על הכעך והחור שבו: חידושים בהגבלים עסקיים

מאת

מיכל (שיצר) גל*

מאמר זה עומד על עשרת החידושים הבולטים בשנה החולפת תוך הדגשת המגמות העולות מההחלטות. שלושת הפרקים הראשונים מנתחים בקצרה חידושים אלו בשלוש רגליו של החוק: הסדרים כובלים, מיזוגים והסדרת מונופולין. הפרק הרביעי מתמקד בהצעות החוק שפורסמו השנה. לצד השינויים שנעשו או הוצעו עמדנו גם על החור שבכעך: חידושים שלא חודשו – ובראשם השינויים הנדרשים בהגדרת ההסדר הכובל ובמנגנון להסדרתו אשר לא קודמו גם השנה למרות ההסכמה הרחבה על פגיעתם הממשית בהגשמת מטרות החוק.

מבוא; **פרק א: חידושים בהסדרים כובלים**; 1. החלטת בית המשפט העליון בנוגע לקרטל המעטפות; 2. החלטת בית המשפט המחוזי בעניין קרטל הגז; 3. החלטת בית המשפט העליון בעניין מנכ"ל טמבור; **פרק ב: חידושים בהסדרת מיזוגים**; 1. טיוטת הנחיות רשות ההגבלים העסקיים למיזוגים אופקיים; 2. החלטת בית המשפט העליון בעניין מיזוג בזק ו־YES; 3. גילוי דעת של הרשות בעניין דוקטרינת החברה הכושלת; 4. כתב אישום נגד שופרסל ומנהליה בגין הפרת תנאי מיזוג וניסיון להסדר כובל; **פרק ג: ניצול כוח מונופוליסטי לרעה**; החלטת בית הדין בעניין פרשת ניתוק מנויי הוט טלקום מרשת בזק; **פרק ד: הצעות חוק**; 1. הצעת חוק להתמודדות עם קבוצות ריכוז; 2. תזכיר הצעת חוק בנושא עיצומים כספיים; **פרק ה: החור שבכעך – מה לא נעשה השנה**; **סיכום**.

---

* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. רוב תודות לתמר בזק־רפפורט, בועז גולן, יונתן יובל וגל רוזנט על הארות מאירות עיניים על המאמר, כולו או חלקו, לתמר בזק־רפפורט על האנלוגיה לכעך ולחור שבו בדברים שנשאה בכינוס פתיחת שנת המשפט, ועל הסכמתה לשימוש באנלוגיה במאמר זה, ולרחל ארנין על עזרת מחקר מסורה בכתיבת מאמר זה. כל אתרי האינטרנט נצפו לאחרונה בפברואר 2011 אלא אם נכתב אחרת.

מבוא

חוק ההגבלים העסקיים[1] מהווה חלק אינטגרלי וחשוב ממארג החוקים הכלכליים המסדירים את פעילותו של השוק החופשי, ובלשונו של נשיא בית המשפט העליון (כתוארו אז) השופט אהרון ברק: ״דיני ההגבלים העסקיים הם ה׳מגנא קרטא׳ של זכויות הצרכן והתחרות החופשית״.[2] התחרות אינה מטרה בפני עצמה כי אם כלי להשגת מטרות כלכליות־חברתיות. כפי שציין השופט אליקים רובינשטיין בהחלטתו מהשנה החולפת בעניין וול: ״תחרות חופשית היא ערובה ומנוע, כמו גם אות לכלכלה בריאה, בה מובטח לצרכנים המוצר הטוב ביותר במחירו האמיתי – כפי שקבעוהו כוחות השוק – באופן המשקף לאשורו את הביקוש למוצר. תחרות בין יצרנים מחייבת עמידתם התמידית על משמר ייעולו של המוצר ופיתוחו למען לא יפגרו אחרי מתחריהם, והיא המובילה ליישומן ופיתוחן של טכנולוגיות חדשות ולניהול משאבים חסכני ויעיל, החיוניים לפעילותו ולצמיחתו של המשק״.[3] התחרות מוערכת גם בשל סיבות שאינן כלכליות גרדא, דוגמת מתן אפשרות שווה לכל אזרח להתחרות בשוק, קידומו של חופש העיסוק וחיזוק הדמוקרטיה וחופש הביטוי.

כדי להשיג מטרות אלו מונעים דיני ההגבלים העסקיים יצירת מכשלות מלאכותיות לתחרות על ידי הגופים העסקיים הפועלים בשוק. לחוק שלושה נדבכים עיקריים: מניעת הסדרים המגבילים את התחרות ללא יתרונות מאזנים לטובת הציבור, איסור על ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי והסדרת מיזוגים בעלי פוטנציאל פגיעה בתחרות ובציבור.[4]

אולם בעוד המטרות העומדות בבסיס החוק לרוב ברורות, לא כך הדבר לגבי רבות מהוראותיו. כאמירתו המפורסמת של השופט (כתוארו דאז) חשין בפרשת טבעול: ״נודה ולא נכחד: 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] וכך לגורמי אכיפת החוק תפקיד

---

1 חוק ההגבלים העסקיים, תשמ״ח-1988, ס״ח 128; חלקים מההקדמה מבוססים על מיכל (שיצר) גל, מנחם פרלמן ״הקדמה״ **ניתוח כלכלי ומשפטי של דיני ההגבלים העסקיים** 17 (כרך א, מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, תשס״ח) (להלן – **ניתוח משפטי וכלכלי**).

2 ע״א 2247/95 **הממונה על ההגבלים העסקיים נ׳ תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע״מ**, פ״ד נב(5) 213, פסקה 17 לפסק דינו של השופט ברק. משפט זה מושתת על פסק דין אמריקני: *U.S. v. Topco Associates Inc.* 405 U.S. 596 (1972) מעניין כי המקור קובע שדיני ההגבלים העסקיים הם המגנא קרטא של ״היזמה החופשית״ (free enterprise), ואילו השופט ברק שינה זאת ל״זכויות הצרכן והתחרות החופשית״.

3 ע״פ 2560/08 **מדינת ישראל – רשות ההגבלים העסקיים נ׳ וול**, פסקה פא לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו) (להלן – פסק הדין בעניין וול).

4 פרקים ב-ד לחוק ההגבלים העסקיים.

5 דנ״א 4465/98 **טבעול (1993) בע״מ נ׳ שף הים (1994) בע״מ**, פ״ד נו(1) 56, פסקה 32 לפסק דינו של השופט רובינשטיין; ראו גם: ת״א (מחוזי י-ם) 961/91 **פזגז חברה לשיווק**

כפול: לאסור את אותן פעולות הפוגעות בתחרות ללא הצדקה, ובו־זמנית, ולא פחות חשוב – לוודא כי החוק אינו מטיל מגבלות מיותרות על פעילות עסקית תקינה המקדמת את רווחת הציבור. מטרת מאמר זה היא לבחון אם בשנה החולפת[6] הושגה התקדמות משמעותית בהגשמת מטרות אלו, בין בדרך של הגברת האכיפה בהפרות מהסוג הראשון ובין בדרך של חידוד ההבחנה בין פעולות שראוי לאסרן לבין אלה שאין הדבר ראוי, כדי להקטין את הפגיעה מהסוג השני.[7]

רעידת אדמה הגבלית לא התחוללה בשנה האחרונה אבל היו תזוזות גֵאולוגיות, משמעותיות בחלקן, של הלוחות הטקטוניים ההגבליים אשר עדכנו, שינו וחיזקו חלק מההלכות ההגבליות. מאמר זה עומד בקצרה על עשרת החידושים הבולטים בשנה החולפת תוך הדגשת המגמות העולות מההחלטות. שלושת הפרקים הראשונים מנתחים בקצרה חידושים אלו בשלוש רגליו של החוק: הסדרים כובלים (שלושה חידושים), מיזוגים (ארבעה חידושים) והסדרת מונופולין (חידוש אחד). הפרק הרביעי מתמקד בהצעות החוק שפורסמו השנה (שני חידושים). לא נעשה מלאכתנו שלמה אם לצד השינויים שנעשו או הוצעו לא נעמוד גם על החור שבכעך: חידושים שלא חודשו, ובראשם השינויים הנדרשים בהגדרת ההסדר הכובל ובמנגנון להסדרתו, אשר לא קודמו גם השנה למרות ההסכמה הרחבה על פגיעתם הממשית בהגשמת מטרות החוק. אלה יפורטו בפרק החמישי.

פרק א: חידושים בהסדרים כובלים

האיסור על הסדרים כובלים הפוגעים בתחרות ללא יתרונות מאזנים לטובת הציבור – ובראשם האיסור על קרטלים, דהיינו הסכמים בין מתחרים שמטרתם להגביל את התחרות ביניהם כדי להגדיל את רווחיהם על חשבון הצרכנים, המשווקים או הספקים – הוא האיסור החשוב והעיקרי הגלום בחוק.[8]

בע״מ נ׳ דור אנרגיה (1998) בע״מ (פורסם בנבו): ״פירוש מילולי גרידא של הוראות החוק, לא רק שיביא לתוצאות אבסורדיות שתשטופנה את בתי המשפט בתביעות פליליות ואזרחיות אלא הוא יהפוך לחלק מההסדרים המקובלים בין הבריות ובתוך החברה לאסורים ובלתי כשרים...״.

6 היות שלא היה פאנל הגבלי בשנה שעברה, ההחלטות כוללות גם את הקיץ תשס״ט.

7 הבחנה זו מקבילה להבחנה המקובלת בכלכלה שלפיה טעות מהסוג הראשון נוצרת בעת החלת־חסר של החוק על פעולות שהיה ראוי למנוע, וטעות מהסוג השני נוצרת בעת החלת־יתר של החוק על פעולות שלא ראוי למנוע.

8 ראו למשל: מיכל (שיצר) גל, אמיר ישראלי ומנחם פרלמן, ״הסדרים כובלים – יסודות האיסור״, **ניתוח משפטי וכלכלי** (לעיל, הערה 1) בעמ׳ 193 (להלן – גל, ישראלי ופרלמן).

כדי להבהיר את חשיבות ההלכות החדשות אתאר על קצה המזלג את הכשל העיקרי של פרק ההסדרים הכובלים, הנובע מלשונו הרחבה של סעיף 2 לחוק, המגדיר הסדר כובל. לפי הנוסח הקיים, הסדר כובל הוא "הסדר בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו לפחות אחד הצדדים מגביל את עצמו באופן העלול לפגוע או להגביל את התחרות בעסקים..."[9] מקום שבו הכבילה נוגעת בין היתר למחיר, לכמות, לאיכות או לשוק שבו יימכר, מקים החוק חזקה חלוטה לפגיעה בתחרות.[10] החזקות חלות כמעט על כל הסדר שהוא, שהרי אין כמעט הסדר שאיננו נוגע, במישרין או בעקיפין, בפרמטרים עסקיים אלו. כן אין החוק מבחין בין הסדר אופקי בין מתחרים, שפוטנציאל פגיעתו בתחרות רב, ובין הסדר אנכי, למשל בין ספק למשווק, שפגיעתו בתחרות תלוית־נסיבות ואינה מסתברת.[11] הגדרה זו, בצירוף המנגנון הרגולטורי המחייב קבלת פטור או אישור מראש להסדר כובל שאחרת ייחשב בלתי חוקי הגם שייתכן שפגיעתו בתחרות אינה משמעותית, – מונעים מהחוק מלהגשים את מטרתו. בתי המשפט עשו צעדים חשובים לצמצום פסיקתי של סעיף 2, אך עדיין תחולתו רחבה.[12] על רקע זה ייבחנו ההלכות החדשות. מעניין לציין כי בארצות הברית התפתח הדין ההגבלי ברובו המוחלט דרך הלכות פסוקות של בתי המשפט אשר היו מוכנים לקרוא אל תוך הוראותיו הגבלות הנגזרות מתכליותיו.

