



רשות ההגבלים העסקיים

החלטה: בדבר אי הכרזה על הבורסה לניירות ערך בתל-אביב כעל בעל מונופולין

איגוד חברות ציבוריות הרשומות בבורסה פנה אלי בבקשה, כי אפעיל את סמכותי מכוח סעיף 26 לחוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח – 1988 (להלן: "**חוק ההגבלים**" או "**החוק**"), ואכריז על הבורסה לניירות ערך בתל - אביב (להלן: "**הבורסה**") כעל מונופולין, כהגדרתו שם.

לאחר דרישה ושיקילה הגעתי לכלל מסקנה, כי בשלב זה, אין מקום להתערבותי ולהפעלת סמכותי האמורה: לעת עתה, אין מקום להכריז על הבורסה לניירות ערך בתל-אביב כעל מונופולין במונח חוק ההגבלים העסקיים, כאשר למיטב המידע המצוי ברשותי, לא הוגדר צורך ממשי להתערבות מערך ההגבלים העסקיים בהסדרת פעולותיה של הבורסה. אעמוד על עיקר השיקולים שהדריכו אותי, באופן שאף ייקל לשקול העמדת החלטתי זו לביקורת שיפוטית:

1. פניית האיגוד מעוררת את שאלת היקף הפריסה של רשת הפיקוח של דיני ההגבלים העסקיים על פעילותה העסקית של הבורסה, בהיותה גוף מוסדר סטטוטורית, שיוחדה לו, על ידי חוק ניירות ערך התשכ"ח - 1968 (להלן: "**חוק ניירות ערך**") מערכת פיקוח עצמאית ונפרדת. שאלה זו אינה אלא פן אחד של שאלה רחבה יותר הנוגעת לכפיפותם של מגזרים המוסדרים סטטוטורית לדיני התחרות, וביחסי הגומלין בין רשויות פיקוח מומחיות במגזר לבין רשות ההגבלים העסקיים. שאלות דומות התעוררו בעבר, מבלי שנדרשו להכרעה, בהקשר של רשות הנמלים והרכבות, רשות הדואר, בזק ועוד.
2. תחולתן האפשרית של שתי מערכות פיקוח או יותר, יוצרת מטבע הדברים את הצורך להכריע האם אמנם חלות הדדית שתי המערכות, ואם כן, מה יהיו "כללי ברירת הדין" מכוחם תקבע תחולת כלל זה או אחר במקרה שתוכן הכללים אינו זהה.
3. דעתי הינה כי עקרונית דיני ההגבלים העסקיים מהווים מסגרת כללית החלה על כל גורם עסקי הנופל בגדר תחולתו של החוק, אשר ייסוג רק מקום בו נקבע מפורשות סייג בדבר תחולת החוק, או שהוראת חוק אחרת בעלת תחולה מקבילה מסדירה את הסוגיה באופן הדוחה בבירור, במפורש או מכללא, את תחולת חוק ההגבלים על המקטע המוסדר.
4. הואיל ולעניין עצם אפשרות ההכרזה על הבורסה כעל בעל מונופולין לא מתהווה, לדעתי, התנגשות שלא ניתן ליישבה בין חוק ההגבלים (הדין הכללי) לבין חוק ניירות ערך (הדין המיוחד), אין לראות מניעה, במקרה ראוי, לעשות שימוש בסמכות הממונה על ההגבלים העסקיים ולהכריז על הבורסה כעל בעלת מונופולין. בדומה, עקרונית תהא הבורסה כפופה לסמכות בית הדין להגבלים עסקיים ולהסדיר פעולותיה במקרים מתאימים.
5. בנסיבות המקרה, לא הונח בפני מסד המצדיק עשיית מעשה, הכרזה על בעל מונופולין, ובשלב שני פנייה לבית הדין להגבלים עסקיים להסדרת פעולותיו של בעל המונופולין. אין חולק כי עובדתית הבורסה לניירות ערך בתל-אביב היא אכן הגוף היחיד בארץ העוסק כיום במתן שירותים של שוק ניירות ערך, אך ממצא זה אינו כסות הכל, ובהעדר טענה וראייה לפגיעה ממשית באינטרס הציבור, ואשר מזור לא ימצא לה בגדר הפקוח הייעודי על פעילות הבורסה, לא מתעורר הצורך בהנעת מערך הפקוח על מונופולים.
- טענה מבוססת בנוגע לפגיעה בתחרות לא מצאתי בפניית האיגוד. דומה, כי אפילו בעיות שנתגלו בפעילות הבורסה, כטענת האיגוד במכתבם אל יו"ר הרשות לניירות ערך מיום 19.8.93 (אשר העתק הימנו הומצא גם לי) - מן הראוי כי תמצאנה פתרון, לפי הצורך, במסגרת סמכויות מנגנון הפיקוח שעל פי אותו החוק; וראה תשובתו של יו"ר הרשות לניירות ערך, מיום 22.10.93, שהומצא לעיוני.
6. בטרם אפרוס את יריעת שיקוליי, אציין כי במלאכת השקלא והטריא ביקשתי להיוועץ בגורמים הנוגעים לעניין, ועל כן העברתי את פניית האיגוד לתגובות הרשות לניירות ערך

והבורסה לניירות ערך. כן נועצתי באיגוד בנוגע לסוגיות המשפטיות שהעלתה הפנייה (מכתבנו אל הגב' וינשל מיום 30.12.1993).

7. עמדת הרשות לניירות ערך, מיום 21.2.1994, היתה, כי אין מקום להחלת פיקוח הממונה על ההגבלים העסקיים על פעולות הבורסה, לאור קיומו של מנגנון פיקוח הדוק הקבוע בחוק ספציפי - חוק ניירות ערך תשכ"ח - 1968. על פי עמדה זו, חוק ני"ע מעניק עדיפות לאינטרס ההגנה על צבור המשקיעים על פני זה של צבור חברות שנסחרות בבורסה והתערבות מצד גורם פיקוחי אחר תפגע בנורמה זו. עם זאת - שמירה על ענייניו של צבור המשקיעים יש בה, בסופו של דבר גם הגנה על החברות, שהרי ללא שוק תקין והוגן ידיר צבור המשקיעים את רגליו מהבורסה. גישה זו, מדגישה את ההשפעות המיוחדות של שיקולי תחרות והגבלים עסקיים על מגזר הפעילות הייחודי של ניהול בורסה, שהיא עצמה זירת תחרות ומסחר.

8. עמדת ב"כ הבורסה לניירות ערך, מיום 3.3.1994, הייתה, כי אין צורך ואין טעם בהכרזתה כבעלת מונופולין. לטעמו, משום שהפיקוח על פי חוק ההגבלים העסקיים מכוון להגנה על הצבור מפני ריכוזה של עצמה כלכלית. הגם שהבורסה מרכזת בידיה את השליטה בתחום המסחר בניירות ערך, הרי שלא נתעורר הצורך להגן על הצבור מפני העצמה שבידיה, ולפיכך אין מקום להחיל עליה את חוק ההגבלים העסקיים. ב"כ הבורסה ממשיך ומצביע על המנגנונים המגוונים המופקדים על הפיקוח על פעילותה. אלה מיתרים לדעתו את הצורך בהתערבות חוק ההגבלים העסקיים, אשר עלולה "להרבות מבוכה" בשל היווצרות סמכויות מקבילות. עוד סבור ב"כ הבורסה כי אין חוק ההגבלים חל עליה באשר אין היא פועלת למטרות רווח.

