

בדרך לרפורמה — סוגיות בדיני ההגבלים העסקיים מה אפשר ללמוד מן הרפורמה בדיני התחרות באיחוד האירופי?

מאהר דבאח *

- א. מבוא
- ב. מערכת דיני התחרות באיחוד האירופי — סקירה כללית ומדוע כדאי ללמוד ממערכת זו?
- ג. הלקחים
 1. שפה ומינוח
 2. אכיפת החוק
- ד. מסקנות

א. מבוא

דיני התחרות הם בעלי חשיבות גבוהה הן בכלכלות מפותחות והן בכלכלות מתפתחות. בדיני התחרות יש כדי לתרום רבות לפיתוח הכלכלי של מדינות ולהשגת "איוון" במישור הסוציו-כלכלי והסוציו-פוליטי. למרות זאת, במשך השנים נוצר מצב של אי-שוויון בנוגע למידת ההתפתחות של דיני התחרות במדינות שונות: בעת שהמדינות המפותחות חוו "חיזוק" והרחבה בניסיון בתחום, הרי ברוב המדינות המתפתחות, אם לא בכלן, לא נראו חיזוקים והרחבות שכאלו. מצב דברים שכזה, בין השאר, תומך בדעה שמן הראוי ללמוד מניסיון של מדינות מפותחות בתחום דיני התחרות, במיוחד בעניין אימוץ חקיקה חדשה או רפורמה של דיני התחרות הפנימיים.

מטרת מאמר זה היא לדון בהתפתחויות בדיני התחרות באיחוד האירופי,

* דירקטור המרכז הבינ-תחומי לתחרות, קווינ מארי, אוניברסיטת לונדון. ברצוני להודות מקרב לב לגב' סוון כספי, למר ניר פורת ולד"ר גיא רוטקופף. האחראיות לטעויות במאמר זה הנה שלי.

ובהיבטים של דיני התחרות המאפשרים ללמוד מניסיונה של הקהילה האירופית. נפתח בסקירה כללית של מערכת דיני התחרות באיחוד האירופי, נסביר מדוע נכון לדון ולהתחשב במערכת הדינים באיחוד האירופי, ולאחר מכן נעבור לדון בדבר הלקחים שאנו בישראל יכולים ללמוד מהניסיון האירופי.

ב. מערכת דיני התחרות באיחוד האירופי – סקירה כללית ומדוע כדאי ללמוד ממערכת זו?

דיני התחרות באיחוד האירופי נוצרו על מנת לתת מענה למערכת נסיבות מיוחדת, והפכו להיות חלק משמעותי ממערכת דינים רחבה, שעליה מבוסס השוק האירופי¹. דינים אלה נועדו לקדם את המטרות המסורתיות והבסיסיות של דיני התחרות, היינו להגביר יעילות כלכלית, להבטיח את רווחתו של הצרכן ולהגן על אינטרסים חברתיים. הם משקפים את גישת הרגולציה הכלכלית באירופה שהיא חלק מהתרבות, מהאינטרסים ומהערכים המיוחדים ליבשת אירופה².

דיני התחרות באיחוד האירופי התפתחו כחלק ממסגרת רחבה שעוצבה על מנת להגביר את שיתוף הפעולה בין המדינות הנכללות בו, ובכלל זה להאיץ ולהגביר את יצירתו של שוק פיננסי אחד³. הדבר בא לידי ביטוי עוד בשנת 1957 עם חתימתה של "אמנת רומא" שהולידה את הקהילייה האירופית. אמנה זו כוללת, בין היתר, סעיפים חשובים בקשר לתחום התחרות. סעיף 81 הדן בהסדרים כובלים וסעיף 82 הדן בניצול מעמד דומיננטי לרעה, הם שני סעיפים הראויים לאזכור⁴. בנוסף לאמנה התפתחו מערכות דינים ותקנות נוספים משלימים בתחום, דוגמת תקנת מיזוג חברות 139/2004 שדנה בפיקוח על מיזוגים (המכונים בתקנה "ריכוז" או "Concentration")⁵.

