

04 יולי 2021

כ"ד תמוז תשפ"א

לכבוד  
עו"ד מיכל הלפרין  
הממונה על התחרות  
רשות התחרות

עו"ד הלפרין, שלום רב,

**הנדון: תגובת לובי 99 לטיוטת כללי התחרות הכלכלית – מניעת השימוש במודל  
ה- Self assessment על ידי גורמים עם נתחי שוק משמעותיים**

בשם לובי 99 (חל"צ) הריני מתכבדת להגיש תגובתנו לטיוטת כללי התחרות הכלכלית (פטור סוג להסדרים שאינם אופקיים) (הוראת שעה) (תיקון מס'..), תשפ"א-2021; טיוטת כללי התחרות הכלכלית (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית) (הוראת שעה)(תיקון מס'..), תשפ"א-2021; טיוטת כללי התחרות הכלכלית (פטור סוג להסכמי רכישה בלעדית) (הוראת שעה)(תיקון מס'..), תשפ"א-2021; טיוטת כללי התחרות הכלכלית (פטור סוג להסכמי זכיינות) (הוראת שעה)(תיקון מס'..), תשפ"א-2021; טיוטת כללי התחרות הכלכלית (הוראות והגדרות כלליות) (הוראת שעה) (תיקון מס'..), תשפ"א-2021; טיוטת כללי התחרות הכלכלית (פטור סוג למיזמים משותפים) (הוראת שעה) (תיקון מס'..), תשפ"א-2021 (להלן: "פטורי הסוג"; "פטור הסוג").

בתמצית, אנו סבורים יש להגביל את האפשרות לביצוע self-assessment בכל הנוגע להתקיימותם של התנאים המהותיים בפטורי הסוג, אך ורק לגורמים שנתחי השוק המצרפיים שלהם בשווקים בהם הינם מתחרים אינם עולים על 30%. כמו כן, יש למנוע מבעלי מונופולין את האפשרות לבצע הערכה עצמית בנוגע להתקיימות התנאים המהותיים. זאת, לאור החשש שגורמים המחזיקים נתחי שוק משמעותיים הינם בעלי תמריצים משמעותיים לפעול באופן שעלול להוביל לפגיעה משמעותית בתחרות. זאת, גם על רקע האכיפה הלא-מספקת, על פניו, כנגד ההסדרים הכובלים בשוק מצד רשות התחרות, ואף על פי שתיקון 21 לחוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1988 (להלן: "חוק התחרות הכלכלית"; "החוק") הקנה לממונה סמכויות משמעותיות לבצע אכיפה שכזו.

בנוסף, אנו סבורים כי דו"חות ה RIA שפורסמו אינם כוללים התייחסות מספקת לפעולות האכיפה שנקטה רשות התחרות לשם שמירה על הוראות החוק, וזאת אף על פי שהמסד עליו מבוסס מודל ה- Self-Assessment כולו, הוא מנגנון אכיפה אפקטיבי בשוק. בהיעדר תיעוד למנגנון שכזה, ותוך הרחבת המודל לפטורי סוג נוספים – אנו נותרים עם שוק פרוץ, בו כל דאלים גבר.