1. החלטת בית המשפט העליון בנוגע לקרטל המעטפות[13]

ביולי 2007 הורשעו יצרניות המעטפות גברעם, דפרון, אמקה ומנהליהן בעברות על חוק ההגבלים העסקיים בגין השתתפותם בקרטל בשנים 1995-2002, שבמסגרתו תיאמו מכרזים, חילקו ביניהם את השוק ושילמו ליבואן מעטפות בתמורה להפסקת התחרות אתם. המדינה ערערה על זיכוי הנאשמים מביצוע הסדר כובל בנסיבות מחמירות ומאישום שעניינו תיאום העלאת המחירים במחירון בין היצרנים ללא תיאום המחירים עצמם, וכן על קולת עונשם של הנאשמים.

בית המשפט העליון קיבל את הערעור והרשיע את הנאשמים בביצוע הקרטל בנסיבות מחמירות, בין היתר נוכח חלקן ומעמדן של החברות בכלל שוק המעטפות, משך הקרטל והשימוש בטכניקה קרטליסטית מסוג תיאום מכרזים של רשויות ציבוריות. עם זאת בית המשפט לא הטיל עונשי מאסר בפועל, בעיקר בשל נסיבותיהם האישיות של

---

9 סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים.

10 סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים.

11 להרחבה בעניין זה ראו: דיויד גילה, "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד־הוק?", **עיוני משפט** כז (תשס"ד) 751; דיויד גילה ויוסי שפיגל, "הסדרים אנכיים – ניתוח כלכלי", **ניתוח משפטי וכלכלי** (לעיל הערה 1) בעמ' 323.

12 ראו למשל: מיכל (שיצר) גל, "לבור את המוץ מהתבן – היקף תחולתו של האיסור לערוך הסכם כובל בהתאם לפסיקה האחרונה", **דין ודברים** א (תשס"ה) 533.

13 עניין **וול** (לעיל, הערה 3).

נושאי המשרה וחלוף הזמן מאז ביצוע העברות,[14] אף על פי שעד מתן פסק הדין בערעור עברו פחות משבע שנים מאז ביצוע העברות.

כן נקבע שנערך הסדר כובל שעניינו תיאום מחירונים אף על פי שהמחירים הסופיים לא תואמו בין הנאשמים ולא תואם שיעור ההנחות שיינתנו ממחירי המחירון.[15] תיאום זה נעשה לאחר שהעלאה חד־צדדית של המחיר על ידי אחת החברות נכשל בשל התנגדות הצרכנים. בית המשפט קבע שדי בתיאום רכיב אחד של המחיר כדי להשפיע על המחיר הסופי. על כן תיאום זה נכנס לגדר החזקה החלוטה לפגיעה בתחרות של כבילה ״הנוגעת למחיר״.[16] להלכה זו השלכות על תיאום של כל רכיב של המחיר הגם שהמחיר הסופי לצרכן עשוי להיות שונה ממנו. צדקתה של הלכה זו בנסיבות המקרה ברור: כפי שקובע בית המשפט, הגיונו של המהלך וכדאיותו הכלכלית נובעים מהעלאת המחיר הסופי לצרכן שבאה בעקבותיו.[17] תיאום המחירונים יצר מחיר בסיס המשמש נקודת מוצא מוסכמת ומתואמת בין הצדדים שממנו נגזר המחיר הסופי.[18] בה בעת הלכה זו היא דין רצוי רק בהסדרים כובלים ״עירומים״, דהיינו רק אם לא הייתה להסדר כל מטרה המקדמת את טובת הציבור. על כן יש לקוות כי הלכה זו לא תפורש בעתיד כחלה בשני מקרים: הסדרים אנכיים ומיזמים משותפים בין מתחרים שבהם הכבילה חיונית ונלווית להגשמת מטרה פרו־תחרותית או לשם קידום טובת הציבור. הטעם לכך הוא שבשני מקרים אלה תיאום המחיר או אחד מרכיביו אינו מוביל בהכרח לפגיעה בתחרות או בציבור, ועל כן אין להחיל חזקה חלוטה לפגיעה כאמור אלא יש לבחון כל מקרה לגופו.[19]

עיקר חשיבותו של פסק דין וול היא בזריעת זרעים לצמצום תחולתן הרחבה של החזקות החלוטות הגלומות בסעיף 2(ב), אשר על הצורך בצמצומן אין חולק. על פי קו פסיקתי שאומץ במספר לא מבוטל של החלטות של בית המשפט העליון בעשור האחרון, לרבות בפרשות א.מ. חניות,[20] אקסטל,[21] לשכת שמאי המקרקעין[22] ובורוביץ׳,[23] יש

---

14 שם, בפסקה ריז.

15 שם, בפסקה קפד; לדיון בתיאום מחירונים בין מתחרים ראו: דויד גילה, ״האם המלצה על מחיר היא הגבל עסקי, ומדוע?״, **עיוני משפט** לג (תש״ע) 101.

16 שם, בפסקאות קעא, קפד; ראו גם: ע״פ 4855/02 **מדינת ישראל נ׳ בורוביץ׳**, פ״ד נט(6) 776, פסקה 89 לפסק הדין (להלן — פסק הדין בעניין **בורוביץ׳**).

17 **ניין וול** (לעיל, הערה 3) בפסקה קעד.

18 ת״פ (מחוזי י-ם) 209/96 **מדינת ישראל נ׳ אהליך יעקב**, פ״מ תשס״ב(1) 493, פסקה 24 לפסק הדין.

19 להבחנה בין הסדר כובל עירום לבין מיזם משותף על פי מבחן ״ההצצה החטופה״ ראו: גל, ישראלי ופרלמן (לעיל, הערה 8).

20 דנ״א 3113/03 **א.מ. חניות ירושלים 1993 בע״מ נ׳ עירית ירושלים**, פסקה 12 לפסק דינו של השופט, כתוארו אז, מ׳ חשין (פורסם בנבו).

21 רע״א 6233/02 **אקסטל בע״מ נ׳ קאלמא ווי תעשיה, שיווק אלומיניום זכוכית ופרזול בע״מ**, פ״ד נח(2) 634.

לפרש את סעיף 2 פרשנות תכליתית.[24] בהחלטתו בעניין וול השופט רובינשטיין ממשיך מגמה זו ומחיל פרשנות תכליתית דו־שלבית: "...גם בגדרי סעיף 2(ב) לחוק שומה עלינו לברר, ראשית האם בחינה תכליתית של המקרה בראי הפגיעה בתחרות מצדיקה את החלתו של החוק; שנית, האם ההסדר המדובר נכנס לגדרי החזקות הקבועות בסעיף".[25]

עד לפסק דין וול הפרשנות התכליתית הביאה לצמצום מוגבל יחסית של סעיף 2.[26] בוול השופט רובינשטיין הולך צעד אחד נוסף ומאמץ את מבחן המשולש שהציעו גל, ישראלי ופרלמן לתיחום גבולות החזקות החלוטות לפגיעה בתחרות.[27] לפי מבחן זה, יש להחיל את החזקות החלוטות רק כשהפגיעה בתחרות ברורה דיה עד כי אין צורך להשקיע משאבים בהוכחתה; ההסדר הוא אופקי; הכבילה אינה נדרשת לשם השגת פרו־תחרותית אלא מדובר בכבילה "עירומה" שאין לה הצדקה מלבד הפגיעה בתחרות.[28] השופט רובינשטיין מחיל מבחן זה על תיאום הצעות למכרז. רק לאחר שהוא מגיע למסקנה ששלושת תנאי המבחן מתקיימים, הוא בוחן אם ההתנהגות נכנסת לגדר אחת החזקות החלוטות.[29] חשיבותה של החלת מבחן־על זה לתיחום החזקות החלוטות רבה כיוון שהוא פותר את מרבית הבעיות שנוצרו מתחולתן הרחבה מדי של החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב). למשל, הוא מוציא מגדרן הסדרים אנכיים כיוון שאי אפשר להניח ברמה גבוהה של ודאות את פגיעתם המסתברת בתחרות. כן הוא מוציא מתחולת החזקות את אותם מקרים שבהם אי אפשר להניח, ברמה גבוהה של ודאות, כי הפעולה פוגעת בתחרות אף על פי שהיא נופלת לכאורה בגדר לשון החזקה. יש כאן איתות ברור שבית המשפט מוכן לעשות צעדים חשובים לצמצום ניכר של תחולת החזקות דרך הפסיקה למרות לשונו הרחבה של הסעיף, צעדים שחשיבותם עולה בשל העובדה שהצעת חוק לשינוי הסעיף לא קודמה גם השנה.

---

22 עע"מ 6464/03 **לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים**, נח(3) 293, פסקה 15 לפסק דינה של השופטת חיות, והדיון הנוסף באותו עניין: דנ"מ 2142/04 **לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים**, פסקה 7 לפסק דינו של השופט חשין (פורסם בנבו).

23 עניין **בורוביץ'** (לעיל, הערה 16).

24 שם, בפסקה 89.

25 עניין **וול** (לעיל, הערה 3) בפסקה פה. לפרשנות תכליתית ראו גם: שם, בפסקה קעח.

26 כך, למשל, מתעלמים בתי המשפט מהסיפא של הסעיף, הקובעת מישורי פגיעה בתחרות. לניתוח הפרשנות התכליתית ראו, למשל: מיכל (שיצר) גל (לעיל, הערה 12).

27 ראו: גל, ישראלי ופרלמן (לעיל, הערה 8).

28 המבחן הוצע שם, בעמ' 289-291. יצוין כי המבחן שהוצע אינו דו־שלבי אלא מאפשר לבית המשפט לעצב ישירות את גבולותיהן של החזקות החלוטות על פי תכלית החוק, אולם השורה התחתונה של החלת שני מבחנים אלו זהה.

29 עניין **וול** (לעיל, הערה 3) בפסקה פו.

שאלה חשובה היא מהו משקל המבחן המשולש מכאן ולהבא. יש הסוברים כי קביעה זו של בית המשפט העליון משנה שינוי דרמטי את ההלכה הנוהגת בנוגע לגבולותיו של סעיף 2(ב).[30] אולם רשות ההגבלים העסקיים איננה פועלת על פיה ועדיין מחייבת פנייה לקבלת פטור בהסדרים אנכיים שפוטנציאל פגיעתם בתחרות אינו גדול. התשובה תיגזר מהבחינה אם המבחן המשולש מהותי להכרעה, היינו אם הוא הלכה מחייבת (רציו דסידנדי), או שמא הוא הלכת אגב (אוביטר דיקטום) שהשלכותיה אינן חורגות מן המקרה הנתון היות שנעשה בה שימוש אגבי בלבד. מחד, השופט רובינשטיין מאמץ ומחיל את המבחן המשולש כדי לבחון אם הכנסת איסור תיאום הצעות למכרז במסגרת החזקות החלוטות לפגיעה בתחרות מתיישבת עם הפרשנות התכליתית של החוק. מאידך, בהמשך פסק הדין, בבחנו תיאום מחירונים ללא תיאום ההנחות, המבחן המשולש או המבחן הדו־שלבי לקביעה אם ההתנהגות נופלת בגדר החזקות החלוטות אינם מוזכרים. עם זאת השופט חוזר על ההלכה שלפיה את סעיף 2(ב) יש לפרש פרשנות תכליתית הבוחנת אם יש בהסדר כדי לפגוע בתחרות. כן הוא בוחן מפורשות את קיום היסוד הראשון והשלישי של המבחן: אם הפגיעה בתחרות ברורה על פניה ואם עסקינן בכבילה עירומה שאין לה הצדקה מלבד הפגיעה בתחרות.[31] היסוד השני, הסדר אופקי, התקיים בבירור. אם כך, לדרכו של השופט גם בעברה השנייה התקיימו שלושת יסודות המבחן, ואפשר לטעון שאין סתירה בין חלק זה של פסק הדין לבין החלק שהחיל את המבחן המשולש, אף אם פסק הדין אינו מצהיר על כך במפורש. משוכה נוספת מצויה בסקירת הכללים החלים בנושא תיאום מחירונים, אשר בסופם קובע השופט כי ״בסופה של סקירה, נמצאנו למדים כי העמדה המוציאה מתחולת החזקות [...] הסדרים כובלים מסוימים, רק להסדרים אנכיים נתכוונה, וגם לגביה, אין היא מוחלטת".[32] אם הסיכום מכוון לסקירת ההלכה עד פסק דין וול, המבחן המשולש עומד על תִּלו. אך אם ביכר השופט שלא לקבוע מסמרות בשאלת תחולת החזקות על הסדרים אנכיים, אין המבחן מהווה הלכה.

