

תיקון חוק ההגבלים העסקיים: מקלות ענקיים וגזרים גמדיים

במגזר העסקי חוששים מהתיקונים המוצעים לחוק ההגבלים העסקיים. ברב-שיח שערך איגוד החברות הציבוריות בנוגע לתזכיר הצעת החוק, עלה כי מעט ההטבות הכלולות בתזכיר נתפסות כעדכון מצב המתבקש מהשינויים בשוק, כשבצידן החמרות רבות שיובילו לאי וודאות עסקית | **יואל צפיר**

ב-30 באוקטובר 2017 פרסמה רשות ההגבלים העסקיים תזכיר הצעת חוק לתיקון חוק ההגבלים העסקיים.

התזכיר טומן בחובו שינויים מרחיקי לכת בת-חום ההגבלים העסקיים, בסוגיות רבות וחשובות, ביניהן: הגדרת מונופולין, שינוי סכום העיצום המי-רבי על תאגיד גדול, רף הפיקוח על מיזוגים, שינוי מדרג הענישה הפלילית לעבירות והטיפול בהסדר-רים כובלים.

תיקוני החוק זכו ליחס צונן מצד המגזר העסקי. הטענה הנפוצה שנשמעה הייתה שבעוד שהפחתת הרגולציה (הנרמזת בשמו של התיקון) היא מינו-רית, דווקא ההחמרה הרגולטורית - ניכרת, ומנר-גדת הלפיסה שבבסיס החלטת הממשלה הנוכחית להקטין את הנטל הרגולטורי במשק.

על רקע זה קיים איגוד החברות הציבוריות רב-שיח בנושא התיקון לחוק ההגבלים העסקיים, בו נטלו חלק ציגנת הרשות להגבלים עסקיים, עו"ד מיכל כהן, סגנית היועץ המשפטי של הרשות לע-יניים אזרחיים, וכן וערכי דין ויועצים משפטיים מהמגזר העסקי העוסקים בתחום ההגבלים הע-סקיים (ראם מסגרת). את רב-השיח הנחתה עו"ד ענת פילצר-סומך, היועצת המשפטית החיצונית של איגוד החברות הציבוריות העומדת בראש משרד פילצר-סומך, ועורכי דין.

אין שינוי אמיתי, אלא יישור קו עו"ד ענת פילצר סומך.
אני שמחה לארח את-כם לרב-שיח על תזכיר חוק ההגבלים העסקיים, או בשמו המלא, 'חיווק האכיפה והפחתת הנטל הרגולטורי'. הצורך בשולחן העגול עלה מהשטח. קיבלנו באיגוד תגובות חסרות לתזכיר, להערכתי משתי סיבות: ראשית, התזכיר עצמו הוא דואלי ויש בו מקלות גזרים בעת ובעונה אחת; שנית, השאלה מה גודל החברה שאתה מייצג ומה מר-כויותה בשוק הרלוונטי, מקרינה מאד על תאופון שבו ישפיע עליה התזכיר. המטרה של הדיון הזה היא לנסות ולשמוע מהם הדברים שהשוק אוהד

ומעודד, והיכן הכשלים או הבעיות. נתחיל בשא-לת רוחב - מהו בראייתכם השינוי המבורך ביותר בתזכיר הצעות החוק - ומנגד מהי הנקודה הכי בעייתית הכלולה בו? עמדת איגוד החברות הצי-ברוית היא שהתיקון החיובי בתזכיר הוא העלאת רף המחזור המצרפי של חברות מתמזגות ל- 360 מיליון ש"ח. זה היה צורך השעה מזה שנים ארוכות. הכלכלה זוה, מחזורי המסחר זוו, החברות נעו קדי-מה בקצב ש"הותיר אבק" למספרים שהיו נקובים בחוק ההגבלים העסקיים. אני חושבת שזה תיקון ראוי, שיש בו גם הקלה טכנית פרוצדורלית על הר-שות, וגם הקלה מבחינת היכולת של חברות ליישם מיזוגים בריאים וחשובים, מבלי להידרש לאישורים של הרשות. מנגד, העתף הבעייתי מבחינת האיגוד הוא נטרול גג-ה- 24 מיליון ש"ח של העיצום הכספי קבלנו תגובות שזה "מריח" כמו עוד ביטוי לשנאת הטייקונים: אם יש לך יותר כסף אז נמצה אתך את הדיון באופן יותר חריף, ללא קשר לחומרת המעשה. לצערי זו גישה רווחת מאד בהרבה הליכים רגול-טוריים ובשיח הפוליטי, והאיגוד יוצא נגדה בתוקף.

עו"ד אמיר וגנ:
השינוי המבורך הוא העלאת רף המכירות במיזוג, אבל כבר היום השר מוסמך לעשות את זה באישור ועדת הכלכלה של הכנסת. כבר לפני שנתיים חוצי היה תזכיר שהציע להעלות את זה ל- 250 מיליון שקלים. אני לא מבין, על-כן ריאה ראשונה, דיון בוועדה, קריאה שנייה, קריאה שלישית, במקום לעשות את זה באופן מייד, כמו שהיה צריך לעשות כבר לפחות לפני שנתיים וחצי, כשהרשות פרסמה שראוי שיהיה 250 מיליון. אני לא מבין למה זה נמצא בתוך הצעת החוק. מבורך, אבל למה לא מהר יותר?"

