

עיצומים כספיים והגבלים עסקיים: תפסת מרובה לא תפסת

מאת

עו"ד טליה סולומון • עו"ד קרן כהן*

פתח דבר

כלי אכיפה מינהלי התווסף לאחרונה לארסנל כלי האכיפה המצויים בידי הממונה על הגבלים עסקיים: הסמכות להטיל עיצומים כספיים בגין הפרת הוראות בחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 ("חוק ההגבלים העסקיים" או "החוק"). רשימה זו מבקשת להתריע מפני הפעלה בלתי זהירה של כלי אכיפה זה.

כבר היום מעורר חוק ההגבלים העסקיים חוסר ודאות עסקית ואף הרתעת יתר בקשר עם חלק מהוראותיו. מצב דברים זה נובע בעיקר מרוחב ההגדרות הכלולות בחוק וממגוון הסמכויות המוקנות לממונה על הגבלים עסקיים ("הממונה"). החשש הוא, כי שימוש בלתי זהיר בכלי האכיפה החדש יחריף את חוסר הוודאות העסקית ואת הרתעת היתר, ואף יאיין את היתרונות שעשויים לצמוח, ככלל, מאימוץ כלי אכיפה מסוג זה. חשש זה מתעצם לנוכח אופי מנגנון העיצומים הכספיים שהתווסף לחוק - מנגנון עוצמתי, רחב וגורף.

נתייחס להלן להיבטים אלה, ולסיום נציע שני עקרונות אותם ראוי ליישם לטעמנו: עקרון התכלית ועקרון הבהירות. יישום העקרונות יבטיח, כי תועלתו של התיקון האחרון לחוק ההגבלים העסקיים תעלה על נזקיו.

א. מבוא

לאחרונה נכנס לספר החוקים תיקון מס' 13 לחוק ההגבלים העסקיים (חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 13), התשע"ב-2012 ("התיקון לחוק"))¹ המעמיד לרשות הממונה, מעתה, כלי אכיפתי משמעותי נוסף - הטלת עיצומים כספיים בגין הפרת

* טליה סולומון היא שותפה במחלקת הגבלים עסקיים במשרד עורכי הדין פישר בכר חן וול אוריון ושות'. קרן כהן היא עורכת דין במחלקת הגבלים עסקיים במשרד עורכי הדין פישר בכר חן וול אוריון ושות'. הכותבות מבקשות להודות לעו"ד דרור שטרום על הערותיו המועילות.

1. התקבל בכנסת ביום ט"ז באייר התשע"ב (8 במאי 2012), בישיבה שהחלה ביום ט"ו באייר התשע"ב (7 במאי 2012), ס"ח 2356, עמ' 382. הצעת החוק ודברי הסבר פורסמו בהצעות חוק הממשלה - 637, מיום י"ז בכסלו התשע"ב (13 בדצמבר 2011), עמ' 240 (הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 14) (עיצום כספי), התשע"ב-2011, ה"ח 637 ("הצעת החוק המקורית")).

2. הצעת החוק נדונה בוועדת הכלכלה של הכנסת ("הוועדה"), בדיונים שהתקיימו בימים 24 בינואר 2012, 22 בפברואר 2012 ו-2 באפריל 2012, בראשות ח"כ כרמל שאמה-הכהן (ראו פרוטוקול ישיבה מס' 728 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-18 (24.1.12); פרוטוקול ישיבה מס' 758 ועדת הכלכלה, הכנסת ה-18 (22.2.12); וכן, את פרוטוקול ישיבה מס' 822 של ועדת הכלכלה הכנסת ה-18 (2.4.12)).

מרבית הוראות חוק ההגבלים העסקיים. כלי אכיפה זה נועד להשלים את סמכויות האכיפה שהוקנו לממונה עד כה, ואת אלה הפליליות בראשון, וכך להיטיב את אכיפת חוק ההגבלים העסקיים.³

התיקון לחוק אינו יוזמה יחידה: בשנה האחרונה הוכנסו ועודכנו מנגנונים של עיצומים כספיים במספר חוקים כלכליים, כשחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 ("חוק ניירות ערך") בראשם.⁴ זוהי "מהפכה" בזעיר אנפין, המתרחשת בזירת האכיפה המינהלית של החקיקה הכלכלית בישראל, והתיקון לחוק הוא נדבך נוסף בה. אלא שהשלכותיה של "מהפכה" זו טרם התבררו. יתירה מכך, מנגנון העיצומים הכספיים שהוכנס לחוק ההגבלים העסקיים מרחיק לכת במובנים מסוימים ביחס למנגנון העיצומים הכספיים שהוכנס לאחרונה לחוק ניירות ערך (כמו גם לדברי חקיקה כלכלית נוספים). הדבר מעורר קושי כאשר התיקון לחוק ניירות ערך זכה כשלעצמו לביקורת רבה במיוחד.⁵

אולם הקושי הבולט בתיקון לחוק אינו נעוץ דווקא בכך שהוא יוצר מנגנון חריג בהשוואה למנגנוני עיצומים כספיים הכלולים בחקיקה כלכלית אחרת: התיקון לחוק מעורר קושי דווקא על שום הכשלים המאפיינים את חוק ההגבלים העסקיים ממילא, ומכיוון שהוספת מנגנון עיצומים כספיים בקשר עם הפרה של כל ההוראות האופרטיביות הכלולות בחוק, עלולה להעצים כשלים אלה.

חוק ההגבלים העסקיים מתאפיין כבר היום בהרתעת יתר ביחס לחלק מההוראות הכלולות בו:⁶ בפסיקה ובספרות קיימת תמימות דעים בדבר פריסתו הרחבה, רחבה מדי, של החוק. ידוע לכל בר-בי-רב, כי חוק ההגבלים העסקיים כולל הוראות

-
3. דברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 14) (עיצום כספי), התשע"ב-2011, ה"ח 637, 240; פרוטוקול ישיבה מס' 342 של מליאת הכנסת, הכנסת ה-18 (7.5.12); הודעה לעיתונות: הממונה על ההגבלים העסקיים יוכל להטיל עיצומים מינהליים של עד 24 מיליון ש"ח להפרה; 5001945 הגבלים עסקיים 2012.
 4. חוק ניירות ערך תוקן באמצעות חוק ייעול הליכי האכיפה ברשות ניירות ערך (תיקוני חקיקה), התשע"א-2011 ("התיקון לחוק ניירות ערך"). בדומה לתיקון לחוק ניירות ערך, באוגוסט 2011 עודכנו מנגנוני העיצום הכספי והורחבו סמכויות הפיקוח המינהליות של הממונה על שוק ההון, ביטוח וחשכון במשרד האוצר, וזאת במסגרת חוק הגברת האכיפה בשוק ההון (תיקוני חקיקה), התשע"א-2011, ס"ח 2316 ("חוק הגברת האכיפה בשוק ההון").
 5. במאי 2011 אף הוגשה עתירה למתן צו על תנאי לפיה הוראות מסוימות בתיקון לחוק ניירות ערך אינן חוקתיות ודין בטלות. העתירה הצטמצמה, בסופו של יום, לדיון בחוקיות הוראת סעיף 56 לחוק ניירות ערך, שהוספה מכוח התיקון לחוק ניירות ערך, הוראה האוסרת על עריכת ביטוח וקיום הסדרי שיפוי כנגד הליכי אכיפה מינהלית על פי התיקון לחוק ניירות ערך. בג"ץ החליט לדחות את העתירה על הסף, מהטעם שמדובר בעתירה מוקדמת (בג"צ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל (ע"ר) נגד מדינת ישראל ואח', סעיפים 10-21 "עתירת איגוד הנאמנים" (5.2.12), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il).
 6. על פי גישות מסוימות, לצד הרתעת היתר קיימת גם הרתעת חסר בקשר עם חלק מהוראות החוק. לטיעון ברוח זו ראו מיכל (שיצר) גל ואמיר ישראלי "דלות הסעדים ההגבליים" עיוני משפט לה 5 (2012) ("גל וישראלי").

שנפרסות מים עד ים, באופן החורג ממטרותיו. בנוסף לכך, הוראות מסוימות בחוק הן עמומות ובלתי ברורות. כך נוצר פעמים רבות חוסר ודאות עסקי, אשר מוביל לא אחת ולא שתיים להרתעת יתר, בפרט על רקע פליליותו הגורפת של החוק.

אמנם, בשנים האחרונות ניכרת בפסיקה מגמה המבקשת לצמצם את תחולת חוק ההגבלים העסקיים באמצעות פרשנות תכליתית, זאת כדי להבטיח שפרקטיקות שאינן יוצרות קושי תחרותי כלל, לא ייחשבו כמפירות את החוק. אלא שמדובר בתהליך שרחוק מלהגיע לכדי מיצוי, ועל כן אינו יכול לספק מענה מלא וכולל לכשלי החוק. הרחבת סמכויות הממונה, הבאה בדמות הוספת מנגנון העיצומים הכספיים לחוק, היוותה איפוא שעת כושר הולמת לצמצום תחולת החוק או להבהרתו במקומות הנחוצים. אלא שהכפפה טרם הורמה. כך, חוליי חוק ההגבלים העסקיים נותרו על עומדם.⁷

על רקע זה קיים חשש, כי התיקון לחוק יחריף בסופו של יום את חוסר הוודאות השורר בקשר עם אכיפת חוק ההגבלים העסקיים. הרי לאחר כניסת התיקון לחוק לתוקף, הפרה של כל אחת מהוראות החוק - ובכלל זה הוראות שהן רחבות יתר על המידה או עמומות - תמשך להוות עבירה פלילית, כשבנוסף לכך מוקנית לממונה סמכות להטיל בגין ההפרה סנקציה משמעותית בהליך מזורז: עיצומים כספיים.

על רקע זה ועוד, חששנו הוא, כי רוחבו ועוצמתו של מנגנון העיצומים הכספיים הגורף שהוכנס זה עתה לחוק, יעמדו לו לרועץ - בבחינת "תפסת מרובה, לא תפסת". לכן ראוי לטעמנו, כי מנגנון העיצומים הכספיים יופעל במשורה, באופן מצומצם וזהיר.

רגע לפני שמנגנון העיצומים הכספיים מתחיל ליתן אותותיו במשק, נבקש להציע שני עקרונות להפעלתו.

ראשית מוצע, כי מנגנון העיצומים הכספיים לא יופעל בקשר עם פרקטיקות עסקיות שמהווה לכאורה הפרות של החוק, אך בין מניעתן לבין תכלית החוק קיימת זיקה רופפת בלבד: הרי לחוק ההגבלים העסקיים תחולה גם על פרקטיקות עסקיות שאין בהן כדי לפגוע בתחרות או בציבור. זאת, במידה רבה, בשל ניסוח לקוי ורחב עד מאוד של החוק. לשיטתנו, לא ראוי להטיל על פרקטיקות כאלה עיצומים כספיים כלל ("עקרון התכלית");

שנית מוצע, כי מנגנון העיצומים הכספיים לא יופעל בקשר עם הפרת הוראות שישודותיהן או גדרי תחולתן אינם נהירים דיים, בראש ובראשונה חלק מההוראות

7. בראש ובראשונה ראוי היה כי המחוקק ינצל את שעת הכושר לצמצום תחולתו הפלילית של חוק ההגבלים העסקיים, וזאת בד בבד עם הרחבת מנגנון האכיפה המינהלי. אף צמצום ההגדרות של החוק, כגון צמצום הגדרת ההסדר הכובל הכלולה בסעיף 2 לחוק, יכול היה לרכז את עוצמת הפגיעה, וכך גם נקיטת פעולות שיבהירו באופן טוב יותר את גדרי האסור והמותר החלים על בעלי מונופולין.

הנוגעות לבעל מונופולין. לתפיסתנו, ככל ששיפור האכיפה של ההוראות האמורות נדרש, הרי ששיפור כזה יכול שייעשה, ואף צריך שייעשה, באמצעות הבהרתן. רק לאחר הבהרה כזו ניתן יהיה להוסיף כלי אכיפה שיעמדו לרשות הממונה ("עקרון הבהירות").

לעניות דעתנו, הפעלת מנגנון העיצומים הכספיים, בשים לב לעקרון התכלית ולעקרון הבהירות, היא הכרחית בכדי למנוע את חחרפת הפגיעה בוודאות העסקית, ועל מנת שלא להעצים את הרתעת היתר המאפיינים כבר היום את דיני ההגבלים העסקיים.

נפנה כעת לפירוט הדברים כסדרם.

ב. חוק ההגבלים העסקיים: סקירה קצרה על רוחב ועל עמימות

חוק ההגבלים העסקיים משתרע מאופק עד אופק. ההגדרות הכלולות בחוק זה רחבות, וחלק מהאיסורים שבו עמומים. אף הסמכויות אותן מקנה החוק לממונה רחבות ומגוונות ביותר. הדברים ידועים, ומשכך נתייחס אליהם בקליפת אגוז, ככל הניתן.

1. על ההגדרות הכלולות בחוק ההגבלים העסקיים

בית המשפט העליון פסק זה מכבר, כי חוק ההגבלים העסקיים נועד להגן על התחרות ועל הציבור הרחב.⁸ זו מטרתו של החוק וזו תכליתו. אלא שבפועל, ההגדרות שבחוק ההגבלים העסקיים הן רחבות מאוד, באופן שחורג מתכלית החוק. אלה הם פני הדברים ביחס לשלושת ההגבלים העסקיים המרכזיים הכלולים בחוק: הסדר כובל, מיזוג חברות ומונופולין.

8. כדברי נשיא בית המשפט העליון (כתוארו אז) כבוד השופט א. ברק בע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ, פ"ד נב(5), 213 (13.12.98), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il, סעיפים 17-18: "סמכות זו, כמו גם סמכויות אחרות הנתונות בידיו של הממונה, באה להגשים את התכלית המונחת ביסוד החוק. תכלית זו היא הבטחת פעילות כלכלית חופשית... מטרת החוק הינה ההגנה על הציבור הרחב מפני עיוותים כלכליים שמקורם בריכוזיות יתר בשווקים מסויימים. ביסוד החוק מונחת התחרות, אשר נועדה להבטיח הקצאה יעילה של משאבים והגברת היעילות... הכל מסכימים, איפוא, כי מניעת פגיעה בתחרות מונחת ביסוד החוק." וראו גם ע"א 8011/03 תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בע"מ נ' נציגי מובילי החלב העצמאיים (20.1.05), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il, סעיף 14: "דיני ההגבלים העסקיים מטרתם להגן על האינטרס הציבורי ולא על אינטרס של הפרט, אשר אינו זוכה להגנה, אלא כתוצר לוואי ממימוש האינטרס הציבורי בקיום תחרות'...".

הסדר כובל

המונח "הסדר כובל" מוגדר בסעיף 2 לחוק.⁹ מדובר בהגדרה הלוכדת ברשתה מגוון פעולות: כאלה הפוגעות בתחרות ללא צל של ספק, וגם כאלה שאינן פוגעות בה כלל. בתי המשפט עמדו על כך לא אחת, הן בית הדין להגבלים עסקיים ("בית הדין")¹⁰ והן בית המשפט העליון.¹¹ כך, הסכמים רבים שבפועל הם נעדרי השפעה תחרותית כלשהי, או שהשפעתם על התחרות זניחה ביותר, כנכסים תחת תחולתו הנרחבת של סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים.

