

מחיר גבוה כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי: סוס טרויאני

מיכל (שיצר) גל והילה נבו*

עומד להתפרסם (עם שינויים קלים) ב"משפטים" תשע"ז

1. מבוא

במאמרו "מחיר מופרז כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי", המתפרסם בכרך זה, יוצא דיויד גילה כנגד עמדתנו, אשר הובעה במאמר שהתפרסם בגיליון קודם של כתב עת זה, ולפיה אין לכלול איסור על מחירים גבוהים במסגרת החזקות לניצול מעמד מונופוליסטי לרעה המנויות בסעיף 29א(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים.¹ לשיטתו של גילה, גביית מחיר מופרז הינה מקרה מובהק שבו בעל מונופולין מנצל לרעה את כוחו באופן העלול לפגוע בציבור הצרכנים, ואכיפת הנורמה תגן על הצרכן ותשיא את רווחתו. אכן, בעת כהונתו של גילה כממונה על ההגבלים העסקיים הכירה הרשות לראשונה בעילה זו ופרסמה גילוי דעת בנדון.² במאמר תגובה זה אנו מבקשות להתייחס אל טענותיו של גילה ולבאר מדוע אנו סבורות כי הפרשנות שאנו מציעות לחוק היא זו המגשימה את מטרות דיני ההגבלים העסקיים ומקדמת את הרווחה החברתית.

כפי שפירטנו בהרחבה במאמרנו הקודם, ויובהר גם כאן, אין מחלוקת שמחיר גבוה עלול לפגוע ברווחה הצרכנית, בטווח הקצר ולעתים אף בטווח הארוך. גם אין רבותא שבעיית יוקר המחיה בישראל הינה בעיה חמורה המחייבת מענה. בנוסף, אין אנו חולקות על קיומה של הצדקה נורמטיבית לפיקוח על מחירים של בעל מונופולין, לפחות במקרים מסוימים. המחלוקת נסובה סביב השאלה האם הכלי הרגולטורי של עילת ניצול המעמד המונופוליסטי לרעה הוא הכלי הנכון לפיקוח על מחירים גבוהים של בעל מונופולין, ובאילו תנאים מוצדק להחיל פיקוח כאמור. כפי שהראינו במאמרנו, האיסור על ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי (להלן: "האיסור") אינו הכלי הרגולטורי המתאים והראוי למשימה זו. בהתחשב באפקט המצנן שיוצר האיסור על תמריצים למחקר ופיתוח, להשקעות ולהתייעלות, באפקט ההרתעה של שחקנים בינלאומיים מלהיכנס לשוק הישראלי, במאפייניהם של המוסדות האוכפים את האיסור, ובחוסר הודאות שהוא יוצר, איסור על מחירים גבוהים דרך הסעיף האמור עלול להוביל לפגיעה ברווחה החברתית. לא זו אף זאת - המתווה הספציפי שמציע גילה להחלתה של עילה זו, אם אכן יוחלט שהיא קיימת, מגדיל עלויות אלו עוד יותר. יתירה מזאת, כפי שהראינו במאמרנו, מצויים בידי הרגולטור כלים חליפיים, יעילים יותר, אשר יקדמו בדרך טובה יותר את הרווחה החברתית ללא הפגיעה שיוצרת עילת הניצול לרעה, ואשר פתוחה בפניו הדרך לעשות בהם שימוש.

תגובה זו מתמקדת בשלוש סוגיות עיקריות העומדות בבסיס המחלוקת, עמן נדרש להתמודד כל מי שמבקש לבחון האם רגולציה של מחירים דרך סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים היא ראויה: (1)

* פרופסור וראש הפורום למשפט ושווקים, הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה, מרצה במכללת תל-חי, בהתאמה. תודתנו שלוחה ל-Israeli Science Foundation וכן למכון ספיר למדיניות כלכלית על תמיכה כלכלית במחקר וכן לעדן איזל, מנחם פרלמן וליאור פרנק על הארות יוצאות מהכלל.

¹ מיכל (שיצר) גל והילה נבו, "השפעת תורת החלטות על עיצוב כללים משפטיים: מחיר בלתי הוגן כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי", משפטים מה 277 (תשע"ו).

² גילוי דעת 1/14 מאת הממונה על הגבלים עסקיים, "האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין" (9.4.2014).

האם פיקוח על מחירים שגובה בעל מונופולין הינו כלי רצוי, ואם כן באילו מקרים? (2) אם התשובה היא בחיוב, האם ראוי ונכון לערוך את הפיקוח במסגרת סעיף 29א לחוק ההגבלים? (3) אם התשובה לכך היא חיובית, האם אופן החלת הפיקוח בהתאם למתווה המוצע בגילוי הדעת שפרסמה הרשות הינו סביר וראוי. במאמרנו הראינו שבעוד שהשאלה הראשונה מותירה פתח קטן חיובי, התשובה לשתי השאלות האחרונות היא שלילית.

כפי שמפורט להלן, תגובתו של גילה אין בה כדי לשנות את התשובות לעיל. בכל הכבוד, חלק מטענותיו אינן נכונות עובדתית. כך, למשל, הטענה שהאיסור מוחל כדבר שבשגרה על ידי האיחוד האירופי הינה שגויה. ההיפך הוא הנכון: הנציבות האירופית קבעה זה מכבר שמדובר באיסור בעייתי ביותר. כיוון שהיא אינה יכולה לשנות את הפסיקה העקרונית של בית המשפט האירופי שהכיר באיסור כבר לפני כמה עשורים, היא מחילה אותו רק במקרים חריגים מאוד, וגם אז בצורה מוגבלת. גם חלק מטענותיו הכלכליות של גילה אינו מקובל על כלכלנים מובילים בעולם, הטוענים בדיוק ההיפך. והעיקר - אין בטענותיו כדי לשנות את כפות המאזניים כך שהתועלת מההכרה באיסור והכללתו בדין הישראלי תהא גדולה מהנזק. לנוחות הקוראים מחולקות תשובותינו לשלוש השאלות האמורות, תוך התייחסות לכל אחד מתתי הפרקים במאמרו של גילה הרלוונטיים לשאלה הנבחנת. בשל מגבלות מקום, לא חזרנו על טיעונים רבים שהעלינו במאמרנו ורלוונטיים גם כאן, ואנו מפנים את הקורא גם למאמרנו הקודם.

הערה אחרונה לפני תחילת הניתוח: התשובה לשלוש השאלות מחייבת מתן משקלות יחסיים לטיעונים, ואין די בטענות בעלמא לגבי קיומם של מחירים שונים. לשיטתנו, עול ההוכחה הוא על מי שמבקש להוסיף עילה חדשה אל ספר החוקים. זאת כיון שאין להתערב בשוק ולהוסיף כשלים רגולטוריים על כשלי שוק, אלא אם כן יש לכך הצדקה ברורה. דרישה זו מקבלת משנה תוקף בשל העובדה שקיימת גישה מבוססת המקובלת במדינות שונות ברחבי העולם לפיה דיני ההגבלים העסקיים אינם הכלי הנכון לפיקוח מחירים, וגם האיחוד האירופי- ארץ מכורתו של האיסור-מכיר בסיכון לפגיעה ברווחה שהאיסור יוצר. על כן, הרשות האירופית מחילה פיקוח כאמור רק במקרים חריגים ומובחנים, שגם בישראל רשות ההגבלים העסקיים לא ראתה עצמה עד לאחרונה כמפקחת מחירים ואילו בישראל, -"תנאי הארץ ותושביה" מחייבים מתן פרשנות שונה לעילת המחיר הבלתי הוגן. אימוץ הפרשנות האירופית לישראל כמוהו כסוס טרויאני.

שאלה 1: האם פיקוח על מחירים גבוהים של בעל מונופולין הינו רצוי

הנורמה הכללית הקבועה בסעיף 29א לחוק קובעת כי התנהגות העלולה להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור מהווה ניצול לרעה אסור של מעמד מונופוליסטי. סעיף זה פורש בכל העולם כאוסר התנהגות מדירה (exclusionary), בגדרה דוחק המונופול את מתחריו מן השוק באמצעות יצירת מכשלות מלאכותיות לתחרות, דוגמת קשירת מוצרים או תמחור טורפני. פעולות אלו פוגעות בהליך התחרותי ובמתחריו של בעל המונופולין. ההגנה על הציבור כאן היא עקיפה, והיא תוצאה של מניעת מכשלות מלאכותיות לתחרות. עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן, אם תוכר, הינה בן חורג לאיסור זה. עניינה התנהגות נצלנית (exploitative) מצד בעל המונופולין כלפי צרכניו. התנהגות זו פוגעת ישירות בכיסם ורווחתם, אולם אינה פוגעת בהליך התחרותי או במתחריו של בעל המונופולין. נהפוך הוא: המחיר הגבוה מאפשר ואף יוצר תמריצים לחברות נוספות להיכנס לשוק.

על-פי דרכו של גילה בפרק 3, אי-החלתו של האיסור על ניצול כוחו של המונופול לרעה בדרך של גביית מחירים גבוהים כמוהו כ"הפקרת" הצרכן. במבט ראשון, זהו טיעון שובה לב. אכן, המחיר המונופוליסטי עולה על המחיר התחרותי במידה ניכרת, יוצר העברת עושר מכיסו של הצרכן אל המונופול ומשית נטל עודף על הכלכלה. במובן זה, אין חולק כי עסקינן בהתנהגות פוגענית כלפי הצרכן. על-פי רציונל זה, החלת האיסור על גביית מחירים גבוהים תגדיל את מספר העסקאות בשוק,

תשפר את מצבם של הצרכנים ותקטין את הנטל העודף הנוצר בשל אותן עסקאות שלא יצאו לפועל בגלל המחיר הגבוה.

אכן, גם אנו במאמרו עמדנו על הפגיעה האמורה שיוצר בעל מונופולין בהתאם לניתוח סטטי ונקודתי. אולם כפי שמדע הכלכלה מלמדנו, בניתוח קצר-טווח אין די, ובטווח הארוך הרווחה-הן הצרכנית והן הכוללת-מושפעת בעיקר מתמריצים לתחרות הנמדדים בניתוח דינמי, ארוך-טווח. גילה מעלה שני נימוקי-נגד. להלן נבחן אותם כסדרם.

א. האם כוחות השוק עשויים לתקן מחיר גבוה?

לדעת גילה, מחיר גבוה אינו יכול בשום מקרה לתקן את עצמו על ידי עידוד כניסה של שחקנים חדשים לשוק, כניסה אשר תדחוף את המחירים כלפי מטה (פרק 8). זאת כיון שמתחרה פוטנציאלי רואה לנגד עיניו את המחיר בשוק לאחר כניסתו, ועל כן לא יהיה לו כדאי כלכלית להיכנס לשוק. דעה זו הובעה הן במאמרו האקדמי של גילה והן בגילוי הדעת שפורסם בעת כהונתו.

עם כל הכבוד, עמדה זו של גילה מבוססת על ניתוח כלכלי שגוי, הסותר את עמדתם ומחקריהם של כלכלנים בכירים, כמו גם את המציאות בשווקים.³ ראשית, הניתוח שמציע גילה מבוסס על הנחה שגויה, לפיה המחיר בשוק לאחר הכניסה יירד מיד לאחר הכניסה בצורה כה חדה ומהירה עד שלא יעודד כניסה. כפי שמחקרים כלכליים רבים הוכיחו, גם לאחר כניסת מתחרה לשוק עשוי המחיר לרדת בצורה מתונה או לאורך זמן או לעמוד על מחיר הגבוה משמעותית מזה התחרותי ועל כן ליצור תמריצים לכניסה לשוק. אכן, גישתו של גילה היתה מובילה לכך שלשום שוק מונופוליסטי לא היו נכנסים מתחרים, טענה הנסתרת על ידי המציאות. למעשה, טענתו של גילה מרחיקת לכת עוד הרבה יותר. שהרי ממה נפשך- אם מחיר לא מושך כניסה בשוק מונופוליסטי, מקל וחומר שהוא לא מושך כניסה בשווקים אחרים, שבהם המחיר הוא בהגדרה נמוך יותר. אולם בפועל אנו עדים לכניסה חדשה לשווקים רבים ושונים. שנית, וחשוב מכך, נדמה כי גישתו של גילה מפרידה בצורה דיכוטומית בין המחיר המונופוליסטי שלפני הכניסה לבין מחיר המשקף תחרות משוכללת אחרי הכניסה. במילים אחרות, גילה מניח שאין ברמת המחירים המונופוליסטית כל אינדיקציה לגבי רמת המחירים שתשרור לאחר כניסתו של מתחרה נוסף. במציאות, כניסת מתחרים שוחקת לרוב את כח השוק ואת המחירים באופן הדרגתי ולאורך זמן, ולכן סביר שהכניסה לשווקים ממועטי תחרות תהיה אטרקטיבית יותר מאשר כניסה לשווקים תחרותיים. לבסוף, כפי שניתוח ההתנהגותי של המשפט מראה, הטיות קוגניטיביות של משקיעים מובילות לכך שהאפשרות התיאורטית להצלחה משמעותית בשוק דווקא יוצרת תמריץ-יתר של חלק מהמשקיעים, מעבר לזה של משקיע רציונלי, להיכנס לשוק, עובדה אשר גם היא תוביל להשקעה גדולה יותר בניסיונות ליהנות מהפירות בשוק.⁴

שנית, עמדתו של גילה סותרת את דעתם של כלכלנים בכירים בעולם. כך למשל, לארס הנדריק-רולר, לשעבר הכלכלן הראשי של הרשות האירופית לתחרות, קובע שאם חסמי הכניסה אל השוק אינם משמעותיים, הסיכוי לרווח ימשוך מתחרים חדשים להיכנס. דווקא התערבות במחירים תיצור תמריץ

³ ראו המקורות המאוזכרים בהערות שוליים 86-87 למאמרו הקודם, ה"ש 1.

