

תפקידו של חוק ההגבלים העסקיים במארג החוקים הכלכליים של מדינת ישראל

מאת

מיכל (שיצר) גל*

א. הקדמה

בטרם נפנה לניתוח פרטני של הוראות החוק, עומד פרק זה על נושאים אחדים אשר להם השלכות רוחביות על כל פרקי הספר: המאפיינים הכלכליים של המשק הישראלי, השורשים ההיסטוריים והאידיאולוגיים של חוק ההגבלים העסקיים ותחולת חוק ההגבלים העסקיים בשווקים המוסדרים בחוק ספציפי. נושאים אלו מטרתם להעניק לקורא מעין מבט-על ממעוף הציפור על חוק ההגבלים העסקיים, אשר מקרין על כל אחד מפרקיו המאוחרים של הספר.

ב. מאפיינים כלכליים של המשק הישראלי

ישאל השואל מדוע קם צורך בספר אשר ינתח את הדין הרצוי בישראל, שהרי הספרות העולמית בתחום ההגבלים העסקיים והארגון התעשייתי – אותו ענף כלכלי אשר עליו נסמכים דיני ההגבלים העסקיים – ענפה ומתפתחת. התשובה לכך היא פשוטה: מעבר לייחודן של חלק מהוראותיו של חוק ההגבלים העסקיים הישראלי, על מנת שחוק ההגבלים העסקיים אכן יקדם את המטרות שלשמן חוקק, יש להתאימו לתנאי השוק שבו הוא חל. לשוק הישראלי כמה מאפיינים עיקריים המשפיעים על תוכנם ועל אכיפתם היעילה של דיני ההגבלים העסקיים. אלו כוללים את גודלו הקטן של השוק המקומי, ריכוזיותו, גובה חסמי הכניסה אליו ומבנהו הקונגלומרטי. להלן נפרט מאפיינים אלו, כמו גם את השלכותיהם העיקריות על דיני ההגבלים העסקיים. בפרקים הבאים תפורטנה חלק מהשלכות אלו ביתר פירוט.

* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים אוניברסיטת חיפה. ברצוני להודות לאמיר ישראלי על עזרה יוצאת מן הכלל במחקר לכתיבת פרק זה.

השוק המקומי בישראל הוא שוק קטן. גודלו של השוק המקומי הוא אחד הפרמטרים העיקריים המשפיעים על כללים אופטימליים להסדרת התחרות. הסיבה לכך היא שככל שהביקוש המקומי קטן, כך השוק המקומי יכול לתמוך בפחות חברות בגודל אופטימלי. טלו למשל מקרה שבו על מנת להשיג יעילות בייצור, על חברה לייצר לפחות 10,000 יחידות. אם הביקוש בשוק עומד על 20,000 יחידות, ברי כי השוק יכול לתמוך רק בשתי חברות בגודל אופטימלי והשוק יהיה בעל מבנה ריכוזי. רק אם הביקוש יגדל באופן משמעותי או שטכנולוגיית הייצור תשתנה כך שניתן יהיה לייצר באופן אופטימלי בכמויות קטנות יותר, ישתנה מבנה זה של השוק.

לכך מתווספים חסמי כניסה גבוהים יחסית בשווקים רבים. חסמי כניסה הם תנאי שוק המעלים את עלות הכניסה של חברה חדשה לשוק או של התרחבותה של חברה הפועלת בו. חשיבותם לניתוח ההגבלי בכך שהם מגבילים את יכולתן של חברות חדשות או קיימות לשחוק את כוח השוק של החברות הפועלות בשוק ולשנות את מבנהו. חסמי כניסה פועלים כמעין חומת מגן סביב החברות הפועלות בשוק: הם מפחיתים את הלחץ התחרותי על חברות אלה להוריד מחיר, להגדיל כמות, להתייעל ולעסוק במחקר ופיתוח. חסמי הכניסה הם בחלקם טבעיים, דהיינו יצירי השוק, ובחלקם מלאכותיים, דוגמת מכסים והיטלים או תוצאתה של פעילות אנטי תחרותית. חלק מחסמי הכניסה משפיעים על כל החברות הפוטנציאליות בשוק וחלק רק על חלקן. חסם הכניסה העיקרי בשוק קטן נובע מהצורך לייצר בכמויות שמספקות חלק גדול יחסית של הביקוש על מנת לפעול ברווחיות. צורך זה גורם לכך שכל חברה שנכנסת לשוק משפיעה באופן ישיר ומידי על שיווי המשקל הקיים, על כן היא תשקול בזהירות רבה את כניסתה לשוק. בנוסף, העובדה שמשאבי הטבע בישראל מוגבלים גורמת לחסמי כניסה גבוהים לשווקים הנדרשים למשאבים כאמור לשם ייצור או שיווק.

מאפיין נוסף של ישראל הוא גובה חסמי הכניסה העומד בפני חברות זרות המבקשות לייבא את מוצריהן לשוק הישראלי. חסם הכניסה הטבעי העיקרי הוא עלויות ההובלה של יבואנים זרים ממקום הייצור ועד לישראל. היקף הסחר של מדינת ישראל עם שכנותיה זניח ושותפות הסחר העיקריות שלה רחוקות ממנה גאוגרפית. בשל בידודה הגיאוגרפי של ישראל (ההופך אותה, הלכה למעשה, לכלכלת אי), למרביתן המוחלטת של היבואניות הפועלות בה הובלה אפשרית רק דרך הים או האוויר, עובדה המייקרת משמעותית את הייבוא ומעלה משמעותית את חסמי הכניסה לשווקיה. בנוסף, פעמים רבות מתרכז היבוא בידיים בודדות כדי להשיג יתרונות לגודל ביבוא, עובדה המגבירה גם היא את ריכוזיותם של שווקים ישראליים רבים. התנאים המפורטים לעיל יוצרים גם חסמי ייצוא, שכן חברות ישראליות המבקשות לייצא את מוצריהן נדרשות לשאת בעלויות הובלה גבוהות אשר הופכות פעמים רבות את הייצוא לבלתי כדאי. לא לפלא הוא אפוא כי חלק ניכר מהייצוא של חברות ישראליות מתרכז במוצרים אשר עלות הובלתם זניחה, דוגמת מרבית מוצרי שוקי ההיי-טק.

השילוב של ביקוש קטן יחסית וחסימי כניסה ליבוא וייצוא גורם לכך שמדינת ישראל מתאפיינת במבנה ריכוזי במרבית שווקיה. מבנה שוק אוליגופוליטי – דהיינו שוק המתאפיין במספר מועט של מתחרים – שכיח בשווקים רבים (דוגמת שוק המזגנים, שוק הפסטה ושוק הטלפונים הסלולריים). כן מוצאים אנו שווקים מונופוליסטיים רבים יחסית, שבהם פועלת חברה דומיננטית אחת החולשת על פלח גדול מהשוק (דוגמת שוקי החלב, הקפה, המלט, הצבעים וסכיני הגילוח). שווקים אחדים מאופיינים במבנה של מונופול טבעי, דהיינו מבנה שוק היכול לתמוך רק בחברה רווחית אחת בלבד (דוגמת רשת הצינורות המובילה דלק סילוני למטוסים בשדה התעופה או רשת הולכת החשמל). אין משמעות הדבר כי אין בישראל שווקים תחרותיים, אולם חלקם היחסי קטן יחסית לזה שבמדינה גדולה דוגמת ארצות הברית או אנגליה.

שילובם של שני מאפיינים אלו – ביקוש מקומי קטן וחסימי כניסה גבוהים ליבוא ולייצוא – הופכים את ישראל לכלכלה קטנה. גודלה של כלכלה, הנמדד בהתאם למספר החברות היכולות לספק את הביקוש המקומי בה תוך השגת יעילות בייצור, משפיע ישירות על התחרות בשוק,¹ שכן ככל שפחות חברות יכולות לספק באופן יעיל את הביקוש בשוק וככל שחברות אלו מוגנות בחסימי כניסה גבוהים יותר מפני תחרות פוטנציאלית, כך גובר החשש לפגיעה בתחרות ובתוצאותיה, בין בדרך של התנהגות מונופוליסטית בשווקים מונופוליסטיים ובין בדרך של תאום (explicit or tacit collusion) או התאמה (oligopolistic coordination) בשווקים אוליגופוליטיים. השפעות גודלה של כלכלה קטנה על כללים אופטימליים של דיני ההגבלים העסקיים נותחו בהרחבה במקום אחר.² כאן נפרט רק מקצת מההשלכות של מאפיין זה על דיני ההגבלים העסקיים.

בנוסף,³ מתאפיינת ישראל גם בריכוזיות גבוהה בבעלות על חברות: בחברות עסקיות רבות גרעין השליטה גדול (למעלה מ-50%) ומורכב ממספר קטן של בעלי שליטה. אחד הכלים לבדיקת ריכוזיות הבעלות על חברה הוא אחוז ההון המוחזק על ידי חמשת בעלי המניות הגדולים ביותר. בחברה אמריקנית ממוצעת מחזיקים חמשת בעלי המניות בעלי האחזקה הגדולה ביותר ב-25% מהון מניות החברה; בבריטניה שיעור האחזקה הוא 21%; ביפן וגרמניה, בעלות ריכוזיות בעלות גבוהה יותר, שיעור האחזקה הוא 33% ו-42%, בהתאמה; בישראל, שיעור האחזקה עומד על 73%.⁴ משמעות עובדה זו לדיני התחרות היא

1 M.S. Gal *Competition Policy for Small Market Economies* (2003), chapter 1
2 לדיון נרחב בהשלכות גודלו של השוק על כללים אופטימליים להסדרת שווקים ראו שם ; M.S. Gal "Size Does Matter – General Policy Prescriptions for Optimal Competition Rules in Small Economies" 74 *U. S. Cal. L. Rev.* (2001) 1438
3 שלוש הפסקאות הבאות בפרק מקורן המרכזי הוא ההרצאה "מדיניות הגבלים עסקיים – דגשים והתאמות למאפייני המשק הישראלי" (לא פורסם, 1998).
4 ח' בר "השפעת אחזקות ריאליות של בנקים ושאר בעלי מניות גדולים על ביצועי פירמות" סוגיות בבנקאות (1999) 14, 52; ר' דהן, ש' האזור "הקשר בין איכות פיקוח, זכויות הצבעה

כי למספר קטן של בעלי מניות יש שליטה בפועל על החלטותיה העסקיות של החברה. עוד עניין הראוי לתשומת לב הוא רמה גבוהה יחסית של בעלות צולבת: רבות מהחברות הגדולות במשק מחזיקות זו במניותיה של האחרת. לעובדה זו השפעה מהותית על התחרות, כיוון שהיא עלולה ליצור מיזוג אינטרסים בין חברות, אשר אחרת היו מתחרות זו בזו. מאפיין בולט נוסף של המשק הישראלי אשר לו השלכות על דיני התחרות הוא מבנהו הקונגלומרטי, המאופיין בשליטה משמעותית של כמה גופים גדולים בחלק גדול מהפעילות העסקית במשק.⁵ גופים אלו חולשים על שווקים מגוונים ופעמים רבות שולטים בחברות בעלות מעמד מונופוליסטי בתחומן. כך למשל במחקר שנערך על ידי חברת BDI עולה כי בשנת 2005 החזיקו 18 משפחות בכ-32% מסך ההכנסות של 500 החברות המובילות בישראל, עלייה של כ-4% בריכוזיות האחזקות במשק מהשנה הקודמת. הכנסות אלו מהוות כ-77% מהתקציב הממשלתי וכמחצית מהתוצר הממוצע הגולמי העסקי. החברות הזרות, לעומתן, החזיקו רק בכ-8% בלבד מהחברות המייצרות את סך ההכנסות במשק.⁶ כן פעלו בשנת 2005 במשק הישראלי ארבע קבוצות אחזקה משמעותיות אשר השפיעו רבות על המשק הישראלי: החברה לישראל, קונצרן אי.די.בי, קבוצת אפריקה ישראל וקבוצת דלק. הכנסותיהן של עשר חברות ההחזקה הגדולות היוו כ-12% מהתמ"ג (תוצר מקומי גולמי) של המשק הישראלי.⁷ נתונים אלו אינם ייחודיים לשנת 2005. כך למשל במחקר שערכו בלאס, יפה ויושע בשנת 1998, נבדק האחוז שנשלט על ידי הקבוצות העסקיות הגדולות בישראל, מתוך שווי השוק של 100 החברות הגדולות הנסחרות בבורסה בתל-אביב.⁸ נמצא כי קבוצת אי-די-בי החזיקה בכ-26% משווי השוק; קבוצת בנק הפועלים-כור בכ-20.2%; קבוצת איזנברג בכ-9.4%; קבוצת בנק לאומי בכ-9.3%. כלומר, ארבע הקבוצות הגדולות החזיקו יחדיו בכ-64.9% משווי השוק של מאה החברות הגדולות בבורסה בתל-אביב. רמת ריכוזיות גבוהה מאפיינת גם שווקים רבים אחרים, דוגמת המגזר הפיננסי ושוק הביטוח. ריכוזיות זו של המגזר הפיננסי חמורה במיוחד לאור משקלו הגדול של המגזר הפיננסי בתל"ג (תוצר לאומי גולמי). לעובדות אלו השלכות חשובות על דיני ההגבלים העסקיים. קונגלומרט נהנה מגיוון השקעות והוא מספק, פעמים רבות, לחברות בו גב פיננסי חזק

במניות ומבנה שליטה בחברה" (רשות ניירות ערך, 1997) http://www.isa.gov.il/download/pirsum/a17_DUALPRM3.pdf (25.2.07)

5 דו"ח הוועדה לבחינת שינויים במבנה השווקים והמתווכים הפיננסיים ובמערכת הפיקוח הפיננסי (2004), 45 (להלן: דו"ח ועדת ברודט).

6 ראו "שנת 2005 האירה פנים לחברות האחזקה" www.bdicode.co.il/articles/hahzaka_heb.pdf (25.2.07)

7 ראו דן אנד ברדסטריט מבנה הבעלויות של צמרת חברות ההחזקה בישראל לשנת 2005 <http://duns100.dunb.co.il/asp/holdingheb.asp> (25.2.07)

8 A. Blass, Y. Yafeh, O. Yosha "Corporate Governance in an Emerging Market: The Case of Israel" 10(4) *J. Applied Corp. Fin.* (1998) 79

המאפשר להם אורך רוח עסקי ומשאבים שיווקיים ומחקריים העולים על אלו של חברות קטנות הפועלות בשוק. בשל כך, קונגלומרטים הם פעמים רבות המתחרים העיקריים על שווקים מונופוליסטיים המאופיינים בחסמי כניסה גבוהים. בעלות צולבת או פעילות משותפת של קונגלומרטים עלולה לפגוע בתחרות פוטנציאלית זו. גם הליכי ההפרטה המאפיינים את המשק הישראלי בשנים האחרונות לא הביאו לשיפור מצב הריכוזיות, כיוון שאחזקות החברות המופרטות מתרכזות לרוב בידי חברות האחזקה הגדולות.

