

דלות הסעדים ההגבליים - ניתוח מצבת הסעדים הקיימים והצעות לשיפור

מאת

מיכל (שיצר) גל* ואמיר ישראלי**

תקציר

על־מנת שחוק יגשים את מטרותיו, על הסנקציה המוטלת בגין הפרת הוראותיו להוות גורם מרתיע מפני הפרתו מלכתחילה. לכאורה, קשת הסעדים ההגבליים הקיימת בחוק ההגבליים העסקיים הישראלי מגשימה מטרה זו. קשת הסעדים רחבה ביותר, ואף חריגה בעוצמתה בהשוואה לרוב מדינות העולם. אולם הסנקציות ההגבליות, כפי שמאמר זה מראה, אינן משרתות על־פירוב את מטרותן, והחוק לוקה בהרתעת־חסר לצד הרתעת־יתר. מחד גיסא, בחלק מהמקרים, בעיקר כאשר עסקינן בקרטלים, הסנקציות המוחלות אינן יוצרות בפועל רמת הרתעה מספקת, ואינן משרתות באופן יעיל גם את יתר מטרות הסעדים, לרבות מתן פיצוי לנפגע בגין הפגיעה ההגבלית ונטילת פירות ההפרה מהמפר. מאידך גיסא, במקרים שבהם הפגיעה בתחרות אינה גדולה או אינה מסתברת, עוצמתן של הסנקציות הקיימות גבוהה מדי יחסית לעוצמת ההפרה. לנוכח חוסר יעילותם של הסעדים ההגבליים הקיימים כיום בחוק, המאמר מציע לשנות את מצבת הסעדים, וליצור מדרג סעדים שישרת טוב יותר את מטרות החוק, אשר יביא בחשבון, בין היתר, את חומרת העברה כמו־גם את הוודאות שהאיסור יוצר לגבי גבולות ההפרה. כך, למשל, מוצע לצמצם את היקף הסעד הפלילי ולהותירו רק לעבירות הגבליות חמורות, ובמקביל להוסיף לחוק סמכות להטלת עיצום כספי. במקביל לשינוי תכולתו של ארגז הכלים ההגבלי, המאמר מציע לייעל את השימוש באותם סעדים שקיימים כיום בחוק ואשר השימוש בהם אינו מגשים את הפוטנציאל הגלום בהם. כן מוצע לערוך כמה שינויים מוסדיים בהליך ההגבלי, הצפויים גם הם לייעל את האכיפה.

* פרופסור, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה, Global Hauser Visiting Professor, NYU@NUS.

** שותף, כהן־ישראלי ושות'.

ברצוננו להודות לדורון רנצלר, למיכל הראל, לרחל ארנין ולרמי ספקטור על עבודת מחקר מסורה ומעמיקה, ולאליעד אופיר, לטל איל־בוגר, לתמר אינדיג, לחגית בולמש, לתמר בזק־רפפורט, לדיויד גילה, למנחם פרלמן ולאנשי מערכת עיוני משפט על הערות והארות מאירות־עניינים על המאמר, כולו או חלקו.

הקדמה

- א. מטרתיהם של הסעדים ההגבליים
 - ב. אכיפה ציבורית
 - סנקציה פלילית
 1. יתרונותיהן של הסנקציה הפלילית והסנקציה הנלווית
 2. מגבלותיה של הסנקציה הפלילית
 3. האכיפה הפלילית – הלכה למעשה
 - ג. אכיפה מנהלית
 1. קביעה הגבלית
 2. צו מוסכם
 3. צו עשה וצו אל-תעשה
 - ד. אכיפה פרטית
 1. סנקציה נזיקית
 - (א) יתרונותיה של הסנקציה הנזיקית
 - (ב) מגבלות החלתה של הסנקציה הנזיקית
 - (ג) פתרונות חלקיים
 2. עילות חוזיות
 - ה. כלים שלא נעשה בהם שימוש כמעט
 1. הצעות להתאמת אכיפת החוק למטרותיו
 1. שינוי מוסדי בתביעות פרטיות
 2. עיצומים מנהליים
 - (א) יתרונותיו של העיצום המנהלי
 - (ב) ביקורת אפשרית והתמודדות עימה
 - (ג) גובה הקנס הראוי
- סיכום

הקדמה

על חשיבותה של התחרות החופשית ככלי הסדרתי בכלכלת שוק אין חולק. התחרות החופשית הינה תנאי לקיום הליכי ייצור יעילים בשווקים רבים ואחד הכלים המשמעותיים ביותר להגנה על זכויותיו של הצרכן. התחרות מגינה גם על זכויותיהם של יצרנים, לרבות יצרני-ביניים ומתחריו של בעל מונופולין, מפני ניצול כוח שוק לרעה.¹ לחוק ההגבלים העסקיים יש תפקיד חשוב בקידום מטרות אלה, בדרך של מניעת יצירתן של מכשלות

1 דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, 79 (2001). ראו גם ע"פ 2560/08 מדינת ישראל – רשות ההגבלים העסקיים נ' וול, תק-על 2009(3) 149, פס' פא לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

מלאכותיות לתחרות על-ידי גורמים פרטיים.² חשיבות החוק משתקפת באמירתו של בית-המשפט העליון שלפיה חוק ההגבלים העסקיים הוא "המגנא כרטא" של זכויות הצרכן והתחרות החופשית".³ בהתאם לכך, אכיפה יעילה של חוק ההגבלים העסקיים הינה חיונית לתפקוד יעיל של השווקים בכלכלת שוק.⁵

אך בעצם קיומו של חוק הקובע גבולות להתנהגות עסקית אין די. על-מנת שיגשים את מטרתו, יש לוודא כי הסנקציה המוטלת בגין הפרת הוראותיו מהווה גורם מרתיע מפני הפרתו מלכתחילה. בהתאם למשנתו של חתן פרס נובל גרי בקר (Becker), הרתעה מספקת תיווצר רק אם תוחלת הסנקציה תהא גבוהה מהרווח הצפוי למפר מהפעולה המפרה.⁶ משנה זו מקבלת משנה תוקף מקום שעסקינן בעברות כלכליות, אשר מטרתן המובהקת היא עשיית רווח, דוגמת העברות ההגבליות.

על החשיבות של החלת סעדים הגבליים מרתיעים ניתן ללמוד, בין היתר, מן העובדות הבאות: מחקרים שנערכו בארצות-הברית מצאו כי הפגיעה הממוצעת של קרטל היא בגובה 25% מסך מכירותיו, וכי אורך חייו הממוצע הוא בין 5 ל-7.5 שנים.⁷ לעומת זאת, סיכויי תפיסתו הוערכו בכ-13%-17% בארצות-הברית ובכ-13% באירופה.⁸ ניתן להניח כי בישראל המצב אינו טוב יותר, בין היתר בשל ריכוזיותם הטבעית הגבוהה יותר של שווקים רבים, המקילה על מתחרים לתאם את התנהגותם.⁹ אם כן, למרות פגיעתם הממשית של קרטלים ברווחה החברתית, סיכויי תפיסתם נמוכים ביותר.

לכאורה, קשת הסעדים ההגבליים הקיימת בארץ הינה רחבה ביותר, ואף חריגה בעוצמתה בהשוואה לרוב מדינות העולם. ישראל הינה בין המדינות היחידות המחילות סנקציה פלילית

2 ראו, למשל, מיכל (שיצר) גל "תפקידו של חוק ההגבלים העסקיים במארג החוקים הכלכליים של מדינת ישראל" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך ראשון 31 (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008) (הספר להלן: ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים).

3 עניין טבעול, לעיל ה"ש 1, בעמ' 80.

4 חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, ס"ח 128 (להלן: חוק ההגבלים העסקיים או חוק ההגבלים).

5 המאמר מבוסס על הנחה זו, אשר אינה נבחנת במסגרתו. לביסוסה ראו, למשל, עדי אייל "הבסיס הכלכלי לדיני ההגבלים העסקיים" ניתוח משפטי וכלכלי של חוק ההגבלים העסקיים, לעיל ה"ש 2, 111.

6 Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 16(2) J. POL. ECON. 169 (1968).

7 John M. Connor & Robert E. Lande, *Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines*, 3 ISSUES IN COMPETITION LAW AND POLICY 2203, 2211 (2008).

8 Emmanuel Combe, Constance Monnier & Renaud Legal, *Cartels: The Probability of Getting Caught in the European Union* 17 (Bruges European Economic Research Papers No. 12, 2008); Peter G. Bryant & E. Woodrow Eckard, *Price Fixing: The Probability of Getting Caught*, 73 REV. ECON. STAT. 531, 535 (1991).

9 ראו, למשל: 2 MICHAL S. GAL, COMPETITION POLICY FOR SMALL MARKET ECONOMIES chs. 2: 5 (Cambridge, Mass., Harvard University Press 2003).

על הפרה הגבלית, אם כי קיימת כיום מגמה עולמית של הוספת סנקציה כאמור.¹⁰ לא זאת אף זאת, הסנקציה הפלילית המוקנית בחוק הישראלי רחבה בהיקפה מזו הקיימת בכל מקום אחר, מכיוון שתיאורטית העברה הפלילית מתגבשת כמעט על כל הפרה של החוק, בעוד במדינות הים היא חלה לרוב רק על עברות של הסכמים בין מתחרים שפגיעתם בתחרות מובהקת ואשר אין בצידם תועלת לטובת הציבור (להלן: קרטלים). כן קבועות בחוק סמכויות אכיפה מנהליות, ובראשן האפשרות להגיע עם המפר לצו מוסכם,¹¹ וכן סמכותו של הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן: הממונה) להוציא קביעה כי הופרו הוראות החוק,¹² כפי שנעשה לאחרונה בעניין העברת המידע בין הבנקים בנוגע לעמלותיהם.¹³ הפרת הוראות החוק חשופה גם לתביעה פרטית, אזרחית, בין כתביעה נזיקית¹⁴ ובין כתביעה חוזית לבטלות החוזה הבלתי-חוקי.¹⁵ על פניו, אם כן, ארגו הסעדים ההגבלי עשיר ומגוון.

אולם הסנקציות ההגבליות, כפי שמאמר זה מראה, אינן משרתות על-פירוב את מטרתן, והחוק לוקה בהרתעת-חסר לצד הרתעת-יתר. מחד גיסא, בחלק מהמקרים, בעיקר כאשר עסקינן בקרטלים, הסנקציות המוחלות אינן יוצרות בפועל רמת הרתעה מספקת, ואינן משרתות באופן יעיל גם את יתר מטרת הסעדים, לרבות מתן פיצוי לנפגע בגין הפגיעה ההגבלית ונטילת פירות ההפרה מהמפר. מאידך גיסא, במקרים שבהם הפגיעה בתחרות אינה גדולה או אינה מסתברת, עוצמתן של הסנקציות הקיימות גבוהה מדי יחסית לעוצמת ההפרה. הרתעת-יתר מתחזקת לנוכח העובדה שחלק מהעברות ההגבליות אינן מוגדרות היטב, מה שמקשה את ההבחנה בינן לבין פעולות עסקיות לגיטימיות. המודל הרגולטורי – המחייב פנייה לקבלת אישורה של רשות מנהלית או שיפוטית לפני ביצוען של פעולות עסקיות רבות, הגם שרבות מהן אינן פוגעות בתחרות באופן משמעותי – מחזק אף הוא את הרתעת-יתר, בשל העלות והחשיפה הכרוכים בהשגת אישור כאמור. מסקנות אלה מבוססות הן על ניתוח תיאורטי של הסעדים הקיימים והן על מחקר עובדתי מקיף שערכנו, אשר בחן את השימוש שנעשה בהם בפועל למן הקמתה של רשות ההגבלים העסקיים (להלן: הרשות), בשנת 1994, ועד היום.

לנוכח חוסר יעילותם של הסעדים ההגבליים הקיימים כיום בחוק, המאמר מציע לשנות את מצבת הסעדים כמו-גם את המנגנון לאכיפתם, וליצור, בין היתר, מדרג סעדים ישירת טוב יותר את מטרת החוק, אשר יתחשב בחומרת העברה כמו-גם ברמת הוודאות לגבי

10 רשימת המדינות שהוסיפו לחוקיהן בשנים האחרונות סנקציה פלילית כוללת, בין היתר, את אנגליה, אוסטרליה וברזיל. יש המבקרים מגמה זו. ראו, למשל: Caron Beaton-Wells & Brent Fisse, *Criminalising Serious Cartel Conduct: Issues of Law and Policy*, 36(3) *Austl. Bus. L. Rev.* 161 (2008).

11 ס' 50 לחוק ההגבלים.

12 ס' 43(א) לחוק ההגבלים. לממונה יש סמכויות נוספות, שיפורטו להלן.

13 קביעת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין העברת מידע בנוגע לעמלות הבנקים (26.4.2009) archive.antitrust.gov.il/files/9880/BANKS.pdf (להלן: קביעת הממונה בנוגע לעמלות).

14 ס' 50 לחוק ההגבלים.

15 שילוב הוראותיהם של ס' 4, 47 ו-47 לחוק ההגבלים ושל ס' 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ס"ח 118.

גבולות ההפרה. כך, למשל, מוצע לצמצם את היקף הסעד הפלילי ולהותירו רק לעבירות הגבוליות חמורות, ובמקביל להוסיף לחוק סמכות להטלת עיצום כספי, כפי שהוצע בהצעת החוק שהגישה הממשלה לא מכבר.¹⁶ בסעד זה גלומים יתרונות רבים, היוצרים בסיס איתן לאימוצו: דווקא המברג המנהלי עשוי להציע פתרון מקום שהפטיש הכבד הפלילי אינו מועיל או אף מזיק. במקביל לשינוי תכולתו של ארגון הכלים ההגבלי, המאמר מציע לייעל את השימוש באותם סעדים שקיימים כיום בחוק ואשר השימוש בהם אינו מגשים את הפוטנציאל הגלום בהם. כן מוצע לערוך כמה שינויים מוסדיים בהליך ההגבלי, הצפויים גם הם לייעל את האכיפה.

הפרק הראשון פורש בסיס תיאורטי למאמר, בבוחנו את מטרותיהם של הסעדים ההגבליים. שלושת הפרקים הבאים בוחנים את התאמת האכיפה הקיימת להגשמת המטרות האמורות: הפרק השני מתרכז באכיפה הפלילית ההגבלית הקיימת, השלישי מתמקד באכיפה המנהלית, והרביעי עוסק באכיפה הפרטית – הנזיקית והחוזית. כאמור לעיל, המסקנה העולה מהניתוח היא כי הסעדים הקיימים כיום יוצרים בחלק מהמקרים הרתעת־חסר ובחלק אחר הרתעת־יתר. בהתאם לכך, הפרק החמישי מנתח את הפוטנציאל לתיקון המצב הגלום בסעדים שלא נעשה בהם שימוש אף שהם מהווים חלק ממצבת הסעדים ההגבליים; והפרק השישי מציע שינויים במצבת הסעדים ובהסדרים המבניים, אשר עשויים לתרום להגשמת מטרות החוק.

א. מטרותיהם של הסעדים ההגבליים

סעד מהווה זכות מסדר שני המשקפת את הזכות מסדר ראשון הקיימת לתובע,¹⁷ ויש לו תפקיד אינטגרלי ואינסטרומנטלי בהגשמת מטרות החוק. תוכנה זו משתקפת גם במקסימה הלטינית *ubi jus, ibi remedium* – היכן שיש זכות יש גם סעד.

הסעדים ההגבליים משרתים כמה מטרות, אשר מצטברות לרוב זו לצד זו. הראשונה והחשובה שביניהן היא הרתעת מפרים פוטנציאליים מפני ביצוע הפרות הגבוליות הפוגעות ברווחת הציבור.¹⁸ על־מנת לבחון אם מושגת הרתעה אפקטיבית, יש לשאול מהן הנסיבות שבהן מפרים פוטנציאליים יבחרו להפר את הוראות החוק, וכיצד ניתן להשפיע עליהם באופן שיצמצם את מספר ההפרות מלכתחילה. העברה ההגבלית היא כלכלית במהותה – מטרתה להגדיל את הרווח של המפר. בהתאם לכך, ציות לחוק יושג רק מקום שתוחלת הנזק למפר (המחושבת כסיכויי התפיסה והענישה כפול גובה הסנקציה המסתברת) גדולה מהרווח הצפוי.¹⁹ כמפורט להלן, הסעדים ההגבליים משפיעים על כל גורמיה של משוואה זו.

16 הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 14) (עיצום כספי), התשע"ב – 2011 (להלן: הצעת החוק)

17 Michael Tilbury, *Teaching Remedies in Australia*, 39 BRANDEIS L.J. 587, 593 (2001)

18 Wouter P.J. Wils, *Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?* 26(3) WORLD COMP. 473, 478 (2008)

19 מלומדים אחדים הציעו כי הסנקציה תיקבע כך שתהא בגובה הנזק שהפעולה גרמה לאחרים כפול סיכויי התפיסה, על־מנת לאפשר הפרות יעילות. ראו Becker, לעיל ה"ש 6; William M. Landes, *Optimal Sanctions for Antitrust Violations*, 50 U. CHICAGO L. REV. 652

הרכיב הראשון של המשוואה הוא סיכויי התפיסה והענישה של המפר. ניתן ליצור הרתעה מספקת על-ידי העלאת רמת האכיפה עד כדי גילוי של כל כוונה כמעט להפרה הגבלית. אולם ברור כי פתרון זה הוא בעייתי. האכיפה עצמה יקרה, הן לרשות והן לחברות הפועלות בשוק. נוסף על כך עלולות להיות לה השלכות שליליות בלתי-רצויות, כגון פגיעה בדינמיקה בשווקים, בשל הרתעת-יתר הנובעת מטעויות באכיפה. על-כן מנגנון גילוי כאמור אינו יעיל.²⁰

לסעדים ההגבליים יש תפקיד כפול בחיזוק סיכויי התפיסה והענישה ההגבלית. ראשית, הם יוצרים תמריצים לגילוי ולאכיפה של הפרות על-ידי צדדים פרטיים הנפגעים מההפרה בשל הרווח שהם עשויים להפיק מהשקעה בגילוי ובאכיפה כאמור. רווח זה יכול להיות ישיר (קבלת סעד בתביעה חוזית או נזיקית) או עקיף (דוגמת איסור שהטילה הרשות על המפר להמשיך בפעולה המפרה הפוגעת בהם).²¹ הסעדים ההגבליים יוצרים גם חיזוק עקיף לגילוי הפרות, מכיוון שהאקלים החברתי כלפי מי שמגלה עברות הגבליות ומדווח עליהן מושפע ממצבת הסעדים ההגבליים ומאכיפתם בפועל. שנית, הסעדים ומנגנוני האכיפה יכולים ליצור תמריצים למפרים עצמם לעזור בגילוי הפרות – למשל, בדרך של מתן חסינות מפני תביעה למי שמסייע לרשות לגלות ולהוכיח את קיומו של קרטל²² או על-ידי אי-אכיפה של התחייבויות חוזיות הגלומות בהסדר כובל, המאפשרת לצדדים לפנות לערכאות על-מנת להשתחרר מהתחייבויותיהם החוזיות.²³

הרכיב השני במשוואת האינטרסים של המפר ההגבלי הפוטנציאלי עניינו גובה הסנקציה הצפויה. ככל שהמפר סבור שהסנקציה תהא גבוהה יותר כן יפחתו תמריציו להפר את הוראות החוק. ההרתעה מתבססת על ידיעותיו של מפר פוטנציאלי בנוגע לגובה הסנקציה המושתת

-
- (1983). אחת הבעיות העיקריות בהצעה זו היא חישוב הנזק המצטבר שההפרה יוצרת, לרבות השפעתה על מפרים פוטנציאליים. נוסף על כך, לא תיתכן הפרה יעילה בעברות ההגבליות שפוגעות בתחרות ללא יתרונות מאזנים לטובת הציבור. לבסוף, גישה המבוססת על יצירת "תג מחיר" לכל פעולה תפחית באופן משמעותי את עוצמתו של האיסור המוסרי. לביקורת על גישה זו ראו, למשל: Robert D. Cooter, *Prices and Sanctions*, 84 COLUM. L. REV. 1523 (1984); John C. Coffee, *Paradigms Lost: The Blurring of the Criminal and Civil Law Models – And What Can Be Done About It*, 101 YALE L.J. 1875 (1992)
- George J. Stigler, *The Optimum Enforcement of Laws*, 78 J. POL. ECON. 526 (1970); 20
KENNETH G. ELZINGA & WILLIAM BREIT, *THE ANTITRUST PENALTIES: A STUDY IN LAW AND ECONOMICS* 9–15 (Yale University Press 1976)
- לניתוח הרווח של שחקן פרטי מגילוי ומאכיפה ראו מיכל (שיצר) גל ואמיר ישראלי "פעמון סביב צוואר החתול: הכרזה על קיומו של מונופול" *משפט ועסקים* ז 139 (2007).
- 21 ראו, למשל, רשות ההגבלים העסקיים "תכנית חסינות בעבירות הגבלים עסקיים" (18 ביולי 2005) archive.antitrust.gov.il/ANTItem.aspx?ID=7132&FromSubject=&FromYear=&FromPage=0.
- 22 אכן, בעשור האחרון יש זרם של תביעות חוזיות הנסמכות על עילה הגבלית, המונעות על-ידי הרצון של אחד הצדדים להשתחרר מחוזה לא-כדאי. ראו, למשל, מיכל (שיצר) גל "לבור את המוץ מהתבן – היקף תחולתו של האיסור לערוך הסכם כובל בהתאם לפסיקה האחרונה" דין ודברים א 533 (2004) (להלן: גל "לבור את המוץ").

בפועל על הפרות דומות. כמורכן היא מושפעת מתגובתה של החברה (society) על גילוי הפעולה המפירה.²⁴ מקבלי החלטות רבים מתחשבים, במסגרת משוואת האינטרסים שלהם, גם באות-הקלון החברתי הכרוך בעברה.

לכאורה, כדי להשיג הרתעה יעילה, היה אפשר להשית סנקציה שאינה מידתית לרווח – לדוגמה, לפרק כל חברה המפירה את הוראות החוק או להטיל עליה קנס הגדול פי מאה מהרווח הצפוי מההפירה ההגבלית – וכל היתר יראו ויראו. אולם גישה זו הינה בעייתית.²⁵ ראשית, מקום שקשה להבחין בין פעולה פוגענית (קרטל) לבין פעולה המיטיבה עם טובת הציבור (מיזם משותף המקדם יעילות דינמית ויעילות בייצור), סעד קיצוני בחומרתו עלול ליצור הרתעת-יתר שעלולה לפגוע בפעילותו התקינה של השוק. שנית, השתתת סנקציה כה חמורה עלולה לפגוע בדינמיקה התחרותית בשוק לטווח קצר, ולעיתים גם לטווח ארוך, וזאת בניגוד למטרתו העיקרית של חוק ההגבלים, שהיא כאמור שמירה על התחרות החופשית. כך, למשל, הוצאת כל המשתתפים בקרטל מהשוק עלולה לפגוע בצרכן, אשר לא יוכל לרכוש את המוצר שבקרטל, לפחות בתקופת-ביניים. לחלופין, הסעד עשוי לצמצם את מספר המתחרים בשוק, ומהלך זה עלול להוביל לעליית מחירים, לפחות בטווח הקצר. נוסף על כך, העלות החברתית של חדלות-פירעון של חברה עלולה להיות גבוהה בשל העובדה שלא רק מנהליה ובעלי מניותיה ייפגעו, אלא גם עובדיה, נושיה וספקיה.²⁶ לבסוף, ענישה כאמור עלולה לפגוע באושיות-יסוד של תפיסות בדבר גמול וצדק, ועלולה לנגוד גם עקרונות חוקתיים של מידתיות.²⁷ לעובדה זו יש השלכות שליליות על רמת ההרתעה: אם הסנקציה תיתפס כציבור כלא-הוגנת בשל חוסר מידתיותה, תיפגע גם ההרתעה עקב רצונו של מקבל ההחלטות לפעול באופן שלא יחרוג בצורה משמעותית מהתנהגות מוסרית ונורמטיבית.²⁸ אשר על-כן, תוחלת הסנקציה צריכה להיות גבוהה מהרווח הצפוי למעוול, אך יש לשמור על מידתיות בין השניים.

