

החידושים החמים לא מספיק אפויים

12:26, 19.01.14 | עו"ד חנית אמיר ינב, יגאל ארנון ושות' עורכי דין

בשנה האחרונה פרסם הממונה על ההגבלים העסקיים מספר טיוטות של גילויי דעת, שתכליתן הבהרת הדין החל בנושאים מסוימים והסדרת נושאים שכביכול היו "רדומים" עד כה



הטיטה הראשונה נקראת "גילוי דעת להעברת מידע במסגרת בדיקת נאותות בעסקה בין מתחרים" ובה עמד הממונה על הסכמת לפיהן חברה אחת תנהל משא ומתן עם מתחרה לצורך רכישתו, במסגרתו תקבל מידע שסייע לה להתחרות עם אותות המתחרה ככל שהעסקה לא תצא אל הפועל.

הסכמת שיווצרו הן הבסיס לתיאום התנהגות עסקית וקיומו של מנגנון להעברת מידע שישמש כ"אפקט מצגן" של התחרות. חברות עתירות ידע צריכות לחשוש כי עסקין במשא ומתן למראית עין, בעוד שלמעשה היו ריגול עסקי אחרי מתחרה. הממונה מנסה להנחות מהו מידע רגיש מבחינה תחרותית-כל מידע שאינו פומבי ושאינו יודע לכל מתחרה של בעל המידע, הוא יקנה לו אמצעים לצפות את צעדיו של בעל המידע ותגובותיו בשוק, דבר שעשוי ליצור לו יתרון תחרותי. בין יתר החומרים אותם פורט הממונה ניתן למצוא מחירים, עלויות ייצור, הנחות, שולי רווח, נתחי שוק, אסטרטגיה, מו"פ, מכרזים ומדיניותם וכיוצא ב.

הממונה גורס כי מידע רגיש כזה יבדק על ידי גורם שלישי מקצועי ואובייקטיבי אשר לא ימצא בניגוד עניינים.

בעדיפות שנייה ניתן להיעזר בעובדים שאינם עוסקים בפעילות תמחור, שיווק או מכירת או שנמצאים על סף פרישה לגמלאות. לחילופי חילופין מציע הממונה הקמת "צוות נקי" מתוך החברה שסייע בקבלת החלטה ויעיין בחומר, ותקופה ממושכת לאחר מכן לא יעסוק בתמחור, שיווק או מכירת החברה.

הממונה קובע מספר אמצעים נוספים למזעור הסיכון לפגיעה תחרותית, וביניהם חובת תיעוד רחבה, העברת המידע ב"שורות תחתונות", החתמת המעורבים על כתבי סודיות רחבים וכד'. אם סבורים כי גילוי הדעת אינו מספיק חד וברור. הגדרת "מתחרים" ו"חובת התיעוד" רחבות מדי, הגדרת המסמכים המותרים להעברה אינה קונקרטית ודרושה רשימה מפורטת מהם המסמכים שניתן להעבירם לעיני ישיר, הגבלת הרשאים לעיין ישירות במידע רחבה מדי ויצרת בעיה בחיי המסחר המקובלים בהם סביר שהקונה הפוטנציאלי עוסק באותו תחום של חברת המטרה ומקבלי החלטות בהנהלת הקונה מעוניינים לקבל החלטה ולהציע מחיר על בסיס נתונים ולא על בסיס המלצה של צד שלישי.

אנו סבורים כי אין מקום להחילה על חברות פרטיות ועל עסקאות שאינן חייבות בהגשת הודעת מיזוג או בחשיפת מידע ציבורי כלל. טיוטת גילוי דעת נוסף עוסקת באיסור על בעל מונפולין לגבות מחיר מופרז על נכס או שירות. מטרת הממונה היא להתמודד עם בעיית יוקר המחיה בישראל נכח העובדה שחלק ניכר ממוצרי הבסיס בישראל מהווה מוצרי מונפול. בכך הפיח הממונה חיים בסעיף קיים בחוק ההגבלים העסקיים הישראלי, אשר איננו קיים בדין האמריקאי.

הממונה פורש בטיטא שלוש מתודולוגיות לפיו הוא מתעתד לבחון אם בעל מונפולין גבה מחיר

מופרז. על פי המתודולוגיה הראשונה "בחן מחירי הסופי של המוצר אל מול עלות ייצורו. המתודולוגיה השנייה תנתח את רוחחיותו של בעל המונפולין בהתחשב בממדד "חוס שייקבע על ידי הממונה. המתודולוגיה השלישית גורסת כי יש להשוות בין מוצרים דומים או בין חברות לצורך בחינת המחיר. הממונה מביא רשימה פתוחה של שיקולים שיתמראו אותו לאסוף את האיסור, וביניהם הגעת המונפולין למעמד שלא באמצעות יתחנותיו התחרותיים, רגולטור נוסף בענף, מחיר מופרז על מוצר בסיס ועוד.