עו"ד אילן בלומנפלד:
"אני אתייחס לנושא של השי-נוי בפרק המונופולין. הדבר המבורך בעיני זה המעי-בר לכוח שוק. זאת אומרת, מהגדרה שמבוססת על נתח שוק, שזו הגדרה מיושנת, ארכאית ולא מקוב-לת בעולם, להגדרה המקובלת של הגדרת כוח שוק. זה מהלך שהוא גם מבורך וגם נחוץ. אגב, מהלך שמדברים עליו כבר מאז 1998 לפחות. זאת אומרת, זה דבר שמתבקש וגם כאן לא ברור למה רק עכשיו, אבל מוטב מאוחר מה שבעייתי בעיני מאוד במהלך הזה, זה שהשאירו שתי הגדרות. זה לא הגדרה אחת של רק 'כוח שוק' אלא הגדרה כפולה - גם כוח שוק וגם נתח שוק מעל 50%, שזה לא מקובל בעולם, וגם לא בטוח שזאת עמדת הרשות המקצועית הטוהרה. יכול להיות שהיו שיקולים חיצוניים. אבל,

בעצם לא מבטא שינוי של הרף את ה- 150. הס-כום של 150 לא עודכן במשך 18 שנים. זאת אומ-רת, אם מנגנון העדכון האוטומטי שהיום מציעים אותו בחוק, וזה עוד שינוי מבורך, היה מתקיים, היינו מגיעים ל- 360 כבר מזמן, ולכן אין פה באמת שינוי, יש פה יישור קו עם מה שהיה אמור להיות. התיקון הבעייתי הוא ביטול התקרה בעיצום הכספי מכיוון שהוא מנטרל את שאלת העלילות לפגיעה בתחרות והופך את השאלה לשאלת מחזור המ-כירות. זאת אומרת, הסכום שיוטל בסופו של יום תלוי, בראש ובראשונה, במחזור הכספי שלי, והרבה פחות בשאלה, האם מה שעשיתי עלול לפגוע בת-חרות. חברה קטנה שביצעה פעולה שהייתה עלולה לפגוע בתחרות במידה רבה, לא תגיע קרוב לסכר-מים שיוטלו על חברות גדולות בנין הפרות טכניות שאינן עלולות לפגוע בתחרות כלל. כל זאת מכיוון שהעיצום שיוטל נגזר ממה הוא העיצום המקסימי לי שאפשר להטיל עלי. אני חושב שמצב כזה סוטה מתכלית חוק ההגבלים, שבסוף היא להגן על התח-רות. יוצא שחברות גדולות יהיו חשופות במיליונים גם על הפרה טכנית שלא פגעה בתחרות, בעוד שחברות קטנות שפגעו בתחרות, ככל שילכו לנתיב העיצומים הכספיים, יסיימו בעיצום נמוך באופן משמעותי."

עו"ד גיל רוונט:
"אני אתייחס לנושא של השי-נוי בפרק המונופולין. הדבר המבורך בעיני זה המעי-בר לכוח שוק. זאת אומרת, מהגדרה שמבוססת על נתח שוק, שזו הגדרה מיושנת, ארכאית ולא מקוב-לת בעולם, להגדרה המקובלת של הגדרת כוח שוק. זה מהלך שהווספת רכיב של כוח שוק. זה יכול ליצור קושי ממש. אנחנו כבר היום נמצאים במצב, שבו אדם גם בבוקר ומגלה בדעינד שאסור היה לתת לו הנחות מטרה בגלל שמסתבר שהוא מונופולין. כבר היום אנחנו במצב כזה, כי הגדרת מונופולין, בסופו של דבר, נקבעת ע"י הממונה והיא יכולה להיעשות כלי שאותו אדם יידע שהוא מונופולין. אבל, אם תתקבל ההרחבה של הגדרת מונופולין ויתווסף לה עוד רכיב של כוח שוק, שאני לא יודעת מהו וגם

זה בעיניי בעייתי מאוד."

עו"ד גל רוונט:
"בעיני השינוי המבורך ביותר, ולדעתי זה גם היה אמור להיות המוטו של כל הת-זכיר הזה, זה המעבר ל- self-assessment גם של הסדרים אופקיים. ככך מוסר נטל מאוד משמעותי מצדדים לעסקאות, למיזמים משותפים ולהסכמים אחרים, שלא פוגעים בתחרות באופן משמעותי. נטל כזה מוסר גם מהרשות במקביל. השינויים הבעייתיים בעיני זה הסרת תקרת העיצום. אני חושב, שזה לא נחוץ, בשלב הזה בוודאי. עוד לא הגיע זמן לעשות את זה והתוצאות של זה עלולות להיות גרועות. הדבר השני הוא הסיווג האוטומטי של עבירות הסדר כובל כעבירות משנה. זאת המש-מעות של שינוי מדרג הענישה. יש לזה משמעות גם במישור המהותי; גם במישור ההתיישנות, גם במי-שור כלי החוקירה - האונות סתו וכן הלאה. בעיני, זאת תוצאה מאוד לא טובה."

עו"ד הגית בולמש:
"אתייחס לשינוי השם של הרשות והחוק. החלק הבעייתי הוא שהרשות הופ-כת לרשות-על על פני רגולטורים אחרים. אם אנחנו מסתכלים על מה זה 'רשות תחרות', זה אומר שב-עצם יש לה אפשרות עכשיו להסתכל במבט קדימה ולא רק כאוכפת אחורה על אסדרת שווקים, כולל גם שווקים מפוקחים כמו: שוק ההשמל או שוק הבנקאות. אני מזכירה את הניסיון לסדר את שוק הדביט ובאמצעותו את שוק הבנקאות. התברר לנו שזה לא קרה. הם לא יכולים לבד לסדר את השוק. עם כל הרצון והאמונה, שרשות ההגבלים יכולה להפוך לרשות תחרות, יש פה הרבה רשויות אחרות כיים הוא טוב - פטור הסוג האנכי, שכבר יישם את המשטר של self-assessment בהסדרים אנכיים. עכשיו אנחנו נהיה גם במשטר של self-assessment בהסדרים אופקיים וכך צריך נכך ראוי שיהיה . הד-ברים שהם פחות טובים בעיניי הוא השילוב של ביטול התקרה יחד עם הרחבת ההגדרה של מר-ה-OECD ו-2 מעמט פ-2 מהממוצע שלהן. אז אנחנו קושי ממש. אנחנו כבר היום נמצאים במצב, שבו אדם גם בבוקר ומגלה בדעינד שאסור היה לתת לו הנחות מטרה בגלל שמסתבר שהוא מונופולין. כבר היום אנחנו במצב כזה, כי הגדרת מונופולין, בסופו של דבר, נקבעת ע"י הממונה והיא יכולה להיעשות כלי שאותו אדם יידע שהוא מונופולין. אבל, אם תתקבל ההרחבה של הגדרת מונופולין ויתווסף לה עוד רכיב של כוח שוק, שאני לא יודעת מהו וגם



