

לקחו של יוסטיניאנוס : רפורמות נדרשות בחוק ההגבלים העסקיים מיכל (שיצר) גל*

- א. הקדמה
- ב. שינויים נדרשים במערך ההסדרה של הסדרים כובלים
 - 1. כללי
 - 2. תיקון לשונו של סעיף 2 לחוק
 - 3. תיקון המודל הרגולטורי
 - 4. הפטורים הסטטוטוריים
 - 5. אכיפה
- ג. שינויים נדרשים בדיני המיזוגים
 - 1. כללי
 - 2. הגדרת מיזוג
 - 3. המבחן המהותי לבחינת אישור המיזוג
 - 4. ביטול חלקים מהמבחן הקובע את חוקיות המיזוג
- ד. שינויים נדרשים בדיני המונופולין
 - 1. כללי
 - 2. תוקפן של החזקות החלוטות
 - 3. מנגנון ההסדרה של קבוצת ריכוז
 - 4. מנגנון ההכרזה על בעל מונופולין
- ה. הרחבת מערך הסנקציות על הפרת האיסורים בחוק ההגבלים
- ו. סיכום

* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה; Visiting Global Hauser Professor, NYU School of Law 2006, 2007; Academic Fellow, NYU Center for Law and Business
המחברת מבקשת להודות לאבישלומו תור, לעדי אייל, לניב זקלר ולאמיר ישראלי על הערות מאירות עיניים על המאמר כולו או חלקו. האחריות למאמר היא, כמובן, של המחברת בלבד.

א. הקדמה

חוק ההגבלים העסקיים¹ מהווה חלק אינטגרלי וחשוב ממארג החוקים הכלכליים החלים בישראל. בלשונו של נשיא בית המשפט העליון (כתוארו אז), השופט אהרן ברק, חוק ההגבלים הנו "המגנה קרטה של זכויות הצרכן והתחרות החופשית"². החוק קובע את כללי המשחק שעל פיהם על גופים מסחריים לפעול בשוק, על מנת להגן על התחרות בשווקים, לקדם ולעודד אותה.

התחרות, חשוב להדגיש, אינה מטרה בפני עצמה. היא אמצעי להשגת מטרות כלכליות-חברתיות. תחרות חופשית עשויה להביא להגדלת הרווחה הכלכלית בכמה דרכים: הורדת מחירים והגדלת הכמויות הנמכרות בשוק; ניצול יעיל של המשאבים הטבעיים; ויצירת תמריצים להתייעלות ולחדשנות. ערכה של התחרות טמון לא רק בסיבות כלכליות גרידא. כך, למשל, התחרות מעניקה אפשרות שווה לכל אזרח להתחרות בשוק, יש בה לקדם את חופש העיסוק, והיא מחזקת את הדמוקרטיה. התחרות עשויה למנוע את ריכוז השליטה על אמצעי התקשורת בידי גורם אחד, על מנת לאפשר חופש ביטוי, שהנו אחד מהתנאים הבסיסיים לקיומה של חברה דמוקרטית. הגשמת התחרות החופשית עשויה גם להביא לביזור מוקדי ההכרעה החברתיים ולמניעת ריכוז-יתר של כוח כלכלי בידי השלטון או בידי גופים מונופוליסטיים פרטיים. מקום שבו תחרות בתוך השוק איננה אפשרית, מוורא החוק שיתקיימו תנאים לתחרות "על" השוק, על מנת להבטיח כי התחרות הפוטנציאלית על האפשרות לפעול בשוק תביא להקטנת כוחו של מי שניצח בתחרות זו.

כדי להשיג מטרות אלו, דיני ההגבלים העסקיים מונעים מהגופים העסקיים הפועלים בשוק ליצור מכשלות מלאכותיות לתחרות. הוראות החוק המסדירות התנהגות עסקית מחולקות לשלושה חלקים עיקריים. החלק הראשון, עיקרו מניעת הסדרים המגבילים את התנהגות העסקית של לפחות אחד מהצדדים להסדר, אשר פוגעים בתחרות ללא יתרונות מאזנים. למשל, החוק אוסר עריכת קרטל בין מתחרים שעיקרו תיאום המחיר שייגבה על ידם. החלק השני, עניינו מניעת ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. למשל, החוק אוסר על חברה מונופוליסטית לקשור את מכירתו של מוצר או שירות שבמונופולין עם מוצר או שירות נוסף, במקרים

1 חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים" או "החוק"). חלקים מההקדמה מבוססים על מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן "מבוא" ניתוח כלכלי ומשפטי של דיני ההגבלים העסקיים (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, צפוי להתפרסם בנבו, 2008).

2 ע"א 2247/95 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ, פ"ד נב(5) 213, פס' 17 (1998). משפט זה מתבסס על פסק דין אמריקני U.S. 596 (1972) *Topco Associates Inc. v. v.* מעניין לציין, כי אמנם המקור קובע שדיני ההגבלים העסקיים הם המגנא קרטה של היזמה החופשית ("free enterprise"), אולם השופט ברק משנה זאת ל"זכויות הצרכן והתחרות החופשית".

שבהם הקשירה איננה מתחייבת מטבעו של המוצר או אינה נעשית בהתאם לתנאים המקובלים בשוק. מטרתו של איסור זה היא למנוע מהמונופולין לנצל את כוחו בשוק שבמונופולין כדי לקבל יתרון בלתי הוגן על מתחריו בשוק אחר. החלק השלישי קובע הוראות למניעת מיזוגים אשר יפגעו בתחרות בלא יתרונות כלכליים או חברתיים מאזנים.

לשם קידום מטרות החוק, על המחוקק לאסור אותן פעולות הפוגעות בתחרות ללא הצדקה. ברוזמנית, ולא פחות חשוב, עליו לוודא כי אין בהסדרים שאומצו על ידו כדי להטיל מגבלות מיותרות על פעילות עסקית תקינה המקדמת את רווחת הציבור. כפי שכבר נטען לא פעם, חוק ההגבלים העסקיים, בנוסחו הנוכחי, אינו משיג מטרות אלה.³ הוא לוקה במה שמכונה בכלכלה "טעויות מסוג ראשון ושני".⁴ טעות מסוג ראשון היא התרת התנהגות הפוגעת בערכים המוגנים. מדובר בהתנהגות הפוגעת בתחרות ללא הצדקה, דוגמת אי-מניעת ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי על ידי בעל מונופולין, הגורם לפגיעה בתחרות ללא יתרונות מאזנים לטובת הציבור. טעות מסוג שני היא איסור התנהגות תקינה שאינה פוגעת בערך המוגן, דוגמת איסור הסדר כובל שאינו פוגע בתחרות, אך שיש בו לאפשר התייעלות והורדת מחירים. כפי שאראה בהמשך, חוק ההגבלים בנוסחו הנוכחי לוקה בעיקר בטעויות מהסוג השני. עם זאת, טעויות מהסוג הראשון מאפיינות אף הן חלק מהוראותיו, ובעיקר את מערך האכיפה הנלווה לו.

אכן, רבות מהוראות החוק מנוסחות בלשון רחבה אשר אינה מתיישבת, לעתים, עם תכליתו או המקשה על הגשמתה. היטיב לבטא זאת השופט חשין בלשונו הצירורית בדיון נוסף טבעול, בדונו באיסור בדבר עריכת הסדר כובל:

"תחום פרישתם של איסורי החוק — תחום פרישה רחב הוא ביותר, ויש ממש בביקורת המוטחת בחוק — שמא נאמר בביקורת המוטחת במבנה

3 ראו, למשל, מאמרים ופסיקה מהעת האחרונה: מיכל (שיצר) גל "לבור את המון מהתבן — היקף תחולתו של האיסור לערוך הסדר כובל בהתאם לפסיקה האחרונה" דין ודברים א' 533 (2004); דיוד גילה "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוק? הגיעה השעה לחצוץ בין הסדרים אופקיים לאנכיים" עיוני משפט כז' 751 (2004); דיוד גילה "כבילה הפוגעת בתחרות בין הצד הנהנה ממנה למתחריו" עיוני משפט כח' 517 (2004); אמיר ליבנה "חוק ההגבלים העסקיים: בעיות מבניות וחוקתיות בתחום ההסדרים הכובלים" משפט וממשל ח' 257 (2005); אמיר ישראלי "תחרות בלי ערכים או תחרות בין ערכים — טענות של הסדר כובל המועלות בידי צד לחוזה" דין ודברים ב' 297 (2006); דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ ג' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד (נור) 56 (2001) (להלן: עניין טבעול); ע"א 3700/98 א.מ. חניות (ירושלים) 1993 בע"מ ג' עיריית ירושלים, פ"ד (נז) 590 (2003) (להלן: עניין א.מ. חניות); רע"א 6233/02 אקסטל בע"מ ג' קאלמא וי תעשיה בע"מ, פ"ד (נח) 634 (2004).

4 ניתוח מסוג זה הוחל לראשונה בתחום ההגבלים העסקיים במאמר הבא: Ian A. Fisher & Robert H. Lande, *Efficiency Considerations in Merger Enforcement*, 71 CAL. L. REV. 1580 (1983).

החוק — ולפיה נלכדים במצודה מערכים שלא היה ראוי להם כי יילכדו בה"5.

בעקבות זאת הסדרים משפטיים רצויים שהם חלק מחיי המסחר והכלכלה, המתקיימים כדבר שבשגרה, עלולים להיחשב כפסולים וכאסורים. מצב זה בעייתי, כדברי השופט אור בעניין חניות:

"אין טעם להחיל את דיני ההגבלים העסקיים על פעילות עסקית שאינה גורמת פגיעה ממשית כלשהי לתחרות בענף או במשק. התערבות בפעילות כזו פוגעת שלא לצורך בחופש ההתקשרות של צדדים ואין בצידה כל תועלת לציבור"6.

אכן, התערבות השלטון בפעילות השווקים צריכה להתרחש כנגד פגיעה משמעותית בתחרות שאין בצדה יתרונות מאזנים לטובת הציבור. התערבות בפעילות עסקית שאינה גורמת פגיעה משמעותית בתחרות, לא רק שאין בצדה תועלת לציבור, אלא שהיא מזיקה לציבור, ועלולה לפגוע ביעילותם הכלכלית של השווקים, ברווחת הצרכנים ובצמיחת המשק. יתרה מזו, התערבות שכזו באה על חשבון אכיפה אפקטיבית הנחוצה נגד פגיעות ממשיות ומשמעותיות בתחרות.

ביקורת זו מקבלת משנה תוקף נוכח מגמת העלייה בחשיבותם ובהשפעתם של דיני ההגבלים העסקיים על הפעילות העסקית במשק. מאז תחילת שנות התשעים, יש לחוק ההגבלים העסקיים השפעה רבה על פעולותיהם של גופים עסקיים הפועלים בשוק הישראלי7. רמת האכיפה — הן הציבורית והן הפרטית — עלתה משמעותית. כך גם רמת המודעות לחוק, בין של גופים עסקיים הפועלים בשוק ובין של צרכנים, הבוחנים התנהגויות עסקיות רבות דרך משקפי ההגבלים העסקיים. תרמו לכך, בין היתר, פעולותיה של הרשות להגבלים עסקיים להגברת המודעות לחשיבותו של החוק, כמו גם פסקי דין של בתי המשפט ברמותיהם השונות אשר פירשו והחילו את הוראות החוק. תרמה לכך גם העלייה ברמת העונשים המוטלים על העוברים על חוקי ההגבלים, הן בחקיקה והן בפסיקה. כיום ההלכה המחייבת קובעת כי העונש הראוי לעברת הסדר כובל הנו עונש של מאסר בפועל8. זוהי עליית מדרגה משמעותית בענישה, אשר מתבססת, בין היתר, על ההכרה בחשיבות שיש לאיסורים שבחוק ההגבלים העסקיים לפעילותה התקינה של הכלכלה הישראלית.

5 עניין טבעול, לעיל ה"ש 3, בעמ' 90.

6 עניין א.מ. חניות, לעיל ה"ש 3, בעמ' 601.

7 להרחבה בשאלת ההיסטוריה של החוק, לרבות הסיבות לרמת האכיפה הנמוכה של הוראותיו עד לשנות התשעים המוקדמות, ראו מיכל (שיצר) גל "50 גוונים לפורמאיקה: חוק ההגבלים העסקיים כראי להשקפות האידיאולוגיות במדינת ישראל" מחקרי משפט 23 (3) 709 (2007).

8 דברי השופט מרים נאור בע"פ 1042/03 מצרפס שותפות מוגבלת בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 721, פס' 26 (2003).

אולם על מנת להשיג את מטרותיו, על הוראות חוק ההגבלים העסקיים ומנגנוני אכיפתו להיות מותאמים לכך. כמפורט במאמר זה, אין זה המצב כיום.

