

לקחו של יוסטיניאנוס:

רפורמות נדרשות בחוק ההגבלים העסקיים

א. הקדמה

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. בזמנית, 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.¹ הוא לוקה במה שמכונה בכלכלה "טעויות מסוג ראשון ושני".² 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

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 התייעלות 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, מוודא החוק שיתקיימו תנאים לתחרות "על" השוק, על מנת להבטיח כי התחרות הפוטנציאלית על האפשרות לפעול בשוק תביא להקטנת כוחו של מי שניצל 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 שבהם הקשירה איננה מתחייבת מטבעו של המוצר או אינה נעשית בהתאם

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 לשיוק תוצרת הקלאות בישראל בע"מ, פ"ד (נב) 213, פ"ס 17 (1998). משפט זה מתבסס על פסק דין אמריקני U.S. v. Topco Associates Inc., 405 U.S. 596 (1972). מעניין לציין, כי אמנם המקור קובע שדיני ההגבלים העסקיים הם המגנא קרטא של הזימה החופשית "free enterprise", אולם השופט ברק משנה זאת לייכויות הצרכן והתחרות החופשית.

3 ראו, למשל, מאמרים ופסיקה מהעת האחרונה: מיכל (שיצר) גל "לבור את המוך מהתבן – היקף תחולתו של האיסור לערוך הסדר כובל בהתאם לפסיקה האחרונה" דין ודברים א 533 (2004); דיויד גילה "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוק? הגיעה השעה לחצוץ בין הסדרים אופקיים לאנכיים" עיוני משפט כו 751 (2004); דיויד 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); דניאל 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד (נ) 56 (2001) (להלן: עניין טבעול); ע"א 3700/98 א.מ. חניות (ירושלים) 1993 בע"מ נ' עיריית ירושלים, פ"ד (נ) 590 (2003) (להלן: עניין א.מ. חניות); רע"א 6233/02 אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשייה 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).

* מרצה בכירה, 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 לאבישלום תור, לעדי אייל, לניב זקלר ולאמיר ישראלי על הערות מאירות עניינים על המאמר כולו או חלקו. האחראית למאמר היא, כמובן, של המחברת בלבד.

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

בהמשך לביקורת הנמתחת על חוק ההגבלים העסקיים, מטרתי ברשימה זה היא לדון, בקצרה, בתיקונים העיקריים הדרושים בו. רבות הן הסוגיות הנדרשות לטיפולו 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 יוסטיניאנוס, אשר למד כי גם חוק שנכתב בידי טובי המומחים דורש תיקון ועדכון עם השתנות העתים ועם גילויין 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 מטרתו, 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, מחירי 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 להתמוגג 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



צילום: ניר קיודר

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 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 בעילותם 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

בית המשפט העליון (לשעבר) ברק, את נקודת שיווי המשקל הארכימדית המאזנת נכונה בין השיקולים השונים. המאמר מבקש להתמודד עם חלק מקשיים אלו ומציע כמה פרומות נדרשות על מנת להחזיר את האיזון הנדרש על כנו.