אולם, הביקורת מצד החברות לא איחרה להגיע. למעשה, כל בעל מונפולין מחויב עתה לבחון את מחיריו באמצעות מומחה כלכלי, שיישם כל אחת מהמתודולוגיות ויגיע למסקנה אם החברה חשופה לסנקציה מצד הממונה. לדעתנו, התוצאה של טיטוט גילוי דעת זה אינה הגברת הודאות אלא דווקא הגברת העמימות. בעלי מונפולין אינם יודעים כיצד עליהם לבחון האם מחיריהם מופרזים. לכאורה על פי גילוי הדעת, התשובה לכך היא - קחו מומחה כלכלי שיבחן את המחיר לפי המתודולוגיות השונות וימליץ בפניכם. מובן שזוהי תוצאה מכבידה וקשה ליישום. מול כל חוות דעת כלכלית, יוכל הממונה (או מתחרה מעוניין) להציג חוות דעת כלכלית נגדית שתנקוב במספרים אחרים. לא זו בלבד שהלקוחות יוצאו הוצאות נכבדות של זמן וכסף - התוצאה תהיה המשך אי הודאות. זאת ועוד.

קיים ספק אם גילוי דעת זה יגרם לבעלי המונפולין להוריד את מחירי המוצרים ולכלולם לשלם פחות עבור מוצר צריכה בסיסיים רבים שאותם אנו צורכים. יתכן כי חלק מבעלי המונפולין יעדיפו להמשיך לגבות מחיר מופרז מהצרכן, ולספוג את הסנקציה - הכלכלית בעיקרה - שתוטל עליהם על ידי רשות ההגבלים העסקיים, ככל שתוטל לאחריה התפרסמה גם טיטוט גילוי דעת הדנה בפעילותם של איגודים עסקיים והחברים בהם.

הכללים שהתווה הממונה בטיטה זו יגרמו לעלות כלכלית משמעותית ולהכרח בליווי משפטי צמוד. איגוד עסקי אינו גוף כלכלי עשיר. בנסיבות אלה, נדמה כי לא יהיה קל לחלק מהאיגודים העסקיים לעמוד בקריטריונים שהתווה הממונה - הן מבחינה מקצועית ועילות האיגוד, והן מבחינה כלכלית. גילוי הדעת אינו עוזר לאיגודים העסקיים אלא למעשה מעכב ומערים קשיים על פועלם, תוך מתן לגיטימציה להגשת כתבי אישום כנגדם וכנגד החברים בהם בגין כל פעולה שלדעתו של הממונה איננה עולה בקנה אחד עם האמור בגילוי הדעת.

עוד פרסם הממונה לאחרונה פטור סוג חדש, שיוענק להסדרים שאינם אופקיים ושאינם מכילים כבילות מחיר מסוימות. פטור סוג זה כולל מספר חידושים. הגדרת המונח "הסדר אופקי" בפטור הסוג קובעת כי השקעה של מתחרה במתחרה אחר, שאינה עולה על 25% מרכישת הזכויות בחברה, תיבחן כהסדר סבל, וזאת להבדיל מרכישה של מעל 25% מהזכויות אשר תיבחן כמיזוג חברות. עד כה הייתה מחלוקת בנוגע לאופן הטיפול בהשקעה של מתחרה במתחרה של בדמות רכישת זכויות הנמוכות מ-25%, אשר הפסיקה טרם הכריעה לגביה.

כעת, מבהיר הממונה, באמצעות הגדרת המונח "הסדר אופקי" בפטור הסוג, כי בחינת השקעה מסוג זה תיעשה באמצעות בדיקה אם הצדדים קשחו עצמם בהסדר סבל אופקי. חידוש נוסף הינו ניסיון אימוץ הגישה הרווחת בארה"ב ובאיחופה לעניין קביעת מחירי מקסימום למשווק.

עד כה נהוג היה בישראל כי קביעת מחירי מקסימום הינה בגדר הסדר סבל אסור, למעט חריגים (ראו לדוגמא סעיף 3(4)ה) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית), תשס"א-2001), וזאת בניגוד לעמדה הרווחת בארה"ב ובאיחופה, אשר לפיה הכתבת מחיר למשווק וקביעת מחירי מינימום נתפסת כהסדר סבל בעוד שקביעת מחירי מקסימום מותרת. הגדרת המונח "כבילות מחיר" מנסה להתאים את הדין הישראלי למצב הנהג בשיטות משפט מקבילות.

החידושים האמורים עשויים היו להיות שימושיים ועילים, אלא שלדעתנו אליה וקוץ בה. צורך יישום הפטור נדרשים הצדדים להסדר לבדוק את התקיימותם של תנאי סעיף 2 לפטור (המתוארים לעיל), כך שממילא אין הם נחלצים מניתוח משפטי וכלכלי מעמיק לצורך בחינת אפשרות השימוש בפטור ודאי שאינם נהנים מודאות לגבי התקשורתם.

לסיכום, ארבעת הטיטוט הללו עוררו סערה בקרב חלק מעורכי הדין, ולא בכדי, נוכח הצבת מגבלות וממשולים המחויים "תקנה שהציבור אינו יכול לעמוד בה". כאשר יפורסמו נוסחם הסופי של גילוי הדעת, מכל לבחון אם הממונה שם ליבו להערכת שנתקבלו מהציבור ומהחברות ואיזן בין הצורך להגן על התחרות לבין הסכנה מהקפאתה.