

מפנה בפיקוח על מונופולים ושווקים אוליגופוליים מכוח דיני ההגבלים העסקיים



מפנה בפיקוח על
מונופולים ושווקים
אוליגופוליים מכוח דיני
ההגבלים העסקיים

אוגוסט 2011
אב תשע"א

למידע נוסף בעניין זה ניתן
לפנות אל:

עו"ד שי בקל
03-6846010

shai@tadmor.com

עו"ד איריס אכמון
03-6846042

iris@tadmor.com

מזכר זה כולל מידע כללי בלבד
והוא אינו מהווה ייעוץ משפטי
או תחליף לייעוץ משפטי.
מזכר זה מוגש כשירות
ללקוחותינו, תוך הבהרה שבכל
מקרה ספציפי יש לקיים דיון
נפרד לגופו של עניין.

תדמור ושות', עורכי דין
מרכז עזריאלי 5
המגדל המרובע
דרך מנחם בגין 132
תל אביב 67021
טלפון 03-6846000
פקס 03-6846001
WWW.TADMOR.COM

לאחרונה עבר בכנסת בקריאה שנייה ושלישית תיקון משמעותי לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 ("החוק"). מרכזו של התיקון הוא **במתן סמכויות מרחיקות לכת** לממונה על הגבלים עסקיים ("הממונה") לפיקוח והתערבות בפעולתם של מתחרים הפועלים בשווקים **ממועטי מתחרים**, בהם קיימים תנאים לשיווי משקל אוליגופולי. בלשון החוק מכונים מתחרים אלה "קבוצת ריכוז" ולכן הוצג תיקון חקיקה זה בתקשורת כ-"חוק קבוצות הריכוז".

פרט להשפעות מרחיקות הלכת של התיקון על ענפים ריכוזיים, נודעת לתיקון השפעה משמעותית לפחות בשני היבטים נוספים: **חיזוק משמעותי של סמכויות הממונה במתן הוראות לבעלי מונופולין והגדלת החשיפה הפוטנציאלית של תאגידים לתביעות אזרחיות מכוח דיני ההגבלים העסקיים**. נציג בקצרה את השינויים העיקריים הטמונים בתיקון החוק.

פיקוח על שווקים אוליגופוליים – תיקון החוק מקנה לממונה סמכות להכריז על קבוצת חברות הפועלת בשוק ממועט מתחרים וחבריה מחזיקים ביחד למעלה ממחצית מנתח השוק כ-"קבוצת ריכוז". הסמכות להכריז על קיומה של קבוצת ריכוז הייתה קיימת גם עובר לתיקון, אלא שהממונה נדרש להוכיח לשם כך שבין חברי הקבוצה לא מתקיימת בפועל תחרות או שהתחרות ביניהם היא מועטה. הקושי בהוכחת רכיב זה הוביל לכך שהוראת החוק המאפשרת להכריז על קבוצת ריכוז הייתה, במידה רבה, אות מתה בספר החוקים ולא נעשה בה כמעט שימוש מאז שנחקק החוק בשנת 1988.

התיקון לחוק ביטל את הדרישה להוכיח קיום תחרות מועטה בין חברי הקבוצה. מעתה די בכך שיוכח קיומם של "תנאים לתחרות מועטה בעסקים" וכן כי מתן הוראות לקבוצת הריכוז עשוי למנוע חשש לפגיעה משמעותית בתחרות, להבטיח הגברה משמעותית שלה או ליצור תנאים להגברה משמעותית כאמור. התיקון קובע כי "תנאים לתחרות מועטה" קיימים, בין השאר, כאשר קיימים חסמי כניסה לשוק ובצדם שני רכיבים נוספים דוגמת חסמי מעבר, בעלויות צולבות בין המתחרים, נתחי שוק סימטריים, מוצרים הומוגניים או שקיפות של העסקאות בשוק. אם יפורש הסעיף באופן מצומצם, ניתן יהיה לכאורה להכריז על קיומה של קבוצת ריכוז ברבים מענפי המשק המרכזיים בישראל.

זאת ועוד, הזיקה שיוצר החוק בין סמכות ההכרזה לאפשרות מתן ההוראות לקבוצת הריכוז, צפויה להוביל לכך שבמקרים רבים תלווה ההכרזה על קבוצת ריכוז בהוראות לחברי הקבוצה, בניגוד לפרקטיקה הנוהגת כיום בתחום המונופולין (שבה על פי רוב ההכרזה אינה מלווה בצעדים אופרטיביים נוספים).