9. אשר לתגובת האיגוד-במכתבה אלינו מיום 27.1.94 מתייחסת גב' וינשל לתכליות השונות שבבסיס חוק ניירות ערך מחד ובבסיס חוק ההגבלים העסקיים, מאידך. הראשון - מטרתו הגנה על צבור המשקיעים, ואילו השני - עניינו בשמירה על התחרות, ואין האחד מוציא את מישנהו, אלא שניהם חלים על פעילות הבורסה.

שקלתי עמדות אלה והתייחסתי אליהן. להלן אפוא, אעמוד תחילה על מסקנתי כי חוק ההגבלים העסקיים עשוי לפרוס תחולתו על פעילות הבורסה במקביל ובחפיפה חלקית לדיני ניירות ערך, ובהמשך אבהיר מדוע איני מוצא מקום להכריז בשלב זה על הבורסה כעל מונופולין.

I. תחולת דיני הגבלים העסקיים על פעילות הבורסה

10. כאמור, בהיות הבורסה גוף מוסדר סטטוטורית, אשר חוק ניירות ערך מייחד לו מנגנון נפרד המתמחה בפיקוח על פעילותו, מתעוררת שאלת היחס בין חוק ניירות ערך וחוק ההגבלים. כל אחד מן החוקים הללו שם לו דגש שונה: בעוד שחוק ניירות ערך עניינו הסדרת המסחר בניירות ערך תוך הבטחת ההגנה על צבור המשקיעים וייסוד זירת מסחר יעילה, שם לו חוק ההגבלים העסקיים למטרה את השמירה על התחרות החופשית במשק. כך, חוקים אלה משלימים זה את זה.

11. עקרונות הפרשנות, לפיהם תכליתם של דברי החקיקה להשתלב זה בזה ככל הניתן, כדי ליצור "הרמוניה נורמטיבית" - מכתיבים שעד כמה שהדבר ניתן, יפרסו שתי מערכות הפיקוח הנדונות בצוותא את כנפיהן על פעילות הבורסה, ישלימו זו את זו, כשכל אחת מהן תבחן אותה דרך האספקלריה המיוחדת לה. זאת כל עוד תחולתן המצטברת, הבו זמנית אינה גורמת להתנגשות שאין ליישבה. במקרה של התנגשות כזו, ייסוג חוק ההגבלים העסקיים, וחוק ניירות ערך יחול באורח בלעדי, לצורך אותו עניין.

א. הבורסה

12. בורסה הינה גוף העוסק במתן שירותים של שוק מאורגן של ניירות ערך (Securities Exchange). לצבור הרחב משמשים שירותים אמצעי להשקעה - הפניית חסכון להשקעה הונית, שניתנת להמרה מהירה של הון למזומנים - על ידי רכישה ומכירה של ניירות ערך. לחברות מסחריות מאפשרת הבורסה לגייס הון מן הצבור.

ראה ע"א 5320/90 ברנוביץ' בע"מ נ' רשות ניירות ערך, פ"ד מו' (2) 818. בעמ' 830.

13. כמו במקומות אחרים בעולם, גם בישראל - בראשית פעילותה, היוותה הבורסה גוף פרטי שחוג חבריו מצומצם. מבחינה היסטורית התעורר הצורך בהסדרתה בחוק רק עם צמיחתה והפיכתה לגורם כלכלי משמעותי.

ראה: לוי, שמיט, סרנט, הבורסה וההשקעה בניירות ערך, הוצאת שוקן (מהדורת שלישית) 1980, בעמ' 19-24, וכן בעמ' 40-67.

כך, כבר ב- 1935 התארגנה "לשכת החליפין לניירות ערך" שאיגדה בתוכה בנקים גדולים. לאחר קום המדינה, עם הגידול בנפח העסקות ומספר ניירות הערך הרשומים למסחר - נתאגדה הבורסה כחברה בעירבון מוגבל והחלה לפעול בתל-אביב. במרוצת הזמן, נוכח משקלה ההולך ומתעצם של הבורסה בחיי המשק והכלכלה, הוגדר הצורך ליצור הסדר תחוקתי ומנהלי נאות להנפקת ניירות ערך, דרכי הפצתם והמסחר בהם בבורסה ומחוצה לה. בהתאם מונתה ועדת ידן.

ראה - דברי הסבר להצעת חוק ניירות ערך התשכ"ה - 1964, הצ"ח תשכ"ה 625, עמ' 2, בעמ' 11.

וראה בג"צ 555/77 בבצ'וק נ' הבורסה לניירות ערך בע"מ, פ"ד לב (2) 377, בעמ' 379, 387.

וכן עניין ברנוביץ, לעיל, בעמ' 830.

14. עם חקיקת חוק ניירות ערך בשנת 1968 התווה לראשונה המחוקק את הפקוח הציבורי על הבורסה: זו נקבעה כגוף שהקמתו טעונה רישוי (על ידי שר האוצר לאחר התייעצות עם הרשות לניירות ערך); זהו גוף המסדיר את אורחותיו המסחריות (self regulating) תחת פיקוח ממלכתי (של שר האוצר בהתייעצות עם הרשות לניירות ערך ועל ידי ועדת הכספים של הכנסת). ראה סעיף 45 לחוק ני"ע, כמו גם את דברי ההסבר להצעת חוק ני"ע המבהירים כי:

..... ניהול הבורסה לניירות ערך יהא טעון רשיון מאת שר האוצר, והרשיון יינתן רק לבורסה, שתקנותיה מסדירות, להנחת דעתו של שר האוצר, ניהול תקין והוגן של הבורסה. הבורסה תהיה גוף המסדיר את עצמו וקובע את תקנותיו, ורק בעניינים עקרוניים מוצע לקבוע הוראות בחוק. עם זאת, מוצע להעניק לשר האוצר סמכות לשנות את תקנות הבורסה, אם הוא סבור שהדבר נחוץ לשם ניהול, תקין והוגן של בורסה.

ראה הצעת החוק. שם, בעמ' 12, סעיף 7 לדברי ההסבר.

15. הבורסה מתאפיינת בהגבלת המסחר בין כתליה לחבריה בלבד, כשרווחיה משמשים רק למטרותיה, ואינם מחולקים בין החברים (ראה סעיף 45 (ב) לחוק ני"ע).

16. מאז כניסתו לתוקף של חוק ניירות ערך התשכ"ח - 1968, קיבלה רשיון על פיו רק הבורסה לניירות ערך בתל - אביב. לאחרונה, שוקל שר האוצר מספר פניות ליתן היתר להקמתה של בורסה נוספת.

17. הבורסה לניירות ערך בתל-אביב, מאגדת היום בקרבה 26 חברים, מהם - שלושה עשר בנקים (בתוכם בנק ישראל) ו- 13 חברות פרטיות למסחר בניירות ערך ("ברוקרים"), שעמדו בדרישות מסוימות הקבועות בתקנון הבורסה (איתנות כספית, מהימנות, מיומנות וניסיון בעסקי ניירות ערך). כן, פעילות בזירת המסחר גם חברה לניהול תיק השקעות ומנהלי קרנות נאמנות.

ב. הפיקוח על הבורסה על פי חוק ניירות ערך

18. הפיקוח על הבורסה נעשה הן באמצעות מוסדותיה שלה עצמה - על ידי דירקטוריון בעל ייצוג נרחב מטעם הצבור (ראה סעיף 45 לחוק ניירות ערך) והן על ידי גופים חיצוניים לה, הלא הם שר האוצר, ועדת הכספים של הכנסת, והרשות לניירות ערך. רשת הפיקוח פרוסה על רישוי הבורסה, תקנונה, וניהולה השוטף.