## יש לאפשר לפעול במודל של Self-Assessment רק לגורמים שאינם בעלי נתחי שוק גדולים

1. משטר של Self-assessment, במסגרתו הצדדים מקיימים בעצמם הערכה עצמית בכל הנוגע לקיומם של התנאים לתחולת פטור הסוג, נועד להפחית את הנטל הבירוקרטי והרגולטורי ולמנוע מהצדדים את הצורך לפנות לממונה על התחרות בבקשה לקבל פטור מהסדר כובל, בכל מקרה ומקרה.
2. שימוש במנגנון זה הורחב לכללי פטור רבים – בהם פטור הסוג האנכי, פטור הסוג למיזמים משותפים, פטור סוג לכבילות נלוות למיזוגים ועוד<sup>1</sup>.
3. ככלל, אנו סבורים כי בהחלט יש מקום להימנע מבירוקרטיה רבה המעכבת את ההתפתחות העסקית, ויש מקום לאפשר לצדדים לבחון את תחולת פטורי הסוג עליהם. עם זאת, **הדבר צריך להיות מוגבל ככל שמדובר בשחקנים בעלי נתחי שוק משמעותיים, שלהם אינטרסים חזקים יותר "לעקם" את התוצאה המשפטית בדבר תחולת הפטור על מנת לאפשר קיומן של עסקאות שיש בהן בכדי לעלות להסדרי כובלים.**
4. חוות דעת משפטיות, מטבען ניתנות לוויכוח ולפרשנות. ה"שיטה", כפי שמצהירים עליה בכירי עורכי הדין במשק, היא לאתר את הפרצות ולנצל אותן לטובת האינטרסים של החברות הגדולות<sup>2</sup>.
5. יישום ה"שיטה" האמורה על מנת להכשיר הסדרים כובלים שיש בהם בכדי לפגוע פגיעה משמעותית בתחרות, על ידי גורמים המחזיקים נתחי שוק משמעותיים בשווקים בעלי חשיבות רבה לציבור הצרכנים, **עלול להוביל לפגיעה בתחרות שתוביל לעליית מחירים ולפגיעה בצרכנים.**
6. ניתן לטעון כי זהו תפקידם של עורכי הדין של החברות הגדולות וכי אלו מבצעים עבודתם נאמנה. ואולם, על רשות התחרות לעמוד כחומה בצורה כנגד ניסיונות נכלוליים לפגיעה בתחרות על ידי גורמים בעלי נתחי שוק משמעותיים:  
"רשות התחרות מופקדת על שמירת התחרות החופשית במשק ועל קידומה. עשיית הרשות מתפרשת על פני מגוון תחומים, בהם פיקוח על עסקאות, אכיפה, ייעוץ לגופי ממשלה ולכנסת – והכול על מנת לאפשר את התחרות החופשית והתועלות שהיא טומנת בחובה לרווחת הצרכן ולטובת הצמיחה הכלכלית והרווחה החברתית.  
הרשות פועלת על מנת למקד את הפיקוח ואת אכיפת החוק בפרקטיקות אשר מקימות חשש משמעותי לפגיעה בתחרות בשאיפה לצמצם ככל הניתן את הנטל האסדרתי והבירוקרטי בנוגע לפעילות עסקית לגיטימית, שאינה מסכנת את התחרות החופשית"<sup>3</sup>.
7. בענייננו – יש למצוא איזון בין צמצום הנטל האסדרתי מקום בו מדובר על תאגידי קטנים שמבקשים ליצור הסדרים החוסים תחת פטור הסוג, לבין החברות הגדולות במשק, שהסדרים

<sup>1</sup> דו"ח הערכת השפעת רגולציה - פטורי הסוג להסדרים שאינם אופייניים, להסכמי רכישה בלעדית, להסכמי הפצה בלעדית, להסכמי זכיינות, להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך ולהסכמים בין חברות קשורות, רשות התחרות 05.05.2021, בעמ' 5-6 (להלן: "דו"ח הערכת רגולציה פטורי סוג").

<sup>2</sup> בהקשר זה, ראו ראיון עם עו"ד פיני רובין בתכנית "משחקי הכיס" של שאול אמסטרדמסקי מיום 22.06.2021 באתר

<sup>3</sup> כאן-תאגיד השידור הישראלי" בדקות 00:26-38:30 [כאן](#)  
אתר רשות התחרות, "אודות", [כאן](#)

כובלים שהם כורתים, בחסות "חוות דעת משפטיות", עלולים להוביל לפגיעה משמעותית בתחרות.

8. אמנם, עצם קיומה של חוות דעת משפטית איננה פוטרת את הצדדים בהסדר הכובל מאחריות להפרת פטור הסוג, ואולם, החשש הוא כי די בקיומה על מנת להרתיע את רשות התחרות מאכיפה והטלת סנקציות על הצדדים.

9. עוד עולה החשש מתופעת "שבי רגולטורי", אשר עלולה להוביל למצב בו תאגידי גדולים שהינם "שחקנים חוזרים", המיוצגים על ידי משרדי עורכי דין המהווים אף הם "שחקנים חוזרים", מובילים להטייה בלתי מכוונת של המאסדר בהחלטותיו. רק היום פורסם פסק הדין בדנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח (04.07.2021), אתר בית המשפט העליון), בו נכתב ע"י כב' המשנה לנשיאה (בדימוס) מלצר:

"יש לציין כי מאסדרים לא בהכרח מודעים לכך שהם פועלים באופן מוטה, לטובת הגורם עליו הם מפקחים, והם עשויים לפעול מתוך אמונה שהם משרתים את טובת הציבור (ידין, בעמ' 157; אברהם, בעמ' 12). בהקשר זה, יש להדגיש כי תופעת "השבי הרגולטורי" איננה משמיעה כי המאסדר יקבל בהכרח החלטה שאיננה ראויה, אלא שיש שיקולים שעשויים להשפיע על שיקול דעתו לכיוון מסוים..."