החישוב הסובייקטיבי של המפר בנוגע לסיכויי הגילוי והענישה וגובה הסנקציה הצפויה עשוי להיות מושפע מהטיות קוגניטיביות שונות. גם את ההטיות הללו יש להביא בחשבון בעת בחינת האפקטיביות של ההרתעה, שכן אם הערכותיו הסובייקטיביות של המפר שונות באופן משמעותי מההערכה האובייקטיבית של סיכויים וסיכונים אלה, אזי

- 24 ראו, למשל: Tom R. Tyler, *Why People Obey the Law* (Yale University Press 1990).
- 25 ראו, למשל: A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *The Optimal Tradeoff between the Probability and Magnitude of Fines*, 69 AM. ECON. REV. 881 (1979); Louis Kaplow, *The Optimal Probability and Magnitude of Fines for Acts that Definitely are Undesirable*, 12 INT'L REV. L. & ECON. 3 (1992); Michael K. Block & Joseph Gregory Sidak, *The Cost of Antitrust Deterrence: Why Not Hang a Price Fixer Now and Then?* 68 GEO. L.J. 1131 (1990).
- 26 Renier H. Kraakman, *Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls*, 93 YALE L.J. 857, 882 (1984).
- 27 בהקשר זה ראו, למשל, הוועדה לבחינת דרכי ההבנייה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין דיִן־חשבון (1997).
- 28 Andreas Stephan, *The UK Cartel Offense: Lame Duck or Black Mamba?* (unpublished manuscript).

גובה הסנקציה עלול להיות תת-מיטבי. הטיה רלוונטית אחת עניינה בטחון-יתר באי-גילוי הפעולה המפירה. מחקרים פסיכולוגיים מוכיחים כי רוב האנשים נוטים באופן עקיב לסבור כי הסיכוי שדברים שליליים יקרו להם קטן מהסיכוי בפועל, במיוחד כאשר האירוע השלילי נחזה כמצוי בשליטתם, לפחות באופן חלקי.²⁹ הטיה זו יוצרת בטחון-יתר ברווח האנטי-תחרותי ובטחון-חסר בסיכון שתושט סנקציה. הטיה רלוונטית נוספת נובעת מהערכת סיכונים מוטעית שמקורה בבעיית זמינות המידע – אנשים נוטים להעניק משקל-יתר למידע שנחרת בזכרונם כתוצאה מכך שהוא פורסם לאחרונה או היה קרוב אליהם.³⁰ מן האמור לעיל עולה כי ייתכן שסנקציות המחושבות על בסיס תחשיב אובייקטיבי יהיו נמוכות מכדי להרתיע מפרים פוטנציאליים.³¹ ההטיה האחרונה מחזקת את הצורך באכיפה רציפה של החוק ובפרסום תוצאותיה.

גם על הרכיב השלישי של המשוואה – גובה הרווח הצפוי מהעברה ההגבלית – ניתן להשפיע באמצעות הסעדים ההגבליים. דוגמה מובהקת אחת עניינה קשיים באכיפת הסכם הגבלי בבית-משפט.³² כתוצאה מכך, הפרתו לא תאפשר לצד האחר לתבוע את נזקיו או לדרוש שהמפר יקיים את חלקו בהסכם. אי-הוודאות הנוצרת מקטינה את תוחלת הרווח מההסכם הפוגעני.³³

בצד המטרה העיקרית של הרתעה, חוק ההגבלים מקדם גם מטרות משניות נוספות ומשלימות, דוגמת גמול על המעשה הפוגעני והתמודדות עם תוצאות ההפרה ההגבלית. במסגרת זו מושם דגש במניעת המשכה של הפעולה הפוגענית וביצירת תנאים למניעת הישנותה. כן מושגים סעדים שמטרתם לפצות את הנפגע מההפרה ההגבלית וליטול את פירות ההפרה מידי המעוול.³⁴ כך, למשל, הפיכת העברה ההגבלית לעוולה נזיקית מאפשרת לתובע לקבל פיצוי אישי וישיר על הנזק שנגרם לו. סעדים אלה תורמים, כמוכּוּן, גם להרתעה מפני הפרה מלכתחילה.

עד עתה נערך הדיון בהנחה שההתנהגות האסורה הינה ברורה וידועה מראש, הן למפר הפוטנציאלי והן לאוכף. הנחה זו נכונה, למשל, מקום שעסקינן בקרטל בין מתחרים אשר מתאמים מחירים, מחלקים ביניהם את השוק או מתאמים הצעות למכרו. אולם אי-אפשר להניחה בנוגע לכל האיסורים ההגבליים; נהפוך הוא – חוק ההגבלים מנוסח בצורה בעייתית,

29 .Neil D. Weinstein, *Optimistic Biases about Personal Risks*, 246 SCIENCE 1232 (1989)

30 WOUTER P.J. WILS, *THE OPTIMAL ENFORCEMENT OF EC ANTITRUST LAW: ESSAYS IN LAW & ECONOMICS* 16 (Kluwer Law International 2002)

31 שם.

32 ראו לעיל ה"ש 15. כן ראו, למשל, רע"א 5622/90 רפאלי נ' קמפ ישראל בע"מ, פ"ד מה(2) 104 (1991) ("קשה להניח, שאם המדובר בהסדר כובל, זכאי צד להסכם לתבוע פיצוים על הפרתו").

33 Michal S. Gal, *Reformation of Anti-Competitive Contracts – A Case for Economic Balancing*, 22 CARDOZO L. REV. 91 (2000) (להלן: Gal, *Reformation*).

34 DOUGLAS LAYCOCK, *MODERN AMERICAN REMEDIES: CASES AND MATERIALS* 649–665 (3rd ed., 2010). לדיון בהשבת התעשרות עוולתית כעיקרון תרופתי כללי במשפט הפרטי ראו יהודה אדר "על הדבש ועל העוקץ – הרהורים על פרק התרופות בהצעת הקודקס האזרחי" *משפט ועסקים* ה 347, 391–387 (2006).

חובקת-כל, התופסת ברשת דגים טורפים אבל גם דגי-דקק אשר לא רק שאינם מזיקים לתחרות, אלא אף עשויים לעיתים להועיל לה.³⁵ הפסיקה אומנם אימצה בשנים האחרונות פרשנות תכליתית המפחיתה מעוצמת הבעיה,³⁶ אולם יש עדיין התנהגויות רבות שנתפסות ברשת – או שלפחות לשחקנים בשוק לא ברור מראש שהן לא ייתפסו בה – אף שלא ראוי שהן יעלו בה.³⁷ כלשון הכלכלנים, החוק בנוסחו הנוכחי יוצר טעויות רבות "מסוג שני" (false positives), דהיינו, מקרים שבהם התנהגויות אשר לא ראוי שייאסרו נתפסות בגדר החוק. איסורן של פעולות אלה עומד בסתירה למטרת-העל של דיני ההגבלים, דהיינו, לשאיפה להבטיח כי התחרות החופשית תפעל היכן שתנאי השוק הטבעיים מאפשרים זאת. ממטרה זו נגזרות שתי מטרות-ביניים: האחת היא מניעת התנהגויות אנטי-תחרותיות הפוגעות ברווחה החברתית; והאחרת היא אי-מניעת פעילותו התקינה של השוק החופשי. על-מנת להגשים מטרה אחרונה זו, יש להבטיח שהחוק מיושם בצורה שאינה אוסרת פעולות פרו-תחרותיות או ניטרליות לתחרות. מכך עולה שמקום שהבחנה בין התנהגות תחרותית לבין התנהגות אנטי-תחרותית הינה פשוטה, הגשמת המטרה הראשונה לא תתנגש על-פירוב בשנייה – איסור ובצידו ענישה מרתיעה לא יפגעו בתחרות; אולם מקום שתחולת החוק אינה ברורה מראש או שהחלתו עלולה לפגוע בתחרות, חייבים להביא בחשבון מסקנה זו בעת קביעת הסעד הראוי. במקרים אלה תחושה הסנקציה לא רק על בסיס תחולת הרווח של המפר, אלא גם על בסיס רמת הוודאות של האיסור והשפעתו הצפויה על התחרות, שאם לא כן תיפגע התחרות, ואכיפת החוק תפגע בפעילותו התקינה של השוק (בעיה הידועה בשם "אפקט הצינון" – chilling effect). בהתאם לכך, מאמר זה מציע ליצור מדרג סעדים אשר יקביל לא רק לחומרת הפגיעה בתחרות, אלא גם, בין היתר, לרמת הוודאות שהאיסור ההגבלי יוצר, לפחות עד שהמחוקק יתקן את החוק והפסיקה תבהיר עוד יותר את היקף תחולתן של הוראותיו.

לאור מטרות אלה ינותחו הסעדים ההגבליים הקיימים כיום. הבחינה משלבת ניתוח תיאורטי וניתוח עובדתי של המצב הקיים בפועל. ראשית ייבחנו הסעדים המוחלים על-ידי הרשות, ובראשם הסעד המרכזי בחוק ההגבלים – הסעד הפלילי. לאחר-מכן ייבחנו הסעדים המוקנים לתובע פרטי.

על-מנת להבהיר את טיעונינו, נבחן שלושה מקרים: (1) הסדר אופקי בין מתחרים לתיאום הצעות במכרז – זהו מקרה מובהק של הסדר כובל שפגיעתו בתחרות אינה מוטלת בספק (קרטל); (2) הסדר אנכי³⁸ בין ספק לבין משווק לקביעת מחיר-מינימום, אשר השפעתו על התחרות תלויה-נסיבות ונדרשת לניתוח כלכלי של תנאי השוק, אולם השפעה זו לא נבחנה

35 פרפרזה על אמירתו המפורסמת של השופט חשין בעניין טבעול, לעיל ה"ש 1.

36 ראו, למשל, עניין וול, לעיל ה"ש 1; ת"פ (מחוזי י-ם) 1274/00 מדינת ישראל נ' מודגל בע"מ, תק-מח 12160 (1) 2010 (2010).

37 לביקורת על החוק ולהצעות לתיקונו ראו, בין היתר, מיכל גל, אמיר ישראלי ומנחם פרלמן "הסדרים כובלים – יסודות האיסור" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים, לעיל ה"ש 2, 193; דיוד גילה ויוסי שפיגל "הסדרים אנכיים – ניתוח כלכלי" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים, לעיל ה"ש 2, 323.

38 הסדר אנכי, בניגוד להסדר אופקי, אינו הסדר בין מתחרים, אלא הסדר בין חוליות שונות בשרשרת הייצור והשיווק של מוצר או שירות.

על-ידי הרשות מכיוון שלא הוגשה בקשה לפטור; (3) אי-עמידה בתנאי החוק הפרוצדורליים הדורשים קבלה מראש של פטור מחובת אישורו של הסדר כובל,³⁹ במקרה שבו אילו התבקש פטור כזה הוא היה ניתן בשל העובדה שפגיעתו של ההסדר בתחרות אינה משמעותית. המשותף לשלושת המקרים הללו הוא שבהתאם לנוסחו הנוכחי של החוק, שלושתם מהווים הפרה של הוראות החוק ובסיס לתחולת סעדיו.⁴⁰ אולם בעוד במקרה הראשון מטרטנו בהחלת הסעדים היא ליצור הרתעה משמעותית, בשני המקרים הנותרים אין זו מטרטנו. במקרה השני הבעייתיות בהחלת סנקציות חזקות בעוצמתן מקורה בחוסר הוודאות לגבי השפעתה של ההתנהגות על השוק, ובמקרה השלישי הבעייתיות מקורה במנגנון הרגולטורי הקיים כיום בחוק, היוצר תחולה רחבה מדי של הוראות הדין.⁴¹

ב. אכיפה ציבורית

1. סנקציה פלילית⁴²

הסעד החשוב והעיקרי הנתון כיום בידי הרשות כאמצעי לאכיפת הוראותיו של חוק ההגבלים הוא הסעד הפלילי – מאסר וקנס.⁴³ שלוש הדוגמות לעיל מהוות עברה פלילית בהתאם להוראות החוק בנוסחו כיום. נוסף על כך, ובמקביל, מוטלת אחריות פלילית אישית על יחידים בתאגיד: מנהל פעיל, שותף (למעט שותף מוגבל) ועובד מנהלי בכיר האחראי לתחום שבו נעברה העברה ההגבלית יישאו באחריות אישית, אלא אם כן הוכיחו כי לא ידעו על ההפרה וכי נקטו אמצעים סבירים על-מנת למונעה.⁴⁴ כן ניתן להטיל על נושא-המשרה קנס כספי משמעותי.⁴⁵

לסנקציה הפלילית יש גם סנקציות נלוות. אחת מהן, שבה טמון פוטנציאל הרתעת חשוב, עניינה איסור כהונה כדירקטור בחברה ציבורית של מי שעבר עברה פלילית.⁴⁶

39 ס' 4 לחוק ההגבלים.

40 לגבי המקרה השני יש מגמה של חלק מהשופטים להחיל פרשנות תכליתית אשר תבחן את פגיעתו של ההסדר בתחרות. ראו, למשל, דיויד גילה "כבילה הפוגעת בתחרות בין הצד הנהנה ממנה למתחריו" עיוני משפט כח 517 (2004); מיכל (שיצר) גל "על הכעך והחור שבו: חידושים בהגבלים עסקיים" דין ודברים 173 (1) 6 (2011); עניין וול, לעיל ה"ש 1.

41 להטלת סנקציה חריפה על אי-עמידה בתנאים הפרוצדורליים המחייבים דיווח לרשות יש כמה יתרונות, כגון הקטנת העלויות הכרוכות בגילוי המידע על-ידי הרשות בטרם תצא לפועל הפעולה העסקית. אולם כל עוד אי-עמידה בתנאים אלה לא גרמה נזק משמעותי לרווחת הציבור, הטלת סנקציה חריפה לוקה בחוסר מידתיות, כמפורט להלן.

42 חלק זה מבוסס ברובו על מיכל (שיצר) גל ואמיר ישראלי "על מגבלות ההליך הפלילי באכיפת דיני ההגבלים העסקיים" תאגידים 6 (4) 76 (2009).

43 ס' 47 לחוק ההגבלים.

44 לפרשנות מחמירה של תנאים אלה ראו ע"פ 4148/03 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 629 (2004).

45 ס' 47 לחוק ההגבלים, המפנה לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226.

46 ס' 226 לחוק החברות, התשנ"ט-1999, ס"ח 189. כן ראו, למשל, עניין מודגל, לעיל ה"ש 36; ת"פ (מחוזי י-ם) 366/04 מדינת ישראל נ' בירדמן, דינים מחוזי 2010 (106) 845 (2010).

(א) יתרונותיהן של הסנקציה הפלילית והסנקציה הנלווית

לסנקציה הפלילית יש יתרונות רבים. החשוב מביניהם הוא רמת ההרתעה הגבוהה שהיא יוצרת, הן בשל הסנקציה המושתתת על המפר והן בשל אות-הקלון החברתי הכרוך בה.⁴⁷ כמו-כן היא יוצרת – כל עוד עושים בה שימוש מושכל וסביר – אקלים חברתי נורמטיבי הנוגד פעולות מפרות. נוסף על כך, ההליך הפלילי מאפשר נקיטת אמצעי חקירה שאינם אפשריים בהליך אזרחי, דוגמת עיכוב או מעצר לשם חקירה.⁴⁸ לבסוף, הסנקציה הפלילית מהווה גמול על המעשה הפוגעני.

כאשר עסקינן באישיות משפטית מלאכותית, דוגמת חברה או שותפות, מטבע הדברים אין לעונש המאסר נפקות מעשית. רמת ההרתעה תיגזר מגובה הקנס הכספי ומהשפעותיו של אות-הקלון החברתי הכרוך בעברה. כדי ליצור הרתעה מספקת, יש צורך שתוחלת הסנקציה תהא גבוהה מהרווח הצפוי מהפעולה, שאם לא כן ישתלם עדיין מבחינה כלכלית להפר את הוראות החוק. כך, למשל, נניח שהרווח הצפוי מקרטל עומד על מיליון ש"ח, שסיכויי התפיסה של הקרטל הם 25% (סיכוי גבוה יחסית לזה המשוער על-פי-דרוב)⁴⁹ ושהמפר ניטרלי לסיכון (הנחה מקובלת בנוגע לתאגידיים כלכליים). במצב זה על הקנס להיות גבוה מ-4 מיליון ש"ח על-מנת ליצור תמריץ כלכלי לתאגיד לא לעבור את העברה.⁵⁰

אות-הקלון החברתי הרב במי שעובר עברה פלילית עשוי להוריד את גובה הקנס הדרוש לשם השגת הרתעה אפקטיבית, מכיוון שאות-קלון זה עלול להקרין גם על מצבו הכלכלי של התאגיד. למשל, ענישה פלילית או אף חקירה פלילית עלולות להקטין את התמריץ להתקשר עם מי שפעל באופן בלתי-חוקי או להשקיע בו, וכן להפחית את נכונותם של צרכנים לקנות ממי שקשר קשר עם אחרים לפגוע בצרכניו. אם נניח שאות-הקלון הפלילי צפוי להוריד את רווחיו של מפר שנתפס ב-400,000 ש"ח, הקנס הנדרש עתה לשם השגת הרתעה אפקטיבית עומד על מעט יותר מ-3.9 מיליון ש"ח (שכן אם סיכויי התפיסה הם 25%, אזי תוחלת הנזק הצפוי לרווחיו של המפר כתוצאה מאות-הקלון החברתי עומדת על $400,000 \text{ ש"ח} * 25\% = 100,000 \text{ ש"ח}$; מכיוון שהמפר יתחשב בנזק זה כאשר ישקול אם

47 ראו, למשל, ע"פ 7068/06 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ,

תק-על (2)2007, 2574, פס' 14 לפסק-דינה של השופטת ארבל (2007).

48 לאחרונה נעשה שימוש בעיכוב לשם חקירה בחקירת "קרטל הלחם". ראו מ"י (שלום ת"א)

86496 (2)2010-05-10 משרד התמ"ת – לשכה משפטית נ' אהרונסון, תק-של (2)2010-05-10

(2010). מעצרים דומים נערכו גם בחקירת קרטל מדי המים. ראו, למשל, מ"י (שלום ת"א)

09-10-22668 הרשות להגבלים עסקיים נ' האוזמן (טרם פורסם, 26.10.2009).

49 בארצות-הברית מקובל להעריך את סיכויי התפיסה ב-13%-17%. ראו: John M. Connor &

Robert H. Lande, *How High Do Cartels Raise Prices? Implications for Optimal Cartel*

Connor & Lande, *How High Do Cartels Raise Prices?*, 80 TULANE L. REV. 513 (2005)

(להלן: *Fines*); John M. Connor & Robert H. Lande, *The Size of Cartel Overcharges:*

Implications for U.S. and EU Fining Policies, 51 ANTITRUST BULL. 983 (2006)

(להלן: *Connor & Lande, Cartel Overcharges*). על סיכויי התפיסה הנמוכים בעברות הגבוליות

עמד גם בית-המשפט המחוזי בת"פ (מחוזי י-ם) 167/03 מדינת ישראל נ' כהן, תק-מח

(2)2007, 9353, פס' 28-9 (2007).

50 $4,000,000 * 25\% = 1,000,000$

לעבור את העברה ההגבלית, ניתן להפחית את הקנס ההרתעתי בהתאם). אולם, כפי שיפורט להלן, השתת קנס בגובה זה אינה נטולת בעיות.

במקביל, ונוסף על כך, ענישה של נושאי-משרה יוצרת הרתעה משמעותית.⁵¹ יחידים אלה הם מקבלי ההחלטות בתאגיד, וככאלה ביכולתם למנוע את ביצוע העברות מלכתחילה. מכאן נובעים ההצדקה ואחד היתרונות הגדולים בהטלת אחריות אישית כאמור.⁵² היתרון המרכזי השני בהשתת אחריות על נושאי-משרה מקורו בפער המשמעותי בין נושאי-המשרה לבין התאגיד מבחינת התמריצים לביצוע העברה. בעוד נושאי-המשרה הוא הנושא בסיכון בשל הפרת החוק, הרווח מהעברה ההגבלית הינו ברובו של החברה, ונושאי-המשרה נהנה אך ממקצתו ורק בעקיפין. נניח, למשל, ששתי חברות מתחרות יוצרות יחדיו קרטל המאפשר לכל אחת מהן לגרוף רווח שנתי בסך מיליון ש"ח, וכי הקרטל מתנהל באמצעות מנהל בכיר בכל חברה. הרווחים שנוצרו הם רווחיה של החברה, והמנהל עשוי ליהנות מהם, אם בכלל, רק בעקיפין. כך, למשל, נניח כי רווחיו של כל אחד מהמנהלים מהקרטל יעמדו על 100,000 ש"ח. חלק-הארי של הרווח, 90% בדוגמה זו, מוצא את דרכו אל החברה ואל בעלי מניותיה האחרים של החברה, אשר אינם בהכרח שותפים בניהולו השוטף של התאגיד ולפיכך אינם חשופים לענישה פלילית. נניח כי הקרטל התגלה וכי על המנהלים הושתו עונשי מאסר בפועל של שישה חודשים וקנס של 50,000 ש"ח. נניח כי את השלכותיו הכלכליות של עונש המאסר שהושת על המנהל ניתן לגלם בסך של 350,000 ש"ח.⁵³ אם אותו מנהל הינו ניטרלי לסיכון, אזי אם הסיכוי שהעברה תתגלה ושיושת עליו עונש כאמור גדול מ-25%, הוא יימנע ממנה $(100,000 = (50,000 + 350,000) * 25\%)$. אם אותו מנהל הינו שונא סיכון, אזי גם סיכויי תפיסה נמוכים יותר יתמרצו אותו לא לעבור את העברה. הפער שבין העונש המוטל על נושאי-המשרה לבין הרווח האישי שלו יש בו, אם כן, כדי לתמרצו להימנע מקבלת החלטות המפרות את דיני ההגבלים.

מעניין שהשתת עונש על נושאי-המשרה פותרת גם בעיה הפוכה של פער תמריצים. מקום שנושאי-המשרה מתמקד בעיקר ברווחיותה של החברה בטווח הקצר, או אם פתוחות לפניו אפשרויות תעסוקה רווחיות נוספות אם החברה תיפול, ייתכן שהוא יהא מוכן ליטול סיכונים גבוהים מאלה שהחברה הייתה מוכנה ליטול על עצמה. נוסף על כך, עונש מאסר גם מונע את החברה מלפצות את נושאי-המשרה על הסיכון שנטל למענה. אכן, אחת הביקורות המרכזיות המושמעת כיום על הסנקציות המוטלות באיחוד האירופי היא שאי-ענישה של

51 ע"פ אריאל, לעיל ה"ש 47. ראו גם ת"פ כהן, לעיל ה"ש 49, פס' 29.

52 ראו, למשל, ע"פ 4783/09 שולשטיין נ' רשות ההגבלים העסקיים, תק-על 2010(3) 3635, פס' 33 לפסק-דינה של השופטת ארבל (2010): "במובן זה יש לראות את הוראת סעיף 48 לחוק ההגבלים... כמכשיר הבא להגביר את השליטה, ההשגחה והפיקוח מצידם על פעולות החברה ולתמרץ נקיטתם של אמצעי זהירות על ידי מי שעמדתם בתאגיד מאפשרת להם להביא למניעת ביצוען של עבירות כאמור."