⁴ ראו למשל (2014) 573 Texas L. Rev. 573, Avishalom Tor, *Understanding Behavioral Antitrust*.

שלילי למתחרים חדשים לנסות ולהתחרות, ותפגע ביכולת השוק לתקן את עצמו.⁵ גם פרופ' דאמיין נבן, הכלכלן הראשי שהחליפו, מחזיק בדעה דומה:⁶

“[H]igh prices tend to be self-correcting as they attract market entry and encourage investment and the reallocation of resources to those activities and markets that are of greatest value for consumers. **Competition policy enforcement—for example through a misguided application of Article 102 TFEU [(1)א29]** as **an instrument to regulate prices—could interfere with the competitive process thereby ultimately leading to a reduction in consumer welfare.**”

לחילופין, טוען גילה שאם המחיר לאחר הכניסה של המתחרה יישאר גבוה, כך שהוא ייצור תמריצים לכניסה, הרי לא לתוצאה זו פיללנו. כן הוא טוען שאם המתחרים החדשים ייצרו "קרטל סמוי", הרי שככלל עדיף שתימנע כניסה כאמור.⁷ טענה זו בעייתית מן הטעם שהיא עוצרת את גלגל התחרות לאחר כניסה של מתחרה יחיד. אך אם המחירים נותרים גבוהים גם אז, מדוע לא משתלם גם למתחרה שלישי להיכנס וכך הלאה? המחיר הגבוה גם לאחר הכניסה ימשוך מתחרים נוספים עד אשר הרווח הצפוי בשוק לא יעלה על ההשקעה בכניסה. על כן הליך האיתות ותיקון השוק ארוך יותר מזה שמציע גילה. ובאשר לטיפול בקרטל, הדין ההגבלי כולל כלים יעילים יותר מן מהאיסור על מחיר גבוה, המסוגלים לטפל בכך. טענה זו של גילה הינה בעייתית גם מן הטעם שהיא חותרת תחת ההנחה, העומדת בבסיס דיני ההגבלים העסקיים בארץ ובעולם, שתחרות, גם בין מספר מצומצם של מתחרים, עדיפה על מונופול תחת פיקוח ממשלתי.

ב. חשיבות התמריצים הדינמיים לתחרות

סיעון הנגד השני שגילה מעלה נוגע להשפעות הדינמיות של המחירים הגבוהים (פרק 10). לשיטתו של גילה, אין רבותא שמחיר גבוה פוגע בצרכנים, אבל לעומת זאת לא ברור שתמריצי התייעלות בהכרח ייטיבו עימם, ועל כן מחיר הטעות של תחולת-יתר הוא קטן. בהקשר זה מעלה גילה שלוש טענות חלופיות.

טענתו הראשונה של גילה היא ש"גם במקרה של טעות בהחלת יתר של האיסור, הצרכנים ייהנו ממחיר נמוך, אם כי המוצר שירכשו יהיה במידה מסוימת פחות טוב מאשר יכול היה להיות." אין רבותא שהאיסור יוריד את מחיר המוצר, שהרי זו מטרתו המוצהרת. אין גם רבותא שמחיר נמוך מיטיב עם הצרכן, אם אנו מניחים שכל יתר הפרמטרים המשפיעים על הצרכן הינם אופטימליים

⁵ Lars-Hendrik Röller, *Exploitative Abuses*, European University Institute, EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings, 2-3 (2007). ניתוח זה גם מראה שלא כדאי לבעל המונופולין להוריד בבת אחת את מחירו, כיון שהדבר יגרום לצרכניו להרגיש אי צדק. ראו Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch, Richard H. Thaler, *Fairness as a Constraint on Profit Seeking: Entitlements in the Market* 76(4) American Economic Review, 728 (1986).

⁶ Damien Neven and Miguel Mano, *Economics at DG Competition 2009-2010*, Springer (2010), p. 10. ADI AYAL, FAIRNESS IN ANTITRUST - PROTECTING THE STRONG FROM THE WEAK (Hart Publishing, Oxford, 2014), p. 52: "In the case of monopoly, excessive pricing attracts entrants, and unless entry barriers are both high and permanent, cartel and monopoly inherently induce entry, creating their own downfall."

⁷ דיויד גילה, "מחיר מופרז כניצול לרעה של כח מונופוליסטי" משפטים (תשע"ו), בעמ' 10.

(איכות, מגוון וכו'). עם זאת, התמקדות על המחיר גרידא הינה בעייתית. כפי שמחקרים כלכליים רבים מראים, מה שמקדם את הרווחה לטווח הארוך אינו דווקא המחיר, כי אם היעילות הדינמית. האם היינו מעדיפים טלפון קווי במחיר נמוך הרבה יותר על פני טלפון נייד? האם היינו מעדיפים תרופה במחיר נמוך המתמודדת עם חלק מהסימפטומים של מחלה מאשר תרופה המונעת אותה מלכתחילה? נראה שהתשובה לשאלות אלו טריוויאלית. גם במוצרים או שירותים פחות דרמטיים עולה אותה השאלה: כך, למשל, האם עדיף לנו שירות משלוחים של רכישות באינטרנט איטי או מהיר? גם אם לא כל ההשקעות צולחות, האם נדע להפריד מראש בין השקעה אשר אולי תובילנו למוצר המועיל הבא לבין זו אשר לא תצלה, או שמא ראוי לאפשר השקעות בהתייעלות בשווקים? אכן, חתן פרס נובל לכלכלה, רוברט סולואו, הראה שבמאה ה-20 מרבית הגידול ברווחה של ארה"ב נבע מיעילות דינמית ולא דווקא סטטית.⁸ גישה זו מקובלת גם על מלומדים מובילים בהגבלים עסקיים. כדברי איסטרברוק: "מדיניות הגבלית המורידה את המחיר כיום ב-5% על חשבון פגיעה בהורדה של 1% של עלות ייצור המוצר כתוצאה מיעילות דינמית, תהיה אסון. בטווח הארוך השינוי המצטבר גדול בהרבה מהפגיעה הסטטית".⁹ ראו גם דבריהם של הכלכלנים סידאק וטיס:¹⁰

"Using static analysis to address antitrust issues in a dynamic economy is unlikely to improve consumer welfare and . . . a more dynamic analytical framework increases the likelihood of helping rather than hurting consumers"

על כן, דיני ההגבלים העסקיים לא עורכים רק ניתוח סטטי של תמונת-מצב זמנית של נטל עודף,¹¹ כפי שטוען גילה, אלא עורכים ניתוח דינמי, ארוך טווח של תמריצים. חשוב להדגיש: הניתוח הדינמי מתמקד אף הוא ברווחת הצרכן (וברווחה הכללית) ולא ברווחת המונופול. ניתוח דינמי כאמור משקף תמונה רחבה יותר של רווחת הצרכן, המביאה בחשבון את איכות המוצרים והשירותים שמקבל הצרכן ואת התמריץ של המונופולין ומתחריו לייצר יתרונות תחרותיים, על מנת לבחון את תצריף כוחות השוק כולו המשפיע על הרווחה, ולא רק חלק קטן ממנו, כפי שמציע גילה. קבלת טענתו של גילה מביא לכך שנחיל פרשנות מרחיבה של כלי רגולטורי המתערב באופן משמעותי בשוק לשם הגשמת מטרה צרה (רווחת הצרכן בהיבט מאד צר ונקודתי). זאת ועוד: גם אם נניח, כטענת גילה, שדיני ההגבלים העסקיים מתמקדים רק בניתוח סטטי המתמקד בנטל העודף, אין בכך כדי להוביל למסקנה שהכלי הנכון להסדרתם הוא חזקת הניצול לרעה. על טענה זו נרחיב בהמשך.

כפי שפרטנו במאמרנו, ניתוח דינמי ארוך-טווח מראה כי איסור על מחיר גבוה אשר אינו ער לתמריצים האמורים עלול לגרום יותר נזק מתועלת. ניתוח כלכלי כאמור מונה מספר לא מבוטל של הצדקות כלכליות לאי התערבות במחירים מונופוליסטיים, ובהן, 'איתות' לשחקנים חדשים בדבר רווחיות השוק בו פועל בעל המונופולין ותמרוץ חברות חדשות להיכנס אליו, עידוד השקעה ופיתוח, ויכולתו של השוק לתקן את עצמו על-פני זמן. עם זאת, ראוי לחזור ולציין, שכפי שגם עשינו במאמרנו, שטיעונים אלו אינם רלוונטיים לשווקים בהם המונופול הוא יציר-ממשלה ולא הגיע למעמדו כתוצאה מתחרות בשוק.

⁸ Robert M. Solow, *A contribution to the theory of Economic Growth* 70(1) Quarterly J. of Economics 65 (1957); Robert M. Solow, *Technical Change and Aggregate Production Function* 39(3) Rev. of Economics and Statistics 312 (1957).

⁹ Frank H. Easterbrook, *Ignorance and antitrust*, in ANTITRUST, INNOVATION AND COMPETITIVENESS, Thomas M. Jorde & David J. Teece eds. (OUP Oxford, 1992), p. 8.

¹⁰ Gregory Sidak and David Teece, *Dynamic Competition in Antitrust Law*, 5(4) J. Competition L. & Econ. 581, 585 (2009).

¹¹ Douglas Ginsburg and Joshua Wright, *Dynamic Analysis and the Limits of Antitrust Institutions*, 78 Antitrust L. J. 1, 6-7 (2012).

הטענה השנייה שמעלה גילה היא ש"הנחת המוצא של דיני ההגבלים העסקיים היא שתחרות מובילה לתוצאה המועילה ביותר מבחינה חברתית, לא רק מבחינת המחיר, אלא גם מבחינת איכות המוצר ומבחינת השיפורים הטכנולוגיים."¹² גם טענה זו מבוססת על תפיסה צרה ביותר ושגויה לדעתנו של תחרות, **המרדדת את התובנות הכלכליות**. אכן, חוק ההגבלים העסקיים- כמו גם מנגנון השוק- מבוססים על ההנחה שתחרות היא כלי רב-עוצמה, אשר השפעותיו הכלכליות רבות וטובות, לרבות הורדת מחיר והגדלת האיכות. אולם חשוב להבין כיצד התחרות עובדת. ניתוחו של גילה נכון לגבי תחרות משוכללת, כלומר תחרות בתנאים מושלמים, עם ריבוי חברות בעלות עלויות ייצור דומות, אשר כבר יוצרות את המוצר באיכות הגבוהה ביותר, המובילה לכל התוצאות הנפלאות הללו בכל רגע נתון בלא שלשום חברה יהיה כוח שוק. במצב דברים זה כל החברות גובות מחיר המבוססת על עלויות הייצור השוליות שלהן (MC), שכן אם יגבו מחיר גבוה יותר, הצרכנים יעברו לחברות אחרות המייצרות בדיוק את אותו מוצר באותן עלויות. אולם תחרות משוכללת, כפי שכל כלכלן יסכים, דומה לדרקון בימי הביניים: היא קיימת (כמעט) אך ורק בספרים. מרביתם המוחלטת של השווקים, לצערנו, אינם מושלמים וחלקם אינו יוצרת מריצים חזקים דיים ליעילות דינמית, המחייבת לרוב השקעה גדולה מראש כמו גם נטילת סיכון. אם השוק מכסה רק את עלויות הייצור (בשוק משוכלל המחיר שווה לעלויות הייצור השוליות של המוצר ללא כיסוי השקעות לטווח ארוך), למה להשקיע מלכתחילה? אכן, הדין עצמו מכיר בכשלי שוק המסכלים את התוצאות הנפלאות של התחרות המשוכללת. חוקי הקניין הרוחני, למשל, מבקשים לתקן כשל שוק לפיו מידע הוא מוצר ציבורי, אשר לא יוצר תמריצים חזקים דיים להתייעלות דינמית, על ידי מתן אפשרות לבעל הקניין הרוחני, שהשקיע ביצור דבר מה חדש- ליהנות מבלעדיות בייצורו משך תקופה ארוכה (המעניקה לו אפשרות להנות מכוח שוק אם מוצרו יצליח בשוק) על מנת לוודא שלממציאים יהיו תמריצים כלכליים חזקים דיים ליצירה.