לבסוף, נציין גם את השפעותיהם של שיקולים ביטחוניים על התחרות בשוק. מיום היווסדה מדינת ישראל סובלת מאיום ביטחוני על עצם קיומה. כתוצאה מכך שיקולי תחרות נאלצים להידחק לעתים מפני שיקולי ביטחון. שיקולים אלו כוללים, בין השאר, שימורם של ענפים מסוימים במשק, על אף שאין לישראל יתרון יחסי בהם, וכן מניעת שליטה של זרים על תחומים מסוימים בכלכלה. כמו כן הם משמשים לא פעם עילה למעורבות ממשלתית במגזר העסקי. אף שיקולי סודיות משמשים לא פעם כחסם כניסה המונע משחקנים מסוימים להשתתף בתחרות בתחומים רגישים מבחינה ביטחונית.

למאפיינים אלה השפעה רבה על יצירת דינים אופטימליים להסדרת התחרות, שכן הם יוצרים דילמה בין יעילות יצרנית, דהיינו מצב שבו החברות פועלות בגודל המאפשר להן למזער את עלויותיהן, לבין יצירת תנאים תחרותיים, מצב שבו חברות רבות מנסות להתמודד על לב הצרכן.⁹ בשל העובדה שדיני ההגבלים העסקיים נועדו לתיקון עוותי שוק, יש לעצבם כך שיוכלו להתמודד בצורה אפקטיבית ויעילה עם המכשלות לתחרות המאפיינות את השוק שבו הן חלות וכן לאפשר לחברות לפעול בהן בצורה יעילה על מנת למקסם את הרווחה החברתית.

ההשלכה הראשונה היא כי ריכוזיות – לפחות זו שמקורה בניסיון להשיג יעילות בייצור – היא פעמים רבות רע הכרחי. ממדיו הקטנים של השוק הישראלי וחסמי הכניסה ברבים משוקיו מחייבים פעמים רבות כי חברות מועטות יספקו חלק משמעותי מהייצור. הכללים המסדירים מיזוגים אופקיים, דהיינו מיזוגים בין חברות מתחרות (דוגמת מיזוג אפשרי בין תנובה לטרה בשוק החלב), מדגימים היטב את הצורך במדיניות הגבלים עסקיים המותאמת לתנאי שוק אלה. מיזוגים אופקיים גורמים, מעצם מהותם, להגדלת כוח השוק של החברות המתמזגות. החברה המתמזגת עשויה להיות לאחר המיזוג בעלת מעמד דומיננטי בשוק. לחלופין, המיזוג עשוי להקל על הקואורדינציה בין חברות הפועלות בשוק לשם העלאת המחירים או לשם יצירת מכשלות לכניסת מתחרים חדשים. בה בעת, למיזוגים אופקיים יתרונות רבים, לרבות מיצוי יתרונות לגודל ומתן אפשרות למתחרים קטנים להתחרות באופן יעיל יותר בחברות גדולות הפועלות בשוק – אם חברות מקומיות ואם חברות זרות המייבאות את מוצריהן לכלכלה הקטנה. כלכלות גדולות נוטות לקבוע כללים המונעים

9 להרחבה בסוגיות אלו ראו Gal, לעיל הערה 1.

באופן גורף מיזוגים אשר מעלים את רמת הריכוזיות בשוק במידה לא זניחה. כך למשל הכללים האירופאיים להסדרת מיזוגים אסרו עד לא מזמן על אישורו של כל מיזוג אשר מפחית באופן משמעותי את התחרות בשוק, גם אם מיזוג כזה יאפשר לחברות המתמזגות לפעול ביתר יעילות. בדומה, ההנחיות בדבר מיזוגים אופקיים שהוצאו על ידי רשויות האכיפה האמריקניות מקימות חסמים גבוהים לאישור מיזוג אופקי בשוק בעל רמת ריכוזיות נמוכה יחסית. כללים אלה מבוססים על ההנחה כי בשוק ריכוזי מרבית החברות כבר מיצו את יתרונותיהן לגודל.

בכלכלה קטנה דוגמת ישראל הנחה מעין זו בעייתית ביותר: מיזוג מסוג זה יהיה דרוש, פעמים רבות, על מנת לאפשר לחברות להתייעל תוך ניצול יתרונות לגודל ולהתחרות באופן אפקטיבי הן במתחריה המקומיים הן ביבוא. על כן בכלכלה קטנה יש מקום לדחיית הכללים האמריקניים והאירופאיים ולאִימוץ כללים המסדירים מיזוגים אופקיים אשר יאזנו בין היתרונות לגודל לבין הפגיעה בתחרות. אין משמעות הדבר כי כלכלה קטנה צריכה לאשר כל מיזוג. מדיניות שכזו עלולה להעלות את רמת הריכוזיות בשוק בלא יתרונות מאזנים, אולם בה בעת עליה לאמץ כללים משפטיים אשר יאפשרו לחברות הפועלות בישראל להוכיח במקרה המתאים כי יתרונותיו של המיזוג לשוק הישראלי עולים על חסרונותיו, גם במקרה שבו הריכוזיות עולה באופן משמעותי.¹⁰

שיקולים דומים צריכים להדריך את בית הדין להגבלים עסקיים בבואו לבחון את חוקיותם של מיזמים משותפים.¹¹ מיזמים משותפים הם גופים כלכליים המצויים בבעלות משותפת של כמה חברות ומטרתם לבצע פונקציה עסקית משותפת עבורן, דוגמת ייצור, שיווק או חלוקה. מיזמים משותפים יוצרים חששות לפעולות המגבילות את התחרות בשוק בשל שיתוף הפעולה בין המתחרים. בה בעת, גלומים בהם יתרונות רבים: הם יכולים לאפשר לחברות קטנות להתאחד על מנת לנצל יתרונות לגודל, למזער עלויות עסקה או להשתתף בפרויקטים יקרים לפיתוח טכנולוגיה. לעתים, מיזמים משותפים הם הדרך היחידה הפתוחה בפני חברה מקומית להתחרות ביבוא או כדי לייצא את מוצריה. בהתאם לכך, על כלכלות קטנות לדחות כללים האוסרים מיזמים משותפים המעלים באופן משמעותי את רמת הריכוזיות בשוק באופן קטגורי. עליהן לאמץ כלל המאזן בין היתרונות העשויים לצמוח מן המיזם לבין פגיעה אפשרית בתחרות כתוצאה מהסדר בין מתחרים פוטנציאליים.

בה בעת, על כלכלה קטנה לפעול ברגישות יתר בנוגע למיזמים, למיזוגים או להסדרים אחרים כלשהם המעלים את הריכוזיות או מוציאים שחקן אגרסיבי מהשוק ללא יתרונות מאזנים. כך למשל על רשות ההגבלים העסקיים ועל בית הדין לבחון במשנה זהירות מיזמים משותפים או מיזוגים בין קונגלומרטים.¹² הקונגלומרטים מעניקים לחברות היוצרות אותם

10 שם, בפרק 6.

11 שם, בפרק 5.

12 שם, בפרק 6.

יתרונות תחרותיים רבים, כגון גב פיננסי, זמינות מידע וניתוחי שוק וכן צינורות שיווק משותפים, על כן הקונגלומרטים הם המתחרים העיקריים של חברות גדולות בשווקים ריכוזיים. בשל כך, בכלכלה קטנה קיימת חשיבות רבה לבחינת כל פעולה משותפת של קונגלומרטים לא רק על רקע השפעותיה המידיות בשוק שבו נעשית הפעולה המשותפת, אלא גם על שווקים אחרים שבהם הצדדים הם מתחרים קיימים או פוטנציאליים. יש למנוע פעולה משותפת במקום שבו קיים סיכוי סביר כי היא תפגע בתחרות עתידית בשווקים שבהם פועל לפחות אחד מן הקונגלומרטים ופגיעה זו עולה על היתרונות הגלומים בפעולה. זאת ועוד, ריכוזיותו של השוק המקומי וגובה חסמי הכניסה אליו מגבירים את החשש מפני שיתופי פעולה אנטי תחרותיים. במקום שבו פועלות בשוק מספר קטן של חברות המוגנות, באופן מלא או חלקי, מפני תחרות פוטנציאלית בעזרת חומת המגן של חסמי הכניסה, גובר החשש כי חברות יסכימו ביניהן – בין במפורש ובין במשתמע – על הגבלות עסקיות המפחיתות את התחרות ביניהן ופוגעות במנגנון השוק וביתרונותיו. על כן יש להחיל כללים ברורים וחד-משמעיים בנוגע לאי-חוקיותם של הסדרים כובלים שפגיעתם בתחרות רבה ואינם לטובת הציבור.¹³

הנה כי כן, אימוץ עיוור של הדינים החלים בכלכלות גדולות בכלכלה קטנה וריכוזית דוגמת ישראל הוא בעייתי. לאימוץ זה היבטים חיוביים רבים: הוא מאפשר הסתמכות על מקור גדול ומתחדש של הלכות שיפוטיות, הוא מאפשר הורדת המכשלות לסחר בשל חיסכון בעלויות הכרת הדינים הישראליים והשוני בינם לבין הדינים במדינות הייצוא והוא חוסך את עלויות התאמת הדינים לתנאים המיוחדים של ישראל, אולם זהו אימוץ שמחירו בצדו: הפרדיגמות הכלכליות שעליהן מתבססים דיני ההגבלים העסקיים של כלכלות גדולות אינן מתאימות בהכרח לישראל. דיני ההגבלים העסקיים מתבססים, פעמים רבות, על הנחות ועל "כללי אצבע", הבאים להשיא את הרווחה החברתית בקטגוריות רחבות שעליהן החוק חל (דוגמת כלל המיזוגים האופקיים או כלל ההסדרים הכובלים). הנחות אלה מושפעות, בין היתר, מתנאי השוק ומגודלה של הכלכלה שבה הם מוחלים ולפיכך לא ניתן להחילם בצורה עיוורת על כל הכלכלות כאחת.¹⁴ גם מסיבה זו יש צורך בניתוח מעמיק של דיני ההגבלים העסקיים בישראל, נוכח המאפיינים הייחודיים של שוקיה, כפי שספר זה מבקש לעשות.

13 שם, בפרק 2.

14 שם, שם; M.S. Gal "The 'Cut and Pasre' of Article 82 of the EU Treaty in Israel: Conditions for a Successful Transplant" 9 *European Journal of Law Reform* (2007) 467.

ג. השורשים ההיסטוריים והאידיאולוגיים של חוק ההגבלים העסקיים הישראלי¹⁵

דיני ההגבלים העסקיים היוו מאז ועולם זירה וביטוי למאבקים ערכיים, חברתיים וכלכליים בין קבוצות וזרמים שונים. מטרתם של דינים אלה היא לקבוע את כללי המשחק בשוק החופשי, אולם המישנה הכלכלית והחברתית העומדת בבסיסם של דינים אלה איננה בהכרח סדורה ואחידה. נהפוך הוא: רוחב תחולתם עשוי לתפוס בגדרו אידאולוגיות קוטביות – מהתנגדות מוחלטת לגודל ושליטה כלכלית, מחד גיסא, ועד לעידוד מונופולים בשל הגדלת התמריץ לתחרות הנובע מהסיכוי לזכות ברווחים מונופוליסטיים, מאידך גיסא. בהתאם לכך, לשון החוק עשויה לשאת פרשנויות שונות, בתלות בהשקפה בדבר תפקוד השוק ותפקיד השלטון בהכוונתו. דיני ההגבלים העסקיים משקפים אפוא את האידאולוגיה הכלכלית-חברתית של המחוקק, האוכף או הפרשן. מדיניות האכיפה של דינים אלה משקפת במידה רבה גם את השלב ההתפתחותי שבו מצויה המדינה. מדיניות תחרות היא במידה רבה פרוגרסיבית: ככל שמדינה מתפתחת כלכלית כך הצורך במדיניות תחרות גדל והצורך במדיניות תעשייתית פוחת.

בחנית ההיסטוריה של חוק ההגבלים העסקיים ישראלי מעלה כי קבלתו ואכיפתו מהווים שיקוף של התפיסות הכלכליות והאידיאולוגיות אשר רווחו מאז חיקוקו. ההיסטוריה שלו רצופה תהפוכות בתפיסה הנוהגת כלפי התנהגויות עסקיות או מבני שוק מסוימים. בעוד שהמסגרת החוקית לא השתנתה באופן משמעותי מאז קבלת החוק הראשון בשנת 1959, פרשנות הוראותיו ואכיפתן בפועל עברו שינויים קיצוניים.

סיפורם של דיני ההגבלים העסקיים מאז קום המדינה הוא שיעמוד בלב תת-פרק זה. אבל סיפור זה לא ידון כאן מנקודת מבט היסטורית גרדא. מטרת הניתוח היא בראש ובראשונה נורמטיבית: לספק כלים להבנתו של החוק ולפרשנותו הראויה בעתיד על ידי פרוט התשתית הערכית והכלכלית שבה נטועים אדניו של החוק ויסודותיו הרעיוניים. לשם כך עלינו לבחון את ההיסטוריה התחקית והרעיונית של חוק ההגבלים העסקיים, על גילגוליו השונים. תשתית זו מאפשרת לנו לקבוע מאילו מכבלי העבר יש מקום להשתחרר ואילו הלכות ראוי כי ישמשו גם כיום נר לרגלינו בבואנו להחיל את החוק.

חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט-1959

ב-6 באוגוסט 1959 נחקק חוק ההגבלים העסקיים הראשון. קודם לכן חלו במשפט הישראלי איסורי המשפט המקובל על פעולות עסקיות הפוגעות בסחר, אולם איסורים אלו

15 תת-פרק זה מבוסס על המאמר מ' (שיצר) גל "חמישים גוונים לפורמאיקה: ריאליזם משפטי בדיני ההגבלים העסקיים" מחקרי משפט כג (תשס"ז) 709, שם נותחו סוגיות אלו ביתר פרוט.

היו מוגבלים מאוד בהיקפם ובתחולתם ולא שימשו כמעט כבסיס לאיסור פעילות הגבלית.¹⁶ חוק ההגבלים העסקיים הראשון קבע את המסגרת המוסדית הנוהגת עד היום, הכוללת ממונה על ההגבלים העסקיים (להלן: הממונה) העומד בראש רשות אכיפה ואת המועצה להגבלים העסקיים (להלן: המועצה), קודמתו של בית הדין, שהיוותה גוף שיפוטי אשר לו סמכות בלעדית להכריע בשאלות הגבליות מסוימות. כן הותוו בחוק הוראות מהותיות המסדירות הסדרים כובלים ואת פעולתם של בעלי מונופולין, המהוות בסיס למסגרת הנורמטיבית המחייבת בישראל, בשינויים קלים, עד היום.