ב. שינויים נדרשים במערך ההסדרה של הסדרים כובלים¹⁰

1. כללי

הסדרים כובלים "עירוניים" (דהיינו, הסדרים ללא יתרונות מאזנים לרווחת הציבור, הקרויים גם "קרטילים") 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 בתחרות.¹¹ תיאום כאמור פוגע באופן מובהק באושיות היסוד של המשק הקפיטליסטי בדינמיקה התחרותית המניעה את גלגליו. בהתאם לרעיון שעליו מבוססת כלכלת השוק, גופים כלכליים מתחרים עם גופים אחרים על לבו ועל כיסו של הצרכן. תחרות זו היא הגורמת לירידת המחיר, לעליית הכמות והאיכות ולהגדלת הרווחה המצרפית. תיאום "עירוני" בין מתחרים הפועלים בשוק פועל הפוך, בהגבילו בהסכמה את התחרות ביניהם, לשם הגדלת רווחיהם על חשבון הרווחה המצרפית. מחקרים שנערכו על קרטילים שנחשפו מעידים על כך שהם יכולים להעלות מחירים משמעותית, ולשמור על רמה גבוהה זו לאורך שנים.¹² כפי שקבע בית המשפט העליון של ארצות הברית, קרטילים הם הרעה האולטימטיבית של דיני ההגבלים העסקיים.¹³ אכן, גם במשק הישראלי התגלו קרטילים רבים אשר פגיעתם במשק הייתה רבה.¹⁴ 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, מיום משותף בין כמה גופים בעלי טכנולוגיות או אמצעי ייצור משלימים יכול להגדיל את היעילות בייצור ואף להביא ליעילות דינמית בדרך של יצירת מוצרים חדשים וטובים יותר.¹⁵ 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 כובלים.¹⁶ 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 1959.¹⁷ כפי שפירטתי במקום אחר, מודל זה יוצר בעייתיות רבה בשל שילוב חמישה ממאפייניו.¹⁸

ראשית, הגדרתו של ההסדר הכובל רחבה עד מאוד. היא כוללת הוראת סל רחבה ובצדה רשימה ארוכה של הסדרים אשר מקימים חזקות חלוטות לעניין פגיעתם בתחרות.¹⁹ **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 לאון את הפגיעה בתחרות עם כל שיקול אחר. שלישית, החוק מחיל מודל של רישוי, הדרוש 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.

5 עניין טבעול, לעיל הי"ש 3, בעמ' 90.

6 עניין א.מ. חניות, לעיל הי"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" (צפוי להתפרסם במחקרי משפט, 2007).

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

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>

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

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

12 OECD, Organization 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.

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 סי' 9 ו-10 לחוק ההגבלים העסקיים. ראו גם דברי השופט לוי בבג"ץ 588/84 ק.ש.ר סחר אסבסט בע"מ נ' יו"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 הי"ש 7.

18 גל, לעיל הי"ש 3.

19 מוחלטותה של החזקה נקבעה, בין היתר בעניין טבעול, לעיל הי"ש 4.

ההצעה לתיקון החוק פותרת קושי זה על ידי השמטת שני יסודות אלו מהגדרת "הסדר כובל". בהתאם להצעה החדשה יוגדר "הסדר כובל" באופן הבא:³⁰

"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 בהצעת 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.

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 באשר 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.

שילובם של גורמים אלו גרם לחוסר איזון 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 רבים 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 בקיום חוזה³⁶. כדי לפתור דילמה זו השתמשו בתי המשפט בפתרונות יצירתיים מגוונים: מקביעה שלפיה הסדר אנכי אינו נכנס לגדר החוק³⁷, דרך קביעה שהסדר המבוסס על זכות קניינית איננו הסדר כובל³⁸ ועד להרחבה משמעותית של כלל זוטי הדברים כך שיחול גם במסגרת החזקות החלוטות³⁹. כפי שפירטתי במקום אחר⁴⁰, 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 אציג 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), ורשימה של 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 בחוק⁴¹. 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 להסדר⁴². 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 משמעותית⁴³. ניקח לדוגמה הסדר בלעדיות בין יצרנית מזון גדולה ובין רשתות השיווק, שבו מתחייבות רשתות השיווק בלעדיות 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 בית המשפט העליון בעניין **שטרן**⁴⁴, אולם נראה שבתי המשפט סטו ממנה בהחלטות מאוחרות⁴⁵.

לכאורה, פתר המחוקק הישראלי את הבעייתיות שבהחלת החזקות החלוטות: הוא ריכז 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 הצעת.

