

# הגבלים עסקיים ללא הגבלה?

ההצעה לאפשר לרשות להגבלים להכריז על "קבוצות ריכוז" מעניקה לה סמכויות מופרזות ותפגע קשות

בפעילות הכלכלית / עו"ד רונית אמיריניב



הקניין, בחופש העיסוק ובוודאות וביציבות של חיי המשק.

הפרק בהצעת החוק אשר דן בקבוצת ריכוז, נחלק לשני נושאים עיקריים:

< סעיף 31א – באלו נסיבות רשאי הממונה להכריז על קיומה של קבוצת ריכוז בענף כלשהו.

< סעיף 31ב – מהן ההוראות שרשאי הממונה להורות לחברי קבוצת הריכוז, כולם או חלקם.

אף כי יש לי ביקורת לא מועטה על הנסיבות שבהן רשאי הממונה להכריז על קבוצת ריכוז, ביקר רתי גדולה בהרבה על ההיקף והאופי של ההוראות שרשאי הממונה להורות, ובכך יתמקד מאמר זה.

לפי חוק ההגבלים העסקיים הנוכחי, מוסמך הממונה להכריז על בעל מונופולין: מי שמרכז בידיו יותר ממחצית מכלל אספקת או רכישת נכסים או מתן שירותים. הכרזת מונופולין מכפיפה את בעליו לשורה של מגבלות (המפורטות בסעיפים 29 ו-29א לחוק), שנועדו למנוע ממנו ניצול לרעה של מעמדו בשוק, באופן העלול להפחית את התחרות או לפגוע בציבור.

הצעת תיקון 11 שואפת להרחיב את סמכות

ני אוהבת תחרות. ועם זאת, אינני אוהבת את הצעת החוק לתיקון חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 11), התשס"ח-2008 בעניין קבוצת ריכוז, שהרציונאל שבבסיסה הוסבר בפירוט ע"י הרשות להגבלים עסקיים בתזכיר. הצעת חוק זו היא רגולצית יתר, מתן סמכויות מופרזות לרשות המבצעת והתערבות מוגזמת בחיי המסחר ומקימה חשש לפגיעה בזכות

הממונה ולאפשר לו להכריז גם על קיומה של "קבוצת ריכוז" (אוליגופול). זהו שוק מועט שחקנים, אשר מבנהו והתנהלותו מאפשרים לאותם שחקנים להימנע מתחרות אפקטיבית ביניהם, גם ללא תיאום מפורש או עקיף.

עולם העסקים הישראלי מהווה כר נרחב ונוח ליצירת שווקים אוליגופוליים עקב היקפי פעילות קטנים וקיומם של חסמי שפה, חסמים פוליטיים ואחרים, המגבילים את כדאיות פעולתם של שחקנים קטנים. לפיכך קיימים בישראל לא מעט שווקים אוליגופוליים.

הדוגמאות הבולטות הן השוק הסלולרי (פלא-פון, סלקום, אורנג'), שוק העיתונים היומיים (ידיעות

**הכותבת היא שותפה וראש מחלקת דיני הגבלים עסקיים במשרד יגאל ארנון ושות'.**

# הגבלים עסקיים

מיזוג או בקשת פטור מהסדר כובל. סמכויות אלו רחבות מאוד, ולטעמי – רחבות מדי. הן מאפשרות התערבות מבנית יזומה, הפוגעת ביציבות ובוודאות של חיי המסחר.

זהו פתח להתערבות בזכות הקניין של תאגידי דים, מבלי שהללו פעלו בניגוד לחוק כלשהו, ומבלי שידעו, או יכלו לדעת, כי פעילותם אינה מקובלת על הממונה. זהו פתח להתערבות בפעילות תאגיד שלא חטא בתיאום עם מתחריו, רק משום שלדעת הממונה הוא יכול להתחרות ביתר שאת. הרשות רואה בכך אמצעי לפתור תופעה של "שיווי משקל" בשוק מועט שחקנים, בו מתחרה אינו נוקט כנגד מתחריו תחרות במלוא העוז, או בכל הזיתות התחרות האפשריות (מחיר, איכות, חדשנות, מגוון).