53 החישוב מגלם אובדן השתכרות, פגיעה במעמד החברתי והמקצועי, ובעיקר פגיעה באיכות החיים הנובעת משיבה ככלא.

נושאי-משרה בתאגיד מסכלת אפשרות להרתעה כלכלית ממשית של קרטלים.⁵⁴ נוסף על כך, וחשוב לא פחות, הסנקציה האישית מהווה גמול על התנהגות הפוגעת בטובת הציבור. הסעד הפלילי עשוי לתרום גם ליצירת אקלים חברתי המבטא את חומרת ההפרה ופגיעתה ברווחת הציבור, אשר ירתיע לפחות חלק מהמפרים הפוטנציאליים בשל הקלון המוסרי הכרוך בהפרה, וזאת על בסיס נטייתם המוסרית לפעולה במסגרת החוק.⁵⁵ לסנקציה האישית הפלילית יש גם ערך הרתעתי עקיף, מכיוון שהתאגיד עלול לאבד את טובי מנהליו, ולו לתקופה מוגבלת, אם יוחל עונש מאסר בפועל. הרתעה זו מתחזקת מקום שמדובר בתאגיד המנוהל על-ידי בעלי השליטה בו.

אכן, בית-המשפט העליון חזר ושנה כי על-מנת להשיג את התכלית ההרתעית ולהמחיש את חוסר הכדאיות הכלכלית למי שמבקש ליהנות מהיתרונות הכלכליים של עברה על החוק, יש להטיל על מבצעי העברות עונש חמור, שיכלול רכיב של מאסר בפועל וכן קנס בשיעור גבוה, אשר יפגע בכיסו של המבצע, שנשא את עינוי להשגת טובת-הנאה פסולה.⁵⁶ גם לסנקציה הנלווית, האוסרת על נושאי-משרה לכהן כדירקטור בחברה ציבורית במשך תקופה מסוימת לאחר הרשעתו, יש חשיבות הרתעית, וגלומה בה אמירה נורמטיבית חשובה שלפיה מי שביצע עברה פלילית על-מנת להגדיל את רווחיה של החברה שבה הוא נושא במשרה אינו ראוי לכהן כנושאי-משרה בכיר בחברה ציבורית.⁵⁷ כמובן, יש לאזן בין ההרתעה ושלחת המסר הנורמטיבי לשוק לבין חופש העיסוק והצורך להעניק לאדם הזדמנות לשוב ולנהל עסקים, על-ידי הגבלת תקופת האיסור. מאידך גיסא, הסעד הקיים כיום מוגבל לאיסור כהונה כדירקטור, ואינו אוסר כהונה כמנכ"ל. זהו חסר שיש לתקנו – דווקא למנכ"ל, האחראי לניהולו השוטף של התאגיד, יש בדרך-כלל תפקיד משמעותי הרבה יותר בביצוע עברות הגבליות מאשר לדירקטור.

(ב) מגבלותיה של הסנקציה הפלילית

לכאורה ניתן לטעון כי בשל חומרתה של הסנקציה הפלילית יש להחילה על-מנת ליצור הרתעה מספקת. אולם דווקא חומרתה של הסנקציה מגבילה את התאמתה למניעת כל העברות ההגבליות. במקרים לא-מעטים נקיטתה עלולה לפגוע ברווחת החברתית, כמו-גם בעקרונות-יסוד של שיטתנו המשפטית.

54 ראו, למשל: Peter Whelan, *Contemplating the Future: Personal Criminal Sanctions for Infringements of EC Competition Law*, 19 KING'S L.J. 364, 365 (2008).

55 Wils, לעיל ה"ש 30; Johannes Adenaes, *General Prevention Revisited: Research and Policy Implications*, 66 J. CRIM. L. & CRIMINOL. 338, 341–343 (1975).

56 ראו, למשל, ע"פ 1042/03 מצרפס שותפות מוגבלת בע"מ נ' מדינת ישראל, תק-על 2003 (3) 396 (2003); ע"פ אריאל, לעיל ה"ש 47, פס' 14 לפסק-דינה של השופטת ארבל; ע"פ 2919/02 אלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2002 (3) 1865, פס' 4 לפסק-דינה של השופטת דורנר (2002); ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, 941 (2005); ע"פ שולשטיין, לעיל ה"ש 52, פס' 48 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

57 ראו, למשל, ע"פ שולשטיין, לעיל ה"ש 52, פס' 37 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

מגבלות הנובעות מההליך הפלילי – הליכים פליליים בתחום ההגבלים העסקיים הינם לרוב סבוכים, מורכבים ויקרים, בין היתר בגלל ריבוי הנאשמים בעברות קרטל ומורכבותו של הניתוח הכלכלי והעובדתי הנדרש. מורכבות זו מגבירה את הקושי לעמוד כנטל ההוכחה הכבד הקיים במשפט פלילי – מעל לכל ספק סביר,⁵⁸ ועלולה להקשות את מיצוי הדין כלפי עבריינים הגבליים. בעייתיות זו מודגמת בפסק-הדין שזיכה מחמת הספק את חברי הקרטל שכונה "קרטל הגז הקטן", אף שבית-המשפט מרמז כי בהתאם למאזן ההסתברויות היה אפשר להסיק כי הצדדים הפרו את הוראות החוק.⁵⁹ זיכוי הנאשמים בהליך פלילי, אף אם מחמת הספק, עלול לגרום גם לפגיעה תדמיתית ברשות ולזהירות יתרה בעתיד בהעמדה לדין פלילי. נוסף על כך, מורכבותם של ההליכים, בשילוב העומס הרב המוטל על מערכת המשפט, גורמים פעמים רבות להתמשכותם. אורכם של ההליכים הינו בעייתי לכל המעורבים, לרבות לרשות.⁶⁰ למרות הכלל שלפיו אדם הינו בחזקת חף מפשע עד שהוכחה אשמתו, האישום הפלילי מרחף כעננה מעל הנאשמים ועלול לפגוע בתדמיתם למשך תקופת החקירה והמשפט וליצור עיני-דין. זאת ועוד, התמשכות ההליכים גורמת להפחתת רמת העונשים המושתים בפועל, ובהתאמה – לרמת ההרתעה. בעניין וול (שעסק בקרטל המעטפות) ובעניין מודגל (שעסק בקרטל הצנרת), למשל, קבע בית-המשפט כי משך הזמן הארוך ממועד ביצוע הקרטל ועד למועד מתן פסק-הדין בערעור מהווה שיקול נגד הטלת עונש מאסר בפועל.⁶¹ אורכם של ההליכים פוגע גם בתדמית הציבורית של אכיפת החוק, מכיוון שעד להרשעה נרמה לציבור שעניינים חמורים אינם מטופלים.

מעבר לכך, הגשת כתבי אישום בכל מקרה של מעבר על הוראות החוק תוביל למעורבותה של רשות ההגבלים בהליכים מורכבים מרובים ולעומס יתרה על המערכת. על-כן בעולם של משאבים מוגבלים התוצאה המסתברת היא ניהול מספר מוגבל של תיקים ואכיפת-חסר במקרים רבים אחרים.

מגבלות הנובעות ממהות האיסורים ומחומרת הסנקציה – קיימים מקרים רבים של הפרת הוראות החוק שבהם מתעורר ספק אם חומרת העברה מצדיקה הטלת סנקציה פלילית.⁶² במקרים של עברות דוגמת קרטל בין מתחרים, ניהולו של הליך פלילי הינו מוצדק ומתחייב. אולם יש שלוש קטגוריות של מקרים שבהם לא ראוי לדעתנו להשית סנקציה פלילית, בשל מהות האיסור וחומרת הסנקציה, ויש מקום להשתמש בכלי אכיפה חלופיים.⁶³ הקטגוריה

Roger Bowles, Michael G. Faure & Nuno Garoupa, *The Scope of Criminal Law and Criminal Sanctions: An Economic View and Policy Implications*, 35 J. L. & Soc. 389–416 (2008).

ת"פ (מחוזי י-ם) 1061/05 מדינת ישראל נ' גבע, תק-מח-2009 (2) 9962 (2009).

ראו, למשל, ה"ע 612/06 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' שטראוס עלית בע"מ, תק-מח 2007 (1) 1237, פס' 8 (2007) (להלן: ה"ע שטראוס).

עניין וול, לעיל ה"ש 1, פס' ריז לפסק-הדין; עניין מודגל, לעיל ה"ש 36.

Caron Beaton-Wells & Fiona Haines, *Making Cartel Conduct Criminal: A Case Study of Ambiguity in Controlling Business Behaviour*, 42 AUST. & NEW ZEAL. J. CRIMINOL. 218 (2009).

כל משתתפי המושב שדן באכיפה הגבלית במסגרת כנס לשכת עורכי-הדין באילת (שנערך ביוני 2010) הסכימו – בתגובה על שאלה שהוצגה להם על-ידי המחברת, שעמדה בראש

הראשונה היא מקרים שבהם ההפרה של הוראות החוק פחותה בחומרתה, ופגיעתה הצפויה ברווחת הציבור אינה משמעותית. ניתן למנות בהקשר זה דוגמות רבות. המקרה המובהק כולל עברות של אי-דיווח על מיזוג או הסדר כובל מקום שהיה ניתן לכך אישור אילו הוגשה בקשה מתאימה. במקרים אלה העברה היא טכנית בעיקרה. הפגיעה בטובת הציבור היא מינימלית, ועיקרה מניעת האפשרות לערוך בדיקה מקדמית של ההסכם על-ידי גוף מוסמך על-מנת לוודא שהוא אינו פוגע בטובת הציבור. במקרים אלה אין מידתיות בין חומרת העברה לבין חומרת הסנקציה המוטלת בגינה. אכן, הרשות אינה פותחת בהליכים פליליים בתיקים מסוג זה, אולם עצם קיומה של אפשרות תיאורתית להחלת הסנקציה הפלילית במקרים אלה יוצרת בעייתיות רבה, כפי שיפורט להלן. המקרה השלישי שהבאנו לעיל⁶⁴ נופל לקטגוריה זו.

הקטגוריה השנייה שבה אין מקום להגשת תביעה פלילית היא מקרים שבהם הפגיעה בתחרות אינה מובנת מאליה, והיא מוסקת רק לאחר ניתוח כלכלי מעמיק של השוק הרלוונטי. בעוד האיסור הפלילי הוא רחב וחובק-כל – עברות קלות כחמורות, מהותיות כטכניות – במקרים רבים נדרשת בדיקה פרטנית, עובדתית ומורכבת על-מנת להכריע אם מדובר בפעולה הפוגעת בתחרות.⁶⁵ זה המצב ברוב ההסדרים האנכיים והמיזמים המשותפים, הנתפסים כיום תחת החוק בשל רוחב יריעתו, כל עוד הצדדים לא הפעילו בזמן את המנגנונים המאזנים בין פגיעה פוטנציאלית בהליך התחרותי לבין טובת הציבור.⁶⁶ אשר על-כך, כל אימת שאין זה ברור על פניו כי ההתנהגות פגעה בתחרות ללא יתרונות מאזנים, אין מקום לבחון את ההתנהגות במשקפיים פליליים. השתת סנקציה פלילית במקרים אלה עלולה להוביל להרתעת-יתר, לזילות העברה ההגבלית ולפגיעה בפעילותם התקינה של השווקים. המקרה השני שהבאנו לעיל⁶⁷ נופל לקטגוריה זו.

הקטגוריה השלישית שבה אין מקום להשתת סנקציה פלילית היא מקום שגבולותיה של ההפרה טרם התגבשו. כך, למשל, רבות מהעברות של ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי, למעט אלה המהוות את "הגרעין הקשה" של העברה ואשר אין חולק על פוטנציאל הפגיעה שלהן בתחרות, אינן בשלות להשתת סנקציה פלילית.⁶⁸ הגשת תביעה פלילית מקום שגבולות האיסור אינם ידועים מראש יוצרת תמריץ שלילי לחברות לא לנקוט התנהגויות תחרותיות

המושב – כי יש לבטל את פלילותה של העברה במקרים הראשון והשני. משתפי המושב היו רונית קן, הממונה על ההגבלים העסקיים; עו"ד בועז גולן, היועץ המשפטי של הרשות; השופט דוד חשין, נשיא בית-המשפט המחוזי בנצרת; ועו"ד צביקה אגמון. במקרה השלישי התנגדו נציגי הרשות להצעה.

64 ראו לעיל ליד ה"ש 39.

65 גילה ושפיגל, לעיל ה"ש 37.

66 ס' 9, 10 ו-21 לחוק ההגבלים. לפרשנות ברוח זו של ס' 21 ראו מיכל (שיצר) גל "מונופולים בתחרות: האיזון בין חדשנות לתחרות ביני ההגבלים העסקיים" דין ודברים (2) 425 (2006) (להלן: גל "מונופולים בתחרות").

67 ראו לעיל ליד ה"ש 38.

68 מיכל גל, הילה נבו ומנחם פרלמן "הסדרת פעולותיו של בעל מונופולין" (צפוי להתפרסם בניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך ב, מיכל גל ומנחם פרלמן עורכים, (2012).

על־מנת שאלה לא יסוגו, בדיעבד, כעברות הגבליות הכפופות לסנקציות פליליות.⁶⁹ מניעת פעולות אלה עלולה לפגוע בהליך התחרותי הקיים בשוק כמו־גם ברווחת הציבור. נוסף על כך, וחשוב לא פחות, היא פוגעת בעקרונות החוקיות.⁷⁰

ככל המקרים הללו השימוש בהליכים פליליים עלול להזיק יותר מאשר להועיל. כן קיים ספק אם ניהולו של הליך פלילי הינו הוגן. נוסף על כך, השתתפות סנקציה פלילית במקרים אלה עלולה להוביל לזילות העברה ההגבלית, בשל הפגיעה בתדמית הציבורית של חומרת העברה ההגבלית, ולהחלשת כוחו המוסרי ההרתעתי של החוק.⁷¹ על־כן ראוי לדעתנו לשנות את החוק ולהותיר את הסנקציה הפלילית רק לאותם מקרים שבהם הפגיעה ההגבלית הינה משמעותית ומסתברת. נציין כי גישה זו, המצרה את היקפה של הסנקציה הפלילית רק למקרים חריגים הממלאים את התנאים האמורים, מקובלת במקומות רבים ברחבי העולם.⁷² האם הגבלת השימוש של הרשות בסנקציה הפלילית אך ורק למקרים שבהם היא סבורה כי הפגיעה בתחרות היא משמעותית ומובהקת יהיה בה כדי לפתור את בעיית פליליות־היתר של החוק? התשובה לכך שלילית. עצם העובדה שפעולה מסוימת עלולה להוות בסיס לעברה פלילית די בה להרתיע מפני פעולות עסקיות לגיטימיות אשר אין ודאות גבוהה לגבי תחולתו של האיסור הפלילי בגדרן. הוסיפו על כך את המנגנון הרגולטורי הקיים, המחייב כמעט כל מי שעושה הסדר להתערטל לפני הממונה או בית־הדין להגבלים עסקיים (להלן: בית־הדין) בטרם יפטר מן העברה ההגבלית, והתוצאה היא הרתעת־יתר. נוסף על כך, כל עוד האיסור חל, הרשות יכולה לשנות את דעתה ולהעמיד לדין גם במקרים שבהם לא העמידה לדין בעבר. לבסוף, האיסור הפלילי התיאורטי יוצר מצב שבו החוזה מושא העברה ההגבלית הוא בלתי־חוקי. על־כן הצדדים לו חשופים לסכנה שהצד האחר ישתחרר לא בתום־לב מחיובי החוזיים, גם מקום שהסדר אינו פוגע בתחרות. על־כן אין להותיר בחוק את התחולה הפלילית הרחבה לשיקול־דעתו של הממונה.

מגבלות בהערכת הקנס – לבית־המשפט אין מידע מספיק בדבר גובה הנזק שנגרם או בדבר הרווח שיצרה העברה, ומידע זה חיוני לצורך קביעת קנס מרתיע. חוסר זה במידע נובע מכך שעובדות אלה אינן חלק מיסודות העברה ועל־כן הרשות אינה צריכה להוכיחן, בשילוב עם העובדה שכימות כאמור הינו מסובך.⁷³

- 69 להרחבת טיעון זה ראו Gal, *Reformation*, לעיל ה"ש 33.
- 70 ס' 1 לחוק העונשין קובע כי "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על־פיו". לטיעון ברוח זו ראו אמיר לבנה "חוק ההגבלים העסקיים: בעיות מבניות וחוקתיות בתחום ההסדרים הכובלים" **משפט וממשל** ח 257 (2005).
- 71 Erik Luna, *The Overcriminalization Phenomenon*, 54 AM. UNIV. L. REV. 703–746 (2005).
- 72 ראו, למשל: Joel Feinberg, *Harm to Others – A Rejoinder*, 5(1) CRIM. JUST. ETHICS 16 (1986); ANDREW ASHWORTH & MIKE REDMAYNE, *THE CRIMINAL PROCESS* (Oxford University Press, 3rd ed. 2005); Douglas Husak, *The Criminal Law as Last Resort*, 24 OXFORD J. LEGAL STUD. 207 (2004).
- 73 במקרה אחד ביקשה הרשות לכמת את הנזק – ראו ת"פ (מחוזי י-ם) 209/96 **מדינת ישראל נ' אהליך יעקב בע"מ**, תק-מח 936 (4)2002 – אולם מורכבותה של ההוכחה והתמשכות ההליכים בגינה גרמו לכך שלא ננקטה מדיניות דומה בתיקים נוספים.

(ג) האכיפה הפלילית – הלכה למעשה

האכיפה ההגבלית בפועל משקפת את מגבלות ההליך. ב־16 השנים האחרונות, מאז נוסדה הרשות, נפתחו הליכים הגבליים רק ב־31 פרשות הגבליות – ממוצע של פחות משני הליכים לשנה. כמעט כל הפרשות עניינן הסדר כובל. 25 מביניהן עוסקות בעברות הסדר כובל מן הגרעין הקשה, והיינו, קרטל בין מתחרים אשר פוגע בציבור ללא יתרונות מאזנים לרווחה החברתית.⁷⁴ בשלוש השנים האחרונות הוגשו כתבי אישום רק בשתי פרשות.

רוב ההליכים (27) הסתיימו בהרשעה במסגרת הסדר־טיעון או בהרשעה לאחר משפט, לפחות בחלק מהאישומים ולגבי חלק מהנאשמים. תביעה אחת נדחתה מחמת הספק, אחרת מכוח הגנה מן הצדק, ושני תיקים עודם תלויים ועומדים לפני בתי־המשפט.

מספרם המועט של ההליכים ההגבליים שננקטו אינו מעיד בהכרח על תת־הרתעה. מבחינה תיאורטית ייתכן שההרתעה שתיקם אלה יוצרים די בה לגרום לאחרים להימנע מהפרות הגבליות. אם כך הדבר, השיג החוק את מטרתו בצורה מיטבית: הרתעה רבה ללא השקעת משאבי אכיפה. אולם לנוכח סיכויי התפיסה הנמוכים של עוברי עברות הגבליות, ניתן להניח כי לא תמה ההתנהגות האנטי־תחרותית בישראל.

אינדיקציה משמעותית יותר להרתעת־החסר בעברות הגבליות חמורות עולה מבדיקת הסנקציות שהושתו בפועל. כפי שפורט לעיל, על־מנת שאכיפה מועטה תיצור הרתעה יעילה, על הסנקציה להיות גבוהה באופן משמעותי מן הרווח הצפוי. אולם העונשים שהושתו בפועל אינם ממלאים אחר תנאי זה, אף שהם עלו בהדרגה בחומרתם. עד לשנת 2002 הושתו על נושאי־משרה קנסות, ולעיתים עונשי מאסר על־תנאי או עבודות־שירות. אולם גם לאחר־מכן, למרות קביעתו של בית־המשפט העליון כי העונש הראוי על עברת הקרטל הוא מאסר בפועל, מעטים המקרים שבהם מצאו את עצמם נושאי־משרה מאחורי סורג ובריח. מאסר בפועל הוטל על נושאי־משרה רק במסגרת קרטל המרצפות (עד 9 חודשים),⁷⁵ קרטל הגז (4 חודשים)⁷⁶ וקרטל הירקות הקפואים (חודש אחד, חלף קנס).⁷⁷ עונשי המאסר בתיקים אלה הם תוצאה של הסדר־טיעון עם הרשות.⁷⁸ לעומת זאת, בתיקים רבים אחרים לא הושתו עונשי מאסר בפועל. הדוגמה הבולטת ביותר היא קרטל המעטפות, שהליכיו הסתיימו בשנת 2009,

74 גם שתי פרשות שעניינן הסדר כובל אנכי עסקו בהסדרים שמטרתם הייתה פגיעה בתחרות בשוק אופקי. זאת, אף שהחוק מאפשר השתת סנקציות פליליות על כל עברה הגבלית. שתי פרשות עניינן אימתן הודעת מיזוג, ושתיים עניינן ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. חלק מהפרשות כוללות יותר מעילה אחת.

75 ראו את גזר־הדין בעניין ת"פ (מחוזי י-ם) 366/99 מדינת ישראל נ' סבירסקי, תק-מח 2002 (3) 66958 (2002). עונשי מאסר הוטלו גם במסגרת הסכמי־טיעון עם חלק מהנאשמים. ראו, למשל, ת"פ (מחוזי י-ם) 1179/00 מדינת ישראל נ' רצף תעשיות מוצרי בנייה, תק-מח 2000 (4) 1419 (2000).

76 ת"פ בידרמן, לעיל ה"ש 46.

77 ת"פ (מחוזי י-ם) 960/05 מדינת ישראל נ' מרגלית, תק-מח 2006 (2) 5864 (2006).

78 בקרטל המרצפות הגיעה הרשות להסדר־טיעון עם חלק מהנאשמים בדבר נשיאה בתקופות מאסר. פסק־הדין לגבי יתר הנאשמים, אשר ניתן במועד מאוחר יותר, מדגיש כי לנאשמים שדינם נגזר על־ידי היה חלק משמעותי בקרטל, בדומה לאלה שכבר הסכימו לשאת בתקופות מאסר בפועל. בקרטל הירקות הקפואים בחר הנאשם במאסר חלף הקנס שהושת עליו.

ואשר במסגרתו לא הושתו עונשי מאסר בפועל אף שהעברה נעברה בנסיבות מחמירות.⁷⁹ ככל שמספר התיקים שקיים בהם פער בין הרטוריקה לבין העונש המושת בפועל עולה, ההרתעה פוחתת והתמריץ של נושאי־המשרה להסכים לעונש מאסר במסגרת הסדר־טיעון קטן. ברוב המקרים הושתו קנסות בלבד, וגם אלה לא שיקפו בהכרח את חומרת העברות.⁸⁰ מה מקור הפער בין הרטוריקה לבין החלת עונשי המאסר בפועל? כפי שפורט לעיל, לפחות בחלק מהמקרים הדגיש בית־המשפט את משכם הארוך של ההליכים עד להרשעה. נוסף על כך, לא כל השופטים סוברים כי יש להשית במקרים אלה עונשי מאסר בפועל.⁸¹ שלישיית, בחלק מהמקרים שנידונו בשנים האחרונות לא הייתה לעברות ההגבליות השפעה כלכלית משמעותית, ופגיעתן בתחרות לא הייתה רבה. לבסוף, תיקים רבים הסתיימו בהסדר־טיעון. גם הקנס המושת על החברות (להבדיל מנושאי־המשרה) אינו יוצר על־פירוב הרתעה יעילה. כפי שפורט לעיל, בעברות כלכליות הכלי העיקרי המרתיע חברה מלעבור עברה הגבלית הוא הקנס.⁸² אולם כלל לא בטוח שהקנס המושת בפועל גבוה דיו להרתיע. כמפורט לעיל, לבית־המשפט אין די מידע בדבר גובה הנזק שנגרם או בדבר הרווח שיצרה העברה. במצב דברים זה לא ייפלא כי הקנס מבוסס על אומדן חלקי בלבד.⁸³ יתר על כן, קיים חשש שקנס גבוה ימוטט כלכלית את החברה. צרפו לכך את החשש שהקנס – אשר במקרה של קרטל מושת על כלל השחקנים בשוק – יגולגל על הצרכנים בחלקו לפחות, והתוצאה היא רמת קנסות היוצרת תת־הרתעה משמעותית. נדגים: בקרטל צינורות החשמל קבע בית־המשפט כי הקרטל גרם להעלאת מחירים של צינורות החשמל בכ־120% (!), וכי הדבר גרם לפגיעה נגררת בקבלנים שנכנסו להתחייבויות על בסיס המחיר הקודם. למרות חומרת העברות, הוטלו על התאגידים קנסות בסך כולל של 800,000 ש"ח בלבד.⁸⁴ בית־המשפט

79 עניין וול, לעיל ה"ש 1. ההצדקה העיקרית הניתנת בפסק־הדין לאי־השתת עונשי מאסר בפועל היא חלוף הזמן מעת פתיחת המשפט ועד להרשעה הסופית (7 שנים).