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 לפנייהם, את הכלל הראוי ליישום בנסיבות המקרה: מבחן הסבירות או חזקה חלוטה. יסודה של הדוקטרינה בפסיקת בית המשפט העליון האמריקני בעניין NCAA³⁸, 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 שכיחות במשק רבה. במקרים אלו, הציפייה כי צדדים להסדר ישתמשו במנגנון האישור אינה מעשית. הראיה הטובה ביותר לאזלת ידו של המודל הקיים היא המספר המועט של הסדרים המובאים לאישור בית הדין – חמישה בממוצע בשנה. האם סביר להניח שאין הסדרים רבים יותר הפוגעים בתחרות, אך שהנם 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 הגבלת 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

20 גל, לעיל הי"ש 3.
21 ע"א 10638/02 שטרן נ' יקבי רמת הגולן בע"מ, פד"אר (2)03 676 (2003). לניתוח ההחלטה ראו גל, שם.
22 דברי השופט ריבלין בעניין א.מ. חניות, לעיל הי"ש 4. לניתוח ההחלטה ראו גל, לעיל הי"ש 3.
23 ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד (6) 776, בפס" 76 (2005).
24 גל, לעיל הי"ש 3.
25 לתיק פלילי נדרשת גם הוכחתו של יסוד נפשי מסוג מודעות לקיום רכיבי העבדה. לפירוט יסודות העבדה ראו גל, ישראלי ופרלמן, לעיל הי"ש 12.
26 סיפ"ט ס' 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים.
27 ראו דיויד גילה "כבילה הפוגעת בתחרות בין הצד הנהנה ממנה למתחריו" עיוני משפט כח 517–553 (2004); גל, לעיל הי"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.
28 עניין שטרן, לעיל הי"ש 21.
29 עניין אקסטל, לעיל הי"ש 3; עניין א.מ. חניות, לעיל הי"ש 4. לדיון מפורט באפשרות ובחוסר הרלוונטיות של השינויים הקלים בין ההחלטות השונות לצורך תחולת הפרשנות הלשונית זו ראו גל, לעיל הי"ש 3. לסטייה מפורשת של בית המשפט המחוזי ראו בשי"א (מחוזי י"ם) 250/06 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' חברת קניון הראל בע"מ, תק"מח (1)2006 8868, פס" 21 (2006).
30 תזכיר ההצעה לתיקון החוק, לעיל הי"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 אד-הוק?" 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, ההצהרתיות שלה, והצעה להסרת נטל הניתוח הכלכלי מכתפיהם של בתי המשפט האורחיים" עיוני משפט כט 641 (2006).
33 להרחבה ראו גל, ישראלי ופרלמן, לעיל הי"ש 10.
34 ראו גל, לעיל הי"ש 4. בין היתר, בע"פ 7829/03 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת רמזורים ובקרה בע"מ, תק-על (3)2005 420 (2005); בורוביץ, לעיל הי"ש 23.
35 החלטה 3012980 הממונה על ההגבלים העסקיים קביעה לפי ס' 43 לחוק ההגבלים העסקיים בדבר הסדר כובל בין חברות הסעה בעידים תיור 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 הי"ש 10.
38 NCAA v. Board of Regents, 468 U.S. 85 (1984).

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, הפותרן 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, לפיה 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 כבילה הנוגעת למחיר אינו בא בגדר פטורי הסוג. כפי שעולה מהאמור לעיל, תנאי זה מוציא מגדרי פטורי הסוג הסדרים פרותרחרותיים רבים⁴².

5. אכיפה

לסיכום פרק זה אגע בקצרה גם בסוגיה אחת של אכיפה. כיום עשויה ההתמודדות עם עברות הנוגעות לדיני הגבלים עסקיים לארוך זמן ממושך מאוד. לעיתים חולפות שנים רבות מפתחת חקירה ועד להגשת כתב אישום או עד לאכיפה באמצעים אחרים. כאשר מוסיפים לכך את התקופה הנדרשת לניהול הליכים 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 ולתקנו בהקדם האפשרי. מובן שצמצום ההגדרה של "הסדר כובלי", כפי שמוצע בהצעה לתיקון חוק ההגבלים, תפחית מעט את העומס על מערכת האכיפה. עם זאת, כפי שעולה מדברי לעיל, אין בתיקון המוצע די כדי להפחית עומס זה משמעותית⁴³.