גם אם נאמץ את הפרשנות הראשונה, נותרת השאלה אם החלת המבחן המשולש היא הלכה פסוקה של יתר חברי ההרכב. מחד, יתר חברי ההרכב מסכימים עם פסק דינו של השופט רובינשטיין. לפי פרשנות זו, אכן עסקינן בקביעת הלכה חדשה: התוצאה המשפטית אשר הייתה מוסכמת על כל שופטי ההרכב הייתה תוצאה של הליך בחינה אשר כלל בחינה תכליתית לאור המבחן המשולש. מאידך, יתר השופטים אינם מפרטים כיצד הגיעו למסקנתם המשפטית. במקרה דנן היה אפשר להגיע למסקנה המשפטית גם

30 ראו למשל: דבריו של ד״ר דוד תדמור, לשעבר הממונה על ההגבלים העסקיים, בכנס פתיחת שנת המשפט תשע״א, אוניברסיטת חיפה.

31 עניין **וול** (לעיל, הערה 3) בפסקאות קעא-קפד. השאלה אם אכן ראוי שתיאום מחירון ללא תיאום הנחות ייכנס לגדר חזקה חלוטה חורגת מגדר מאמר זה.

32 שם, בפסקה קפא.

ללא החלת כל יסודות המבחן המשולש (שהרי למשל עסקינן בהסדר אופקי, ולכן אין צורך להכריע אם גם הסדר אנכי נכנס לגדר החוק). על כן השאלה אם עסקינן בהלכה פסוקה נותרה פתוחה והיא תוכרע, לפי תורת המשפט, על ידי בתי המשפט בהחלטות עתידיות.

חידוש אחר בפסק דין וול עניינו הצורך בהגדרת השוק הרלוונטי לשם בחינה אם ההסדר הכובל עלול לפגוע בתחרות כנדרש במסגרת סעיף 2(א). השופט רובינשטיין קובע שהתשובה תלוית־נסיבות. במקרים מובהקים שבהם קיימת פגיעה בתחרות בשוק אין צורך בהגדרה כאמור. אך במקרים רבים אחרים הגדרת השוק היא שלב ראשון והכרחי בבחינת חוקיות ההסדר לשם קביעת עצמת הצדדים ויכולתם לפגוע בתחרות.[33] הלכה זו היא, לדעתי, דין רצוי ומתיישבת עם מטרת החוק ועם תאוריית ההחלטות: אם הפגיעה בתחרות עולה באופן מובהק מעובדות המקרה, אין הצדקה להחיל כלל אשר יחייב השקעת משאבים בהשגת מידע נוסף בדרך של ניתוח מעמיק של השוק, אשר קיימת רמה גבוהה של ודאות שלא ישנה את התוצאה המשפטית. אם מצויות ראיות ישירות לפגיעה בתחרות, ממילא מתייתר הצורך בהגדרת השוק אשר נדרשת לשם הוכחת פגיעה כאמור. בה בעת יש להחיל הלכה זו בזהירות, ועל בתי המשפט לקבוע גדרות ברורים לאותם מקרים מובהקים לפגיעה בתחרות שבהם לא יידרש ניתוח שוק מעמיק שראשיתו בהגדרת השוק הרלוונטי.

חידוש אחר עניינו בהחלת מבחן ״הגורם המצרפי״ כדי להבחין בין תיאום לבין התאמה אוליגופוליסטית במסגרת הגדרת ״הסדר״.[34] בית המשפט מפנה למבחן על שתי חלופותיו:[35] ״מבחן תנאי השוק״, הבוחן אם גם ללא התיאום היו הצדדים מצליחים להתאים את פעולותיהם, ו״מבחן הגורם המצרפי החיובי״, הבוחן תוספת ראייתית המקלה קיומה של התנהגות מקבילה. זו האחרונה היא התנהגות מודעת, בלתי מחייבת, המקלה על יצירת תיאום, כגון יצירת מנגנון שיטור או פגישות בין מתחרים.[36] בית המשפט גם מאמץ את הסייג שלפיו ״...תוספת ראייתית כזו לא תוביל להרשעה אם יוכיח הנאשם כי לפעילות ההתאמה הצדקה חילופית, המקדמת רווחה חברתית״.[37] ההתייחסות למבחן היא באוביטר בשל העובדה שבמקרה הנדון היו ראיות ישירות לקיום הסדר.

---

33 עניין **וול** (לעיל, הערה 3) בפסקה צו.

34 שם, בפסקאות קז-קט; ת״פ (י-ם) 417/97 **מדינת ישראל נ׳ הפניקס חברה לביטוח בע״מ** (פורסם בנבו). אפשר לפרש את פסק הדין כבוחן אף הוא קיומו של גורם מצרפי.

35 עניין **וול** (לעיל, הערה 3) בפסקה קב. השופט מפנה ומסתמך על המאמר: מיכל (שיצר) גל, ״מהו ׳הסדר׳? – קו הגבול בין תיאום להתאמה בחוק ההגבלים העסקיים״, **עיוני משפט** 29 (תשס״ז) 591.

36 עניין **וול** (לעיל, הערה 3) בפסקה קז.

37 שם, בפסקה קז.

כן בוחן בית המשפט אם העברת מידע בין מתחרים יכולה להיחשב ״גורם מצרפי״. בית המשפט עומד על חשיבות המידע כמרכיב חיוני לתחרות, המאפשר למתחרים להציע מחיר נמוך מזה של חבריהם ובכך לייעל את התחרות ביניהם. בה בעת העברת מידע יכולה לשמש בסיס ליצירתו או לקיומו של הסדר כובל. מסקנתו של בית המשפט היא שחילופי מידע כשלעצמם אינם מגבשים את המסקנה בדבר קיום הסדר כובל, אולם יש בהם ללמד – בהצטרפם לראיות אחרות – על קיומו של הסדר כזה. עוד קובע בית המשפט, אמנם באוביטר, כי לנסיבות חילופי המידע חשיבות רבה: חילופי מידע בין מתחרים במכרז היא חמורה במיוחד ויכולה להיות כשלעצמה הסדר כובל.[38] הלכה זו, שהיא חידוש בדין הישראלי, מהווה גם היא לדעתי דין ראוי, באזנה בין חשיבות המידע בשוק לבין פגיעתו הפוטנציאלית בתחרות.

2. החלטת בית המשפט המחוזי בעניין קרטל הגז[39]

בית המשפט המחוזי בירושלים הרשיע את יו״ר הנהלת דורגז בהיותו צד לקרטל שהתקיים בין ארבע חברות הגז: פזגז, אמישראגז, סופרגז ודורגז, אשר החזיקו בלמעלה מ־90% משוק הגז. הקרטל כלל חלוקה של כלל רוכשי הגז החדשים במגזר הביתי והתעשייתי משך תקופה של מעל לשנתיים וחצי. יתר הנאשמים בפרשה זו הורשעו ברובם במסגרת הסכמי טיעון.

השופט ענבר קבע כי העברות שבהן הורשע הנאשם הן מהחמורות בתחום ההגבלים העסקיים, שכן הקרטל חסם את התחרות על לקוחות חדשים בשוק הגז וביטל כל תמריץ להתחרות על מחיר המוצרים והשירותים ועל איכותם. מטרתו היחידה הייתה הגדלת רווחי חברות הגז על חשבון הצרכן.[40]

פסק הדין חוזר על מושכלות יסוד בהגבלים עסקיים, דוגמת הקביעה ש״העדרה של תוצאה קרטליסטית המעידה על הצלחתו של הקרטל אינה מעלה ואינה מורידה לעניין התקיימות יסודות העבירה״,[41] וכי היסוד הנפשי יכול להתקיים גם אצל אדם שהצטרף להסדר הכובל למראית עין.[42]

מלבד זאת הוא מחדד ומחזק כמה מגמות: אחת מהן, ועליה עמדנו לעיל, היא מגמת הפרשנות התכליתית של סעיף 2.[43] בקרטל הגז לא נדרשה פרשנות תכליתית כיוון

---

38 שם, בפסקה קיא.

39 ת״פ (י-ם) 366/04 **מדינת ישראל נ׳ בידרמן** (פורסם בנבו) (20 לינואר 2010, הכרעת דין; 7 במרס 2010, גזר דין) (להלן – פסק הדין בעניין **בידרמן**).

40 שם (הכרעת הדין).

41 שם, בפסקה 20; ראו גם: עניין **וול** (לעיל, הערה 3) בפסקה ק; ת״פ (י-ם) 1274/00 **מדינת ישראל נ׳ מודגל בע״מ**, פסקה 20 לפסק דינה של השופטת מרים מזרחי (פורסם בנבו) (להלן – פסק הדין בעניין **מודגל**).

42 עניין **בידרמן** (לעיל, הערה 39) בפסקה 26 להכרעת הדין.

43 שם, בפסקה 22.

ש"המדובר בכבילות עירומות, שאין להן כל הצדקה זולת הפגיעה בתחרות. [...] במצב דברים זה אין סיבה להחריג את ההסדרים נשוא תיק זה מתחולתו של חוק ההגבלים העסקיים על החזקות החלוטות הקבועות בו".[44]

מגמה אחרת מתבטאת בקביעה ש"אם התאגיד אינו אחראי – גם נושא המשרה אינו אחראי. אולם לשם גיבוש אחריותו הפלילית של נושא המשרה אין צורך להרשיע את התאגיד בהליך פלילי וממילא שאין צורך להעמידו לדין".[45] לפיכך הסדר טיעון עם החברה לא ימנע העמדה לדין של נושא משרה בה כל עוד הוכחה אחריותה של החברה.

בית המשפט חוזר על הלכת בית המשפט העליון בעניין אריאל למשל, שלפיה העונש הראוי לעברות קרטל הוא עונש מאסר ארוך לריצוי בפועל.[46] זאת גם אם מביאים בחשבון את הנסיבות לקולה הקיימות ביחס לנאשם, ובהן הימשכות ההליכים ותרומתו המשמעותית של הנאשם למדינה. אולם עקב גילו המופלג של הנאשם (86) החליט בית המשפט שלא לגזור עליו מאסר בפועל. במקום זאת הוטל עליו קנס כספי כבד, הנותן משקל לשיקולי גמול והרתעה, בסך 800,000 ש"ח. גזר דין זה מצטרף לפסיקות אחרות, כולל וול, שגם בהן לא הוטל עונש מאסר בפועל בעברות קרטל למרות הרטוריקה החד־משמעית של בית המשפט העליון שהעונש הראוי לעברת הקרטל הוא מאסר בפועל. למגמה זו השלכות חשובות: ככל שעולה מספר התיקים שבהם קיים פער בין הרטוריקה לבין העונש המושת בפועל, כך יורדת רמת ההרתעה של חוק ההגבלים ועולה הסבירות לפגיעה משמעותית ברווחת הציבור.[47] אמנם בבידרמן הוכח רק חלק קטן מהעברות שבהן הואשמו חברות הגז מלכתחילה, עובדה שאולי הקרינה על העונש המושת, אולם גם העובדות שהוכחו מצביעות על קרטל מהגרעין הקשה שכל מטרתו לפגוע בציבור.

כן קבע בית המשפט כי נוכח מעמדו של הנאשם ומעורבותו העמוקה בקרטל הרי שיש לפסול אותו מלכהן כדירקטור בחברות ציבוריות לתקופה של כשנתיים. אציין כי לסנקציה הנלווית, שעניינה איסור לכהן כדירקטור בחברה ציבורית במשך תקופה מסוימת לאחר הרשעתו של נושא משרה,[48] ואשר השימוש בה החל לא מכבר,[49] חשיבות הרתעתית, וגלומה בה אמירה נורמטיבית חשובה שלפיה אל לו, לציבור, לסמוך בניהול ענייניה של חברה ציבורית על מי שנמצא אשם בעברה הגבלית חמורה ולא בחל בגנבה

---

44 שם, בפסקה 23.

45 שם, בפסקה 122.

46 ראו למשל: ע"פ 7068/06 **מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ** (פורסם בנבו).

