

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

בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל

להסדר בין סטימצקי (2005) בע"מ לבין הליקון בע"מ וצליל חדש (97) בע"מ

ואי מתן פטור להסדר בין סטימצקי (2005) בע"מ לבין הליקון בע"מ

1. פתח דבר

ביום 25 בדצמבר 2007, נתתי הסכמתי למיזוג בין סטימצקי (2005) בע"מ (להלן: "סטימצקי") לבין צליל חדש (97) בע"מ (להלן: "צליל"). על-פי ההסכמים המקימים את עסקת המיזוג, רכשה סטימצקי מהליקון בע"מ (להלן: "הליקון"), החברה האם של צליל, המחזיקה במלוא הזכויות בה, את מלוא החזקותיה של הליקון בצליל.

להסכם המיזוג נלוו מספר כבילות, ובהן תניית אי תחרות בעסק הנמכר במיזוג, תניות הבטחת רכישה מהליקון על-ידי צליל וסטימצקי ותניה המקנה להליקון מעמד של ספק מועדף כלפי צליל. להסכם נלוותה גם תניית אי תחרות של סטימצקי, הרוכשת, בעסקיה של הליקון שאינם נמכרים במסגרת המיזוג (להלן: "הכבילה הנגדית"). לכבילה זו לא נכונה הייתי לתת פטור, כמפורט להלן.

לאחר שבחנתי את ההסדר, את הכבילות המצויות בו ואת השפעתם האפשרית על התחרות בשוק הרלוונטי, ולאחר שנועצתי עם הוועדה לפטורים ולמיזוגים, שוכנעתי כי הכבילות שבהסדר אינן פוגעות פגיעה של ממש בתחרות בשווקים כאמור, כי עיקר ההסדר אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, וכי אין בהסדר כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו. מטעמים אלה מצאתי כי ההסדר, למעט הכבילה הנגדית, ראוי לפטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים.

אשר לכבילה הנגדית, לכבילה זו לא ניתן פטור מאישור בית הדין להגבלים עסקיים, מן הטעמים שיפורטו בהמשך, ותנאי לתחולת החלטתי זו הוא כי כבילה זו תבוטל.

2. ההסכמים והשפעתם על התחרות

2.1 הצדדים וההסכמים

סטימצקי

סטימצקי היא חברה פרטית בבעלות קרן מרקסטון. היא עוסקת בייבוא, הפצה ומכירה קמעונאית של ספרים, כתבי עת ומוצרי פנאי. לסטימצקי רשת של כ-150 חנויות, המופעלות חלקן ישירות על-ידיה וחלקן על-ידי זכיינים. כן היא שותפה למיזם משותף להוצאה לאור והפצה של ספרים. סטימצקי מוכרת גם תקליטורי מוסיקה, בעיקר רבי מכר, בהיקף משמעותי למדי.

צליל

צליל היא חברה פרטית, שעיקר עיסוקה במכירה קמעונאית של תקליטורים ו-DVD של מוזיקה, וכן מוצרים נלווים, דוגמת נגני MP3. לצליל רשת של קרוב ל-20 חנויות ברחבי הארץ.

לצליל החזקות במספר חברות בנות, העוסקות באותם תחומים בהם היא עוסקת. צליל והחברות הבנות יכוננו להלן "קבוצת צליל".

ההסכם

בעסקת המיזוג רוכשת סטימצקי את מלוא החזקותיה של הליקון בצליל.

הכבילות

1. תניית אי התחרות בעסק הנמכר

על-פי תניית אי התחרות בעסק הנמכר, הליקון התחייבה, כי במשך שלוש וחצי שנים ממועד השלמת העסקה, היא וחברות בשליטתה לא יתחרו בעסקי צליל, היינו בתחום המכירה הקמעונאית, לצרכנים סופיים, של מוזיקה, מוצרי מוזיקה ואביזרי מוזיקה, בכל דרך שהיא.