ג. שינויים נדרשים בדיני המיזוגים

1. כלל

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

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 ההגבל, 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 בדיעבד 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 הפרותרחרותיים 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 פרותרחרותית.

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 ולקצר, 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 לאזן 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 מבקשים 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.

שווקים תחרותיים⁴⁴. 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 השוק⁴⁵. בנוסף, מיזוג אופקי עלול לחזק את יכולתן של החברות הפועלות בשוק להקטין את התחרות ביניהן בדרך של התאמה אוליגופוליסטית, אשר אינה נתפסת ברגיל בגדרו של חוק ההגבלים העסקיים⁴⁶. **מיזוג אנכי**, שבו הצדדים המתמוזגים 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 יתמוזג 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 אזרחיות ופליליות, לרבות הפרדת החברות⁴⁷. בה בעת, מיזוג יכול לייעל את פעילותן של החברות המתמוזגות. 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 שגרשמה בישראל⁴⁹. מה לא כוללת ההגדרה? היא איננה כוללת חברה זרה. מכאן שמיזוג בין שתי חברות ישראליות ייכנס תחת ההגדרה, אולם אם תבקש החברה הישראלית

להתמוזג עם חברה זרה אזי מיזוג זה פטור מתחולת החוק, גם אם שקלה החברה הזרה לחדור לשוק הישראלי בדרך אחרת. זהו מצב בעייתי כיוון שחברות ישראליות עשויות להעדיף מיזוג עם חברה זרה על פני מיזוג עם חברה ישראלית, רק כדי להימנע מהחובה לקבל את אישור הממונה בטרם המיזוג. מצב זה אינו רצוי, והוא עלול למנוע מיזוגים 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 מיזוגים בין חברות ישראליות לזרות.

נוסף לכך נדרש התיקון המוצע על מנת לאפשר לממונה להטיל מגבלות על מיזוגים 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 מיזוג כאמור, ואולם לעתים קיימת אפשרות להפחית את פגיעתו של המיזוג בתחרות בשוק הישראלי⁵¹. כך, למשל, במקרה מתאים יכול הממונה להורות לאחת החברות הזרות למכור את מפעלי הייצור המצויים בישראל לחברה אחרת, ובכך להבטיח את המשכיכותה של תחרות בשוק⁵². אולם כדי שלממונה תהא סמכות לעשות כן, יש להרחיב את הגדרת המונח "מיזוג 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

39 גל, ישראלי ופרלמן, לעיל הי"ש 10.

40 סי' 3 לחוק ההגבלים העסקיים.

41 סי' 43 לחוק ההגבלים העסקיים.

42 ראו דיון בעמוד 12 לעיל.

43 ראו דיון בעמודים 14–12 לעיל.

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

45 כמובן, אם הגדלת נתח השוק לא מביאה ליתר יעילות, ישחקו כוחות השוק את מעמדה של הישות הממוזגת, ואולם תהליך זה עלול להיות ארוך או מרוסן על ידי מכשולים טבעיים או מלאכותיים.

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

47 פרק ג' לחוק ההגבלים העסקיים.

48 סי' 17 לחוק ההגבלים העסקיים.

49 סי' 1 לחוק ההגבלים העסקיים.

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

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

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

53 להחלת כללי המשפט הבין-לאומי הפומבי בדין הישראלי ראו, לדוגמה, רות לפידות "מקומו של המשפט הבין-לאומי הפומבי בחוק הישראלי" **משפטים** יט (תשי"ז) 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).

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 כך 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 השיוק 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 השופט 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, 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 מיזוגים 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 המיזוגים 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 המיזוגים דורש, כתנאי כניסה לגדרו, פעילות בשוק המקומי, חברות המעוניינות להתמזג, ואשר השוק המקומי למוצריהן קטן

המקומי ומהוות הפרה של החוק המקומי. לולא ההגבלה הלשונית הכלולה בהגדרת "חברה" בפרק המיזוגים, אפשר היה להחיל את הוראות פרק המיזוגים על חברות זרות באמצעות דוקטרינה זו, כפי שעשה הממונה בעניין גיימס ריצ'רדסון⁵⁶ שעסק בהסדר כובל.