19. עצם הקמתה של בורסה, טעון מתן רשיון על ידי שר האוצר לאחר התייעצות עם הרשות לניירות ערך. אחד התנאים למתן רשיון הינו שתקנון הבורסה יאושר על ידי שר האוצר לאחר התייעצות עם הרשות לניירות ערך, כמו גם על ידי ועת הכספים של הכנסת (סעיף 45 (ב) (3)). משמע - זהו אמצעי פיקוח על ה- self regulation של הבורסה.

20. על התקנון לקבוע "כללים לניהול תקין והוגן של הבורסה" שלתכנים אפשריים שלהם מתייחס סעיף 46 לחוק. מדובר, לצורך הדגמה, בכללים לעניין החברות בבורסה (סעיף 46 (א)(1)); כללים לרישום ניירות ערך למסחר בבורסה (סעיף 46 (א)(2)); כללים לעניין המסחר בבורסה (סעיף 46 (א)(3)); לחובות חברה רשומה למסחר בבורסה (סעיף 46 (א)(4)); לעניין עמלות, דמי רישום ודמי טיפול בעד שירותי הבורסה (סעיף 46 (א)(7)); וכן הלאה. שינוי תקנון הבורסה טעון את אישוריהם של שר האוצר (לאחר התייעצות עם הרשות) וועדת הכספים של הכנסת. ראה סעיף 48 לחוק.

21. הפיקוח על התקנון אינו מתמצה רק בתהליך אישור כמתואר לעיל אלא יכול שיהיה כרוך בהתערבות יזומה של מנגנוני הפיקוח שעל פי החוק. כך, מוסמכת הרשות לניירות ערך, על פי סעיף 48(ב), משהיא סבורה "כי לשם ניהול תקין והוגן של הבורסה יש להביא שינוי בתקנון הבורסה". - להתערב, להודיע על כך לבורסה ולדרוש כי תכניס שינוי כאמור תוך פרק זמן מסוים. היה והדבר לא נעשה - "רשאי שר האוצר, לפי הצעת הרשות ובאישור ועדת הכספים של הכנסת, לשנותו בצו".

22. אשר לניהול הבורסה הפיקוח על "ניהולה התקין והוגן של הבורסה" מופקד ביד הרשות לניירות ערך לבדה מכח סעיף 51 לחוק. במסגרת זו מוסמכת הרשות לניירות ערך להורות לבורסה, כיצד לתקן את הפגמים שנפלו בניהולה התקין והוגן (סעיף 51(ב)); לדרוש מן הבורסה ידיעות על ענייניה, לקבל ממנה דוחות פעולה (סעיף 51 (ג)), ולשלוח נציג מטעמה, שיהיה נוכח באסיפות הכלליות ובישיבות דירקטוריון הבורסה (סעיף 51 (ד)).

23. התמונה לא תהיה שלמה, אם לא נזכיר אמצעי פיקוח נוסף על הבורסה, מכח חוק ניירות ערך. סעיף 47 מאפשר למי שרואה עצמו נפגע מהחלטות מסוימות של הבורסה במסגרת סמכותה - לערער עליהן בפני בית המשפט המחוזי. זהו פיקוח שיפוט, המעביר תחת שבט הביקורת החלטות של הבורסה לגופן.

24. מסתבר, אם כן, כי ככלל - מנגנון הפיקוח על הבורסה על פי חוק ניירות ערך - מכוון להבטחת "תקינות והגינות" פעילותה. סמכות זו היא בעלת אופי רחב וגמיש דיו כדי לתפוס בגידרה קשת רחבה של מצבים והתנהגויות על מנת להגן על ציבור המשקיעים, תוך שמירה על יעילות המסחר בשוק ניירות הערך.

25. אמנם, הרשות לניירות ערך הוקמה על ידי סעיף 2 לחוק ניירות ערך התשכ"ח - 1968, כדי למלא תפקיד של "שמירת ענייניו של צבור המשקיעים בניירות ערך".

ראה: דברי ההסבר להצעת חוק ניירות ערך, (שם, בעמ' 12); ע"א 5320/90 ברנוביץ, שם בעמ' 829; וכן ע"ש (ת"א) 272/89 נמרודי לנד דבלופמנט בע"מ ואח' נ' הבורסה לניירות ערך, פס"מ תש"ן (ב) 89, בעמ' 99.

וראה פרק ג' לחוק ני"ע.

בהתאם, רשות ניירות ערך בתגובה לפנייתי להיוועץ עמה, מדגישה, ודומני שבצדק, כי מהחוק עולה העדפה ברורה של המחוקק את אינטרס ההגנה על צבור המשקיעים, על פני הגנה למשל - על צבור החברות הנסחרות בבורסה, וכי תכליתה של הרשות בהגנה על הצבור כמשקיע ולא כצרכן.

26. גישה דומה בעיקרה תמצא אף בארה"ב, שם התווה ה- Securities Exchange Act 1934 מסגרת הפיקוח על אורחות ניהול המסחר בניירות ערך. על פי חוק זה חייבת הבורסה ברישום, והינה מוסד המתאפיין ב- Self regulation וכן - Self policing, כשקביעת התקנות מוטלת עליה כסמכות שבחובה. כמו אצלנו, המצאת תקנון הבורסה לביקורת ולאישור ה- Securities and Exchange Commission (להלן: ה- SEC) מהווה תנאי לרישום הבורסה. ראה סעיף 6 לחוק האמור.

[אכן, גם החוק האמריקאי והפיקוח שמכוחו על הבורסות, עומדים אפוא, בסימן של הבטחת ניהול תקין והוגן, לטובת צבור המשקיעים ויעילות המסחר.]

לפיקוח על מוסדות בורסאיים בארה"ב, ראה:

L. Loss & J. Seligman Securities Regulation, Little Brown and Company, 3rd. ed. Vol. Vi p. 2653, at pp. 2692-2722

מנגנון הפיקוח על הבורסה בארה"ב, כמו גם במקומותינו מכח חוק ניירות ערך, אינו מיועד לבחינת פעילותה במשקפיים תחרותיות דווקא. ככלל - הוא יוחד להגנת צבור המשקיעים והבטחת יעילות המסחר. יחד עם זאת, ברי כי אף שיקולים בעלי אופי תחרותי, עד כמה שהם עולים בקנה אחד עם המטרה המרכזית של החוק, יבואו בכלל הגורמים המבטיחים פעילות "תקינה והוגנת" של הבורסה.

ג. דיני ההגבלים העסקיים והפיקוח במסגרתם

27. דיני ההגבלים העסקיים, בארץ כמו ברבות ממדינות הים, מיועדים בעיקרם לשמירה על התחרות החופשית במשק ככלי לרווחה כלכלית וחברתית, שהרי:

קיומה של תחרות חופשית הוא אינטרס ציבורי....
תחרות חופשית עשויה להביא להורדת מחירים,
לשיפור אכותו של מוצר ולשיפור השרות אשר ניתן
אגב מכירתו. תחרות חופשית עשויה אף לעודד פיתוח
של המשק בדרך של יזמות לגיטימיות לסוגיהן.....

רע"א 371/89 ליבוביץ נ' א. אתי. אליהו בע"מ, פ"ד מד' (2) 309, 327.

28. תחולתם הפרסונאלית של דיני התחרות רחבה היא, בין זרועותיה יילכדו כל המנהל עסקים או המספק טובין או שירותים וזאת - בין אם למטרות רווח ובין אם לאו (סעיפים 2, 19 ו-26 לחוק ההגבלים). הערך המוגן בהוראות אלה הינו שימורה של תחרות, ביצורה, וריסון ריכוזי כח כלכליים העלולים לעוות את התחרות ולפגוע בה.