47 ראו: מיכל (שיצר) גל ואמיר ישראלי "דלות הסעדים ההגבליים" (צפוי להתפרסם **בעיוני משפט**, כרך לה (2011)).

48 סעיף 226 לחוק החברות, תשס"ט-1999, ס"ח 189.

49 ראו למשל: ת"פ (י-ם) 1142/01 **מדינת ישראל נ' שולשטיין** (פורסם בנבו). ערעור לבית המשפט העליון נדחה; עניין **בידרמן** (לעיל, הערה 39); עניין **מודגל** (לעיל, הערה 41).

מתוחכמת מהציבור.[50] האיזון בין ההרתעה ושליחת המסר הנורמטיבי לשוק לבין חופש העיסוק והצורך להעניק לאדם הזדמנות שנייה מושג באמצעות הגבלת תקופת האיסור. בה בעת סעד זה מוגבל. בית המשפט מוסמך לאסור כהונה כדירקטור ולא על כהונה כמנכ״ל. זהו חסר שיש לתקנו – דווקא למנכ״ל, המופקד על הניהול השוטף של התאגיד, יש בדרך כלל תפקיד משמעותי הרבה יותר באשר לביצוע עברות הגבליות דירקטור.[51]

חשיבותו של פסק הדין נובעת גם מקביעותיו בנוגע לאחריות הנגזרת לעברות על החוק, על פי סעיף 48 לחוק, הקובע כי יואשם בעברה בין היתר ״מנהל פעיל״ בתאגיד, אלא אם הוכיח כי לא ידע על ההפרה וכי נקט את כל האמצעים הסבירים העומדים לרשותו כדי למנעה. פסק הדין מזכה את יו״ר דירקטוריון דורגז ואת מנהל הרכש של סופרגז מעברות הגבליות היות שלא שימשו ״מנהלים פעילים״. ״מנהל פעיל״ הוגדר בהחלטת בית המשפט העליון בעניין איילון כמי שמתקיימים בו שני תנאים:[52] בעל תפקיד ניהולי הקשור בתחום שבו בוצעה העברה (מבחן טכני), אשר היה יכול מתוקף תפקידו למנוע את העברה (מבחן מהותי). הגיונם של תנאים אלו בהטלת האחריות על מי שבכוחו למנוע או לצמצם בפועל ביצוע עברה על ידי החברה עקב הקשר שבין תפקידו לבין התחום שבו בוצעה העברה, המתבטא בסמכויות פעולה אפקטיביות שיש לו באותו תחום.[53]

בעניין בידרמן בית המשפט מפרט את התנאי השני בקבעו כי ״מנהל שאין זיקה מספקת בין תפקידו לבין התחום שבו בוצעו העבירות, ואשר עקב כך שליטתו ואמצעי הפיקוח שיש לו בנוגע לאותו תחום הם אקראיים או רופפים, לא ייחשב ׳מנהל פעיל׳ ולא יישא באחריות נגזרת״.[54] כפי שגל רוזנט מפרט,[55] גישת בית המשפט בעניין זה מחייבת ״כי אחריות מנהל מכוח סעיף 48 לחוק תיגזר ממידת הזיקה **האובייקטיבית** בין תפקידו לבין התחום שבו בוצעה העבירה. אם יימצא, כי אותו אדם לא היה בעל תפקיד ניהולי בתחום שבו בוצעה העבירה – לא יידרש בית המשפט לבחון את מידת יכולתו **בפועל** של אותו מנהל למנוע או לצמצם את ביצוע העברה (אף אם הינו בעל תפקיד בכיר בתאגיד, ואף אם מבחינה **סובייקטיבית** היה בידו הכוח למנוע את ביצוע העבירה או להפסיקה)״.[56] גם ידיעתו בפועל של המנהל על ביצוע העברות לא יהא בה די, גם אם

---

50 ראו למשל: ע״פ 4783/09 **שולשטיין נ׳ רשות ההגבלים העסקיים**, פסקה 37 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו) (להלן – עניין **שולשטיין**).

51 ראו: גל וישראלי (לעיל, הערה 47).

52 דנ״פ 5189/05 **איילון חברה לביטוח בע״מ נ׳ מדינת ישראל**, פסקה 23 לפסק דינו של השופט חשין (פורסם בנבו).

53 ראו גם: עניין **בורוביץ׳** (לעיל, הערה 16) בעמ׳ 929.

54 עניין **בידרמן** (לעיל, הערה 39) בפסקה 237 להכרעת הדין.

55 להרחבה בהגדרת ״מנהל פעיל״ ראו: גל רוזנט, ״דירקטור כ׳מנהל פעיל׳ על פי חוק ההגבלים העסקיים״, **תאגידים** ז (תש״ע) 101.

56 שם, בעמ׳ 105 (ההדגשות במקור – ג״ר).

היה בידו להפסיק את העברות, כל עוד לא היה אותו מנהל בעל סמכויות פיקוח ישירות בתחום שבו בוצעו העברות.

אפשר לטעון שהתניה זו מעניקה תמריץ נמוך למנהלי התאגיד להפגין ערנות ואקטיביות בנוגע לעברות המבוצעות על ידי התאגיד כל עוד אינן בתחום טיפולם הישיר.[57] אולם להשתת אחריות **קפידה** על נושאי משרה רק משום שלא הפגינו ערנות בתחום שבו אינם עוסקים יש תג מחיר גבוה לנוכח הסיכון להרתעת־יתר מתפקידים ניהוליים ומפעולות אשר הבהירות באשר לחוקיותן אינה מוחלטת ונמצא שכרנו בהפסדנו. על כן לדעתי כלל זה מוצדק.

בה בעת יש מקום לשקול השתת אחריות (שאינה אחריות קפידה) על נושא משרה בכיר שהוכח שידע על העברות והיה יכול למנען מתוקף תפקידו, אך לא עשה כן. דרך המלך היא כמובן שינוי החוק. בבידרמן ניסה בית המשפט להכניס אחריות זו דרך פרשנות סעיף 48. לפי קביעתו, דירקטור – ככזה – אינו ״מנהל פעיל״.[58] אולם מודעות להפרה הופכת אותו ל״מנהל פעיל״ כיוון שהיא יוצרת ״זיקה מידית וישירה״ בין תפקידו של הדירקטור לבין המשך ביצוע העברה, זיקה ה״אוצרת בחובה כוח להפסיק את העבירה או לצמצמה״.[59] אכן החלת האחריות על דירקטור שידע על העברה אך לא מנעה יוצרת דין רצוי, אולם גלומה בה בעייתיות כפולה כאשר היא מוחלת בגדרו של סעיף 48: ראשית, היא מגדירה את תפקיד הדירקטור לפי ידיעתו בפועל על ההפרה ולא לפי מה שהיה צריך לדעת. שנית, סעיף 48, המחיל אחריות נגזרת קפידה, אינו הדרך הנכונה להשתת אחריות על מי שלא היה צריך לדעת על ההפרה מתוקף תפקידו, אבל בכל זאת ידע. נוסף על כך, כפי שרוזנט מפרט, בית המשפט מבחין בין מנהל לבין דירקטור ומשית על האחרון אחריות גדולה יותר רק על סמך העובדה שידע על ההפרה, הגם שהמנהל אחראי בפועל לפעילות השוטפת של התאגיד ולכן רציונל המניעה של ההתנהגות מצביע דווקא על השתת אחריות כבדה יותר עליו.[60]

כן יש להרחיב לדעתי את המקרים שבהם דירקטור ייחשב ״מנהל פעיל״ גם לאותם מקרים של עצימת עיניים, הנופלים בגדר תפקידי הפיקוח של הדירקטוריון. כדי ליצור תמריצים לדירקטורים להפעיל בפועל את תפקידי הפיקוח שעליהם הם אמונים, אחריות מכוח סעיף 48 צריכה לחול גם על דירקטור אשר היה צריך לדעת על ההפרה מתוקף תפקידו, דהיינו על דירקטור אשר לו ביצע את תפקידו כיאות היה יודע על ההפרה. למשל, כאשר על פני הדברים היה שינוי משמעותי בדוחות הכספיים של החברה אשר אינו מוסבר בשינוי ביתרונותיה היחסיים, או כאשר החברה רווחית הרבה יותר מממוצע

---

57 לטענה זו ראו: שם, בעמ׳ 106.

58 שם, בעמ׳ 288.

59 עניין **בידרמן** (לעיל, הערה 39) בסעיף 298 להכרעת הדין.

60 רוזנט (לעיל, הערה 55) בעמ׳ 107-109.

החברות במשק, היה זה מתפקידו לברר מה גרם לשינוי או לרווחיות הגבוהה האמורה כדי לוודא שרווח זה איננו מושג באופן בלתי חוקי.

3. החלטת בית המשפט העליון בעניין מנכ״ל טמבור

בית המשפט העליון הכריע בערעור של גזר דינו של הנאשם שולשטיין. שולשטיין שימש מנכ״ל חברת טמבור. טמבור הורשעה ביצירת הסדר כובל עם רשתות השיווק, במשך תקופה ארוכה, בנוגע למחיר שבו היה אפשר למכור את מוצריה. בבית המשפט המחוזי נקבע ששולשטיין לא היה מודע להסדר הכובל, אולם הוטלה עליו אחריות קפידה מכוח סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים, שבגינה הוטל עליו מאסר לריצוי בדרך של עבודות שירות וקנס.

השאלה המרכזית הייתה אם לצורך הטלת עונש של מאסר בגין הרשעה בעברה של אחריות קפידה נדרשת הוכחת התקיימותו של יסוד נפשי של מחשבה פלילית אצל הנאשם, או שמא די בהוכחת יסוד נפשי של רשלנות.

בית המשפט קבע כי תכליתן של עברות נושאי המשרה היא להרחיב את אחריות נושא המשרה גם אל מצבים שאלמלא הוראות אלה לא היה אפשר לחייבו בגינם בפלילים. סעיף 48 לחוק ההגבלים מטיל אחריות על נושא משרה בכיר בתאגיד כדי להביא להעלאת רף הזהירות שנוקטים נושאי משרה בתאגיד, אשר בכוחם למנוע או לצמצם בפועל את מעורבות החברה בעברות לפי חוק ההגבלים. במובן זה יש לראות בהוראת הסעיף מכשיר הבא להגביר את השליטה, ההשגחה והפיקוח מצדם על פעולות החברה ולתמרץ נקיטתם של אמצעי זהירות על ידי מי שעמדתם בתאגיד מאפשרת להם להביא למניעת ביצוען של עברות כאמור.[61]

לעניין היסוד הנפשי הנדרש בעברות של אחריות קפידה יש להבחין בין שלב ההרשעה לשלב הענישה. לצורך הרשעה נדרשת התביעה להוכיח את היסוד העובדתי בלבד, ומשהוכיחה אותו – באפשרותה להסתפק בחזקת הרשלנות שמניח הסעיף. לעומת זאת בשלב גזירת הדין, אם תבחר התביעה להסתפק בחזקת הרשלנות, אי אפשר יהיה לגזור מאסר. ואולם, אם עלה בידי התביעה להוכיח כי היסוד העובדתי שבעברה התקיים, תוך שמתקיים בנאשם יסוד נפשי של מחשבה פלילית או רשלנות, אין עוד מניעה לגזור עונש מאסר על הנאשם אם מצא בית המשפט כי זהו העונש הראוי לו.[62]

כן נדונה בפסק הדין שאלת איסור כהונה כדירקטור כסנקצייה נלווית לעברה הפלילית. בית המשפט חוזר על הלכתו שלפיה תכלית הסעיף היא להגן על הציבור בכלל ועל ציבור המשקיעים בשוק ההון בפרט מפני דירקטור בחברה ציבורית אשר אינו ראוי לתפקיד זה, כעולה מהרשעתו בפלילים.[63] על הקווים המנחים להפעלת שיקול הדעת

---

61 עניין **שולשטיין** (לעיל, הערה 50) בפסקה 33.
62 שם, בפסקה 25.
63 שם, בפסקה 36.