3. המבחן המהותי לבחינת אישור המיזוג

שינוי נוסף, חשוב הרבה יותר, הנדרש בדן 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 בישוב 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 השרות. 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 מצריכים 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.



צילום: לימור אדרי

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 למיזוגים וקונגלומרטים, אשר על פי המלצותיה הוסיף פרק המיזוגים 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 במיזוגים 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 במיזוגים, אשר עשויים לקדם את היעילות אף יותר מהסדרים כובלים.

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 חד-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 הדרשה 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

54 החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים "החלטה בעניין שוק הבשמים הסלקטיביים – גיימס ריצ'רדסון" (1999) (ההגבלים העסקיים – החלטות הממונה על ההגבלים העסקיים, פסקי דין – בית הדין להגבלים עסקיים ד' 97 [2001]).

55 סי' 22 לחוק ההגבלים העסקיים.

56 החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים "אישור מיזוג בתנאים בין: עץ לבדו בע"מ תעשיות והשקעות של ספן בע"מ" (ההגבלים העסקיים – החלטות הממונה על ההגבלים העסקיים, פסקי דין – בית הדין להגבלים עסקיים, פסקי דין – בתי המשפט בעניין הגבלים עסקיים 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 ערר 2/94 תנובה מרכז שיתופי לשיוק נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (1995) (ההגבלים העסקיים – החלטות הממונה על ההגבלים העסקיים, פסקי דין – בית הדין להגבלים עסקיים, פסקי דין – בתי המשפט בעניין ההגבלים העסקיים ב' 159 [1996]) (להלן: ערר תנובה).

58 ע"א תנובה, לעיל הי"ש 2.

59 ערר (י"ם) 1/00 פוד קלאב בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, תק"מח (2)2003; 5587 (2003).

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

61 GAL, לעיל הי"ש 11.

62 לדיון מפורט בנקודה זו ראו שם, שם.

63 "דו"ח הוועדה למיזוגים ולקונגלומרטים" הפרקליט לט' 559 (1990).

64 הצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד-1985, ה"ח 41 (יאין) לפרש את המלה "יתנגד" שבסעיף זה כמטילה חיוב 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.

66 ראו, למשל, את אתר ארגון רשויות התחרות בעולם: www.internationalcompetitionnetwork.org.

ידי הפדרציה – המהווה מונופולין בתחומה – מהווה ניצול לרעה של כוחה המונופוליסטי, זאת בהתאם לחוקה 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 החוקה 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 מטרת-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 השמעה. על כן, הפליית המחירים שהפדרציה נקטה מקדמת את הרווחה החברתית באמצעות הגדלת הכמות הנרכשת בשוק, המעידה על הגדלת היעילות הצרכנית בדרך של סיפוק העדפויות 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 החוקה החלוטה הגלומה בסעיף. למעשה, אפשר לקרוא את החלטה 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 אי-אפשר לתחום בבירור את אותם המקרים שבהם הפגיעה בתחרות וברווחה 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 החוקות שבסעיף 29א(ב) הן חוקות חלוטות, ולהחליפו בכלל של חוקות הניתנות לסתירה.

3. מנגנון ההסדרה של קבוצת ריכוז

הערתי השנייה נוגעת למנגנון ההסדרה של קבוצת ריכוז⁷⁶. אחד הסעיפים הנדונים בהרחבה בעיתונות ובוועדות הכנסת בשנים האחרונות הוא סעיף 26ד) 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

זה! האם הענף צריך להיות הענף העיקרי שבו עוסקות החברות? מבחינה מהותית, המהווה את הטעם העיקרי לביטול דרישה זו, מעוררת הדרשה 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 המתמוגגות, או חלק מהן, או בענף אחר. כך, למשל, נניח כי חברה מסוימת המעוניינת להיכנס ולפעול בשוק מסוים מתמוגגת עם חברה הפועלת באותו שוק. מיזוג זה פוגע 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 הסדרתם של 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 מונופוליסטי⁷⁸. 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 החוקות החלוטות

התיקון הראשון, עניינו תוקפן של החוקות 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 רומא⁷⁹, כולל שני חלקים. חלקו הראשון מהווה סעיף סל הכולל איסור כללי של ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי (29אא)). 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 (29אב)). בעניין **ידיעות אחרונות** פירש בית הדין את חלקו השני של הסעיף כמחיל חוקות חלוטות לפגיעה בתחרות⁸⁰.

