

הביקורת המוגבלת על הממונה על ההגבלים

בניגוד לכוונת המחוקק, הליכי הביקורת השיפוטית על החלטות הממונה על ההגבלים עסקיים כה ממושכים ומסורבלים עד כי כמעט רוקנו מתוכן. מצב זה עוד עלול להחמיר מאחר שלאחרונה הוענקו לממונה סמכויות נוספות. יש לערוך רפורמה חקיקתית עמוקה בנושא

גל רוזנט



עו"ד גל רוזנט, ראש מחלקת ההגבלים העסקיים והתחרות במשרד עורכי הדין יורם ל. כהן, אשלי, אשל

עה בחוק באופן הפוגע קשות בזכות הגישה לער- כאות ובזכויות חוקתיות נוספות של מושאי ההח- לטה או של גורמים שנפגעו ממנה. מצב זה עשוי להחמיר בעתיד, הואיל ולממונה הוענקו לאחרונה סמכויות נוספות העתידות להגדיל מאוד את מספר החלטותיו, בלא שמנגנון הביקורת השיפוטית על החלטות אלה הותאם לכך.

מצב זה קורא לרפורמה חקיקתית עמוקה במ- נגנון הביקורת השיפוטית על החלטות הממונה. בגדר זאת יש לקבוע הליך דינוי מהיר לעיון העורר בחומר ששימש תשתית להחלטת הממונה; להגדיל את מספר שופטי בית הדין; לתגמל את נציגי הציבור ואת הכלכלנים המכהנים בבית הדין; ולקבוע סדרי דין מהירים להליכים בבית הדין. רק רפורמה כזו תביא למיצוי את עיקרון היסוד של ביקורת יעילה על מעשי המינהל, ותמנע את הפגי- עה הקשה בזכויות מושאי החלטות והנפגעים מהן כיום.

חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 (להלן: **החוק**) מקנה לממונה על ההגבלים עסקיים (להלן **הממונה**) סמכויות נרחבות להתערב במהלכים עס- קיים המבוצעים במשק כדוגמת מיזוגים, הסדרים כובלים והתנהגות של בעלי מונופולין.

בהתערבות כזו טבועה פגיעה בזכויות חוקתיות של מושאי החלטות, כגון זכות הקניין, חופש העי- סוק וחופש ההתקשרות, וזאת בשם ההגנה על זכויות הצרכן ועל ערך התחרות החופשית (ע"א 2247/95 **הממונה על ההגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ** (1998)).

המחוקק התכוון כי הליכי הביקורת על החלטות הממונה יתנהלו במהירות וביעילות, אולם בפועל נמשכים ההליכים שנים ארוכות, פוגעים באפקטיביות הביקורת וגורמים לווייתור על זכות ערר הקבועה בחוק

על מרבית החלטות הממונה אפשר לערור לט- ריבונל מקצועי - בית הדין להגבלים עסקיים (להלן: **בית הדין**). המחוקק הת- כוון כי הליכי ביקורת אלה יתנהלו במהירות וביעילות, אולם בפועל נמשכים ההלי- כים שנים ארוכות, פוגעים באפקטיביות הביקורת על החלטות הממונה וגורמים לווייתור על זכות ערר הקבר-



סמכויות הממונה

בידי הממונה נתונות סמכויות למנוע פגיעה בת־חרות ולנקוט צעדי אכיפה בגין פגיעות שאירעו. הממונה מוסמך להתנגד למיזוגים או להסדרים כובלים העלולים לפגוע בתחרות או להתנותם בת־נאים, להתערב בפעולות של מונופול (אדם המספק או רוכש למעלה מ־50% מן המוצרים או השירותים בשוק מסוים) ולתת לו הוראות התנהגות גם אם לא הפר חוק, לפנות לבית הדין בבקשה לפרק מונופול או מיזוג הפוגע בתחרות ועוד.

במקרים של הפרת החוק מוסמך הממונה לנקוט צעדי אכיפה פליליים (כתבי אישום המוגשים בידי פרקליטי רשות ההגבלים העסקיים, להלן: **הרשות**) ומינהליים כדוגמת קביעה בדבר הפרת חוק או הכ־רזה על בעל מונופולין (העשויות לשמש כראיה בידי

נפגעי ההפרה, בהליכים אזרחיים), או להגיע להסדר מוסכם עם מפרי החוק.

