

אכיפה פרטית של

דיני ההגבלים העסקיים – פוטנציאל לא ממומש!**

א. מבוא

בשנת 2003, ולסיים, אציע כמה הצעות לשדרוג ולעידוד האכיפה הפרטית של הוראות חוק ההגבלים העסקיים בישראל. כאמור, מטרתו המרכזית של חיבור זה, היא להקיץ את האכיפה הפרטית בתחום ההגבלים העסקיים מהתרדמה העמוקה שבה היא שרויה. כבר יבש היין מ"חגיגות העשור" של רשות ההגבלים העסקיים בישראל; כבר הוטלו עונשי מאסר בפועל (שלא הומרו בעבודות שירות) בגין עברות של הגבלים עסקיים⁶; המודעות לתחום ההגבלים העסקיים ללא ספק כבר הגיעה ל"רמה של בגרות", וזאת, גם בקרב הקהילה העסקית (ולא רק המשפטית) בישראל. אולם הפוטנציאל עדיין לא ממומש. אטען כי ללא אכיפה פרטית של הוראות חוק ההגבלים העסקיים, ההגנה על התחרות בישראל חסרה, ואפקט ההרתעה נרע. לאור האמור, כפי שעוד יפורט להלן, יש, לדעתי, לתקן את החוק באופן שיתמרץ ותבעים להגיש תביעות הגבליות אזרחיות במתכונת דומה לזו הקיימת בארצות-הברית. יש גם לתת את הדעת למתן אפשרות לבתי המשפט לחייב את רשות ההגבלים העסקיים להתערב ולחוות דעתה בתביעות הגבלים במסגרת אכיפה פרטית, במקרים שבהם יש, לדעת בית המשפט, עניין לציבור בהתערבות הרשות. בנוסף, יש להגביר את המודעות לתחום ההגבלים העסקיים (Competition Advocacy) ולהדגיש את החשיבות הציבורית העמוקה שבהגנת התחרות, בשימורה ובעידודה. לדאבן הלב, אצל חלק משופטי ישראל, רמת הבקיאות בתחום ההגבלים העסקיים, אינה דומה לרמת הבקיאות בתחומי משפט אחרים. יתרה מזאת, בתי משפט רבים נרתעים מתחום ההגבלים העסקיים,

אכיפה פרטית של דיני ההגבלים העסקיים בשיטת המשפט הישראלית היא בגדר פוטנציאל לא ממומש. חוק ההגבלים העסקיים מאפשר אכיפה פרטית-אזרחית של הוראות, ו"בין השורות" אפילו מעודד אותה¹. אחד הסממנים הסטטוטוריים המובהקים של האכיפה הפרטית מעוגן בסעיף 50 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים") המאפשר לבסס תביעה נזיקית במקרה של הפרת החוק². כמו כן, אפשר לבסס תובענה ייצוגית בגין הפרה של חוק ההגבלים העסקיים³. כלומר, בחוק ההגבלים העסקיים עצמו, קיימת אכיפה פרטית הגבלית של דיני ההגבלים העסקיים⁴, אולם בפרקטיקה מספר ההליכים האזרחיים הננקטים במסגרת אכיפה פרטית של הוראות חוק ההגבלים העסקיים, הוא קטן, יחסית, מנקודת המבט התחרותית של המשק הישראלי כולו. כפועל יוצא, העובדה כי תאורטית החוק מאפשר אכיפה פרטית, אינה מתורגמת הלכה למעשה להשפעה ממשית על שיעור התחרותיות במשק הישראלי. כלומר, על אף קיומו של פוטנציאל, הוא איננו ממומש. מדוע בשיטת המשפט הישראלית אין אכיפה פרטית **אפקטיבית** של חוק ההגבלים העסקיים? מדוע שוחרי התחרות החופשית, הצרכנים ומערך האכיפה ההגבלי יוצאים נפסדים מכך? ומה צריך לעשות כדי לשדרג, לטובת הכלל והצרכן את האכיפה הפרטית של חוק ההגבלים העסקיים בישראל? בשאלות אלה ואחרות אעסוק בחיבור זה.

ביתר פירוט, אעסוק בנושאים הבאים: ראשית, אבהיר את המונח "אכיפה פרטית", וכן אבהיר מדוע אין די באכיפה פלילית או מנהלית בתחום ההגבלים העסקיים, ומדוע האכיפה הפרטית, חרף קיומן המקביל של האכיפה הפלילית והמנהלית, היא כה חשובה. לאחר מכן אסקור סוגים שונים של אכיפה פרטית: תביעות פרטיות; תובענות ייצוגיות; ותביעות פרטיות או תובענות ייצוגיות שמוגשות בעקבות הליכים פליליים או מנהליים (Follow-On-Actions)⁵. אסקור את מעמדה של האכיפה הפרטית של דיני ההגבלים העסקיים בארצות-הברית (Antitrust) ושל דיני התחרות באיחוד האירופי (שם הייתה בעניין זה רפורמה משמעותית

* שותף בכיר וראש מחלקת הגבלים עסקיים בשיטת בראון גלאון צ'ין טוב יגור ושות' – עורכי-דין; מרצה להגבלים עסקיים ומיווגים ורכישות באוניברסיטת בראון ובמכללה האקדמית נתניה; עוסק בפרקטיקה של דיני ההגבלים העסקיים; מחבר הספר "דיני הגבלים עסקיים – מהדורה שלישית", הוצ' ניר ספרות משפטית, תשס"ב-2002.