ראה למשל: מ. בורנובסקי, על האכיפה העונשית והפרטית של דיני ההגבלים העסקיים, עיוני משפט טו' 537.

וכן - ת.א. 396/87 (ירושלים) קיסין ואח' נ' פטרולגז בע"מ ואח', (לא פורסם) בעמ' 18.

29. כך, גם הפקוח על המונופולים עניינו בהסדרת התנהגותו של אדם המרכז בידיו השפעה של ממש על הנעשה בענף משק זה או אחר. אתגר הפקוח על המונופולים הביא את מחוקק חוק ההגבלים משנת 1988 לחזק את הפקוח על מגזר פעילות זה. עומד על כך שר התעשייה והמסחר, בהציגו את הצעת החוק לקריאה ראשונה בפני הכנסת, באומרו:

ריבוי המונופולים, שהוא כאמור פועל יוצא מממדיו של המשק הישראלי, מחייב שימת לב מיוחדת לבעיה זו. אכן, הדבר מוצא את ביטויו בשלושה תיקונים משמעותיים המצויים בהצעת החוק החדשה: א. הורחבו סמכויות הממונה על הגבלים עסקיים סמכויות אלה הן בנוסף על סמכויות המוקנות על פי הוראות החוק הקיים להציע בפני המועצה להגבלים עסקיים להחיל הוראות פיקוח על מחירים, על איכות, על דרכי ייצור ועל שיווק.

דברי הכנסת, הצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד - 1983, ישיבה 216 של הכנסת העשירית (ט' בכסלו התשמ"ד, 15 בנובמבר 1983).

30. אף הצעת החוק עומדת על כך ומדגישה את הפגיעה בתחרות כיסוד מוסד במערך הפקוח על המונופולים, באומרה:

**הפגיעה בתחרות כתוצאה מפעילות מונופוליסטית
תיתכן לא רק כאשר אספקת מצרך או שירות או
רכישתם בידי אדם אחד, אלא גם כאשר שניים או
יותר פועלים כגוף אחד ללא תחרות ביניהם....**

הצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד - 1983, הצעות חוק 1647, א' בכסלו התשמ"ד,
7.11.1983, עמ' 39, 54.

מוקד התייחסותו של מערך הפקוח על ההגבלים העסקיים, המורכב משני האורגנים שיוצר החוק, הממונה על ההגבלים העסקיים ובית הדין להגבלים עסקיים, נעוץ איפוא במניעת פגיעה של ממש באיכות התחרות במגזרי המשק השונים.

ד. תחולת הדינים - חוק ההגבלים וחוק ני"ע

31. מצאנו, אפוא, כי עקרונית, הפיקוח על הבורסה עשוי לבוא בגדר סמכויות מערך ההגבלים העסקיים ואף בגדר סמכויות רשות ניירות ערך, ואפשר גם כי תהיה תחולה להוראות הפקוח של הבורסה עצמה באמצעות מוסדותיה ותקנותיה. כל אורגן, במסגרת הדין המייסד אותו, יפעיל סמכויותיו ושיקול דעתו כנדרש ממנו על פי דין.

32. לעתים, קשתות השיקולים המופעלות על ידי כל אחד מהמנגנונים עשויות לחפוף זו את זו. כך למשל, שמירת ענייניו של צבור המשקיעים על ידי הרשות לניירות ערך - יש בה, בסופו של דבר, גם הגנה על החברות הנסחרות בבורסה, שהרי ללא שוק תקין והוגן מהיבטן של אלה, עשוי ציבור המשקיעים להדיר את רגליו מן הבורסה, ובעקיפין זהו גם האינטרס המוגן על ידי חוק ההגבלים. בדומה, עשוי הסדר בין סוחרי בורסה העלול לפגוע בתחרות ביניהם ליפול הן בגדר סמכויות רשות ניירות ערך להבטיח מסחר הוגן והן בגדר סמכויות רשות ההגבלים העסקיים למנוע עריכת הסדרים כובלים.

33. כמובן, אפשר ואף יתהוו סוגיות אשר כל אחד מהאורגנים, על פי חוקתו הוא, יראה אותן באור שונה. הבדלים אלה עשויים להתבטא בהערכה שונה של דרך הטיפול הנדרש, או שעשויים הם להתבטא בכך שמערך אחד לא יראה עצמו כלל מוסמך ורשאי לטפל בסוגיה זו או אחרת, או לטפל בה באופן חלקי בלבד. כך למשל, במידה ותבקש בורסה לנצל את מעמדה המונופוליסטי על מנת להשיג יתרון בפעילותה הכלכלית בתחום משיק, בהנחה שהדבר מותר לה. בנסיבות אלה, ייתכן ויוגדר צורך להסדיר פעולות המונופולין על מנת למנוע תחרות בלתי הוגנת בין בעל המונופולין ואחרים, כאשר נשוא ההגנה בהקשר זה איננו כלל ציבור המשקיעים בבורסה או החברות הנסחרות בה, אלא מתחריה של הבורסה בתחום פעילותה המסחרי דווקא.

34. נמצא, כי בה במידה שמנגנון הפיקוח על פי חוק ניירות ערך הוא מיוחד ומומחה לעניין מטרות אותו חוק להבטיח צבור משקיעים, כן - מנגנון הפיקוח על פי חוק ההגבלים העסקיים - מיוחד ומומחה לעניין מטרות חוק זה לשמור על התחרות. בדרך כלל, אין הם סותרים, אפוא, זה את זה, כי אם משלימים זה את זה. כל אחד מהם נועד בעיקרו לתת מענה לסוגיות אחרות שאינן מטופלות על ידי משנהו, ולהאיר את פעילות הבורסה בזרקור המיוחד לו: מערך הפיקוח שעל פי חוק ניירות ערך - ידאג ל"תקינותה והגינותה" של הבורסה ולהיבטים המיוחדים למסחר בניירות ערך תוך שמירה על ענייניו של צבור המשקיעים; ואילו חוק ההגבלים העסקיים יבקש להסתכל אל ההשפעות התחרותיות של פעילות הבורסה וחבריה, תוך שמירה על אינטרסים צרכניים. הראשון, כולו עניינו בתחומי שוק ניירות הערך, בבחינת דין מיוחד המבטא את דאגת המחוקק להסדרת שוק זה באופן מדויק. האחרון, כולו עניינו בתחומי התחרות, בבחינת דין כללי המבטא את תפישת המחוקק בדבר חשיבותה הכללית של התחרות בכל אתר ואתר, תוך התאמת הכללים לנסיבותיו המשתנות של כל מקרה ומקרה, לרבות המסגרת הנורמטיבית החלה בנסיבות העניין. בצוותא יוצרים חוקים אלה "מטריה נורמטיבית" המסוככת באופן שלם על ההיבטים השונים של פעילות הבורסה.

35. כך הוא כאשר לכאורה שני דברי חקיקה נחזים כחלים על מצב דברים נתון, שתבדוק תחולתם על פי מטרתו של כל אחד מן החוקים, וכשמטרתיהם משלימות זו את זו, יש לאפשר את תחולתם הבו - זמנית, תוך הסדרת כללי התחולה. תכליתו של דבר חקיקה -

להשתלב במערך הכלי של הדינים, והפרשן נדרש במלאכתו לשאוף להשגת מירב "ההרמוניה הנורמטיבית".