- 1 ראו בכלל: DAVID GERBER, LAW & COMPETITION IN TWENTIETH CENTURY EUROPE: PROTECTING PROMETHEUS (1998); MAHER DABBAH, EC AND UK COMPETITION LAW: COMMENTARY, CASES AND MATERIALS (2004).
- 2 GERBER, לעיל ה"ש 1.
- 3 Arts. 2 & 3 of the Treaty Establishing the European Economic Community, Mar. 25, 298 U.N.T.S. 11.
- 4 ס' 81 מטיל איסור על כל צורה של הסדר כובל שיש בו כדי לפגוע בתחרות בשוק האירופי. ס' 82 דן במצב שונה מזה שבו עוסק ס' 81, ועניינו מקרים שבהם פירמות דומיננטיות מנצלות את מעמדן לרעה באופן הפוגע בתחרות, כגון קביעת מחירים בלתי הוגנים, הפליה בין לקוחות, סירוב לספק ללקוח מסוים או להתקשרות עם לקוח, כשסירוב זה הנו בלתי סביר.
- 5 Regulation 139/2004 OJ [2004] L 24/1. התקנה נכנסה לתוקף במאי 2004 והחליפה את תקנת מיזוג החברות הקודמת: 4064/89. תקנות נוספות אשר מן הראוי לאזכרן הן: תקנת העברת טכנולוגיה Regulation 772/2004 ותקנת פטור הסוג להסדרים כובלים אנכיים Regulation 2790/99.

יש כמה טעמים לכך שמערכת דיני התחרות של האיחוד יכולה להיות דגם שאפשר ללמוד ממנו:

ראשית, המערכת האמורה הפכה בזמן קצר יחסית לאחת המערכות המתקדמות ביותר בעולם. המערכת היחידה שיכולה להתחרות במערכת דיני התחרות של האיחוד הנה המערכת האמריקנית. אך אם נבחן את ההתפתחויות הבינלאומיות במהלך עשר השנים האחרונות לערך, נמצא שהמערכת של האיחוד האירופי הפכה להיות בעלת השפעה רבה אף יותר מהמערכת האמריקנית.⁶

לכך יש כמה סיבות. בעיקר ראוייה לציון העובדה שמדינות רבות בעולם עיצבו וערכו את דיני התחרות המקומיים שלהן על בסיס חוקי התחרות באיחוד האירופי, ובעיקר על בסיס סעיפים 81 ו-82 לאמנה. נמנות עמן רבות מ-27 המדינות שהנן חלק מהאיחוד האירופי, אך גם מדינות רבות נוספות באמריקה הלטינית, באסיה ובמזרח התיכון.⁷ דיני התחרות של האיחוד האירופי מהווים אפוא מודל עולמי חשוב.

שנית, בסך הכול, זוהי מערכת שמתפקדת באופן יעיל ושוטף: החוקים נאכפים על ידי מחלקה ספציפית המתמחה בתחום בתוך הנציבות האירופית (DG Competition); על החלטות הנציבות אפשר לערער בפני בית משפט מיוחד: European Court of First Instance (סי. אפ. אי. או "CFI"),⁸ שפסיקתו גם היא ניתנת לערעור בפני ה-European Court of Justice (אי. סי. ג'יי. או "ECJ") שהנה הגוף השיפוטי הגבוה ביותר בהיררכיה המשפטית של האיחוד.⁹

שלישית, במהלך שלוש השנים האחרונות חלו התפתחויות ראויות לציון במערכת דיני התחרות באירופה. התפתחויות אלו שינו את דרכי אכיפתם של דיני התחרות באיחוד האירופי והן כוללות:

1. בחינה שוטפת בנושאים הבולטים והכוערים בתחום האכיפה הפרטית¹⁰.
2. בחינה מתמשכת של סעיף 82 לאמנה (הסעיף הדן בניצול מעמד דומיננטי לרעה). הנציבות פרסמה נייר עמדה (Discussion Paper) באשר ליישומו של סעיף 82, וכיום היא פועלת על מנת לפרסם הנחיות בדבר יישומו. הנציבות תומכת בכך שבחינת נושא הניצול כאמור בסעיף 82, תיעשה על בסיס ניתוח כלכלי מתוחכם יותר. הנציבות אימצה את נייר העמדה בדצמבר 2005. עניינו העיקרי של נייר

6 ראו: MAHER DABBAH, THE INTERNATIONALIZATION OF ANTITRUST POLICY (2003).

7 ראו: MAHER DABBAH, COMPETITION LAW & POLICY IN THE MIDDLE EAST (2007).

8 בית משפט זה הוקם בשנת 1989 על מנת להקל בעומס העבודה שנוצר בפני ה-E. C. J. בית המשפט דן בשני סוגים של תיקים: Competition Cases and Staff Cases. ראו סעיף 230 לאמנת רומא, הדן בערעור כנגד החלטות הנציבות.

9 ראו: ALISON JONES & BRENDA SUFRIN, EC COMPETITION LAW: COMMENTARY, CASES AND MATERIALS (2nd ed., 2004).

10 ראו סעיף ג(2) להלן. אכיפה פרטית משמעותה הגשת תביעות פרטיות על ידי חברות כנגד חברות המשתתפות בהסדרים כובלים או חברות המנצלות את מעמדם (הדומיננטי) לרעה, דהיינו חברות המפרות את סי' 81 או 82 לאמנת רומא.