צילומים: ססמה איידלמן

צים פה כבר 30 שנה. אם הרשות תקשיב להערות שמגיעות מהשוק הפרטי, תפנים אותן ותראה לנו שהתהליך שהיא יצאה בו הוא פומבי ושקוף ומ-עורר דיונים והיא מברכת עליו, יהיו גם תוצאות. ברוב המקרים ההיענות של הרשות להערות שמ-גיעות מהשוק היא אפסית. היא לא זזה. גם העלאת רף במיזוגים לא באמת פותרת את הבעיה. היא רק משקפת מצב. העניין של העיצום הכספי, אם נלך לפי ההיגיון בקוה-קולה, שהרשות כבר קבעה בעצמה, שהיא לא מוגבלת ב- 24 מיליון. הגענו שם ל- 62 מיליון. כלומר, לא ב-8% מחזור, אלא ב- 24% מחזור. למה 8%? למה אתם כולם חושבים שזה רק 8%? זה לא חבר'ה. אם יש שלוש הפרות, זה 24%. אם יש חמש הפרות, אני כבר לא יודע לע-ל את המתמטיקה. זה 40%. זה יכול להגיע ל- 100%. זה יכול להגיע ל- 200%. אני לא יודע. זה כ"כ בלתי נתפס מבחינת המתודה של התהליך הזה, שאם זו באמת הנונה, אני בחרדה. אני בחרדה גמורה. אני מאוד מקווה, שזו לא הכוונה האמיתית של הרשות ללכת איתה עד הסוף."

עו"ד תמי בן-דוד:
"מיזוג עושים בחיי חברה אולי פעם אחת, אם בכלל. לכן, זה נחמד מאוד שה-

סכומים השתנו, אבל זה לא חד-פעמי. בנוסף לכל ההערות שאמרו, יש לנו חוק כאילו פלילי ואנחנו יודעים שחוק פלילי צריך להיות בהי. חקיקה שא-נשים צריכים לנהוג לפיה, צריכה להיות הרבה יותר ברורה והרבה יותר קלה ליישום. בנוסף לזה, יש את הסמכות, שהיא חסרת תקדים, לעובדי מדינה לגבי אישור של ועדת המיזוגים. אני לא אניד לכם מה

אני חושבת על ועדת המיזוגים והרכביה השונים. מרוב ניגוד עניינים, אסור לאף אחד שמבין להיות מחלים דבר. אין תקדים לזה, שעובד מדינה אחד מחליט מתי הוא פותח בחקירה, הוא אחראי על החקירה, או הוא מחליט על הענישה, שהיא ברמה מאוד גבוהה. יש לי חשש מאוד גדול שעם כל הר-צון ה- self-assessment, עם כל המינוחים היפים האלה, כמות הפניות אליכם לא תשתנה. ועורכי הדיון לא ייקחו על אחרייתם. הם לא יוכלו לקחת על אחרייתם, כי הם מפחדים עכשיו גם על עצמם, כי יש הרשות על שורכי דין."

מסר פופוליסטי

עו"ד ענת פילצר-סומך:
"נעשה עכשיו Drill down לתוך סעיפי התזכיר עצמו. הסעיף הבעייתי ביותר בראיית איגוד החברות הציבוריות, זו הס-רת המגבלה על עיצומים כספיים מרביים והשמת הייבב על אחוז המחזור כגורם שקובע את גובה התשלום. ברמה הערכית, זה בעייתי משום שזה משרד מסר פופוליסטי, שיש בו רצון להשביע את רצון העם, שלא לומר הפוליטיקאים, משום שמאוד אופנתי עכשיו לשנוא את הטייקונים והחברות הח-זקות עם הפוטנציאל התאגידי המסיבי. ראשית, אני לא חושבת שהמסר הזה הוא לגיטימי. ושנית, אני שואלת, האם, בסופו של יום, אם אני גדולה יותר או אני בהכרח, כפוטנציאל, רעה יותר? למה מחזור מכירות הוא כוח את קין והוא הפרמטר היחיד, שבעצם קובע את רף הענישה ולא פוטנ-

ציאל הסכנה שגלום במעשים שלי?"

עו"ד מיכל כהן:
"התזכיר הזה הוא תוצאה של הליך חשיבה מאוד ארוך. זה היה תהליך שהרשות שמעה במהלכו דעות גם מאנשים חיצוניים עוד קודם להוצאת התזכיר. הוא תוצאה של מחשבה מאוד מאומצת על מנת להתמודד עם בעיות שע-לו במשך הרבה שנים בחוק. הבקשה שלנו להערות הציבורי היא לא מס שפתיים והממונה התייחסה

לכך כמה פעמים ככל מיני פורומים. היא מצפה להערות האלה. אנחנו מחכים להן ובהחלט המ-טרה שלנו היא ליצור שיח. אנחנו מאוד מעוניינים לשפר את החוק.

