



גילוי דעת 1/18

בעניין פרשנות סעיף 14(א)(2) וסעיף 15א(א)(2) לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 וסעיפים מקבילים בכללי פטור סוג

I. מבוא

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' 15א(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.

בנוסף, רובם המכריע של כללי פטור הסוג כוללים הוראות שהן מקבילות להוראות החוק הני"ל, והן מתנות את תחולת פטור הסוג בכך שעיקרו של ההסדר אינו בהפחתת התחרות או במניעתה ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו.¹

¹ ראו: כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים) (הוראת שעה), תשס"ו-2006, סע' 9(5), 9(6), וראו גם סע' 6; כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג לכבילות נלוות למיזוגים), תשס"ט-2009, סע' 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, סע' 3(6), 3(7); כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית) (הוראת שעה), תשס"א-2001, סע' 3(7), 3(8); כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי זכינות) (הוראת שעה), תשס"א-2001, סע' 3(10), 3(11); כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים לביצוע מחקר ופיתוח) (הוראת שעה), תשס"ו-2006, סע' 8(ג)(1), 8(ג)(2); כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך) (הוראת שעה), תשס"ו-2006, סע' 5(1), 5(2); כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים תפעוליים שעניינם תובלה בין-לאומית בים), תשע"ג-2012, סע' 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, סע' 2(3); כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים שאינם אופקיים ואין בהם כבילות מחיר מסוימות), תשע"ג-2013, סע' 2(2); כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים לשם שיווק ואספקה בחוץ לארץ של ציוד ביטחוני), תשע"ה-2015, סע' 5; כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים שעניינם יצוא של ציוד ביטחוני מחוץ למדינת ישראל) (הוראת שעה), תשע"ז-2017, סע' 2(1); כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרי הלוואות משותפות) (הוראת שעה), תשע"ח-2018, סע' 2(5), 2(6).

כשם שסעי' 14(א)(2) לחוק תופס ניקום מרכזי בתהליך קבלת החלטה בדבר בקשת פטור המוגשת לממונה, כך תופסות ההוראות המקבילות שבכללי 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 (self-assessment).² כללי פטור הסוג המבוססים על הערכה עצמית נשענים במהותם על הוראות המקבילות לשני רכיבי סעיף 15(א) ומאפשרים לצדדים לבחון בעצמם האם הם עומדים בדרישות הוראות אלה. ביישום כללי פטור הסוג המבוססים על הערכה עצמית יש מקום להיזקק לתורה שהצטברה בפרשנות מונחים אלה. באשר להוראות המקבילות לסעיף 15(א)(1), קיימים 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 להוראות המקבילות לסעיף 15(א)(2), ישנה התייחסות מועטה יותר בפסיקה ובהחלטות ממונה. בימים אלה התקבלו תיקונים לשני כללי פטור סוג, אשר מוסיפים מסלול המבוסס על הערכה עצמית.³ טיוטה להערות הציבור של תיקון לפטור סוג נוסף, המציעה אף היא להוסיף מסלול המבוסס על הערכה עצמית מצויה בשלבים אחרונים של תיקון.⁴ כיוון שפטורי הסוג המבוססים על הערכה עצמית שמים את עיקר ייבם על הוראות המקבילות לסעיף 15(א), הרי שחשיבותו של סעיף 15(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 בסעי' 14(א)(2) לחוק, אך יש לראות את הדברים כרלוונטיים גם לסעי' 15(א)(2) ולהוראות המקבילות שבפטורי הסוג, בשינויים המחוייבים. בבואם של צדדים להסדר ליישם כללי פטור סוג, גם אלה המבוססים על הערכה עצמית, שומה עליהם להקפיד הקפדה יתרה על התקיימות ההוראות המקבילות לסעיף 14(א)(2). אם לא מתקיימות הוראות אלה, אין תחולה לכללי פטור הסוג והצדדים עלולים למצוא את עצמם מפריס את חוק ההגבלים העסקיים.