(בפס' 56 לפסק דינו, הדגשות אינן במקור).

10. לאור האמור, יש לאפשר ביצוע הערכה עצמית בדבר תחולת הפטור, רק כאשר ההשלכות האפשריות על התחרות, אף במקרה של "שגיאה", אינן משמעותיות.

11. משכך, אנו סבורים כי יש להגביל את האפשרות לקיים הערכה עצמית, אך ורק לגורמים שנתחי השוק המצרפיים שלהם בשווקים בהם הינם מתחרים, אינם עולים על 30%. כמו כן, לעמדתנו יש לאסור על בעלי מונופולין, מוכרזים ושאינם מוכרזים, להימנע מלאשר הסדר כובל באמצעות הערכה עצמית.

12. נדגיש, כי בדו"חות ה RIA הנלווים לפטורי הסוג, התייחסה הרשות לטענותינו בעניין זה וציינה כך:

"בין השאר, עלתה הצעה לקבוע נתחי שוק מקסימליים לתחולת פטור הסוג ולקבוע כי פטור הסוג לא יחול ביחס לבעלי מונופולין. ואולם, מנגנון הערכה עצמית משקלל בתוכו את נתחי השוק של הצדדים להסדר, ובתוך כך את השאלה אם צד להסדר הוא בעל מונופולין, וממילא אם נתונים אלו יעלו חשש לפגיעה בתחרות – הם לא יחסו תחת הפטור"<sup>4</sup>.

13. ואולם, התייחסות זו כוללת למעשה את הנחת המבוקש, שכן טענתנו היא שעצם מתן האפשרות לבצע הערכה עצמית בדבר תחולת התנאים, לגורמים בעלי נתחי שוק משמעותיים,

<sup>4</sup> דו"ח הערכת השפעת רגולציה – פטור סוג למיזמים משותפים והוראות והגדרות כלליות לפטורי סוג מיום 20.05.2021 (להלן: דו"ח הערכת רגולציה 2), בעמ' 4.

מייצרת קושי ממשי. זאת, שכן האינטרס להיתלות בחוות דעת משפטיות בדבר התקיימות התנאים, שאינן מבוססות דיין, גדל.

### דו"חות ה-RIA אינם כוללים נתוני אכיפה מספקים

14. דו"חות ה-RIA שצורפו לטיטוט פטורי הסוג<sup>5</sup> אינם כוללים כמעט נתונים בדבר פעולות אכיפה שנקטה רשות התחרות בנוגע להפרת פטורי הסוג.

15. כך, אף על פי שמצוין בדו"ח כך: "הרחבת השימוש בהערכה עצמית נעשתה כחלק ממהלך רחב שהובילה רשות התחרות של מיקוד האיסורים שבדין בפעולות עסקיות המקימות חשש לפגיעה משמעותית בתחרות, או שמטרתן הפחתת התחרות במשק, תוך הסרת נטל רגולטורי וביורוקרטי מיותר. שיאו של המהלך בחקיקת תיקון מס' 21<sup>6</sup> לחוק (להלן הרפורמה) שלצד מיקוד האיסורים והקטנת הנטל הרגולטורי גם חיזק משמעותית את יכולת האכיפה" – לא סופקו כמעט נתונים בדבר פעולות אכיפה.

16. בדו"ח צוין כי "לצד זאת, הרשות נוקטת גם באכיפה יזומה – באמצעות מחלקת מודיעין שתוגברה בשנים האחרונות, ובמקביל – נערכות בדיקות שווקים גם במחלקת מחקר ובמחלקת שווקים, וכאשר עולה חשש להפרות חוק – הרשות בוחנת ואוכפת הפרות של החוק"<sup>7</sup>. ואולם מלבד טענות כלליות אלו, בדו"ח אין תשובות לשאלות משמעותיות כגון – כמה בדיקות נעשו בשווקים בנוגע לקיומם הסדרים כובלים? כמה חקירות נפתחו? כמה כתבי אישום הוגשו? כמה הליכים מנהליים בוצעו? כמה קנסות הוטלו?

17. עוד מציינת הרשות בדו"ח כך: "נציין, כי רשות התחרות לא התרשמה כי פטורי הסוג או ניתוחים שנעשו בעקבותיהם הרבו הפרות החוק"<sup>8</sup>, ללא ביסוס 'התרשמות' זו על נתונים.