מתחרים שאינם יושבים יחדיו, אינם מתאמים מחירים או התנהגות, לא בדיבור ואף לא ברמז, אלא מחליטים להעלות מחיר לזה של המתחרה או לאמץ את התנהגותו, רק עקב ההתבוננות בו (למשל מחיר עיתון יומי) – אינם עוברים על החוק, והממונה אינו צריך להורות להם כיצד להתנהג.

הסמכות להורות כל מכירת אחזקות או אחזקת צולבות, או לבטל הסכמים, היא מסוכנת מאוד ויוצרת אי ודאות, פגיעה בחופש הקניין ופגיעה בחרוץ פש העיסוק. הדבר מזכיר לי באנלוגיה, את הביקורת על פס"ד אפרופים, לפיה הוא עלול ליצור אי ודאות בעולם החוזים, שכן שני צדדים לא יכולים להיות בטוחים כיצד יפרש בית המשפט את הניסוח עליו הסכימו.

גם במקרה שלפנינו, צדדים לעיסקה שבוצעה והושלמה לפני שנים, לא יוכלו להיות בטוחים שהיא תישאר שרירה וקיימת, כי הממונה עלול להחליט שמדובר בשוק אוליגופולי ולהורות לשחקן על מכירת אחזקותיו.

מצב כזה יסייע (אולי) לתחושת חוסר האונים שחשה רשות ההגבלים נוכח קיומם של שווקים שלטעמה אינם תחרותיים דיים, אך לצערה אינם מגיעים אל שולחנה בדרך של מיזוג או בקשת פטור. ברם, הוא ייצור יד מכוונת מרכזית שסותרת את עקרון התחרות החופשית.

דוגמא נוספת לסמכות יתר היא סעיף 31ב3(א) (5). זהו סעיף סל, המקנה לממונה סמכות גורפת להורות לקבוצת הריכוז על נקיטת כל צעד אחר שייראה לו נחוץ. לאור הסמכויות הרחבות שכבר ניתנו לממונה באותו סעיף, ראוי להימנע מהוספת סעיף כללי כזה המגביר את האידאולוגיה.

לסיכום: רשות ההגבלים היא רשות מבצעת, שהוקנו לה סמכויות אכיפה, חקירה ופיקוח. הצעת החוק מעניקה לה סמכויות יתר אמורפיות לקבוע מהי קבוצת ריכוז ומיהו ההוראות שאפשר להורות לה. דבר זה הופך אותה במידה מסוימת לרשות רגורטורית מחוקקת והדבר אינו רצוי. ///

אחרונות, מעריב, הארץ), שוק התחבורה הציבורית (דן, אגד), שוק התעופה הפנים-ארצית (ישראיר, כנפיים), השוק הבנקאי, שוק יצרניות החלב (תנר-בה, טרה) ושוק הטלוויזיה בכבלים ובלוויין (HOT, yes).

## התנאים לקביעה

לפי סעיף 31א של הצעת החוק, הממונה רשאי לקבוע דבר קיומה של קבוצת ריכוז אם מתקיימים שלושה תנאים מצטברים:

בני אדם מועטים מספקים או רוכשים למעלה ממחצית הנכסים או השירותים בענף, כלומר: שוק בעל ריכוזיות גבוהה בו פועלים שחקנים מעטים.

הממונה ראה שמתקיימים תנאים לתחרות מועטה בעסקים ביניהם או בענף שבו פועלים, או שהתחרות ביניהם או בענף כאמור מועטה, כלומר: בשוק קיימת בפועל תחרות בלתי אפקטיבית.

