חוק ההגבלים העסקיים: בעיות מבניות וחוקתיות בתחום ההסדרים הכובלים

אמיר ליבנה*

מטרתו של מאמר זה היא לנסות ולעמוד על בעיות חוקתיות ומבניות מרכזיות בתחום ההסדרים הכובלים בחוק ההגבלים העסקיים.

המאמר מנסה לתאר את העמדה הנורמטיבית הקיצונית שהתפתחה בתחום ההסדרים הכובלים, בעיקר בהקשרים הפליליים של הסוגיה, ואת תהליך החשיבה המחודש שהולך ומתגבש בתחום. הוא ממחיש כיצד התגבשה עבֵרה פלילית, שבה גם היסוד העובדתי וגם היסוד הנפשי מתבססים על מערכת של חזקות, עד כדי הפיכתה למעין עברה מוחלטת. לגיבוש היסוד העובדתי של העברה עוצבו חזקות גורפות ורחבות שהפכו לעיקר ולא לחריג. לגיבוש היסוד הנפשי הוגדרה מעין עברה של אחריות קפידה, בהתיחס לקהל המטרה העיקרי של העברה - שכבת הניהול בתאגידים במשק. בד בבד עוצבה גם ההגדרה השיורית של הסדר כובל עיצוב מרחיב וגורף.

את הסיבות העיקריות להתגבשותה של אותה עמדה קיצונית תולה המאמר בסיבות מבניות הקשורות לעיצוב מנגנוני האכיפה והשיפוט בתחום ההגבלים העסקיים בארץ: ניגוד אינטרסים רב־שכבתי המובנה בתפקידי רשות ההגבלים, כגוף חוקר ותובע שיש לו גם תפקידים שיפוטיים ואפילו חקיקתיים; בעיית ריכוזיות, המשתרעת על מישור האכיפה ועל מבנה המערכת השיפוטית גם יחד; ומגמות היסטוריות בתחום ההגבלים העסקיים, הן במישור האכיפה והמודעות הציבורית והן במישור הריכוזית שבה מתנהל ומעוצב המשק הישראלי.

המאמר מנסה לטעון כי מן ההיבט החוקתי הביאו מגמות אלו לידי כשל מתגלגל וחוסר איזון מובנה של ההסדר הפלילי בתחום ההסדרים הכובלים. נטען תחילה כי המסגרת הנורמטיבית של עברות ההסדרים הכובלים עוצבה במלל

---

* המאמר מתבסס על מחקר שנעשה במסגרת סמינריון מתקדם בהגבלים עסקיים בלימודי לתואר שני בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה בהנחיית ד"ר מיכל (שיצר) גל. ברצוני להודות לד"ר גל ולחברי מערכת **משפט וממשל** על הערותיהם והארותיהם המפורטות לכתיבת המאמר. האחריות לנאמר היא, כמובן, שלי בלבד.

ובפרשנות, באופן שאינו עולה בקנה אחד עם דרישותיו של עקרון החוקיות. מבנה העברה ופרשנותה הציבו בפני הציבור מסכת דרישות שהיקפן האמיתי קשה להפנמה ולהבנה, ככל שהן מתייחסות לתכליות החברתיות, המוסריות והאתיות של האיסור הפלילי. כן נראה כי הצבת נקודת שיווי המשקל הפלילית בנקודת הקיצון שתוארה אינה עולה בקנה אחד עם דרישת המידתיות. ניתוק הקשר בין תכלית החוק ובין מבנה העברה הפלילית מפר את ״מבחן המטרה״ המחייב להראות כי האמצעי שאותו מבקשים להפעיל (כאן, העברה הפלילית) אכן יכול להשיג את התכלית שלשמה הוא מופעל (קידום התחרות במשק ושמירה עליה). דבר זה נובע מהבחירה במנגנון פלילי שמתמקד בהתנהגות ובפוטנציאל הפגיעה בתחרות בלא התייחסות ובדיקה של מידת הפגיעה בשוק ובתחרות. הוא נובע מהבחירה להטיל איסור על עצם עשיית החוזה להבדיל מביצועו בפועל. הוא נובע גם מהאפשרות למדוד את הפגיעה בתחרות רק בין צדדי ההסדר, מישור המנותק מהתכלית היסודית של חוק ההגבלים. גם הדרך הגורפת שבה עוצבה העברה העמידה בספק את העמידה בשני תת־המבחנים האחרים של עקרון המידתיות (מבחן הפגיעה המינימלית, המחייב לבחור באמצעי הפוגע בצורה המינימלית בזכויות המוגנות ומבחן היחסיות, המחייב להבטיח יחס ראוי בין האמצעי הנבחר לתכלית המבוקשת).

המאמר מתאר גם את תהליך החשיבה המחודש שהתרחש ומתרחש בבית המשפט העליון ובערכאות אזרחיות רגילות, המוביל את תחילתה של מגמת התמתנות בסוגיה ואולי אף של מהפכה. בתי המשפט החלו לחפש מנגנוני סינון שיצמצמו את היקף ההתנהגויות שייכללו בהגדרה של הסדר כובל. הם מנסים להשתמש בבדיקה תכליתית של המעשים המבוצעים או בדוקטרינה של ״זוטי דברים״, בד בבד עם מתן פרשנות דווקנית מצמצת ללשון ההגדרה הבעייתית. בהקשר זה טוען המאמר כי הפתרונות השיפוטיים לבעיה מוגבלים מטבעם ואף יוצרים עיוותים מסוימים בפתרון הראוי, עקב האופי המנחה והתקדימי של האקט השיפוטי וחוסר היכולת לפתור את בעיית העמימות הטבועה בלשון הטקסט. על כן קורא המאמר לשינוי ברור ומפורש של לשון החוק.

א.פתיחה. ב. עקרון החוקיות וההטיה באיזון הפלילי של תחום ההסדרים הכובלים. ג. הביקורת הבסיסית על נקודת המוצא הפלילית של חוק ההגבלים העסקיים. ד. בחינת נקודת שיווי המשקל הפלילית לעומת עקרון החוקיות. ה. יישום דרישת הבהירות בעברות ההגבלים העסקיים: 1. עקרון החוקיות והגדרת הסדר כובל בסעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים; 2. עקרון החוקיות והחזקות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק; 3. סעיף 34כא לחוק העונשין; 4. דרישת היסוד הנפשי בעברות הגבלים עסקיים; 5. "פטורי הסוג" והשפעתם על בהירות וחוסר ודאות בתחום ההסדרים הכובלים. **ו. הבעיות המבניות במנגנון ההגבלים העסקיים:** 1. הבעיות המבניות ברשות ההגבלים העסקיים; 2. הריכוזיות של המערכת השיפוטית בתחום ההגבלים העסקיים; 3. מבנה המשק בישראל ונקודת שיווי המשקל הפלילית. **ז. סיכום ומסקנות במישור החוקתי.**

א. פתיחה

שבו לכם בשקט, עם כוס קפה ביד. התרווחו בכיסא והניחו כי בזה הרגע מגיע לידיכם העיתון של מחר בבוקר. כרגיל, אתם מרפרפים על פני הכותרות הכלליות ועוברים הישר למוסף הכלכלי. שם צדה עינכם כותרת ביניים בתחתית העמוד הראשון. בכותרת נאמר כי אתמול, בשעת לילה מאוחרת, התקבל בכנסת תיקון מרחיק לכת לחוק החוזים (חלק כללי).[1] בדפדפכם לעמוד 12ג במוסף, להמשך הכתבה, אתם נדהמים לראות כי המחוקק הפך לעבֵרה פלילית את סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), הקובע את בטלותו של חוזה בלתי חוקי, בלתי מוסרי או כזה הסותר את תקנת הציבור.

לאחר ששפשפתם את עיניכם בהפתעה אתם עוברים מיד לעיין בנוסח החדש שנקבע. מבט מהיר מגלה כי מהיום והלאה כל אדם שהיה צד לחוזה שאינו חוקי, אינו מוסרי או נוגד את תקנת הציבור, באופן העלול לפגוע באחד הצדדים להסכם, בטובת הציבור כולו או בחלק ממנו, עובר עבֵרה פלילית, אם לא קיבל את אישורה מראש של "הרשות לחוזים פסולים", או של בית המשפט. אם בכך לא די, אתם נדהמים לגלות כי הכנסת טרחה והוסיפה לעול החדש המוטל על הציבור גם אוסף חזקות עובדתיות, המנוסח בכלליות ובלאקוניות רבה, שהתקיימותן יוצרת חזקה שאותו חוזה אכן אינו מוסרי, אינו חוקי או נוגד את תקנת הציבור.

אם התסריט הזה נראה מרוחק ודמיוני, דעו לכם כי במובנים רבים ישנו סעיף כזה בחוק הישראלי כבר משנת 1959 במסגרת חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט-1959 ולאחריו חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988.[2] הלוגיקה והמתכונת שבהן הוא מופעל, מפורש ומיושם יהיו יעדי הבדיקה העיקריים של מאמר זה. הסביבה הכלכלית-משפטית במשק הישראלי,

1. חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118.
2. חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, ס"ח 128 (להלן: החוק או חוק ההגבלים העסקיים) וחוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט-1959, ס"ח 152 (להלן: החוק הישן).

שהשתנתה בצורה דומיננטית בעשור האחרון, תהיה מוקד חשוב לבחינה זו, שכן בעשור זה נוצרה דינמיקה, שהובילה את דיני ההגבלים העסקיים למרכז ההוויה של המשק הישראלי. דינמיקה זו נבעה (ונובעת גם כיום(מכמה תהליכים מרכזיים הקשורים לגורמים השונים המעורבים במשחק.

בין אותם גורמים שהציבו את סוגיית ההגבלים העסקיים "במרכז הבמה" ניתן למנות יחד את הנתונים המבניים של מערכת הביצוע והאכיפה ברשות ההגבלים, עם הפרופיל האישי של האנשים שמונו להובילם, ההומוגניות של תשתית השפיטה, המורכבות של התחום ואמריקניזציה של התקשורת ושל התודעה הציבורית בתחומי כלכלה ומשפט. התהליך, שגרף עמו את כל מרכיבי השלטון ורשויותיו, הוביל ומוביל מגמות חיוביות ביותר לטיפול בחלק מהרעות החולות של המשק הריכוזי הישראלי ושל תרבות הניהול שבו. עם זאת, כמו בכל תהליך גורף וקיצוני (במובן מסוים(נכרכו בו גם בעיות מבניות רבות.

מטרתו של מאמר זה היא לנסות ולעמוד על הבעיות המבניות המרכזיות של תחום משפטי זה, על ההשלכות שיש להן על ההיבטים הפליליים של תחום ההסדרים הכובלים ועל הנגזרות החוקתיות שלהן. המאמר ינסה להמחיש כי המערכת כולה התמקמה בנקודת קיצון ולהצביע על מגמות שמובילות את תחילתה של התמתנות מסוימת בגישה כלפי תחום זה.

ארבעת הפרקים הראשונים של המאמר עוסקים בהטיות הפליליות הבסיסיות בתחום ההסדרים הכובלים. הטיות אלו באות לידי ביטוי בעיקר בדרך הרחבה והעמומה שבה עוצב ופורש האיסור הפלילי בתחום ההסדרים הכובלים. מגמה זו מהווה חסם מובנה לקידום פעילות כלכלית רגילה ויש בה אף בעיות חוקתיות הקשורות לעקרון החוקיות, למידתיות ולהבטחת הליך הוגן ושמירה ראויה על זכויות יסוד. כשמדובר בחוק כלכלי ביסודו, החורת על דגלו את קידום התחרות כפרמטר מרכזי לשיפור יעילות ולקידום המשק, דומה כי אין להקל ראש בבדיקה זהירה של היקף החסמים האמורים. בדיקה כזו צריכה לכלול גם את השפעתם של חסמים אלו על יעילות קבלת ההחלטות הניהוליות של פירמות וגורמים אחרים הפועלים במשק.

חלקו האחרון של המאמר עוסק בשלושת הגורמים המעצימים והמטפחים את המגמה הפלילית של חוק ההגבלים ואת הבעיות המבניות הקשורות אליה:

הגורם הראשון שבהם הוא ניגוד האינטרסים המובנה בתפקוד, בסמכויות ובעמדות של רשות ההגבלים העסקיים, כרגולטור האמון על הפונקציות המרכזיות בהפעלת החוק.[3] גורם זה הוא כמובן אחד המרכיבים העיקריים במגמת ההטיה הפלילית שתתואר במאמר.

הגורם השני, משמש השלמה לגורם הראשון והוא צומח מהמבנה הייחודי והריכוזי של הערכאות השיפוטיות המוסמכות לפסוק בתחום הפלילי של ההגבלים העסקיים.

הגורם השלישי שמשפיע על שיווי המשקל הפלילי נובע מהריאקציה של הרשויות השונות למגמות ההיסטוריות בתחום ההגבלים העסקיים, הן במישור האכיפה והמודעות הציבורית והן במישור הריכוזית שבה מתנהל ומעוצב המשק הישראלי.

---

3. על תפקידי הרשות להגבלים עסקיים והממונה על ההגבלים העסקיים (להלן "הרשות" ו"הממונה" בהתאמה) ראו פרק ו לחוק ההגבלים העסקיים.

ב. עקרון החוקיות וההטיה באיזון הפלילי של תחום ההסדרים הכובלים

מוקד הבדיקה של מאמר זה הוא ניסיון לאתר היכן ממוקם שיווי המשקל הנורמטיבי בהקשרים הפליליים של חוק ההגבלים העסקיים. שיווי משקל זה מושפע ממכלול רחב של גורמים, אך כמו בכל ניתוח של מערכת נורמטיבית לֵגלית, ניסוח הוראות החוק הרלוונטי הוא הבסיס הראשוני והמרכזי לבדיקת אותה נקודת שיווי משקל. במקרה של חוק ההגבלים העסקיים, ינסה המאמר להראות כי כבר בנקודת שיווי המשקל הבסיסית שנבחרה בהקשר הפלילי מושרש עיוות יסודי. עיוות זה "מצעיד" את הוראות החוק על קו גבול דק, המצוי בין "התחום האפור" ובין "התחום השחור" של עקרון החוקיות.

כידוע חוק ההגבלים העסקיים מפקח ומגביל שלושה סוגים של התנהגויות עסקיות. הסוג **הראשון** הוא התחום המפוקח באמצעות סוגיית **ההסדרים הכובלים**. תחום זה עוסק בפיקוח על מערכת היחסים החוזית-מסחרית בין כל הגורמים המנהלים עסקים במשק, באמצעות הגדרתו של "הסדר כובל", כשתכליתו היא למנוע או להפחית את הפגיעה בתחרות העסקית במשק. הסוג **השני** הוא פיקוח על פעולתם של **מונופולים**, תוך הצבת מגבלות על ניצול מעמדם לרעה. מגבלות אלו באות לידי ביטוי בשורה ארוכה של סמכויות רגולטיביות, של הגבלות חוזיות ושל סנקציות פליליות המופנות כלפי גופים המרכזים בידיהם שליטה בלמעלה ממחציתו של שוק מוצר או שרות נתון.[4] הסוג **השלישי** הוא תחום **המיזוגים** ובו מפוקחת האפשרות לצבור נתח שוק וכוח שוק עקב פעילויות של רכש ומיזוג בין חברות.[5]

סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים קובע את הגדרתו של הסדר כובל כך:

> (א) הסדר[6] כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר,

---

4. הגדרתו של מונופולין קבועה בסעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים כך: "לענין חוק זה יראו כמונופולין ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או מכלל רכישתם, או של יותר ממחצית מכלל מתן ש ותים, או מכלל רכישתם, בידיו של אדם אחד (להלן – **בעל המונופולין**)... " (ההדגשות שלי – **א"ל**). סעיפים 26(ב) עד (ד) מאפשרים להרחיב הגדרה זו בכמה מישורים, כגון הגדרה אזורית של השוק, הכרזה על מונופול המרכז שליטה נמוכה מ 50% בשוק שבו יש לו השפעה מכרעת, או הכרזה על קבוצת ריכוז.
5. המונח "מיזוג חברות" מוגדר בסעיף 1 לחוק ההגבלים העסקיים באופן רחב למדי. עם זאת, הפיקוח של החוק מופנה כלפי סוגי מיזוגים המוגדרים בסעיף 17 לחוק ובעיקרם מיזוגים העלולים ליצור שליטה מונפוליסטית, מיזוגים של מונופול או מיזוגים של חברות בעלות מחזורי מכירות גדולים.
6. הגדרת "הסדר" בסעיף 1 לחוק ההגבלים העסקיים כוללת כל הסדר "בין במפורש ובין מכללה, בין בכתב ובין בעל פה או בהתנהגות, בין אם הוא מחייב על פי דין ובין אם לאו" [כך במקור – **א"ל**].

או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר.
(ב) מבלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף קטן (א) יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת לאחד העניינים הבאים:
(1) המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם;
(2) הריווח שיופק;
(3) חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו;
(4) כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם.

ניתן לראות כי הגדרה זו מתייחסת לכל מערכת יחסים מסחרית־חוזית במישרין ובעקיפין גם יחד, בלא תלות בזהות הגוף או האדם המתקשרים. על כן ניתן לומר שהפיקוח על תחום זה הוא הפיקוח המשפיע יותר מכול על הכוונת ההתנהגות של כלל הציבור בארץ והשפעתו גדולה יותר מזו של האיסורים בתחום המונופולים או המיזוגים. זאת, בשל העובדה כי האיסורים המוטלים על מונופול נוגעים ומכוונים, מטבע הדברים, כלפי המונופול עצמו. הם אינם מופנים ישירות כלפי מרבית הגופים או הפרטים הפועלים במשק.[7] גם האיסורים העוסקים בתחום המיזוגים עוסקים בפעילות מוגדרת ונקודתית ועל כן אינם חלק מההתנהלות השוטפת והיום יומית בחיי עסק, אף שהם עלולים להיות רלוונטיים לכל גורם המבקש להתמזג.[8] נראה אפוא כי לבעיות בהגדרת הנורמות הראויות בתחום ההסדרים הכובלים תהיה ההשפעה המשמעותית ביותר על הדרך שבה מופעלות ומתקבלות ההוראות הנורמטיביות של החוק בקרב הציבור בכללותו.

ג. הביקורת הבסיסית על נקודת המוצא הפלילית של חוק ההגבלים העסקיים

הטיפול הפלילי של חוק ההגבלים העסקיים בתחום ההסדרים הכובלים מתמקד, לכאורה, בהיבט פורמליסטי מצומצם, המחייב קבלת היתר מבית הדין להגבלים עסקיים לצורך ביצועו של הסדר כובל.[9] כך יוצר החוק עברת התנהגות שהפליליות היסודית שבה היא עצם היעדרו של אישור מתאים לקיומו של ההסכם.[10]

---

7. גופים אלו הם כמובן גורם מושפע, אך האיסורים בחוק אינם מכוונים את התנהגותו של ציבור זה אלא של בעלי המונופולין.
8. הליך של מיזוג חברות כמשמעו בחוק ההגבלים העסקיים שונה מהמיזוג המוגדר בחוק החברות, תשנ"ט-1999, ס"ח 189. בחוק ההגבלים העסקיים מדובר ברכישת חלק מהותי מהזכויות או הנכסים בחברה ואילו בחוק החברות מדובר במצב שבו חברה ממזגת לתוכה חברה אחרת והחברה הממוזגת מתאיינת. ראו סעיף 1 לחוק החברות.
9. סעיף 47(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים קובע כי "מי שעשה אחת מאלה: (1) היה צד להסדר כובל שלא אושר כדין ושלא ניתן לו היתר זמני או פטור לפי סעיף 14" עובר עברה פלילית. סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים מכיל את ההגדרה של הסדר כובל, כמתואר לעיל.
10. ראו פסק דינו של השופט טירקל בע"א 6222/97 **טבעול (1993) בע"מ נ' משרד הביטחון,**

חוק ההגבלים העסקיים מאפשר לחמוק מפליליות כריתתו של הסדר כובל באמצעות שני מנגנונים. הראשון – קבלת היתר או היתר זמני מבית הדין להגבלים עסקיים. השני – קבלת פטור מהממונה על ההגבלים העסקיים, המייתר את הצורך לקבל היתר מבית הדין. פטור זה יכול ללבוש צורה של אישור ספציפי שנותן הממונה למקרה המובא לפניו. הוא יכול גם לחסות בצלו של אחד מפטורי הסוג, שהם פטורים כלליים המתפרסמים כחקיקת משנה ותכליתם להכשיר הכשרה גורפת סוגים שונים של הסכמים העונים על תנאים הקבועים בכללים.[11]

בעבר זכתה הדרך שבה מטפל החוק בהגדרתו של הסדר כובל לביקורת קשה, שעברה כחוט השני בכתיבה האקדמית והשיפוטית שעסקה בו.[12] ביטוי מאלף לכך ניתן לראות כבר בפסק דינו של נשיא בית המשפט העליון (כתוארו אז) לנדוי בפרשת **אולמי לחיים**,[13] שניתן בשנת 1971. בפסק דין זה מציין הנשיא לנדוי במפורש את חוק ההגבלים העסקיים[14] כחוק המצטיין בקשיחות יתרה ובהוראות המנוסחות במונחים רחבים ביותר.[15] על כן אומר הנשיא לנדוי דברים קשים הנוגעים להיקף התחולה הרחב של החוק ולקשיי יישום החוק ההופכים אותו בפועל ל"אות מתה":[16]

> לא אטעה אם אומר, שאילו היתה המדינה מגישה אצלנו אישומים פליליים אפילו נגד חלק קטן מכל העוברים על הוראות החוק המתהלכים חפשי, היו התביעה הכללית ובתי־המשפט כורעים תחת הנטל. יש להניח שאם תביעות כאלה מוגשות בכלל, הן מוגשות רק במקרים נבחרים מעטים, ובאשר ליתר הופך החוק להלכה ואין מורין כן.

מינהל ההרכשה והייצור, פ"ד נב(3) 145 (להלן: פרשת **טבעול**). ראו גם ע"פ 7399/95 **נחושתן תעשיות מעליות בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(2) 105 (להלן: ע"פ **נחושתן**).

11. לפירוט בעניין ראו בהמשך המאמר, בפרק העוסק בפטורי הסוג.
12. ניתן לומר בצער כי כאלו מצויות במשורה בלבד. ראו בהקשר זה ההפניות בהערות שוליים 13 ו-19, המתייחסות לביקורת על החוק במתכונתו הקודמת וכן להפניות בהערות שוליים 10, 57, 70 ו-76, בדבר ביקורת על חוק ההגבלים החדש משנת 1988.
13. ע"א 626/70 **שמעוני נ' אולמי לחיים בע"מ**, פ"ד כה(1) 824 (להלן: פרשת **אולמי לחיים**).
14. בנוסחו דאז.
15. לנדוי מתייחס בעיקר לנורמות הפליליות שתוחמות את סוגיית ההסדרים הכובלים. האחת שהופכת, למעשה, בני אדם לעבריינים בלא יודעין, עקב הפליליות הנובעת מעצם המחדל של אדם לקבל אישור להסדר כובל, בלא קשר לסוג הכבילה ובלא קביעה לגוף העניין בדבר הפליליות של ההסדר עצמו. השנייה, הבחירה בחוק לקבוע כי מספיקה הגבלה של צד אחד לצורך יצירת כבילה שלא כעמדת החוק האנגלי. פרשת **אולמי לחיים** (לעיל, הערה 13), בעמ' 828-829.
16. שם, שם.

בפסיקה החדשה ניתן למצוא כמה הערות של שופטים המודעים היטב לבעייתיות הטמונה בהגדרה הרחבה של האיסורים המוגדרים בחוק, בפרט בתחום ההסדרים הכובלים. עומדים על כך השופטים טירקל וחשין בפרשת **טבעול נגד שף הים**,[17] שעוד תידון בהמשך מאמר זה. עמד על כך גם השופט ריבלין בפסק דין שניתן באחרונה בפרשת **א.מ. חניות**:[18]

> לשונו של חוק ההגבלים העסקיים רחבה היא, וההגדרות המצויות בו עשויות לחבוק, על פי לשונן, מקרים רבים ושונים. פירוש פשטני שלהן יביא לתוצאה בלתי נסבלת שעל־פיה ייחשבו כפסולים ואסורים הסדרים משפטיים רצויים, שהם חלק מחיי המסחר והכלכלה והמתקיימים כדבר שבשיגרה.

גם בתחום האקדמי הושמעה בעבר ביקורת רחבה וחריפה בכמה מאמרים[19] על ההיקף הרחב של הנורמות הפליליות בחוק ההגבלים העסקיים, תוך התמקדות בתחום ההסדרים הכובלים. התמקדות זו נבעה, לא רק מהמרכזיות שיש לאיסורים אלו בחיי היום־יום של כל אזרח, אלא גם מהעובדה שדווקא ניסוח ההוראות המתייחסות להסדרים כובלים הוא הבעייתי והגורף מכולם. עם זאת, אותה כתיבה אקדמית, שהתמקדה בביקורת על נוסחו הגורף של החוק, נכתבה ברובה לפני חקיקת חוק ההגבלים העסקיים במתכונתו החדשה, וחשוב לא פחות מכך, לפני המהפך החוקתי שהתבצע בעקבות חוקי היסוד החדשים.[20]

בהקשר זה ראוי גם להדגיש כי קיים פער משמעותי בין היקף האיסור הפלילי בחוק ההגבלים העסקיים ובין דגשי האכיפה של הרשות להגבלים עסקיים. הרשות עוסקת, בצדק, באכיפה נגד הגרעין הקשה של התופעות הפליליות הפוגעות בתחרות פגיעה חמורה, או

---

17. ראו סעיפים 18 ו-19 לפסק דינו של השופט טירקל בפרשת **טבעול** (לעיל, הערה 10), בעמ' 166-167, וכן ראו סעיף 29 לפסק דינו של השופט חשין בדנ"א 4465/98 **טבעול (1993) בע"מ נ' שף־הים (1994) בע"מ**, פ"ד נו(1) 56 (להלן: הדיון הנוסף בפרשת **טבעול**), בעמ' 85-86.