בהמשך לביקורת הנמתחת על חוק ההגבלים העסקיים, מטרת ברשימה זה היא לדון, בקצרה, בתיקונים העיקריים הדרושים בו. רבות הן הסוגיות הנדרשות לטיפולן של המחוקק, וטוב יעשה אם יקדם במהרה את הרפורמות שכבר עומדות לפתחו ויקדם שינויים נוספים הנדרשים בחוק. במרץ 2005 הוקמה ועדה לבחינה מחודשת של חוק ההגבלים העסקיים במטרה לשנות את הוראות החוק. המלצתה הראשונה של הוועדה הייתה לשנות את הוראות סעיף 2 לחוק, ולכלול בו הגדרה מצמצמת בעיקרה למונח "הסדר כובל"⁹. אולם גם המלצה זו טרם אושרה, וישנם שינויים רבים נוספים, חשובים לא פחות, שיש לקדם בהקדם. בדומה לקיסר הרומי יוסיטיאנוס, אשר למד כי גם חוק שנכתב בידי טובי המומחים דורש תיקון ועדכון עם השתנות העתים ועם גיליון של פרצות בחוק, כך גם חוק ההגבלים העסקיים נדרש למקצה שיפורים תחיקתי. היות שהיריעה במאמר זה אינה רחבה דיה על מנת להציג את כל התיקונים הדרושים בחוק, אתמקד בקשיים העיקריים שהחוק מעורר ובשינויים הנדרשים על מנת להתמודד עמם.

לא למותר לציין כי סוגיית עיצוב הוראות חוק ההגבלים אינה סוגיה פשוטה כלל ועיקר. אין מודל אחד, אופטימלי, אשר פותר את הבעיות כולן. גם אם נניח כי מטרת שינוי החוק היא הגברת היעילות בהשגת מטרותיו, עדיין לא תמצא "נוסחת קסם" להסדרה כאמור. ישנם כמה כוחות מתנגשים שעל המחוקק לאזן ביניהם. כך, למשל, מחד גיסא, על החוק ליצור כללים ברורים וחד-משמעיים אשר יתוו קווים אדומים לפועלים בשוק. מאידך גיסא, מחיר הבהירות הנה, לעתים, הכללת יתר או חסר. דילמה מעין זו קיימת בכל מקום שבו מוחלות חזקות חלוטות. דוגמה נוספת לקושי שמעורר ניסוחו של החוק: מחד גיסא, המחוקק מבקש לוודא כי לרשות האוכפת יגיע מידע מלא על פעולות בעלות פוטנציאל אנטי-תחרותי. לשם כך, על המחוקק לאמץ מנגנונים היוצרים תמריצים שליליים לצדדים להתמזג או ליצור הסדר כובל בלא "קבלת רשות" מהרשות האוכפת. מאידך גיסא, מנגנונים אלו מטילים עלויות כבדות על הצדדים להם, גם במקרים שפעולותיהם העסקיות אינן פוגעות בטובת הציבור. האתגר הוא אפוא למצוא, כלשונו של נשיא בית המשפט העליון (לשעבר) ברק, את נקודת שיווי המשקל הארכימדית המאזנת נכונה בין השיקולים השונים. המאמר מבקש להתמודד עם חלק מקשיים אלו ומציע כמה רפורמות נדרשות על מנת להחזיר את האיזון הנדרש על כנו.

9 תזכיר חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 9), התשס"ה-2005. <http://www.antitrust.gov.il/NR/rdonlyres/3FA0A882-744E-4F30-B9E4-BE8BD6F8A11D/255/Tazkirlaw.DOC>

ב. שינויים נדרשים במערך ההסדרה של הסדרים כובלים¹⁰

1. כללי

הסדרים כובלים "עירומים" (דהיינו, הסדרים ללא יתרונות מאזנים לרווחת הציבור, הקרויים גם "קרטלים") היוו מאז ומעולם רעה חולה במשק הישראלי. זאת, בין היתר, בשל ריכוזיותם הגבוהה של שווקים רבים וגובהם של חסמי הכניסה אליהם, המגבירים את יכולתם של גופים עסקיים לתאם את התנהגותם לשם פגיעה בתחרות¹¹. תיאום כאמור פוגע באופן מובהק באושיות היסוד של המשק הקפיטליסטי ובדינמיקה התחרותית המניעה את גלגליו. בהתאם לרעיון שעליו מבוססת כלכלת השוק, גופים כלכליים מתחרים עם גופים אחרים על לכו ועל כיסו של הצרכן. תחרות זו היא הגורמת לירידת המחיר, לעליית הכמות והאיכות ולהגדלת הרווחה המצרפית. תיאום "עירום" בין מתחרים הפועלים בשוק פועל הפוך, בהגבילו בהסכמה את התחרות ביניהם, לשם הגדלת רווחיהם על חשבון הרווחה המצרפית. מחקרים שנערכו על קרטלים שנחשפו מעידים על כך שהם יכולים להעלות מחירים משמעותית, ולשמור על רמה גבוהה זו לאורך שנים¹². כפי שקבע בית המשפט העליון של ארצות-הברית, קרטלים הם הרעה האולטימטיבית של דיני ההגבלים העסקיים¹³. אכן, גם במשק הישראלי התגלו קרטלים רבים אשר פגיעתם במשק הייתה רבה¹⁴. על כן משימתם החשובה ביותר של דיני ההגבלים העסקיים היא למנוע הסדרים מסוג זה.

בה בעת, לא כל הסדר כובל פוגע בתחרות. לעתים קיימת בשוק תחרות עזה בין גורמים עסקיים אשר להסדר בין חלק קטן מהם לא תהיה השפעה משמעותית עליה. חשוב מכך, הסדרים בין גופים כלכליים – בין מתחרים ובין אחרים – יכולים להועיל לרווחה החברתית במגוון דרכים: למשל, הסדר בין כמה מתחרים קטנים או בינוניים המאפשר להם ליהנות מיתרונות הגודל עשוי להגביר את התחרות בין הצדדים להסדר לבין צדדים שלישיים. בדומה, מיזם משותף בין כמה גופים בעלי טכנולוגיות או אמצעי ייצור משלימים יכול להגדיל את היעילות בייצור

10 חלקים מפרק זה מבוססים על מיכל (שיצר) גל, אמיר ישראלי ומנחם פרלמן "הסדרים כובלים – יסודות האיסור" ניתוח כלכלי ומשפטי של דיני ההגבלים העסקיים 193 (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008).

11 ראו: MICHAL S. GAL, COMPETITION POLICY FOR SMALL MARKET ECONOMIES, chapter 1 (2003).

12 ראו, למשל, OECD, Organisation for Economic Co-Operation and Development, *Recommendation Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*, COMPETITION LAW AND POLICY C(98)35/FINAL (Mar. 25, 1998), available at:

[http://webdomino1.oecd.org/horizontal/oecdacts.nsf/linkto/C\(98\)35](http://webdomino1.oecd.org/horizontal/oecdacts.nsf/linkto/C(98)35)

13 Verizon Communications Inc. v. Law offices of Curtis V. Trinko, 540 U.S. 398 124 S. Ct. 872 (2004) ("Negotiation between competitors may facilitate the supreme evil of antitrust: collusion").

14 לדוגמה, קרטל המרצפות, קרטל חברות הביטוח וקרטל צנרת החשמל.

ואף להביא לייעילות דינמית בדרך של יצירת מוצרים חדשים וטובים יותר¹⁵. גם חוק ההגבלים העסקיים מכיר בתועלות לציבור הטמונות במיזמים משותפים. על כן הוראותיו פותחות פתח להוצאת הסדרים מסוג זה מגדר האיסור החל על עריכת הסדרים כובלים¹⁶. בהתאם לכך, המטרה העיקרית של דיני התחרות היא למנוע הסדרים כובלים כשפגיעתם בתחרות עולה על יתרונותיהם לטובת הציבור. אולם דיני ההגבלים העסקיים, בנוסחם כיום, מקשים ביותר על הגשמת מטרות אלו.

רבות מהוראות הפרק העוסק בהסדרים כובלים מבוססות, עדיין, על המודל אשר אימץ המחוקק הישראלי עוד בשנת 1959¹⁷. כפי שפירטתי במקום אחר, מודל זה יוצר בעייתיות רבה בשל שילוב חמישה ממאפייניו¹⁸. ראשית, הגדרתו של ההסדר הכובל רחבה עד מאוד. היא כוללת הוראת סל רחבה ובצדה רשימה ארוכה של הסדרים אשר מקימים חזקות חלוטות לעניין פגיעתם בתחרות¹⁹. שנית, האיסור לערוך הסדר כובל שלא קיבל פטור מהממונה או אישור מבית הדין הוא איסור מוחלט. הנפקות המעשית של כלל זה היא שלשום בית משפט אחר הדין בסוגיה מתחום ההגבלים העסקיים — בין במסגרת תביעה פלילית ובין במסגרת תביעה אזרחית — אין אפשרות להכשיר בדיעבד הסדר הנופל בגדר ההגדרה הרחבה של הסדר כובל. זאת, גם אם ההסדר הכובל אינו פוגע בתחרות והיה מוכשר לו אישורו נתבקש מלכתחילה. כמו כן, אין לבית המשפט אפשרות לאזן את הפגיעה בתחרות עם כל שיקול אחר. שלישית, החוק מחיל מודל של רישוי, הדורש רישוי מראש לקשת רחבה מאוד של התנהגויות אשר חלקן יקבלו פטור או אישור. אולם מנגנון הרישוי הנו ממושך ויקר, ועל כן רבים מהגורמים בשוק בוחרים להתעלם מהוראותיו. רביעית, העונש על הפרת האיסור הנו חמור. חמישית, תובעים פרטיים יכולים להשתמש בטענות מתחום ההגבלים העסקיים כמגן או כחרב, בהתאם לאינטרס הפרטי שלהם, גם אם אינטרס זה לא משרת את אינטרס הציבור.

שילובם של גורמים אלו גרם לחוסר איוון בין הערך של שמירה על התחרות לבין ערכים אחרים. בעקבות זאת עמדו בתי המשפט בפני דילמה קשה. מחד גיסא, הוראות החוק אסרו את ההסדר וחייבו החלת תוצאות קשות על הצדדים להסדר. מאידך גיסא, הטלת האיסור לא הייתה מוצדקת כרבים מהמקרים לשם שמירה על התחרות. דילמה זו באה לידי ביטוי קיצוני במקרים שבהם צדדים לחוזה השתמשו בטענות הלקוחות מדיני ההגבלים על מנת להשתחרר מחיוביהם החוזיים, במקרים שבהם החוזה לא פגע משמעותית בתחרות, תוך פגיעה חמורה באינטרס תום הלב

15 ראו, למשל, מיכל (שיצר) גל "מונופולים בתחרות: האיזון שבין עידוד חדשנות ויצירתיות לבין הפגיעה בתחרות בדיני ההגבלים העסקיים" דין ודברים ב' 425, פרק ג' (2006).

16 ס' 9 ו-10 לחוק ההגבלים העסקיים. ראו גם דברי השופט לזין בבג"ץ 588/84 ק.ש.ר סחר אסבסט בע"מ נ' י"ר המועצה לפיקוח, פ"ד מ(1) 29, 38–39 (1986).

17 חוק ההגבלים העסקיים, התשי"ח-1959. לדיון בהיסטוריה של חוק ההגבלים העסקיים ראו גל, לעיל ה"ש 7.

18 גל, לעיל ה"ש 3.

19 מוחלטותה של החזקה נקבעה, בין היתר בעניין טבעול, לעיל ה"ש 3.

בקיום חוזה²⁰. כדי לפתור דילמה זו השתמשו בתי המשפט בפתרונות יצירתיים מגוונים: מקביעה שלפיה הסדר אנכי אינו נכנס לגדר החוק²¹, דרך קביעה שהסדר המבוסס על זכות קניינית איננו הסדר כובל²² ועד להרחבה משמעותית של כלל זוטי הדברים כך שיחול גם במסגרת החזקות החלוטות²³. כפי שפירטתי במקום אחר²⁴, חלק מפתרונות אלו הביאו לתוצאה צודקת בפסק הדין שבהם הוחלו, אך פגעו באינטרס השמירה על התחרות במקום לקדמו. לפתרון בעיות אלו נדרש תיקון דחוף לחוק. לנוכח בעיות אלו, להלן אציע כמה שינויים נדרשים בחוק.

2. תיקון לשונו של סעיף 2 לחוק

סעיף 2 לחוק מורכב משני חלקים: הגדרת-סל להסדרים כובלים (סעיף 2(א)), שבמסגרתו יש להוכיח פגיעה בתחרות (כלל הסבירות), ורשימת כבילות אשר מקימות חזקות חלוטות לפגיעה בתחרות (סעיף 2(ב)). הגדרת-הסל להסדר כובל דורשת קיומם של ארבעה תנאים מצטברים על מנת שיתקיים הסדר כאמור: (1) הסדר; (2) בין בני אדם המנהלים עסקים; (3) הגבלה של אחד הצדדים לפחות; (4) באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים במישורים מסוימים המפורטים בחוק²⁵. שניים מתנאים אלו התבררו כמיותרים ואף כפוגעים בתחרות. יסוד הכבילה אינו מוסיף דבר להגדרה, כיוון שכל הסדר בין צדדים כולל מידה כלשהי של כבילה. כך, למשל, אם פלוני רוכש דירה מאלמוני, אלמוני מוגבל במכירת דירה זו לצד ג'. היסוד השני עוסק במישורי הפגיעה בתחרות. החוק, בנוסחו דהיום, דורש כי אחד הצדדים להסדר יגביל את עצמו באופן העלול "למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר"²⁶. ניסוח זה יצר בעיות רבות. הסעיף חל, לפי לשונו, על הסדרים שבהם הפגיעה בתחרות היא בין הצד המגביל את עצמו ובין מתחריו בשוק. הוא אינו חל, לפי לשונו, על הסדרים שבהם הפגיעה היא בתחרות שבין הצד הנהנה מהכבילה ובין מתחריו. פרשנות לשונית-דווקנית מוציאה אפוא מגדרו של החוק הסדרים כובלים אנכיים רבים, אשר פגיעתם בתחרות עשויה להיות משמעותית²⁷.

