

על הסדרים כובלים אופקיים ואנכיים / דורון אפיק, עו"ד*

הסדר כובל שלא אושר מראש על ידי בית הדין להגבלים עסקיים מהווה עבירה פלילית של כל הצדדים להסדר. כמו כן, כאשר מדובר בחברות אשר היו צדדים להסדר כובל שלא אושר מראש, העבירות הפליליות עשויות להיות מיוחסות גם לדירקטורים ונושאים משרה בהן. חוק ההגבלים העסקיים הישראלי מגדיר הסדר כובל באופן רחב ביותר וקובע, כי הסדר כובל הוא כל הסדר "בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר." המושג "הסדר" מוגדר גם הוא באופן רחב ביותר ככולל כל הסדר "בין במפורש ובין מכללא, בין בכתב ובין בעל פה או בהתנהגות, בין אם הוא מחייב על פי דין ובין אם לאו". בתי המשפט הרחיבו עוד יותר את ההגדרה כך שהיא כוללת כל תיאום בין בני אדם שמטרתו ליצור מגבלה על התחרות וככזה שאינו דורש הגעה של הצדדים לגמירות דעת ומסוימות, הנדרשים באופן רגיל כדי ליצור חוזה מחייב. יתרה מכך, הסדר כובל הוכר גם ככזה המסתפק ברמה נמוכה ביותר של תיאום בין הצדדים ולא דורש כי הצדדים יגיעו לכדי הסכם מפורש. גם הסדר אשר נכפה על ידי צד אחד לו על השני ייחשב כהסדר כובל.

בעניין חברת שופרסל קבע בית המשפט העליון באוגוסט, 2015, כי גם הסדר אנכי (היינו לא "הסדר אופקי" בין מתחרים אלא הסדר בין שני גורמים שנמצאים האחד מעל השני בשרשרת השיווק כספק ומפיץ) עשוי להיות הסדר כובל. כך, למשל, הסדר בין ספק לבין מפיץ לפיו תינתן למפיץ בלעדיות, או לפיו מוכתב מחיר מינימום או מחיר מקסימום. המבחן הוא האם הכבילה שנטלו על עצמם הצדדים פוגעת בתחרות, גם אם הפגיעה היא עקיפה, על ידי כבילה של צד שלישי להסדר, אפילו אם הצד השלישי לא נמצא באותו שוק בו נמצאים הצדדים להסדר.

בענין שופרסל שקל בית המשפט העליון האם קיים הבדל בין הסדר כובל אנכי להסדר כובל אופקי וקבע, כי סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים מגדיר במפורש כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת למחיר שיידרש, שיוצע או שישולם, הרווח שיופק, חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו או לגבי כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם. למרות זאת, בית המשפט קבע, כי איסורים אלה יחלו רק בהסדרים אופקיים ולא יחולו בהסדרים אנכיים.

כך או כך, הסדר כובל הוא לא רק בלתי אנכי אלא מהווה גם עבירה פלילית לא רק של התאגיד עצמו אלא במקרים מסוימים גם של מנהליו ועל כן קיימת חשיבות גבוהה ביותר להיות מלווים בעורך דין המכיר היטב תחום זה כדי למנוע מצב בו הצד השני לעסקה ישתחרר מההסכם בשל היותו בלתי חוקי או מצב בו תיווצר אחריות פלילית של התאגיד או מנהליו.

* עו"ד דורון אפיק הינו נוטריון ועורך דין והוא השותף המנהל של משרד אפיק ושות' (www.afiklaw.com) המתמקד בדיני חברות, דיני מקרקעין, עסקאות בינלאומיות ופיננסיות, לרבות עסקאות מיזוג ורכישה, ומימון ואף מרצה בתחום במסגרת תואר מנהל עסקים Executive MBA באוניברסיטה העברית בירושלים. עו"ד אפיק בוגר הכשרה של האיחוד האירופי ביישוב סכסוכים בינלאומיים מחוץ לכותלי בית המשפט (גישור ובוררות). לפרטים נוספים: 03-609.3.609 או במייל: afiklaw@afiklaw.com.

A restrictive arrangements that was not preapproved by the Antitrust Tribunal is a criminal offense of all parties to the arrangement. Additionally, criminal liability is attached also to directors and officers of corporation who are parties to such arrangement. The Israeli Antitrust Law defines a restrictive arrangement very broadly to include any arrangement "entered into by persons conducting business, according to which at least one of the parties restricts itself in a manner liable to eliminate or reduce the business competition between it and the other parties to the arrangement, or any of them, or between it and a person not party to the arrangement." The term "arrangement" is also defined very broadly defined to include any arrangement " whether express or implied, whether written, oral or by behavior, whether or not legally binding." The Courts construed such definition to include any coordination between people whose purpose is to create a restriction on competition and as such does not require the showing of intention to agree or specificity as usually required to form a binding contract. Moreover, for a restrictive arrangement to exist only a very low level of coordination between the parties is required and there is no requirement for an explicit agreement. An arrangement imposed by one side on the other will be considered as a restrictive arrangement.

In case of Supersal the Supreme Court held in August, 2015, that a vertical arrangement (i.e. not "horizontal agreement" between competitors but an arrangement between two entities that are one above the other in the marketing chain, such as a supplier and a distributor) may be a restrictive arrangement. For example, an arrangement between a supplier and a distributor under which the distributor receives exclusivity or under which a minimum or a maximum price is dictated. The test is whether the restraint undertaken by the parties damages the competition, even if the damage is indirect, by binding a third party to the arrangement, even if such third party is not in the same market in which the parties to the arrangement are.

In the case of Supersal the Supreme Court considered whether there is a difference between a vertical restrictive arrangement and a horizontal one and held that Article 2(b) of the Antitrust Law specifically defines as a restrictive arrangement any arrangement involving a restraint relating the price to be demanded, offered or paid, the profit to be obtained, division of all or part of the market, according to the location of the business or according to the persons or type of persons with whom business is to be conducted or the quantity, quality or type of assets or services in the business. However, the Court held that these prohibitions shall apply only to horizontal arrangement and will not apply to vertical agreements.

Either way, a restrictive arrangement is not only unenforceable but also constitutes a criminal offense not only of the corporation but in certain caes also of its managers and therefore it is of high importance to be accompanied by an attorney who is knowledgeable in this area of law in order to avoid a situation where the other party is released from the agreement due to its illegality or a situation in which criminal liability of the corporation or its directors will be attached.

† Doron Afik is a notary public and an attorney and is the managing partner of Afik & Co., Attorneys and Notaries (www.afiklaw.com). He is admitted to practice law both in Israel and in New York and is also a licensed Notary Public in Israel. Doron is an adjunct professor at Hebrew University Doron teaches Mergers and Acquisitions as part of the EMBA program. Doron's practice focuses primarily on international transactions, including mergers and acquisitions, dispute resolution and issues of public law. For additional details: +972-3-6093609 or at the e-mail: afiklaw@afiklaw.com.