

ועל הצרכנים בישראל, אף שהחברות המתמזגות אינן רשומות בישראל. יוער כי התיקון אינו מוגבל לתחום

המיוזגים בלבד: הוא רלבנטי גם לתחום המונופולין. כידוע, בהגדרת "בעל מונופולין" בסעיף 26(ו) לחוק ההגבלים העסקיים נקבע כי "אדם – לרבות חברה ובנותיה..." הגדרת "חברה" באופן הכולל חברה שהתאגדה מחוץ לישראל מאפשרת להחיל את דיני הפיקוח על מונופולין גם על חברות בינלאומיות זרות, ובלבד שמתקיימים לגביהן תנאי התחולה האחרים, הדורשים זיקה משמעותית לשוק הישראלי (ובעיקר: נתח-שוק וכח-שוק).

בהקשר זה, ראוי לדעתנו לכלול ברפורמה טיפול גם בהמצאה של תובענה, המבוססת על עילה שלפי חוק ההגבלים העסקיים, אל מחוץ לתחום השיפוט של מדינת ישראל. תובענות פרטיות וייצוגיות מהוות כלי חשוב לאכיפה (פרטית) של דיני ההגבלים העסקיים. בפועל, התובע עלול להיתקל במחסום דיוני הכרוך בהמצאת התובענה לגופים בינלאומיים שמקום מושבם העסקי הוא בחו"ל. כיום, תקנה 500 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, מונה רשימה סגורה של מקרים שבהם תותר המצאה אל מחוץ לתחום השיפוט. "נוק תחרותי" או "נוק צרכני" אינו נמנה עמם. בהחלטה מיום 31.7.2017 (רע"א 925/17 **הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת נ' AU Optron Corp ואח'**), פסק בית המשפט העליון (כב' הש' א' חיות), כי תקנות סדר הדין האזרחי, בלשונן דהיום, אינן מאפשרות להמציא את התובענה לחברות זרות שעניינן אינו נופל לתקנה 500 -- וזאת חרף העובדה שהתאגדותן הקרטליסטית השפיעה על מחירי המוצר הסופי שנמכר לצרכנים בישראל. בית המשפט העליון הביע חוסר נחת מתוצאה זו, ורשם לפניו כי תלויה ועומדת הצעה לתיקון תקנה 500 על דרך של הוספת "נוק" כאחת מעילות ההמצאה לחו"ל.

ראוי לשים לב בהקשר זה להחלטה שהתקבלה לאחרונה בנציבות האירופית (ביום 22.11.2017), להטיל קנסות בסכום כולל של 34 מיליון יורו בגין הסדר כובל בין חמש יצרניות של ציוד בטיחות לרכב (חגורות בטיחות וכריות אוויר). מדובר בחברות זרות שמקום מושבן הוא יפן, והתיאום הקרטליסטי ביניהן נעשה ביפן - מחוץ לגבולות השוק האירופי. המוצרים נשוא הקרטל נמכרו ליצרניות רכב יפניות (טויוטה, סוזוקי

והונדה). ליצרניות הרכב יש מפעלים גם בשוק האירופי. הנציבות הדגישה, כי ציבור הצרכנים באיחוד האירופי צפוי

להיפגע מן הקרטל, אף שהוא נעשה בחו"ל בין יצרנים זרים, וזאת משום שהאביזרים נמכרים ליצרניות רכב שמשווקות את המוצר הסופי לצרכני השוק האירופי. לתמצית ההחלטה ראו:

http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39881

מוצע לרתום את הרפורמה הנוכחית בחוק ההגבלים העסקיים כדי לשלב בחוק עצמו תיקון המאפשר להמציא לחו"ל תובענה אזרחית שמוגשת בעילה שלפי חוק ההגבלים העסקיים, וזאת "היה והנזק התחרותי ו/או הצרכני נגרם למי מציבור התושבים המתגוררים בישראל". דרך נוספת היא לקבוע כי "לעניין עוולות אזרחיות הקשורות בחוק זה, ייראו התנהגות מעוולת - של מונופול המאוגד בחו"ל או של צדדים להסדר כובל הנעשה בחו"ל - כעוולה שכל יסודותיה התקיימו בישראל". באופן זה תקודם נקודת המבט הייחודית של דיני התחרות, המתמקדים בתוצאה הפסולה (פגיעה פוטנציאלית בתחרות בישראל). תיקון כזה יתרום לחיזוק האכיפה הפרטית, כחלק מיעדי הרפורמה לטייב את האכיפה בכללותה.²