כאמור, סעי' 14(א)(2) לחוק אינו אלא אחד משני תנאים מצטברים, שרק בהתקיימות שניהם יתכן מתן פטור להסדר כובל. התנאי האחר מצוי בסעי' 14(א)(1), והוא עוסק במידת הפגיעה שההסדר עלול להסב לתחרות. כפי שכבר צויין, הוא הדין לגבי סעי' 15(א)(2), שהוא תנאי מצטבר יחד עם סעי' 15(א)(1).⁵ נשוב לדון ביחס שבין שני תנאים אלה בעמ' 13 להלן. עם זאת, יודגש כבר עכשיו,

² לדוגמה, כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים בין מובילים באוויר שעניינם שיווק קיבולת טיסה ליעדים הכפופים להסכמי שמים 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.

³ כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים) (הוראת שעה), תשס"ו-2006, 2018 **ההגבלים העסקיים** 501590 (5.11.18); כללי ההגבלים עסקיים (פטור סוג לכבילות נלוות למיזוגים), תשס"ט-2009, 2018 **ההגבלים העסקיים** 501591 (5.11.18). תיקונים אלו ייכנסו לתוקף לאחר פרסומם ברשומות.

⁴ תיקון מוצע לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים בין מובילים באוויר) (מס' 2), תשע"ד-2013, 2018 **ההגבלים העסקיים** 501555 (6.8.18).

⁵ 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).

כי לא די בעמידה בדרישות סעי' 14(א)(2) (או בדרישות המקבילות שבפטורי הסוג) על-מנת שניתן יהיה להעניק פטור להסדר הכובל; לשם כך יש צורך לעמוד גם בדרישות סעי' 14(א)(1) (או בדרישות הרלוונטיות של פטורי הסוג). לעומת זאת, די באי-עמידה בדרישות סעי' 14(א)(2) (או בדרישות המקבילות 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 כבילה⁶ 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-2000.⁷ בהחלטתו בעניין ים תטיס מאותה שנה, נדרש הממונה למהות התיקון לסעי' 14 ובין השאר כתב כך:⁸

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 . . .

⁶ 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.

⁷ ס"ח 1728 עמ' 113, 114 (20.2.00). באותו תיקון נוסף לחוק סעי' 15א.

⁸ החלטת הממונה בדבר אי-מתן פטור בעניין מיזם ים תטיס – גרנית הכרמל בע"מ, 2000 ההגבלים העסקיים 3008959, עמ' 42.

בהחלטה בעניין איגוד המוסכים בישראל, כתב הממונה כך:⁹

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

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.¹⁰ בית-הדין עמד על חשיבותה של הבחנה זו גם בהקשר של בקשה לאישור הסדר כובל.¹¹

על חשיבותה של ההבחנה בין כבילות נלוות לכבילות עירומות, ראו גם את דברי המלומדים
Areeda & Hovenkamp:¹²

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".¹³ הכוונה כאן לעסקה של שילוב כוחות עסקיים לשם ייעול, הגדלת תפוקה, פיתוח מוצרים חדשים וכדומה. בהמשך דבריו 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;¹⁴

⁹ 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.

¹⁰ ערר 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.

¹¹ 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.

¹² P. Areeda & H. Hovenkamp, *Antitrust Law* (updated 9/2017), ¶1904.

¹³ דברי הכנסת, 9.2.00, עמ' 13. כאן ובכל המובאות בגילוי דעת זה, ההדגשות אינן במקור.

¹⁴ החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, מתן פטור בתנאים בעניין דינמיקס פרמצוטיקבלס בע"מ וטבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ, 5001358 ההגבלים העסקיים (2009).

התקשרות בין מו"ל של עיתון יומי לבין חברת הפצה לשם הפצת העיתון למיוניים;¹⁵ התקשרות בין חברת מוזיקה לבין מפיץ לשם הפצת תקליטים ותקליטורים;¹⁶ הסדר בין מי שמייצר חשמל לשימוש עצמי לבין יצרן חשמל אחר, בעניין מכירת עודפי חשמל;¹⁷ הסדר בין יצרן מזון לבין משווק מזון לעניין ייצור טופו לשיווק תחת מותגו של המשווק;¹⁸ חברת חברות תקליטים יחד לשם הצעת רישיונות שמיכה להשמעת יצירותיהן;¹⁹ התקשרות בין שתי רשתות חנויות לשם הקמת מרכז מסחרי משותף;²⁰ התקשרות בין חברות תובלה כדי ליצור רשת ארצית לתובלת תכולת דירות;²¹ שיתוף-פעולה בין חברות טלוויזיה וחברות תקשורת לשם הקמת ערוץ טלוויזיה לווינית;²² השכרת חנות במרכז מסחרי;²³ שיתוף-פעולה במחקר ופיתוח בין יצרנים של מוצרי אלקטרוניקה;²⁴ שיתוף-פעולה בין חברות תוכנה לשם פיתוח מערכת הפעלה פתוחה;²⁵ שיתוף-פעולה בין קבוצות כדורגל לשם הקמת ליגה ארצית.²⁶ 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.²⁷ 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**".²⁸ רשויות אכיפת דיני ההגבלים העסקיים בארה"ב הסבירו את העניין כך:²⁹