החוק הראשון לא אסר על הסדרים כובלים אלא הכפיפם לפיקוח. הפיקוח על הסדרים הכובלים נעשה על ידי הטלת חובת רישום של כל הסדר כובל אצל הממונה וקבלת אישור לקיומו מהמועצה. הסדר כובל האסור לפי החוק הוגדר כ"הסדר בין בני אדם המנהלים עסקים הבא למנוע או להגביל... את אחד הצדדים להסדר... בתמורה, הריווח שיופק, העיסוק... האנשים... המקום, [אן] ההשקעה...".¹⁷ במקביל החוק כלל פטורים תחיקתיים מאישור הסדר כובל וכן העניק למועצה שיקול דעת לאישור הסדרים כובלים אשר הם "לטובת הכלל".¹⁸ בבואה לשקול את טובת הכלל נדרשה המועצה לשקול, בין היתר, אם יש צורך סביר בהסדר הכובל על מנת "להבטיח לציבור יתרון מסוים שאין להשיגו אלא בקיום ההסדר... או לשמור על המשך קיומו של ענף שלם שהוא כדאי למשק הארץ".¹⁹ הנה כי כן, המועצה נדרשה לאזן בין שיקולי תחרות לבין מטרות אחרות "לטובת הכלל", אך ליתן משקל לאחרונות רק במקום שבו הפגיעה בתחרות חיונית להשגתן. שיטה זו, המכפיפה את ההסדרים הכובלים לרישום ולאישור, כמו גם תוכנן של רבות מהוראות פרק ההסדרים, הועתקו מהחוק האנגלי.²⁰

בנוסף, כלל החוק כמה הוראות להסדרת פעולתם של מונופולים, אשר הכפיפו את פעולותיהם לבחינה אדמיניסטרטיבית של שר המסחר והתעשייה (להלן: השר). המחוקק הישראלי אימץ הגדרה מבנית של מונופולין, שלפיה מונופולין קיים במקום שבו אדם אחד מספק מצרך או שירות בשיעור העולה על השיעור שייקבע על ידי השר. הגדרה זו מבוססת על ההנחה כי "גם אם [אדם אחד] מייצר אחוז ניכר מן התצרוכת במוצר מסוים, באופן שהוא השולט בשוק במוצר זה – גם אז יכולות להתהוות התוצאות השליליות של מונופולין",²¹ אולם כיוון ש"מהו אחוז זה אין לקבוע באופן כללי ואחיד..."²², לא נקבע אחוז ספציפי בחוק וההחלטה הושארה לשיקול דעתו של השר. במקום שבו קיים מונופול,

16 ש.ם.

17 סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט-1959 (להלן: החוק הראשון).

18 ש.ם, סעיף 25.

19 ש.ם, סעיף 28.

20 Restrictive Trade Practices Act 1956.

21 ד"כ 23 (תשי"ח), 598.

22 ש.ם.

החוק העניק לשר סמכויות פיקוח על התנהגותו העסקית, בהתאם להמלצת הממונה אשר קיבלה את אישור המועצה. הפיקוח החזוי התבטא בעיקר בקביעת מחירים וכן במתן הוראות לבעל המונופולין בדבר האיכות, דרכי הייצור או האספקה של המצרך או השירות שלגביו קיים המונופול. מיזוגים כלל לא הוסדרו על ידי החוק הראשון. אחת הסיבות העיקריות לכך הייתה שריכוזיות לא נחזתה כרע שיש לבערו.

מה היו המניעים אשר בעטיים חוקקה הכנסת את חוק הגבלים הראשון, חוק שגילגולו כבר משנות החמישים המוקדמות? השאלה מתחדדת לאור העובדה כי האידיאולוגיה החברתית-כלכלית של מפלגות השלטון במדינה הצעירה התאפיינה בהתערבות רבה בהתנהלות השוק. חוק ההגבלים העסקיים הקודם נולד מתוך ההתנגדות לקרטלים "פרטיים" אשר סיכלו את ניסיונות הליברליזציה (המוגבלת אמנם) בשנות החמישים. המחסור בציד, בחומרי הגלם ובמצרכים אשר היה קיים במהלך מלחמת השחרור ולאחריה, אילצו את הממשלה להטיל פיקוח הדוק על השוק וחסלו את התחרות, אך גם כשהקיצוב בוטל והייצור גדל, וקיוו כי התחרות החופשית תתפוס את מקום הפיקוח, סוכלו תוצאות הליברליזציה באמצעות קרטלים רבי עוצמה, בשווקים רבים, שפגעו בצרכנים והובילו לחוסר יעילות כלכלית.²³ החוק הקודם נועד אפוא לבלום את הריכוזיות ואת הקרטליזציה המתפשטת בכלכלה הישראלית.²⁴

בה בעת, אין החוק הקודם משקף אמונה מוחלטת במנגנון השוק החופשי. נהפוך הוא: היחס לתחרות, לריכוזיות ולשיתוף פעולה בין מתחרים היה אמביוולנטי ומורכב. בעוד שכל חברי הכנסת שהשתתפו בדיונים בטרם קבלת החוק תמכו באופן עקרוני בצורך בחוק הדרוש להגברת התחרות לטובת המשק, מרבית חברי הכנסת החזיקו בדעה כי בשל מגבלותיו של המשק הישראלי והצורך במדיניות מקרו-כלכלית אשר תעודד צמיחה ופיתוח של השוק הישראלי, יש צורך דווקא להגביל את התחרות באותם שווקים אשר תחרות תביא בהם לחוסר יעילות או שלא תיטיב עם הצרכן המקומי או עם מטרות המדיניות הכלכלית בכללותה. במילים אחרות, לא היה בכוונת המחוקק כדי לאיין את הנטייה להסתמך על תכנון כלכלי ריכוזי ופיקוח אדמיניסטרטיבי כדי לקדם מטרות לאומיות.

בפועל, חוק ההגבלים העסקיים הראשון לא שימש ככלי לעידוד תחרות חופשית במשק. בחינת החלטותיה של המועצה להגבלים עסקיים בשני העשורים הראשונים לפעילותה מעלה דווקא כי החוק הראשון שימש, במקרים רבים, כגושפנקה חוקית להסדרים כובלים בחסות ובעידוד המדינה. דרישתו של החוק כי הסדר כובל יהיה "לטובת הציבור" התפרסה באופן רחב, אשר תאם את מדיניותה המקרו-כלכלית של הממשלה באותם שנים. את מדיניות המועצה כלפי הסדרים כובלים יש לבחון ולהבין לאור מדיניותה המקרו-כלכלית

23 ראו L. Kestenbaum "Israel's Restrictive Trade Practices Law: Antitrust Misadventures in a Small Developing Country" 8 *Isr. L. Rev.* (1973) 411, 417; ד"כ 23 (תשי"ח), 320.

24 Kestenbaum, שם, בעמ' 417.

של הממשלה באותם ימים. ישראל הייתה מדינה קטנה, מתפתחת, מוקפת אויבים, עם בעיות קשות של גיוס הון זר. מאמצי הממשלה התרכזו ביצירת תמריצים להשקעה ובפיתוח תעשיות חדשות אשר יוכלו לשרת את השוק המקומי וכן להתחרות בשוק העולמי, בהרחבת הייצור הקיים והגברת יעילותו, ובעידוד הייצוא לשם שיפור מאזן התשלומים של המדינה. לשם כך הממשלה נקטה מדיניות ריכוזית ופטרנליסטית שמטרתה הייתה הכוונה של השווקים ועידוד פעילות כלכלית אשר נחזתה כרצויה. התפיסה אשר עמדה בבסיס פעולות המשרד הייתה כי השוק דומה לרך נולד אשר אינו יודע לצעוד לבד, אלא יש להדריכו ולכוונו למען ילמד ללכת בעצמו. האמונה בשוק החופשי הייתה מוגבלת; תחרות נחזתה, פעמים רבות, כ"תחרות פרועה" אשר יש לרסנה כדי לאפשר לחברות להישאר בשוק, לייצל את הייצור ולהגדיל את התפוקה ואת הייצוא.

הלכה למעשה, המועצה קיבלה את מרבית הטיעונים של נציגי משרד המסחר והתעשייה כי הסדר מסוים הוא "לטובת הציבור" גם אם הוא פוגע בצרכנים המקומיים באופן ישיר, ללא בדיקה נוספת או ניתוח עצמאי. לגישתה של המועצה סיבות אחדות: ראשית, התפיסה של מנגנון השוק אשר הדריכה גם את המועצה, אשר חלק מחבריה היו אנשי משרד המסחר והתעשייה, לרוב התיישרה עם זו של הממשלה. שנית, אכיפה יעילה של חוק מחייבת הקצאת משאבים כלכליים ואחרים לשם הוצאתן לפועל של סמכויות הגוף האוכף או המבקר. בפועל, המועצה הסתמכה בדיוניה ובהחלטותיה על חומר החקירה והבדיקה שהובא בפניה על ידי הממונה ועדיו. אם הממונה לא הביע את התנגדותו לאישור, המועצה קיבלה בדרך כלל את דעתו,²⁵ אולם גם הממונה היה דל תקציבים ונאלץ להסתמך על דברי נציגי משרדי הממשלה השונים אשר המליצו בפני המועצה על אישור הסדר או התנייתו בתנאים.

גם הפיקוח על מונופולים בשני העשורים הראשונים מאז קבלת החוק מהווה ראי והשתקפות למדיניות הכלכלית-חברתית שנהגה בעבר. כבר מהדיונים בכנסת ניכר כי מונופול לא נחזה כרעה שיש לבערה. נהפוך הוא, רבים מהדוברים הכירו בעובדה כי בשווקים רבים מבנה מונופוליסטי הוא בלתי נמנע. בנוסף, חלק נכבד מהמונופולים נוצרו תחת חסות שלטונית, שמטרתה עידוד בניית הארץ. כך למשל בכמה שווקים, דוגמת שוק הנייר, בעלי האמצעים התנו את השקעתם בבניית מפעלים עתירי הון בקבלת זכות בלעדיות למשך שנים אחדות, על מנת להבטיח את החזר הוצאותיהם.

הלכה למעשה, הוראות הפיקוח על מונופולין בחוק הראשון היוו כלי ריק. אחת הסיבות נובעת מן העובדה כי החוק לא כלל הגדרה ברורה ומתוחמת של מונופולין. העובדה כי החוק הראשון נמנע מלקבוע קריטריונים ברורים לקיומו של מונופול והותיר את שיקול הדעת המוחלט בידי שר המסחר והתעשייה יצרה אי-ודאות בדבר כפיפות חברות להוראות

25 ז' הירש המבנה המוסדי של המשק הישראלי (1967), ח-2/60, 13.

הפיקוח שבחוק. אי-בהירות זו הייתה עלולה לגרום לגופים עסקיים לנהוג בדרך אחרת מזו אשר בה היו נוהגים אילו רוחב תחולתו ומשמעותו המעשית של החוק היו ידועות להם, אולם בפועל לא הייתה לכך כל נפקות שכן לא נעשה כמעט כל שימוש בהוראות הפיקוח על ידי רשויות האכיפה.

מדוע לא הופעל האיסור על מונופולין? ככל הנראה התשובה לכך מעוגנת בשני גורמים מעשיים: ראשית, החוק קובע הליך תלת-שלבי, מסורבל וארוך, להוצאת צו פיקוח, אשר מחייב המלצה של הממונה לשר המסחר והתעשייה, באישור המועצה, להוצאת צו פיקוח. שנית, ואולי אף חשוב מכך, שרי המסחר והתעשייה העדיפו לפקח על פעולת המונופולים תוך שימוש בכלים אחרים, פרגמטיים וגמישים יותר, דוגמת מטה המחירים של משרד המסחר והתעשייה או דרך הפיקוח הלא פורמלי שבסיסו במשא ומתן שניהלו אנשי משרד המסחר והתעשייה עם החברות הפועלות במשק על הטבות כלכליות המצויות בסמכותם. השימוש בכלי פיקוח אלו מנע, הלכה למעשה, את הכפפתו של הפיקוח לביקורתה של גוף ציבורי דוגמת המועצה, שכן הוא לא נדרש תמיד להנמקה מפורטת ולא תמיד היה גלוי לציבור. התוצאה הייתה חוסר אכיפה של הוראות הפיקוח על המונופולין שבחוק הראשון ואי-יצירת מדיניות תחרות בנוגע למונופולים.

ד. שנות השמונים – שינוי מגמה?

בשנות השמונים ובשנות התשעים המוקדמות ניתן למצוא ניצנים ראשונים של שינוי מגמה באכיפת חוק ההגבלים העסקיים. שינויים אלו לא היו דרמטיים, אולם הם מבטאים אמונה גדולה יותר במנגנון השוק ומאמצים מוגברים למניעת הסדרים כובלים ללא יתרונות תחרותיים. מגמה זו משתלבת גם בשינוי ההדרגתי במדיניות הממשלתית וכמעבר ממדיניות תעשייתית למדיניות של תחרות. בה בעת, עדיין ניתן למצוא בעמדות הממונה ובפסיקותיה של המועצה את המאפיינים הבולטים של אכיפת החוק בשני העשורים הראשונים לתחולתו: פרשנות רחבה למונח "טובת הכלל", מתן משקל רב לפיקוח ממשלתי על מחירים כפיתרון לכשלי שוק רבים, אמונה קטנה ביתרונות התחרות החופשית וניתוח כלכלי פשטני וקצר טווח, אשר לרוב לא היה מגובה בהוכחות אמפיריות והמשולב בניתוח משפטי בסיסי ופרגמטי. לאמור, מדיניות ההגבלים העסקיים פיגרה בשני צעדים מאחורי השינוי באקלים הכלכלי-חברתי.

שנות השבעים המאוחרות ושנות השמונים היוו, במידה רבה, שנות מעבר מכלכלה ריכוזית (command economy) לכלכלה יותר ליברלית וגלובלית, הנשענת על כוחות השוק ונותנת משקל יתר לשיקולי יעילות כלכלית. תחילתו של התהליך, לפחות מבחינה

אידיאולוגית, בעלייתו של הליכוד לשלטון בשנת 1977.²⁶ השלטון החדש תמך בצמצום ניכר של התערבות של השלטון בשווקים והתערבות בשוק רק במקום שבו ישנם כשלי שוק, אולם השלטון החדש לא מיהר לערוך רפורמות כלכליות מרחיקות לכת. נדרשו לו שנים אחדות על מנת להתבסס בשלטון ולהתחיל לשנות את המערך הקיים. המהפך בא בשנת 1985, כחלק מהניסיונות לחלץ את המדינה מהמשבר הכלכלי החמור שאליו נקלעה. במסגרת ניסיון זה, קיבלה הממשלה כמה החלטות חשובות אשר היו עתידות לשנות באופן דרסטי את תנאי התחרות במשק. בין היתר, הן כללו הפרטה של חלק מהגופים הגדולים במשק, ויתור על בעלות על גופים פיננסיים גדולים, הקטנת הסובסידיות וליברליזציה של שוק ההון ושל היבוא. שינוי זה השתלב גם במגמת הגלובליזציה של הכלכלה הישראלית – הניסיון לפתוח את השוק הישראלי לשווקי חוץ על מנת להביא להתייעלות, להורדת מחירים וליצירת רמת חיים מקבילה לזו של מדינות המערב. גם צעדים אלו היו הדרגתיים.