להמחשה: תיאום מחירים בין שני דוכני פיצוחים בשוק בו פועלים עוד עשרות דוכנים הוא הסדר כובל, למרות שהפגיעה התחרותית המסתברת מתיאום כזה אינה קיימת, ממש כשם שתיאום מחירים פוגעני בין שני גופי ענק הוא הסדר כובל; אף הסכם לשיתוף פעולה בתחומי המחקר והפיתוח עשוי להיחשב להסדר כובל כאשר הצדדים לו הם מתחרים, זאת גם בנסיבות בהן אין מדובר במתחרים בעלי נתח שוק משמעותי, וכאשר ברור שההסכם הוא יעיל. באופן דומה, הסדר לבלעדיות אנכית, שנחשב ככלל לפרו-תחרותי, ייחשב כמעט תמיד להסדר כובל, גם כשמדובר בהסדר יעיל שמיטיב עם התחרות, להבדיל מהסדר היוצר חסימה של ערוצי הפצה.

מספר סיבות מובילות לכך שהגדרת הסדר כובל היא כה רחבה: תחילה, משום שהחוק אינו דורש פגיעה בתחרות בפועל, אלא מסתפק בכך שפגיעה כזו עלולה להתרחש;¹² בנוסף, הפסיקה - בפרט זו המוקדמת - פירשה באופן רחב את

-
9. סעיף 2 לחוק קובע כדלקמן: "א) הסדר 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, 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". האיסור על התקשרות בהסדר כובל מעוגנת בסעיף 4 לחוק הקובע: "לא יהיה אדם צד להסדר כובל, כולו או מקצתו, אלא אם כן קיבל מאת בית הדין אישור לפי סעיף 9 או היתר זמני לפי סעיף 13 או פטור לפי סעיף 14, או שכל הכבילות שבהסדר פטורות בהתאם לפטור סוג שנקבע לפי סעיף 15א; היו האישור, ההיתר הזמני, הפטור או פטור הסוג מותניים - לא יהיה להם תוקף, אלא אם כן נתמלאו תנאיהם".
10. כך למשל קבע בית הדין בה"ע (הגבלים עסקיים) 2/97 עמית מזרחי נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (22.6.99), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il : "הקושי שמעורר סעיף 2(א) בהקשר שלפנינו, הוא שעל פי לשונו הוא משתרע על כל הסדר העלול לפגוע בתחרות, גם כאשר אין לו השפעה על השוק, והפגיעה בתחרות היא בין הצדדים להסדר בלבד".
11. ראו פסק דינו של כב' השופט ריבלין בע"א 3700/98 א.מ. חניות (ירושלים) 1993 בע"מ נ' עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 598, 590 (17.2.03), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il ("עניין א.מ. חניות").
12. כאמור, סעיף 2 לחוק קובע "הסדר 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, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר". מכאן, שהדרישה היא להיתכנות של פגיעה בתחרות ולא לפגיעה בפועל.

התיבה "הסדר";¹³ את יסוד הכבילה;¹⁴ ואת יסוד הפגיעה בתחרות;¹⁵ הפסיקה גם הרחיבה באופן משמעותי את סעיף 2(ב) לחוק, וקבעה שהוא מונה "חזקות חלוטות",¹⁶ אשר בהתקיימן יראו הסדרים מסוימים כמקימים חשש לפגיעה בתחרות, ללא צורך בבדיקה של חשש זה בפועל, וגם ללא אפשרות להפריך את חזקה זו; בד בבד פירשה הפסיקה באופן צר ומצמצם את סעיף 3 לחוק, המפרט סוגי הסדרים שלא ייחשבו כהסדרים כובלים.¹⁷

פועל יוצא - גם פרקטיקות שאין בצידין פגיעה בתחרות או בציבור, ולעיתים אף מיטיבות עם התחרות, יהיו כפופות לקבלת הכשר מראש מעם הממונה או מעם בית הדין, או ששאלת חוקיותן תהא מוטלת בספק.¹⁸

לאורך השנים נשמעו קולות רבים הקובלים על הקושי הטמון בתחולה הרחבה מדי של המונח הסדר כובל.¹⁹ רשות ההגבלים העסקיים עצמה הכירה בכך שהגדרת הסדר כובל רחבה יתר על המידה. אלה היו מילותיה בעניין:²⁰

13. החוק עצמו מגדיר את המונח "הסדר" באופן רחב. סעיף 1 לחוק קובע: "הסדר" - בין במפורש ובין מכללה, בין בכתב ובין בעל פה או בהתנהגות, בין אם הוא מחייב על פי דין ובין אם לאו". מעבר לכך, הפסיקה פרשה מונח זה באופן רחב למדי. כדברי הנשיא (כתוארו אז) נ. זילר בת"א (י-ס) 396/87 קיסין נ' פטרולוג חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ, דינים מחוזי לב(6) 650 (9.5.90), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il : "אין זה מעניינו של החוק אם תיאום זה הושג בדרכי קונספירציה, או בדרכי הסדר, או באמצעות צד ג', או על ידי קריצת עין, או על ידי צחוק של הבנה, או על-ידי מתאם שהוא זר להסדר, או על-ידי דברים שנאמרו למאן דהוא שאינו שייך לעניין, כדי שהדברים יישמעו על ידי מישהו ששייך לעניין, או בכל דרך אחרת. המילה "הסדר" שנקט אותה המחוקק היא רחבה מספיק, כדי ללכוד בתוכה את כל מגוון האפשרויות שתוארו לעיל, כמו גם כל אפשרות אחרת, וכל חידוש או המצאה שיחודשו או יוצאו בעתיד, ושיביאו לכלל תיאום בין הצדדים עליהם מדבר החוק". כלומר, לשיטת בתי המשפט מספיקה קריצת עין בלבד, או צחוק של הבנה, על מנת שיסוד "הסדר" בהגדרת הסדר כובל יתמלא.
14. מ. מזרחי "מיזם משותף כהסדר כובל" משפטים כג (תשנ"ד) 213, 223.
15. הי"ע (ירושלים) 469/98 דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (25.3.01), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il.
16. ראו דני"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ פ"ד נו(1) 56 (19.8.01), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il.
17. ראו למשל, בג"ץ 47/83 תור אויר (ישראל בע"מ) נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים פ"ד ט(1), 169 (14.2.85), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il; ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, סעיף 83 (31.3.05), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il, כדוגמה למתן פרשנות צרה לפטור הקבוע בסעיף 3(1) לחוק ההגבלים העסקיים; ודני"א 4465/98 עניין טבעול, ראו הי"ע 16, סעיפים 45-50 לעניין הפטור הקבוע בסעיף 3(8) לחוק.
18. יוער, כי פטורי הסוג שהותקנו בשנים האחרונות לפי הסמכות הקבועה בסעיף 15 לחוק, אינם נותנים מענה מספק בהקשר זה, חרף התקוות שנתלו בתחיקתם. מדובר במערכת כללים מורכבת, ובכי ליהנות מתחולתה יש לערוך בירורים שאינם פשוטים (ובכלל זה אמידה של נתחי השוק של הצדדים להסדר), וכן לקיים אחר שורה של תנאים מפורטים.
19. גל, ישראלי ופרלמן, "הסדרים כובלים - יסודות האיסור" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים, 193; מיכל (שיצר) גל, "לבור את המוץ מהתבן - היקף תחולתו של האיסור לערוך הסדר כובל בהתאם לפסיקה האחרונה" דין ודברים א 533 (תשס"ה); דיויד גילה, יוסי שפיגל "הסדרים אנכיים - ניתוח כלכלי" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים, 323; מיכל (שיצר) גל "לקחו של יוסטיניאנוס: רפורמות נדרשות בחוק ההגבלים העסקיים" המשפט 24, 23 (2007).
20. תזכיר הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 9), התשס"ה-2005 ("תזכיר הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 9)").

"מאז החלה אכיפתו הפעילה של חוק ההגבלים העסקיים, התברר, כי הגדרת "הסדר כובל", כפי שנוסחה בסעיף 2 לחוק היא רחבה מדיי וכי פרשנות דווקנית שלה עלולה להביא לתוצאות בלתי רצויות של תחולת יתר במקרים מסוימים ותחולת חסר במקרים אחרים..."

אלא שסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים טרם שונה. בד בבד, בפסיקה מהשנים האחרונות ניכרת מגמה של פרשנות תכליתית של סעיף 2 לחוק, שנועדה לצמצם את גבולות הסעיף ולהחילו אך על הסדרים שפגיעתם בתחרות ממשית.²¹ הגם שמדובר במגמה מבורכת, אין בה משום מענה מספק לקשיי סעיף 2 לחוק.

מיזוג חברות

גם הגדרת מיזוג חברות,²² ההגבל העסקי השני אליו מתייחס חוק ההגבלים העסקיים, היא חובקת כל, ולו מכיוון שהיא נפתחת בתיבה "לרבות". הממונה אף הבהיר במפורש, כי מדובר בהגדרה פתוחה ובלתי ממצה, שנועדה ללכוד קשת של סיטואציות מגוונות.²³ ואמנם, סל רחב ומגוון של פעולות עשוי להיחשב כמיזוג חברות,²⁴ ודי ברף נמוך יחסית של החזקה במניות או בזכויות שונות כדי להקים מיזוג חברות (למעלה מ-25% בלבד).²⁵ בנסיבות אלה, הרי שעסקאות רבות במשק נחשבות למיזוג חברות.²⁶

21. לדיון בעניין זה ראו דיויד גילה "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוק? הגיעה השעה לחצוץ בין הסדרים אופקיים לאנכיים" **עיוני משפט** כז(3) 751 (2004) ("גילה סכר ההסדרים הכובלים"), וכן ראו בפסיקת בית המשפט העליון ע"מ 6464/03 **לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים**, פ"ד נח(3) 293 (16.2.04), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il, סעיפים 14-15 לפסק דינה של השופטת חיות (2004) ("עניין לשכת שמאי המקרקעין בישראל") (בקשה לדיון נוסף שהוגשה בעניין לשכת שמאי המקרקעין בישראל נדחתה); ע"פ 2560/08 **מדינת ישראל - רשות ההגבלים העסקיים נ' ירון וול**, סעיף פה לפסק הדין (6.7.09), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il; ברע"א 6233/02 **אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשיה, שיווק אלומיניום זוכית ופרזול בע"מ**, פ"ד נח(2) 634 (4.2.04), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il ("עניין אקסטל"), פסק דינו של השופט ריבלין בעניין **חניות** (יוער, כי עתירה לדיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט העליון נדחתה); וכן ת"א (ת"א) 2011/02 **יקבי רמת הגולן נ' פיטר שטרן** (14.10.02), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il (ערעור שהוגש לבית המשפט העליון נדחה בע"א 10638/02 **פיטר שטרן ואח' נ' יקבי רמת הגולן בע"מ ואח'** (2.3.03), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il).
22. סעיפים 1 ו-17 לחוק ההגבלים העסקיים.
23. הנחיות הממונה על הגבלים עסקיים לגבי הליכי הדיווח והבדיקה של מיזוגי חברות לפי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, בעמ' 13.
24. רכישת עיקר נכסי תאגיד, הון מניות, כוח הצבעה, כוח מינוי דירקטורים, השתתפות ברווחי החברה.
25. לשם השוואה, חוק החברות, התשנ"ט-1999 מגדיר מיזוג חברות כהעברה של כלל הנכסים והחובות, אשר כתוצאה ממנה מתחולת חברת היעד (סעיף 1 לחוק החברות, התשנ"ט-1999).
26. ראו בהקשר זה את דברי כב' הנשיא בדימוס א. ברק בע"מ 2247/95 **עניין תנובה**, הי"ש 8 לעיל: "על-פי הגדרה זו, מתקיים מיזוג גם אם אין איחוד משפטי או העברת שליטה. די לעניין המיזוג כי החברה הרוכשת תרכוש את עיקרי נכסי החברה האחרת, בלא שהדבר יהיה כרוך ברכישת שליטה (בכוח הצבעה, זכות למנות דירקטורים או השתתפות ברווחים)".

אכן, לא כל מיזוג חברות מחויב בקבלת אישור מאת הממונה עובר לביצועו.²⁷ בד בבד, הגדרת מיזוג חברות, כמו גם החובה להמתין לקבל את אישור הממונה טרם ביצוע העסקה בפועל, אינן נגזרות כלל מהפרמטר המהותי של פגיעה בתחרות או בציבור. פרמטר זה מובא בחשבון אך ורק בשלב בחינת המיזוג על ידי הממונה. בכך יש קושי, שכן משמעות הדבר היא, שגם עסקאות הנעדרות השפעה כלשהי על התחרות או על הציבור, או שהשפעתן זניחה בלבד, לא ייצאו אל הפועל אלא אם יזכו לאישור הממונה, מראש. זהו היבט נוסף המשקף את הפער בין מטרת החוק לבין גבולות הגזרה של ההגדרות הכלולות בו.

מונופולין

קשיים רבים מתעוררים אף בקשר עם ההגבל העסקי המרכזי השלישי הכלול בחוק - מונופולין. הגדרת המונופולין שבחוק ההגבלים העסקיים חלה גם במקרים אשר אינם מקיימים את ההגדרה הכלכלית-מהותית של מונופולין. בעוד שהחוק קובע רף כמותי של אספקת נכסים או שירותים - 50% מהשוק - לצורך קיומו של מונופולין,²⁸ הרי שלפי ההגדרה הכלכלית, קיומו של מונופולין נגזר מקיומו של כוח שוק המוקנה לפירמה, ומאפשר לה לקבוע מחיר הגבוה מהמחיר התחרותי.²⁹ ההתעלמות של הגדרת המונופולין בחוק משאלת קיומו או היעדרו של כוח שוק, יוצרת מצבים אבסורדיים בהם גופים מסוימים מוגדרים כמונופולין על פי החוק, אף שאין בידיהם כל השפעה על מחיר הטובין, איכותם או כמותם. יש לציין כי מצב דברים זה הוא חריג גם בהשוואה לדין הזר.³⁰

אופי ההגדרה מביא גם לחוסר ודאות לגבי שאלת עצם קיומו של מונופולין: כיוון שהכרזת הממונה על קיומו של מונופולין היא דקלרטיבית גרידא,³¹ הרי שכל מתחרה דומיננטי הפועל בשוק מסוים נדרש לבחון בעצמו אם הוא בגדר מונופולין אם לאו. והרי בחינה כזו היא משימה שלא קל לעמוד בה, גם בשל

-
27. סעיף 17 לחוק מפרט את המקרים בהם חלה החובה לקבל את אישור הממונה עובר למיזוג. וזו לשון הסעיף: "(א) הוראות פרק זה יחולו על מיזוג חברות שמתקיים בהן אחד מאלה: (1) כתוצאה מהמיזוג חלקן של החברות המתמזגות בכלל הייצור, המכירה, השיווק או הרכישה של נכס מסויים ונכס דומה או מתן שירות מסויים ושירות דומה, יעלה על מחצית, או על שיעור נמוך ממנה אם קבע כך השר, לענין מונופולין, לפי סעיף 26(ג); (2) מחזור המכירות של החברות המתמזגות ביחד, בשנת המאזן שקדמה למיזוג, עולה על סכום של 150 מיליון שקלים חדשים; השר רשאי, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, לשנות את הסכום האמור; (3) אחת החברות המתמזגות היא בעל מונופולין כמשמעותו בסעיף 26..."
28. סעיף 26 לחוק ההגבלים העסקיים.
29. ראו הגדרת המונחים market power-1 monopolistic competition בספרם של קרלטון ופרלוף, DENNIS W. CARLTON & JEFFREY M. PERLOFF, MODERN INDUSTRIAL ORGANIZATION 773 (4th ed. (2005).
30. ראו דיון בהגבל העסקי העוסק במונופולין בדיני ההגבלים העסקיים בארה"ב: I ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS 225-325 (6th ed.).
31. ראו דברי הממונה (ודיון במחלוקות הקיימות בהקשר זה), בהחלטת הממונה על הגבלים עסקיים בדבר אי-הכרזה על קיום מונופולין: הבורסה לניירות ערך, 3001295 הגבלים עסקיים (1994), סעיפים 51-61 וההפניות שם; עניין בזק, סעיף 6 לפסק הדין. כן, השווה נוסח הסעיף בחוק לנוסח הסעיף המקביל בהצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד-1983 ודברי ההסבר לסעיף זה: דברי ההסבר לסעיף 27 בהצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד-1983, ה"ח 1647, עמ' 53-54.