בשנתיים האחרונות הורחבו עד מאוד סמכויות הפיקוח והאכיפה שבידי הממונה במישורים המפר־רטים להלן.

הסמכות להסדיר פעילות של קבוצות ריכוז וחיזוק הסמכות להסדיר פעילות מונופולים. ביום 25.7.11 התקבל בכנסת תיקון מס' 12 לחוק ההג־בלים העסקיים, שהסמיך את הממונה להסדיר שווקים שבהם פועלת "קבוצת ריכוז" (קבוצה קטנה של חברות שביניהן קיימת תחרות מועטה, המרכזות יחדיו למעלה מ־50% מכלל האספקה או הרכישה של מוצרים או שירותים). סמכות זו, החרגה בהיקפה ביחס למקובל בעולם, משמעה סמכות לתת לחב־רות הקבוצה הוראות בנוגע להתנהגותן או לנכסיהן, לרבות הוראה על הפסקת פעילויות. הוראות כאלה

גם במקרים של הפרות לא חמורות ואף טכניות של החוק, הפרות שבעבר לא ננקטו בגינן צעדי אכיפה. כל זאת בלא להידרש להליך משפטי ארוך ויקר. לא-חרונה אף הוגדל תקציב הרשות, כוח האדם שלה גדל מאוד ונוספה לה חטיבה (שתעסוק בבחינת כשלי שוק ורמת התחרות בענפים מסוימים) – כל אלה שינויים הצפויים לתמוך בהרחבת פעילות האכיפה של הממונה.

מנגנון הביקורת ותכליתו

אי אפשר להפריז בחשיבותה של ביקורת שיפוטית יעילה על מעשי המינהל, ביקורת שתכליתה להבטיח את שלטון החוק ולהגן על זכויות האדם (יצחק זמיר

(2010) **הסמכות המינהלית,**

א' (מהדורה שנייה), עמ' 101).

ואכן, חוק ההגבלים העס-

קיים מכיר בזכותו של מושא

החלטת הממונה או בזכותו

של נפגע מן ההחלטה לערור

עליה לבית הדין (בחלק מה-

מקרים קרויה התקיפה "הת-

נגדות", אולם המהות זהה).

הליכים אלה נועדו להיות

יעילים ומהירים, הן בשל

החשיבות שבהוצאה מהירה

לפועל של מהלכים עסקיים,

לעיתים בעלי השפעה ענפית או כלל-משקית, והן

בשל הפגיעה בזכויות יסוד הנודעת להתערבות

הממונה בחופש הקניין ובחופש העיסוק. תכלית זו

נלמדת בין היתר מן הגמישות הדיונית שהוענקה

לבית הדין בבירור עררים (סעיף 40 לחוק מסמיך את

בית הדין לנהל את ההליך בדרך הנראית לו "מועיי-

לה ביותר להכרעה צודקת ומהירה", בכל היבט שלא

נקבעו בו סדרי דין ספציפיים).

המציאות בשטח והשלכותיה

בניגוד לכוננתו המקורית של המחוקק, הליכי הבי-

קורת השיפוטית על החלטות הממונה כה ממושכים

ומסורבלים, עד כי כמעט רוקנו מתוכן. במה דברים

אמורים?

ניטול לדוגמה את תחום המיזוגים, שבו הוכרה

חשיבות מיוחדת למהירות וליעילות הדיון במט-

מקבלות תוקף מייד, אלא אם בית הדין החליט אחרת.

התיקון אף הרע דרמטית את מצבם של מונופולים

שעליהם הוטלו הוראות. קודם לתיקון הותלה תוקפן

של הוראות כאלה עם הגשת התנגדות של המונופול

לבית הדין, אלא אם זה הורה אחרת. עתה מורה החוק

על תוקפן המייד של ההוראות, אלא אם החליט בית

הדין אחרת. המשמעות היא כי ההתערבות בחופש

העיסוק של חברי קבוצת ריכוז או מונופולים מונצחת

עד לסיום הליך הביקורת השיפוטית על ההחלטה.