¹⁵ 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.

¹⁶ החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, מתן פטור בתנאים בעניין הסדר שבין לב גרוף מדיה בע"מ והליקון בע"מ, 2015 **ההגבלים העסקיים** 500756.

¹⁷ החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, מתן פטור להסדר שבין מפעלי ים המלח בע"מ ובין רמת נגב בע"מ, 2018 **ההגבלים העסקיים** 501560.

¹⁸ החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, מתן פטור להסדר שבין תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ וא.י. תעשיות מזון בע"מ, 2018 **ההגבלים העסקיים** 501498.

¹⁹ ה"ע 3574/00 **הפדרציה למוזיקה ישראלית וים תיכונית נ' הממונה** (נבו, 30.4.04).

²⁰ *Polk Bros. v. Forest City Enterprises*, 776 F.2d 185 (7th Cir. 1985).

²¹ *Rothery Storage & Van v. Atlas Van Lines*, 792 F.2d 210 (D.C. Cir. 1986).

²² *Case T-112/99, Metropole Television v. Commission* [2001] ECR II-2459.

²³ 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).

²⁴ *Princo v. International Trade Commission*, 616 F.3d 1318 (Fed. Cir. 2010).

²⁵ *Addamax Corp. v. Open Software Foundation*, 152 F.3d 48 (1st Cir. 1998).

²⁶ *Los Angeles Memorial Coliseum v. National Football League*, 726 F.2d 1381 (9th Cir. 1984).

²⁷ פס"ד *Polk Bros.*, ה"ש 20 לעיל, בעמ' 190; R. Bork, *The Antitrust Paradox* (1993 ed.); עמ' 265-266.

²⁸ *Competitor Collaboration Guidelines* (2009) Canadian Competition Bureau, פס' 2.5.

²⁹ U.S. Dept. of Justice, Antitrust Division, and Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors* (2000), עמ' 8.

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.

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".³⁰ בהחלטת הממונה בעניין ג'נרל מילס ישראל ונגה גלדות נאמר "ההסדר שבפני הוא הסדר שעיקרו הפצה של מוצרים . . .".³¹ בהחלטת הממונה בעניין תנובה וא.י.ן תעשיות מזון נאמר "עיקרו של ההסדר הוא ביצור מוצרי טופו על ידי א.י.ן תעשיות עבור תנובה . . .".³² בדומה, בפסק-הדין בעניין Los Angeles Memorial Coliseum צויין כי "עיקר" ההסכם הוא הפעלת ליגת כדורגל: "main purpose of producing NFL football".³³ בעניין Addyston, תיאר בית-המשפט הסדר ש"עיקרו" הוא איחוד הון, עשייה ומרץ לשם ניהול עסק מוצלח ומועיל:³⁴

. . . 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. ראו לדוגמה את החלטת הממונה בעניין אי-מתן פטור לאיגוד המוסכים:³⁵

משאמרתי דברים אלה ביחס למצבו הנוכחי של השוק, אוכל לבחון את פעולתו הצפויה של ההסכם לניהול מו"מ משותף על השוק. בתיאור דלעיל של מצב השוק כיום טמון גם ההסבר לסיווגו של ההסכם כהסכם שעיקרו בהפחתת התחרות או במניעתה: המוסכים מבקשים לרכז את כלל המשאים והמתנים הפרטניים שלהם בידי גוף אחד, שינהל מו"מ מרוכז עם חברות הביטוח, להגדיל בכך את כחם של

³⁰ ה"ש 16 לעיל, עמ' 2.