לדעתי, בדומה לדעתם של שגיאו וונג, יש לבטל את ההלכה הנוהגת שלפיה החוקות הקבועות בסעיף 29א(ב) לחוק הן חוקות חלוטות, ולהחליפה בהלכה שלפיה עסקינן בחוקות הניתנות לסתירה⁸¹. אמנם חלק מהחוקות החלוטות כוללות מושגי שסתום, דוגמת "הגיונות", שדרךן אפשר למתן את נוקשותן, אולם שסתומים אלו אינם רחבים דיים, ויש בהם ליצור בעיות פרשניות רבות. הצורך במיתון תוקפן של החוקות בא לידי ביטוי מובהק בפסק דינו של בית הדין בעניין **הפדרציה לתקליטים וקלטות**⁸². במקרה זה נדרש בית הדין להתמודד עם הטענה כי גביית מחיר שונה ממוסדות שונים עבור זכויות השמעה על

החוק על הסדרים כובלים שאי-אפשר להוכיח ראייתית את קיומם, אף שהם מבטלים כליל, או לפחות במידה רבה, את התחרות בשוק.⁷⁶ כפי שפירטתי במקום אחר⁷⁷, 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 בפניהן לסטייה מההתאמה האוליגופוליסטית.⁸⁰ למעשה, האיסור בחוק על הפליית מחירים בעסקאות דומות עלול לשמש גורם אוכף 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 בהפסדו. על כן יש לשקול הכללת הוראה מבחירה 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 ממש, בתחרות.⁸¹ בהתאם לכך, יש לתקן את החוק ולהגביל את רוחבם של האיסורים החלים על קבוצת ריכוז בדרך שלא תמנע סטייה מההתאמה האוליגופוליסטית. 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 לתחרות.⁸² 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 תמריצייהם לפעול בהתאמה אוליגופוליסטית.⁸³ 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 הצעות 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

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 19, reprinted in 37 I.L.M. (1998).

69 ראו, למשל, הייע (מחוזי ים) 2/96 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' ידיעות אחרונות, פ"מ תשנ"ט(2) 529, 560–561 (2000).

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

71 הייע (מחוזי ים) 3574/00 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, דינים מחוזי (ד) 175 (2004).

72 סי 29א(ב)3 לחוק ההגבלים העסקיים.

73 אפשר אולי לטעון כי המחיר השונה שבנתה 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 החוקה החלוטה.

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

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

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

77 ראו הצעות החוק, הי"ש 84 להלן.

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

79 לדיון במנגנון ההכרזה על קבוצת ריכוז ראו גל, פרלמן וסולומון, לעיל הי"ש 76.

80 Gal, לעיל הי"ש 11, בעמ' 101–103.

81 גל, פרלמן וסולומון, לעיל הי"ש 76, בעמ' 41.

82 סי 29 ו-29א לחוק ההגבלים העסקיים.

83 גל, פרלמן וסולומון, לעיל הי"ש 76, בעמ' 43–44.

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

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 תנאיו המקסימיים 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

הערתי 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 הדעת הנתון לממונה אם להכריז על מונופולין אם לאו הנו מצומצם ביותר, ושלפיה בכל מקום שבו מתקיימים התנאים הטכניים להכרזה יש להכריז כאמור⁹².

