

תוכן עניינים

מבוא	3
הסדר כובל מהו	3
החלפת מידע בין מתחרים כהסדר כובל	5
משפט משווה	9
האם יש להסדיר את הנושא בחקיקה ספציפית	10
סיכום	13
רשימה ביבליוגרפית	14

מבוא

בעבודה אבחן האם הסדרים בין מתחרים שעניינם הוא החלפת מידע ושיתוף פעולה בין מתחרים נחשבים להסדרים כובלים האסורים לפי דיני התחרות. אציג את היחס המורכב, בישראל ובעולם, להסדרים כאלה, ואת הגישה לפיה יש לבחון כל הסדר שכזה לגופו בהתאם לתועלת שהוא עשוי להצמיח לצדדים ולשוק ובהתאם למידת הפגיעה שהוא עלול לגרום לתחרות החופשית. המבחן המקובל לעניין זה הוא מבחן "מקבילית הכוחות", שבו מאזנים את התועלת הצומחת מההסדר אל מול הפגיעה שהוא עלול לגרום לתחרות - ככל שהתועלת עולה על הפגיעה הוא לא ייחשב להסדר כובל, וככל שהפגיעה עולה על התועלת הוא ייחשב להסדר כובל. מבחנים אלו לא נקבעו במפורש בחקיקה בישראל, בניגוד לאירופה למשל שם הנושא מוסדר בהנחיות ספציפיות של האיחוד האירופי, והגישה בישראל היא כי יש לבחון הסדרים אלה על פי הכללים הרגילים לעניין בחינת הסדרים כובלים. בעבודה אטען כי גישה זו היא בעייתית, משום שהסדר כובל מהווה עבירה פלילית, ויש קושי להרשיע בעבירה פלילית בגין הסדרים שדורשים שיקול דעת מורכב ואיזון בין התועלת שבהם לבין הפגיעה שבהם, משום שיכולים להיות דעות שונות לגבי האיזון הראוי במקרה הספציפי, ובכל מקרה קשה להרשיע בעבירה פלילית אדם שלא ביצע את האיזון הראוי לדעתו של בית המשפט, ובפרט כאשר הבחינה של בית המשפט נעשית כ"חוכמה שבדיעבד", לאחר שההסדר כבר יושם תקופה מסוימת ויש נתונים ברורים יותר לגבי מידת התועלת שלו ומידת הפגיעה שלו מכפי שהיו בפני הצדדים שחתמו על ההסדר מלכתחילה. על כן אטען כי לדעתי יש להסדיר את הנושא של הסדרים להחלפת מידע בחקיקה ספציפית, שבה ייקבעו כללים ברורים ומפורטים לעניינם סוגי ההסדרים להחלפת מידע שאסורים לפי דיני התחרות, וסוגי הסדרים להחלפת מידע שיהיו מותרים. לדעתי קביעת כללים ברורים שכאלה בחקיקה היא חיונית לצורך הרשעה על פי הדין הפלילי, ולאור עיקרון החוקיות המחייב כי ההתנהגות האסורה על פי הדין הפלילי תהיה מוגדרת ומפורטת ככל האפשר.

בפרק הראשון של העבודה אציג את ההגדרות הכלליות להסדר כובל. בפרק השני אדון בשאלה האם הסדרים שעניינם הוא החלפת מידע נחשבים להסדרים כובלים, ואראה כי הגישה המקובלת היא כי יש לבחון כל הסדר שכזה לגופו, בהתאם לאיזון בין התועלת שהוא עשוי להצמיח לבין הפגיעה שהוא עשוי לגרום לתחרות. בפרק השלישי אערוך משפט משווה קצר, ואראה כי היחס המורכב, והאיזון בין התועלת לבין הפגיעה, קיימים גם במשפט המשווה. בפרק הרביעי אציג את עמדתי האישית, לפיה לאור המורכבות של סיווג ההסדר כהסדר כובל מן הראוי כי ייקבעו כללים ברורים בחקיקה לעניין הסדרים שכאלה, משום שבהיעדר כללים ברורים שכאלה יש קושי להרשיע אדם בעבירה פלילית בגין הסדר להחלפת מידע.

הסדר כובל מהו

חוק התחרות הכלכלית¹ אוסר על התקשרות בהסדר כובל. תכליתו של האיסור על הסדר כובל היא השמירה על התחרות החופשית בשוק, שיש לה חשיבות לקידום המשק והכלכלה. התחרות החופשית מקדמת את האינטרסים הציבוריים במתן שירותים איכותיים יותר לציבור ובמחירים נמוכים יותר, היא תורמת להתייעלות ולחדשנות מצד החברות, והיא מעניקה הזדמנות שווה להתחרות בשוק באופן ההולם את עיקרון חופש העיסוק².

