

תוכן עניינים

3	הנושא שנבחר
4	השאלות המשפטיות
4	החקיקה בישראל
5	הפסיקה
7	הספרות
8	היתרונות של המצב הקיים
9	הביקורת על המצב הקיים
10	הדין באירופה
12	מסקנה מסכמת
13	רשימה ביבליוגרפית

הנושא שנבחר

הנושא שבחרתי לכתוב עליו הוא ביקורת פטורי הסוג. האפשרות לקבוע פטורי סוג קבועה בסעיף 15א לחוק התחרות הכלכלית¹. סעיף זה מגיע כהמשך לסעיף 14 לחוק, העוסק בסמכותו של הממונה על התחרות לתת פטור פרטני להסדר מסוים. בהמשך לסעיף 14, קובע סעיף 15א כי בסמכותו של הממונה לקבוע מראש פטור גורף לסוג מסוים של הסדרים.

תכלית חקיקתו של סעיף 15א (במקביל לחקיקת סעיף 14) הייתה ההבנה כי דיני ההגבלים העסקיים הישראלים הם מחמירים מידי, ומתפרשים על כל הפעולות שיכולות להיחשב כפוגעות בתחרות גם אם מדובר למעשה בפעולות רצויות שיכולות אפילו להועיל למשק. כך נכתב בדברי ההסבר לתיקון מס' 6 לחוק:

"המונח 'הסדר כובל' מוגדר בסעיף 2 לחוק באופן רחב במיוחד... טעמה של הגדרה מרחיבה זו נעוץ בתכלית החקיקתית והיא ללכוד את כל הצורות האפשריות של הסדרים העלולים לפגוע בתחרות, כדי להביא כל הסדר כזה לבחינה פרטנית במערך הפיקוח על ההגבלים העסקיים. המחוקק נאלץ לעשות שימוש בהגדרות רחבות מאוד בחוק. הוא רצה להבטיח לעצמו את 'לכידת' כל הוריאציות האפשריות והלא רצויות, והכמעט אין סופיות... בשל רוחב ההגדרה של ההסדר הכובל נתפסות בה לעיתים גם עסקאות שבתנאים מסוימים יש הצדקה לפטרן מבחינה במסגרת הליך משפטי"².

בעקבות חקיקתו של סעיף 15א, אכן קבע הממונה, במסגרת כללים שונים, פטורי סוג להסדרים מסוגים מסוימים. הוא קבע למשל פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך³, פטור סוג למיזמים משותפים⁴, פטור סוג להסדרים שאינם אופקיים⁵, ועוד.

הבעיה שיש לדעתי בפטורי הסוג שקבע המחוקק בכללים השונים, היא שהפטורים הללו תלויים במבחנים מורכבים וקשים מאוד ליישום, באופן המקשה על הוודאות המשפטית. פטורי הסוג הללו נועדו להקל על גורמים עסקיים שונים, אך המבחנים המורכבים שנקבעו בהם עלולים להפוך אותם למורכבים מאוד ליישום, והתוצאה יכולה להיות כי צדדים זהירים יימנעו מלעשות שימוש בפטורי הסוג ויעדיפו לפנות בכל מקרה לממונה לצורך קבלת פטור פרטני מכוח סעיף 14.

בעייתיות זאת מתעצמת בתקופה האחרונה, בעקבות משבר הקורונה. במרץ 2020, כשנה לאחר פרוץ משבר הקורונה, פרסם הממונה על התחרות הבהרות שונות, והראשונה שבהן נגעה לפטורי הסוג למיזמים משותפים⁶. הממונה הבהיר כי ההתמודדות עם משבר הקורונה דורשת גמישות של רשות התחרות בכל הנוגע לשיתופי פעולה בין מתחרים עסקיים, הנדרשים לאחד כוחות כדי לצלוח ולשרוד את המשבר. הממונה מבהיר כי גורמים עסקיים רשאים לעשות שימוש בפטורי הסוג, במטרה להקל על שרידותם של העסקים שנפגעו בקורונה. אולם לדעתי המורכבות של המבחנים שנקבעו לגבי הפטורים השונים עלולה להפוך אותם ל"אות-מתה" ולבלתי אפקטיביים.

¹ חוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1988. (להלן: "החוק").

² דברי ההסבר נמצאים בקישור הבא: https://fs.knesset.gov.il/14/law/14_Is1_292445.PDF

³ כללי התחרות הכלכלית (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך) (הוראת שעה), תשס"ו-2006.