18. ע"א 3700/98 **א.מ. חניות (ירושלים) 1993 בע"מ נ' עיריית ירושלים**, פ"ד נז(2) 590 (להלן: פרשת **א.מ. חניות**), פסקה 10 לפסק דינו של השופט ריבלין.

19. ראו מאמרו של מיכאל שפר, "חוק ההגבלים העסקיים (חלק ב)", **רבעון לכלכלה** טו (תשכ"ט). ראו גם דוד בכור, "הרהורים בחוק ההגבלים העסקיים תשי"ט-1959", **ספר זוסמן** (אהרן ברק, יצחק זמיר, חיים כהן, נפתלי ליפשיץ, גבריאלה שלו – עורכים, "דף חן" בע"מ, תשמ"ד) 133, בעמ' 138. וכן ליונל אריה קסטנבאום, "הערות והרהורים על הצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד־1983", **משפטים** ט"ו(3) (תשמ"ו) 453, בעמ' 455-456. בנוסף, ראו גם מאמרו המקיף של משה בורנובסקי (כיום בר-ניב), "על יסודות הכבילה שבהסדר ותוצאתה – חדש ואין חדש", **מחקרי משפט** ה (תשמ"ז) 125, בעמ' 141 ואילך.

20. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150, וחוק יסוד: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ד 90.

שיש להן השלכות רוחביות על המשק בכללותו. עם זאת, ברור כי הפער בין היקף האכיפה להיקף האיסור איננו מייתר את הצורך להתעמק במקורו של האיסור הפלילי ובהגדרתו. דברים אלו נכונים במיוחד כשהאיסור הפלילי מטפל בתחום מרכזי של חיי המסחר במשק ונוגע להתנהלות היום יומית של מרבית התאגידים במשק. המסקנה המתבקשת מנתונים אלו היא כי מלבד בדיקה ואיתור מחודש של נקודת שיווי המשקל הפלילית של חוק ההגבלים העסקיים, נדרש ניתוח מושכל של התובנות החוקתיות הרלוונטיות לאותה נקודת שיווי משקל פלילית.

ד. בחינת נקודת שיווי המשקל הפלילית לעומת עקרון החוקיות

נקודת המוצא שעלתה מהביקורת הבסיסית על חוק ההגבלים העסקיים הייתה, כאמור, קיומן של הגדרות רחבות ועמומות, המשפיעות השפעה שלילית על הקשריו הפליליים של החוק. עניין זה יידון בהרחבה בפרק הבא של מאמר זה, אך טרם הדיון לגופו של עניין יש צורך לבסס את הזיקה של עניין זה אל העקרונות החוקתיים שהתפתחו בשנים האחרונות. בראש ובראשונה יש צורך לבחון את עקרון החוקיות המעוגן בחוק העונשין[21] ואת התייחסותו והשפעתו על הדרך שבה מנוסחות כיום אותן עברות פליליות. בחינה זו צריכה להתמקד בעיקר בעקרון הבהירות שהוא אחד מרכיבי עקרון החוקיות, כפי שיפורט להלן:

כידוע, עקרון החוקיות משמש אחד מעקרונות היסוד במערכות משפטיות פליליות וביסודו עומדת התובנה המוסרית הבסיסית כי "אין עונשין אלא אם כן מזהירין"[22] או בביטויה הלטיני המפורסם לא פחות, "Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege".[23] עיקרון זה נגזר גם מהעיקרון הבסיסי של שלטון החוק אשר לפיו לפרט הכל מותר, אלא אם כן נאסר ואילו לשלטון הכל אסור אלא אם כן הותר.[24]

העיקרון מוכר כחלק מאבני היסוד בכל שיטות המשפט הנאורות בעולם, החל במשפט העברי, דרך המשפט הרומי, המשפט המקובל וה־Magna Carta, ההצהרה בדבר זכויות האדם והאזרח במהפכה הצרפתית, ההצהרה האוניברסלית בדבר זכויות האדם של האו"ם משנת 48, החוקות ובקודקסים פליליים של מדינות אירופה ואמריקה וכלה בפסיקתו של

---

21. ראו הדיון בסעיף 34כא לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226, בהקשר זה, בהמשך הדברים.

22. ע"פ 53/54 **אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ח(1) 785, בעמ' 790-791, וכן בג"ץ 3/58 **ברמן נ' שר הפנים**, פ"ד יב(2) 1493 (להלן: בג"ץ **ברמן**), בעמ' 1506-1507.

23. אין עברה בלא חוק. אין עונש בלא חוק. בתרגומם של יובל לוי ואליעזר לדרמן, "**עיקרים באחריות פלילית**" (רמות מערכות חינוך בע"מ, תשמ"א), 62.

24. ראו ע"פ 205/73 **רום נ' מדינת ישראל**, פ"ד כז(2) 365, וכן בג"ץ 1635/90 **ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה**, פ"ד מה(1) 749 , בעמ' 766-767.

בית הדין הבינלאומי בהאג.[25] מטרתו לשמש ביטוי לעקרון שלטון החוק בנגזרת הפלילית שלו, תוך שמירת האזרח מפני שרירות השלטון, כך שיקדם את זכויות הפרט, יגביר את הוודאות והביטחון בקווי הגבול שבין המותר לאסור. מקובל לתאר שלושה תת עקרונות המרכיבים את עקרון החוקיות:[26]

בהירות:
הבהירות בניסוח הוראות החוק מתחייבת מהצורך להציב קנה מידה ברור לסטנדרטים של התנהגות תוך הבהרת קווי הגבול שימנעו נפילת אזרחים ל"מלכודות" בהגדרת הנורמות הפליליות ובאכיפתן. הבהירות מושגת באמצעות הימנעות מלשון גורפת, כוללנית ומעורפלת שמרחיבה את מסגרת האיסורים מעבר לכוונת המחוקק וליכולת הציבור ליישמה. היא מונעת או מפחיתה חשש להחלטות שרירותיות מצד מערכת האכיפה והשיפוט המפרשות ומיישמות את החוק.[27]

פומביות:
הפומביות הנדרשת מהחוק היא פן אחר של עקרון החוקיות ותפקידה לוודא כי ציבור האזרחים ייחשף לאיסורים הפליליים ויהיה מודע לקיומם, שכן בהיעדר ידיעה אין גם איסור.

מניעת תחולה רטרואקטיבית:
מניעת תחולה רטרואקטיבית נועדה למנוע מצב שבו פעילות חוקית בעת עשייתה תיהפך למפרע פלילית ובתוך כך תפגע בתחושות הצדק וההגינות הראויות.[28]

בחינה מקדמית של שלושת העקרונות האלה מעלה כי בדיקת הליקויים בחוק ההגבלים העסקיים צריכה להתמקד בפן הבהירות של עקרון החוקיות. זאת בשל העובדה כי החוק פורסם כדין ולכן הוא עונה על דרישת הפומביות. בנוסף, החוק אינו כולל במפורש ענישה פלילית בעלת תחולה רטרואקטיבית ועל כן גם במישור זה לא נדרשת בדיקה מיוחדת.

הצורך להתמקד בדרישת הבהירות מפנה את המבט אל עבר ארצות הברית, כנקודת התייחסות חשובה לדין בישראל בכלל, ולתחום ההסדרים הכובלים בפרט. בארצות הברית מוצאת דרישת הבהירות של חקיקה פלילית את ביטויה בדוקטרינת "הערפול" או "אי־הבהירות" ("Vagueness Doctrine" או "Void-for-Vagueness Doctrine"). דוקטרינה זו נתפסת כעיקרון בסיסי במשפט המקובל[29] וחלק מדרישות ההוגנות (fairness)[30] וההליך

---

25. לסקירה ראו לוי ולדרמן (לעיל, הערה 23), בעמ' 63-65.
26. שם, בעמ' 67 ואילך.
27. שם, בעמ' 84.
28. שם, בעמ' 87.
29. ראו: *Pierce v. U. S.* 314 U. S. 306, 62 S. Ct. 237 (1941).
30. ראו: *U. S. v. Laub* 385 U. S. 475, 87 S. Ct. 574 (1967). ראו בנוסף: 21 *Am Jur* 2d, CRIMINAL LAW §15 (1998) p. 129.

הנאות (Due Process of Law)[31] הנגזרות מהתיקון ה־5 וה־14 לחוקה האמריקנית. על פי דוקטרינה משפטית זו רשאי בית המשפט האמריקני לבטל חקיקה שהעברה מנוסחת בה באופן כה עמום, כך שאנשים רגילים, סבירים, וממוצעים אינם מסוגלים להבין את היקף האיסור הפלילי ומהותו.[32] דוקטרינה זו גם דורשת כי החוק יספק סטנדרטים ברורים לאלו שנדרשים ליישמו ויעודד אכיפה מבוססת ובלתי מפלה. חוק שאיננו כולל קביעה מספקת שלפיה תוגדר חפות או אשמה צפוי לביטול על ידי בית המשפט.[33]

בית המשפט האמריקני לא הותיר דוקטרינה זו כאות מתה בדפי המשפט המקובל, אלא השתמש בה לפסילת חוקים במקרים שבהם הוגדרו עברות בצורה רחבה, עמומה וגורפת.[34] בנוסף, מלבד החולשה החוקתית הבסיסית של דבר חקיקה פלילי עמום וגורף, קבעה הפסיקה האמריקנית, כי במקרים שבהם נפגעת גם זכות יסוד כגון חופש הביטוי, ייטה בית המשפט לבחון ביתר חומרה את עמימות ההוראה הפלילית המגבילה.[35] עם זאת, חשוב להדגיש כי במהלך השנים עיצבו בתי המשפט האמריקניים גם מסכת ענפה מאוד של הגבלות על השימוש בדוקטרינה זו, כך שבפועל תהיה ישימה במקרים חריגים כראוי לכל מנגנון שיישומו עלול לגרור בטלות חוקים.[36]

בארץ, מצא עקרון החוקיות את ביטויו המפורש בסעיף 1 לחלק המקדמי של חוק העונשין, הקובע כי "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו". היבט נוסף שלו מצוי בסעיף 34כא לחוק העונשין שיידון בהמשך הדברים. את קווי היסוד הבסיסיים של העיקרון עצמו תיאר בצורה תמציתית וברורה השופט אנגלרד בפסק הדין **פלונית נ' מדינת ישראל:**[37]

> על-פי עקרון החוקיות, מן הראוי כי היסוד העובדתי בעבירות יוגדר בבירור, ככל האפשר, כך שהכפוף לסנקציה הפלילית ידע

---

31. שם, בעמ' 129, הערת שוליים 2.
32. שם, בעמ' 129-130.
33. ראו: *State ex rel. Morgan v. Trent* 195 W. Va. 257, 465 S. E. 2d 257 (1995), וכן: 21 *Am Jur* 2d CRIMINAL LAW §15 (1998) p. 130.
34. ראו פירוט בעניין זה אצל לוי ולדרמן (לעיל, הערה 23) בעמ' 68-69 וכן הפסיקה הרחבה שעסקה בדוקטרינה ופרטה את המקרים שבהם ניתן לפסול חוקים בהקשרים אלו, לרבות המגבלות שניתן להשתמש בהן באותה דוקטרינה עקב העובדה כי מדובר בפסילת חוק על כל המשתמע מכך – ב-21 *Am Jur* 2d, CRIMINAL LAW §(15-18) (1998) pp. 129-134.
35. ראו: 16A *Am Jur* 2d, Constitutonal Law pp. 134, 378.
36. למגוון הסיטואציות המחריגות בטלות, ראו: 21 *Am Jur* 2d, CRIMINAL LAW § (16-18) (1998) pp. 131-133.
37. ע"פ 4596/98 **פלונית נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(1) 145, בעמ' 191. ראו גם ש"ז פלר, **יסודות בדיני עונשין** (כרך ג, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, תשנ"ב), 1, 347-348, חיים ה' כהן, **המשפט** (מהדורה שנייה, מוסד ביאליק, תשנ"ב), 664-665. וכן דן ביין, "חוקי-היסוד והעבירות הספציפיות", **מחקרי משפט** יג (תשנ"ו) 251, בעמ' 256.

> מראש את תחומי האסור והמותר. לכן, יש להימנע, ככל האפשר, מהגדרות סתמיות, שמשמעותן אינה ברורה.

השופט אור מוסיף את ההקשר החוקתי של העיקרון בקובעו[38] כי עקרון החוקיות זכה לעיגון חוקתי בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, עקב האיסור לפגוע בכבודו של אדם[39] ועקב האיסור ליטול או להגביל את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת.[40] ההקשר החוקתי של עיקרון זה טמון בפסקות ההגבלה של חוקי היסוד החדשים עקב טבעם של הליכים פליליים, החושפים את הנאשם לפגיעות שונות בחירותו. פגיעות אלו מותרות באותן פסקות הגבלה, רק אם הן נעשות בחוק או "לפי חוק, כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".[41]

דוגמה ליישום נושא זה ניתנה באחרונה בפסק הדין החשוב בפרשת **פרומדיקו**.[42] בפסק דין זה מנתח השופט אנגלרד כמה עקרונות מרכזיים הקשורים לעקרון החוקיות ולדרישות הבהירות והרטרואקטיביות הנגזרות ממנו. תמצית קביעתו של השופט אנגלרד[43] הייתה כי עקרון החוקיות איננו מאפשר להשית על אדם אחריות פלילית במצב שבו בשעת המעשה היה קיים חוסר בהירות בגין אחד מרכיבי היסוד העובדתי של העברה.[44]

עם זאת, למרות העיגון הרחב של עקרון החוקיות ולמרות הקשריו החוקתיים, עד עצם היום הזה, בכל הסוגיות שעלו לפני בית המשפט ועסקו בעיקרון זה לא נערך דיון, לגופו

---

38. דנ"פ 4603/97 **משולם נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(3) 160 (להלן: דנ"פ **משולם**), בעמ' 206.
39. סעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.
40. שם, סעיף 5 לחוק היסוד.
41. סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 5 לחוק יסוד: חופש העיסוק. לעניין חוקתיות העיקרון ראו ביין (לעיל, הערה 37), בעמ' 252. ראו גם יהודית קרפ, "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", **הפרקליט** מב (תשנ"ו) 64, בעמ' 85. וכן אהרון ברק, "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)", **מחקרי משפט** יג (תשנ"ו) 5, בעמ' 17 המוזכרים גם בדבריו של השופט אור.
42. ע"פ 1182/99 **הורביץ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(4) 1 (להלן: פרשת **פרומדיקו**). פסק הדין הארוך והמפורט של השופט אנגלרד עוסק בזיכויו של מר אלי הורוביץ, מנכ"ל חברת טבע מעברות מס לפי פקודת מס הכנסה בשל פעילות כספית וחשבונאית שהתבצעה במסגרת אשכול החברות שניהל.
43. גישה זו זכתה גם לתמיכתו של השופט אור. הוא ציין בעניינה כי "גישה זו של חברי מושכת את הלב ויתכן שהיא משקפת את ההלכה...", אך לבסוף בחר להשאירה בצריך עיון בשל סיבות המפורטות בהמשך אותם דברים. שם, פסקה 24 לפסק דינו.
44. שם דובר בחוסר הבהירות המשפטי שהיה קיים בעניין הרכיב העובדתי בעברות מס בפקודת מס הכנסה, שעסק בהכנסה פסיבית ובשל העובדה שההכרעה השיפוטית בעניין התקבלה רטרואקטיבית מכוח סמכותו של פקיד שומה לסווג את העסקה כעסקה מלאכותית. ראו פרשת **פרומדיקו** (לעיל, הערה 42).

של עניין, בסוגיית **חוקתיותה** של הוראת חוק פלילית, הלוקה בסתמיות, ערפול וחוסר בהירות ולא בסעד הבטלות במישור החוקתי.[45] אותם פסקי דין התמקדו דווקא בהיקף הפרשנות הראויה שיש לתת להוראות פליליות שונות וביכולת לקלוט דוקטרינות פליליות גם בהיעדר אזכור מפורש שלהן.

אשר לחוק ההגבלים העסקיים, בית המשפט העליון התייחס לעקרון החוקיות במישור הפרשנות בפרשת **טבעול** ובדיון הנוסף בפרשה.[46] דעת המיעוט של השופט טירקל העדיפה את הפרשנות המצמצמת של חוק ההגבלים העסקיים, תוך התבססות גם על הנפקות הפלילית של החוק ואף שלא דובר כלל בתיק פלילי, אלא בתביעה אזרחית הקשורה להפרת חוזה. השופט טירקל אמר למעשה כי הפרשנות המרחיבה של ההגדרה בסעיף 2 לחוק איננה עומדת בדרישות עקרון החוקיות עקב חוסר הבהירות המובנה שלה:

> השאלה אם יש לנקוט גישה של פרשנות מרחיבה של החוק, הלוכדת ברשתה הסדרים רבים, או גישה של פרשנות מצרה הלוכדת ברשתה הסדרים מעטים, אינה פשוטה...**הגישה הרצויה היא המצרה**... וזאת משלושה טעמים עיקריים: האחד, **צמצום תוצאותיה של הקביעה שהסדר הוא הסדר כובל בתחום המשפט הפלילי;** השני, העדפת ערכים של תום לב, הגינות ויושר על פני השיקול של ההגנה על התחרות החופשית; השלישי, הכרוך בקודמו, צמצום הפגיעה בוודאות המשפטית על-ידי הפחתת מספר המקרים של ביטול חוזה בשל אי־חוקיות הנובעת מן הקביעה שהוא הסדר כובל... **ניתן לומר כי פרשנות מרחיבה של ההגדרה שבסעיף 2 לחוק אינה מתישבת עם עקרון החוקיות, המחייב חד-משמעיות של האיסור הפלילי, ולפיכך יש להעדיף פרשנות מצמצמת...**[47] (ההדגשות שלי – **א"ל**).

גם השופט חשין, שכתב את פסק הדין המרכזי בדיון הנוסף, מודה כי "תחום פרישתם של איסורי החוק – תחום פרישה רחב הוא ביותר".[48] הוא קובע כי "... יש ממש בביקורת המוטחת בחוק – שמא נאמר בביקורת המוטחת במבנה החוק – ולפיה נלכדים במצודה מערכים שלא היה ראוי להם כי יילכדו בה".[49] עם זאת קובע חשין כי מנגנוני הבקרה

---

45. ראו דברי השופט אנגלרד בפרשת **פרומדיקו** (לעיל, הערה 42). ראו גם דנ"פ **משולם** (לעיל, הערה 38), ע"פ 3417/99 **הר-שפי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(2) 735, וכן פירוט פסקי דין שעסקו בעניין, עובר לחקיקת חוקי היסוד אצל לוי ולדרמן (לעיל, הערה 23), בעמ' 71-84.
46. דעה שאליה הפנה השופט טירקל גם ברע"א 2059/98 **וולטה יצוב קרקע בע"מ נ' P. R. S מדיטרניין בע"מ**, פ"ד נב(4) 721.
47. ראו דברי השופט טירקל בפרשת **טבעול** (לעיל, הערה 10) בפסקות 17 ו-18 לפסק דינו.
48. הדיון הנוסף בפרשת **טבעול** (לעיל, הערה 17), בסעיף 32 לפסק דינו.
49. שם, שם.

המצויים בידי הרשויות השונות מאזנים בצורה ראויה את התחולה הרחבה ואולי רחבה מדי של חוק ההגבלים. ובלשונו הציורית הוא אומר כי:

> ...בשלב ראשון יעלו ברשת – בערבוביה עם הכרישים והלווייתנים הטורפים – גם דגים ודגיגים שהחוק לא יועד להם, ואולם בשלב שני יוכלו אלה האחרונים לצאת מן הרשת.[50]

בפסק דין זה מזכיר השופט חשין[51] את עקרונות התבונה והשכל הישר המחייבים את בתי המשפט ורשויות האכיפה, עקרון זוטי-דברים (De Minimis), הדרכים השונות לקבל פטור מאיסורי החוק (פטור, פטור סוג, היתר זמני והיתר מבית הדין), חוות דעת מקדמיות, ומנגנון הצו המוסכם.[52]

בהקשר זה אבקש להעיר כי במובן הבסיסי ביותר יש להיזהר ממבנה טיעון שמנסה לאזן בין איסור פלילי רחב ובין שיקול הדעת שמפעילות הרשויות במדיניות האכיפה והכוונת ההתנהגות שלהן. מידת הנאורות והתבונה של רגולטור, חוקר, תובע או אפילו שופט איננה מצויה במישור אחד עם הבעיה השיורית של הטלת איסור פלילי גורף, עמום ולא ברור. עקרון החוקיות הוא מעקרונות היסוד של השיטה המשפטית, הוא שלוב במערכת זכויות היסוד ולכן הוא מצוי במישור אחר מהמישור שאליו מפנה השופט חשין את מבחן האיזון. טיב הבעיות המתעוררות מהפרת עקרון החוקיות איננו מתבטל לנוכח טוב לבן ויושרן של רשויות החוק, שכן הוא יורד לשורשי העקרונות הבסיסיים של הכוונת התנהגות, של מוסר ושל ודאות בניהול חיים אזרחיים. דוגמה יפה לבעייתיות הנובעת מהאיזון האמור היא ההתייחסות של רשויות האכיפה לאיסור לקיים יחסים הומוסקסואליים, שהיה קיים בחוק העונשין עד סוף שנות ה־80. איסור זה נהפך לאות מתה עוד בשנות ה־50 באמצעות הנחיות היועץ המשפטי לממשלה דאז, חיים כהן, שקבע כי למרות האיסור הפלילי, העברה לא תיאכף על יחסים בין בגירים שנעשו בהסכמה.[53] עם זאת, נאורות זו של רשויות האכיפה לא הסירה את הכתם הפלילי הבסיסי שנכרך סביב דפוס התנהגות זה, כשם שנאורות

---

50. שם, סעיף 31 לפסק דינו.

51. שם, סעיף 32 לפסק דינו.

52. מנגנון זה נוסף באחרונה לחוק ההגבלים העסקיים בסעיף 50ב' והוא דומה במהותו למנגנון הכופר מתחום המסים. בית המשפט המוסמך או בית הדין רשאים לתת להסכמה בין הממונה ובין אדם אחר תוקף של צו. צו זה יכול שיהיה בלא הודאה באחריות הפלילית של הנאשם בנוגע לתקופה שקדמה למועד נתינתו ויכול שיכלול גם תשלום קנס או התחייבות לעשות דבר או להימנע מלעשותו.

53. משכב זכר נכלל בעבר בעברה של סטיות מדרך הטבע, שהעונש המוטל בגינה היה 10 שנות מאסר (סעיף 351(3) לחוק העונשין, שהיה נוסח חדש של סעיף 152(2) לפקודת החוק הפלילי מס' 74 לשנת 1936). הסוגיה זו נדונה גם בע"פ 224/63 **בן עמי נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יח(3) 225, מפי חיים כהן בשיבתו כבר כשופט עליון.

וסבירות של רשויות האכיפה בתחום ההגבלים איננה פותרת את הבעיה הבסיסית של התחולה הרחבה והעמומה של חוק ההגבלים העסקיים. אשר על כן אני סבור כי אם בעיה כזו אכן קיימת, יש לעמת אותה עם עקרון החוקיות ולא להתעלם או להכשיר אותה באמצעות כלים המצויים ברבדים אחרים של ההליך הפלילי.

ה. יישום דרישת הבהירות בעברות ההגבלים העסקיים

כאמור, המרכיב הרלוונטי ביותר לבחינת עקרון החוקיות בתחום ההגבלים העסקיים הוא דרישת הבהירות. דרישה זו יוצאת נגד כל הוראות החוק בעלות ההשלכות הפליליות שנוסחן גורף, עמום ובלתי ברור, כך שהציבור אינו יכול להבין, ליישם או להפנים את טיב האיסור הפלילי הכרוך בהן. מאמר זה מבקש לטעון כי החלת מבחנים אלו על ההוראות העונשיות של חוק ההגבלים העסקיים, מגלה כי נוסחן של העברות המרכזיות בתחום ההסדרים הכובלים איננו עולה בקנה אחד עם דרישת הבהירות ועל כן מפר את אחת התובנות הבסיסיות בעקרון החוקיות.

1. עקרון החוקיות והגדרת הסדר כובל בסעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים

(א) "האבסורד"

בחינת היסודות הקבועים בדרישת הבהירות של עקרון החוקיות מגלה בעיות רבות בנוסחו של סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים. לכאורה בחר המחוקק לקבוע בסעיף 47(א)(1) לחוק הוראה פשוטה, ולפיה כל אדם שהיה צד להסדר כובל שלא אושר כדין ושלא ניתן לו היתר זמני או פטור לפי סעיף 14 לחוק, עובר עברה פלילית. לכאורה נראה כאילו מדובר בהוראה ברורה הנגזרת מעובדה ברורה של היעדר אישור כדין. בפועל, טומנת הוראה זו מכלול שלם של בעיות מבניות קשות, שכן היסוד העובדתי של העברה מפנה להגדרתה של ההתקשרות בהסדר כובל. הראשונה מבין אותן בעיות קשורה להיעדר הפרדה מבנית ברורה בין המהות הבסיסית של התחייבות חוזית, ובין ההגדרה של כבילה אסורה במישור ההסדרים הכובלים.

