



## עדכון לקוחות | מחלקת הגבלים עסקיים ותחרות התפתחויות אחרונות: על תיקוני חקיקה, בלעדיות במקרקעין ועוד

### שינוי הגדרת מתחרים בפטור הסוג האנכי

משטר הפיקוח על הסדרים כובלים מבחין בין הסדרים אופקיים בין מתחרים, לבין הסדרים אנכיים שאינם בין מתחרים, הסדרים הנעשים בין חוליות שונות בשרשרת ייצור. הסדרים אופקיים מעוררים מעצם טיבם חששות תחרותיים משמעותיים יותר, בשל החשש מפני תיאום בין המתחרים. להבדיל, מרבית ההסדרים האנכיים יהיו הסדרים לגיטימיים, והפגיעה התחרותית הטמונה בהם, אם בכלל, היא תלוית נסיבות.

הבדל זה מצדיק רמת פיקוח מתונה יותר ככל שמדובר בהסדרים אנכיים, והוא עומד בבסיס החלטת בית המשפט העליון [בעניין שופרסל](#).

כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים שאינם אופקיים ואין בהם כבילות מחיר מסוימות), התשע"ג-2013 ("פטור הסוג האנכי") מהווה ביטוי נוסף לתפישה זו: פטור הסוג האנכי נולד במטרה לאפשר לצדדים לבצע בחינה עצמית (self-assessment) של הסדרים אנכיים. כך, על הצדדים להסדר האנכי לבחון בעצמם את ההסדר, להעריך את משמעותו התחרותית, וכך להחליט אם ההסדר מחייב קבלת פטור פרטני מאת הממונה על הגבלים עסקיים ("הממונה") אם לאו.

לאחרונה פורסמו [כללי ההגבלים העסקיים \(פטור סוג להסדרים שאינם אופקיים ואין בהם כבילות מחיר מסוימות\) \(תיקון\), התשע"ח-2018](#). הכללים המעודכנים מרחיבים, הלכה למעשה, את הגדרת "מתחרים" הכלולה בפטור הסוג האנכי - על פי הנוסח הקודם של פטור הסוג האנכי, צדדים הוגדרו כמתחרים אם במהלך ההסכם, או בשלוש השנים שקדמו לו, סיפקו טובין שיש ביניהם "חפיפה". המונח "חפיפה" הוגדר כ"זהות או דמיון בין הטובין". בנוסף צדדים נחשבו כמתחרים אם היה סביר שהיו מתחרים, "אלמלא ההסדר הכובל". ואילו בהתאם לפטור המתוקן, צדדים להסכם ייחשבו כ"מתחרים" בהתקיים מספר חלופות:

- אם במהלך ההסכם או בשלוש השנים שקדמו לו "התקיימה ביניהם תחרות בעסקים". לשיטת



הרשות להגבלים עסקיים ("הרשות") מדובר בהגדרה ברורה יותר בהשוואה להגדרה הקודמת שהתבססה על קיומה של "חפיפה". השאלה על פי ההגדרה העדכנית היא האם הצדדים "נפגשו" כמתחרים בזירה כלשהי אם לאו.

- על פי חלופה נוספת, צדדים ייחשבו ל"מתחרים" אם במהלך ההסכם או בשלוש השנים שקדמו לו "סיפקו או רכשו טובין שהם תחליפיים בעיני הצרכן". היינו, גם אם הצדדים לא סברו ש"התקיימה ביניהם תחרות בעסקים", אך בפועל סיפקו טובין "תחליפיים בעיני הצרכן", הרי שהם ייחשבו כמי שמתחרים זה בזה.

- בדומה לנוסח הקודם של פטור הסוג, צדדים להסכם ייחשבו ל"מתחרים" גם אם היה סביר שהיו מתחרים אלמלא ההסדר הכובל. בד בבד - וכאן טמונה ההרחבה המשמעותית של הגדרת "מתחרים" בפטור הסוג המתוקן - נכון לעתה גם מתחרים פוטנציאליים ייחשבו כמתחרים.

