

תזכיר חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' --) (מונופולין על-פי כוח שוק), התשע"ה-2015

*הבהרה: תזכיר זה מפורסם מחדש בהמשך להערוך הציבור שהתקבלו לתזכיר שפורסם ביום 30.4.15

א. שם החוק המוצע:

הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' --) (מונופולין על-פי כוח שוק), התשע"ה-
2015.

ב. עיקר החוק המוצע והצורך בו:

מוצע לתקן את חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן – "החוק"), או "חוק ההגבלים העסקיים") באופן המשנה את תחולת דיני המונופולין בחוק כך שיחולו על אדם שיש לו כוח שוק, אף אם אותו אדם אינו מחזיק בריכוז של למעלה ממחצית מכלל אספקת נכסים או שירותים או מרכישתם. הממונה יהיה רשאי להכריז על מונופולין ועל בעל מונופולין לפי כוח שוק כאמור, ואולם הכרזתו של הממונה בעניין זה תהא דקלרטיבית בלבד, כפי שנהוג כיום ביחס להכרזה המבוססת על נתח שוק. עוד מוצע, כי הממונה יהיה רשאי להכריז על אדם המחזיק בריכוז של למעלה ממחצית מכלל אספקת נכסים או שירותים או מרכישתם כעל בעל מונופולין, אלא שבמקרה זה, ובניגוד לקיים היום, תהא הכרזתו של הממונה קונסטיטוטית, והכל כמפורט להלן.

בהתאם, מוצע לתקן את הגדרת המונופולין ובעל המונופולין בסעיף 26 לחוק ההגבלים העסקיים.

להלן עיקרי התיקון המוצע וטעמיו.

1. חלופת מונופולין המבוססת על כוח שוק, להבדיל מנתח שוק

על פי סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים, "יראו כמונופולין ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או מכלל רכישתם, או של יותר ממחצית מכלל מתן שירותים, או מכלל רכישתם, בידיו של אדם אחד". דהיינו, בבסיס תחולתו של פרק המונופולין על אדם עומדת דרישה בדבר נתח שוק של מעל 50% שאותו אדם מרכז בידיו.

אלא שבעוד שהדין הקיים מתמקד בנתח השוק, התופעה הכלכלית המרכזית שאותה מבקשים דיני המונופולין לרסן היא שימוש לרעה בכוח שוק המהווה מונח מקובל בדיני ההגבלים העסקיים. כדברי בית הדין להגבלים עסקיים בה"ע 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות:

"מבחינה כלכלית, החשש לפגיעה בתחרות נובע מקיומו של כוח שוק, המאפשר למי שמחזיק בכוח זה להשפיע על מחיר השוק ועל נתונים אחרים הנקבעים בשוק תחרותי על ידי כוחות השוק. החשש מפני מונופולין נובע מהחשש מפני הפעלת כוח השוק הנתון בידי בעל המונופולין."

בהקשר זה יצוין, כי בהחלט ייתכן מצב שבו אדם נהנה מכוח שוק, ובהתאם, עלול לפגוע בתחרות ובציבור, גם בנתחי שוק קטנים יותר מ-50%. בין היתר, ניתן להסיק על קיומו של כוח שוק מקום בו קיימים חסמי כניסה או התרחבות משמעותיים של מתחרים, מאלמנטים מבניים אחרים ומהתנהגות האדם הנבדק, שעשויה להעיד על כוחו (למשל, הצלחתן של פרקטיקות דוחקות תחרות בצמצום התחרות בשוק או תמחור גבוה ממחיר תחרותי). קביעת תנאי-בלעדיו-אין שעניינו נתח שוק גבוה לתחולת דיני המונופולין יוצרת פיקציה לפיה גופים בעלי נתח השוק בשיעור הנמוך מ-50% בהכרח אינם מחזיקים בכוח שוק, בעוד שלעיתים הם מחזיקים בכוח שוק משמעותי שיש לרסנו.