הקושי לתחום את גבולותיו של השוק הרלוונטי³² (יש שהכתירו עניין זה כמשימה הקשה ביותר במאטריה של דיני הגבלים עסקיים), וגם מכיוון שמתחרה הפועל בשוק עשוי להתקשות לאמוד באופן אמין את נתח השוק שהוא מרכז בידיו, בהעדר נתונים חד-משמעיים אודות היקף המכירות של חבריו.

מעבר לרוחב ההגדרה שבחוק, קיימת עמימות באשר להיקף האיסורים והמגבלות החלים על בעל המונופולין.³³ כוונתנו בראש ובראשונה לאיסור על "קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין".³⁴ אומנם, תמימות דעים שוררת באשר לכך שמחירים טורפניים, המאפשרים למונופולין לדחוק מתחרים, הם "בלתי הוגנים". אך פני הדברים שונים בתכלית ככל שמדובר במחירים מופרזים. הפסיקה לא קבעה, כי החוק כולל עילה של גביית מחיר מופרז, ובכל זאת, טענות כאלה מועלות לא אחת, ומכאן הקושי שבעניין.³⁵ כאן המקום להעיר, כי בעוד שדיני התחרות בארה"ב אינם אוסרים על מחירים מופרזים שנגבים על ידי פירמה מונופוליסטית,³⁶ בדיני הקהיליה האירופית מחיר גבוה שגובה מונופולין עלול להוות ניצול כוח שוק לרעה (אף שהשימוש בעילה זו הוא נדיר).³⁷ פער זה בין דיני התחרות בארה"ב לאלה האירופיים, מעצים את הקושי ואת חוסר הוודאות באשר למשמעות האיסורים החלים על מונופולין בישראל. בנוסף, לא ברור כלל, מהו שיעורו של המחיר ה"בלתי הוגן" וכיצד יש לחשבו.³⁸

דומה לכך, האיסור החל על מונופולין לקבוע תנאי התקשרות שונים לעסקות דומות, באופן שעשוי להעניק ללקוחות או לספקים מסוימים יתרון תחרותי "בלתי הוגן", הוא עמום.³⁹ גם כאן עולה השאלה, מהו אותו יתרון "בלתי הוגן"? כיצד ניתן לאמוד אותו? האם כל יתרון - ולו יתרון קל - הוא "בלתי הוגן"? למיטב ידיעתנו, שאלות אלה ואחרות לא זכו עדיין לביורר משפטי מספק, ואי-הבהירות שמעורר נוסח החוק בעינה נותרה.

-
32. מנחם פרלמן "הגדרת שווקים" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך ראשון 167 (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008); וראו גם בפסיקה: ע"א 2247/95 עניין תנובה, ראו ה"ש 8, סעיף 20 לפסק הדין (1998); החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ - הכרזה בדבר קיום מונופולין; 3001292 הגבלים עסקיים 1998, עמ' 2 להחלטה.
33. ראו סעיפים 29 ו-29א לחוק ההגבלים העסקיים.
34. איסור זה מעוגן בסעיף 29א(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, אשר קובע כדלקמן: "יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור, בכל אחד מן המקרים האלה: (1) קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין;...".
35. ראו למשל רע"א 2616/03 ישראלכרט בע"מ נ' רייס, פ"ד נט(5), 701 (14.3.05), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il, סעיף 15 לפסק הדין; וכן: ת"א 1493/02 רוזנבוים נ' פז שרותי תעופה בע"מ (25.6.07), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il, פסקה 19 לפסק הדין.
36. IIA PHILLIP E. AREEDA & HERBERT HOVANKAMP, ANTITRUST LAW 3 (3rd ed. 2008).
37. VAN BAEL & BELLIS, COMPETITION LAW OF THE EUROPEAN COMMUNITY 810 (5th ed. 2010).
38. להרחבה בעניין קשיי ההוכחה של מחיר מופרז ראו, David Gilo, Excessive pricing, entry, assessment, and investment: lessons from the Mittal litigation, 76 ANTI. L. J. 870, 883-884 (2010) ("Gilo, Excessive pricing").
39. סעיף 29א(ב)(3) לחוק ההגבלים העסקיים.

סיכום ביניים

נוכחנו, כי גבולות חוק ההגבלים העסקיים שורטטו ללא קשר הדוק דיו לפונקציית המטרה הנכונה של החוק, באופן הלוכד מקרים שאינם פוגעים בתחרות או בציבור. כך, ההגדרה של שלושת ההגבלים העסקיים המרכזיים בחוק אינה נגזרת בהכרח מתכלית החוק: הסכמים מוגדרים לעיתים כהסדרים כובלים, הגם שאינם פוגעים בתחרות או בציבור כלל; עסקאות עשויות להיחשב למיזוג חברות ואף להיות כפופות לקבלת אישור הממונה קודם לביצוען, למרות שהשפעתן על התחרות זניחה או שאינה קיימת; ועסקים עלולים להיחשב כמונופולין על כל המשתמע מכך, אף שהם נעדרי כוח שוק. בנוסף, חלק מאיסורי החוק - בפרט האיסור על מונופולין לקבוע מחירים בלתי הוגנים או להפלות בין עסקאות דומות - אינם ברורים דיים.

רוחב החוק ועמימותו מובילים לחוסר ודאות, אשר לה נפקות שלילית על ההתנהלות הכלכלית היעילה.⁴⁰ כמו כן, מכיוון שכל הפרה של חוק ההגבלים העסקיים, קטנה כגדולה, מהווה גם עבירה פלילית⁴¹ וגם עוולה נזיקית,⁴² הרי שכל מפר חשוף - ולו באופן תיאורטי - להעמדה לדין פלילי ולתובענות נזיקיות (בכלל זה גם תובענות ייצוגיות)⁴³ בנוסף לחשיפה לסנקציה מינהלית.⁴⁴ כך הם פני הדברים, בין אם עסקינן בהפרה המנוגדת לליבת האיסורים של החוק, או בהפרה שזיקתה לתכלית החוק רופפת. בין אם מדובר בהפרת הוראה שגבולות גזרתה בהירים ונהירים, ובין אם לאו.

במצב עולם זה, מנהלי עסקים עלולים להימנע מלנקוט פעולות עסקיות יעילות בשל חשש שווא כי ייחשבו למפירי חוק, או בשל חוסר נכונות או יכולת להשקיע את המשאבים הכרוכים בקבלת הכשר מתאים מאת מערך ההגבלים העסקיים, או להצטייד בחוות דעת משפטיות במקרים המתאימים. כך נוצרת הרתעת יתר, הפוגעת בתפקוד תקין של חיי המסחר והכלכלה.⁴⁵

40. גל וישראל, לעיל ה"ש 6.

41. סעיף 47 לחוק.

42. סעיף 50(א) לחוק קובע, כי "דין מעשה ומחדל בניגוד להוראות חוק זה, כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]".

43. מכוח סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 וסעיף 4 לתוספת השניה לחוק זה, ניתן להגיש בקשה לאישור תובענה כייצוגית בתביעה בעילה לפי חוק ההגבלים העסקיים.

44. ראו פירוט בעניין סמכויותיו הנרחבות של הממונה במישור המינהלי, בפרק 2. להלן.

45. יש להוסיף, כי סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים מטיל אחריות פלילית גם על מנהל פעיל, על שותף (למעט שותף מוגבל) או על עובד מינהלי בכיר בתאגיד המפר, אלא אם הוכיח שהעבירה נעברה שלא בידיעתו ושננקטו כל האמצעים הסבירים להבטחת שמירתו של חוק זה. מדובר בסעיף המרחיב באופן משמעותי את גדרה של האחריות הפלילית ומעצם טיבו מגביר עוד את תופעת הרתעת היתר. ראו בהקשר זה ת"פ 288/98 **מדינת ישראל נ' כהן ישי** (1.10.02), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il, סעיפים 6-7 (ערעור שהוגש לבית המשפט העליון נדחה - ע"א 4148/03 **ישי כהן נ' מדינת ישראל** פ"ד נח(2) 629 (5.1.04), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il).

אמנם, הממונה נקט עד היום ב"מדיניות" אכיפה טולרנטית כלפי הפרת הוראות חוק שלא ראוי להפעיל כנגדן סנקציה פלילית, ובכללן הוראות שלא ראוי היה לכלול אותן בחוק מלכתחילה, כיוון שאינן פוגעות בתחרות או בציבור כלל. אלא שמדובר ב"מדיניות" בלתי מוצהרת, תורה שבעל פה גרידא, שעלולה גם להשתנות.⁴⁶ לכן, חוסר הוודאות והרתעת היתר נותרים על כנם. אף גישת הפרשנות התכליתית שנקטה בפסיקה ונועדה לצמצם את תחולת החוק ו"להתאימו" לנסיבות המקרה הקונקרטי,⁴⁷ לא נותנת מענה מלא לחוסר הוודאות כמו גם להשלכות הנעוצות בפליליות הגורפת של החוק. כאמור בפתח הדברים, חששנו הוא, כי התיקון לחוק יחריף קשיים אלו. על כך ועוד נדון בהמשך.

ב.2. על הסמכויות המוקנות לממונה

חוק ההגבלים העסקיים מעניק לממונה סמכויות רבות ומגוונות, במישור הפלילי ובמישור המינהלי.

המישור הפלילי

הממונה מעורב בהליך הפלילי על כל שלביו: הוא מורה על פתיחה בחקירות פליליות בגין חשדות להפרת חוק ההגבלים העסקיים; הוא מנהל את החקירות באמצעות חוקרים מרשות ההגבלים העסקיים;⁴⁸ הוא מחליט על העמדה לדין פלילי בגין הפרת החוק; וכן מנהל את ההליך הפלילי עצמו באמצעות עורכי דין מרשות ההגבלים העסקיים.⁴⁹

בשלב החקירה עצמו נהנים הממונה והחוקרים הפועלים מטעמו מסמכויות רבות, כאשר די בחשד בדבר ביצוע עבירה לפי החוק בכדי להפעילן. בין היתר מוקנית לממונה סמכות עצמאית לחקור כל אדם הקשור לעבירה או שעשויות להיות לו ידיעות הנוגעות בעניין, לדרוש ממנו להתייצב בפניו לשם חקירה או להתלוות אליו לחקירה ולמסור כל פרט, מסמך וידיעה הנוגעים לאותה

46. כך היה, למשל, בקשר עם סעיף 46 לחוק המקנה לממונה סמכות לדרוש מכל אדם למסור לו ידיעות, מסמכים, פנקסים, ושאר תעודות, שלדעת הממונה, יש בהם כדי להבטיח או להקל את ביצועו של חוק ההגבלים ("דרישת נתונים"). למיטב ידיעתנו, עד עתה לא התקיימו הליכים פליליים בקשר עם סעיף זה, ואילו בספטמבר 2011 פתחה רשות ההגבלים העסקיים בחקירה נגד תנובה בחשד לאי-מענה לדרישת נתונים (ראו דו"ח רשות ההגבלים העסקיים לפי חוק חופש המידע לשנת 2011, 5001892 הגבלים עסקיים 2012). בנוסף לכך, במרץ 2012 הודיעה רשות ההגבלים העסקיים על כוונתה להגיש כתב אישום נגד חברת סופרגו ונושאי משרה בכירים בה, משום שאלה נמנעו לכאורה מלהעביר לרשות נתונים שנדרשו על ידי הממונה (ראו הודעה לעיתונות: רשות ההגבלים העסקיים תקיים שימוע לחברת סופרגו בטרם החלטה בדבר הגשת כתב אישום בגין אי-העברת מידע הנוגע לתחרות בשוק הגפ"מ; 5001911 הגבלים עסקיים 2012).

47. לעניין תחולתו של סעיף 2 לחוק ראו לעיל ה"ש 21.

48. סעיף 46(א) לחוק ההגבלים העסקיים.

49. בהתאם להסכמה שניתנה לו על ידי היועץ המשפטי לממשלה, לפי סעיף 12(א)(1) לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982.

עבירה.⁵⁰ לגבי עבירות מסוימות מוקנות לממונה אף סמכויות עצמאיות של עיכוב, מעצב ושחרור לפי חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996.⁵¹ הממונה אף רשאי להיכנס לכל מקום בו מתנהל עסק ולערוך בו חיפוש, אם יש לו יסוד סביר להניח שהדבר דרוש כדי להבטיח את ביצועו של החוק או כדי למנוע עבירה על הוראותיו, וכן לתפוס כל חפץ שיש לו יסוד סביר להניח כי הוא עשוי לשמש כראיה במשפט, ולהחזיק בו למשך תקופה ארוכה.⁵²

אם כן, הממונה מחזיק בשלושה כובעים שונים במסגרת ההליך הפלילי. מצב דברים זה, הגם שנעשה על פי דין,⁵³ הוא בגדר חריג לעקרון הפרדת הרשויות, המהווה עקרון יסודי בשיטת משפטנו.⁵⁴

ואומנם, סמכויות הממונה הן חריגות ביחס לסמכויות המוקנות לרגולטורים אחרים. כך לדוגמה, יו"ר הרשות לניירות ערך הוא הגוף אשר מוסמך לחקור הפרות של חוק ניירות ערך (באמצעות חוקרים שמינה), אך הוא אינו מחזיק בסמכות ההעמדה לדין ואינו מנהל את התביעה,⁵⁵ בשונה מהממונה ומרשות ההגבלים העסקיים שבראשה הוא עומד.