תניות מסוג זה מקובלות בעסקאות מסוגה של העסקה הנדונה, ולמעשה, כשהיא נבחנת לעצמה, התניה אף באה בגדר כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג לכבילות נלוות למיזוגים), התשס"ד-2004 (להלן: "פטור הסוג לכבילות נלוות למיזוגים" או "פטור הסוג"). מכל מקום, התניה אינה מעוררת חששות תחרותיים משמעותיים, בהתחשב, בין היתר, בכך שהיא נלווית לעסקת מיזוג אשר נבחנה ואושרה על-ידי, וכן בכך שהצדדים לה אינם מתחרים גם היום.

בנסיבות אלה, מצאתי כי אין בתניית אי תחרות זו כדי להשפיע על חלק ניכר מן השווקים הרלוונטיים, או לפגוע בהם פגיעה של ממש.

2. תניות הבטחת הרכישה

על פי המוסכם בין הצדדים, מתחייבת סטימצקי לגרום לכך, שבמהלך שלוש שנים ממועד השלמת העסקה, קבוצת צליל תרכוש מהליקון מוצרים ושירותים בשיעור שלא יפחת משיעור הרכישה של צליל מהליקון, מתוך כלל רכישותיה של צליל, בשנת 2006. עם זאת, אם תרד האטרקטיביות של החומר המוזיקלי המשווק על-ידי הליקון בשיעור ניכר, כפי שישתקף בנתוני התמלוגים שהליקון זכאית לקבל מן הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ (להלן: "נתוני הפדרציה"), יעודכן הסכום כלפי מטה בלבד על-פי מנגנון שנקבע בין הצדדים. תניית הבטחת הרכישה מבטיחה, אפוא, שיעור רכישה כפי שהיה קיים בין הצדדים להסדר טרם המיזוג בלבד, ואינה יכולה להבטיח שיעור גבוה יותר.

פטור הסוג לכבילות נלוות למיזוגים קובע את התנאים בהם תהא כבילה נלווית למיזוג מסוג "הבטחת הספקה" פטורה מאישור בית הדין להגבלים עסקיים. הבטחת הספקה – גם הבטחת רכישה במשמע, כמשתמע מהגדרתה בפטור הסוג:

"כבילה מסוג הבטחת הספקה" – הסכם בין המוכר לבין העסק הנרכש במיזוג לרכישה או הספקה של טובין, אשר תוכנו הוא אחד מאלה:
(1) **העסק הנרכש במיזוג ימשיך ויספק למוכר טובין בתנאים שבהם סיפק את הטובין קודם לעסקת המיזוג או בתנאים מיטיבים מהם;**

**(2) המוכר ימשיך לספק טובין לעסק הנרכש במיזוג בתנאים שבהם
סיפק את הטובין קודם לעסקת המיזוג או בתנאים מיטיבים
מהם;**

כפי שמבהיר סעיף 4(2) לפטור הסוג, במסגרת כבילה מסוג הבטחת הספקה, פטור הסוג חל גם על התחייבות לרכישת כמויות מסוימות, כפי שהיה בין הצדדים ערב המיזוג:

**פטור הסוג שבכללים אלה יחול על כבילה מסוג הבטחת הספקה, רק אם
התקיימו לגביה כל אלה:**

...

**(2) ההסכם אינו כולל תניות בלעדיות, אך יכול שיכלול התחייבות
לרכישה או להספקה של הטובין בשיעור שהיה קיים בין הצדדים עובר
לעסקת המיזוג**

הרציונל לכך ברור, כפי שהוסבר בדברי ההסבר לפטור הסוג בעניין כבילות נלוות למיזוגים (2004) **הגבלים עסקיים** 3015535, להלן: **"דברי ההסבר"**: "פסקה [1](4) נועדה בעיקרה לרכישה של עסק מתוך אינטגרציה אנכית, מקום שבו רוכש העסק או מוכר העסק מבקשים להבטיח כי גם לאחר המיזוג יימשכו היחסים בין מוכר העסק לבין העסק הנמכר כמקודם".

כך, כאמור בדברי ההסבר, מאפשר פטור הסוג למוכר ולרוכש לשמר לתקופה קצובה את היקף המסחר בין המוכר לבין העסק הנרכש, ובכך לאפשר למיזוג לחלוף בלא זעזועים מיותרים.

