

תוכן עניינים

3	מבוא
4	חלק ראשון: חשיבותה של התחרות הכלכלית
5	השוק הישראלי
6	תכליתו של חוק ההגבלים העסקיים
7	חלק שני: הסדר אנכי והסדר אופקי
9	הקושי באבחנה בין מכרז אופקי ומכרז אנכי
10	חלק שלישי סע' 2(א) לחוק התחרות
10	רכיב ה"הסדר"
10	האינטרקציה הדרושה על מנת שניתן לקבוע כי נוצר "הסדר"
12	הסדר כובל שנעשה בחוסר ברירה
12	בני אדם המנהלים עסקים
13	ההסדר הכובל חל על אנשי עסקים השייכים לאותו עסק
13	הסדר אי תחרות בין עובד למעביד
14	הסכמי רכישה או הפצה בלעדיים
14	יסוד הכבילה
15	יסוד העלילות
15	יישום ההסדר
16	איגודים עסקיים
16	הקושי בזיהוי התנהגות כהסדר כובל - ההבדל בין תיאום להתאמה
18	מכרזים
20	חלק רביעי סע' 2(ב) לחוק
20	היחס בין סע' 2(א) ו- 2(ב) לחוק
22	סיכום
23	מקורות:

מבוא

לדיני התחרות מטרה כפולה: האחת - היא קידום התחרות, כאמצעי להגדיל את רווחת הצרכנים כאשר הם צורכים מוצרים ושירותים. השנייה - למנוע מפירמות דומיננטיות בשוק לנצל לרעה את מעמדן ולהבטיח פעילות כלכלית חופשית.¹

ההתייחסות לתחרות כדבר בעל חשיבות רבה, באה לידי ביטוי בשינוי שמו של החוק מ"חוק ההגבלים העסקיים" ל"חוק התחרות הכלכלית".² שינוי זה נעשה ביום 10.1.2019 בתיקון 21 לחוק ההגבלים העסקיים. מהצ"ח שבעקבותיה שונה החוק, עולה כי הטעם שעמד מאחורי ההחלטה לשנות את שם החוק, היה הרצון לייצר בהירות בקרב הציבור הרחב הן לגבי מהות החוק ותכליתו, והן לגבי עיקר תפקידם של הממונה ושל רשות הגבלים עסקיים.³

הפגיעה בתחרות יכולה להיעשות במספר רב של דרכים, שהעיקריות בהן הן הסדרים בין פירמות, ניצול מעמד דומיננטי ומיזוגים.⁴ עבודה זו תעסוק בפן אחד של הסדרים בין פירמות, והיא תבחן הבעייתיות שמעלה סעי' 2 לחוק התחרות.

סעיף 2 לחוק התחרות קובע כדלקמן:

2. (א) הסדר כובל הוא הסדר הנעשה 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.

(ב) מבלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף קטן (א) יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת לאחד העניינים הבאים:

- (1) המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם;
- (2) הריווח שיופק;
- (3) חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו;
- (4) כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם.

"בהתאם לסעיף 2(א) בחוק, הסדר כובל כולל ארבעה יסודות מצטברים הצריכים להתקיים כדי שיחשב כהסדר כובל: א. קיומו של הסדר. ב. היות הצדדים מנהלי עסקים. ג. הגבלה של לפחות אחד מהצדדים. ד. באופן שעלול למנוע או להפחית את התחרות בינו לבין צדדים להסדר או בינו לבין מי שאינו צד להסדר. סעיף 2(ב) בחוק קובע חזקות חלוטות לכך שההסדר עלול לפגוע בתחרות, ובעניינינו סעיף 2(ב) קובע כי יראו כהסדר כובל, הסדר"⁵

¹ אריאל אזרחי, דיני התחרות האירופאים בראי דיני ההגבלים העסקיים הישראליים" (2019) 27-28
² חוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1988 פורסם ס"ח תשמ"ח מס' 1258 מיום 26.7.1988 עמ' 128 (להלן: חוק

התחרות)

³ הצ"ח הממשלה 1221 עמ' 890 (30.4.2018)

⁴ אזרחי וגילה ה"ש 1 לעיל עמ' 73

⁵ ת"פ (מחוזי מרכז) 34706-06-18 מדינת ישראל נ' אברהם פור (נבו) (12.04.2021)

בעניין בורוביץ⁶ נקבע כי הגדרתו של הסדר היא "הגדרה רחבה ביותר" ורחבה יותר מן המונחים "חוזה" או "הסכם"⁷ מאחר וההגדרה "נועדה לכלול בחובה כל סוג של הסכמה וכל דרך של הגעה להסכמה בין הצדדים להסדר".