80 כך, למשל, בקרטל הלולבים הושתו על המעורבים שלושה חודשי עבודות־שירות וקנס בגובה 30,000 ש"ח. ת"פ (מחוזי י-ם) 1126/00 מדינת ישראל נ' בלילי, תק-מח 2006(1) 1334 (2006).

81 ראו, למשל, את דבריו של נשיא בית־המשפט המחוזי בנצרת, השופט דוד חשין, בכנס לשכת עורכי־הדין באילת, ביום 2.6.2010: "בניגוד לרטוריקה של בתי המשפט, בישראל לא מכניסים לכלא על עבירות כלכליות אלא אם יש אלמנט קשה של מרמה. ובעבירת קרטל אין מרמה. פשוט לוקחים מהציבור יותר ממה שמגיע לחברה בתחרות הוגנת." מתוך מארק שון "נשיא ביהמ"ש המחוזי בנצרת: 'האם המלחמה בקרטלים שווה את הזמן השיפוטי היקר? זה סימן שאלה גדול'" גלובס 2.6.2010. www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3406663,00. www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3406663,00.html.

82 בגזר־הדין בעניין ת"פ (מחוזי י-ם) 162/99 מדינת ישראל נ' המשביר לחקלאי בע"מ, תק-מח 29201 (3) 1999, התייחס בית־המשפט לחשיבותו של הקנס בהשגת הרתעה אפקטיבית בעברה כלכלית מהסוג שבו עסקינן.

83 בעניין המשביר לחקלאי, שם, ציין בית־המשפט כי בהעדר נתונים על הרווח "אין בידי כלי הולם, לקציבת שיעור הקנס בהתייחס לשיקולי הכדאיות שהוזכרו, שלא על־פי 'תחושה' בלבד".

84 עניין אהליך יעקב, לעיל ה"ש 73.

התחשב, בין היתר, בתקופה הקצרה שבה פעל הקרטל עד לגילויו. אולם מתן משקל רב לעובדה זו הוא בעייתי, מכיוון שבמצב זה המעוול יכול להיות סמוך ובטוח שגם אם לא ירוויח מהקרטל לאחר גילויו, למצער הוא לא יפסיד מכך, שכן הקנס יבוסס רק על הנזק שגרם בפועל, ולא על פוטנציאל הנזק המתוכנן. נדגים נקודה חשובה זו. נניח שהקנס שהוטל מגלם את גובה הנזק שנגרם כתוצאה מהקרטל בתקופה של ארבעה חודשים, בטרם התגלה, וכי נזק זה תואם את הרווח של המעוולים. עוד נניח כי הצדדים התכוונו שהקרטל יפעל תקופה ארוכה מכך – שנתיים. עוד נניח כי סיכויי התפיסה של הקרטל עמדו על 50%, שהם סיכוי גבוה יחסית, בשל העובדה שחברי הקרטל העלו את המחיר בחדות ובאופן מתואם. כל ההנחות הללו מקילות עם העבריינים. אולם גם תחתן, תוחלת הרווח הצפויה לחברי הקרטל גבוהה באופן משמעותי מתוחלת הנזק: תוחלת הרווח שראו חברי הקרטל לנגד עיניהם היא 800,000 (רווח לתקופה של 4 חודשים) * 6 (תקופות בנות 4 חודשים) = 2,400,000 ש"ח; ואילו תוחלת הנזק היא 1,200,000 (קנס המבוסס על הרווח שנצבר בפועל כפול סיכויי התפיסה, שהם 50%). הנה כי כן, לחברות יש תמריץ כלכלי חזק להיות צד לקרטל. על-מנת ליצור הרתעה מספקת, גובה הקנס צריך להיקבע על-פי תוחלת הרווח שצפו התאגידים, ולא על-פי הרווח או הנזק שנוצרו בפועל.

לסיכום, מאפייני הסנקציה הפלילית גורמים לכך שהיא אינה אפקטיבית במקרים רבים של עברות הגבליות. נוסף על כך, אין הצדקה נורמטיבית לתחולתה בחלק מהמקרים שבהם היא חלה. בהתאם לכך, לדעתנו, יש לצמצם את תחולתה ולהותירה רק לאותם מקרים שבהם הפגיעה הצפויה ברווחה החברתית הינה משמעותית ומסתברת. בד בבד יש להעלות את רמת הענישה בפועל באותן עברות שבהן מוצדק להחיל סנקציה פלילית, על-מנת שזו תיצור הרתעה מספקת.

ג. אכיפה מנהלית

בצד הסמכות הפלילית מוקנות לרשות כמה סמכויות אכיפה מנהליות, שינותחו להלן.

1. קביעה הגבלית

הממונה מוסמך להוציא קביעה כי הופרו הוראות החוק, כפי שעשה בעבר לגבי הסדר כובל בין חברות הדלק.⁸⁵ זוהי סמכות ישראלית מקורית, שמטרתה העיקרית היא הצהרה של הרשות כי הופרו הוראות החוק. להצהרה לא גלווית סנקציה מיידית, מלבד הקלון הגלום בה: היא אינה משמשת כסיס לסנקציות של המדינה נגד המפר או לצו עשה או אל-תעשה, וזאת אף שחקירתה של הרשות העלתה בבירור כי הופרו הוראות החוק. פועלה המעשי העיקרי הוא הפיכת נטל הבאת הראיה הראשוני במשפט אזרחי מקום שאדם פרטי יבחר להגיש תביעה. יתרונה העיקרי של הקביעה הוא בהבהרת עמדתה של הרשות בדבר הפרשנות הנכונה של הדין. אכן, בשנים הראשונות לאכיפת החוק נעשה שימוש בכלי זה על-מנת להבהיר

85 ס' 43(א) לחוק ההגבלים. קביעת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין הסדר כובל בין חברות הדלק לבין תחנות תדלוק (28.6.1993) archive.antitrust.gov.il/files/7213/1112.pdf (להלן: קביעת הממונה בעניין תחנות הדלק).

ולהדגיש לשחקנים בשוק כי פעולות מסוימות עולות כדי עברה הגבלית, מבלי שננקטו סנקציות עונשיות על פעולות שרוב הציבור לא היה מודע להשלכותיהן המשפטיות. נוסף על כך, הקביעה משמשת להבהרת הדין והחלתו במצב עובדתי ספציפי. כך, למשל, בעוד בתי-המשפט נמנעים לרוב מהוצאת צו מניעה בנוגע לאכיפת הסכמי בלעדיות בקניונים, מקום שקיימת קביעה של הממונה כי הסדר הנוגע בקניון מסוים מהווה הסדר כובל, העניקו בתי-המשפט צו מניעה כאמור.⁸⁶ אולם ככל שהדין מתבהר והמודעות לעברות ההגבליות גוברת, חסרונותיה של הקביעה עולים על יתרונותיה, למעט במקרי-קצה שבהם הדין אינו ברור עדיין. אכן, בשנים האחרונות פחת השימוש בקביעה ההגבלית: בעשור האחרון הוצאו רק שמונה קביעות, ורובן בעברות מן הגרעין הקשה – קיומו של קרטל או ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי.⁸⁷

יתרון נוסף של הקביעה הוא יצירת תמריץ מוגבר להפסקת ההתנהגות המפרה מכאן ולהבא: משקבעה הממונה כי פעולה מסוימת מהווה הפרה של החוק, קטן התמריץ של הצדדים להסדר המפר לקיימו או של צדדים פוטנציאליים להסדרים דומים להיות צד להם.⁸⁸ הרתעה זו פועלת חשוב בעיקר מקום שלא היה ברור לצדדים מלכתחילה כי פעולתם מהווה עברה על החוק. כך, למשל, בקביעה בעניין הסדר שנעשה בין המובילים הימיים עוכב ביצוע ההסדר הכובל בהסכמתם של המובילים הימיים עד להכרעת הממונה בעניין, ובעקבות הקביעה כי ההסדר מפר את החוק, הוא לא נכנס לתוקף.⁸⁹ כמו-כן, החשש מפני קביעה הגבלית יוצר הרתעה בשוק. אולם הרתעה זו הינה מוגבלת, בעיקר מקום שעסקינן בעברות שנעשות בכוונה לפגוע בתחרות על-מנת להגדיל את הרווח ותוך מודעות לעברה. יודגש – במסגרת הקביעה אין כל סנקציה של המדינה על ההפרה בעבר.

יתרון אפשרי נוסף של הקביעה ההגבלית גלום בהעברת האכיפה למישור המשפט הפרטי, שבו נטל ההוכחה נמוך באופן משמעותית מאשר במשפט הפלילי. אכן, ניתן להניח שרוב הקביעות הוצאו במקרים שבהם לא היו ראיות חזקות דיין להעמיד לדין פלילי או שההליך הפלילי לא התאים לחומרת העברה שבוצעה.

אולם הפוטנציאל הגלום ביתרון זה אינו ממומש במלואו, שכן האפשרות המעשית של תובע פרטי להצליח בתביעתו תלויה, בין היתר, בתוכנה של הקביעה. רוב הקביעות אינן כוללות ניתוח מפורט של השוק ושל העובדות שהובילו למסקנה המשפטית. כך, למשל, בעניין תעשיות מלח נכשלה תובענה ייצוגית שהוגשה בהסתמך על קביעה שלפיה התקיימו

86 השוו רע"א 2725/06 (מחוזי י-ם) בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' קניון הראל, תק-על 2006 (2) 3470 (2006), ורע"א 7284/10 המשביר החדש לצרכן בע"מ נ' סופרפארם (ישראל) בע"מ, תק-על 2010 (4) 3381 (2010).

87 למן הקמתה הוציאה הרשות 40 קביעות, מתוכן 34 בענייני הסדרים כובלים, 4 בענייני מיוזגים ו-2 בעניין ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. מתוך מאגר המידע של הרשות – archive.antitrust.gov.il.

88 כך, למשל, הקביעה כי רכישה משותפת של זכויות שידור על-ידי זכייני הערוץ השני הינה הסדר כובל עשויה למנוע בעלי תוכני שידור מלהסכים למכור מעתה ולהבא את זכויות השידור לשלושת הזכיינים במשותף.

89 קביעת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין קיום הסדר כובל בין המובילים הימיים חברי הקונפרנס EMTA (30.4.2003) archive.antitrust.gov.il/files/5579/503009618.pdf.

הסדרים כובלים אשר מנעו ייבוא מלח מקביל מקפריסין.⁹⁰ התובענה נכשלה, בין היתר, מכיוון שלא הובהר במסגרת הקביעה מהו סוג המלח אשר ייבוא נחסם, ומהם השימושים שהיה אפשר לעשות בו. יתרה מזו, התובע הפרטי נדרש להכיר היטב את התשתית העובדתית, שאם לא כן הוא לא יוכל להתמודד עם הראיות הנגדיות של הנתבעים. אולם ברוב המקרים הרשות אינה מעבירה את ממצאי חקירתה לידי התובעים הפרטיים, ואינה מהווה צד להליך אשר יכול להציג ממצאים אלה לפני בית-המשפט.⁹¹ יתר על כן, לעיתים הקביעה ניתנת סמוך לתום תקופת ההתיישנות במשפט אזרחי או אף לאחריה, ועובדה זו מונעת שימוש בקביעה או מצמצמת באופן משמעותי את תקופת הזמן שבגינה ניתן לתבוע. נוסף על כך, התובע נדרש עדיין להוכיח רכיבים אחרים של העוולה ההגבלית, לרבות הנזק שנגרם לו וקשר סיבתי בין העוולה לבין הנזק שנגרם לו. בקביעות שניתנו עד עתה לא נערך תחשיב מסודר של נזק. נוסף על כך, וחשוב לא פחות, גם אם יצליח התובע בתביעתו, הסעד הוא לכל-היותר שיפוי על נזקיו בפועל, ואינו כולל רכיב הרתעתי המתחשב בסיכויי התפיסה והאכיפה של ההפרה.

אכן, מחקרנו מצביע על כך שלאחר חלק גדול מהקביעות שהוצאו לא הוגשו תביעות נזיקיות הנסמכות עליהן.⁹² במילים אחרות, במקרים רבים לא הובילה הקביעה, בסופו של יום, להשגת סנקציות כלשהן על המפרים. כך, למשל, לא הוגשה תביעה אזרחית על בסיס הקביעה כי בזק ניצלה לרעה את מעמדה המונופוליסטי כאשר לא עשתה דייה לתיקון תקלה שניתקה את מנויי הוט מהרשת של בזק בעת שביתת עובדיה – פעולה שפגעה בתחרות ובמנויי הוט.⁹³

עם זאת, במספר הולך וגדל של מקרים הקביעה אכן משמשת בסיס לתביעות פרטיות. כך, למשל, קביעת הממונה בנוגע לקיומו של הסדר כובל בין חברות הדלק הגדולות לבין תחנות הדלק שימשה בסיס לתביעות רבות.⁹⁴ גם הקביעה בעניין תיאום הריכויות בין הבנקים

-
- 90 קביעת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין קיום הסדר כובל בין תעשיות מלח לישראל בע"מ לבין archive.antitrust.gov. (2.4.2006) MP Theodorou (Salt Industry) & Co. Ltd. il/files/7795/5927.pdf (להלן: קביעת הממונה בעניין תעשיות מלח).
- 91 מעניין שלעיתים לנתבע יש אינטרס בהעברת חומר החקירה – למשל, כאשר הוא מבקש לבסס טענת התיישנות וקיימת חשיבות למועד שבו נודע לתובע על חקירת הרשות.
- 92 לדוגמה לתביעות שמתבססות על קביעות ראו בש"א (מחוזי ת"א) 11005/09 בנק לאומי לישראל בע"מ נ קוסטרינסקי, תק-מח 2009 (4) 165 (2009).
- 93 דווקא נגד הוט הוגשה תביעה בעניין זה – לא על בסיס הקביעה, אלא הרבה לפני – אשר פיצתה את הצרכנים באופן חלקי. ת"א (מחוזי ת"א) 15818/06 ציגלר נ' HOT שידורי טלוויזיה בכבלים, תק-מח 2007 (2) 1275 (2007).
- 94 קביעת הממונה בעניין תחנות הדלק, לעיל ה"ש 85. לתביעות המתבססות על קביעה זו ראו, למשל, ת"א (מחוזי נצ') 666/97 נסאר נ' "דלק" חברת הדלק הישראלית בע"מ, תק-מח 2005 (1) 6921, 6930 (2005); ת"א (מחוזי חי') 10821/97 ת"א (מחוזי חי') 1038/98 ת"א (מחוזי חי') 788/99 פז חברת נפט בע"מ נ' ממן, תק-מח 2002 (3) 807 (2002); ת"א (מחוזי י-ם) 1642/97 ת"א (מחוזי י-ם) 1595/99 פז חברת נפט בע"מ נ' שרלין, תק-מח 2002 (1) 283, 314 (2002).

שימשה בסיס לתביעה ייצוגית.⁹⁵

חסרונה העיקרי של הקביעה ההגבלית נעוץ בכך שהיא חסרת שיניים משפטיות, למעט העובדה שהיא מהווה ראייה לכאורה לנכונותה בכל הליך משפטי. אנמיה זו מפחיתה באופן משמעותי את כוחה ההרתעתי, ואף גורמת לבזבוז משאבי ציבור יקרים. כן היא עלולה לגרום לזילות ביחסו של הציבור לחוק ההגבלים. למעשה, הרשות מעבירה את הכדור למגרש הפרטי, שאולי לא ידע, לא ירצה או לא יוכל לבעוט את הכדור לשער.

בהתאם לכך, הקביעה ההגבלית מקדמת את מטרת החוק בצורה מוגבלת בלבד. הפתרון לאנמיה של הקביעה הוא הוספת שיניים, כדי שהרשות, שהגיעה למסקנה על-סמך חקירתה כי הופרו הוראות החוק, תוכל גם להטיל סנקציה בגין ההפרה מקום שהיא סבורה כי סעד זה ישרת את מטרת החוק. פתרון זה, המאפשר גם יצירת מדרג סנקציות המותאם לחומרת העברה ולמידת הוודאות בפגיעתה בתחרות, ייבחן להלן.

במקביל יש לחזק את משקלה הראייתי של הקביעה מקום שהיא שרדה הליך ערר לפני בית-הדין. במקרה כזה ראוי, לדעתנו, להעניק לה משקל של פסק-דין של בית-משפט מחוזי, ולא רק של ראייה לכאורה. זאת, מכיוון שבית-דין מקצועי בחן אותה והגיע למסקנה כי היא מבוססת דייה וכי המפר קיבל את יומו בבית-המשפט. כלל משפטי שונה יביא לידי כפילות הליכים. הצעתנו גם פותרת, ולו באופן חלקי, את הבעייתיות הכרוכה בעובדה שהגוף המקצועי שחקר והגיע למסקנה כי הופרו הוראות החוק ואשר בידו כל הראיות הרלוונטיות (הרשות) אינו צד למשפט האזרחי העושה שימוש בקביעה, ועל-כן אינו יכול להגן עליה ולפרוש את התשתית הראייתית לפני בית-המשפט כאשר זו נדרשת על-מנת לדחות טענות-נגד של המפר.⁹⁶ כן ראוי שהרשות תסייע, במסגרת הכלים הנתונים לה, לתובעים פרטיים המבקשים להסתמך על קביעות, לרבות על-ידי חשיפת העובדות שעליהן הן מתבססות.

2. צו מוסכם

כלי אכיפת נוסף, שחשיבותו הולכת וגדלה בשנים האחרונות, הוא הצו המוסכם.⁹⁷ הממונה רשאי להגיע לצו מוסכם עם נאשם פוטנציאלי, בכל שלב של הליך החקירה או אף לאחריה, שבמסגרתו המפר נוטל על עצמו התחייבויות, לרבות קנס כספי לטובת אוצר המדינה וכן התחייבויות להתנהלות עתידית, תמורת התחייבות של הממונה לא לנקוט צעדי אכיפה נוספים בתיק. הצו המוסכם נדרש לאישורו של בית-הדין. על הבקשה לאישור הצו המוסכם

95 קביעת הממונה בנוגע לעמלות, לעיל ה"ש 13. לתביעה המתבססת באופן חלקי על קביעה זו ראו ת"צ (מחוזי ת"א) 1714/08 קוסטרינסקי נ' בנק מזרחי-טפחות בע"מ, תק-מח 2009 (4) 5630 (2009).

96 כלל כאמור עשוי לשנות את ההנעה (מוטיווציה) של מפרים להגיש ערר על קביעות הגבליות לבית-הדין, אולם אין זה ברור אם הוא יחזק הנעה זו (לנוכח העובדה שלבית-הדין יש מומחיות מיוחדת בניחוח סוגיות הגבליות ולכן קיימת סבירות גבוהה יותר שהוא יבטל קביעות לא-מבוססות) או יחליש אותה (לנוכח חיזוק משקלה הראייתי של ההחלטה).

97 ס' 50 לחוק ההגבלים. מנגנון זה אינו ייחודי לישראל, ומשמש גם במדינות נוספות, לרבות ארצות-הברית ומדינות האיחוד האירופי, אם כי לרוב הוא אינו מעוגן בחקיקה.

להיות מנומקת ולכלול פירוט של החלופות שנשקלו למתן הצו המוסכם. בהתאם לכך, על הממונה להבהיר מדוע בחר לוותר על מיצוי הדין עם המפר ההגבלי. הממונה מרבה לעשות שימוש בסמכות זו כתחליף לתיקים פליליים, העוסקים בעיקר בעברות קרטל. באחת-עשרה השנים האחרונות, מאז הוספה סמכות זו לחוק ההגבלים, ניתנו 19 צווים מוסכמים.⁹⁸ יתרונו של הצו טמון במהירותו ובחסכון המשאבים האכיפתיים במסגרתו, אף שברוב המקרים ההסכם מושג רק לאחר שהרשות סיימה את חקירתה וגיבשה את הראיות שנאספו לכלל כתב אישום. יתרון חשוב נוסף הוא שהצו המוסכם משית על המפר התחייבויות עתידיות להתנהגות העולה בקנה אחד עם החוק, אשר מותאמות לתנאים בשוק הרלוונטי. ברוב המקרים הצו המוסכם כולל שילוב של קנס כספי, הוראות להתנהלות עתידית וקנס עתידי המתנה בהפרת ההוראות.⁹⁹ דוגמה הממחישה את יתרונות הצו הנובעים מגמישותו, מהמהירות היחסית של ההסדרה ומהתאמתו לנסיבות היא הצו המוסכם עם פז, דלק וסונול בעניין פי גלילות.¹⁰⁰ חקירת הרשות העלתה חשש שהשליטה המשותפת של חברות הדלק בפי גלילות מרסנת התפתחות של תחרות בין חברות אלה הן בתחנות התדלוק והן בשיווק גז. על-פי הצו המוסכם, תימכר פעילותה של פי גלילות ותחוסל כל הפעילות המשותפת של חברות הדלק בה. בצו המוסכם נקבעו כמה חלופות לביצוע אשר שיקפו את המציאות.

בצר יתרונותיו, לצו המוסכם יש גם חסרונות לא-מבוטלים, הנובעים בעיקר מהעובדה שהוא "מוסכם". הצו המוסכם נדרש להסכמתו של הנאשם הפוטנציאלי. מטבע הדברים, יעילותו נגזרת ממגבלותיהם של ההליך הפלילי והקביעה ההגבלית. במקרים שבהם יש קושי בגיבוש כתב אישום או קיימות מגבלות אחרות המקשות פתיחה של הליך משפטי, כמו-גם במקרים שבהם העונש הצפוי נמוך יחסית, תמריצו של המפר להיעתר לצו מוסכם הכולל סנקציה משמעותית הינם נמוכים. מקום שברור מראש כי החלופה לצו המוסכם הינה קביעה הגבלית בלבד, מידת נכונותו של המעוול ההגבלי להסכים לדרישות הממונה תהיה פחותה כמובן באופן משמעותי. במקרה כזה הסנקציה שהנאשם הפוטנציאלי יהא מוכן להסכים לה תיגזר במידה רבה מן העלות הצפויה של ניהול הליכים אזרחיים אשר ייתכן שיוגשו לאחר קביעה.

אומנם, היקף ההתחייבויות שנאשמים פוטנציאליים נוטלים על עצמם במסגרת צווים מוסכמים הולך ועולה בשנים האחרונות. אולם ספק אם מגמה זו תימשך, לנוכח העובדה שבת-המשפט בישראל אינם משיתים כמעט עונשי מאסר בעברות הגבליות. נוסף על כך, הקנסות שהוטלו במסגרת רוב הצווים המוסכמים מלמדים כי מדובר בכלי מוגבל בהשפעתו, ומעידים בעקיפין על שיניהם הקהות של יתר הסעדים ההגבליים. מן הנתונים עולה כי מתוך

98 ראו את רשימת הצווים המוסכמים במאגר המידע של הרשות, לעיל ה"ש 87.