התיקון חולל מפנה גם ביחס לסמכויות המוקנות לממונה להסדרת פעילות קבוצת הריכוז. בעבר כפופה הייתה קבוצת הריכוז לאותן חובות הקבועות בדין ביחס לבעלי מונופולין ולמתן הוראות אפשריות על ידי הממונה שתכליתן **למנוע** פגיעה משמעותית בתחרות בשוק.

לעומת זאת, התיקון לחוק מקים לממונה סמכות הסדרה נרחבת של הפעילות בענף, שאותה ניתן להפעיל הן למניעת פגיעה בתחרות והן לשיפור התחרות ולהגברתה. בין השאר, מוסמך הממונה לנקוט צעדים להסרת חסמי מעבר בין שחקנים בענף (למשל, ביטול "קנסות יציאה" בהסכמים עם לקוחות), להפחתת חסמי כניסה לשוק (למשל ביטול התקשרויות ארוכות טווח) ואף לתת הוראות על הפסקת פעילות מסוימת אם סבר כי היא מקלה על תיאום. לבית הדין להגבלים עסקיים ניתנה, במקביל, סמכות חריגה להורות על מכירת החזקות צולבות בין מתחרים, אם הדבר יסייע במניעת פגיעה משמעותית בתחרות או יביא להגברה משמעותית שלה.

תיקון החקיקה מהווה חידוש ברמה העולמית והוא עורר תשומת לב והתעניינות בעולם, שאף הביאה לכך שלשכת עורכי הדין בארה"ב הגישה לרשות ההגבלים העסקיים נייר עמדה מפורט המתנגד לתיקון החקיקה. הביקורת בארץ ובעולם מתמקדת בשני היבטים עיקריים: **היבט קונספטואלי והיבט מוסדי.**

החידוש בפן הקונספטואלי הוא בהיקף הפגיעה בזכויות יסוד של חברי קבוצת הריכוז ובעיקר - העובדה שפגיעה זו נעשית כלפי גופים שלא ביצעו עבירה כלשהי על חוק ההגבלים העסקיים ואף לשם הגברת התחרות גרידא. בניגוד לעבירות קרטל בהן החברים בקרטל קושרים ביניהם לסכל את פעולתם של כוחות השוק, התנהגות קבוצת הריכוז היא תוצאת פעולתם הרציונאלית העצמאית של חברי הקבוצה שמבטאת למעשה את פעולתו של השוק. מטעם זה מקובל בעולם כי ההתמודדות עם כשל השוק הנוצר עקב התנהגות מקבילה של קבוצת ריכוז צריכה להתמקד במניעת יצירתו של מבנה ענפי התומך בהתנהגות מקבילה כזו – באמצעות מערך הפיקוח על מיזוגים.

החידוש בפן המוסדי הוא בכך שבידי גורם אחד, הממונה על הגבלים עסקיים, הופקדו מכלול הסמכויות הנוגעות למניעה, שימור וקידום התחרות בענפי משק מרכזיים. מטעם זה מקובל בעולם כי רשויות תחרות עוסקות בחשיפה וענישה על עבירות קרטל, פיקוח על עסקאות מיזוג ומניעת התנהגויות אנטי תחרותיות מצד בעלי מונופולין. משימת הפיקוח השוטף על השוק וייזום רפורמות תחרותיות בו שמורה ככלל לרגולטור הענפי, לו היכרות שוטפת עם התחום ויכולת לנתח בצורה הוליסטית את שיקולי התחרות ביחד עם אינטרסים אחרים בעלי חשיבות באותו מקטע פעילות.

לעניין זה ניתנה התייחסות בתיקון החוק ונקבע כי ככל שהדברים אמורים בענף המפוקח על ידי רגולטור אחר או על ידי משרד ממשלתי, נדרש הממונה להיוועץ בהם ביחס להוראות שתכליתן למנוע פגיעה משמעותית בתחרות ולקבל את הסכמתם להוראות שתכליתן להגביר משמעותית את התחרות בענף. בתחום הבנקאות ושוק ההון, הוענקה זכות וטו רחבה יותר למפקח על הבנקים ולממונה על שוק ההון והביטוח, שבידם למנוע כל הוראה שיבקש הממונה להטיל על קבוצת ריכוז, אם יש בה לדעתם לסכן את יציבותו של תאגיד בנקאי/מבטח או את יציבותה של המערכת הבנקאית/מערכת הביטוח והחיסכון הפנסיוני. זכות הוטו המיוחדת לגופי הפיקוח בענפי הבנקאות, שוק ההון והביטוח הוקנתה עד ליום 1 בינואר 2014 (לשר האוצר הוקנתה סמכות להאריך תקופה זו).

