אל: לקוחות המשרד 31 באוקטובר 2017
יא' חשון התשע"ח

הנדון: **פורסם תזכיר חוק אשר מבקש לערוך תיקון מקיף בחוק ההגבלים העסקיים**

רשות הגבלים עסקיים פרסמה אתמול תזכיר חוק, אשר כולל מספר תיקונים משמעותיים לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 (בכללם, אף החלפת שם החוק לחוק התחרות). זהו התיקון המקיף ביותר לחוק, מאז חיקוקו לפני כשלושים שנה. בעדכון זה נסקור את התיקונים המרכזיים אשר מוצעים, ונעמוד על המשמעות שלהם בחיי המעשה.

עו"ד בועז גולן, ראש מחלקת הגבלים עסקיים ותחרות במשרדנו, שימש יועץ חיצוני לממונה על הגבלים עסקיים במסגרת ניסוח תזכיר החוק.

פרק המיזוגים

- ***הרחבת התחולה האקס-טריטוריאלית של החוק, כך שהוא יחול על מיזוגים של חברות ושותפויות זרות, גם אם אין להן "מקום עסקים" בישראל או החזקה קודמת בתאגיד ישראלי.***

בהתאם לתיקון המוצע, הגדרת "חברה" בסעיף 1 לחוק תתוקן, כך שההגדרה תכלול גם חברות זרות שלא נרשמו בישראל כחברת חוץ ולא היו צריכות להירשם בישראל כחברת חוץ, וכן על שותפויות זרות. המשמעות המעשית של התיקון, שבכל האמור לתחולה על תאגידים זרים, הגדרת "חברה" (אשר תוחמת את הצדדים עליהם חלה הגדרת "מיזוג חברות") לא תחייב זיקה לישראל של התאגיד הזר בדמות "מקום עסקים" בישראל, או החזקה קודמת בתאגיד ישראלי. כך, בכל האמור לתחולת פרק המיזוגים בחוק, המעמד של חברה שהתאגדה מחוץ לישראל ושל שותפות זרה, יהיה זהה למעמד של תאגידים ישראליים, תוך שרק מבחני מחזור המכירות בישראל ונתח השוק בישראל, שבסעיף 17(א) לחוק, הם אשר יקבעו האם המיזוג טעון הגשת הודעות מיזוג וקבלת אישור הממונה.

- ***הרחבת תחולת פרק המיזוגים, כך שהוא יחול גם על עמותות.***

בהתאם לתיקון המוצע, הגדרת "חברה" בסעיף 1 לחוק תתוקן, כך שהוא יחול גם על עמותות. הכללת עמותות בהגדרת "חברה", מכילה את פרק המיזוגים גם על מיזוג שעמותה צד לו.

- ***חובת הגשת הודעת מיזוג - עדכון הסכום הקובע ל-360 מיליון ש"ח.***

לאחר שנים ארוכות בהם לא עודכנו הסכומים הקובעים להגשת הודעות מיזוג, מכוח סעיף 17(א)(2) לחוק, התיקון המוצע קובע כי החובה להגיש הודעת מיזוג בשל מחזור המכירות המצרפי של כל הצדדים למיזוג, בשנה שקדמה למיזוג, תעודכן והסכום הקובע יעמוד על 360 מיליון ש"ח, במקום 150 מיליון ש"ח שבנוסח הנוכחי.

מכוח תקנות ההגבלים העסקיים (מרשם, פרסום ודיווח על עסקאות), תשס"ד-2004, להוראת מחזור המכירות בחוק, מצטרפת הוראה משלימה, לפיה לפחות לשניים מן הצדדים למיזוג יש מחזור מכירות שאינו פחות מ-10 מיליון ש"ח. תזכיר החוק לא מציין כוונה לתקן את הסכום שקבוע בתקנות, ולכן לאחר השלמת תיקון החוק, וכל עוד התקנות לא ישונו, מבחן מחזור המכירות יכלול מבחן כפול: (א) מחזור המכירות המצרפי של כל הצדדים למיזוג, בשנה שקדמה למיזוג, עולה על 360 מיליון ש"ח; ו-(ב) מחזור המכירות של לפחות שני צדדים למיזוג, בשנה שקדמה למיזוג, לא פחת מ-10 מיליון ש"ח.

בנוסף, התיקון מציע לקבוע מנגנון עדכון אוטומטי לסכום הקבוע בסעיף 17(א)(2) לחוק, בהתאם למדד המחירים לצרכן, כך שבראשית כל שנה הסכום האמור יתעדכן בהתאם לשינוי שחל במדד המחירים לצרכן.