20 גל, לעיל ה"ש 3.

21 ע"א 10638/02 שטרן נ' יקבי רמת הגולן בע"מ, פדאור 2(03) 676 (2003). לניתוח ההחלטה ראו גל, שם.

22 דברי השופט ריבלין בעניין א.מ. חניות, לעיל ה"ש 4. לניתוח ההחלטה ראו גל, לעיל ה"ש 3.

23 ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, בפס' 76 (2005).

24 גל, לעיל ה"ש 3.

25 לחוק פלילי נדרשת גם הוכחתו של יסוד נפשי מסוג מודעות לקיום רכיבי העברה. לפירוש יסודות העברה ראו גל, ישראלי ופרלמן, לעיל ה"ש 12.

26 סיפת ס' 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים.

27 ראו גילה "כבילה הפוגעת בתחרות בין הצד הנהנה ממנה למתחריו", לעיל ה"ש 4, בעמ' 517-553; גל, לעיל ה"ש 4. הסדרים אנכיים הם הסדרים בין שני צדדים או יותר המצויים בחוליות שונות של שרשרת הייצור או השיווק של מוצר או שירות מסוים. הוא נבדל מהסדר אופקי, שהנו הסדר בין מתחרים.

ניקח לדוגמה הסדר בלעדיות בין יצרנית מזון גדולה ובין רשתות השיווק, שבו מתחייבות רשתות השיווק לבלעדיות כלפי יצרנית המזון. בהסדר שכזה, הפגיעה בתחרות איננה בין רשת השיווק המגבילה את עצמה ובין מתחרותיה, כי אם דווקא בין יצרנית המזון, הצד הנהנה מהכבילה, ובין מתחרותיה. פרשנות לשונית של הסעיף תוציא הסדר זה, והסדרים רבים כמותו, מגדרי החוק. פרשנות לשונית זו אומצה בבית המשפט העליון בעניין שטרן²⁸, אולם נראה שבתי המשפט סטו ממנה בהחלטות מאוחרות²⁹.

ההצעה לתיקון החוק פותרת קושי זה על ידי השמטת שני יסודות אלו מהגדרת "הסדר כובל". בהתאם להצעה החדשה יוגדר "הסדר כובל" באופן הבא³⁰:

"הסדר כובל הוא הסדר בין בני אדם המנהלים עסקים, העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים".

השינוי המוצע מהווה דין רצוי בהשמיטו מהנוסח הקיים את אותם מרכיבים אשר הכבידו על החלתו, בלא ששירתו את מטרת החוק.

ההצעה לתיקון החוק עורכת שינוי מבורך נוסף בבטלה את תחולת החזקות לפגיעה בתחרות, על הסדרים אנכיים³¹. אכן, הסדרים אנכיים, פגיעתם בתחרות אינה כה מסתברת כמו הסדרים אופקיים. על כן אין מקום להחיל עליהם חזקות חלוטות לפגיעה בתחרות, ויש לבחנם תחת כלל של סבירות³².

אולם בתיקון המוצע כהצעת החוק אין די. יש מקום לצמצום נוסף בתחולת החזקות החלוטות. כיום – וגם בהתאם לתיקון המוצע – החזקות חלות כמעט על כל הסדר עסקי, שהרי כמעט שאין הסדר שלא נוגע, במישרין או בעקיפין, במחיר, בכמות, באיכות, בסוג או בשוק שבו יימכר המוצר. רוחבן של חזקות אלו מונע מהן להגשים את מטרתן, כיוון שהן אינן מבחינות בין הסדרים אשר פגיעתם המסתברת בתחרות היא מובהקת לבין הסדרים שאין הדבר נכון לגביהם³³. אבהיר את טענתי.

28 עניין שטרן, לעיל ה"ש 21.

29 עניין אקסטל, לעיל ה"ש 3; עניין א.מ. חניות, לעיל ה"ש 3. לדיון מפורט באפשרות ובחוסר הרלוונטיות של השינויים הקלים בין ההחלטות השונות לצורך תחולת הפרשנות הלשונית זו ראו גל, לעיל ה"ש 3. לסטייה מפורשת של בית המשפט המחוזי ראו בש"א (מחוזי-ים) 250/06 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' חברת קניון הראל בע"מ, תק"מ 2006 (1) 8868, פס' 21 (2006).

30 תזכיר ההצעה לתיקון החוק לעיל ה"ש 9, סעיף א.

31 שם, סעיף ב.

32 להרחבה בעניין זה ראו דיויד גילה "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אדרהוק?" עיוני משפט כז 751 (2003). לטענה כי הצעת החוק אינה משנה את הדין הקיים ראו דיויד גילה "חשיבותה של ההצעה לתיקון מס' 9 לחוק ההגבלים העסקיים, ההצהרותיות שלה, והצעה להסרת נטל הניתוח הכלכלי מכתפיהם של בתי המשפט האזוריים" עיוני משפט כט 641 (2006).

33 להרחבה ראו גל, ישראלי ופרלמן, לעיל ה"ש 10.

כידוע, החזקות החלוטות יוצרות כלל ראייתי שמטרתו "דילוג" מעל לשלב הראיות שבאמצעותן מוכחת פגיעתה של ההתנהגות בתחרות. יש הצדקה לתחולתן רק במקרים שבהם ברור כי ההתנהגות הנכנסת לגדרן פוגעת בתחרות, ומשכך אין טעם לערוך בדיקה מחודשת בכל מקרה ומקרה. כך, למשל, אין טעם לערוך ניתוח מחודש של פגיעה בתחרות על מנת לעמוד על טיבם ועל השפעתם של הסדרים לקביעת מחיר בין מתחרים בעלי כוח שוק³⁴. אולם החזקות החלוטות – הן אלה הכלולות כיום בחוק והן אלו המוצעות בתזכיר לתיקון החוק – הן כה רחבות, עד שנכללים בגדרן גם מקרים רבים אחרים, שבהם הפגיעה בתחרות איננה מובהקת עד כי אפשר להניחה בלא להוכיחה. ניקח, לדוגמה, את החזקה הנוגעת ל"מחיר שיידרש, שיוצע או שישולם". אכן, הסדר בין מתחרים הנוגע למחיר הוא אחד הסוגים המובהקים של הסדר כובל הפוגע בתחרות, שכן מחיר המוצר או השירות מהווה אחת הדרכים העיקריות לתחרות על לב הצרכן. עם זאת, לא כל הסדר אופקי כאשר למחיר פוגע בתחרות. כך, למשל, תיאום מחירים עשוי להידרש על מנת להגביר את התחרות בשוק על ידי איחוד כוחות של מתחרים קטנים, למען השגת יתרונות משמעותיים לגודל שמהם נהנים רק המתחרים הגדולים. מקרה יעדים מהווה דוגמה מובהקת לכך³⁵. במקרה זה חברו כמה חברות אוטובוסים קטנות לשם הגשת הצעות במכרזים אשר חייבו פרישה ארצית של צי אוטובוסים. זאת, על מנת לאפשר לחברות אלה להתחרות ולצמצם את המונופולין המוחלט של אגד במכרזים אלו. הצדדים ככלו עצמם, בין היתר, בקשר למחיר שהוצע על ידם במכרז. אולם כבילה זו הייתה כבילה הכרחית ונלווית להקמת המיזם המשותף, אשר תרמה דווקא להגברת התחרות בשוק. בהתאם לחוק בנוסחו הנוכחי, הסדר מסוג זה ייכנס תחת החזקה החלוטה. לכאורה, פתר המחוקק הישראלי את הבעייתיות שבהחלת החזקות החלוטות: הוא ריכך את הכלל בכך שנתן לצדדים להסדר אפשרות להעלות את השיקולים המאזנים בפני בית הדין או הממונה³⁶. אולם כפי שיפורט בהמשך, פתרון זה הנו בעייתי ביותר. על כן, ראוי לצמצם את תחום פרישתן של החזקות החלוטות. כמו כן, מוצע כי כדי להקטין את מספר הטעויות מסוג שני, יאמצו בתי המשפט השונים את "דוקטרינת המבט המהיר" (Quick Look Doctrine)³⁷, בדומה לבתי המשפט האמריקניים, על מנת לבחון אם לכאורה ישנם יתרונות משמעותיים לשוק מתיאום מחירים. אם ישנם יתרונות מעין אלו, יש לקבוע כי אין תחולה לחזקה החלוטה, ולבחון את ההסדר תחת הוראות סעיף 2(א) לחוק. אסביר את הצעתי.

34 ראו גל, לעיל ה"ש 4. צוטט בהסכמה, בין היתר, בע"פ 7829/03 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת רמזורים ובקרה בע"מ, תק"על 2005(3) 420 (2005); בורוביץ, לעיל ה"ש 23.
35 החלטה 3012980 הממונה על ההגבלים העסקיים "קביעה לפי ס' 43 לחוק ההגבלים העסקיים בדבר הסדר כובל בין חברות הסעה ביעדים לחיור בע"מ" (2001).
36 ס' 9, 10 ו-14 לחוק ההגבלים העסקיים.
37 לפירוט בנקודה זו ולניתוחם של כלים נוספים אשר אפשר להחיל ראו גל, ישראלי ופרלמן, לעיל ה"ש 10.

נוקשותן של החזקות החלוטות אינה מאפשרת לבחון אם הכבילה חיונית, אף שלעתים היא עשויה דווקא לעודד את התחרות. לפיכך התפתחה במשפט האמריקני, מולדת החזקות החלוטות בדיני ההגבלים העסקיים, דוקטרינת "המבט המהיר". דוקטרינה זו מאפשרת לבתי המשפט לבחור, לאחר בדיקה כלכלית שטחית של המקרה לפנייה, את הכלל הראוי ליישום בנסיבות המקרה: מבחן הסבירות או חזקה חלוטה. יסודה של הדוקטרינה בפסיקת בית המשפט העליון האמריקני בעניין ³⁸ NCAA, שם נקבע במפורש כי אין קו גבול ברור המבחין בין השימוש בכלל הסבירות לבין החלת חזקה חלוטה, וכי הבחינה צריכה להיעשות בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. דוקטרינת "המבט המהיר" מאפשרת אפוא לבית המשפט לשקול את השיקולים הרלוונטיים ברמת הוכחה פחותה מאשר זו הנדרשת בכלל הסבירות. באופן זה יכול בית המשפט לוודא כי החזקה החלוטה אינה מוחלת על מקרים שבהם קיימות עובדות המצביעות בבירור על אפשרות סבירה כי ההסדר פועל, למעשה, לטובת הציבור.

3. תיקון המודל הרגולטורי

תיקון נוסף, חשוב ביותר, שלטעמי יש לערוך בחוק הוא שינוי המודל הרגולטורי של דיני ההגבלים העסקיים, כך שלא יידרש הליך פטור או אישור מקדים. המנגנון הקיים כיום בחוק שלפיו הסדר כובל הנו אסור עד שקיבל פטור או אישור, היה מקובל באירופה, ומשם הועתק לחוק הישראלי. מודל זה נזנח זה מכבר על ידי המדינות האירופיות. במקומו אימצו האירופאים מנגנון הסדרתי שונה, לפיו הסדר אינו נדרש לרישום מקדים. המנגנון החדש מבוסס על ההנחה כי הסדר אינו אסור, אלא אם כן הוכח אחרת על ידי מי שטוען כך. המודל כולל גם כמה חזקות המקלות את נטל ההוכחה כאמור. לדעתי, עלינו לאמץ דרך זו ולזנוח את המודל הארכאי הדורש רישום וקבלת אישור מראש.