ראה בג"צ 863/89 חזן נ' בית הדין הארצי לעבודה פ"ד מה' (3) 486. א. ברק, פרשנות במשפט, נבו הוצאה לאור ירושלים 1993, כרך ב', שער שישי, פרק שביעי, ובמיוחד בעמ' 589-591.

36. כך אף בתוך תחומי דיני ניירות ערך ימצאו מקרים עליהם תחול יותר מהוראת דין אחת, לעתים משלימה ולעתים חופפת, שכן:

הסמכויות המוקנות לרשות [ניירות ערך] אינן הכלי המשפטי היחיד לחשיפת המידע עבור המשקיע הסביר. קימות מערכות דינים נוספות ונבדלות המשרתות מטרה זו במידה זו או אחרת, אם במישרין ואם בעקיפין. מערכות דינים אלה הן לעתים משלימות לסמכויות הרשות ולעתים חופפות להן....
הסמכויות המוקנות לרשות [ניירות ערך] אינן הכלי המשפטי היחיד לחשיפת המידע עבור המשקיע הסביר. קימות מערכות דינים נוספות ונבדלות המשרתות מטרה זו במידה זו או אחרת, אם במישרין ואם בעקיפין. מערכות דינים אלה הן לעתים משלימות לסמכויות הרשות ולעתים חופפות להן.

ראה ע"א 5320/90 ברנוביץ בע"מ נ' רשות ניירות ערך, פ"ד מו' (2) 818, 831.

דואליות נורמטיבית שכזו אינה אלא פרי של פסיפס החקיקה הצפוף, עת תחולנה מספר הוראות הבאות לקדם אותו ערך, או ערכים שונים לגבי אותם אורגנים הכפופים להוראות החוק. אמנם, פעילות הבורסה מתאפיינת גם בכך שהיא עשויה להיבחן לא רק על ידי החוקים נשוא ענייננו אלא גם במישור המשפט הציבורי, על פי עקרונות המשפט המנהלי. רק מקום שנוצרת "**התנגשות חזיתית**" - דהיינו סתירה בין שתי הוראות שונות, יש לסייג את האחת מפני האחרת, בין אם באופן מלא ובין אם באופן חלקי.

לסתירה בין דברי חקיקה, ראה א. ברק, פרשנות במשפט, כרך א', בעמ' 544 ואילך.

ה. משפט השוואתי

37. חומר למחשבה והשראה ניתן למצוא בדיון שהתעורר בארה"ב סביב סוגיית היחס בין דיני ה- antitrust לבין הדינים המיוחדים המסדירים פעולתן של בורסות ושאר גופים הנתונים לפיקוחן של רשויות פקוח ייעודיות. כמובן, הדין שם עניינו שונה, באשר לא דומה משקנו למשקם, ותנאי הארץ ותושביה ייחודיים הם לנו, אך ככלי עזר לא למותר יהיה לבחון מה תשובה נתנה השיטה האמריקאית לשאלה דנן.

ראה: ע"א 1186/93 מ"י נ' בנק דיסקונט לישראל (טרם פורסם), מפי כב' השופט מ' חשין, בעמ' 38-39.

38. הפסיקה האמריקאית שנדרשה לסוגיית תחולת דיני ההגבלים העסקיים על סקטורים מוסדרים סטטוטורית, קובעת כי ככלל יחולו דיני ה- antitrust גם על סקטורים כאלה, באומרה:

When there are two acts upon the same subject, the rule is to give affect to both, if possible.

California Petitioner V. Federal Power Commission 82 s. Ct. 901 (1962)

להלן: EI Paso

39. בדרך כלל יחולו דיני ההגבלים העסקיים על כל גורם המנהל עסקים, אפילו מוסדרת פעילותו בחוק מיוחד ומפוקחת על ידי אורגן ייחודי, ורק במקרים הנחשבים לחריגים ייסוגו דיני ההגבלים העסקיים בפני הוראות פקוח מיוחדות. החוק המסדיר יכול להורות מפורשות בדבר אי תחולת דיני ההגבלים העסקיים, או חלק מהם (כגון היתר מפורש לנהוג באופן

שברגיל היה נחשב להפרה של דיני התחרות; או קביעת מערכת ספציפית של דיני הגבלים עסקיים שתחול על סקטור מסוים), או במשתמע. אלא שבתי המשפט יהיו זהירים בהסקת כוונה משתמעת של החוק המסדיר מתן "חסינות" לפעילות שעל פיו מתחולת דיני ה-antitrust, שכן:

Immunity from the Antitrust Laws is not lightly implied.
El Paso, p. 963.

Repeals of the antitrust laws by implication from regulatory statute are strongly disfavored and have only been found in cases of plain repugnancy between antitrust and regulatory provisions.

U.S. v. Philadelphia National Bank, 83 S Ct 1715 (1963) 1735.

אשר אובחן לעצם המבחן שנקבע בו, אך לא בנקודה נשוא עינונו.

40. בהקשר זה יש להבחין אבחנה אנאליטית בין שתי קטיגוריות של חוקים מסדירים: חוקים שעניינם גופים בעלי אופי ציבורי (גופים סטאטוטוריים או גופים בעלי תפקיד ציבורי), וחוקים המסדירים פעילות פרטית במגזר עסקי מסוים. המבחנים להסקת כוונה משתמעת ל"חסינות" מתחולת ה-antitrust laws יותאמו בצורתם והגדרותיהם לכל משבצת דין נבחנת, אך במהותם הם דומים ותרים אחרי אותה המטרה: לאפשר את הגשמת החוק המסדיר, ולתת לו full effect במקביל לדיני ה-antitrust, אלא כאשר יש "התנגשות חזיתית" ביניהם.

41. בנוגע לגופים סטאטוטוריים ציבוריים הפועלים על פי חוק, מוכנים בתי המשפט בדרך כלל, ללמוד על קיומה של כוונה משתמעת להעניק "חסינות" מפיקוח על פי כללי התחרות - כאשר חסינות כזו הינה חיונית להשגת מטרות החוק המסדיר ולביצועו. ("necessary to make the regulated Act work")

ראה 147. Areeda & turner, Antitrust Law, vol I sec 224 d. p.

42. כאשר מדובר בפעילות עסקית פרטית, כמו למשל בתחום הבנקאות וניירות הערך, שנעשית במגזר עסקי שהמחוקק מצא לנכון להפקיד עליו רשויות אישור, הסדרה ופיקוח, שתתמחינה בתחומן - נבחנת הכוונה החקיקתית המשתמעת לפטור אותו מגזר מתחולת דיני התחרות, על פי מידת ה-"persuasiveness" של ההסדר. כלומר - נבחנת מידת "התפשטות" של ההסדר המיוחד לכיוון הממצה והמקיף, הסדר קונקלוסיבי שמוטת כנפיו דוחקת אל מחוץ לתחומו את דיני התחרות, כולם או חלקם.

43. על מידת ה-persuasiveness אפשר להסיק, מעבר ל"מבחן החיוניות", גם ממהותו של המגזר הנדון, ממטרת החוק (עד כמה ה"חסינות" הכרחית לתקינות הפעילות העסקית במגזר, ועד כמה היא חיונית להגשמת ויישום מטרות החוק), מרוחב היריעה של סוגיות המוסדרות על פי חוק, מאפייניו וטיבעו של סמכויות רשות הפיקוח, והשיקולים שבסמכותה לשקול בקבלת הכרעות, וכן - ממידת המומחיות הנדרשת להכרעה בענייניו של המגזר הנדון. ככל שזו גדולה יותר, כן תגבר הנטייה להשאיר את הפיקוח במלואו בידי הרשות הספציפית, ולפרוק מסמכויותיה את רשויות הפיקוח המופקדות על אכיפת ה-antitrust law:

.....the existence or non existence of pervasive regulation by a particular agency, may bear the degree of agency expertise and the apparent Congressional willingness to commit total responsibility for the industry to that agency rather than to the normal market force protected by antitrust laws.

