

הנדון: רפורמה משמעותית בפטורי הסוג להסדרים כובלים

בהמשך לפרסום התזכיר לתיקון חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, פרסמה רשות הגבלים עסקיים לעיון הציבור טיוטות לתיקון שלושה פטורי סוג: פטור הסוג למיזמים משותפים, פטור הסוג לכבילות נלוות למיזוגים ופטור הסוג להסכמי מחקר ופיתוח.

שלוש הטיוטות מרחיבות באופן ניכר את המבחנים אשר קיימים כיום בפטורי הסוג לעניין חוקיות הסדר כובל, באמצעות אימוץ מבחן מהותי, לפיו אם ההסדר אינו מקים חשש תחרותי, ובבסיסו צידוק עסקי, אזי הוא חוקי. לראשונה, גם במערכות יחסים בין מתחרים (כל אחד מפטורי הסוג האמורים חל גם ביחסים בין מתחרים), מתאפשר לצדדים להסדר כובל לבצע בחינה עצמית (self assessment) של השפעת ההסדר על התחרות, ולקבוע בעצמם את חוקיות ההסדר בהתאם לתוצאות הבחינה.

מדובר על רפורמה משמעותית בביקוח על הסדרים כובלים, אשר מאפשרת להימנע מפניות לרשות הגבלים עסקיים, במקרים שבעבר חייבו פנייה כאמור (ולכן צדדים אף ויתרו מראש על שיתוף הפעולה). ניסיון העבר מלמד כי מתן אפשרות לצדדים לבצע בחינה עצמית של חוקיות הסדרים כובלים, אפשרה התקשרויות מסחריות רבות, שקודם לכן לא יצאו לפועל.

▪ פטור הסוג לכבילות נלוות למיזוגים

כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג לכבילות נלוות למיזוגים) (הוראת שעה), תשס"ט-2009, מתירים לצדדים למיזוג חברות לקבוע כבילות בקשר למיזוג, שעניינן אחד מארבעת הנושאים הבאים: (1) אי-תחרות בין המוכר לבין העסק הנרכש; (2) התחייבות של המוכר כלפי העסק הנרכש, או של העסק הנרכש כלפי המוכר, להמשיך לספק לצד השני טובין או שירותים בתנאים זהים או טובים מהתנאים שהתקיימו ביניהם קודם למיזוג; (3) התחייבות המוכר לשמור על סודיות מידע שנוגע לעסק הנרכש; (4) כל התחייבות אחרת, אשר נחוצה לשימור הערך הכלכלי של העסק הנרכש במיזוג, ובלבד שהיא מוגבלת לפרק זמן סביר.

ביחס לשתיים מההגבלות האמורות - אי-תחרות והתחייבות להמשיך ולספק - נקבעו בפטור הסוג מבחנים נוקשים כתנאי לתחולת פטור הסוג. להמחשה, ביחס לתניית אי-תחרות של המוכר בעסק הנרכש, פטור הסוג מורה כי התניה תהיה חוקית רק אם, בין היתר, עסקת המיזוג כוללת העברת מוניטין או ידע, ואם תקופת אי-תחרות אינה עולה על ארבע שנים מהיום שבו חלקו של המוכר בעסק הנרכש פחות מ-20% או מהמועד בו פגה זכותו למנות דירקטור בעסק הנרכש (המוקדם מבין שניהם).

טיוטת התיקון לפטור הסוג, מציעה מבחן מהותי, אשר יחול ביחס לכל הכבילות הנלוות למיזוגים:

"הכבילה אינה מגבילה את התחרות בחלק ניכר של שוק המושפע ממנה, או שהיא עלולה להגביל את התחרות בחלק ניכר משוק כאמור, אך אין בה כדי לפגוע פגיעה משמעותית בתחרות בשוק כאמור"; מבחן זה שם יתנוע על הניתוח התחרותי של ההגבלה, והוא מכשיר את כל הכבילות הנלוות למיזוגים, שלא מקימות חשש ממשי להגבלת התחרות.

המבחן האמור חל גם על כבילות מסוג אי-תחרות והבטחת הספקה, אשר לגביהן יש בפטור הסוג גם הסדרה פרטנית. התוצאה המתקבלת היא שניתן יהיה לסטות מהמבחנים הנוקשים שבפטור הסוג ביחס לתניות מסוג אי-תחרות והבטחת הספקה (דוגמת, הארכת התקופה של אי-התחרות או של הבטחת האספקה), בכל המקרים בהם הניתוח התחרותי יאפשר סטייה כאמור, וביתרת המקרים, להתאים את ההגבלה להסדרה הפרטנית שבפטור הסוג.

▪ פטור הסוג למיזמים משותפים

כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים) (הוראת שעה), תשס"ו-2006, מתירים לצדדים למיזמים משותפים לקבוע מגבלות שונות במערכת היחסים שבין כל אחד מהם לבין המיזם המשותף, דוגמת תניית אי-תחרות של הורי המיזם במיזם, והסדרים על אספקת טובין על-ידי מי מהורי המיזם, כחלק מפעילות המיזם.

לפטור הסוג למיזמים משותפים חשיבות רבה בחיי המעשה, וזאת נוכח עמדת רשות הגבלים עסקיים לפיה עצם קיומו של מיזם משותף בין מתחרים, מהווה במקרים רבים הסדר כובל בפני עצמו. משמע, עצם המבנה של החזקה משותפת במיזם יוצרת כבילה מבנית, שאינה תלויה במגבלה כלשהי בין המיזם לבין מי מהוריו, או בין הורי המיזם לבין עצמם.