אכן, למנגנון האישור מראש יתרונות מסוימים. מנגנון האישור משמש, למעשה, כלי לפיקוח על התחרות במשק, ומתמרץ צדדים להסדר להביאו לבחינה בפני בית הדין. כמו כן, הוא מבטיח מידה מסוימת של ודאות משפטית, ומונע מצב שבו יידרשו הצדדים להסדר להכריע בעצמם בשאלה אם ההסדר עומד בתנאיו של כלל הסבירות. בנוסף, הוא מעניק לבית דין עם מומחיות מיוחדת את יכולת ההכרעה בין שיקולים נוגדים. עם זאת, חסרונותיו של המנגנון עולים על יתרונותיו. מנגנון האישור בפני בית הדין הנו מסובך וממושך. הוא אולי מתאים להסדרים כובלים בין פירמות גדולות בשוק, הנהנות מכוח שוק, אך הוא אינו מתאים להסדרים בין שחקנים קטנים במשק, הכוללים, לא אחת, תניות אי־תחרות והסדרי בלעדיות אשר שכיחותן במשק רבה. במקרים אלו, הציפייה כי צדדים להסדר ישתמשו במנגנון האישור אינה מעשית. הראיה הטובה ביותר לאזלת ידו של המודל הקיים

38. NCAA v. Board of Regents, 468 U.S. 85 (1984).

היא המספר המועט של הסדרים המובאים לאישור בית הדין — חמישה במוצע בשנה. האם סביר להניח שאין הסדרים רבים יותר הפוגעים בתחרות, אך שהגם בעלי יתרונות מאזנים? מובן מאליו שהתשובה לשאלה זו שלילית. אולם בשל עלותו ואורכו של הליך האישור, שמקורם בעובדה שהליך זה מתנהל כמו כל הליך משפטי אחר ומהווה חלק ממסכת התיקים הרגילה של בית הדין, מעדיפים צדדים רבים ליטול את הסיכון כי תוגש בעתיד תביעה על סמך עילה הגבלית ולא להגיש את ההסדר לאישור. בנוסף, הסדרים רבים נזנחים מראש בשל העלות הרבה הכרוכה באישורם והסיכון הכרוך באי אישורם. יתרה מכך, לו כל הסדר כובל הפוגע בתחרות היה מובא בפני בית הדין להגבלים עסקיים, היה בית הדין מתקשה לעמוד בעומס התיקים, ופעילות עסקית רצויה במשק הייתה מתעכבת עוד יותר. לבסוף, המודל הקיים מתאים יותר לשיטה "צעירה" יותר, אשר בה אי אפשר להסתמך על ההנחה כי מרבית הציבור העסקי מודע לאיסור ההגבלתי, ויש צורך לקבוע את כללי היסוד להבחנה בין הסדר כובל אסור לבין פעילות עסקית מותרת. מקום שבו אפשר להניח כי מרבית הציבור מודע לאיסורים של דיני ההגבלים העסקיים ויודע, במרבית המקרים, להבחין בין הסדר ראוי לבין הסדר שאינו ראוי, עדיף לעבור לשיטה של איסור כדיעבד במקום למנגנון של רישוי מראש³⁹.

אכן, הגיעה העת שהמחוקק הישראלי ישנה את הוראות חוק ההגבלים העסקיים ויבטל את מנגנון האישור מראש הקבוע בחוק. מן הראוי להעניק לבתי המשפט את הסמכות — גם בלא שההסדר יאושר בפני בית הדין להגבלים עסקיים — לבחון את יתרונותיו הפרו-תחרותיים של ההסדר וכן יתרונות נוספים הנובעים ממנו, כמפורט בהוראות סעיף 10 לחוק. ממילא עולה מדברים אלה, כי הצעת החוק העומדת כיום לדיון איננה מספקת. הצעת החוק אמנם מצמצמת את קשת המקרים שבהם יחולו החזקות החלוטות, אולם היא אינה פותרת את הבעייתיות שבאישור כבילות נחוצות, המהוות חלק חיוני מהסדר כולל הנדרש לשם השגת מטרה פרו-תחרותית.

אחת ההצעות העומדת כיום לדיון היא הסמכת הממונה, במקום בית הדין, ליתן אישור מראש להסדר כובל אשר פוגע בתחרות, אך שיש בו יתרונות מאזנים לטובת הציבור. הצעה זו עשויה להקל את הליך האישור ולקצרו, אולם היא אינה פותרת את מכלול הבעיות שמנינו. חשוב מכול — הליך האישור עלול עדיין להיות יקר, ואורכו — אף שלבטח יהיה קצר יותר מהליך האישור המתנהל בפני בית הדין — עלול למנוע מצדדים להתקשר בהסדרים כובלים המקדמים את רווחת הציבור. נוסף לכך, יש מקום לבחון אם לממונה — אשר ככל שעולה מעמדו כך גובר החשש שהוא עלול להיות דמות פוליטית — יש מנדט דמוקרטי לאון בין שיקולים שונים הנוגעים לרווחת הציבור, לרבות שמירה על ביטחון המדינה והקטנת האבטלה באזורים בעלי חשיבות לאומית. כך, למשל, עולה השאלה אם

ראוי כי הממונה יוסמך לאשר הסדר כובל הפוגע בתחרות מאחר שהוא מקטין את בעיית האבטלה באזור מסוים. עם זאת, חשוב להעיר כי בעיה זו ניתנת לפתרון, ולו חלקי, בהכפפת החלטות הממונה להליך של ערר בפני בית הדין. אני סבורה כי הדרך שיש לבחור בה היא שינוי מהותי של מנגנון ההסדרה ומעבר מהליך של רישוי מראש להליך של איסור מראש. הליך של איסור מראש אוסר קיום הסדרים כובלים המפרים את הוראות החוק, אך אינו מחייב את הצדדים לקבל אישור מראש של גוף רגולטורי כלשהו בטרם אפשר יהא לממשם. או אז אפשר יהיה להותיר את מנגנון האישור מראש של בית הדין (או של הממונה, אם יוחלט על שינוי החוק) כאפשרות הנתונה לצדדים אשר אינם בטוחים בחוקיות ההסדר שבו הם מבקשים להתקשר, ואשר רוצים להקטין את הסיכון שבית משפט הדין בתביעה משפטית יחליט כי עסקינן בהסדר אסור. נוסף על תיקונים אלו, אני מבקשת לדון על קצה המזלג, בכמה תיקונים חיוניים נוספים הנדרשים לשם הגשמת מטרת החוק.

4. הפטורים הסטטוטוריים

במסגרת רפורמה בחוק יש מקום לבחון, לעומק, את ההצדקות לתחולתם של הפטורים הסטטוטוריים. בצד האיסור הגורף על הסדרים כובלים, כולל חוק ההגבלים רשימה של מקרים אשר פטורים אוטומטית מתחולת האיסור⁴⁰. רבים מפטורים אלו הוכנסו לחוק עוד בנוסחו הראשון, בשנת 1959, ואחרים התווספו עם השנים. סבורתני כי הגיעה השעה לבחון שנית את ההצדקות לקיום הפטורים האמורים לאור מטרות החוק, ולבטל את אלו אשר אינם נדרשים, ואשר פוגעים בקידום מטרות אלו. חלק מהפטורים המנויים כיום בחוק מבוססים על שיקולים של קידום קבוצות אינטרסים על חשבון טובתו של כלל הציבור. כך, למשל, הפטור לתוצרת חקלאית הנו רחב מדי, והוא מכשיר הסדרים רבים הפוגעים באופן מובהק בתחרות⁴¹. למעשה, פטור זה אף מהווה מסתור חוקי לפעילות פוגענית כאמור, כאשר חברות העוסקות בייצור או בשיווק תוצרת חקלאית מעדיפות שלא להתמזג אלא להיכנס למיזם משותף, הפוטרן לחלוטין מתחולת האיסור הקבוע בחוק ההגבלים העסקיים לערוך הסדרים בין מתחרים. אין מקום בחוק לפטורים מסוג זה, וטוב יעשה המחוקק אם יבטלם.

במקביל יש מקום לבחון אם פטורי הסוג, כפי שהם מנוסחים ומוחלים כיום, משרתים את מטרת החוק. ביקורת רבה נמתחת על פטורי הסוג, ולפיה הם אינם רחבים דיים, וההגבלות המוטלות בגדרן מיותרות בחלקן. בהמשך לכך נטען כי פטורים אלה אינם משרתים נאמנה את המטרה שלשלמה נוצרו. כך, למשל, כל הסדר הכולל ככילה הנוגעת למחיר אינו בא בגדר פטורי הסוג. כפי שעולה

40 ס' 3 לחוק ההגבלים העסקיים.

41 ס' 3(4) לחוק ההגבלים העסקיים.

מהאמור לעיל, תנאי זה מוציא מגדרי פטורי הסוג הסדרים פרו-תחרותיים רבים.⁴²

5. אכיפה

לסיכום פרק זה אגע בקצרה גם בסוגיה אחת של אכיפה. כיום עשויה ההתמודדות עם עברות הנוגעות לדיני הגבלים עסקיים לאורך זמן ממושך מאוד. לעתים, חולפות שנים רבות מפתחת חקירה ועד להגשת כתב אישום או עד לאכיפה באמצעים אחרים. כאשר מוסיפים לכך את התקופה הנדרשת לניהול ההליכים בבית משפט, מתקבלת תוצאה בעייתית מאוד מבחינת האפקטיביות של האכיפה והתועלת לצרכנים. יתרה מזאת, בשנים האחרונות לא נפתחו הליכים רבים חדשים נגד קרטלים. הייתכן כי אלו פסו מהשוק הישראלי? קשה להאמין. ככל הנראה לא מושקעים די משאבים בחשיפת קרטלים כאמור, או שהשקעת המשאבים אינה יעילה, דבר שחשוב לתת לו את הדעת ולחקנו בהקדם האפשרי. מובן שצמצום ההגדרה של "הסדר כובל", כפי שמוצע בהצעה לתיקון חוק ההגבלים, תפחית מעט את העומס על מערכת האכיפה. עם זאת, כפי שעולה מדבריי לעיל, אין בתיקון המוצע די כדי להפחית עומס זה משמעותית.⁴³

ג. שינויים נדרשים בדיני המיזוגים

1. כללי

כפי שפירטתי במקום אחר, הפיקוח על מיזוגים, דהיינו על שינויים במבנה השוק הגורמים לאיחוד שיקול הדעת העסקי בין גופים שקודם לכן פעלו באופן עצמאי, הוא אחד הכלים החשובים ביותר להסדרת פעולתם של שווקים תחרותיים.⁴⁴ מנגנון ההסדרה של המיזוגים הנו בעיקרו פיקוח מונע, הפועל כחסם בפני יצירת מבני שוק ריכוזיים שמקורם אינו בצמיחה פנימית של חברות, אשר עלולים להוביל לצבירת כוח שוק שיפגע ברווחה החברתית. החשש העומד בבסיס החוק הוא כי השינויים במבנה השוק עלולים לפגוע בתחרות או בתוצאותיה בלא יתרונות מאזנים. כך, למשל, מיזוג אופקי, בין מתחרים באותו שוק, מפחית על פי הגדרתו את מספר המתחרים בשוק, ומעניק לישות הממוזגת נתח שוק גדול יותר משהיה לכל אחת מהחברות המתמוזגות, עובר למיזוג. הקטנת מספר החברות המתחרות בשוק עלולה לאפשר לישות הממוזגת להעלות מחירים באופן חד-צדדי, להגביל את הכמות הנמכרת על ידה, ולעתים גם לפגוע ביעילותו הדינמית של השוק.⁴⁵ בנוסף, מיזוג

42 ראו דיון בפרק 1 סעיף 2, לעיל.

43 שם.

44 ניתוח מדיניות המיזוגים בפרק זה מבוסס, במידה רבה, על: Gal, לעיל ה"ש 11, בפרק 6. וכן על גל, לעיל ה"ש 15, בפרק ג'.

45 כמובן, אם הגדלת נתח השוק לא מביאה ליתר יעילות, ישחקו כוחות השוק את מעמדה של

אופקי עלול לחזק את יכולתן של החברות הפועלות בשוק להקטין את התחרות ביניהן בדרך של התאמה אוליגופוליסטית, אשר אינה נתפסת כרגיל בגדרו של חוק ההגבלים העסקיים⁴⁶. מיזוג אנכי, שבו הצדדים המתמזגים נמצאים בחוליות שונות של שרשרת הייצור או השיווק של מוצר או שירות מסוים, מעלה חשש מפני יצירת חסמים לכניסתם או להתרחבותם של מתחרים אם לאחד מהצדדים למיזוג יש כוח שוק ניכר. לדוגמה, אם יצרן של מוצר מסוים יתמזג עם המשווק העיקרי בשוק וימנע את שיווק מוצריהם של מתחריו דרכו, יציב המיזוג חסמי כניסה בפני מתחריו של הגוף הממוזג, אם הקמת רשת שיווק מתחרה אינה פשוטה. בנוסף, קיים חשש כי חברות גדולות הנוצרות בעקבות מיזוג עלולות לתרגם את כוחן הכלכלי לכוח פוליטי ולהשפיע על המחוקק או על הרגולטור לטובתן. לפיכך קובע חוק ההגבלים העסקיים כי מיזוג חברות העומד בספי החוק מותנה בקבלת הסכמת הממונה עובר למיזוג, ולא — עלול ביצועו לגרור סנקציות אזהרות ופליליות, לרבות הפרדת החברות⁴⁷.