בהחלת הסנקצייה להיסב על שני סוגי שיקולים דומיננטיים: השיקול האחד הוא הגנה על הציבור ועל האינטרס הציבורי בכך שנושאי התפקידים בחברות ציבוריות יהיו אנשים הראויים לכך מבחינת כישוריהם, ניסיונם ותכונותיהם הרלוונטיות. השיקול השני הוא הפגיעה בחופש העיסוק של הנאשם המורשע מעצם חסימת דרכו לכהונת דירקטור בחברה ציבורית במשך חמש שנים. אלה ייבחנו לצד חומרת העברה, טיבה ונסיבות ביצועה. משום אופיו הגמיש של הסעיף ומשום הפגיעה שהוא עלול להביא לחופש העיסוק של הפרט, נדרשת לשם הפעלת הסמכות לפיו זיקה מהותית בין העברה שבה הורשע אותו אדם, טיבה ונסיבות ביצועה, לבין מאפייני התפקיד של דירקטור בחברה ציבורית. נדרש כי העברה, טיבה או נסיבות ביצועה ילמדו עליו כי אין בו יכולות הפיקוח, ההשגחה והאמון המצופות מדירקטור בחברה ציבורית או תכונות וכישורים רלוונטיים אחרים. מלבד זאת ככלל יש לשמור את השימוש בסמכות למקרים שחומרתם היא כזו שתצדיק הטלת מגבלה כה חמורה על מבצעם. עם זאת אין לומר כי מדובר במקרים חריגים בלבד.[64] במקרה דנן אי־ידיעתו של שולשטיין על העברה ההגבלית היא פרי התרשלותו החמורה, תוצאת הימנעותו מלבדוק את הנעשה בחברה תקופה ממושכת והימנעותו מלנקוט אמצעים סבירים לשמירה על הוראות חוק ההגבלים.[65]

הלכה חשובה נוספת, בעלת חשיבות פרקטית רבה, עניינה טיב הראיות הנדרשות לשם הוכחת פגיעה בציבור. בית המשפט דחה את הטענה שעצם העובדה שלא הובאה חוות דעת מומחה מובילה למסקנה כי לא הוכחה פגיעה בציבור הצרכנים, כיוון שעצם הדבקות בהסדר הכובל תקופה כה ממושכת מלמדת כי הוא הניב לצדדים המעורבים בו רווח, וממילא פגע בצרכנים. מלבד זאת הוכח כי בעקבות ההסדרים עלו מחירי הצבעים.[66]

פרק ב: חידושים בהסדרת מיזוגים

הסדרת מיזוגים היא אחד משלושת הנדבכים של חוק ההגבלים העסקיים. החוק קובע כי על הממונה להתנגד למיזוג או להתנותו בתנאים אם קיים חשש סביר שבעקבות המיזוג תיפגע התחרות פגיעה ניכרת או ייפגע הציבור.[67] לפיכך נדרש הממונה לבחון אם מיזוג נתון צפוי ליצור כוח שוק, להגבירו, לשמרו או להקל הפעלתו, וזאת בהתחשב במכלול תנאי התחרות בשוק הרלוונטי. הניתוח התחרותי כולל בחינת היווצרותו של כוח שוק חד־צדדי הבא לידי ביטוי במיזוג למונופול או ביצירת כוח שוק הנובע מתיאום בעקבות המיזוג.

---

64 שם, בפסקאות 37-38.
65 שם, בפסקה 46.
66 שם, בפסקה 43.
67 סעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים.

1. טיוטת הנחיות רשות ההגבלים העסקיים למיזוגים אופקיים[68]

כדי להגביר את השקיפות בהליכי בחינת המיזוגים פרסמה הרשות נוסח טיוטת הנחיות מיזוגים אופקיים להערות הציבור. מסמך ההנחיות מתאר את שיטת הניתוח המשמשת את הממונה בבחינת ההשפעות על התחרות של מיזוגים אופקיים, דהיינו מיזוגים בין מתחרים. המסמך מקביל, ברובו הגדול, להנחיות המקובלות ברשויות הגבלים ברחבי העולם ומקדד את נהגיה של הרשות.

ההנחיות מבטאות את הגישה המאזנת לניתוח מיזוגים, המאזנת בין הפגיעה בתחרות לבין יתרונות כלכליים הנובעים מהמיזוג לרווחת הציבור החורגים מגדר הפגיעה בתחרות גרדא, ודוחה את גישת הערך המוחלט לתחרות אשר נותנת משקל מוחלט לשיקולי תחרות בשוק. זוהי גישה ראויה, המקדמת את תכלית החוק, שהיא קידום הרווחה הכללית בדרך של שמירה על התחרות רק מקום ששמירה כאמור מקדמת את טובת הציבור.[69] 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 אם המיזוג יפחית את עלויות הייצור או השיווק בשל ניצול יתרונות לגודל, או ביעילות דינמית אם המיזוג יאפשר יצירת מוצר חדש או הליך ייצור או שיווק חדש, יעיל מזה שהיה קיים טרם המיזוג. כן ראוי לציין לחיוב את העובדה שלפי הנחיות היעילויות שיובאו בחשבון יכולות להתבטא לא רק במחיר אלא גם באיכות גבוהה יותר.[70] גישה זו מאפשרת להתחשב לא רק ביעילויות אשר מגבירות את התחרות בשוק אלא גם באלו אשר הן תוצאתן המובהקת של התחרות. אולם ראוי לציין כי הרף המוצב לשיקולי יעילות הוא גבוה. כפי שהרשות מציינת בהנחיותיה, עד היום טרם עלה בידי צדדים למיזוג להצדיק מיזוג אנטי־תחרותי בשל היעילויות שהוא יוצר.

נוסחת האיזון שאימצה הרשות, במסגרת הגישה המאזנת, מתמקדת ברווחת הצרכן. לפי גישה זו, המיזוג יאושר רק אם המחיר לאחר המיזוג לא יעלה על המחיר עובר למיזוג, או אם השינוי באיכות המוצר בשביל הצרכן לאחר המיזוג יפצה על ההפרש במחירו. נוסחת איזון אחרת, הנתמכת על ידי כלכלנים רבים ברחבי העולם, מעניקה משקל מכריע לשיקולי הרווחה המצרפית. לפיה, מיזוג יאושר אם הוא מעלה את הרווח

---

68 טיוטה להערות הציבור: הנחיות הממונה לגבי מיזוגים אופקיים. מתוך מאגר המידע של רשות ההגבלים העסקיים: archive.antitrust.gov.il/ANTItem.aspx?ItemID=10149.

69 לפסקאות הבאות ראו: מיכל (שיצר) גל, ״מונופולים בתחרות – האיזון שבין עידוד חדשנות ויצירתיות ובין הפגיעה בתחרות בדיני ההגבלים העסקיים״, **דין ודברים** 2 (תשס״ו) 425.

70 גישה זו באה לידי ביטוי לראשונה בהחלטת הממונה על ההגבלים העסקיים, ״נימוקים להתנגדות למיזוג בין יהודה פלדות בע״מ ומפעלי פלדה מאוחדים בע״מ (בפירוק)״ (09.01.2003) **הגבלים עסקיים** 3016418.

המצרפי, הכולל את הרווח לצרכן ואת הרווח ליצרן.[71] במונחים כלכליים, אם העלויות הנחסכות מהמיזוג עולות על הפסד הרווחה החברתית(Dead weight loss) הנגרם מעליית מחירים צפויה, המיזוג יאושר. גישה זו אינה נותנת משקל לעובדה שעליית המחירים תגרום להעברת עושר מהצרכנים ליצרנים, והיא מציבה רף לאישור המיזוג הנמוך מזה שמציבה נוסחת רווחת הצרכן.

גודלו הקטן של השוק הישראלי מחדד את הדילמה בין שני סטנדרטים אלו.[72] חשוב מכול – בשל טבעם הריכוזי של מרבית השווקים בכלכלות קטנות, מדיניות המאמצת את סטנדרט רווחת הצרכן יכולה להוביל לקפיאה על השמרים של מבני שוק אוליגופוליסטיים, אשר לא זו בלבד שהם גובים מחירים על־תחרותיים, אלא הם גם מגבילים את יכולתן של חברות לגדול לממדים שיאפשרו להן להגדיל את היעילות היצרנית והדינמית. נוסף על כך הגבלת השיקולים לרווחת הצרכן הישראלי תמנע אישורו של מיזוג שיאפשר לחברות ישראליות להתחרות ביתר יעילות בשוקי חוץ ולשפר את מאזן התשלומים במדינה, גם אם השוק המקומי למוצר הנדון מצומצם והפגיעה בו היא קטנה ביותר.

שתי נוסחאות איזון אלו אינן היחידות שאפשר לאמץ. למעשה אפשר לאמץ כל נוסחת איזון אשר מעניקה משקל יחסי לכל אחד מהשיקולים המתחרים על הבכורה. בדרך זו הלך בית הדין הקנדי להגבלים עסקיים בעניין Superior Propane, שם קבע בית הדין כי המיזוג ייפגע מאוד בתחרות ויעניק לחברה הממוזגת כוח שוק רב. עם זאת המיזוג יביא לחיסכון רב בעלויות לצדדים המעורבים, העולה על הפגיעה בצרכנים. בית הדין אישר את המיזוג משום שהוא מגדיל את הרווחה המצרפית.[73] בית המשפט לערעורים קבע כי המבחן הראוי מאזן בין רווחת הצרכן לבין רווחת החברות המתמזגות, וכי לא תמיד יש ליתן משקל זהה לשיקולים אלו.[74]

לדעתי, גם בישראל יש להחיל גישה אשר איננה מעניקה משקל אבסולוטי למבחן רווחת הצרכן, גישה המאזנת בין הפגיעה ברווחת הצרכן הנוצרת עקב המיזוג לבין השפעתו על הרווחה המצרפית בדרך של התייעלות. גישה זו רואה בתחרות וברווחת הצרכן שיקול חשוב אך לא בלעדי, והיא מאפשרת מדיניות מיזוגים גמישה יותר אשר תתחשב בשיקולים מתנגשים בצורה שתבטיח שהאפשרות להתייעלות יצרנית ודינמית, על אף התחזקות הריכוזיות, לא תיחסם. ייתכן כי לאור לשונו של החוק יהא צורך בשינוי

---

71 מבחן זה מושתת על ההנחה שבעלי המניות של החברה הממוזגת יהיו גם הם מקומיים. לפירוט הבעייתיות בהנחה זו, כמו גם בכלים להתמודדות עמה, ראו: Michal S. Gal, *Competition Policy For Small Market Economies* (2003) pp. 204-205

72 שם, שם.

73 *The Commissioner of Competition v. Superior Propane Inc.* (Canadian Competition Tribunal, unpublished, 30 August 2000).

74 *Commissioner of Competition v. Superior Propane Inc. and ICG Propane Inc.* 2001 FCA 104.

חקיקתי כדי לאמץ פרשנות זו, אך גם אם תאומץ נוסחת האיזון המתמקדת ברווחת הצרכן בלבד, יש לוודא כי הובא בחשבון זמן ארוך דיו כדי לאפשר לחברות להתייעל.

2. החלטת בית המשפט העליון בעניין מיזוג בזק ויס[75]

החלטה זו עניינה בקשתה של בזק, בעלת תשתיות תקשורת, להתמזג עם יס, המספקת שידורי טלוויזיה רב־ערוציים. הממונה התנגדה למיזוג. בית הדין הפך את החלטתה וקבע שיש לאשר את המיזוג בתנאים. בית המשפט העליון הפך החלטת בית הדין ופסק כי הממונה צדקה בהחלטתה לחסום את המיזוג.

השאלה העיקרית שעלתה לדיון נסבה על משקלה של תחרות עתידית פוטנציאלית בין צדדים למיזוג בעת בחינה אם קיים חשש סביר כי המיזוג יפגע בתחרות או בציבור. בעת שבה נדון המיזוג פעלו בזק ויס בשני שווקים שונים, ועל כן המיזוג לא פגע בתחרות קיימת ביניהן. הדיון נסב על סיכויי הפגיעה בתחרות אם המיזוג ימנע את כניסתה של בזק, כשחקן עצמאי, לשוק שידורי הטלוויזיה הרב־ערוציים. לכניסה של שחקן נוסף לשוק זה השלכות חשובות על התחרות לאור העובדה שעסקינן בשוק ריכוזי ביותר, שבו פועלים כיום שני שחקנים בלבד: חברת הכבלים ויס.