העמדה הנו הגדרת דרכי הניצול לרעה של עמדה דומיננטית: תמחור טורפני, הגבלות על רכישות וסירוב לספק למשל. נייר העמדה הנו למעשה תוצאת מהלך הביקורת הפנימית של הנציבות בנוגע לסעיף 82, המכוון להבטיח מדיניות עקבית בהקשר של יישום הסעיף. נייר העמדה אינו מלמד על כוונה מצד הנציבות לבצע רפורמה רדיקלית בנוגע לסעיף 82 עצמו, אלא מציע גישה המבוססת על בחינת ההשפעות הכלכליות של ההתנהגות שהסעיף עוסק בה. מטרתו היא להבחין בין דפוסי פעולה אשר יפגעו בתחרות וברוכשים בסבירות גבוהה, לבין אלה שאינם פוגעים בדרך כלל. אין בנייר העמדה כדי ללמד שהנציבות מודה כי אילו מהחלטותיה בעבר היו מוטעות.

נייר העמדה כולל כמה נקודות מעניינות: הנייר מספק מסגרת לסוגיית נהגים חוסמי התחרות (Exclusionary Practices) תחת סעיף 82. לא ברור עדיין אם הנציבות תשלים את ביקורתה כאשר לסעיף 82, בפרסום קבוצת "הנחיות" (כדומה לאלו שפורסמו בהקשר של סעיף 81 בנושאים כגון הסכמים אנכיים והעברת טכנולוגיה). הנציבות הצהירה כי כעת עדיין מוקדם מכדי לקבוע אם אפשר לצפות להנחיות כאלה.¹¹

3. אימוץ משטר פיקוח חדש בתחום המיזוגים שהוגדר תחת תקנה 139/2004 שהחליפה את תקנה 4064/89 הישנה.¹²

4. חקיקת הנחיות חדשות בנוגע לחוזים בתחום העברת טכנולוגיה — תקנה 772/2004.¹³

5. ובנוסף, התקנת תקנה חדשה בעלת חשיבות רבה: תקנה 1/2003 — תקנת המודרניזציה.¹⁴ תקנה זו החליפה את מערכת האכיפה שהייתה קיימת במשך 42 שנים (במסגרת התקנה הישנה 17/62), ושהגדירה את הדרכים שבהם אכפה הנציבות את סעיפים 81 ו-82 והתקנות הנלוות.

יהיה זה נכון להרחיב מעט על תקנה 2003/1 על מנת להדגיש כמה מהיבטיה החשובים ביותר:

א. התקנה ביטלה את מנגנון ההודעה מראש (Notification) — חברות אינן חייבות עוד להודיע על הסכמייהן לנציבות על מנת לקבל פטור או אישור מיוחד.¹⁵ משמעות הדבר הנה שחברות קיבלו, תחת המשטר החדש, את האחריות לבצע הערכה עצמאית של מצבן בנוגע לכל הסכם או התקשרות עסקית שהן מעוניינות

11 אפשר למצוא את נייר העמדה באתר של הנציבות.

12 ראו לעיל ה"ש 5.

13 Regulation 772/2004 OJ [2004] L 123/11. התקנה החליפה את תקנה 240/96.

14 Regulation 1/2003 OJ [2003] L 1/1.

15 על פי המנגנון שהוחלף, על חברות אשר התכוונו להיכנס להסדר כובל, היה להגיש לנציבות הודעה שמשמעותה היא בקשה לאישור ההסדר. מנגנון זה נכנס לתוקף בשנת 1962, תחת תקנה 17/62. יש לציין שלמרות ביטול מנגנון ההודעה, התקנה אינה מונעת מחברות להגיש לנציבות "שאלות בעלות חשיבות" (Novel Questions). אלא שמתבע הדברים הנציבות אינה חייבת במתן מענה, והיא תעשה כן אם לוח הזמנים ועומס העבודה יאפשרו זאת.

ההוציא אל הפועל. כמובן, על ידי ביטול מנגנון ההודעה כאמור, פינתה הנציבות חלק משמעותי ממשאביה, וכיום היא יכולה לנתב משאבים אלה באופן שיאפשר לה להתרכז ולפעול באופן יעיל וממוקד יותר למיגור הפרות משמעותיות של דיני התחרות, לאמור: קרטלים וניצול מעמד דומיננטי לרעה.