** תודתי העמוקה למר אסף שילון, מתמחה במחלקת ההגבלים העסקיים במשרד, ולמר אדם לייזר, מבית הספר למשפטים באוניברסיטת טרונטו, קנדה, על הסיוע באיסוף החומר.

1 ראו למשל: ס' 43(ה) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988.
 2 ראו לעניין זה: דניאל מור "הגבל עסקי – עוולה בנזיקין" הפרקליט כג 78 (1967), וכן משה בורנובסקי "על האכיפה העונשית והפרטית של דיני ההגבלים העסקיים" עיוני משפט טו 537 (1990). לדוגמה לתביעה כזו שהיא בבחינת חריג לתופעת אי-ניצול הפוטנציאל של האכיפה הפרטית ההגבלית, אשר התבססה על סעיף 50 לחוק ההגבלים העסקיים, ושנפסקו במסגרתה פיצויים לתובעים בגין הפרות של חוק ההגבלים העסקיים, ראו: ת"א (מחוזי חי'י) Tower Air 1114/99 נ' שירותי תעופה בע"מ (טרם פורסם, 6.5.2007).
 3 כיום, מצוי הבסיס הנורמטיבי לכך בחוק התובענות הייצוגיות. ראו חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, תוספת שנייה, ס"ח 4. בעבר היה זה מכוחו של פרק נפרד בחוק ההגבלים העסקיים עצמו. ראו: פרק 1 לחוק ההגבלים העסקיים שבוטל על ידי, ועם כניסתו לתוקף של, חוק התובענות הייצוגיות, תשס"ו-2006.
 4 להרחבה לעניין הסעדים האזרחיים מכוח חוק ההגבלים העסקיים ראו בין היתר: יצחק (צחי) יגור **דיני ההגבלים העסקיים – מהדורה שלישית מעודכנת ומורחבת** 673–688 (2002).
 5 למשל: קביעה מכוח ס' 43 לחוק ההגבלים העסקיים.
 6 ראו למשל: **קרטל המרצפות** – ת"פ 366/99 **מדינת ישראל נ' סבירסקי**, תק-מח 400 (2002) 5071.

נוסף לכך, אין לרשות, נכון ללשון החוק דהיום, כלים וסעדים הדרושים לכך. כך, למשל, חוק ההגבלים העסקיים אינו מעניק סמכות לרשות ההגבלים העסקיים לחייב צדדים להגבל עסקי לשלם פיצויים ל"קרבנות" הפרטיים של הפגיעה בתחרות. כלומר אין לרשות ההגבלים העסקיים בישראל סמכות על פי חוק להטיל סנקציות כספיות¹¹. יצוין כי גם בשיטות משפט אחרות¹², כאשר יש לרשות סמכות להטיל סנקציות כספיות מנהליות בדמות קנסות, הרי אלה משולמים בדרך כלל לאוצר המדינה, ולא לכיסו של מי שנפגע מאותן הפרות הגבליות. כמו כן קנסות או עיצומים כספיים המוטלים על המפר מחושבים על פי אמות מידה עונשיות, השונות מאלה שעל בסיסן מחושב פיצוי. על כן לא תמיד יש בהם כדי ליצור "הפנמה" יעילה של העלות החברתית הנוצרת (או הרווחה החברתית הנגרעת) עקב ההגבל העסקי. במסגרת אכיפה פרטית, ורק במסגרתה, יכול הנפגע ההגבלי – קרי הקרבן הישיר של הפגיעה בתחרות – לקבל פיצוי על הנזקים שנגרמו לו בגין הפגיעה בתחרות¹³.

חשובה במיוחד בהקשר זה אכיפה פרטית לאחר אכיפה ציבורית (Follow-On-Actions), שהיא קטגוריית אכיפה פרטית פרטיקולרית המשלימה את האכיפה הפלילית. אכיפה זו מאפשרת לגורם העסקי שנפגע, לתבע פיצויים מהמפר תוך שהוא מסתמך על הליכים מנהליים או על הליכים פליליים קודמים. באופן זה גורמת האכיפה הפרטית לכך ש"הרווחה החברתית" שנגרעה עקב ההגבל העסקי, תושב לכיסי הנפגעים מההגבל העסקי.

לבסוף, חשוב להדגיש, כי האכיפה הפרטית תורמת רבות לשדרוג אפקט ההרתעה של מערך האכיפה ההגבלי. כך, עשויה האכיפה הפרטית לסייע בחשיפת קרטלים או בחשיפת הפרות אחרות על חוק ההגבלים העסקיים. כמו כן, החשש מתובענה ייצוגית או מתובענה נזיקית לפיצוי בגין הנזקים שנגרמו עקב הגבל עסקי, יש בה, כשלעצמה, משום הרתעה נוספת מלהפר את דיני ההגבלים העסקיים או מלהיות צד להפרה מעין זו.

