מובילי החלב**, דינים מחוזי, כרך לד (10), 775; פסקה 17.

⁹ שם, פסקה 33.

4. הגבלת תחרות בין צדדים לפעילות עסקית משותפת, למשך תקופת שיתוף הפעולה העסקי ביניהם, ולפרק זמן מוגדר לאחריו, משמשת לרוב להבטחת יציבות הפעילות העסקית ועשויה להוות תנאי לנכונות הצדדים לו להשקיע בו מהונם וממרצם. משכך, מהווה תניית הגבלת תחרות בין צדדים, הפועלים במסגרת שיתוף פעולה עסקי כדון, דפוס פעולה עסקי מקובל, וזאת אף לזמן סביר לאחר סיום שיתוף הפעולה.

מטעמים אלה, נהוג לשקול בחיוב מתן פטור לתניות אי-תחרות בין צדדים לשיתוף פעולה עסקי, כל עוד ניתן ללמוד על קיומו של שיתוף פעולה אמיתי בין הצדדים וכל עוד הצורך בהגבלת התחרות במידה המבוקשת, בין במשך תקופת ההסכם ובין בפרק הזמן שלאחריו, נובע מעצם שיתוף הפעולה או חיוני להצלחתו.¹⁰

2.ד. מן הכלל אל הפרט

במקרה דנן נחה דעתי כי מאפייני השוק וההסכם אינם מניבים חשש לפגיעה ממשית בתחרות, ולפיכך יש מקום להיעתר לבקשת הפטור. אפרט:

1. חברת הדואר ואמגון אינן מתחרות בפועל, שכן כבר עובר למועד החתימה על ההסכם חברת הדואר לא פעלה בשטח ההסכם באופן עצמאי, אלא באמצעות אמגון; ואילו אמגון סיפקה את שירותי השליחים לחברת הדואר בלבד. לפיכך, אין בתניית אי-תחרות בכדי לגרוע מתחרה בפועל מן השוק. אמנם אמגון היא מתחרה בכח של חברת הדואר, אך יש לקחת בחשבון את העובדה כי מיום הקמתה, ובמשך שנים רבות, אמגון סיפקה את השירות עבור חברת הדואר בלבד. לא זו אף זאת: חברת הדואר קיבלה החלטה עסקית – לספק את שירותי השליחים באזור המרכז באמצעות קבלן, והעמידה את העניין למכרז. ניתן לומר כי זכייתה של אמגון במכרז הינה בבחינת "הרע במיעוט" שכן בכל מקרה אחר היה נגרע מהשוק מתחרה משמעותי.¹¹
2. בדיקת הרשות העלתה כי בתחום שירותי השליחים קיימת תחרות ערה. השחקנים המרכזיים בתחום זה הם אביב שיגור (אביב יעל דרומה בע"מ) וכך משלוח בינעירוני מהיר בע"מ. בנוסף לאלה, קיים גם מספר רב של מתחרים קטנים יותר. מעבר לכך, לאחרונה החלו גם חברות השילוח הבינלאומיות (Fed-Ex, UPS, DHL וכיו"ב) להיכנס לתחום השילוח הפנים ארצי. לחברות אלה יתרונות הנובעים הן מקיומו של מערך לוגיסטי מפותח ומבוסס והן ממותג חזק ומוכר. נתונים אלה ומאפייני הענף בכללותם מצביעים על כך שענף שירותי השליחים אינו מאופיין בחסמי כניסה גבוהים, במיוחד כאשר מדובר במתן שירותי השליחים בשטח ההסכם (אזור מרכז הארץ).

¹⁰ ראה החלטת הממונה מיום 15.8.2005 בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסכם בין סונול ישראל בע"מ לבין דלקט, חברה ישראלית לדלק בע"מ, **הגבלים עסקיים**, 5000199; וכן החלטת הממונה מיום 7.11.2002 בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסכם בין כלל תעשיות והשקעות בע"מ ואחרים לבין CRH [Israel] Ltd, **הגבלים עסקיים**, 3015885.

¹¹ על-פי תנאי הסף של המכרז, ההשתתפות הוגבלה לחברות בעלות ניסיון מינימאלי של 3 שנים בתחום ובעלות מחזור שנתי של 10 מיליון ₪ לפחות.

3. על-פי המידע שנמסר לרשות על-ידי המבקשים, המגובה בהוראות ההסכם, עולה כי במשך תקופת ההסכם הלקוחות יראו לנגד עיניהם את חברת הדואר כספק השירות ללקוח. העובדים של אמגון יהיו לבושים במדים של חברת הדואר וכלי הרכב שלהם יסומנו בסמלי חברת הדואר. כיוון שכך, חברת הדואר תעסוק בסטנדרטיזציה ובהתאמה של רמת השירות הניתן על ידי עובדי אמגון ואיכותו לרמת השירות הניתן על ידי חברת הדואר. התאמה זו כרוכה, בין היתר, בחשיפה למידע עסקי של חברת הדואר, ובכלל זה לפרטים של תהליכי העבודה, למארג ומערך ההפצה, לנתוני פריסה ולוגיסטיקה וכדומה.

זאת ועוד: במסגרת ההסכם תעשה אמגון שימוש, בין היתר, במערכות המידע של חברת הדואר ובמאגרי הנתונים הרלוונטיים, ברשימת הלקוחות ובציוד נוסף. במהלך מתן השירותים תיחשף אמגון ועובדיה לסודות מסחריים (תהליכי עבודה) ולמידע עסקי רגיש של חברת הדואר, כגון רשימת אנשי הקשר הרלוונטיים, מחירים וכיו"ב.

4. יש בנתונים דלעיל כדי להצביע, כי הכבילה דנן הינה כבילה נלווית הנחוצה למימוש ההסדר. כבילה זו נחוצה הן לשם שמירה על קניינה של חברת הדואר ועל המידע שהוא נחלתה, הן על מנת למנוע מאמגון להפיק הנאת חינם (free-riding) במידע זה, והן בכדי למנוע ניצול של המידע, המגיע לידי אמגון בעקבות מתן שירותי השליחים לחברת הדואר, לתחרות בחברת הדואר בכלים שחברת הדואר עצמה סיפקה לה.

הכבילה סבירה ומידתית בנסיבות העניין: אמגון מוגבלת אך ורק באספקת שירות מתחרה לשירות שהיא עצמה תספק לחברת הדואר, זאת למשך תקופת ההסכם ולמשך תקופה של שנתיים לאחר פקיעת ההסכם. משך ההגבלה סביר אף הוא, על רקע מכלול הנסיבות, כפי שפורטו לעיל.

ה. סוף דבר

לאחר שבחנתי את ההסדר ואת הכבילה המצויה בו, כמו גם את השפעתה האפשרית על התחרות בשוק הרלוונטי, ולאחר שנועצתי בועדה לפטורים ולמיזוגים, שוכנעתי כי הכבילה אינה מגבילה את התחרות בחלק ניכר של השוק המושפע מן ההסדר, וכי היא אינה פוגעת פגיעה של ממש בתחרות בשוק כאמור, כי עיקרו של ההסדר אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, וכי אין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו. לפיכך מצאתי לנכון להשתמש בסמכות הנתונה לי בסעיף 14 לחוק ולהעניק את הפטור המבוקש.

החלטתי זו נתונה לערר בתוך 45 יום בפני אב בית הדין להגבלים עסקיים על ידי איגוד עסקי, ארגון צרכנים או כל אדם העלול להיפגע מההסדר הכובל עליו ניתן הפטור.

רונית קן

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, כג' אדר ב, תשס"ח

30 מרץ 2008