ב. התקנה מעניקה סמכויות אכיפה רחבות יותר לבתי המשפט ולרשויות התחרות הפועלות בתחום מדינות האיחוד באשר לסעיפים 81 ו-82. דבר זה בא לידי ביטוי, בין היתר, בסמכות שניתנה לגופים אלה ליישם את סעיף 81(3) שעניינו מתן פטור במקרים שבהם קיים צידוק להסדר כובל¹⁶. במשך 42 שנים הייתה הסמכות למתן פטור נתונה באופן בלעדי לנציבות, דבר שהביא לריכוזיות במערכת, כלומר לריכוז כוח האכיפה בידיה של הנציבות כגוף יחיד.

ג. התקנה מדגישה את החשיבות ואת הצורך ביצירת "רשת אירופית בתחום התחרות" (ECN — European Competition Network), בין הנציבות לבין הרשויות המדינתיות במדינות החברות, על מנת לקדם תיאום ושיתוף פעולה אפקטיבי והדוק יותר, בכל הקשור לאכיפתם של סעיפים 81 ו-82. כמו כן, ישנה התייחסות לחשיבות המיוחדת של יצירת קשר בין הנציבות ובין בתי המשפט המדינתיים. שתי הנחיות חשובות שפורסמו על ידי הנציבות, כחלק מהרפורמה החדשנית, דנות בצורך בהקמת ה-ECN¹⁷ ובשיתוף פעולה בין הנציבות לבתי המשפט המדינתיים¹⁸.

ד. התקנה מעניקה לנציבות סמכויות אכיפה חדשות, כגון קיום חיפושים בבתי פרטים (מקומות שאינם בגדר "מקום עסקים"), לצורך בירור חשדות לעברות¹⁹. כאן חשוב לציין כי באכיפת החוק נוקטת הנציבות האירופית הן שיטות מסורתיות והן שיטות מודרניות יותר. השיטות המסורתיות כוללות, בין היתר, ביצוע חקירות מעמיקות ומקיפות, לרבות ביצוע פשיטות עם שחר והטלת קנסות כבדים מקום בו חברות נמצאות אשמות בהפרת חוקי התחרות²⁰. השיטות המודרניות כוללות, בין היתר, עידוד חברות להודות במעורבותן בהפרות משמעותיות של החוק (כגון קרטלים), בתמורה להקלה בעונש הצפוי להן מהנציבות, בין על ידי קבלת חסינות מעונש ובין על ידי הפחתת הקנס שהנציבות מוסמכת להטיל. הנציבות הבהירה כי אינטרס הצרכן או האזרח האירופי במיגור מספר רב ככל האפשר של קרטלים מצדיק מדיניות זו; והיינו הקלה בהיקף הקנסות המוטלים על חברות

16 ראו ס' 6 לתקנה. הסמכות למתן פטור נחשבת לחשובה ביותר, מאחר שמתן פטור משמעותו שהאיסור הקבוע בסעיף 81(1) אינו חל. בנוסף, יש לציין שהמלל של סעיף 81(3) מובא באופן רחב — על כן אפשר לטעון שהסעיף מאפשר לקחת בחשבון שיקולים לבתי תחרותיים, כגון שיקולים המבוססים על מדיניות התעשייה, ולא על מדיניות התחרות.

17 OJ [2004] C 101/43

18 OJ [2004] C 101/54

19 ראו ס' 21 לתקנה.

20 ראו ס' 20, 23 ו-24 לתקנה 1/2003.

שהנן חלק מקרטלים בתמורה לגילוי דבר קיומם של קרטלים והגדלת הסיכון של משתתפיהם.

הנציבות מתייחסת לעניין ברצינות יתרה. היא הציגה את תכנית ה"חסינות" או "היד הרכה" לחברות שהודו בהפרות שעשו בשנת 1996.²¹ תכנית זו הורחבה בשנת 2002,²² ובחודש דצמבר 2006 חלה התקדמות נוספת על ידי הצגת עקרונות חדשים²³ כגון: הבהרת הדרישות ומדרגות הסף לזכאות להיכלל בתכנית "החסינות"; הבהרה וחיידוד של התנאים לקבלת החסינות; הצגת הליך אשר במסגרתו תתקבלנה פניות לקבלת חסינות על בסיס מידע חלקי (שיושלם בשלב מאוחר יותר); והבהרה שחברות יכולות להודות בפני הנציבות על חברותן בקרטלים בעל פה מבלי שתצטרכנה להעלות את הודאתן על כתב.

הסיבה לויתור על הודאה בכתב היא שהנציבות מבקשת להימנע מסיטואציה שבעטייה מסמכים יתגלגלו לצדדים שלישיים, שעשויים להשתמש בהם לשם הגשת תביעה אזרחית כלפי החברות שבנדון. זאת אף שהנציבות מעוניינת לעודד אכיפה על ידי יחידים והיא פועלת לאחרונה בחריצות לקידום פעילות כזו. הנציבות הפיקה נייר עמדה ("Green Paper")²⁴ בתחום האכיפה הפרטית, ולאחרונה – באפריל 2008 – פירסמה שני מסמכים חדשים בעלי חשיבות גבוהה: "White Paper" ו-"Working Paper".