50. סעיף 46(א) לחוק ההגבלים העסקיים.
51. סעיף 46(ד) לחוק ההגבלים העסקיים.
52. ראו סעיף 45 לחוק ההגבלים העסקיים. לפי סעיף 45(ב) לחוק, לממונה מותר להחזיק בחפץ שנתפס כאמור, עד שבית המשפט שאליו הוגש כתב אישום על עבירה הקשורה באותו חפץ יחליט מה ייעשה בו (ואם טרם הוגש כתב אישום - עד שבית הדין או בית המשפט שאליו הוגשה בקשה הקשורה באותו חפץ יחליט מה ייעשה בו). כמו כן, בית המשפט רשאי להאריך את תקופת ההחזקה בחפץ בתקופות נוספות, לבקשת הממונה. בנוסף, לפי פרשנות בית משפט השלום בתל-אביב-יפו, גם כאשר מסתמן שאין בכוונת הרשות להגיש כתב אישום באותו עניין, רשאית הרשות להמשיך להחזיק בחפץ עד תום ההליכים האזרחיים, אם וכאשר יתנהלו כאלה (ראו ב"ש (שלום ת"א) 2601/08 **רשות ההגבלים העסקיים נ' בנק לאומי לישראל בע"מ ובנק דיסקונט לישראל בע"מ** (17.7.08), אתר תאגידים : www.taagidim.co.il).
53. יוער, כי ריבוי ה"כובעים" שמחזיק הממונה במישור הפלילי נדון במספר פסקי דין, וזאת בעקבות טענות שהועלו כנגד הממונה בהקשר זה. טענות אלו לא התקבלו על ידי בתי המשפט. ראו, למשל: ת"פ (מחוזי י-ם) 1131/00 **מדינת ישראל נ' מוטורגרייזר בע"מ**, אתר תאגידים : www.taagidim.co.il; ת"פ (מחוזי י-ם) 1274/00 **מדינת ישראל נ' מודגל בע"מ** (22.3.10), אתר תאגידים : www.taagidim.co.il; ת"פ (מחוזי י-ם) 385/98 **מדינת ישראל נ' חברת טגר בע"מ**, אתר תאגידים : www.taagidim.co.il; בג"צ 1523/94 **דובק בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים**, אתר תאגידים : www.taagidim.co.il.
54. כדברי השופט אור, "על-פי סדרי הדין הפליליים הרגילים מתקיימת "הפרדת רשויות" בין הרשות החוקרת לרשות התובעת". דנ"פ 9263/99 **מדינת ישראל נ' רמי בקשי**, פ"ד (3) 556, 562 (21.8.00), אתר תאגידים : www.taagidim.co.il, ראו גם דברי סגנית נשיא בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, כבי השופטת ש. סירוטה, במסגרת ערעור פלילי שעסק בשאלת סמכותם של נציגי היועץ המשפטי לממשלה להחליט בדבר העמדה לדין: "ראוי לזכור כי הסמכות להעמיד לדין היא בעלת אופי שיפוטי. ההחלטה להעמיד לדין יש בה כדי להשליך על גורלו של אדם ועל כן ביקש המחוקק לרכז את סמכויות התביעה ולהעניקן לגוף בלתי תלוי שאין לו קשר עם הרשות החוקרת ושאיננו כפוף לה, לא ארגונית ולא בדרך אחרת. הפרדה בין הרשות החוקרת לבין הרשות התובעת, ובמיוחד הרשות שמחליטה בדבר ההעמדה לדין, היא עקרון-על". ע"פ (ת"א) 70589/02 **מדינת ישראל נ' חברת משה ח. אלי ע. בע"מ**, פ"מ תשס"ב(1) 577, 587 (27.11.02), אתר תאגידים : www.taagidim.co.il.
55. סמכות החקירה של הרשות לניירות ערך מעוגנת בסעיפים 2א56 ו-56 לחוק ניירות ערך. ההחלטה על פתיחה בחקירה נעשית לפי הוראת יו"ר הרשות לניירות ערך ומסתיימת בהעברת חומר החקירה לפרקליטות מיסוי וכלכלה, אשר מחליטה אם יש מקום להגשת כתב האישום נגד החשודים בביצוע העבירות. פרקליטות מיסוי וכלכלה מנהלת את ההליך הפלילי בבית המשפט. ההחלטה על העברת התיק

המישור המינהלי

לצד הסמכות הפלילית, מוקנות לממונה גם סמכויות במישור המינהלי. תחילה, משום שהממונה מופקד על מתן הכשרים למגוון רחב של עסקאות, ושל פרקטיקות שונות שנחשבות על פי לשונו הרחבה של החוק להסדר כובל או למיזוג חברות.⁵⁶ כך, עסקאות רבות במשק תלויות, הלכה למעשה, בממונה, לשבט או לחסד. כפי שהובהר לעיל, לא כל ההגבלים העסקיים המחויבים בקבלת הכשר מאת הממונה, פוגעים בהכרח בתחרות או בציבור. אף על פי כן, החוק מחייב צדדים לעסקאות אלו לקבל את ברכתו של הממונה טרם ביצוען בפועל.

לממונה גם מוקנית סמכות לפרסם קביעות והכרזות בעניינים שונים,⁵⁷ סמכות שאופיה מעין שיפוטי.⁵⁸ יש להעיר, כי לפרסום כזה השלכה משמעותית במישור האכיפה הפרטית, שכן לקביעות הממונה מעמד של ראייה לכאורה בכל הליך משפטי.⁵⁹ כל אדם או תאגיד אשר ניזוק מהפרת חוק ההגבלים העסקיים זכאי לתבוע בהליך אזרחי את עושה העוולה או את האחראי לה, ולקבל תרופה בגין נזקיו, תוך שהוא נסמך בתביעתו על קביעות או על הכרזות של הממונה כראיות לכאורה.⁶⁰ כך הם פני הדברים גם במסגרת תובענות ייצוגיות.⁶¹

הממונה גם מוסמך להתקשר בהסדר עם אדם או עם תאגיד שהפרו לכאורה את הוראות החוק, במתכונת של צו מוסכם⁶² שבמסגרתו, מתחייב המפר לעשות מעשה או להימנע מלעשותו, וכן משלם הוא סכום כסף לאוצר המדינה, והכל מבלי שהוא נדרש להודות בחבותו.

לפרקליטות ניתנת על ידי יו"ר הרשות לניירות ערך, לאחר התייעצות עם מנהל מחלקת חקירות ומודיעין ברשות לניירות ערך ועם הממונה על האכיפה. <http://www.isa.gov.il/Default.aspx?Site=KRANOT&ID=.> פסקה 6, 1335,2636-2.

56. ראו סעיפים 14 ו-21 לחוק ההגבלים העסקיים.
57. כך למשל, יכול הממונה להכריז על קיומו של מונופולין (סעיף 26א) לחוק; הממונה גם יכול לקבוע, כי הסדר מסוים מהווה הסדר כובל, כהגדרת מונח זה בסעיף 2 לחוק (סעיף 43 לחוק); כי קו פעולה מסוים שאיגוד עסקי קבע או המליץ, או שהוא מבקש לקבוע או להמליץ עליו, מהווה הסדר כובל, על פי סעיף 5 לחוק; כי מיזוג מסוים מחויב בפנייה לקבלת אישור הממונה לפי סעיף 17 לחוק; כי קבוצת ריכוז היא בעלת מונופולין כאמור בסעיף 26ד) לחוק; או כי בעל מונופולין ניצל לרעה את מעמדו בשוק, בניגוד להוראות סעיף 29 לחוק. בנוסף, בידי הממונה מוקנית הסמכות ליתן הוראות לבעל מונופולין לגבי צעדים שעליו לנקוט וכן, להטיל על בעל מונופולין מגבלות שונות (בהתאם לסעיפים 30 ו-27 לחוק, בהתאמה).
58. בג"ץ 326/96 יוסף כספי ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים פ"ד נ(5) 133, עמ' 150 לפסק הדין של השופט מצא (2.12.96), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il.
59. סעיף 43ה) לחוק ההגבלים העסקיים.
60. סעיף 50 לחוק ההגבלים העסקיים.
61. סעיף 3א) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 וסעיף 4 לתוספת השניה לחוק זה, מאפשרים הליכים ייצוגיים המבוססים על עילות לפי חוק ההגבלים העסקיים. תובענות ייצוגיות מוגשות במקומותינו חדשות לבקרים, ובמסגרתן נתבעים סכומי עתק. עובדה זו מעצימה את המשמעות שנודעת לקביעות או להכרזות שמפרסם הממונה. יש לציין, כי פעמים רבות, קביעה שפירסם הממונה, ולעיתים אף ידיעה בדבר כוונתו לפרסם קביעה כאמור, היא טריגר רב עוצמה המעודד הגשת תובענות ייצוגיות.
62. סעיף 50 לחוק ההגבלים העסקיים.

הממונה מחזיק גם בסמכות להפנות לכל אדם דרישת נתונים,⁶³ באופן שמחייב צדדים להעביר לידי הממונה נתונים מסחריים רגישים ביותר. נזכיר, כי גם הפרת החובה בקשר עם דרישת נתונים מהווה עבירה פלילית, ואך לאחרונה עשה הממונה שימוש בסמכותו הפלילית גם בהקשר זה.⁶⁴

אין ספק, אם כן, שהממונה מחזיק לבדו בסמכויות נרחבות בכל המישורים, ובתחומים מגוונים. כך, גופים עסקיים הפועלים במשק נפגשים עם הממונה במגוון רחב של צמתים, בהקשרים שונים. וכאשר עסקינן במישור הפלילי, לסמכות הרחבה והגורפת המוקנית לממונה יש עוצמה של ממש. על רקע זה בלבד מובן, שהקניית סמכות חדשה - סמכות להטיל עיצומים כספיים בגין הפרה של כל הוראות החוק האופרטיביות - אינה דבר פשוט לענות בו.

ג. עיצומים כספיים בחוק ההגבלים העסקיים: תפסת מרובה

עם אישור התיקון לחוק בכנסת, התווסף לחוק ההגבלים העסקיים פרק ז'1, שכותרתו: "עיצום כספי".⁶⁵ המשמעות היא, שלממונה הוקנה כלי אכיפה מינהלי נוסף ומשמעותי, בדמות הסמכות להטיל עיצומים כספיים בגין הפרה של החוק, וזאת בהליך מינהלי מזורז. סמכות זו הועמדה לרשות הממונה, לבדו.^{67,66}

63. סעיף 46(ב) לחוק ההגבלים העסקיים.

64. ראו לעיל ה"ש 46.

65. במסגרתו יתווספו לחוק סעיפים 50-51טו. במסגרת התיקון לחוק ייערך גם תיקון לסעיפים 50ב(א), 23 ו-22ב לחוק.

66. יובהר, כי בקביעת העיצום הכספי תחול על הממונה חובת היוועצות עם הוועדה לפטורים ולמיזוגים הפועלת לפי החוק. מדובר בוועדה בה מחויב הממונה להיוועץ במקרים שונים, למשל, עובר לאישור מיזוג (בתנאים או ללא תנאים) או עובר למתן פטור לצדדים להסדר כובל מהחובה לקבל את אישור בית הדין להגבלים עסקיים להסדר (סעיפים 24 ו-14 לחוק, בהתאמה). חובת ההיוועצות לעניין הטלת עיצום כספי לא הופיעה בהצעת החוק המקורית, כפי שפורסמה ברשומות ביום 13 בדצמבר 2011, אלא הוספה בדיון הראשון בוועדה, לאחר הערות שנשמעו בעניין (ראו פרוטוקול ישיבה מס' 728 של ועדת הכלכלה הכנסת ה-18, 18 (24.1.12)). בעקבות הערות הללו נקבע גם, כי בדיוני ההיוועצות של הממונה עם הוועדה לפטורים ולמיזוגים בעניין הטלת עיצום כספי וסכומו, יירשם פרוטוקול מלא, שיהיה פתוח לעיון הציבור, ובלבד שהמידע שיפורסם בו לא יכלול מידע שאין למסור או שאין חובה למסור לפי סעיף 9 לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1988. מעניין לציין, כי נציגי רשות ההגבלים העסקיים התנגדו לפרסום שמות חברי הוועדה לפטורים ולמיזוגים עמם קוימה חובת ההיוועצות, שכן לטענתם, פרסום כזה עלול לפגוע בנכונות חברי הוועדה לפטורים ולמיזוגים להביע את עמדתם ללא חשש. בהמשך לכך סוכם בין יו"ר הוועדה לבין נציגי הרשות, כי לעניין זה תוגש הסתייגות מטעם הרשות (ראו פרוטוקול ישיבה מס' 822 של ועדת הכלכלה הכנסת ה-18, 38-44 (2.4.12)), אלא שבסופו של יום, הצעת החוק הובאה לפני הכנסת לקריאה שניה ושלישית ללא הסתייגויות.

67. במסגרת התיקון לחוק נקבע גם, כי בוועדה לפטורים ולמיזוגים יכהנו לפחות שלושה משפטנים (סעיף 23(ב1) לחוק) וחמש נשים. עוד נקבע, כי מותב הוועדה לפטורים ולמיזוגים לעניין עיצום כספי יהיה מורכב משלושה חברים, מהם שניים מרשימת החברים נציגי ציבור, ובלבד שלפחות אחד מחברי המותב הוא משפטן, שיהיה יושב ראש המותב (סעיף 23(ד)(3) לחוק).

מנגנון העיצומים הכספיים צפוי לחול על נסיבות בהן אדם או תאגיד הפר אחרת מההוראות האופרטיביות הכלולות בחוק: היה צד להסדר כובל שלא ניתן לו הכשר כדין או הפר תנאי מהתנאים שבהם הותנה ההכשר כאמור; עשה מעשה שיש בו משום מיזוג, שלא על פי הוראות החוק, ובכלל זה הפר תנאי שקבע בית הדין או הממונה בקשר עם המיזוג; עשה מעשה המהווה ניצול לרעה של מעמדו ובלבד שהמעשה נכס או שירות שבמונופולין, או המהווה ניצול לרעה של מעמדו ובלבד שהמעשה האמור הוא מסוג המעשים שקבע לעניין זה הממונה ברשומות; הפר הוראה שנתן הממונה לגבי מונופולין; הפר הוראה שנתן הממונה לגבי קבוצת ריכוז;⁶⁸ הפר הוראה מהוראות צו מוסכם; הפר דרישה למסור ידיעות, מסמכים, פנקסים ושאר תעודות.

מדובר בקשת רחבה של הפרות, מדרגות חומרה שונות: ליבת האיסורים שבחוק לצד הסרטים העודפים לו. בכפיפה אחת דרות הפרות טכניות או הפרות שאין להן השלכות שליליות על התחרות, דוגמת מענה שגוי או חסר על דרישת נתונים, שלא מתוך מניעים אנטי-תחרותיים, אי-מילוי תנאי פרוצדורלי שנקבע בקשר עם מיזוג, או חבירה בהסדר כובל אנכי יעיל שאינו פוגע בתחרות כלל,⁶⁹ לצד הפרות מהותיות דוגמת קרטל פוגעני של תיאום מחירים, או סירוב בלתי סביר של בעל מונופולין מובהק לספק את נכסיו מתוך שיקולים אנטי-תחרותיים ברורים. במילים אחרות, מנגנון העיצומים הכספיים אינו מבקש לייחד עצמו לסוג מסוים של הפרות. הוא גם אינו מתיימר לעשות כן. המנגנון חל על כל ההפרות הללו, באופן אחיד כמעט.