³¹ החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, בדבר פטור להסדר בין ג'נרל מילס ישראל בע"מ לבין נגה גלדות שותפות מוגבלת, 2018 ההגבלים העסקיים 501548, עמ' 4.

³² ה"ש 18 לעיל, עמ' 2.

³³ ה"ש 26 לעיל, עמ' 1395.

³⁴ U.S. v. Addyston Pipe & Steel, 85 F. 271 (6th Cir. 1898), aff'd as modified 175 U.S. 211 (1899) בעמ' 280.

³⁵ ה"ש 9 לעיל, עמ' 3-4.

המוסכים אל מול חברות הביטוח, ולאפשר להם להעלות את מחיריהם. לשון אחר: האיגוד מבקש לאפשר לו "לגבור" על כוחות השוק על ידי יצירת כוח מונופוליסטי (מלאכותי) של נותני השירות.

...

עיקרו של ההסדר המבוקש הוא אפוא בהפחתתה של התחרות הקיימת כיום בין המוסכים, ומכאן כי לא מתקיים התנאי השני (המצטבר) למתן פטור, ואיננו מוסמך לפטור את ההסדר מן החובה לקבל את אישור בית הדין להגבלים עסקיים להסדר.

כך במקרה של כבילה העומדת לבדה כך שאין להסדר "עיקר" אחר מלבד הכבילה.³⁶ 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.³⁷ כך, המטרה "למנוע את 'שחיקת השוק'" אינה יכולה להצדיק תיאום מכרזים בין מתחרים;³⁸ מניע "הישרדותי" על רקע טענה של מחירי הפסד אינו מצדיק תיאום מחירים או חלוקת שוק בין מתחרים;³⁹ הרצון להבטיח "יציבות" לנוכח הפסדי ענק אינו מצדיק תיאום מחירים בין מתחרים;⁴⁰ המטרה לעשות "רציונליזציה" בענף אינה יכולה להצדיק סגירה מתואמת של חלק מהמתחרים תמורת מתן פיצוי על-ידי המתחרים הנוותרים;⁴¹ המטרה למנוע תחרות פרועה אינה יכולה להצדיק תיאום בין מתחרים.⁴² 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'

³⁶ ראו פס"ד Polk Bros., ה"ש 20 לעיל, בעמ' 189: "If two people meet one day and decide not to compete, the restraint is naked; it does nothing but suppress competition".

³⁷ לדוגמה, ה"ע 1393/96 בנק אדנים נ' המועצה הישראלית לצרכנות (נבו), 27.1.97, פס' 22.2, 29.6; החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים בדבר אי מתן פטור להסדר בין Publicis Groupe Holdings BVP ומדיה קומיוניקיישנס לינקס בע"מ, 2018 ההגבלים העסקיים 501506; National Society of Professional Engineers v. U.S., 435 U.S. 679 (1978); FTC v. Superior Court Trial Lawyers Association, 493 U.S. 411 (1990); Catalano v. Target Sales, 446 U.S. 643 (1980); א"י 12 לעיל, 1907b.

³⁸ ע"פ 2560/08 מ.י. נ' וול (נבו), 6.7.09, פס' רי.

³⁹ ע"פ 1656/16 מ.י. נ' דוידוביץ' (נבו), 20.3.17, פס' 96.

⁴⁰ ת"פ 201/96 מ.י. נ' מגדל חברה לביטוח (נבו), 14.3.97, פס' 15.

⁴¹ Case C-209/07 Competition Authority v. Beef Industry Development Society Ltd. [2008] ECR I- 8637.

⁴² U.S. v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940), בעמ' 221.