99 ראו, לדוגמה, את הצו המוסכם בין הממונה על ההגבלים העסקיים לבין האגודה הישראלית של יצרני הבטון המובא וחברות הבטון (5.10.2006) archive.antitrust.gov.il/ANTIItem.asp (5.10.2006).x?ID=9181&FromSubject=100072&FromYear=2010&FromPage=0

100 ראו את התיקון לצו המוסכם בין הממונה על ההגבלים העסקיים לבין דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ, פז חברת נפט בע"מ, סונול ישראל בע"מ, סונפקו בנק סטרייט קורפוריישן ופי גלילות מסופי נפט וצינורות בע"מ (20.7.2006) archive.antitrust.gov.il/ANTIItem.asp (20.7.2006).x?ID=9189&FromSubject=100072&FromYear=2010&FromPage=0

14 צווים מוסכמים העוסקים בהסדרים כובלים, רק במחציתם הוטלו קנסות על ההתנהגות הפוגענית, וממוצע הקנס עומד על 1.16 מיליון ש"ח לצו. חשוב מכך, הממוצע למעוול עומד על כ-188,000 ש"ח בלבד, ואם מוציאים מהחישוב את הקנס החריג שהוטל בעניין קרטל המיתוג,¹⁰¹ ממוצע הקנס למעוול עומד על כ-75,000 ש"ח בלבד. אין ספק שכוחו ההרתעתי של קנס זה הינו מוגבל, בעיקר כאשר עסקינן בעברה שמטרתה להעשיר את החברות על-חשבון הציבור. זאת, בעיקר כאשר מביאים בחשבון את העובדה שרוב הקרטלים אינם מתגלים כלל, ועל-כן, על-מנת להרתיע, גובה הקנס צריך להיות גבוה פי כמה וכמה מן הרווח הצפוי מהעברה. תחת הנחה מקילה יחסית ש-25% מהקרטלים אכן יתגלו ויועמדו לדין, גובה הקנס הממוצע שהוטל עד כה בצווים המוסכמים (שוב, למעט הצו המוסכם בעניין קרטל המיתוג) משקף רווח צפוי מהקרטל של פחות מ-20,000 ש"ח. אכן, מבקר המדינה שבחן את הצווים המוסכמים ההגבליים קבע כי "ספק אם יש ב[קנסות] להרתיע את רוב החברות... [שכן] מרבית החברות שעליהן הוטל התשלום היו חברות גדולות ורווחיות."¹⁰² גם כאשר בוחנים את המקרים שבהם הוטלו קנסות בשיעור משמעותי יותר, נראה כי לפחות בחלק מהם עמד הקנס על שיעור קטן בלבד מן הרווחים שאותם היה המעוול צפוי להפיק מן העברה. כך, למשל, בפרשת קדבורי, שבה הואשמה שטראוס-עלית בחסימת כניסתו של מתחרה חדש לשוק השוקולדים, נקבע כי שטראוס-עלית תשלם קנס בסך 5 מיליון ש"ח.¹⁰³ קשה להניח שקנס זה מגלם את ההפסדים שהיו נגרמים לחברה זו אם אכן היה נכנס לשוק הישראלי מתחרה חזק בתחום השוקולדים. עיון בדוחותיה השנתיים של שטראוס מלמד כי הכנסותיה מטבלות שוקולד בלבד עמדו על כ-280 מיליון ש"ח בשנה.¹⁰⁴ הקנס שהוטל עומד אפוא על פחות מ-0.2% (!) מהכנסותיה אלה. גם בהנחה שבעקבות כניסה של קדבורי היה אובדן לה נתח שוק של 5% בלבד, ושחדירתה של קדבורי הייתה אך ורק לשוק טבלות השוקולד, אובדן ההכנסות הכולל לשנה אחת היה עומד על 22.5 מיליון ש"ח, קרי, פי 4.5 מהסכום שאותו שילמה שטראוס-עלית במסגרת הצו המוסכם. מעניין שבמסגרת הדיון בבקשה לאשר את הצו המוסכם אכן טענה המועצה הישראלית לצרכנות כי הסכום שנפסק אינו משקף את גובה הרווחים שהושגו עקב ביצוע העוולה, אולם בית-הדין נמנע מלהתייחס לטענה זו, וקבע כי הסכום שנפסק הינו מרתיע, תוך שהוא משווה

101 ה"ע 607/06 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' בוק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, תק-מח 2006(4) 3918, 3920 (2006).

102 מתוך מבקר המדינה דוח שנתי 60 לשנת 2009 ולחשבונות שנת הכספים 2008 1163 www.mevaker.gov.il/serve/showHtml.asp?bookid=568&id=57&contentid=11134&parentid=11129&frompage=1175&direction=1&bctype=1&startpage=12&sw=1024&hw=698 (להלן: דוח המבקר).

103 הצו המוסכם בין הממונה על ההגבלים העסקיים לבין שטראוס עלית בע"מ (28.2.2006) archive.antitrust.gov.il/files/8462/5424.pdf (להלן: עניין שטראוס).

104 לפי נתוני השוק נכון לשנת 2005, טבלות שוקולד נמכרות בישראל בסך כולל של 450 מיליון ש"ח לשנה. ראו שמוליקי שלח "ממלכת השוקולד" nrg www.nrg.co.il/18.12.2005 online/16/ART1/021/863.html. לפי הנתונים בדוח השנתי של שטראוס לשנת 2009, היא שולטת בנתח שוק של 62%, ומכאן שמכירתה כיום עומדות על סך 279 מיליון ש"ח לשנה.

בינו לבין סכומים שנפסקו בצווים מוסכמים דומים.¹⁰⁵ אולם ספק אם השוואה כזו מעניקה מענה לשאלה אם בסכום שנפסק יש כדי להרתיע. יצוין כי הרווח שחברה הפועלת בכמה שווקים במקביל, דוגמת שטראוס-עלית, יכולה להפיק מהתנהגות מדירה (exclusionary conduct) גבוה מהרווח המידי בשוק שבו מסוכלת כניסת מתחרה. זאת, מכיוון שפעולת המונופולין מאותתת לחברות בשווקים נוספים שבהם הוא פועל כי אם ייכנסו, הוא עלול לנקוט פעולות דומות. על-כן, כדי ליצור הרתעה מספקת, על הקנס לשקף גם עובדה זו. גם בפסק-הדין שאישר את הצו המוסכם בעניין קרטל המיתוג, שבמסגרתו הושת על בזק קנס בגובה 2 מיליון ש"ח, מציין בית-הדין מפורשות כי "הסכום האמור אינו בהכרח משקף את הרווח הכספי שהופק, ככל שהופק, כתוצאה מההסדרים הנחשדים".¹⁰⁶

בעיה נוספת שצו מוסכם יוצר היא הקטנת יכולתו של נפגע נזיקי להסתמך על הממצאים של חקירת הרשות לצורך גיבוש תביעתו. ההליך אינו מסתיים בהרשעה או בקביעה הגבלית, ועל-כן אין לו ערך ראייתי פורמלי בהליך אזרחי (אם כי עצם העובדה שהנאשם הסכים לצו המוסכם עשויה להשפיע בפועל על ההליך האזרחי). זאת ועוד, הרצאת הצו המוסכם משמעה הפסקת החקירה מצד הרשות, ולרוב נלווית לכך גם גניזת ממצאיה, שכן הרשות רואה את עצמה מנועה מלהעביר את חומר החקירה לידי תובעים פרטיים. לעובדה זו יש משמעות מעשית רבה, שכן לנפגעים אין לרוב כלי חקירה כמו לרשות, ויכולתם להוכיח את העובדות מושא העולה ההגבלית פחותה בהרבה. סיום ההליך בדרך של צו מוסכם משמעו לעיתים סגירת הדלת בפני אכיפה אזרחית של הוראות החוק.¹⁰⁷ אכן, במחקר שערכנו נמצאו תביעות אזרחיות מעטות בלבד שנסמכו על צו מוסכם, וזאת למרות האיתות של הצו כי המעוול מעריך שהסיכויים שיושתו עליו סנקציות הגבליות אינם מבוטלים.¹⁰⁸ נציין כי אחת הדרכים לפתור בעיה זו היא על-ידי הכללת פיצוי לנפגעים במסגרת הצו המוסכם.

הצו המוסכם אינו מגשים את מטרתו ההרתעית גם מטעם נוסף – הוא אינו מציין את גובה הנזק שגרמה ההתנהגות או את גובה הרווח שהופק ממנה, אלא רק את העונש שסוכם.¹⁰⁹ אשר על-כן, למעוול עתידי אין אינדיקציה ברורה לגבי "תג המחיר" של העברה ההגבלית ולגבי הפרמטרים השונים המשפיעים על גובהו. נהפוך הוא: הוא עלול לסבור כי סנקציה נמוכה המושתתת במסגרת צו מוסכם כלשהו, הנובעת מפרמטרים ייחודיים של

105 ה"ע שטראוס, לעיל ה"ש 60, פס' 4(ד).

106 ה"ע בזק, לעיל ה"ש 101.

107 כך, למשל, בעניין שטראוס, לעיל ה"ש 103, לא הוגשה תובענה ייצוגית נגד שטראוס.

108 עם זאת, הצו המוסכם בעניין יבואני הרכב (ראו הצו המוסכם בין הממונה על ההגבלים העסקיים לבין יבואני הרכב (7.2.2001) archive.antitrust.gov.il/ANTIItem.aspx?ID=6976 &FromSubject=100072&FromYear=2012&FromPage=0) שימש זרז לתביעות נזיקיות לא-מעטות, ביניהן התובענה הייצוגית ת"א (מחוזי ת"א) 1012/02 יפעת נ' דלק מוטורס בע"מ, תק-מח 2004 (3) 11274 (2004). להרחבה ראו אמיר ישראלי "פשרה בתובענה ייצוגית הפוגעת בתחרות החופשית – בעקבות ת"א 1012/02 יפעת נ' דלק מוטורס בע"מ" הארת דין ב(2) 112 (2005) (להלן: "ישראלי" פשרה בתובענה ייצוגית)". מקרים נוספים אחדים תלויים ועומדים לפני בתי-המשפט.

109 הרבר נובע, בין היתר, מן העובדה שציון הנזק יקטין את תמריצי הנאשם להגיע לצו מוסכם, מחשש שרכיב זה ישמש בסיס לטענות נגדו בתביעות נזיקיות.

התיק הנידון, מהווה אינדיקטור למחיר שהוא צפוי לשלם אם יתפס. לבסוף, הצו המוסכם אינו מסתיים בהרשעה, ואין בחתימה עליו משום הודאה באשמה מצד המעוול. על-כן לא נלווה אליו "אות-הקלון" הפלילי הדבק במי שהורשע בדין. האפשרות לגבש צו מוסכם, גם במקרים שבהם מדובר בעברות חמורות, עלולה להוות אם כן שיקול שיעודד נושא-משרה להסתכן בנטילת חלק בפעילות אנטי-תחרותית.

לסיכום, לצו המוסכם יש חשיבות רבה בעיקר במניעת ההתנהגות הפוגענית מכאן ואילך. גמישותו, מהירותו ואי-פליליותו מאפשרות לרשות להגיע להסכמות עם הצדדים המעורבים, המסדירות את תנאי השוק בדרך המבקשת להבטיח שההתנהגות לא תישנה או למצער שאם היא תישנה, יתלווה אליה תג מחיר משמעותי בדמות קנס על-תנאי, שיהיה אפשר להחילו בקלות ובמהירות ללא צורך בהליך פלילי ארוך ומורכב. מאידך גיסא, הצו המוסכם אינו יוצר רמת הרתעה מספקת כלפי מפירים עתידיים. זוהי תוצאה צפויה לנוכח מגבלותיהם של הקביעה ההגבלית וההליך הפלילי – הסעדים העיקריים הנתונים כיום בידי הרשות.

3. צו עשה וצו אל-תעשה

נוסף על שני כלי האכיפה המנהלית שנידונו לעיל, הממונה מוסמך ליתן הוראות לבעל מונופולין מקום שהתנהגותו או עצם קיומו פוגעים בציבור.¹¹⁰ כך, למשל, בעניין החברה המרכזית לייצור משקאות קלים, המהווה מונופולין בתחום המשקאות המוגזים בטעם קולה, קבע צו העשה, בין היתר, כי החברה לא תתנה את התקשוריותה במתן בלעדיות, ולא תעניק הטבות בגין אי-התקנת קולחנים של מתחרותיה.¹¹¹

יתרונם של צווים אלה הוא שהם מסדירים את התנהגותו של בעל המונופולין בדרך שתמנע את המשך הפעולה הפוגענית ותקטין את אפשרות הישנותה בעתיד. החסרונות הגלומים בהם הם שלושה: ראשית, הצו צופה פני עתיד, ואינו מטיל סנקציה על פעולה שנעשתה בעבר; שנית, חקירת הרשות והצו אינם מהווים בסיס לתביעה אזרחית; שלישית, לעיתים תוצאתו של הצו היא "סנדול" של השוק מפני שינויים עתידיים, בשל הצורך לקבל את רשותה של הרשות לשינויים כאמור.

נוסף על כך, החוק מסמך את הממונה לפנות לבית-הדין בבקשה "לצוות על כל אדם להימנע ממעשה שיש בו הפרה של הוראות חוק זה, ולתת ערובה לכך" וכן "לצוות על כל פעולה הדרושה למניעת הפרה כאמור".¹¹² כן מוסמך הממונה לפנות לבית-הדין בבקשה ליתן צו לפירוק מיוזג¹¹³ או צו לפירוק מונופולין.¹¹⁴ הבעייתיות בסעדים אלה היא כפולה. ראשית, הם מחייבים ניהול משפט לפני בית-הדין – הליך אשר נדרש לשם פירוק חברות

110 ס' 30 לחוק ההגבלים העסקיים. בשתיים-עשרה השנים האחרונות, מאז החלה הרשות לפרסם נתונים אלה באתרה, הוציאה הרשות תשע הוראות כאמור.

111 הממונה על ההגבלים העסקיים "החלטה בתיק מונ' 2294: החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ – הוראות לבעל מונופולין" (10.5.1998) archive.antitrust.gov.il/ANTItem.as (px?ID=1406&FromSubject=100056&FromYear=2012&FromPage=0)

112 ס' 50א לחוק ההגבלים.

113 ס' 25 לחוק ההגבלים. עד היום הוגשו רק שתי בקשות כאמור.

114 ס' 31 לחוק ההגבלים. עד היום לא הוגשה בקשה על בסיס סעיף זה.

אבל ספק אם הוא נדרש לשם הפסקה מיידית של פעולה מפרה. על-כן נמליץ לתקן את החוק ולבטל תנאי זה להחלת צו אל-תעשה. שנית, מטרתם של צו העשה והצו להפרת חברות שהתמזגו לא כדין אינה להטיל סנקציה על המפר, אלא אך להשיב את המצב לקדמותו. עובדה זו מגבילה את ההרתעה שסעדים אלה יוצרים.

* * *

לסיכום, הסנקציות המוטלות על-ידי הרשות אינן יוצרות הרתעה אפקטיבית וראויה המשרת את מטרות החוק. על-פירוב אין בסנקציות אלה כדי להניא חברות מפעולות אנטי-חברתיות. התוצאה היא הרתעה-חסר משמעותית. במקביל קיימת הרתעה-יתר הנובעת מפליליות הנרחבת של ההפרה ההגבלית.¹¹⁵

ד. אכיפה פרטית

הפרה הגבלית עשויה לשמש בסיס גם לאכיפה פרטית, המהווה אכיפה משלימה ומקבילה לאכיפה הציבורית. מטרותיהן של התביעות האזרחיות הן בראש ובראשונה הפסקת העוולה ההגבלית ופיצוי הנפגע. נוסף על כך, מנגנון האכיפה האזרחי משמש גם להרתעת מעוולים מפני הפרת הוראות הדין. הסנקציה העיקרית היא נזיקית, אולם הרתעה ומניעת המשך הנזק מושגים גם באמצעות תביעה חוזית.¹¹⁶ מטבע הדברים, האכיפה הפרטית אינה יכולה לתקן את הרתעת-היתר שנוצרת בחלק מהמקרים. פרק זה יבחן אם האכיפה הפרטית מגבירה מגמה זו, וכן אם היא פותרת את בעיית הרתעת-החסר שהאכיפה הציבורית יוצרת בחלק אחר של המקרים.

1. סנקציה נזיקית

חוק ההגבלים העסקיים קובע כי "דין מעשה ומחדל בניגוד להוראות חוק זה, כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין".¹¹⁷ בהתאם לכך, ניתן להגיש תביעה נזיקית נגד מעוול הגבלי.¹¹⁸ בתנאים מסוימים ניתן להגיש תובענה ייצוגית.¹¹⁹ מבין שלושת המקרים שמנינו לעיל,¹²⁰

115 ראו גם קנת מן "סנקציות אזרחיות-עונשיות" עיוני משפט טז 243 (1991).

116 קיימות עילות תביעה נוספות שעשויות להיות רלוונטיות במקרים מסוימים, דוגמת תביעה בגין עברה על חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, או בגין גרם הפרת חוזה בהתאם לס' 62 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], תשכ"ח-1968, אך אלה הן לרוב עילות משניות בתיקים הגבליים.

117 ס' 50 לחוק ההגבלים.

118 תזכיר חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 11), התשס"ח-2008, מבקש להרחיב את העילות הנזיקיות כך שהן יכללו גם מעשה ומחדל בניגוד להוראות שנתן הממונה או לתנאים שקבע, או בניגוד לתנאים שקבע בית-דין. הצעת חוק זו טרם התקבלה.

119 חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ס"ח 264, התוספת השנייה. בטרם נחקק חוק זה היה אפשר להגיש תובענה ייצוגית מכוח הוראות חוק ההגבלים.

120 ראו לעיל בסוף פרק א.

הראשון (הפרה מן הגרעין הקשה) והשני (פגיעה בתחרות תלוית-נסיבות) עשויים להוות בסיס לתביעה נזיקית אם אכן גרמו נזק בפועל. המקרה השלישי (הפרת הוראה טכנית של יידוע הרשות) לא יהווה בסיס לתביעה כאמור, מכיוון שהוא לא גרם נזק.

(א) יתרונותיה של הסנקציה הנזיקית

לאכיפה הפרטית יש יתרונות לא־מבוטלים המסייעים בהגשמת מטרת החוק. היא מסייעת למי שנפגע מעברה הגבלית לקבל פיצוי על נזקיו. חשוב מכך, גלום בה פוטנציאל משמעותי להגברת ההרתעה, ליצירת תמריצים מוגברים לציות לחוק וכן לפיתוח החוק, וזאת מכמה סיבות מצטברות.¹²¹ ראשית, האכיפה הפרטית מסייעת להתגבר על כשלים בפעולתן של הרשויות מקום שמחסור בתקציבים או במידע, השפעות פוליטיות או חוסר יעילות גורמים לתת־אכיפה.¹²² שנית, היא מגדילה את ההגנה (מוטיווציה) של גורמים פרטיים – צרכנים, ספקים, משווקים או מתחרים – לבחון את פעולתם של השחקנים בשוק על־מנת לאתר הפרות של החוק אשר עשויות להוביל לפיצוי על נזקים ולעיתים אף לפגיעה כלכלית במתחריהם.¹²³ לתובעים אלה יש לעיתים מידע אמין וזמין יותר על ההפרות מאשר לרשות, בשל העובדה שהם פועלים בשוק ומושפעים מההתנהגויות האנטי־תחרותיות בזמן־אמת. שלישית, היא מקילה את האכיפה, מכיוון שנטל ההוכחה המוטל במשפט פרטי נמוך מזה הנהוג בדין הפלילי. רביעית, אכיפה זו עשויה ליתן מענה לתיקים קטנים בהיקפם או בעלי עניין מועט לציבור, אשר הרשות לא תטרח לפתוח בהם בהליך משפטי. אשר על־כן, באכיפה הנזיקית גלום פוטנציאל חשוב להגשמת תכלית החוק. כפי שיפורט להלן, פוטנציאל זה חשוב בעיקר בהפרות הגבליות המוגדרות היטב. בארצות־הברית, למשל, מרבית ההרתעה מושגת על־ידי תביעות נזיקיות שהתמריץ להגשתן גבוה, בין היתר בשל הוראה המאפשרת פיצוי בגובה שילוש הנזק.¹²⁴

121 ראו גם סטיבן גולדשטיין "הערות על חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו–2006" עלי משפט ו 7 (2007). כן ראו את דבריו של השופט ישעיה בבש"א (מחוזי ת"א) 19230/06 שרנוע מכונות ממוחשבות תל אביב בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, תק-מה 2008 (1) 2524 (2008): "מן הדין לאפשר אף ל'גורמים פרטיים'... לתרום את חלקם בפיקוח על ביצוע הוראות חוק ההגבלים העסקיים... זו כוונת המחוקק וזו התכלית שלשם הגשמתה הוא קבע סנקציות אזורחיות – נזיקיות – (בנוסף לסנקציות פליליות)..."

122 השור רע"א 9615/05 שמש נ' פוקצ'טה בע"מ, תק-על 2006 (3) 40 (2006): "אכן, הרשויות צריך שיעשו מלאכתן כפי שהטיל עליהן המחוקק בפיקוח ובאכיפה. ואולם, כבדותה ואיטיותה של פעולת הרשויות מצדיקה לפתוח פתח ל'אכיפה אזורחית'..."

123 ראו גם משה בר-ניב "על האכיפה העונשית והפרטית של דיני הגבלים עסקיים" עיוני משפט טו (1990).

124 Robert H. Lande & Joshua P. Davis, *Comparative Deterrence from Private Enforcement and Criminal Enforcement of the U.S. Antitrust Laws* (2010), available at papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1565693. לנוכח יתרונותיה הפוטנציאליים של האכיפה הפרטית, הנציבות האירופית בוחנת הוספת מסלול זה לכלי אכיפתה. ראו, למשל: EUROPEAN COMMISSION, PROPOSAL FOR A DIRECTIVE ON RULES GOVERNING DAMAGES ACTIONS FOR INFRINGEMENTS OF ARTICLE 81 AND 82 OF THE TREATY (2008).

(ב) מגבלות החלטה של הסנקציה הנזיקית

אלא שבפועל פוטנציאל זה אינו מוגשם בישראל. מספר התביעות הנזיקיות בעילות הגבליות שהוגשו – לא כל שכן שהצליחו – הינו מועט יחסית.¹²⁵ עד היום הוגשו 12 תביעות נזיקיות לא־ייצוגיות. רבות מהן נסבו סביב הסדר כובל בין חברת דלק לבין מפעיל תחנת דלק. כן הוגשו 39 תובענות ייצוגיות שכללו גם עילת תביעה הגבלית. חלק גדול מהתביעות הייצוגיות נדחו עוד בשלב אישור התובענה. גם התביעות שצלחו הסתיימו פעמים רבות בפשרות שהתועלת הנובעת מהן לנפגעים הייתה קטנה.¹²⁶ מה, אם כן, מגביל את הגשתן של תביעות כאמור ואת הצלחתן? להלן נפרט ארבעה גורמים עיקריים לכך ובצידם כמה הצעות לשינוי.

הגורם העיקרי הוא קשיים בהוכחת העילה. הוכחת התנהגות אנטי־חרותית אינה פשוטה, שכן המעולים פועלים להסתיר ולהסוות את פעילותם הבלתי־חוקית. קושי זה מתגבר בתיקי קרטל לנוכח העובדה שהתוצאה של קרטל (בלתי־חוקי) ושל התאמה אוליגופוליסטית¹²⁷ (חוקית) הינה זהה. על־כן אי־אפשר להסיק מהתוצאה – פעילות מקבילה של חברות מתחרות – על ההתנהגות העומדת בבסיסה.¹²⁸ אשר על־כן, הוכחת קיומו של קרטל הינה בעייתית ביותר בהעדר ראיות ישירות לקיומו. יתר על כן, כלי החקירה והדרישה המצויים בידי התובע הפרטי הינם מוגבלים.