בה בעת, מיזוג יכול לייעל את פעילותן של החברות המתמזגות. המיזוג עשוי לקדם את היעילות הדינמית באמצעות יצירת תשתית רחבה, יעילה וטובה יותר לפעילות מחקר ופיתוח. מיזוג של חברות בעלות טכנולוגיה משלימה, למשל, מאפשר חבירה משותפת של בעלי מומחיות או ידע שונים (לרבות בעלי זכויות קניין רוחני משלים) כדי לייעל הליכי ייצור קיימים או כדי לפתח מוצרים חדשים. מיזוג גם עשוי לקדם מחקר ופיתוח הכרוכים בעלויות גבוהות באמצעות פיזור העלויות על פני מספר גדול יותר של מוצרים. כמו כן, מיזוג עשוי לקדם את היעילות היצרנית, זאת במקרים שבהם הוא מאפשר ניצול יתרונות לגודל אשר לא נוצלו קודם לכן. לפיכך מדיניות מיזוגים ראויה לא תמנע את אותם מיזוגים אשר, אף שהם מגבירים את הריכוזיות בשוק, יגדילו את הרווחה החברתית במשק. המסגרת הקיימת, אף שהיא פחות בעייתית ממערך ההסדרה של ההסדרים הכובלים, לוקה בכמה פגמים מהותיים אשר יש מקום לתקנם. נעמוד על הפגמים הדורשים תיקון.

2. הגדרת מיזוג

מיזוג מוגדר בחוק כ"מיזוג חברות"⁴⁸. "חברה" מוגדרת בחוק ככוללת גם שותפות, אגודה שיתופית וכן חברת חוץ שנרשמה בישראל⁴⁹. מה לא כוללת ההגדרה?

הישות הממוזגת, אולם תהליך זה עלול להיות ארוך או מרוסן על ידי מכשולים טבעיים או מלאכותיים.

46 ראו בורוכין, לעיל ה"ש 23. במקרים חריגים שבהם ההתאמה האוליגופוליסטית היא כמעט מוחלטת, אפשר להגדיר את האוליגופול כקבוצת ריכוז ולהחיל עליו את הוראות פרק המונופולין, ס' 26 לחוק ההגבלים העסקיים.

47 פרק ג' לחוק ההגבלים העסקיים.

48 ס' 17 לחוק ההגבלים העסקיים.

49 ס' 1 לחוק ההגבלים העסקיים.

היא איננה כוללת חברה זרה. מכאן שמיוזג בין שתי חברות ישראליות ייכנס תחת ההגדרה, אולם אם תבקש החברה הישראלית להתמזג עם חברה זרה אזי מיוזג זה פטור מתחולת החוק, גם אם שקלה החברה הזרה לחדור לשוק הישראלי בדרך אחרת. זהו מצב בעייתי כיוון שחברות ישראליות עשויות להעדיף מיוזג עם חברה זרה על פני מיוזג עם חברה ישראלית, רק כדי להימנע מהחובה לקבל את אישור מהממונה בטרם המיוזג. מצב זה אינו רצוי, והוא עלול למנוע מיוזגים המקדמים את היעילות העסקית⁵⁰. על כן ראוי להרחיב את ההגדרה ולכלול בה גם חברות זרות אשר משפיעות על השוק הישראלי. הרחבת ההגדרה נדרשת אפוא כדי להחיל את הפיקוח על מיוזגים בין חברות ישראליות לזרות.

נוסף לכך נדרש התיקון המוצע על מנת לאפשר לממונה להטיל מגבלות על מיוזגים בין-לאומיים בין חברות זרות, אשר להם השפעה מהותית על התחרות במשק הישראלי. אמנם לכלכלה קטנה דוגמת ישראל ישנה אפשרות מוגבלת להשפיע על היווצרו של מיוזג כאמור, אולם לעתים קיימת אפשרות להפחית את פגיעתו של המיוזג בתחרות בשוק הישראלי⁵¹. כך, למשל, במקרה מתאים יכול הממונה להורות לאחת החברות הזרות למכור את מפעלי הייצור המצויים בישראל לחברה אחרת, ובכך להבטיח את המשכיותה של תחרות בשוק⁵². אולם כדי שלממונה תהא סמכות לעשות כן, יש להרחיב את הגדרת המונח "מיוזג חברות", כך שהוא יכלול גם חברות זרות. לא למותר לציין, כי הרחבה זו עולה בקנה אחד עם "דוקטרינת ההשפעות" המהווה חלק מהמשפט הבין-לאומי הפומבי⁵³. דוקטרינה זו מרחיבה את סמכותה של מדינה להחיל את חוקיה על גופים המצויים מחוץ לטריטוריה שלה, אם פעולותיהם משפיעות לרעה על השוק המקומי ומהוות הפרה של החוק המקומי. לולא ההגבלה הלשונית הכלולה בהגדרת "חברה" בפרק המיוזגים, אפשר היה להחיל את הוראות פרק המיוזגים על חברות זרות באמצעות דוקטרינה זו, כפי שעשה הממונה בעניין ג'יימס ריצ'רדסון⁵⁴ שעסק בהסדר כובל.

50 חשש זה אינו תאורטי בלבד. הוא עלה משיחותיה של המחברת עם עורכי דין מובילים בתחום ההייטק.

51 לדין בקשיים העומדים בפני כלכלות קטנות לעצירת מיוזגים בין חברות גדולות בין-לאומיות והפתרונות האפשריים ראו Gal, לעיל ה"ש 11, בפרק 6.

52 לפתרון כאמור ראו את פסק הדין האוסטרלי בעניין Rothmans/British American Tobacco cc v British American Tobacco holdings (NZ) Ltd. (ACCC, unpublished, 3 June 1999). 7 NZBLC 103 (2002).

53 להחלת כללי המשפט הבין-לאומי הפומבי בדין הישראלי ראו, לדוגמה, רות לפידות "מקומו של המשפט הבין-לאומי הפומבי בחוק הישראלי" משפטים יט (תש"ן) 807; יפה זילברשץ "קליטת המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי – הדין המצוי, רצוי" משפטים כד 317 (תשנ"ד); לאימוצו של עיקרון זה במדינות נוספות ראו: L. Oppenheim, International Law (London, 9th ed. by R. Jennings & A. Watts, 1992).

54 החלטה של הממונה על ההגבלים העסקיים "החלטה בעניין שוק הבשמים הסלקטיביים – ג'יימס ריצ'רדסון" (1999) (ההגבלים העסקיים – החלטות הממונה על ההגבלים העסקיים, פסקי דין – בית המשפט בעניין הגבלים עסקיים ד 19 [2002]).

3. המבחן המהותי לבחינת אישור המיזוג

שינוי נוסף, חשוב הרבה יותר, הנדרש בדין הקיים, נוגע למבחן המהותי לבחינת אישור מיזוג. סעיף 21 לחוק קובע את המסגרת הנורמטיבית הקובעת את השיקולים המנחים את הממונה בעת הכרעה בשאלת אישור המיזוג, כדלקמן:

"הממונה יתנגד למיזוג חברות או יתנה אותו בתנאים אם לדעתו קיים חשש סביר כי כתוצאה מן המיזוג כפי שהוצע תיפגע באופן משמעותי התחרות באותו ענף או יפגע הצבור באחת מאלה: (1) רמת המחירים של נכס או של שרות; (2) איכות נמוכה של נכס או של שרות; (3) הכמות המסופקת של הנכס או היקף השרות, או סדירות האספקה ותנאיה".

הסעיף מנוסח באופן בעייתי, אשר אינו מבהיר באופן חד-משמעי את היקף שיקול דעתו של הממונה בבואו לאשר מיזוג, ואת היקף שיקול דעתו של בית הדין בישובו כערכאת ערר על החלטת הממונה⁵⁵. האם על הממונה מוטלת החובה להתנגד לכל מיזוג אשר מגדיל את כוח השוק של הצדדים לו או של גורמים אחרים הפועלים בשוק, או שמא רשאי הממונה – או בית הדין – לשקול שיקולים מאזנים כגון קידום המחקר והפיתוח? במילים אחרות – האם החוק מאמץ את גישת הערך המוחלט של תחרות הנותנת משקל מוחלט לשיקולי תחרות בשוק; את הגישה המאזנת הנותנת משקל ליתרונות הטמונים במיזוג לרווחת הציבור החורגים מגדר הפגיעה בתחרות גרידא; או שמא גישת ביניים.

מחד גיסא, אפשר לטעון כי הסעיף נוקט לשון חד-משמעית: "יתנגד הממונה...", אשר אינה מעניקה לממונה כל שיקול דעת המאפשר לו לשקול יתרונות מאזנים. על פי פרשנות זו, על הממונה להתנגד למיזוג כל אימת שזה עלול לפגוע בתחרות או לפגוע בציבור בדרך של העלאת מחירים, הורדת האיכות, פגיעה בכמות או פגיעה בתנאי ההספקה של הנכס או השירות. ודוק, הסעיף מונה את שיקול האיכות רק בהקשר של פגיעה באיכות, ולא כשיקול מאזן לפגיעה במחיר או בכמות. ברוח זו אפשר לטעון כי גם לבית הדין אין סמכות לשקול שיקולים מאזנים, מלבד הפגיעה בתחרות ובציבור כהגדרתן בסעיף. על פי טיעון זה, מאחר שהחוק אינו מפרט את השיקולים שבית הדין רשאי לשקול, הרי שהשיקולים שצריכים להנחותו כערכאת ערר הם אותם שיקולים הנתונים לממונה. פרשנות זו מקבלת משנה תוקף על ידי קביעתו המפורשת של המחוקק בפרק ב' לחוק, המסדיר את הפיקוח על ההסדרים הכובלים, שלפיה בית הדין רשאי לשקול שיקולים מאזנים של טובת הציבור. משלא כלל המחוקק הוראה דומה בפרק המיזוגים, אפשר לטעון להסדר שלילי.

מדברים אלה עולה שעל פי הגישה הפרשנית האפשרית הראשונה, העניק המחוקק ערך מכריע לפגיעה הממשית או הפוטנציאלית בתחרות או בציבור, אשר עלולה להיגרם מהמיזוג.

עם זאת, גם על פי גישה זו לא יוענק ערך מוחלט לתחרות. כך, למשל, לא ייאסר מיזוג בין חברות רק מפני שהוא מגביר את יעילותה של החברה הממוזגת וכך מקשה את התחרות של שאר החברות עמה. זאת, אם המיזוג אינו מעלה את המחיר ואינו פוגע באיכות או בתנאי ההספקה וסדירותה⁵⁶. בדומה, לא ייאסר מיזוג רק משום שהוא מקטין במידה ניכרת את מספר החברות הפועלות בשוק. בה בעת, ובהתאם לפרשנות זו, מיזוג אשר יגביר במידה ניכרת את היעילות הדינמית באמצעות מחקר ופיתוח, לא יאושר אם הוא צפוי להעלות את המחיר לצרכן, ולו במעט. על כן מיזוג חברות שיעילותו הדינמית עולה בהרבה על עליית המחיר לא יאושר, וזאת גם אם השוק הישראלי הוא מזערי ומהווה חלק קטן ביותר מפעילותן של החברות המתמוזגות.

טענה אפשרית נגד הגישה הפרשנית הראשונה שהוצגה זה עתה היא כי פרשנות זו אינה עולה בקנה אחד עם תכלית החוק, שהיא קידום הרווחה הכללית באמצעות שמירה על התחרות רק כאשר שמירה כאמור מקדמת את טובת הציבור. טובת הציבור מחייבת כי בהליך אישור המיזוג יישקלו גם גורמים מאזנים, ובראשם הגברת היעילות של החברות הפועלות בשוק בעקבות המיזוג. יעילות זו יכולה להתבטא ביעילות בייצור, מאחר שהמיזוג יפחית את עלויות הייצור או השיווק בשל ניצול יתרונות הגודל, או ביעילות דינמית, כאשר המיזוג יאפשר יצירת מוצר חדש, פיתוח הליך ייצור חדש או אימוץ תהליך שיווק חדש, יעיל מזה שהיה קיים לפני המיזוג.

פרשנות זו אומצה על ידי בית הדין בעניין תנובה. שם קבע בית הדין, בראשות השופטת מרים נאור, כי במסגרת השיקול של "פגיעה בציבור" רשאים הממונה ובית הדין להעמיד על כפות המאזניים את הפגיעה האפשרית בתחרות לעומת היתרונות הכלכליים של המיזוג⁵⁷. אם היתרונות עולים על החסרונות – יאושר המיזוג. בית המשפט העליון, בערעור על החלטת בית הדין בעניין תנובה, השאיר שאלה זו בצריך עיון⁵⁸. בדרך זו הלך גם בית הדין בפסיקה מאוחרת⁵⁹. לדעתי, פרשנותו המאזנת של בית הדין בעניין תנובה, שאומצה על ידי הממונה,

56 החלטת של הממונה על ההגבלים העסקיים "אישור מיזוג בתנאים בין: עץ לבוד בע"מ תעשיות והשקעות של ספן בע"מ" (ההגבלים העסקיים – החלטות הממונה על ההגבלים עסקיים, פסקי דין – בית הדין להגבלים עסקיים, פסקי דין – בית המשפט בעניין ההגבלים העסקיים ג 104 [1996]). גישה הפוכה הייתה מקובלת בעבר בארצות-הברית. ראו: Brown Shoe Co. v. United States 370 U. S. 294 (1962); FTC v. Procter & Gamble Co. 386 U. S. 568 (1967).