הפרה של ההוראות האמורות חושפת את המפר לעיצומים כספיים בסכומים מירביים הקבועים בחוק. מדובר **בסכומי עתק** המשתנים כתלות בזוהת המפר, וכמעט ללא הבחנה בין סוגי ההוראות וחומרתן: כאשר המפר הוא אדם או תאגיד שמחזור מכירותיו בשנה שקדמה לשנת הכספים שבה בוצעה ההפרה לא עלה על עשרה מיליון ש"ח, מוסמך הממונה להטיל עיצום כספי בסכום של עד מיליון ש"ח, בגין הפרה של כל אחת מההוראות האמורות (למעט הפרת ההוראה בעניין דרישת נתונים, או אז הסכום המירבי עומד על 300,000 ש"ח). ואילו כאשר המפר הוא תאגיד שמחזור מכירותיו עולה על עשרה מיליון ש"ח, הממונה רשאי להטיל עליו עיצום כספי בשיעור של עד שמונה אחוזים ממחזור המכירות של התאגיד, כאמור, אך לא יותר מעשרים וארבעה מיליון ש"ח (למעט הפרת ההוראה בעניין דרישת נתונים, או אז הסכום המירבי עומד על שלושה אחוזים ממחזור המכירות של התאגיד, אך לא יותר משמונה מיליון ש"ח).

68. מדובר בסמכות חדשה שהוקנתה לממונה לאחרונה, במסגרת תיקון מס' 12 לחוק ההגבלים העסקיים (חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 12), התשע"א-2011). מבלי להרחיב את היריעה נציין בקצרה, כי מדובר בסמכות ייחודית, שהוספתה לחוק ההגבלים העסקיים זכתה לביקורות לא מעטות. אף על פי כן, ואף שהממונה טרם עשה שימוש בסמכות זו, כולל התיקון לחוק גם סנקציה מינהלית בהקשר זה.

69. כך למשל, הסדר אנכי מסוג הסכם הפצה בלעדית, בו מתחייב הספק למכור או לספק טובין לשם הפצה בשטח ההסכם למפיץ בלבד, לא יהא פטור מהחובה לקבל אישור מבית הדין אם החברה-האם של הספק מתחרה במפיץ.

בקביעת סכום העיצום הכספי שיוטל, ישקול הממונה את הנסיבות והשיקולים המפורטים בחוק:⁷⁰ משך ההפרה; המידה שבה ההפרה עלולה לגרום לפגיעה בתחרות או בציבור; חלקו של המפר בהפרה שהיה שותף לה, ומידת השפעתו על ביצועה; קיומן או היעדרן של הפרות קודמות; פעולות שנקט המפר למניעת הישנות ההפרה או להפסקתה, דיווח מיוזמתו של המפר על ההפרה, או פעולות שנקט לתיקון תוצאות ההפרה; לגבי מפר שהוא יחיד - יכולתו הכלכלית של המפר וכן נסיבות אישיות שבעטיין נגרמה ההפרה או נסיבות אישיות קשות המצדיקות שלא למצות את הדין עם המפר; ולגבי מפר שהוא תאגיד - קיומו של חשש משמעותי, כי כתוצאה מהטלת העיצום הכספי לא יוכל התאגיד לפרוע את חובותיו ותופסק פעילותו.⁷¹ אלא שכפי שיובהר בהמשך, מדובר בשיקולים רחבים שאינם מובילים לתוצאה חד-משמעית. רחוק מכך.

באשר ליחס בין הסנקציה הפלילית לבין הטלת עיצום כספי - תשלום עיצום כספי לא ימנע בהכרח הגשת כתב אישום בגין אותו מעשה, בנסיבות בהן התגלו עובדות או ראיות חדשות, המצדיקות הגשת כתב אישום.⁷² ככל שיוגש כתב אישום לאחר

70. יוער, כי סעיף זה לא נכלל בנוסח הצעת החוק המקורית שפורסמה ברשומות ביום 13 בדצמבר 2011. מדובר בתוספת שהוכנסה לאחר הדיון הראשון בוועדה (ראו פרוטוקול ישיבה מס' 728 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-18 (24.1.12)).

71. יוער, כי הנוסח שהוצע על ידי הרשות לסעיף זה היה "קיומה של ודאות קרובה כי כתוצאה מהעיצום יגיע המפר לחדלות פרעון" (ראו סעיף 1750 לנוסח הצעת החוק שהובא לדיון בפני הוועדה ביום 22.2.12). כלומר, הפרמטר שנקבע בעקבות הדיון בוועדה הוא מרוכז ביחס לפרמטר המקורי שהוצע על ידי הרשות, במובן זה שמשפיק חשש משמעותי לכך שכתוצאה מהעיצום הכספי יורע מצבו הכלכלי של המפר ותופסק פעילותו.

72. בעניין זה חלה התפתחות מעניינת. בתזכיר חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 12), התשע"א-2010 ("התזכיר"), שהיווה את הבסיס להצעת החוק המקורית, נקבע בסעיף 43ג, שכותרתו "הליך אכיפה מנהלי והליך פלילי", כך: "נמסרה הודעה על כוונת חיוב למפר, לא יוגש בשל המעשה או המחלף המהווה את ההפרה כתב אישום נגד המפר" (<http://archive.antitrust.gov.il/files/10567/BILL12.pdf>). אלא שבהצעת החוק המקורית שפורסמה ברשומות, שונתה ההוראה ונקבע בסעיף 43ד להצעת החוק המקורית, שכותרתו "שמירת אחריות פלילית", כי "א) תשלום עיצום כספי לא יגרע מאחריותו הפלילית של אדם בשל הפרת הוראה לפי חוק זה, כאמור בסעיף 47 לחוק זה. ב) הוגש נגד אדם כתב אישום בשל הפרת הוראה לפי חוק זה, כאמור בסעיף 47, לא יחויב בשל המעשה המהווה את העבירה בתשלום עיצום כספי, ואם שילם המפר עיצום כספי - יוחזר לו סכום העיצום הכספי ששולם, בתוספת הפרשי הצמדה וריבית מיום תשלומו עד יום החזרתו". כלומר, ייתכן שעמדתה המקורית של הרשות (כפי שבאה לידי ביטוי בתזכיר) היתה, כי סנקציה מינהלית בדמות הטלת עיצום כספי והעמדה לדיון פלילי הן סנקציות חלופיות (כנראה משיקולים של הרתעת יתר). אלא שבהמשך, הרשות עמדה על כך שיישמרו לה סמכויות האכיפה הפליליות, אף לאחר שהוטל על המפר עיצום כספי. בדיוני הוועדה הסבירו נציגי הרשות, כי הכוונה היא שסמכות העמדה לדיון לאחר הטלת עיצום כספי תופעל רק במקרים בהם נתגלו ראיות חדשות המצדיקות זאת. בהתאם לכך, הורה יו"ר הוועדה, ח"כ שאמה-הכהן, כי לשון ההוראה תשונה בהתאם (ראו פרוטוקול ישיבה מס' 822 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-18, 28-29 (2.4.12)). מעניין לציין בהקשר זה, כי נוסח ההוראה בהצעת החוק המקורית, שהובאה לדיון בפני הוועדה, זהה להוראה הקבועה בסעיף 52כח לחוק ניירות ערך, המתייחס לעיצומים כספיים המוטלים בידי הרשות לניירות ערך (להבדיל מוועדת האכיפה המינהלית שהוקמה לפי חוק זה). אלא שההוראות אשר בגין הפרתן רשאית הרשות לניירות ערך (להבדיל מוועדת האכיפה המינהלית) להטיל עיצום כספי, שונות מהותית מההפרות המנויות בחוק ההגבלים העסקיים, או לפחות מרובן, שכן, המנגנון של הטלת עיצום כספי בידי הרשות לניירות ערך יחודי, בעיקרו של דבר, להפרות הניתנות להוכחה בקלות יחסית (מדובר ככלל בהוראות המהוות, בעיקרן, חובות דיווח ופרסום, הוראות טכניות

תשלום העיצום הכספי - יוחזר למפר הסכום ששולם.⁷³ במצב הדברים ההפוך, כאשר קודם הוגש נגד אדם כתב אישום, הרי שהגשת כתב האישום תמנע הטלת עיצום כספי. יחד עם זאת יובהר, כי ההחלטה אם להטיל עיצום כספי או להגיש כתב אישום מלכתחילה נתונה לשיקול דעתו הבלעדי של הממונה, מבלי שנקבעו לעניין זה קריטריונים מנחים כלשהם.

מפר שנמסרה לו הודעה על כוונתו של הממונה להטיל עליו עיצום כספי ("הודעה על כוונת חיוב"), יהא רשאי לטעון את טענותיו בכתב לפני הממונה,⁷⁴ ואם טען בכתב, יוכל לטעון טענותיו לפני הממונה גם בעל-פה,⁷⁵ לעניין הכוונה להטיל עליו עיצום כספי ולעניין סכומו. הטיעון יתקיים בתוך 60 יום ממסירת ההודעה על כוונת חיוב, כאשר לממונה סמכות להאריך את התקופה האמורה בעוד 90 ימים, מנימוקים שיירשמו.⁷⁶ נקל לראות, כי מדובר בפרוצדורה מהירה, בפרט בהתחשב בסנקציה המירבית שניתן להטיל במסגרתה וכן באופיה של המאטריה ההגבל-עסקית.

-
- באופיינו, כך לפי דברי הסבר לטיוטת הצעת חוק ייעול הליכי האכיפה ברשות ניירות ערך (תיקוני חקיקה), התשי"ע-2010 (דברי הסבר (הצעת חוק ייעול הליכי האכיפה ברשות ניירות ערך (תיקוני חקיקה), התשי"ע-2010, ה"ח 477, 440, 489 ("דברי הסבר לתיקון חוק ניירות ערך"). על כן נדמה כי ההקבלה לסעיף 52כח לחוק ניירות ערך בהקשר זה אינה ראויה. ביחס לשאר ההפרות של חוק ניירות ערך, הנתונות בסמכותה של ועדת האכיפה המינהלית (ולא של הרשות לניירות ערך), נקבע, כי משזומן המפר לברור הפרה או משנמסרה לו הודעה על פתיחה בהליך אכיפה מינהלי, לא יוגש בשל המעשה המהווה את ההפרה כתב אישום נגד המפר (סעיף 52סא) לחוק ניירות ערך). עוד נקבע, כי במקרה ההפוך - בו הוזחר אדם בחשד לביצוע עבירת ניירות ערך, לא יפתח הליך מינהלי בשל המעשים נושא העבירה, אלא במקרים בהם הוחלט שלא להעמיד את החשוד לדין או שהחשוד הועמד לדין אך יו"ר רשות ניירות ערך, בהתייעצות עם פרקליט מחוז, שוכנע, בהחלטה מנומקת בכתב, כי מתקיימות נסיבות מיוחדות לפתיחת הליך מינהלי בשל המעשים נושא העבירה (סעיף 52סב) לחוק ניירות ערך).
73. השוו: פסק דינו של כב' השופט א. מצא, ע"א 1497/01 הובר נ' הממונה האזורי מע"מ, חיפה, פד"י נו(5), 947 (5.8.03), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il, שם ראה כב' השופט מצא לבטל סנקציה של קנס מינהלי - סנקציה בעלת אופי עונשי שמצויה בשיקול דעתו של הממונה האזורי בענייני מע"מ - כאשר בגין אותו מעשה הוטל גם עונש פלילי.
74. התיקון לחוק אינו כולל התייחסות מפורשת לזכות של מפר לעיין במידע שבידי הממונה, הנוגע להפרה שבשלה נמסרה לו הודעה על כוונת חיוב. המשמעות היא, שזכות העיון של המפר מקבילה לזכות העיון הרחבה המעוגנת בהלכה הפסוקה, למשל בבג"ץ 93/06 ז.נ. כל גדר בע"מ ואח' נ' שר התעשייה, המסחר והתעסוקה (2.8.11), אתר תאגידים: www.taagidim.co.il. יוער, כי מדובר בריכוך של הצעת החוק המקורית שהונחה בפני הוועדה. שכן, בהצעת החוק המקורית נקבעו מגבלות על זכות העיון. בין היתר נקבע, כי "זכות העיון לא תחול לגבי מידע שהוראות סעיפים 9(א) או 14 לחוק הופש המידע, התשנ"ח-1998... חלות לגבינו" (סעיף 150 להצעת החוק המקורית) (הכוונה, למשל, למידע שגילוי מהווה פגיעה בפרטיות, או מידע שבגילוי יש חשש לפגיעה בביטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה, בביטחון הציבור או בשלומו של אדם).
75. זכותו של מפר שטען טענותיו בכתב, להביאן גם בעל-פה בפני הממונה, לא הופיעה בהצעת החוק המקורית; זו כללה רק זכות לטיעון בכתב. בעקבות הערות שנשמעו בדיון הראשון בוועדה, סוכם על הכנסת תיקון בהתאם (ראו פרוטוקול ישיבה מס' 822 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-18, 16 (2.4.12). אם כי יוער, כי זכות זו היתה מצויה בנוסח קודם להצעת החוק המקורית - קרי, בתזכיר שפורסם על ידי הרשות. זכות הטיעון שהופיעה בתזכיר כללה גם זכות טיעון בעל-פה למפר שמימש זכותו לטעון בכתב, בדומה לזכות הטיעון שנקבעה, בסופו של יום, בתיקון לחוק.
76. בהצעת החוק המקורית נקבע, כי לממונה תהא סמכות להאריך את התקופה האמורה ב-60 ימים בלבד. בדיון האחרון בוועדה סוכם, כי תקופת ההארכה תעמוד על 90 ימים (ראו פרוטוקול ישיבה מס' 822 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-18, 16 (2.4.12).

פרוצדורה מהירה זו מאפשרת לממונה להטיל את העיצומים הכספיים בזריזות יחסית, ואינה מקנה למפרים זכויות דיוניות מספקות, דוגמת הזכות לזמן עדים מטעמם ולחקור בחקירה נגדית עדים מטעם הרשות (מכל מקום לא במפורש).

הממונה יפרסם את דבר הטלת העיצום הכספי ברבים.⁷⁷ מפר שהוטל עליו עיצום כספי, כאמור, יהא רשאי לערור לפני בית הדין, בפרק הזמן הקבוע בתיקון לחוק, כאשר ברירת המחל הוא, שהגשת ערר כאמור לא תעכב את תשלום העיצום.

באופן חריג, התיקון לחוק לא קבע מגבלת זמן מפורשת לעניין הטלת עיצום כספי,⁷⁸ כך שלכאורה ניתן להטיל עיצום כספי בגין הפרה של הוראות החוק אף זמן רב לאחר התרחשותה. התיקון לחוק גם אינו קובע מפורשות, כי הוראותיו לא יחולו רטרואקטיבית.⁷⁹

ואם לא די בכל האמור, קיים איסור על עריכת הסדרים לשיפוי וביטוח של מפרים פוטנציאליים, למעט ככל שמדובר בהוצאות שהוצאו בקשר עם ההליך שהתנהל בעניין. מדובר בהוראה אשר משליכה באופן ישיר על מידת ההרתעה של החוק, ועל הפוגעניות הטמונה במנגנון העיצומים הכספיים (על כך בהמשך).⁸⁰

עד כאן עיקרי התיקון לחוק. עולה מהמקובץ, כי מנגנון העיצומים הכספיים שהוכנס לאחרונה לחוק ההגבלים העסקיים מתאפיין בתחולה רחבה, הוראותיו אחידות וגורפות למדי, הסנקציה המירבית שניתן להטיל מכוחו גבוהה במיוחד, והכל כאשר למפרים פוטנציאליים אין אפשרות לבטח עצמם מבעוד מועד.