ד. אכיפה פרטית בארצות-הברית

1. על היקפה של האכיפה הפרטית בארצות-הברית

בדומה לשיטות משפט אחרות, גם בארצות-הברית קשה למצוא סטטיסטיקה מסודרת באשר להיקפה של אכיפה פרטית בתחום ההגבלים העסקיים¹⁴. עם זאת, אפשר למצוא נתונים סטטיסטיים בעבודת מחקר¹⁵ משותפת של Prof. R. H. Lande ו-Prof. J. P. Davis, המתמחים בהגבלים עסקיים. כך, למשל, ניתן ללמוד מעבודת מחקר זו כי הליכי אכיפה פרטית בתחום דיני ההגבלים בארצות-הברית הניבו, בעשרות השנים האחרונות, פיצויים לקרבנות הפרטיים של הפגיעה בתחרות, בסכום של כ-35 מיליארד דולר. חלק ניכר מהפיצויים, אבל לא רובם המכריע, נפסקו ב-Follow-On-Actions, דהיינו בתביעות אזרחיות הגבליות שבאו בעקבות הליכים פליליים או מנהליים בתחום ההגבלים העסקיים שניהלה הרשות¹⁶. חלק לא מבוטל מסך הפיצויים נפסק גם בתביעות של Rule Of Reason. דהיינו במקרים שבהם על התובע להוכיח פגיעה בתחרות על יסוד נסיבות העניין, ולא במקרים של קרטלים מובהקים (Hard Core Cartels).

שבגיל אינו מצוי בזירת המומחיות שלהם. בפרט, נרתעים, לעתים, בתי המשפט מניתוחים כלכליים הנדרשים בתחום ההגבלים העסקיים. ברם, על הפתרונות המוצעים בהקשר זה, אפרט להלן.

ב. מערך האכיפה של חוק ההגבלים העסקיים

על פי חוק ההגבלים העסקיים עומד מערך האכיפה בתחום זה על שלוש רגליים:

אכיפה פלילית של חוק ההגבלים העסקיים – שעליה מופקדים רשות ההגבלים העסקיים, כרשות החוקרת והתובעת בתחום הפלילי ההגבלי ובית משפט מחוזי בירושלים⁷;

אכיפה מנהלית של חוק ההגבלים העסקיים⁸ – שעליה מופקדים הממונה על ההגבלים העסקיים; בית הדין להגבלים עסקיים; ושר התעשייה המסחר והתעסוקה⁹;

אכיפה פרטית של חוק ההגבלים העסקיים – המופקדת בידי הציבור כולו: לקוחות, מפיצים, ספקים ומתחרים, היינו בידי כל מי שנפגע מהגבל עסקי. אכיפה פרטית, כאמור, של הוראות חוק ההגבלים העסקיים יכול שתיעשה בכל בית משפט בישראל בהתאם לסמכותו העניינית והמקומית לדון באותו עניין.

המונח "אכיפה פרטית" הוא אפוא "שם גנרי", כולל, להגנה על תחרות באמצעות הליכים אזרחיים¹⁰. הרעיון העומד ביסוד שיטת אכיפה זו הוא שרשות ההגבלים העסקיים אינה "כלב השמירה" היחיד של התחרות, וכי תפקיד זה מסור גם בידי כל אחד מהציבור. התפיסה היא שהתחרות היא רכוש הציבור וקניינו והשמירה עליה מהווה אינטרס של הציבור. ממילא ההגנה עליה, גם באמצעות אכיפה פרטית, מהווה הגנה על רכוש הציבור וקניינו, זאת בצד ההגנה על האינטרס הישיר של הפרט שניזוק מההגבל העסקי.

ג. חשיבות האכיפה הפרטית בתחום ההגבלים העסקיים

האכיפה הפרטית בתחום ההגבלים העסקיים, מקום שהיא יעילה ואפקטיבית, משפרת משמעותית את מערך האכיפה ההגבלי כולו. רשות ההגבלים העסקיים אינה מסוגלת לבצע את מרב האכיפה ההגבלית. מטבע הדברים היא נאלצת להתמודד עם מגבלות תקציב, מגבלות כוח אדם, תחלופה גבוהה יחסית של כוח אדם מקצועי וכו'. מגבלות אלה, ובעיקר מגבלות התקציב וכוח האדם, והצורך לקבוע סדרי עדיפויות באשר לטיפול בנושאים הקשורים בהגנה על התחרות, גורמים לכך שכשלי תחרות רבים אינם מטופלים על ידי רשות ההגבלים העסקיים, לא בפן הפלילי ואף לא בפן המנהלי. לשם ההמחשה, יודגש, כי לטובת הרשות להגבלים עסקיים עומד תקציב שנתי של קרוב ל-20 מיליון שקלים, ובכלל זה מחלקה משפטית שכוללת כ-30-40 עורכי דין (כולל חוקרים וכלכלנים שהם עורכי דין בהשכלתם). לא ניתן לצפות שמערך כזה יטפל בכל הבעיות וכשלי התחרות בישראל. לרשות ההגבלים העסקיים אין איפוא משאבים לטפל בכל הבעיות וכשלי התחרות.

על חשיבות האכיפה הפרטית בתחום ההגבלים העסקיים בארצות-הברית ניתן ללמוד גם ממחקר של פרופסור סטפן קוקינס משנת 2006.¹⁷ פרופ' קוקינס מצא, בין היתר, שהרוב המכריע של ההלכות החשובות בתחום ההגבלים העסקיים בארצות-הברית ניתנו דווקא במקרים של אכיפה פרטית של דיני ההגבלים העסקיים. בישראל אין זה מצב הדברים. למעט מספר זניח של הלכות – שהבולטת בהם היא בדני"א 4465/98 טבעול נ' שף הים¹⁸ – אין הלכות בתחום האכיפה הפרטית ההגבלית בישראל ורובן של ההלכות החשובות בתחום ההגבלים העסקיים הן בפן המנהלי (החלטות של הממונה על ההגבלים העסקיים) או הפלילי (פסקי דין פליליים של בית המשפט).