Areeda & Turner, vol. I, sec. 224e., p. 154.

44. כאשר הרציונאל שמאחורי הסדרת המגזר הנדון - איננו ממוקד באינטרסים תחרותיים, העובדה כשלעצמה, שלרשות הספציפית סמכות רחבה דיה כדי לקחת בחשבון, אם תרצה, גם שיקולים בעלי אופי תחרותי, אין בה כדי ללמד על סמכות בלעדית לעניין הפקוח על שימור התחרות במגזר האמור. לצד סמכויותיה של הרשות המתמחה יימצאו במלוא היקפן סמכויות רשויות רשויות הפקוח על ההגבלים העסקיים.

ראה: (1963) 83 s. Ct. 1715, u.s. v. Philadelphia National Bank, שם אושר מיזוג בין שני בנקים על ידי המפקח על הבנקים, ה-Comptroller, בהתאם לסמכותו על פי חוק מיוחד לעניין מיזוגי בנקים. בית המשפט העליון של ארה"ב פסק כי אין בהוראות החוק המיוחד, ובאישור שניתן על ידי המפקח על הבנקים כדי לשלול או לשנות מתחולת דיני הפקוח על מיזוגי חברות באספקלריית ההגבלים העסקיים, שכן:

Although the Comptroller was required to consider effect upon competition in appellees' merger application, he was not required to give this factor any particular weight. He was not even required to (and did not) hold a hearing before approving the application and there is no specific provision for Judicial review of his decision." P. 1735.

45. יתר על כן-העובדה שמדובר במגזר שהפיקוח עלי מטבעו מוביל ממילא להפחתת סכנת הפגיעה בתחרות - אינה הופכת פיקוח זה לממצה או קונקלוסיבי ("all pervasive"):

.... the fact that the banking agencies maintain a close surveillance of the industry with a view toward preventing unsound practices that might impair liquidity or lead to insolvency does not make federal banking regulation all pervasive, although it does minimize the hazards of intense competition. P. 1736.

ראה גם:

U.S. v. Radio Corporation of America, 79 s. Ct. 457 (1958)

ובעניין El-Paso

אולם השווה:

Hughes Tool Co. v. Trans World Airlines Inc; 409 u.s. 363 (1972)

46. היחסים בין דיני ההגבלים העסקיים ובין החוק המסדיר מוסדות בורסאיים, ה-Securities Exchange Act, נדונו במספר פסקי דין אמריקאיים. מעניין לציין כי בפסקי דין אלה ניכרת התייחסות לבורסה כאל גוף בעל אופי ציבורי בהבדל מגוף פרטי שפעילותו עשויה להיות מפוקחת על פי דין.

47. בפרשת Silver הורתה הבורסה הניו-יורקית לאיגוד החברות הבורסאיות לנתק את קווי התקשורת (wire connections) הישירים עם ברוקרים שאינם חברים בה, דבר שמנע מאותם ברוקרים מידע ודיווח ישיר ומיידי על הצעות קניה ומכירה בכל רגע נתון, מידע שהינו חיוני לתפקודם. Ilver ל- ברוקר ובעל חברות שסיפקו שירותי ברוקרים, עתר נגד הבורסה מכח ה-Sherman Act. בית המשפט קובע ראשית כי עקרונית, מהווה הוראת הבורסה הפרה per se של ה-Sherman Act (פעולה קולקטיבית חד צדדית למניעת שרות מבעלי עסקים). אז פונה בית המשפט לבדוק אם הבורסה חסינה מפיקוח על פי ה-Sherman Act (פעולה קולקטיבית חד צדדית למניעת שרות מבעלי עסקים). אז פונה בית המשפט לבדוק אם הבורסה חסינה מפיקוח על פי ה-Sherman Act לאור ה-Securities Exchange Act משנת 1934. ביהמ"ש פוסק כי יש ליישב ככל האפשר בין החוקים. החוק הספציפי אינו פוטר את הבורסה במפורש מפיקוח דיני ההגבלים העסקיים, וכן נמצא כי לא משתמעת ממנו כוונה לדחיית תחולת דיני ההגבלים העסקיים. בית המשפט קובע את העיקרון, כי -

..... Repeal is to be implied only if necessary to make Securities Exchange Act work, and even then, only to the minimum extent necessary. This is the guiding principle to reconciliation of the two statutory schemes.

Silver v. New York Stock Exchange, 83 s. Ct. 1246, 1257 (1963).

48. עוד נקבע שם כי החוק המסמך מפורשות את ה-SEC לשקול במסגרת סעיפים (b) 6 ו-(d) 6 שיקולים של כללי מסחר הוגן וצודק, כמו גם תקינות והגינות פעולת הבורסה, אינו מסמך את ה-SEC לשקול שיקולי antitrust, ממילא לא נדחו האחרונים מכוח החוק המיוחד.

והשווה:

Gordon v. New York Stock Exchange 422 U.S. 459 (1974) U.S.v. National Association of Securities Dealers 422 U.S. 695 (1974).

49. ניתן אפוא לסכם ולאומר, כדלקמן: הפסיקה האמריקאית מתייחסת אל הבורסה כאל גוף בעל אופי ציבורי, ובשאלת יחסי הגומלין בין החוק הספציפי ובין דיני ה- antitrust נבחנת פעילותה במסגרת מבחן ה"חיוניות": היא מתירה לשתי המערכות הנורמטיביות לפרוש כנפיהן בו זמנית על הפעילות הנדונה, למעט מקרים בהם מתעוררת סתירה מפורשת ביניהן, באופן שעלול לפגוע בביצוע ה- Securities Exchange Act. כך, מתגלעות בנושאים מסוימים "מובלעות" של חסינות מפני תחולת דיני ההגבלים העסקיים, מקום שסמכות הרשות המומחית (ה- SEC) מתפרשת כחריג מפורש לכללי התחרות (וניתן כי נדרש אף במצטרב כי הרשות המתמחה אף עשתה שימוש בסמכותה).

II. קביעה במסגרת סעיף 26 לחוק ההגבלים העסקיים

50. מצאנו, אפוא, כי עקרונית ידורו בכפיפה אחת דיני ניירות ערך ודיני ההגבלים העסקיים, כל דין בתחומי פעולתו הייחודית והחופפת. כפועל יוצא מתייצבת השאלה האם בסמכות הממונה להכריז על הבורסה כעל בעל מונופולין, שמא נדחית סמכות זו על ידי הוראה מפורשת או משתמעת בחוק נ"ע. הואיל ומצאתי כי אין הוראה כזו, נדרש אני לשאלת שיקול הדעת בהפעלת סמכות ההכרזה על בעל מונופולין, שעליה אני משיב כאמור בפתח דבריי, כי בנסיבות העניין לא התגבש הצורך לעשות כן.

א. הפיקוח על מונופולין

51. בשיטתנו, בדמיון מה לשיטה המקובלת באיחוד האירופי, ולהבדיל מזו הנהוגה בארה"ב, מתרכז הפיקוח על מונופולים במניעת ניצול ריכוז הכח שבידיהם באופן הפוגע בתחרות ובציבור. סעיפים 27, 29, 30 ו- 31 מגלמים חשש מפני ניצול לרעה של מעמד מכריע בשוק, והם באים ליתן תרופות כנגד התנהגות כזו.