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 **אוד**, במסגרת בקשה לאישור הסדר כובל, הגדיר בית-הדין את הדרישה כך:⁴³

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

בפסק-דינו בעניין **חברת החשמל**, אשר גם בו נידונה בקשה לאישור הסדר כובל, כתב בית-הדין:⁴⁴

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:⁴⁵

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

הרשות תראה כבילה כעומדת בדרישת הנחיצות אם היא קשורה באופן ישיר ודרושה באופן סביר למימוש עיקרו של ההסדר.⁴⁶ לעניין זה תתמקד הרשות בשאלת קיומן של אלטרנטיבות מעשיות שפגיעתן המסתברת בתחרות היא פחותה באופן ניכר מן הכבילה שנבחרה על-ידי הצדדים. קיומן של אלטרנטיבות שהן תיאורטיות גרידא, או שפגיעתן בתחרות פחותה אך במידה מזערית, לא יוביל למסקנה כי הכבילה שנבחרה על-ידי הצדדים אינה נחוצה.⁴⁷ יישום המבחן הוא בהתאם לעובדות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה.⁴⁸ אם ההסדר כולל כבילה שאינה נחוצה למימוש

⁴³ פס"ד **אוד**, ה"ש 11 לעיל, פס' 30.

⁴⁴ ה"ע 491/98 **חברת החשמל לישראל נ' הממונה** (נבו, 22.3.99) פס' 47.

⁴⁵ פרשת **איסכור**, ה"ש 10 לעיל, פס' 50.

⁴⁶ ראו Collaborations Among Competitors; Canadian Competition Act, § 45(4)(a)(iii), ה"ש 29 לעיל, בעמ' 8.

⁴⁷ Collaborations Among Competitors, ה"ש 29 לעיל, בעמ' 9; Canadian Competitor Collaboration Guidelines, ה"ש 28 לעיל, בעמ' 14-15.

⁴⁸ פרשת **הולנדיה**, ה"ש 23 לעיל, פס' 36-37. לדוגמות של יישום מבחן הנחיצות, ראו: פס"ד **הפדרציה**, ה"ש 19 לעיל, פס' 82; פס"ד **אוד**, ה"ש 11 לעיל, פס' 28-30; פס"ד **Polk Bros.**, ה"ש 20 לעיל, בעמ' 190; פס"ד **Rothery**, ה"ש 21 לעיל, עמ' 212-213, 221-222; **General Leaseways v. National Truck Leasing**; **Association**, 744 F.2d 588 (7th Cir. 1984); **Association**, 595 F.2d 588 (7th Cir. 1984); **Polygram Holding**, Docket No. 9298 (24.7.03), *petition for review denied Polygram Holding v. FTC*, 416 F.3d 29 (D.C. Cir. 2005).

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.⁴⁹ לעתים, שיתוף-פעולה חושף כל צד לסיכון שצד אחר ינסה ליהנות הנאת 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.⁵⁰

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 (וזאת, 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 הזורשת תיקון כלשהו.⁵¹ לפעמים, מה שמוצג בתור "הנאת חינם" אינו אלא ביטוי לתחרות עצמה.⁵²

הנקודה החשובה לענייננו היא זו: כבילה שנועדה להסיר חשש מפני הנאת חינם עשויה להיחשב כנחוצה למימוש עיקרו של ההסדר רק כאשר החשש להנאת חינם מתעורר אגב שיתוף-הפעולה הלגיטימי שהוא עיקרו של אותו הסדר, והסרתו של החשש אכן נחוצה לשם הצלחת שיתוף-

⁴⁹ לדוגמה: פס"ד הולנדיה, ה"ש 23 לעיל, בין השאר בפס' 51 ואילך; פס"ד שופרסל, ה"ש 6 לעיל פס' עב; פס"ד Polk Bros., ה"ש 20 לעיל, בעמ' 190; פס"ד Rothery, ה"ש 21 לעיל, בעמ' 212-213, 221-224; גילוי דעת 2/17 בענין הסדרי הכתבת מחיר אנכית (RPM), בעמ' 9-10.

⁵⁰ R. Bork, "Ancillary Restraints and the Sherman Act," 15 A.B.A. Antitrust Law Section 211 (1959) בעמ' 224-225. לענין 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.

⁵¹ לדוגמה, רעיונות עסקיים רבים אינם נהנים מהגנה כלשהי על-פי דיני קניין רוחני (Areeda & Hovenkamp מציעים מספר דוגמות לכך, ביניהן הרעיון השייווקי 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 12 לעיל, 2032b, 1613b; 83 Tex. L. Rev. 1031, M. Lemley, "Property, Intellectual Property, and Free Riding," בעמ' 1049-1050 (2005).

⁵² עניין Polygram, ה"ש 48 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: "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".

