



עדכון לקוחות | מחלקת הגבלים עסקיים ותחרות הצעה לתיקון חוק ההגבלים העסקיים - חיזוק האכיפה והפחתת הנטל הרגולטורי

לקוחות וידידים נכבדים,

לפני מספר ימים פרסמה רשות הגבלים עסקיים [תזכיר](#) לתיקון חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988.

תזכיר החוק כולל שינויים מהפכניים במגוון נושאים, מהותיים וטכניים כאחד. מטרתו המוצהרת של התיקון המוצע היא להרחיב את סמכויות האכיפה של הממונה על הגבלים עסקיים מחד, ולהפחית את הנטל הרגולטורי והבירוקרטי המוטל על מנהלי עסקים מאידך. לשינויים המוצעים עשויות להיות השלכות מרחיקות לכת באספקטים מגוונים: בעולם של דיני המיזוגים, דיני המונופולין, בסוגיות הנוגעות לאכיפת דיני ההגבלים העסקיים, ובכל הקשור סנקציות בגין הפרתם של דינים אלה.

התזכיר הועמד לשימוע ציבורי, וניתן להעיר עליו עד ליום 19/11/2017.

רקע

תזכיר חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס-) (חיזוק האכיפה והפחתת הנטל הרגולטורי), התשע"ז-2017 ("התזכיר") אותו פרסמה רשות הגבלים עסקיים ("הרשות") לפני מספר ימים, מבקש להטמיע בחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 ("החוק") שינויים רבים.

במסגרת התזכיר מוצע לשנות את שם החוק ל"חוק התחרות", ובהתאמה להפוך את הממונה על הגבלים עסקיים ("הממונה") לממונה על התחרות, את הרשות לרשות התחרות ואת בית הדין להגבלים עסקיים לבית הדין לתחרות. שינוי "קוסמטי" זה מבטא תהליך ברור המתרחש בשנים



האחרונות, במסגרתו הפכה הרשות לגוף בעל סמכויות נרחבות; גוף העוסק בסוגיות של ריכוזיות כלל משקית; פועל לקידום התחרות באופן אקטיבי; מייעץ לגופים ממשלתיים בכל שאלה תחרותית; ומקדם רפורמות ענפיות.

בנוסף לכך, מבקש התזכיר להטמיע שורה של שינויים שישיעו על האופן בו מיושם החוק. נעמוד עליהם בתמצית רבה.

הגדרת "מונופולין" – מבוססת גם על מבחני כוח שוק

בניגוד למקובל בעולם, המחוקק הישראלי הגדיר מונופולין בסעיף 26 לחוק באמצעות מבחן עובדתי-כמותי, לפיו, שליטה ביותר ממחצית מאספקת הנכסים או השירותים בשוק מסוים בידי גורם אחד יוצרת מונופולין. במילים אחרות, המבחן הסטטוטורי הקיים לקיומו של מונופולין מבוסס על נתח שוק גרידא. התזכיר מבקש להרחיב את ההגדרה הקיימת, ולקבוע, כי גם "מי שמחזיק בכוח שוק משמעותי שאינו זמני ומטבעו קצר טווח, הינו בעל מונופולין".

התזכיר אינו מחדש דבר ביחס למוסד ההכרזה, ומותיר אותו על כנו. בד בבד, התזכיר מחדש בכך שהוא קובע כי גם גופים שנתח השוק שלהם קטן ממחצית עשויים להיחשב כבעלי מונופולין, אם יוכח כי הם מחזיקים בכוח שוק כאמור.

אין מדובר בשינוי של מה בכך. מעתה, יהא על מנהלי עסקים לברר אם פרק המונופולין בחוק חל עליהם, ולוודא כי הם עומדים בהוראות דיני המונופולין – גם אם נתח השוק שלהם נמוך מ-50%. התזכיר אינו מציע מבחנים ברורים לאמידת כוח שוק, ובכך מגדיל את אי הוודאות הצפויה. מזכיר, כי החוק מטיל חובות ואיסורים ייחודיים על בעלי מונופולין, והפרתם של איסורים אלה עלולה לגרור סנקציות מנהליות ופליליות, וכך חשיפה לתביעות נזיקיות (כולל תובענות ייצוגיות – למשל תובענות ייצוגיות בנושא מחיר מופרז שגבה מונופולין, הנחות מטרה שהעניק בעל מונופולין או במצבים בהם בעל מונופולין הפלה בין לקוחות דומים).

הרחבת סמכויות החקירה הפליליות של הרשות ויצירת מדרג ענישה

התזכיר מציע להבהיר כי סמכויות החקירה של הרשות יחולו גם ביחס לעבירות שיבוש עשיית משפט – גם כאשר השיבוש בוצע טרם החלה חקירה פלילית לפי החוק.