שינויים בפרק המונופולין:

הסטת מרכז הכובד בהגדרת מונופול - מהגדרה טכנית המבוססת על נתח-שוק אל התבוננות מהותית בכח-השוק - היא מהלך ראוי שיסייע ביישום החוק לפי רציונל הפיקוח על בעלי מונופולין. בהקשר זה, מוצע שלא להותיר את המונח "כוח שוק משמעותי" (המוצע בתיקון לסעיף 26 לחוק) ללא הגדרה סטטוטורית. מושג זה לבדו

² תיקון כזה יעלה בקנה אחד עם טיוטת תקנות סדר הדין האזרחי, לפיהן "מוצע להוסיף את האפשרויות לבצע המצאה אל מחוץ לתחום השיפוט גם בנסיבות אלו: אם נקבע בחיקוק או בהסכם, כי בית המשפט הישראלי מוסמך לדון בסוגיה; אם מתבקש סעד לגבי מעשה, מחדל או נזק שניתן היה לצפותו מראש, שנעשה, עומד להיעשות או צריך היה להיעשות בתחום המדינה...". ראו: טיוטת תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ה-2014, פרק יג' - המצאות, בע' 9-10. תזכיר החוק פורסם באתר משרד המשפטים, בקישור <http://www.justice.gov.il/Publications/Articles/Pages/Memorandum1512.aspx> הבא:

הוא עמום וטעון פרשנות. היה ויותר ללא הגדרה בחוק, יהיה צורך בפרשנות שתינתן על ידי הערכאות המטפלות באכיפת

החוק (הרשות, בית הדין, ובתי המשפט האזרחיים). זהו תהליך ארוך, החושף את השחקנים במשק למצב ממושך של חוסר ודאות, ואף לפרשנויות סותרות של הערכאות השונות המעורבות ביישום והפעלה של החוק.

בדברי ההסבר בתזכיר נרשם לעניין זה, ובצדק: "על מנת להעריך אם גוף מחזיק בכוח שוק כאמור יש להביא בחשבון את נתח השוק בו הוא מחזיק, כמו גם פרמטרים רלבנטיים אחרים, כגון שאלת קיומם של חסמי כניסה והתרחבות בתחום, ועוד".³ מוצע להגדיר את המושג "כח-שוק משמעותי" ככוח שאינו זמני לדחוק מתחרים מהשווקים הרלבנטיים ו/או לעשות את אחת הפעולות הנמנות על "ניצול מעמד לרעה" של בעל מונופולין (לפי סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים). לצורך הקביעה אם פלוני אוחז ב"כוח שוק משמעותי" יובאו בחשבון, בין השאר, נתח השוק; גמישות הביקוש בשוק המוצר הרלבנטי; שאלת קיומם של חסמי כניסה; ושאלת קיומם של חסמי מעבר בין יצרנים ובין מוצרים.

4

כידוע, כח-שוק מוגדר בספרות המשפטית-כלכלית ככח להעלות מחיר מעל לרף התחרותי (העלות השולית) ולהחזיק בו לאורך זמן, מבלי לאבד לקוחות.⁴ בפועל, בתי

³ בע' 5 לתזכיר.

⁴ ראו למשל:

Antitrust Law and Economics edited by Keith N. Hylton Vol 4, **Encyclopedia of Law and Economics**, 2nd ed. (2010), p. 73:

From an economic perspective, monopoly power refers to the ability of a firm to raise prices above the competitive level and thereby earn more profit. For antitrust purposes, however, a successful plaintiff will have to prove that monopoly power exists. This of course can be accomplished with direct or circumstantial evidence."

וכן: מנחם פרלמן, "הגדרת שווקים", **ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים**, כרך ראשון עורכים מיכל (שיצר) גל, מנחם פרלמן (נבו הוצאה לאור, 2008), בע' 168:

"ההגדרה הכללית ביותר לכוח שוק היא היכולת של הפירמה או של קבוצת פירמות הפועלות ביחד להעלות מחיר ולהקטין תפוקה לאורך זמן, בהשוואה למחיר ולתפוקה שהיו מתקיימים בשוק תחרותי, ולהרוויח כתוצאה מכך... הגדרת המושג כוח שוק מתייחסת ליכולת לקבוע באופן רווחי מחיר גבוה מהעלות השולית, כאשר עלות שולית מוגדרת כתוספת ההוצאה הכרוכה בייצור יחידה אחת נוספת. מכאן נגזר מדד לכוח שוק, שהוא הפער שבין המחיר לבין העלות השולית."
..."