הסמכות להטיל עיצומים כספיים על מפרי חוק

בהליך מזורז. ביום 7.5.12 התקבל בכנסת תיקון מס'

13 לחוק, שהסמיך את הממונה להטיל קנסות (עד

סך 24 מיליון שקל על תא-

גיד, ועד סך 1 מיליון שקל על

יחיד) בגין הפרות החוק, אף

אם לא גרמו לכל פגיעה בתח-

רות או בציבור. הממונה רשאי

להטיל את הקנס בתוך חוד-

שים ספורים מעת שהודיע על

כוונתו לעשות כן, והתשלום

אינו מעוכב אף אם הוגש ערר

על ההחלטה (אלא במקרים

חריגים).

אמנם גם כיום עשויה

הפרת החוק לחשוף את המפר

לעונשים כבדים, פליליים. אולם בפועל נעשה השי-

מוש בכלי הפלילי במשורה, ורק בגין הפרות "ליבה"

של החוק – תיאומי מכרזים ומחירים, חלוקת שוק,

ביצוע מיזוג הפוגע בתחרות בלא אישור והפרה של

תנאים שהשית הממונה במיזוג. הפרות אחרות,

כדוגמת עריכת הסדר כובל שאינו בין מתחרים,

הפרה טכנית של החובה להגיש הודעת מיזוג ואפילו

הפרת החוק בידי מונופולים, כמעט שלא גררו פעור

לות אכיפה; הכלי הפלילי נתפס בהקשר זה כחריף

מדי או כלא מתאים, קביעות מינהליות שתכליתן

המרכזית היא לשמש ראייה בידי הנפגע אינן אפק-

טיביות אם אין בצידן אכיפה פרטית (ולכן במקרים

אלה נמנע הממונה מלהשקיע בכך משאבים) והסדר

מוסכם דורש את הסכמת המפר.

התיקון עתיד לחולל מהפכה במדיניות האכיפה

של הממונה ולהביא לנקיטת צעדי אכיפה וענישה

רה שלא לפגוע בקיום עסקות יעילות (וראו ע"א 4843/91 **אסם נ' עליה** (1992)). על התנגדות למיזוג או על אישור בתנאים רשאים לערור הצדדים למיזוג, ועל אישור מיזוג רשאי לערור צד ג שנפגע מן המיזוג. נתוני העררים על מיזוגים בעשר השנים האחרונות מראים כי הליך של ערר על החלטה במיזוג נמשך (למעט חריגים) לכל הפחות שנתיים ימים, ובמרבית המקרים – שלוש שנים ויותר (נוסף למשך ההליך בבית המשפט העליון). מעטות העסקות שאפשר להמתין פרק זמן כה רב לביצוען, ולכן עררים כמעט אינם מוגשים.

עררים על הכרזות מונופולין או על קביעות של הממונה (למשל בדבר ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי) נמשכים לעיתים אף פרקי זמן ארוכים יותר. גם ההליכים לקבלת אישור מאת בית הדין להסדר כובל (הליך שונה מערר, אולם גם כאן מבקשים הצדדים סעד מבית הדין, לעיתים קרובות בעקבות התנגדות הממונה להעניק פטור) מתמשכים שנים ארוכות, והליך בן חמש שנים אינו נדיר כלל. מציאות זו פוגעת קשות בזכויות מושאי ההחלטה וצדדים שלישיים ויש לה השפעה ציבורית נרחבת.

ראשית, הליכי ערר ממושכים משמעותם אובדן העסקה. התמשכות הליכים במקרים של הטלת הוראות על מונופולים או על קבוצות ריכוז, או במקרים של הטלת סנקציה, משמעה פגיעה מיידית וקשה בזכות הקניין ובחופש העיסוק של מושא ההחלטה. משזכות הגישה לערכאות אינה ניתנת למיצוי, או משבירור הערר מתמשך – הפגיעה היא בלתי מידתית. אין ספק כי המחוקק לא התכוון כי עסקות לא תבוצענה וכי החלטות בעלות השפעה כלכלית ניכרת על הציבור לא תעמודנה לביקורת אפקטיבית מטעמים דיוניים. לתוצאה זו, הגורמת לתסכול רב לנפגע, יש כמובן אף השפעה חברתית בלתי מבוטלת.