מדוע בכל זאת שמים אנו את יהבנו על התחרות? כיון שאנו מתייחסים אליה כאל הליך אשר בטווח הארוך יוצר עבורנו את האיזון הטוב ביותר שניתן להשיג בכלי ההסדרה שבידינו בין יעילות סטטית ודינמית ומשום שהניסיון והספרות הכלכלית מלמדים אותנו שתחרות, גם אם היא מוגבלת, עדיפה על רגולציה ופיקוח מחירים. בהתאם לכך, התחרות היא כמו גלגל: נניח מצב התחלתי של שוק תחרותי. במצב זה, חברה נוספת תשקיע בכניסה לשוק או בטכנולוגיה חדשה רק אם יש לה רעיון ליצור לעצמה יתרון תחרותי על פני מתחרותיה: מוצר טוב יותר או הליך ייצור טוב יותר. אולם יתרון זה גם מאפשר לה לעתים להעלות מחירים, כי הצרכנים מוכנים לשלם יותר עבור המוצר הטוב יותר. בטווח הקצר עשוי להיות לחברה זו כוח שוק יחסית למתחרותיה, אם אכן תקוותיה יתגשמו והצרכנים יעדיפו את מוצריה החדשים. אבל מתחרותיה ינסו גם הן להשקיע ביצירת מוצר טוב עוד יותר או במוצר זול יותר, שכן אחרת יאלצו אולי לצאת מהשוק או להקטין את נתח השוק שלהן. הצלחתן תגרום לירידת כוח השוק של החברה הראשונה וחוזר חלילה. מה הניע תהליך זה? הרצון לרווח עודף על-תחרותי, שכן רווח תחרותי הרווחו החברות כבר במצב ההתחלתי. מהי מהותו של תהליך זה? תחרות על ליבו וכיסו של הצרכן. אשר על כן, אחד ממאפייניו של ההליך התחרותי הוא שהוא יוצר לעתים גם כוח שוק. כל עוד כוח זה מבוסס על יתרונותיו היחסיים של בעל כוח השוק ולא על התנהגות המדירה או המגבילה את התחרות על ידי יצירת חסמים מלאכותיים (דוגמת קרטל או תמחור טורפני), הוא מהווה חלק אינטגרלי של ההליך התחרותי. בהתאם לכך, כל חוקי ההגבלים העסקיים בעולם אינם מגבילים חברה להיות מונופולין גרידא. על רציונל זה עמד בית המשפט העליון האמריקני בפרשת

¹³: Trinko

[M]ere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the free-market system.

¹² גילה, לעיל ה"ש 7, בעמ' ?.

¹³ Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, 407 (2004).

The opportunity to charge monopoly prices – at least for a short period – is what attracts ‘business acumen’ in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth.

דהיינו, הסיכוי כי יוכלו לגרוף רווחים גדולים בדרך של גביית מחיר גבוה אם יגיעו למעמד של מונופולין משמש תמריץ עיקרי לחברות להשקיע, לפתח ולהתקדם בשוקיהן. מקום שבו ה"סוכרייה" של הניצחון בתחרות קטנה יותר, תיפגע גם פעולתו ויעילותו הדינמית של השוק. מיטיב להסביר זאת אוונס, הנסמך על מחקרים אמפיריים רבים המוכיחים את חשיבותו של המחיר גבוה למנגנון השוק על בסיס שלושה נדבכים: ראשית, צמיחה כלכלית ורווחה חברתית מונעים, בטווח הארוך, על ידי מוצרים חדשים ודרכי ייצור חדשות ויעילות יותר; שנית, התייעלות זו מקורה בתחרות דינמית שבה מרבית השחקנים בשוק מפסידים, למרות תקוותיהם; ושלישית, תהליך התחרות הדינמית מונע על ידי תמריצים כלכליים המבוססים על ההנחה שרוב החברות ייכשלו ולא בטוח שכלל יצליחו לכסות את עלויותיהן ורק מעטות יצליחו בגדול.¹⁴ מכאן ברור, שאם נקטין את התמריץ להתחרות, נפגע גם ברווחה החברתית.

בהתאם לכך, יש גם לדחות את טענתו של גילה לפיה "העלות החברתית של טעות מהסוג של החלת יתר [דהיינו פגיעה בתמריצים להשקעה שייצרו יעילות דינמית] היא קטנה אינהרנטית, משום שהיא מתכתבת עם עולם זר לדיני ההגבלים העסקיים – עולם שבו אי תחרות מתמרצת להשקעות מועילות ותחרות מדכאת השקעות כאלה." אין זאת אלא שתחרות אינה כוללת רק מצב של תחרות משוכללת, אלא גם- לרוב- מצבים בהם כדי לעודד את צמיחת השוק יש להכיר בכך שתחרות גם יוצרת חברות עם כוח שוק, לפחות בטווח הקצר, המבוסס על יתרונותיהן היחסיים להם וזו בעקבות השקעה במוצרים אותם העדיפו הצרכנים על אלו של מתחרותיהן. על כן, אין לראות בכך "אי תחרות", כפי שטוען גילה, אלא חלק אינטגרלי מההליך התחרותי, אשר ויתור עליו יפגע קשות ברווחה החברתית. תפיסה זו היא כה מושרשת בדיני ההגבלים העסקיים עד כי הדוגמאות לה רבות. בשל מגבלות מקום, נציין רק את דיני המיזוגים, אשר מאפשרים לחברות מתחרות להתמזג, גם אם המיזוג מגדיל משמעותית את כוח השוק שלהם, כל עוד המיזוג יוצר יעילות יצרנית או דינמית משמעותית אשר מיטיבה גם עם הצרכנים.¹⁵ מדוע נאפשר זאת אם כל מה שחשוב הוא שבשוק יהיה מספר גדול של חברות המתחרות ביניהן? האם נגדיר זאת כמצב של "אי תחרות" שהוא זר לדיני ההגבלים העסקיים?

זאת ועוד: טענתו של גילה מתעלמת מן העובדה שמרבית המוצרים שרוכשים צרכנים אינם מוצרים שבמונופול. מחירים של מוצרים אלה עשוי היה לרדת או איכותם לעלות כתוצאה מתחרות ששומנה על ידי תמריצים להצליח בתחרות ולגבות מחיר גבוה, תקווה שבמרבית המקרים ובמרבית השווקים איננה ממומשת. התוצאה היא שאם מסתכלים על כלל המוצרים והשירותים בשוק, דווקא קיומם של מספר מונופולים שהגיעו למעמדם בזכות- כלומר לאחר תחרות אמיתית ללא מכשלות מלאכותיות והנהנים מרווחים גבוהים- מקדמת את הרווחה החברתית גם בטווח הקצר, אם מרחיבים את נקודת המבט.

הטענה השלישית שמעלה גילה מתכתבת עם זאת האחרונה. הוא לוקח את טיעון "אי התחרות" צעד אחד נוסף וטוען שאם נקבל את הטענה לפי כוח שוק זמני נדרש לעתים על מנת ליצור תמריצים מספיקים להתייעלות, תוביל מסקנה זו גם לכך ש"י[נגביל] כניסה עתידית של פירמות חדשות לשוק,

14 David Evans Vanessa Yanhua Zhang and Xinzhu Zhang *Assessing Unfair Pricing under China's Anti-Monopoly Law for Innovation-Intensive Industries*, University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper 678 (2014), p. 13

15 הממונה על ההגבלים העסקיים, נימוקי ההחלטה בדבר התנגדות למיזוג בין: הריבוע הכחול ישראל בע"מ לבין ירקון

(פלוס 2000) סיטונאות מזון בע"מ (2001), עמ' 38-42; גילוי דעת 1/11 בענין הנחיות לניתוח תחרותי של מיזוגים

אופקיים, <http://www.antitrust.gov.il/subject/130/item/26073.aspx>

על מנת שלא להקטין את תמריציהן להשקעה" וכי נבטיח ש"המונופול יכול להחזיר לעצמו את ההפסדים...[על ידי דיכוי התנהגות שהיא] התנהגות ראויה ופרו-צרכנית מובהקת." טענה זו יש לדחות מכל וכל. אחד ממאפייניו של ההליך התחרותי הוא שאין כל הצלחה מובטחת, אלא המבחן הוא מבחן השוק: ישרוד וירוויח רק מי שייצר מוצרים שהצרכנים מעדיפים על פני אלו של מתחריו. מטרת דיני ההגבלים העסקיים היא לוודא שאין מכשלות מלאכותיות להליך התחרותי, אך במובהק הם אינם מגנים על מתחרה זה או אחר ולא יוצרים "בטוחות" להצלחה בשוק.¹⁶ על כן, לא רק שאין להגביל כניסה של פירמות מתחרות בשוק, אלא יש לעודד את כניסתן כדי להניע את גלגל ההליך התחרותי. כפי שקבע גם בית המשפט העליון האמריקני, המצוטט לעיל, וכפי שהכירה גם הרשות האירופית, אחד "הדלקים" העיקריים להנעת גלגל השוק הוא התמריץ להצליח ובגדול, ולהרוויח הרבה מעבר למחיר התחרותי. אבל גם אז אין חוק ההגבלים העסקיים מגן על מעמדו של המונופול והוא חשוף לתחרות אשר עשויה להורידו ממעמדו ברגע שיבואו אחרים שעשו בדיוק כמוהו והשקיעו בשינוי הסטטוס-קוו בשוק. לכן, טענתנו אינה מובילה, בשום פנים ואופן, לשימוש בדיני ההגבלים העסקיים להגנה על מונופול מפני כניסה של מתחרים כדי לשמר את רווחיו. אבל כאן חשוב להדגיש: דווקא הסיכון שיוצרת כניסה חדשה לשוק לשחיקת רווחיו של בעל המונופולין, מגדיל את הצורך לאפשר לו ליהנות מפרות נצחוננו בשוק, על מנת לוודא שתמריצו להשקעה מלכתחילה גדולים דיים. ראו גם את דבריו של הממונה לשעבר על התחרות באיחוד האירופי, פיליפ לואו:¹⁷

"High prices certainly harm consumers in the short run. But is that a sufficient case for intervention by a competition authority? What if high prices would in the medium term attract entry and spur competition? If there are no high or insurmountable barriers to entry, **it might well be that high prices are actually likely to be, on balance and with a longer term perspective, good for consumers. There is much more for consumers to gain through increased competition than a mere decrease in prices**".

בהקשר זה נתייחס גם לטענותיו של גילה באשר למטרת החוק. גילה טוען בפרק 1 שמטרתם של דיני ההגבלים העסקיים היא "קידום רווחת הצרכנים על ידי מניעת פגיעה בתחרות, קידום התחרות, ומניעת ניצול לרעה על ידי מונופולים".¹⁸ אין רבותא שפעולות של בעל מונופולין, המדירות את מתחריו ויוצרות חסמים לתחרות, נכנסות לתוך הקטגוריה הראשונה המנויה להלן. אולם נראה שלשיטתו של גילה נועד החוק למנוע ניצול לרעה על ידי בעל מונופולין גם כאשר הגבלה זו אין לה ולא כלום עם פגיעה בתחרות. טענה זו יש לדחותה. חוק ההגבלים לא נועד להתמודד עם כשל שוק מכל סוג שהוא הנוצר בשוק, גם אם עסקינן בשוק בו פועל בעל מונופולין. אלא הוא נועד להתמודד עם כשל שוק מסוג מיוחד: כשלי שוק שמקורם בהתנהגות שחקנים בשוק היוצרות חסמים מלאכותיים לתחרות. לא בכדי נקראים דינים אלו "דיני התחרות" (Competition Laws) במרבית מדינות העולם.

¹⁶ כך למשל נקבע ב- Brooke Group Ltd .v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 113 S.Ct. 2578 2588 – 2589: "It is axiomatic that the antitrust laws were passed for 'the protection of competition, not competitors'; וראו גם מוסף משה כהן (1989) ו- 65 אח' נ' כלל חברה לביטוח בע"מ ואח' (פורסם בנבו, 29.5.06), עמוד 22: " מטרת דיני ההגבלים העסקיים היא הגנה על התחרות ולא המתחרים".

¹⁷ Philip Lowe, *Consumer welfare and efficiency – New Guiding Principles of Competition Policy*, 13th International Conference on Competition and 14th European Competition Day (27 March 2007), p. 7.

¹⁸ גילה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 7-1. את הדיון האם חוק ההגבלים תמיד ובכל מחיר מקדם את רווחת הצרכן או שמא את הרווחה הכללית נשאר ליום אחר.

בכך הם נבדלים מרגולציה מסוג אחר.¹⁹ פרשנות אחרת היתה מאפשרת להביא בגדרם כל כשל שוק שהוא ולאפשר לממונה להפעיל ארגז כלים רחב ביותר ולפעול כרגולטור-על. גם את אותם מקרים בהם החוק מאפשר לרשות לשקול שיקולים של "טובת הציבור" (ודוק: טובת הציבור ולא טובת הצרכן דווקא), יש לפרש באופן העולה בקנה אחד עם הרציונל של חוק ההגבלים ולמנוע פגיעה בתמריצים לתחרות. כך או כך, כדי להצדיק הכרה באיסור, התועלת לרווחה צריכה לעלות על הנזק שהחלתו עלולה לגרום. כפי שמפורט במאמרנו, תנאי זה אינו מתקיים בנוגע לפיקוח על מחיריו של בעל מונופולין דרך עילת הניצול לרעה של כוח מונופוליסטי, ובעייתיות זו רק מתחדדת בדרך אותה מציע גילה ליישם.²⁰

חשוב כאן להדגיש: השורה התחתונה הכללית של גילה ושלנו בהקשר זה היא דומה: תיאורטית קיים בסיס כלכלי ונורמטיבי להטלת פיקוח על מחירים גבוהים של בעל מונופולין, לפחות במקרים מסוימים בהם הפיקוח יוחל בצורה אשר לא תפגע בתמריצים דינמיים לתחרות. ההבדל הוא ברוחבה של ההצדקה. גילה טוען להצדקה בקשת רחבה של מקרים, בשל העובדה שלדעתו השוק לא יתקן את עצמו ואין לתת משקל רב לשיקולי יעילות דינמית. אנו טוענות, לאור מחקרים של כלכלנים מובילים בעולם, שיש הצדקה כלכלית להחלת הפיקוח רק במספר מצומצם ומובחן של מקרים, על מנת להבטיח שהפיקוח לא יפגע במנגנוני התמריצים שיוצר השוק ושמינעים את גלגליו. הניתוח שערכנו במאמרנו וחוזק לעיל רלוונטי, אם כן, גם לתשובה שיש ליתן לשתי השאלות הבאות שייבחנו להלן.