השאלה הייתה עובדתית בעיקרה. לאחר בחנו את התשתית הראייתית קבע בית המשפט כי המיזוג אכן צפוי לפגוע פגיעה רבה בתחרות משום שהוא ימנע את כניסתה העצמאית של בזק לשוק. למרות טענתה של בזק שלא תיכנס עצמאית לשוק זה, בית המשפט בחן את התשתית האובייקטיבית וקבע שלבזק נתונה היכולת הטכנולוגית הנחוצה לשם כניסה כאמור בתוך תקופה שאינה עולה על שלוש שנים. כן קבע בית המשפט כי אין בשוק הישראלי גורם אחר היכול לספק שירותים אלה או שירותי תשתית מתחרים אחרים לכבלים וללוויין בטווח הזמן האמור. בית המשפט העניק משקל גם לממדיו של המשק הישראלי: ״נראה כי דווקא בשל התוצאות הקשות הכרוכות באפשרות המסתברת של פגיעה בתחרותיות במשק שכזה ראוי להגביר את משקלו של מבחן הפגיעה, בפועל או בפוטנציה, בתחרות — כאמת מידה ראויה לאישור או פסילה של מיזוגים״.[76] במצב דברים זה המיזוג יגזול מהציבור את התועלות התחרותיות שבכניסה עצמאית של בזק לשוק ומעלה חשש סביר לפגיעה ניכרת בתחרות.

חשיבותו של פסק הדין הוא בין היתר בטווח הזמנים שבו נבחנת הפגיעה בתחרות — שלוש שנים. כן חשיבותו נובעת מהמשקל שניתן לראיות אובייקטיביות לכניסה צפויה לתחרות, גם אם אלו התנגשו עם הצהרותיהם של הצדדים למיזוג.

בעקבות פסק הדין התפטרו נציגי הציבור בבית הדין מכהונתם. עובדה זו מחדדת את שאלת המשקל שיש ליתן להחלטות בית הדין בערעור לעליון. בית הדין להגבלים הוא

---

75 ע״א 2082/09 **יורוקום די.בי.אס בע״מ נ׳ בזק חברת התקשורת הישראלית בע״מ** (פורסם בנבו).

76 שם, בפסק דינו של המשנה לנשיאה השופט ריבלין.

בית דין מקצועי, שיושבים בו שופטים אשר להם מומחיות מיוחדת בניתוח כלכלי ומשפטי של סוגיות הגבליות. על כן לכאורה ראוי כי להחלטותיו בעניינים כלכליים־עובדתיים יינתן משקל רב בערעור. כלל זה יש להחיל, לטעמי, במקרה שדעת בית הדין כדעת הממונה. אולם שונה המצב במקרה שבו לממונה דעה סותרת את זו של בית הדין, כיוון שגם רשות ההגבלים העסקיים, אשר בראשה עומד הממונה, היא גוף מקצועי בעל מומחיות מיוחדת בתחום ולה כלי חקירה ודרישה המאפשרים לה לרדת לעומקן של התנהגויות עסקיות. במקרה של התנגשות בין דעת הממונה לדעת בית הדין אין לתת להחלטת בית הדין משקל מכריע, אולם יש להביא בחשבון את האפשרות שבפני בית הדין היו חוות דעת כלכליות נוספות וכן עדויות נוספות של הצדדים.

3. גילוי דעת של הרשות בעניין דוקטרינת החברה הכושלת[77]

גילוי הדעת מעגן את התנאים לתחולת דוקטרינת החברה הכושלת, שאומצה בעבר בכמה החלטות של הממונה.[78] הדוקטרינה חלה במצבים שבהם המיזוג המוצע הוא בין חברה העומדת לצאת מהשוק בשל חוסר יכולתה לעמוד בהתחייבויותיה לבין מתחרתה. מטבע הדברים במיזוג בין מתחרים גלום לעתים חשש תחרותי להגבלה משמעותית של התחרות, ולכן במצב דברים רגיל יתנגד הממונה למיזוג כזה או יתנה אותו בתנאים. כוחה של דוקטרינת החברה הכושלת בהיתר שהיא נותנת למיזוג בין מתחרים כאמור היות שבתנאים שנוצרו המיזוג הוא הרע במיעוטו.

גילוי הדעת מפרט את התנאים שיש להוכיח כדי לאשר מיזוג בהסתמך על הדוקטרינה, שעניינם (בין השאר) מצבה הכלכלי של החברה הנרכשת; היעדר רוכש חילופי שהצעתו פוגענית פחות בתחרות; אי־קיומה של אלטרנטיבה אחרת, דוגמת יציאת נכסי החברה הכושלת מהשוק, הפוגעת פחות בתחרות. שלושת תנאי הדוקטרינה מתמקדים בבחינת הפגיעה התחרותית של המיזוג המוצע – כל אחד מהיבט אחר שמטרתו לוודא שאכן המיזוג הוא הרע במיעוטו בנסיבות שנוצרו.

התנאים הישראליים לאישור המיזוג משרתים את מטרתם והם יעילים מאלו שאומצו באיחוד האירופי, שם נדרש למשל כי בהיעדר המיזוג המבוקש יצאו הנכסים של החברה הכושלת מהשוק הרלוונטי,[79] שכן ייתכן כי התחרות תצא נשכרת דווקא מהמיזוג, גם יחסית למצב שבו נכסי החברה הכושלת יישארו בשוק, אך השימוש החילופי בהם יפגע

---

77 הממונה על ההגבלים העסקיים, **״גילוי דעת בעניין דוקטרינת החברה הכושלת״** (25.01.2010): archive.antitrust.gov.il/ANTItem.aspx?ID=10306&FromSubject=&From Year=2010&FromPage =0.

78 ראו למשל: נימוקי החלטה של הרשות להגבלים עסקיים ״אישור מיזוג בתנאים – קלאבמרקט רשתות שיווק בע״מ (בהקפאת הליכים) ושופרסל בע״מ״ (02.11.2005), הגבלים עסקיים 5000155.

79 Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings, (O.J. C 31) 5, 14 §90, (2004).

יותר בתחרות ובתוצאותיה.[80] התנאים הישראליים ראויים גם מהתנאים שמציבות רשויות התחרות האמריקניות, אשר אמנם ביטלו באוגוסט האחרון את התנאי שלפיו יֵצאו נכסי החברה הכושלת מהשוק, אולם אינם בוחנים אם קריסת החברה גרועה לתחרות יותר מהמיזוג המוצע.[81] בהקשר זה חשוב להדגיש כי על מנת להגשים את מטרת החוק הדגש בעת החלת מבחני העזר צריך להיות על תוצאות התחרות ולאו דווקא על התחרות בשוק כשלעצמה.[82]

כן אציין כי לפי גילוי הדעת, הרשות שוקלת שיקולי תחרות גרדא. זהו דין רצוי, המתיישב עם החוק ועם אופי מוסד הממונה. לממונה התמחות מיוחדת בשקילת שיקולי תחרות. אין לו כל מומחיות ואין לו מנדט דמוקרטי לשקול שיקולים רחבים יותר. על כן תפקידו של הממונה צריך להיות מוגבל לבחינת המיזוג בשל השפעתו התחרותית. עם זאת יש לוודא כי במערכת המשפט העוסקת במיזוג עם חברה כושלת נפתח פתח, ולו קטן, לאישור מיזוגים על סמך שיקולים החורגים מגדר שיקולי תחרות גרדא אם טובת הציבור – הכללי ולא ציבור ספציפי – תצא נשכרת מכך. הגוף הנכון לבצע את האיזון בין השיקולים התחרותיים לשיקולים הלבר־תחרותיים הוא בית הדין להגבלים עסקיים. פתרון זה אינו מושלם – הוא כרוך באבדן זמן יקר של הצדדים למיזוג אשר יכול להשפיע על סיכויי הצלחתו. אשר על כן אני מציעה כי בדומה למיזמים משותפים, גם כאן יוכלו צדדים למיזוג הפוגע בתחרות פגיעה ניכרת לפנות היישר לבית הדין כדי לחסוך זמן יקר. כדי לוודא כי שיקולי התחרות מקבלים את משקלם הראוי, הרשות תהא צד להליך ותידרש להציג את ההשפעה התחרותית של המיזוג המוצע. כן מוצע ליצור פרוצדורה מיוחדת, מהירה, לשמיעת בקשת המיזוג כאמור.

4. כתב אישום נגד שופרסל ומנהליה בגין הפרת תנאי מיזוג וניסיון להסדר כובל[83]

רשות ההגבלים העסקיים הגישה כתב אישום נגד שופרסל ונגד מנהליה הבכירים. על פי כתב האישום לא קיימו שופרסל ומנהליה הבכירים את התנאים שהושתו על שופרסל במסגרת מיזוג שופרסל-קלאבמרקט וכן ניסו לעשות הסדר כובל כדי להפחית את התחרות בין שופרסל לבין מתחריה.

---

80 לפירוט הביקורת ראו: מיכל הלפרין, ״דוקטרינת החברה הכושלת״, **תאגידים** 3 (תשס״ז) 21, בעמ׳ 35.

81 U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines (Issued 19 August, 2010), chapter 11.

82 ראו: חיים פרשטמן ומיכל (שיצר) גל, ״הסדרת מיזוגים״, **ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים** (כרך ב, מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, עתיד להתפרסם ב 2012).

83 מתוך מאגר המידע של רשות ההגבלים העסקיים: archive.antitrust.gov.il/ANTItem.aspx?ID=10319&FromSubject=100200&FromYear=2010&FromPage=1.

על פי כתב האישום, בדצמבר 2008 פורסמו בעיתונות מודעות מבצע של הריבוע הכחול לרגל חג החנוכה. בעקבות פרסום מבצע הריבוע הכחול החליטה שופרסל ליצור קשר עם הספקים אשר מוצריהם נמכרו באותה עת גם במבצעי שופרסל כדי להניע אותם ספקים לפעול להפסקת מבצע הריבוע הכחול. בשיחות עם כל אחד מהספקים הביע מנכ״ל שופרסל כעס על הספק על שמוצריו הוצעו למכירה במחירי מבצע ברשת המתחרה וניסה להגיע עמו להבנה שיפעל להפסקת המבצע. כן החליטו המנכ״ל ומנהל השיווק כי שופרסל תפסיק לרכוש מוצרים מסוימים של אותם ספקים אשר מוצריהם נמכרו בשני המבצעים בעת ובעונה אחת. הוצאת המוצרים נעשתה משום שהספקים לא פעלו להפסקת המבצע המתחרה וכדי לגרום לספקים לפעול למניעת מבצעים דומים בעתיד. כתב האישום כולל פרשה נוספת, המתייחסת להחלטתו של מנהל השיווק ששופרסל תחדל לעבוד עם אחד מספקיה משום שהספק החל לספק למותג הפרטי של המתחרה מוצרים שאותם סיפק עד לאותו מועד למותג הפרטי של שופרסל.

על פי כתב האישום, המעשים המתוארים בכתב האישום מהווים בין היתר הפרת תנאי המיזוג שהושתו על שופרסל במסגרת מיזוג שופרסל-קלאבמרקט. המיזוג, אשר אפשר לשופרסל לרכוש את החברה השלישית בגודלה בשוק רשתות שיווק המזון ויצר את המתחרה הגדולה ביותר בשוק, הותנה בין היתר בכך ששופרסל לא תדרוש מספקיה אי־אספקת מוצריהם למתחריה, אי־עריכת מבצעים עם מתחריה או עריכתם בתנאים הנחותים מהותית מהתנאים הניתנים לשופרסל.

כתב אישום על הפרת תנאים למיזוג מהווה קונסטרוקצייה לא מקובלת. אמנם חוק ההגבלים העסקיים קובע שגם הפרת תנאים למיזוג היא עברה פלילית,[84] אבל מעולם לא הוגש כתב אישום על כך, קל וחומר על הפרת תנאים שאינם איסורים מבניים (מכירת נכסים) אלא על הפרת איסורים התנהגותיים. עם זאת ראוי לציין כי הרשות כבר ערכה בעבר כמה חקירות פליליות בחשד להפרת תנאים במיזוג, אולם כתבי אישום לא הוגשו בשל היעדר ראיות.