יותר מכך, מדובר במנגנון חריג ביחס למנגנוני עיצומים כספיים אחרים הקבועים בחקיקה הכלכלית בישראל, וזאת בשורה של היבטים: אין בו מדרג מספק בין הפרות שונות הנבדלות זו מזו באופיין ובחומרתן, לא לעניין גובה העיצום הכספי המירבי (למעט דרישת נתונים) וגם לא לעניין תקופת ההתיישנות (שכלל אינה קבועה במפורש

77. בדיון האחרון בוועדה סוכם, כי פרסום זה יכלול גם את עיקרי הנימוקים לעצם הטלת העיצום הכספי ולסיכומו (ראו פרוטוקול ישיבה מס' 822 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-18, 24-25 (2.4.12)).

78. זאת בניגוד להסדרים מקבילים בחקיקה כלכלית בישראל אשר קובעים תקופת התיישנות ברורה, ואף דיפרנציאלית, להטלת עיצומים כספיים. כך למשל, בחוק ניירות ערך נקבעו תקופות התיישנות דיפרנציאליות, אשר נעות משנה ועד שבע שנים, בהתאם לסוג ההפרה (סעיף 52נט לחוק ניירות ערך).

79. עם זאת, נציגי הרשות ומשרד המשפטים הבהירו במהלך דיוני הוועדה, כי התיקון לחוק לא יחול רטרואקטיבית ביחס להפרות שבוצעו ערב יום התחילה שלו. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 822 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-18, 46 (2.4.12). נדמה שניתן היה להגיע לתוצאה דומה גם תוך יישום הכלל לפיו, "חוק אינו בר פועל למפרע, ומצוותו אינה פונה אלא כלפי העתיד", כדברי כבוד נשיא בית המשפט העליון (בדימוס) אהרן ברק (אהרן ברק, **פרשנות במשפט** 617-618 (כרך שני, 1993)).

80. חשוב לשים לב, כי מדובר בהוראה שלא נכללה מלכתחילה בתזכיר שהוכן על ידי הרשות. האיסור על שיפוי וביטוח מופיע לראשונה בהצעת החוק המקורית (שפורסמה כאמור ברשומות בדצמבר 2011). איסור זה הוא אימוץ עיוור של האיסור שהוכנס לחוק ניירות ערך במסגרת התיקון לחוק ניירות ערך מינואר 2011, חרף הביקורת הקשה שנשמעה כנגדו, בין היתר מפייהם של יוזמי התיקון לחוק ניירות ערך בעצמם ופרופ' גושן בראשם (יו"ר הרשות לניירות ערך דאז) (ראו בהקשר זה פרוטוקול של ועדת הכספים, הכנסת ה-18 (27.7.10)).

בתיקון לחוק);⁸¹ אף למתווה לקביעת גובה העיצום הכספי המירבי - כתלות במחזור המכירות הכולל של התאגיד המפר - אין אח ורע;⁸² התיקון לחוק מקנה סמכות בלעדית לממונה לבדו, בעוד שבחלק מדברי החקיקה האחרים הסמכות להטיל עיצום כספי מוקנית לוועדה ייעודית, כך לפחות ביחס לחלק מההפרות;⁸³ גם בהיבט של היחס בין אכיפה פלילית למינהלית, התיקון לחוק שונה מדברי חקיקה אחרים, בכך שאין בו הפרדה מספקת בין שני המישורים;⁸⁴ לבסוף, התיקון לחוק חריג בכך שאינו קובע מגבלת זמן מפורשת להטלת עיצום כספי.⁸⁵

ד. על קשיי התיקון לחוק ועל חרפת חוסר הוודאות: לא תפסת

אין ספק שעיצומים כספיים יכולים לשמש כלי אכיפה יעיל ואפקטיבי, בעיקר מכיוון שרמת ההוכחה הנדרשת על מנת להפעיל כלי זה נמוכה ביחס לרמת ההוכחה בהליך

81. בשונה מהמנגנון בתיקון לחוק, מנגנונים עדכניים בחקיקה הכלכלית בישראל קובעים מדרג של הוראות, בהתאם לאופי ההוראה ולדרגת החומרה. כך למשל, חוק ניירות ערך מסווג את ההוראות שבגין הפרתן רשאית ועדת האכיפה - אשר הוקמה מכוח חוק ניירות ערך - להטיל עיצום כספי, לשלוש קבוצות, בהתאם לאופיין ולדרגת חומרתן. בהתאם לדירוג זה נקבעים גובה העיצום הכספי, תקופת ההתיישנות ועוד. ראו התוספת השביעית לחוק ניירות ערך וכן את סעיפים 52ג, 52ו ו-52נט לחוק ניירות ערך. כאמור לעיל, מנגנון העיצומים הכספיים בענייננו אינו קובע מדרג בין הפרת הוראות מדרגת חומרה שונה, אלא מתייחס להפרה של כל אחת מההוראות (למעט דרישת נתונים) - ללא קשר לטיבה ולאופיה של ההוראה, באופן אחיד.
82. בחוק ניירות ערך, בחוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000 ("חוק איסור הלבנת הון") ובחוק שירות נתוני אשראי, התשס"ב-2002 ("חוק שירות נתוני אשראי"), נקבעים שיעורי העיצום הכספי בהתאם לסוג ההוראה שהופרה (ולחומרתה), ואף לא אחד מהחוקים הללו קובע את שיעור העיצום הכספי כאחוז ממחזור המכירות של התאגיד, כפי שנקבע בתיקון לחוק. חוק ניירות ערך מתייחס אומנם, בחלק מהמקרים, להון העצמי של המפר, אלא שהון עצמי הוא פרמטר שמשקף במידה טובה יותר איתנות פיננסית, ביחס למחזור מכירות של תאגיד. חוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981 ("חוק הבנקאות (שירות ללקוח)") קובע שיעורים קבועים מראש (לא מירביים), בהתאם לסוג ההפרה.
83. לפי התיקון לחוק, הסמכות להטיל עיצום כספי נתונה בידי של הממונה לבדו. הממונה מחויב אומנם להיוועץ בוועדה לפטורים ומיזוגים, אך מדובר בהיוועצות גרידא וההחלטה נותרת בידי. הסדר זה שונה מההסדרים הקבועים בחוק איסור הלבנת הון, בחוק ניירות ערך, ובחוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד-1994 ("חוק השקעות משותפות בנאמנות") בהם נקבע, כי תוקם ועדה מיוחדת שתהיה אמונה על הטלת העיצום הכספי (כך לפחות ביחס לעיצומים המוטלים בגין הפרת חלק מההוראות). לעניין זה משמעות קשה במיוחד על רקע רוחב הסמכויות המוקנות לממונה על הגבלים עסקיים ממילא, ובהתחשב בכך, שבידיו סמכויות החולשות על כל שלבי ההליך הפלילי. כך גם על רקע העובדה, כי אין בתיקון לחוק כל התייחסות או קריטריון לאופן הפעלת שיקול הדעת של הממונה בהחלטתו איזה נתיב אכיפה יינקט בנסיבות מקרה מסוים - מינהלי או פלילי, כמו גם התייחסות לנקודת הזמן בה החלטה כאמור צריכה להתקבל.
84. בחוק ניירות ערך נקבע ביחס להפרות הנתונות בסמכותה של ועדת האכיפה המינהלית (ולא הרשות לניירות ערך), כי משזומן המפר לבירור הפרה או משנמסרה לו הודעה על פתיחה בהליך אכיפה מינהלי, לא יוגש בשל המעשה המהווה את ההפרה כתב אישום נגד המפר. ראו סעיף 52ה(א) לחוק ניירות ערך. ראו גם סעיף 15(ב) לחוק איסור הלבנת הון.
85. חוק ניירות ערך וחוק השקעות משותפות בנאמנות, למשל, קובעים מגבלת זמן דיפרנציאלית, בהתאם לסוג ההוראה המופרת ולחומרתה (ראו סעיפים 52טז ו-52נט לחוק ניירות ערך, וסעיף 120(ג) לחוק השקעות משותפות בנאמנות).

פלילי. משכך, הם גם עשויים לקדם את אכיפת חוק ההגבלים העסקיים, תוך חיסכון במשאבי הציבור. אלא שמנגנון העיצומים הכספיים שהוכנס אך לאחרונה לחוק, מבקש לתפוס מכל הבא ליד ולהתפרס לכל עבר. עוצמתו ורוחבו עלולים לעמוד לו לרועץ, ובסופו של יום להחטיא את מטרתו, הלא היא יצירת הרתעה אפקטיבית ואכיפה יעילה של חוק ההגבלים העסקיים.

כך הם פני הדברים משלושה טעמים: **ראשית**, משום שמנגנון העיצומים הכספיים נושא בחובו פוטנציאל ממשי דווקא להגברת הרתעת היתר הבלתי רצויה; **שנית**, משום שיצירת הרתעה אפקטיבית תלויה בראש ובראשונה בהבהרה של ההוראות העמומות הכלולות בחוק, ולא בהרחבת סמכויות האכיפה המוקנות לממונה; **ושלישית**, מהטעם שהתיקון לחוק אינו יוצר הפרדה ברורה ומספקת בין המישור הפלילי למישור המינהלי. הגבולות המטושטשים הללו לא רק שהם אינם ראויים, אלא שהם גם עלולים להעצים את החשש מפני "הפללה עצמית", ועל כן לפגוע בסופו של דבר ביעילות המנגנון. נפרט:

על החשש מפני הגברת הרתעת היתר. מנגנון העיצומים הכספיים קובע סכומים מירביים אסטרונומיים (ראו פרק ג' לעיל). בנוסף, המתווה שאומץ לקביעת גובה העיצום הכספי שיוטל, עלול להביא למצב אבסורדי, בו אף שהפעילות של התאגיד המפר בתחום ההפרה מצומצמת יחסית, החשיפה לסנקציה עודנה גבוהה, שכן גובה העיצום הכספי המוטל נגזר ממחזור המכירות הכולל של התאגיד, להבדיל ממחזור המכירות בתחום ההפרה בלבד.⁸⁶ כמו כן, גובה העיצום הכספי אינו תואם בהכרח את יכולתו הפיננסית של המפר.⁸⁷ הוועדה קבעה אמנם, שהממונה יחויב לשקול, בין היתר, נסיבות של חשש משמעותי כי כתוצאה מהטלת העיצום הכספי לא יוכל

86. בדיוני הוועדה נשמעו ביקורות רבות על כך שסכום העיצום הכספי נגזר ממחזור המכירות הכולל של התאגיד, להבדיל ממחזור המכירות בתחום ההפרה בלבד. בין היתר לנוכח העובדה שמדובר במנגנון חריג, שאין לו אח ורע במנגנוני עיצומים כספיים אחרים בחקיקה הכלכלית בישראל. יותר מכך, הרשות עצמה, בהקשר אחר, הכירה בכך שסנקציה מינהלית צריכה להיקבע בזיקה לתחום הפעילות הרלוונטי להפרה בגינה מוטלת הסנקציה. כך, בטיטות גילוי דעת של הרשות שפורסמה לאחרונה (ביום 27 בספטמבר 2011) בעניין ביצוע בפועל של מיזוגים שאינם מעלים חשש תחרותי, נקבע, כי כאשר בוצע מיזוג מבלי שנתבקש אישור מראש בשל טעות, והמיזוג אינו מעלה חשש לפגיעה בתחרות, הממונה יימנע מלנקוט צעדי אכיפה, בכפוף לאישור צו מוסכם שעיקרו תשלום לקופת המדינה בסך 1% משווי עסקת המיזוג (ולא יותר ממיליון ש"ח). כלומר, הממונה הביע דעתו, כי הסנקציה המינהלית (סכום כספי שישולם על פי הצו המוסכם באותו מקרה) צריכה להיגזר מערך העסקה שביחס אליה בוצעה ההפרה - ובמילים אחרות, הפעילות הרלוונטית להפרה (ראו את טיוטת "גילוי דעת 11/___ - ביצוע בפועל של מיזוגים שאינם מעלים חשש תחרותי" www.antitrust.gov.il/files/09-11.pdf, עמ' 4). בתגובה לביקורות אלה, הבהירו נציגי הרשות, כי במקרים בהם ההפרה תתבצע בתחום פעילות ספציפי של המפר, או למשל ביחס למוצר ספציפי, הדבר יילקח בחשבון בשיקולים לקביעת גובה העיצום הכספי המפורטים בתיקון לחוק (הפרמטר של עלילות הפגיעה בתחרות או בציבור) (ראו פרוטוקול ישיבה מס' 758 ועדת הכלכלה, הכנסת ה-18, 11-12 (22.2.12)).

87. כאמור, חוק ניירות ערך מתייחס, בחלק מהמקרים, להון העצמי של המפר, פרמטר המשקף במידה טובה יותר איתנות פיננסית, בהשוואה לפרמטר של מחזור המכירות של התאגיד.

התאגיד המפר לפרוע את חובותיו ותופסק פעילותו⁸⁸ (בכדי למנוע מצב בו הטלת עיצומים כספיים תוביל לקריסתם של תאגידים או לפליטתם מהשוק). אלא שאין בכך משום ריכוך מספק של עוצמת הפגיעה הפוטנציאלית.

נזכיר, כי גם יחידים חשופים לסנקציה בעלת משמעות אדירה - עד מיליון ש"ח בגין מרבית ההפרות. התיקון לחוק אף אינו מבחין במפורש בין נושאי משרה בכירים לזוטרים, או בין נושאי משרה שהם בעלי מניות לכאלה שאינם (למעט אמירה כוללת לפיה על הממונה לשקול את יכולתו הכלכלית של המפר היחיד כמו גם נסיבות אישיות רלוונטיות).

אין ספק שחומרת הסנקציה הפוטנציאלית אליה חשופים מעתה תאגידים ויחידים, תגדיל את המשקל הסגולי של חוק ההגבלים העסקיים מנקודת מבטם של מנהלי עסקים. ודאי שיש בכך היבטים חיוביים. אלא שלצד ההיבטים החיוביים קיים חשש, שלסנקציה הפוטנציאלית העוצמתית תהא השפעה "מצננת" גם על פעילות עסקית רצויה, או על פעילות עסקית שאינה פוגעת בתחרות ובציבור, וזאת בשים לב לתחלואיו של חוק ההגבלים העסקיים ורוחב הגדרותיו (ראו פרק ב.1 לעיל).

דוגמה לכך תהא מצב הדברים הבא: נניח ששני מתחרים מבקשים להתקשר ביניהם בהסכם להקמת מיזם משותף, כזה שייצור סינרגיה ויגביר את היעילות במשק. נניח גם שהמיזם המשותף נכנס בגדרם של פטורי הסוג שהותקנו לפי סעיף 15 לחוק ההגבלים העסקיים. אלא שלשני המתחרים אין די משאבים לברר שאלה זו בשל העלויות הכרוכות בבירור כזה או בשל סד הזמנים בו הם נתונים, וגם אין בידיהם יכולת או משאבים לפנות למערך ההגבלים העסקיים לקבלת הכשר למיזם. כבר לפני שהתקבל התיקון לחוק היה ספק אם שני המתחרים יבחרו להוציא אל הפועל את המיזם היעיל בשל חששם מסנקציה אפשרית (אף שמדובר בחשש שווא). כעת, לאחר שאומץ מנגנון העיצומים הכספיים, הרי שמסת השיקולים כנגד הוצאת המיזם המשותף אל הפועל, גדלה אף יותר.