1. שאלה II: האם איסור במסגרת עילת הניצול לרעה של כוח מונופוליסטי הינו הכלי הרגולטורי המתאים

ההכרה בקיומה התאורטי של הצדקה לפיקוח על מחירים של בעל מונופולין-ולו גם בנסיבות מוגבלות- אינה מובילה למסקנה שהדרך הנכונה לעשות זאת היא במסגרת עילת הניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. כפי שהראינו במאמרנו, ניתוח המבוסס על תורת ההחלטות מוביל למסקנה לפיה השימוש בכלי רגולטורי זה יוצר מחירים גבוהים הפוגעים ברווחה החברתית שאינם משרתים את מטרת החוק. לא זו אף זאת: קיימים כלים רגולטוריים חלופיים- גם בתוך דיני ההגבלים העסקיים- אשר השימוש בהם יפחית את הפגיעה ברווחה החברתית. אכן, גם אם נמצא שמנגנוני השוק לא

¹⁹ ראו למשל (Edward Elgar, 2015) בשנים האחרונות הוספו לחלק מדיני ההגבלים כלי הסדרה הדומים יותר במהותם לכלי הסדרה קלאסיים, אולם הם בבחינת החרג, שהוסף מפורשות, המעיד על הכלל. COMPETITION LAW AS REGULATION, Josef Drexl and Fabiana Di Porto eds. (Edward Elgar, 2015)

²⁰ על חוסר הרציונאליות שבהפרדת הפגיעה בצרכן מן הפגיעה בתחרות ראו את "התנ"ך" של דיני ההגבלים העסקיים בארה"ב: "A AREEDA & H. HOVENKAMP - ANTITRUST LAW (4th ed., 2015) Vol III (4th ed.) §651: "A "pure" consumer welfare test for monopolistic practices would also be unwise and inconsistent with §2's "monopolizing" language. Most importantly, it would condemn practices that are not capable of excluding anyone. Suppose that Microsoft, which has a monopoly in its Windows operating system, should develop a new version that was particularly buggy and prone to crashes. Clearly, consumers as a group would be harmed because they have few good alternatives to Windows. But developing a bad version of Windows is not a monopolistic practice because no one is excluded. Microsoft's mistake might permit other firms to come in and steal sales, or it might simply impose harm on consumers until Microsoft fixed the problem and restored the status quo, but the one thing that the practice would clearly not do is to exclude rivals from the market. As a result the practice is not "monopolistic," even though it "causes consumer harm." The real intent of a consumer welfare test is to identify practices that both exclude rivals from the market and harm consumers".

מסוגלים לרסן בכל מצב את התנהגותו של בעל המונופולין, הרי אין בכך כדי להוביל למסקנה שיש להתערב, שכן בהחלט ייתכן שאכיפת האיסור תביא לנזק גדול אף יותר.²¹ גילה מעלה מספר טענות-נגד אותן נבחן כסדרן.

א. הקשיים בהחלת המבחן כפי שעולה מפסיקת האיחוד האירופי

אחת מטענותיו המרכזיות של גילה, המפורטת בפרק 4 למאמרו, היא שאיסור על מחיר גבוה במסגרת עילת הניצול לרעה של כוח מונופוליסטי מקובלת ומוחלת ללא מגבלות משמעותיות בעולם הרחב. נקדים ונאמר שגם אם היה זה המצב במשפטי הקיים בפועל- עובדה אותה נסתור להלן- אין בכך כדי להקרין בהכרח על המצב המשפטי הרצוי בישראל. לנקודה זו נחזור בהמשך.

כמפורט במאמרנו, קיימות בעולם שתי גישות מנוגדות ליצירת איסור הגבלי על מחירים גבוהים. האמריקאים, הקנדים והסינגפורים הינם מייצגיה של גישה השוללת את יצירתו של איסור כאמור. לעומתם, האיחוד האירופי ומדינות אחרות אשר הלכו בעקבותיו מכירים עקרונית באיסור זה. אולם למרות הכרה עקרונית זו במדינות אלו, הקשיים בהחלתה הביאו מדינות רבות להסתייג מהחלתה בפועל. אכן, בניגוד לטענתו של גילה, מדו"ח עדכני של ארגון המדינות המפותחות (ה-OECD) אשר פורסם בנושא, ואשר עליו מסתמך גילה, עולה כי **עסקינן בעילה שנויה במחלוקת בעולם**:²²

“One of the most controversial theories of harm in competition law in general and within the category of exploitative abuses in particular is excessive prices... [C]ompetition authorities are often extremely reluctant to take enforcement action in case of exploitative conduct by dominant firms in general and excessive price abuses in particular ... [T]he phenomenon of excessive prices in the absence of exclusionary conduct or cartelization is often viewed as a temporary and self-correcting market failure or conversely, a problem to be addressed through sector specific regulation.”²³

עוד חשוב להדגיש: מרבית מדינות ה-OECD הן מדינת החברות באיחוד האירופי (22 מתוך 34), המחויבות, מתוקף חברותן באיחוד, להכיר בעילה. על כן טענתו של גילה לפיה “מרבית מדינות ה-OECD מכירות בעילה”²⁴ אינה מקדמת את הדיון.

גילה טוען כי הפרמטר החשוב בעיניו הוא עצם ההכרה באיסור ולא דווקא החלתו בפועל או תוצאות ההליכים.²⁵ אין בידינו להסכים לכך. המבחן החשוב אינו אם האיסור מוכר- שהרי מקורו בקביעה לקונית של בית המשפט האירופי מלפני כחמישים שנה אשר רשות ההגבלים אינה מוסמכת לשנותה ואשר מחייבת גם את מדינות האיחוד- אלא האם וכיצד הוא מוחל בפועל. גם אם יש מדינות המכירות עקרונית בקיומו של האיסור, **השאלה הרלוונטית היא האם וכיצד הוא מוחל בפועל באותן**

²¹ Peter J. Boettke and Peter T. Leeson, *Presumptions in Political Economy: Alternative Approaches for Assessing the Economic Role of the State*, George Mason University Working Paper in Economics No. 15-17 (2014).

²² OECD Policy Roundtables, Excessive Prices, DAF/COMP (2011)/18 (2012), <http://www.oecd.org/competition/abuse/49604207.pdf>

²³ שם, בעמ' 9.

²⁴ גילה, לעיל הי"ש 7, בעמ' ?.

²⁵ שם, בעמ' ?.

המדינות. זאת כיון שאם במדינות אלו הכירו בבעייתיותו, הרי אין מקום לחזור על הטעות גם בישראל. בעוד האיחוד האירופי והמדינות החברות בו כבולות לפרשנות שנתן בית המשפט האירופאי לפני שנים רבות, הרי בישראל עדיין פתוחה הדרך ללמוד מניסיונם הבעייתי בהחלת האיסור ולאמץ פרשנות שונה. זאת ועוד: כפי שהראינו במאמרנו עצם קיומו של האיסור, כשלעצמו, יכול לפגוע ברווחה החברתית, גם אם בפועל הוא כמעט ולא מוחל. על כן יש לוודא היטב בטרם אימוצו שאין בו כדי לפגוע במטרות החוק.

אכן, **בחינה מדוקדקת של האיסור בכור מכורתו מגלה שהוא מוחל באופן מאד מצומצם הלכה למעשה, וכי רבה הביקורת על החלתו.** האיחוד האירופי נמנע במוצהר ובמכוון מלהתערב בקביעת מחירים גבוהים,²⁶ ובמשך כמעט שישים שנה אין כמעט החלטות המחילות את האיסור ואלו שקיימות נלוות, לרוב, לאיסור על פעולות מדירות. רק בשישה מקרים העלתה רשות התחרות האירופית טענות בדבר תמחור מופרז (רובן במצטבר לפעולות מדירות), וגם אז מדובר היה בעיקר במקרים של מונופול יציר- המדינה או בשוקים מוסדרים.²⁷ עובדות אלו גם סותרות את טענתו של גילה לפיה "בחלק משמעותי מהמקרים היה מדובר בהפרה של האיסור על מחיר מופרז בלבד". זאת ועוד: שופט בית המשפט האירופאי נילס וואהל קובע, לאחר סקירת כל הפסיקה הרלוונטית, שאין שום החלטה של בית המשפט האירופי שאסרה על מדיניות תמחור גבוה ספציפית, בשוק חפשי שאינו מוסדר ישירות.²⁸ גם אוונס קובע שהחלטה היחידה אי פעם בה בית המשפט האירופי נתן החלטה בעניין מחיר גבוה שלא היה תוצאה של פעולה מדירה או של מונופול יציר-המדינה או מוסדר היתה UNITED BRANDS, וגם שם לא נמצא שהמחיר היה בלתי הוגן.²⁹ עינינו הרואות שהאיחוד האירופי לא מחיל עילה זו כדבר שבשגרה, אלא ההיפך הגמור הוא הנכון. למרות קיומה עלי-ספר, נעשה בה שימוש מזערי וגם אז רק במקרים חריגים. זאת ועוד: באותם מקרים מעטים בהם נעשה שימוש בעילה ההפרש מחיר-עלות עמד לרוב על מאות אחוזים או עשרות רבות של אחוזים מעל למחיר התחרותי, וכמעט בכל המקרים הסתיים ההליך בהורדת המחיר גרידא, ללא סנקציות.

הכלכלן הראשי לשעבר, רולר, טען שהבעיות בהחלת האיסור הן כל כך משמעותיות עד כי גם גישה התומכת ברווחת הצרכן בלבד- להבדיל למשל מהרווחה החברתית הכללית- לרוב תיטה לא להחיל

²⁶ ראו למשל הצהרת הרשות כבר ב- 1994 "The Commission in its 1994 XXIVth Report on Competition, p. 207: "The Commission in its 1994 decision-making practice does not normally control or condemn the high level of prices as such. Rather, it examines the behavior of the dominant company designed to preserve its dominance, usually directed against competitors or new entrants who would normally bring about effective competition and the price level associated with it."

²⁷ Nils Wahl, *Exploitative High Prices and EU Competition Law- A personal Reflection*, in PROS AND CONS OF HIGH PRICES, Swedish Competition Authority 47 (2007) at 64: "the prohibition against excessively high exploitative prices has its primary scope of application in situations of legal monopolies or regulated markets"; OECD, *OECD-ה*, לעיל ה"ש", בעמ' 321 ("the relatively small number of cases that we have been able to deal with, may already indicate that addressing excessive prices is an area of antitrust where limited and very cautious intervention is warranted.")

²⁸ שם, בעמ' 62.

²⁹ Evans et al, לעיל ה"ש 13, עמ' 7.

את האיסור. אכן נכון, כפי שטוען גילה מספר המקרים המועט בהם הוחלה העילה בפועל³⁰ אינו, כשלעצמו, אינדיקטיבי לחוזה של העילה. השאלה היא, כמובן, מהן הסיבות שבשלן בחר האיחוד האירופי לא להחיל את העילה, והאם סיבות אלו רלוונטיות גם לנו. מאמרנו ניתח בהרחבה סיבות אלו והראה שהן רלוונטיות לישראל. לא זו אף זאת: השוני הקיים בין החוקים, הסעדים, הגורמים האוכפים ומבנה הכלכלות, מחזק בישראל עוד יותר את הפגיעה ברווחה שיוצרת העילה. להלן נתמודד עם התייחסותו של גילה לטענות אלו.

א. סיבות כלכליות

החשש המשמעותי ביותר הכרוך בעילת המחיר הגבוה היא פגיעה בתמריצים לתחרות ולהתייעלות, שהינם המנוע העיקרי של מנגנון השוק. חשש זה עומד בבסיס מדיניות אי ההחלה בפועל של האיסור על ידי כך למשל, כותבות המלומדות Jones and Sufrin בספרן העדכני³¹:

“The European Commission has not much concerned itself with high prices, agreeing with the view that in many circumstances interference with high prices and profits per se is a disincentive to innovation and investment and considering it preferable to solve problems of unfair pricing by taking action against exclusionary conduct... Price regulation is better restricted to situations of natural or legal monopoly, where it can be applied within a system of *ex ante* sector regulation.”

חשש זה מתעצם לאור הסיבות המבניות והפרקטיות הנדונות להלן. גילה אינו מתעלם משיקול זה, אך הוא נותן לו משקל מועט. כפי שפורט לעיל, גישה זו היא בעייתית וסותרת את דעתם של כלכלנים מובילים ברחבי העולם.