למידע נוסף בעניין זה ניתן לפנות אל:

עו"ד שי בקל
03-6846010

shai@tadmor.com

עו"ד איריס אכמון
03-6846042

iris@tadmor.com

מזכר זה כולל מידע כללי בלבד והוא אינו מהווה ייעוץ משפטי או תחליף לייעוץ משפטי. מזכר זה מוגש כשירות ללקוחותינו, תוך הבהרה שבכל מקרה ספציפי יש לקיים דיון נפרד לגופו של עניין.

תדמור ושות', עורכי דין
מרכז עזריאלי 5
המגדל המרובע
דרך מנחם בגין 132
תל אביב 67021
טלפון 03-6846000
פקס. 03-6846001
WWW.TADMOR.COM

אנו צופים כי רשות ההגבלים העסקיים תיזום בחודשים הקרובים בדיקה של אורחות התחרות במספר ענפי משק מרכזיים, לשם בחינת האפשרות להכריז על קיומה של קבוצת ריכוז בענפים אלה.

חיזוק יכולתו של הממונה לתת הוראות לבעל מונופולין – כאמור, בצד החידוש הדרמטי בכל הקשור לפיקוח על קבוצות ריכוז, כולל תיקון החקיקה גם שינוי משמעותי בכל הקשור לפיקוח על בעלי מונופולין. בעבר, תוקפן של הוראות שנתן הממונה לבעל מונופולין היה מותלה מיד עם הגשת התנגדות להוראות לבית הדין להגבלים עסקיים. עניין זה עשוי להסביר את העובדה שבעשור האחרון כמעט ולא נעשה שימוש בכלי זה. תיקון החקיקה קובע כי ברירת המחדל תהיה מעתה שהוראות הממונה יעמדו בתוקפן גם אם תוגש התנגדות להן, וניתן יהיה להתלותן רק אם ייתן בית הדין צו המורה אחרת. אנו מעריכים כי שינוי החקיקה מגדיל את ההסתברות לשימוש מחודש בכלי זה על ידי הממונה.

הידוק האכיפה האזרחית והגדלת החשיפה של תאגידים לתובענות מכוח החוק – סעיף 50 לחוק קובע כי מעשה או מחדל בניגוד להוראות החוק היא עוולה בניזיקין. עובר לתיקון החוק ניתן היה לטעון שלא ניתן לתבוע בגין הפרת צווים של בית הדין להגבלים עסקיים, הוראות לבעל מונופולין או תנאים שקבע הממונה מכוח החוק. תיקון החקיקה מגדיר את מכלול ההוראות והצווים מכוח דיני ההגבלים העסקיים כ- "חובה חקוקה" על פי סעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. משמעות הדבר היא הסרת מכשול אפשרי בפני תביעות בגין הפרתם של צווים, תנאים והוראות שניתנו מכוח החוק. עם זאת, תביעות כאלה כפופות לתנאי סעיף 63 לפקודת הנזיקין, ובכלל זה ההוכחה שההוראות או הצווים נועדו להגנת התובע או אנשים מסוגו מפני נזק מסוגו או מטבעו של הנזק שנגרם.

תיקון החקיקה מחדד את הצורך לוודא שפעילות התאגיד ועובדיו עולה בקנה אחד עם דרישות החוק ועם הוראות, תנאים וצווים שהוצאו מכוחו.



למידע נוסף בעניין זה ניתן
לפנות אל:

עו"ד שי בקל
03-6846010
shai@tadmor.com

עו"ד איריס אכמון
03-6846042
iris@tadmor.com

מזכר זה כולל מידע כללי בלבד והוא אינו מהווה ייעוץ משפטי או תחליף לייעוץ משפטי. מזכר זה מוגש כשירות ללקוחותינו, תוך הבהרה שבכל מקרה ספציפי יש לקיים דיון נפרד לגופו של עניין.

תדמור ושות', עורכי דין
מרכז עזריאלי 5
המגדל המרובע
דרך מנחם בגין 132
תל אביב 67021
טלפון 03-6846000
פקס 03-6846001
WWW.TADMOR.COM