ראה דברי הסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים התשמ"ד - 1983, הצ"ח 1647, בעמ' 39 (1983).

בהתאם, הטכניקה החקיקתית אשר נבחרה על ידי חוק ההגבלים העסקיים לפיקוח הממונה על המונופולין - היא בת שני שלבים: ההכרזה על קיומו של מונופולין, ונקיטת אמצעי הפיקוח להסדרת פעילותו.

52. מצא הממונה כי מתקיים מונופולין בענף פלוני, מצוות המחוקק הינה כי יכריז על קיומו של המונופולין. ניתנה הכרזה כאמור, כפוף בעל המונופולין לפרק ד' של חוק ההגבלים. בהתאם, רשאי הממונה לדרוש מבעל המונופולין התקשרות על פי חוזה אחיד או עמידה בתקינה לפי חוק התקנים התשי"ג - 1953; סעי' 27 לחוק. עוד רשאי הממונה לפנות אל בית הדין להגבלים עסקיים, בבקשה ליתן צו להסדר פעילות המונופולין. לצד סמכות הממונה לפנות לבית הדין, הוקנתה סמכות מקבילה לארגון צרכנים כמשמעו בסעיף 1 לחוק; סעי' 30 לחוק. במקרה שהפגיעה משמעותית ולא ניתן למנוע אותה באופן יעיל באמצעות מתן ההוראות - מוסמך אף בית הדין לצוות על הפרדת המונופולין; סעיף 31 לחוק. המחוקק צופה חפיפה בין תחומי פעילות מערך הפיקוח על מונופולים ומשרדי הממשלה על תחומי עבודתם, בצוותו כי במידה ועניין נופל אף "בתחום אחריותו של משרד ממשלתי הממשלה" יעביר הממונה למנהל הכללי של אותו משרד העתק מפנייתו לבית הדין, על מנת שידע דבר ההליך, ויוכל לנקוט עמדתו בהתאם; סעי' 31(ג).

53. הכרזת הממונה בדבר קיומו של מונופולין תפורסם ברשומות, ובעל המונופולין החולק עליה רשאי בהתאם לסעי' 26 ו- 43(ג) להגיש ערר לבית הדין להגבלים עסקיים, המוסמך לאשר את הכרזת הממונה, לבטלה או לשנותה. הודעת הממונה מהווה ראייה לכאורה לקיומו של מונופולין בכל הליך משפטי; סעי' 43(ה) לחוק.

54. סמכות הממונה להכריז על אדם כעל בעל מונופולין, על פי סעיף 26 לחוק מצטיירת כסמכות שהפעלתה מערבת שיקול דעת, הגם בגדר מצומצם וצר. אמנם, החוק נקט לשון: "יכריז הממונה בהודעה ברשומות" ולא בלשון "רשאי להכריז" לכאורה ללמדך בדבר ציווי מנדטורי מוחלט, ואולם בידוע הוא כי:

הבחנות העבר, בין ביצוע חובה סטטוטורית לבין הפעלת סמכות שלטונית שבשיקול דעת, אבד עליהן הכלח.

ע"א 862/80 עיריית חדרה נ' זוהר ואח', פ"ד לו (3) 757, 759, שהרי :

ביסודו של דבר אין גישתם של בתי המשפט שונה כאשר לשון החוק לה נזקק המחוקק אינה משקפת, לדעתם את המטרות אליהן שאף להגיע. במקרים אלה עשויים הם לצייד את הרשות המתאימה בשיקול דעת, למרות שלכאורה אין לה זכר בהוראת ההסמכה.

ב. ברכה, משפט מנהלי, שוקן (1986), פרק שישי (עמ' 129 ואילך), בעמ' 149.

וראה גם : ע"ב 2/84, 3 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה פ"ד לט' (2) 225, 306-307.

לאבחנה בין סמכות רשות לסמכות חובה על פי מבחן נורמטיבי שמקורו בתכלית החקיקה ראה א. ברק, פרשנות במשפט, שם, כרך ב' בעמ' 120.

55. כרוכה ושוזורה בשאלת שיקול הדעת בדבר הכרזה על קיומו של מונופולין השאלה בדבר משמעות הכרזה זו : האם יוצרת היא זכויות וחובות שקודם לכן לא היו בנמצא, שמא אך מצהירה היא על מצב עניינים קיים. לשון אחר, האם הכרזה זו דקלרטיבית היא או קונסטטיטויטיבית. לכאורה, אם באה ההכרזה בגדר הקבוצה הראשונה כי אז פחותה חשיבותה של ההכרזה, כמו גם פועלה המעשי ; ולהפך. שאלה זו שתי פנים לה, וניתן להצביע על סימוכין לכאן ולכאן, ובוודאי לא כאן המקום להכריע, אלא להצביע על מקצת טעמים.

56. הכרזת הממונה, לעתים, עניינה בהפעלת חוש מומחיות, במיוחד לצורך הגדרת "השוק הרלוונטי" שבהתייחס אליו תיבדק שאלת "ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או מכלל רכישתם". בדומה, הכרזת הממונה פותחת בפני בעל המונופולין את הזכות לערער על החלטת הממונה ולהביא את השאלה בפני בית הדין להגבלים עסקיים, על מאפייניו המיוחדים של טריבונאל זה. כעניין שבמדיניות, ניתן לטעון כי יש להעדיף על כן ריכוז ההחלטות בנושא זה בידי מערך הפקוח על ההגבלים, ולא לפזרו בקרב בתי המשפט לסוגיהם.

57. מאידך, דומה כי יש מקום להבחין בין סוגי ההחלטות. מבנה החוק הינו משולב : עד כמה שהדברים נוגעים להכרה בקיומה של הפרת הוראה מהוראות החוק, כמו עריכת הסדר כובל ללא היתר, ביצוע מיזוג שלא כדין, ואולי גם סירוב בלתי סביר של בעל מונופולין לספק, מוסמך כל בית משפט, בית דין (ואולי גם בורר) לקבוע דבר קיום ההפרה ; סעי' 50 לחוק ההגבלים, סעי' 30-31 לחוק החוזים (חלק כללי) התשל"ג - 1973. לעומת זאת, מנגנוני האישור על פי החוק, לקיומו של הסדר כובל או לעריכתו של מיזוג, מרוכזים הם בידי בית הדין ובידי הממונה. דומה כי שאלת קיומו של מונופולין, כמו הסדרת פעולתו אגב כך, איננה מעוררת שאלות השונות מהותית מאלה שהועברו במסגרת "חלוקת העבודה" שצפה המחוקק לסמכות בתי המשפט הרגילים.

לעניין חלוקת תפקידים כזו השווה :

Commission's Notice on Cooperation Between National Courts and the Commission in Applying Art. 85 and 86 of the EEC Treaty.
OJ 1993 C/9/6.

שעניינה יחסי נציבות האיחוד האירופי (ה-Commission) המופקדת על הפיקוח על דיני התחרות, ובתי המשפט המדינתיים של האיחוד, שגם להם סמכויות לקבוע קיומם של הסדרים כובלים, וניצול מעמדו של מונופולין לרעה, על פי סעיפים 85-86 לאמנת רומא.