18. זאת, אף על פי שהמסד עליו עומד מודל ה-Self-Assessment, הוא מנגנון אכיפה אפקטיבי בשוק, חלף "Pre-Ruling".

19. בהיעדר נתוני אכיפה, כיצד ניתן אפוא לקבוע כי "אל מול חסרונות חלופת ביטול מנגנון פטורי הסוג, המשך השימוש במנגנון מפחית עלויות למדינה ולציבור וזאת מבלי לפגוע בערך המוגן של החוק – התחרות החופשית"<sup>9</sup>.

20. בנוסף, מציינת הרשות בדו"ח כי "מספר הבקשות המועט לקבלת פטור פרטני המתקבלות מדי שנה מלמד כי עסקאות רבות מאד כלל אינן מגיעות לקבלת היתר מראש.. יש להניח כי בגודל העסקאות שאינן מגיעות לקבלת היתר מראש ישנו מספר לא מבוטל של הסדרים שעשויים להילכד תחת ההגדרה הרחבה של הסדר כובל. על פי דין, הסדרים אלו אינם חוקיים על כל המשתמע מכך, וזאת אך מהטעם שלא התקבל להם היתר מראש"<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> דו"ח הערכת רגולציה פטורי סוג; דו"ח הערכת רגולציה 2.

<sup>6</sup> ס"ח תשע"ט מס' 2781 מיום 10.1.19.

<sup>7</sup> דו"ח הערכת רגולציה פטורי סוג, בעמ' 16.

<sup>8</sup> דו"ח הערכת רגולציה פטורי סוג, בעמ' 16.

<sup>9</sup> דו"ח הערכת רגולציה פטורי סוג, בעמ' 13.

<sup>10</sup> שם, בעמ' 8.

21. כלומר – ה"שוק" מעיד בהתנהגותו על כך שמנגנוני האכיפה של הרשות אינם מספקים – ישנן עסקאות רבות העולות לכדי הסדר כובל, שבהיעדר מורא מפני הרשות, כלל לא מגיעות לאישורה וזאת על אף הטענה בדבר מנגנוני אכיפה משמעותיים הקיימים בידי הרשות.
22. כמו כן, מהגרף בנוגע לכמות הבקשות לפטור פרטני עולה כי קיימת ירידה משמעותית בכמות הבקשות לקבלת פטור פרטני (מ 63 בשנת 2018 ל- 17 בשנת 2019), מה שמגביר את החשש כי מנגנוני האכיפה הקיימים, או תדירות ועוצמת השימוש בהם, אינם מספקים ואינם מרתיעים.
23. נציין עוד כי מבחינה של דו"ח הרשות לשנת 2019, עולה כי מתקיימים הליכים מנהליים ופוליטיים מעטים, שרובם המוחלט כלל לא נוגע לסוגיות אלו<sup>11</sup>.

### סיכום

24. בהיעדר אכיפה אפקטיבית בשווקים, אשר תוביל להרתעה ממשית מפני ביצוע הסדרים כובלים בניגוד להוראות החוק, לא ניתן להרחיב את השימוש במודל ה-Self-Assessment שכן הדבר יוביל להרחבה של פעילות אנטי-תחרותית שעלולה להוביל לפגיעה משמעותית בתחרות.
25. הדבר נכון על אחת כמה וכמה מקום בו מדובר בגורמים בעלי נתחי שוק משמעותיים, שישנו חשש כבד יותר כי הסדרים כובלים להם הם צד, יובילו לפגיעה משמעותית בתחרות.
26. משכך, מבוקש להגביל את מודל ה-Self-Assessment בפטורי הסוג השונים לצדדים להסדר כובל שלהם נתחי שוק מצרפיים שאינם עולים על 30% בשווקים בהם הינם מתחרים. כך ניתן יהיה לצמצם את החשש מפני פגיעה בתחרות שתיגרם מהסדרים שאינם עומדים בתנאים המהותיים. כמו כן, יש לאסור על בעלי מונופולין, מוכרזים ושאינם מוכרזים, להימנע מלאשר הסדר כובל באמצעות הערכה עצמית.
27. לצד זאת, אנו סבורים כי יש להגביר את האכיפה ולטייב את מנגנוני האכיפה, כך שהמסד עליו מבוסס מודל ה-Self-Assessment, יהיה מיטבי.

בברכה,

עו"ד זחר אלטמן-רפאל  
לוביסטית ציבורית

<sup>11</sup> דו"ח רשות התחרות לשנת 2019, אתר רשות התחרות, בעמ' 28-35 כאן