- ***חובת הגשת הודעת מיזוג - הבהרה כי סעיף 17(א)(1) לחוק חל על מונופולין בשוק רלוונטי, ולא על שיעור ממקטעי פעילות מסוימים.***

סעיף 17(א)(1) לחוק משית חובת הגשת הודעת מיזוג וקבלת אישור מהממונה, אם בעקבות המיזוג שיעור הפעילות של הצדדים יעלה על מחצית. בנוסחו הנוכחי, הסעיף מבחין בין סוגים שונים של פעילויות (ייצור, מכירה ושיווק), והמבחן אינו מבוסס על נתח השוק של הצדדים באספקה או ברכישה בשוק רלוונטי, אלא על שיעור פעילות של למעלה ממחצית באיזו מהפעילויות האמורות. עם זאת, בחיי המעשה, ואף בפסיקה, מקובל להתייחס אל הסעיף כאילו המבחן שבו מבוסס על נתח השוק המצרפי של הצדדים בשוק, ולא על שיעור ממקטע פעילות כזה או אחר. התיקון המוצע "מיישר קו" עם הגישה הנהוגה, והופך את המבחן, באופן פורמאלי, לכזה המבוסס על נתח שוק מצרפי של למעלה ממחצית, מכלל האספקה או הרכישה.

- ***הקניית סמכות לממונה להאריך את משך הבחינה של מיזוגי חברות, עד ל-150 ימים.***

בנוסחו הנוכחי של החוק, על הממונה לסיים בחינה של מיזוגים בתוך 30 ימים למן הגשת הודעות המיזוג, ולצורך הארכת תקופת הבחינה, על הממונה לפנות לבית הדין להגבלים עסקיים בבקשה מתאימה. בפועל, באחוז גבוה מאוד מהמיזוגים, החלטת הממונה ניתנת בתוך תקופת 30 הימים, אולם חריגות מפרק הזמן שקצוב בחוק, נעשות בהסתמך על הסכמת הצדדים (לרוב בחוסר ברירה אמיתית), ורק במקרים חריגים ביותר נעשית פנייה לבית הדין. התיקון המוצע לחוק מאפשר לממונה להאריך את פרק הזמן, בהחלטה מנומקת, ללא צורך בהסכמת הצדדים או בפנייה לבית הדין, עד לסך כולל של 150 ימים למן הגשת הודעות המיזוג (היינו, עד ל-120 ימי הארכה).

הרשות, בהנהגת הממונה הנוכחית, מחויבת מאוד לקיצור משך הבדיקה, במיזוגים בהם הדבר מתאפשר. אולם, לא כל הממונים בעבר הונחו על-ידי מדיניות דומה, ומתעורר חשש כי בהינתן סמכות להאריך בקלות את משך הבדיקה של מיזוגים, גם מיזוגים שבעבר נבדקו במהירות, לא יקבלו את הקדימות לה הם זכו בהקצאת משאבי הרשות.

פרק המונופולין

- ***תיקון הגדרת "בעל מונופולין", כך שההגדרה תחול גם על פירמות אשר מחזיקות בכוח שוק משמעותי.***

בנוסח הנוכחי של הגדרת "בעל מונופולין", המבחן לקיומו של מונופולין מבוסס על נתח שוק בלבד – כל פירמה אשר מספקת או רוכשת למעלה ממחצית מהשוק הרלוונטי, היא בעלת מונופולין. התיקון המוצע מוסיף להגדרה גם פירמות אשר מחזיקות בכוח שוק משמעותי, כך שגם פירמה כאמור תהיה בעלת מונופולין, אפילו אם נתח השוק שלה לא חוצה את המחצית.

התיקון המוצע מרחיב את תחולת פרק המונופולין בחוק, ומחיל אותו גם על פירמות שבעבר לא נתפסו בהגדרת בעל מונופולין. עם זאת, ייתכן שההשפעה העקיפה שלו דווקא תאזן את הוראות פרק המונופולין, ותקנה להן בסיס עיוני וכלכלי מוצק יותר. הבעיה עימה אמור פרק המונופולין בחוק להתמודד היא כוח שוק בידי פירמה יחידה, ולא נתח שוק גבוה כשלעצמו. ההגדרה הנוכחית בחוק, הפכה את אחד המאפיינים שמסייעים לקיומו של כוח שוק, נתח שוק גבוה, לחזות הכל. שימת נתח השוק כחזות הכל, פגעה במבחנים ובניתוח של ההוראות המהותיות בפרק המונופולין (סירוב בלתי סביר לספק וניצול מעמד לרעה). ניתן לשער כי תיקון ההגדרה גם יוביל לניתוח איכותי יותר של ההוראות המהותיות בפרק.

פרק הסדרים כובלים

- ***קיצור פרק הזמן למתן החלטת הממונה בבקשת פטור.***

בהתאם לתיקון המוצע, על הממונה יהיה לתת את החלטתו בבקשת פטור בתוך 30 יום. הממונה רשאי להאריך את התקופה עד ל-120 ימים נוספים, במתן הודעה מנומקת למגישי הבקשה.