ב. סיבות מבניות

רשות התחרות האירופאית הודיעה שאינה מעוניינת וכן אין לה את הכלים לשמש כרגולטור מחירי למגזר העסקי ולקבוע עבור החברות מהו המחיר אותו הן רשאיות לגבות.³² כאן ראוי להדגיש שבעוד שבאיחוד האירופי תביעה בעילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן יכולה להיות מוגשת אך ורק על ידי רשות התחרות, בישראל החוק רחב יותר ומאפשר- אם יוכר האיסור- גם תביעה נזיקית בעילה זו ישירות

³⁰ בפרק 4 למאמרו טוען גילה שאין להפחית בחשיבות מקרים בהם הוחל האיסור כעילה נלווית לפעולה מדירה. בעוד אין אנו מפחיתות מחשיבותם, מאליו ברור שאם המחיר הגבוה הבלתי הוגן מופיע כעילה נלווית, יש בכך כדי להקטין משמעותית את הפגיעה בתמריצים ואת הבעיות הנלוות לאיסור על מחיר בלתי הוגן העומד בפני עצמו. זאת ועוד: החלה בצורה נלווית אינו מעידה על המוטיבציה להכרה בעילה כעומדת בפני עצמה. אכן, הצהרות הרשות האירופית שצוטטו במאמרנו אינן מותירות מקום רב לספק בעניין זה.

³¹ ALISON JONES AND BRENDA SUFRIN, EU COMPETITION LAW: TEXT, CASES & MATERIALS, p. 576 (OUP Oxford, 5th edition 2014); ראו גם Evans et al, לעיל ה"ש 14, בעמ' 3: “involvement by antitrust regulators in adjudicating “unfair” or “excessive” prices can distort—or even eliminate—the very incentives that drive innovation to begin with”

³² Emil Paulis, *Article 82 EC and Exploitative Conduct*, (presented at 12th Annual Competition Law and Policy Workshop Robert Schuman Centre EUI, Florence, 2007), p. 4: “Intervening against excessive prices may entail the risk of a competition authority finding itself in the situation of a semi-permanent quasi-regulator. The authority may have to come back time and again to the pricing of the dominant firm when cost or other conditions change in the industry...”

לבתי המשפט הרגילים וללא שיקול דעת של הרשות. דהיינו, הבעיות המבניות בישראל חמורות הרבה יותר מאשר באירופה.

גילה מעלה ארבע טענות שעשויות להיות רלוונטיות. הטענה הראשונה, המופיעה בפרק 6, מתייחסת לאכיפה עצמית של האיסור על ידי בעל המונופולין עצמו. בהתאם לטענה זו, לא היא צורך לפנות לממונה או לבתי המשפט כי בעל המונופולין יחיל בעצמו את האיסור על עצמו. טענה זו מתעלמת משניים. ראשית, גם במקרים אלה בתי המשפט עדיין יכול ויידרש לקבוע האם בעל המונופולין הוריד את מחיריו לרמה העומדת בתנאי האיסור, כך שאין בכך כדי לרוקן מתוכנה את הביקורת המבנית. שנית, וחשוב מכך - דווקא אם לא ייקבעו קוים אדומים ברורים לאיסור על ידי הרגולטורים גוברת הסכנה לפגיעה ברווחת הציבור. זאת כיון שגוברת הסכנה שבעל המונופולין, או חשוב מכך מי ששוקל האם להשקיע על מנת להיות אולי יום אחד בעל מונופולין - יחיל על עצמו הגבלות-יתר שיפגעו משמעותית בתמריצו ליעילות דינמית, אשר יפגעו בטווח הארוך ברווחת הציבור כולו. ודוק: כדי להבין את הביקורת המבנית יש צורך לעמוד על הקשיים המשמעותיים בשרטוט קוים אדומים למחירים בלתי הוגנים, עליהם נתעכב להלן.

הטענה השנייה שמעלה גילה, בפרק 9, היא שהמשימה המשפטית המוטלת על רשות ההגבלים ובתי המשפט בעילת מחיר גבוה בלתי הוגן אינה שונה מזו המוטלת עליהם בתיקים הגבליים רבים אחרים, אשר גם בהם קיימת חוסר ודאות והשופט נדרש להכריע בשאלות קשות של עובדה ומשפט. כדוגמא הוא מביא את הגדרת השוק או קביעה האם עסקינן בתמחור טורפני. אין רבותא שבתי המשפט נדרשים לעתים קרובות להתמודד עם שאלות מורכבות של חוק ועובדה שהתשובה עליהן אינה חד משמעית. עם זאת, עילת המחיר הגבוה אינה דומה ליתר העילות ההגבליות. כפי שפרטנו במאמרנו, בעוד שביתר העילות קיימת תיאוריה כלכלית מסודרת של פגיעה ושל נזק, אשר בית המשפט נדרש להכריע אם התגבש במקרה הנדון, לא כך הוא המקרה בעילה האמורה, המבוססת על "הוגנות". מדע הכלכלה לא מספק לנו כלים או מתודולוגיה על מנת לקבוע קו גבול בין מחיר הוגן ובלתי הוגן. ומה עשה בית המשפט באין תיאוריה כאמור?

זאת ועוד: טענתו של גילה מתעלמת מהעובדה שרווחת הצרכן מבוססת לא רק על מחיר, אלא גם על פרמטרים אחרים דוגמת איכות, שירות, ומגוון. אחת הסכנות של פיקוח המתמקד רק במחיר היא שהגוף המפוקח עלול לשנות את יתר הפרמטרים בצורה שרווחתו של הצרכן תרד. על כן פיקוח אמיתי נדרש לבחון לאורך-זמן שינויים גם שינויים בפרמטרים אלה. זוהי משימה מורכבת, הדורשת מומחיות ופיקוח מתמשך, שאין בתי המשפט מוסמכים לעשותה.

גילה טוען ש"גם לו היתה [עילת המחיר הגבוה] קשה יותר לאכיפה, לא היה בכך כדי להצדיק אי אכיפתה על ידי רשות מומחית המופקדת על אכיפת החוק."³³ בהקשר זה עולה השאלה האם אכן לרשות יש את הכלים לבחון מתי מחיר מתחיל להיות בלתי הוגן, וכיצד פיקוח מחירים ישפיע על כל יתר הפרמטרים העסקיים של החברות המפוקחות, שאלה אליה התייחסנו בהרחבה במאמרנו הקודם וכן במאמרנו זה להלן. בנוסף, כפי שאייל מחדד, עולה השאלה מעבר מפיקוח רגולטורי לפיקוח הגבלי עלול להשפיע לרעה על מעמדה ואפשרות פעולתה לעתיד יש רשות ההגבלים העסקיים.³⁴ כמוכן טענה זו מתעלמת מהעובדה שסביר להניח שעיקר התביעות יפלו בקטגוריה זו - על ידי בית המשפט הרגילים, כפי שמעידה העלייה בתביעות הייצוגיות בעילה זו בשנתיים האחרונות. בתי המשפט חסרים את המומחיות הכלכלית הנדרשת לניתוח התמריצי המורכב הנדרש כדי להחיל את האיסור בדרך ראויה כדי שלא תפגע ברווחה בטווח הארוך. זאת ועוד: בתי המשפט לא ערוכים לבצע פיקוח ארוך-טווח על המחיר, כמו גם על האיכות והמגוון, שהינם חלק בלתי נפרד מהפיקוח הנדרש.

³³ גילה, לעיל ה"ש 7, בעמ' ?.

³⁴ Adi Ayal, Anti-anti regulation: the supplanting of industry regulators with competition agencies and how antitrust suffers as a result, in Competition as Regulation, ibid, at 27.

לבסוף, בפרק 11, טוען גילה שבתו המשפט הרגילים יכולים להיעזר בעדים מומחים. אנו חלוקים בנקודה זו, בין היתר כיון שכפי שהראינו, המשימה של קביעה מתי מחיר הופך להיות בלתי הוגן אינה מבוססת על כלל ברור וידוע שרק צריך מומחה כדי להחילו, כמפורט להלן.

ג. סיבות פרקטיות: חוסר ודאות לגבי השאלה מהו מחיר בלתי הוגן

הסיבה העיקרית להגבלת האיסור היא אי היכולת לשרטט בבירור בכל מקרה ומקרה את הקו המבחין בין מחיר הוגן ובלתי הוגן, גם לאחר שנים רבות של הכרה עקרונית באיסור. במאמרנו התייחסנו למספר אבני-דרך משמעותיות בפסיקת האיחוד האירופי בעניין, ובהן General Motors, United Brands, Scandlines ו-Sundbusserne. מניתוח החלטות אלו, כמו גם אחרות המובאות במאמרנו, עולה הקושי הרב לנסח מבחן לבדיקה האם המחיר הינו בלתי הוגן.

גילה טוען בפרק 5 שאין בעיה בהחלת המבחן כיון שקנה המידה באירופה לבדיקה אם המחיר הוא מופרז הינו המחיר התחרותי.³⁵ דהיינו, מחיר בלתי הוגן מוגדר כמחיר שעולה במידה מופרזת על המחיר שהיה שורר בתנאי תחרות, אשר היה עומד על עלות הייצור השולית (MC) של המוצר או השירות. לטענתו של גילה, המבחן האירופי קובע שמופרזות המחיר אינה מושפעת משיקולים נוספים הנוגעים לביקוש הגבוה למוצר או ייחודיותו. בכל הכבוד, טענות אלו אינן עולה בקנה אחד עם העובדות.

אכן, מבחן ההפרש עלות-מחיר הינו מבחן חשוב ומרכזי באיחוד האירופי, אולם הוא מהווה לרוב אדן ורק נקודת ייחוס התחלתית להחלת האיסור. בשלב השני נדרש מקבל החלטות לקבוע אם המחיר הוא גם "בלתי הוגן" כלשון החוק, כשלעצמו או לעומת מוצרים מתחרים. דהיינו, גם אם מסתבר שהמחיר אותו גובה המונופולין הוא "מופרז" (כלומר גבוה משמעותית מעלויות הייצור) עדיין אין בכך לבסס את היותו בלתי הוגן. מחלק מהותי זה של המבחן מתעלם גילה.

גילה מתבסס בטענתו שאמת המידה לבחינת המחיר המופרז הינו פער המחיר מן העלות בלבד על ההחלטה בפסק הדין המכונן בפרשת United Brands. אולם הקטע המצוטט על ידו הינו חלק מהשלב הראשון במבחן הדו-שלבי לבחינת הוגנות המחיר. הפסקה הבאה מייד לאחר זו שצוטטה קובעת את המבחן הדו-שלבי, המנחה עד היום:³⁶

"The questions therefore to be determined are whether the difference between the costs actually incurred and the price actually charged is excessive, and, if the answer to this question is in the affirmative, whether a price has been imposed which is either unfair in itself or when compared to competing products."

על כן הטענה של גילה לפיה United Brands קובע שדי בהפרש מחיר-עלות כדי לקבוע שהמחיר הוא בלתי הוגן אינה מבוססת, והיא מתעלמת מהשלב השני במבחן האירופי. כדי להתמודד עם טענה זו, מביא גילה פסק דין אנגלי הנותן פרשנות ייחודית למבחן האמור. אולם פרשנות זו נסתרת בהחלטות של הרשות עצמה, דוגמת Sundbursee שצוטטה בהרחבה במאמרנו. מקור נוסף שגילה מסתמך עליו

³⁵ ואף מסקנה זו אינה פשוטה, שכן, כדברי המלומדות Jones and Sufrin, ה"ש 32, עמ' 576, המחיר התחרותי הינו בעיקר תיאורטי, ולרוב אינו ניתן למדידה: "Ascertaining what the price might have been in a more competitive market is rarely possible in practice..."

³⁶ C-27/76 - United Brands v Commission [1978] ECR 207, פסקה 252. כמתואר במאמרנו הקודם, ה"ש 1, קדמה לכך אמרת אגב של בית-הדין האירופי בפרשת General Motors.

הוא דו"ח של רשות התחרות השבדית. אולם גם כאן עיון במסמך מראה שהמבחן החל באיחוד האירופי הוא מבחן דו-שלבי, ולא חד-שלבי כפי שגילה טוען:³⁷

“[T]he United Brands case is generally considered to be the most explicit reasoning by the Court of Justice when it comes to excessively high prices...the Commission interprets the statements as including a **two stage test**. The first thing to analyze would seem to be to what extent the price charged for a product has any reasonable relation to its economic value. The excess could be determined by making a comparison between the selling price and the cost of production. It is not clear here what ratio between the cost of production and the selling price that would be considered as excessive. **After finding such an excess (whatever it might be) it remains to be decided to what extent the price is unfair, either in itself or when compared to competing products. Thus the finding that the price bears no relation to the cost of production is only the first step when analyzing whether a price is excessive.**”

אכן, השלב השני נדרש על מנת לבחון האם מחיר המוצר משקף את **ערכו הכלכלי**. למשל, בפרשת Deutsche Post, אותה מצטט גילה, חוזר בית המשפט ומדגיש שהוגנות המחיר תיקבע בהתאם לערכו הכלכלי של המוצר ולא רק בהתאם לעלות ייצורו:³⁸ “According to the case law of the Court of Justice, the fairness of a certain price may be tested by comparing this price and the **economic value** of the good or service provided. בהתאם לכך, גם פער גבוה מחיר/עלות מהווה אינדיקציה ראשונית בלבד לחוסר הוגנות המחיר, כך שגם מחיר הגבוה באופן משמעותי מהמחיר התחרותי אינו בהכרח בלתי הוגן. אכן, גם בהחלטה האנגלית שגילה נסמך עליה קובע בית המשפט ש “[the price] should be excessive to such an extent as to be unfair and abusive.”³⁹ כנו: מהו הפרש מחיר/עלות מופרז (הנדרש לשלב הראשון), ומתי הפרש זה הופך להיות בלתי הוגן לצרכי החוק (הנדרש בין אם לשלב הראשון ובין אם לשלב השני).

