

הפטור נשכח, התשלום לא

הממונה על הגבלים עסקיים השתמש לאחרונה בסמכותו והטיל עיצום כספי בגין עריכת הסדר כובל בלתי חוקי. ההחלטה היא נקודת מפנה בהתייחסות רשות ההגבלים להסכמים שאינם פוגעים בתחרות שנעשו על ידי חברות, והיא עלולה לפגוע בוודאות וביעילות של החוק

חגית בולמש



ד"ר חגית בולמש, מחברת הספר "הגבלים עסקיים: מערכות היחסים בערוצי השיווק וההפצה"; שותפה ומנהלת מחלקת הגבלים עסקיים במשרד פרל, כהן, צדק, לצר, ברץ

לכן, אולם פג תוקפו.

ההסדר בין החברות שנבחן ונמצא כמפר את החוק הוא הסדר להפצת מוצרי טירת צבי על ידי תנובה, שהכיל סעיפי בלעדיות בין תנובה לטירת צבי, וכן סעיף בנוגע להיקף ההנחות שיינתנו ללקוחות והסיכון הכלכלי שיישא כל אחד מהצדדים בגין הנחות אלה. לא מדובר בחברות זרות זו לזו, שכן תנובה מחזיקה במחצית מהזכויות בטירת צבי, ולפיכך מדובר על הסדר הפצה בלעדי בין חברות שיש ביניהן יחסי בעלות חלקיים.

במסגרת החלטה זו השתמש הממונה לראשונה בהסמכות שהוקנתה לו מכוח סעיף 50ד(א)(1)

לחוק, אשר קובע כי הוא רשאי להטיל על עורכי הסדר כובל שלא כדין, חברה או אדם, עיצום כספי משמעותי. גובה העיצום הכספי שמוסד מן הממונה להטיל על אדם הוא עד מיליון שקל. תאגיד שיימצא מפר את החוק יכול להיקנס בסכום שייגזר ממחזור המכירות שלו ויכול להגיע לשיעור של עד שמונה

בהחלטה ראשונה מסוגה שניתנה בדצמבר 2014 השתמש הממונה על הגבלים עסקיים בסמכותו לפי חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 והטיל עיצום כספי בגין עריכת הסדר כובל בלתי חוקי. ההחלטה מעידה על מגמה להחמיר עם הסכמי הפצה אנכיים ולא רק עם קרטלים ועם תיאומי מחירים בין מתחרים. זוהי נקודת מפנה בהתייחסות רשות ההגבלים העסקיים בישראל להסכמים שאינם פוגעים בתחרות שנעשו על ידי חברות.

מעתה, כפי שמבהירה החלטה זו, כל חברה וכל נושא משרה חשופים לעיצום כספי אישי משמעותי, שאינו ניתן לשיפוי, בגין כל מעשה שלא יעלה בקנה אחד עם חוק ההגבלים העסקיים.

בהחלטתו הטיל הממונה עיצום כספי של כמיליון שקל על תנובה ועל טירת צבי בגין עריכת הסכם הפצה שאינו פוגע בתחרות (ואף הוכשר על ידי הממונה בהמשך). החברות כשלו בכך שנמנעו מלהאריך פטור שניתן על ידי הממונה מספר שנים קודם

**מעתה, כפי שמבהירה
ההחלטה, כל חברה וכל נושא
משרה חשופים לעיצום כספי
אישי משמעותי שאינו ניתן
לשיפוי בגין כל מעשה שלא
יעלה בקנה אחד עם חוק
ההגבלים העסקיים**

רכים זוכים להכשר. זאת בפרט מפני שקביעתו של הממונה בהחלטה בעניין תנובה שללה את האפשרות להשתמש בפטורי הסוג הקיימים עבור הסכמי הפצה רבים, אף שאין בהם כל איום תחרותי. הסכמי הפצה אלה יידרשו לעבור את אותה מסכת פרוצדורלית של הגשת בקשה פרטנית לממונה והמתנה של מעל שלושה חודשים להחלטה, בדומה להסדרים אופקיים בין מתחרים שיש בהם חשש לאיום על התחרות.

למעשה, ההחלטה דורשת מכל עורכי הדין שעורכים הסכמים עבור לקוחותיהם להכיר את דיני ההגבלים העסקיים, על כלל הדקויות והשינויים שבהם.

משימה זו קשה, בפרט כאשר היא מוטלת על עורכי דין מסחריים ועל יועצים משפטיים של חברות שדיני ההגבלים העסקיים אינם התמחותם העיקרית.

אם נחבר את העיצום הכספי הגבוה בגין הפרה טכנית עם ההרשעה הראשונה והמאסר בפועל שהוטלו באוגוסט 2014 על עורך דין שסייע לצדדים לנסח הסדר כובל, והגשת כתב אישום בינואר 2015 נגד עורך דין שייעץ לחברות שהואשמו בהסדרים כובלים, אפשר להבין מדוע תחום ההגבלים העסקיים מאיים היום על עורכי דין ועל חברות בכל עסקה; ההשלכות בגין הפרת דיני ההגבלים העסקיים הן יקרות.