שנית, זכות הגישה לערכאות היא זכות יסוד, ויש המעניקים לה מעמד חוקתי (ראו ע"א 733/95 **ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ** (1997)).

התמשכות ההליכים אינה מאפשרת מיצוי של הזכות ואף גורמת לעיתים קרובות לויתור עליה, אף אם בידי העורר הפוטנציאלי טענות טובות נגד ההחלטה. שהרי כמה חברות ידחו את ביצוע העסקה בשנתיים, בשלוש שנים ואף ביותר עד לבירור הערר? כמה נפגעים יהיו מוכנים להשקיע משאבים בערר אם ההחלטה תינתן שנים לאחר ביצוע העסקה? ואכן, בפועל מוגש מספר זעום של עררים על החלטות הממונה, אף שכאמור אפשר להגיש ערר אף על אישורי מיזוג. במקרים לא מעטים אף מחליטים הצדדים לבטל את העסקה כאשר מודיע להם הממונה על כוונתו להתנגד לה, והיעדר האפשרות לקיים הליך אפקטיבי של ערר הוא שיקול מכריע בהחלטתם.

שלישית, הבנת הצדדים כי ההליך בפני הממונה הוא שיכריע את הכף (לכל הפחות לשנים ארוכות) עלולה לגרום להם להסכים בליט ברירה להטלת תנאים בלתי מידתיים ובלתי נחוצים בעסקה, שאולי לא היו עומדים במבחן שיפוט טי, רק מכיוון שחלופת הערר אינה אפקטיבית. כך גם בנוגע להוראות המוטלות על בעל מונופולין, וכך צפוי להיות

בכל הנוגע לנקיטת צעד של עיצומים כספיים. רביעית, ביקורת שיפוטית יעילה על החלטות המינהל מבטיחה את מקצועיות הרשות המינהלית ואת שקיפות פעולותיה. "אור השמש המחטא" כינה זאת שופט בית המשפט העליון האמריקאי לואיס ברנדייס (בחיבורו *Other People's Money and How the Bankers Use It* (1913)). רתיעה מהגשת ערר על החלטה או הסכמה לתנאים מרעים בגלל התמשכות צפויה של ההליכים מצמצמות את היקף הביקורת, את עוצמתה ואת יראת הרשות מפניה ועלולות להשפיע על התנהלותה, ותהא זו הרשות המקצועית והיעילה ביותר. בנסיבות כאלה אף הופך הממונה, אדם יחיד העומד בראש המערכת, לגורר הגורלות הסופי – מצב לא בריא בעליל. היעדר ביקורת יעילה עלול אף להנציח פרשנות משפטית שגויה מצד הרשות.

רתיעה מהגשת ערר על החלטה או הסכמה לתנאים מרעים בגלל התמשכות צפויה של ההליכים מצמצמות את היקף הביקורת, את עוצמתה ואת יראת הרשות מפניה ועלולות להשפיע על התנהלותה

סיבות אפשריות לסרבול ההליכים

אכן, תיקי הגבלים כוללים סוגיות מורכבות, משר-פטיות-כלכליות, שבירורן דורש את עיתותיו. מאידך גיסא, מספר העדים בתיקים אינו גדול, והיקף הראיות בהם גם הוא אינו רב במיוחד. מה אפוא יכולות להיות הסיבות להתמשכות ההליכים? ראשית, נדבך מרכזי בערר על החלטת הממונה, אשר בלעדיו קשה לתקוף אותה, הוא עיון הערר בתשתית להחלטת הממונה, חומר שלרוב כולל סודות מסחריים. מיון החומר קודם להעמדתו לעיון העורר והמגעים עם מוסרי המידע נמשכים חודשים ושנים, וכרוכים בדיונים משפטיים רבים. להתמשכות הדיונים תורמת ודאי גם התנהגות אסטרטגית של מוסרי המידע (שלעיתים קרובות הם מתחרי העורר) המבקשים לעכב את בירור הערר.