מניתוחו של גילה עולה, לכאורה, שבאיחוד האירופי נקבע שהמחיר התחרותי משקף את ערכו הכלכלי של המוצר, ועל כן קל למלא את דרישות המבחן. גם טענה זו נסתרת על ידי העובדות. ראשית, אם טענה זו הייתה נכונה, לא היה צורך בשלב השני של המבחן האירופי, הבוחן האם המחיר הוא לא רק מופרז אלא גם בלתי הוגן. שנית, לאחרונה הדגישה הרשות בהחלטותיה בעניין Scandlines ו-Sundbusserne שנותחו בהרחבה במאמרנו, שערכו הכלכלי של המוצר שבמונופולין ייקבע לא רק על בסיס צד ההיצע (הכולל גם את עלויות הייצור) אלא גם על בסיס הביקוש (מהו היתרון היחסי שהצרכנים מקבלים מהמוצר). גם המסמך של הרשות השבדית, אליו מפנה גילה, קובע זאת באופן מפורש:⁴⁰

“The Commission stated that when deciding the economic value of a particular product or service, i.e. investigating to what extent the price was unfair in itself, also other non-cost related factors, notably the demand for the service, had to be taken into account.”

בהקשר זה טוען גילה שהכנסת שיקולי הביקוש לרכיבי העלות עשויה להיות מוסברת על ידי העובדה שהשווקים אינם משוכללים ופעמים רבות קיים ייחוד ובידול של מוצרים המאפשר גביית מחיר מעל

³⁷ THE PROS AND CONS OF HIGH PRICES, לעיל ה"ש 36, בעמ' 60.

³⁸ Deutsche Post AG – Interception of cross border mail [2001] OJ L331/40, COMP/36.915, בפסקה 159.

³⁹ Ineos Vinyls Ltd. V. Huntsman Petrochemicals (UK) Ltd [2006] EWHC 1241 (Ch)

⁴⁰ THE PROS AND CONS OF HIGH PRICES, לעיל ה"ש 36, בעמ' 61.

עלות.⁴¹ אכן, במרבית השווקים קיימת רמה מסוימת של בידול המאפשרת לחברות המתחרות זו בזו להעלות את מחיריהם מעל לעלויותיהן דרך הצעת מגוון של מוצרים מבודלים לצרכנים. לשיטתנו זוהי תוצאה ראויה חברתית שאין לפסול אותה. כלל המרחיב את ההשוואה לכלול גם את ייחודיותו של המוצר בעיני הצרכנים הוא כלל ראוי, שכן אם לא נאפשר העלאה כאמור, לחברות לא יהא תמריץ להשקיע בבידול מוצריהן ולהתאמת המוצרים לטעמים ולצרכים השונים של הצרכנים. עם זאת, חשוב להדגיש שהמחיר בשווקים אלו אינו המחיר שהיה נגבה בתנאי תחרות משוכללת תיאורטית, המבוסס על צד העלויות גרידא, ועל כן יש כאן סתירה פנימית עם הטענה של גילה שבאיחוד האירופי משווים את המחיר למחיר בתנאי תחרות. עוד נדגיש שברגע שאנו מכירים בפרמטר של צד הביקוש צצים חלק מהקשיים עליהם עמדנו במאמרנו להבחנה בין מחיר הוגן ובלתי הוגן. למשל, כמה משקל צריך לתת לשיקולי ייחודיות המוצר? האם יש גבול כלשהו מעליו לא נכיר בכך ואם כן מדוע? גילה טוען ש"כאשר הייחודיות של המונופול היא כה גדולה ביחס למוצרים אחרים עד כדי כך שהצרכנים מוכנים לשלם על המוצר שלו מחיר שהוא מופרז ביחס למחיר התחרותי, אין הצדקה לפטור את המונופול מאחריות."⁴² השאלה היא מדוע המקרה של בעל המונופולין מוחרג מהכלל. גילה מתבסס בתשובתו על מבחן הגדרת השוק, הקובע את גדרותיו על בסיס ההשפעה של עלייה של 5-10% במחיר המוצר. אבל מדוע הנדון דומה לראיה? הגדרת השוק אינה משמשת על מנת לבחון את רמת התמריצים הראויה להשקעה ביעילות בייצור ויעילות דינמית. ולמה ייענש בעל המונופולין על כך שהוא הצליח ליצור מוצר כה ייחודי עד שהוא יצר שוק נפרד? זאת ועוד: בשתי החלטות הרשות האירופאיות אליהן מתייחס הניתוח של גילה המחיר היה גבוה עשרות מונים מעלויות הייצור של המוצר (לא רק 5-10%), ובכל זאת האיחוד האירופי קבע שהוא לא היה מופרז, כיון שהוא שיקף את הערך המוסף שקיבלו הצרכנים מהמוצר.

גם באנגליה, אשר להחלטותיה מפנה גילה, קבעו בתי המשפט שערכו הכלכלי של מוצר שבמונופולין ייקבע לא רק על בסיס עלויות המוצר אלא גם בהתאם לביקוש. כך, למשל, בהחלטה בעניין AtTheRaces שנותחה בהרחבה במאמרנו, סירב בית המשפט לקבוע שהמחיר של המידע שאסף בעל המונופולין היה מופרז, כיון שהוא יצר יתרון תחרותי למי שמכר אותו הלאה. גילה מעלה מספר טענות בהקשר זה. ראשית, הוא טוען, בטעות, שאנו נסמכות על ההחלטה כדי להראות שבתי המשפט באירופה נסמכים על המחיר שהלקוח מוכן לשלם כדי לקבוע את ערכו הכלכלי של המוצר, ולא כך הוא. ההחלטה הובאה על מנת להדגים שגם שיקולי ביקוש נלקחים בחשבון ולא רק שיקולי היצע (עלות). הקושי הוא, כמובן, לקבוע אילו שיקולי ביקוש יש לכלול בחישוב. שם התחשב בית המשפט בעובדה שהמידע על מירוצי הסוסים שמכר בעל המונופולין היה ייחודי וערכו לצרכן היה גבוה. עוד טוען גילה שפסק דין זה הינו ייחודי. טענה זו נסתרת על ידי פסקי דין אירופאים נוספים, אשר גם בהם נלקחו בחשבון שיקולי ביקוש, אשר חלקם צוטטו במאמרנו ואליהם לא מתייחס גילה. כך, למשל, החלטת בית המשפט האירופי בעניין Kanal 5.⁴³

אכן, במקרים מסוימים היווה הפרש העלות-מחיר אינדיקציה למחיר בלתי הוגן, ויש מי שמפרשים כך את המבחן האירופי (בניגוד לעמדת הרשות). אולם ראוי לבחון את ההחלטות אליהן מפנה גילה לעומק. כך, למשל, ההחלטה בעניין British Leyland הינה החלטה שעיקרה התנהגות מדירה שעיקרה פגיעה בתחרות (אפליה), ולא דווקא נצלנית. בהתאם לכך, האפליה נבחנה יחסית למחיר בשוק אחר, בו קיימת רמת תחרות גבוהה יותר, והפרש המחיר שנבע מההתנהגות המדירה נחשב לנצלני. ודוק: במקרה שבו המחיר הבלתי הוגן נגזר מאפליה בין שווקים קיימת אמת-מידה (benchmark) מן

⁴¹ גילה, לעיל ה"ש 7, בעמ' ?.

⁴² שם, בעמ' ?.

⁴³ Case C-52/07 Kanal 5 Ltd. v. Föreningen STIM upa, [2008] E.C.R. I-9275

המוכן, ואין צורך לערוך את החישוב המורכב מתי מחיר הופך להיות בלתי הוגן.⁴⁴ כך גם בעניין NAPP הבריטי אשר גם עליו נסמך גילה.⁴⁵ אף המקרה של Deutsche Post הוא ייחודי, בבחינת חריג שאינו מעיד על הכלל. שם היה מדובר במונופול יצר-מדינה (רשות דואר) אשר שלט בשוק כולו, ללא רגולטור ספציפי שיכול היה להגביל את פעולותיו. ודוק: גם שם בחנה הרשות אם המחיר הוא מעל לערכו הכלכלי של השירות שניתן.⁴⁶

פסק דין הולנדי מהעת האחרונה מדגים אף הוא שאין קשר הכרחי בין מחיר מבוסס-עלויות (מחיר תחרותי) לערכו הכלכלי של מוצר. שם דובר בספר הנחיות לנהגי מוניות, שסופק על ידי מונופול יצר-ממשלה, ואשר מחירו צנח מ-32.35 ל-3.50 יורו ברגע שהשוק נפתח לתחרות (כלומר המחיר של המונופולין היה גבוה ביותר מ-900% מהמחיר בתחרות). למרות זאת, בית המשפט ההולנדי לא מצא שהמחיר היה מופרז ובלתי הוגן. זאת, בין היתר, כיון שיש לקחת בחשבון לא רק את עלויות הייצור הישירות של הספר, אלא גם את ההשקעות הקבועות כמו גם את ההשקעה שנעשתה ביצירת שוק לספרים אלו על ידי המונופולין, השקעה ממנה נהנו גם מתחריו. על כן, המחיר בתחרות לא שיקף את ערכו הכלכלי של המוצר שיצר בעל המונופולין.⁴⁷

זאת ועוד: גם בהחלטות אליהן מפנה גילה, ההפרש בין מחיר בתנאי תחרות לבין המחיר שנגבה, כשלעצמו, לא היה אסור. מה שנאסר הוא הפרש "מופרז". ושוב חוזרת השאלה- מתי ההפרש מתחיל להיות מופרז. גישה הרואה בהפרש המחיר מהמחיר בשוק תחרותי את חזות הכל היא בעייתית ביותר ויש לדחותה. כפי שמציין גם גילה, המחיר בתנאי תחרות הוא מחיר העלות השולית לייצור המוצר (MC). מחיר זה אינו מכסה אפילו את עלויותיו הקבועות של החברה, קל וחומר לא את השקעותיה במחקר ופיתוח כמו גם את רמת הסיכון בו היא פועלת, ועל כן יפגע בתמריצים של חברות להתייעלות.

יתירה מזאת, המלומדים שמצטט גילה Motta and DeStreel (הן ציטוט מפורש והן הציטוט המופיע מאוחר יותר, כ"אחד המאמרים המופיעים בספר בעריכת רשות התחרות השבדית"), השמים דגש על השלב הראשון במבחן, מדגישים הדגש היטב את הבעייתיות שבאיסור. הם מציעים להחילו מאד בצמצום, ורק במקרים בהם המונופול נוצר כתוצאה מהענקת זכויות בלעדיות או מיוחדות שהן שהעניקו לו את יתרונו בשוק, וגם אז יש לדרוש עול הוכחה מאד גבוה.⁴⁸ יתירה מכך, גם הם מגיעים למסקנה דומה לזו שהצגנו בהרחבה במאמרנו הקודם, המובילה לזהירות – יתר בהחלת האיסור, שמא נפגע בתמריצים להתייעלות ולמחקר ופיתוח:

"[A]ntitrust excessive price action presents a relatively *high cost* of type I error (because the market may self-correct and error will lead to dynamic inefficiency: low investments and innovation) and a relatively *low cost* of type II errors (allocative inefficiency)."

⁴⁴ השאלה האם מחיר הנגבה בחלק מהשוק יוצר בהכרח את התמריץ הנכון לחברות להשקיע בשוק חורגת מגדרי מאמר זה.

⁴⁵ גילה, לעיל ה"ש 7, בעמ' ? . ודוק: גם ההחלטה הבריטית בוחנת האם השוק יתקן את עצמו בזמן סביר לפני הקביעה שעסקינן במחיר בלתי הוגן.

⁴⁶ ראו הציטוט מגילה, שם, בעמ' ? .

⁴⁷ Case C / 09 / 454521st / HA ZA 13-1279 Foundation SDU et al. vs. SDU Publishers (4 March 2015, the Hague Tribunal)

⁴⁸ Massimo Motta and Alexandre de Streel, *Excessive Pricing and Competition Law: Never say Never*, in

לא למותר לציין שגילה נתפס לטעות כאשר הוא טוען שאנו טוענות שערכו הכלכלי של מוצר שווה לערך ששולם עבורו בפועל על ידי הצרכנים. במאמרנו ציינו במפורש את הקושי הטמון במבחן זה. גם לדעתנו אין לפטור את המונופול רק כיוון ש(חלק) מצרכניו (הפוטנציאליים) מוכנים לשלם את המחיר שהוא גובה, ופרשנות כאמור מרוקנת מתוכן את המבחן הדו-שלבי האירופי. לא זו אף זאת- היא מתעלמת מאותם צרכנים אשר עבורם ערכו הכלכלי של המוצר היה נמוך ממחירו בפועל ולכן הם לא רכשו אותו. עם זאת, מבחן זה, שהוחל בחלק מההחלטות האירופיות, מדגים היטב את הקשיים שעמם מתמודד הדין בבואו לקבוע מהו מחיר בלתי הוגן.