במובן האנליטי הישיר, ברור כי בכל התחייבות חוזית טמונות הגבלות על הצד המתחייב. לכן, כל עסקת מכר מסחרית רגילה נכללת בגדר אותן סיטואציות שבהן אדם מגביל את עצמו, במובן הבסיסי והפשטני ביותר (לאחר שנסגרו תנאי העסקה). המחוקק בישראל בחר לעגן תובנה בסיסית זו באופן הבוטה ביותר בהגדרתו של הסדר כובל בסעיף 2(א) לחוק, בלי שינסה לפתור את הבעיות הקשות הנובעות ממנה. עקב כך כבר נאמר כי "...חוק[54] ההגבלים אינו מותיר בידי הממונה כל ברירה ומחייב אותו להתייחס אל הסדר המצחצחים כאילו היה זה הסדר בין איליי תעשייה...".[55]

---

54. ההערה נאמרה על החוק הישן, אך במובנים רבים היא נכונה גם היום. ראו פירוט בהמשך דברים אלו.

55. ראו שפר (לעיל, הערה 19), בעמ' 179. ראו גם במאמרו של זאב גלמור, "גישתו של הממונה לפיקוח על ההגבלים העסקיים: סוגיות נבחרות", **עיוני משפט** טו (3) (תש"ן) 589.

על פי הגדרת הסדר כובל בסעיף 2(א) לחוק[56] לכאורה כמעט כל אינטראקציה הדדית בעולם העסקי עשויה להיכנס כפשוטה לגדר הסעיף. ההגדרה איננה נתפסת בהקשר הפורמלי בלבד, אלא חלה על כל הסדר, מפורש או משתמע, בכתב, בעל פה או בהתנהגות, בין שהוא מחייב על פי דין ובין שאינו מחייב. השופטת מרים מזרחי, ששימשה אב בית הדין להגבלים עסקיים, ועיצבה רבות מהמגמות החשובות בתחום, מחזקת במאמרה את התובנה האמורה בכתבה:

> **...כל התקשרות בין עסקים לפעולה משותפת יש בה משום "הגבלה" לגביהם** למעשה, אפילו לא הוגבל בה החופש המשפטי (להבדיל מהיכולת המעשית) לפעולה עצמאית של העסק... **התחייבות למלא אחר ההסכם גורעת מהחופש כלפי הצד האחר לאותה עסקה,** אך כשלעצמה אינה גורעת מחופש הפעולה כלפי אחרים... נמצאנו למדים, שהמונח "מגביל עצמו" (בסעיף 2(א)) לוכד כל התקשרות בין עסקים. **כל התקשרות "מגבילה" את העסק במידה זו או אחרת, אפילו אם נשמר חופש הפעולה המשפטי שלו בשוק**[57] (ההדגשות שלי – **א"ל**).

הנה כי כן, כבר בנקודת הפתיחה של הדיון בעקרון החוקיות ניצב הציבור המחויב לפעול על פי הוראת סעיף 2(א) לחוק, לפני סיטואציה המכונה באנגליה "מצב האבסורד",[58] ולפיה כל פעילות חוזית בהסכמי מכר רגילים עלולה להיכנס לגדר הסעיף. "אבסורד" זה לא זכה, עד התקופה האחרונה, לטיפול מונע מפורש והוא נותר מרחף בחלל האוויר, על כל המשתמע מכך מבחינת עמידה בסטנדרטים של בהירות לפי עקרון החוקיות.[59]

בעבר נעשה ניסיון לצמצם במידה מסוימת את ה"אבסורד" האמור באמצעות דוקטרינת "הכבילה הטפלה" או "הכבילה הנלווית" (Restraint Ancillary) כפי שהיא מכונה בארצות

---

56. ראו ציטוט ההגדרה בפרק א למאמר, שם.
57. ראו מרים מזרחי, "מיזם משותף כהסדר כובל", **משפטים** כ"ג (תשנ"ד) 213, בעמ' 223 ובהערת שוליים 30 למאמר.
58. שם, הערת שוליים 31 בעמ' 224.
59. השופטת מזרחי מציעה במאמרה להבחין בין המושג "מגביל עצמו" בסעיף קטן 2(א) ובין מושג "הכבילה" המופיע בחזקות של סעיף 2(ב), כשבסיס ההבחנה נע סביב שאלת הגבלת חופש הפעולה המשפטי של צד להסדר. הצעה זו היא חיזוק ברור לחשש מתחולתו הרחבה של סעיף 2(א) בשל קביעתה כי בהיעדר הבחנה בין שני היסודות, גם עסקאות מכר רגילות ייילכדו על ידי החזקות וייכנסו "בגאון" לדלת אמותיה של הגדרת הסדר כובל. על הבעייתיות בהצעה זו, המוזכרת גם במאמר עצמו, עקב הפירוש הדיפרנציאלי שהיא מבקשת לתת למונחים דומים בחוק, שם, בעמ' 224-225.

הברית או "הצורך האובייקטיבי" (Objective Necessity)[60] כפי שהוא מכונה באירופה. אולם, בית הדין בפסק דינו בפרשת **חברת החשמל**[61] שלל טענה זו. דוקטרינת הכבילה הנלווית פותחה כדי להתמודד עם ההגדרות הרחבות של הסדרים כובלים בארצות הברית ובאירופה. ביסודה של הדוקטרינה ניצבת התובנה הקובעת כי הסדרים הכוללים כבילות, שהן הכרחיות לשם קיומם, לא ייחשבו כהסדרים כובלים, בתנאי שמדובר בהסדר חיובי התורם לתחרות. הבסיס לקביעה זו נובע מההבנה כי קיימים תנאים שהם הכרחיים ליצירת התקשרות חוזית, ובלעדיהם לא ניתן יהיה לקיים את ההתקשרות ועל כן צפויה התחרות להיפגע.[62]

בהנמקה מעגלית משהו שלל בית הדין את תחולתו של מנגנון הגיוני זה, דווקא בשל נוסחם הגורף של סעיפים 2(א) ו-2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, וזאת כשכל תכלית הדוקטרינה היא לפתור את הבעיה. בית הדין קבע כי כיוון שסעיף 2(א) מבקש לבדוק את הפגיעה בתחרות ולא את ההשפעה הכוללת הנודעת להסדר על התחרות או על טובת הציבור (נקודה בעייתית שתידון בנפרד בהמשך המאמר), לא ניתן להחיל את הדוקטרינה ויש להפעילה רק בשלב שבו יישקל אישורו של ההסדר. גם החזקה החלוטה שקבועה בסעיף 2(ב) לחוק פורשה פירוש בעייתי על ידי בית הדין כחזקה המונעת מכבילה טפלה או נלווית להיחשב להסדר כובל.[63] בד בבד מודה בית הדין כי למעשה סכנת "האבסורד" ממשיכה לרחף מעל עולם המסחר ויש בהחלט חשש שהסדרים מקובלים בחיי מסחר תקינים לא יעמדו בגזרות החוק.[64] עם זאת, בית הדין השאיר את הנושא ב"צריך עיון" וציין כי המקום הראוי לדוקטרינה הוא בהליך שיקול הדעת לאשר את ההסדר.

רק לפני זמן לא רב חל שינוי מהותי במגמה המתוארת, בפסק הדין בפרשת **א.מ. חניות**, שניתן במהלך שנת 2003.[65] פסק דין זה הוא למעשה המקרה הראשון שבו ניתן להצביע על התמודדות משמעותית עם בעיית "האבסורד". בפסק הדין קובע השופט ריבלין כי הסכם אנכי הכולל הגבלות של מחירי מקסימום והגבלות של כמות המוצרים שניתן למכור,[66]

---

60. ראו ה"ע (י"ם) 491/98 **חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים** (לא פורסם) (להלן: פרשת **חברת החשמל**), בעמ' 33042. ראו גם דברי השופט עדיאל בה"ע (י"ם) 1/97 **איסכור שרותי פלדות בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים** (לא פורסם) 14, וההפניות המופיעות בהם.
61. ראו בפרשת **חברת החשמל** שם, בעמ' 33051. ראו גם את טענות הממונה בעניין זה בה"ע (י"ם) 2/97 **עמית מזרחי נ' הממונה על ההגבלים העסקיים** (לא פורסם).
62. פרשת **חברת החשמל** (לעיל, הערה 60), בעמ' 33052.
63. לדיון בחזקות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק ראו בהרחבה בפרק ה. 2. למאמר.
64. פרשת **חברת החשמל** (לעיל, הערה 62).
65. פרשת **א.מ. חניות** (לעיל, הערה 18). לסקירה וניתוח מקיף של הסוגיה ראו מיכל (שיצר) גל, "לבור את המוץ מהתבן – היקף תחולתו של האיסור בדבר הסדר כובל על-פי הפסיקה האחרונה", **דין ודברים** א (תשס"ה) 533.
66. שם, שם. פסק הדין עסק במגבלות שהטילה עיריית ירושלים על חברה לניהול חניונים בנוגע למחיר שתוכל לגבות ובנוגע למספר המינויים.

איננו הסכם כובל. הנמקתו של ריבלין השתמשה בראשונה בבדיקה תכליתית של הכבילה המדוברת, כמנגנון סף המסנן את הכניסה לתחומו הרחב של סעיף 2 לחוק:

> ...יש להחריג מהוראת החוק את אותם מקרים... הנכללים לכאורה בלשון הרחבה של הוראת סעיף 2, אולם בחינה תכליתית תבהיר כי הם נופלים מחוץ לגבולות החוק.[67]

השופט אור, שצידד באותה תוצאה, ביסס אף הוא את מסקנתו על מנגנון סף, המסנן כניסתם של מקרים לא ראויים לגדר האיסור. עם זאת, השופט אור בחר לעשות סינון זה באמצעות העיקרון הידוע של "זוטי דברים".

השופט טירקל הסכים עם דרכי ההנמקה של שני השופטים, בלי להכריע ביניהן, אולם קביעתו של השופט ריבלין התקבלה על ידי השופטים ביניש, ריבלין וחיות בפסק הדין בעניין **לשכת שמאי המקרקעין**[68] בחודש פברואר 2004.

חשוב לציין כי שני פסקי הדין האמורים (**א.מ. חניות** ו**לשכת שמאי המקרקעין**) אינם עוסקים במפורש בלשונו של סעיף 2(א) לחוק ועיקר ההתמודדות שלהם נועדה לטפל בהגדרת החזקות הגורפת בסעיף 2(ב) לחוק. עם זאת, חשיבותם של שני מנגנוני הסף הללו ברורה, שכן הם יכולים לצמצם במידה ניכרת את היקפה של בעיית ה"אבסורד". גם מנגנון "זוטי הדברים" וגם הבדיקה התכליתית יכולים לצמצם את מספר המקרים שייכנסו לגדר האיסור וניתן באמצעותם להכשיר חלק מהעסקות המתנהלות במהלך עסקים רגיל ובהיקפים קטנים בשוק. מנגד, יש לציין כי צורת היישום והתפתחות השימוש במנגנונים אלו טרם התבססה מספיק כדי להכריז בצורה גורפת כי הבעיה העקרונית הוסרה סופית מסדר היום.

(ב) הבעיות במישור ההתנהגותי והתוצאתי

מלבד בעיית האבסורד ותכולתה הגורפת, פגומה הלוגיקה שביסוד הוראות סעיף 47 וסעיף 2 יחדיו, שהגדירו עברת התנהגות שהפליליות היסודית שבה היא עצם היעדרו של אישור מתאים,[69] וזאת, בלי לקיים מנגנון בקרה מובנה (שיפוטי או מנהלי) שיבדוק לגופו של עניין את **חומרת** ההשפעה **ומידת** הפגיעה, כתנאי בסיסי ליצירת העברה.[70] בכך נעוצה אחת

---

67. שם, בפסקה 10 לפסק דינו.
68. עע"מ 6464/03 **לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים, אגף שומת מקרקעין**, פ"ד נח(3) 293 (להלן: עע"מ **לשכת שמאי המקרקעין**).
69. ראו סעיף 18 לפסק דינו של השופט טירקל בפרשת **טבעול** (לעיל, הערה 10). ראו גם פסקה 6 לפסק דינו של השופט קדמי בע"פ **נחושתן** (לעיל, הערה 10) בעמ' 118-122.
70. לביקורת בעניין ראו דיויד גילה, "לקראת מדיניות משפטית חדשה כלפי תניות אי־תחרות", **עיוני משפט** כג (תש"ס) 63, בעמ' 112. וכן דיויד גילה, "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוק? הגיעה השעה לחצוץ בין הסדרים אופקיים לאנכיים", **עיוני משפט** כ"ז (תשס"ד) 751.

מאבני היסוד המרכזיות להטיה הפלילית הבסיסית של חוק ההגבלים העסקיים – היעדר זיקה מתאימה בין סוג הפעולות הנכנסות לגדרו של האיסור הפלילי ובין השפעתן בפועל על תכלית החוק – השמירה של התחרות במשק.

חשוב להדגיש כי מוקד הבעיה המוסרית שממנה נובע האיסור הפלילי בהסדרים כובלים איננו ההתנהגות הכובלת עצמה. כאמור, כמעט כל התנהגות מסחרית יש בה כבילת חופש פעולה מסוג כזה או אחר. מוקד האיסור צריך לבחון את המעשה דווקא מנקודת מבט רחבה הבודקת את היקף הפגיעה בתחרות ובשוק כעילה לקיומו. זהו לב לבה של הדוקטרינה כולה, שאיננה בוחנת מעשי אדם באספקלריה שבין אדם לחברו בלבד, אלא מנקודת מבטה של הקהילה כולה. בהיעדר פגיעה בקהילה, בשוק או בתחרות נשמט הבסיס לקיום האיסור שכן מדובר בחוק מאקרו כלכלי[71] בגישתו הבסיסית. למרות זאת, חוק ההגבלים העסקיים כפשוטו "מתעקש" לבחון את התנהגותו של כל צד בנפרד, בלא קשר הכרחי להשלכות מעשיו על סביבתו, בעוד מטרת החוק הפוכה – פיקוח על התוצאה ולא על ההתנהגות.[72] לפיכך נראה כי הבחירה בסנקציה פלילית האוסרת לקיים הסדר כובל, בלא בדיקת מהותו הכלכלית והיקף פגיעתו בתחרות ובשוק, אלא בשלבים מאוחרים יותר של ההליך (שלבי הפטור, ההיתר וכדומה) חוטאת ליעדיו הבסיסיים של חוק ההגבלים העסקיים שכן היא מגבילה הסכמים רבים שאין כל הצדקה ציבורית או כלכלית לפקח עליהם, על כל המשתמע מכך.[73]

"מבחן הפגיעה בתחרות" שהוכנס להגדרתו של הסדר כובל בחוק ההגבלים העסקיים החדש משנת 1988 נועד, לכאורה, לשפר בעיה זו. החוק הישן משנת 1959 קבע בסעיף 2 לחוק כי להסדר כובל ייחשב כל הסדר "הבא למנוע או להגביל במפורש או מכללא את אחד הצדדים להסדר באחד העניינים המנויים להלן לגבי מצרך או לגבי שרות..." בלי לבדוק כלל אם קיימת פגיעה בתחרות. לעומת הגדרה זו בא חוק ההגבלים העסקיים החדש וקבע בסעיף 2(א) לחוק כי ההגבלה צריכה להיות "באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים...". עם זאת, חשוב להדגיש כי הוספת מבחן הפגיעה בתחרות לא נעשתה על בסיס בדיקה בפועל של הפגיעה או של היקפה. ההוספה היא של מבחן תאורטי-הסתברותי, שמטרתו למנוע מראש פגיעה כאמור. חוק ההגבלים העסקיים בנוסחו החדש קובע כי הפליליות יכולה להיגזר מכל הסדר **העלול** לפגוע או להפחית תחרות, בלא קשר לשאלה אם כך היה בפועל.[74]

---

71. לעניין מטרות החוק השוו את דבריו של השופט גולדברג בפרשת **טבעול** (לעיל, הערה 10), בעמ' 170-171, וכן את דברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ד-1983, ה"ח 39. ראו גם יצחק יגור, **דיני הגבלים עסקיים** (כרמל ספרות משפטית בע"מ, תשנ"ט), 45-54, וכן בורנובסקי (לעיל, הערה 19), בעמ' 142.

72. לדיון מוצדק בקשר שבין התנהגות לתוצאה ובעיקר לזיקה שביניהן ראו בורנובסקי (לעיל, הערה 19), בעמ' 144.

73. שם, בעמ' 148.

74. למעשה הוכנסה בתיקון מספר 6 לחוק ההגבלים העסקיים בדיקה של היקף הפגיעה בתחרות, אך היא הוכנסה רק בשלב שבו נבחן אם מדובר בנסיבות מחמירות של ביצוע העברה ולא

יתר על כן, במבחן הפגיעה בתחרות שבסעיף 2 לחוק אין גם דרישה להגבלה הדדית של כל הצדדים להסדר כתנאי לקיומה של עברה. די בכך **שאחד הצדדים יגביל עצמו** ובכך יש כמובן הרחבה של מוטת האיסור. סייג זה נועד אמנם לטפל, בין היתר, בבעיה של פער כוחות בין הצדדים, שבהם כופה הצד החזק מגבלות חד-צדדיות על החלש, אולם הסעיף מטיל איסור פלילי גורף החל גם על הצד החלש ואולי על הניזוק העיקרי בהסכמים מסוג זה. אם נבחן באופן דומה מעשים פליליים הנוצרים באמצעות קשר בין שני צדדים, נגלה כי המקור לאיסור המוטל על כל צד בנפרד כרוך בהנחה כי הלה ממילא הפיק טובת הנאה מהקשר עצמו. כך הדבר בעברות השוחד, כך בעברות מסחר במידע פנים וכדומה. על כן נראה כי התעלמות החוק מקיומה האפשרי של סחיטת צד אחד להסדר בידי "חברו" להסכם (עקב יחסי הכוחות ביניהם) כפי שהיא נלמדת מהנוסח הלאקוני והגורף של חוק ההגבלים בהקשר הפלילי שלו, מחטיאה את המטרה הראויה שביסוד האיסור הפלילי.[75]

בתקופה האחרונה נתן השופט זפט בבית המשפט המחוזי בתל אביב פסק דין חשוב אך בעייתי, המטפל בדרך שבה יש לבחון את הפגיעה האמורה בתחרות.[76] פסק דין זה אושר גם בבית המשפט העליון בצורה לאקונית ביותר על ידי השופטים מצא, ריבלין וגרוניס.[77] השופט זפט פירש את לשונו של סעיף 2(א) לחוק בצורה דווקנית־מילולית וקבע כי הפגיעה בתחרות צריכה להיבחן רק בשוק שבו פועל הגורם שהגביל את עצמו ולא בשוק כלשהו, כפי שהיה מקובל לבחון עד היום סוגיה זו.[78] מאמרו של דיויד גילה דן בהרחבה בהשלכות הבעייתיות של פסיקה זו ובייחוד בכך שהיא מכשירה בצורה גורפת חלק נכבד מהכבילות האנכיות בהסדרים בשוק, בלא כל הצדקה אמיתית.[79] גילה מציין בצדק ביקורת דומה לזו הנמתחת במאמר זה ולפיה "הפסיקה הרחיבה באופן חסר תקדים את רשימת ההסדרים שיראו אותם כהסדר כובל בלי קשר לפגיעתם בתחרות בענף הרלוונטי. בכך פרצה הפסיקה סכר וגרמה לשיטפון – ריבוי הסדרים תמימים ולא-פוגעניים המוכתמים כהסדרים כובלים – שיטפון שהפסיקה עצמה אינה יודעת כיצד להתמודד עמו".[80]

בבחינת עצם קיומה. סעיף 47א לחוק קובע כי "נסיבות מחמירות" הן "נסיבות שבהן עלולה להיגרם פגיעה משמעותית בתחרות בעסקים, בין השאר בשל אחד או יותר מאלה: (1) חלקו ומעמדו של הנאשם בענף המושפע מן העבירה; (2) פרק הזמן שבו התקיימה העבירה; (3) הנזק שנגרם או הצפוי להיגרם לציבור בשל העבירה; (4) טובת ההנאה שהפיק הנאשם".

75. אין בכך כדי לשלול לחלוטין צורך באיסור שיוטל גם על הצד המנוצל, אך הדבר מצריך זהירות יתרה.

76. ת"א 2011/02 **יקבי רמת הגולן בע"מ נ' שטרן** (טרם פורסם). השופט זפט חזר על קביעתו זו גם בת"א 1160/03 **סירו נ' לב אשדוד בע"מ** (טרם פורסם) כשקבע כי תניית בלעדיות בין בעל קניון לחנות בתוכו איננה בגדר הסכם כובל.

77. ע"א 10638/02 **שטרן נ' יקבי רמת הגולן בע"מ** (טרם פורסם).

78. ראו בהקשר זה ה"ע (י"ם) 469/98 **דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים** (טרם פורסם).

79. ראו מאמרו האחרון של גילה (לעיל, הערה 70). כו ראו מאמרה של גל (לעיל, הערה 65).

80. שם, בעמ' 752-753.

אמנם, אין להתעלם מכך שפרשנותו של השופט זפט דווקא עולה בקנה אחד עם הכללים הפרשניים הנגזרים מעקרון החוקיות ומהכלל הקבוע בסעיף 34כא לחוק העונשין, שעוד יידונו בהמשך מאמר זה. עם זאת, התוצאה במקרה קיצוני זה מביאה אף היא לידי עיוות נקודת שיווי המשקל הפלילית בכך שהיא מייחסת פתרון לא מידתי[81] ומעוות לבעיה שמקורה בניסוח בעייתי של לשון חוק ההגבלים העסקיים. התוצאה היא כי התנהגות ומעשים שצריכים להיות מפוקחים וכפופים לסנקציה פלילית, עלולים דווקא להשתמט ממנה.

בעיה נוספת המתעוררת מהגדרת מבחן הפגיעה בתחרות היא ההסתפקות בכך שבדיקת הפגיעה בתחרות תבחן רק את **הפגיעה בין הצדדים לבין עצמם**, כבסיס ליצירת העברה. לשונו של סעיף 2 אמנם כוללת גם אפשרות לבחון אם הגבלת התחרות נעשתה בין צד להסדר ובין אדם שאיננו צד להסדר, אך יסוד זה איננו תנאי הכרחי. על כן יסוד עובדתי זה מכיל בחובו סתירה לוגית המאיינת את ההגנה על התחרות בהקשרה הכלכלי והמשקי. האם באמת ראוי להטיל איסור פלילי גורף על כל מגבלה שנטל על עצמו א כלפי ב, אף אם התחרות במובנה המשקי כלל לא מושפעת מכך? גם אם התשובה לכך חיובית במצבים מסוימים, נראה כי מתחייבת בדיקה לגופו של מקרה, שרק בנסיבות חריגות יצדיקו קביעה כי מדובר בהתנהגות פלילית, למרות היעדר פגיעה בתחרות בכללותה. מכל מקום, בחירה במנגנון שיורי הקובע קביעה גורפת כי כך הדבר, ודאי איננה ראויה, איננה מידתית ואיננה עולה בקנה אחד עם מטרות חוק ההגבלים העסקיים.

אם נשווה את המנגנון הפלילי ואת המבחן ההתנהגותי שנבחר בארץ לעומת שני מוקדי ההתייחסות העיקריים – אירופה וארצות הברית – נגלה שוני מהותי. בארצות הברית אמנם נקבע מבחן תוצאתי לקיומו של הסדר כובל בסעיף 1 ל- Sherman Act משנת 1890[82] ובו נאסר קיומו של הסדר כובל מעצם מהותו ותוצאתו, ולא רק עקב היעדר אישור. עם זאת, עקב קביעה חמורה זו, והשלכותיה הפליליות[83] פיתחו בתי המשפט בארצות הברית דוקטרינה המבחינה בין הסדרים הנחשבים מסוכנים לתחרות ובלתי חוקיים מטבעם (Illegal Per Se),[84] ובין הסדרים המצריכים בדיקה לגופו של עניין של הכבילה ושל השפעתה על התחרות והמסחר. בדיקה זו מתבצעת לפי "כלל ההיגיון" ("rule of reason")[85] שפותח בפסיקה בארצות הברית ולפיו כל הסכם שאיננו נכנס לחזקות ה-Per Se, מצריך בחינה לגופו של עניין בערכאה המשפטית הרלוונטית. הבדיקה בוחנת קיומה של כבילה אסורה ופגיעה בתחרות באמצעות מבחן כללי של סבירות והיגיון.

---

81. במובן של התאמת האמצעי להשגת המטרה.
82. 26 Stat. 209, 15 *U. S. C.* §§ 1-376.
83. לרבות היעדר מנגנונים המאפשרים הכשרתו של הסדר במתכונת הקיימת בארץ ובאירופה באמצעות היתרים או פטורים.
84. הסדרים כגון הסדרי תיאום מחירים וחלוקת שוק הם הגרעין הקשה של הסדרים אלו. לסקירה בעניין ראו ת"פ (י"ם) 417/97 **מדינת ישראל נ' הפניקס חברה לביטוח** (טרם פורסם), בפסקה 22 לפסק דינו של השופט דוד חשין.
85. פסק הדין המנחה בעניין ניתן עוד בתחילת המאה: *Standard Oil Co. of New Jersey* v. *U. S* 221 U. S 1, 31 S. Ct. 502 (1911).

סבירות זו היא העוגן המרכזי שמטרתו לפתור את הבעיות הנובעות מקביעתו של איסור פלילי רחב וגורף הנגזר ממבחן תוצאתי של פגיעה בתחרות. לפיכך, מלבד מקרים בולטים וקיצוניים, המוגדרים בשיטה הקוואיסטית של הפסיקה, כל שאר ההסדרים הכובלים עוברים תחת עינו הפקוחה של בית המשפט כדי לקבוע קיומה של פגיעה בתחרות וקיומה של עברה פלילית.

הגדרת הסכם כובל בדיני הקהילייה האירופית, כפי שהיא קבועה בסעיף 81 לאמנת רומא משנת 1957,[86] דומה למדי להגדרה המצויה בסעיף 2 לחוק ההגבלים בארץ.[87] עם זאת, המצב באירופה שונה בתכלית, ככל שהדבר נוגע לפליליותם של הסדרים כובלים. הקשרם המרכזי של דיני הקהילייה האירופית והרקע ליצירתם הוא ביסוס מערכת שוויונית וברורה להסדרת המסחר הבין מדינתי בתוך מדינות הקהילייה והשוק המשותף. אמנת רומא איננה קובעת כל הסדר פלילי הכרוך בקיומו של הסדר כובל ומותירה את הטיפול בו במישור האזרחי והמנהלי בלבד.