המשפט עושים שימוש מוגבל במדד הכמותי הישיר (השוואת מחירים), וזאת נוכח קשיי מדידה. חלף זאת, נהוג להחיל

שני פרמטרים מרכזיים, המהווים ראיות נסיבתיות לקיומו של כח-שוק: האחד הוא נתח השוק, והשני הוא שאלת קיומם של חסמי כניסה. ברגיל, נדרש נתח שוק מעל 50% כאינדיקציה לקיומו של כח-שוק.⁵ שאלת חסמי הכניסה היא מהותית: אם חסמי הכניסה אל השוק הם נמוכים, אין מקום להניח שהגורם הנבחן אוהז בכח-שוק.⁶ לצד אלה, נהוג להתייחס גם אל גמישות הביקוש למוצר הנבדק. מידה גבוהה של גמישות תנטרל כח שוק, ואילו קשיחות ביקוש תצביע על קיומו של כח שוק.⁷ שאלת העל היא, האם הגוף בו מדובר נהנה מיכולת להתעלם ממתחרים ומצרכנים

ראו גם:

ע"א 2247/95 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ, פ"ד נב(5) 213: "השוק הרלבנטי הינו אותו השוק, בו שליטתה של פירמה יכולה לאפשר לה להקטין תפוקה ולהעלות מחיר מעבר לעלות השולית, תוך גריפת רווח".

⁵ ראו אצל:

5 Herbert Hovenkamp, **Antitrust** 6th ed. (West Academic Publishing's Law School Advisory Board, 2016), 110

לסקירת פסיקה עיקרית בארצות הברית בעניין זה ראו:

Antitrust Law and Economics edited by Keith N. Hylton Vol 4, **Encyclopedia of Law and Economics**, 2nd ed. (2010), p. 73

⁶ ראו למשל:

Herbert Hovenkamp, **Antitrust** 6th ed. (West Academic Publishing's Law School Advisory Board, 2016), p. 110

⁷ ראו למשל: אלי גולדשטיין, מיכאל תבור, **מונופול: מודלים של תחרות לא משוכללת, הגבלים עסקיים ורגולציה** (הוצאת לומדון 2012), ע' 37-38:

"ככל שהצרכנים בשוק מאופיינים על ידי ביקוש גמיש יותר, כלומר הם רגישים יותר למחיר המוצר, הרי שכוח השוק של המונופול קטן יותר, הרווח השולי שלו נמוך יותר, והרווח הכולל שלו נמוך אף הוא בהתאם. במקרה הקיצוני שבו הצרכן רגיש בצורה אינסופית למחיר, כלומר השוק מוכן לקנות את המוצר הרלוונטי במחיר מסוים אך לא מעוניין כלל במוצר זה אם המחיר יקר יותר. במקרה זה המונופול חסר כוח שוק לחלוטין, והגדרתו כמונופול הינה פורמאלית בלבד, שכן הוא למעשה פועל כמו פירמה בתחרות. לעומת זאת, ככל שהצרכנים בשוק מאופיינים על ידי ביקוש קשיח יותר, כלומר הם פחות רגישים למחיר המוצר, הרכי שכוח השוק של המונופול גדול יותר, הרווח השולי שלו גבוה יותר, והרווח הכולל שלו גדול יותר אף הוא בהתאם."

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי - המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

Law, an Analytical Guide to the Leading Cases 4th ed. (Oxford and Portland, Oregon, 2014), p. 181:

Dominance is a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained in the relevant market, by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and its consumers. The concept of dominance reflects the notion of market power and requires a preliminary consideration of the relevant market and its characteristics".

6

ניתן ללוות את השינוי בחוק בגילוי-דעת מטעם הרשות שירחיב, יפרט וידגים לעניין המושג החשוב של כח-השוק. ואולם, מטבע הדברים הוא שגילוי דעת לא יכול לבוא במקום הגדרה סטטוטורית, בין השאר בשים לב למעמדו הנורמטיבי, הנחות ביחס לדבר חוק. ראוי לדעתנו להגדיר את המושג כח-שוק בחוק עצמו, תוך שימוש בפרמטרים המרכזיים שפורטו לעיל ואשר משמשים לעניין זה, וזאת בשאיפה להקנות מידה סבירה של וודאות ולאפשר לשחקנים הפועלים בענף להיערך ולכלכל את צעדיהם.