2. הגורמים להצלחת האכיפה פרטית בתחום ה-Antitrust בארצות-הברית?

ניתן להצביע על מספר גורמים להצלחתה של האכיפה הפרטית בארצות-הברית:

ראשית, בארצות-הברית התחרות נתפסת כבדיח התיכון של המשטר הדמוקרטי. התפיסה היא שללא תחרות חופשית, אין דמוקרטיה. זולת סוגיות של פרשנות החוקה, ענייני ההגבלים העסקיים הם העניינים היחידים שזוכים להגיע לבית המשפט העליון הפדרלי. רק אלה מגיעים "טריבוטל על טריבוטל". עובדה זו מלמדת, בין היתר, על החשיבות הרבה שמייחסת שיטת המשפט האמריקנית לתחרות החופשית ולשמירה עליה. ממילא מובן גם הדגש שניתן לאכיפה הפרטית, בין מנקודת המבט של הציבור ובין מנקודת המבט של המשפט.

שנית, בעניין של אכיפת החוק על קרטלים בין-לאומיים (International Cartels) – תחום שתופס בעשורים האחרונים נתח נכבד ממשאבי רשות התחרות בארצות-הברית – משמשת האכיפה לא רק כאמצעי להגנה על הדמוקרטיה, אלא כאמצעי למניעת הברחת עושר חברתי (Social Welfare), השייך לאומה האמריקנית ולצרכן האמריקני, אל מחוץ לגבולות ארצות-הברית, לתאגידים רב-לאומיים. באופן דומה, נתפסת אכיפה פרטית הגבלית בשיטת המשפט בארצות-הברית, המכוונת נגד תאגידים זרים, כמי שמיועדת להגן לא רק על התחרות אלא גם על העושר החברתי.

שלישית, חזקת ה-Per Se האמריקנית, ששרשר שלהן מצוי גם בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים בדין הישראלי¹⁹, נאכפות ומיושמות בעיקר במסגרת האכיפה הפרטית של דיני ההגבלים העסקיים בארצות-הברית.²⁰

לבסוף, סיבה מרכזית, ולדעתנו החשובה מכול, להצלחה ולרמת השכיחות הגבוהה של אכיפה פרטית של דיני ההגבלים העסקיים בארצות-הברית, נעוצה בתמריץ הטמון בפיצוי לקרבנות ההגבל העסקי. סעיף 15 ל-Clayton Act²¹, מעניק בהקשר זה תמריץ מיוחד לתובע הגבלי במסגרת אכיפה פרטית, בקובעו שאם תביעתו ההגבלית תתקבל, הוא יהיה זכאי לקבל פיצוי בשיעור של פי שלושה מהנזק שנגרם לו בגין אותה הפרה של דיני ההגבלים העסקיים, לרבות הוצאות משפטיות שהוציא לצורך ניהול התביעה.

וכך קובע בהקשר זה סעיף 15 לחוק קלייטון:

"Any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor [sic!] in any district court of the United States [...] without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee" (י.צ.י.).

המשפט האמריקני מכיר בכך שהתובע הפרטי בתביעה הגבלית נלחם לא רק את מלחמתו שלו, וכי לתביעתו יש "ממד של ייצוגיות", של טובת הכלל, אף שאין זו תובענה ייצוגית. התובע הפרטי מגן, למעשה

7 הסמכות הייחודית והבלעדית לדון באישומים פליליים בתחום ההגבלים העסקיים מסורה על פי החוק לבית-המשפט המחוזי בירושלים. ערעורים על החלטותיו של בית המשפט המחוזי בירושלים כאמור, ניתן להגיש, בזכות, לבית המשפט העליון.

8 לעניין "יקו התפרי" בין פלילי ומנהלי בתחום ההגבלים העסקיים, ראו יגור, לעיל הי"ש 4, בעמ' 645–659.

9 לממונה נותרה בחוק סמכות מנהלית בתחום ההגבלים העסקיים לקבוע בצו רף נמוך מזה הקבע בחוק, לקביעת קיומו של מונופולין בשוק ספציפי. ראו: סעיף 26(ג) לחוק ההגבלים העסקיים. ראו למשל: צו הגבלים עסקיים (קביעת מונופולין), התשמ"ב-1982, ק"ת 1339. לרחבה בעניין זה ראו: יגור, לעיל הי"ש 4, בעמ' 545–546.

10 Commission Staff Working Paper 19/12/05, "Damages Actions For Breach of the EC Antitrust Rules", COM (2005) 672 http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2005/com2005_0672en01.pdf

11 בהקשר זה יצוין, כי ישנן רשויות מנהל שהוסמכו בחוק להטיל עיצומים כספיים, ראו למשל בעניין רשם החברות – סי 354 ואילך לחוק החברות, התשנ"ט-1999. הטלת עיצומים כספיים על תאגידים שהפרו את חוקי התחרות היא תופעה שכיחה יחסית באיחוד האירופי.

12 כמו למשל: בדיני התחרות בקנדה או בהולנד.