¹ חוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1988. (להלן: "החוק").
² ע"פ 2560/08 מדינת ישראל – רשות ההגבלים העסקיים נ' ירון וול, (פורסם בנבו, 06.07.09), בפסקאות פ-פא לפסק דינו של השופט רובינשטיין; מיכל (שיצר) גל, אמיר ישראלי, מנחם פרלמן, "הסדרים כובלים – יסודות האיסור", **ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים** (תשס"ח). 193. 196-200.

לפי סעיף 4 לחוק התחרות הכלכלית, לא יהיה אדם צד להסדר כובל, גם לא לגבי חלק מההסדר, אלא אם הדבר אושר על פי אחד מהמנגנונים בחוק. ישנם שני מסלולים עיקריים לאישור הסדר כובל: א. אישור להסדר כובל שניתן על ידי בית הדין לתחרות. סעיף 9 לחוק הקובע כי בית הדין לתחרות רשאי לאשר הסדר כובל אם הוא סבור כי הדבר הוא לטובת הציבור, וסעיף 13 לחוק קובע כי אם הוגשה לבית הדין בקשה לאישור הסדר כובל רשאי אב בית הדין לתת היתר זמני לתקופה קצובה לנהוג על פי ההיתר, אם הוא סבור שהדבר הוא לטובת הציבור. ב. אישור להסדר כובל שניתן על ידי הממונה על התחרות. סעיף 14 לחוק קובע כי הממונה רשאי לפטור צדדים להסדר כובל מהצורך לקבל את אישור בית הדין להסדר, אם שוכנע כי הכבילות שבהסדר הכובל לא מגבילות את התחרות בחלק ניכר של השוק המושפע מן ההסדר, או שאין בהן כדי לפגוע פגיעה של ממש בשוק זה, וכן שעיקרו של ההסדר איננו בהפחתת התחרות או במניעתה ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש תכליתו.

סעיף 2(א) לחוק התחרות הכלכלית מגדיר מהו הסדר כובל:

"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".

על פי פסיקתו של בית המשפט העליון, הגדרה זו כוללת בתוכה ארבעה מרכיבים אשר צריכים להתקיים באופן מצטבר³: 1. הסדר. 2. שנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים. 3. יש בו הגבלה של אחד מהצדדים לפחות. 4. ההגבלה עלולה להפחית את התחרות החופשית, מבחן המכונה בפסיקה גם "מבחן העלילות".

לגבי התנאי הראשון – ההסדר – נקבע בסעיף 1 לחוק כי ההסדר יכול להיות "בין במפורש ובין מכללה, בין בכתב ובין בעל פה או בהתנהגות, בין אם הוא מחייב על פי דין ובין אם לאו". זוהי הגדרה מרחיבה, ובהתאם לכך נקבע בפסיקה כי יש לבחון את קיומו של ההסדר בצורה מרחיבה, והמבחנים לקיומו של ההסדר אינם מוגבלים למבחנים הטכניים של דיני החוזים⁴. נקבע כי מימוש ההסדר והתנהגות על פיו משמשים כראיה לקיומו של ההסדר, אולם אינם תנאי הכרחי לכך, וקיומו של ההסדר איננו מותנה בהתנהגות על פיו⁵. לגבי התנאי השני – ההגבלה – בפסיקה נאמר כי אין הגדרה ברורה לעניין תנאי זה, ולעניין ההסדרים הנופלים בגדרו של תנאי זה, אולם הודגש כי תנאי זה לא נועד לצמצם את תחולתו של סעיף 2(א), ונראה כי הפסיקה מזהה מבחן זה עם מבחן העלילות שהוא המבחן האחרון⁶. לגבי התנאי האחרון – מבחן העלילות – נקבע בפסיקה כי הוא ליבו של סעיף 2(א) לחוק. על פי הפסיקה תנאי זה מתקיים לא רק כאשר הייתה פגיעה בפועל בתחרות החופשית, ודי בכך שישנו פוטנציאל לפגיעה בתחרות, ופוטנציאל שכזה יכול להתקיים למרות שמבחנה עובדתית התוצאה הייתה דווקא ירידת מחירים או שיפור השירות.

בהמשך להגדרה הבסיסית שבסעיף 2(א), קובע סעיף 2(ב) מספר חזקות חלוטות לגבי הסדרים מסוימים שיש לראות בהם כהסדרים כובלים גם אם אינם מקיימים את כל המרכיבים שבהגדרה הבסיסית שבסעיף 2(א). על פי סעיף 2(ב):

³ ע"פ 1408/18 מדינת ישראל נ' אברהם (ויקטור) בן דרור, (פורסם בנבו, 21.08.18), בפסקה 22 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

⁴ שם, בפסקה 23 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

⁵ שם. וראה גם: ע"פ 2929/02 מדינת ישראל נ' אהוד סבירסקי, (פורסם בנבו, 02.04.03), 135. 141.

⁶ פרשת בן דרור, לעיל ה"ש 3, בפסקה 24 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.