בנוסף, התזכיר מציע למחוק את סעיף 47א לחוק, שענייננו הפרת החוק בנסיבות מחמירות, ולקבוע חלף סעיף זה מעין "מדרג ענישה" בסעיף 47(א) לחוק, בהתאם לאופי העבירות וחומרתן. כך, מבקשת הרשות להחמיר ביחס לענישת קרטלים ולקבוע עונש מקסימאלי של עד 5 שנות מאסר לעבירת ההסדר הכובל (במקום 3 שנות מאסר כיום).

ביחס לעבירות האחרות בחוק, דוגמת אי-קיום תנאים באישור מיזוג או הסדר כובל; אי דיווח על מיזוגים; או ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה – הענישה המקסימלית בגינן תהא עד 3 שנות מאסר, בדומה למצב כיום.

אין ספק כי עבירת הקרטל היא העבירה החמורה ביותר של דיני ההגבלים העסקיים. ואמנם, ההפרות המרכזיות שנאכפות כיום באמצעים פליליים הן הפרות קרטל. הפרות דין אחרות לעומת זאת נאכפות היום על ידי הרשות, ככלל, באמצעים מנהליים – הטלת עיצומים כספיים. לא ברור מדוע הפרות דין שהרשות מכירה בכך שחומרתן פחותה, והן נאכפות ממילא באמצעים מנהליים, מצדיקות אכיפה באמצעים פליליים.

הגדלת התקרה להטלת עיצום כספי על תאגידים גדולים

החוק בנוסחו כיום קובע כי העיצום המרבי שניתן להטיל על תאגיד שמחזור המכירות שלו עולה על 10 מיליון ₪ עומד על 8% ממחזור המכירות, וזאת עד לתקרה של 24,490,070 ₪. התזכיר מבקש "לנפץ את התקרה" כך שתוסר המגבלה על סכום העיצום המקסימלי וניתן יהיה להטיל על תאגיד גדול עיצום כספי בגובה 8% ממחזור המכירות שלו, ללא מגבלה מקסימלית.

מדובר בהרחבה משמעותית של סמכויות הממונה, וככל שאכן יתקבל התיקון המוצע, יהא בכך להגביר באופן משמעותי את החשיפה ביחס לפירמות הגדולות במשק. יש לציין, כי הסמכות להטיל עיצומים כספיים היא סמכות "צעירה", שנכנסה לחוק בשנת 2012, והפעלתה על ידי הרשות עדיין לא הועמדה למבחן שיפוטי מהותי.

הרחבת כללי פטור הסוג ומעבר למשטר Self-Assessment

כידוע, סעיף 4 לחוק אוסר על אדם להיות צד להסדר כובל, אלא אם קיבל היתר ממערך ההגבלים העסקיים, היינו, אישור בית הדין להגבלים עסקיים או פטור מאישור בית הדין שניתן על ידי הממונה לפי סעיף 14 לחוק.



סעיף 15א לחוק מעניק לממונה סמכות לקבוע כללים ביחס לסוגים מסוימים של הסדרים כובלים שהצדדים להם יהיו פטורים מאישור בית הדין ("פטורי סוג"). צדדים להסדר כובל יכולים להעריך כי ההסדר שבכוונתם לערוך עומד בכללי פטורי הסוג השונים, ובכך יהיו פטורים מבדיקה ובחינה פרטנית של הממונה.

הרשות מצהירה בתזכיר החוק כי בכוונתה להרחיב את כללי פטור הסוג מכוח סעיף 15א לחוק. בימים האחרונים הרשות אכן פרסמה להערות הציבור טיוטות פטורי סוג מעודכנות [למיזמים משותפים](#), [להסכמי מו"פ](#), [ולכבילות נלוות למיזוגים](#). כל שלושת הפטורים הללו, המתייחסים להסכמים בין מתחרים, היו עד כה כפופים לשורה ארוכה של תנאים, חלקם מורכבים ומעורפלים. כעת, לצד התנאים הללו (אשר יהוו מעין "נמל מבטחים" לצדדים העומדים בהם) נקבעה בכל אחד מהפטורים הללו הוראה כללית הפוטרת כבילות והסדרים שעיקרם אינו בהפחת התחרות או במניעתה, ושאינם פוגעים בתחרות.

במקביל למגמה להרחיב את תחולת פטורי הסוג, מציע התזכיר לתקן את הפרוצדורה הקבועה בסעיף 15א, ולקבוע, בשונה מהמצב הקיים, שעל החלטת הממונה להחריג הסדר מסוים מתחולת פטור סוג לא יחולו הוראות הדין המקנות זכות ערר על קביעת הממונה, והוראה לפיה קביעת הממונה תשמש כראיה לכאורה בכל הליך משפטי.

מדובר בשינוי מרחיק לכת, שכן כיום נתונה לצדדים זכות ערר לבית הדין להגבלים עסקיים על החלטת הממונה להחריג הסדר מסוים מתחולתו של פטור סוג, ואילו אם יתקבל השינוי, תהפוך החלטה כאמור להחלטה מנהלית "רגילה" הכפופה לביקורת שיפוטית בג"צית, שהיא מצומצמת בהיקפה ואינה מתערבת בשיקול הדעת המהותי.