בנוסף, מסתמכת הנציבות בהפצת מסריה על כלי חשוב, שהוא בעיקרו הפצת מידע וחינוך בתחום דיני התחרות. לאמור, הדרכת עסקים, חברות, וחשוב מכך – חינוך הצרכנים והציבור בכללותו – על חשיבותה וערכה של המדיניות בתחום דיני התחרות. הנציבות משיגה יעד זה באמצעות שימוש בכמה כלים: פרסומים אינפורמטיביים, ארגון כנסים ואירועים בתחום רחבי אירופה, עריכת שימועים ציבוריים וכיוצא בזה. כלים אלה ידועים היום בעולם דיני התחרות כ-"Competition Advocacy"²⁵.

כל ההתפתחויות שהוזכרו מתוארות באתר האינטרנט של האיחוד האירופי, אולם בחרתי להביאן משום שיש בהן כדי להראות שלעתים רפורמות רדיקליות הן צעד נחוץ כאמצעי להבטחת תפקודה היעיל והבריא של מערכת דיני התחרות. כאן אפשר למצוא מסר בעל חשיבות למערכת המשפט הישראלית.

.OJ [1996] C 207/04 21

.OJ [2002] C 45/03 22

.OJ [2006] C 298/17 23

.COM (2005) 672 24

Maher Dabbah, *Measuring the Success of a System of Competition Law*, 21 ECLR 369 25 (2000).

ג. הלקחים

לאחר שסקרנו בקצרה התפתחויות שונות דיני התחרות של האיחוד האירופי, מן הראוי לבחון מהם הלקחים שאפשר ללמוד ממערכת זו. עם זאת, חשוב להדגיש שמטרת אינה לשווק את מערכת האיחוד האירופי לישראל. דיני תחרות אינם תחום של "העתק" ו"הדבק". אף שמדינות רבות ורשויות הפועלות בתחום עשו כן לא אחת, ואף שבמדינות מסוימות פעלו נושאי משרה ברשויות אלו להתאמת המערכת למומחיותם הם ולא לצורכי המקום, זו תופעה הפסולה מכול וכול.

בבואנו לשקול הקמת מערכת מקיפה בתחום דיני התחרות, או לחלופין בבואנו לשקול ביצוע רפורמה בדינים הקיימים, יהיה זה מועיל ונכון ללמוד מניסיונם של אחרים. עם זאת, חשוב להבטיח שהמערכת החדשה תצמח מהשורשים המקומיים. דיני התחרות צריכים להתאים לתרבות הנפוצה במדינה שבה הם מיושמים, למערכת המשפט שלה ולנסיבות הכלכליות הספציפיות שלה.

בסקירת דיני ההגבלים העסקיים בישראל אפשר להבחין בהשפעותיהם של דיני התחרות באיחוד האירופי, בארצות-הברית ואולי אף בקנדה, אך לא תמיד הייתה זו השפעה חיובית. כך, למשל, אפשר להביא כדוגמה את פטורי הסוג שאומצו לראשונה ב־2001 ושתוקנו ב־2006.²⁶ כוונת המחוקק הייתה לפעול על פי הדגם של האיחוד האירופי, אך לא ברור שישראל זקוקה לסוג כזה של פטורים. וחשוב מכך, האם בפרקטיקה מתפקדים פטורים אלה באופן הטוב ביותר? לי נראה שלא.²⁷ בהקשר זה מן הראוי להעיר כי בבריטניה, הממוקמת בלב האיחוד האירופי, שחקיקתה בתחום מבוססת במידה רבה על דיני האיחוד,²⁸ קיים פטור סוג אחד בלבד – וכי לפטור סוג זה אין מקבילה במערכת של האיחוד האירופי עצמו. מהם השינויים אשר מן הראוי לאמץ במערכת ההגבלים העסקיים בישראל תוך לימוד מניסיונם של אחרים?

1. שפה ומינוח

מבחינת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח–1988, עולה כי חלק מהמונחים בחוק כלל אינם מעודכנים. דיני התחרות ועולם המונחים הרלוונטי בתחום, והניתוח הכלכלי שמהווה את הבסיס לדינים אלו, חוו התקדמות ניכרת במהלך השנים, מאז שנחקק החוק, התקדמות אשר מן הראוי שתבוא לידי ביטוי בנוסח החקיקה. קיומו של "חוק הגבלים עסקיים" אינו חופף ואינו מייתר את הצורך בקיומו של "חוק התחרות". על חוק ההגבלים העסקיים להתרכז בהסדרת האופן שבו

26 ראו ס' 15 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח–1988 (להלן: "חוק הגבלים עסקיים"). פטורי הסוג הם כללים לסוגי הסדרים כובלים אשר הממונה על ההגבלים העסקיים קבע ואישר, ואשר הצדדים להם פטורים מקבלת אישור בית הדין להגבלים עסקיים.