היעדר הפליליות של הסדרים כובלים מעוגן בחוקיהן של מדינות מרכזיות באירופה, המותירים את הטיפול בהסדרים כובלים למישור האזרחי והמנהלי בלבד.[88] כך הדבר בחוק הגרמני נגד הגבלת תחרות משנת 1958 (Gesetz gegen Wettbewerbsbe-

---

86. האמנה המייסדת של השוק האירופי המשותף – אמנת ה-E. E. C. (רומא, 1957) - Treaty Establishing the European Community. ראו גם סעיף 85 לאמנה בנוסחו הישן.

87. שם, ולמעשה אף שימשה בסיס לחקיקתו. הדמיון נכון יותר להגדרה בסעיף 2(א) לחוק ולא לחזקות של סעיף 2(ב). נוסח חלקו הראשון של הסעיף קובע כדלהלן:

> 1. The following shall be prohibited as incompatible with the common market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market, and in particular those which:
>
> a. directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;
>
> b. limit or control production, markets, technical development, or investment;
>
> c. share markets or sources of supply;
>
> d. apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
>
> e. make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

88. Grath Lindrup, *Competiton Law Handbook 2002/3 PLC* (6th ed., Butterworths, 2002) 151.

(schrankungen (GWB),[89] בחוק הספרדי להגנת התחרות (Ley de Defensa de la Competencia 16/1989), בחוק ההגבלים העסקיים האיטלקי ((The Antitrust Law (No. 287 of 10th Oct 1990) ועד לאחרונה גם בחוק התחרות האנגלי (Competition Act 1998).

למודל של החוק האנגלי חשיבות מיוחדת בשל העובדה ששימש בסיס לעיצוב חוק ההגבלים הישן בארץ[90] וגם כנקודת מוצא בסיסית למערך החקיקה בארץ. החוק האנגלי שהיה בתוקף בעת חקיקת חוק ההגבלים הראשון בארץ ה-Restrictive Trade Practices Act, 1956[91] ועד לאחרונה, גם חוק ההגבלים העסקיים הנוכחי באנגליה,[92] לא כללו עברות פליליות ותאמו את התפיסה השלטת בדיני הקהילייה האירופית בסוגיה. על כן כלל החוק האנגלי (כמו סעיף 81 לאמנת רומא), הגדרות רחבות בתחום ההסדרים הכובלים. עם זאת הוא איזן תחולה רחבה זו בהיעדר תפיסה פלילית של המעשים עצמם, ועל כך אמר השופט לנדוי בפרשת **אולמי לחיים**:

> הוראה אנגלית זאת אינה הופכת בני-אדם לעבריינים בלא יודעין עד שהמועצה או הממונה מתפנים לדון ולהכשיר אותם הסדרים הראויים למתן הכשר מטעמים של טובת הציבור. החוק האנגלי הנ"ל אינו מטיל אחריות כזאת בפלילים כי 'ריח הפלילים' הורחק מעולם הנוהגים המגבילים במסחר.[93]

ראוי לציין בהקשר זה, כי בבריטניה אושר בשנת 2002 ה-Enterprise Act 2002[94] הכולל רפורמות חשובות בתחום ההגבלים. בין היתר מטיל חוק זה בראשונה סנקציות פליליות בתחום ההסדרים הכובלים. אולם חשוב להדגיש כי בשונה מההסדר בארץ, החל על כל הסדר כובל, החוק האנגלי עוסק בהסדר מידתי וממוקד יותר המטיל סנקציה פלילית על הגרעין הקשה של ההסדרים הכובלים, תחום הקרטלים. החוק קובע כי יעבור עברה פלילית כל אדם **המסכים שלא ביושר**[95] להיות מעורב בהסדר כובל, **לפי רשימה סגורה** של **מקרי**

---

89. אם כי בגרמניה קיימת עברה פלילית בנסיבות ספציפיות של תיאום עמדות במכרזים, שם, בפרק העוסק במשפט הגרמני.

90. ראו בורנובסקי (לעיל, הערה 19), בעמ' 127.

91. חוק זה שונה פעמים אחדות במרוצת השנים, אך גם בנוסחו האחרון לפני החלפתו בשנת 1998 בחוק חדש, קבעו הוראות סעיף 6 לחוק הוראה דומה. ראו גם מזרחי (לעיל, הערה 57), בעמ' 220.

92. Competition Act 1998, Ch. 41.

93. ראו פרשת **אולמי לחיים** (לעיל, הערה 13), בעמ' 829.

94. Enterprise Act, 2002, Ch. 40, פרק 6, סעיפים 188 עד 191. ראו גם: URL[http://www.hmso.gov.uk/acts/acts2002/20020040.htm] נצפה לאחרונה באפריל 2004.

95. "dishonestly" במקור – ראו סעיף 188 לחוק.

"הגרעין הקשה" של הקרטליזציה כגון תיאום מחירים אופקי, הגבלות תפוקה, חלוקת שוק ותיאום עמדות במכרזים.

התמונה המצטיירת אפוא בכל הנוגע לנקודת שיווי המשקל הפלילית בארצות הברית, באנגליה ובקהילייה האירופית היא תמונה מאוזנת יותר מזו המצטיירת בארץ. מקומות שבהם קיימת הגדרה רחבה של הסדר כובל אינם כוללים, בדרך כלל, עברות פליליות. אם יש הוראות פליליות אזי הללו משולבות במנגנונים מאזנים, היוצרים עברות ממוקדות וברורות בתחומים הקשים בלבד (באנגליה) או מנגנוני בקרה שיפוטיים בדמות כללי ההיגיון וחזקות ה־Per Se.

2. עקרון החוקיות והחזקות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק

אם הביקורת הנמתחת על סעיף 2(א) מתמקדת בהקשרים הכלליים ובבעיות לוגיות של ניסוח, הרי בסעיף 2(ב) לחוק מתמקדת בעיית הבהירות במישור פשוט וברור יותר – מישור הלשון והשפה שבה מנוסחות החזקות שבסעיף. בהקשר זה נראה כי המחוקק הגדיל וקבע אוסף חזקות שהביטוי המילולי שלו הוא צבר של קביעות סתומות, חסרות הקשר מובן וברור. הגדרות אלו הן בעלות אוריינטציה רחבה לא פחות מזו שנקט המחוקק בנסחו את סעיף 2(א), הכולל את ההגדרה השיורית להסדר כובל. סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים קובע כך:

> מבלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף קטן (א) יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת לאחד העניינים הבאים:
> (1) המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם;
> (2) הריווח שיופק;
> (3) חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו;
> (4) כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם.

מטרתן של חזקות אלו, כפי שניתן ללמוד מדברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים (וכפי שנקבע בכמה החלטות של הממונה ושל בית המשפט)[96] הייתה ליצור חזקה שביצוע פעולות מסוימות יביא בהכרח לידי קיומו של הסדר כובל, בלא צורך להוכיח בפועל את כל יסודותיו הקבועים בסעיף קטן (א) לחוק:

---

96. ראו, פרשת **טבעול** (לעיל, הערה 10), וכן ראו גם החלטת הממונה בעניין **לשכת שמאי המקרקעין**, קובץ החלטות הממונה כרך ב' בעמ' 37, החלטת הממונה בעניין הסכמי הבלעדיות שבין חברות הדלק ובין מפעילי התחנות, קובץ החלטות הממונה כרך א' בעמ' 19. ה.פ.(ת"א) 158/96 **פז חברת נפט בע"מ נ' תחנת הדלק סביון בע"מ** (לא פורסם), ה.פ. (ת"א) 1990/95 **פרנם נורדנברג בע"מ נ' בן ארי** (לא פורסם).

> בסעיף קטן (ב) באה רשימה של נושאים שבהם השלכת ההסדר בין הצדדים על צמצום התחרות אינה מוטלת בספק. הסדרים אלה יראו כהסדרים כובלים מבלי שיהיה צורך לבחנם בכל מקרה לאור המבחן הכללי האמור.[97]

קריאת סעיף 2(ב) כפשוטו, איננה מלמדת מאום על תוכנו. מהו הסדר כובל לפי הסעיף? הסדר כובל הוא הסדר שבו הכבילה (כלומר, ההגבלה שנטל צד על עצמו[98]) **נוגעת** "למחיר", "לרווח", "לכמות", "לאיכות" או ל"סוג של נכסים"? כל אלו הן אמירות סתומות בכלל, ובפרט כשההקשר הישיר שלהן הוא חזקות המקיימות את היסוד העובדתי של עברה פלילית.

חוסר הבהירות הבסיסי בהגדרה מתקיים קודם כול בבחירת הזיקה שבין הכבילה למושאה (המחיר, הכמות וכדומה). "כבילה הנוגעת למחיר או לכמות". כיצד היא נוגעת?, עד כמה היא נוגעת? ולמה היא נוגעת?. בלא מענה על שאלות אלו, אין כל יכולת להבין לאשורו את הקשר בין שני המושגים. בלי להבין את הקשר, אנו נותרים עם אותם עמימות והיקפים גורפים המאפיינים את ההגדרה הכוללת בסעיף 2(א). זאת, אף שמדובר בסעיף שתכליתו נקודתית והוא אמור להיות ממוקד עד כדי כך שלכאורה מתייתר הצורך בבדיקה של ההגדרות הכלליות. בפועל נראה כי אותן חזקות כוללות את כל מערך הבעיות המוכל בסעיף 2(א) וכשם שסעיף 2(א) כולל תחת כנפיו הסכמים שתוצאתם אינה משפיעה על התחרות או על טובת הכלל, כך גם החזקות, שכל תכליתן הייתה מיועדת למנוע בדיקה עניינית של אותה פגיעה.[99]

חוסר הבהירות הבסיסי של החזקות נשמר גם בניסוח "הפירוטים" עצמם. טָלוּ מחוזה מסחרי את הסעיפים העוסקים ב"מחיר", "רווח", "כמות", "איכות" ו"סוג" של המוצר או השירות ונטלתם ממנו את לבו. כאמור, בתי המשפט, בית הדין ובעיקר רשות ההגבלים העסקיים לא התאמצו להסיר את מעטה הערפל מעל החזקות העמומות.[100]

במציאות דומה כי רשות ההגבלים רואה בחזקות רחבות אלו כלי רב עצמה המסיר מעליה נטל הוכחה של מרבית היסודות העובדתיים הנדרשים להוכחת קיומו של הסדר כובל. היא

---

97. הצעת חוק ההגבלים העסקיים, בעמ' 41.

98. לניתוח יפה של יסודות הכבילה ראו בורנובסקי (לעיל, הערה 19), בעמ' 127 ואילך.

99. ועמד על כך פרופ' בורנובסקי עוד בנתחו את הבעיות בהצעת חוק ההגבלים החדש משנת 1983, ראו שם, בעמ' 149.

100. השופטת מזרחי מודעת היטב לבעיה זו והיא מודה למעשה בתכולתן הרחבה מדי של החזקות. לכן היא גם הציעה להבחין אנליטית בין המושג "מגביל עצמו" בסעיף קטן 2(א) ובין מושג "הכבילה", באמצעות הבחנה בשאלת הגבלת חופש הפעולה המשפטי של צד להסדר. עם זאת, מלבד חיזוק הקביעות באשר לרוחב המוגזם של החזקות, אין בהבחנה זו כדי להסיר את העמימות מעל ניסוח החזקות, אלא רק לצמצם את תחולתן. ראו הדיון לעיל ב"אבסורד" בהגדרת הסדר כובל בסעיף 2(א) לחוק. ראו מזרחי (לעיל, הערה 57).

פועלת בנחרצות לכלול את רוב המקרים הנתבעים על ידיה במסגרת החזקות.[101] העניין אומר דרשני, שכן החזקות אמורות לשמש חריגים למקרים הבולטים והקשים של הסדרים כובלים וקרטלים. חזקות אינן אמורות להסיר כלאחר יד את נטל ההוכחה מרוב ההסדרים העולים ל"שולחן הניתוחים" של בית הדין או של הממונה על ההגבלים העסקיים.

הסיבה לשימוש המוגזם שנעשה בהוראת סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים טמונה לדעתי בהשוואה המקובלת של החזקות לכללי ה־Per Se האמריקניים. כאמור, כללי ה־Per Se פותחו בפסיקה האמריקנית בד בבד עם "כלל ההיגיון" ("rule of reason"). הם פותחו כמשקל נגד לקביעה הרחבה והחמורה בסעיף 1 ל־Sherman Act, שלפיה הסכם כובל הוא בלתי חוקי מטבעו ומשום היעדרו של מנגנון להכשרתו, למרות קיומה של הכבילה. בתי המשפט האמריקניים ניסו לייצר מנגנון שיאזן בין מקרים שבהם ברור כי מדובר בהסכמים הפוגעים בתחרות ובין כאלו שיש לבחנם לגופו של עניין, למרות לשונו המפורשת של הסעיף היוצר את העברה.[102] האיזון האמור בא לידי ביטוי ביצירה שיפוטית קוואיסטית שניסתה לתאר את המקרים הקשים והברורים של קרטליזציה כמו חלוקת שוק, תיאומי מחירים וכדומה בצורה ברורה וסיפורית.[103] אין להתעלם מכך שמידת הדיוק של תיאורים אלו איננה מושלמת. לכן, מטבע הדברים, גם מנגנון כזה לוקה לעתים בחוסר ודאות ובעמימות בנוגע לשאלה, אם מקרה נתון נכנס לגדר המקרה שנאסר Per Se או נכנס לאחד מהחריגים שתיארה הפסיקה. עם זאת, כללי ה־Per Se אינם מוגדרים רק כמשפטים לאקוניים בדומה לחזקות בסעיף 2(ב) לחוק כגון "כבילה הנוגעת למחיר". כללים אלו מעוצבים בהקשר הכללי של פסק דין מפורט. הם נבחנים בהקשר של מסכת רחבה של עובדות ונסיבות גם אם אותו פסק דין מעצב מבחנים כלליים או יוצר חריגים לכלל.

הבסיס לבעיה טמון לדעתי בשימוש צולב ושגוי בנורמות הלקוחות מדיני הקהילייה האירופית ומהמשפט האמריקני. שימוש זה נעשה בלא ניתוח ראוי של המקורות והתכליות של כל אחת משיטות המשפט הללו ועל כן יצר שיטה קשה, מחמירה ובלתי מידתית. כזכור, מקור ניסוח הגדרת "הסדר כובל" בחוק הישן היה החוק האנגלי שהיה בתוקף באותו זמן. בד בבד, קיים דמיון רב בין ההגדרה של "הסדר כובל" בחוק החדש ובין סעיף 81 לאמנת רומא (בעבר סעיף 85 לאמנה). עם זאת, שני דברי חקיקה זרים אלו, שאכן נקטו סגנון ניסוחי רחב ושסתומי, אינם חוקים פליליים מטבעם ולכן יכלו "להרשות לעצמם" מרחב פעולה גדול יותר ועמימות רבה יותר, שיקלו את הפעלת הסמכות המנהלית ביישומם. מנגד, מקור ההתייחסות לכל הגישה הפלילית כלפי ההגבלים העסקיים בארץ היה דווקא הגישה האמריקנית הוותיקה. זו כאמור לא השתמשה בניסוח הרחב כבסיס היוצר חזקה לקיומן של עברות פליליות,[104] אלא בחזקות קוואיסטיות ממוקדות, בדמות כללי ה־Per Se.

---

101. אולי המקרה הקלאסי שאיננו נכנס לגדר חזקות אלו הוא כבילה הנוגעות להעברת אינפורמציה בין מתחרים.

102. ראו לעיל, הערות 84 ו־85.

103. סיפוריות במובן של הצגת עובדות ונסיבות בנרטיב של פסק הדין.

104. כאמור, סעיף 1 ל־Sherman Act (לעיל, הערה 82) נוקט הגדרה רחבה, אלא שהפסיקה יצרה חקיקה שיפוטית ברורה וענפה להגדרתו.

לדעתי, ניתן בהחלט לבסס טעם הגיוני ומידתי לטענה כי חוקות פליליות המנוסחות בבהירות, בצורה ממוקדת ומפורטת, יכולות לשמש דרישה הגיונית בסיטואציה המחמירה של עברה פלילית, בדומה לדרך שבה נוסח החוק האנגלי החדש בסוגיה, או אפילו במתכונתו של סעיף 4 להוראות וההגדרות הכלליות של פטורי הסוג, שעוד יידונו בהמשך. לעומת זאת, שיטת המשפט בארץ בחרה להרכיב על העקרונות וההגדרות של הגישה האירופית הרחבה (שאיננה פלילית ביסודה) את הטיפול הפלילי הממוקד של השיטה האמריקנית. שילוב המרכיבים המחמירים מכל שיטה (הגדרה רחבה מחד גיסא ופליליות מאידך גיסא) הביא לידי מתיחת העניין מעבר לנדרש ולראוי, תוך שימוש בכלים והגדרות שאינם תואמים במלואם את התכלית והמידה הראויה בהקשר הפלילי.

(א) תחילת "תנועת המטוטלת"

הבעייתיות הקשה הטמונה במנגנון החזקות בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים לא נסתרה מעיניו של בית המשפט. במהלך כתיבתו של מאמר זה התרחש ומתרחש בבית המשפט העליון תהליך חשיבה מחודש, המוביל את תחילתה של מגמת התמתנות בסוגיה ואולי אף של מהפכה. תהליך זה עדיין מצוי בהתהוותו, ואנו עדים לתהליכים מרתקים המאפיינים נקודת מפנה, על כל הבעייתיות שקיימת בתהליך כזה.[105]

(ב) המבחן התכליתי

פסק דינו של השופט ריבלין בפרשת **א.מ. חניות**[106] ופסק הדין שניתן (פה אחד) בפרשת **לשכת שמאי המקרקעין** קבעו בראשונה מבחן סף המערער על מוחלטותן של החזקות שבסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים. פסקי הדין הללו קובעים כי יש לבחון את נסיבות ההסדר והתאמתן למטרותיו של חוק ההגבלים העסקיים, לפני השימוש בחזקות שבסעיף 2(ב). אם מבדיקה זו תעלה המסקנה כי מלכתחילה לא היה החוק אמור לחול על נסיבות ההסדר הנדון, אזי לא יחול סעיף 2 לחוק והחזקות הקבועות בו. השופטת חיות, שכתבה את פסק הדין בעניין **לשכת שמאי המקרקעין**, מציינת דברים דומים לאלו שאמר השופט ריבלין בפרשת **א.מ. חניות**:

> ... אף אני סבורה כי פירוש תכליתי של הוראת סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, יש בו כדי לקדם את מידת הוודאות ולהפחית מן הקיפאון העסקי העלול להיגרם עקב פרשנות מילולית-מרחיבה

---

105. לביקורת חשובה על האסטרטגיה השיפוטית וצורת ההנמקה בעניין תחולתו של חוק ההגבלים על הסדרים כובלים אנכיים ראו מאמרו האחרון של דיויד גילה (לעיל, הערה 70).

106. ראו פרשת **א.מ. חניות** (לעיל, הערה 18). יש לציין כי עתירה לדיון נוסף על פסק הדין נדחתה על ידי השופט חשין בדנ"א 3113/03 **א.מ. חניות (ירושלים) (1993) בע"מ נ' עיריית ירושלים** (טרם פורסם) (להלן: הבקשה לדיון הנוסף בעניין **א.מ. חניות**). פסק הדין נוסח בלאקוניות רבה על אף החשיבות הרבה שיש לסוגיה ולכן קשה להתחקות אחר ההנמקות ששימשו את השופט החשין כדי לדחות את הדיון בעניין.

> של הוראת החוק. כמו כן, יש בפירוש התכליתי כדי להסיר את החשש מפני כתם של אי חוקיות, העלול לדבוק, שלא בצדק, בהסדרים 'תמימים' וראויים, ומפני סטיגמה עבריינית העלולה לדבוק במתקשרים בהם. פירוש המוציא לכתחילה מכלל הגדרת 'הסדר כובל' את אותם הסדרים שהחוק, על פי תכליתו, אינו מיועד לחול עליהם, אף יחסוך פניות שלא לצורך אל בית הדין או אל הממונה לקבלת אישור או פטור.[107]

עם זאת, על פיתוחו של המבחן האמור רובץ ענן כבד בדמותה של ההלכה שנקבעה בדיון הנוסף בפרשת **טבעול**. פסק דין חשוב זה, שניתן בהרכב מורחב ולאחר דיון מעמיק בסוגיה, קבע במפורש כי החזקות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק הן חזקות חלוטות. השופט ריבלין מציין במפורש כי המבחן התכליתי שקבע אינו עומד בסתירה להלכת **טבעול**[108] ואילו השופט חשין, בדחיית הבקשה לדיון נוסף באותו עניין, מציין כי המבחן התכליתי של ריבלין הוא בגדר נדבך לבניין ההלכה בד"נ **טבעול** ואינו אלא התפתחות טבעית שלה.[109] פסק הדין של השופטת חיות בפרשת **לשכת שמאי המקרקעין** כלל איננו מתייחס לסתירה זו, על אף חשיבותה.

סוגיה זו, שאיננה פשוטה כלל ועיקר, שימשה בסיס לחילוקי דעות חריפים בין השופטים נאור וטירקל בפסק דין, שניתן רק כשבועיים לפני פסק הדין בפרשת **לשכת שמאי המקרקעין**.[110] פסק הדין בעניין **אקסטל** עסק בשאלת תחולתו של סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים על הסדר אנכי, שלפיו ניתנו זכויות הפצה בלעדיות באזור גיאוגרפי מוגדר וכן התחייבות של המפיץ כלפי היצרן, למחירים ולתנאים מינימליים שנקבעו. בית המשפט התבקש להכריע בשאלת תוקפה של תניית בוררות בהסכם, שנטען כי הוא הסכם כובל בלתי חוקי. השופט טירקל (שהיה גם בעמדת המיעוט בפרשת **טבעול**) ביקש להתמודד חזיתית עם הקביעה בדבר מוחלטותן של החזקות שבסעיף 2(ב) לחוק. הוא לא הותיר את העניין מעומעם ופתוח, בדומה לפסיקת השופטים ריבלין, חשין וחיות, אלא ציין כי "יש מקום להרהר מחדש ב'מוחלטותן' של חזקות אלה". טירקל, שהסתמך בדבריו על מאמרו של דיויד גילה,[111] וביקש לקבוע במפורש כי הסדרים אנכיים לא ייכנסו לגדרו של סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, בשל העובדה שהסעיף קובע כבילות אסורות בלי קשר לפגיעתן בתחרות, מבסס הנמקתו על ארבעה טעמים עיקריים:

---

107. ראו עע"ם **לשכת שמאי המקרקעין** (לעיל, הערה 68), בסעיף 15, פסקה שלישית לפסק דינה.

108. ראו פרשת **טבעול** (לעיל, הערה 10), בסעיף 11 לפסק דינו.

109. לעיל, הערה 106.

110. רע"א 6233/02 **אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשיה, שיווק אלומיניום זכוכית ופרזול בע"מ**, פ"ד נח(2) 634 (להלן: פרשת **אקסטל**).

111. לעיל, הערה 70.

> **האחד**, צמצום התוצאות שיש לקביעה שהסדר הוא הסדר כובל בתחום המשפט הפלילי; **השני**, ייחוס משקל גדול יותר לערכים של תום לב, הגינות ויושר בהשוואה למשקלה של ההגנה על התחרות החופשית; **השלישי**, צמצום הפגיעה בוודאות המשפטית על ידי הפחתת מספר המקרים של ביטול חוזה בשל אי חוקיות שגורמת הגדרתו כהסדר כובל... **טעם נוסף**, שהוא הצורך להימנע מהגבלת פעילות עסקית מקובלת ורווחת שנועדה להשיג מטרות כלכליות ועסקיות ראויות[112] (ההדגשות שלי – **א"ל**).

בעקבות קביעתו זו, בוחן השופט טירקל את נוסח ההסכם, לגופו של עניין, וקובע כי החזקות הקבועות בסעיף 2(ב) (1) ו־2(ב) (3) לחוק ההגבלים אינן חלות במקרה הנדון, שכן נוסח ההסכם מקנה למפיץ חופש פעולה מספיק, שאיננו מונע או מפחית תחרות.[113] חשוב לציין כי שיטת הנמקה זו איננה זהה למבחן התכליתי שאומץ על ידי השופטים ריבלין וחיות, אך בפועל היא מביאה לידי תוצאות דומות. הדומה בין שתי הגישות הוא העובדה כי החזקות אינן מיושמות יישום אוטומטי. בשתיהן השופטים בוחנים לגופו של עניין את נסיבות ההסדר ועובדותיו כדי להחיל את החזקות. עם זאת, לשיטתו של השופט טירקל ההסדר הנדון עדיין נבחן על פי סעיף 2 לחוק, ורק הדרך שבה מיושמות החזקות היא דרך מצמצמת. במובן מסוים ניתן לומר כי גישה זו מביאה לידי ביטול המוחלטות של האיסור כפי שהיא באה לידי ביטוי בחזקות החלוטות. היא הופכת את החזקות לחזקות לכאורה, המעבירות את נטל ההוכחה אל הטוען כי ההסדר שעשה אינו פוגע בתחרות אף שנכנס לגדרו של סעיף 2(ב).[114]

מנגד, גישתם של השופטים ריבלין וחיות הנה גורפת יותר, שכן היא חלה גם על הסדרים אנכיים וגם על הסדרים אופקיים בלא הבחנה אמיתית ביניהם. גישה זו גם יוצרת בדיקה מקדימה של תכלית, שיכולה להוציא את ההסדר הנבחן מגדרו של סעיף 2 כולו, בלי שהחזקות יבואו לידי ביטוי בצורה כלשהי, אף לא כחזקות לכאורה. גישה זו יכולה להיות בעייתית בשל העובדה שהיא עלולה לייצר כשל לוגי בבדיקת התכליות. חוק ההגבלים העסקיים איננו כולל סעיף מטרה מוגדר ותכליתו נלמדת מההקשר הכללי של החוק ומנוסח סעיפיו. סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים הוא אחד הסעיפים המרכזיים המבססים את תכליתו של החוק כמגן על התחרות בעסקים. לכן, קיים קושי מסוים במבנה טיעון המתבסס על בדיקת פגיעה בתחרות כ"תכלית על", לצורך שלילת תחולתו של הסעיף המרכזי שממנו

---

112. ראו פרשת **אקסטל** (לעיל, הערה 110), בסעיף 10 לפסק דינו.