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 המונופולים הנוצרת עם ההכרזה⁹³. 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 להסתת משאבי ציבור גם במקרים שבהם אין כל צורך ממשי בהכרזה – בין בשל העובדה כי הפגיעה האבסולוטית בצרכן קטנה, ובין מאחר שסכנת הניצול לרעה קטנה⁹⁴. לפיכך יש להקנות לממונה שיקול דעת רחב בבואו להחליט אם להכריז על בעל מונופולין כזה 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, ענייני 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

ביותר לשם קידומה של תחרות בשוק אוליגופוליטי. 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 למתחרתן; 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 האוליגופוליטית 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 אוליגופוליטית תיחשב ניצול לרעה של כוח מונופוליטי בהתאם להוראות סעיף 29א לחוק⁸⁷. הצעה זו הופכת את ההתאמה האוליגופוליטית לאיסור פלילי וניזקי ויוצרת שלל בעיות תאורטיות ופרקטיות⁸⁸. ראשית, חברות בשוק אוליגופוליטי מתנהגות באופן דומה לזה של חברות בשוק תחרותי הבהדל עיקרי אחד: בין שיקוליהן הן מתחשבות בעובדה, הנובעת ממבנה השוק, כי להחלטותיהן יש השפעה מיידית וישירה על השוק. עובדה זו אינה מתיישבת עם הטלת איסור פלילי, המבוססת על ההנחה כי המונופוליט 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 שצינתי לעיל, הצעה זו תחייב את החברות בקבוצת הריכוז לפעול באופן מלאכותי, תוך מניעת פרקטיקות עסקיות מקובלות הנובעות מתנאי השוק. שלישיית, אכיפה פלילית ואכיפה נזיקית מסיטות את הניתוח משאלת הסעד המתאים להקטנת הפגיעה בציבור לשאלות של אחריות. לבסוף, ולא פחות חשוב, חוק ההגבלים אינו אוסר על מונופוליט 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 לציין, כי גבייתו של מחיר על-תחרותי אינה תמיד מזיקה לרווחה החברתית. ניתוח ארוך-טווח מוכיח כי האפשרות לגבות מחיר על-תחרותי מהווה תמריץ

תק"ל 3195 (1)2005 (2005).
 90 ראו, למשל, *Michal 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 הי"ש 76, בעמ' 47.
 92 ערר 1/01 בוק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פסי' 8-7 (טרם פורסם, 9.6.2006), www.etype.co.il/anti1/?cmd=4&text=1491,1493, (כניסה אחרונה ב-20.8.07).
 93 ס' 26(א) ר-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, 2007).
 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.
 96 ס' 43(ה) לחוק ההגבלים העסקיים.
 97 ס' 350 לחוק ההגבלים העסקיים. צו מוסכם הנו צו הניתן על ידי בית הדין, המבוסס על הסכם שהממונה הגיע אליו עם מי שהואשם בעברה הגבלתי והמסיים את ההליכים בתיק הרלוונטי.
 98 *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.ssm.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=665181

כמעט שאינו ננקט לשם מניעת התנהגות העולה כדי ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי או לשם מניעתו, בדיעבד, של מיזוג אסור.⁸⁵
 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.⁸⁶
 אמנם קיימת גם אפשרות להגיע לצו מוסכם.⁸⁷ אולם אפשרות זו בעייתית אף היא, בין היתר בשל העובדה שהצדדים לצו מודעים למערך הסנקציות המוגבל הנתון בידי הממונה. אשר על כן, יש להסמיך את הממונה להשית קנסות אזרחיים על מי שהפר את הוראות החוק, תוך מתן אפשרות למי שהושת עליו קנס כאמור לערער עליו בהליך אזרחי 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 הדין 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 הגבלתי.⁸⁸ יש להקפיד על קיום תנאים אלו, הלכה למעשה, שאם לא כן התיקונים הנדרשים בחוק לא ישנו את המצב הקיים.

85 גל, פרלמן וסולומון, לעיל הי"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).
 87 הצעת חוק לתיקון חוק ההגבלים העסקיים (תיקון – הוראות שונות) והצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון), לעיל הי"ש 84.
 88 גל, לעיל הי"ש 78.
 89 ס' 29(א)(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 **ישראלית בע"מ נ' רייס**,