27 DABBAH, לעיל ה"ש 7, פרק 3.

28 ראו למשל: Competition Act 1998, ch. 1, 2 (Eng.).

חברות גדולות משתמשות בכוח השוק שלהן, ופחות בהסרת מעצורים לתחרות בשוק החופשי, נושא שבו רצוי שיעסוק חוק התחרות.

בחינת ניסיון של בריטניה ושל האיחוד האירופי יכולה להמחיש היטב נקודות אלה. בבריטניה הייתה מערכת שהתבססה על עקרונות בדבר פיקוח על "הגבלים עסקיים". כיום המערכת מבוססת על דיני התחרות²⁹. הבדל זה גרם לשינוי עצום בכל המערכת בבריטניה³⁰. במערכת האיחוד האירופי החזיקה הנציבות, במשך שנים רבות, במדיניות שחייבה מעורבות גבוהה, שהייתה מבוססת על גישה פורמלית מאוד — צורת ההסכמים או ההתנהגות הייתה הגורם המכריע ביישום ובהחלת החוקים הרלוונטיים. גישה זו השתנתה עם אימוץ גישה השמה דגש על המשמעות הכלכלית על ידי הנציבות ולאחרונה עם ביטול מנגנון ההודעה המוקדמת³¹.

אם בכוונתנו ליצור ולעצב בישראל מערכת דינים בתחום התחרות, שתתפקד ביעילות ובהצלחה, עיקר העבודה ותשומת הלב צריך שיהא תחילה בהעברת החקיקה יחד עם החשיבה בתחום מהמאה ה־20 למאה ה־21.

יש צורך להבהיר את המונחים הקיימים בחוק כגון "הסדר כובל". לעניות דעתי, אפשר להגדיר מונח זה באופן ברור ומדויק יותר. מבורכת בעיניי, בין היתר, המלצתה של הוועדה לבחינה מחודשת של חוק ההגבלים העסקיים, שמונתה ב־2005, לשנות את הגדרת המונח "הסדר כובל" בסעיף 2 לחוק³².

בדומה לכך גם הגדרת המונח "מונופול": לפי חוק ההגבלים העסקיים, מונופול הוא חברה בעלת נתח שוק גדול בשוק הרלוונטי. החוק קובע שגוף הוא מונופול אם הוא שולט ביותר מ־50% מכלל אספקת נכסים או שירותים בידי בן אדם אחד או רכישתם. הגדרה זו מעוררת קושי שכן חברה בעלת נתח שוק של כ־55% לדוגמה, יכולה למצוא עצמה, למרות חלקה היחסי הגדול בשוק, מושפעת מלחצים תחרותיים ולכן ייתכן שהגדרתה כמונופול איננה נכונה בהתחשב בנסיבות הספציפיות החלות עליה.

דרך אחת להתמודד עם הקושי האמור הנה להחליף את הגדרת המונח מונופול בסעיף 26 לחוק בחזקה הניתנת לסתירה, לאמור — חברה בעלת נתח שוק של

29 ראו: שם; Enterprise Act (Amendment 2007), 2002 (Eng.).
 30 את ההבדל המאוזכר כאן אפשר לראות לאור העובדה שהפוקוס של המערכת אינו ממוקד עוד בהתנהגותן של החברות הגדולות וכרגולציה מתמשכת, אלא בפיתוח ובעידוד התחרות בשוק.

31 ראו לעיל ה"ש 15.

32 הוועדה הציעה לנסח את הגדרת המונח "הסדר כובל" כך שזה יכלול שני חלקים: חלק כללי וחלק פרטני. מטרת שינוי מוצע זה היא שהחלק הכללי ילכוד כל סוג של הסדר שיש בו כדי להפחית או למנוע את התחרות בשוק. בסיסו של חלק זה הנו כללי, דהיינו, בחינת ההשפעה הכלכלית של ההסדר על התחרות בשוק.

מהקצה האחר, החלק הפרטני בשינוי המוצע יחול רק על סוגי הסדרים מסוימים שהחזקה כלפיהם היא שהסדרים אלו פוגעים בתחרות מאז ומתמיד. לכן לא יהיה צורך בבחינה כלכלית כלשהי על מנת למדוד את השפעתם הכלכלית של הסדרים אלו על התחרות בשוק.