ואולם, הצדדים קבעו ביניהם בנוסף, כי גם סטימצקי תהא מחוייבת, למשך שלוש שנים, בשיעור רכישה מינימלי מהליקון מתוך כלל הרכישות שלה בתחום המוזיקה. מטרתה של תניה זו, למעשה, להבטיח את אי עקיפתה של תניית הבטחת הרכישה של צליל. כך, בהעדרה של התחייבות מעין זו, תוכל צליל לנתב את הכמות שהיא חייבת לרכוש אל סטימצקי. במקרה כזה, סך הרכישות של צליל וסטימצקי מהליקון עלול לרדת בשיעור משמעותי. ירידה כזו תביא לזעזוע, שהצדדים מעוניינים למנוע, בהתאם לרציונלים המנחים את פטור הסוג. גם כבילה זו מסוייגת בהתאם לאטרקטיביות של הליקון, כפי שהיא משתקפת בנתוני הפדרציה.

יוער, כי בנסיבות השוק, הנמצא במגמת צמצום, הולכות ומצטמצמות מכירות המוזיקה על-גבי תקליטורים. בנסיבות אלה, הבטחת היקף רכישות כמותי, להבדיל מקביעת שיעורי רכישה, עלולה להביא דווקא להגדלת נתח הרכישות של סטימצקי וצליל מהליקון, וכתוצאה מכך להקטנת רכישותיהן של צליל וסטימצקי ממתחריה של הליקון. על-כן, בנסיבות העניין, קביעת שיעור רכישות מתוך כלל רכישות צליל וסטימצקי עדיפה, מבחינת תחרותיות, על הבטחת רכישה במונחים של היקף כמותי.

החבירה בין צליל לבין סטימצקי אושרה על-ידי; הכבילות אינן משריינות להליקון נתחים בכלל השוק כי אם בחנויות צליל וסטימצקי בלבד; קיים, כאמור, מנגנון המרכז את הכבילה, כך שאם תרד האטרקטיביות של הליקון יופחת שיעור הרכישה המתחייב מן ההסכם בין הצדדים. על-כן הליקון אינה יכולה לכפות, למעשה, על סטימצקי לרכוש ממנה כמויות גדולות בלא הצדקה כלכלית, ובכך להתרחב על-חשבון מתחריה; בהתחשב בכל הנסיבות הללו, אני סבורה כי אין בשתי בתניות הבטחת הרכישה כדי לפגוע פגיעה של ממש בתחרות בשווקים הרלוונטיים.

3. תניית הספק המועדף

במסגרת ההסכם בין הצדדים התחייבה סטימצקי להעניק להליקון במשך שלוש שנים מעמד של ספק מועדף של צליל, כך שהיא תיהנה מן התנאים הטובים ביותר הניתנים לספקים של צליל בתחום המוזיקה, שהם בעלי אופי פעילות והיקף מכירות דומים למוכרת.

בדומה לקודמותיה, גם כבילה זו מטרתה לשמר את ההמשכיות בעסקי הצדדים¹, ולשמר בעבור הליקון, למשך תקופת מעבר, את היתרונות שהקנתה לה הבעלות על צליל. בנסיבות העניין, כבילה זו משלימה את כבילות הבטחת הרכישה, ואינה מקימה חשש לחסימת דרכם של ספקים אחרים אל מדפיהן של צליל וסטימצקי. לפיכך ראיתי לנכון לפטור גם כבילה זו מאישור בית הדין להגבלים עסקיים.

4. הכבילה הנגדית – אי מתן פטור

כאמור, בהסכם בין סטימצקי לבין הליקון נכללה כבילה, המכונה לעיל ולהלן "הכבילה הנגדית", לפיה לא תתחרה סטימצקי בהליקון בתחום מו"לות המוזיקה והתוכן במשך שלוש וחצי שנים ממועד השלמת העסקה.