השינוי האקלימי בישראל הוביל גם לחקיקת חוק ההגבלים העסקיים החדש בשנת 1988. בשני הנושאים העיקריים שהחוק הראשון נגע בהם – הסדרים כובלים ומונופולים – לא השתנו העקרונות המנחים במידה רבה, אולם נעשה ניסיון לתיקון חלק מפגמי החוק בדרך של הגמשת הוראותיו ושינוי נוהלי אכיפתו. כך למשל את הבעייתיות הנובעת מכך שהגדרת הסדר כובל כוללת אף הסדרים כובלים שפגיעתם בתחרות מזערית, פתר המחוקק – בצורה חלקית – בדרך של הוספת סעיף המאפשר לממונה לפטור את הצדדים להסדר מקבלת אישור בית הדין, במידה שהפגיעה בתחרות כתוצאה מההסדר איננה משמעותית. כן הוענקה לממונה הסמכות להכריז בעצמו על קיומו או על אי-קיומו של הסדר כובל, בכפוף לערר לבית הדין. בה בעת, הושארו על כנם סעיפי פטור רחבים אשר הוציאו מתחולת החוק ענפים שלמים דוגמת גידול ושיווק תוצרת חקלאית או הסכמי תובלה בין-לאומיים.

גם בכל הנוגע לטיפול במונופולין הוקל השימוש בחוק החדש בכלי האכיפה. שיעור נתח השוק הנדרש לקביעת מונופולין הועמד על 50%, אלא אם קבע השר כי לגבי טובין או שירות מסוים יראו כמונופולין גם ריכוז הנמוך משיעור זה.²⁷ כן הוענקה לממונה סמכות לקבוע אם התקיימו התנאים להכרזה על מונופול.²⁸ גם בסוגיית הפיקוח על פעולות המונופולין הוכנסו כמה שינויים חשובים: ראשית, הסמכות לתת לבעל המונופולין הוראות בדבר צעדים שעליו לנקוט כדי למנוע פגיעה בתחרות הועברה משר המסחר והתעשייה לבית הדין.²⁹ שנית, הוענקה לממונה הסמכות לחייב מונופולין, המתכוון להתקשר עם לקוחות או ספקים על פי חוזה אחיד, להגיש בקשה לאישור החוזה בפני בית הדין לחוזים

26 תרמו לכך גם אנשי משרד האוצר, אשר רבים מהם תמכו בצמצום ההתערבות הממשלתית בשוק ובהישענות גדולה יותר על כוחות השוק; ראו י' אהרני ריכוזיות, קבוצות בעלות וקשרי גומלין במשק הישראלי 1948-1966 (1970), 2-31.

27 סעיף 26 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, ס"ח 128 (להלן: חוק ההגבלים העסקיים).

28 שם, סעיף 43(א)(4).

29 סעיף 30 לחוק הראשון.

אחידים וכן להתנות את פעילות המונופולין בהתאמת שירותיו או מוצריו לדרישות תוקן.³⁰ סמכויות אלו נועדו להגביר את הפיקוח על המונופולין ולהעניק הגנה לצרכן. כן חוזקו הכלים לאכיפת הוראותיו של החוק.

אולם השינוי המשמעותי ביותר בחוק החדש היה הוספת פרק העוסק במיזוג חברות, שמטרתו פיקוח על שינויים במבנה שוק אשר עלולים ליצור את כוח השוק של החברות המתמזגות או להגדילו. בהתאם לכך, החוק החדש אוסר על חברות המבקשות להתמזג לעשות כן ללא קבלת אישור הממונה, אם הן מקיימות את אחד מקריטריוני הסף הקבועים בחוק.³¹

כאמור, השינויים במדיניות התחרות היו הדרגתיים. כך היו גם השינויים באכיפתו של חוק ההגבלים העסקיים. בסוף שנות השבעים אנו עדים לכמה שינויים בולטים במדיניות האכיפה. השינוי העיקרי התבטא ברמת הפיקוח על הסדרים כובלים. בתקופה זו נעשו ניסיונות רבים יותר לאיתור הסדרים כובלים שלא אושרו.³² מטרתה של המדיניות שנקטה בתקופה זו הייתה העלאת המודעות לחוק. מאמצי הממונה התרכזו בקווי פעולה של איגודים מקצועיים ובאיסור הסדרים כובלים ללא יתרונות לצרכן, דוגמת חלוקת שוק או הסכמה על תנאים למכרו. העלאת רמת המודעות איפשרה עלייה משמעותית במספר התביעות הפליליות שהוגשו על הפרת החוק, במחצית השנייה של שנות השמונים,³³ אולם למרות העלייה במספר התביעות הפליליות שהוגשו, לרוב הושתו על החברות המעורבות עונשים כספיים נמוכים בלבד. מגמה נוספת אשר איפיינה את מדיניות האכיפה בשנות השמונים הייתה בדיקה קפדנית יותר מבעבר של הצורך בהסדרים כובלים שאישורם נתבקש. בשנים אלו נעשו גם ניסיונות אחדים לנתח באופן מעמיק יותר את השפעת תנאי השוק על השפעותיהם של הסדרים כובלים. הממונה נתן משקל רב יותר למכשולותיו הטבעיים של השוק, לרבות תנאי שוק היבוא. עם זאת ניתוח כלכלי של השפעות הסדר כובל על תנאי השוק היה עדיין בחיתוליו.

פסקי הדין של המועצה בשנים אלו משקפים גם הם הכרה גוברת ביתרונות התחרות תחת תנאי שוק מסוימים. בייחוד בולטת ההכרה בחשיבותו של מיזם משותף ליצירת "כוח

30 סעיף 27 לחוק ההגבלים העסקיים.

31 שם, סעיף 19.

32 כך למשל בין השנים 1978-1980 נפתחו 67 תיקי חקירה נגד צדדים להסדר כובל; הממונה על ההגבלים העסקיים דין וחשבון על ביצוע חוק ההגבלים העסקיים לשנים 1978-1980 (1980), 18.

33 קיימת עלייה במספר התיקים הפליליים שנפתחו בין השנים 1984-1991. בתקופה זו נפתחו 17 תיקים פליליים; ראו הממונה על ההגבלים העסקיים דין וחשבון על ביצוע חוק ההגבלים העסקיים לשנת 1990 (משרד התעשייה, המסחר והתיירות, 1990), 80. בין השנים 1960-1978 הוגשו בסך הכל 22 תביעות, רובן בתחילת שנות השישים.

נגד" לגוף דומיננטי בשוק.³⁴ בה בעת, הפיסת התחרות של המועצה גם בשנים אלו הייתה שונה בתכלית השינוי מזאת המקובלת כיום. המועצה הדגישה כי אף ש"התחרות היא מיסודות הכלכלה בישראל", הרי עליה להיות "תחרות הוגנת", בניגוד ל"תחרות פרועה".³⁵ בצד הגישה הספקנית כלפי התחרות החופשית המשיכה המועצה גם בשנות השמונים במתן פרשנות רחבה למונח "טובת הציבור". הסדרים כובלים אושרו לשם הגשמת מטרות רחבות, דוגמת עידוד הייצוא, מניעת סגירתם של מפעלים באזורי פיתוח³⁶ ושמירת המשך קיומו של ענף כדאי למשק הארץ. בעוד שמטרות אלו, כשלעצמן, ניתנות להצדקה, במקרים רבים הן פורשו כמעט ללא הגבלה. הבעייתיות בהחלטות המועצה נבעה גם מקלות העמידה בנטל ההוכחה לשם הוכחת התקיימותן של מטרות כאמור, שכן בפועל, אין עדיין בחינה ממשית של הצורך בהסדר הכובל לצורך השגת מטרותיו המוצהרות.³⁷ הנה כי כן, למרות הרטוריקה התחרותית אשר איפיינה את התקופה, אשר באה לידי ביטוי בשיח הציבורי בצורה גוברת והולכת, והשינוי ההדרגתי בתפיסה האידיאולוגית השלטת, חוק ההגבלים פעל עדיין בצילה של מדיניות תעשייתית רחבה יותר ושל מסורות אינטלקטואליות והסדרתיות ששלטו בזירה הציבורית זמן רב, אולם הרעיון של שימוש בחוק ההגבלים לשם קידום התחרות הלך והתחזק בתקופה זו, עד שהפך בעשור הבא לאחד המרכיבים העיקריים להסדרת השווקים ולמדיניות הכלכלית הנוהגת.

ה. עליית קרנה של התחרות: שנות התשעים ואילך

המהפך האמיתי באכיפתו של חוק ההגבלים העסקיים התחולל רק בתחילת שנות התשעים. לראשונה מאז הוחל החוק התהפכה נוסחת האיזון וניתן משקל רב לאינטרס השמירה על התחרות אל מול שמירה על מתחרים ספציפיים או עידוד מטרות שנפלו בגדר הפירוש המרחיב של "טובת הכלל". עול ההוכחה כי הסדר אכן מקיים את "טובת הכלל" היה כבד מאי פעם וניתוח כלכלי, דינמי וארוך-טווח קיבל משקל מכריע. הן הממונה הן בית

34 ראו למשל ה"ע (החלטת המועצה) 360/424/6 החברה המאוחדת לקידוחי מים בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (לא פורסם, ניתן ביום 15.7.81) (להלן: עניין קידוחי מים); ה"ע (החלטת המועצה) 396 יו.טי.אי 2000 סוכני נסיעות מאוחדים בע"מ – שירותי תיירות נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (לא פורסם, ניתן ביום 22.2.85).

35 גישה זו מודגמת היטב בהחלטת המועצה בעניין הסדר בין התאחדות המלונות בישראל וחבריה בדבר קביעת שיעורי הנחה מקסימליים לתעריפי אירוח קבוצות תיירים; ראו הממונה על ההגבלים העסקיים דין וחשבון על ביצוע חוק ההגבלים העסקיים לשנים 1983-1984 (1984), 44-48.

36 ה"ע (החלטת המועצה) 370/220/29 "כללטקס" חוטי כותנה נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (לא פורסם, ניתן ביום 2.7.82).

37 עניין קידוחי מים, לעיל הערה 34.

הדין להגבלים עסקיים החלו לערוך בחינה מעמיקה של ההשפעות הכלכליות של הפעולה העסקית הנדונה על המשק הישראלי לאור חסמי כניסה, ריכוזיות ענפית ושאר תנאי השוק הרלוונטיים. תוך שנים אחדות נוצר קורפוס של החלטות מנומקות אשר קבעו כללים ברורים המבוססים על פרמטרים כלכליים להחלת הוראות החוק.

השינוי במגמת האכיפה של הממונה מודגם היטב בעניין פוליגר משנת 1993,³⁸ שם נדונה פגיעתו בתחרות של מיזם משותף לשיווק אשר נחתם בין שתי החברות הישראליות היחידות לייצור יריעות פוליאטילן. בנתחו את השפעות המיזם המוצע, אמד הממונה את השפעת תנאי השוק על רמת התחרותיות שתהיה קיימת אילו יאושר המיזם. מסקנתו הייתה כי "לעומת החשש מריכוז עוצמתה המשותפת של פוליגר, עומד אפיק הייבוא, על כוחו המרסן בפועל ובכוח. בנסיבות אלה עשוי שילוב מערכות השיווק של שני המפעלים לסייע רבות בידי שני המפעלים, הנדרשים להתייעל על מנת לנסות ולהיות תחרותיים דיים נוכח השוק הבינלאומי".³⁹ הנמקה זו שונה באופן מהותי מזו אשר עמדה בבסיס החלטות המועצה לאישור מיזמים בעבר. בעוד שבעבר הושם הדגש על הגבלת התחרות בין החברות במיזם על מנת לחסוך בעלויותיהן ללא בדיקה ממשית של השפעת המיזם על הצרכן, ההחלטה בעניין פוליגר מכשירה את המיזם לאור הכרח הצדדים להתייעל לנוכח תחרות מייבוא בשוק. ניתוח השוק מבטיח כי הצרכן המקומי, כמו גם החברות הישראליות, ייהנו מיתרונות המיזם. דרך זו, של ניתוח כלכלי ומשפטי הנותן משקל רב לתחרות ובוחר את השפעות הפעולות העסקיות על כלל השוק, מאפיינת את רוב החלטות הממונה ובית הדין בתקופה זו ואילך.

השינוי האכיפתי של החוק התבטא גם במתן תוכן מעשי וממשי להוראות החוק שעניינן הסדרת פעולותיו של בעל מונופולין. שינוי חשוב נוסף עניינו השימוש בדיני המיזוגים על מנת למנוע שינויים במבנה השוק הפוגעים בתחרות או בציבור. הממונה ובית הדין פירשו את הוראות החוק כאוסרות מיזוגים אשר פגיעתם בתחרות גדולה מהיתרונות הגלומים בהם.⁴⁰

מה היו הגורמים שהביאו לשינוי זה? הסיבות לשינוי מהוות תמונת ראי של הסיבות למדיניות האכיפה עד לשנות התשעים ועיקרן השינוי האקלימי – קיום מדיניות כלכלית כלל משקית פרו־תחרותית, המאפשרת ואף מעודדת את אכיפתו של החוק וכן הירתמותם של

38 החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים "בקשת פטור מקבלת אישור בית הדין להסדר כובל שותפות 'פוליגר' – יריעות פוליאטילן לחקלאות" הגבלים עסקיים א (1993) 108.

39 שם, בעמ' 111.

40 ראו החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים "התנגדות למיזוג תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, עוף הנגב, מפעל למוצרי בשר אגודה חקלאית בע"מ" הגבלים עסקיים א (1994) 249; החלטת בית הדין בעניין ערר (י"ם) 2/94 תנובה בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פורסם בנבו. החלטת בית המשפט העליון השאירה שאלה זו בצריך עיון; ראו ע"א 2247/95 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' תנובה בע"מ, פ"ד נב(5) 213.