57 ער 2/94 תנובה מרכז שיתופי לשיווק נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (1995) (ההגבלים העסקיים – החלטות הממונה על ההגבלים העסקיים, פסקי דין – בית הדין להגבלים עסקיים, פסקי דין – בית המשפט בעניין הגבלים עסקיים ב 159 [1996]) (להלן: ער תנובה). ע"א תנובה, לעיל ה"ש 2.

58 ער (י"ם) 1/00 פור קלאב בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, תק"מח 2003 (2) 5587 (2003).

לפחות ברמה העקרונית, היא פרשנות ראויה⁶⁰. פרשנות זו מקדמת את תכלית החוק בהעניקה משקל ראוי לשיקולי יעילות בייצור ולשיקולי יעילות דינמית, המהווים חלק חשוב ובלתי נפרד מתוצאות התחרות שהחוק בא לקדם. בחינה תחרותית, המבוססת על רמת המחיר בשוק גרידא, תבלום מיוזגים רבים העשויים להיות בעלי השפעה חיובית על הרווחה החברתית. יצרנים לא יוכלו להשיג יעילות מרבית תוך הורדת עלויות הייצור שלהם, ולקוחות לא יוכלו ליהנות ממוצרים טובים יותר⁶¹. יתרה מזו, אם לא נאמץ פרשנות מאזנת, עלול פרק המיוזגים להכשיל חברות ישראליות המעוניינות להתחרות ביעילות בשוקי חוץ, כמו גם בשווקים פנימיים. אמנם נכון, תחרות מבית עשויה לקדם גם תחרות בשווקים בין-לאומיים, אולם לשם כך נדרש גם שהחברות יוכלו ליצור יתרון תחרותי באמצעות יעילות בייצור או באמצעות יעילות דינמית⁶². הגנה על התחרות גרידא עלולה אפוא להגדיל את הבעיות האינהרנטיות של כלכלות קטנות, תוך העלאת רמות סחר החוץ ולעתים תוך ביטול מוחלט של הייצור המקומי. זאת ועוד, כיוון שפרק המיוזגים דורש, כתנאי כניסה לגדרו, פעילות בשוק המקומי, חברות המעוניינות להתמזג, ואשר השוק המקומי למוצריהן קטן יחסית לפעילותן הבין-לאומית, עלולות להחליט כי לא ימכרו את מוצריהן בשוק הישראלי כלל, ובדרך זו יעקפו את הוראות החוק. מובן שתוצאה זו תפגע בצרכן הישראלי בשל הקטנת התחרות וההיצע בשוק המקומי. הפרשנות המאזנת עולה בקנה אחד גם עם ההיסטוריה החקיקתית של חוק ההגבלים. הוועדה למיוזגים וקונגלומרטים, אשר על פי המלצותיה הוסף פרק המיוזגים לחוק, המליצה על אימוץ גישה המאזנת בין התועלת שבהגדלת היעילות הכלכלית או כוח התחרות של החברה לאחר המיזוג, ובין הסכנות הכרוכות בהגברת כוח השוק בעקבות הגידול⁶³. גישה דומה עולה מדברי ההסבר להצעת החוק⁶⁴. בנוסף, גישה המכירה בהגנת היעילות במיוזגים תקדם את הקוהרנטיות בין פרקי החוק, זאת כיוון שכבר כיום קיימת הגנה כאמור בפרק ההסדרים הכובלים⁶⁵. אין הצדקה להכיר בהגנה זו בהסדרים כובלים ולא להכיר בה במיוזגים, אשר עשויים לקדם את היעילות אף יותר מהסדרים כובלים.

60 ראו, למשל, נימוקי התנגדות למיזוג – הריבוע הכחול בע"מ, ירקון (פלוס 2000) סיטונאות מזון בע"מ (טרם פורסם). לפירוט גישתו של הממונה בעניין זה ראו גל, לעיל ה"ש 15, חלק ג'.

61 GAL, לעיל ה"ש 11.

62 לדיון מפורט בנקודה זו ראו שם, שם.

63 "דו"ח הוועדה למיוזגים ולקונגלומרטים" החש"מ"ד-1985, ה"ח 41 ("אין לפרש את המלה 'יתנגד'.

64 הצעת חוק ההגבלים העסקיים, החש"מ"ד-1985, ה"ח 41 ("אין לפרש את המלה 'יתנגד' שבסעיף זה כמטילה חוב על הממונה להתנגד בכל מקום שקיים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות. עליו להפעיל שיקול דעת ולשקול את כל השיקולים, בעד ונגד, העשויים להשפיע לחיוב ולשלילה על החלטתו בעניין אישור המיזוג, סירובו או התנייתו בתנאים [...] הממונה אינו צריך לפעול בצורה אוטומטית של הפעלת נוסחה, לפיה אם יש חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות, חובה עליו להתנגד למיזוג. קשת השיקולים שעליו לשקול רחבה יותר").

65 סי' 10 לחוק ההגבלים העסקיים.

לכן יש לאמץ את הפרשנות המאזנת לחוק, ובד בבד לתקן את החוק באופן שלא יהא כל ספק בדבר כוונת המחוקק לאמץ פרשנות זו. כמו כן, יש לקבוע באופן חדר-משמעי כי הן הממונה והן בית הדין רשאים לשקול שיקולים מאזנים. הוראה זו נדרשת בשל חשיבות מרכיב הזמן בקבלת החלטה על מיזוג. בהעניקה לממונה את הסמכות לשקול שיקולים מאזנים בלא צורך לפנות לבית הדין בכל עניין שבו גוברת היעילות על הפגיעה בתחרות, מגבירה ההוראה המוצעת את יעילות פעולתו של השוק, משום שאינה מונעת מיזוגים המגדילים את הרווחה החברתית, אשר מועד ביצועם העסקי קצוב וקצר יחסית. בנוסף לכך, ההוראה המוצעת מקצרת את תקופת אי-הוודאות בדבר אישור המיזוג, תקופה העשויה להשפיע על התנהגות השוק כולו.

4. ביטול חלקים מהמבחן הקובע את חוקיות המיזוג
בנוסף, וכחלק מהתיקון הדרוש בחוק לשם הגשמת מטרותיו, יש מקום לבטל חלקים מהמבחן הקובע את חוקיות המיזוג. כאמור, סעיף 21 לחוק קובע כי הממונה יתנגד למיזוג או יתנה אותו בתנאים אם "קיים חשש סביר כי כתוצאה מן המיזוג כפי שהוצע תיפגע באופן משמעותי התחרות באותו ענף או יפגע הצבור" באחת הדרכים המנויות בסעיף: "(1) רמת המחירים של נכס או של שרות (2) איכות נמוכה של נכס או של שרות (3) הכמות המסופקת של הנכס או היקף השרות, או סדירות האספקה ותנאיה". מבחן הפגיעה המשמעותית בתחרות (Significant Lessening of Competition) תופס בגדרו את כל המצבים שבהם ראוי ורצוי למנוע מיזוג. זהו גם המבחן שאומץ כיום על ידי מרבית מדינות העולם – לרבות ארצות-הברית ואירופה – בגרסה דומה בעיקרה⁶⁶. מבחן הפגיעה בטובת הציבור מהווה כפילות מיותרת או תוספת מזיקה, בתלות בפרשנותו. אשר על כן, יש לבטל את מבחן הפגיעה בטובת הציבור. בנוסף לכך, יש לבטל את הדרישה כי הפגיעה בתחרות בעקבות המיזוג תהא "באותו ענף", מטעמים פרשניים ומהותיים. מבחינה פרשנית, לא ברור למה כיוון המחוקק כאשר הפנה ל"אותו ענף". האם מדובר בענף שבו עוסקות החברות המתמזגות? האם די כי אחת החברות עוסקת בענף זה? האם הענף צריך להיות הענף העיקרי שבו עוסקות החברות? מבחינה מהותית, המהווה את הטעם העיקרי לביטול דרישה זו, מעוררת הדרישה כי התחרות תפגע "באותו ענף" קושי מאחר שאין בה כדי לקדם את מטרת החוק, והיא אף עלולה לפגוע בקידום מטרותיו. אין חשיבות, לשם בחינת השפעת המיזוג על התחרות, לשאלה אם התחרות הנפגעת היא זו המתקיימת בענף שבו פועלות החברות המתמזגות, או חלק מהן, או בענף אחר. כך, למשל, נניח כי חברה מסוימת המעוניינת להיכנס ולפעול בשוק מסוים מתמזגת עם חברה הפועלת באותו שוק. מיזוג זה פוגע

66 ראו, למשל, אתר ארגון רשויות התחרות בעולם: www.internationalcompetitionnet.work.org.

בתחרות פוטנציאלית, אף שאינו פוגע בענף שבו פועלות החברות בעת המיזוג. גם כאן, בדומה לפרק ההסדרים, קיימת הגבלה חקיקתית שנראתה בעבר הגיונית בשל ההבנה השטחית של מאפייני הכלכלה, שאינה מתאימה למגמה העכשווית של בחינה תחרותית כוללת, "בריחה" דרך הגדרות טכניות מצמצמות שלא לצורך.

ד. שינויים נדרשים בדיני המונופולין

1. כללי

נושא הסדרת מונופולים הוא אחד הנושאים ה"חמים" ביותר כיום בדיני ההגבלים העסקיים. הן האירופאים והן האמריקנים יושבים כיום על המדוכה בניסיון להכריע בשאלה כיצד אפשר להבחין בין ניצול לבין ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי⁶⁷. בשל דיונים אלה אין מקום לקבוע עדיין, חד-משמעית, כיצד ראוי לנסח את הוראות החוק ולהחילן. אולם הרשו לי להציג, על קצה המזלג, שלושה תיקונים בפרק המסדיר את התנהגותם של בעלי מונופולין, שלדעתי ראוי לבצע כבר עתה.

2. תוקפן של החזקות החלוטות

התיקון הראשון, עניינו תוקפן של החזקות החלוטות המנויות בסעיף 29א לחוק, האוסר ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. סעיף 29א לחוק ההגבלים הנו "ספינת הדגל" של הפרק. הסעיף, שהועתק כמעט מילה במילה מסעיף 82 לאמנת רומא⁶⁸, כולל שני חלקים. חלקו הראשון מהווה סעיף סל הכולל איסור כללי של ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי (29א(א)). חלקו השני מכיל רשימה סגורה של מקרים שבהם יראו את ההתנהגות הנופלת לגדרם כניצול לרעה, דוגמת התניית ההתקשרות בתנאים אשר מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים אינם קשורים לנושא ההתקשרות (29א(ב)). בעניין ידיעות אחרונות פירש בית הדין את חלקו השני של הסעיף כמחיל חזקות חלוטות לפגיעה בתחרות⁶⁹.

לדעתי, בדומה לדעתם של שגיאו וונג, יש לבטל את ההלכה הנוהגת שלפיה החזקות הקבועות בסעיף 29א(ב) לחוק הנן חזקות חלוטות, ולהחליפה בהלכה שלפיה עסקינן בחזקות הניתנות לסתירה⁷⁰. אמנם חלק מהחזקות החלוטות כוללות מושגי שסתום, דוגמת "הגיונות", שדרכן אפשר למתן את נוקשותן, אולם שסתומים אלו אינם רחבים דיים, ויש בהם ליצור בעיות פרשניות רבות. הצורך במיתון תוקפן

67 ראו, למשל, את מסמך העמדה של האיחוד האירופי בנושא American Modernization Committee <http://www.abanet.org/antitrust/at-links/at-mod.html>.

68 Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, U.N. Doc. A/CONF. 183/9, reprinted in 37 I.L.M. (1998).

69 ראו, למשל, ה"ע (מחורי י"ם) 2/96 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' ידיעות אחרונות, פ"מ חשנ"ט(2) 529, 561–560 (2000).

70 לדעה דומה ראו אייל שגיאו ואמיר ונג "ניצול מעמד לרעה על ידי בעל מונופולין – האומנם ס' 29א(ב) לחוק ההגבלים העסקיים קובע חזקות חלוטות?" עיוני משפט כט 547 (2006).

של החזקות בא לידי ביטוי מובהק בפסק דינו של בית הדין בעניין הפדרציה לתקליטים וקלטות⁷¹. במקרה זה נדרש בית הדין להתמודד עם הטענה כי גביית מחיר שונה ממוסדות שונים עבור זכויות השמעה על ידי הפדרציה – המהווה מונופולין בתחומה – מהווה ניצול לרעה של כוחה המונופוליסטי, זאת בהתאם לחזקה החלוטה הקובעת כי "יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק [...] על ידי קביעת תנאי התקשרות שונים לעסקאות דומות אשר עשויים להעניק ללקוחות או לספקים מסוימים יתרון בלתי הוגן כלפי המתחרים בהם"⁷². לכאורה, כל יסודות החזקה החלוטה התקיימו⁷³. על כן לכאורה נדרש בית הדין לקבוע כי מדובר בהתנהגות אסורה, העולה לכדי ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. אולם תוצאה זו הייתה בעייתית, כיוון שהיא התנגשה עם מטרתה העל של החוק: קידום הרווחה החברתית. כפי שקבע בית הדין, הפליית המחירים שהפדרציה נקטה, המתחשבת בגמישות הביקוש של צרכנים שונים, יכולה דווקא להגדיל את הרווחה החברתית, ועל כן אינה מהווה ניצול לרעה. לפיכך, דחה בית הדין את הפרשנות הלשונית של הסעיף, והכשיר את התמחור השונה בקבעו כי ההפליה יעילה יותר מתמחור אחיד, שכן היא מאפשרת למשתמשים רבים יותר לרכוש רישיון השמעה, זאת בניגוד למצב שבו נקבע מחיר אחיד לרישיון. גבייתו של מחיר אחיד, כך הסביר בית המשפט, תוריד את רמת השימוש ביצירות המוגנות בשוק, מאחר שברמת מחיר זו יהיו משתמשים אשר יעדיפו שלא לרכוש את זכות ההשמעה. על כן, הפליית המחירים שהפדרציה נקטה מקדמת את הרווחה החברתית באמצעות הגדלת הכמות הנרכשת בשוק, המעידה על הגדלת היעילות הצרכנית בדרך של סיפוק העדפויותהם של מספר רב יותר של צרכנים⁷⁴.

