

תזכיר חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' --) (הכרזה בדבר מונופולין על-פי כוח שוק),

התשע"ה-2015

א. שם החוק המוצע:

הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' --) (הכרזה בדבר 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 המרחיב את תחולת דיני המונופולין בחוק כך שיחולו גם על אדם שיש לו כוח שוק, ושהממונה על הגבלים עסקיים קבע כי הוא בעל מונופולין, אף אם אותו אדם אינו מחזיק בריכוז של למעלה ממחצית מכלל אספקת נכסים או שירותים או מרכישתם.

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. 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."

נתח שוק גבוה, של מעל 50%, אכן מהווה אינדיקציה חזקה לקיומו של כוח שוק המצדיק הטלת חובות ואיסורים מיוחדים למניעת פגיעה בתחרות ובציבור. אלא שבהחלט ייתכן מצב שבו אדם נהנה מכוח שוק, ובהתאם, עלול לפגוע בתחרות ובציבור, גם בנתחי שוק קטנים יותר. 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, הצלחתו

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.

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.

תיאורטית, 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. מכיוון שמדובר בקביעה שהיא במהותה כלכלית-משפטית, בדומה לקביעות אחרות לפי חוק ההגבלים העסקיים, מן הראוי להעניק שיקול דעת וסמכות בנושא גם לממונה על הגבלים עסקיים, וזאת במקביל לסמכות המוקנית לשר בעניין זה. על הפעלת שיקול דעתו של הממונה יחולו הכללים המנהליים והביקורת השיפוטית החלה על כל סמכויות הקביעה האחרות של הממונה לפי החוק.

2. נפקות קונסטיטטיבית להכרזת הממונה בדבר כוח שוק

בעוד שהכרזת מונופולין מכוח סעיף 26(א) לחוק היא דקלרטיבית בלבד, כך שהחובות וההגבלות החלות על בעל המונופולין מתקיימות ללא תלות בהכרזה או היעדרה, מוצע כי ככל שמדובר במונופולין מכוח סעיף 26(א) כמפורט בתזכיר, להכרזת הממונה יהיה תוקף קונסטיטטיבי. ככזו, תוקפה יהיה מכאן ולהבא. הנפקות הקונסטיטטיבית של הכרזת הממונה בעניין זה נועדה לאפשר וודאות משפטית נוכח המורכבות הכלכלית בקביעת קיומו של "כוח שוק".

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.

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:

¹ ראו לעניין זה את סעיף 102 לאמנת האיחוד האירופי.

תזכיר חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' --) (הכרזה בדבר 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), אחרי "ממחצית מכלל מתן שירותים, או מכלל רכישתם" יבוא "(בסעיף זה – יותר ממחצית מהנכסים או יותר ממחצית מהשירותים)";

(2) אחרי סעיף קטן (א) יבוא:

"(1א) (1) בלי לגרוע מהאמור בסעיף קטן (א), אדם המרכז בידיו כוח שוק לגבי אספקת נכסים או רכישתם, או לגבי מתן שירותים או רכישתם, אף אם אינו מרכז יותר ממחצית מהנכסים או יותר ממחצית מהשירותים, יראו את כוח השוק שבידיו כמונופולין ואת אותו אדם כבעל מונופולין, אם הכריז על כך הממונה בהודעה ברשומות.

(2) הכריז הממונה על מונופולין ועל בעל מונופולין לפי פסקה (1), רשאי האדם שהכריז עליו הממונה כעל בעל מונופולין לפנות אל הממונה בבקשה 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 בעל המונופולין הראה שהשתנו הנסיבות ושכתוצאה מהשתנותן 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.

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

(4) על הכרזה כאמור בפסקה (1) ועל החלטת הממונה במסגרת בחינה מחדש כאמור בפסקה (3) יחולו הוראות סעיף 43(ב) עד (ה)."

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