אכן, מחקרנו האמפירי מגלה שכשליש מהתביעות הנזיקיות התבססו על חקירתה של הרשות. במקרים שבהם נטענו טענות הגבליות שלא נסמכו על פעולותיה של הרשות, דובר לרוב בעילות תביעה חלופיות, אשר נדחו על הסף.¹²⁹ אולם מידת הסיוע שניתן לקבל מחקירת הרשות מושפעת מהפעולה שהרשות בחרה לנקוט ומתוצאותיה. בראש המדרג עומדת הרשעה בפלילים.¹³⁰ המעוול ההגבלי רשאי להביא ראיות לסתור את האמור בפסק־הדין הפלילי רק אם הדבר נדרש כדי למנוע עיוות דין.¹³¹ נוסף על כך, לתובע יש זכות עיון

125 ייתכן שתביעות נוספות הוסדרו בפשרה עוד בטרם הגיעו לבית־המשפט ועל־כן לא עלו בבדיקתנו.

126 ישראלי "פשרה בתובענה ייצוגית", לעיל ה"ש 108.

127 התאמה אוליגופוליסטית מתקיימת כאשר כל מתחרה מקבל את החלטותיו באופן עצמאי, אך מביא בחשבון את תגובתם הצפויה של מתחריו.

128 ראו, למשל, גל, ישראלי ופרלמן, לעיל ה"ש 37.

129 ראו, למשל, בש"א (מחוזי ת"א) 2738/99 שאבי נ' פלאפון תקשורת בע"מ, תק-מח 2002(3) 2019 (2002); בש"א (מחוזי ת"א) 2057/01 ילניק נ' בנק לאומי, תק-מח 2003(2) 9758 (2003); ת"א (מחוזי ת"א) 2402/02 רייזל נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, תק-מח 2005(1) 8676 (2005). על ההחלטה לדחות את הבקשה לאישור התביעה הייצוגית הוגש ערעור, שבו נזנחה טענת הסדר הכובל: ע"א 3955/04 רייזל נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, תק-על 2005(3) 58 (2005).

130 ראו, למשל, בש"א (מחוזי ת"א) 23708/02 לוי נ' תשלובת ח. אלוני בע"מ, תק-מח 2005(2) 6806 (2005), שהתבסס על ת"פ (מחוזי י-ם) 366/99 מדינת ישראל נ' סיברסקי (בן אמריה), תק-מח 2000(4) 5071 (2000).

131 ס' 42 לפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א-1971.

במסמכים שהיוו בסיס לתביעה הפלילית של הרשות.¹³² למרות זאת, תיקים פליליים רבים לא היוו בסיס לתביעות פרטיות. על הסיבות לכך נעמוד להלן.

גם מקום שבו בחרה הרשות לא להגיש כתב אישום, פעולותיה עשויות עדיין לסייע לתובע הפרטי. המקרה המובהק ביותר הוא קביעה הגבלית של הרשות.¹³³ אולם כל שהקביעה עושה הוא הפיכת נטל הראיה בלבד, והמעוול ההגבלי רשאי להציג ראיות לסותרת. על-כן התובע חייב להכיר היטב את התשתית הראייתית שהקביעה נסמכת עליה. זאת ועוד, מידת הסיוע שהקביעה מעניקה בתביעה האזרחית מותנית בכתוב בה. מקום שהקביעה אינה מפורטת דייה ואינה מתייחסת לכל הראיות התומכות בהוכחתה, השימוש שניתן לעשות בה מוגבל. אכן, חלק מהתביעות הפרטיות שהתבססו על קביעת הממונה לא צלחו.¹³⁴ מאידך גיסא, התביעה ההגבלית המשמעותית ביותר שהוגשה עד היום – התביעה נגד הבנקים בגין תיאום עמלות – נסמכת, בין היתר, על קביעת הממונה. מעניין שהליכי הגלובליזציה יוצרים בסיס חדש לתביעות נזיקיות. כך, למשל, בעניין סימנס ביקשו התובעים לעשות שימוש בקביעת הנציבות האירופית בדבר קיום קרטל בין חברות אלקטרוניקה בין-לאומיות.¹³⁵

קשיים בהוכחת הנזק מהווים אף הם חסם מפני תביעות נזיקיות. התובע הנזיקי נדרש להוכיח כי נגרם לו נזק וכי קיים קשר סיבתי בין הנזק לבין מעשה העוולה, וכן לכמת את הנזק.¹³⁶ הוכחה זו מורכבת ויקרה על-פירוב. כך, למשל, בעניין **בזק בינלאומי** נדחתה תובענה ייצוגית, אף שבאותו עניין הוצאה קביעה של הממונה בדבר ניצול הרעה של כוח מונופוליסטי, משום שהתובע כשל בהוכחת הנזק ובכימותו.¹³⁷

יתרה מזו, העובדה ששווקים רבים הינם שווקים אוליגופוליסטיים, שבהם התאמה אוליגופוליסטית הינה מקובלת, מקשה על התובע להוכיח כי המחיר שהוא משלם גבוה

-
- 132 ת"פ (מחוזי י-ם) 366/99 רסלר נ' תשלובת ח. אלוני בע"מ, תק-מח 2002 (3) 66958 (2002).
- 133 ראו דיון בחלק 11 לעיל. אינדיקציה לחשיבותה של הקביעה להליך ההוכחה ניתן למצוא בעובדה שבכמה תביעות נזיקיות התעכב הדיון עד לבירור הערר על הקביעה. ראו, למשל, ת"א (מחוזי ב"ש) 3273/97 הלוי נ' חב' בזק בינלאומי בע"מ, תק-מח 2001 (2) 41129 (2001).
- 134 לדוגמה, תביעה פרטית שהוגשה על בסיס קביעת הממונה בעניין תעשיות מלח, לעיל ה"ש 90.
- 135 ת"צ (מחוזי מר") 936-12/07 קוטלר נ' סימנס ישראל בע"מ, תק-מח 2008 (4) 9605 (2008). בסופו של דבר ביקש המבקש להסתלק מן התובענה, ובקשתו אושרה על-ידי בית-המשפט.
- 136 יסודות הנזק והקשר הסיבתי הינם יסודות הכרחיים בעוללות הנזיקיות השונות, ועל מי שתובע בגין נזק ממון מוטלת החובה לכמת את נזקו. ראו, למשל, ס' 1 ו-76 (2) לפקודת הנזיקין (נוסח חדש), התשכ"ח-1968. אולם ראו ת"א (מחוזי חי') Tower Air 1114/99 נ' שירותי תעופה בע"מ, תק-מח 2007 (2) 4102, 4103 (2007), שם נקבע כי "במצב דברים זה, בו ברור, כי נגרם נזק לתובעות, אולם קיים קושי לכמת אותו באופן מדויק, בין השאר בשל הימנעות הנתבעות מהבאת ראיות רלבנטיות, כימות הנזק יעשה על דרך האומדן, בהסתמך על חומר הראיות שהוגש". דרך זו לא אומצה בהליכי אישור תובענות ייצוגיות, כפי שיפורט להלן.
- 137 ת"א (מחוזי ב"ש) 3273/97 שטנדל נ' חב' בזק בינלאומי בע"מ, תק-מח 2005 (4) 13171 (2005); עניין אהליך יעקב, לעיל ה"ש 73.

במידה משמעותית מזה שהיה קיים בשוק ממילא.¹³⁸ קשיים אלה, בצירוף הגבלת הפיצוי לנזק אשר נגרם בפועל, מהווים תמריץ שלילי להגשת תביעה פרטית הגבלית. הם מהווים גם תמריץ לסיים תביעות פרטיות בפשרות שאינן משקפות את הנזק שנגרם בפועל. קשיים נוספים נובעים ממגבלותיהן של תובענות ייצוגיות ומן הדרישות המוצבות בפני מגישיהן. תובענה ייצוגית מסייעת להתגבר על "אדישות רציונלית" של תובעים. כן היא מובילה ליעילות, לחיסכון במשאבים ולאחידות הסעדים לכלל הנפגעים. עם זאת, מספר התביעות הייצוגיות ההגבליות שהוגשו אינו רב.¹³⁹ זאת ועוד, רוב התובענות הייצוגיות הסתיימו בתוצאה דלה יחסית. ממחקרנו עולה כי יותר משליש מהבקשות לאישור תובענה ייצוגית נדחו, והנתרות הסתיימו לרוב בפשרה ללא הרתעה ממשית. כך, למשל, חברי קרטל המרצפות התחייבו בהסדר פשרה להעניק הנחות עתידיות בגובה 7% למי שימשיך לקנות מרצפות אצלן.¹⁴⁰ הסדרי פשרה הכוללים הנחות לקונים עתידיים אצל החברות בקרטל הושגו גם בעניין דלק מוטורס,¹⁴¹ בעניין קוקה קולה¹⁴² ובעניין קרוקס.¹⁴³ רמת ההרתעה של הסדרי פשרה הכוללים הטבה עתידית בלבד הינה נמוכה על-פי-רוב, וייתכן אף שהנתבע ההגבלי יוצא מהם ברווח, עקב יצירת תמריץ ללקוחות עתידיים להמשיך לרכוש ממנו.¹⁴⁴ מדוע, אם כן, אין התביעה הייצוגית מגשימה את הפוטנציאל הגלום בה? מעבר לקשיים בהוכחת העילה והנזק, שעליהם עמדנו לעיל, קיימות שתי סיבות עיקריות נוספות. ראשית, השוק הישראלי הוא שוק קטן, כך שברוב המקרים הנזק אינו גבוה יחסית להוצאות שעל התובע להוציא לצורך איסוף הראיות וניהול המשפט, והתוצאה היא תמריצים מוגבלים להגשת תביעה. שנית, הדרישות המוצבות לצורך אישור וניהולן של תביעות ייצוגיות הינן מחמירות.¹⁴⁵ כך, למשל, בעניין רייס קבע בית-המשפט העליון כי כבר בשלב אישור התובענה אין די בהוכחה לכאורה של התנהגות אנטי-תחרותית, והתובע נדרש להבהיר מהו הנזק

138 ת"א (מחוזי ת"א) 2738/99 שאבי נ' פלאפון תקשורת בע"מ, תק-מח 2002(3) 2019, 2036 (2002).

139 בשש-עשרה השנים האחרונות הוגשו 39 תובענות ייצוגיות. מתוכן אושרו רק 3 בקשות לאישור תובענה ייצוגית (שחלקן נהפכו בעליון וחלקן תלויות ועומדות לפניו), 9 תביעות עברו להליך פשרה, 15 בקשות נדחו, ב-3 מקרים הסתלק התובע מהתובענה הייצוגית, ו-10 בקשות עדיין תלויות ועומדות לפני בתי-המשפט. רוב תודות לאלעד אופיר בעבור הנתונים.

140 ת"א (מחוזי ת"א) 2020/02 מורד את גולדברג בע"מ נ' תשלובת ח. אלוני בע"מ, דינים מחוזי 2008(8) 978(2008).

141 עניין דלק מוטורס, לעיל ה"ש 108.

142 ת"א (מחוזי ב"ש) 3249-04 שיאי אופיר השקעות בע"מ נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ, תק-מח 2011(1) 10105(2011).

143 ת"צ (מחוזי י-ם) 9227-07 אורן נ' קולנוע חדש בע"מ, תק-מח 2010(2) 8088(2010).

144 ישראלי "פשרה בתובענה ייצוגית", לעיל ה"ש 108.

145 אמיר ישראלי "כוחו של השוק: התביעה הייצוגית מכוח חוק ההגבלים העסקיים" משפטים 131 (2007) (להלן: ישראלי "כוחו של השוק").

שנגרם לו בשל ההסדר.¹⁴⁶ משמעותה המעשית של קביעה זו היא שעוד בשלב הראשוני, עוד בטרם החלו הליכי גילוי המסמכים והחקירות, התובע נדרש לתשתית ראייתית בנוגע לנזק. גישה זו שונה מזו המקובלת בארצות הברית, שם נקבע כי משמוכה שחברות במשק קיימו ביניהן קרטל, או שמונופול ביצע פעולות אנטי-חרותיות משמעותיות, קמה חזקה שלפיה פעולות אלה גרמו נזק משמעותי אשר אין צורך להוכיחו – ולו לכאורה – בשלב אישור התובענה.¹⁴⁷ אכן, לדעתנו, מקום שעסקינן בהפרות הגבליות מן הגרעין הקשה, יש להניח בשלב אישור התובענה הייצוגית כי הפעולה גרמה נזק.¹⁴⁸ בכל יתר המקרים יש להטיל על התובע את עול ההוכחה הלכאורי שנגרם נזק. ניתן להצדיק גישה זו באמצעות כמה נימוקים. ראשית, מטרתם של המעוולים היא השגת רווחים על-חרותיים על-חשבון הצרכן. שנית, הטלת הנטל של הוכחת נזק על התובע תערים קשיים מרובים מדי על תובעים ייצוגיים בשלב הבקשה לאישור התביעה כייצוגית, כאשר רוב המידע הרלוונטי מצוי בידי השולח. הצורך בהגשת חוות דעת כלכלית היפותטית, המחייבת הכרה מעמיקה ויחודית של השוק הרלוונטי, מהווה חסם משמעותי מאוד לתובעים ייצוגיים פוטנציאליים. שלישית, שיקולים של הרתעה ושל מדיניות משפטית ראויה תומכים בפתרון משפטי אשר יקל על תובע ייצוגי שיצליח להוכיח כי בוצעה עברה חמורה על הוראות החוק.

השאלה עד איזו רמת דיוק יש להגיע בכימותו של הנזק בשלב ניהול התובענה תקבע גם היא את מידת יעילותו של הכלי הייצוגי. במשפט האמריקני לא מוטלת על התובע חובה לכמת במדויק את הנזק, ובית המשפט רשאי לפסוק נזק על בסיס הערכה סבירה של המידע שבידו.¹⁴⁹ הרציונל מאחורי גישה זו הוא שמורכבותה של העוולה ההגבלית אינה מאפשרת ברוב המקרים כימות מדויק של הנזק. אם יידרש התובע הייצוגי לכמת במדויק את הנזק, יגרום הדבר להסרת אחריות מעל מעוולים הגבליים גם בעברות החמורות ביותר.¹⁵⁰ אנו סבורים כי בעילות הגבליות חמורות יש לאמץ את הגישה האמריקנית לעניין זה. כימות מדויק של הנזק הוא במקרים רבים בלתי-אפשרי בשל מורכבותן של העוולות ואופיו הספקולטיבי של הנזק שנגרם. מתן פטור למעוול הגבלי והשארת פירות ההפרה בידו, רק

146 רע"א 2616/03 כרטיסי אשראי לישראל בע"מ נ' רייס, פ"ד נט(5) 701 (2005), שם נאמר בפס' 30 כי "מוכנה אני לצאת מן ההנחה שאכן קיים הסדר כובל בין בנק לאומי לבנק דיסקונט שהפעילו יחד את כ.א.ל. ואת דיינרס. גם בהנחה זו נחזור וניתקל באותו קושי שנתקלנו בו בסוגיית 'המחיר ההוגן'. לא די בהוכחה לכאורה של קיום הסדר כובל. גם כאן יש צורך להבהיר מהו הנזק שנגרם לתובע כתוצאה מקיומו של הסדר כזה" (ההדגשה הוספה).

147 Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy* 597 (2nd ed. 1999). גישה זו עולה בקנה אחד גם עם פסיקתו של בית המשפט העליון בע"פ בורוביץ, לעיל ה"ש 56, בעמ' 941.

148 בשל רוחבן הלא-ראוי של החוקות החלוטות הקיימות כיום בחוק, אין זה ראוי לגזור הפרות אלה מלשונו. המבחן שיש להחיל הוא אם סוג הפעולה הוא כזה שצפוי לגרום נזק בוודאות גבוהה. לקטגוריה זו ייכנסו בעיקר קרטלים בין מתחרים לעניין תיאום מחירים, חלוקת שוק או תיאום הצעות במכרז.

149 ראו, למשל: *Bigelow v. RKO Radio Pictures, Inc.*, 327 U.S. 251, 264 (1946); *Parchment Co. v. Paterson Parchment Paper Co.*, 282 U.S. 555, 563–566 (1931); *Continental Ore Co. v. Union Carbide & Carbon*, 370 U.S. 690, 696.

150 עניין *Bigelow*, שם, בעמ' 264.

משום שקיים קושי אובייקטיבי להעריך את שיעור הנזק, אינם מתיישבים עם תכלית החוק ועם הצורך בהרתעה אפקטיבית.

התוצאה המסתברת של שלושת סוגי הקשיים שפורטו לעיל היא תת-הרתעה. נניח כי עוולה הגבלית גרמה לציבור נזקים של 10 מיליון ש"ח. נניח גם כי קיים סיכוי של 50% בלבד שהתובע יוכל להוכיח את ההפרה ההגבלית, בוודאי אם יידרש רף עובדתי גבוה בשלב אישור התובענה הייצוגית להוכחת העילה והנזק. עוד נניח כי דרישה לכימות מדויק של הנזק ולהוכחתו תגרום לכך שרק 50% מהנזק יוכח. במצב זה תעמוד תוחלת הפיצוי על 25% בלבד מהרווחים שאותם הפיק המעוול לא כדין, דהיינו, 2.5 מיליון ש"ח. נוסף על כך את הסיכוי שההפרה לא תתגלה. אם סיכוי זה עומד על 75%, אזי תוחלת הנזק של המעוול עומדת 625,000 ש"ח בלבד – שהם 6.25% בלבד מהנזק שגרם.

הקושי הרביעי נובע מאופיו של השוק. בשוק קטן וריכוזי, עם משחק חוזר בין יצרנים למושוקים, שיקולים של יחסים מסחריים מתמשכים עלולים להגביל את ההנעיה של הנפגעים לתבוע.

נציין גם שהאכיפה הפרטית עלולה דווקא לפגוע בקידום מטרות החוק מקום שהוראות החוק אינן ברורות דיין או מנוסחות בדרך שאינה משקפת איזון נכון של אינטרסים, כמו בחלק מההפרות ההגבליות. תביעות המבוססות על עילות אלה, המאפשרות שימוש אסטרטגי בהן על-מנת לפגוע במתחרים ללא קידום של טובת הציבור, עלולות להוביל להרתעת יתר ולפגיעה בדינמיקה התחרותית.¹⁵¹ נוסף על כך, התדיינות פרטית סביב עילות אלה עלולה להביא לידי פרשנות מוטעית של החוק, כתוצאה מניסיון של בתי-המשפט להימנע ממתן סעד במקרים אלה, וכך לפגוע באפשרות העתידית של הרשות ושל תובעים פרטיים להחיל את החוק בצורה נכונה.¹⁵²

(ג) פתרונות חלקיים

נוסף על הדרכים שהוצעו לעיל להתמודדות עם בעיית הרתעת-החסר, ניתן לפסוק פיצויים מוגדלים במקרים של עוולה הגבלית. הפיצוי המשולש הנהוג כיום בארצות-הברית,¹⁵³ על רקע הקושי באיתור הפרות הגבליות, נועד לתמרץ תובעים הגבליים להגיש את תביעתם וכן ליצור הרתעה. פתרון נוסף, אשר אומץ בישראל בדברי חקיקה אחרים, הוא מתן סמכות לבית-המשפט לפסוק פיצויים גם ללא הוכחת נזק.¹⁵⁴ אכן, הרשות העלתה בעבר את הרעיון

151 ראו בהקשר זה: Steven C. Salop & Lawrence J. White, *Economic Analysis of Private Antitrust Litigation*, 74 GEO. L.J. 1001 (1986).

152 ראו, למשל, גל "לבור את המוץ", לעיל ה"ש 23; דיויד גילה "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוק?" עיוני משפט כו 751 (2004). היועץ המשפטי לממשלה רשאי להתייצב בכל הליך ולהביע את עמדתו, אולם בפועל לא נעשה שימוש רב בסמכות זו. בעיה זו קיימת גם בתחום התביעות החוזיות.

153 Clayton Act § 4, 15 U.S.C. § 15.

154 הפתרון אומץ בישראל בחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965; בפקודת זכות יוצרים; בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 (בעילת תביעה של הטרדה מינית); בחוק האחריות למוצרים פגומים, תש"ם-1980; ובחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982, בקשר למשלוח דואר-זבל.

שתינתן אפשרות לבית-המשפט לקצוב פיצויים עד גובה מסוים גם ללא הוכחת הנזק.¹⁵⁵ אימוץ פתרון זה ישפר את ההרתעה ויגדיל באופן משמעותי את התמריצים להגשת תביעה. הוא גם יעניק תמריץ להגשת תביעות הגבליות אישיות בסכומים נמוכים יחסית. במקרים מסוימים חוק עוולות מסחריות מאפשר לילך בדרך זו.¹⁵⁶ נוסף על כך יש לאפשר פסיקת פיצויים עונשיים במקרים של עוולות הגבליות חמורות. כן מוצע כי הרשות תגלה מעורבות רבה יותר בהליכים הגבליים פרטיים, ותסייע בהוכחת העילה והנזק המבוססים על חקירותיה וקביעותיה.

בנוגע לשימוש אסטרטגי בהוראות החוק ולפרשנות מוטעית של הוראותיו, הפתרון היעיל ביותר לכך הוא כמובן תיקון החוק והבהרת הוראותיו. כן מוצע, כפי שפורט להלן, לערוך שינוי מוסדי ולנתב תיקים הגבליים לבתי-משפט מתמחים. עד אז, בצורה אירונית מעט, דווקא צמצום האפשרות להגיש תביעה נזיקית יפתור את רוב הבעיות הללו. אלא שהמחיר יהיה, כמובן, הרתעת-חסר ביתר המקרים. אנו מציעים לאזן בין השיקולים המתנגשים על-ידי הקלת עול ההוכחה רק בתיקים של הפרות הגבליות חמורות, כפי שפורט לעיל. לבסוף, יש מקום לבחון את השפעת הסנקציה הנזיקית על הצלחתה של תוכנית החסינות שהרשות מפעילה על-מנת לעודד מפירים הגבליים לחשוף את הפרה.¹⁵⁷ כיום המפר יודע שגם אם החרב הפלילית או האדמיניסטרטיבית לא תתנופף מעליו, המידע שהוא יחשוף עלול להוות בסיס לתביעה נזיקית, ולפיכך הוא עלול להימנע מחשיפת הפרה. על-כן ראוי לבחון את האפשרות לתיקון החוק כך שהוא יאפשר להקטין את החבות הנזיקית של מי שחשף את הפרה לפני הרשות.

2. עילות חוזיות

לאופייה הפלילי של העברה ההגבלית יש השלכות במישור החוזי. תחולתה הפוטנציאלית של הסנקציה הפלילית מקרינה על תקפותם המשפטית של הסדרים כובלים, לנוכח הכלל המשפטי הקובע כי חוזה בלתי-חוקי הינו בטל.¹⁵⁸ כלל זה תורם אף הוא להרתעה, מכיוון שצד לחוזה בלתי-חוקי חשוף לתביעה של צד אחר לחוזה בטענה שהחוזה בטל ועל-כן אין הוא נדרש לקיים את חיוביו החוזיים. כתוצאה מכך עלול להיווצר חוסר איזון בין הצדדים

155 בכנס העשור להיווסדה של הרשות (שנערך בפברואר 2005) הציעה הרשות להוסיף לחוק סעיף המתיר קבלת פיצוי נזיקי ללא הוכחת נזק, אם הוכח כי בוצעה עוולה הגבלית. אולם הצעה זו אינה כלולה בתזכיר לתיקון החוק. כן יצוין כי ביום 24.10.2007 נכנס לתוקף תיקון מס' 21 לחוק הגנת הצרכן, המאפשר לצרכן לתבוע עסק בשל הפרה של הוראות החוק המנויות בס' 31 לחוק. התיקון מאפשר לתבוע פיצוי ללא הוכחת נזק עד 10,000 ש"ח בתביעה רגילה, ועד 50,000 ש"ח אם מדובר בהפרה חוזרת או נמשכת.