13 William E. Kovacic, *Private Participation in the Enforcement of Public Competition Laws*, May 15 2003, <http://www.ftc.gov/speeches/other/030514biic1.shtm>

14 בכמה תקדימים בולטים בנושא, נפסקו פיצויים גבוהים במיוחד לטובת התובע במסגרת האכיפה הפרטית של דיני ההגבלים עסקיים. כך למשל בעניין Berkey Photo Inc. v. Eastman Kodak Comp., 603 F.2d 263 (2nd Cir. 1979) קבל התובע פיצוי בסך 87 מיליון דולר בגין עברות מונופולין של Kodak (אולם בהחלטה במסגרת הערעור הופחת סכום הפיצוי לסך של 990,000 דולר בלבד). בעניין MCI Communication Co. v. AT&T, 462 F. Supp. 1072 (1979) נפסק לטובת התובע פיצוי בסך של 1.8 מיליארד דולר. ראו לעניין זה גם: More Firms are Filing Antitrust Law Suits Against Competitors, WALL STREET JOURNAL, Dec. 29, 1976, P.1.

15 Robert H. Lande & Joshua P. Davis, *An Evaluation of Private Antitrust Enforcement: 29 case Studies, Interim Report*, Nov. 8, 2006 <http://www.antitrustinstitute.org/archives/files/550b.pdf>

עבודת מחקר של פרופ' לנדי (אוני' בלטימור) ופרופ' דיויס (אוני' ספרנססיקו) מה-8 בנובמבר 2006.

16 ה-Department of Justice או מחלקת האנטיטרסט של ה-Federal Trade Commission.

17 Prof. Stephen Calkins, *Coming to Praise Criminal Antitrust Enforcement*, in EUROPEAN COMPETITION LAW ANNUAL 2006: ENFORCEMENT OF PROHIBITION OF CARTELS

18 דני"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56 (2001).

19 בין חזקות ה-Per Se המובהקות נהוג למנות: קרטלים לתיאום מחירים, קרטלים לחלוקה של השוק, תיאומים במכרזים ציבוריים והסדרי מכסות לווטיות ההיצע או כמויות ייצור.

20 ראו לעניין זה: Berkey Photo Inc. לעיל הי"ש 14; MCI Communication Co. לעיל הי"ש 14.

21 The Clayton Act, 15 U.S.C. § 15 (1914) (להלן: "חוק קלייטון").

the victims of infringements. The role of the national courts here complements that of the competition authorities of the Member States”.

חשוב עוד לציין כי האירופאים מתמודדים עם שונות באכיפה הפרטית של דיני התחרות השונים ב"מדינות החברות" עקב הבדלים פרוצדורליים, תפיסות שונות לגבי שיעור הפיצוי וכו'.²⁷

לסיכום, האכיפה הפרטית של דיני התחרות בבתי המשפט הרגילים של "המדינות החברות" באיחוד האירופי, נתפסת איפוא ככזו שמשלימה את ההגנה שהנציבות האירופית מעניקה לתחרות בפן המנהלי.²⁸

1. מדוע פוטנציאל האכיפה הפרטית בישראל אינו ממומש?

אם, כפי שראינו, אכיפה פרטית היא כה חשובה לתחרות, מדוע בתחום ההגבלים העסקיים היא יחסית אינה שכיחה בישראל? מחוק ההגבלים העסקיים משתמעת גישה אוהדת, באופן יחסי, לאכיפה פרטית של הוראותיו. כך, למשל, בסעיף 2 (ב) לחוק עוגנו חזקות הכבילות, חזקות שמטרתן, למעשה, להקל אכיפה פרטית אזרחית של חוק ההגבלים העסקיים.²⁹ כמו כן לממונה על ההגבלים העסקיים ניתנה הסמכות להכריז על גוף מסוים כבעל מונופולין,³⁰ במידה רבה כדי להקל אכיפה פרטית אזרחית נגד בעל מונופולין, במקרה שבו בעל המונופולין ניצל את מעמדו המונופולי לרעה. מאחר שחוק ההגבלים העסקיים עצמו אוהד אכיפה פרטית של הוראותיו, עולה ממילא השאלה מדוע אין שיטת אכיפה זו נפוצה. נראה שכמה גורמים אחראים לכך:

1. היעדר מודעות מספקת לחשיבות הנושא (ולממד הציבורי שבו) **בבתי המשפט**: אין די מודעות להיות התחרות אבן יסוד בדמוקרטיה, ותנאי לחלוקה הוגנת וראויה של משאבי המשפט.
2. **רתיעה מניתוחים כלכליים**: ציינתי כבר שבתי המשפט נרתעים מתחום ההגבלים העסקיים, ובמיוחד מניתוחים כלכליים שהנם חיוניים לשם הוכחת פגיעה בתחרות עקב ההגבל העסקי. סוגיות הגבליות שכיחות כגון: הגדרת השוק הרלוונטי; הוכחת קיומו של מונופול (כאשר לא ניתן להישען על הכרזה של הממונה על ההגבלים העסקיים בנדון); הוכחת קיומו של הסדר כובל; הוכחת קיומה של פגיעה אחרת בתחרות (כאשר צריך להיסמך על חוות דעת כלכלית לשם כך) הם נושאים שמחייבים, לעתים מזומנות, חוות דעת כלכלית שבתי המשפט נרתעים הימנה ברובם. רתיעה זו אינה מוצדקת. גם בתחום דיני הניזקין ובתחומי משפט אחרים שבהם נדרשת לשם הכרעה חוות דעת מומחה משתמשים בתי המשפט בחוות דעתם של מומחים. אין בכך, כמובן, שום פסול.
3. **תפיסה שגויה בדבר קיומו, כביכול, של סעד חלופי**: בנוסף, כאשר מתעוררות סוגיות של הגבלים עסקיים בתביעות אזרחיות, בתי המשפט שבוים, לעתים, בקונספציה שמי שצריך לתת מזור לנפגעים היא רשות ההגבלים העסקיים. תפיסה זו שגויה בבסיסה, משום שרשות ההגבלים העסקיים, בהינתן משאביה המוגבלים, אינה מסוגלת להתמודד עם כל בעיות התחרות במשק. יתרה מכך, הרשות אינה מוסמכת לפסוק פיצויים לזכותו של התובע ההגבלי. מכאן, שהפניית התובע להגיש תלונה בדרשות