החלטה זו נכונה וראויה, בהתירה התנהגות אשר מקדמת את מטרת החוק. עם זאת, אי-אפשר להתעלם מהטענה האפשרית כי החלטה זו אינה מתיישבת עם החזקה החלוטה הגלומה בסעיף. למעשה, אפשר לקרוא את ההחלטה כמכילה כלל של סבירות (Rule of reason) הבוחן, בין היתר, את קיומה של הצדקה אובייקטיבית (Objective Justification) להתנהגות הנבחנת. כלל דומה מוחל, פעמים רבות, גם בדין האמריקני והאירופי⁷⁵. פתיחת הדלת לשיקולים של יעילות ושל קידום הרווחה החברתית, מקום שבו

71 ה"ע (מחוזי י"ם) 3574/00 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, דינים מחוזי לד' (4) 175 (2004).

72 ס' 29א(ב)(3) לחוק ההגבלים העסקיים.

73 אפשר אולי לטעון כי המחיר השונה שגבתה הפדרציה לא העניק ללקוחות מסוימים יתרון בלתי הוגן על פני מתחריהם, כיוון שמחירון הפדרציה הבחין בין צרכנים שונים בהתאם למידת ההשמעה של השירים וגודלו של העסק. או אז, לא מתקיימים כל התנאים להחלתה של החזקה החלוטה.

74 פרשת הפדרציה, לעיל ה"ש 71, בפס' 102.

75 ראו HERBERT HOVENKAMP, FEDERAL ANTITRUST POLICY 392393 (2nd ed., 1999); RICHARD 75, WHISH, COMPETITION LAW 199–208 (5th ed., 2003).

אי-אפשר לתחום בכירור את אותם המקרים שבהם הפגיעה בתחרות וברוחה החברתית מסתברת ומובהקת, מקבלת משנה חשיבות בפרק המונופולין. הטעם לכך הוא שפרק ההסדרים הכובלים כולל מנגנון של אישור הסדר כובל הפוגע בתחרות אך מיטיב עם הרווחה החברתית, ואילו פרק המונופולין אינו כולל מנגנון מקביל. יש אפוא לבטל את הכלל שלפיו החזקות שבסעיף 29א(ב) הן חזקות חלוטות, ולהחליפו בכלל של חזקות הניתנות לסתירה.

3. מנגנון ההסדרה של קבוצת ריכוז

הצעת השנייה נוגעת למנגנון ההסדרה של קבוצת ריכוז⁷⁶. אחד הסעיפים הנדונים בהרחבה בעיתונות ובוועדות הכנסת בשנים האחרונות הוא סעיף 26(ד) לחוק ההגבלים, המאפשר לממונה להכריז על קבוצת גופים עסקיים הפועלים כך "שאין ביניהן תחרות או קיימת ביניהם תחרות מועטה בלבד (קבוצת ריכוז)" – כעל מונופולין, וכך להחיל עליהן את איסורי החוק⁷⁷. הרעיון העומד ביסוד סעיף זה ברור: לתפוס בגדר החוק גם התאמה אוליגופוליסטית אשר אחרת הייתה חומקת מהוראות החוק, ולהחיל את החוק על הסדרים כובלים שאי-אפשר להוכיח ראייתית את קיומם, אף שהם מבטלים כליל, או לפחות במידה רבה, את התחרות בשוק⁷⁸. כפי שפירטתי במקום אחר⁷⁹, אחת הבעיות שיוצר נוסחו הנוכחי של החוק היא שהכרזה על קבוצת ריכוז יכולה דווקא לפגוע בתחרות, במקרים מסוימים, ולא לקדמה. כאמור, סעיף 29 לחוק ההגבלים העסקיים פורש כקובע חזקות חלוטות לניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. כל עוד לא תשונה הלכה זו, פעולות רבות של חברי קבוצת הריכוז עלולות להיאסר, אף שהן עשויות להגביר את התחרות בין החברים בקבוצה, וכך לשבור את ההתאמה האוליגופוליסטית השוררת ביניהם. כך, למשל, החוק אוסר על מונופולין להפלות בין צרכניו בעסקאות דומות באופן הפוגע בתחרות ביניהם, אם אלה מתחרים בשוק. ודוק: האיסור הקבוע בחוק בוחן את השפעת ההפליה על התחרות בין הצרכנים של בעל המונופולין, ולא בין יחידות המונופולין לבין עצמן. החלת איסור זה על קבוצת ריכוז, לא רק שלא תקדם את התחרות ואת טובת הכלל, כי אם תפגע בה. אם ייאסר על החברות המרכיבות את קבוצת הריכוז להפלות בין צרכנים, תיפגע אחת מהדרכים המרכזיות הפתוחות

76 הפסקאות הבאות מבוססות, בעיקר, על מיכל (שיצור) גל, מנחם פרלמן וטליה סלומון "הכרזה על קבוצת ריכוז – פיתרון חלקי לבעיית ההתאמה האוליגופוליסטית?" משפטים לו 13 (2006).

77 ראו הצעות החוק, ה"ש 84 להלן.

78 התאמה אוליגופוליסטית מתקיימת מקום שבו כל מתחרה בשוק ריכוזי מביא בחשבון בעת קביעת מדיניותו העסקית את תגובתם הצפויה של מתחריו, ופועל על פיה, גם ללא הידברות כלשהי בין המתחרים השונים. לניתוחה של התאמה אוליגופוליסטית ולתנאים לקיומה ראו מיכל (שיצור) גל "מהו הסדר? קו הגבול בין תיאום לבין התאמה אוליגופוליסטית בחוק ההגבלים העסקיים" עיוני משפט כט 591 (2006).

79 לדין במנגנון ההכרזה על קבוצת ריכוז ראו גל, פרלמן וסלומון, לעיל ה"ש 76.

בפניהן לסטייה מההתאמה האוליגופוליסטית⁸⁰. למעשה, האיסור בחוק על הפליית מחירים בעסקאות דומות עלול לשמש גורם אוסף ומחזק להתאמה כאמור. בדומה, גם האיסור על מחירים טורפניים או על קשירת מוצרים, כל עוד הוא מוחל על כל אחד מחברי הקבוצה בנפרד, עלול למנוע סטייה מההתאמה האוליגופוליסטית, ונמצא שכרנו בהפסדנו. על כן יש לשקול הכללת הוראה מבהירה בחוק שלפיה איסורים אלו לא יחולו על קבוצת ריכוז. כל עוד לא נכללת הבהרה כאמור בחוק, מרחפת סכנה כי גם אם רשויות האכיפה לא יאכפו סעיפים אלו על קבוצת ריכוז, הרי אלה יאכפו במסגרת תביעות נזיקיות פרטיות נגד חברי קבוצת הריכוז. מצב דברים זה עלול לפגוע, באופן ממשי, בתחרות⁸¹.

בהתאם לכך, יש לתקן את החוק ולהגביל את רוחבם של האיסורים החלים על קבוצת ריכוז בדרך שלא תמנע סטייה מההתאמה אוליגופוליסטית. או אז נמצא שכלי ההכרזה על קבוצת ריכוז הנו בעל פוטנציאל התמודדות עם בעיית ההתאמה כאמור. הכלי המשפטי העיקרי שיאפשר התמודדות עם התאמה אוליגופוליסטית, לאחר תיקון החוק כאמור, מקורו בסעיף 30 לחוק, המסמך את הממונה ליתן לבעל מונופולין הוראות על מנת למנוע את הפגיעה בתחרות. מטרתן של הוראות אלו היא להפחית את יכולתן של הפירמות להגיע להסכמה, לגלות סטיות מההסכמה ולהעניש בעקבות סטיות כאלה. ההוראות צריכות להיות מותאמות לתנאי השוק הספציפיים ולהתנהגות החברות הפועלות בו. למשל, בשוק המתאפיין בהודעה לציבור שכל הנחה שחברה מעניקה תינתן גם על ידי מתחרותיה, הממונה עשוי להטיל מגבלות על נוהג זה. כמו כן, מוסמך הממונה לקבוע תנאים להתנהגות החברות, אשר יגבילו את יכולתן ליצור חסמים מלאכותיים לתחרות בשוק. ברוח זו הממונה מוסמך ליתן הוראות שמטרתן להקל על הלקוח לעבור מחברה אחת הפועלת בשוק לרעותה. בנוסף לכך, אפשר יהיה להחיל על החברים בקבוצת הריכוז את האיסורים על ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי כדי למנוע התאמה שמטרתה יצירת חסמי כניסה מלאכותיים לתחרות⁸². לדוגמה, אפשר יהיה למנוע מהחברות בקבוצה לגבות מחיר נמוך במידה בלתי הוגנת (מחיר טורפני), שמטרתו להוציא מתחרה מהשוק או למנוע כניסתו של מתחרה חדש, כדי שלאחר הוצאתו או מניעת כניסתו של מתחרה כאמור אפשר יהיה לגבות מחיר גבוה יותר מזה שהיה נגבה לולא נגרמה הוצאתו או נמנעה כניסתו של המתחרה כאמור.

עם זאת, כפי שכבר נאמר, על מנת שהחלת הוראות החוק לא תשיג תוצאה הפוכה לתכליתן, יש לתקן את החוק — או למצער לפרשו — כך שעל החברים בקבוצת הריכוז לא תחולנה מגבלות שדווקא יגבירו את יכולתם ואת תמריציהם לפעול בהתאמה אוליגופוליסטית⁸³.

80 Gal, לעיל ה"ש 11, בעמ' 101–103.

81 גל, פרלמן וסלומון, לעיל ה"ש 76, בעמ' 41.

82 ס' 29 ו-29א לחוק ההגבלים העסקיים.

83 גל, פרלמן וסלומון, לעיל ה"ש 76, בעמ' 43–44.

לא למותר לציין, כי שלוש הצעות חוק שהונחו בעת האחרונה על שולחן הכנסת לתיקון הוראות חוק ההגבלים עוסקות בקבוצת ריכוז, ומבקשות להרחיב את סמכויותיו של הממונה להסדרת פעולותיה של קבוצה כאמור, וליצור "כלים משופרים להתמודדות עם תופעת האוליגופול והסימפטומים האנטי תחרותיים הנובעים ממנה"⁸⁴. שלוש ההצעות מבקשות להוסיף לסמכות ההסדרה של הממונה את הסמכות ליתן הוראות להסרה של חסמי כניסה וחסמי מעבר או להקלתם, אם השתכנע כי יש בכך להגביר את התחרות בענף. אין ספק כי סמכות זו היא הכלי העיקרי והחשוב ביותר לשם קידומה של תחרות בשוק אוליגופוליסטי. הסרת חסמי כניסה מלאכותיים לשוק – דוגמת עמלות מעבר בין החברות הפועלות בשוק – עשויה לקדם, באופן טבעי, הן את התחרות והן את הרווחה החברתית. עם זאת, כדאי לציין שאפשר לטעון שסמכות זו כבר קיימת כיום בחוק, ועל כן אין צורך להוסיפה באופן מיוחד⁸⁵.

שלוש ההצעות גם מסמיכות את הממונה ליתן הוראות לחברי הקבוצה כדי למנוע תמחור מקביל. הוראה זו בעייתית, בהפכה את הממונה למפקח על המחירים בקבוצת הריכוז. פיקוח כאמור מחייב הבנה מעמיקה ומתמדת של תנאי השוק ושל העלויות הכרוכות בפעילותן של החברות בו. זאת, על מנת לקבוע לכל חברה בקבוצת הריכוז מחיר שונה מזה של חברותיה ועדיין לאפשר להן לפעול באופן רווחי בשוק – שאם לא כן ייהפך השוק לריכוזי עוד יותר. יתרה מזאת, מהצעות החוק נובע כי גם אם אחת החברות תקבע מחיר תחרותי, שאר החברות בקבוצה לא תוכלנה להתאים את מחיריהן למתחרותן; קרי: על שאר החברות בקבוצה ייאסר להתחרות בדרך של הורדת המחיר לרמה התחרותית, שכן אחרת עלולות הן להיות מואשמות בעברה של תמחור מקביל. תוצאה זו היא פרי הצעות החוק שאינן מבדילות בין תמחור מקביל ברמה תחרותית לבין תמחור מקביל ברמה על-תחרותית. אם בכל זאת יוחלט להשאיר את כלי הפיקוח על המחירים על כנו, מומלץ לשנות את ההצעות כך שהן יסמיכו את הממונה לטפל בתוצאות ההתאמה האוליגופוליסטית הפוגעות ברווחה החברתית. בדרך זו יוכל הממונה, למשל, להחיל פיקוח רק על אחת החברות בשוק ולחייבה להוריד את מחירה לרמה התחרותית. שאר החברות יאלצו לילך בעקבותיה, ולא – יסתכנו באבדן לקוחותיהן⁸⁶.

