



רשות ההגבלים העסקיים **שיתוף פעולה בין מפעל הפיס לבין מגן דוד אדום בישראל**

החלטה בעניין פטור מאישור הסדר כובל **לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח 1988-**

מבוא

מונחת לפני בקשה, לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח 1988- (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים"), למתן פטור מהחובה לקבל את אישור בית-הדין להגבלים עסקיים להסדר שבין מפעל הפיס לבין מגן דוד אדום בישראל (להלן: מד"א). עניינו של ההסדר שיתוף פעולה בין מפעל הפיס לבין מד"א: מד"א יסייע בדרכים שונות בקידום ההגרלות של מפעל הפיס, ומפעל הפיס יעביר למד"א סכום שנתי קבוע מתוך ההכנסות מהגרלות מפעל הפיס. בתקופת ההסדר, יימנע מד"א מלערוך הגרלות משלו.

לאחר ששקלתי את הדברים, לרבות התשתית העובדתית שהציגו לפני הצדדים להסדר, החלטתי ליתן פטור להסדר המוצע, בכפוף לתנאים אשר יפורטו להלן.

ההסדר

פרטי ההסדר מצויים בהסכם מיום 10.6.98 בין מפעל הפיס לבין מד"א. על-פי ההסכם, מד"א ינקוט צעדים שונים שמטרתם לקדם את ההגרלות של מפעל הפיס. לדוגמא, בתחנות מד"א תוצבנה נקודות (בעיקר אוטומטיות) לממכר כרטיסי הגרלה של מפעל הפיס, ויוצג שילוט מטעם מפעל הפיס בתוך אמבולנסים של מד"א. כמו-כן, יוטבע סמל מפעל הפיס על ציוד רפואי שנרכש בסיוע כספי מפעל הפיס.

מפעל הפיס מתחייב להעביר לידי מד"א סכום שנתי קבוע מתוך ההכנסות מהגרלותיו, ויהיה רשאי לפרסם את דבר תמיכתו במד"א כדי לקדם את הגרלותיו.

תקופת ההסכם היא עד יום 31.12.2002, עם אפשרות להארכה, בהסכמת הצדדים, לתקופה של חמש שנים נוספות.

כאמור, בתקופת ההסכם, יימנע מד"א מלערוך הגרלות משלו.

דיון

שכיח הדבר, כי צדדים לשיתוף פעולה עסקי מתחייבים להימנע מפעילות מתחרה בתקופת שיתוף הפעולה. יש ותחול התחייבות מעין זו על הצדדים גם אם לא קבעו כך במפורש בהסכם שנחתם ביניהם. ראה, לדוגמא, ע"א 415/88 החברה הכלכלית לאילת נ' ברטון תכנון וייצור, מג(4) 672; כן ראה סעיף 39 לפקודת השותפויות [נוסח חדש], תשל"ה 1975-.

ההתחייבות להימנע מפעילות המתחרה בנושא שיתוף הפעולה, בין אם היא מפורשת ובין אם לאו, עשויה להיחשב ככבילה המביאה את שיתוף הפעולה בגדר הסדר כובל לפי סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, כך שהוא יהיה טעון אישור מבית-הדין להגבלים עסקיים או פטור מאת הממונה. בין

השאר, התחייבות לא להתחרות עשויה לבוא בגדר הסדר של חלוקת שוק לפי סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים.¹

לפי גישת המחוקק הישראלי, כפי שהיא באה לידי ביטוי בחוק ההגבלים העסקיים, הגדרת הסדר כ"הסדר כובל" אינה סוף הדרך, אלא רק תחילתה. הסדר כובל עשוי לזכות באישור בית-הדין להגבלים עסקיים, אם יהיה בית-הדין בדעה כי הדבר לטובת הציבור, וכי התועלת הצפויה לציבור תעלה באופן ממשי על הנזק העלול להיגרם כתוצאה מן ההסדר; ראה סעיפים 9, 10 לחוק ההגבלים העסקיים. כמו-כן, הסדר כובל עשוי לזכות בפטור מן החובה לקבל אישור מבית-הדין, אם ישוכנע הממונה כי ההסדר מגביל את התחרות בעסקים באופן לא משמעותי; ראה סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים.