(ולו בעקיפין), על התחרות שהיא "קניין הציבור" בכללו, ואם מתקבלת תביעתו, דיני ההגבלים העסקיים מתגמלים אותו על כך ולא רק על הנזק הישיר שנגרם לו. בפועל, במרבית פסקי הדין האמריקניים שבהם הוכיח תובע פרטי את תביעת ההגבלים העסקיים שזים וניהל, נפסקו לו פיצויים שגוהם פי שלושה מהנזק שנגרם לו, לרבות הוצאות משפט שהוציא לצורך ניהול התביעה.²²

לסיום הדיון בגורמים להצלחת האכיפה הפרטית בארצות-הברית כדאי להזכיר כי כנגד תמריץ זה להגשת תביעות, עומדות בפני התובע הפרטי בארצות-הברית כמה מכשלות. אחת העיקריות שבהן נוגעת ל"מעמדו" (Standing). כך, למשל, ידחה בית משפט תביעה לפיצוי כאשר הנזק הנטען על ידי התובע הוא "רחוק" או לא ישיר דיו.²³ אולם נושא "המעמד" ההגבלי בתביעות של אכיפה פרטית, המעניין כשלעצמו, חורג ממסגרתו של דיון זה.

ה. אכיפה פרטית באיחוד האירופי

בשנת 2003 התחוללה בדיני התחרות של האיחוד האירופי רפורמה בנושא האכיפה הפרטית. תקנה 3 ותקנה 6 לתקנות 1/2003 בדבר יישום חוקי התחרות של אמנת רומא, הסמיכו את בתי המשפט של המדינות החברות (Member States) באיחוד האירופי לדון בתביעות הגבלים של גופים פרטיים בעילה של הפרת דיני התחרות של האיחוד.

Article 3 - Reg. 1/2003*²⁴: קובע:

“National courts shall apply Community competition law to anticompetitive behavior which may affect trade between Member States...”

Article 6 - Reg. 1/2003*²⁵: קובע:

“National courts shall have the power to apply Articles 81 and 82”

הוראות אלה מאפשרות לתובע לפנות לקבלת סעד, למשל, לבית המשפט בליסבון, במדריד או בלונדון, ולהגיש תביעה שם, בבית המשפט של "המדינה החברה" באיחוד האירופי, בטענה של הפרת סעיף 81 או 82 לאמנת רומא. במילים אחרות, קרבן של קרטל או של הפרה הגבלית אחרת, יכול לתבוע פיצויים בבית משפט של "מדינה חברה" בטענה של הפרת דיני התחרות של האיחוד האירופי. חשוב לציין כי הנציבות האירופית (European Commission) מוסמכת להטיל קנסות מנהליים על מי שהפר את דיני התחרות של האיחוד, אבל אינה מוסמכת לפסוק פיצויים לצד הנפגע. כך, מוסמכים בתי המשפט של "המדינות החברות" לפסוק פיצויים לטובת קורבנות הפגיעה בתחרות.

על החשיבות שמייחסים האירופים לאכיפה הפרטית בתחום דיני התחרות, אפשר ללמוד מסעיף 7 לדברי ההסבר לתקנות בדבר יישום חוקי התחרות באיחוד האירופי:²⁶

“National courts have an essential part to play in applying the Community competition rules. When deciding disputes between private individuals, they protect the subjective rights under Community law, For example, by awarding damages to



צילום: ניר קידר

בנוסף, כדי להעלות את רמת בקיאותם של בתי המשפט בתחום, יש להגביר את היישום האפקטיבי של החוקים שבחוק, אשר נועדו להקל את האכיפה הפרטית בתחום ההגבלים העסקיים. סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, הבא למנוע את הצורך להוכיח פגיעה בתחרות במקרים המפורטים בסעיף שבהם הפגיעה בתחרות מובנת מאליה, הוא תולדה של מקרי ה-Per Se בארצות-הברית, שבהם הפגיעה בתחרות, כאמור, מובנת מאליה. יש ליישם את הסעיף, והחוקים שבו במסגרת אכיפה פרטית.