"הפרות של בעלי מונופולין זה משהו שהוא בראש סדרי העדיפויות של הממונה היום. ולכן, יש בעיה עם קביעת תנאי לפיו אם אין הליך הכרזה קונסטטיטוטיבי, שיעמוד במבחני בית הדין ועררים, קרי, עד שלא יהיה מונופול מוכרז, לא נוכל לאכוף נגדו. זה לא עובד ככה בשום מקום. זה שופך את התינוק עם המים, במוך הזה שלא תיתכן אכיפה כזאת נגד מונופול. כולם מבינים, שנתח שוק זה לא המבחן המקובל. כוח שוק זה המבחן המקובל. אנחנו הבהרנו בכמה הזדמנויות, שהרשות מתכוונת למקד את האכיפה במונופולים בעלי כוח שוק. אני חנו חושבים, שהשוק בשל, ולו בגלל שזה גם הגיע אלינו מהשוק. כלונו יודעים, שהכרזות לפי נתח שוק הן תלויות קונטקסט. למעשה, הרבה פעמים נתח השוק הוא דבר שיותר קשה לדעת מה הוא, כי הגדרת השוק היא לא ברורה. ולכן, אנחנו אומרים, האכיפה היא אכיפה שממוקדת בכוח שוק. והמדד שבה שהשמים ייפלו מהר ואנחנו נתחיל לאכוף על בסיס הגדרות נטולות קונטקסט היא שגויה."

עו"ד טליה סלומון:
"אני רוצה לציטט את הכלל-הראשי של רשות ההגבלים, יאיר אילת, שא-מר בסמינרציון שערכה רשות ההגבלים העסקיים לפני כחודש: 'לפי החוק אפשר יהיה להכריז או לקבוע, שאדם עם מונופולין, אם יש לו כוח שוק, בתנאי שמדובר בכוח שוק שהוא משמעותי ושהוא לאורך זמן. אין הגדרה כמותית ל'משמעותי'. למשל, אף אחד לא מגדיר כוח שוק משמעותי למי שיכול להעלות את המחיר ל- 30% מעל העלות השולית. הסיבה היא שזה כמעט בלתי אפשרי לאחד את-כאשר אין הגדרה כמותית ל'משמעותי', ההג-דה רה היא חסרת משמעות'. מה שיאיר אילת מסביר, שצו ה- self-assessment, עם כל המינוחים היפים האלה, כמות הפניות אליכם לא תשתנה. ועורכי הדיון לא ייקחו על אחרייתם. הם לא יוכלו לקחת על אחרייתם, כי הם מפחדים עכשיו גם על עצמם, כי יש הרשות על שורכי דין."

עו"ד נמרוד פראוור:
"בעניין העיצומים הכס-פיים. אני רוצה דווקא להסתכל מכיוון אחר. העיצום הכספי נועד לתת כלי אכיפה, שהיה חסר לרשות,

עו"ד נמרוד פראוור:
"בעניין העיצומים הכס-פיים. אני רוצה דווקא להסתכל מכיוון אחר. העיצום הכספי נועד לתת כלי אכיפה, שהיה חסר לרשות,

עו"ד נמרוד פראוור:
"צריך ליזכר, שהגדלת רף הדיווח ל-360 הוא אמנם שינוי מבורך, אבל הוא

רב-שיח: הגבלים עסקיים

»

מכיוון שלא כל דבר ראוי שייך לפלילי. עצם קיומו של עיצום כספי הוא מבורך. אני חושב, שהעיצום הכספי נותן לרשות הנחות מטיבו של הליך מנהלי. למשל, מכיוון שזה הליך מנהלי, אז קבילות הראיות היא מסויימת ומקלה מאוד על הרשות ביחס לקב"ר לות הראיות בחליץ פלילי".

עו"ד מיכל כהן: "הוא לא נותן הנחות. הוא פשוט לא הליך פלילי".
עו"ד נמרוד פראוור: "נכון. למעשה ההליך הוא מעין פלילי. ככה צריך לראות אותו וככה הוא מסוגו גם באירופה. מודע נהוג לראות את ההליך כהליץ שאינו פלילי? מכיוון שהסנקציה היא לא מאוד חמורה, אבל זה כבר לא קיים. ברגע שמבטלים את התקרה, הסנקציה היא מאוד חמורה. עוד נהוג להשוו שההליה הוא לא פלילי, בגלל שאין קלון. אבל אני לא בטוח שאין קלון. אם יש שמסך שקוראים לו fit and proper, שאומר מי ראוי לכהן בדיקטטוריונים של חברות כאלה ואחרות, ואם אני הייתי צד להפרה שיש בצדה עיצום כספי, זה מגביל את היכולת שלי לכהן שם ואם החברה שלי לא יכר' לה להשתתף במכרזים ציבוריים, כי הוטל עליה עיצום כספי ואם הרשות עצמה אומרת ששיקול להחומרה בהטלת העיצום הכספי זה אם יש לי עיצום כספי קודם, אני ממש לא בטוח שאין גדולה. מצד אחד, היא מבטלת את התקרה. היא יכולה לגביע בקלות לקנסות של מיליארדים, כלומר לקנסות שעולים באופן משמעותי על קנסות פליליים בחלק מהחוקים, בעוד שהיא עדיין נהנית ממנהליות ההליך".

עו"ד מיכל כהן: "אני אחזור רגע לאחוזים. בסוף האלמנט של עיצום לפי גובה אחוז, זה בעצם המור דל באירופה. מודל מאוד מקובל בהגבלים עסקיים, כי מחזור המכירות הוא אינדיקציה טובה ורלוונט טית לכוח הכללי של הגופים המפרים. העובדה שמדובר בעיצום יחסי, שהוא יחסי לגודל, שהוא באחוזים, לומר שהאלמנט הזה הוא שפוגע בתא-

גידים עליהם מוטל עיצום – זו טענה שאני פחות מבינה. העיצום המקסימלי שניתן להטיל על תאגיד מסויים זה נקודת התחלה ע"פ החוק, אבל בעצם עיקר גובה העיצום נקבע מתוך הניתוח התחרותי הכספי נותן לרשות הנחות מטיבו של הליך מנהלי. זה הפגיעה התחרותית. להגיד שזה פוגע, כי חב"ר להטיל עיצום תקבל פחות כי המחזור שלה הוא נמוך, אני חושבת שזה בדיוק הפוך למה שאנחנו מכוונים לעשות".