הממונה ובית הדין לעידוד התחרות. תקופה זו היוותה, כהגדרת אנשי הכלכלה המוסדית, "צומת קריטית" באכיפת חוק ההגבלים העסקיים אשר יצרה תנאים שונים לאכיפת החוק מאלו שהיו קיימים קודם לכן.⁴¹ המדיניות הפרו-תחרותית, אשר את ניצניה היה ניתן לראות כבר בעשור הקודם, קיבלה תאוצה משמעותית בתחילת שנות התשעים. בשנים אלו הוחלט לפתוח בתהליך של פתיחת המשק ליבוא מתחרה ממדינות רבות, התקיימה הרפורמה בשוק ההון והתקדם תהליך ההפרטה אשר העמיד בראש סדר היום הציבורי את חשיבות ההתייעלות ואת יתרונות התחרות החופשית, וחייב את הממשלה ליצור סביבה תחרותית שבה תפעל הפירמה המופרטת. בנוסף, תירגומו של האקלים הכלכלי לתחום המשפטי לא היה מתאפשר ללא השפעתם של גורמים מבניים ואישיים אשר היו לא פחות חשובים בעיצוב הדינים המוכרים לנו כיום. ביחוד בולטת תרומתם של הממונים ושל השופטים שעמדו בראשות בית הדין בתקופה זו.

עדיין רבה הדרך לאכיפה אופטימלית של כללי ההגבלים העסקיים בכל השווקים ולמיסוד כללים הגבליים אשר יתנו מענה לגופים עסקיים בדבר חוקיותה של כל פעולה שאותה הם מבקשים לעשות. חשוב מכך: מעמדה של התחרות עדיין שברירי וטרם התייצבה המטוטלת בשאלה על אילו ערכים באה התחרות להגן ולאילו ערכים יש ליתן קדימות. בנוסף, התנאים הקיימים כיום בשוק הישראלי לא תמיד מעודדים תחרות: שווקים רבים זוכים להגנת השלטון מפני תחרות, בין בדרך של הגבלת ייבוא ובין בדרך של הסדרה ישירה המיטיבה עם הגוף המוסדר. בעיות אחרות, דוגמת בעלות צולבת בכלי התקשורת, אינן זכות כלל להסדרה. סוגיות עסקיות ומשפטיות רבות מוצאות את פתרונן בלא שניתן משקל ראוי לשיקולי תחרות, אולם אין בכך כדי להמעיט מחשיבותו של העשור האחרון כמתווה דרך לקידום התחרות באותם שווקים שבהם הממשלה לא יצרה מכשלות מלאכותיות לתחרות.

אסכם ואומר כי לא תמיד שימש חוק ההגבלים לקידום התחרות. נהפוך הוא: עד לא מכבר שימשו הוראותיו דווקא למניעת תחרות ולקידום מדיניות תעשייתית רחבה יותר, לרבות שמירה על הסטטוס-קו במשק על מנת למנוע חוסר יציבות באספקה, עידוד הייצוא ומניעת התחמקות ממילוי הוראות חוקים אחרים. כיצד יכולה מוטת כנפיו של חוק אחד להכיל פרשנויות כה שונות? התשובה טמונה בדגשים ובאיזונים אשר החילו הרשויות האמונות על אכיפתו בין תחרותיות ויעילות בשוק לבין מטרות אחרות אשר נכנסו תחת "טובת הכלל". דגשים ואיזונים אלו היו לרוב הד וראי לאידיאולוגיה הכלכלית-חברתית אשר נהגה בישראל בתקופות שונות. אחת ההשלכות החשובות של בחינה היסטורית

41 ראו למשל R. Berlins, D. Collier *Shaping the Political Arena: Critical Conjunctures, the Labor Movement, and Regime Dynamics in Latin America* (1991), 29; P.M. Nichols "Forgotten Linkages – Historical Constitutionalism and Sociological Institutionalism .and Analysis of the World Trade Organization" 19 *U. Pa. J. Econ. L.* (1998) 461

ריאליסטית זו היא כי יש מקום לבחון במשנה זהירות החלתן של הלכות מלפני שנות התשעים ולהחילן רק במקום שבו הן מתיישבות עם תכלית החוק כפי שזו מפורשת כיום. פסק דינו של השופט ריבלין מבית המשפט העליון, אשר ניתן בעניין א.מ. חניות⁴² מדגים היטב בעייתיות זו. פסק הדין עושה צעד חשוב בקובעו כי יש לפרש את חוק ההגבלים פרשנות תכליתית, אולם הנימוק שבו הוא משתמש על מנת להוציא את המקרה הנדון מגדר חוק ההגבלים העסקיים הוא בעייתי. פסק הדין מאמץ את הלכת שמעוני משנות השבעים, למרות שאימוץ זה אינו מתיישב עם תכלית החוק ועשוי לגרום נזק רב להגנה על תחרות בשוק כיוון שהוא מכשיר, בלא בדיקה, כל הסכם כובל אשר עיקרו בהענקת זכות לשימוש במקרקעין.⁴³ פרשנות זו איננה מתיישבת עם התפיסה הקיימת בנוגע למטרות חוק ההגבלים וראוי היה לדחותה.

מסיפורו של חוק ההגבלים העסקיים הישראלי גם מתחייבת המסקנה כי קיימת חשיבות למערכת כולה בהגנה על התחרות בשוק. אין די בקבלת חוק הכולל איסורים על פעולות העלולות להקים מכשלות מלאכותיות לתחרות, אלא יש צורך בהכרה בחשיבות התחרות וביצירת אקלים לקידום בכל זרועות השלטון: ברשות המחוקקת, המבצעת והשופטת. יתירה מכך: דיני ההגבלים העסקיים, בנוסח המוכר לנו כיום, היו יכולים לפרוח רק עם צמיחתו של משק קפיטליסטי שבבסיסו אמונה ביתרונות השוק החופשי על פני הסדרה ישירה של השווקים.

1. תחרות ורגולציה

ההנחה שעליה מבוסס השוק הקפיטליסטי היא כי תחרות היא הכלי הטוב ביותר, במרבית המקרים, על מנת למקסם את הרווחה החברתית. התחרות משרתת לא רק מטרות כלכליות גרדא, כי אם גם מטרות חברתיות רחבות יותר דוגמת חופש הביטוי, חופש העיסוק ושוויוניות בחלוקת המשאבים. אולם תחרות איננה הדרך היחידה ולעתים אף איננה הדרך המועדפת והיעילה ביותר להסדרת שווקים. כפי שפורט בפרק הקודם, על מנת שתחרות תקדם את הרווחה החברתית, יש צורך בקיומם של כמה תנאים מצטברים, ביניהם מספר מינימלי של חברות אשר יכולות לפעול ברווחיות בשוק וכן מידע נגיש לצרכן על המוצרים המתחרים. בלא קיומם של תנאים אלו, יקשה על התחרות להתקיים. ניקח לדוגמה מצב של מונופולין טבעי, דהיינו מצב שבו השוק איננו יכול לתמוך כלכלית ביותר מחברה אחת הפועלת בשוק, כיוון שעלויות הייצור פר יחידה יורדת באופן משמעותי עד לכמות

42 ע"א 3700/98 א.מ. חניות (ירושלים) 1993 בע"מ נ' עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 590 (להלן: פסק דין חניות).

43 לניתוח פסק דין חניות והלכותיו ראו מ' (שיצר) גל "לבור את המוץ מהתבן – היקף תחולתו של האיסור לערוך הסדר כובל בהתאם לפסיקה האחרונה" דין ודברים א (2004) 533.

המבוקשת בשוק. קידום תחרות בשוק זה לא רק שלא יועיל לרווחה החברתית, כי אם עלול להזיק לה. הטעם לכך הוא שאם נחייב שתי חברות לפעול בשוק, כל אחת מהן תיאלץ לשאת בעלויות ייצור גבוהות, המאפיינות ייצור בכמות הקטנה מזו המבוקשת בשוק כולו, עלויות אשר יגולגלו על הצרכן.⁴⁴ בדומה, תחרות מוגבלת במקום שבו השוק מאופיין בחסמי כניסה גבוהים, המקשים על מתחרים להיכנס לשוק ולפעול בו. חסמי כניסה יכולים להיות טבעיים, דוגמת עלויות הקמה שקועות גבוהות, עלויות שינוע גבוהות יחסית לערך המוצר או כלכלת רשת, אך הם יכולים להיות גם מלאכותיים, דוגמת מכסים ומכסות, מגבלות על שימוש בחומר גלם, דרישה לקבלת היתרים ורשיונות וכדומה. כליו של חוק ההגבלים העסקיים אינם מתאימים למקסם את הרווחה החברתית במצבים מעין אלו.

הפתרון המועדף במצבים אלו הוא, כמובן, שיפור תנאי השוק כך שתחרות תצליח להתקיים בו. כך למשל ניתן להוריד מכסי יבוא או מגבלות מלאכותיות אחרות לתחרות, על מנת לקדם כניסה של חברות חדשות לשוק. שוק השיחות לחו"ל הוא דוגמה מובהקת לכך: מיד עם פתיחת שוק זה לתחרות על ידי הסרת המגבלות שהוטלו עליה על ידי משרד התקשורת, ירדו מחירי השיחות בכ-70%. אולם לא בכל שוק ניתן לקדם תחרות על ידי הסרת מגבלות מלאכותיות לתחרות. ללא התערבות בתנאי השוק או בהתנהגות הגופים הפועלים בו, יהיו שווקים אשר לא יספקו את השירות או המוצר ברמה האופטימלית למשק או כי פעולתם תפגע ברווחה החברתית בדרך אחרת, לדוגמה בשל החצנת עלויות משמעותית. זאת ועוד, לא תמיד עולה המדיניות הממשלתית הנוהגת בקנה אחד עם שימת דגש על קידום תחרות. לעתים מטרתה העיקרית של ההסדרה איננה דווקא קידום תחרות או רווחה כלכלית, אלא קידום מטרת אחרת, דוגמת שוויון בעלויות שימוש (דוגמת מחירים אחידים למשלוח דואר ולשיחות טלפון מכל רחבי הארץ), קידום מטרת תרבותיות או ביטחוניות, או אסתטיקה וניצול משאבים טבעיים (דוגמת מניעת הנחתם של שני קווי מתח זה לצד זה).

בהתאם לכך, אנו נדרשים לעתים להסדרה מסוג אחר. הסדרה זו, אשר היא החריג ולא הכלל – אם כי בישראל היא חלה על חלקים משמעותיים של המשק – לרוב נעשית במסגרת חקיקה מיוחדת ומערבת רשות רגולטורית ספציפית. כך למשל שוק משק החשמל כפוף לרשות הציבורית – חשמל, שוק הביטוח מפוקח על ידי המפקח על הביטוח, שוק שירותי הבנקאות כפוף למפקח על הבנקים ושוק הטלוויזיה הרב-ערוצית מפוקח על ידי הרשות לשידורי כבלים ולוויין. שווקים אלו מאופיינים לרוב בכשל שוק הגורם לכך שתחרות איננה יעילה ומחייבים פיקוח צמוד על פעולות החברות הפועלות בהם על מנת למקסם את

44 ראו למשל M.J. Trebilcock, M.S. Gal "Market Power in Electricity Industry Restructurings" 22 *World Competition – L. Econ. Rev.* (1999) 119

הרווחה החברתית.⁴⁵ לעתים קיימות הצדקות חברתיות נוספות לרגולציה הדוקה של שווקים אלו, דוגמת הבטחת יציבותו ואיתנותו הפיננסית של ענף מרכזי במשק, אשר התמוטטות חלק מחבריו עלול לגרור תוצאות רוחביות שיזיקו למשק הישראלי. זוהי אחת ההצדקות העיקריות לפיקוח על שוק הביטוח ועל הבנקים.

הבעייתיות היא ביצירת תמריצים נכונים לשוק המוסדר: כיצד גורמים לחברות הפועלות בשוק לפעול באופן אשר יעלה בקנה אחד עם האינטרס החברתי, בעלות הנמוכה ביותר. השאלה מהו כלי ההסדרה הראוי לשוק מסוים היא שאלה מרתקת. הנדסה חברתית זו צריכה להיות מונחית על ידי היתרונות היחסיים אשר יש לכלי רגולטיבי אחד על פני רעותו כמו גם תכונותיו הספציפיות של השוק המוסדר ויש שתצדיק שיטה משולבת, שבה באים לידי ביטוי יתרונותיהם היחסיים של שני כלים רגולטוריים או יותר. שאלה זו חורגת מגדר הדיון, אולם מפאת חשיבותה נציין כמה שיקולים, על קצה המזלג, להנדסה החברתית האמורה.⁴⁶ דיני ההגבלים העסקיים מיועדים להסרת מכשלות מלאכותיות לתחרות הנובעות מהתנהגותם של גופים עסקיים. ההתערבות בפעולת השווקים באמצעות חוק ההגבלים העסקיים היא התערבות עקיפה במובן זה שהיא לרוב מונעת מהגופים העסקיים הפועלים בו מלבצע פעולות אשר יעצרו את התחרות, אולם היא איננה מסדירה באופן ישיר את הפרמטרים העסקיים שהם תוצאתה של התחרות, דוגמת מחיר, כמות ואיכות של המוצרים והשירותים הנמכרים בשוק. דיני ההגבלים העסקיים מחילים כללים זהים על כל השווקים הבאים בגדרם והם יוצרים מומחיות מיוחדת לרשות ולבית הדין בזיהוי מכשלות מלאכותיות לתחרות. זהו חזקו העיקרי של חוק ההגבלים העסקיים, אך גם חולשתו העיקרית, שכן במקום שבו מצויות מכשלות גבוהות לתחרות – בין טבעיות ובין מלאכותיות יצירות הממשלה, דוגמת מונופול טבעי, התאמה אוליגופוליסטית או מגבלות על מידע לצרכנים – המגבילות משמעותית את כוחה של התחרות להסדיר את השוק, לחוק ההגבלים העסקיים כלים דלים לטפל במצבים אלו.

קיומם של כשלי שוק אשר מגבילים באופן משמעותי את כוחה של התחרות להסדיר שוק מסוים היא ההצדקה העיקרית להסדרה על ידי רגולטור ספציפי. כך למשל הרשות

45 הצדקה זו עשויה להשתנות עם שינוי הטכנולוגיה או שינוי אחר בתנאי השוק. אחד התפקידים העיקריים של רשות ההגבלים העסקיים הוא להבטיח כי ההסדרה הספציפית, אשר לרוב מגבילה את התחרות, מבוססת על אינטרס כלל מדינתי ולא מהווה רק תוצאה של לחץ של קבוצות אינטרסים שונות למיקסום רווחיהן; ראו M.S. Gal, I. Faibish "Six Principles for Limiting Government-Facilitated Restraints on Competition" 44(1) *Common Market L. Rev.* (2007) 69.

46 ראו למשל M.S. Gal, M.J. Trebilcock "Traditional Natural Monopolies in Transition: The Comparative Roles of Structural Changes, Competition Policy and Economic Regulation in Preventing the Leveraging of Monopoly Power in Network Industries" *Competition Law for the 21st Century* (J. Musgrove ed., 1998) 197.