156 חוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999, מעניק לבית-המשפט סמכות לפסוק פיצוי ללא הוכחת נזק בסך 100,000 ש"ח. אחת מעילותיו (ס' 3 לחוק), קובעת כי "לא ימנע ולא יכביד עוסק, באופן לא הוגן, על גישה של לקוחות, עובדים או סוכנים אל העסק, הנכס או השירות של עוסק אחר". עוולות הגבליות מסוימות, דוגמת הפליה או סירוב בלתי-סביר לספק, עשויות ליפול לגדרו.

157 ראו ה"ש 22 לעיל.

158 ס' 30 לחוק החוזים (חלק כללי).

מבחינת מילוי חובותיהם, ובאפשרות זו יש משום הרתעה נוספת מפני כניסה לחוזים בלתי-חוקיים מלכתחילה.

אולם הרתעה זו מוגבלת גם היא. בראש ובראשונה, היא מותנית בקיומו של צד לחוזה שיהיה מוכן לחשוף את החוזה הבלתי-חוקי – שגם הוא צד לו – על-מנת להשתחרר מחיוביו החוזיים. סיכון זה בא לידי ביטוי בפסק-דין שניתן לאחרונה בסכסוך חוזי, אשר הפנה את הקרטל שנפרש לפניו אל הרשות, כדי שזו תשקול אכיפה פלילית.¹⁵⁹ שנית, נוצרת התנגשות בין דיני החוזים לבין דיני ההגבלים העסקיים. מחד גיסא, דיני החוזים מושתתים על חופש החוזים ועל העיקרון שלפיו חוזים יש לקיים בתום-לב. מאידך גיסא, פליליות החוזה בהתאם לדיני ההגבלים מחייבת את ביטולו, הגם שצד לו עושה שימוש חסר תום-לב בטענה זו, והגם שאי-חוקיות החוזה אינה מתחייבת תמיד לשם הגנה על טובת הציבור, וזאת בשל רוחב האיסור ההגבלי. התנגשות זו יוצרת בעייתיות רבה.¹⁶⁰ במקרים שבהם גבולות האיסור אינם ברורים או כאשר החוק תופס בגדרו גם מצבים שאין בהם פגיעה בתחרות, החוק גורם להתרעת-יתר. אכן, בשלושת המקרים שעליהם עמדנו לעיל¹⁶¹ החוזה בטל, אף שרק באחד מהמקרים יש פגיעה מסתברת בתחרות (קרטל). במקרה השלישי (הפרת הוראה טכנית של יידוע הרשות) אין פגיעה משמעותית בתחרות, ובמקרה השני (הסדר אנכי לקביעת מחיר-מינימום) הפגיעה בתחרות תלויה-נסיבות. בעייתיות זו גרמה לכשל נוסף: חלק מנסיבותיהם של בתי-המשפט להתגבר על הקושי האמור הובילו לפרשנות של דיני ההגבלים העסקיים בדרך שפגעה במטרתם המוצהרת: הגנה על ההליך התחרותי ממכשלות מלאכותיות.¹⁶²

לסיכום, גם האכיפה הפרטית אינה משפרת במידה משמעותית את האכיפה ההגבלית, ונדרש שינוי בכלי האכיפה או למצער שינוי בדרך השימוש בכלי האכיפה הקיימים על-מנת שמטרות החוק יושגו.

ה. כלים שלא נעשה בהם שימוש כמעט

נוסף על הסעדים שעליהם עמדנו לעיל, יש כלים משפטיים שלא נעשה בהם שימוש כמעט. מטרתו של חלק זה היא לבחון אם בכלים אלה גלום פוטנציאל משמעותי להגשמת מטרת החוק.

במקרים שבהם ההליך הפלילי נגד המעוול מסתיים בהרשעה קיימת אפשרות להגיש תביעה אזרחית נגדרת ולזכות בפיצוי.¹⁶³ לכאורה, זהו כלי משפטי יעיל ומהיר הפוטר את התובע מן הצורך להוכיח את קיומה של ההתנהגות האנטי-תחרותית.¹⁶⁴ אולם ככל הידוע לנו, טרם הוגשו תביעות אזרחיות הגבוליות בדרך זו. ייתכן שהסיבה לכך היא שהממצאים

159 הפ"ב 09-1181 צינוירט נ' איזנברג, תק-מח 2010 (4) 9586 (2010).

160 ראו, למשל, גל "לבור את המוץ", לעיל ה"ש 23.

161 ראו לעיל בסוף פרק א.

162 ראו גל "לבור את המוץ", לעיל ה"ש 23.

163 ס' 77 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984.

164 לאפשרות התיאורטית לעשות שימוש בכלי זה ראו רע"פ 2796/01 אסף נ' מדינת ישראל,

פ"ד נו(3) 418, פס' 47 לפסק-דינה של השופטת נאור (2002).

והמסקנות של פסק־דין פלילי הינם קבילים כראיה בהליך אזרחי, כך שאין כל סיבה למהר ולהגיש את התביעה במסגרת תקופת הזמן בת תשעים הימים מיום מתן פסק־הדין, כקבוע בתקנות.¹⁶⁵ יתר על כן, השימוש בסעיף מוגבל לתביעה נגד המורשעים בדין בלבד, ואינו מאפשר תביעה נגד מעוולים המגיעים לצו מוסכם.

כמו־כן, בית־המשפט הפלילי מוסמך לפסוק פיצוי "לפי ערך הנזק או הסבל שנגרמו, ביום ביצוע העבירה או ביום מתן ההחלטה על הפיצויים, הכל לפי הגדול יותר", עד לגובה הרף הקבוע בחוק, כחלק מפסק־דינו.¹⁶⁶ למיטב ידיעתנו, טרם נעשה שימוש בסעיף זה. ראשית, הסעיף מתאים במיוחד למקרים שבהם מדובר בנזקים קטנים יחסית שנגרמו עקב העוולה ההגבלית, בשל ההגבלה המוטלת בו על גובה הסכום. נוסף על כך, מנגנון זה מחייב את בית־המשפט לכמת את נזקי התובע. אולם, כאמור, הוכחת הנזק אינה מהווה חלק מההליך הפלילי. קושי זה הוא העומד ככל הנראה גם בבסיס העובדה שעד היום לא השיתו בתי־המשפט הפליליים קנס על הנאשם העולה "פי ארבעה משוויים של הנזק שנגרם או של טובת ההנאה שהושגה על ידי העבירה".¹⁶⁷

נוסף על כך, הרשות רשאית להתייזב בהליך האזרחי ולהביע את עמדתה.¹⁶⁸ בדרך זו הרשות יכולה להציג תשתית ראייתית לקיום פעולה אנטי־תחרותית הנובעת מחקירותיה, אשר תעזור לבסס את העילה ההגבלית בתביעה הפרטית. אולם בפועל מעורבותה של הרשות בהליכים הגבליים אזרחיים הינה מועטה. ככלל, הרשות אינה נוהגת להביע את עמדתה בהליכים אזרחיים. גם במקרים החריגים שבהם היא התערבה, הייתה זו התערבות מוגבלת ביותר.¹⁶⁹

כלי נוסף שניתן לעשות בו שימוש הוא מניעת חברה שנמצאה אשמה בהפרה של החוק מלהשתתף, במשך פרק־זמן מסוים, במכרזיה של המדינה. כך, למשל, חברות שתיאמו הצעות במכרזים יידרשו לעבור "תקופת צינון" בטרם יוכלו לשוב ולהשתתף במכרזים שאת כלליהם הבסיסיים הפרו.¹⁷⁰ הבעייתיות בכלי זה היא כמובן הפגיעה בתחרותיות של המכרז בתקופת הצינון, אולם מקום שיש די מציעים אחרים ראוי לשקול שימוש בסעד זה.

165 ס' 44 לפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א-1971.

166 ס' 77 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

167 שם, ס' 63.

168 ס' 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש]. להרחבה לעניין סמכות זו ראו תמ"ר תורג'מין־קדם "בדרך לאכיפה פרטית בדיני ההגבלים העסקיים" תאגידים (4) 96 (2009).

169 ראו עניין טבעול, לעיל ה"ש 1; עניין שרנוע, לעיל ה"ש 121; ה"פ (מחוזי ת"א) 991/07 קרגו אמרפורד נ' עמיטל דטה בע"מ, דינים מחוזי 2007 (50) 1033 (2007); ה"פ (מחוזי מ"ר) 3491-08 התאחדות סוכני נסיעות תיירות בישראל נ' בריטיש איירווייס פי.אל.סי, תק-מח (1) 2010 (1) 14951 (2010).

170 ס' 2 ו-2א לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992, יחד עם ס' 6 ו-22 לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993.

1. הצעות להתאמת אכיפת החוק למטרותיו

מגבלותיהם של ההליכים המשפטיים השונים הקיימים כיום לטיפול בהפרות גורמות לכך שהפרות הגבליות רבות אינן נתקלות בתגובה משפטית נאותה או יעילה. עובדה זו פוגעת, כמובן, באפקט ההרתעה של החוק. פרק זה מציע שני כלים חדשים שניתן לעשות בהם שימוש על-מנת לייעל את האכיפה ולהתאימה למטרות החוק. כלים אלה, המצטרפים לשינויים הצנועים יותר שהוצעו לעיל, מחייבים שינוי משמעותי בהוראות החוק.

1. שינוי מוסדי בתביעות פרטיות

כמפורט לעיל, חלק מהקשיים באכיפת חוק ההגבלים נובעים ממורכבותה של העילה ומן השילוב של ניתוח כלכלי וניתוח משפטי אשר נדרש לרוב על-מנת להוכיחה. מטבע הדברים, לבתי-המשפט הרגילים אין התמחות בתחום זה. המחוקק נתן דעתו לבעייתיות זו בעבר, ויצר לשם כך בית-דין בעל מומחיות מיוחדת – בית-הדין להגבלים עסקיים – אשר בראשו עומד שופט מחוזי וחברים בו גם נציגי ציבור בעלי מומחיות בניתוח כלכלי של התנהגויות בשוק.¹⁷¹ לבית-דין זה יש סמכויות ייחודיות, הכוללות, בין היתר, סמכות לדון בערר על החלטת הרשות וכן סמכות לאשר מיזמים משותפים אשר פוגעים בתחרות אך יוצרים יתרונות לטובת הציבור. נוסף על כך נקבע שכל התביעות הפליליות יוגשו בבית-המשפט המחוזי בירושלים, על-מנת ליצור בו את המומחיות המיוחדת הנדרשת בתחום. אולם מומחיות זו חשובה לא רק בתחומים הנדרשים כיום לפניו. אם ברצוננו לקדם אכיפה פרטית של החוק, יש לחזק גם את ההיבט המוסדי הכרוך באכיפת החוק. בהקשר זה אנו מצטרפים להצעתו של נשיא בית-המשפט המחוזי בנצרת, השופט דוד חשין, שלפיה לתובעים פרטיים אשר עיקר תביעתם היא הגבלית תינתן אפשרות להגיש את תביעתם לפני בית-משפט בעל מומחיות מיוחדת.¹⁷² המועמד הטבעי הוא, כמובן, בית-הדין להגבלים עסקיים. שינוי מוסדי זה יחייב היערכות מתאימה, כולל שינוי בסדרי הדין הנוהגים כעת לפניו, ואולי אף מינוי רציף של חבריו בשל העלייה הצפויה במספר העניינים שיידונו לפניו. לחלופין או נוסף על כך ניתן ליצור מותבים מתמחים ככמה בתי-משפט ברחבי בארץ.

2. עיצומים מנהליים

במקביל יש להרחיב את ארגו הכלים הקבוע כיום בחוק ההגבלים, ולהסמיך את הרשות להשית סנקציות חלופיות אשר יתגברו על מכשלותיהם של ההליכים הפליליים והאזרחיים הקיימים כיום בחוק. כלים אלה ייתנו מענה אכיפתי לאותם מקרים שבהם קיימת כיום הרתעת-חסר משמעותית, ובמקביל יקטינו את הרתעת-היתר הנובעת משימוש בסעד הפלילי מקום שההפרה לא הייתה מובנת מאליה. הפתרון העיקרי שאנו מציעים נוסה בהצלחה

171 ס' 32 לחוק ההגבלים. חשיבותה של ההבנה הכלכלית בתיקים מסוימים משתקפת גם בהקמת בית-המשפט הכלכלי.

172 ההצעה הועלתה במושב שדן בינוי ההגבלים העסקיים במסגרת כנס לשכת עורכי-הדין באילת. המושב נערך ב-1 ביוני 2010, ובראשותו עמדה המחברת.

במדינות רבות בעולם:¹⁷³ הענקת סמכות לרשות ההגבלים להטיל עיצום מנהלי כספי בגין עברה הגבלית, בכפוף לערר לבית־הדין.

באיחוד האירופי, למשל, רשות ההגבלים מוסמכת להשית עיצום כספי של עד 10% מהמחזור הכספי הכללי, העולמי, של החברה בשנה האחרונה לפני גילוי הפרה,¹⁷⁴ בהתאם לחומרת הפרה, למשכה ולהשפעתה על השוק.¹⁷⁵ כמו־כן, הרשות מוסמכת להטיל עיצום כספי בגובה 1% מהתקבולים בגין אי־מסירת מידע, ועיצום כספי נמשך בגובה 5% מהתקבולים היומיים הממוצעים במקרים של הפרה נמשכת, עד להפסקתה. על החלטותיה של הרשות האירופית ניתן להגיש ערר לבית־המשפט האירופי. נטל ההוכחה המוטל על הרשות האירופית הינו משמעותי.¹⁷⁶ עם זאת, במסגרת ההליך המנהלי אין צורך בהוכחת היסוד הנפשי, ואין נפקא מנה אם הפרת החוק נעשתה בכוונה או ברשלנות.¹⁷⁷

לא מכבר פרסמה הממשלה הצעת חוק לתיקון חוק ההגבלים הכולל סמכות דומה ומסמך את הממונה להשית עיצום כספי בגין הפרה של הוראות החוק המנויות בהצעה.¹⁷⁸ הממונה יהיה מוסמך להשית עיצום כאמור על תאגיד וכן על נושא־משרה, והכסף יועבר לאוצר המדינה. בהתאם להצעת החוק, העיצום הכספי יוצמד לקביעת הממונה כי קיים יסוד סביר להניח כי הופרו הוראות החוק. בכך הרשות מעניקה לקביעה את השינויים החסרות לה, שעליהן עמדנו להלן. הצעה זו ראויה, לדעתנו. זאת, בין היתר, מכיוון שהיא עושה שימוש בהליך קיים ומקובל, הפועל בהתאם לכללים מנהליים ידועים, לרבות ידוע ומתן זכות שימוע למפרים הפוטנציאליים וכן מתן זכות ערר עליה לפני בית־הדין. גם ההצעה שבית־הדין יהיה מוסמך לרונן בערר על העיצום הכספי הינה ראויה. בית־הדין הוא האכסניה הראויה בשל מומחיותו בניתוח שוק ובשל העובדה שהוא הגוף המוסמך לבחון את התשתית הראייתית להטלת העיצום במסגרת ערר על הקביעה ההגבלית.

בהצעת החוק מוצע להרחיב את מעגל הפרות החוק שבגינן הממונה מוסמך להוציא קביעה, כך שהן יכללו גם הפרות שבגינן ניתן כיום רק להעמיד לדין פלילי. מקרים אלה כוללים, בין היתר, הפרה של תנאים לאישור הסדר כובל, למתן פטור מאישור הסדר כובל ולביצועו של מיזוג חברות, אי־קיום הוראות שניתנו לבעל מונופולין, אי־העברת נתונים שנדרשו על־ידי הרשות ועוד. גם הצעה זו הינה ראויה, מכיוון שהיא מעבירה למעגל העיצומים הכספיים עברות שלא ראוי להעמיד בגינן לדין פלילי. אכן, המקרה השני של הפרות הגבליות שהובא לעיל (שעסק בהסדר אנכי) וכן המקרה השלישי (שעסק באי־עמידה

173 ראו, למשל: U.N. Conference on Trade and Development, *Appropriate Sanctions and Remedies*, TD/RBP/CONF.7/5, 5–6 (Aug. 30, 2010).

174 במקרים מיוחדים ניתן להביא בחשבון את מחזור ההכנסות בשלוש השנים שלפני גילוי הפרה, אם הפרה נמשכה לאורך כל אותו זמן.

175 EC Regulation 1/2003, art. 23.

176 Wouter P.J. Wils, *Is Criminalization of the EU Competition Law the Answer?* 15 (EC Competition Law and Policy Workshop/Proceeding, 2006), available at [www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2006\(pdf\)/200610-COMPed-Wils.pdf](http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2006(pdf)/200610-COMPed-Wils.pdf).

177 EC Regulation 1/2003, art. 23(2).

178 הצעת חוק ההגבלים, לעיל ה"ש 16.

בתנאים פרוצדורליים)¹⁷⁹ מתאימים להחלת עיצום כספי אם תוכח הפרה. כפי שהודגש לעיל, במקביל יש לתקן את החוק ולהוציא את ההפרות הטכניות במהותן ממעגל העבירות הפליליות. לצערנו, הצעת החוק לא כוללת תיקון כאמור. לא למותר לציין כי העיצום הכספי המנהלי אינו זר לדין הישראלי, בעיקר בתחום ההסדרה הכלכלית. מנגנון של הטלת חיוב לתשלום כספי על ידי רשות מנהלית בגין הפרה של החוק לא במסגרת הליך פלילי נכלל, בין היתר, בחוק הבנקאות (שירות ללקוח),¹⁸⁰ בחוק השקעות משותפות בנאמנות¹⁸¹ ובחוק שירות נתוני אשראי.¹⁸² לאחרונה שולב מנגנון דומה בחוק ניירות ערך.¹⁸³ עיצומים מנהליים מוטלים הן בגין הפרות חוק בעלות אופי טכני¹⁸⁴ והן בגין עבירות מהותיות על החוק.¹⁸⁵

(א) יתרונותיו של העיצום הכספי

העיצום הכספי הוא מעין סעד ביניים בין האכיפה הפלילית לבין התביעה הפרטית, המתגבר על רוב כשלי האכיפה של הראשון ואינו נגוע ברוב כשלי האכיפה של השני. נעמוד תחילה על יתרונותיו יחסית להליך הפלילי.

ההליך המנהלי מיעל את האכיפה: ראשית, הוא מתגבר על הצורך לעמוד בעול ההוכחה הכבד של ההליך הפלילי, ועול ההוכחה בגדרו דומה לזה של הליך אזרחי.¹⁸⁶ כן אין צורך בהוכחת יסוד נפשי, אשר אינו רלוונטי לעצם פגיעתה של הפעולה האסורה. נוסף על כך, בשל העובדה שעסקינן בהליך מנהלי, הוא צפוי להימשך פרק זמן קצר בהרבה מזה הנדרש להשלמת הליך פלילי. לבסוף, מהירות ההליך מאפשרת לקצר את משך הזמן שבין ביצוע ההפרה לבין הטלת העונש, וכך להתגבר על הרתעת החסר הנובעת מההקלה בעונשים עקב התמשכות ההליכים. אחת התוצאות של ייעול האכיפה היא הקטנת העלויות. עלויותיה של הגשת תביעה פלילית הינן גבוהות ביותר. עלויות אלה מושתות הן על הרשות והן על הצדדים להליך. העיצום הכספי מתגבר על כשלים אלה, ונותן פתרון לאותם מקרים שבהם חלק מההליכים "מתיישנים" על המדף בשל חוסר במשאבי אכיפה הנדרשים לחקירה, לבריקה ולהוכחה הפלילית.¹⁸⁷

179 ראו לעיל בסוף פרק א.

180 ס' 11 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981.

181 ס' 114-120 לחוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד-1994.

182 ס' 42-48 לחוק שירות נתוני אשראי, התשס"ב-2002.

183 חוק ייעול הליכי האכיפה ברשות ניירות ערך (תיקוני חקיקה), התשע"א-2011.

184 ראו, למשל, ס' 36-43 לחוק הפיקוח על יצוא ביטחוני, התשס"ז-2007.

185 ראו, למשל, ס' 4ב-4ד לחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974.

186 לבעייתיותו של ההליך הפלילי והצורך בהליך מנהלי בדיני ניירות ערך ראו יעל גרוסמן "אכיפה משלימה" תאגידים ו(2) 42, 43 (2009), וכן את דבריו של פרופ' גושן בוועדת הכספים, כפי שהם מצוטטים אצל ענת מגן "זהר גושן: 'אנו רוצים לייצר נורמות ולייצר הרתעה'" גלובס 16.3.2010. www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000547194&fid=2

187 ראו מן, לעיל ה"ש 115.

נוסף על כך, העיצום הכספי מאפשר התאמה של עוצמת הסנקציה לעוצמת הפגיעה. הוספת העיצום מאפשרת יצירת מדרג של סעדים המותאמים לעוצמת הפגיעה בתחרות: עיצום כספי יוטל על-ידי הרשות בעיקר בהפרות שפגיעתן ברווחת הציבור אינה חמורה, דוגמת המקרים השני והשלישי שפורטו לעיל; וההליך הפלילי יוקדש לטיפול בעברות הגבליות חמורות, דוגמת המקרה הראשון שפורט לעיל.¹⁸⁸ כמו-כן, הליכים מנהליים הנסגרים בשל חוסר הוכחות אינם גובים מהתאגיד הנתבע או מהאדם הנחקר מחיר גבוה כמו משפט פלילי המסתיים בהעדר הרשעה בשל חוסר הוכחות. לבסוף, שיקול-הרעת הניתן לממונה בקביעת גובה העיצום מאפשר להתחשב, בין היתר, ברמת הוודאות שיצרו הוראות החוק, ולהקל עם המפרים באותם מקרים שבהם הפגיעה בתחרות לא הייתה מובנת מאליה. לבסוף, העיצום הכספי, הנסמך על מחזור המכירות של החברה, מתגבר על הקושי הממשי הקיים בתביעה פרטית להוכיח את הנזק ולכמתו.¹⁸⁹

העיצום הכספי גם מתגבר על רבים מכשליה של התביעה הפרטית. ראשית, בהיותו סעד מושת על-ידי רשות אכיפה ציבורית, הוא יוצר תמריץ למנהלי החברות לפעול על-פי החוק, על-מנת לא להיתפס כמפרי חוק, אלא כדמויות נורמטיביות.¹⁹⁰ שנית, הוא מאפשר שימוש לפחות בחלק מסמכויות החקירה והדרישה הנתונות לרשות, שהינן רחבות בהיקפן וזמינות הרבה יותר להפעלה מאלה הנתונות בידי תובע פרטי. ודוק: בחקירה של הרשות אין צורך בהוכחה מקדמית של נזק, כפי שנדרש כיום מתובע פרטי בתובענה ייצוגית.