בעייתית במיוחד היא ההצעה לקבוע כי התאמה אוליגופוליסטית תיחשב ניצול

84 ראו הצעת חוק לתיקון חוק ההגבלים העסקיים (תיקון – הוראות שונות), התשס"ד–2004, פ/2497; הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון – מניעת התנהגות שאיננה תחרותית על ידי קבוצת ריכוז), התשס"ה–2005, פ/3581; הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון), התשס"ה–2005, פ/3608.

85 גל, פרלמן וסולומון, לעיל ה"ש 76, בעמ' 45.

86 להצעה ברוח זו ראו: Michal S. Gal, *Reducing Rivals' Prices: Government-Supported Mavericks as New solutions for Oligopoly Pricing*, 7 STAN. J.L. BUS. & FIN. 73 (2001).

לרעה של כוח מונופוליסטי בהתאם להוראות סעיף 29א לחוק⁸⁷. הצעה זו הופכת את ההתאמה האוליגופוליסטית לאיסור פלילי ונוזקי ויוצרת שלל בעיות תאורטיות ופרקטיות⁸⁸. ראשית, חברות בשוק אוליגופוליסטי מתנהגות באופן דומה לזה של חברות בשוק תחרותי בהבדל עיקרי אחד: בין שיקוליהן הן מתחשבות בעובדה, הנובעת ממבנה השוק, כי להחלטותיהן יש השפעה מידית וישירה על השוק. עובדה זו אינה מתיישבת עם הטלת איסור פלילי, המבוססת על ההנחה כי המונופוליסט ניצל לרעה את כוחו באופן בלתי חוקי. הסדרה ופיקוח אדמיניסטרטיביים שאינם מבוססים על ההנחה כי הפעולה מהווה הפרה של נורמות חברתיות מקובלות, מתאימה הרבה יותר למניעת התנהגות זו. שנית, כפי שציינתי לעיל, הצעה זו תחייב את החברות בקבוצת הריכוז לפעול באופן מלאכותי, תוך מניעת פרקטיקות עסקיות מקובלות הנובעות מתנאי השוק. שלישית, אכיפה פלילית ואכיפה נזיקת מסיסות את הניתוח משאלת הסעד המתאים להקטנת הפגיעה בציבור לשאלות של אחריות. לבסוף, ולא פחות חשוב, חוק ההגבלים אינו אוסר על מונופוליסט יחיד לגבות מחיר על-תחרותי; לכל היותר חל איסור כזה רק כשהמחיר גבוה במידה "בלתי-הוגנת"⁸⁹. אם נחיל איסור הגבלי של התאמת מחירים, נמצאנו אוסרים על קבוצת ריכוז את מה שמותר למונופולין יחיד. לא למותר לעיין, כי גבייתו של מחיר על-תחרותי אינה תמיד מזיקה לרווחה החברתית. ניתוח ארוך-טווח מוכיח כי האפשרות לגבות מחיר על-תחרותי מהווה תמריץ לחברות להשקיע במטרה לפעול בשווקים שאפשר לגבות בהם מחירים כאלה, ואפשרות זו היא המניעה את התחרות לכניסה ולפעולה בשווקים אלו, כמו גם את ההתחדשות הטכנולוגית הנדרשת, לעתים, לשינוי מבנה שוק ולשינוי תנאי המקטינים את התחרות⁹⁰. מטעמים אלו אני סבורה כי יש לדחות את ההצעה האמורה. במקומה יש להוסיף להצעות כלים לתיקון הכשלים הלוגיים הקיימים כיום בחוק, כמפורט לעיל⁹¹.

4. מנגנון ההכרזה על בעל מונופולין

הערת האחרונה בנוגע לפרק המונופולים נוגעת להכרזה על בעל מונופולין כעל כזה על ידי הממונה על ההגבלים העסקיים, המעוגנת בסעיף 26 לחוק. לדעתי, יש לשנות מהותית את ההלכה הנוהגת, מבית מדרשו של בית הדין, שלפיה שיקול

87 הצעת חוק לתיקון חוק ההגבלים העסקיים (תיקון — הוראות שונות) והצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון), לעיל ה"ש 84.

88 ראו גם גל, מהו הסדר?, לעיל ה"ש 78.

89 ס' 29א(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים קובע כי גביית "מחירים בלתי הוגנים" מהווה ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. טרם הוכרע בפסיקה באופן חד-משמעי אם מחיר הגבוה משמעותית ממחיר השוק הנו "בלתי הוגן". ראו רע"א 2616/03 ישראכרט בע"מ נ' רייס, תק-על 3195 (1)2005.

90 ראו, למשל, Michael S. Gal, *Monopoly pricing as an Antitrust Offense in the U.S. and the EC: Two systems of Belief about Monopoly?* 49 ANTITRUST BULLETIN 343 (2004).

91 גל, פרלמן וסולומון, לעיל ה"ש 78, בעמ' 47.

הדעת הנתון לממונה אם להכריז על מונופולין אם לאו הנו מצומצם ביותר, ושלפיה בכל מקום שבו מתקיימים התנאים הטכניים להכרזה יש להכריז כאמור.⁹² אמנם, נכון, להכרזה יתרונות חשובים. היא מציבה תמרור אזהרה בפני בעל המונופולין, לאמור: היזהר באיסורי החוק כיוון שהתנאי להחלת האיסורים התקיים. היא מהווה גם אור ירוק לצדדים פרטיים להשקיע במעקב אחר פעולות המונופולין, מאחר שהם מודעים עתה למעמדו, ומאחר שעלות הוכחת מעמד זה יורדת בשל החזקה הניתנת לסתירה בדבר מעמדו של בעל המונופולין הנוצרת עם ההכרזה.⁹³ תמריץ זה מחזק עוד יותר את תמריץ המונופולין להסדרה עצמית ולהגבלת פעולות של ניצול לרעה. אולם הלכה שאינה מאפשרת לממונה להתחשב בשיקולים רחבים במסגרת ההחלטה אם להכריז על חברה כמונופולין אם לאו, גורמת להסתט משאבי ציבור גם במקרים שבהם אין כל צורך ממשי בהכרזה – בין בשל העובדה כי הפגיעה האבסולוטית בצרכן קטנה, ובין מאחר שסכנת הניצול לרעה קטנה.⁹⁴ לפיכך יש להקנות לממונה שיקול דעת רחב בבואו להחליט אם להכריז על בעל מונופולין ככזה אם לאו, על מנת להגביל את השימוש בהכרזה לאותם מקרים שבהם יש בה כדי לתרום להגדלת הרווחה המצרפית. אמנם נכון, בפועל הממונה מפעיל שיקול דעת רחב טרם ההכרזה כאמור, אולם יש מקום לשנות במפורש את ההלכה המשפטית, כך שזו תתיישב עם הפרקטיקה הנוהגת.

ה. הרחבת מערך הסנקציות על הפרת האיסורים בחוק ההגבלים

תיקון נוסף הנדרש בחוק שאינו עוסק באיסורים המהותיים אך שחשיבותו לאכיפת החוק אינה פחותה בחשיבותה, עניינו הרחבת מערך הסנקציות על הפרת החוק. האם די בסנקציות המנויות כיום בחוק כדי להרתיע גורמים עסקיים מלעבור על הוראות החוק? לדעתי, התשובה לכך שלילית. כיום עומדות בפני הממונה שתי אפשרויות קיצוניות ובעייתיות מקום שהוא סבור כי נעברה עברה בתחום דיני ההגבלים: הגשת תביעה פלילית או פרסום קביעה כי נעברה עברה על הוראות החוק. האפשרות הראשונה חמורה בתוצאותיה, אך מחייבת הליך ארוך, יקר וממושך, בעל רף הוכחה גבוה ביותר, עד אשר תוטל סנקציה. ואכן, בפועל מספר התביעות הפליליות המוגשות קטן ביותר. זאת ועוד: הליך פלילי כמעט שאינו ננקט לשם מניעת התנהגות העולה כדי ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי או לשם מניעתו, בדיעבד, של מיוזג אסור.⁹⁵

92 ער 1/01 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פס' 8-7 (טרם פורסם, 9.6.2006) (9.6.2006) (www.etype.co.il/anti1/?cmd=4&text=1491,1493,1489,1511).
(כניסה אחרונה ב-20.8.07).

93 ס' 26(א) 43 לחוק ההגבלים העסקיים.
94 ראו מיכל (שיצר) גל ואמיר ישראלי "פעמון על צוואר החתול: הכרזה על קיומו של מונופולין בהתאם להוראות חוק ההגבלים העסקיים" (צפוי להתפרסם במשפט ועסקים, 2008).

95 הממונה הגיש טיוטת כתב אישום פלילי בעברה של ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי פעם אחת בלבד, בעניין עלית-קדבורי. גם שם הסתיים העניין לבסוף בצו מוסכם.

האפשרות השנייה מידית אך חסרת שיניים, כיוון שלכל היותר הקביעה תשמש כראיה לכאורה בכל הליך משפטי אשר עלול להתנהל נגד מי שהתקבלה בעניינו קביעה כאמור.⁹⁶

אמנם קיימת גם אפשרות להגיע לצו מוסכם⁹⁷. אולם אפשרות זו בעייתית אף היא, בין היתר בשל העובדה שהצדדים לצו מודעים למערך הסנקציות המוגבל הנתון בידי הממונה. אשר על כן, יש להסמך את הממונה להשית קנסות אזוריים על מי שהפר את הוראות החוק, תוך מתן אפשרות למי שהושת עליו קנס כאמור לערער עליו בהליך אזורי מתאים, כפי שמקובל במרבית מדינות העולם. כך, למשל, אפשר לקבוע שסכום הקנס הכספי ייקבע על ידי הממונה עד לסך של 10% ממחזור המכירות השנתי הרלוונטי של החברות שהפרו את הוראות החוק, בדומה לדין האירופי. מובן שגובה הקנס המושת צריך להתחשב, בין היתר, ברווח בפועל או ברווח הצפוי מהעברה ההגבלית, ובסיכויי התפיסה והענישה על עברה הגבלית, על מנת לוודא כי הקנס ימנע הישנות של עבירות כאמור. שינוי זה במערך הסנקציות חיוני ליעול מערך האכיפה ההגבלית וליצירת הרתעה משמעותית מפני הפרת איסורי החוק. מובן שהגדלת תקציבי האכיפה הנתונים לרשות ההגבלים העסקיים עשויה אף היא להועיל בהגברת רמת ההרתעה.

1. סיכום

כפי שטענתי במאמר זה, למחוקק עוד עבודה רבה בתיקון החוק. מלאכת התיקון אינה קלה, אולם ראוי לזרז את העושים במלאכה, שכן מה שנעשה עד עתה הוא מעט מדי ומאוחר מדי. בטרם אסיים ברצוני להאיר, ולו בחטף, נקודה נוספת. עד עתה התנהל הדיון בהנחה שלמילותיו של החוק השפעה על התנהגות השווקים. אולם, כפי שכולנו יודעים, חוק — טוב ככל שיהיה — אינו עומד בדד. על מנת שהחוק ישיג את מטרתו יש צורך ברשות אוכפת חזקה, בעלת משאבים אנושיים וכלכליים המאפשרים לה לפעול ביעילות. יש צורך במודעות ציבורית לחשיבות ההגנה על התחרות. יש צורך בבית משפט אשר לו הבנה — ולו בסיסית — של הבסיס הכלכלי לניתוח התנהגות השווקים. אם תרצו — תנאים אלו הם "התנאים האקולוגיים" לצמיחתו של חוק הגבלים⁹⁸. יש להקפיד על קיום תנאים אלו, הלכה למעשה, שאם לא כן התיקונים הנדרשים בחוק לא ישנו את המצב הקיים.

96 ס' 43(ה) לחוק ההגבלים העסקיים.

97 ס' 50 לחוק ההגבלים העסקיים. צו מוסכם הנו צו הניתן על ידי בית הדין, המבוסס על הסכם שהממונה הגיע אליו עם מי שהואשם בעברה הגבלית והמסיים את ההליכים בתיק הרלוונטי.

98 לפירוט התנאים האקולוגיים לצמיחתו של חוק הגבלים ראו: *The Ecology of Antitrust: Preconditions for antitrust Enforcement in Developing Countries*, in COMPETITION, COMPETITIVENESS AND DEVELOPMENT: LESSONS FROM DEVELOPING COUNTRIES 22 (Brusick, Alvarez, Cernat & Holmes ed., UN, 2004) available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=665181