

על חוק התחרות הכלכלית, הסדרים כובלים ועונשי מאסר בפועל/עו"ד דורון אפיק

חברת תוכנה מפתחת מוצר מצליח שמאפשר תשלום נוח בכרטיס אשראי ומציע אותו לבעלי עסקים. ואולם, החברה משפיקת לעסקים את מערכת הנהלת החשבונות, בניסיון למנוע מחברת התוכנה לחדור לשוק, מבהירה לבעלי העסקים כי אם יעבדו עם אותה חברה מתחרה, הם ינתקו אותם ממערכת הנהלת החשבונות שלהם. האם איום מסוג זה אפשרי? האם בעלי העסקים שמסכימים לאיום לא עוברים בעצמם עבירה פלילית של הגבל עסקי?

בפרשה שנדונה בשנת 2018 דובר במקרה של הסדר בין מתחרים לחלוקת השוק ביניהם. שופטי בית המשפט העליון הדגישו, כי תכלית חקיקת ההגבלים העסקיים היא הגנה על קיומה של תחרות חופשית מתוך הכרה בחשיבותה המכרעת לקידום המשק והכלכלה, תרומתה ליעול ולחדשנות, להורדת מחירים, לשיפור המוצרים והשירותים, ואף להבטחת הזדמנות שווה להתחרות בשוק באופן שמקדם את הזכות החוקתית לחופש העיסוק. מסיבה זו קיים איסור על קיומו של הסדר כובל אשר עלול לפגוע בתחרות החופשית.

באופן דומה גם קבע המחוקק ב-1 ינואר, 2019, כי שמו של חוק ההגבלים העסקיים הישראלי ישתנה והוא נקרא מעתה "חוק התחרות הכלכלית" ורשות ההגבלים העסקיים נקראת "רשות התחרות". החוק, כפי שפורש על ידי בתי המשפט, קובע איסור על כל הסדר כובל, המוגדר באופן רחב ככל תיאום שמטרתו ליצור מגבלה על התחרות, אף אם אין מדובר בהסכם מפורש. גם הסדר אשר נכפה על ידי צד אחד על השני ייחשב כהסדר כובל. החוק אינו דורש פגיעה בפועל בתחרות או נזק כלשהו, אלא מסתפק בפוטנציאל לפגיעה בתחרות. הסדר כובל שלא אושר מראש על ידי בית הדין לתחרות מהווה עבירה פלילית לא רק של כל הצדדים להסדר אלא גם של דירקטורים ונושאים משרה, כאשר הצד להסדר הכובל הוא חברה. יתרה מכך, בית המשפט העליון הבהיר, כי יש להחמיר בעונשים המוטלים במקרה של הסדרים כובלים ולהטיל עונשי מאסר בפועל על נושאי המשרה, כדי לייצר הרתעה אפקטיבית מפני עבירות מסוג זה. החוק מאפשר במקרה של הסדר כובל ענישה של עד 5 שנות מאסר וקנסות גדולים ובמקרה של נושאי משרה מאסר של עד שנה בנוסף לקנסות.

בהליך פלילי שנפתח נגד רשת סופרמרקטים קבע בית המשפט העליון, שכאשר קיים הסדר בו מנסה קמעונאי (או מפיץ, משווק וכיוצא באלה) להוביל להפסקת ההתקשרות בין ספק (או יבואן, יצרן וכיוצא באלה) לבין קמעונאי מתחרה, מדובר בהסדר פסול מעיקרו ובעבירה פלילית. במקרה אחר דובר במגבלות שהטילו יבואני רכב על רוכשי רכבים, אותם חייבו לטפל ברכב רק במוסכי שירות כדי שהאחריות על הרכב החדש תחול, ובמקביל חייבו את מוסכי השירות לרכוש ולעשות שימוש רק בחלקי חילוף שמקורם ביבואני הרכב. בית המשפט קבע, כי הסדר מסוג זה מטרתו להוציא מתחרים מהשוק ולכן הוא הסדר כובל אסור.

כך, ספק הפועל מול לקוח שלו כדי למנוע מהלקוח להשתמש במקביל במוצרים של אחרים עובר כנראה עבירה פלילית חמורה של הגבל עסקי. לקוח שמסכים לדרישה כזו של הספק הינו בפועל שותף לאותה עבירה. כך, בכל מקרה כזה כדאי לפנות באופן מיידי ליעוץ משפטי, כדי לוודא שלא נוצרת אחריות פלילית, לרבות אחריות אישית למנהלים.