ענישה פלילית והוראת הנסיבות המחמירות:

לעניין הענישה הפלילית, ההסדר החקיקתי דהיום מבחין הפרה "רגילה" של החוק לבין הפרה בנסיבות מחמירות. רף הענישה בגין הפרה "רגילה" עומד על שלוש שנות מאסר, ובמקרה של "נסיבות מחמירות" ניתן להטיל על המפר עד חמש שנות מאסר.

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי - המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

בתזכיר מוצע לבטל את ההבחנה בין הפרה רגילה לחמורה; להעמיד את רף הענישה על חמש שנות מאסר

בגין עבירה של הסדר כובל (בהיותו מצוי ברמת חומרה יתרה), ובגין יתר העבירות (כולל ניצול לרעה של מונופולין) – לקבוע רף ענישה של שלוש שנות מאסר.

הצעתנו היא להותיר על כנה את ההבחנה הבסיסית והמקובלת בין עבירה בעלת חומרה "רגילה" לבין עבירה המתבצעת ב"נסיבות מחמירות". הבחנה זו - מקובלת היא בדיני העונשין.⁸ היא אף יפה לדיני התחרות, בהיותה מורת-דרך לשחקנים בשוק, לרגולטור, ולבתי המשפט. לפי הבחנה זו, רף הענישה הוא פונקציה של חומרת הנסיבות שבהן בוצעה ההפרה. הדיון ב"נסיבות מחמירות" יכול, כמקובל, התחשבות ביסוד נפשי של זדון, בהתמשכות העבירה ובהשלכותיה הענפיות והמשקיות, בהיקף המעורבים בעבירה ובמעמד התאגידי, בנזק הממשי או הפוטנציאלי שנגרם לציבור או לקרבן העבירה, כמו גם בשאלת העבר הפלילי של המפר.

7 אשר להבחנה בין סוגי עבירות: אנו מסכימים שעבירת ההסדר הכובל היא החמורה מבין העבירות על חוק ההגבלים העסקיים, שהרי עשיית הסדר כובל היא אסורה כשלעצמה (אלא אם ההסדר הופטר או אושר). לעומת זאת, הימצאות במצב של מונופול אינה פסולה כשלעצמה, שהרי יתכן שהמונופול צבר את נתח השוק שאליו הגיע בזכות יתרונות מסחריים ויעילות כלכלית, ולא משום התנהלות אסטרטגית פסולה. ואולם הבחנה זו כשלעצמה אינה מצדיקה לדעתנו להעמיד באופן גורף את עבירת ההסדר הכובל ברף שהוא גבוה בהשוואה לעבירות הכרוכות במעמד המונופול. שאלת החומרה של העבירה נגזרת בין השאר מהשלכותיו של המעשה הפלילי ומהנזק שגרם (בכח או בפועל). ייתכנו מקרים בהם ההסדר הכובל נשוא העבירה הוא בעל השפעה זניחה על השוק, למשל משום שהצדדים לו אוחזים בנתח שוק קטן יחסית.

⁸ ראו למשל העבירות שלהלן בחוק העונשין, התשל"ז-977: לצד ביצוע "רגיל" של העבירה מופיע ביצוע "בנסיבות מחמירות" המובילות להחמרה בענישה: סעיף 274 – תקיפת שוטר בנסיבות מחמירות; סעיף 275א – הפרעה לשוטר בנסיבות מחמירות; סעיף 335 – חבלה ופגיעה בנסיבות מחמירות; סעיף 382 – תקיפה בנסיבות מחמירות; סעיף 415 – קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות; סעיף 418 – זיוף בנסיבות מחמירות.

לעומת זאת, עבירות הכרוכות במעמד המונופולין עלולות להשפיע באופן נרחב על התחרות בשוק והציבור בכללותו.