פטור הסוג מודולארי, ומבחין בין שלוש חלופות של מיזמים משותפים: בין מי שאינם מתחרים; בין מתחרים, אולם המיזם אינו בתחום התחרות; בין מתחרים, בתחום התחרות. פטור הסוג קובע מבחנים שונים לכל אחת מהחלופות. מטבע הדברים, המבחנים למיזמים משותפים בין מתחרים מחמירים יחסית, והם כוללים מבחנים טכניים שונים. בין היתר, הם עוסקים בנתח השוק המצרפי של הצדדים ובמבנה התחרות בענף (מספר המתחרים ונתחי השוק שלהם).

התיקון המוצע לפטור הסוג, מוסיף לצד המבחנים הטכניים, גם מבחן מהותי, אשר יחול ביחס לכל המיזמים המשותפים, לרבות מיזמים משותפים בין מתחרים. המבחן כולל שני תנאים מצטברים:

"א. עיקרו של ההסדר אינו בהפחתת התחרות או במניעתה ואין בהסדר כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו;

ב. הכבילות שבהסדר 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 משמעותית בתחרות בשוק כאמור."

התיקון המוצע לפטור הסוג מחולל שינוי מהותי בהסדרה של שיתופי פעולה בין מתחרים. לראשונה, מתאפשר לצדדים מתחרים לערוך ניתוח תחרותי, ולקבוע על פי ממצאיו, האם שיתוף פעולה ביניהם עולה בקנה אחד עם דיני ההגבלים העסקיים, או שהוא אסור, וזאת בלי להידרש למבחנים טכניים - מחמירים מאוד - או לפנייה לממונה על הגבלים עסקיים.

התיקון המוצע מוסיף למבחן המהותי סייג, שנוגע לשיווק משותף של מוצרי מתחרים. בהתאם לסייג זה, שיווק משותף של מוצרי מתחרים יתאפשר רק אם הצדדים מאחדים את מלוא פעילות הייצור או הייבוא שלהם בתחום

הרלוונטי במסגרת המיזם המשותף. במילים אחרות, לא יתאפשר מיזם משותף בין מתחרים שכל עניינו שיווק משותף של מוצרים מתחרים, אלא עליו לאחד את פעילות הצדדים בתחום התחרות (מובן, כי המבחן המהותי צריך להתקיים באיחוד זה).

בדומה לאמור לעיל, ביחס לפטור הסוג לכבילות נלוות למיזוגים, המבחן המהותי יחול במקביל למבחנים הטכניים שבפטור הסוג, וצדדים למיזם משותף יוכלו להכשיר את המיזם גם מכוח המבחנים שנקבעו בעבר.

▪ פטור הסוג להסכמי מחקר ופיתוח

כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים לביצוע מחקר ופיתוח)(הוראת שעה), תשס"ו-2006, מתירים לצדדים להסכמים לביצוע מו"פ משותפים, לקבוע מגבלות שונות שיחולו בינם לבין עצמם ובין מי מהם לבין הפיתוח המשותף. להמחשה, פטור הסוג מתיר להגביל את הפיתוח העצמאי של מי מהצדדים, או פיתוח של מי מהם בשיתוף צד שלישי ועוד.

בדומה לפטור הסוג למיזמים משותפים, גם פטור הסוג למו"פ מודולארי, ומבחין בין הסכמי מחקר ופיתוח בין מי שאינם מתחרים; הסכמי פיתוח בין מתחרים, אולם לא בתחום התחרות; והסכמי פיתוח בין מתחרים בתחום התחרות. גם במקרה זה, פטור הסוג קובע מבחנים שונים לכל אחת מהחלופות. כאשר המבחנים להסכמי מו"פ בין מתחרים מחמירים יחסית, והם כוללים מבחנים טכניים שונים. בין היתר, הם עוסקים בנתח השוק המצרפי של הצדדים ובמבנה התחרות בענף (מספר המתחרים ונתחי השוק שלהם).

התיקון המוצע לפטור הסוג, מוסיף לצד המבחנים הטכניים, גם מבחן מהותי, אשר יחול ביחס לכל הסכמי המו"פ, לרבות הסכמי מו"פ בין מתחרים. המבחן כולל שני תנאים מצטברים:

"א. עיקרו של ההסדר אינו בהפחתת התחרות או במניעתה ואין בהסדר כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו;

ב. הכבילות שבהסדר 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 משמעותית בתחרות בשוק כאמור."

בדומה לאמור לעיל, ביחס לתיקונים המוצעים לשני פטורי הסוג האחרים, המבחן המהותי יחול במקביל למבחנים הטכניים שבפטור הסוג, וצדדים להסכם מו"פ יוכלו להכשיר את הכבילות שבהסכם גם מכוח המבחנים שנקבעו בעבר.

* * *

נשמח לעמוד לרשותכם בכל שאלה ו/או הבהרה.

* * *

הסקירה לעיל הינה בבחינת תמצית. המידע הכלול בה נמסר למטרות אינפורמטיביות בלבד ואין במידע כדי להוות ייעוץ משפטי. לקבלת פרטים נוספים, אנא פנו לעו"ד בועז גולן, שותף וראש מחלקת הגבלים עסקיים ותחרות, בדוא"ל: boaz.golan@goldfarb.com ו/או אל עו"ד נמרוד פראוור, שותף, מחלקת הגבלים עסקיים ותחרות, בדוא"ל: nimrod.prawer@goldfarb.com ו/או בטלפון 03-6089850.