113. לניתוח סעיפי ההסכם לגופו ראו סעיפים 12 עד 14 לפסק דינו של השופט טירקל, שם.

114. אף שהשופט טירקל לא התייחס לעניין זה במפורש, ניתן להסיק קביעה זו מן הדרך שבה בחן לגופו של עניין את סעיפי ההסכם. לעומת זאת, זכתה הסוגיה להתייחסותה של השופטת נאור בסעיף 17 לפסק דינה החולק, שם.

ניתן ללמוד על "תכלית על" כזו.[115] מכל מקום נראה כי ככל מנגנון שיפוטי, המתבסס על מנגנוני שסתום עמומים, קיים קושי אמיתי לבסס ודאות ובהירות בנוגע למיקומו של הקו המפריד בין המותר לאסור. קושי זה משפיע כמובן על מידת ההתאמה של פתרון שיפוטי זה לעקרון החוקיות ולדרישת הבהירות הנובעת ממנו.

בניגוד לעמדתו של השופט טירקל בפרשת **אקסטל**, קובעת השופטת נאור כי ההסדר הנדון הוא אכן הסדר כובל, עקב החזקות שבסעיף 2(ב) לחוק. לדעתה לשון החוק איננה מאפשרת לפרש את הסעיף כך שתיכלל בו ההבחנה המוצעת בין הסדרים אנכיים לאופקיים. נאור אמנם סבורה כי בדעה שמביע דיויד גילה, ומאמץ השופט טירקל "יש קסם רב כהצעה למחוקק", אך היא איננה בגדר סמכותם של בתי המשפט ולא ניתן לגבשה באמצעות כלי הפרשנות.[116] עם זאת, היא מוסיפה לגופו של עניין כי אין לה הסתייגות מהפרשנות שניתנה לסעיף 2 לחוק בפרשת **טבעול** כדין מצוי. היא אף מציינת כי משך הזמן הקצר שעבר מפרשת **טבעול** והעובדה שפסק הדין ניתן בהרכב מורחב, מצריכים משנה זהירות בהצעה לסטות מההלכה שנפסקה.

(ג) מבחן "זוטי הדברים"

פסק דינו של השופט אור בפרשת **א.מ. חניות** פתח ערוץ נוסף להתמודדות עם רוחב ההגדרה בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, באמצעות עקרון "זוטי הדברים" (De Minimis). עיקרון זה מאפשר לבתי המשפט להבחין בין עיקר לטפל במקרים של פגיעה בזכות או של ביצוע עברה פלילית ולהימנע מטיפול בפגיעות מזעריות או במעשים קלי ערך.[117] גם כאן מדובר במבחן סף, המחייב למעשה את בדיקת השוק ומידת הפגיעה בתחרות, לגופו של עניין, אף שמדובר בחזקות שכל תכליתן למנוע בדיקה כזו. מבחן זה מצומצם יותר מגישתם של השופטים ריבלין וחיות הבוחנים בחינה כללית את ההסדר לעומת התכלית של החוק. תחולתו שונה גם מגישתו של השופט טירקל הבוחן את הפגיעה בתחרות לעומת החזקות רק במקרים של הסדרים אנכיים.

---

115. ניתן, כמובן, לומר כי תכליתו של החוק להגן על התחרות החופשית איננה נלמדת רק מלשונו של סעיף 2 לחוק. עם זאת, אין ספק כי הסעיף מהווה אחד מהעוגנים הלשוניים המרכזיים להסקת תכלית זו, בפרט לאחר השינוי שחל בו במעבר מהחוק בנוסחו הישן.

116. ראו פסקאות 8 ו-9 לפסק דינה בפרשת **אקסטל** (לעיל, הערה 110). השופטת פרוקצ'יה שהייתה השלישית בהרכב, הגיעה לתוצאה דומה אך בדרך הנמקה שונה לגמרי מזו של השופט טירקל. היא בחרה שלא לדון ולהכריע בעניין היותו של ההסכם הסכם כובל, אלא לבחון את הסוגיה מנקודת מבט של דיני הבוררות ודיני החוזים.

117. להחלת העיקרון במשפט המנהלי ראו דנ"א 1333/02 **הועדה המקומית לתכנון ובניה, רעננה נ' הורוויץ** (טרם פורסם). ראו גם סעיף 34יז לחוק העונשין הקובע את עקרון זוטי הדברים במשפט הפלילי: "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה, אם, לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך". ראו גם כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך), תשס"א-2001, ק"ת 660, שהחילו בצורה מסוימת את העיקרון גם דרך מנגנון פטורי הסוג.

הקשיים ביישומו של מבחן זה דומים לחלק מהבעיות הקשורות למבחן התכליתי. ראשית, גם כאן מרחפת מעל הלכת **טבעול**, שלא בוטלה. שנית, גם בהקשר זה קיימים הקשיים הפרשניים, ששימשו בסיס לדעתה החולקת של השופטת נאור בפרשת **אקסטל**.

עיקרון זה שימש גם בסיס לפסיקתו של בית המשפט המחוזי בפרשה העוסקת באחד ממקרי הגרעין הקשה של ההסדרים הכובלים – תיאום עמדות בין מתחרים במכרז פומבי.[118] במקרה הנדון דובר בתיאום עמדות בין שתי חברות מתחרות בתחום שירותי התקנה ותחזוקה של רמזורים, בהליכי מכרז שערכה עיריית חיפה.[119] השופטת מזרחי קבעה במקרה זה כי אף שנסיבות המקרה נכנסות בצורה ברורה לגדר החזקות של סעיף 2(ב), קיים עיקרון רחב של זוטי דברים השולל קיומה של כבילה אסורה במקרה הנדון. זאת, בשל העובדה שאחת המתחרות לא יכלה מטעמים טכניים לזכות במכרז.

מקרה זה, העומד בימים אלו כערעור לפני בית המשפט העליון, הוא דוגמה טובה לבעיות שעלולות להתלוות למנגנוני הסינון השיפוטיים שתוארו לעיל. להבדיל מפרשת **א.מ. חניות**[120] שבה דובר בכבילה אנכית, שהייתה כבילה נלווית ובעלת הצדקה עסקית, בפרשת **הרמזורים** מדובר בתיאום עמדות אופקי בין מתחרים במכרז, שכל תכליתו הייתה לצמצם את התחרות ולפגוע בה.[121] אשר על כן, השימוש במבחן זוטי הדברים במקרה הראשון הביא לידי תוצאה סבירה ושקולה ואילו במקרה השני הוא הכשיר מעשים הנכללים בצורה ברורה באיסורי ה־Per Se.

לסיכום נקודה זו ניתן לומר כי מערכת המשפט ניצבת לפני מסכת מורכבת של עמדות שיפוטיות, המהווה בלא כל ספק תפנית חשובה בהתייחסות לבעיות החוקתיות שנובעות מלשונו של סעיף 2(ב) לחוק ובטיפול בהן. עם זאת, גם כאן דומה כי אנו מביטים על כור היתוך שטרם התגבש ושביסודו ניצבת חקיקה בעייתית, שהכלים השיפוטיים לפתרונה מוגבלים. בנוסף, מעניין לציין כי ככל הנראה שני ההרכבים שנתנו את פסקי הדין הסמוכים בפרשת **לשכת שמאי המקרקעין** ובפרשת **אקסטל**, לא היו מודעים זה לפסיקתו של זה. בהחלט ייתכן כי לו היו שופטי ההרכב המאוחר מודעים לחילוקי הדעות בין השופט טירקל לשופטת נאור, הייתה ניתנת הכרעה מסודרת יותר בעניין.

---

118. ת"פ (י"ם) 287/98 **מדינת ישראל נ' מנורה (רמזורים) בע"מ**, פ"מ תשס"ג(1) 245 (להלן: פרשת **הרמזורים**).

119. ימים בודדים לפני המכרז נפגשו המתחרים אצל בורר והחליטו כי אחד מהם לא יגיש הצעה למכרז ובתמורה הוא יפוצה בקבלת עבודות תחזוקה במקום אחר. עם זאת, יש לציין כי לשני המתחרים היה ברור שלאחד מהם (חברת אריאל) לא הייתה כל יכולת לגשת למכרז בחיפה בשל בעיות התאמה של הציוד שלו למרכז בקרת הרמזורים בחיפה. בנוסף, חלוקת העבודה בין המתחרים נעשתה בידיעת העירייה ולא בהיחבא. שם, שם.

120. ראו לעיל, הערה 18.

121. על אף בעיית ההתאמה שהוזכרה לעיל, איזו תכלית אחרת ניתן לזקוף לפעולות שביצעו שני המתחרים?

3. סעיף 34כא לחוק העונשין

מלבד הדיון הכללי בבעיות שבהן נגוע חוק ההגבלים עקב עקרון החוקיות, חשוב לדון לעומק בחובה הפרשנית המיוחדת הקבועה בסעיף 34כא לחוק העונשין. חובה זו היא אחד הביטויים המרכזיים לעקרון החוקיות בחקיקה הקיימת והיא קובעת כך:

> ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין.[122]

ניתוח יסודות הסעיף מגלה כי הסעיף מקבע עיקרון פרשני חשוב ביותר שאותו אני מבקש לכנות "מתחם התכלית".[123] הפסיקה מכירה בקיומם של "מתחמים" בתחומים רבים של המשפט. המאפיין המרכזי של "מתחמים" אלו הוא קיומה של מסגרת שבתוכה עשויים להתקיים, בד בבד, כמה ביטויים לגיטימיים לגורם המאפיין את אותה מסגרת. כך, למשל, מוכר "מתחם הסבירות" המכיר בסבירות ובחוקיות של החלטות מנהליות שונות זו מזו, ובתנאי כי הללו יישארו בתוך אותו מתחם סבירות המאזן בין השיקולים הרלוונטיים למקרה.[124] מוכר גם מתחם מידתיות[125] המכיר בשימוש באמצעים שונים לצורך השגת אותה מטרה ובתנאי שמידת הפגיעה של אותם אמצעים תישאר בתוך אותו מתחם המאזן בין הפגיעה לתכלית המושגת. גם בתחום המילולי מוכר "מתחם של משמעויות לשוניות לטקסט[126] שממנו צריך הפרשן לבחור את המשמעות ההולמת את תכלית החקיקה הלימות מיטבית.

"מתחם התכלית" המוצע איננו מתחם של תכליות. "מתחם התכלית" הוא מתחם המכיר בקיומן של כמה אפשרויות פרשניות **לגיטימיות** לתכלית המוגדרת של החוק, להבדיל מאפשרות קיומה של פרשנות אחת בלבד. בלי להיכנס לעובי הקורה בוויכוחים

---

122. גם בארצות הברית קיים עיקרון פרשני מעין זה, שכינויו "עקרון החסד" (rule of lenity). יודגש כי גם היסודות האחרים הקשורים לעקרון החוקיות משובצים בחוק הישראלי בכלל ובחוק העונשין בפרט. ראו, למשל, סעיפים 3, 4, 5 לחוק העונשין העוסקים ביסוד הרטרואקטיביות וסעיפים 10 ו-11א לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, ע"ר 2, תוס' א 1, העוסקים בפרסום חקיקה ובבטלות חוקים נסתרים.

123. ראו הדיון בריבוי תכליות בספרו של הנשיא אהרן ברק, **פרשנות תכליתית במשפט** (נבו, תשס"ג), 159 ואילך וכן את הדיון בקביעת התכלית הסופית, בעמ' 233 ואילך.

124. מקובל לומר כי עיקרון זה פותח בבג"ץ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד לה(1) 421.

125. בג"ץ 3477/95 **בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט**, פ"ד מט(5) 1 (להלן: בג"ץ **בן-עטייה**).

126. בג"ץ 4562/92 **זנדברג נ' רשות השידור**, פ"ד נ(2) 793, בעמ' 803-805.

יוריספרודנציאליים באשר למקורות הפרשנות הלגיטימיים,[127] או לאפשרות קיומה של תשובה פרשנית יחידה,[128] עניינים המצויים מחוץ לתחום הדיון הזה, אבקש להפנות לדברים כפשוטם. לשונו של סעיף 34כא מניחה בצורה מפורשת כי דין יכול להיות בעל "פירושים סבירים אחדים" ההולמים את התכלית המצרפית שלו. אם כך הדבר, אזי צריך היה לצפות כי בהליך הפרשני הבא לבחון את מהותה של עברה פלילית בחוק ההגבלים ייעשה מיפוי מדויק של מכלול הפרשנויות היכולות להשיג את תכלית החוק. לאחר מיפוי מכלול האפשרויות העומדות בתכלית, צריך הפרשן לבחור בזו המקיימת את הוראת סעיף 34כא, כלומר פוגעת בנאשם פחות.

למעשה, תהליך קבלת ההחלטה בהליך פרשני זה דומה מאוד לתהליך קבלת ההחלטה הנדרש לפי עקרון המידתיות ואני סבור כי מן הראוי לקשר בין השניים. עקרון המידתיות שהוכר במשפט המנהלי ועוגן בפסקת ההגבלה בחוקי היסוד החדשים[129] מתמקד, כידוע, בקשר שבין התכלית של החוק ובין האמצעים להשגתה. הוא מניח מיסודו כי קיימים כמה אמצעים העשויים להשיג את אותה מטרה ובודק את מידת הפגיעה של כל אחד מאותם אמצעים המסוגלים להשיג את המטרה.[130] מבין האמצעים המסוגלים להשיג את המטרה, מאפשר עקרון המידתיות להשתמש רק באלו שפגיעתם היא הפגיעה הפחותה ביותר בזכות המוגנת[131] וגם זאת בתנאי שנשמר יחס נאות בין התכלית ובין מידת הפגיעה.[132] באופן דומה, ניתן ללמוד מלשון סעיף 34כא כי החובה הפרשנית הקבועה בו היא למעשה ביטוי לעקרון המידתיות, המחייב לבחור מבין כמה אפשרויות המשיגות מטרה, את זו הפוגעת בצורה הפחותה בזכויות המוגנות, במקרה זה זכויות הנאשם. לתובנה זו חשיבות רבה בשל קישורה למישור החוקתי שיידון בסופו של מאמר זה, לרבות בעניין התרופות הקשורות להפרתה.

---

127. מן המפורסמות שבעמדות הן עמדותיהם השונות של פרופ' הארט ופרופ' דבורקין וכן של הנשיא ברק.

128. ראו לעיל, הוויכוח בין התפיסות השונות של הנשיא ברק ושל פרופ' דבורקין.

129. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק יסוד: חופש העיסוק.

130. אמצעי שאינו משיג את המטרה ייפסל מאליו.

131. לצורך טיעון זה אינני רואה צורך להיכנס לוויכוח בשאלה אם יש לבחור רק את האמצעי הפוגע בזכות בצורה הפחותה ביותר, או שאולי ישנו מתחם מידתיות המאפשר לבחור אחד מבין כמה אמצעים העונים בצורה סבירה על דרישה זו. ראו לעניין זה דעתו של הנשיא שמגר בע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (להלן: פרשת **בנק המזרחי**), בפסקה 85 לפסק דינו.

132. ראו בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367; בג"ץ 987/94 **יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת**, פ"ד מח(5) 412; בג"ץ **בן-עטיה** (לעיל, הערה 125); בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4) 94 , בג"ץ 1030/99 **אורון נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד נו(3) 640 ופרשת **בנק המזרחי**, שם.

מכל מקום, בפסיקה המתייחסת לסוגיה, מצוטט סעיף 34כא בעיקר בהקשר הפרשני ודומה כי אין חולק על עצם החובה הטמונה בו.[133] עם זאת, יצוין כי במקרים רבים ההפניה לסעיף 34כא נעשית בפסיקת יחיד, בעוד דרכי ההנמקה של השופטים האחרים אינן מתייחסות בדרך כלל לסוגיה הספציפית,[134] ודאי לא בצורה אנליטית מסודרת, בדומה לזו המקובלת בדיון בעקרון המידתיות. ניתוח כאמור נעדר גם מפסקי הדין העוסקים בפרשנות חוק ההגבלים העסקיים ואפילו מפסק הדין בפרשת **טבעול** שעסק בעקרון החוקיות. נכון כי רבים מהשופטים בפרשת **טבעול**[135] עסקו בשאלת התכלית הכללית של חוק ההגבלים העסקיים ושניים מהם אף עסקו בעקרון החוקיות במפורש.[136] עם זאת, אף באחד מהמקרים לא נבחנה לעומק האפשרות כי לחוק כמה אפשרויות פרשניות, שכולן עשויות להשיג את אותה תוצאה ואת אותה תכלית, קל וחומר שלא יושם הכלל המחייב שבסעיף 34כא. אני סבור כי ההתמקדות בתכלית בלבד, בלי לרדת לרזולוציה עמוקה יותר, כפי שמחייב סעיף 34כא לחוק העונשין, פוגעת במימוש של עקרון החוקיות והמידתיות. היעדרה של בדיקה זו מונע בקרה ראויה של המגמה המרחיבה שהייתה שלטת,עד העת האחרונה, בפרשנות חוק ההגבלים העסקיים.

חשוב לציין כי ההגבלות הפרשניות שבסעיף 34כא אינן עומדות לבדן במערכה. החובה הפרשנית לפרש את החוק על פי חוקי היסוד[137] והחובה להעדיף פרשנות המקיימת זכויות

---

133. ראו, למשל, דבריו של השופט גולדברג בע"פ 6696/96 **כהנא נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(1) 535 (להלן: ע"פ **כהנא**), בפסקה 6 לפסק דינו. ראו גם הדברים האמורים בע"פ 3575/99 **דרעי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(2) 721, בעמ' 770: "חשוב לזכור, כי ענייננו בהגדרת יסודותיה של עבירה פלילית חמורה. היותו של הלוקח "מועמד לתפקיד" מהווה רכיב נסיבתי מרכזי ביסודה העובדתי של עבירת השוחד. עקרון החוקיות מחייב שרכיב זה יוגדר בלשון המבהירה במידה מספקת את גבולות תחולתו של האיסור... גישתו של בית המשפט המחוזי, התומכת בפרשנות גמישה למונח "מועמד", אינה עומדת במבחנו של עקרון החוקיות. בטעמי בית המשפט להצדקת הפרשנות הגמישה אמנם יש מידה רבה של היגיון, אלא שאת גבולותיו של איסור פלילי לא ניתן לתחום על-פי ההיגיון בלבד" (פסקה 54 ואילך לפסק הדין). ראו גם ע"פ (ת"א) 1447/97 **מדינת ישראל נ' שחם** (טרם פורסם); ע"פ (ב"ש) 560/96 **פלנסיה נ' מדינת ישראל** (לא פורסם). ראו גם ברק (לעיל, הערה 41).

134. ראו ע"פ 4463/93 **בירב נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(5) 447 (להלן: ע"פ **בירב**), בפסק דינה של השופטת דורנר; ע"פ **כהנא**, שם, בפסק דינו של השופט גולדברג; ע"פ 3215/96 **דורבשי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(3) 738, בפסק דינו של השופט חשין; דנ"פ 188/94 **מדינת ישראל נ' אבוטבול** , פ"ד נא(2) 1, בפסק דינו של השופט זמיר.

135. בעיקר בדיון הראשון בפרשה. ראו פסקי הדין של השופט טירקל והשופט גולדברג בפרשת **טבעול** (לעיל, הערה 10).

136. פסקי הדין של השופטים חשין וטירקל נדונו בהרחבה בחלקים הקודמים של מאמר זה.

137. ראו דנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 589.

יסוד על פני זו הפוגעת בהם, עומדות לצדה בגאון.[138] כשמדובר בחוק הפוגע פגיעה ישירה וחמורה בחופש הקניין והעיסוק של הפרט ובייחוד כשהוא חוק פלילי העלול לפגוע בחירותו ובכבודו של אותו פרט, אין להקל בכך ראש. על כן אני סבור כי שיקולים אלו צריכים למצוא את דרכם להליך הפרשני בהבלטה רבה הרבה יותר, תוך שינוי צורת ההתייחסות הגורפת אל פליליות החוק. ניצנים ראשונים ניתן אולי למצוא בפסיקה החדשה בפרשות **א.מ. חניות**, **אקסטל** ו**לשכת שמאי המקרקעין**. עם זאת, פסקי דין אלו נעדרים ניתוח אנליטי מסודר של הסוגיה. לכל היותר מוזכר בהם הנושא הפלילי כאחד ההיבטים שצריכים להשפיע על הפרשנות הראויה.

(א) הקשר בין פרשנות פלילית לאזרחית

את ההתעלמות מהחובה הפרשנית בסעיף 34כא ומעקרון החוקיות בכלל, ניתן אולי להסביר בעובדה כי ההליך שהתקיים בפרשת **טבעול** היה הליך אזרחי, כמו רבים מהתיקים העוסקים בחוק ההגבלים העסקיים. לפיכך ייתכן שהשלכות הלוואי הפליליות של חוק ההגבלים העסקיים ושל הפרשנות לא נשקלו בכובד הראש הראוי להן.

ככלל, ברור כי ייתכנו מצבים של פערים בין פרשנות פלילית לאזרחית בהקשרים קרובים. הדבר נכון הן במישור היישומי של היסודות העובדתיים של המעשה[139] ואפילו בפרשנות או במשמעות הניתנת למונח כמו "רשלנות", כשהוא מופיע בסעיפים פליליים בחוק העונשין או להבדיל – בפקודת הנזיקין.[140]

השאלה היא אם ניתן לבצע הבחנה כזו כשמקור המלל נובע מאותו סעיף בחוק או במילים אחרות, אם ניתן לפרש את אותו סעיף (להבדיל מביטוי החוזר על עצמו, או ביטוי דומה) פעם אחת בצמצום בתחולתו הפלילית ופעם נוספת "בהרחבה" בתחולתו האזרחית.[141] יודגש, כי הבחנה זו איננה עוסקת בנטלי הוכחה שונים הנדרשים בהליך הפלילי לעומת האזרחי, אלא במתן פרשנויות שונות למערכת עובדתית זהה תחת מטרייתו של חוק אחד.

בהקשר זה מוצע להבחין בין פרשנות של עיקרון או של מושג בסיסי בחוק, ובין פרשנות של עיקרון הקבוע בסעיף העוסק במתן סנקציה (אזרחית או עונשית). ככלל, אני סבור כי יש להימנע מיצירת הפרדה שתגרור שתי פרשנויות שונות, המגדירות את אותו מושג עצמו בצורה שונה, רק בגלל השלכותיו. בפרט נכון הדבר כאשר מדובר במושג בסיסי שעליו

---

138. ראו דברי השופטת דורנר המתייחסת לחובה הפרשנית לפי סעיף 34כא ומוסיפה לה גם את הנושא החוקתי, בע"פ **בירב** (לעיל, הערה 134), בעמ' 458.

139. ראו ע"פ 293/89 **פוקולובסקי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מו(3) 92, לעניין התאמת מעשה אחד לעוולה אזרחית ולעברה פלילית.

140. פקודת הנזיקין [נוסח חדש], תשכ"ח-1968, נ"ח 266. ראו ע"פ 385/89 **אבנת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מו(1) 1, בעניין זה.

141. למשל, מצב שבו פלוני א יהיה כפוף לאחריות נזיקית וחוזית עקב כריתת הסכם כובל עם ב, אך אותו הסכם עצמו לא ייחשב כהסכם כובל לכשיועמד א לדין באשמה פלילית.

נבנים נדבכים נוספים בחוק, כמו הגדרתו של הסכם כובל.[142] מתן פרשנות שונה למונח זהה היא ראויה, אם בכלל, רק כשהמונח מופיע במקומות שונים ובהקשרים שונים ולכן ניתן לבודד ולאבחן את פרשנותו בלי ליצור באופן מלאכותי שני פירושים שונים להגדרת מושג אחד.