לאור האמור, מוצע לשנות את הדין הקיים ולמקד את פרק המונופולין בהתמודדות עם תופעה זו. בהתאם, מוצע לקבוע כי בעל מונופולין ומונופולין יהיה מי שמרכז בידיו כוח שוק לגבי אספקת נכסים או רכישתם, או לגבי מתן שירותים או רכישתם, וזאת בין אם הוא מרכז יותר ממחצית מהנכסים או יותר ממחצית מהשירותים ובין אם לאו, דהיינו: מוצע לעבור מפיקוח על מונופולין לפי נתח שוק לפיקוח על מונופולין לפי כוח שוק. אמנם, לפי המוצע בתזכיר הממונה יכריז על קיומו של מונופולין כאמור בהודעה ברשומות, אך הכרזה זו תהיה דקלרטיבית בלבד, כפי שקיים כיום ביחס להכרזת הממונה על בעל מונופולין ומונופולין לפי נתח שוק.

עם זאת, נתח שוק גבוה, של מעל 50% מהווה אינדיקציה חזקה לקיומו של כוח שוק המצדיק הטלת חובות ואיסורים מיוחדים למניעת פגיעה בתחרות ובציבור. בהתאם לכך, מוצע כי במקביל יהיה הממונה רשאי להכריז על מי שמרכז בידיו נתח שוק של מעל 50% כעל בעל מונופולין ומונופולין, אלא שבמקרה זה תהא הכרזתו של הממונה קונסטיטוטיוטית. על הפעלת שיקול דעתו של הממונה יחולו הכללים המנהליים והביקורת השיפוטית החלה על כל סמכויות הקביעה האחרות של הממונה לפי החוק. יש לציין כי באירופה, ממנה שאב החוק הישראלי את האיסורים הסטטוטוריים על ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה, הבסיס לתחולת האיסורים הוא קיומה של עמדה דומיננטית בשוק ("dominant position")¹, ולא נתח שוק קבוע כזה או אחר.

להשלמת התמונה יש להזכיר כי סעיף 26(ג) לחוק מאפשר את החלת דיני המונופולין גם בנתחי שוק בשיעורים נמוכים מ-50%, לפי קביעה של השר ובהמלצת הממונה, מקום בו לאדם יש "השפעה מכרעת" בשוק. בפועל מעולם לא נעשה שימוש בסעיף זה.

2. נפקות קונסטיטוטיוטית להכרזת הממונה בדבר מונופולין לפי נתח שוק

כאמור לעיל, מוצע לקבוע כי הכרזת מונופולין מכוח סעיף 26(א) המוצע לחוק תהיה דקלרטיבית בלבד, כך שהחובות וההגבלות החלות על בעל המונופולין המחזיק בכוח שוק תתקיימנה ללא תלות בהכרזה או היעדרה. בנוסף, מוצע כי ככל שמדובר במונופולין מכוח סעיף 26(א), דהיינו ככל שמדובר במונופולין לפי נתח שוק בשיעור

¹ ראו לעניין זה את סעיף 102 לאמנת האיחוד האירופי.

של מעל 50%, להכרזת הממונה יהיה תוקף קונסטיטוטיובי, וזאת בניגוד למצב המשפטי ערב תיקונו של החוק כמוצע בתזכיר. ככזו, תוקפה יהיה מכאן ולהבא.

כמו כן, מוצע לקבוע מנגנון המאפשר לאדם שהממונה הכריז עליו כעל בעל מונופולין לפנות אל הממונה בבקשה שיבחן מחדש את הכרזתו, וזאת בהתקיים תנאים מסוימים המפורטים בתזכיר.

ההוראה המוצעת תחול הן על בעל מונופולין שהממונה הכריז עליו ככזה לפי נתח שוק והן על בעל מונופולין לפי כוח שוק, הכל בהתאם לקבוע בתזכיר. האפשרות לפנות לממונה בבקשה כי יבחן מחדש את הכרזתו אינה קבועה כיום בחוק והיא נועדה להקל על מי שהממונה הכריז עליו כעל בעל מונופולין ולאפשר לו לפנות לממונה בבקשה לבחינה מחדש, ככל שקיימות נסיבות המצדיקות זאת.