הממונה ראה שישנם צעדים אשר הוראה עליהם עשויה למנוע פגיעה או חשש לפגיעה בציבור או בתחרות בין חברי הקבוצה, או להגביר את התחרות בענף, או ליצור תנאים להגברת התחרות כאמור, כלומר: הממונה סבור שקיימת אפשרות מעשית לשנות את המצב וליצור תחרות בשוק.

סעיף 31א(ג) מונה כדוגמא בלבד מספר אינדיקציות לקיומו של שוק מועט תחרות. למשל: חסמי כניסה, חסמי מעבר לקוחות או חסמי מעבר ספקים, שחקן בענף שיש לו או למחזיקים בו גם החזקות אצל מתחריו.

הגדרה זו של קבוצת ריכוז והאינדיקציות שלה כוללת ורחבה מדי. לפיכך, היא טומנת בחובה פוטנציאל להתערבות בלתי מוצדקת בשווקים שצריכים להסתדר בעצמם ולפתח תחרות טבעית, בלא התערבות הרגולטור.

הצעת החוק נוקטת במונח הסתמי, התיאורטי והכללי "חסם כניסה" כראיה לקיומו של שוק בלתי תחרותי, בלא להגדיר במפורש שכוונתה לחסם כניסה ממשי ומהותי המגביל מאופן ממשי ומשמעותי את התחרות באותו שוק.

הכרזת "קבוצת ריכוז" שלא נועדה לצורך מניעת (מניעת פגיעה בתחרות) אלא לצורך הגברת התחרות גם כאשר לא הוכחה פגיעה בה, או לפחות ודאות קרובה לפגיעה, היא מתן סמכות מרחיקת לכת לרשות מבצעת.

## ההוראות לאוליגופול

סעיף 31ב כולל רשימה לא סגורה של ההוראות שהממונה מוסמך לתת לחברי קבוצת ריכוז. למשל: הממונה יוכל לצוות על חבר בקבוצת ריכוז למכור החזקה בה הוא מחזיק בתאגיד אחר בקבוצת הריכוז.

זהו פתח להתערבות בזכות הקניין של תאגידי דים, מבלי שהללו פעלו בניגוד לחוק כלשהו, ומבלי שידעו, או יכלו לדעת, כי פעילותם אינה מקובלת על הממונה. זהו פתח להתערבות בפעילות תאגיד שלא חטא בתיאום עם מתחריו, רק משום שלדעת הממונה הוא יכול להתחרות ביתר שאת

כזו; הממונה יוכל לצוות על חבר בקבוצת ריכוז למכור את החזקתו בתאגיד אחר, אם גם לחבר נוסף בקבוצת הריכוז יש החזקה באותו תאגיד אחר. הצעת החוק מקנה לממונה סמכות רחבה מאוד לתת הוראות לקבוצת ריכוז: לא רק מתן הוראות שתכליתן למנוע פגיעה בתחרות או בציבור, או למנוע חשש לפגיעה משמעותית בתחרות או בציבור (כמו לגבי מונופולין), אלא גם להגביר משמעותית את התחרות בין חברי הקבוצה או בענף או ליצור תנאים להגברתה.

בשנים האחרונות הורגלנו לכך שהממונה מרבה להטיל תנאים מבניים (כגון: מכירת החזקות) ולא תנאים התנהגותיים, כאשר הוא מתבקש לאשר מיזוג בין תאגידיים מתחרים, כאשר רכישת תאגיד ע"י אדם שיש לו גם החזקות נפרדות בתאגיד המתחרה בתאגיד הנרכש, או מתבקש לאשר מיזום/שיתוף פעולה בין מתחרים. ברם, הוראת מכירת החזקות מעין זו אינה הפעלת סמכות שהממונה נוקט בה באופן יזום ואקטיבי, אלא נעשית במסגרת בדיקת המיזוג או הפטור.

להבדיל מכך, הצעת החוק הנוכחית מאפשרת לממונה לנקוט באופן אקטיבי פעולות יזומות בשוק אוליגופולי שנראה לו מצריך התערבות – גם כאשר השחקנים בשוק לא באו לפני כס שיפוט עם בקשת