עו"ד גיל רוזנברג: "אני חושב שהביקורת של רובנו לגבי העיצומים הכספיים לאו דווקא נובעת מהתוכיך הנוכחי. הוא נובע בעצם מעצם קיומו של המנגנון, שאומץ לפני בערך ארבע שנים. אני חושב שהרשות הייתה יכולה לקחת את המודל שאומץ בחוק ניירות ערך וללמוד ממנו כמה לקחים. למשל, במנגנון העיצומים הכספיים בחוק ניירות ערך יש מדרג. בעבירות החמורות יותר, שיש בהן מחלוקות עובדהיות או משפטיות, שם הוקם מנגנון של אכי-פה מנהלית. רשות נ"ע אף הגדילה לעשות מינתה שם שופטים בדימוס, מומחים, שעסקו בנושאל של ניירות ערך ודנו בתיקי ניירות ערך גדולים. אני חר" שב, שזה מנגנון, שנכון היה לאמץ".

חוסר וודאות, עמימות והרתעת-יתר

עו"ד ענת פילצר-סומך: "אני עוברת לשאלה על מונופולין, לגביו עיקר הביקורת היא שבנוסף לפרר מעל של כוח השוק, הפרמטר של נחח השוק נותר לטו כנו. בראיתנו המשפטית, שלדעתי לא יכולה להיות לגביה מחלוקת, יש כאן הרחבה של ההגדר-רה. זאת אומרת, בנבולות הגדרת מונופולין, גם בר-מת הפוטנציאל וגם ברמת ההיתכנות, ייכנסו כרגע יותר גופים, והכשל העיקרי של הדבר זה הוא בעיי חוק, שהמהות שלו זה למנוע פגיעה בתחרות. תם כרשות רואים את זה כהתפתחות חיובית, אנחנו בשוק חושבים שזה עלול להיות על גבול המסרס".

עו"ד טליה סלומון: "אני רוצה רק לשקף את הכלבול של מנהלי עסקים בישראל, והכלבול הזה רק יחריף אחרי השינוי. ראשית, ניח שאני על סף העובדה המונופולין ואני לא יודעת בדיוק אם אני מונופולין כי אני לא מוכרזת, אבל ככול להיות שלפי פילוח מסויים

כזה או אחר אז יכולים להתייחס אליי כאל בעלת מר' נופולין. אני לא יודעת אם מותר לי או אסור לי לגבות מחיר מופרז (ואגב אני לא יודעת מה זה מחיר מופר' ר), ואני גם לא יודעת איזה הנחות מותר לי או אסור לי לתת. חוסר הידיעה הזה הוא שיוצר את הרתעת היתר. עכשיו, תוסיפו לזה הגדרת מונופולין שהיא יותר רחבה וגם מושפעת מעוד איזה שהוא פרמטר - כוח שוק, שהוא עדיין לא ברור ואין באמת גוף של פסיקה וגוף של החלטות, שיכול לעזור לי לקבוע מה זה כוח שוק. זה יוצר אי בהירות מאוד-מאוד קשה. ועכשיו עוד מוורידים את התקרה של העיצומים הכ-ספיים, שזה בכלל בעייתי".

עו"ד חגית בולמש: "לי יש בעיה אחרת. מצד אחד, מסתכלים על מונופולין ואז אומרים 'עיצום כספי' ואז מגיע תיק של כמה פלייסטיישנים קט"נים, שעושים ביניהם קבוצת WhatsApp, שלי-דם פותחים חנות ACE גדולה, שמוכרת את הפ"לייסטיישן במחירי הרבה יותר גבוה. אין לזה שום השפעה על השוק.

"אני יש לנו את קרטל הפלייסטיישנים ואת קרטל הגיוזים וקרטל הרבה מאוד דברים; ומצד שני יש לנו עיצומים כספיים על מונופול, ומע-לים את הרף על ענישה פלילית, ולא דורשים שם הוכחה לפגיעה בתחרות או אפילו איזה לים את הרף על ענישה פלילית, ולא דורשים שם הוכחה לפגיעה בעבירת המונופולין חמורה פחות, שהוא משהו כדי להגיש הליץ פלילי. מעלים את הרף על קרטלים, גם אם אין פגיעה בתחרות, כשהעיצום הכספי נן תלוי בפגיעה בתחרות. יש פה חוסר אחידות. אם העיצום פלילי הוא פחות חמור, אז למה מחפשים את הפגיעה בת'חרות? אם הליץ פלילי הוא יותר חמור, אז בואו ניקח לשם את השאלה של פגיעה בתחרות ואת העיצום הכספי נשאיר. אנחנו מסתכלים על חוק, שהמהות שלו זה למנוע פגיעה בתחרות. וככל שהעלילות לפגיעה בתחרות היא יותר גדולה, אז בואו ניקח את זה למקום שהוא בא"מת מצדיק את האכיפה".

עו"ד אבנר פינקלשטיין: "המחיר שנד"רש פה מהשוק, מהמגזר העסקי, הוא מחיר מאוד גבוה. חוסר הוודאות כאן הוא מאוד גבוה. המשמעות היא שכמעט כל חברה שיש

לה נתח שוק, נגיד משהו מעל 30%, תצטייד בעורכי דין וגם אז היא לא תרגיש בטוחה. זה גם שיתוק, זה גם chilling effect. כל המוש"גים שכולנו מכירים. וזה קורה היום, מיכל, זה קורה היום. אנחנו מדברים על הפחתת הנטל הרגולטורי. זה השם של התזכיר. לא תהיה כאן יותר רחבה וגם מושפעת מעוד איזה שהוא פרמטר - כוח שוק, שהוא עדיין לא ברור ואין באמת גוף של פסיקה וגוף של החלטות, שיכול לעזור לי לקבוע מה זה כוח שוק. זה יוצר אי בהירות מאוד-מאוד קשה. ועכשיו עוד מוורידים את התקרה של העיצומים הכ-ספיים, שזה בכלל בעייתי".