הן בהליכי אישור בפני בית-הדין והן בבקשת פטור מאת הממונה, תישאל השאלה האם ההתחייבות להימנע מתחרות היא בבחינת כבילה נלווית באמת לשיתוף פעולה מועיל של ממש? כלומר, האם הכבילה דרושה, באופן סביר, לצורך שיתוף הפעולה, או שמא מדובר בכבילה שאינה נלווית, אלא ערומה? כבילה תיחשב לערומה, לדוגמא, אם אין בהסדר שיתוף פעולה מועיל של ממש, אלא רק כבילה; או, אם יש בהסדר שיתוף פעולה מועיל של ממש, אך הכבילה אינה דרושה, באופן סביר, לצורך אותו שיתוף הפעולה, או חורגת מן הדרוש; או, אם הכבילה - היא היא המטרה העיקרית של ההסדר, ולא שיתוף הפעולה.²

אמנם, אף הסדר שכל כבילותיו נלוות לא תמיד יזכה בפטור או אישור. אם הכבילות מגבילות את התחרות באופן משמעותי, אין בידי הממונה ליתן פטור. במקביל, אם הסדר ייצור מונופולין או מבנה שוק לא-תחרותי אחר, עשוי בית-הדין למצוא כי התועלת הטמונה בהסדר אינה עולה על הנזק הצפוי להיגרם כתוצאה ממנו, אפילו אם ההסדר בנוי על שיתוף פעולה מועיל וכל כבילותיו אכן נלוות לאותו שיתוף פעולה. עם זאת, ככלל, הסדרים שכל כבילותיהם באמת נלוות לשיתוף פעולה מועיל של ממש - אלה ההסדרים בעלי סיכויים טובים יותר לזכות בפטור או באישור, לפי העניין. לעומת זאת, הסדר הכולל כבילות ערומות, שמטרתן כבילה לשמה, לא ייהנה מסיכויים טובים לזכות בפטור או אישור.

במקרה הנוכחי, הגעתי לכלל מסקנה, כי התחייבות מד"א לא לערוך הגרלות משלו בתקופת ההסכם - יש לראותה ככבילה נלווית לשיתוף הפעולה בין הצדדים. בכך אני יוצא מן ההנחה, כי מדובר בשיתוף פעולה מיוחד וחריג, הרבה מעבר לשיתוף פעולה שגרתי בין מפעל הפיס לבין כל גוף הנהנה מכספיו. זהו ההסדר הראשון מסוגו המוגש אלי בבקשה למתן פטור, ומכאן הנחתי כי אכן מדובר בשיתוף פעולה ברמה משמעותית הרבה יותר מן הרגיל. אם אכן כך, שיתוף הפעולה בין מפעל הפיס לבין מד"א ייצור זיקה, בעיני הציבור, בין הגרלות מפעל הפיס לבין מד"א. ציוד רפואי של מד"א ישא את שמו ואת סמלו של מפעל הפיס, כמי שמימן את רכישת הציוד, ותחנות מד"א תהיינה לנקודות מכירה של כרטיסי הגרלה של מפעל הפיס. בפרסומות מפעל הפיס יודגש הדבר, כי יוקדש חלק מהכנסות ההגרלות למימון פעילותו של מד"א. הדעת נותנת, כי שיתוף הפעולה ייפגם, אם יהיה מד"א חופשי לערוך במקביל הגרלות משלו, תוך ניצול הזיקה שתיווצר בינו לבין

¹ המושג "חלוקת שוק" כולל לא רק אותם הסדרים, שלפיהם פועלים כל הצדדים להסדר בשוק הנדון תוך חלוקתו ביניהם בדרך זו או אחרת, אלא שהוא עשוי לכלול גם הסדרים שלפיהם צד אחד להסדר נמנע לגמרי מלפעול בשוק הנדון, לטובת צד אחר להסדר. ראה *Palmer v. BRG of Georgia*, 498 U.S. 46 (1990).