ההגבלים העסקיים חלף ברור תביעתו בבית המשפט, פעמים רבות עושה עוול לתובע, וחשוב מכך – היא חוטאת לאינטרס הקידום והשמירה על התחרות, שהוא האינטרס הבסיס שביסודו של חוק ההגבלים העסקיים. בממשק הזה, בין האכיפה המנהלית והפילית של רשות ההגבלים העסקיים מצד אחד, והאכיפה הפרטית בתביעות הגבליות בבתי המשפט, מן הצד האחר, קיים, לדעתי, חסר ממש, לאקונה, בהתאמה בין הדיון ההגבלי בבית המשפט האזרחי לבין רשות ההגבלים העסקיים, לרבות בנסיבות שבהן מדובר בנושאי תחרות עקרוניים. טוב היה, לדעתי לו הייתה רשות ההגבלים העסקיים מבחירה את הנושא, למשל, בהנחיות פנימיות או בפרסום גילוי דעת מתאים. מכאן, בתי המשפט, בכל הכבוד, שוגים, לעתים, בהנחה כי לתובע מזור ואכסניה אצל רשות ההגבלים העסקיים. הפניית תובע הגבלי לקבלת מזור לסוגיות שהעלה בנושאי תחרות, עלולה לגרום לו "ליפול בין הכיסאות" ולהיותו בפני "שווקת שבורה".

הנה כי כן, כפי שכבר צוין לעיל, ראוי היה שברשות ההגבלים העסקיים ייקבעו ויפורסמו הנחיות שעניינן התערבות הרשות בהליכי אכיפה פרטית בתחום ההגבלים העסקיים (כפי שנעשה, למשל, במקרה החריג, של הדיון הנוסף בבית המשפט העליון בפרשת טבעול נ' שף היס). הסדרת הנושא כאמור תתרום הן לעצם מעורבות הרשות בהליכי אכיפה פרטית והן ליצירת ודאות באשר לקריטריונים שעל פיהם ייקבע אם יש מקום, בנסיבות עניין פלוני, להתערבות הרשות (למשל: מקום שנושא התביעה הפרטית כרוך בפגיעה תחרותית קשה ומשמעותית).

4. **שמרנות בפיצוי וכך היעדר תמריץ לתובעים:** במשפט האמריקני יש חבר מושבעים, שנטייתו לפסוק פיצוי גבוה לנפגעי הגבל עסקי שכיחה יותר מאשר במשפט הישראלי. יתר על כן, אין בחוק הישראלי פיצוי מתמריץ³¹, ובהקשר של תובענות ייצוגיות, שאמורות להיות מכשיר משמעותי ביותר ב"ארגו הכלים" של האכיפה הפרטית בתחום ההגבלים העסקיים, עומדת בפני התובעים בעיה גרית כללית, שאינה ייחודית לתחום ההגבלים העסקיים³². כפי שעוד יפורט בפרק ז' להלן, חשוב וכדאי למען התחרות, לעגן בחוק תמריץ בפיצוי לתובעים.

ז. שדרוג מערך האכיפה הפרטית בתחום ההגבלים העסקיים בישראל

כיצד ניתן אפוא לשדרג את האכיפה הפרטית של חוק ההגבלים העסקיים בישראל? בהקשר הזה אציע שני סוגי פתרונות: פתרונות מידיים (בבחינת "עזרה ראשונה") לטווח הקצר; ופתרונות אסטרטגיים לטווח הרחוק. פתרונות מידיים: בטווח הקצר חשוב וראוי להגביר את המודעות התחרותית ובכלל זה להגביר את בקיאות בתי המשפט האזרחיים בתחום ההגבלים העסקיים. אם בית משפט שלום כלשהו מוסמך לדון בתביעת הגבלים עסקיים, עליו להיות בקי בנושא באותה רמה שבה הוא בקיא בתחומי משפט אחרים. על כן, למשל, רצוי שהרשות להגבלים העסקיים או גוף אחר (כגון המכון להשתלמות שופטים), יעביר סמינריונים והדרכות לשופטים בתחום משפט זה. פתרון אחר לבעיה, הוא לייחד ערכאות. כלומר לייחד סוג מסוים של ערכאות לדיון בתביעות אזרחיות של הגבלים עסקיים.

22 ראו פסקי הדין לעיל הי"ש 14.

23 ראו לעניין זה: Billy Baxter Inc. v. Coca Cola Co., 431 F.2d 183 (2nd Cir. 1970); כן ראו: Berger & Bernstein, *An Analytical Framework for Antitrust* (1977). *Standing*, 86 YALE L.J. 809 (1977).

24 Council Regulation 1/2003 on the implementation of rules on competition. Lay down in Articles 81 and 82 of the EC Treaty, OJ 2003 L 1/1. Article 3.

25 שם, Article 6.

26 שם, Article 7.

27 Comission Staff Working Paper, Annex to the GREEN PAPER, Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules ראו לעניין זה: ד"ר יח הניצבות האירופית מה-19.12.05.

28 ראו גם: Wouter P.J. Wils, *Should Private Antitrust enforcement be encouraged?* WORLD COMPETITION (2003) 473-488 26; *in Europe*.

29 ראו להזכיר, בעניין זה, כי בית המשפט העליון בפרשת טבעול פירש את סעיף 2(ב) הנדון כמקום חזקת חלטות שאינן ניתנות לסתירה. כן ראו לדוגמה: הי"פ 1990/95 פרנס נורזנברג בע"מ נ' בן ארי (ההגבלים העסקיים – החלטות הממונה על ההגבלים העסקיים, פסקי דין – בית המשפט בעניין ההגבלים העסקיים, ג, לשכת עורכי דין 1996, 303).

30 סי 26 לחוק ההגבלים העסקיים.