להסדרת משק החשמל הוקמה, בין היתר, כדי להתמודד עם העובדה שהולכה וחלוקת חשמל הן מונופול טבעי, דהיינו אין בהן מקום למתחרה נוסף. תפקידו העיקרי של המפקח על שוק הביטוח הוא לוודא כי השוק יציב פיננסית כיוון שהתמוטטותו תפגע באופן משמעותי בכלכלה הישראלית וכן לוודא כי לצרכנים יש ידע מלא במידת האפשר על שירותי הביטוח השונים, נוכח כשלי מידע שבהם מאופיין שוק זה. להסדרה ספציפית יתרונות רבים וידועים. בין היתר, היא מאפשרת לרגולטור ליצור מומחיות מיוחדת בשוק הרלוונטי, ליתן פיתרון מידי לכשל השוק הספציפי ומאפשרת הסדרה מוקדמת של השווקים. כמו כן הסדרה ספציפית מאפשרת מתן משקל לשיקולים רחבים של מדיניות ממשלתית. הסדרה ספציפית גם מקטינה את העלות הגבוהה של התדייניות מקבילות במקום שבו הגוף המפוקח משפיע על צרכנים רבים ואחרת היה צורך בפעולה שיפוטית על מנת לעצור את פעולתו.

בה בעת, רגולציה ספציפית באה עם תג מחיר כבד בצדה. בין היתר, היא מחייבת השקעה אידיויסינקרטית בלימוד כשל השוק וכן קיימות בעייתיות אינפורמציה אסימטרית המובילה לבעיות הסדרה, אך חשוב מכך לענייננו: לא תמיד ניתן לסמוך על הרגולטור הספציפי כי ישקול שיקולי תחרות, אשר עשויים להיות רלוונטיים באותם מקטעים של השוק אשר לא מאופיינים מלכתחילה בכשל שוק, או באותם מקטעים אשר בעקבות שינוי בטכנולוגיה או בתנאי השוק, תחרות אפשרית בגדרם. הבעייתיות העיקרית היא בנייתו נכון של השפעת התחרות על השוק. לעתים קרובות לגוף המסדיר אין מומחיות גדולה בזיהוי מכשלות מלאכותיות לתחרות ועל כן גם טיפולו בהן לא יהיה יעיל. בעייתיות שנייה אשר עלולה להתעורר היא תוצאתה של "תפיסה רגולטורית" (Regulatory Capture) של הגוף המסדיר, שחתן פרס נובל, ג'ורג' סטיגלר, היה בין הראשונים לעמוד עליה.⁴⁷ בהתאם לה, הסדרה היא לעתים פרי של קואליציות של קבוצות אינטרסים המבקשות להשיא את רווחיהן דרך הקטנת הלחץ התחרותי. לקבוצות אלו עשוי להיות כוח רב יותר כלפי רגולטור ספציפי מאשר כלפי רשות הגבלים כללית. עמד על כך גם השופט זמיר בבג"ץ איגוד שמאי הביטוח בישראל: "אכן תופעה ידועה היא במדינות רבות שגופי פיקוח ממלכתיים בתחומים שונים מפתחים יחסי קרבה עם הגופים המפוקחים עד כדי פגיעה בתכלית הפיקוח".⁴⁸ כך למשל

R.H. Coase "The Federal Communications Commission" 2 *J. L. Econ.* (1959) 1; 47
H. Demsetz "Why Regulate Utilities?" 11 *J. L. & Econ.* (1968) 55; G.J. Stigler,
C. Friedland "What Can Regulators Regulate? The Case of Electricity" 5 *J. L. Econ.*
(1962) 1; J.L. Harrison (et al.) *Regulation and Deregulation: Cases and Materials*
(1997), 18

ראו בג"ץ 7721/96 איגוד שמאי הביטוח בישראל נ' המפקח על הביטוח, פ"ד (3) 625 48
(2001). עם זאת יש לציין כי השופט זמיר לא היה סבור באותו עניין כי התחרות החופשית היא פתרון עדיף על פני המשך הפיקוח, בקובעו בין השאר כי "עם כל הכבוד, איני סבור שנכון לומר כי לתחרות חופשית יש יתרון על פני פיקוח ממלכתי. תחרות חופשית אינה תרופת פלא

הטיח מבקר המדינה ביקורת קשה במשרד התחבורה, בשל הסכמים שנחתמו עם חברות "אגד" ו"דן", שלפיהם היקף הפעילות של החברות לאחר פתיחת השוק לתחרות לא יפחת מ-75% מהיקף פעילותן טרם פתיחתו של השוק לתחרות.⁴⁹ הסכמים אלו סיכלו באופן משמעותי את הרפורמה המתוכננת לפתיחת התחרות בענף, מה שהוביל לפגיעה קשה בצרכן.⁵⁰ בכלכלה קטנה בעיית התפיסה הרגולטורית מתחדדת בשל הקשר המובהק יותר בין שליטה כלכלית לכוח פוליטי.⁵¹ הבעייתיות השלישית היא, כפי שעמד עליה הכלכלן הידוע הארולד דמסטס, שרגולטור ספציפי לעתים ימנע תחרות אשר הייתה מועילה לרווחה החברתית בשל הטיה אנטי-תחרותית הנובעת מתפיסת תפקידו. כאשר הוא אחראי להסדרת פעולתו של שוק מסוים, הוא מצוי בלחץ מתמיד לשמור על יציבותו הפיננסית בעזרת מכשירי ההסדרה העומדים לרשותו. תמריץ זה עשוי לגרום לשמרנות בנוגע לפתיחת השוק לתחרות שתיצור חוסר יציבות זמנית. במילים אחרות, הוא איננו רואה תמיד את תמונת האינטרסים הכוללת, כיוון שתחרות מערבת לעתים תהליך של הרס שומפטריאני לטווח הקצר שבו הפחות יעילים מוחלפים על ידי היעילים יותר.

כתוצאה מגורמים אלו ייתכן כי הרגולטור יקדם, במודע או שלא במודע, התנהגות מתואמת בין החברות הפועלות בשוק אשר תחניק את אותה תחרות אשר עדיין הייתה יכולה להתקיים בשוק. הדבר בולט בייחוד במקום שבו הרגולטור ממונה על קביעת מחיר ולשם כך הוא נדרש למידע מהחברות הפועלות בשוק. חוסר הסימטריה במקורות המידע והרצון לקבוע מחיר אשר יהיה מבוסס על תחשיב עלויותיהן של כל החברות הפועלות בשוק, יוצר למתחרות הפוטנציאליות כר נוח להגבלת התחרות, בעידודו של הרגולטור הספציפי. קרטל חברות הביטוח מדגים זאת היטב.⁵² שם נדרש המפקח על הביטוח לקבוע מחירי מקסימום עבור ביטוחים שונים. מחירים אלו נקבעו על סמך מידע שקיבל המפקח מחברות הביטוח עצמן. הלכה למעשה, כך קבע בית המשפט, היוו מחירים אלה בסיס לקרטל אשר התקיים בשוק בין כל חברות הביטוח. אלו השתמשו במנגנון הפיקוחי החיצוני, אשר תפקידו להיטיב עם הצרכנים, בתור מנגנון פיקוחי פנימי, אשר שמר על יציבות הקרטל לאורך שנים. חברות הביטוח טענו כי המחירים הזהים הם, בין השאר, תוצאה של מעורבות המפקח על

נגד ניצול כוח עודף של חברת ביטוח כלפי מבוטח. הפיקוח הממלכתי נדרש גם בשוק תחרותי, כדי לקדם את תכלית החוק, לפחות במקרים בלתי-נמנעים של כשל שוק. לכן יש צורך גם בתחרות חופשית וגם בפיקוח יעיל. אכן, אסור שהפיקוח ימנע תחרות חופשית, אך צריך שהוא יתווה גבולות של הגינות, גם במצב של תחרות חופשית" (שם, בעמ' 654).

49 מבקר המדינה דו"ח שנתי 53ב – לשנת 2002 ולחשבונות שנת הכספים 2001 – הרפורמה בתחבורה הציבורית (2003), 697.

50 שם, בעמ' 707.

51 Gal, לעיל הערה 1, פרק 1.

52 ת"פ (י"ם) 417/97 מדינת ישראל נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פ"מ תשנ"ח(2) 326.

מיכל (שיצר) גל תפקידו של חוק ההגבלים העסקיים במארג החוקים הכלכליים של מדינת ישראל

הביטוח. למעשה, המפקח העיד בחקירתו כי הוא עודד את חברות הביטוח להיכבד ביניהן, וכי השמירה על התחרות לא הייתה בראש מעייניו.⁵³ בעיית ההנדסה החברתית של מנגנוני ההסדרה של שווקים כלכליים היא אפוא ליצור את מנגנון ההסדרה היעיל ביותר, בהתאם למאפייניה של כל שיטת הסדרה, מאפייניו של השוק הספציפי ומטרות ההסדרה. שיקולים אלו העומדים בבסיס ההנדסה החברתית מקרינים גם על שאלת תפקידו, אם בכלל, של חוק ההגבלים העסקיים והרשויות השלטוניות האמונות על החלתו, בהסדרת שווקים המפוקחים על ידי רגולטור ספציפי. כן הם רלוונטיים לשאלת יחסי הגומלין בין הרשויות השונות, הן בעת הקמתה של רשות מסדירה ספציפית הן בזמן פעולתה בהתאם למנדט החוקי שניתן לה. שאלות אלו ייבחנו להלן.

1. תחולת חוק ההגבלים על שווקים מוסדרים: התנגשות בין מערכות הדינים

האם קיימת תחולה לחוק ההגבלים העסקיים במקום שבו קיים חוק סקטוריאלי, ואם כן, באיזו מידה?

חוק ההגבלים העסקיים איננו קובע הוראה כללית לעניין תחולת הוראותיו במקרה שבו קיים דין ספציפי המסדיר פעולה עסקית מסוימת, אולם פרק ההסדרים הכובלים כולל פטור מהאיסור על הסדר כובל, במקום שבו "כל הוראות [ההסדר] נקבעו על פי דין". פטור זה מעגן למעשה את אחד מכללי הפרשנות הבסיסיים של המשפט הישראלי, שלפיו חוק ספציפי יגבר על חוק כללי. בהתאם לכלל זה, במקום שבו קיימת לכאורה התנגשות בין שתי הוראות חוק, תגבר ההוראה בחוק הספציפי על זה הכללי. ההנחה העומדת בבסיס כלל זה היא כי המחוקק היה מודע להוראת החוק הכללית, אולם בחר להחריגה במקרה ספציפי, מטעמים שונים. ניתן לשאול מדוע נקבעה הוראה כאמור רק בפרק ההסדרים הכובלים ולא ביתר פרקי החוק, והאם מכלל ההן שומעים אנו את הלאו. התשובה לשאלה האחרונה היא בשלילה. ככל הנראה, הפטור הספציפי נכלל בפרק ההסדרים הכובלים כיוון שכלולה בו רשימה מפורטת של פטורים והמחוקק ביקש להדגיש כי גם פטור זה נכלל בגדרו. בנוסף, הפטור להסדר כובל שהוראותיו נקבעו על פי דין היה קבוע בחוק ההגבלים העסקיים עוד בנוסחו הקודם, בטרם חוקק פרק המיזוגים ובטרם הוספו מרבית ההוראות המהותיות

53 ת"פ (י"ם) 417/97 מדינת ישראל נ' הפניקס חברה לביטוח, פורסם בנבו (פסק דין מיום 18.12.01), בשער ראשון, חלק שני, סעיף 37 לפסק הדין. באופן דומה, שימש מינהל הדלק כמתאם הקרטל בין חברות הגז השונות. המינהל היה מעוניין לשמור על יציבות בשוק. לשם כך נקבעו מחירי מקסימום לגבייה בעבור שירותי הגז, אשר היו מורכבים מעלויות הפקת מוצרי הגז בתוספת שיעור רווח שנראה למינהל כסביר, אולם הלכה למעשה, אימצו חברות הגז השונות את המחירון שנקבע כמחירון מחייב ובשוק לא נתקיימה כל תחרות בנוגע למחיר המוצר; ראו ת"א 396/87 (י"ם) קיסין נ' פטרולגז חברה הגז הישראלית (1969) בע"מ, פורסם בנבו.

המסדירות את פעולותיו של בעל מונופולין.⁵⁴ אשר על כן, נראה לנו כי אין מניעה כי הכלל הפרשני הכללי יחול גם בגדרי יתר הוראותיו של החוק כל עוד קיימת התנגשות בין שני החוקים, כמפורט להלן. בדרך זו צעדו גם בתי המשפט השונים, אשר החילו כללים זהים לתחולת חוק ההגבלים במקום שבו קיימת התנגשות אפשרית עם הוראות חוק ספציפי בגדר כל אחד מסעיפיו.

השאלה היא אפוא באילו מקרים ייסוג חוק ההגבלים העסקיים בפני חקיקה ספציפית ומה היקף תחולתו ביתרת המקרים. ההלכה הנוהגת היא כי דיני ההגבלים חלים במקביל לדינים הספציפיים.⁵⁵ דיני ההגבלים העסקיים נסוגים רק במקום שבו קיימת התנגשות חזיתית בינם לבין דין ספציפי המסדיר את הסוגיה העומדת בפני בית המשפט. כפי שקבע בית הדין להגבלים עסקיים בעניין בזק:⁵⁶

המבחן החל בעניין זה הוא מבחן ההתנגשות. לשון אחר, הסדר סטטוטורי מיוחד ידחה את תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים במקום שהוא מתנגש עם דינים אלה, וכאשר הוא איננו מתיישב עם הפעלתם.

ביתר המקרים יש לפרש את הדינים הרלוונטיים כחלים זה לצד זה, ובמידת הצורך לבצע איזונים בין הזכויות השונות שעליהם נועדו אותם דינים להגן. בהתאם לכך, על שתי הרשויות לפעול במקביל – תוך שיתוף פעולה וביצוע איזונים – כאשר כל אחת מהן אחראית על אכיפת החוק שעל פיו היא פועלת, למעט במצב של התנגשות חזיתית שבו על הרשות להגבלים עסקיים להותיר את הטיפול בעניין לרשות הספציפית.

חשיבות ההחלה המקבילה של שתי מערכות הדינים נובעת מהשיקולים שפרטנו לעיל, ומטרתה להתגבר על חסרונותיה של הסדרה ספציפית בכל הנוגע לשמירה על תחרות. כפי שצוין לעיל, הרשות הסקטוריאלית ובתי המשפט המוסמכים על פי החוק הספציפי לרוב אינם בעלי מומחיות מיוחדת בעניין שקילת שיקולי תחרות, מומחיות אשר מייחדת את רשות ההגבלים העסקיים ואת בית הדין. בנוסף, ההחלה המקבילה של הדינים מקטינה את החשש מפני תפיסה רגולטורית ובפני מתן משקל יתר לשיקולים דוגמת יציבות וודאות, לעומת שיקול קידום ושמירת התחרות. תחולה מקבילה זו מגבירה את חשיבות הדיאלוג בין שתי הרשויות המסדירות, על מנת להחליף ביניהן ידע ומומחיות הנדרשים על מנת לבצע את תפקידן נאמנה. תפקיד זה משית על רשות ההגבלים עול לא מבוטל, שכן הסקטורים אשר המחוקק בחר להסדיר באופן פרטני לרוב מאופיינים בכשלי שוק ספציפיים אשר

54 החוק הראשון.