עו"ד מיכל כהן: "בסוף, כשבאים לתקן חוק, תמיד הגישה היא לאן אנחנו מכוונים. אנחנו מכ'וונים לכלל, או שאנחנו רוצים לתפוס את כל מקרי הקצה. אין חוק שיתאיים ל-100% ולכן בסוף אתה רוצה לראות מה התועלת לא מול הנוק. אנחנו מכ'וונים אל הרוב המכריע".

אכיפה בדיעבד והוראות חמורות

עו"ד ענת פילצר-סומך: "אנחנו עוברים עכשיו למדרג הענישה החדש. קביעת המדרג לענישה הפלילית וההעמדה של ההסדר הכובל כעבירה החמורה ביותר מבין העבירות. חשוב להבין את המסר שזה משדר. האם בסופו של דבר זה מה שר' ציחם להגיש? שעבירת המונופולין חמורה פחות, היא פשטה את הרגל בצורה כ"כ מזעזעת שעוד עכשיו מעלים עליה את העיצום הכספי בצורה כ"כ דרמטית. אז לא רק מונופולים, חברים, זה לא רק ניצול לרעה של מונופולים, ששם אפשר להתווכח. לגבי מהי האכיפה המוצדקת כנגד המונופול הדור"ט, שניצל את מעמדו לרעה, אפשר להתווכח. אם זה לא מספיק, 50. מה רע ב-50 מיליון שקל? את רואה שגופים נלחמים בכם לא על קנס של 55 – 62,000 שקל נלחמים בכם. אתם רוצים באמת להגיד לנו, שלגוף לא כובא שהוא קיבל קנס של 62 מיליון שקל? אני חושב שזו ממש אשליה. זה לא רק העיצום הכספי. אף חברה לא רואה לנגד עיניה רק את העיצום הכספי. אין הרתעה היום של תבי'עות ייצוגיות? כל החלטה כוז שלכם היא מיידי פתח היא שאין מתודולוגיה ברורה. זה מאוד דו"מ לחוק הריכוזיות. לאף אחד לא היה ברור

מה זה 'ריכוזיות פעולה משקית'. אני לא יודע אם היום זה ברור, אבל אז זה טבח לא היה ברור. אנחנו נעזרים בכלכלנים שהם כולם יוצאי רשות ההגבלים העסקיים. אין תמימות דעים. הרשות היא מאוד מאוד יצירתית בה'גדרות שווקים. אנחנו מכירים את זה בשוק כרי המים הממותגים, או באספקת ריהוט לבתי קפה, שהם רגישים לאספקה מהירה. מכירים את זה בעשרות תיקים. ולהבעיה תהיה, שעכשיו היצירתיות הזאת תהפוך להיות אכיפה בדיעבד של הוראות חוק מאוד-מאוד חמורות, וזה דבר שהוא פשוט ייצור שיתוק. לא תהיה אכיפה עצמית. כל דבר יעלה לרשות לאישור. זה בדיוק מה שיקרה. לגבי המדרג של הענישה, אני נו"טה להסכים עם העמדה של הרשות. כלומר, לשים את העבירות של המונופולין במדרג יותר נמוך מהעבירות של ההסדר הכובל".

עו"ד חגי דווחן: "כל השיח מתמקד בניצול לר'עה של מונופולים, כי זה היום הבן-טון של השיח הציבורי וזה מה שכולם רוצים לשמוע. כולם רוצים לראות את הדם שניקח מהמונופולים. אבל, תסתכלו בדרך כמה הפרות אחרות של החוק הולכות להיות היום. כל שיטת הירשינונת האלה של הפטורים, היא פשטה את הרגל בצורה כ"כ מזעזעת שעוד עכשיו מעלים עליה את העיצום הכספי בצורה כ"כ דרמטית. אז לא רק מונופולים, חברים, זה לא רק ניצול לרעה של מונופולים, ששם אפשר להתווכח. לגבי מהי האכיפה המוצדקת כנגד המונופול הדור"ט, שניצל את מעמדו לרעה, אפשר להתווכח. אם זה לא מספיק, 50. מה רע ב-50 מיליון שקל? את רואה שגופים נלחמים בכם לא על קנס של 55 – 62,000 שקל נלחמים בכם. אתם רוצים באמת להגיד לנו, שלגוף לא כובא שהוא קיבל קנס של 62 מיליון שקל? אני חושב שזו ממש אשליה. זה לא רק העיצום הכספי. אף חברה לא רואה לנגד עיניה רק את העיצום הכספי. אין הרתעה היום של תבי'עות ייצוגיות? כל החלטה כוז שלכם היא מיידי פתח היא שאין מתודולוגיה ברורה. זה מאוד דו"מ לחוק הריכוזיות. לאף אחד לא היה ברור

הפלילי. אין לי בעיה מתודית עקרונית לבוא ולהגיד לכם, שלוש שנים עד היום לעבירת קרטל זה היה בסדר, ולהחמיר את זה לחמש זה לא בסדר. אני לא חושב, שמישהו על השולחן פה באמת יכול לה'גיד את זה. אני מסכים שיש לזה משמעויות נלוות - פליליים, חיפוש, האזנות. בכל מה שצריך. אין מה לעשות, חברים. עבירות קרטל אפשר להחמיר את הענישה לגביהם. לא יקרה כלום, אם חברות במ"ש יקבלו מסר ברור, שאסור לעשות קרטלים ומי שעושה קרטלים יש לו גם ענישה מאוד חמורה – זה בסדר גמור בעיני. קרטל להבדיל ממונופול. לגבי מו"נופולין, אני כבר אמרתי את דעתי הרבה פעמים. אני חושב, שזו בכלל לא צריכה להיות עבירה פלילית".