הפעולה. לעומת זאת, הסדר בין מתחרים להימנע מהנאת חינם זה על חשבון זה, שלא במסגרת שיתוף-פעולה למטרה לגיטימית – הוא הסדר שעיקרו בהפחתת התחרות או במניעתה.⁵³

IV.g. 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.⁵⁴ לעניין זה ראו את דברי יו"ר ועדת הכלכלה של הכנסת בפני המלאה:⁵⁵

המקרים הראויים לפטור הם הסכמים שהגבלת התחרות בהם היא נגררת, 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 כענף אחר, בלתי קשור לתחום הפיתוח.

רוחב-יתר עשוי למצוא את ביטויו בפרמטרים שונים, לדוגמה תקופת זמן ארוכה מכפי הצורך,⁵⁶ פריסה גיאוגרפית רחבה מכפי הצורך,⁵⁷ תחולה לגבי מוצרים או שווקים שאין צורך שהכבילה תחול לגביהם,⁵⁸ תחולה על אנשים או תאגידים שאין צורך שהכבילה תחול עליהם⁵⁹ וכן כל פרמטר אחר, שלפיו הכבילה רחבה מכפי הנחוץ לשם מימוש שיתוף-הפעולה הלגיטימי שהוא עיקרו של ההסדר.

בבואה לבחון האם כבילה לוקה ברוחב-יתר, הרשות תיתן את דעתה לכך שבמקרים רבים יתכנו מספר אפשרויות סבירות באשר לרוחב הכבילה. בהתחשב בכך, תבחן הרשות האם רוחב הכבילה כפי שנקבע על-ידי הצדדים מצוי במתחם הסבירות לאור נסיבות המקרה.⁶⁰

IV.z. 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.⁶¹

⁵³ עניין Polygram, ה"ש 48 לעיל, בעמ' 44-43 (סיכום בין מתחרים להימנע מהנאת חינם זה מפרסומיו של זה יהיה אסור per se); P. Areeda & H. Hovenkamp, ה"ש 12 לעיל, ¶12032b.

⁵⁴ פס"ד Rothery, ה"ש 21 לעיל, בעמ' 224; פס"ד Metropole, ה"ש 22 לעיל, פס' 106, 113. Canadian Competitor Collaboration Guidelines, ה"ש 28 לעיל, פס' 2.5.3.

⁵⁵ ה"ש 13 לעיל.

⁵⁶ פס"ד הולנדיה, ה"ש 23 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, 6 Products Corp., 723 F.Supp. 1 (N.D. Ill. 1989), בעמ' *11-10; פס"ד Metropole, ה"ש 22 לעיל, פס' 124.

⁵⁷ פס"ד Verson Wilkins, ה"ש 56 לעיל, בעמ' *13-12; פס"ד Metropole, ה"ש 22 לעיל, פס' 113.

⁵⁸ החלטת עמינח, ה"ש 56 לעיל, בעמ' 6; פס"ד Verson Wilkins, ה"ש 56 לעיל, בעמ' *12-11; פס"ד Metropole, ה"ש 22 לעיל, פס' 125; עניין Polygram, ה"ש 48 לעיל.

⁵⁹ החלטה בדבר מתן פטור להסדר שבין קסטרו מודל בע"מ, פאלו ריטייל בע"מ וה"ה יוסף גביזון ואל"י גבי, 2017 ההגבלים העסקיים 501153, בעמ' 2.

⁶⁰ פס"ד Verson Wilkins, ה"ש 56 לעיל, בעמ' *13-10; Bork, Ancillary Restraints and the Sherman Act, ה"ש 50 לעיל, בעמ' 221-223.

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.⁶²

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.⁶³

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.⁶⁴ 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.⁶⁵ אולם, אין לראות בכל פירוק שיתוף-פעולה משום מכירת עסק.⁶⁶ (על תניות אי-תחרות הנלוות למכירת עסק ראו את הפרק הבא להלן.)