55 ראו ה"ע (י"ם) 3/97 מגל מערכות בטחון בע"מ נגד הממונה על ההגבלים העסקיים, פורסם בנבו, פסקה 87 לפסק הדין; ערר 7/95 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פורסם בנבו (להלן: ערר בזק).

56 ראו שם.

תחרות איננה המזור העיקרי להם. סקטורים אלו מעמידים אתגרים מורכבים ומיוחדים המחייבים מומחיות וידע לשם הסדרה יעילה, אולם דיאלוג זה נועד לוודא כי שיקולי תחרות מובאים בחשבון, וכי הרשות הספציפית פועלת להקטנת המכשלות המלאכותיות לתחרות. מתעוררת השאלה מתי מתקיימת התנגשות חזיתית בין שתי מערכות הדינים כך שחוק ההגבלים העסקיים ייסוג בפני חוק ספציפי. בתי המשפט אשר נדרשו לשאלה זו נקטו, במרבית המקרים, בפרשנות מצמצמת, שבהתאם לה חוק ההגבלים העסקיים ייסוג רק במקרים מפורשים וברורים שבהם לא ניתן להחיל את שתי מערכות החוקים זו בצד זו. כך למשל במקום שבו החוק הספציפי איננו קובע הוראות מיוחדות להסדרת סוגיה שעניינה תחרות, חלות הוראות חוק ההגבלים. אין די במטרה העומדת בבסיס חוק אשר לא ניתן להשיגה ללא פגיעה כלשהי בתחרות, כדי לפסול את תחולתו של חוק ההגבלים העסקיים. ניתן להדגים נקודה זו בעזרת החלטת בית הדין בעניין תאגיד המיחזור. חוק הפיקדון מחייב את יצרני המשקאות לקבוע מנגנון למיחזור בקבוקי המשקה, המחייב איסופם של הבקבוקים מהציבור תמורת החזר הפיקדון. בשל עלויותיו הגבוהות של מערך כאמור, נדרשו החברות הנושאות בחובת המיחזור להקים מיזם משותף לביצוע פעולות אלו. אף שבית הדין ההגבלים עסקיים קיבל את הטענה שמטרת החוק לא הייתה מושגת ללא הקמת מיזם משותף כאמור, הוכפפו הקמתו וההסכם בין השותפים לביקורתו של בית הדין בהתאם להוראות חוק ההגבלים העסקיים.⁵⁷

גם במקום שבו הוקנתה בחוק ספציפי סמכות לקביעת התנהגות עסקית מסוימת, חוק ההגבלים העסקיים לא תמיד ייסוג בפני הוראות החוק הספציפי והאיזון ביניהם ייגזר מהאפשרות ליישב בין שתי מערכות הדינים ולהחילן במקביל. במקום שבו לרשות הספציפית סמכות מפורשת לקביעת פרמטר עסקי, לא ניתן לטעון כי החברות הפועלות בשוק, אשר אימצו את הפרמטר העסקי האמור כנדרש בהם בחוק, עברו על הוראות חוק ההגבלים. אדגים זאת בעזרת החלטה בעניין בזק נ' עזבון גת, שם נדון ערעור על החלטה לאשר תובענה ייצוגית נגד בזק, בטענה כי היא גובה תשלום זהה בעבור יחידת מניה שלמה כמו בעבור חלק קטן מיחידת מניה.⁵⁸ בית המשפט קבע כי פעילותה של בזק זוכה להגנה מתחולתו של חוק ההגבלים העסקיים כיוון שמחיר יחידת מניה – וכן דרך גבייתו – קבועים במפורש בתקנות הבזק.

לעומת זאת במקום שבו הגופים העסקיים הם בעלי מרחב פעולה עסקי גם במסגרת הסדרתית אשר נקבעה על ידי רשות ספציפית, לרוב לא תהא מניעה לתחולתו המקבילה של חוק ההגבלים העסקיים. כך למשל בעניין אברהמי נ' מת"ב נקבע כי האיסור ההגבלי חל במקום שבו החוק מתיר גבייה של דמי מנוי, אך שיעור דמי המנוי נקבע על ידי חברות

57 ה"ע 4445/01 שופרסל בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פורסם בנבו.

58 ר"ע א' 6567/97 בזק – החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' עזבון גת, פ"ד (נב) 713.

הכבלים.⁵⁹ בתי המשפט גם הכירו בכך שבמקום שבו הגוף המפקח קובע מחיר מקסימלי או מחיר מוצע, אין מניעה כי חוק ההגבלים העסקיים יחול במקביל במקום שבו החברות הפועלות בשוק משתמשות בטבלת המחיר כאמור לביסוס הסדר כובל ביניהן. כך למשל בהחלטתו בעניין קרטל חברות הביטוח החיל בית המשפט העליון את האיסורים ההגבליים אף שהבסיס לתיאום בין החברות השונות היה טבלת המחיר המקסימלי שנקבעה על ידי המפקח על הביטוח.⁶⁰

במקום שבו תיתכן פגיעה בתחרות, יש לפרש את סמכותו של הגוף המסדיר בצמצום ולא לאפשר פגיעה בתחרות שאיננה מתחייבת מלשון החוק וממטרתו. כך למשל בעצם קיום סמכות לפקח על מחירים אין בכדי להתיר לרשות סקטוריאלית לקבוע רמת מחירים בלתי הוגנת למוצר, או לאפשר למתחרים בשוק לתאם ביניהם מחירים. בדומה, בעצם קיום הסמכות להורות למתחרים בשוק הוראות מהוראות שונות אין בכדי לאפשר לרשות הסקטוריאלית להורות למתחרים להיפגש ביניהם, פגישות העשויות שלעצמן לעלות לכדי הסדר כובל אסור. עמדה דומה נקט בית המשפט בעניין קו מחשבה בע"מ.⁶¹ באותו עניין, הוגשה תביעה ייצוגית כנגד בזק, בטענה כי מחירי השיחות הבין-לאומיות היוו "מחיר בלתי הוגן" כמשמעותו בחוק ההגבלים העסקיים. בזק טענה כי המחיר שנגבה נגבה מכוח תקנות ובאישור הרשות הממונה. בית המשפט המחוזי קבע כי החלטה של רשות המתקבלת בניגוד לדיני ההגבלים העסקיים איננה החלטה סבירה, וכי חלים עליה כללי הבטלות היחסית:

"אכן לתכלית זאת מעניק החוק סמכות לשרים, לפקח על מחירים של מצרכים או שירותים..."

מכאן ניתן להגיע לקביעה כי משמעות המונח 'מחיר' בחוק הפיקוח, הוא מחיר השוק וכי השרים חרגו מסמכותם באשרם בצו הפיקוח, מחיר הגבוה פי כמה ממחיר השוק".

סבוכה יותר היא שאלת מעמדה החוקי של פעולות הנוגדות את הוראות חוק ההגבלים העסקיים אשר נעשו באישור הרשות סקטוריאלית, אף שאינן מחויבות לשם מילוי הוראות החוק הסקטוריאלית. כך למשל, מהו הדין במקום שבו המתחרים בשוק מקבלים אישור לתאם ביניהם מחירים, אף שתיאום כאמור לא נדרש לשם מילוי הוראות החוק הספציפי ומטרותיו. נראה לנו כי קבלת אישור מרשות סקטוריאלית אין בו כשלעצמו בכדי להכשיר פעולה האסורה בהתאם לדיני ההגבלים העסקיים. בהיעדר מקור הסמכה מפורש, הגופים העסקיים הפועלים בשוק כפופים להוראות חוק ההגבלים העסקיים. מובן כי מצב דברים זה מעמיד

59 ת"א (ת"א) 1574/99 אברהמי נ' מת"ב מערכות תקשורת כבלים בע"מ, פורסם בנבו.
60 ת"פ (י"ם) 417/97, לעיל הערה 52; ת"פ (י"ם) 417/97, לעיל הערה 53.
61 ת"א (ת"א) 2298/01 קו מחשבה בע"מ נ' בזק בינלאומי בע"מ, פורסם בנבו (25.12.03).

את הגופים המפוקחים במצב לא נוח, המטיל עליהם לבדוק אם הפעולה שהרשות הסקטוריאלית העניקה לה גושפנקה חוקית אכן איננה מתנגשת עם הוראות חוק ההגבלים העסקיים או מתחייבת לשם מילוי הוראות החוק הספציפי, אולם בכך אין מצבם שונה מהותית מיתר החברות בשוק, הנדרשות אף הן להכיר ולפעול בהתאם לחוק ההגבלים העסקיים בהיעדר הוראה ברורה סותרת. הלכה זו גם מעניקה לחברות המפוקחות תמריץ לשמור כי הוראות חוק ההגבלים לא יופרו.⁶²

מעניין לציין כי בפסק הדין בעניין *Trinko* אשר ניתן בשנת 2004,⁶³ קבע בית המשפט העליון האמריקני כי תחולתו המקבילה של חוק ההגבלים העסקיים תיקבע, בין היתר, גם בהתאם למידת מומחיותו של הגוף המסדיר בתחום הנדון וכן הכלים העומדים לרשותו להקטנת הפגיעה בתחרות. בהתאם להחלטה זו, במקום שבו קיימת לכאורה תחולה מקבילה לשתי מערכות דינים, יש להחיל ניתוח עלות-תועלת אשר יבחן את התועלת השולית מהחלת דיני ההגבלים העסקיים על השאלה הרגולטורית. התחולה המקבילה תיקבע בהתאם לשני פרמטרים עיקריים: ראשית, מידת המיומנות והכשירות של הגוף המסדיר בזיהוי ובטיפול בבעיות תחרותיות. ככל שהגוף המסדיר מיומן יותר, כך תקטן התועלת שבהחלה מקבילה כאמור. שנית, עד כמה תחולה מקבילה של דיני ההגבלים העסקיים תקדם את התחרות. אם אין ביטחון רב ביתרונותיה של תחולה זו, אין לאשרה. הלכה זו אינה קובעת תשובה חד-משמעית אלא מחייבת בדיקה מדוקדקת של היתרונות והחסרונות היחסיים של התחולה המקבילה בכל מקרה לגופו.

ניתן אולי להצדיק הלכה זו מבחינה תאורטית. היא חוסכת משאבים במקום שבו תחולה מקבילה של שתי מערכות דינים לא תקדם את התועלת החברתית. אין ספק כי השיקולים שעליהם עמד בית המשפט העליון האמריקני צריכים להדריך את רשות ההגבלים העסקיים בהחלטותיה אם להקדיש ממשאביה להתערבות בהסדר רגולטורי בשוק זה או אחר. בה בעת, הלכה זו בעייתית במובן זה שהיא יוצרת חוסר ודאות בדבר מערכות הדינים החלות על גוף מוסדר ועל הגופים המוסמכים לאכוף מערכות דינים אלו. חוסר ודאות זה עלול להגביר את הפגיעה בתחרות אם רשות ההגבלים העסקיים תהסס להחיל את דיני ההגבלים במידה והיא תסבור שעל מנת להחילם היא תידרש להוכיח את חוסר הכשירות והמיומנות של הרשות הספציפית. בנוסף, לבית משפט פעמים רבות אין כלים טובים על מנת להעריך את כישורי הרשות המסדירה. אשר על כן, נראה לי כי אין להחיל הלכה זו בישראל. אכן, ההלכה האמורה הייתה מושא לביקורת רבה גם בארצות-הברית.⁶⁴ לא למותר לציין כי

62 ברוח זו פסק בית המשפט העליון בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד (נט) 6) 776.

63 *Verizon Communications Inc. v. Law offices of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 398 (2004) לדיון בהלכה זו ראו גם Gal & Faibish, לעיל הערה 45.

64 ראו למשל P. Weiser "The Relationship of Antitrust and Regulation in a Deregulatory Era" 50 *Antitrust Bull.* (2005) 549; T. Brennan "Trinko v. Baxter: The Demise of U.S. v. AT&T" 50 *Antitrust Bull.* (2005) 635.

מקורה של ההלכה האמריקנית בתביעה פרטית, ייצוגית ונזיקית, של צרכן של גוף מוסדר, אשר טען כי נגרם לו נזק כתוצאה מהגבלת תחרות שנבעה מהסדרה לא יעילה. במקרים מעין אלו ברור כי קיים אינטרס להפחית את השימוש בעילה הנזיקית ההגבלית ככלי פיקוח על רשויות מסדירות, אולם ההלכה שנבעה ממגמה זו היא בעייתית, כפי שהוסבר לעיל.

2. יחסי הגומלין בין הרשויות המסדירות

עד עתה דנו במקרים שבהם רשות סקטוריאלית מעניקה הכשר לביצוען של פעולות אשר פוגעות בתחרות תוך הפרת הוראות חוק ההגבלים העסקיים. תת-פרק זה יידון במערכת היחסים בין שתי רשויות האכיפה במקום שבו אין התנגשות בין החוקים כאמור, אולם יש לשקול שיקולי פגיעה בתחרות. מערכת היחסים בין הרשות הספציפית לרשות ההגבלים מתגבשת וחלה בשתי רמות: הראשונה, בעת הקמת הרשות הספציפית וקביעת הכללים אשר בגדרם היא תפעל והשנייה, בשלב האכיפה של החוק הספציפי.⁶⁵

בשלב הקמת רשות ההסדרה הספציפית יש לרשות ההגבלים ולעומדים בראשה תפקיד חשוב ביותר, שעיקרו פריסתם וחשיפתם של שיקולי התחרות בפני המחוקק, בטרם יקבל הוא את החלטתו, בכדי שהוא יהיה מודע להשלכות החלטתו על התחרות בשוק. תפקיד זה הוא רב-חשיבות בשל השלכות החקיקה הספציפית לטווח הארוך. בנוסף, חשיבותו עולה מהעובדה שתפקיד הרשות בהליכי החקיקה הוא לייצג את הציבור הבלתי מסוים מול קבוצות כוח קטנות, אך מאורגנות למשעי, בסוגיות של פגיעה ברווחה החברתית דרך פגיעה בהליך התחרותי. כך למשל עשויה קבוצת לחץ לבקש להשפיע על המחוקק כך שהוא יקים מכשלות מלאכותיות לתחרות, דוגמת יצירת מכשלות לכניסה של מתחרים חדשים לשוק. תפקיד הרשות הוא לפרוס בפני המחוקק את ההשלכות לטווח הארוך של היכנעות ללחץ זה. חוות דעת זו היא גם כר נוח לליבון דיון ציבורי בשאלת הפגיעה ברווחה החברתית. אשר על כן, חשוב ביותר להעניק לרשות ההגבלים ולעומדים בראשה מעמד רשמי בתהליכי החקיקה של החוק הספציפי. מעמד זה ראוי כי יחייב את הרשות המחוקקת לשמוע את עמדת רשות ההגבלים בטרם יחוקק חוק הפוגע בתחרות, אולם תפקיד זה צריך להיות מייעץ בלבד, שכן אחרת ייפגע ההליך הדמוקרטי. כיום אין חובה כאמור, אולם הלכה למעשה הממונה נוקט יוזמה ומופיע, פעמים רבות, בפני ועדות הכנסת השונות, במקום שבו עולה סוגיה בעלת השלכות משמעותיות על התחרות בשוק. עיגון חוות הדעת בהליך פרוצדורלי מחייב תחזק את השמירה על התחרות. בנוסף, למעט במקרים חריגים הנדרשים לשם שמירה על אינטרסים חיוניים למדינה, יש לאפשר לרשות ההגבלים לפרסם את חוות דעתה בדבר המידה שבה החוק המוצע פוגע בתחרות וכן המידה שבה הוא מקדם את הרווחה החברתית למרות פגיעה כאמור, על מנת ליצור תשתית לדיון ציבורי בשאלת מידתיות

65 להרחבה בסוגיות אלה ראו Gal & Faibish, לעיל הערה 45.