כידוע, דיני התחרות מבחינים בין פרקטיקה של ניצול לרעה של הכח המונופוליסטי (exploitation) לבין פרקטיקה של דחיקת מתחרים (exclusion). דחיקת מתחרים מהווה את ליבת האיום על האינטרס הציבורי מצד המונופול. הטעם לכך נעוץ בזה, שהמונופול נהנה ברגיל מרווח על-תחרותי, המאפשר לו לנקוט באסטרטגיות שמטרתן להשאיר את מתחריו מחוץ לשוק ולהנציח את מעמדו המונופוליסטי. בתוך כך ניתן למנות פרקטיקות של סירוב לסחור (refusal to deal); אפליית מחירים (price discrimination); אינטגרציה אנכית (vertical integration) הפוגעת למשל בתחרות בשוק-שאחרי (after-market); הסדרי בלעדיות ברכישה והסדרי בלעדיות בשיווק (exclusive arrangements); הסדרי קשירה (tying arrangements); מניעת תאימות (prevention of compatibility); מחירים טורפניים (predatory pricing); מיזוגים לבליעת מתחרים פוטנציאליים (purchase and shutdown of rival's plants), ועוד.⁹ אף שחלק מהפרקטיקות עשויות להילכד במסגרת הטיפול בהסדרים כובלים ובמיזוגים, הרי שאלה אינם מספיקים לטיפול בהתנהלות אסטרטגית עצמאית וחד-צדדית מצד המונופול שתוצאתה הפסולה היא דחיקת מתחרים.

8

מונופול המשתמש בכוחו לדחיקת מתחרים מאיים על התחרותיות של השוק, ומעשיו עשויים להיות בעלי השלכה חמורה יותר מההשלכה הנודעת להסדר כובל בעל אופי זניח. שאלת החומרה של הפרת החוק היא לעולם תלויה נסיבות. על מנת לאפשר את הגמישות הנחוצה לענישה שתהלום את חומרת המעשה ונסיבותיו הכוללות, מוצע שלא לערוך הבחנה בין עבירת ההסדר הכובל לעבירה הקשורה למעמד המונופול. מוצע להותיר את ההבחנה הבסיסית בין הפרה גרידא להפרה בנסיבות מחמירות, ולקיים את הדיון בעונש המתאים כחלק מההליך הפלילי הקונקרטי.

⁹ לסקירה של פרקטיקות מונופוליסטיות מוכרות לדחיקת מתחרים ראו: Herbert Hovenkamp, *Antitrust* 6th ed. West Academic Publishing's Law School Advisory Board, 2006), p. 112-121.

בעשור האחרון, כלי העיצומים

הכספיים הולך וצובר תאוצה במשפט הישראלי כדרך מרכזית לאכיפת חוקים. חוקים כלכליים רבים מסמיכים את הרגולטור להטיל על מפר החוק סנקציה כספית, וזאת במסגרת הליך מנהלי.¹⁰ דומה כי בשלה ההכרה, שההליך הפלילי לבדו אינו מסוגל ליתן מענה שלם לאכיפה, וכי נדרשים כלי אכיפה נוספים, גמישים ואולי אף "רכים" יותר, על מנת להגביר את הציות לחוק ולאפשר טיפול במקרים שלא טופלו קודם לכן במסגרת העונשית המסורתית. חוק ההגבלים העסקיים משתלב במגמה זו. בשנת 2012 נוספו לחוק הוראות המסמיכות את הממונה על הגבלים עסקיים להטיל על מפר החוק עיצום כספי.¹¹ סמכות זו הופעלה הלכה למעשה בשורה של החלטות כנגד בעלי מונופולין.¹² תזכיר החוק מציע עתה "להסיר את המגבלה על הסכום המרבי שניתן להטיל כעיצום על תאגיד, מעבר לשיעור המקסימלי של העיצום כאחוז ממחזור המכירות של התאגיד. כיום, החוק קובע עיצום מקסימלי של 8 אחוזים ממחזור המכירות של המפר ובלבד שהעיצום לא יעלה על 24,490,070 ₪ לגבי הפרות מהותיות של החוק".¹³

9

¹⁰ ראו למשל: חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 – פרק ח'3; חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 – פרק ה'1; החוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ד-2013 – סעיף 43, חוק לקידום התחרות בענף המזון, התשע"ד-2014 – פרק ב' סימן ג' ו- פרק ג' סימן ב'; חוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000 – פרק ה'; חוק החברות, התשנ"ט-1999 – פרק רביעי סימן ב' וסימן ד'.
¹¹ פרק ז'1 לחוק ההגבלים העסקיים.
¹² ראו החלטות מרכזיות אלה:

החלטה בעניין **נמל אשדוד**, 22.12.2015: הוטל עיצום כספי בסך 9 מ' ₪ על חב' נמל אשדוד, וסך של 20,000 ש"ח כעיצום כספי אישי על מנכ"ל החברה בגין עריכת הסכמי נאמנות עם חברות ליבוא רכב המונעים מעבר לנמלי ים חלופיים;
החלטה בעניין **חב' החשמל**, 6.3.2017: הוטל עיצום כספי בסך 13 מ' ₪ בגין פרקטיקה של הפסקת שירות תיק לקוח (מת"ל) ללקוחות שעברו לרכוש חשמל מיצרני חשמל מתחרים;
הודעת הרשות מיום 22.3.2017 על כוונה להטיל על **החברה המרכזית להפצת משקאות** עיצום כספי בסך 62 מ' ₪ בגין פרקטיקות לדחיקת משקאות מתחרים בנקודות מכירה (ההליך תלוי ועומד).

הרשות הטילה עיצומים כספיים בסכומים נמוכים יותר בשורה של מקרים נוספים, למשל:
החלטה בעניין **תנובה וטירת צבי**, דצמבר 2014, להטיל עיצום כספי בסך 800 אלף ₪ על תנובה ו-240 אלף ₪ על טירת צבי בגין היותן צד להסדר כובל בניגוד להוראת ס' 4 לחוק ההגבלים העסקיים;
החלטה בעניין **ברמן ומכלול**, נובמבר 2015, להטיל עיצום כספי בסך 80 אלף ₪ על ברמן ו-5 אלף ₪ על מכלול בגין עשיית מעשים שיש בהם משום מיזוג חברות בניגוד להוראות פרק ג' לחוק ההגבלים העסקיים.
¹³ בע' 7 לתזכיר.

אנו תומכים בהצעה המבקשת להתאים את סכום העיצום הכספי לטיב ההפרה והשלכותיה. עם זאת, יש לשים

לב לשתי נקודות אלה: ראשית, סכום העיצום הכספי המותר לפי חוק ההגבלים העסקיים הוא גבוה יחסית לסכומי העיצומים הכספיים שהותרו בחוקים כלכליים אחרים. באופן כללי ניתן לאמר כי סכומי העיצומים הכספיים המקובלים בחקיקה הכלכלית עומדים בטווח שבין עשרות למאות אלפי ₪;¹⁴ ואילו בחוק ההגבלים העסקיים הותר להטיל עיצום כספי בסכום של עשרות מיליוני ₪. טרם נחקק חוק כללי, המסדיר באופן הרמוני את סוגית האכיפה המנהלית על מופעה בחוקים השונים.

שנית, וחשוב יותר, האכיפה המנהלית הנעשית על פי חוק ההגבלים העסקיים מוותרת על המשולש המשפטי המקובל להכרעה בסכסוך שבין אדם לרשות מנהלית. בהליך שיפוטי, הערכאה השיפוטית שומעת את שני הצדדים, מקיימת הליך אדברסרי, ומכריעה בהתאם לאינטרס הציבורי. לעומת זאת, בהטלת עיצום כספי, הרשות מבצעת את תפקיד התובע וכן את תפקיד השופט: היא הגורם החוקר, השומע והמחליט. אף שחוק ההגבלים העסקיים מחייב את הממונה ליתן למפר זכות טיעון בטרם יוטל העיצום, הרי שהמפר אינו נשמע בפני גורם שלישי ניטרלי כי אם בידי הגורם המנהלי שחקר בפרשה. בהשוואה לטריבונל שיפוטי, הרשות המנהלית עלולה להילכד למצב של הטיה, הן משום שכבר גיבשה את דעתה כגוף חוקר והן משום היותה בעלת ענין לקדם הישגים בתחום האכיפה.

כידוע, בחוק ניירות ערך הוקמה ועדת אכיפה מנהלית למצבים של הפרות חוק חמורות.¹⁵ ועדת האכיפה המנהלית היא ערכאה מעין שיפוטית היושבת במותב תלתא: בראשה עומד יו"ר הכשיר לכהן כשופט בית משפט מחוזי, ולצידו שני חברים בעלי מומחיות רלבנטית (בשוק ההון/בדיני ניירות ערך ובדיני חברות).¹⁶ הליך האכיפה המנהלית נפתח בהודעה של יו"ר הרשות לניירות ערך, אשר בעקבותיה

¹⁴ לענין סכומי העיצומים הכספיים המותרים בחקיקה הכלכלית השוו למשל: התוספת השישית בחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968; וכן סעיפים 22ג'-22ד' לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.
¹⁵ חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968, פרק ח'4.
¹⁶ סעיף 52לב' וסעיף 52לג' לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968.