נוסף על כך, ואולי אף חשוב מכל, הטלת עיצום משמעותי, שמטרתו ליטול מן המפר את פירות הפרתו, יעילה יותר מאכיפה פרטית ביצירת הרתעה. גם אם התובע עומד בעול ההוכחה המוטל עליו, החוק בנוסחו כיום מאפשר קבלת פיצוי בגובה הנזק בלבד. נוסף על כך, הליכים רבים מסתיימים בפשרה, והסכום שהמפר נדרש לשלם נמוך מסך רווחיו. כפי שפורט לעיל, בכך אין כדי ליצור הרתעה מספקת באותם מקרים שבהם סיכויי החשיפה והתביעה של המפר נמוכים יחסית. למעשה, כפי שווילס מציע, ייתכן שהדרך הנכונה ליצירת הרתעה אפקטיבית היא באמצעות הטלת עיצום גבוה על-ידי רשות האכיפה הציבורית וחלוקתו לנפגעים.¹⁹¹

שלא היתרונות הללו של העיצום הכספי הניעו גם את מבקר המדינה לקבוע כי "על הרשות להמשיך ולקדם את יזמתה להקנות לה סמכות להטיל עיצום מינהלי, סמכות שאינה תלויה בהסכמת הצדדים המפרים או בבית המשפט".¹⁹² אנו מציעים להסמיך את הממונה לצרף לעיצום הכספי גם הוראות עשה ואל-תעשה שמטרתן להפסיק את הפעולה המפרה

188 ראו לעיל בסוף פרק א.

189 ראו עניין אהליך יעקב, לעיל ה"ש 73, פס' 35 לגזר-הדין: "במשפט האמריקאי, נקבע בהנחות הענישה... שהקנס ייגזר כאחוז מהיקפי המחזור של הנאשמים. זאת במטרה: 'to avoid the time and expense that would be required for the court to determine the actual gain or loss'."

190 Wouter P.J. Wils, *The European Commission's 2006 Guidelines on Antitrust Fines: A Legal and Economic Analysis*, 30(2) *WORLD COMPETITION: L. & ECON. REV.* 197 (2007).

191 ש.ב.

192 דוח המבקר, לעיל ה"ש 102, בעמ' 1163.

לא לתר ולמנוע את הישנותה, מבלי שהוא ידרש לפנות תחילה לבית-הדין. כן מוצע להוסיף סמכות להשית עיצום "על-תנאי" למקרה של הישנות העילה.

(ב) ביקורת אפשרית והתמודדות עימה

העיצום הכספי אינו נטול חסרונות. להלן נפרוש את חסרונותיו העיקריים וננסה לבחון דרכים אפשריות להתמודדות עימם. כאמור, סמכות דומה הוספה לא מכבר לדיני ניירות-הערך.¹⁹³ מכיוון שהצעה זו זכתה בדיון ציבורי רחב יותר, ניתן להקיש וללמוד מחלק מהביקורות שהושמעו בגינה גם לענייננו.

אחד החסרונות של העיצום הכספי נעוץ בעובדה שהגוף החוקר הוא גם הגוף האוכף, תוך פגיעה בהפרדת הרשויות.¹⁹⁴ אולם יש לזכור כי בעייתיות זו קיימת גם בהליכים ציבוריים רבים אחרים, לרבות בהליך הפלילי ההגבלי. נוסף על כך, בית-המשפט הגבוה לצדק קבע כי שילוב סמכויות החקירה וההעמדה לדין ברשות אינו פוסל את פעולותיה.¹⁹⁵

טענה נוספת מדגישה כי ההליך המנהלי אינו יריבותי (אדוורסרי) אף-על-פי שהוא עלול להשפיע באופן משמעותי על המפר. אכן, הליך הבירור המנהלי אינו כולל את כל כלי בירור האמת המשפטיים, דוגמת חקירה נגדית של עדים. האיזון הראוי עניינו מציאת נקודת שיווי-המשקל בין ייעול ההליך והקטנת הסנקציה, מחד גיסא, לבין הבטחת זכויות המפר להליך הוגן, מאידך גיסא. הצעת החוק לתיקון חוק ההגבלים שפרסמה הממשלה מציעה כי נקודת איזון זו תימצא במתן הודעה למפר על הכוונה להטיל חיוב, מתן זכות לקבל מידע בנוגע להפרה המצוי בידי הממונה על-מנת להבטיח שקיפות, מתן זכות טיעון בכתב לפני הממונה וכן מתן זכות ערר לפני בית-הדין. השאלה העולה היא אם נקודת האיזון המוצעת, המקובלת גם בהליכים מנהליים נוספים, היא נקודת האיזון הראויה. בהקשר זה נציין כי זכות הטיעון המוצעת היא מוגבלת יחסית, מכיוון שלפי הנוסח המוצע המפר אינו זכאי, למשל, להביא עדים לפני הממונה או לערוך חקירה נגדית לעדי הממונה. הממונה רשאי לזמן את עדי המפר,¹⁹⁶ אך הוא יכול גם לסרב לכך. לכאורה בעיה זו נפתרת בשלב הערר: אם לא אפשר הממונה למפר להשמיע את עדיו, יוכלו אלה להישמע בערר לפני בית-הדין, ויוכלו להביא לידי ביטולם של הקביעה והעיצום המנהלי. על-כן יש לממונה הניעה אינהרנטית לשמוע את עדי המפר שעשויים להפוך את קביעותיו. אולם ייתכן שאין בכך כדי לשמור על זכויות המפר, שכן הוא נפגע כבר מעצם ההחלטה להטיל עליו עיצום מנהלי, והליך הערר עלול להיות מורכב, ארוך ויקר. זכויות המפר נגזרות גם מאופיו של הערר: האם בית-הדין ישמע את התיק דה-נובו? ואיזה משקל ייתן בית-הדין לקביעת הממונה? הצעת החוק אינה כוללת

193 חוק ייעול הליכי האכיפה ברשות ניירות ערך.

194 OECD, Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, *Plea Bargaining / Settlement of Cartel Cases: The Federal Republic of Germany* (DAF/COMP/WP3/WD(2006)77, Oct. 17, 2006), available at www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/OECD/Plea_Bargaining_Roundtable.pdf. כן ראו גרוסמן, לעיל ה"ש 186, בעמ' 46-47.

195 בג"ץ 326/96 כספי נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פ"ד (5) 133 (1996).

196 ס' 150 להצעת חוק ההגבלים, לעיל ה"ש 16.

הכוונה בנקודה זו. מאידך גיסא, במסגרת האיזון יש לתת משקל לכך שמדובר בהליך מנהלי, אשר פגיעתו במעוול פחותה בהשוואה להליך פלילי, וכן שיעילותו של ההליך המנהלי תיפגע אם יישמו בו העקרונות הנוהגים במשפט הפלילי. ניתן למתן חלק מקשיים אלה על-ידי הקמת ועדת מומחים שתפעל לצד הממונה ותייעץ לו בנושא השתת הקנס וגובהו. טענה נוספת עניינה חוסר מידתיותם של העיצומים הכספיים יחסית להפרות. אכן, יש ממש בטענה זו. הצעת החוק מונה רשימה של שישה מקרים שבהם ניתן להטיל עיצום כאמור. רשימה זו כוללת עבירות בדרגות חומרה שונות, אולם הצעת החוק אינה קובעת מנגנונים שיאפשרו לרשות להתאים את גובה הסנקציה לעוצמת ההפרה ולחומרתה, למעט במקרה של אי-ציות לדרישת הרשות למסירת מסמכים. על-כן מוצע להוסיף שיקולי מידתיות שאותם יחויב הממונה לשקול בעת קביעת העיצום הכספי, כמפורט בחלק הבא.

עוד נטען כי הטלת קנסות עלולה להרתיע מפני פעילות לגיטימית: מקום שההבחנה בין פעילות חוקית לבין פעילות אסורה אינה חדה וברורה, הטלת הקנסות עלולה להרתיע גם שחקנים בשוק אשר פעילותם תורמת לחברה. בעייתיות זו אינה נובעת דווקא מההליך או מהסעד הניתן בגדרו, אלא מהחלה מוטעית של האיסורים ההגבליים. אולם כל עוד קיימת החלה מוטעית כאמור, יש להביאה בחשבון בעת קביעת הסעד הראוי. בהתאם לכך, בעת קביעת גובה העיצום הכספי יש להתחשב ברמת הוודאות שהאיסור ההגבלי יוצר, כמפורט להלן.

(ג) גובה הקנס הראוי

כפי שהוסבר לעיל, כדי ליצור הרתעה אפקטיבית, גובה הקנס כפול סיכויי התפיסה והענישה על ההפרה צריך להיות גבוה מן התועלת הצפויה למפר בשל ההפרה, שאם לא כן המפר עלול להתייחס אל רווחיו מההפרה כאל מענק שרק את חלקו הוא ייאלץ אולי להחזיר בעתיד בדמות עיצום. אם כך, מהו גובה העיצום המיטבי, והאם הצעת החוק להגבילו ל-10% ממחזור המכירות השנתי הכללי של המפר בשנה האחרונה לפני ההפרה ובלבד לא יעלה על הסף הקבוע בחוק הינה ראויה?

התשובה לכך מורכבת. להפרות החמורות ביותר של החוק (דוגמת עבירות הקרטל), שבהן גם ודאות האיסור גבוהה, לרוב אין די בקנס בגובה 10% ממחזור המכירות ליצור הרתעה אפקטיבית. כפי שפורט לעיל, אם נניח שסיכויי התפיסה עומדים על פחות מרבע, הקנס הנדרש לשם הרתעה אפקטיבית צריך לעמוד, לכל-הפחות, על ארבע פעמים הרווח הצפוי מההפרה. לנוכח ממצאים מחקרניים שלפיהם העלאת המחירים הממוצעת מקרטל עומדת על כ-30%¹⁹⁷ ובהינתן שקרטל נמשך לעיתים גם שנים רבות, במקרים רבים לא יהא כ-10% ממחזור המכירות של שנה אחת כדי ליצור הרתעה מושלמת.

כאן עלולה להיווצר בעיה תחרותית משיקה שעניינה תוצאות אי-יכולתו הפיננסית של המפר לעמוד בתשלום. היה אם יביא הקנס לידי מיטוטה הכלכלי של החברה המפרה, התחרות בשוק עלולה להיפגע בשל יציאתו של מתחרה מהשוק, וכן עלולה להתרחש פגיעה

197 Connor & Lande, *How High Do Cartels Raise Prices?* לעיל ה"ש 49, בעמ' 543. ראו גם Connor & Lande, *Cartel Overcharges*, לעיל ה"ש 49.

בקהלים נוספים, לרבות נושיה ועובדיה של החברה.¹⁹⁸ בהתאם לכך, שיעור העיצום נדרש לאזן בין הרתעה אפקטיבית לבין האינטרס הציבורי בהמשך פעילותה הכלכלית של החברה לאחר תשלום העיצום, הנדרשת לשם שמירה על התחרות בשוק. אכן, הנציבות האירופית מתחשבת בשיקול זה ומנמיכה בהתאם את גובה הקנסות, כדי שהחברה העבריינית תוכל לשלם את העיצום.¹⁹⁹ החשש הוא שהתחשבות זו עלולה להניע מפריס פוטנציאליים להציג הוצאות מוגזמות במאזנם או להרבות בחלוקת דיוידנדים, כדי להוריד את רווחי החברה במאזנה, ובכך להימנע מתשלום עיצומים גבוהים.²⁰⁰ ניתן להקטין חשש זה אם בעת קביעת גובה העיצום מביאים בחשבון את מדיניות חלוקת הרווחים של החברה בשנות קיומו של הקרטל. נוסף על כך, פרישת העיצום על-פני כמה שנים עשויה להוות פתרון חלקי לחשש הפגיעה בתחרות.

נוסף על כך, וכפי שפורט לעיל, יש לוודא שהעיצום נחזה כמידתי ביחס לפגיעתה של ההפרה הספציפית. אכן, רשויות האכיפה האמריקניות מגבילות את גובה העיצום לפעמיים הרווח של החברה מההפרה.²⁰¹ לכך מצטרף הסיכון שבתביעה נזיקית יידרש המפר לשלם עד פי שלושה מהנזק שגרם. שילוב זה מהווה, ככל הנראה, את הגבול העליון למה שנחזה כעיצום שמותר בארצות-הברית להשית על המפר מבחינת שיקולי מידתיות, לנוכח סיכויי התפיסה של ההפרה. לדעתנו, וכפי שיפורט להלן, זהו שיקול חשוב וראוי.

מהו המנגנון הראוי לקנס? בהקשר זה קיימות שתי אסכולות עיקריות: האחת קובעת תג מחיר קבוע וידוע לכל הפרה, ואילו האחרת, המקובלת ברוב העולם, קובעת קנס מרבי המבוסס על אחוז מסוים ממחזור מכירותיו של המפר. הגישה השנייה, המאומצת בהצעת החוק, היא לדעתנו הגישה הראויה. השתת קנס אחיד בהתאם לסוג ההפרה תשפיע באופן שונה על חברות מסדר-גודל שונה, תוך פגיעה בהרתעה וכן בהוגנות. עיצום מנהלי המבוסס על אחוז מתוך מחזור ההכנסות משלב הרתעה אפקטיבית עם שוויוניות ומידתיות, שכן על כל מפר מושת העיצום המנהלי הראוי לפי מידותיו ויכולותיו הכלכליות.²⁰²

מהי התקופה הרלוונטית לחישוב מחזור המכירות? הצעת החוק מחשבת את מחזור המכירות כ"שנה שקדמה לשנת הכספים שבה בוצעה ההפרה".²⁰³ לדעתנו, הצעה זו הינה בעייתית, שכן אם מטרת הקנס היא ליטול את רווחיו של המפר מההפרה, אזי יש לחשבו דווקא בהתבסס על מחזור המכירות בשנות ביצוע ההפרה. בהתאם לכך, לדעתנו, יש לילך בדרכה של צרפת ולהעמיד את הקנס המרבי על מחזור ההכנסות השנתי הגבוה ביותר שהתקבל בשנים שבהן נעשתה ההפרה.²⁰⁴

198 שיקול זה עמד לנגד עיניו של המחוקק גם במסגרת קביעת גובה הפיצוי במסגרת תובענות ייצוגיות. ראו ס' 20(ד) (2) לחוק תובענות ייצוגיות.

199 Paolo Buccirossi & Giancarlo Spagnolo, *Optimal Fines in the Era of Whistleblower: Should Price Fixers Still Go to Prison?* 13 (Lear Research Paper 05-01, Dec. 12, 2005), available at papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=871726

200 שם, בעמ' 14.

201 Criminal Fines Improvement Act, 18 U.S.C. § 3571(d) (1984) (as amended in 1987).

202 ס' 150 להצעת החוק, לעיל ה"ש 16.

203 שם.

204 Commercial Code, sec. L464-2(1).

מה מחזור המכירות שעליו מושתת הקנס? באירופה מחזור המכירות הרלוונטי הוא מחזור המכירות הכלל-עולמי של החברה. לדעתנו, אין מקום בישראל להשתת העיצום על בסיס המחזור העולמי, מכיוון שמדובר בכלכלה קטנה, המהווה לרוב בסיס לחלק קטן יחסית מרווחי התאגיד.²⁰⁵ נוסף על כך, אם התחום שבו נעשתה הפרה הגבלית מהווה חלק קטן מהמחזור הכספי הכולל של התאגיד, העוסק בתחומים רבים ומגוונים, עיצום כספי בגובה 10% מכלל המחזור השנתי עשוי להיות בלתי-מידתי ביחס להפרה. כמו-כן הוא מעניש בצורה חמורה יותר חברות שאינן מתמחות בתחום אחד. על-כן ראוי לדעתנו להגביל את הקנס למחזור הכספי בישראל בתחום שבו נעשתה ההפרה. בה-בעת, לנוכח הסיכויים הקטנים לתפיסה, לפחות בעברות קרטל, יש לטעמנו לילך בדרכה של יפן, אשר קבעה כי הרשות מוסמכת להטיל על המפר עיצום מנהלי בגובה 10% ממחזור המכירות ביפן של המוצר הרלוונטי בתקופה שבה פעל ההגבל העסקי.²⁰⁶ למצער, יש לילך בדרכה של שווייץ, שבה גובה הקנס המרבי הוא 10% ממחזור ההכנסות המצרפי של המפר בשווייץ בשלוש השנים האחרונות.²⁰⁷ קנס זה מתחשב בסיכויי הגילוי של ההפרה, ולו באופן גס.

כאמור, קביעת גובה הקנס כוללת גם רכיב של שיקול-דעת, המבוסס על נסיבותיה הספציפיות של ההפרה. זהו מנגנון ראוי לנוכח ריבוי המשתנים המשפיעים על ההצדקה להשית עיצום כספי ועל השפעתו על תנאי השוק. זאת, בעיקר לנוכח העובדה שעברות שונות נבדלות זו מזו בחומרת פגיעתן בתחרות וברמת הקושי לזהותן כפעולות מפרות, וכן לנוכח פגיעתו הצפויה של העיצום הכספי בדינמיקה התחרותית בשוק, שהיא לב-ליבה של ההגנה המוענקת על-ידי החוק. למעשה, זהו הכלי העיקרי המאפשר התאמה של הסנקציה להפרה, לרבות נסיבותיה, פגיעתה המסתברת בתחרות ורמת הוודאות שיצר האיסור.

בהתאם לכך, חישוב העיצום המרבי הינו השלב הראשון בחישוב גובהו. בשלב השני יש להתחשב בפרמטרים שונים על-מנת לקבוע אם יש אכן מקום להשית את העיצום המרבי כאמור או שמא יש להפחיתו. באירופה, למשל, נקבע כי גובהו של העיצום יושפע מחומרת העברה שבוצעה.²⁰⁸ במסגרת זו יש להתחשב, בין היתר, באופי העברה, במשכה, בנתח השוק המצרפי של הצדדים לה ובמידת הנזק שנגרמה או שהייתה עלולה להיגרם לציבור כתוצאה מהפרת החוק.²⁰⁹ לפיכך, על הסכמים אופקיים לחלוקת שוק, לתיאום מחירים או להגבלת היצע המוצרים מוטלים קנסות חמורים במיוחד, מכיוון שאלה נמנים עם הסכמים שפגיעתם בתחרות היא הקשה ביותר. הרשות האירופית מתחשבת בגורמים מקילים או מחמירים נוספים, לרבות תפקידו של המפר בארגון ההפרה, אם עסקינן בעברה חוזרת ונשנית, מידת שיתוף-הפעולה של המפר בחקירת הרשות, מועד סיום ההפרה, וכן

205 לדיון בכוחן המוגבל של כלכלות קטנות להשית סנקציות על חברות בין-לאומיות גדולות ראו: Michal S. Gal, *Antitrust in a Globalized Economy: The Unique Challenges of*

Small and of Developed Economies, 33 *FORDHAM INTL. L.J.* 1 (2009)

206 Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade, secs. 7-2(1)-(2)

207 Federal Act on Cartels and Other Restraints of Competition, secs. 49a(1)-50

208 The European Commission, Guidelines on the Method of Setting Fines Imposed Pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No. 1/2003, [2006] OJ C210/02

209 שם.

אם ההפרה אושרה על-ידי רשות מנהלית (הגם שבניגוד לחוק ההגבלים).²¹⁰ כך, למשל, מי שנטל חלק משמעותי בארגון קרטל ראוי שיישא בקנס גבוה יותר ממי שנטל בו חלק סביל. בדרך זו תפחת ההנזקה לארגון קרטל וליטול תפקיד פעיל בהפעלתו.²¹¹ שיקולים אלה ראוי לאמץ, לדעתנו, גם בישראל. נוסף על כך יש להתחשב, לדעתנו, בסיכויי התפיסה של ההפרה: ככל שהסיכוי נמוך יותר כן הקנס צריך להיות גבוה יותר, ולהפך. כן ראוי, לדעתנו, להתחשב ברמת הוודאות של האיסור ההגבלי מלכתחילה. בנוסף ראוי שאמות-המידה שהמונה ראוי לשקול כבואו לקבוע את גובהו של העיצום המנהלי יפורטו בחוק. שאלה קשה היא אם יש להתחשב בעת השתת הקנס גם בגובה הסעד האזרחי שעשוי להינתן בעתיד. הבעייתיות נובעת מחוסר הוודאות לגבי עצם הגשת תביעה כזו ולגבי סיכויי הזכייה בה. פתרון אפשרי אחד, שאינו פשוט ליישום, הוא הקטנה למפרע של העיצום הכספי אם תצליח תביעה פרטית והמפר יוכיח כי הסעד המצטבר אינו מידתי להפרה. פתרון אחר, שכבר הוזכר לעיל, הוא הגדלת העיצום הכספי וחלוקת חלק ממנו לנפגעי ההפרה, תוך ייתורו של ההליך האזרחי.

סיכום

חוק ההגבלים העסקיים לוקה בהרתעת-חסר בחלק מהמקרים ובהרתעת-יתר במקרים אחרים, באופן המונע את הגשמת מטרותיו. לכאורה, ארגז הכלים ההגבלי מצויד היטב, שכן כמעט כל הפרה של הוראותיו מגבשת עברה פלילית. אולם דווקא אופיין של הסנקציות הפליליות ועוצמתן מגבילים את יעילותן בטיפול בקשת השלמה של הפרות החוק. בעוד הסנקציה הפלילית הינה הכלי הראוי והיעיל ביותר לטיפול בעברות הגבוליות חמורות, ובראשן עברת הקרטל, לא כך הדבר בנוגע לרוב העברות ההגבוליות. דווקא המברג המנהלי עשוי להשיג תוצאות טובות מקום שהפטיש הכבד הפלילי עלול לא להועיל או אף להזיק. זאת, בין היתר, מכיוון שמחירן של טעויות – כגון סיווג פעולה פרו-חרותית כפוגעת בתחרות – עלול להיות פגיעה בדינמיקה התחרותית וברווחה החברתית.

גם כלי האכיפה האחרים חלקיים וחסרים. האכיפה הפרטית תלויה בקיומו של תובע פרטי שיש לו תמריץ מספיק להגשת תביעה הגבולית, והסעד מוגבל לרוב לגובה הנזק שנגרם לתובע. יתרה מזו, בשל מגבלות בהוכחת התביעה האזרחית,²¹² סעדים אלה אינם משמעותיים על-פירוב, ולעיתים החלתם אף פוגעת במטרות שבבסיס החוק.²¹³

210 ש.ם.

211 Damien Geradin & David Henry, *The EC Fining Policy for Violation of Competition Law: An Empirical Review of the Commission Decisional Practice and the Community Courts' Judgments 2* (GCLC Working Paper No. 2/05, 2005), available at papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=671794.

212 Niv Zecler, Michal S. Gal: לתביעות נזיקיות פרטיות בהתאם להוראות הדין הישראלי ראו: & Yariv Ilan, *Israel, in* INTERNATIONAL HANDBOOK ON ANTITRUST PRIVATE ENFORCEMENT OF COMPETITION LAW (Albert A. Foer & Jonathan W. Cuneo eds., 2010) לדיון במגבלות התביעה הייצוגית ההגבולית ראו ישראלי "כוחו של השוק", לעיל ה"ש 145.

213 ראו גל "לבור את המוץ", לעיל ה"ש 23.

לנוכח מגבלותיהם של הסעדים הקיימים אנו סבורים כי יש לתקן את ארגז הכלים ההגבלי. ראשית, יש לעשות שימוש מושכל ויעיל בסמכויות הקיימות. בהתאם לכך, המאמר שזורר בהצעות רבות לייעול השימוש בכלים הקיימים. שנית, יש להרחיב את תחולתו של ארגז הכלים, ובמקביל לצמצמו בעברות מסוימות. חשוב מכל, יש להסמיך את הממונה להטיל עיצום כספי בעברות הגבליות. הסמכות להטיל קנסות מנהליים תמלא את הלקונה המעשית בסמכויות האכיפה המוקנות כיום לרשות. היא תאפשר מתן מענה יעיל ומהיר יותר לסיטואציות שבהן קיים קושי או לא ראוי להחיל את המשפט הפלילי, תוך הפעלת סמכויות אכיפה באופן מידתי והרתעתי. במקביל יש להסיר את הפליליות מעל פעולות רבות המהוות כיום עברה על הוראות החוק, ולהותיר את האיסור הפלילי רק לעברות של קרטלים וניצול לרעה של כוח מונופוליסטי מן הגרעין הקשה. בהתאם לכך, יש לתקן את החוק, ויפה שעה אחת קודם.