מיכל (שיצר) גל תפקידו של חוק ההגבלים העסקיים במארג החוקים הכלכליים של מדינת ישראל

הפגיעה בתחרות. כמו כן, בכל הצעת חוק לחקיקתו של חוק שעלול לפגוע בתחרות יש לדרוש כי מגיש ההצעה יכלול גם פרק שיידון בעלות פגיעתו הצפויה של החוק בתחרות. בדרך זו ניתן יהיה להגביר את הסיכוי כי שיקולי הפגיעה בתחרות לא ייעלמו מעיני המחוקק, ויהיה ניתן להניח במידה מוגברת יותר של ודאות כי הפגיעה בתחרות, אם יאושר החוק, היא מודעת ומידתית לדעת המחוקק.⁶⁶

סוגיה סבוכה יותר עניינה מערכת היחסים בין רשויות האכיפה במקום שבו נדרשת רשות ההסדרה הספציפית להחליט החלטות המשפיעות באופן משמעותי על התחרות החופשית, אך אינן מהוות הפרה של חוק ההגבלים העסקיים. כך למשל נדרש משרד התקשורת להכריע אם יינתן זיכיון שיאפשר כניסתו של שחקן חדש לשוק הכבלים, והמפקח על משק החשמל נדרש להכריע אילו תעריפים תשלם חברת החשמל עבור חשמל שהיא רוכשת מיצרני חשמל פרטיים. שאלת הגוף המכריע ותהליך קבלת ההחלטות היא בעלת השפעה רבה על המשקל שיינתן לשיקולי תחרות. תורת הכלכלה המבנית הכירה זה מכבר בכך שזוהות הגוף האמון על אכיפת החוק, מבנהו, מעמדו וזוהות נושאי התפקידים בו, הכשרתם והאידיאולוגיה המשרתת את מטרתיהם משפיעים משמעותית על דרך החלת החוק.⁶⁷

בעולם מקובלים שלושה מודלים עיקריים לקבלת החלטות במקרים שבהם להחלטה ישנה השפעה מהותית על מידת התחרות בשוק.⁶⁸ בהתאם למודל הראשון, נתונה הסדרת התחרות בשוק לרגולטור הספציפי, ואילו הרשות להגבלים עסקיים מתפקדת באופן פסיבי בלבד, במקרים שבהם קיימת הפרה של הוראות דיני ההגבלים העסקיים.⁶⁹ בהתאם למודל השני, המקובל בשווקים רבים באיחוד האירופאי, הסדרת התחרות בשווקים נתונה לרשות להגבלים העסקיים.⁷⁰ לשם כך הוקמו ברשות להגבלים עסקיים יחידות משנה סקטוריאליות, בעלות מומחיות בשוק הספציפי שבו מדובר.⁷¹ בין המודל הראשון לשני קיים גם מודל ביניים, המקובל למשל בשוק התקשורת באוסטרליה, בהתאם לו מתקבלות החלטות המשפיעות על התחרות החופשית בשוק על ידי הרשות הסקטוריאלית והרשות להגבלים עסקיים במשותף, לאחר התייעצות ביניהן.⁷²

שם 66

ראו K.R. Popper, P. Kegan *The Poverty of Historicism* (2nd ed., 1957), 66 וראו בדומה M. Borrus, J. Goldstein "The Political Economy of International Trade Law and Policy: United States Trade Protectionism: Institutions, Norms, and Practices" 8 *NW. Int'l L. Bus.* (1987) 328

ראו M. Kerf, D. Geradin "Controlling Market Power in Telecommunications: Antitrust vs. Sector-Specific Regulation, an Assessment of the United States, New Zealand and Australian Experiences" 14 *Berkeley Tech. L.J.* (1999) 919

שם, בעמ' 931. 69

ראו Gal & Trebilcock, *לעיל הערה 46*, בעמ' 137, בעניין שוק החשמל. 70

Kerf & Geradin, *לעיל הערה 68*, בעמ' 931. 71

שם 72

דומה כי המשפט הישראלי אימץ את המודל הראשון, אשר בהתאם לו נתונה הסמכות להכריע בהחלטות המשפיעות על מידת התחרות בשוק לרשות הסקטוריאלית בלבד. ההלכה בישראל היא כי הסמכות הספציפית להסדיר את פעולתו של שוק מסוים גוברת על סמכותו הכללית של הממונה על ההגבלים העסקיים לשמור על התחרות בו. כך למשל בג"ץ ערוצי זהב ערערו חברות הכבלים על החלטתה של המועצה לשידורי כבלים ולוויין לאסור עליהן לעבור ולשדר בשיטה דיגיטלית עד אשר יגיע מספר המנויים של חברת הלוויין לרף מסוים.⁷³ הממונה על ההגבלים העסקיים התנגד להגבלה וטען כי די במניעת שידור בשיטה האמורה לתקופה מוגבלת או עד שתגיע חברת הלוויין למספר מנויים קטן יותר כדי להבטיח קיומה של תחרות בשוק. בית המשפט העליון קבע כי "החלטתה של המועצה, גם אם היא מגבילה את העותרות במידה שעולה על זו שעליה המליץ הממונה, אינה חורגת ממתחם הסבירות, ואין לנו יסוד להתערב בה".⁷⁴ דהיינו, הסמכות להחליט בענייני תחרות היא בידי הרשות הסקטוריאלית ולא בידי הרשות להגבלים עסקיים, והרשות הסקטוריאלית מוגבלת בשיקול דעתה בהתאם לכללי הסבירות הרגילים.

שיטת הסדרה זו, המותירה את ההכרעה בשאלות בעלות השפעה מהותית על התחרות בידיהן של רשויות אכיפה סקטוריאליות, ללא מעורבות משמעותית של הרשות להגבלים עסקיים, אם בכלל, היא בעייתית. כפי שפורט לעיל, לרשות הספציפית לרוב אין ידע ומומחיות בקידום תחרות. יתירה מזאת, הלכה זו היא בעייתית בייחוד נוכח מבנה השוק הישראלי המשופע בבעלויות צולבות, ובו להחלטה על מבנה השוק בשוק אחד עשויות להיות השלכות על מידת התחרות בשווקים אחרים. שיקולי תחרות מורכבים המערבים כמה שווקים חורגים מתחום מומחיותם של הגופים הסקטוריאליים ונמצאים (באופן מובהק בהרבה) בגדר מומחיותה של הרשות להגבלים עסקיים. בנוסף, הדיאלוג הנמשך בין הגוף המוסדר לבין הגוף המסדיר, כמו גם הנטייה ליתן משקל רב לשמירה על יציבות הגוף המוסדר, גורמים לנטייה לשמור על אינטרסיהם של הגופים הפועלים בשוק, על חשבון התחרות. מנגד, למומחיות של הרשות הסקטוריאלית קיימת חשיבות רבה בקבלת ההחלטות המתאימות לאותו השוק.

על כן מוצע לאמץ את מודל קבלת ההחלטות השלישי ולהטיל על הרשות הסקטוריאלית חובת התייעצות עם הממונה על ההגבלים העסקיים, במקרים שבהם החלטה רגולטורית משפיעה באופן משמעותי על מידת ההתחרות באותו שוק. מודל זה יקטין את האפשרות שהתחרות תיפגע היכן שאין צורך והצדקה בפגיעה בה. תפקיד רשות התחרות הוא אפוא להוות משקל נגד לבעיות המוסדיות שרשויות האכיפה הספציפיות חשופות להן. מעורבות רשות התחרות תקל על הרשויות הספציפיות לבחון את השוק המוסדר בראייה כוללת, תוך שימת דגש על מכשלות שניתן להקטיןן ועל תנאים שניתן לשנותם על מנת לאפשר לשוק

73 בג"ץ 7852/98 ערוצי זהב נ' שרת התקשורת, פ"ד נג(5) 425.

74 שם, בעמ' 432.

מיכל (שיצר) גל תפקידו של חוק ההגבלים העסקיים במארג החוקים הכלכליים של מדינת ישראל

לפעול באופן יותר תחרותי, בין היתר בדרך של איסור מיזוגים בעייתיים, הגברת היעילות של הסדרת מחירים או קביעת תנאי שימוש במשאבים חיוניים אשר ימזערו את הפגיעה בתחרות. בנוסף, במקרים שבהם הרשות פועלת בניגוד לעמדתו של הממונה על ההגבלים העסקיים או ללא קבלת עמדתו כלל, יש להחיל כללי סבירות נוקשים יותר, וזאת בניגוד להלכה שנקבעה בבג"ץ ערוצי זהב כאמור.

עד לתיקון החוק בנושא זה, נראה לנו כי ניתן לעגן מודל זה, ולו חלקית, בכללי המשפט המינהלי הקיימים. בהתאם לכללים אלו, במקרים שבהם חוות דעתו של גוף מסוים איננה רק מועילה כי אם הכרחית להכנת תשתית ראויה לצורך קבלת החלטה, חלה על הרשות השלטונית חובת היועצות.

הצעה זו גם עולה בקנה אחד עם המקובל בעולם הרחב. בארצות הברית למשל חלק מהחוקים מבטיחים כי רשות התחרות תיודע בשלבים הראשונים של תהליך ההסדרה, וכי תינתן לה הזדמנות נאותה להשמיע את חוות דעתה בפני הרגולטור; בקנדה יש לרשות זכות להציג את עמדתה בפני הרשות הספציפית; באנגליה לרשות יש סמכות הקבועה בחוק ליתן חוות דעת על שאלות הנוגעות לתחרות; בהונגריה הרחיק המחוקק אף מעבר לכך והעניק לרשות התחרות סמכות להגיש תביעה נגד הרשות הסקטוריאלית אם שיקולי תחרות נאותים לא הובאו בחשבון.⁷⁵ לדעתנו אין להרחיק לכת ולהכפיף את הרשות הספציפית לחוות דעתה של רשות התחרות, כיוון שלעיתים תפקיד ההסדרה הוא דווקא לאזן בין שיקולי תחרות לשיקולים אחרים. גם אין לחייב התערבות רשות התחרות בכל הליך הסדרתי אשר עלול לפגוע בתחרות, כיוון שהדבר יגרום לכפל הוצאות פיקוח, אולם יש לאמץ את חובת ההיועצות בכל החלטה בעלת השפעה מהותית על התחרות, כמפורט לעיל.⁷⁶

ז. סיכום

חוק ההגבלים העסקיים הוא שילוב מובהק של משפט וכלכלה. זהו חוק המבקש להסדיר את פעילות השווקים על מנת לקדם בהם תחרות, תחת ההנחה כי תחרות היא הכלי היעיל ביותר, במרבית השווקים, על מנת לקדם את הרווחה החברתית. אשר על כן אכיפתו בפועל מושפעת ממאפייניו הכלכליים של השוק שבו הוא מוחל. בהתאם לכך, יש להכיר את מגבלותיו הטבעיות של השוק הישראלי על מנת להחילו באופן אופטימלי. חלקו הראשון של פרק זה עמד בקצרה על מאפיינים אלו. ביתר פרקיו של הספר יורחב ניתוח השפעתם על הדין הרצוי במקרים ספציפיים המוסדרים על ידי חוק ההגבלים העסקיים.

Advocacy and Competition Policy Report prepared by the Advocacy Working Group 75
(International Competition Network, 2002), i-ii

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org>

ראו Gal & Faibish, לעיל הערה 45. 76

בנוסף, אכיפתו של חוק ההגבלים העסקיים מושפעת, כמו כל חוק אחר, מהאידיאולוגיה החברתית-כלכלית הנוהגת בעת קבלתו ואכיפתו. ההיסטוריה של חוק ההגבלים מדגימה היטב את תאוריית הריאליזם המשפטי, שעליה עמד השופט האמריקני אוליבר ונדל הולמס עוד לפני יותר ממאה שנים.⁷⁷ בהתאם לתאוריה זו, המשפט משקף את הצרכים החברתיים המשתנים של התקופה, התאוריות הפוליטיות והמוסריות הרווחות, מדיניות ציבורית ואפילו דעות קדומות שהשופטים חולקים עם יתר הציבור. דיני ההגבלים העסקיים מהווים אפוא ראי – ולו חלקי – של האידיאולוגיה החברתית-כלכלית השלטת והיחסי הכוחות בנקודת זמן מסוימת. הכרה בטענה זו מחייבת להימנע מאימוץ עיוור של הלכות העבר בדיני ההגבלים העסקיים ועריכת בחינה מחודשת של ההלכות לאור האידיאולוגיה השלטת, המעניקה משקל רב לתחרות ככלי לקידום הרווחה החברתית.

כן עמד פרק זה על יחסי הגומלין בין חוק ההגבלים ורשויות התחרות לבין חוקים מסדירים ספציפיים ורשויות האמונות על אכיפתם. יחסי גומלין אלו הם בעלי חשיבות רבה לשמירה על תנאי תחרות בשוק, לעתים אף מעבר להחלטה הגבלית זו או אחרת, כיוון שהם קובעים, פעמים רבות, את גובהם של חסמי כניסה מלאכותיים לשוק הרלוונטי. בלא מתן משקל נאות לשיקולי תחרות – בין בדרך של מתן משקל לחוות דעתה של רשות ההגבלים העסקיים ובין בדרך אחרת – תישאר זו כלי משני להסדרת שווקים והרווחה החברתית עלולה להיפגע.

O.W. Holmes *The Common Law* (1881), 1; K.N. Llewellyn *A Realistic Jurisprudence: The Next Step, in Jurisprudence Realism in Theory and in Practice* (1962), 18