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-

⁶¹ החלטה בדבר אי-מתן פטור להסכם בין גת גבעת חיים לבין גניר (1992), 2003 **ההגבלים העסקיים** 3018900, בעמ' 2; פס"ד *Addyston*, ה"ש 34 לעיל, בעמ' 286; פס"ד *Rothery*, ה"ש 21 לעיל, בעמ' 224; פס"ד *Metropole*, ה"ש 22 לעיל, פס' 105; *Canadian Competitor Collaboration Guidelines*, ה"ש 28 לעיל, בעמ' 13-14. ראו גם את דברי יו"ר ועדת הכלכלה של הכנסת, ה"ש 13 לעיל: "הסכמים שהגבלת התחרות בהם היא נגזרת, טפלה להסדר לגיטימי ומועילה לעסקים ולתחרות".

⁶² החלטה בעניין *Publicis Groupe*, ה"ש 37 לעיל, עמ' 3; החלטה בעניין אי-מתן פטור להסדר כובל בין מפעל הפיס לבין האגודה למען החייל, ה"ש 10 לעיל, 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 27 לעיל, בעמ' 268.

⁶³ 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 50 לעיל, בעמ' 227-228.

⁶⁴ 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 (7th Cir. 1995), בעמ' 828 (תניות האי-תחרות נעשתה בשלב מאוחר של תהליך פירוק השותפות; נדחתה הטענה שהיא כבילה נלווית). השוו להפ"ב (מרכז) 34150-09-14 **רובין ג' לוז** (נבו), 12.2.15 (תניית האי-תחרות נכללה בהסכם השותפות; התנייה נאכפה).

⁶⁵ ראו ת"א (ראשל"צ) 25699-07-12 **חלפון נ' אבו רביעה** (נבו), 4.9.16, פס' 5, 67-70.

⁶⁶ פס"ד **טבעול**, ה"ש 64 לעיל, בעמ' 98-102.

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.⁶⁷

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.⁶⁸

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.⁶⁹

עם זאת, כאשר נמכר חלק בלבד ממניותיה של חברה ומוכר המניות (אשר ממשיך להתזיק 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.⁷⁰

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 הלגיטימית כביכול.⁷¹ בחינת מהותו האמיתית של ההסדר אינה מצטמצמת לארבע אמותיו של ההסכם הכתוב; ככל שההסדר האמיתי בין הצדדים שונה מן ההסכם הכתוב, יש לבחון את

⁶⁷ ראה פס"ד **טבעול**, ה"ש 64 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 (7th Cir. 1981); 919-920 בעמ' *Lektro-Vend Corp. v. The Vendo Company*, 660 F.2d 255 (7th Cir. 1981); 266; ECR 2545 [1985] *Remia VB v. Commission* Case 42/84 '99.19.

⁶⁸ 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**".

⁶⁹ החלטה בדבר מתן פטור להסדר בין סטימצקי (2005) לבין הליקון וצ'ליל חדש, 2008 **ההגבלים העסקיים** 5000739; פס"ד *Verson Wilkins*, ה"ש 56 לעיל, בעמ' 8-9*.

⁷⁰ החלטה לפי סעיף 14 בדבר מתן פטור להסדר בין מפעלי חמצן וארגון בע"מ, פימי ישראל אופורטוניטי פייב, שותפות מוגבלת ופימי אופורטוניטי פייב (דלוורא), 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.

⁷¹ *U.S. Guidelines*; 1013 בעמ' *In re Sulfuric Acid Antitrust Litigation*, 703 F.3d 1004 (7th Cir. 2012); *for Collaborations Among Competitors*, ה"ש 29 לעיל, בעמ' 9.

ההסדר האמיתי ולא מה שכתבו הצדדים.⁷² הבחינה נעשית על-פי נסיבותיו הקונקרטיות בפועל של כל מקרה ומקרה, ולא לפי סוג ההסדר בלבד.⁷³

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.⁷⁴ 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), וכך גם לגבי הסעיפים המקבילים בפטורי הסוג השונים.

מיכל הלפרין
הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, כ"ז במרחשוון, תשע"ט

5 בנובמבר, 2018

⁷² Wholesale Grocery Products Antitrust Litigation, 752 F.3d 728 (8th Cir. 2014), בעמ' 734; עניין Polygram, ה"ש 48 לעיל, בעמ' 8-9.

⁷³ פס"ד הולנדיה, ה"ש 23 לעיל, פס' 36-37.

⁷⁴ פס"ד הולנדיה, ה"ש 23 לעיל, פס' 31-32.