כך או כך, הפסיקה שצוטטה הן על ידי גילה והן על ידינו רק מדגישה את הבעייתיות של המבחן האירופי והבלבול שקיים לגבי אופן החלתו.

ב. האם הדין האירופי מתאים בהכרח גם בישראל?

גם אם האיחוד האירופי ומדינות נוספות מוכנות לעיתים להכיר בעילה זו במסגרת עילות הניצול לרעה, אין הדבר משליך על הדין הישראלי, בשל ההבדלים הקריטיים בין שיטות המשפט, עליהם הצבענו. גילה מתייחס לטיעוננו אלו בפרק 2 למאמרו. להלן נתייחס לטיעוני-הנגד.

ראשית, כפי שהדגשנו במאמרנו, אכיפת דיני ההגבלים בישראל, בניגוד לאירופה, הינה פלילית, דבר המחייב משנה זהירות בהחלת הוראות החוק, במיוחד במקרים בהם גבולותיו של האיסור אינם ברורים. גילה טוען שבהתאם לגילוי הדעת שהוציאה הרשות, האיסור לא ייאכף דרך הדין הפלילי. אולם כל עוד המחוקק לא ביטל את פליליות החוק, קיימת אפשרות שיבוא ממונה חדש או יועץ משפטי לממשלה אשר ישנו גישה זאת. שנית, אין צורך באכיפה פלילית בפועל כדי להגביר את האפקט המצנן של החוק. פליליות החוק מקרינה על פרשנות החוזים אותם עורך בעל המונופולין, גם אם האיסור לא נאכף בעת הזו בפועל. כך שהוא יוצר אפשרות שמי שעושה עסקים עם בעל מונופולין יוכל לנסות ולהשתחרר מהתחייבויותיו החוזיות, תוך שבע שנים מאז נערך. היכול להיות ספק שיש בכך כדי ליצור פגיעה בתמריצים בשוק? עוד טוען גילה שגם העיצומים הכספיים בישראל נמוכים יותר מאלו שניתן להשית על בעל מונופולין באיחוד האירופי, ועל כן הוא אינו צפוי לשאת בחבות משמעותית. גם טענה זו אינה רלוונטית, כיון שהרשות אינה האוכפת היחידה של האיסור בדין הישראלי. שבמסגרת תביעה נזיקית או חוזית ניתן להשית על בעל המונופולין נזקים גבוהים הרבה יותר, ללא ההגבלות המוטלות על הרשות. אכן, בפרק 6, גילה מכיר בכך ש"תביעות ייצוגיות מעין אלה יכולות להיות בסכומים משמעותיים מאוד, שמשקפים את ההפרש בין המחיר שנגבה בפועל לבין המחיר התחרותי, על פני כל התקופה שבה מחיר זה נגבה. עוד ראוי שלציין שבאיחוד האירופי גם במקרים הבודדים בהם הוחל האיסור הסנקציה שהושתה היתה יחסית קטנה, בעוד שבישראל היא עשויה להיות מאד גדולה בשל המסלול האזרחי לתביעות.

שנית, אכיפה הגבלית באיחוד האירופי מבוצעת אך ורק על-ידי גוף רגולטורי ייעודי ומומחה, בעוד שבישראל מתבצעת אכיפה פלילית, נזיקית וחוזית בעניינים הגבליים בידי בתי-המשפט הרגילים, בלא כל החלטה או מחקר מקדים מטעם הרשות. לטענות-הנגד של גילה התייחסנו לעיל בחלק הנוגע לסיבות מבניות.

שלישית, גם באותם מקרים בהם האיחוד האירופי הכריע שבעל מונופולין גבה מחיר מופרז, הוא לא נדרש לשרטט את קו הגבול המדויק המפריד בין מחיר הוגן לבלתי הוגן. בישראל, לעומת זאת, בתי-המשפט יידרשו לקבוע היכן בדיוק עובר גבול זה, לצורך חישוב הנזק בתביעות נזיקיות. לכך עונה גילה ש"גם בתביעה נזיקית בגין קרטל מחירים, בתי המשפט בישראל צריכים לעשות חישוב דומה של הנזק. במקרה של קרטל, כמו במקרה של מחיר מופרז, נזק זה מוערך על פי ההפרש בין המחיר שנגבה לבין המחיר שהיה רווח בתנאי תחרות." שתי בעיות עולות מטיעון-נגד זה. ראשית, קביעת הנזק בעניין קרטל אינה דומה לזו של מחיר בלתי הוגן. זאת כיוון שבעת עסקינן בקרטל המחיר אליו משווים (המחיר ללא הקרטל) הוא ברור, כאן עצם הבעיה בהחלת האיסור היא קביעת קו ברור,

דיעבדי, מה היה המחיר שבעל המונופולין רשאי היה לגבות. דהיינו- בעוד בקרטל הבעיה היא ראייתית-טכנית (כיצד לחשב את ההפרש), בפיקוח מחירים הבעיה היא לאיזה סף משווים (איך להתייחס להפרש). שנית, גילה טוען שכמו במקרה של קרטל, גם כאן יש להשוות למחיר במקרה של תחרות. כפי שחזרנו והדגשנו במאמרנו, השוואה זו מהווה רק את השלב הראשוני במבחן האם המחיר הינו בלתי הוגן. גם אם ניתן לעוברו, נתקל הרגולטור במבחן השני והחשוב מכולם: מתי מחיר גבוה מתחיל להיות בלתי הוגן. שהרי מוסכם על כל הכלכלנים בעולם שמחיר גבוה יוצר תמריץ חשוב ביותר להנעת גלגלי השוק. אכן, גם הבריטים אשר בתחילה מיהרו להתקין תקנות להחלת האיסור, קבעו באחרונה שיש מקום להחיל את האיסור רק במקרים מצומצמים בהם ברור שהוא לא יפגע ביעילות הדינמית, ובכל מקרה אין מקום להחיל את האיסור בדיעבד או בתביעה נזיקית.

רביעית, במאמרנו הראינו שפירמה המתקרבת לנתח שוק של 50% תמנע מלהוריד מחירים ולהגדיל את נתח השוק על מנת לא לעבור נתח זה. בתשובה טוען גילה ש"חסרון זה של הגדרת מונופולין לפי נתח שוק... הוא חסרון כללי, הרלוונטי לכלל האיסורים החלים על מונופול, ולא רק לאיסור על מחיר מופרז." אכן, חסרון זה אינו חל רק על עילת המחיר הבלתי הוגן, אך אין בכך כדי להפחית מחשיבותו.

הסיבה החמישית נוגעת למקורו של האיסור: המדיניות האירופאית לעודד סחר בין מדינות האיחוד האירופי לבין עצמן. גילה טוען בפרק ש"מדיניות זו לא דווקא מצדיקה ישירות את האיסור על מחיר מופרז." אכן, צודק גילה שהמדיניות אינה מצדיקה ישירות את האיסור, אולם היא מצדיקה אותו באופן עקיף על ידי יצירת תנאים דומים במדינות האיחוד על ידי מניעת גביית מחירים גבוהים על ידי מונופולים מקומיים.

שישית, וכפי שפורט במאמרנו, בישראל קיימת גם חזקה לקיומו של בעל מונופולין, מעל 50%, בעוד באירופה מוחל מבחן של כוח שוק המבוסס על ניתוח תנאי השוק. החזקה החלוטה לקיומו של בעל מונופולין משפיעה בעיקר באופן הבא: היא עלולה לגרום לחברות שכמעט הגידו לנתח השוק האמור להעלות את המחיר עוד יותר, כדי שלא לחשוף עצמן לפיקוח מחירים דרך דיני ההגבלים העסקיים. התנהגות זו תפגע בצרכנים בשניים: לא כל צרכן שהיה מעוניין לרכוש את המוצר במחיר יוכל לרכשו (שכן החברה תגביל את נתח השוק שלה), וכן המחיר יעלה לצרכנים הרוכשים אותו על מנת לוודא שה"קו האדום" של נתח השוק לא נחצה.

הטענה האחרונה נובעת להשפעת גודלה של הכלכלה ותנאיה על תוצאות החלת האיסור. כפי שטענו במאמרנו, האיחוד האירופי הוא כלכלה גדולה ורחבת היקף. ישראל, מאידך, הינה כלכלה קטנה וריכוזית, וכל מכשיר רגולטורי המיושם בה צריך להיבחן באופן מעמיק בכדי להבטיח שהוא אכן מקדם את הרווחה החברתית. גילה טוען שדווקא בשל היותה ישראל ריכוזית, גדל הצורך לאכיפת האיסור. אכן, ישראל הינה כלכלה הרבה יותר ריכוזית מהאיחוד האירופי, עובדה המעידה על חסמי כניסה גבוהים לרבים משווקיה. אולם גילה לא מתייחס להבדל חשוב נוסף עליו עמדנו בהרחבה במאמרנו: העובדה שישראל היא שוק קטן, עם רווח אבסולוטי מוגבל בגובהו, המבוסס על ייבוא ברבים משווקיו. לאור עובדות אלו, איסור על מחירים גבוהים בלתי הוגנים ייצור תמריצים מופחתים ליבואנים, כמו גם למי ששוקל כניסה מקומית. עוד טוען גילה בפרק 7 ש"כשם שחברות בינלאומיות פועלות בשלל מדינות [המכירות באיסור], כך סביר להניח שלא האיסור, המקובל בעולם, על מחיר מופרז הוא שירתיע אותם." אולם הנדון לא דומה לראיה. כל הרכיבים שיוצרים את השונות הרלוונטית בין ישראל למדינות אלו- לרבות העובדה שרק אצלנו עסקינן באיסור פלילי, נזיקי וחוזי הנאכף גם על ידי בתי המשפט הרגילים, וכי ישראל היא כלכלה קטנה שאינה חלק אינטגרלי משוק גדול (כמו מדינות האיחוד האירופי)- משפיעים על תמריצי כניסה לשוק הספציפי.

הפרמטר להשוואה	אירופה	ישראל
מצב משפטי קיים	העילה הוכרה עקרונית על ידי בית המשפט האירופי אבל כמעט ולא מוחלת על ידי	יש עדיין אפשרות לא להכיר בעילה

	האיחוד האירופי	
אפשרות להחלת סנקציות פליליות	לא	כן
בסיס לתביעה נזיקית	בעת ההכרה בעילה ועד לא מזמן : לא	כן
מי אוכף?	רשות התחרות האירופית	גם תובעים פרטיים
מטרות האיסור	בין היתר יצירת שוק אחד משותף בעל תנאים כלכליים דומים	אין מטרה דומה
חזקת נתח שוק	חלק מניתוח כללי של כוח שוק	חזקה חלוטה
תנאי השוק הכלליים	כלכלה גדולה	כלכלה קטנה, עם שולי רווח אבסולוטיים קטנים והתבססות רבה על יבוא
קיום אופציה אחרת לפיקוח מחירים	לא דרך האיחוד האירופי	כן, הן דרך הדין הכללי והן דרך דיני ההגבלים העסקיים

טבלה 1 : השוואה בין האיחוד האירופי לישראל בפרמטרים הרלוונטיים להחלת האיסור

ג. השוואה לכלי הסדרה חלופיים

כמפורט במאמרנו, בטרם הכרה באיסור, על מקבל ההחלטות לבחון האם קיימים כלי הסדרה חלופיים אשר יגשימו את המטרה של ההסדרה בדרך טובה יותר ופוגענית פחות ברווחת הציבור. אכן, בישראל אי-הסדרה במסגרת עילות ניצול המעמד לרעה אינה סותרת את הגולל על הסדרה בכלים רגולטוריים אחרים- הן חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים והן הכלי ההגבלי במסגרת סעיף 30 לחוק, אשר פגיעתם ביעילות הדינמית עשויה להיות פחותה. לשיטתנו, הסדרה מראש בשונה מהסדרה בדיעבד במסגרת סעיף 29א, היא כלי עדיף, וזאת משתי סיבות עיקריות: ראשית, היא יוצרת וודאות אצל בעל המונופולין, ועל-כן פגיעתה בתמריצו להתחרות ולהשקיע השקעות במחקר ופיתוח פחותים. שנית, הסדרה כזו מתבצעת על-ידי רשות מקצועית - רשות ההגבלים, ולא על-ידי בתי המשפט, אשר חסרים את המומחיות הנדרשת להתמודדות עם סוגיה מורכבת זו.

לגבי החלת חוק הפיקוח, טוען גילה ש"לא כל מונופול מצוי תחת פיקוח מחירים." השאלה הנדרשת היא כמובן- מדוע. אם, אכן, פגיעתו של מחיר מונופוליסטי היא כה גבוהה, מדוע לא בחר הרגולטור לכלול לפחות את כל המונופולים המוכרזים על ידי רשות ההגבלים העסקיים תחת החוק. **בהקשר זה עולה השאלה האם אכן ברצוננו לפקח על מחירי המונופולים כולם, בלי להבחין למשל בין חברות הזנק לחברות אחרות, לחברות המייצרות מוצרי מותרות לבין אלו המייצרות מוצרי בסיס. שהרי חוק ההגבלים העסקיים- בניגוד לחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים- אינו עורך הפרדה כאמור וכל צרכן יוכל להגיש תביעה נזיקית נגד מונופולין בכל שוק שהוא.** אבל גם אם נניח שכלי פיקוח זה לא מוחל בצורה יעילה, פתוחה הדרך בפני הממונה עצמו להחיל את סעיף 30 לחוק, אם סבור הוא שפרשנותו הנכונה של הסעיף מאפשרת פיקוח מחירים, אם כי אנו סבורות שגם כלי זה נגוע ברבות מהבעיות עליהן הצבענו וכי אם מעוניינים אנו בפיקוח מחירים, הכלי של חוק הפיקוח על המחירים מתאים הרבה יותר.