הקשי העיקרי מתעורר בשל לשונו הרחבה והעמומה של הסעיף ובהגדרה הרחבה הנ"ל. לצורך המחשה אביא כמה דוגמאות המעוררות שאלות:

האם העובדה כי תנובה מחייבת את בעלי המכולות לרכוש מוצרי חלב רק מתוצרתה, ומתרה בהם שאם ישווקו מוצרים של חברה מתחרה, תפסיק לספק להם סחורה, מהווה הסדר כובל? לכאורה בעלי המכולות חייבים לפעול על פי התכתיבים של תנובה, שאחרת קיים חשש שהם יצטרכו לסגור את חנות המכולת, וניתן לאמר כי הם אולצו לפעול על פי תכתיבים אלה. מנגד, "ההסכמה בשתיקה" של בעלי המכולת לתכתיבי תנובה, היא בבחינת "הסדר" בינם לבין תנובה. שאלה אחרת היא, איזה נזק ומי הוא "הקורבן" של הסדר כזה.

דוגמא אחרת היא מקרה בו חברות הביטוח מחליטות כי כולן תעלנה את מחירי ביטוח הדירה (הדוגמא ניתנת בהנחה שאין בעניין זה התערבות של המפקח על הביטוח ועל שוק ההון). האם מדובר בהסדר כובל? לכאורה ניתן להסתמך על כוחות השוק, ובאם יעלו מחירי הביטוח פחות צרכנים יצרכו שירות זה, והשוק יאלץ את חברות הביטוח להוריד את המחיר.

דוגמא נוספת היא מקרה בו איגוד מקצועי מחליט שחבריו לא יגישו הצעות למכרז של רשות, האם מדובר בהסדר כובל?

העבודה תנסה לעמוד על בעיות אלה ואחרות המתעוררות מלשונו הרחבה של סעי' 2 לחוק התחרות.

העבודה תפתח בדיון ביחס לחשיבותה של התחרות הכלכלית.

החלק השני של העבודה יעסוק בהבדלים בין חוזה אופקי לבין חוזה אנכי.

החלק השלישי של העבודה ידון בסעי' 2(א) לחוק התחרות

החלק הרביעי של העבודה ידון בסעי' 2(ב) לתחרות

חלק ראשון: חשיבותה של התחרות הכלכלית

ערך התחרות החופשת הוא ערך מרכזי בשיטה הכלכלית החברתית והמשפטית בישראל. ביהמ"ש העליון עמד על כך בעניין אריאל הנדסת חשמל כאשר קבע כי תחרות חופשית חיונית הן להגברת היעילות במשק, הן לפיתוחו של המשק ולצמיחתו, ומהווה ערובה אופטימלית להשגת המוצר והשירות הטובים ביותר בתנאים הטובים ביותר. התחרות מעודדת יוזמות חדשות, וגורמת להחלפתם של גורמי ייצור ישנים בגורמי ייצור יעילים וטובים יותר, ולניוד משאבים לאפיקי פעילות מועילים יותר.⁸

לתחרות חשיבות נוספת מלבד החשיבות בפן הכלכלי. לתחרות חשיבות גם מהפן הדמוקרטי. "התחרות החופשית נותנת כוח בידי הצרכן היחיד להשפיע על עשיית הכלכלה בחברה. התחרות החופשית היא סממן

⁶ ע"פ 4855/02 בורוביץ נ' מדינת ישראל פ"ד נט(6) 776 (2005) (להלן: פרשת בורוביץ)

⁷ שם פ"ס' 79 לפסה"ד

⁸ דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, נו(1) 56 פ"ס' 20 לפסה"ד (2001)