מדוע אפוא בחרה הרשות להגיש כתב אישום על הפרת תנאי המיזוג? ללא בסיס משפטי זה פעולותיה של שופרסל, אשר להן פוטנציאל לפגיעה ניכרת בתחרות, היו עלולות ליפול דרך החרכים של החוק. האיסור על הסדר כובל מחייב הסכמה בין שני צדדים לפחות על הגבלת התחרות – תנאי שאינו מתקיים אם יש קביעה חד־צדדית.[85] האיסור על פעולות יונילטרליות (חד־צדדיות) אינו חל על מי שאין לו מעמד מונופוליסטי אבל עדיין יש לו כוח שוק רב שעלול לפגוע בתחרות. אפשר לטעון כי זהו אחד מעקבי אכילס של החוק. במקרה דנן שופרסל נקטה פעולות חד־צדדיות ואינה בעלת מעמד מונופוליסטי, ולכן פעולותיה לא היו נתפסות ברגיל תחת החוק. על כן בחרה הרשות בדרך זו.

---

84 סעיף 47(4) לחוק ההגבלים העסקיים.

85 להרחבה בעניין זה ראו למשל: גל, ישראלי ופרלמן (לעיל, הערה 8).

האם הליכה בדרך זו היא לגיטימית? לדעתי התשובה היא בחיוב. באופן עקרוני, כאשר מוּשָׁתת על אדם מערכת נורמות ספציפית שמטרתה מניעה או הקטנה של הפגיעה בתחרות של פעולה ושלולא הושתה מערכת זו לא היה רשאי לבצע את הפעולה כלל, הרי קיימת הצדקה לוודא כי נורמות אלו נאכפות בפועל ולהענישו על הפרה, בייחוד אם ההפרה היא מהותית ולא טכנית. שאם לא כן לא תהא הרתעה מפני הפרת נורמות אלו והתחרות תיפגע. כן ייפגעו מבקשים עתידיים, שהרשות לא תאשר את פעולותיהם מחשש שמא לא יעמדו בתנאים שהותנו. במקרה דנן כוח השוק של שופרסל התחזק מאוד עקב מיזוגה עם קלאבמרקט הקורסת. בחזותו את פוטנציאל השימוש לרעה בכוח השוק המוגדל של שופרסל התנה הממונה את המיזוג, בין היתר בתנאים התנהגותיים אשר יגבילו את שופרסל בניצול לרעה של כוח הקניה זה מול ספקיה, בדומה להגבלות החלות על בעל מונופולין. התניית המיזוג בתנאים אלו נדרשה כדי להבטיח כי המיזוג לא יפגע ברווחת הציבור. ללא תנאים אלו ככל הנראה לא היה המיזוג מאושר כלל. על כן בהפרה תנאים אלו הפרה שופרסל את האיזון בין יתרונות המיזוג לרווחת הציבור לבין פגיעתו בתחרות.

פרק ג: ניצול כוח מונופוליסטי לרעה

הנדבך האחרון של חוק ההגבלים עניינו הסדרת פעולותיו של בעל מונופולין. החוק אינו אוסר על היות אדם בעל מונופולין, אולם הוא אוסר על בעל המונופולין לנצל לרעה את כוחו בשוק בדרך שתפגע בתחרות או ברווחה החברתית. בהקשר זה ניתנה השנה החלטה יחידה שחשיבותה מספקת כדי לכללה במאמר.

החלטת בית הדין בעניין פרשת ניתוק מנויי הוט טלקום מרשת בזק[86]

בית הדין להגבלים עסקיים אישר את קביעת הממונה שבזק ניצלה לרעה את מעמדה כמונופול בפרשת ניתוק מנויי הוט טלקום מרשת בזק.

במאי 2006 נותק החיבור בין רשת הטלפוניה של הוט טלקום לבין זו של בזק, ובעקבות זאת לא יכלו מנויים של הוט טלקום להתקשר למנויי בזק או לקבל מהם שיחות. עובדי בזק סירבו לבצע את התיקון הנדרש במסגרת עיצומים שנקטו, ובגלל זה נמשך הניתוק נמשך כ־34 שעות. הממונה קבעה כי אף על פי שבזק ידעה על עיצומים אלו, כמו גם על אפשרות הפגיעה בהוט, היא לא פעלה במהירות ובנחישות הדרושה כדי למנוע את הפגיעה בצרכניה של הוט. פגיעה זו פגעה גם בתחרות בין בזק לבין הוט, כיוון שהיא אותתה לשוק הצרכנים שהם תלויים בפעולותיה של בזק כדי שיהא אפשר

86 ה״ע 801/08 **בזק החברה הישראלית לתקשורת בע״מ נ׳ הממונה על ההגבלים העסקיים** (פורסם בנבו).

להתקשר למנויי בזק. אשר על כן קבעה הממונה כי בזק ניצלה לרעה את מעמדה כמונופול.

בית הדין אישר את קביעת הממונה שלפיה הגיעו להנהלת בזק אותות אזהרה שעובדי בזק מעכבים עבודות הקשורות לחיבור מפעילים חדשים של טלפוניה נייחת לרשת בזק ואינם מבצעים אותן.[87] אף על פי שהמידע על נקיטת העיצומים הגיע לידיעת המנכ״ל, תגובתו למידע הייתה מהוססת וחלקית ביותר.[88] בית הדין הסיק כי ״התנהלות מעין זו אינה עולה בקנה אחד עם חובתה של הנהלת בזק, כבעלת מונופול, להקפיד שלא לנצל לרעה את מעמדה באמצעות פגיעה במתחריה״.[89] קביעה זו היא לדעתי דין רצוי. אכן, במקרה דנן בזק לא זו בלבד שהייתה מונופולין, אלא גם סיפקה את התשתית לשירות של מתחרתה. על כן קמה חובה מוגברת לא לנצל מצב דברים זה כדי לאותת לצרכנים כי השליטה בתשתית היא בידה.

בעררה טענה בזק שקביעת הממונה יוצרת התנגשות בין חוק ההגבלים העסקיים לבין דיני העבודה. בית הדין דחה טענה זו והדגיש כי ״על בזק להפנים כי היא אינה ככל המעסיקים, אלא היא נהנית ממעמד מיוחד בשוק כבעלת מונופולין. מעמד זה מטיל עליה אחריות מיוחדת וחובות מוגברות [...] ויש בהן כדי להגן על האינטרס הציבורי בשמירה על הערך החשוב כל כך של התחרות החופשית ובמניעת התנהגות העולה לכדי ניצול לרעה של בעל מונופולין בשוק״.[90] עריכת האיזון בין זכות השביתה של בעל מונופולין לבין חובתו להמשיך ולהעניק שירותים למתחריו הנסמכים על התשתית שעליה הוא שולט, היא החידוש העיקרי בהחלטה.

פרק ד: הצעות חוק

1. הצעת חוק להתמודדות עם קבוצות ריכוז

המשק הישראלי מאופיין בשווקים ריכוזיים רבים שבהם פועלים שחקנים מועטים ואין מתקיימת בהן תחרות אפקטיבית (התאמה אוליגופוליסטית). כדי להתמודד עם תופעה זו אישרה ועדת השרים לענייני חקיקה הצעת חוק לתיקון חוק ההגבלים העסקיים שנועד להתמודד עם קבוצות ריכוז.[91] התיקון לחוק מקנה לממונה סמכויות המאפשרות

---

87 שם, בפסקה 35.

88 שם, בפסקה 36.

89 שם, בפסקה 37.

90 שם, בפסקה 95.

91 תזכיר חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מספר 11), תשס״ח-2008. מתוך מאגר המידע של הרשות: archive.antitrust.gov.il/ANTItem.aspx?ID=10501&FromSubject=&FromYear=2010&FromPage=0.

התמודדות עם כשל התחרות שנגרם בשווקים ממועטי מתחרים הנפוצים במשק הישראלי. על פי ההצעה, הממונה יוכל להכריז על קבוצת ריכוז ולתת הוראות הנוגעות בין השאר להסרתם של חסמי כניסה לשוק הרלוונטי וכן להסרתם של חסמי מעבר בין המתחרים השונים בשוק. כמו כן תוכל הממונה לפתוח בהליכים בפני בית הדין שתכליתם ניתוק קשרי בעלות בין מתחרים. השאלה אם ראוי שהממונה יהא רגולטור־על לכל ענייני התחרות בכל השווקים חורגת מגדרו של מאמר זה. אולם הרעיון העומד מאחורי הצעת החוק – ולפיו יש לוודא שקיים גוף רגולטורי המוסמך לבחון לעומק את חסמי הכניסה לשווקים השונים ולהורות על הנמכתם במקרים שבהם טובת הציבור תגדל מאוד בעקבות זאת – הוא מבורך וקיים גם במדינות אחרות ברחבי העולם.

במסגרת הדיונים עם משרדי הממשלה השונים נקבע כי צעדים שיבקש הממונה לעשות שעניינם מניעת פגיעה בתחרות לא יחייבו את הסכמת הרגולטור הענפי, ככל שקיים כזה בענף המדובר, אלא היוועצות עמו בלבד. לעומת זאת מהלכים שתכליתם הגברת התחרות בתחום יחייבו הסכמה בין הממונה ובין הרגולטור הענפי. עוד סוכם כי אם מהלך שהממונה מבקש לנקוט ייצור סכנה ליציבות בענפי הבנקאות והביטוח, תידרש הסכמה של נגיד בנק ישראל ושל המפקח על שוק ההון, בהתאמה.

2. תזכיר הצעת חוק בנושא עיצומים כספיים[92]

עוד תיקון שאינו עוסק באיסורים המהותיים אך חשיבותו לאכיפת החוק אינה פחותה בחשיבותה, עניינו הרחבת מערך הסנקציות על הפרת החוק. כפי שפורט במקום אחר, אין די בסנקציות המנויות בחוק כדי להגשים את מטרותיו.[93] כיום עומדות בפני הממונה שתי אפשרויות קיצוניות ובעייתיות כשהוא סבור כי נעברה עברה הגבלית: הגשת תביעה פלילית או פרסום קביעה כי נעברה עברה על הוראות החוק. האפשרות הראשונה יוצרת רמת הרתעה גבוהה אך מחייבת הליך ארוך, יקר וממושך, בעל רף הוכחה גבוה ביותר, עד אשר תוטל סנקצייה. אכן, בפועל מספר התביעות הפליליות המוגשות קטן ביותר ועיקרן קרטלים בין מתחרים. האפשרות השנייה אינה מחייבת הוכחת העילה בפני בית המשפט, אולם משקלה המשפטי מוגבל כיוון שלכל היותר הקביעה תשמש ראיה לכאורה בכל הליך משפטי אשר עשוי להתנהל נגד מי שהוצאה בעניינו קביעה כאמור.[94] למעשה, הרשות מעבירה את הכדור למגרש הפרטי – שאולי לא ידע, לא ירצה או לא יוכל לבעוט את הכדור לשער. מלבד זאת לא על כל עילה הגבלית אפשר להוציא קביעה

---

92 תזכיר חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מספר 12), תשע״א-2010. מתוך מאגר המידע של הרשות: archive.antitrust.gov.il/ANTItem.aspx?ID=10567&FromSubject=100184&FromYear=2010&FromPage=0.

93 גל וישראלי (לעיל, הערה 47).

94 סעיף 43(ה) לחוק ההגבלים העסקיים.

או להגיש תביעה פלילית. אמנם קיימת גם אפשרות להגיע לצו מוסכם,[95] אולם אפשרות זו גם היא בעייתית, בין היתר משום שהצדדים לצו מודעים למערך הסנקציות המוגבל הנתון בידי הממונה.

כדי לתקן את מערך האכיפה הציבורי של החוק פרסמה הרשות הצעת חוק שתסמיך את הממונה להשית קנסות מנהליים על מי שהפר את הוראות החוק, בכפוף לערר עליו לבית הדין. הקנס המרבי עומד על 10% ממחזור המכירות השנתי הרלוונטי של החברות שהפרו את הוראות החוק, בדומה לדין האירופי.