הליכי דיווח ובדיקה של הודעות מיזוג

בעוד שהגדרת "מיזוג חברות" בסעיף 1 לחוק לוכדת ברשתה שלל עסקאות, החוק מבצע ניפוי ומבקש להביא תחת משטרו הישיר של החוק רק מיזוגי חברות המקיימים את אחת מהחלופות שבסעיף 17 לחוק: מיזוג שצד לו הוא מונופולין; מיזוג היוצר מונופולין; וכאשר מחזור המכירות המצרפי של הצדדים המתמזגים עולה על 150 מיליון ₪, ובנוסף מחזור המכירות המאוחד של לפחות שתיים מן החברות המתמזגות אינו נופל מ-10 מיליון ₪ לכל אחת מהן.



התזכיר מבקש לקבוע רף מחזור מכירות גבוה יותר. על פי התיקון המוצע, רק מיזוגי חברות שמחזור המכירות המשותף של הצדדים יעלה על 360 מיליון ₪ יידרשו לקבל את אישור הממונה. בצד זאת, ייקבע מנגנון עדכון סכום אוטומטי בחוק בהתאם לשינויי המדד.

תיקון זה יתרום תרומה משמעותית לקהילייה העסקית, ויפחית דרמטית של הנטל הביורוקרטי בפניה לממונה והמתנה לאישור עסקאות המהוות מיזוג חברות.

יש להדגיש, כי שני הספים האחרים הקבועים בסעיף 17 לחוק ממשיכים לחול כשהיו, כך שגם אם מחזור המכירות המשותף של הצדדים המתמזגים נמוך מ-360 מיליון ₪ אך המיזוג יוצר גוף שנתח השוק שלו עולה על 50%, או שצד לו מחזיק בנתח שוק העולה על 50%, קבלת אישור הממונה יידרש.

בצד שינוי מוצע זה, התזכיר מבקש להרחיב משמעותית את המונח "חברה" שבסעיף 1 לחוק. בנוסחה כיום, הגדרת "חברה" כוללת תיאור מדויק של סוגי ההתאגדויות עליהן היא חלה, והיא עשויה לעורר שאלות בעיקר בכל הנוגע לתחולתה על תאגידים שאינם רשומים בישראל. תזכיר החוק מרחיב את הגדרת "חברה" בסעיף 1 לחוק בשני מישורים. במישור הראשון, מורחבת ההגדרה לצורת התאגדות נוספת ותחול גם ביחס לעמותות. במישור השני, מורחבת ההגדרה בפן הגיאוגרפי, כך שהגדרת "חברה" תכלול גם חברות חוץ ושותפויות חוץ. לשינוי זה משמעות בראש ובראשונה בכל הקשור ליישום של דיני המיזוגים על חברות זרות.

שינויי מועדים הקבועים בחוק

בנוסחו כיום, החוק קובע כי על הממונה לתת את אישורה למיזוג או להתנגד לו בתוך 30 יום. ככל שנדרשת לממונה ארכה לבדיקת המיזוג, עליה לפנות בבקשת ארכה לאב בית הדין להגבלים עסקיים לפי סעיף 38 לחוק. בפרקטיקה, נוהגת הרשות לקבל את הסכמת הצדדים לארכות לצורך בדיקת המיזוג ואישורו, אך לטענתה הדבר מקשה על עבודתה השוטפת.

התזכיר מבקש להקנות לממונה סמכות להאריך את משך הבדיקה של מיזוגי חברות עד ל-120 יום (מעבר ל-30 יום לאישור המיזוג), ללא היזקקות לאישור בית הדין או להסכמת הצדדים למיזוג. המשמעות עלולה להיות הארכת משך הבחינה של מיזוגים סבוכים ובעייתיים, ודחייה משמעותית של פרק הזמן בו יחכו הצדדים להחלטה לגבי העסקה שעל הפרק.



HERZOG FOX & NEEMAN
LAW OFFICE



בד בבד, מבקש התזכיר לקצר את משך הזמן לטיפול בבקשות פטור מאישור הסדר כובל, ולהשוות את המועד למתן החלטה בבקשות כאלה לעולם של אישורי מיזוגים, היינו, 30 יום, עם אפשרות להארכה נוספת, בדומה למיזוגים.

עד כאן עיקרי התיקונים המוצעים.

אנו לרשותכם לכל שאלה,

מחלקת הגבלים עסקיים ותחרות | הרצוג פוקס נאמן

עו"ד לירון צור נוימן
מחלקת הגבלים עסקיים
neumannl@hfn.co.il

עו"ד טליה סולומון
שותפה ומנהלת מחלקת הגבלים עסקיים
solomont@hfn.co.il

הרשמה לעדכוני לקוחות: <http://www.hfn.co.il/he/clients-updates>