עם זאת, סוגיה זו איננה פשוטה כלל ועיקר. אחת השאלות המרכזיות הנובעות ממנה היא הצורך לבחון אם ניתן וצריך ליישם כללים פרשניים מתחום הדין הפלילי, כשהסוגיה נדונה בערכאה אזרחית או להפך. אף שדומה כי שאלה זו מצויה מחוץ לתחום הדיון במאמר זה, מן הראוי לציין כאן את פסקי הדין של השופטים טירקל וחשין בפרשת **טבעול**, ואת הפסיקה האחרונה בעניין **א.מ. חניות, לשבת שמאי המקרקעין ואקסטל**, שמצאו לנכון להתמודד עם הסוגיות שמעלה עיקרון מרכזי זה, אף שהיה מדובר בהליך אזרחי.[143]

4. דרישת היסוד הנפשי בעברות הגבלים עסקיים

למסכת ההטיות והבעיות שתוארה לעיל מצטרפת הטיה מרכזית נוספת ומהותית ביותר. הטיה זו באה בדמות דרישת היסוד הנפשי בעברות ההסדרים הכובלים. כאמור, סעיף 47(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים איננו מתייחס ליסוד הנפשי הנדרש מצד להסדר כובל, וזאת בשונה, למשל, מהגדרת העברה של ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה בסעיף 47(א)(4) לחוק, המצריכה כוונה להפחית תחרות או לפגוע בציבור. לכן עולה לכאורה המסקנה כי לצורך הרשעה פלילית בהסדר כובל שלא אושר כדין נדרשת הוכחת מחשבה פלילית.[144] עם זאת, סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים מגדיל לעשות וקובע הסדר ייחודי וקיצוני ולפיו אחריותם של מנהלים בחבר בני אדם שעבר עברה לפי חוק ההגבלים תהיה למעשה אחריות קפידה בהתאם לאמור בסעיף 22 לחוק העונשין. עניין זה קבעה במפורש השופטת מזרחי בפסק דין בעניין **קרטל חומרי ההדברה**.[145]

חשוב להבין כי בפועל מתבצעת רוב הפעילות המסחרית בשוק באמצעות תאגידים שונים, ובעיקר באמצעות חברות. לפיכך "קהל היעד" העיקרי שהתנהגותו מכוונת על ידי האיסורים הפליליים הוא שכבת הניהול של כל חברה וחברה במשק. "קהל יעד" זה הנדרש לפעול בסביבה משפטית קשה ממילא בהקשריה הפליליים, נדרש כעת לפעול בסביבה שבה

---

142. יצוין כי ההבחנה המוצעת במאמרה של מזרחי (לעיל, הערה 57), בין המונח "מגביל את עצמו" בסעיף 2(א) ובין המונח "כבילה" בסעיף 2(ב) איננה הבחנה בין המישור האזרחי לפלילי.

143. ראו לעיל, הערות 47, 48, ו-110 (בהתאמה).

144. יצוין כי יתר העברות המפורטות בחוק הן עברות הנוצרות עקב מחדל מקיום צו או הוראה מפורשת, כגון אי־קיום תנאי שעל פיו אושר ההסדר הכובל או המיזוג ומעבר על הוראות וצווים שניתנו לפי סמכויות בחוק. למעשה, גם העברה בדבר חובת הודעת מיזוג מתבססת על פעולה קניינית ברורה של רכישת זכויות בחברה. לכן, הספק המתעורר בעניינה קטן והסיכוי לביצועה בהיעדר מודעות קטן לאין שיעור מזה המתעורר בהגדרות הרחבות של הסדר כובל.

145. ת"פ (י"ם) 288/98 **מדינת ישראל נ' כהן** (טרם פורסם) (להלן: ת"פ **כהן**).

נוספה גם דרישת יסוד נפשי מחמירה ביותר של אחריות קפידה. לשון הסעיף קובעת שתי דרישות מצטברות שיכולות לחלץ מנהל מאחריותו הפלילית לעברה שבוצעה באחריותו. הדרישה האחת היא אי־ידיעה על העברה. הדרישה השנייה היא נקיטת כל האמצעים הסבירים למניעת העברה. למותר לציין כי הצטברותן של דרישות אלו יחד היא דרישה קשה לאלו המבקשים לקבל את ההגנה הקבועה בסעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים.[146] אם נשווה דרישה זו למודלים העיקריים להתייחסות באירופה ובארצות הברית נגלה כי כאשר נדרשת מחשבה פלילית אזי מתחייב מכך גם יסוד נפשי ברור (הן לעניין פליליות ההסדר והן לעניין הכוונה להצטרף אליו) לצורך הרשעה בעברה פלילית בתחום ההגבלים העסקיים.[147] כך הדבר גם ב-Enterprise Act האנגלי משנת 2002, הכולל בראשונה עברות פליליות בתחומים הקשים של הסדרים כובלים,[148] וקובע את הצורך בכוונה פלילית ואולי אף בכוונה פלילית מיוחדת.[149]

---

146. צמד הדרישות הללו מופיע בשורה ארוכה של חוקים, בעלי מאפיינים כלכליים. עם זאת בחוקים רבים מופיעות שתי הדרישות האמורות כדרישות חלופיות ולא כפי שמנוסח סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים. כך הדבר בסעיף 224א לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש), תשכ"א-1961, נ"ח 120, הקובע כי מספיקה הוכחת אחת משתי הדרישות (היעדר מודעות או נקיטת כל האמצעים הסבירים למניעת העברה) כדי לשמש הגנה למנהל; כך הדבר גם בסעיף 53(ה) לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968, ס"ח 234; בסעיף 119 לחוק מס ערך מוסף, תשל"ו-1975, ס"ח 52; סעיפים 25 ו-27 לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, ס"ח 248; סעיף 15 לחוק רישוי עסקים, תשכ"ח-1968, ס"ח 204; סעיף 208(ב) לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, ס"ח 307; סעיף 44(ג)(ד) לחוק הסדרים בעקבות ניוד המטבע, תשל"ח-1977, ס"ח 28; סעיף 11 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981, ס"ח 258; סעיף 22 לחוק הבטחת הכנסה, תשמ"א-1980, ס"ח 30.

מנגד ישנם גם חוקים שבהם נקבע הסדר הדומה לחוק ההגבלים העסקיים בעניין ההגנה למנהלים. ראו, למשל, סעיף 99 לחוק מס שבח מקרקעין, תשכ"ג-1963, ס"ח 156; סעיף 16 לחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), תשנ"ב-1992, ס"ח 184; סעיף 39(ב) לחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1957, ס"ח 24; סעיף 53 לחוק היטלי סחר, תשנ"א-1991, ס"ח 38; סעיף 239 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995, ס"ח 210; סעיף 47(ג) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994 , ס"ח 156.

147. הדרישות העקרוניות הן: (1) הנאשם ידע על יצירת ההסדר הפלילי. (2) הנאשם הצטרף במתכוון לאותו הסדר (3) ההסדר פגע במסחר הבין מדינתי או הבינלאומי. ראו: Alex Nourry, Clifford Chance and John Carroll, "From Dawn to Dusk — Criminalization of Hard-Core Cartels", [URL: http://www.practicallaw.com/jsp/article.jsp?item=:289701] (נצפה לאחרונה בדצמבר 2003).

148. לעיל, הערה 94. האזכור בסעיף 188 להצעה קובע כי נדרש יסוד נפשי של חוסר יושר בהצטרפות להסדר – "Dishonestly".

149. ראו שם, לדיון בהצעת החוק האנגלית (The Enterprize Bill 26/3/2003) ובסוגיה בכללותה ראו מאמרם של Nourry, Chance and Carroll (לעיל, הערה 147).

יתר על כן, תיקון מספר 6 לחוק ההגבלים העסקיים, שהכניס לחוק החמרה משמעותית נוספת של עברה בנסיבות מחמירות לא טרח לבדוק כיצד מתיישב עניין זה עם האחריות הקפידה וההגדרות הרחבות של חוק ההגבלים. סעיף 47א לחוק מתייחס לנסיבות המחמירות לא בשל החמרת היסוד הנפשי שבביצוע העברה, אלא בהקשרים עובדתיים הקשורים לפגיעה משמעותית בתחרות (חלקו ומעמדו של הנאשם, משך התקיימות העברה, הנזק שנגרם לציבור, טובת ההנאה שהופקה). לפיכך עלול אדם למצוא עצמו נאשם, מורשע ונענש בעברת פשע חמורה שיסודותיה העובדתיים עמומים ורחבים ושאחריותו לה נגזרה למרות היעדר ידיעה. דוגמה טובה לבעייתיות זו ניתן לראות בנסיבות האישום של אחד מנאשמי קרטל ההדברה, מר ישי כהן. מר כהן, שהיה מנהל חדש, כיהן בתפקידו רק חודשים אחדים והורשע בעברה למרות העובדה שנשא בנטל הוכחה הנדרש לביסוס הגנת היעדר מודעות.[150] אשמתו של המנהל נקבעה אפוא רק בשל העובדה שלא נקט את כל האמצעים הסבירים למנוע את העברה בתקופתו הקצרה בתפקיד.

5. "פטורי הסוג" והשפעתם על בהירות וחוסר ודאות בתחום ההסדרים הכובלים

מנגנון פטורי הסוג הנו מנגנון מרכזי וחשוב שהוכנס לחוק ההגבלים בתיקון מס' 6 בשנת 2001[151] והוא למעשה הביטוי הישראלי למנגנון ה־Block Exemption האירופי. מנגנון זה נועד להכשיר מראש מגוון רחב של עסקות מקובלות בשוק, שהגבלת התחרות הכרוכה בהן לא טומנת בחובה סכנה למשק ולתחרות.[152] התכלית המרכזית של מנגנון זה הנה למנוע את הסרבול הנובע מהצורך לקבל פטורים פרטניים מהממונה (או היתרים מבית הדין) ולהתיר מראש מגוון רחב של עסקות במשק בתנאי שיעמדו בשורת תנאים הכרחיים. תכלית נוספת, העומדת בבסיסו של מנגנון זה, היא ההכרה כי היקף האיסורים הקיים בתחום ההסדרים הכובלים הוא בבחינת גזרה שהציבור אינו יכול לעמוד בה ולכן יש טעם לשנות את עקרונות הפיקוח בתחום זה. מן הראוי להדגיש כי תכלית זו איננה רלוונטית למערכת האירופית ששימשה בסיס להגדרת פטורי הסוג עקב העובדה שדיני הקהילה האירופית אינם קובעים איסור פלילי אלא אזרחי בלבד. הממונה על ההגבלים העסקיים, עו"ד דרור שטרום, תיאר את הבעיות האמורות ואת תכליתם של פטורי הסוג בדברי ההסבר לתיקון מס' 6 לחוק ההגבלים העסקיים:

---

150. ראו ת"פ **כהן** (לעיל, הערה 145), סעיף 4 לפסק הדין.

151. ראו סעיף 15א לחוק ההגבלים העסקיים.

152. לפי סעיף 15א לחוק ההגבלים העסקיים, קנה המידה הכלכלי לסיווג הסכמים שניתן לפטור מראש על יסוד פטורי הסוג מחייב עמידה בשני תנאים: ראשית, הסדרים שהכבילות שבהם אינן מגבילות את התחרות בחלק ניכר מהשוק המושפע מן ההסדרים, או שהן עלולות להגביל את התחרות בחלק ניכר מהשוק כאמור, אך אין בהן כדי לפגוע פגיעה משמעותית בתחרות בשוק כאמור; שנית, כי עיקרם של ההסדרים אינו דן בהפחתת התחרות או במניעתה והם אינם כוללים כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרם.

> החלק הראשון בתיקון עניינו בפיקוח על ההסדרים הכובלים. תחום זה סבל במשך עשרות שנים מאז נחקק בישראל לראשונה חוק הגבלים העסקיים (ב-1959) מסימפטום "תפסת מרובה לא תפסת" – פיקוח רחב ופרטני על כל הגבלת תחרות: קטנה כגדולה, מועילה כמזיקה, לגיטימית כקרטליסטית. אלה כאלה חייבות היו להירשם אצל הממונה ואז להיות מוגשות לאישור בית הדין או לפטור.
> **התבלית המרכזית של התיקון** היתה לכן – שינוי ומודרניזציה במודל הפיקוח שבחוק ההגבלים העסקיים על ידי" סינון" מפיקוח פרטני של הגבלות תחרות מקובלות אשר להן תפקיד חיובי ותועלת כחלק מעסקאות לגיטימיות ומועילות. בכך ימוקד הפיקוח ב"פגע התחרות העיקרי" – תופעת הקרטלים – אשר לגביה אכן הוחמרה משמעותית הענישה[153] (ההדגשות במקור – **א"ל**).

תיאור זה איננו מתייחס התייחסות ישירה לבעיית הגדרתם של האיסורים הפליליים בתחום, אך אין כל ספק כי יישום ראוי של המנגנון החדש הזה אכן עשוי לצמצם את היקף המעשים שייכללו בגדר האיסורים הפליליים בחוק. תהליך כזה עשוי למתן את היקף הבעיות הקשורות להגדרת הנורמה הפלילית אף שהוא איננו משנה אותה הלכה למעשה. זאת, בשל העובדה שהוא יכול להרחיב הרחבה ניכרת את היקף ההסדרים הכובלים המקבלים פטור למפרע ומוצאים למעשה מהמסלול הפלילי.

עם זאת, אני סבור כי עיקר הבעיה של מנגנון פטורי הסוג איננה טמונה בעיקרון הכללי הקבוע בחוק ההגבלים, אלא ביישום הנורמטיבי שלו. על פי סעיף 15א לחוק ההגבלים מנגנון פטורי הסוג מעוגן באמצעות מערכת כללים שנקבעים על ידי הממונה על ההגבלים העסקיים, מאושרים על ידי הוועדה לפטורים ומיזוגים ונחתמים על ידי שר התעשייה והמסחר.[154] עיון במערכת כללים זו, שנכנסה לתוקף לפני זמן לא רב, ממחיש את הגישה הבעייתית לסוגיה הפלילית בחוק ההגבלים עקב הדרך שבה עוצבו והוגדרו פטורי הסוג האמורים.[155]

---

153. הדברים נכתבו עת שימש כיועץ המשפטי של רשות ההגבלים העסקיים וסגן הממונה. ראו דרור שטרום, "תיקון חוק ההגבלים העסקיים: מפנה בפיקוח על הסדרי כובלים", פורסם באתר האינטרנט של רשות ההגבלים העסקיים, [URL:http://80.70.129.21/antitrust/doa_iis.dll/wrb.serve?p_hTpl=30003&p_msg=שטרום_PR$PARAM$&p_params=SEARCH$SEARCH] (נצפה לאחרונה בנובמבר 2004).

154. סעיף 15א(ד) לחוק ההגבלים העסקיים קובע כי השר מחויב להתום על הכללים שאושרו בוועדה, "אלא אם כן שוכנע, מטעמים מיוחדים, כי אין לאשרם".

155. כללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), תשס"א-2001, ק"ת 658; כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך) (לעיל, הערה 117); כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים), תשס"א-2001, ק"ת 662; כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים לביצוע מחקר ופיתוח), תשס"א-2001, ק"ת 665; כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי רכישה בלעדית), תשס"א-2001, ק"ת 668;

בראש הטעמים המונעים מפטורי הסוג לשמש מכשיר מרכזי לפתרון הבעיות הכרוכות בהגדרת האיסור הפלילי עומדת התפנית הבולטת וההחשובה, שמטרתה לבסס את הניתוח האקונומטרי ככלי מרכזי לניתוח שוק. מדיניות זו, שהיא ראויה מבחינות רבות במישור הכלכלי, המנהלי והניהולי גם יחד, היא בחירה בעייתית במישור הפלילי, לפחות כפי שהיא מיושמת בכללים.

(א) הכלים האקונומטריים

נוסח פטורי הסוג החדשים מחייב את הגורמים המבקשים להסתמך עליהם לבצע בדיקה של הגדרות כמותיות כגון נתח שוק, מחזור מכירות או שוק מוצר לצורך עמידה בתנאי הפטור הרלוונטי. בדיקתם של מדדים כמותיים אלו מצריכה שימוש בכלים אקונומטריים המשלבים ניתוח כלכלי במדידה כמותית של מגמות והתנהגויות בשוק. אין ספק כי יש לקדם בברכה את הכנסתם של כלים אקונומטריים אלו בדלת הקדמית של תחום ההגבלים, והתומכים הנלהבים בשיטה יאמרו, ובצדק, כי מדובר בכלים המגבירים את הוודאות של הניתוח המשפטי באמצעות מידע אובייקטיבי יחסית, הנגזר משיטות בדיקה מדעיות מתחום הכלכלה. עם זאת, אני סבור כי ככל שהדבר נוגע למישור הפלילי, ההפניה לכלים אקונומטריים במתכונתה הנוכחית באה בגדר האמרה העממית הידועה "אליה וקוץ בה". פטורי הסוג נוסחו על ידי הרשות כך שהמבקש להסתמך עליהם חייב לבצע ניתוח כלכלי מורכב של נתוני השוק שבו פועלים הוא, מתחריו והצדדים האחרים לעסקה. חשוב להבין כי ברוב המקרים לא מדובר בבדיקה סתמית ופשוטה של נתוני השוק, אלא במערכת סבוכה ביותר של ניתוחים, סקרים ובדיקות אמפיריות כדי לאפשר קבלת החלטות מושכלת. כך, למשל, שני גופים המבקשים להקים מיזם ומעוניינים לוודא כי פעילות זו נכנסת לגדרו של פטור הסוג למיזמים משותפים[156] צריכים לבדוק, בין היתר, את הדברים האלה:[157]

תחילה עליהם לבדוק אם הם מתחרים. לא מדובר בהכרח בשאלה טריוויאלית, שכן כדי להסתמך על הפטור יש לפנות להגדרות של "מתחרה" ו"מתחרה בכוח" בהוראות וההגדרות הכלליות של הכללים.[158] שם ימצאו עצמם הצדדים נדרשים לוודא, בין היתר, כי הצד האחר אינו מייצר, משווק או מוכר טובין תחליפיים. הללו מוגדרים כ"קבוצה המצומצמת של טובין שהם תחליפים ישירים ומשמעותיים בעיני הצרכן, לרבות בהיבט הגיאוגרפי".[159] אם הגיעו הצדדים לתובנה כי הם אכן מתחרים אזי עליהם להוסיף ולוודא אם המיזם נוגע לשוק מוצר שבו הם מתחרים או לשוק מוצר משיק.[160] תהא אשר תהא התשובה, הם

כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית), תשס"א-2001, ק"ת 669; כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי זכיינות), תשס"א-2001, ק"ת 672.

156. כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים).

157. הוראות דומות קיימות למעשה בכל אחד מסוגי פטורי הסוג שפורסמו עד כה.

158. ראו סעיף 1 לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות).

159. שם.

160. כלל 3 לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים).

יידרשו כעת לבדוק בדיקה כלכלית סבוכה של "שוק המוצר" לרבות כל קבוצת הטובין התחליפיים שלו, כל "שוקי המוצר המשיקים" שהם כעיקרון השווקים שהטובין המיוצרים בהם משמשים תשומה בייצורם או בשיווקם של טובין מן השוק אחר, או שהם מיוצרים, משווקים או מופצים יחד, או שהם מוצרים משלימים.[161] לבסוף, הם יצטרכו לוודא את נתח הפעילות של המיזם לעומת מחזור המכירות, היקף הנכסים או הרווחים בתחום התחרות, את חלקם המצרפי של כל הצדדים למיזם, את כמות המתחרים בכל שוק מוצר שבו צדדים למיזם המשותף מתחרים, ואת נתח השוק שיש לכל אחד מהמתחרים.

גם לאדם שאינו סמוך לתחום ההגבלים ולמדע הכלכלה ברור כי מדובר ברשימה ארוכה של נתונים סטטיסטיים, אמפיריים וכלכליים, שבלעדיהם לא ניתן לדעת, בדרך כלל, אם הסכם מסוים נכנס לגדרו של הפטור. חמור מכך, הצדדים להסכם חייבים להכיר את תמונת המצב של השוק במשך כל תקופת ההסכם שכרתו. הם נדרשים לצפות את התנהלות השוק, שכן יציאה מהתחומים הכמותיים שמוגדרים בכללים עלולה להפוך הסכם שהיה פטור אוטומטית להסכם שהמשכו יהווה עברה פלילית. למותר לציין כי בחלק מהמצבים מדובר במידע חיצוני שיכול להיות בלתי נגיש או מחוץ לידיעת הצדדים, בלא בדיקה יזומה. מידת המורכבות של הכלי האובייקטיבי המשוכלל הזה מבטיחה כי עלות קבלת המידע והניתוח תהיה מחוץ להישג ידם של רוב הגופים הפועלים במשק, בפעולתם השוטפת. מתקבלת אפוא תוצאה המנוגדת מעיקרה למטרתם של פטורי הסוג ולצורך הבוער בביסוס מנגנון יעיל וודאי, שיאפשר לצדדים לפעול בסביבה עסקית שפויה, בלא צורך לפנות בכל דבר ועניין לקבלת היתרים, אישורים ופטורים. בנוסף, דומה כי במקרים רבים השימוש בפטורי הסוג במתכונתם הנוכחית יהיה ישים דווקא בגופים הגדולים והחזקים, המסוגלים לבצע או לממן ניתוחים מורכבים אלו. זאת, למרות העובדה שדווקא שם גדול יותר הסיכוי כי הסדר שכרתו (הנכנס להגדרה הרחבה של הסדר כובל), אכן יהיה בפועל הסדר הפוגע בתחרות ובשוק.

(ב) פטורי סוג באמצעי המעצים את חזקות הכבילה ב"דלת האחורית"

מלבד הבעיות הטמונות בהפניה לכלים אקונומטריים, נוסחם של פטורי הסוג השונים כולל קביעות וחזקות, שנוסחן הלשוני עלול להפוך פעולות מסחריות שגרתיות לכבילות ומעגן את קיומן בחקיקת משנה, שפרשנותה עשויה להשליך מעבר לפטורי הסוג עצמם.

למעשה, כל פטורי הסוג הנושאיים[162] כוללים תיאור רחב היקף של פעולות, חלקן פעולות מסחריות רגילות שמחוקק המשנה מכתיר אותן כ"כבילות" מותרות. כך, למשל, בפטור הסוג למיזמים משותפים נחשבת לכבילה התחייבות לייצר טובין על פי דרישות איכות נתונות. גם התחייבות לקיים רמות מלאי של טובין וחלקי חילוף להם, או אפילו התחייבות לספק שירות ואחריות לטובין, נחשבות לכבילות.[163] בפטור הסוג בתחום

161. לעיל, הערה 158.

162. כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים), כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי רכישה בלעדית), כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית).

163. ראו סעיף 2 לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים).

המו"פ[164] נחשב כל מי שחותם על סודיות כמי שמבצע כבילה וכך ייחשב גם כל צד שיחלוק מידע שנצבר במהלך המחקר והפיתוח.[165]

קביעות אלו מתייחסות כאמור לפעילות מסחרית רגילה, שבה עצמה, אין ולא כלום עם כבילה המובילה להגבל עסקי. מדובר בדרך כלל בדרישות מקובלות וסבירות, שבמובנן הרחב הן אינהרנטיות לפעילות העסקית הכללית של הצדדים ויהיה זה בלתי סביר לקבוע שהן מגבילות תחרות. האומנם כל התחייבות למתן שירות ואחריות היא כבילה? היעלה, למשל, על הדעת כי הסכם מו"פ ייחתם בלא הסכם סודיות או התחייבות לחלוקת מידע שנצבר בפיתוח? החשש העיקרי העולה מניסוחים אלו הוא, כי הגדרתן הכללית של פעולות אלו ככבילות מותרות עלולה להוביל לפרשנות כי הן אסורות מחוץ למסגרת הכללים. בכך עלולה להתווסף בפועל רשימה ארוכה נוספת של פעילויות בלב לבם של חיי המסחר במשק, שכולן מוכתרות בחקיקת משנה לאקונית כפעולות המהוות כבילה. בכך אין כדי לשלול את העובדה שבסיטואציות מסוימות עלולות פעולות כאלו ליצור הגבל עסקי, אך ודאי הגבל כזה אינו נובע מהן באופן אוטומטי, כמשתמע מהכללים בנוסחם המוצע.[166]

לסיום הדיון בפטורי הסוג בהקשר הפלילי, מן הראוי לציין כי דווקא ניסוח ההוראות וההגדרות הכלליות של פטורי הסוג בסעיף 4 עשוי להיות הכיוון הראוי לניסוח החזקות בסעיף 2 לחוק ובמובנים רבים הוא דומה ל-Enterprise Act האנגלי[167] שכבר הוזכר פעמים אחדות במאמר זה. סעיף זה מצביע הצבעה ברורה הרבה יותר על המקרים הבלתי חוקיים בעליל, שראויים להיכלל בגדר החזקות, על כל המשתמע מהן. הוא מתייחס במפורש ל"תיאום מחירים שיוצעו, יידרשו או ישולמו, או הכתבתם" ולא מציין את הביטוי הסתום "כבילה הנוגעת למחיר". הוא מתייחס להגבלת הכמויות המרביות של טובין שייווצרו, יסופקו, ישווקו או ייובאו, להבדיל מ"כבילה הנוגעת לכמות הנכסים", הוא מתייחס לחרם מסחרי ולתיאום הצעות במכרזים, כפרקטיקות השוכנות בלב האזור השחור של תחום ההסדרים הכובלים.

---

164. סעיף 2 לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים לביצוע מחקר ופיתוח).

165. הרשימה עוד ארוכה. ראו כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי רכישה בלעדית), הכבילות המפורטות בסעיף 2(ב)(2) בדבר רכישה, מכירה וקידום מכירות של טובין, כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית), הכבילות שבסעיף 2(ב)(4) בדבר רכישה, מכירה וקידום מכירות של טובין, כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי זכיינות), הכבילות שבסעיף 2(ב) – ס"ק (9), ההתחייבות למאפייני מכירה, ס"ק (12), התחייבות למבחר, מחזור מכירות, קצב מכירות, הזמנות מראש, מלאים, שירות ואחריות וס"ק 13, הגבלות על פרסום של מוצר)הנמצא בדרך כלל בהגנות של קניין רוחני וסימני מסחר על פי ההגדרה(.

166. חשוב כמובן להדגיש כי אי־עמידה בתנאי פטורי הסוג איננה מובילה בהכרח לקביעה כי הסדר מסוים הוא הסדר כובל, אלא היא שוללת ממנו את ההגנה שמעניקים פטורי הסוג.

167. לעיל, הערה 94.

ו. הבעיות המבניות במנגנון ההגבלים העסקיים

עד כאן ניסיתי לפרוש מכלול שלם של בעיות והטיות במיקומה של נקודת שיווי המשקל הפלילית בחוק ההגבלים. ניסיתי להראות כיצד הוצבה ועוצבה נקודה זו על ידי הרשויות השונות במיקום בעייתי הקורא תיגר על עקרון החוקיות בשל ניסוח גורף ועמום. ניסיתי להמחיש גם את נקודות המשען שסביבן מתרחשת תפנית משמעותית במגמה הכללית בכל הנוגע להסדרים הכובלים. בחלק זה של המאמר אנסה לתאר את ההיבט המשלים של בעיה זו מנקודת המבט המבנית של הגופים האמונים על הטיפול בעניין ובעיקר מנקודת מבטה של הרשות להגבלים עסקיים.