על אף השאיפה המוצהרת של הרשות לחדד את הגדרת המתחרים, מבלי לשנות את סוגי ההסדרים שעליהם יחול הפטור, הרחבת ההגדרה של "מתחרים" עשויה לצמצם בפועל את תחולת פטור הסוג האנכי, להקשות על היכולת להסתמך עליו, ולחייב יותר הסדרים בקבלת פטור פרטני מהממונה, או אישור בית הדין להגבלים עסקיים.

### **הרחבת סמכויות הממונה לצורך עידוד של יבוא מקביל**

תיקון חקיקה שהתקבל לאחרונה ([חוק ההגבלים העסקיים \(תיקון מס' 20 - הוראת שעה\), התשע"ח-2018](#)), מרחיב את סמכויות הממונה בכל הקשור ליבוא מקביל. מעתה רשאית הממונה להורות ליבואן בלעדי לנקוט בצעדים קונקרטיים על מנת למנוע פגיעה ביבוא מקביל.

באופן קונקרטי יותר - חוק ההגבלים העסקיים מאפשר כעת לממונה ליתן ליבואן ישיר הוראות, בכל מקרה שבו הממונה רואה שכתוצאה ממעמדו של היבואן הישיר, או כתוצאה מהתנהגותו של היבואן הישיר, קיים חשש כי ייפגע באופן משמעותי יבוא מקביל או יבוא אישי, ובשל כך עלולה להיפגע התחרות באופן משמעותי.

על פניו, פעולות שנקטות על ידי יבואנים ישירים, שמטרתן היא למנוע גישה של צרכנים ישראלים לערוצי הפצה מתחרים (כגון באמצעות רכישות מקוונות באתרים זרים), עשויות להיות טריגר לממונה למתן הוראות.

תיקון חקיקה זה מהווה הרחבה משמעותית של סמכויות הממונה, ומשקף את התפישה לפיה יבוא מקביל עשוי לתרום להגברת התחרות ולהורדת יוקר המחיה. יש לשים לב לכך שסמכות הממונה קמה לא רק במקרה בו היבואן הישיר נקט בפעולות מסוימות, אלא גם כאשר היא סבורה שעצם מעמדו של



היבואן הישיר עלול לפגוע באופן משמעותי בתחרות.

### **צו מוסכם בעניין שופרסל - ביטול הסכמי בלעדיות**

הסדרי בלעדיות בין שוכרים לבין בעלי מקרקעין הם עניין שבשגרה. בהסכמים רבים שנחתמים עם קניונים או מרכזים מסחריים, מתחייבים בעלי המקרקעין שלא להשכיר חנויות לעסק המתחרה בשוכר. הגבלה כזו פעמים רבות היא נחוצה ואף מתחייבת מבחינה מסחרית, לנוכח השקעות שיש

לשוכר במקרקעין, או על מנת להצדיק את דמי השכירות הגבוהים הנגבים ממנו.

לפני ימים ספורים פורסם נוסח של [צו מוסכם שגובש בין הממונה לבין שופרסל](#), שבמסגרתו הוסכם כי שופרסל תבטל כמעט את כל הסדרי הבלעדיות במקרקעין להם היא צד, וכי תשלם סך של כ-9 מיליון ש"ח לאוצר המדינה, בגין הפרת חוק קידום התחרות בענף המזון, התשע"ד-2014. מדובר בביטול של כ-180 הסדרי בלעדיות בהם התקשרה שופרסל. עם זאת הוסכם, כי שופרסל תוכל להיות צד להסדרי בלעדיות עתידיים ביחס ל-25 סניפים חדשים בלבד ולמשך 3 שנים לכל היותר.

על פי תפישת הממונה, מהלך זה נועד להקל על כניסת מתחרים העוסקים בממכר מוצרי מזון (לרבות מאפיות, חנויות לממכר פירות וירקות ומעדניות) לקניונים ולמרכזים מסחריים.