מתמנה המותב שידון בהפרה.¹⁷ וועדת האכיפה המנהלית היא זו המנהלת את בירור העתירה המנהלית בפניה. היא שומעת

את שני הצדדים: הרשות לניירות ערך והמפר, מתעדת את הדיונים בפרוטוקולים, שומעת ראיות במידת הצורך, ובסיום ההליך מכריעה אם ואילו אמצעי אכיפה יש להטיל.¹⁸ יושם אל לב כי חוק ניירות ערך הסמיך את וועדת האכיפה המנהלית להטיל מגוון של אמצעי אכיפה לצד העיצום הכספי: תשלום לנפגע ההפרה, נקיטת פעולות לתיקון ההפרה ולמניעת הישנותה, הטלת איסור לכהן כנושא משרה בכיר בגוף מפוקח, ועוד.¹⁹

על מנת לשמור על יתרונות ההליך השיפוטי ה"משולש", ובשים לב להצעה לביטול תקרת הסכום המותר בעיצומים כספיים, מוצע לאמץ את עקרונות השיטה המעוגנת בחוק ניירות ערך בשינויים המחויבים ובאופן זה:

- א. הטלת עיצום כספי מעל לתקרה הקבועה היום בחוק תחייב הגשת "עתירה לאכיפה מנהלית" על ידי הממונה על הגבלים עסקיים לטריבונל מכריע.
- ב. הטריבונל המכריע: בדומה ומתוך הרמוניה לחקיקה בתחום ניירות ערך, מוצע להקים טריבונל מנהלי שישב במותב יחיד או במותב תלתא. חבריו ידרשו להיות בעלי מומחיות בדיני תחרות ו/או בכשירות לכהן כשופטים, ויבחרו לתקופת כהונה מוגדרת בהחלטה משותפת של שר הכלכלה והממונה על הגבלים עסקיים.
- ג. יוער כי הקמת טריבונל מנהלי חדש כרוכה בתקציב. מטעם זה ניתן לחלופין להסמיך את בית הדין להגבלים עסקיים להכריע בעתירה המנהלית, בהיותו ערכאה שיפוטית פעילה ובעלת מומחיות בתחום. בית הדין להגבלים עסקיים ישב לעניין זה במותב יחיד.
- ד. יש לשים לב לפער שבין הקמת טריבונל לבין הסמכת בית הדין להגבלים עסקיים גם בהתייחס להליכי הערעור: ערעור בזכות על החלטה של טריבונל מנהלי יופנה לבית הדין להגבלים עסקיים; ואילו ערעור בזכות על החלטה של בית הדין

¹⁷ סעיף 52מ"ה' לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968.

¹⁸ ראו בעיקר סימן ב' בפרק ח'4 לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968.

¹⁹ סימן ג' בפרק ח'4 לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968.

להגבלים עסקיים יופנה לבית המשפט העליון. במישור זה, נראה לנו כי הקמת טריבונל מנהלי נהנית מיתרון של יעילות דיונית.

ה. הטריבונל המנהלי יקיים בפניו הליך שיפוטי בהתאם לכללי ראיות ופרוצדורה גמישים וכשהוא משוחרר מדיני הראיות וסדרי הדין. הטריבונל מחויב, כמובן, לשמוע את שני הצדדים, וכן ראיות במידת הצורך. הטריבונל יקבע אם ובאיזה סכום להטיל עיצום כספי.

ו. הטריבונל המנהלי יוסמך להפעיל אמצעי אכיפה מגוונים לצד העיצום הכספי, כגון תשלום לנפגעי ההפרה, או ייעוד העיצום הכספי למטרה ציבורית הקשורה להטבת הנזק התחרותי ו/או הצרכני שנבע מהפרת החוק.

אנו מקווים שתראו את הערותינו כמועילות ומסייעות לגיבוש המהלך החקיקתי.

בכבוד רב ובברכה,

12

ד"ר איריס סורוקר, שופטת בדימוס

מנהלת מקצועית

מרכז חת לחקר התחרות והרגולציה

המסלול האקדמי המכללה למינהל

דוא"ל: iriso@colman.ac.il