50% או יותר תוגדר כמונופול, אך החברה תוכל לסתור חזקה זו, אם היא תוכל לספק את ההוכחות הנדרשות לסתירת החזקה כאמור. זהו הנוהג המקובל כיום באיחוד האירופי.³³

2. אכיפת החוק

ברור שיהא זה מיותר וחסר כל תכלית לדון בעיצובם וכיצירתם של דיני תחרות מתקדמים מבלי להבטיח את אכיפתם באופן יעיל ושוטף. נושא האכיפה הנו נושא מרכזי בקידום מדיניות של תחרות והוא מושא לדיונים והתעסקות ניכרת בכל המערכות הקיימות. בלתי אפשרי ליצור מערכת יעילה בתחום דיני התחרות מבלי להבטיח את אכיפתם כאמור.

אינני בטוח כי האכיפה בישראל מבוצעת באופן היעיל ביותר ומקבלת את תשומת הלב הראויה. אין חולק כי רשות ההגבלים העסקיים ביצעה לא מעט פעולות אכיפה אפקטיביות במרוצת השנים, אך ייתכן כי אפשר היה לבצע את אותן פעולות אכיפה באופן יעיל יותר. יש כמה דרכים שבהן אפשר לפעול למטרה זו:

א. החוק ממקם את הממונה על ההגבלים העסקיים כדמות המרכזית והעיקרית ביישום המשטר בתחום דיני ההגבלים העסקיים. הענקת שיקול דעת רחב מדי בידי של אדם אחד הוא מקור לחשש ולדאגה.³⁴ כבריטניה הייתה בעיה דומה, אך היא נפתרה כאשר תפקיד הממונה על ההגבלים העסקיים ניתן לוועד מנהל שפועל במסגרת הרשות להגבלים עסקיים – Office of Fair Trading (OFT). לוועד כאמור יש מנכ"ל, יו"ר ודירקטורים.³⁵

גם באיחוד האירופי, החלטות בנושא מיזוגים, שהתקבלו בעבר על ידי אותם נושאי המשרה שטיפלו בכל התיק הנדון נבדקות לאחר הרפורמה בתחום המיזוגים בשנת 2004,³⁶ בידי נושאי משרה זרים לתיק, לאמור נושאי משרה שלא טיפלו בתיק, וזאת על מנת להבטיח שההחלטות שמתקבלות בתחום מבוססות היטב והוגנות ככל האפשר.³⁷

שינוי דומה של ביזור סמכויות מבורך וראוי גם בישראל, כדי להבטיח שהחלטות בנושאים כאמור תתקבלנה בראייה קולקטיבית ולא תהיינה למעשה תולדה של נקודת מבטו של נושא משרה יחיד. יהיה זה נכון להציע שכמו כבריטניה, גם בישראל יוקם ועד מנהל שיהיה אמון על גיבוש מדיניות התחרות של הרשות להגבלים עסקיים.

ב. יחד עם הפעילות בתחום שיפור אכיפת דיני התחרות חשוב לפתח מערך

33 .Case C-62/86 AKZO Chemie v. Commission, 1991 E.C.R. I-3359 (ECJ)

34 נוכח הקושי בריכוז סמכות רבה מדי בידי של אדם אחד.

35 ראו ס' 1 ו-2 של ה-Enterprise Act 2002.

36 לעיל ה"ש 5.

37 זאת בנוסף למינוי של כלכלן ראשי – מהלך שנעשה לראשונה בשנת 2002.

שיטמיע וידגיש את חשיבותה של מערכת דיני התחרות ואת ערכה לקידומו של משק יעיל ותחרותי. מאמר זה אינו קובע כי מערך שכזה נעדר לחלוטין מפועלה של הרשות להגבלים עסקיים. הנני מודע לסעיפי החוק שעניינם היחסים בין הרשות לכנסת, לממשלה ולציבור הרחב.

אולם דומני כי כיום היקף הפעילות של ה-"Competition Advocacy" ברשות להגבלים עסקיים, מצומצם למדי וייתכן כי הרעיון מצוי עדיין בחיתוליו בישראל. לדוגמה, סעיף 42 לחוק בדבר ניהול מרשם ופרסום ברשומות הנו סעיף כללי מאוד וכמעט שאינו מטיל על הרשות להגבלים עסקיים לנקוט פעולות אקטיביות ממש על מנת לחנך את הציבור בכלל וחברות עסקיות בפרט בדבר דיני התחרות. נראה שסביר לקבוע כי חלק נכבד מהציבור בישראל אינו די מודע או חשוף לתחום דיני התחרות. בנוסף, אינני בטוח כי המערכות הכלכליות, הפוליטיות והחברתיות במדינה מעריכות את חשיבותה של מדיניות של "תחרות". הנני מאמין שזו עוד אחת ממשיותיה של הרשות להגבלים עסקיים.