² זוהי האבחנה הידועה בין ancillary restraints לבין naked restraints שהותוותה בפסק-הדין החשוב *United States v. Addyston Pipe & Steel*, 85 F. 271 (6th Cir. 1898), *aff'd*, 175 U.S. 211 (1899).

הגרלות מפעל הפיס כתוצאה מן ההסדר.³ לאור זאת, מוכן אני לראות את התחייבותו של מד"א לא לערוך הגרלות משלו, בעוד ההסכם עומד בתוקפו, ככבילה הנלווית לשיתוף הפעולה בינו לבין מפעל הפיס.⁴

גם אם כבילותיו של הסדר נלוות לשיתוף פעולה מועיל של ממש, אין בידי הממונה ליתן פטור לפי סעיף 14, אלא אם ישוכנע כי ההסדר המוצע מגביל את התחרות באופן לא משמעותי בלבד. לעניין זה שקלתי היטב את הצהרות הצדדים. בין השאר, למרות שמד"א זכור לרבים כגוף העורך הגרלות, מודגש בבקשת הפטור כי ההגרלה האחרונה שערך מד"א היתה בשנת 1989 - לפני תשע שנים. כפי שהוסבר בבקשת הפטור, עריכת הגרלות טעונה היתר מאת שר האוצר, כאמור בסעיף 231 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ובשנים האחרונות לא עלה בידי מד"א לקבל היתר כנדרש. מד"א אינו עורך הגרלות היום, וגם אם הוא עדיין מועמד פוטנציאלי לעשות זאת בעתיד, ברור שעם חלוף השנים הולכת וקטנה חשיבותו כמתחרה בכוח של מפעל הפיס. מאידך גיסא, תקופת ההסכם - חמש שנים מיום 1.1.98, עם אפשרות לארכה לתקופה של חמש שנים נוספות - היא תקופה ארוכה.

לאור הנסיבות המיוחדות של המקרה, ולאור האמור בעניין זה בבקשת הפטור, שוכנעתי כי ההסדר לא יגביל את התחרות באופן משמעותי, וזאת בתנאי, כי יתקנו הצדדים את ההסכם ביניהם כך, שיוכל מד"א להביא את ההסדר לקיצו ולערוך הגרלות משלו בכל עת החל מיום 1.1.2000, על-ידי מתן הודעה של ששה חודשים מראש; כמו-כן, תנאי הוא כי יהיה מד"א חופשי להמשיך במגעים עם משרד האוצר, גם בתקופת ההסכם, בדבר קבלת היתר לערוך הגרלות משלו (וזאת בניגוד למה שאולי משתמע מסעיף 6.4 להסכם).

עוד רואה אני לנכון להתנות, כי יבוטל סעיף 6.2 להסכם מיום 10.6.98 בין מד"א לבין מפעל הפיס. סעיף 6.2 קובע כדלקמן:

"למרות האמור לעיל, מוסכם בין הצדדים כי במידה שמדיניות משרד האוצר תשתנה, וינתנו היתרים לעריכת הגרלות שאינן מסחריות - מסוג ההיתרים שניתנו בעבר למד"א - לגופים נוספים, אזי מפעל הפיס יהא רשאי לבטל הסכם זה בהודעה של שישה חודשים מראש למד"א. מוסכם בין הצדדים, כי מתן היתר לעריכת הגרלות לועד או לאגודה למען החייל, לא יחשב כשינוי מדיניות משרד האוצר ולא יקנה למפעל זכות לביטול ההסכם כאמור."