אכן, הקנס המנהלי הוא מעין סעד ביניים בין האכיפה הפלילית לפרטית, הנהנה מיתרונות אכיפה ציבורית ומתגבר על מרבית כשלי האכיפה של הראשון ואינו נגוע במרבית כשלי האכיפה של השני. לדוגמה, הוא אינו נדרש לעמוד בעול ההוכחה הכבד של ההליך הפלילי, הוא מהיר ויעיל הרבה יותר ובה בעת נהנה מיתרונות סעד ציבורי היוצר תמריץ ציות לחוק בחברה נורמטיבית. על כן ראוי לקדם את הצעת החוק, ויפה שעה אחת קודם.

בהקשר זה ראוי לציין כי רמת ההרתעה שיוצר חוק נגזרת לא רק מגובה הסעדים המושתים אלא גם מסיכויי התפיסה והענישה של הפעולה המפרה.[96] במסגרת זו השיקה השנה הרשות קמפיין בנושא החסינות. תכנית החסינות מאפשרת למי שהייתה לו או יש לו מעורבות בקרטל לפנות לרשות ולחשוף את הקרטל, ובתמורה לזכות בחסינות מלאה מפני העמדה לדין פלילי על העברות שביצע.[97] החסינות תינתן לאדם או תאגיד אשר עומדים בכל התנאים הקבועים בתכנית, ובכללם אלה: המבקש הוא הראשון שפנה לרשות מבין המעורבים באותו קרטל, הבקשה נעשתה עוד בטרם נפתחה חקירה גלויה בעניין והמבקש אינו המנהיג המובהק של הקרטל. תכנית החסינות אינה חדשה, אולם הרשות מקווה שהגברת המודעות להפרות ההגבליות תתמרץ את המפרים ואת ציבור הצרכנים והספקים לחשוף את המידע הדרוש לגילוי העברות ההגבליות.

פרק ה: החור שבכעך – מה לא נעשה השנה

בצד החידושים יש מקום לעמוד על מה שלא נתחדש, אף על פי שהיה ראוי שיתחדש. חוק ההגבלים לוקה בליקויים רבים. עם הליקויים אפשר למנות את הטעמים שהממונה מוסמך לשקול בעת אישור מיזוג, הגדרת מיזוג, רוחבן של החזקות החלוטות

---

95 סעיף 50ב לחוק ההגבלים העסקיים.

96 G.S. Becker, “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy* 16(2) 168 (1968).

97 על קמפיין החסינות, מתוך מאגר המידע של הרשות: archive.antitrust.gov.il/ANTItem.aspx?ID=10466&FromSubject=100200&FromYear=2010&FromPage=0.

לניצול לרעה של כוח מונופוליסטי והיד עוד נטויה.[98] אולם כפי שפורט לעיל, התיקונים החשובים ביותר מתייחסים להגדרת ההסדר הכובל בסעיף 2 לחוק ולהליך ההסדרתי הקבוע בסעיף 4. שילובם של ההגדרה הרחבה להסדר כובל, חומרת הסנקציות, האפשרות לאכיפה ציבורית ופרטית גם יחד וההליך ההסדרתי המחייב אישור מראש של רשויות האכיפה להסדרים רבים – כל אלה גורמים שהחוק יוצר הרתעת־יתר. אכן, התערבות השלטון בפעילות השווקים צריכה להתרחש כנגד פגיעה רבה בתחרות שאין בצדה יתרונות מאזנים לטובת הציבור. התערבות בפעילות עסקית שאינה גורמת פגיעה רבה 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.

לפיכך יש לתקן את לשונו של סעיף 2 לחוק. שניים מתנאיו של הסעיף התבררו כמיותרים ואף כפוגעים בתחרות. יסוד הכבילה אינו מוסיף דבר להגדרה כיוון שכל הסדר בין צדדים כולל מידה כלשהי של כבילה. היסוד השני עוסק במישורי הפגיעה בתחרות. פרשנות לשונית דווקנית מוציאה מגדרו של החוק הסדרים כובלים אנכיים רבים אשר פגיעתם בתחרות עשויה להיות רבה. אכן, ההצעה לתיקון החוק פותרת קושי זה על ידי השמטת שני יסודות אלו מהגדרת ההסדר הכובל.[99] ההצעה לשינוי החוק עורכת שינוי מבורך נוסף בבטלה את תחולת החזקות לפגיעה בתחרות על הסדרים אנכיים.[100] אכן, כמפורט לעיל, הסדרים אנכיים פגיעתם בתחרות אינה מסתברת כמו הסדרים אופקיים ואין מקום להחיל עליהם חזקות חלוטות לפגיעה בתחרות, אלא יש לבחנם לפי כלל של סבירות. כל עוד בית המשפט העליון איננו קובע חד־משמעית כי הסדרים אנכיים אינם נכנסים לגדר החזקות החלוטות, חשיבותו של תיקון סעיף 2 עומדת על תלה.

תיקון נוסף, חשוב ביותר, שיש לערוך בחוק נוגע למודל הרגולטורי של דיני ההגבלים העסקיים כדי שלא יידרש הליך פטור או אישור מקדים. המנגנון הקיים כיום בחוק, שלפיו הסדר כובל אסור עד שקיבל פטור או אישור, היה מקובל באירופה ומשם הועתק לחוק הישראלי. אולם מודל זה נזנח זה מכבר על ידי המדינות האירופיות. במקום זאת אימצו האירופים מנגנון הסדרתי שונה, אשר על פיו הסדר אינו נדרש לרישום מקדים. המנגנון החדש מושתת על ההנחה כי הסדר אינו אסור אלא אם הוכח אחרת על ידי מי שטוען כך. המודל כולל גם כמה חזקות המקלות את נטל ההוכחה כאמור. לדעתי, גם עלינו לאמץ דרך זו ולזנוח את המודל הארכאי הדורש רישום וקבלת אישור מראש.

---

98 בהקשר זה ראו למשל: מיכל (שיצר) גל, ״לקחו של יוסטיניאנוס: רפורמות נדרשות בחוק ההגבלים העסקיים״, **המשפט** יג (תשס״ח) 23.

99 תזכיר חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס׳ 9), תשס״ה-2005, סעיף א.

100 שם, בסעיף ב.

אכן, למנגנון האישור קיימים יתרונות מסוימים: הוא משמש למעשה ככלי לפיקוח על התחרות במשק ומתמרץ צדדים להסדר להביאו לבחינה בפני בית הדין. כן הוא מבטיח מידה מסוימת של ודאות משפטית ומונע מצב שבו יידרשו הצדדים להסדר להכריע בעצמם בשאלה אם ההסדר עומד בתנאיו של כלל הסבירות. נוסף על כך הוא מעניק לבית דין בעל מומחיות מיוחדת את יכולת ההכרעה בין שיקולים נוגדים. אולם חסרונותיו של המנגנון עולים על יתרונותיו: מנגנון האישור בפני בית הדין מסובך וממושך. הוא אולי מתאים להסדרים כובלים בין פירמות גדולות בשוק, הנהנות מכוח שוק, אך הוא איננו מתאים להסדרים בין שחקנים קטנים במשק, דוגמת תניות אי־תחרות והסדרי בלעדיות אשר שכיחותם במשק היא רבה. במקרים אלו הציפייה כי צדדים להסדר יבחרו לעשות שימוש במנגנון האישור איננה פרקטית. הראיה הטובה ביותר לאזלת ידו של המודל הקיים היא מספר ההסדרים המובאים כיום לאישורו של בית הדין. כיום מובאים כשני הסדרים בלבד בשנה לאישורו של בית הדין. האם זה סביר שאין עוד הסדרים הפוגעים בתחרות אך הם בעלי יתרונות מאזנים? יובן מאליו שהתשובה שלילית. אולם בשל עלותו ואורכו של הליך האישור, הנובעים מהעובדה שהוא מתנהל כמו כל הליך משפטי אחר ומהווה חלק ממסכת התיקים הרגילה של בית הדין, יש צדדים המעדיפים להסתכן בכך שתוגש בעתיד תביעה על סמך עילה הגבלית ולא להגישו לאישור. נוסף על כך הסדרים רבים נזנחים מראש בשל העלות הרבה הכרוכה באישורם ובשל הסיכון הכרוך באי־אישורם. זאת ועוד, לו היה מובא כל הסדר כובל הפוגע בתחרות בפני בית הדין להגבלים עסקיים, היה הדבר מקשה מאוד על בית הדין 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 ההגבלי והיה צורך לקבוע את כללי היסוד להבחנה בין הסדר כובל אסור לבין פעילות עסקית מותרת. כשאפשר להניח כי מרבית הציבור מודע לאיסורים ההגבליים ויודע, במרבית המקרים, להבחין בין הסדר ראוי להסדר שאינו ראוי, אפשר לעבור לשיטה של איסור בדיעבד במקום למנגנון של רישוי מראש.[101] לפיכך הגיעה העת שהמחוקק הישראלי ישנה את הוראות חוק ההגבלים העסקיים ויבטל את מנגנון האישור מראש הקבוע בחוק.

סיכום

בעת האחרונה המשיך הדין ההגבלי להתקדם ולהתפתח. למשל, פסק הדין ההגבלי החשוב ביותר השנה, פסק דין וול, זורע זרעים חשובים לפרשנות תכליתית של סעיף 2 לחוק. בין היתר מפנה השופט רובינשטיין למבחן המשולש לתיחום החזקות החלוטות,

101 גל, ישראלי ופרלמן (לעיל, הערה 8).

שלפיו יש להחיל את החזקות רק אם הפגיעה בתחרות ברורה דייה עד כי אין צורך להשקיע משאבים בהוכחתה; ההסדר הוא אופקי; הכבילה אינה נדרשת לשם השגת פרו־תחרותית אלא מדובר בכבילה ״עירומה״ שאין לה הצדקה מלבד הפגיעה בתחרות. כן מפנה בית המשפט העליון, לראשונה, למבחן הגורם המצרפי, על שתי חלופותיו, כדי להבחין בין תיאום לבין התאמה אוליגופוליסטית במסגרת הגדרת ״הסדר״.

אמנם גם השנה לא הושת עונש מאסר בפועל על מפר הגבלי למרות הרטוריקה השיפוטית, אולם פסקי הדין עומדים גם על חשיבותה של סנקצייה נלווית, שעניינה איסור לכהן כדירקטור בחברה ציבורית במשך תקופה מסוימת לאחר הרשעתו של נושא משרה, ומגדירים את התנאים להחלתה. כן הם מפרשים את תנאי האחריות הקפידה החלה על מנהל פעיל.

בדיני המיזוגים התפרסמו טיוטת הנחיות לבדיקת מיזוגים אופקיים וגילוי דעת לדוקטרינת החברה הכושלת, המבהירים את הדין שהרשות מחילה. כן ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין בזק-יס, שחשיבותו בין היתר בטווח הזמנים שבו נבחנת הפגיעה בתחרות – שלוש שנים. חשיבותו נובעת גם מהמשקל שניתן לראיות אובייקטיביות לכניסה צפויה לתחרות, גם אם אלו התנגשו עם הצהרותיהם של הצדדים למיזוג. כן הוגש השנה כתב אישום על הפרת תנאים למיזוג בעניין שופרסל. כפי שפורט, הגשת כתב אישום כאמור מוצדקת במקרה שבו החברה המתמזגת הפרה את התנאים המהותיים שאפשרו את אישור המיזוג מלכתחילה.

המאמר מנתח גם את ההחלטה היחידה בעניין ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי וכן את הצעות החוק שקודמו השנה בעניין עיצומים מנהליים והתמודדות עם קבוצת ריכוז. שתיהן נוגעות בלבן של בעיות אכיפתיות משמעותיות של החוק.

לצד חידושים אלו עומד המאמר על החידושים שלא חודשו, למרות חשיבותם. גם השנה השינויים החקיקתיים הנדרשים בפרק ההסדרים הכובלים לא נעשו. יש לקוות שעד שתיקונים אלו יתקבלו בדרך של חקיקה, תמשיך הפסיקה לגלפם מתוך החוק בדרך של פרשנות תכליתית, בדומה לדרך שבה מיכאלאנג׳לו הסיר מעל חתיכת השיש את אותם חלקים אשר הפריעו לפסל דוד לבוא לעולם.