אותה השפעה "מצננת" של התיקון לחוק מחריפה לנוכח האיסור על הסדרי שיפוי וביטוח. ה"צידוק" לאיסור טמון לכאורה ברצון להבטיח הרתעה מספקת,^{89,90} אלא

88. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 728 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-18 (24.1.12). יוער, כי הנוסח המקורי של הפרמטר הרלוונטי בסעיף המונה את השיקולים לקביעת גובה העיצום הכספי בנוסח הצעת החוק שהובא לדיון בוועדה ביום 22 בפברואר 2012 (פורסם באתר ועדת הכלכלה של הכנסת: www.knesset.gov.il/committees/heb/material/material_results.asp), היה "קיומה של ודאות קרובה כי כתוצאה מהעיצום יגיע המפר לחדלות פרעון". אלא שלנוכח ביקורות שנשמעו בעניין זה, סוכם בדיון האחרון בוועדה, כי הנוסח ירוכך (לנוסח המצוין לעיל), כך שדי יהיה בחשש משמעותי לפגיעה בתאגיד המפר, אף אם לא קיימת ודאות קרובה לכך.

89. ראו למשל, פרוטוקול ישיבה מס' 822 של ועדת הכלכלה הכנסת ה-18, עמ' 31 (2.4.12).

90. יש להעיר, כי בעוד הוועדה ישיבה על המדוכה, ניתן פסק דין בעתירת איגוד הנאמנים, במסגרתו עמד בית המשפט העליון על כך שקיימות טענות של ממש כנגד הגיונו של "צידוק ההרתעה" האמור (בקשר עם התיקון לחוק ניירות ערך). כך למשל, הבהיר בית המשפט העליון, כי "אין לבטל את נימוקי העותרים במחי יד" וכי "רבים מטיילים ספק" בהגיונה של הבחירה לאסור על עריכת הסדרי ביטוח ושיפוי בגין סנקציה מינהלית. בית המשפט העליון סבר, כי ניתן להעלות שורה של טענות כנגד הגיונו של "צידוק"

שלא ברור, מדוע יש צורך בהרתעה נוספת במקרים בהם כבר קיימת הרתעת יתר כבענייננו (לפחות ביחס לחלק מהוראות החוק).

נעיר, כי הישועה לאותה השפעה "מצננת" לא תימצא בשיקולים אותם מונה התיקון לחוק לעניין גובה העיצום הכספי. אף ששיקולים אלו נועדו למתן את חוסר הוודאות, נדמה שבפועל, חוסר הוודאות לא יפחת. ראשית, משום שיישום השיקולים, מעצם טיבו, מאפשר לממונה שיקול דעת רחב ביותר בהחלטותיו ועלול להוביל למגוון רחב של תוצאות שונות באותן נסיבות. הרי ניתן לחשוב על נסיבות בהן תעלה טענה, כי הממונה שקל, לדוגמה, את עובדת היעדרן של הפרות קודמות, אך ראה לנכון לתת לשיקול זה משקל אפסי. יתרה מכך, השיקולים עצמם נוסחו באופן רחב. כך הוא לדוגמה השיקול שעניינו "מידת הפגיעה שההפרה עלולה לגרום לתחרות או לציבור". בדומה לסעיף 2 לחוק, גם כאן נעשה שימוש במונח הרחב של "עלילות" הפגיעה בתחרות או בציבור, להבדיל מדרישה לקיומה של פגיעה בפועל.

בשל אלה עלול התיקון לחוק להעצים תופעות בלתי רצויות מהן סובל חוק ההגבלים העסקיים כבר כיום.

על החשש כי מנגנון העיצומים הכספיים לא יסייע ביצירת הרתעה אפקטיבית ובמניעה מראש של הפרות החוק. במהלך דיוני הוועדה הבהיר הממונה, כי הצורך במנגנון עיצומים כספיים בולט במיוחד בקשר עם הפרות שעלולות לגרום לנזק חמור לתחרות או לציבור, אך אינן נאכפות כיום באמצעים פליליים (כלי האכיפה המרכזי שמצוי כיום בידי הממונה), וזאת בשל חוסר התאמה. אחת הדוגמאות אותן הציג הממונה בהקשר זה היתה סיטואציה של "גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין".⁹¹

אלא שלטעמנו, תנאי הכרחי לשיפור אכיפת ההוראות הנוגעות למונופולין טמון בהבהרת גבולות הגזרה של האסור והמותר בהקשר זה. כל עוד חוסר הבהירות והעמימות של החוק, אשר על חלקם עמדנו לעיל (ראו פרק ב.1), נותרים על כנם, הוספת אמצעי אכיפה לא תועיל ולא תיצור הרתעה אפקטיבית.⁹²

ההרתעה וביניהן: התמריצים שחברות הביטוח מספקות למפר הפוטנציאלי להימנע מלהביא להתרחשות מקרה הביטוח (בצורת הנחות במקרה של העדר תביעות ולחילופין, הגדלת הפרמיה ושיעור ההשתתפות העצמית אצל מי שהביא להתרחשות מקרי ביטוח); וכן, שקיומו של ביטוח מאפשר למבוטח לקבל מידע על השפעת התנהגותו על מצבו הכלכלי, דבר שמשמש אף הוא כתמריץ לנקוט בצעדים למניעת התרחשות המקרה הביטוחי. אף על פי כן החליטה הוועדה (ולאחר מכן גם מליאת הכנסת) לאשר את ההוראה האוסרת על שיפוי וביטוח במסגרת התיקון לחוק ולהותירה כמו שהיא. הוועדה גם לא צמצמה את האיסור על שיפוי וביטוח כך שיחול, למשל, אך ורק במקרים בהם הפרת החוק נעשתה במזיד, ככוונה תחילה, מתוך מודעות מלאה וכו'. למען שלמות התמונה נזכיר, כי בית המשפט העליון דחה בסופו של דבר את עתירת איגוד הנאמנים, אך זאת מהטעם של חוסר בשלות.

91. פרוטוקול ישיבה מס' 728 של ועדת הכלכלה הכנסת ה-18, 2 (24.1.12).

92. על חוסר הבהירות שבהגדרת העבירות הכלכליות ונפקויותיה ראו מאיר גלבוש "החקירה בעבירות הכלכליות ובעבירות הצווארון הלבן" מגמות בקרימינולוגיה: תאוריה, מדיניות ויישום (מאיר חובב, לסלי סבה ומנחם אמיר, עורכים, בהוצאת המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, המכון לקרימינולוגיה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 2002), חלק ראשון, פרקים

כאשר אדם אינו יודע אם הוא בגדר מונופולין אם לאו, או כאשר הוא יודע שהוא בגדר מונופולין (או עלול להיחשב ככזה), אך מהות האיסורים החלים על בעל מונופולין אינה ברורה לו, הרי שגם אם יכלול החוק כלי אכיפה עוצמתיים לאין שיעור בגין הפרת ההוראות הנוגעות למונופולין, לא יהיה בכך כדי לסייע לאותו אדם לנהוג מראש על פי הוראות החוק.

גם מטעם זה חששנו הוא, כי התקוות שנתלו במנגנון העיצומים הכספיים להגברת אפקטיביות האכיפה של חוק ההגבלים העסקיים, לא יתממשו.

כאן המקום לציין, כי סוגיית חוסר הבהירות המאפיין חלק מהוראות חוק ההגבלים העסקיים עלתה במסגרת הדיונים בוועדה. כך בייחוד לגבי ההוראות והאיסורים החלים על בעלי מונופולין.⁹³ אלא שהכפפה לא הורמה, והעמימות נותרה כפי שהייתה. התיקון לחוק קובע אמנם, כי הטלת עיצומים כספיים בקשר עם מעשה של בעל מונופולין המהווה סירוב בלתי סביר לספק או לרכוש נכס או שירות שבמונופולין, או המהווה ניצול לרעה של מעמדו, תיעשה רק לאחר פרסום של המעשים האסורים בהקשר זה ברשומות, אלא שנכון לעתה, אין לדעת אם היא בפרסום כזה די לפתור את קשיי העמימות הנוגעים להפרות הללו.

על החשש שנעוץ בהעדר החיץ בין המישור הפלילי למישור המינהלי. קושי נוסף בו לוקה התיקון לחוק נוגע לריכוז הסמכויות בידי הממונה, ולהעדרה של הפרדה ברורה בין המישור הפלילי למישור המינהלי. כאמור לעיל, עוד בטרם אושר התיקון לחוק, היקנה חוק ההגבלים העסקיים סמכויות מגוונות לממונה, בפרט בהיבט הפלילי (ראו פרק ב.2). התיקון לחוק מקנה לממונה סמכות נוספת, וזאת מבלי להתייחס כלל לשיקולים אותם נדרש הממונה ליישם בעת בחירת אמצעי האכיפה המתאים - פלילי, עיצום כספי, או סנקציה מינהלית אחרת. התיקון לחוק גם אינו מחייב את הממונה במפורש לבחור **מראש** בנתיב האכיפתי שבדעתו לילך בו.

חוסרים אלה עלולים להוביל לזגזוג בלתי רצוי בין מישור האכיפה הפלילי למינהלי. כך, בין היתר, בהיבט של אופן איסוף הראיות. והרי במישור הפלילי מוקנות לממונה סמכויות חיפוש ותפיסה רחבות במיוחד, פולשניות ממש. הפעלת סמכויות אלה עשויה להיות מוצדקת כשקיים חשש להפרה חמורה של החוק, כזו שראוי לטפל בה במישור הפלילי. ספק אם הפעלת סמכויות אלה מוצדקת כשעסקינן בהפרות שראוי לטפל בהן במישור המינהלי בלבד. הרי בקשר עם הפרות כאלה ניתן להסתפק באמצעים פוגעניים פחות, דוגמת סמכות דרישת הנתונים. בל נכחד: כבר לפני שאומץ התיקון לחוק היה קושי בחוק ההגבלים בהיבט זה, שהרי אין בחוק הוראה מפורשת המונעת מהממונה לעשות שימוש בראיות שאסף במסגרת חקירה פלילית שניהל, לצורך הפעלת סמכויותיו המינהליות.⁹⁴ אלא שעיוות זה מוחרף כאשר התיקון לחוק מרחיב את סמכויותיו המינהליות של הממונה.

1א, ב1, ו-3 בפרט; ולביקורת על חוסר הבהירות שבהגדרת תחומי האחריות המשפטית בעבירות כלכליות ראו קנת מן "אפיונים מיוחדים של עבריינות הצווארון הלבן" **עינוי משפט** טו(3) 415, 426 (1990).

93. ראו, למשל, פרוטוקול ישיבה מס' 728 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-18 (24.1.12).

94. בפועל, הממונה עושה שימוש בראיות פליליות במסגרת הליכים מינהליים כבר כיום. ראו קביעה לפי סעיף 43(א1) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר הסדר כובל בין חברות הסעה ביעדים

על רקע זה, ולנוכח העובדה שהטלת עיצום כספי אינה מונעת בהכרח הגשתו של כתב אישום בגין אותו מעשה בהמשך (במקרה בו התגלו עובדות או ראיות חדשות), עלול להתעורר אצל מפירים החשש, כי תשלום עיצום כספי שהוטל עליהם יתפרש כהודאה בחבות. הדבר יעצים את חששם מפני "הפללה עצמית", ולכן יתמרץ אותם לתקוף כל עיצום כספי שמוטל עליהם באשר הוא. כך אנו עלולים להימצא במצב בו מטרתו העיקרית של התיקון לחוק - יצירת מנגנון אכיפה יעיל, מהיר ואפקטיבי - תסוכל.⁹⁵

סיכומו של עניין, לחוק ההגבלים העסקיים התווסף אך לאחרונה מנגנון עיצומים כספיים עוצמתי ורחב: המנגנון מקנה לממונה סמכות להטיל עיצומים כספיים בסכומים מירביים אסטרונומיים; הוא אוסר על עריכת הסדרי שיפוי וביטוח; אינו כולל שיקולים ברורים להטלת העיצום ולגובהו; אינו כולל מדרג בין סוגי הוראות, מדרגת חומרה שונה; אין בו חיץ ברור ומספק בין המישור המינהלי למישור הפלילי, כאשר הסמכויות הללו מוקנות כולן לממונה בלבד; וכן מקנה למפירים זכויות דיוניות מוגבלות בלבד.

אלא שאליה וקוץ בה. לעוצמתו ולרוחבו האמורים של המנגנון יש היבטים שליליים. כפי שפורט לעיל, קיים חשש, כי מנגנון העיצומים הכספיים אך יחריף את חוסר הוודאות הכרוך בחוק ההגבלים העסקיים ואת הרתעת היתר הבלתי רצויה, ובד בבד לא יצלח בהשגת מטרתו המרכזית - יצירת הרתעה אפקטיבית ואכיפה יעילה של חוק ההגבלים העסקיים.

ה. עקרונות מוצעים להפעלת מנגנון העיצומים הכספיים

נעמוד להלן על שני עקרונות מוצעים, שהפעלתם תמזער, לתפיסתנו, את החשש מפני תוצאות בלתי רצויות אשר עלולות לצמוח ממנגנון העיצומים הכספיים: עקרון התכלית ועקרון הבהירות.

עקרון התכלית

על פי עיקרון זה, מנגנון העיצומים הכספיים לא יופעל בגין פרקטיקות עסקיות שמהוות הפרות של החוק, אף שבין מניעתן לבין מטרת החוק קיימת זיקה רופפת בלבד. כוונתנו היא לכל אותן פרקטיקות שנחשבות לכאורה אסורות על פי החוק, וזאת לנוכח ניסוחו הבעייתי של החוק ובשל תחולתו הרחבה מדי (ראו פרק ב.1 לעיל).

אכיפת הוראות החוק על פרקטיקות אלה אינה עולה בקנה אחד עם תכליותיו הברורות של חוק ההגבלים העסקיים, הלא הן ההגנה על התחרות ועל הציבור.

תיוור בע"מ; 3012980 **הגבלים עסקיים** 2001; וכן הודעה לעיתונות: הממונה על הגבלים עסקיים שוקל לקבוע קיומו של הסדר כובל בתחום התשתיות להולכת חשמל; 5001825 **הגבלים עסקיים** 2011. לטיעון ברוח זו ראו דבריו של עו"ד כורש בדיון בוועדה, פרוטוקול ישיבה מס' 728 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-18, 8 (24.1.12).

מדובר בפרקטיקות שלא ראוי היה לכלול אותן בגדרו של חוק ההגבלים העסקיים מלכתחילה ולכן אין טעם לאסור אותן, או להפעיל כנגדן אמצעי אכיפה כלשהם, פליליים או מנהליים. כך הם פני הדברים, כאשר מדובר למשל, בבעל מונופולין המוגדר ככזה בשל הוראות החוק הטכניות, אך בפועל הוא נעדר כוח שוק כלשהו. דוגמה אחרת היא הסדר בלעדיות אנכי שמועיל לתחרות, אך מוגדר כהסדר כובל.