1. הבעיות המבניות ברשות ההגבלים העסקיים

רשות ההגבלים העסקיים, שהוקמה מכוח חוק ההגבלים העסקיים בשנת 1994, הנה רשות סטטוטורית עצמאית. הרשות משמשת כרגולטור המרכזי המופקד על תחום ההגבלים העסקיים בישראל וככזו ייעודה המרכזי הוא בראש ובראשונה לשמש כגוף אכיפה. עם זאת, תפקידיה וסמכויותיה של הרשות מתאפיינים בריכוזיות יוצאת דופן של סמכויות. אוסף סמכויות זה איננו רק אוסף אינהרנטי של כוחות שהוקנו לרשות, אלא מדובר בסינתזה של סמכויות שנשאבו מכל שלוש זרועות השלטון הדמוקרטי. הרשות חובשת לחלופין ובד בבד כובעים של חוקר, תובע, שופט ומחוקק ועל כן נתונה מטבעה במצבים מובנים של ניגוד אינטרסים.

(א) ההפיכה בין סמכויות התביעה לסמכויות החקירה של הרשות

הסדרת סוגיית ההגבלים העסקיים, כמו הסדרתם של תחומים כלכליים מובהקים (כגון מסים, ניירות ערך וכדומה), מציבה אתגרים אמיתיים בפני רשויות החקירה והאכיפה. קשיים אלו נובעים בעיקרם מהצורך להתמקצע בתחום כלכלי מורכב ומהבעייתיות הרבה שבאיסוף, ניתוח וגיבוש הראיות הקיימות לכדי מסכת אחת. מסכת זו צריכה להספיק כדי להוכיח ביצוע העברות הפליליות בבית משפט וכדי לעמוד בכל היסודות הנדרשים בחוק לצורך הרשעה בעברות אלו.

בדומה לחקירת עברות מתחום ניירות הערך כגון הרצת מניות או מסירת מידע פנים, גם חקירתן של עברות הגבלים עסקיים צריכה לאתר פעולות סמויות מן העין, המוסתרות בין הררי נתונים ומספרים, חלקן אף בלא ביטוי כתוב. מובן אפוא כי נדרש שיתוף פעולה מיוחד בין גורמי החקירה לתביעה,לעתים עד כדי גיבושם במסגרת רגולטורית אחת. הדוגמה הבולטת ביותר לעירוב סמכויות אלו מתגשמת בעבודת המשטרה. זו מטבעה היא גורם החקירה הפלילי הראשי במדינה.[168] עם זאת, שוטרי המשטרה גם מוסמכים על פי חוק סדר הפלילי לשמש תובעים פליליים במגבלות מסוימות הקבועות בחוק ובתקנות

---

168. ראו את סמכויות ותפקידי המשטרה בפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971, ס"ח 390, וכן את האמור בפרק ד לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, ס"ח 43, העוסק בתפקיד המשטרה כגוף חוקר.

שהוצאו מכוחו.[169] גם סמכויות עובדיה של רשות ניירות ערך הם דוגמה בולטת לעירוב סמכויות זה. אנשי הרשות מוסמכים על פי חוק ניירות ערך להפעיל סמכויות בקשת מידע, חיפוש, תפיסה וחקירה.[170] הם מוסמכים בעת ובעונה אחת על ידי היועץ המשפטי לממשלה כתובעים על פי סעיף 12(א)(1)(ב) לחוק סדר הדין הפלילי.[171] באופן דומה מסמיך היועץ המשפטי לממשלה גם את עורכי הדין העובדים ברשות להגבלים עסקיים לשמש תובעים בבתי משפט מחוזיים, בכל תביעה פלילית בשל עברה על חוק ההגבלים העסקיים. בד בבד מקנה חוק ההגבלים העסקיים לאנשי הרשות ולממונה סמכויות חיפוש, תפיסה, חקירה ומסירת ידיעות וכן סמכויות עיכוב ומעצר.[172] לעניין זה מכיר חוק ההגבלים בגורמים מסוימים ברשות כ"קצינים ממונים" בעלי סמכויות לפי חוק המעצרים,[173] ובמשרדי הרשות כ"תחנת משטרה" במגבלות מסוימות.

עירוב סמכויות עמד בלב כמה עתירות,[174] שטענו כנגד הסכנה שבאיחודן תחת קורת גג אחת. בסיס הטענות שביסוד אותן עתירות היה כי מערכת ההעמדה לדין בנויה משלושה רבדים. הראשון – חוקר; השני – מחליט על הגשת כתבי אישום; השלישי – מנהל את ההליך בבית המשפט.[175] על פי הנטען, מערכת זו חייבת להפעיל שיקול דעת עצמאי בכל אחד מרבדיה. היעדר הפרדה בין הפונקציה החוקרת לרשות המגישה את האישום ומנהלת את ההליך המשפטי הפלילי, יש בו כדי לפגוע בזכותם של הנאשמים להליך הוגן (Due Process) והוא אף נוגד את עקרון הפרדת הרשויות. בהקשר זה, פגיעה בזכות להליך פלילי ראוי נתפסת כפגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם ובזכות לחירות ובמסגרת זו נבחן גם שיקול הדעת בעת החקירה וההחלטה על ההעמדה לדין.[176] עתירות אלו נדחו על בסיס

---

169. ראו סעיף 12[א][2) לחוק סדר הדין הפלילי ותקנות סדר הדין הפלילי (כשירות שוטר תובע וסמכויותיו), תשכ"ו-1966, ק"ת 638.

170. ראו סעיפים 56א עד 56ג לחוק ניירות ערך.

171. סעיף זה מסמיך את היועץ למנות תובעים פליליים מלבד התובעים מפרקליטות המדינה המפורטים בסעיף 12 לחוק זה. למעשה, משתמש היועץ המשפטי לממשלה מזה שנים רבות בסמכות זו כדי להסמיך משפטנים העובדים במשרדי ממשלה שונים (למשל, במשרד לאיכות הסביבה, בעיריות וברשויות מקומיות) להגיש כתבי אישום בעניינים הנמצאים בתחום אחריותם של גופים אלה. (ראו לעניין זה הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 51.050א; 52.0029).

172. ראו סעיפים 45-46 לחוק ההגבלים העסקיים.

173. חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996, ס"ח 338.

174. ראו הנמקותיו של השופט עדיאל בת"פ (י"ם) 385/98 **מדינת ישראל נ' חברת טגר בע"מ** (טרם פורסם), וכן ת"פ (י"ם) 1131/00 **מדינת ישראל נ' מוטורגריידר בע"מ** (טרם פורסם) וכן בג"ץ 1523/94 **דובק בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים** (לא פורסם).

175. ראו בג"ץ 6972/96 **התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה – מיכאל בן יאיר**, פ"ד נא(2) 757 (להלן: בג"ץ **התנועה למען איכות השלטון**), בעמ' 770-771.

176. ראו מאמרו של אהרן ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית", **הפרקליט** מ"א (תשנ"ד) 271, בעמ' 281. ראו גם עמנואל גרוס, "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על-פי חוק-יסוד: כבוד

שיקולים מוסדיים צפויים מצדו של בית המשפט ובראשם הצורך להבטיח יעילות והתמחות של מערכות האכיפה השונות. על כן נקבע כי ההפרדה המוסדית הנדרשת איננה הפרדה מלאה ומוחלטת ובהיעדר חפיפה פרסונלית בין העוסקים במלאכת החקירה ובין העוסקים במלאכת התביעה אין עילה לבטלות ההסמכה שיצרה את חפיפת הסמכויות המתוארת.[177]

עם זאת, חוקיותו של מצב משפטי נתון איננה מצביעה בהכרח על נאותות אותו מצב.[178] בהחלט ייתכן שמסכת של נסיבות ואילוצים מערכתיים או אפילו פוליטיים מונעים טיפול ראוי בסוגיה. בהקשר זה ציין הנשיא שמגר בבג"ץ **זיגל**[179] לפני כ-14 שנה, כי:

> מן הראוי להפריד מוסדית בין הגוף החוקר לבין מי שמופיע כתובע בבית המשפט; הווי אומר, אין להכפיף את החוקר ואת מי שמייצג את התביעה בבית המשפט לאותה מרות.

אמירה זו, שנאמרה בשולי פסק הדין כהמלצה לבאות, שובצה כאחד האזכורים הראשונים בדו"ח מבקר המדינה מספר 51ב משנת 2001.[180] דו"ח זה, שעסק בבעיות מבניות של מערכת התביעה הפלילית במשטרה ובפרקליטות, קבע במפורש את הצורך לפעול להפרדה ברורה בין מוסד התביעה למוסד החקירה בפעולות המשטרה, מצב דברים שאיננו מתקיים כיום.[181] הדו"ח קבע כי חשיבות סמכויותיו של תובע, שפורשו בפסיקה כסמכויות שלטוניות בעלות אופי שיפוטי, מחייבת היעדר תלות בהפעלת שיקול דעת כלפי גורמים מחוץ למערכת התביעה. המבקר קבע כי על הרשות התובעת לפעול בתום לב, בסבירות, בהגינות, ובלא הפליה וכי עצמאות זו מחייבת, בין היתר, גם איסור על הגוף החוקר להתערב בהחלטותיו המקצועיות של התובע. עוד נאמר בדו"ח כי על המערכת הארגונית והמנהלית, שבה פועל

האדם וחירותו", **מחקרי משפט** יג (תשנ"ו) 155, בעמ' 169 וכן בעז אוקון ועודד שחם, "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי", **המשפט** ג (תשנ"ו) 265.

177. ראו דנ"פ 9263/99 **מדינת ישראל נ' בקשי**, פ"ד נד(3) 556, בעמ' 559-560. וכן בג"ץ **התנועה למען איכות השלטון** (לעיל, הערה 175).

178. ראו בהקשר זה גם את הדברים בסיכום המאמר בנוגע לאפשרות פסילתו של חוק מכוח חוקי היסוד החדשים.

179. בבג"ץ 2631/91 **זיגל נ' שר המשטרה, רוני מילוא**, פ"ד מו(3) 546, בעמ' 550.

180. ראו **דו"ח מבקר המדינה 51ב** (אפריל 2001), בעמ' 368, בפרק העוסק במשטרת ישראל.

181. דוגמה בולטת לרפורמה שנועדה להבטיח אי־תלות ועצמאות של מערכת התביעה ניתן לראות באנגליה, שם הוחלט להפריד את מערך התביעה ממערך החקירה המשטרתי עקב ביקורת ציבורית נרחבת על תפקוד המשטרה. הפרדה זו בוצעה בשנת 1985 בעקבות המלצת ועדה ממלכתית שבעקבותיה הוקם ה-Crown Prosecution Service (C.P.S) והופרד מערך התביעה מהמשטרה, שמתפקידה כיום להמליץ על העמדה לדין בלבד. בהקשר זה ראו אזכור הרפורמה בדו"ח מבקר המדינה האמור המאזכר גם את **דו"ח הוועדה הציבורית לחוק משטרה חדש** (יוני 1999), בעמ' 64-65 (להלן: **דו"ח הוועדה הציבורית**) (מבוסס על: Andrew Sanders and Richard Young, *Criminal Justice* (Butterworths, London, 1994) 205.

התובע, להבטיח את אי־תלותו, ולאפשר לו ביקורת על הגוף החוקר ואומדן אובייקטיבי של סיכויי ההרשעה והאינטרס הציבורי בהעמדה לדין. לשם השגת עצמאות זאת קובע המבקר כי יש ליצור הפרדה ברורה בין גופי החקירה ובין מנגנוני התביעה.[182]

בעקבות ביקורת זו ניתן בבית המשפט המחוזי בתל אביב פסק דין חשוב מפי השופטת סירוטה, והשופטים טל ובנימיני.[183] פסק דין זה קבע בראשונה כי ההפרדה בין הרשות החוקרת לרשות התובעת היא עקרון-על המחייב הפרדה פונקציונלית בין גורמי החקירה וניהול המשפט ובין הגורם המחליט על העמדה לדין של חשוד בביצוע עברה פלילית.[184] פסק דין זה נהפך בעליון על ידי הנשיא ברק **מסיבות פרקטיות בעיקרן**,[185] שכן יישום פסק הדין של בית המשפט המחוזי היה ממוטט את כל מערך התביעה שנמצא מחוץ לפרקליטות, ומעמיס על הפרקליטות עצמה עומס בלתי סביר.

מכל מקום, ומלבד העניין העקרוני של ההחלטה על העמדה לדין, אני סבור כי בחינת אמירות אלו בהקשר הכללי של עבודת הרשות צריך להמחיש את הבעייתיות הטמונה בעובדה שנציגי הרשות משמשים כחוקרים וכתובעים גם יחד. הדבר נכון במישור התלות ההדדית והוא נכון גם במישור הבקרה הראויה ובנאותות היעדים העומדים לפני הגורמים השונים. יתר על כן, רשות ההגבלים איננה גוף גדול שבו ההפרדה הפרסונלית מאפשרת להפריד בצורה סבירה מקבלי החלטות במישורים שונים. הרשות איננה דומה למשטרה המעסיקה מאות ואולי אלפי אנשים, הפזורים ברחבי הארץ במוטת שליטה מבוזרת. היא גם

---

182. חשוב להדגיש, כי הנשיא שמגר ומבקר המדינה אינם לבדם בחזית המערכה המצדדת בהפרדה כזו. דו"ח מבקר המדינה מביא שורה ארוכה של מסגרות, ועדות וגופים המצדדים בעניין. תמיכה זו נפרשת כבר מדיון שנערך בפורום אח"ק במטא"ר, ביוני 1992, המשכה בישיבה של פרקליטי המחוזות השונים בספטמבר 1995 ובדיון במאי 1996 בוועדה לסדר דין פלילי. גם **בדו"ח הוועדה הציבורית**, שם, בעמ' 66 נקבע כי:

> הערבוב שבין הגוף החוקר לבין הגוף המנהל את התביעה איננו רצוי, שכן הגוף החוקר עניינו בהשגת תוצאות, וקיים חשש כי לא תופעל הבקרה הראויה לפני העמדתו של אדם לדין משיקולים של חוסר רצון להודות בטעות של מערכת החקירות. במערכת המשטרתית, העירוב אף חמור יותר, שכן לשכת התביעות כפופה, בדרך כלל, למערך החקירות.

המבקר מציין כי בדו"ח "פרקליטות 2000" ובישיבת פורום משותף למשרד לביטחון פנים ולמשרד המשפטים שהתקיים ב-7.5.2000, חזרו וצידדו בהפרדה האמורה היועץ המשפטי לממשלה ופרקליטת המדינה. בפורום זה הוחלט על הקמת ועדה בין משרדית לנציגי הפרקליטות והמשטרה, כדי לבדוק את סוגיית איחוד התביעה הפלילית.

183. ע"פ (ת"א) 70589/02 **מדינת ישראל נ' חברת משה ח. אלי ע. בע"מ**, פ"מ תשס"ב (1) 577.

184. יצוין כי שבועות ספורים לפני מתן פסק הדין המחוזי ניתנה החלטה הפוכה מפי השופטת מזרחי בהקשר של חוק ההגבלים העסקיים באותה סוגיה עצמה – ת"פ (י"ם) 1274/00 **מדינת ישראל נ' מודגל בע"מ** (טרם פורסם).

185. רע"פ 322/03 **חברת משה ח. אלי ע. בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נז(3) 851.

איננה דומה למערך האכיפה ברשויות המס השונות, שגם בו כנראה קיימת מסה קריטית של גורמים המאפשרת רמה מסוימת של הפרדה פרסונלית.[186] הגודל ומוטת השליטה ברשות מעלים ספק רב בדבר היכולת להשתמש בטיעון ההפרדה הפרסונלית כעילה לביטול השפעת ניגודי אינטרסים, ככל שהפרדה כזו מועילה בכלל לביטולם.

למעשה, ניתן לומר כי בתחום ההגבלים העסקיים, המגמה כיום, כפי שהיא באה לידי ביטוי בתיקון מס' 6 לחוק משנת 2000, היא דווקא מגמה הפוכה המחזקת את ריכוז הסמכויות השונות בידיו של גוף מרכזי . על פי תיקון זה, דווקא הוגדלו סמכויות החקירה של רשות ההגבלים. אנשי הרשות קיבלו סמכויות עיכוב ומעצר חשודים והבכירים שבהם הוכרו כ"קצינים ממונים" מכוח הוראות חוק המעצרים.[187] משרדי הרשות הפכו לתחנות משטרה, על כל המשתמע מכך לעניין החוק.[188] בנוסף, העניק המחוקק לאנשי הרשות סמכויות נוספות שנועדו, בין היתר, לאפשר לרשות למנוע צילום מסמכים שנתפסו, ולעכב חומר חקירה לזמן ממושך, בדומה לסמכויותיהן של רשויות חקירה אחרות.[189] כאמור, אין להקל ראש בחשיבותן ובתרומתן של מגמות אלו ליעילות ולהתמקצעות מנגנוני האכיפה בתחום המורכב והבעייתי של ההגבלים העסקיים. עם זאת, ברור לגמרי כי ניגוד האינטרסים הפוטנציאלי שמובנה במערכת כזו מצריך תשומת לב ובחינה זהירה של דרך הפעולה המתבצעת.

אם בכך היו מסתכמים הדברים, דומה כי ניתן היה להסתפק בהפניית אצבע מזהירה אל מקבלי ההחלטות והגופים הרלוונטיים האמונים על הטיפול בעניין ועל הסדרתו. בפועל לא כך הוא הדבר. כפי שיומחש להלן, מרכזת רשות ההגבלים סמכויות נוספות, שמאפייניהן הופכים אותה, בפועל, לגוף הממלא תפקידים שיפוטיים ואף חקיקתיים. יתר על כן, הריכוזיות של הסביבה המשפטית הכללית במערכת וסיבות אחרות שיפורטו בהמשך מצטרפות יחד לסינתזה של ניגודי אינטרסים חסרת תקדים בהיקפה ובעצמתה.

(ב) תפקידי השיפוט של הרשות

חלק ניכר מהסמכויות המוקנות בחוק לרשות ההגבלים העסקיים ולממונה הן סמכויות שיפוטיות או "מעין שיפוטיות".[190] הסמכות הראשונה שבהן היא סמכותו של הממונה על

---

186. כפופות לממונה שלוש מחלקות מקצועיות: מחלקת חקירות, מחלקה משפטית ומחלקה כלכלית כשבראש כל אחת מהן עומד אחד מבכירי הרשות. כל מחלקה כוללת כיום כ־15 עד 20 אנשי מקצוע (עורכי דין, כלכלנים וכדומה).

187. ראו סעיף 46 לחוק ההגבלים העסקיים. יש לציין כי הסמכות לעצור חשוד, המסרב להתלוות לחוקרי הרשות, הוענקה לרשות עובר לתיקון, באמצעות צו שהוציא השר לביטחון פנים. ראו גם דברי ההסבר לחוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 6), תש"ס-2000 (מס' 2805), תשנ"ט-1999, ה"ח 386, בסעיף 11.

188. במגבלות מסוימות הקבועות בסעיף 46 לחוק ההגבלים העסקיים.

189. ראו סעיף 45 לחוק ההגבלים העסקיים.

190. לקביעת העיקרון ראו בג"ץ **ברמן** (לעיל, הערה 22), בפסקה 11 לפסק דינו של השופט זילברג.

פי סעיף 14 לחוק ההגבלים לפטור, בהחלטה מנומקת, צדדים להסדר כובל מהחובה לקבל את אישור בית הדין להסדר בתנאים הקבועים בסעיף.[191] השנייה היא סמכות הממונה לאשר מיזוגן של חברות על פי סעיף 19 לחוק. השלישית היא הסמכות להכריז על מצבים עובדתיים מסוימים, כמו ההכרזה על קיומו של מונופול,[192] ההכרזה כי בעל מונופולין ניצל לרעה את מעמדו בשוק או קביעות עובדתיות אחרות המצוינות בסעיף 43 לחוק.

החלטות הממונה על פי סמכויות אלו,[193] שולטות בכל צווארי הבקבוק העיקריים של חוק ההגבלים – מונופולין, הסדרים כובלים ומיזוגים. החלטות אלו הן החלטות מנומקות הניתנות בכתב. הן מנתחות מסכת עובדתית של נתונים על בסיס מערכת נורמטיבית של כללים נתונים. הן מבטאות הפעלת שיקול דעת המאזן בין הנתונים ומשמעותם ובין הנורמות המשפטיות והתכליות שביסודן. בדומה לפסיקה שיפוטית רגילה, הן מופנות לצדדים להליך, אך משמשות גם כאקט מכוון התנהגות לציבור הרחב, באמצעות הקביעות הנורמטיביות הכלליות הכלולות בהן. ההחלטות מהוות אקט מכוון התנהגות גם מעצם היותן עמדה של רגולטור ושל גוף פוסק. יתר על כן, חוק ההגבלים ממקם החלטות אלו בתוך מערכת היררכית של ערכים על החלטות הממונה[194] ואף נותן לחלק מההחלטות המרכזיות של הממונה תוקף ראייתי של חזקה לכאורה,[195] בדומה, למשל, לתוקף המוקנה לממצאים ולמסקנות של פסק דין חלוט במשפט פלילי המוגש בהליך אזרחי באותו עניין.[196] קביעה דומה קיימת גם בהוראות ובהגדרות הכלליות של פטורי הסוג ולפיה קביעת הממונה בהגדרת שוק מוצר תהווה ראיה לנכונותה בדומה לקביעה כזו בהחלטה של ערכאה שיפוטית הדנה בעניין.[197]

עובדה זו מעצימה במידה ניכרת את ניגוד האינטרסים הבא לידי ביטוי בתפקידי הרשות השונים, במטרותיה וביעדיה. בעיקר מתעצמת התלות הבעייתית של פונקציה שיפוטית (או מעין שיפוטית) ביעדים של חקירה, תביעה ואכיפה (שאינם בהכרח מתיישבים זה עם זה). תלות זו מתחדדת כשהיא נתונה אישית ובמישרין לנושא התפקיד הבכיר במערכת.

---

191. חובת התייעצות עם הוועדה לפטורים ולמיזוגים וכן הגבלות על היקף הפגיעה של ההסכם בתחרות ובשוק.
192. סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים, המפנה גם לסעיף 43 לחוק.
193. למעשה גם בתחום ההיתרים הזמניים, המלצת הממונה על פי סעיף 13 לחוק היא תנאי הכרחי (אך לא מספיק) למתן היתר זמני להסדר כובל מטעם בית הדין.
194. סעיפים 15 ו-22 לחוק ההגבלים העסקיים.
195. סעיף 43(ה) לחוק ההגבלים העסקיים.
196. ראו סעיף 42א(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, נ"ח 421.
197. מחוץ לתחום הדיון נמצאת עצם הנכונות של קביעה זו לנוכח הדינמיות הרבה של סוגי שווקים מסוימים. לכאורה החלטה כזו עשויה להישאר כחזקה זמן רב לאחר שהשוק כבר השתנה לחלוטין. דומה כי ההסדר הראוי היה צריך להשתמש במנגנון מוגבל בזמן ובאפשרות לסתור את החזקה על בסיס שינויים מהותיים בשוק או בשווקים משיקים, בלא צורך להוכיח לגופו של עניין את הגדרת שוק המוצר עצמו.

חשוב להדגיש כי עובדה אחרונה זו דוחה למעשה את הטיעון המכיר בהפרדה פרסונלית בין הפונקציות השונות, כעילה מרכזית לדחיית העתירות שהוגשו בסוגיה. נכון שלכאורה הממונה איננו החוקר או התובע הישיר בתיקים, אך מכוח אחריותו הישירה למערכת ומכוח סמכויות שהוא מאציל (כמו סמכויות החיפוש על פי סעיף 45 חוק ההגבלים העסקיים), קשה להצביע על הפרדה אמיתית בין תפקידיו השיפוטיים לתפקידיו מכוח סמכותו כמנהל הרשות, כ"תובע הראשי" וכ"ממונה העליון" על החקירות. אמירה זו רק מתחזקת כשמדובר בגוף עם מוטת שליטה קטנה וריכוזיות גדולה, כמו רשות ההגבלים העסקיים.

חמור מכך, לעומת זהות כלשהי של אינטרסים בין הרשות החוקרת לתובעת, הנמצאות לכאורה בצד האכיפה, התפקידים השיפוטיים של הממונה הם תפקידים המחייבים מטבעם אובייקטיביות מוחלטת ומערכת איזונים שונה לגמרי. עירוב סמכויות כזה, בפעולתו של גוף יחיד (ואף של אדם יחיד) מביא בהכרח לידי מצב שבו האיזון בין התפקידים השונים לא יימצא במקום האופטימלי שבו היה צריך להיות לו היתה קיימת הפרדה אמיתית בין כל אותן פונקציות. על כן דומה כי הביקורת של מבקר המדינה ושורת הגופים שדנו בבעיה העקרונית האמורה רק זוכה למשנה תוקף לנוכח מצב זה.