⁴ כללי התחרות הכלכלית (פטור סוג למיזמים משותפים) (הוראת שעה), תשס"ו-2006.

⁵ כללי התחרות הכלכלית (פטור סוג להסדרים שאינם אופקיים) (הוראת שעה), תשע"ג-2013.

⁶ ראה: <https://www.gov.il/he/departments/policies/coronaclarific>

השאלות המשפטיות

השאלה שיש לשאול בקשר לכללי הפטור הללו, היא האם הם צריכים להיקבע על פי מבחנים טכניים ופשוטים ליישום או על פי מבחנים מהותיים ומורכבים ליישום.

מבחנים טכניים ופשוטים ליישום הם מבחנים שאינם מותירים מקום לשיקול דעת, וקובעים אמות-מידה אחידות וגורפות. מבחנים מהותיים ומורכבים הם מבחנים שנוקטים במונחי שסתום, או במבחנים הדורשים הפעלת שיקול דעת ובדיקות מהותיות. לדוגמה: מבחן הקובע פטור לגורם עסקי שמחזור העסקאות השנתי שלו הוא עד 1,000,000 ₪, הוא מבחן טכני וקל ליישום, כי הוא איננו דורש הפעלת שיקול דעת ואיננו כרוך בהתחבטות. העסק יודע בדיוק מהו המחזור העסקי שלו, וההכרעה במבחן הזה כמעט ואיננה נתונה לחילוקי דעות. לעומת זאת מבחן הקובע למשל פטור להסדר כובל שאיננו פוגע פגיעה משמעותית בתחרות בשוק הרלוונטי, הוא מבחן מהותי ומורכב ליישום, כי הוא דורש הפעלת שיקול דעת ויכולות להיות לגביו חילוקי דעות: הוא דורש לבחון ראשית מהו השוק הרלוונטי – מבחן שדורש בדיקה מעמיקה ויכולים להיות לגביו חילוקי דעות ומסקנות שונות; לאחר מכן לבחון האם ההסדר גורם לפגיעה משמעותית בשוק הזה – מבחן שגם הוא דורש בדיקה מעמיקה ויכולות להיות לגביו חילוקי דעות ומסקנות שונות.

על פי דברי ההסבר לתיקון מס' 6 לחוק, מטרתו של התיקון הייתה להקל על גורמים עסקיים ולהוציא אותם, או הסדרים מסוימים שהם עורכים, מהתחולה הרחבה של דיני ההגבלים העסקיים. מטרתו של התיקון הייתה להקל על הגורמים העסקיים ועל המסחר בשוק מפני ההכבדה שיצרו האיסורים שבחוק שנוסחו בצורה רחבה מאוד. הקלה זו נדרשת במיוחד במשבר הקורונה, הדורש שיתוף פעולה בין מתחרים עסקיים בענפים שספגו פגיעות משמעותיות, כפי שציין הממונה במפורש. לאור זאת ברור כי המבחנים אותם ראוי היה לקבוע בכללי הפטור צריכים היו להיות מבחנים טכניים וקלים ליישום, ולא מבחנים מהותיים ומורכבים ליישום. אולם הממונה, שקבע את הכללים, בחר משום מה לסבך את העניינים, ולקבוע מבחנים מהותיים ומורכבים ליישום, באופן העלול להכביד עוד יותר על הגורמים העסקיים הנדרשים כעת לבצע בדיקות מעמיקות בקשר לזכאות שלהם לפטור סוג, שגם לאחריהן עדיין הם יהיו בחוסר וודאות ויצטרכו לקוות כי הממונה לא יחליט בדיעבד שהמסקנה שלהם בקשר לתחולתו של סוג הפטור הייתה מוטעית. לדעתי קביעת מבחנים מהותיים ומורכבים במסגרת כללים לסוגי פטור שאמורים להיות מקלים ופשוטים ליישום, היא בעייתית. הפתרון לכך צריך להיות לדעתי בהחלפת המבחנים המהותיים והמורכבים הקבועים כיום לגבי סוגי הפטור, במבחנים טכניים ופשוטים, המקלים על הגורמים העסקיים ביישומם ויוצרים וודאות משפטית.

החקיקה בישראל

להלן אבחן חלק מן המבחנים שנקבעו בחלק מפטורי הסוג שקבע הממונה, על מנת להמחיש את הטענה לעיל בדבר מורכבותם של המבחנים המהותיים שבחר הממונה.