מבחינה מעשית, סעיף זה היה הופך את מד"א לבן ערובה בידי מפעל הפיס. מד"א זקוק מאד לאותם כספים שמפעל הפיס אמור להעביר לידי על-פי ההסכם, ואם יבוטל ההסכם ותופסק הזרמת הכספים, תיווצר בעיה קשה של מציאת מקור חלופי לתקציב מד"א. מן הסתם, אפשר כי תונח בעיה כזו, במוקדם או במאוחר, בפתחו של משרד האוצר. לאור זאת, היה בסעיף 6.2 כדי

³ זוהי בעיית ה"טרמפיסט" (ובלע"ז: free rider). ניתן לצפות לכך כי כתוצאה מפעולות הצדדים על-פי ההסדר, תיווצר זיקה, בעיני הציבור, בין מד"א לבין הגרלות מפעל הפיס. מובן שמפעל הפיס מבקש לדעת מראש כי זיקה זו תשמש לקידום מכירות של הגרלות מפעל הפיס, ולא לקידום הגרלות נפרדות של מד"א.

⁴ כאמור, יוצא אני מן ההנחה, כי מדובר בשיתוף פעולה מיוחד וחריג, מעבר לשיתוף הפעולה השגרתי שבין מפעל הפיס לבין כל גוף הנהנה מכספי מפעל הפיס. מן הסתם, לא הייתי מגיע לאותה מסקנה לו היה מפעל הפיס מתחיל להחתים גופים נוספים על התחייבויות לא לערוך הגרלות משלהם, כתנאי לקבלת כספי מפעל הפיס.

ליצור בפועל תמריץ שלא לתת היתרים לגופים אחרים אשר יבקשו לערוך הגרלות תוך תחרות מול הגרלות מפעל הפיס. כך היתה יוצאת התחרות בהגרלות ניזוקה, וציבור הלקוחות ניזוק עמה.

בהתחשב באמור לעיל, החלטתי ליתן פטור, כמבוקש, להסדר בין מפעל הפיס לבין מד"א, וזאת בכפוף לתנאים שהזכרתי.

סוף דבר

מכוח סמכותי על-פי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, הנני פוטר את מפעל הפיס ואת מד"א מן החובה לקבל את אישורו של בית-הדין להגבלים עסקיים לגבי ההסכם ביניהם מיום 10.6.98.

פטור זה - שתחולתו מותנית - יפקע אם לא יומצא לי בידי הצדדים, בתוך 30 יום מיום החלטתי זו, כתב חתום בידיהם המתקן את ההסכם ביניהם מיום 10.6.98, כדלקמן:

1. מד"א יהיה רשאי להביא את ההסכם לקיצו בכל עת החל מיום 1.1.2000 ולערוך הגרלות משלו, וזאת על-ידי מתן הודעה למפעל הפיס ששה חודשים מראש. (לדוגמא, ניתן יהיה ליתן הודעה ביום 1.7.99, בדבר הפסקת ההסכם נכון ליום 1.1.2000.)

2. מד"א יהיה רשאי להמשיך, גם בתקופת ההסכם, במגעים עם משרד האוצר בדבר קבלת היתר לפי סעיף 231 לחוק העונשין, תשל"ז 1977.

3. יבוטל סעיף 6.2 להסכם.

תוקף הפטור עד ליום 31.12.2002.

החלטתי זו נתונה לערר בפני כבוד אב בית-הדין להגבלים עסקיים על ידי ארגון צרכנים, איגוד עסקי או כל הרואה עצמו נפגע מהחלטה זו. כמו כן, תבחן החלטה זו על ידי במקרה של שינוי נסיבות מהותי, או אם יוצג לפני מידע שלא הובא לידיעתי ואשר יש בו כדי להקרין על בקשת הפטור.

ניתן בידי בירושלים, י' באב תשנ"ח

2 באוגוסט 1998

ד"ר דוד תדמור

הממונה על הגבלים עסקיים