נוסף על כך, מוצע לקבוע שבמקרה שבו הממונה החליט שלא לבטל הכרזה כאמור, יהיה רשאי בעל המונופולין לערור על החלטת הממונה לבית הדין להגבלים עסקיים.

לבסוף, מוצע לקבוע כי הכרזות של הממונה על בעל מונופולין ומונופולין שהיו בתוקפן ערב כניסתו של התיקון המוצע לתוקפו, ימשיכו לעמוד בתוקפן גם לאחריו, ויראו בעלי מונופולין ומונופולין אלה כאילו הכריז עליהם הממונה בהתאם לסמכות שתוקנה לו לפי התיקון המוצע בנוגע לנתח שוק.

ג. השפעת החוק המוצע על החוק הקיים:

יתוקן חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988.

ד. השפעת החוק המוצע על תקציב המדינה, תקנים במשרדי הממשלה וההיבט המינהלי:

אין.

ה. להלן הנוסח המוצע:

תזכיר חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' --) (מונופולין על-פי כוח שוק), התשע"ה–

2015

תיקון סעיף 1. בחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988² (להלן – החוק העיקרי), בסעיף 26

26

(1) בסעיף קטן (א) –

(א) אחרי "ממחצית מכלל מתן שירותים, או מכלל רכישתם" יבוא
"בסעיף זה – יותר ממחצית מהנכסים או יותר ממחצית מהשירותים)",
ובמקום הסיפה החל במילים "על קיומו של מונופולין" יבוא "אם הכריז
על כך הממונה בהודעה ברשומות";

² ס"ח התשמ"ח, עמ' 128; התשע"ה, עמ' 104.

(2) אחרי סעיף קטן (א) יבוא :

"(1א) בלי לגרוע מהאמור בסעיף קטן (א), אדם המרכז בידיו כוח שוק לגבי אספקת נכסים או רכישתם, או לגבי מתן שירותים או רכישתם, בין אם הוא מרכז יותר ממחצית מהנכסים או יותר ממחצית מהשירותים ובין אם לאו, יראו את כוח השוק שבידיו כמונופולין ואת אותו אדם כבעל מונופולין; הממונה יהיה רשאי להכריז על קיומו של מונופולין כאמור בהודעה ברשומות.

"(2א) (1) הכריז הממונה על מונופולין ועל בעל מונופולין לפי סעיפים קטנים (א) או (1א), רשאי האדם שהכריז עליו הממונה כעל בעל מונופולין לפנות אל הממונה בבקשה מנומקת שיבחן מחדש את הכרזתו (בסעיף זה – בחינה מחדש), ובלבד שיש בידיו להראות כי ממועד ההכרזה השתנו הנסיבות באופן המצדיק בחינה מחדש של ההכרזה; מצא הממונה כי השתנו הנסיבות ושכתוצאה משינוי הנסיבות יש הצדקה של ממש לבחון מחדש את הכרזתו, יערוך בחינה מחדש כאמור; הממונה ימסור לבעל המונופולין הודעה בדבר החלטתו בבקשה לבחינה מחדש לפי פסקה זו.

(2) החליט הממונה לערוך בחינה מחדש לפי פסקה (1), יהיה רשאי הממונה להחליט להותיר את ההכרזה על כנה, לבטלה או לשנותה והוא ימסור לבעל המונופולין הודעה בדבר החלטתו כאמור.

(3א) על הכרזה כאמור בסעיפים קטנים (א) ו-(1א) ועל החלטת הממונה שלא לבטל הכרזה במסגרת בחינה מחדש כאמור בסעיף קטן (2א)(2) יחולו הוראות סעיף 43(ב) עד (ה), כאילו הייתה קביעה לפי סעיף 43(א)."

תוקפן של	2. יראו בעל מונופולין ומונופולין שהממונה הכריז על קיומו לפי סעיף 26(א)
הכרזות לפי	לחוק העיקרי לפני כניסתו לתוקף של חוק זה, כבעל מונופולין ומונופולין
סעיף 26 לחוק	שהממונה הכריז על קיומו לפי סעיף 26(א) לחוק העיקרי, כנוסחו של אותו
העיקרי	סעיף קטן בסעיף 1 לחוק זה.