לרזו החלטות על מיוזמים

עו"ד תמי בן-דוד: "אני רוצה לדבר על עניין טכני קטן וזה הארכת המועדים לקבל החלטות על מיוזמים. אני חושבת, שאם הכותרת של החוק היא להאריך את המועדים, התוכן של החוק זה דבר והיפוכו. אני חושבת, שהרשות צריכה, בגלל שיורד הנטל הבירוקרטי וזה שכולם יעשו self-assessment, אז איפה שאי אפשר לעשות self-assessment שתואיל הרשות ותודרו. עכשיו לעניין הקרטלים והגדלת הענישה. אני חושבת שזו בושה וחרפה שהמחוקק שם את סעיף 47 א' עם נסיבות מחמירות וכשהרשות לא מצליחה להוכיח את זה, אז מוחקים את זה. מה זה הד"ר הזה? האמירה מה זה נסיבות מחמירות היא חשובה לחינוך המקצועי של הרשות".

עו"ד ניבה ברג: "לגבי המדרג, אני חושבת שההצעה להפוך את זה לחמש שנות מאסר על הסדר כובל היא קצת מיותרת. ממילא הרשות בעיקר מכוונת לקרטלים. הרשות אמורה להיות מסוגלת להוכיח לגביהם שהם נעשו בנסיבות מחמירות. הבעיה היא שההגדרה של הסדר כובל בחוק היא הגדרה מאוד-מאוד רחבה. והרי אין הגדרה של קרטל, אז בסוף ההחמרה הזאת חלה לגבי כל העבירות – חילופי מידע, איתות בפומ"י בי באיזה מסר על דפי עיתון, איגוד עסקי שאולי פישל. בקיצור הרבה מאוד דברים, שלגביהם הפ"

עילות היא הרבה יותר נמוכה ויש נסיבות מקלות. לגזור את העונש שלהם מחמש שנים, אני חושבת שזה דבר מאוד בעייתי. ושוב, הוא בעיקר לא לצור'ך, כי הרשות יכולה להגיע לשם ממילא עם הס'עף של הנסיבות המחמירות. לגבי מסגרת הזמנים בבדיקה של מיוזמים. אני חושבת שקודם כל צריך לברך, שלפחות בצד זה יש את העניין של קיצור מסגרת הזמנים לבדיקה של הסדרים כובלים, שזה ראוי באמת לקצר את זה ל-30 ימים. אבל יחד עם זאת, 150 יום זה גומוס".

עו"ד מיכל כהן: "נתחיל עם מה שנטען לג'בי ההסדרים האנכיים – שמחמירים את הע'נישה. אני חושבת, שהחוק הזה מביא בשורה הרבה יותר רחבה, דווקא על ההיבטים של ההסדרים שלא פוגעים בתחרות, כי כל אותם הסדרים שלאאורה היום יכולים להיות מוכת'מים בפלילי, הם ככל הנראה כאלה שמחר יוכל לחול לגביהם פטור סוג ב self-assessment.

זאת אומרת, אתה לא תצטרך לבוא לקבל פטור. אפשר להגיד הרבה דברים על מה הרשות עלו"ה הרבה יותר רחבה, דווקא על ההיבטים של ההסדרים שלא פוגעים בתחרות, כי כל אותם הסדרים שלאאורה היום יכולים להיות מוכת'מים בפלילי, הם ככל הנראה כאלה שמחר יוכל לחול לגביהם פטור סוג ב self-assessment. זאת אומרת, אתה לא תצטרך לבוא לקבל פטור. אפשר להגיד הרבה דברים על מה הרשות עלו"ה לה לעשות. בואו קצת נדבר על מה היא עושה. בהפרות שלא פוגעות בתחרות , מסוג הפרות שחגי דיבר עליהן, שנמצאת בגילוי דעת 1-12 ככאלה שאפשר להטיל עליהם עיצומים, בסוף הן נתונות לניתוח תחרותי. ואם הן לא פגעו בתחרות, כולנו יודעים איך הדבר הזה נגמר. יש לו תג מחיק, צו מוסכם..."

"הפרות שלא פוגעות בתחרות, רובן שנדר"טות לפטור, מחר ייכנסו לפטור הסוג. לגבי המו"דים עדים במיוז. אני חושבת שהרשות הוכיחה מעל ומעבר את המחוייבות שלה לשחרר מיוזמים שאפשר לשחרר אותם בהרבה פחות מהמועד שקבעו כבר היום בחוק. במיוזמים מורכבים, 30 יום מספיקים. אנחנו לא המצאנו את זה. את חנו מסתכלים על כל העולם. התיקון לחוק מציע זמן שמתכתב עם מה שקורה בכל העולם. במ"י זוגים מורכבים הממונה צריכה נתונים. גם השוק רוצה לתת לממונה את היכולת לקבל החלטות נכונות ועל בסיס נתונים, ועל בסיס נתונים נכו"רים. הדבר הזה לא חיי עם 30 יום, כולנו יודעים".

האם הוראות החוק יחולו גם על חברת חוץ?

עו"ד ענת פילצר-סומך: "בואו נדבר על שינוי ההגדרות בסעיף 1 לחוק, כך שהוראות החוק יחולו גם על חברת חוץ, שותפות בלתי רשומה ועממתה. השאלה הגדולה היא מה קורה אם באמת הזיקה לישראל לא קיימת? האם לזה התכוונתם? האם אתם ערים לאימפקט שעלול להיות לזה?"