(ג) תפקידי החקיקה של הרשות

לשלושת הכובעים שחובשת הרשות להגבלים עסקיים במישור החקירה, התביעה והשיפוט מצטרף גם כובע רביעי – כובע של מחוקק. לממונה סמכויות מפורשות בתחום חקיקת המשנה ומעורבות מכרעת בהליכי החקיקה בתחום, אף אם אינו בעל סמכות פורמלית לכך. הסמכות המפורשת של הממונה להתערב בהליכי חקיקה היא סמכותו על פי סעיף 15א לחוק ההגבלים העסקיים לקבוע בכללים "פטורי סוג" שיאפשרו לסוגים שונים של הסדרים להיות פטורים מהצורך לקבל אישור של בית הדין. סמכות זו מותנית באישורה של הוועדה לפטורים ולמיזוגים ובמילוי תנאים שקבע המחוקק בדבר מידת הפגיעה של הכבילות בשוק. לאחר שאושרו, מוגשים הכללים לחתימת אישור של שר המשפטים. השר אמור לחתום על הכללים אלא אם כן שוכנע, מטעמים מיוחדים, כי אין לאשרם.[198]

בנוסף, רשות ההגבלים העסקיים מפעילה ויוזמת את כל מערך חקיקת המשנה הקבוע בחוק, בהיותה הגורם המקצועי האחראי להפעלת חוק ההגבלים. כך, למשל, קידמה הרשות נוסח חדש לתקנות שמטרתן לשנות את מתכונת הודעת המיזוג הלאקונית הקודמת, אף שבפועל מחוקק המשנה המוסמך להוציא את התקנות הוא שר המסחר והתעשייה.[199] מעורבות דומיננטית זו מתגלה גם בהליכי חקיקה ראשיים שאותם מובילים הממונה והרשות, למרות היעדר סמכות פורמלית בתחום. דוגמה בולטת לכך היא התיקון המשמעותי האחרון שבוצע בחוק שהיה רובו ככולו ביזמה של הרשות.[200]

---

198. יודגש כי חתימת השר היא חתימת אישור בלבד. השר לא מעצב ולא מגדיר את פטורי הסוג ונדרש לטעמים מיוחדים כדי להימנע מאישור.

199. תקנות ההגבלים העסקיים (מרשם, פרסום, ודיווח על עסקאות), תשס"ד-2004, ק"ת 812, מוצאות על ידי שר התעשייה והמסחר, בהתייעצות עם ועדת הכספים של הכנסת. כלפי רשות ההגבלים אין אפילו חובת התייעצות המעוגנת בחוק.

200. ראו חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 6).

בהקשר זה חשוב להדגיש כי מורכבות התחום וההתמקצעות הנדרשת לקבלת החלטות מושכלת מבטיחים כי השפעת הגורמים המקצועיים על עיצוב החוק היא השפעה מכרעת ומידת מעורבות המחוקק עצמו שולית. כך, למשל, עיון בפרוטוקולים של ועדת הכלכלה של הכנסת[201] בדיוניה בתיקון המשמעותי והמקיף ביותר שנעשה בחוק בשנים האחרונות[202] מלמד בצורה ברורה כי השחקנים המרכזיים בדיון היו כמובן אנשי רשות ההגבלים העסקיים. ד"ר דוד תדמור, שכיהן אז בתפקיד הממונה, הוא זה שהציג את החוק לפני הוועדה, כשכל התייחסותו והקשרי הדברים שלו מובילים למסקנה מוצדקת כי התיקון הוא ביזמת הרשות, בעיצובה ובניצוחה הברור. יתר על כן, עיקר ההתייחסויות של חברי הכנסת לנאום חבר הכנסת פורז, שהציג את החוק לאישור הכנסת בקריאה שנייה ושלישית, היו הערות לאקוניות מבודחות שביקשו כי יקצר את דבריו ויפקיד את דפי הנאום להכתבה ישירה לפרוטוקול. למותר לציין כי החוק עצמו אושר בלא התנגדות ובלא הסתייגויות.[203]

התמונה המתקבלת היא כי למכלול המטרות הסותרות שתואר לעיל מצטרפת כעת גם שליטה או השפעה ניכרת על פעילות החקיקה. שליטה כזו מגלמת בחובה כלים רבי עצמה לקידום התכליות הראשיות של הרשות, על כל הסתירות הטמונות בהן. היא עשויה להוסיף גם תכלית חדשה, העומדת בפני עצמה, של הכוונת התנהגות וקביעות נורמטיביות שונות, כמחוקק. תכלית זו איננה עולה בהכרח בקנה אחד עם אף אחת מהתכליות הקודמות, המצויות בינן לבין עצמן במערכת של סתירות וניגודי עניינים. בנוסף, היא מפקידה בידיו של גוף זה שליטה על כלי רב עצמה, העלול להנציח ואף להגביר את ההטיות המבניות של המערכת.

2. הריכוזיות של המערכת השיפוטית בתחום ההגבלים העסקיים

הריכוזיות שמאפיינת את המבנה והמטרות של רשות ההגבלים, מאפיינת למעשה גם את הערכאות השיפוטיות העיקריות העוסקות בתחום, הן עקב ריכוז הטיפול בסוגיות המרכזיות של תחום ההגבלים העסקיים בבית המשפט המחוזי בירושלים והן עקב חוסר גיוון בהרכבי השופטים העוסקים בעניין מורכב זה.

ריכוז הטיפול התמקד בבית המשפט המחוזי בירושלים עקב פעולות מנהליות שמקורן בצווים של שר המשפטים ולא בבחירה מפורשת בגוף החוק. חוק סדר הדין הפלילי מסמיך את השר לקבוע את הסמכות המקומית לדון בעברות על פי החוק[204] וזו ניתנה, כאמור,

---

201. פרוטוקול מס' 21 מדיוני הוועדה מיום 20.10.1999 , ראו: [URL: http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/kalkala/1999-10-20.html] ופרוטוקול 28 מיום 9.11.1999, ראו: [ULR:http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/kalkala/1999-11-09-01.html] (נצפה לאחרונה בנובמבר 2004).

202. תיקון מס' 6 לחוק שנקרא בזמן הדיונים "תיקון מס' 5".

203. ראו ד"כ 15 (תש"ס) 5370.

204. סעיף 6(ג1) לחוק סדר הדין הפלילי מסמיך את שר המשפטים לקבוע בצו עניין זה. השר קבע כי רק לבית המשפט המחוזי בירושלים נתונה סמכות זו.

לירושלים בלבד. בנוסף, מסמיך חוק ההגבלים[205] את השר לקבוע את זהות אב בית הדין להגבלים עסקיים ואת משנהו, בהתייעצות עם נשיא בית המשפט העליון. גם כאן מתבצע המינוי בפועל רק מתוך מאגר השופטים המחוזיים בירושלים. למעשה, מאז הוקם בית הדין על פי חוק ההגבלים החדש ועד היום כיהנו בו במצטבר כחמישה שופטים בלבד, בתפקידי אב בית הדין ומשנהו.[206] חלקם של שופטים אלו אף יושב בהרכבים הפליליים בתיקי הגבלים עסקיים, שכן הללו נידונים כאמור בבית המשפט המחוזי בירושלים (פרט, כמובן, לתביעות אזרחיות רגילות בתחום ההגבלים העסקיים, הנדונות בכל בתי המשפט בארץ).

אין לכחד כי מורכבות התחום והצורך בהתמחות מערכת השיפוט מגבירים בפועל את ההומוגניות של הרכבי השופטים וגוררים בהכרח גם פגיעה בפלורליזם ובמגוון הדעות בערכאה השיפוטית המרכזית בתחום. איזון מסוים למגמה זו נותנים נציגי הציבור שמספרם גדול יותר, קצב תחלופתם רב יותר והם אמורים לייצג צרכנים מחד גיסא וארגונים כלכליים גדולים מאידך גיסא.[207] עם זאת, מטבע הדברים תפקידו של השופט היושב במותב דומיננטי לאין שיעור מזה של נציגי הציבור היושבים לצדו.

מכלול הגורמים המאזנים וההצדקות לריכוזיות אין בהם כדי לייתר את הבעיה המבנית הנקשרת לתופעה. בית הדין צריך להיות המסננת האחרונה והחשובה ביותר, שתפקידה לאזן את מכלול ההטיות החוקיות והמבניות כאחד, כפי שתוארו בהרחבה במאמר זה. מבחן התוצאה הוא היחיד הרלוונטי בהקשרים אלו וספק אם בית הדין השכיל לאזן את מכלול ההטיות הפליליות בחוק ההגבלים העסקיים בהקשרים הנידונים במאמר. הגדרות חוק ההגבלים נותרו רחבות ועמומות, האחריות הפלילית הורחבה ובית הדין המשיך לתמוך במגמה הכללית בתחום, המעדיפה מרחב תמרון מקסימלי לרשויות האכיפה, גם על חשבון המקרים הרבים שהוכנסו ונכנסים תחת כנפי חוק ההגבלים שלא בצדק, בעיקר בהקשר הפלילי שלו. יתר על כן, גם מגמת השינוי בפרשנות ההסדרים הכובלים, שהתעוררה לאחרונה, לא נבעה מפסקי הדין של בית הדין להגבלים עסקיים, אלא מבתי המשפט האזרחיים ומבית המשפט העליון.[208]

ברמת הניתוח הביקורתי והריאליסטי של התנהגות בית הדין ובתי המשפט אני סבור כי ניתן להסביר התנהגות זו באמצעות שלושה גורמים: הראשון – המגבלה הבסיסית של בית הדין, שאיננו בוחר את המקרים הבאים בשעריו ותפקידו המרכזי לדון במקרים הקשים והבולטים של קרטלים דורסניים ומונופולים כוחניים, להבדיל מדיון בשוליים הרחבים,

---

205. סעיף 32(ג) לחוק ההגבלים העסקיים.

206. השופטת חנה אבנור בשבתה כאב בית הדין יחד עם השופט עלי נתן כמשנה. לאחר מכן השופטת מרים מזרחי כאב בית הדין ולצדה השופט יונתן עדיאל. עד העת האחרונה, השופט יונתן עדיאל כאב בית הדין והשופטת מיכאלה שידלובסקי-אור כמשנה. השופט עדיאל מונה בחודש מאי 2004 לכהן כשופט במינוי בפועל בבית המשפט העליון.

207. ראו סעיף 32 לחוק ההגבלים העסקיים.

208. בפסק דינה של השופטת מזרחי בפרשת **הרמזורים** (לעיל, הערה 118), היא מכירה בעקרון זוטי דברים לאחר שהוזכר בבית המשפט העליון בפרשת **א.מ. חניות** (לעיל, הערה 18).

המאוימים כיום על ידי העול הפלילי. השני – תגובת מערך השיפוט היא ריאקציה מתמשכת לבעיית הריכוזיות הכלכלית של המשק ולהיעדר המודעות המושרש בתחום ההגבלים (עניין זה יידון בפרק הבא של המאמר). השלישי – הרצון והצורך של בית הדין לייצר לעצמו מרחב השפעה ולמלא בתוכן את תחום פעולתו הייחודי בחוק.

3. מבנה המשק בישראל ונקודת שיווי המשקל הפלילית

שתי עובדות רלוונטיות נוספות מעצימות במידה רבה את הדינמיקה המתוארת לעיל ומרחיקות את נקודת שיווי המשקל הפלילית של דיני ההגבלים העסקיים ממוקד האיזון הראוי.

נקודות אלו הן: המבנה הריכוזי ההיסטורי של המשק הישראלי והיעדר אפקטיביות ומודעות לדיני ההגבלים העסקים עד ראשית שנות ה־90.

אין זה סוד, כי יסודותיו של משק המדינה התבססו על כלכלה ריכוזית,[209] בעלת תפיסה סוציאליסטית, שבה ביצעו המדינה וההסתדרות (או תאגידים שבשליטתן) את כל הפונקציות הבסיסיות במשק. ריכוזיות זו לא התמקדה רק בניהול משאבים אסטרטגיים למדינה כמו תשתיות החשמל (חברת החשמל), המים (מקורות) והתקשורת (משרד התקשורת, רשות הדואר, בזק וכדומה), אלא התפשטה גם לתחומי התחבורה הציבורית (אגד ודן), הימית (צים) והאווירית (אל-על), הבריאות (קופות החולים), ואפילו לתחומי מסחר קמעוני בגופים כגון המשביר לצרכן, השקם, תנובה[210] וכדומה.

על כן אין זה מפתיע למצוא כי במהלך הניסיון להשריש את ערכי התחרות החופשית ולערער את התפיסה הריכוזית, עוצבו הנורמות של חוק ההגבלים בדרך הקיצונית שתוארה בחלקיו הראשונים של המאמר, כך שיהוו משקל נגד למגמות הטבועות בהתנהלות המשק כולו. חשוב לציין כי ההסבר למגמת ההקצנה שתוארה איננו מבוסס רק על הצורך בתגובת נגד של מערכת האכיפה לריכוזיות המשק, אלא גם בצורך בתגובת נגד להתעלמות מהוראות החוק ולחוסר המודעות להן בקרב הציבור. התעלמות כזו מחייבת את מוסדות האכיפה להקצין את עמדתם, להרחיב את מוטת השליטה, את רף הענישה ואת סוגי המקרים הנתפסים בציפורני המערכת הנורמטיבית המופקדת על התחום. הכול כדי למנוע התחמקות עבריינים ולהחיות את החוק שגסס לאטו בשולי הדרך.

בעיית המודעות מקבלת ביטוי ברור במאמרו של זאב גלמור,[211] מי שהיה הממונה על ההגבלים בקו התפר שבין חוק ההגבלים הישן לחוק החדש (בשנת 1988). במאמר זה מפורטים קשיי מערכת האכיפה בתחום ההגבלים מיום הקמתה. המאמר מצייר תמונה עגומה למדי בכל הנוגע ליישום חוק ההגבלים מיום חקיקתו ומצביע על תחילתה של פעילות משמעותית בתחום רק מאמצע שנות השמונים ואילך. עובדות אלו מתיישבות, פחות או

209. ראו גלמור (לעיל, הערה 55).

210. גוף המאגד בעיקר את פעילות התנועה הקיבוצית והמושבים, אך בעל אוריינטציה ריכוזית משקית.

211. ראו גלמור (לעיל, הערה 55).

יותר,[212] גם עם התפיסה המקובלת ולפיה החלה הפעילות המשמעותית האמיתית והמודעות הציבורית לחוק ולהוראותיו רק בראשית שנות התשעים עם כניסתו לתפקיד של ד"ר יורם טורבוביץ.[213] יהא אשר יהא מועד תחילתה של תקופה זו, אין כל ספק כי כמעט שלושה עשורים חלפו בציבוריות הישראלית, בטרם נתנו שיני החוק אותותיהן בדרך התנהלות המשק והדבר אומר דרשני.

ביטוי מרתק לחוסר מודעות זה עולה מהאופן שבו "צרמו את אוזניו" של הנשיא לנדוי טענות של טובת הציבור ברוח חוק ההגבלים, כפי שהועלו על ידי המשיבה בתביעה בפרשת **אולמי לחיים**, שהוזכרה לעיל:

> עד כה טרם עלה בדעת רבים להיאחז בחוק זה בסכסוכים אזרחיים, והמשיבה שלפנינו היא כנראה בין החלוצים בניסיון לנצל את החוק לנוחותה, **בטענות של טובת הציבור הצורמות את האוזן (ההדגשות שלי – א"ל).**[214]

הוא עולה גם מהאנלוגיות הציוריות והלא מקובלות שבהן הוא משתמש כדי לתאר את הלך הרוח של השופט המחוזי שדן בתביעה בפרשת **אולמי לחיים**:

> **השופט המלומד מודה ומתוודה בפסק־דינו** כי "הרעיון שיכול להיות פתחון פה לטעון שהתניות החוזיות הנ"ל הן כבילות במובן החוק... **היכה אותי בתדהמה**". אולם אחרי ניתוח החוק הוא מגיע לכלל דעה – ויותר לי לומר שהוא **עושה כן כמי שכפאו שד** – שההסכם בין הצדדים אכן בלתי־חוקי הוא בהיותו נוגד את החוק. לדעתי השד אינו נורא כל כך, ומותר ונכון הוא להסיק את המסקנה ההפוכה[215] (ההדגשות שלי – **א"ל**).

דברים אלו ממחישים את הלך הרוח של אדם (ולא סתם אדם, אלא שופט מחוזי) שנאלץ לגלות לתדהמתו כיצד חוק האמור לטפל בקרטלים דורסניים ובמונופולים אימתניים פורש כנפיו על הסכם פעוט בין צלמת חתונות לבעלי אולם שמחות והופך הסכם שולי ותמים לכאורה לחלוטין, למסכת מעשים פליליים. השופט הנכבד מתואר כ"מי שכפאו השד" בהצטרכו לקבוע כי ההסכם המדובר איננו חוקי, ותיאור זה ממחיש הן את מידת חוסר

---

212. מטבע הדברים מדובר בתהליך ממושך למדי שקשה להצביע על נקודה בודדת בזמן לתחילתו.

213. אין להקל ראש גם במלאכתו של גלמור ששימש בתפקיד על קו התפר בין החוק הישן לחדש והיה ממתווי הדרך להקמתה של רשות עצמאית סטטוטורית, על כל המשתמע מכך.

214. ראו פרשת **אולמי לחיים** (לעיל, הערה 13), בעמ' 829.

215. שם, שם.

הנוחות והן את היעדר המודעות המושרש לכפייה הרחבה של הוראות חוק ההגבלים, בדיוק במקרים הקלאסיים, שבהם נקודת שיווי משקל פלילית מוטה יוצרת עיוותים קשים.

ז. סיכום ומסקנות במישור החוקתי

תהליך הכתיבה של מאמר זה היה מרתק, שכן הוא התבצע בתקופה של שינויים תכופים וחשובים בפסיקה העוסקת בנושא שבו דן המאמר. עד לפני זמן לא ארוך, תמונת התצרף שהצטיירה משקלול מכלול הגורמים המשפיעים על תחום ההסדרים הכובלים הייתה תמונה בעייתית, וזאת בלשון המעטה. עצמת הבעיה לא הייתה טמונה רק בקשיים שהתעוררו בכל אחד מתת הפרקים שנדונו, אלא בעיקר בסינתזה שלהם, שהתגבשה לכדי חזית אחידה ומגמתית. המחוקק, בתי המשפט ורשויות האכיפה יצרו "שכבות עבות" של הגנות ומחסומים בתחום ההסדרים הכובלים כדי להפוך את העברה הפלילית בתחום לעברה מוחלטת.

במישור הנורמטיבי התגבשה עברה פלילית, שחלק הארי ביסודותיה כוסה במערכת של חזקות. מצד אחד, טופל היסוד העובדתי על ידי מסכת החזקות הגורפת של סעיף 2(ב) לחוק, כך שהחריג הפך לעיקר ולא להפך. מצד אחר, חסה היסוד הנפשי תחת כנפיה של האחריות הקפידה,[216] החלה על קהל היעד העיקרי של העברה – שכבת הניהול בתאגידים במשק. כך סרו מעל רשויות התביעה חלקים מהותיים מִנְטַלֵי ההוכחה הנדרשים להרשעה. אם בכך לא די, הרי שכעתודה למכלול החזקות יוצא הדופן, גם ההגדרה השיורית של הסדר כובל בסעיף 2(א) עוצבה עיצוב מרחיב וגורף. הרחבה זו נגעה גם לתחולה הכללית, המתייחסת לחלק מהותי מן ההסכמים בשוק וגם לכל אחד מרכיבי ההגדרה בנפרד.

גם המישור המבני תרם תרומה משמעותית לחיזוק המגמות הללו. עיון מקרוב מגלה כי כל הלהט במערכת הנורמטיבית יוצאת הדופן הזו מוזן באמצעות בעיות מבניות מהותיות, היוצרות גם בעצמן עיוותים בנקודת שיווי המשקל הפלילית של חוק ההגבלים. המקור העיקרי לאותן בעיות הוא כאמור ניגוד אינטרסים רב־שכבתי המובנה בתפקידי רשות ההגבלים, כגוף חוקר ותובע שיש לו גם תפקידים שיפוטיים ואפילו חקיקתיים. לכך מצטרפת בעיית הריכוזיות, המשתרעת על מישור האכיפה ועל מבנה המערכת השיפוטית גם יחד.

מן ההיבט החוקתי, הביאו מגמות אלו לכשל מתגלגל ולחוסר איזון מובנה במערכת בשני מישורים עיקריים:

ראשית, ניתן לומר כי כל המסגרת הנורמטיבית של עברות ההסדרים הכובלים עוצבה במלל ובפרשנות, עיצוב שאינו עולה בקנה אחד עם דרישותיו של עקרון החוקיות. המכלול המצטבר של בחירות המחוקק בעיצוב העברות הציב לציבור מסכת דרישות שהיקפן האמיתי קשה להפנמה ולהבנה, ככל שהן מתייחסות לתכליות החברתיות, המוסריות והאתיות של האיסור הפלילי.

---

216. כוונתי כי האחריות הקפידה היא חזקה במובן של היפוך נטלי ההוכחה.

שנית, נראה כי הצבת נקודת שיווי המשקל הפלילית בנקודת הקיצון שתוארה במאמר לא עלתה בקנה אחד עם דרישת המידתיות, שאף היא חלק מובנה מהמערכת החוקתית.[217] ניתוק הקשר בין תכלית החוק ובין מבנה העברה הפלילית הפר את "מבחן המטרה" המחייב להראות כי האמצעי שאותו מבקשים להפעיל (כאן העברה הפלילית) אכן יכול להשיג את התכלית שלשמה הוא מופעל (קידום התחרות במשק ושמירה עליה). דבר זה נבע מהבחירה במנגנון פלילי שהתמקד בהתנהגות ובפוטנציאל הפגיעה בתחרות בלא התייחסות ובדיקה של מידת הפגיעה בשוק ובתחרות. הוא נבע מהבחירה להטיל איסור על עצם עשיית החוזה להבדיל מביצועו בפועל. הוא נבע גם מהאפשרות למדוד את הפגיעה בתחרות רק בין צדדי ההסדר, מישור המנותק מהתכלית היסודית של חוק ההגבלים. גם הדרך הגורפת שבה עוצבה העברה העמידה בספק את הגשמת שני תת המבחנים האחרים של עקרון המידתיות (מבחן הפגיעה המינימלית, המחייב לבחור באמצעי הפוגע בצורה המינימלית בזכויות המוגנות ומבחן היחסיות, המחייב להבטיח יחס ראוי בין האמצעי הנבחר לתכלית המבוקשת).[218]

כפי שתואר בהרחבה במאמר, ההתייחסות לבעיות המתוארות החלה להשתנות בעת האחרונה. מגמת שינוי משמעותית ובולטת החלה להשתרש בשורה של פסקי דין, בעיקר בערכאות אזרחיות ובבית המשפט העליון. בתי המשפט החלו לבצע בדיקה תכליתית של המעשים הנכללים בהגדרה היבשה של הסכם כובל. הם החלו להשתמש גם בדוקטרינה של

---

217. דרך פיסקות ההגבלה בחוקי היסוד החדשים.

218. ראוי להדגיש שעצם המסקנה כי עברות ההסדרים הכובלים אינן מידתיות ואינן עולות בקנה אחד עם עקרון החוקיות אין בה די. סעיף שמירת הדינים בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, מקנה לחוק ההגבלים הגנה שאיננה מאפשרת תקיפה ישירה של אותם סעיפים, שכן הללו נחקקו לפני חקיקת חוק היסוד (סעיף 10 לחוק). עם זאת, ראוי לתת את הדעת לכך שאחד המקרים הבודדים שבהם בוטל בפועל חוק במדינת ישראל היה בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הבטחון**, פ"ד נג(5) 241. בפסק דין זה ביטל בית המשפט תיקון לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, ס"ח 171, שקבע את תקופת המעצר של חייל בידי שוטר צבאי, עד הבאתו לפני שופט צבאי. חשוב לציין כי הסעד החוקתי של בטלות החוק הופעל כלפי תיקון לחוק קיים אף שבפועל בא תיקון זה לצמצם את הפגיעה בזכויות האדם שנגרמה בנוסח הישן של החוק. בית המשפט השתמש בהלכה שנקבעה בפרשת **בנק המזרחי** (לעיל, הערה 131) וציין כי ההגנה החוקתית שניתנה להוראות הנוסח הישן של חוק השיפוט הצבאי מכוח סעיף שמירת הדינים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לא חלה כאשר נתקבל תיקון לחוק. הוא קבע כי תיקון זה ייבחן לגופו של עניין, בלא קשר לזיקה בינו ובין המצב שקדם לו. לפיכך נראה כי כל תיקון לחוק ההגבלים יחשוף את ההוראה המתוקנת לביקורת חוקתית ישירה. בנוסף, עולה כמובן השאלה אם תיקון מספר 6 לחוק ההגבלים העסקיים שחוקק בשנת 2000 ותיקן גם היבטים פלילים של החוק (בפרט בעניין הוספת הנסיבות המחמירות לעברה) אכן פתח אפשרות לביקורת כזו.

יתר על כן, יש לבחון את חוקתיות ההוראות לאור חוק יסוד: חופש העיסוק. כידוע, תקופת שמירת הדינים בסעיף 10 לחוק יסוד: חופש העיסוק הסתיימה בחודש מרץ 2002 ולכן ניתן לתקוף הוראות שאינן עולות בקנה אחד עם פסקת ההגבלה או פסקת ההתגברות בחוק זה.

"זוטי דברים", בד בבד עם מתן פרשנות דווקנית מצמצת ללשון ההגדרה הבעייתית. כלים אלו הם הכלים המצויים בידי המערכת השיפוטית. הם מוגבלים מטבעם ואף יוצרים עיוותים מסוימים בפתרון הראוי לבעיה, עקב האופי המנחה והתקדימי של האקט השיפוטי.

יתר על כן, בהיעדר גיבוש ברור של הסוגיה קשה להגיע למסקנה, אם וכיצד פותרת הפסיקה החדשה את הבעיות החוקתיות הבסיסיות בהגדרה של הסכם כובל בחוק ההגבלים. בעיה זו איננה תאורטית בלבד, שכן הכלים המצויים בידי המערכת המשפטית אינם פותרים את בעיית העמימות הטבועה בלשון הטקסט והם מוגבלים מטבעם בהתמודדות עם השגת מידתיות נכונה של הוראות החוק. אשר על כן נראה כי אף שמגמה זו ממתנת חלק מהבעיות הקשות הנובעות מניסוח החוק, עדיין הפתרון היחיד הראוי הוא שינוי ברור ומפורש של לשון החוק.