58. הוראת סעי' 29 לחוק האוסרת על בעל מונופולין מלסרב באורח בלתי סביר לספק את המוצר שבמונופולין, מקרינה אף היא על סוגיית מעמד ההכרזה. אפשר לראות בחיוב זה, שהפרתו מגיעה כדי עבירה פלילית ועוולה אזרחית, סימן לכך שהכרזת הממונה קונסטטיטויטיבית היא, שאחרת ייטען הכיצד יוכפף אדם לאיסורים אשר כאלה מבלי שידע לו מראש מעמדו, ותסלול בפניו הדרך להשיג על כך. אך גם בכך אין כדי להוות תשובה מכרעת לשאלת טיב מעמדו של בעל המונופולין. ככלות הכל, שיקולים ומבחנים דומים משחקים תפקיד בנוגע לקביעת קיומו של ההסדר הכובל האמור בסעי' 2(א) לחוק (כמו גם לעניין עוולת הרשלנות וכדומה), גם על ידי בתי המשפט הכלליים, כאשר לעתים רק על ידי

ניתוח מדוקדק של הסביבה הכלכלית ניתן יהיה לבחון ולהגיע למסקנה האם נערך הסדר "העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים".

והשווה, דברי השופט Learned Hand בעניין United States V. Associated Press, 52 f. Supp 362 (1944), המציין :

Certainly such a function is ordinarily "legislative"..... But it is a mistake to suppose that courts are never called upon to make similar choices: i.e., to appraise and balance the value of opposed interests and to enforce their preference. The law of torts is for the most part the result of exactly that process.....Congress has left these particular controversies to the courts, where they have been from very ancient times.

אכן, זה טיבן של הוראות חוק מודרני המבקש לפקח על פעילות כלכלית, אשר הפעלתן כרוכה בניתוח כלכלי, בלימוד הענף, ובהפעלת רכיבים של מדיניות ושיקול דעת. לא בכדי, הודגשה אחריותה הכבדה של התביעה הכלכלית, שתדע בהתאם למאפייני כל פרשה ופרשה, לבור את דרכה אימתי להגיש כתבי אישום לפי חוק ההגבלים :

ראה : ת.א. 397/87 קיסין נ' פטרולוג בע"מ (לא פורסם), מפי כ"ב השופט זיילר.

ד. בכור, הרהורים בחוק הגבלים העסקיים תשי"ט - 1959 (ספר זוסמן, תשמ"ד) 133.

59. ניתן, אפוא, להצביע על כך שתועלתה ומשמעותה של הכרזת הממונה על קיומו של מונופולין מהווה אמצעי חשוב להבהרת המצב המשפטי, היא מקלה מלאכתו של המבקש לתקוף התנהגותו של בעל המונופולין, והיא מהווה שלב מקדים ליישום אמצעי הפקוח על התנהגות מונופולין באמצעות אורגני חוק ההגבלים. ההכרזה על מונופולין אף מקנה בידי הכפוף לה מסלול לתקיפה ישירה של ההכרזה, וזאת בפני בית הדין, (הגם שתקיפה מוצלחת של הכרזת מונופולין, אין החוק קובע כי היא ראייה לכאורה לאי קיום מונופולין). יחד עם זאת, נוכח מעמדה המוגבל של הכרזת הממונה, אשר אינה אלא ראייה לכאורה לקבוע בה בכל הליך שיפוטי, הדרך פתוחה בפני נשוא ההכרזה לתקוף מסקנתה בכל הליך אם ישכיל להרים את נטל הראייה המוטל על שכמו. אכן, ודמה כי זה העיקר, עצם קיומה או אי קיומה של הכרזה איננה בבחינת סוף פסוק בשאלת קיומו של מונופולין.

60. אולם השווה גם עם הצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד - 1983, הצעות חוק 1647, א' בכסלו התשמ"ד, 7.11.1983, עמ' 39, 54, המסבירה כי :

מוצע שהחוק יחול על מונופולין רק לאחר שהממונה קבע זאת והודיע על כך לבעל המונופולין. זאת משום שהמבחנים לקיום מונופולין אינם בכל מקרה חד משמעיים וגלויים לעין.

ולעומת זאת ראה התבטאויות בתי המשפט המחוזיים, אשר עד כה לא הגיעו להכרעת בית המשפט העליון, אשר פסקו זה פעמיים לפחות, כי העדר הכרזת מונופולין אינו מהווה מכשול לפיקוח של בית המשפט על התנהגות בעל המונופולין. במילים אחרות, הכרזת הממונה אינה אלא הכרזה דקלרטיבית, וצד נפגע רשאי לתבוע סעדיו האזרחיים אף בלעדית :

ראה ת.א. 808/93 המ' 778/94 (ירושלים) שירותי תעופה נ. Tower Air (לא פורסם). כב' השופט ברנר, בעמ' 13.
ה.פ. 189/90 (תל-אביב) הארץ נ. שפ"ב (לא פורסם).

61. תהא העמדה הסופית בעניין מעמד ההכרזה אשר תהא, ברי כי הפעלת סמכויות הממונה מכוח החוק ראוי לה שתגזר ממטרות החוק, לאמור בראש ובראשונה, לעניין מונופולין, ריסונו של מעמד דומיננטי בשוק. במקרים של גורם מסחרי פרטי, ניכר כי שיקול דעת זה, מטבע הדברים, יוביל כמעט כעניין שבשגרה, להכרזה על מונופולין, כל אימת שהמבקש זאת מצביע על ראשית חשש לניצול מעמד מונופוליסטי. לעומת זאת, היה נשוא הבקשה להכרזת בעל מונופולין, גוף הנתון להסדר סטטוטורי נפרד, בדרך כלל לא יכריז הממונה על קיומו של מונופולין, אלא אם הוגדר על ידו הצורך לסלול את הדרך להפעלת מנגנוני הפקוח המונעים על ידו.

ג. סוף דבר - מן הכלל אל הפרט: אי הכרזה

62. עובדתית אין חולק שהבורסה לניירות ערך מרכזת לבדה פעילות בורסה לניירות ערך. יחד עם זאת, בנסיבות המקרה, דומה כי קריאת חוק ההגבלים כמכלול מצביעה על כך שאין הוא מכוון להתערבות מערך הפיקוח שלו אלא מקום שבו נשקפת סכנה לתחרות או פגיעה בצבור, אשר הינה מן הסוג אשר חוק ההגבלים על פי פירושו הנכון התכוון להתמודד עמו, ואשר המערך המתמחה שיצר המחוקק, על פי פירושו הנכון של אותו הסדר, איננו בבחינת הסדר ממצה.

63. בנסיבות המקרה, הבקשה להכרזה על בעל מונופולין איננה מבססת כל חשש משמעותי לפגיעה בציבור. ממילא, אין הבקשה מאפשרת הצבה על כפות המאזניים של האינטרסים הפועלים במקבילית הפקוח הציבורי על פעולות הבורסה, ועל כן לא התגבש כל יסוד להיענות לבקשת ההכרזה, כמו גם לשקילת פעולות אחרות בגדר חוק ההגבלים.

אשר על כן החלטתי שלא להכריז על הבורסה לניירות ערך בתל-אביב כעל בעל מונופולין כמשמעותו בחוק ההגבלים העסקיים. הבינותי, כי במקביל לפניית האיגוד לרשות ההגבלים, פנה הוא אף לשר המשפטים בבקשה שיכיר באיגוד כ"ארגון צרכנים" כמשמעו בחוק ההגבלים העסקיים, על מנת שיוכל לפנות ישירות לבית הדין להגבלים עסקיים בבקשה להסדיר פעולת מונופול.

ד"ר יורם טורבוביץ
הממונה על ההגבלים העסקיים

ירושלים, י' בכסלו תשנ"ה 13 בנובמבר 1994