ואולם, משעה שבחרה הליקון בסטימצקי למכור לה את צליל, אינו רואה כיצד נחוצה כבילה זו לצורך מימוש עיקרו של המיזוג בין הצדדים. הכבילה אינה מבטיחה את המשכיות עסקיהם של הצדדים, ואין בה כדי לשמר בדרך כלשהי את ערכה של הפעילות הנמכרת בגדר עסקת המיזוג.

הצדדים הסבירו כבילה זו בכך, שהליקון התכוונה מלכתחילה למכור את צליל למי שאינו מתחרה בה בתחום המו"לות. טענה זו אינה משכנעת אותי. שהרי, אם הסיכון, מבחינתה של הליקון, שסטימצקי תיכנס לתחום המו"לות הוא קטן, הרי שממילא אין צורך בכבילה. לעומת זאת, אם קיים סיכוי גדול שסטימצקי תיכנס לעסקי המו"לות, הרי שאין מקום, מבחינה תחרותית, לאשר כבילה המחייבת אותה להימנע מכך רק משום שרכשה את צליל.

לפיכך, הכבילה הנגדית אינה אלא כבילה עירומה, שכלל אינה כבילה נלווית להסכם המיזוג². שאם נאמר אחרת, יוכל צד שמעוניין למנוע כניסתו לשוק של מתחרה פוטנציאלי למכור לו חלק קטן מפעילותו, ולהסכים עמו בתמורה כי לא יתחרה בעסקיו.

מטעמים אלה, אינני נותנת פטור מאישור בית הדין להגבלים עסקיים לכבילה הנגדית, ואני אף מתנה את הפטור הניתן ליתר הכבילות בביטולה של הכבילה הנגדית.

¹ ראו והשוו החלטה בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסכם בין מ.א. רויכמן תקשורת בע"מ, מעריב החזקות בע"מ והד ארצי בע"מ, 3018462, לעניין הבטחת המשכיות בעסקיו של העסק הנרכש.

² להבחנה כללית בין "כבילה נלווית" (ancillary restrarint) ל"כבילה עירומה" (naked restraint) ראו, למשל, ה"ע 8008/03 ארד ואח' נ' הממונה ואח' (פסק דין מיום 24 בינואר 2005 מפי כ"ה י' עדיאל), וכן H.Hovenkamp, *Antitrust Law* vol. XI (Second ed.) Aspen, 2005, Par. 1904, p. 227-228

3. סוף דבר

לאחר שנועצתי עם הוועדה לפטורים ומיזוגים, ראיתי לנכון להשתמש בסמכות הנתונה לי בסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים ולהעניק את הפטור המבוקש, למעט הפטור המבוקש לכבילה הנגדית.

בהתאם לסעיף 15(א) לחוק ההגבלים העסקיים נתונה החלטתי להעניק פטור לאותן כבילות שהפטור מוענק להן לערר בפני אב בית הדין להגבלים עסקיים על ידי איגוד עסקי, ארגון צרכנים או כל אדם העלול להיפגע מההסדר הכובל עליו ניתן הפטור.

תנאי למתן הפטור

החלטתי זו מותנית בתנאי דלקמן, אשר יהווה תנאי בל יעבור לה:

הגדרות:

כהגדרתה בגוף ההחלטה לעיל "סטימצקי":

כהגדרתה בגוף ההחלטה לעיל "צליל":

כהגדרתה בגוף ההחלטה לעיל "הליקון":

סעיף 9.6.2 להסכם בין סטימצקי והליקון מיום 9 בנובמבר 2007 "הכבילה הנגדית":

הממונה על הגבלים עסקיים "הממונה"

1. בתוך 15 יום מיום מתן החלטתי זו יבטלו סטימצקי והליקון את הכבילה הנגדית.
2. מייד עם ביטול הכבילה הנגדית ימסרו הצדדים לממונה על הגבלים עסקיים הודעה בכתב על הביטול. הודעה זו תכלול, בין היתר, את נוסח ההסכם המתוקן בין הצדדים.
3. סטימצקי והליקון לא תהיינה צדדים להסדר שמטרתו או תוצאתו שוות ערך למטרתה או תוצאתה של הכבילה הנגדית.

רונית קן

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, כ"ג בטבת, תשס"ח

1 בינואר 2008