התיקון מקצר במידה משמעותית את פרק הזמן שהחוק בנוסחו דהיום קוצב לממונה למתן החלטה, אשר עומד על 90 ימים, עם אפשרות להאריך את תקופת הבדיקה ב-60 ימים נוספים. בנוסף, החוק בנוסחו היום קובע כי מניין הימים ייעצר כאשר הרשות ממתינה לקבלת תשובות לדרישות נתונים שהוציאה אגב בדיקת בקשת הפטור, והתיקון המוצע לא כולל הוראה דומה.

אכיפה

- ***העלאת העונש המרבי על עבירת הסדר כובל לעד חמש שנות מאסר, בלא תלות בנסיבות עריכתה.***
- ***ביטול האפשרות להשית חמש שנות מאסר על יתרת העבירות בחוק, אפילו אם הן נעשו בנסיבות מחמירות.***

בהתאם לנוסח הנוכחי של החוק, העונש על עבירות הליבה של החוק, הוא עד שלוש שנות מאסר. אולם, אם נעברה העבירה בנסיבות מחמירות, העונש המרבי עליה הוא עד חמש שנות מאסר.

התיקון המוצע מבקש להבחין בין עבירת הסדר כובל, לבין יתרת העבירות, ולקבוע עונש מרבי של עד חמש שנות מאסר בגין עבירת הסדר כובל, בלא תלות בנסיבות העבירה. במקביל, התיקון מוחק את האפשרות להשית עונש מאסר של עד חמש שנות מאסר, על יתרת העבירות שבחוק, ולכן העונש המרבי עליהן יהיה עד שלוש שנות מאסר.

מעבר להשפעה הישירה, של קביעת עונש מרבי חמור יותר, לתיקון המוצא יש גם השלכות עקיפות: כיון שכל עבירת הסדר כובל תסווג לאחר התיקון כפשע, תקופת ההתיישנות בפני העמדה לדין פלילי תהיה עשר שנים.

בנוסף, הרשות תוכל לבקש צו לביצוע האזנות סתר בגין חשד לקיומו של כל הסדר כובל באשר הוא, מבלי שהיא תידרש להראות כי החשד הוא להסדר כובל בנסיבות מחמירות.

- ***ביטול תקרת הסכום המוחלט בעיצום כספי.***

בהתאם להוראת החוק, לממונה יש סמכות להשית עיצום כספי בשיעור של עד 8% ממחזור המכירות המאוחד של תאגיד שהפר איסורים שונים בחוק (בכללם איסורים טכניים במהותם). אולם, החוק גם קובע תקרה לסך העיצום הכספי, לכל הפרה, בדמות סכום מוחלט של כ-24 מיליון ש"ח. תזכיר החוק מציע למחוק את תקרת הסכום המוחלט, כך שהמגבלה היחידה על גובה העיצום הכספי תהיה שיעור של עד 8% ממחזור המכירות המאוחד של התאגיד המפר.

עבור תאגידים גדולים, התיקון המוצע מרחיב במידה ניכרת את גובה החשיפה כתוצאה מהפרות של הוראות החוק. להמחשה, שירותי בריאות כללית, התאגיד בעל מחזור המכירות הגבוה ביותר במשק הישראלי, יהיה חשוף לעיצום כספי בסך של למעלה משני מיליארד ש"ח בגין הפרה בודדת של החוק.

אם הצעה זו תאומץ לחוק, ניתן לצפות כי היא תעורר שינויים נוספים בדין. בין היתר, ניתן לצפות לדרישה לקבוע את סכום העיצום בזיקה למחזור המכירות של הפעילות המפרה, ולאו דווקא למחזור המכירות של כל פעילויות התאגיד (לא כל שכן, בהתאם למחזור מכירות מאוחד של התאגיד). בנוסף, דומה שלא ננקט כיום קו עקבי בשאלה מתי פרקטיקה מסוימת עולה כדי הפרה יחידה, ומתי היא מהווה מספר הפרות. בשים לב למשמעויות הכספיות של המענה לשאלה זו, היא תצריך קביעת אמות מידה ברורות.

<u>שונות</u>

- ***החלפת שם החוק ושמות המוסדות שמכוחו.***

התיקון המוצא מבקש להחליף את שם החוק לחוק התחרות; את שמה של רשות הגבלים עסקיים לרשות התחרות; הממונה על התחרות תעמוד בראש הרשות; ואף בית הדין שפועל מכוחו של החוק, יהיה בית הדין לתחרות.

* * *

נשמח לעמוד לרשותכם בכל שאלה ו/או הבהרה.

* * *

הסקירה לעיל הינה בבחינת תמצית. המידע הכלול בה נמסר למטרות אינפורמטיביות בלבד ואין במידע כדי להוות ייעוץ משפטי. לקבלת פרטים נוספים, אנא פנו לעו"ד בועז גולן, שותף וראש מחלקת הגבלים עסקיים ותחרות, בדוא"ל: boaz.golan@goldfarb.com ו/או אל עו"ד נמרוד פראוור, שותף, מחלקת הגבלים עסקיים ותחרות, בדוא"ל: nimrod.prawer@goldfarb.com ו/או בטלפון 03-6089850.