ודוק: בשנים האחרונות, בעקבות מגמת הפרשנות התכליתית שקנתה לה שביתת בפסיקת בתי המשפט,⁹⁶ צומצמו במידת-מה גדריו הרחבים של החוק. מדובר אמנם בתהליך שרחוק ממיצוי, אך היה בו כדי לסייע במיקוד דיני ההגבלים העסקיים ובתחימה ראויה שלהם. בנוסף לכך, הממונה נהג, ככלל, שלא לנקוט באמצעי אכיפה פלילית כנגד פרקטיקות שמהוות לכאורה הפרה של החוק על פי לשונו, אך אינן בעייתיות על פי תכליותיו.⁹⁷ כוחות אלה פעלו לריכוך מסוים של הרתעת היתר הבלתי רצויה המאפיינת את חוק ההגבלים העסקיים. אלא שכעת, עם הוספת מנגנון עיצומים כספיים עוצמתי, החשש הוא, כי תופעת הרתעת היתר תשוב ותתעצם (ראו, למשל, את דוגמת המיזם המשותף שלא יצא אל הפועל, בפרק ד לעיל).

לכן, כדי למגר חשש זה, מוצע שלא להפעיל את מנגנון העיצומים הכספיים על כל אותן פרקטיקות שלא ראוי היה שייכללו בגדרי החוק מלכתחילה, וזאת כל עוד לא נעשה שינוי חקיקתי ממשי, כזה שיביא לצמצום משמעותי בתחולת הוראות החוק.

עקרון הבהירות

על פי עיקרון זה, מנגנון העיצומים הכספיים לא יופעל בגין פרקטיקות שאי-חוקיותן אינה ברורה, מהטעם שגבולות גזרתן או יסודותיהן עמומים במיוחד. עד שלא יינקטו פעולות קונקרטיות להבהרת המשמעות של ההוראות הללו, אזי אין זה ראוי להפעיל כנגדן אמצעי אכיפה או לבררן במסגרת הליך מינהלי מזוורז.

הטעם המרכזי לכך נעוץ בערך הוודאות המשפטית - ערך בסיסי בשיטת משפטנו. מושכלת יסוד היא, כי על הדין להיות ברור, מובן ופומבי, שכן הוא נועד, בין היתר, לחנך ולכוון התנהגויות. יש למנוע מצבים בהם אדם הופך למפר חוק מבלי דעת. היטיב לתאר זאת כבוד הנשיא (בדימוס) אהרן ברק, בכתביו:⁹⁸

"כל שיטת משפט צריכה להבטיח מינימום מסוים של ביטחון וודאות ביחסים בין בני אדם. היא צריכה לשמור על רמה מינימלית של עקביות וקוהרנטיות בהסדריה הנורמטיביים. שיטת משפט המשנה חדשות לבקרים את כלליה והנותנת לכללים החדשים תוקף למפרע, אינה מקיימת רמה מינימלית זו של ביטחון ושל ודאות. שיטת משפט שבה החוקים נסתרים ושבה האדם אינו יכול לדעת מה מותר ומה אסור מתוך עיון בחוקים, אינה שומרת על אמות

96. לעיל ה"ש 21.

97. השוו: גל וישראלי, לעיל ה"ש 6, עמ' 12-13.

98. אהרן ברק, פרשנות במשפט 471 (כרך שני, 1993).

מידה ראויות לקיום חיי משפט בחברה. חברה שאינה מקיימת ביטחון וודאות בהסדרים המשפטיים נכשלת ביסוד קיומה."

ראו גם את דבריו של השופט דיפלוק (Lord Diplock), אשר מצוטטים בהמשך דבריו של הנשיא (בדימוס) ברק, היפים לענייננו במיוחד:⁹⁹

"Unless men know what the rule of conduct is they cannot regulate their actions to conform to it. It fails in its primary function as a rule."

מנגנון העיצומים הכספיים הוא מנגנון אכיפתי צופה פני עבר, אשר מופעל בדיעבד על מעשים או על מחדלים שבוצעו עובר להליך הביטוח. במקרה בו משמעותן של הוראות מסוימות בדין שנויה במחלוקת, נתונה לפרשנות ואינה ברורה דיה, יציקת תוכן בדיעבד לתוך ההוראות הללו במסגרת ההליך המינהלי אינה ראויה. אין זה ראוי להכריע בדיעבד לעניין חוקיותם של מעשים או מחדלים כלשהם, שכן יהיה בכך מעין תחולת דין למפרע, המנוגדת לעקרון הוודאות במשפט.¹⁰⁰

ניסוח בהיר של הוראות דין הוא תנאי ראשוני לאכיפה יעילה ולהרתעה אפקטיבית. הוא חשוב בפרט כאשר הפרת ההוראות הללו עלולה לגרום הטלת סנקציה פוגענית ביותר, דוגמת העיצומים הכספיים מושא ענייננו, וכאשר מדובר בסנקציה המוטלת על ידי רשות מינהלית. רשות ההגבלים העסקיים, ככל רשות מינהלית, כפופה לסטנדרטים של הגינות וסבירות.¹⁰¹ לטעמנו אין זה סביר, וגם אין זה הגון, שהממונה יטיל עיצומים כספיים על פרקטיקה שאי-חוקיותה נקבעה בדיעבד.¹⁰²

לטעמנו, עקרון הבהירות ראוי שישמש, בראש ובראשונה, בקשר עם הוראות ואיסורים החלים על בעל מונופולין (ראו פרק ב.1 לעיל), ובכלל זה ההוראה האוסרת על גביית מחיר "בלתי הוגן".¹⁰³ כפי שהבהרנו לעיל, הפסיקה לא קבעה, כי החוק כולל עילה של גביית מחיר מופרז, להבדיל ממחיר טורפני (הגם שטענות כאלה הועלו לא אחת). בוודאי שלא הותוו גבולות גיזרה ברורים להוכחת קיומו של מחיר מופרז. יתר על כן, קיימים קשיים של ממש בהוכחת קיומו של מחיר מופרז. הרי אין דרך אחת ברורה לחשב את מחירו ה"הוגן" של מוצר, את העלויות הכרוכות בייצורו, או את הפער שהופך מחיר "הוגן" למחיר ש"אינו הוגן".¹⁰⁴ יוער, כי קשיים אלה אף מהווים

99. Diplock, *The courts as legislators* 16 (1965).

100. הדברים שלעיל מתכתבים גם עם עקרון החוקיות, המעוגן בסעיף 1 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, שקובע כי "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו" (וזאת הגם שאין עסקינן במאטריה הפלילית).

101. יצחק זמיר *הסמכות המנהלית* כרך ב פרק 28 (תשנ"ו).

102. כאמור, התיקון לחוק קובע, כי הטלת עיצום כספי בגין הפרת הוראות החלות על בעל מונופולין תיעשה לאחר פרסום של המעשים האסורים בהקשר זה ברשומות. נכון לעתה טרם פורסמה הבהרה כאמור, ומשכך, לא נוכל להתייחס במסגרת רשימה זו לפרסום עתידי זה.

103. לטיעון ברוח זו ראו דבריה של עו"ד קליין בדיון בוועדה, פרוטוקול ישיבה מס' 728 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-18, 4-3 (24.1.12).

104. להרחבה בעניין הקשיים האינהרנטיים בהוכחת מחיר מופרז ראו *Gilo, Excessive pricing*, לעיל ה"ש 38; לדיון בשיקולים שבאי-הכללת מחירים מופרזים תחת התיבה "מחירים בלתי הוגנים" ראו מיכל גל "גביית מחירים מונופוליסטיים - ניצול מעמד לרעה?" (הרצאה בכנס ניצול כוח מונופוליסטי לרעה

שיקול כבד משקל לכך שאין להתייחס למחירים מופרזים כאל מחירים "בלתי הוגנים".

כפי שהובהר לעיל, שיפור האכיפה בקשר עם הוראות החוק שכמעט שאין נאכפות היום במישור הפלילי, ובראשן ההוראות הנוגעות למונופולין, צריך שיעשה בראש ובראשונה באמצעות הבהרה של הוראות עמומות. רק לאחר מכן ניתן יהיה לשקול הפעלתו של מנגנון העיצומים הכספיים.

1. כמה מילות סיכום

הנה כי כן, הוספת כלי אכיפה עוצמתי לארסנל הכלים של הממונה, מבלי לפתור את תחלואיו של חוק ההגבלים העסקיים, עלולה להחריף תופעות בלתי רצויות של חוסר ודאות והרתעת יתר, ולהחטיא את מטרתה. יחד עם זאת, שימוש מושכל וזהיר במנגנון העיצומים הכספיים עשוי לסייע בשיפור אכיפת חוק ההגבלים העסקיים במקומות המתאימים, וכך לקדם את מטרותיו, לטובת התחרות והציבור.

ימים יגידו כיצד יופעל מנגנון העיצומים הכספיים, ואם התיקון שהוכנס זה עתה לחוק יוביל לשינוי מבורך או להחרפת הקשיים הקיימים.



זמן קצר עובר לשליחת רשימה זו לפרסום, פרסם הממונה טיוטת גילוי דעת שעניינה הנחיות רשות ההגבלים בדבר השימוש בהליכי אכיפה של עיצומים כספיים ("הטיוטה").¹⁰⁵ הטיוטה מונה מקרים שייאכפו על ידי הטלת עיצומים כספיים. לא יכולנו שלא להתייחס בקצרה לטיוטה זו, שעל אף כותרתה המבטיחה, אינה מספקת לטעמנו מזור לחששות עליהם עמדנו לעיל.

הטיוטה מבקשת ליצור אבחנה בין הפרות שתטולנה באמצעות הטלת עיצומים כספיים, לכאלה שתטולנה במישור הפלילי. אלא שבד בבד מדגיש הממונה כי שמורה לו הזכות לסטות מכללי הטיוטה, זאת בהתאם לנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ומקרה. בנוסף לכך, אף לאחר שיפורסם נוסח סופי, הרי שעדיין מדובר בהנחיות מנהליות בלבד, שמעמדן הנורמטיבי נמוך מזה של החוק, והן מעצם טיבן גמישות ונתונות לשינוי. משכך, בפועל, עודנו מצויים במצב עולם שבו כל הפרה של חוק ההגבלים העסקיים חושפת את המפר באופן פוטנציאלי הן לסנקציה מנהלית של הטלת עיצומים כספיים והן לסנקציה פלילית. הטיוטה אף מחריפה את האפשרות לזגזג בלתי רצוי בין המישור הפלילי למישור המנהלי, זאת לנוכח הצהרת הרשות, כי

אוניברסיטת חיפה, 8 בינואר 2004), ולהתייחסותם של מלומדים זרים לעניין זה ראו Frank Maier-Riguad, *Excessive Prices - Background paper*, Directorate for financial and enterprise affairs, competition committee, 8, 12-15 (17.11.2011).

105. ראו באתר רשות ההגבלים העסקיים http://www.antitrust.gov.il/Files/HPLinks/icumim_kaspiim.pdf פורסם ביום 22 במאי 2012.

היא אינה רואה עצמה כמחויבת לבחור **מראש** את כלי האכיפה שבכוונתה להפעיל - מנהלי או פלילי - או לדבוק בנתיב האכיפתי בו בחרה מלכתחילה.¹⁰⁶

ועוד: הטיוטה אינה מסייגת את סמכות הממונה להטיל עיצומים כספיים בקשר עם פרקטיקות שאינן יוצרות קושי תחרותי, או שאין בין מניעתן לבין תכלית החוק זיקה ממשית. הדבר בולט בעיקר כשמדובר בהסדרים אנכיים.¹⁰⁷ על פי הטיוטה, כל הסדר שאינו אופקי (והסדר אנכי בכלל זה) יחשוף את הצדדים לו לסנקציה של עיצום כספי, למעט כאשר בידי הרשות מידע המלמד על קיומה של כוונה לפגוע בתחרות - או אז ערוץ האכיפה המתאים על פי הטיוטה הוא זה הפלילי. המשמעות היא, שהטיוטה אינה קובעת כי תנאי להטלת עיצום כספי הוא שמדובר בהסדר שיוצר קושי תחרותי. במילים אחרות, הטיוטה אינה מבטאת את עקרון התכלית עליו עמדנו לעיל, או עקרון דומה לו. כך נותר על עומדו אחד הקשיים המרכזיים עליהם הצבענו ברשימה זו.¹⁰⁸

הטיוטה אף כוללת אמירות שעלולות להשפיע על פרשנות הדין המהותי, ובתוך כך על התנהלות יומיומית של מנהלי עסקים. כך הן האמירות לפיהן "הסדר כובל אופקי מהסוגים הבאים...": "**העברות מידע שאינן נוגעות למידע סודי**"¹⁰⁹ ו"**אחזקות מיעוט שאינן עלולות כדי מיזוג חברות**"¹¹⁰ ייאכף ככלל על ידי הטלת עיצום כספי. הרי קיימת שאלה של ממש אם העברות מידע בין מתחרים, כאלה שאינן נוגעות למידע סודי, מהוות בכלל הסדר כובל.¹¹¹ ברור גם שאחזקות מיעוט אינן מהוות בהכרח הסדר כובל, גם כאשר מדובר באחזקות בין מתחרים. בד בבד עצם ההתייחסות של הממונה לפרקטיקות אלה דווקא, כפרטיקות שהן מושא להטלת עיצום כספי, יש בה כשלעצמה ליצור הרתעת יתר, באופן שחורג מהאיסורים הקבועים בדין, ולהגביר את חוסר הודאות.

106. ראו למשל פרק ב, סעיפים 4-5.

107. פרק ב, סעיף 1.א לטיוטה.

108. במסגרת פאנל שנערך בכנס השנתי ה-12 של לשכת עורכי הדין ביום 22 במאי 2012, הבהיר הממונה אמנם, כי הרשות שוקדת בימים אלה על תיקוני חקיקה ותיקונים של פטורי הסוג שירכזו את הגישה של החוק כלפי הסדרים כובלים מסוימים, כאלה שלא נמצאים בגזע הנוקשה של האיסורים. אלא שעד ששינוי חקיקה כאמור יתבצע, נמצאים בעולם שבו סמכויות הממונה רחבות מאוד, מורחבות אף יותר כעת, והכל ללא צמצום החוק בצידן. הודעה לעיתונות: רשות ההגבלים העסקיים פרסמה טיוטת הנחיות לניתוב תיקים לאכיפה באמצעות עיצומים כספיים; 5001949 **הגבלים עסקיים** 2012.

109. פרק ב, סעיף 2.ב.1 לטיוטה.

110. פרק ב, סעיף 3.ב.1 לטיוטה.

111. לסוגיה של העברת מידע בין מתחרים כהסדר כובל ראו קביעה לפי סעיף 43(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר הסדרים כובלים בין בנק הפועלים, בנק לאומי, בנק דיסקונט, בנק המזרחי והבנק הבינלאומי, שעניינם העברת מידע הנוגע לעמלות; 5001411 **הגבלים עסקיים** 2009. בגין הקביעה מתנהלים בימים אלה עררים בבית הדין להגבלים עסקיים.