¹ עו"ד דורון אפיק הינו נוטריון ועורך דין המוסמך בישראל ובניו יורק והוא השותף המנהל של משרד אפיק ושות' (www.afiklaw.com) המתמקד בהנפקות באוסטרליה, דיני חברות, דיני מקרקעין, עסקאות בינלאומיות ופיננסיות, לרבות עסקאות מיזוג ורכישה, מימון ומשפט ימי ואף הרצה בתחומי מומחיות, לרבות 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) ומשמש גם כבורר וכנאמן בנאמנויות ישראליות ובינלאומיות. אין בסקירה כללית זו משום ייעוץ משפטי כלשהו ומומלץ להיוועץ בעורך דין המתמחה בתחום זה בטרם קבלת כל החלטה בנושאים המתוארים בסקירה זו. לפרטים נוספים: 03-6093609, או באמצעות הדואר האלקטרוני: afiklaw@afiklaw.com.

The Economic Competition Law, Restrictive Arrangements and Prison Sentences /Doron Afik, Esq.*

A software company develops a successful product that allows easy payment by credit card and offers it to business owners. The provider of the accounting system to such businesses, however, in an attempt to prevent the software company from penetrating the market, makes it clear to the business owners that if they work with that new competitor, they will disconnect them from their accounting system. Can they make such a threat? Do business owners who submit to the threat by themselves commit a criminal offense?

A case discussed in 2018 dealt with an arrangement between competitors to divide the market between them. The Supreme Court justices emphasized that the purpose of the antitrust legislation is to protect the existence of free competition in recognition of its crucial importance for promoting the market and the economy, its contribution to efficiency and innovation, lowering prices, improving products and services and even ensuring equal opportunity to compete in the market in a way that promotes the constitutional freedom of occupation. For this reason, there is a prohibition on the existence of a restrictive arrangement that may harm free competition.

Similarly, on January 1, 2019, the Israeli legislator decided that the name of the Israeli Antitrust Law would be changed and that it would henceforth be called the "Economic Competition Law." The Antitrust Authority was renamed to now be called "the Competition Authority." The law, as construed by the Courts, establishes a prohibition on any restrictive arrangement, which is broadly defined as to include any coordination with the aim of creating a restriction on competition, even if it is not an explicit agreement. An arrangement imposed by one party over the other will also be considered a restrictive arrangement. The law does not require any actual damage to competition or monetary damage, but only the potential for harm to competition. A restrictive arrangement that was not pre-approved by the Competition Tribunal constitutes a criminal offense not only of all the parties to the arrangement, but also directors and officers, where the party to the restrictive arrangement is a company. Moreover, the Supreme Court made it clear that the penalties imposed in the case of restrictive arrangements are to be increased and actual prison sentences are to be imposed on officers, all in order to create effective deterrence against such offenses. In the case of a restrictive arrangement, the law allows punishment of up to 5 years in prison and large fines, and in the case of officers, imprisonment of up to one year in addition to fines.

In a criminal proceeding initiated against a chain of supermarkets, the Supreme Court held that when an arrangement exists under which a retailer (or distributor, marketer, etc.) attempts to cause the termination of the contract between a supplier (or an importer, a manufacturer etc.) and a competing retailer, it is a forbidden arrangement and a criminal offence. In another case, the restrictions imposed by car importers on car purchasers required them to service the cars only in certified garages in order for the guarantee to apply, and at the same time obligated certified garages to purchase and use only spare parts imported by the vehicle importers. The Court held that an arrangement of this kind is intended to exclude competitors from the market and therefore is a prohibited restrictive arrangement.

Thus, a supplier acting to prevent a customer from using in parallel products of others probably commits a serious criminal offense of restricting arrangement. A customer who submits to such a demand by the supplier is actually a partner to such offense. Thus, in any such, it is advisable to immediately seek legal advice to ensure that no criminal liability is created, including personal responsibility for managers.

Doron Afik, Esq. is a notary public and an attorney admitted to practice in Israel and New York and is the managing partner of Afik & Co., Attorneys and Notaries (www.afiklaw.com). Doron served an adjunct professor at Hebrew University Doron teaches Mergers and Acquisitions as part of the EMBA program. Doron's practice focuses primarily on Australian IPO's, international transactions, including mergers and acquisitions, dispute resolution and issues of public law. He is a graduate of a European Union alternative disputes resolution course and the ICC Master Class for arbitrators and also serves as arbitrator. For additional details: +972-3-6093609 or at the e-mail: afiklaw@afiklaw.com