מעטים מדי הכלים שמוענקים לעורכי דין לבצע בדיקה לצורך הכשרת הסכמים בין צדדים. כלים מעטים אלה מורכבים מדי ומייקרים את הבדיקות שחברות נדרשות לבצע לצורך הכשרת הסכמים, ולו הפשוטים ביותר. ההחלטה על העיצומים הכספיים גם מחזירה את דיני ההגבלים העסקיים למתכונת הישנה, המחמירה שלא לצורך את ההתייחסות של דיני ההגבלים העסקיים להסכמי הפצה ושיווק שאינם פוגעים בתחרות.

לפי הפרשנות של הממונה בהחלטה בעניין תנובה

אחוזים ממחזור המכירות, ובלבד שסכום העיצום לא יעלה על 24 מיליון שקל.

בשלב הראשון בחן הממונה אם ההסדר שנערך בין תנובה לטירת צבי הוא הסדר כובל כאמור בסעיף 2 לחוק. לאחר שקבע כי אמנם זהו הסדר כובל על פי סעיף 2(ב) לחוק, נבחנה השאלה אם אפשר להכשיר הסכם זה באמצעות הפטורים הסטטוטוריים ופטורי רי הסוג הקבועים בחוק. כפי שקבע הממונה, הסכם ההפצה אינו זכאי ליהנות מאף לא אחד מהפטורים הקיימים בחוק, למעט פטור פרטני שיינתן על ידי הממונה או אישור על ידי בית הדין להגבלים עסקיים.

מאחר שההסדר לא הוגש לקבלת פטור פרטני עדכני מהממונה ולא אושר על ידי בית הדין, הרי שלשיטת הממונה הסכם ההפצה הוא הסדר כובל בלתי חוקי.

בשלב השני בחן הממונה מהו גובה העיצום הכספי הראוי שיוטל, ואם יש בהסכם כדי להעלות חשש סביר לפגיעה בתחרות. בדיקת הרשות בעניין זה העלתה כי הסכם ההפצה אינו צפוי לפגוע בתחרות או בציבור. לשיטת הממונה, לו מצא חשש כאמור, היה מטיל על החברות קנס משמעותי יותר.

משמעות ההחלטה והשלכותיה

מלבד המשמעות המיידית של החשש מפני שימוש בעיצום הכספי כשיקול שעל חברות לשקול בעת עריכת הסכמים, ההחלטה הממונה יש השפעה משמעותית על ציבור עורכי הדין ועל הייעוץ שהם מספקים ללקוחותיהם. כל מי שמייעץ לחברות יודע שיש קושי אמיתי לבחון את כשרותם של הסכמי הפצה ולקבוע אם הסכמים אלה תואמים את השינויים התכופים בהגבלים עסקיים. חוץ מזה, מנגנון הפטורים בהגבלים עסקיים להסכמים אנכיים כה מורכב עד כי קשה ממש להשתמש בהם, ולפיכך יתקשו עורכי הדין להכריע אם ההסכמים שהם עו-

ההחלטה דורשת מכל עורכי הדין שעורכים הסכמים עבור לקוחותיהם להכיר את דיני ההגבלים העסקיים, על כלל הדקויות והשינויים שבהם. משימה זו קשה, בפרט כאשר היא מוטלת על עורכי דין מסחריים ועל יועצים משפטיים של חברות אינם התמחותם העיקרית


בהחלטתו הטיל הממונה עיצום כספי של כמיליון שקל על תנובה ועל טירת צבי בגין עריכת הסכם הפצה שאינו פוגע בתחרות. החברות כשלו בכך שנמנעו מלהאריך פטור שניתן על ידי הממונה כמה שנים קודם לכן אולם פג תוקפו



צילום: פלאש 90

ההשלכות בגין הפרת דיני ההגבלים העסקיים הן יקרות. מפעל תנובה

על התחרות ועל הציבור ובין עקרונות יסוד של המ־שפט. עקרונות יסוד אלה הם סדר, ודאות, יעילות, חוקתיות וצדק, והם חשובים לא פחות מעקרונות השמירה על התחרות ועל הציבור.

יש לזכור שדיני ההגבלים העסקיים מורכבים ומ־סובכים ליישום. הם מטילים על העוסקים במלאכת עריכת הדין נטל לא קל של קבלת הכרעות כלכ־ליות־משפטיות עבור לקוחותיהם לצורך בחינת כל עסקה ועסקה. לעיתים מתקבלות הכרעות אלה מדי יום ביומו. הרחבת האכיפה על הסדרי הפצה שאינם פוגעים בתחרות עלולה להקשות את הוודאות ואת היעילות של החוק, ולהגביר שלא לצורך את עלויות העסקה ואת הסיכון שבעריכתה. 

בה, סעיפים סטנדרטיים בהסכמי הפצה – הגדרת טריטוריות, איסור תחרות בין ספק למפיץ, בלעדיות ומגבלות על שיווק המוצר – ייחשבו כהסדר כובל בלתי חוקי לפי סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, גם אם סעיפים אלה לא פוגעים בתחרות ובציבור.

כך חזרנו לימים שבהם כל הסכם הפצה שיש בו כבילות על הצדדים עלול להיחשב להסדר כובל, גם אם מדובר על כבילות בין ספק למפיץ בלבד בנו־גע להפצה ולשיווק של מוצרים. פרשנות זו נדחתה מפורשות על ידי רשויות האכיפה ובית המשפט הע־ליון בארצות הברית כבר לפני שנים רבות.

אכיפת דיני ההגבלים העסקיים מחייבת את הר־גולטורים ואת בתי המשפט לאזן בין הצורך בשמירה