עו"ד מיכל כהן: "על המיוז צריכה להיות השפ"עה על התחרות בישראל".

עו"ד חגי דווחן: "זה לא כתוב. מיכל, את טועה".

עו"ד מיכל כהן: "זה כתוב בתזכיר החוק".

עו"ד אמיר וגן: "הדין הבינ"ל נמצא מעל החוק. אתה לא יכול לתפוס חברה שאין לה שום קשר ל"ישראל ואתה לא יכול לתפוס אותה עם דוקטרינות ההשפעות. החוק לא יחול עליה. זה פשוט לפי הדין הבינ"ל הפומבי".

עו"ד חגי דווחן: "החברה יפנית שיש לה שתי חב"רות: חברה ישראלית שמוכרת 10 מיליון והשנייה ישראלית שפועלת ביפו ויש לה 400 מיליון. מה זה משפיע על המיוזג בישראל?"

עו"ד גל רוזנט: "אני לא מבין את התיקון הזה בכ"ל. לא מבין מה האינטרס שלכם לעשות אותו. יש מיוזמים של שתי חברות בינ"ל, שיש להן מכירות בי'שראל. אין להן אפילו ישיבה בישראל. אני לא מצליח להבין שבבילי-מז – זה הברת הנטל הבירוקרטי".

עו"ד טליה סלומון: "בכל מה שקשור לשינוי שחל בהגדרת חברה באופן שמכללי גם חברות זרות – אני לא מצליחה להבין באיזה מקרים רציתם לטפל? מה הבעיה שנתקלתם בה, שמצדיקה את התיקון?"

עו"ד מיכל כהן: "בסיפור החברות הזרות אנחנו חושבים, ונראה לי שכולם מסכימים פה, שסוגיית הכן נרשמה-לא נרשמה, זו לא הסוגיה הרלוונטית. עכשיו לגבי דוקטרינת ההשפעות, אנחנו פתוחים להערות הציבור".

עו"ד ענת פילצר-סומך: "תודה רבה לכולם על ההשתתפות הנרה. כולנו תקווה שרשות ההגבלים תבחן בנפש חפצה את ההערות ותאמץ לפחות את חלקן".

משתתפי הרב-שיח (לפי סדר א"ב של שמות המשפחה)

ד"ר חגית בולמש

ראש קבוצת ההגבלים העסקיים של משרד עוה"ד פרל כהן צדק לצר ברץ. בעלת רישיון עריכת דין ישראלי ואמריקאי ובעלת דוקטרט במשפטים, בתחום ההגבלים העסקיים. ספרה של חגית, "הג'בלים עסקיים - מערכת היחסים בערוצי השיווק וההפצה", נחשב למקור ידע בתעשייה הישראלית ובאקדמיה. מכהנת כיו"ר משות'פת בוועדת ההגבלים העסקיים בלשכת עורכי הדין בישראל.

עו"ד אילן בלומנפלד

מתמחה בייעוץ וליווי תאגידי ומשמש כיועץ משפטי לתאגידים מסחריים שונים, לרבות אגודות שיתופיות, קיבוצים, ארגוני קניות, חברות היי-טק וחברות מהת'עשייה המסורתית.

עו"ד תמר בן-דוד

מוזילה את תחום ההגבלים העסקיים במשרד עוה"ד גרוס, קלינהנדלר, חודק, הלוי, גרינברג ושות' (GKH).

צילום: תומר יעקבסון

עו"ד אמיר ונג

ראש מחלקת הגבלים עסקיים ורגולציה במשרד עוה"ד רון גזית, רוטנברג ושות'. כונר אוניברסיטת ת"א (בהצטיינות) ועוסק מזה למעלה מ-15 שנים בתחום ההגבלים

העסקיים. פרסומי מספר מאמרים, ביניהם מאמרים בתחום ההגבלים העסקיים שהוחזרו בפסקי דין של בית המשפט הע'ליון ובית הדין להגבלים עסקיים.

עו"ד מיכל כהן

סגנית היועץ המשפטי לעניינים אזר"חיים ברשות ההגבלים העסקיים מאז 2013. כיהנה כעבר בתפקיד סגנית היועץ המשפטי לעניינים פליליים במ"שך כשבע שנים. במהלך תפקידה זה הובילה כהן את הטיפול בכל התיקים הפליליים שמנהלת רשות ההגב"לים העסקיים, ובכלל זה קרלט חברות הגז והפרת תנאי מיוזג שופרסל-קלאבמרקט.

צילום: יחי"צ

עו"ד אמיר סלומון

עומדת בראש מחלקת ההגבלים העסקיים והתחרות במשרד הרצוג פוקס נאמן עורכי הדין. למחלקת ניסיון רב בייצוג לקוחות בכל קשת הנושאים הנוגעים ליישום של דיני

ההגבלים העסקיים בישראל, על כלל היבטיהם - האזרחיים, המנהליים והפליליים.

עו"ד ענת פילצר-סומך

יועצת משפטית חיצונית של איגוד החב"רות הציבוריות, מייסדת משרד פילצר-סו"מן, עורכי דין, יו"רית ודירקטורית מכהנת. מן המחית בייעוץ לתאגידים, לדירקטוריונים ולנושאי משרה בארץ ובחו"ל, בדיני תאגידים וניירות ערך, מיוזמים ורכישות. בעלת תואר שני במשפטים (LL.M) - מינהל עסקים) מאוניברסיטת ת"א. מנהלת אקדמית ומרצה בכירה בקורסי דירקטורים במ"ל. מרצה במסללות שונים. חברה בוועדת תאגיידים ובוועדת ניירות ערך של לשכת עורכי הדין.

צילום: יחי"צ

^[1] ינואר 2018 • איגוד החברות הציבוריות • דה מוקר המחלקה המסחרית