צו מוסכם זה מצטרף למהלכים קודמים שננקטו על ידי הממונה - לפני כשנה הגיעה הממונה להסכמה על צו מוסכם עם סופר פארם לפיו נדרשה סופר פארם לבטל את כל הסדרי הבלעדיות להם הייתה צד, למעט מספר סניפים חריגים. יש לציין, כי בשונה מעניין שופרסל, במקרה של סופר פארם לא שולמו סכומי כסף לאוצר המדינה בגין הפרות חוק קודמות.

### **הסכמות בין מעסיקים שלא להתחרות על עובדים**

[בהודעה](#) שפרסמה הממונה לפני מספר ימים, הדגישה הממונה, כי מתחרים מצופים להתחרות ביניהם גם על המשאב האנושי - העובדים. הממונה הבהירה שכלל, כבילות בין מתחרים המסכימים שלא "לריב" על עובדים, יצדיקו נקיטת צעדי אכיפה כנגד המפרים - בין אם ההסכמות הללו מגובשות באופן עצמאי, ובין אם הן חלק מקו פעולה של איגוד עסקי.

ההודעה פורסמה על רקע סגירת התיק בעניינן של התאחדות משרדי הנסיעות ויועצי התיירות בישראל ("ההתאחדות") וסוכנויות הנסיעות אמסלם תיירות ונופש בע"מ ודיזנהאוז בי.טי.סי. בע"מ שהיו צד לתיאום אסור בדבר אי שידול עובדים של מתחרים. התיק נסגר באותו מקרה, כיוון שהכלל בדבר אי שידול עובדים בתחום סוכנויות הנסיעות עוגן בתקנון שפרסמה בעבר ההתאחדות, והתברר שהתקנון הוצג בפני מערך ההגבלים העסקיים בשנת 1991, ואושר להתאחדות לפעול על פיו. במילים אחרות, נסיבות חריגות הצדיקו במקרה זה את סגירת התיק.



עמדת הרשות באשר להסכמות בין מתחרים אודות אי שידול עובדים קיבלה ביטוי נוסף גם [בהודעה](#) שפרסם משרד הבריאות באוגוסט 2017 בהמשך לפגישה שהתקיימה בין מנכ"ל משרד הבריאות לבין הממונה. בפגישה זו הוחלט כי יש לבטל את ההסכם שנחתם בין קופות החולים בחסות משרדי הבריאות והאוצר אשר כלל סעיפי "אי תחרות" בנוגע לשכירת שירותיהם של רופאים.

עמדת הרשות בהקשר זה תואמת גם גישה של רשויות תחרות זרות. כך, [בהנחיה](#) משנת 2016 שהוצאה על ידי משרד המשפטים ורשות הסחר הפדרלית האמריקאית, נקבע, בין היתר, כי חברות אינן יכולות להסכים ביניהן שלא להתחרות על עובדים והסכמים מסוג זה חשופים לאכיפה פלילית ולקנסות.

המסקנות האופרטיביות העולות מעמדת הרשות הן כדלקמן:

- חוק ההגבלים העסקיים אוסר על מעסיקים המתחרים זה בזה לתאם ביניהם היבטים תחרותיים. בהתאם לכלל הזה, אסור למעסיקים מתחרים לסכם ביניהם את תנאי השכר של עובדיהם, ואסור להם, ככלל, גם להחליף ביניהם מידע על תנאי השכר הללו. בהתאם לאותו עקרון, אסור למעסיקים מתחרים גם להסכים ביניהם על אי שידול עובדים.
- עם זאת, הסכמות בין מעסיקים שלא "לגנוב" עובדים של חברה אחרת במהלך פרויקט משותף, בעקבות עסקת מכר, או בנסיבות בהן מעסיק א' מעניק שירותים בחצרים של מעסיק ב', עשויות להיות לגיטימיות, בכפוף לסבירות תחרותית ולשאלת הנחיצות המסחרית של ההסכמה.
- חשוב להדגיש, כי הודעת הממונה מתייחסת לשאלת הלגיטימיות של הסכמה בין מעסיקים שלא להתחרות על עובדים. הודעת הממונה אינה מתייחסת לשאלת הלגיטימיות של הסכמה בין עובד למעסיקו, לפיה העובד לא יתחרה במעסיק או לא ישדל את עובדיו של המעסיק לעבור למתחרה במהלך תקופת עבודתו או לאחר סיומה. בהקשר זה קיימת הפסיקה המסורתית של בתי הדין לעבודה ושל בית המשפט העליון, המתייחסת בעיקרו של דבר לתנאים לאכיפה של תניות אי תחרות ואי שידול ולמידת האכיפה של תניות אלה.

## התנגדויות למיזוגים

במהלך התקופה האחרונה התנגדה הממונה למספר עסקאות מיזוג:

- [מיזוג בין חברות רכש המדיה יוניון-TMF](#): יוניון-TMF עוסקות ברכש ותכנון מדיה. לטענת הממונה מדובר בתחום ריכוזי בו מספר המתחרים המרכזיים מצומצם. בהתאם, החליטה הממונה לחסום את המיזוג, בשל החשש מפני פגיעה בתחרות של חברות רכש ותכנון מדיה מול ערוצי הטלוויזיה המסחריים ומול המפרסמים.
- [מיזוג בין בנק מזרחי לבנק אגוד](#): גם במקרה זה ראתה הממונה לנכון להתנגד למיזוג, כיוון



HERZOG FOX & NEEMAN  
LAW OFFICE



שחששה מפגיעה בענף הבנקאות הקמעונאית, וכן במתן אשראי ליהלומנים. הממונה הסבירה כי ענף הבנקאות נחשב לענף ריכוזי המתאפיין בחסמי כניסה תמירים, וכי על פי הנתונים שבידי הרשות, בנק אגוד מהווה אלטרנטיבה תחרותית ראויה ללקוחות רבים.

- **מיזוג בין אל על לישראייר**: במסגרת עסקת מיזוג זו החליטה הממונה שלא לאפשר לסאן דור נתיבי אוויר בינלאומיים בע"מ, חברה המוחזקת במלואה על ידי אל על לרכוש את מניות ישראייר. הממונה הבהירה כי המיזוג יעלים את סאן דור, שהיא מתחרה פוטנציאלית בטיסות לאילת, וכן יעורר חשש לפגיעה בתחרות בשווקים נוספים, לנוכח המונופולין שיש לאל על באספקת שירותי אבטחת תעופה בחו"ל לחברות התעופה הישראליות. תחילה הוגש ערר על החלטת הממונה, **אך לאחרונה הודיעו אל על וישראייר על משיכת הערר**.

לסיכום, נראה כי בעוד שבשנת 2017 לא היו התנגדויות כלל, הרי שבמחצית הראשונה של 2018 פורסמו כבר 3 התנגדויות למיזוגים, כמפורט לעיל. לשם השוואה, בשנת 2012 התנגד הממונה על הגבלים עסקיים לכ-6% מן המיזוגים.

## **אנו עומדים לרשותכם בכל שאלה או הבהרה שתידרש.**

מחלקת הגבלים עסקיים ותחרות | הרצוג פוקס נאמן

### **עו"ד איריס אכמון**

שותפה, מחלקת הגבלים עסקיים

טל': 03 692 5960

[achmoni@hfn.co.il](mailto:achmoni@hfn.co.il)

### **עו"ד טליה סולומון**

שותפה, מחלקת הגבלים עסקיים

טל': 03 692 5960

[solomonta@hfn.co.il](mailto:solomonta@hfn.co.il)

הרשמה לעדכוני לקוחות: <http://www.hfn.co.il/he/clients-updates>