הביקורת המובאת במסגרת הבחנותיי ומחשבותיי בנושא אכיפת דיני התחרות והטמעתם בציבור בכלל ובחברות עסקיות בפרט, אינה מופנית אך ורק לרשות להגבלים עסקיים. אפשר לומר שהרשות עשתה עבודה טובה מאוד לאורך השנים בהתחשב בנסיבות ובסביבה שבה היא פועלת. כל אדם שמכיר את ההיסטוריה של הרשות יזכור בוודאי את התקופה שקדמה לשנות ה-90 הראשונות שבה הייתה הרשות מחוסרת כל כח אכיפה ממשי וחלשה באופן כללי. הרשות כיום אינה חלשה ואינה מחוסרת סמכויות אכיפה. ובכל זאת, לרשות להגבלים עסקיים תפקיד חיוני ומשמעותי בהעברת מסר חד-משמעי לכל הצדדים המעורבים שהסטטוס קוו הנוכחי אינו מספק. הרשות תומכת ברפורמה במדיניות ובאכיפה, וזאת על מנת להבטיח שהמערכת מקיפה ומוכרת דיה.

בטווח הרחוק, ישנן פעולות רבות נוספות שיכול שראוי שתיעשינה על ידי הרשות להגבלים עסקיים על מנת לממש את מלוא הפוטנציאל שבה ולהבטיח את אכיפתם של החוקים בתחום.

ד. מסקנות

השאלה אם נכון יהא להחליף את כל החוק משנת 1988 בישראל בחוק חדש, במקום להסתפק בהכנסת תיקונים נוספים לחוק בעתיד, הנה שאלה לגיטימית, רלוונטית ונחוצה. השאלה רלוונטית במיוחד לאור הבחינה הנוכחית של החוק והמשטר שפועל מכוחו על ידי הוועדה לבחינה מחודשת של חוק ההגבלים העסקיים שמונתה כאמור בשנת 2005. אך חשוב מכך, השאלה רלוונטית לאור הצורך הגלוי והברור שקיים לתת מענה לבקורת הרווחת בין העוסקים בתחום של משטר דיני התחרות בישראל.

לאור זאת, השאלה שנשאלת היא, האם יש צורך ברפורמה רדיקלית בדיני התחרות בישראל או שמא אפשר להסתפק בתיקונים קוסמטיים לחוק. אין חולק כי אחת ממטרותיה של מדינת ישראל, הייתה מאז ומתמיד, להיות כוח מוביל, מעצב ומשפיע בכלכלת המזרח התיכון וכן שחקן נמרץ בעולם הגלובלי. מטרות שאפתניות שכאלו דורשות בין היתר פלטפורמה של יציבות כלכלית יחד עם צמיחה יציבה וחזקה והבטחת תעסוקה. קידום מטרות מעין אלו דורש תכנית מקיפה לרפורמה כלכלית, שכוללת גם מערכת חדשה בתחום דיני התחרות בישראל. אין כל סיבה ראלית לעיכוב השגתן של מטרות אלו, שרובן ככולן מובילות ליצירתה של כלכלה נמרצת, יציבה ובטוחה בישראל, שתאפשר לה להפוך ברבות הימים להיות אחד המקומות המועדפים ביותר לניהול עסקים במזרח התיכון. דומה כי רפורמה רדיקלית בחוק נחוצה. תקוותי היא כי הוועדה לבחינה מחודשת של החוק תמליץ לממשלה להתחיל במסע לביצועה של רפורמה מקיפה בו ולמטטר בתחום בכללותו. רפורמה רדיקלית בחוק תחזק ותעצב את דיני התחרות וכן את כוחם של הצרכנים בשוק. דרך הרפורמה כאמור תוגבר התחרות החופשית בשוק, טובת הצרכנים ככלל תקנה לה מקום מרכזי במדיניות התחרות בישראל, וכוחה של הרשות להגבלים עסקיים יתחזק ויהא יעיל יותר. כל זאת, יחד עם הקצאת המשאבים המתאימים הטלת חובות סטטוטוריות על הרשות לעודד תחרות בכלכלה על ידי שימוש בפעילות אקטיבית של "Competition Advocacy". התוצאה של מהלך שכזה תהא, בין היתר, שיפור המסגרות לפעילות העסקית במשק, הגדלת הוודאות המשפטית של הפעילות בשוק, והגנה טובה יותר על זכויות הצרכנים. זהו למעשה השיעור שאפשר ללמוד מהניסיון של האיחוד האירופי בתחום.