שנית, בבית הדין מכהנות כיום שתי שופטות בלבד הפועלות במציאות בלתי אפ-שרית; הן נדרשות להתמודד עם כל ההליכים המתבררים בבית הדין (עררים, התנגדויות, בקשות לאישור הסדר כובל), ובה בעת יושבות גם בהליכי גישור בתיקים פלי-ליים של הגבלים עסקיים ומכהנות כשופטות מן המניין בבית המשפט המחוזי. שלישית, מלבד השופט המקצועי מורכב מותב בית הדין מנציגי ציבור ומכלכל-נים שהכהונה בבית הדין היא עבורם עיסוק אחד מני רבים. הם אינם מתוגמלים על שירותם בבית הדין ולפיכך זמינותם נמוכה ולא סדירה. הדבר מקשה לקבוע מועדי דיון רצופים וסמוכים.

הפתרון המוצע

אם קיימות סיבות נוספות ואם לאו, הליכי ערר נמשכים שנים ארוכות. מצב זה צפוי להחריף בעקבות הרחבת סמכויות הממונה, שכן לא נערכה כל התאמה של מנגנון הביקורת השיפוטית למציאות המשתנה. יש אפוא לשנות בחקיקה את מנגנון הערר

בכתיבת המאמר השתתף עו"ד אלעד טרביס (טריויס) ממחלקת ההגבלים העסקיים והתחרות במשרד יורם ל. כהן, אשלי, אשל

על החלטות הממונה כדי למנוע את העצמת הפגיעה בזכויות מנהלי העסקים והציבור כולו. שינויי החקיקה עשויים להכיל את הרכיבים האלה:

(1) יש לשנות את הליך העיון בתיק החלטת הממונה, שהוא אחד מן הגורמים המרכזיים המע-כבים את הליך הערר. דרך אחת לעשות זאת היא להורות על השלמת מיון החומר והמגעים עם מוסרי המידע **עוד במסגרת ההליך המתנהל בפני הרשות**. כן יש לקבוע בחוק מנגנון קצוב בזמן להשלמת הליך העיון בבית הדין.

(2) יש להכיר בכך שלא די בשני שופטים מקצור עיים בבית הדין, ולהגדיל מאוד את מספרם ובכך את היקף הזמן שיוקדש לטיפול בתיקי הגבלים.

(3) יש לתגמל את נציגי הציבור ואת הכלכלנים על שירותם בבית הדין. תגמול כזה יצביע על הכרה בחשיבות השירות בבית הדין, ועשוי להגדיל את זמינות נציגי הציבור והכלכלנים לדיונים.

(4) כאמור לעיל, לבית הדין הוענקה גמישות דינונית. הואיל וגמישות זו לא השיגה את מטרתה (זירוז וייעול ההליך), מוצע לקבוע סדרי דין מהירים לדיון בעררים ובהתנגדויות, ובכלל זה לקבוע הליך מזוז (לרבות קיום דיונים רציפים) להשלמת דיוני ההוכחות, להגשת סיכור מים ולכתיבת החלטות.

צעדים אלה, או צעדים אחרים שתוצאתם דומה, הם מחויבי המציאות. אי אפשר

להשלים את הרפורמה בסמכויות הממונה בלא עריכת ההתאמה הנדרשת בסדרי הדין הרלוונטיים ובהגנה על אלה העומדים לפיקוח הממונה, או על אלה המבקשים לקיים ביקורת ראויה על החלטותיו.

שינוי חקיקה שכזה הוא אינטרס ציבורי ראשון במעלה, ולכן מן הראוי כי מלבד קהיליית העוסקים בהגבלים עסקיים ישתתפו בו רשות ההגבלים העסקיים, האיגודים השונים של החברות העסקיות במשק ולשכת עורכי הדין, בהיותה אחד הגופים המקצועיים האמונים על פיתוח החקיקה בכל הנוגע לבתי המשפט ולסדרי דין.

יש לקבוע הליך דיוני מהיר לעיון העורר בחומר שישומו תשתית להחלטת הממונה; להגדיל את מספר שופטי בית הדין; לתגמל את נציגי הציבור ואת הכלכלנים המכהנים בבית הדין; ולקבוע סדרי דין מהירים