31 יצוין כי ישנן שיטות משפט שבהן היכולת לקבל פיצוי כלשהו, להבדיל מסעד של אכיפה או צו מניעה, במסגרת אכיפה פרטית בתחום התחרות היא מוגבלת. כך למשל בקנדה, רק ב-2002 הורחבה האפשרות שבחוק לקבל פיצוי על יסוד תביעה הגבלית אזרחית לעילות מסוימות של ניצול מעמד מונופולי לרעה, ראו: Kent Roach & Michael Trebilcock, *Private Enforcement of Competition Laws*, 34 OSGOODE HALL LAW J. 461-508 (1996).

32 הדיון בבעיה זו חורג, כמובן, מגדרה של רשימה זו.

בארצות-הברית³⁴. כשם שהדין מתמרץ תובע ייצוגי שהצליח בתביעתו כאשר הוא עושה את מלאכתו של הציבור בהביאו את התובענה הייצוגית לבית המשפט, כך ראוי לשקול את האפשרות לעשות שימוש בפיצוי מתמרץ בהקשר של אכיפה פרטית בתחום ההגבלים העסקיים. ויפה שעה אחת קודם. כמובן, שפיצוי מתמרץ עלול לגרום לתמריץ יתר להגשת תביעות³⁵; ואולם, לדעתנו, ב"מאזן הכולל של התועלת לציבור" תרומתו של אמצעי זה להגברת האכיפה בתחום התחרות, שהיא כאמור קניין הציבור, עולה על החיסרון הכרוך בו של עידוד תובענות וחשובה ממנו.

33 לדעתנו, במסגרת הנחיות כאמור, על רשות ההגבלים העסקיים לקבוע אמות מידה ברורות שלפיהן תישקל מעורבותה במסגרת תובענה אזרחית (ייצוגית או פרטית) לאכיפה של חוק ההגבלים העסקיים, בין באמצעות מתן חוות דעת באשר לסוגיה ההגבלית שעל הפרק, ובין (במקרים מתאימים) באמצעות התייצבות הרשות עצמה באותו הליך והצטרפות להליך כ"ידיד בית-המשפט".

34 חשוב לציין שמוסד הפיצוי המתמרץ במסגרת אכיפה פרטית של דיני התחרות, קיים בדיון רק בארצות-הברית. בשיטות משפט אחרות (כמו למשל, בדיני התחרות של האיחוד האירופי, ניו-יורק, אוסטרליה, קנדה וכו'), לכל היותר, זכאי התובע שתביעתו הפרטית לאכיפת דיני התחרות התקבלה, לפיצוי רגיל בנויקן בגין הנוק שנגרם לו עקב ההגבל העסקי.

35 הכלים השכיחים להתמודדות עם סוגיית "מוטיבצית היתר" כאמור במשפט האמריקני הנם בין היתר: העברת התביעה במסגרת מבחני תום הלב והגדרה נוקשה וצרה יחסית של "סוגיית המעמד ההגבלי", קרי של מבחני הזכאות להגשה של תביעה הגבלית נויקית כזו, שעשויה לזכות את התובע, אם יצליח בתביעתו, בפיצוי משולש. בין היתר, עליו להוכיח שנוקו בגין ההגבל העסקי הנטען הוא נזק ישיר, ושקיים קשר סיבתי ישיר וברור בין הנוק הנטען לבין ההגבל העסקי נשוא התובענה. ראו לעניין זה גם לעיל הי"ש 25.

אמצעי נוסף לשדרוג מערך האכיפה קשור הדוק לקודמו. מדובר באימוץ האפשרות ליתן צווים זמניים בתביעות הגבליות וקיום הדיון בתביעות אלה בדרך של סדרי דין מהירים. במשפט האמריקני, שימוש ראוי בחזקות Per Se במסגרת אכיפה פרטית של דיני ההגבלים העסקיים, כרוך בהליך דיוני מהיר (Summery Judgment), הדומה להליך של סדר דין מקוצר המקובל במשפט הישראלי. כדאי לשקול אימוצו של כלי דיוני זה בהקשר של תביעות הגבליות אזרחיות, מאחר שהוא מאפשר דיון מהיר בכשלי תחרות, כאשר הפגיעה בתחרות מוסקת מאליה.

כל הצעדים שלעיל הנם בבחינת פתרונות מידיים שיכולים לסייע לשדרוג האכיפה הפרטית בתחום ההגבלים העסקיים, במהירות יחסית, כבר בטווח הזמן קצר.

ראייה אסטרטגית לטווח הארוך: מן הראוי לשקול פרסום הנחיות על ידי רשות ההגבלים העסקיים בנוגע להתערבות הרשות בתביעות פרטיות המעלות סוגיות מהותיות בתחום התחרות, וזאת גם מיזמתה של הרשות³³. בהקשר זה אני סבור כי מן הראוי שתביעות פרטיות בתחום ההגבלים העסקיים, ידווחו, באופן שוטף, לרשות ההגבלים העסקיים. זו תנהל מרשם של תביעות אזרחיות בתחום ההגבלים העסקיים, אך זאת לא רק לשם המעקב גרידא, אלא על מנת לאפשר לרשות להתערב בהליכים באופן מעשי, במקרים בהם על פי שיקול דעתה עולה סוגיה עקרונית בתחום התחרות, והתערבותה בהליך חשובה לצורך הגנת התחרות.

השינוי האחרון והחשוב ביותר הוא אימוץ פיצוי מתמרץ לנפגעי או לקורבנות ההגבל העסקי. אמצעי זה, של פיצוי מתמרץ, הוכח כיעיל