בפרק 6 גילה עומד על חסרונות ההסדרה במסגרת סעיף 30. הוא מציין כי עלויות הפיקוח השוטפות הן גבוהות, חישוב עלויותיו של בעל המונופולין הוא מורכב, וכי העול על הגורם המפקח, לזהות שינויים בשוק ולהגיב אליהם, הוא רב. בעוד שטיעונים אלו נכונים, איסור המוחל במסגרת סעיף 29א לא פותר אותם. הסדרה בדיעבד, כמו גם הסדרה מראש, משיתה עלויות על הגוף המפקח: בשני

המקרים נדרש הגוף האוכף לזהות את המוצרים המתומחרים בצורה הנחשדת כבלתי הוגנת, לאמת את מופרזות המחיר בהתבסס על אומדן עלויותיו של בעל המונופולין, ולאכופ על בעל המונופולין את קיומו של האיסור. אך בעוד שהסדרה מראש מייצרת את אכיפת האיסור לראשונה בידי בתי המשפט הרגילים (והבלתי מומחים לדבר), ובו בזמן מספקת וודאות משפטית לבעל המונופולין בדבר חוקיות פעולותיו, הסדרה בדיעבד מייצרת עמימות בנוגע למצב החוקי.

עוד מציין גילה כי אכיפה המבוססת על פיקוח מראש בלבד, לעולם תותיר מונופולים רבים בלתי-מרוסנים בשל קשיי הגוף המפקח לזהות ולהתמודד עם כולם, בעוד שאם יוכר האיסור לא יהא צורך רב באכיפה בדיעבד כיון שבעלי מונופולין ירסנו את עצמם במידה גבוהה יותר מחשש לאכיפה בדיעבד, תוך ביסוס חישוביהם על המידע המצוי בידיהם לגבי עלויותיהם. אמנם נכון, לבעל המונופולין יש מידע לגבי עלויותיו, אולם מידע זה אין בו כדי לשנות מהותית את הבעייתיות בהחלת האיסור. העברת נטל האכיפה לבעל המונופולין לא יוצרת, יש מאין, את הודאות הנדרשת על מנת לדעת כיצד להחיל את האיסור בכל מקרה ומקרה. אך חשוב מכל: באם לא יידע בעל המונופולין-קיים או עתיד-מתי הוא צפוי בדיעבד להימצא עובר על האיסור- הוא עשוי לפרש את האיסור באופן רחב מדי, באופן אשר אמנם יוריד את מחירו אבל יפגע בתמריצו ליעילות יצרנית ודינמית באופן משמעותי. כפי שהראינו לעיל, פגיעה זו חמורה הרבה יותר לרווחה מאשר מחירים גבוהים. אשר על כן, פיקוח מחירים דרך סעיף 30 מקדם את טובת הציבור באופן משמעותי יחסית לאיסור דרך סעיף 29א.

2. שאלה III: סבירותו של מתווה הפיקוח המוצע על-ידי הממונה בגילוי הדעת

גילוי הדעת בעניין תמחור מופרז בידי בעל מונופולין, אשר פרסמה הרשות בעת שגילה כיהן כממונה על ההגבלים העסקיים, מחדד את החששות עליהם הצבענו עד כה. אמנם ייתכן שהממונה הנוכחית תבטל את גילוי הדעת, אבל עצם קיומו בעבר עשויה להשפיע על בתי המשפט, ומהווה חלק אינטגרלי מהדיון, ועל כן מובאת התייחסותנו להלן.

גילוי הדעת מביא לידי ביטוי פומבי את שינוי המדיניות אשר הוביל גילה בהשוואה לקודמיו בתפקיד, וכן מנסה להתוות מתודולוגיה להחלת האיסור על מחיר גבוה בלתי הוגן. במאמרו ניתחנו את גילוי הדעת ואת הכשלים הגלומים בו. הצגנו ביקורת כפולה: ראשית, כאמור לעיל ההפנייה לסעיף 29א כבסיס הסמכות של הממונה להסדרת מחירים גבוהים היא בעייתית ביותר, ויש לשנותה. שנית, וחשוב מכך, גילוי הדעת אינו מאזן נכונה בין שיקולי רווחה סטטיים לדינמיים. להלן נתמודד עם טענות-הנגד של גילה בהקשר זה.⁴⁹ אך עוד לפניכן, נציין שגילוי הדעת קובע שחישוב עלות המוצר תכלול גם "כל השקעה שישקיע המונופול בשינוי טכנולוגית הייצור שלו."⁵⁰ זהו צעד חשוב בכיוון הנכון. אולם יושם אל לב, שזהו מחיר השונה משמעותית מהמחיר התחרותי (MC), ועל כן ההשוואה למחיר התחרותי כבר אינה עובדת כאן, ושוב מסתבך המבחן. זאת ועוד: גם צעד זה מותיר שאלות רבות בלתי פתורות. רק לדוגמא: כמה בדיוק ניתן לגבות על השקעה טכנולוגית? ומה לגבי השקעה טכנולוגית שמשפיעה על כמה מוצרים, חלקם במונופול וחלקם לא? ולאורך כמה זמן אפשר להפחית את ההשקעה? והאם ניתן לגבות גם על השקעות שלא צלחו, כדי לתמרץ את המונופול להשקיע? וגם אם המונופול מפוצה על ההשקעה, למה שיהיה לו תמריץ להשקיע אם כל מה שיקבל הוא רק כיסוי של ההשקעה?.

⁴⁹ פרק 12 למאמרו של גילה מתייחס לטענות נוספות שהתייחסנו אליהן במקום אחר. לגבי הטענה שבמרבית המקרים המונופולין אינו מוחלט ויש לו תמריצים טבעיים לתחרות, אין לנו אלא להסכים. טענה זו הועלתה במפורש במאמרו הקודם. השאלה היא כמובן שאלה של מידה.

⁵⁰ גילה, לעיל הי"ש 7, בעמ' ?

גילוי הדעת מאמץ את השלב הראשון במבחן הדו-שלבי לקביעת מהו מחיר גבוה בלתי הוגן אשר נוסח בפרשת United Brands, הבוחן את ההפרש בין עלויות בעל המונופולין לבין המחיר שהוא גובה.⁵¹ אולם גילוי הדעת מתעלם מן השלב השני – הקביעה אם המחיר הגבוה הוא אכן בלתי הוגן בנסיבות העניין. כעולה מאמר, גילה סבור כי השלב השני אינו רלוונטי. לטענתו, שלב זה, הבודק את מופרזות המחיר אל מול סטנדרט ה"הגינות", מאפשר "שסתום מילוט" לבעל המונופולין, אשר מרוקן את האיסור מתוכנו. טענתו זו מתעלמת מלשון החוק, הדורשת שהמחיר יהיה בלתי הוגן ולא רק גבוה. כן היא מתעלמת מן המשפט המשווה הכולל אף הוא דרישה דומה, והופכת את האיסור הישראלי לשיטת גילה לחמור בעולם כולו. אולם חשוב מכך: כפי שפרטנו במאמרנו, ניתוח כלכלי מראה שאיסור כאמור עלול לפגוע ברווחה חברתית וכן ברווחת הצרכן. זאת כיון שהוא נותן משקל מועט, אם בכלל, לשיקולים של תמריצים להשקעה בפיתוח מוצרים חדשים או דרכי ייצור חדשות. מדוע שחברה תשקיע בטכנולוגיית ייצור חדשה, טובה יותר, אם כך או כך מרווח הרווח שיותר לה יהיה זהה לזה שהיא קיבלה קודם?

עוד טוען גילה שהתייעלות שאינה מיטיבה את מצבו של הצרכן, גם אם היא מורידה משמעותית את עלויותיו של מונופול, "אין בה תועלת מבחינת דיני ההגבלים העסקיים".⁵² אכן, דיני ההגבלים העסקיים במרבית העולם לא מאשרים מיזוגים הפוגעים בתחרות אלא אם ההתייעלות מיטיבה באופן כלשהו גם עם הצרכן, אם כי קיימים גם לכך חריגים (דוגמת הדין הקנדי השם דגש על הרווחה הכוללת). אין זה המקום לדון האם גישה זו ראויה, אולם אין רבותא שאם ההתייעלות מיטיבה אך ורק עם בעל המונופולין, סביר שלא תאושר. בה בעת, התייעלות דינמית היוצרת מוצר טוב יותר מיטיבה, מטבעה, עם הצרכן, והתייעלות בייצור פעמים רבות תוריד את המחיר הממקסם את רווחיו של בעל המונופולין. זאת ועוד: אם לא יעביר בעל המונופולין לפחות חלק מהיתרונות מההתייעלות לצרכנים, הרי יגדל הסיכון שלו לכניסה או להתרחבות בשוק, אשר תוריד את רווחיו. אשר על כן, מנגנון השוק יוצר בעצמו תמריצים להיטיב עם הצרכנים.

בה בעת, אין להשליך מהמקרה של מיזוגים למקרה של פיקוח על בעלי מונופולין. יש הבדל בין מדיניות שאומרת, ככל שכך היא אומרת, שאין לאשר מיזוג המייצר התייעלות משמעותית לפירמות אם הצרכן אינו נהנה מכך, לבין מדיניות שתמנע מבעלי מונופולין תמריצים להתייעלות. המדיניות המוצעת על ידי גילה עשויה להביא לנזקים כבדים במיוחד למשק הישראלי ולפגוע בצמיחה ובפריון באופן בלתי מידתי. יש לראות בחומרה את הניסיון להכניס בדלת האחורית לחוק ההגבלים העסקיים מדיניות שמשמעותה מניעת תמריצי התייעלות מהפירמות.

גילוי הדעת כולל נמל מבטחים המייצר "חזקת הגינות" למחיר אשר אינו עולה על 20% מעלויות בעל המונופולין (בצידה מדידה צרה ומצמצמת של העלויות המותרות). **בפרק 7** טוען גילה שהכללת נמל-המבטחים בגילוי הדעת מקטינה את היקף הטעויות מסוג תחולת יתר ומשפרת את הוודאות העסקית. טענה זו נכונה, אבל השאלה הרלוונטית היא כמובן האם היא מקטינה את חוסר הודאות ואת הפגיעה בתמריצים ברמה נאותה. זאת כיוון שהשימוש בנמל מבטחים לא מקטין בעיות אלו לגבי מחיר שעולה עליו, הכפוף למבחן החד-שלבי שמציע גילה להחיל. כך שאם הרף הוא נמוך מדי- אין בו כדי לתת פתרון אמיתי לבעיות האמורות. בהקשר זה עולה השאלה כיצד נקבע הרף של 20% דווקא. בעייתיות זו מתחדדת לאור העובדה שנמל המבטחים אינו מבחין בין חברות שונות- שעשויות לפעול בשווקים בעלי רמת סיכון שונה מהותית וצורך שונה להשקיע במחקר ופיתוח. בנוסף, בהיעדר אמת מידה ברורה אחרת, קיים חשש שנמל המבטחים יהפוך להיות הכלל.

⁵¹ בעשותו כן, גילוי הדעת מתבסס על מבחנים שונים הלקוחים מן הניסיון האירופי, אולם שם כבר הגיעה הנציבות האירופית למסקנה שאין בידיה כלים להחלת הכלל, וכי אין תפקידה לשמש כמפקחת מחירים.

⁵² גילה, לעיל ה"ש 7, בעמ' ?.

בפרק 12 גילה מבסס את הרף על שני מקורות חלופיים. הראשון הוא ההחלטה האירופאית בעניין Deutsche Post והשני הוא המשפט העברי. הסתמכות על כל אחד משני מקורות אלו הינה בעייתית. כפי שצינו לעיל, פסק הדין האירופי הוא חריג: הוא עוסק במונופול יציר-מדינה (רשות דואר) שהיה מוגן בחסמי כניסה כמעט בלתי עבירים, לאורך זמן, ולא נדרש לתמריצי התייעלות על מנת להיכנס לשוק ולשמור על מעמדו שם. הרשות ובית המשפט האירופי חרגו, על כן, ממנהגם רב השנים לאפשר לבעל המונופולין שולי רווח גבוהים הרבה יותר, כפי שמפורט במאמרנו. הסתמכות על פסק דין זה כאינדיקציה לכך שהוא מבטא איזון תמריצים נכון בשווקים רגילים, היא, על כן, בעייתית והיא נדמית כמסתמכת שרירותית על פסק דין אירופאי חריג ומיוחד תוך התעלמות מכל יתר הפסיקה. גם הסתמכותו של גילה על המשפט העברי לוקה בבעייתיות דומה. כפי שפרטנו במאמרנו, הגבלתו של הרמב"ם חלה רק על מוצרים מאד מצומצמים- לחם ויין. על כל יתר המוצרים לא חלה הגבלה כאמור. **זאת ועוד: חשוב להבין שגישתו של המשפט העברי מתמקדת בדרך כלל בהגנה על עוסקים, ולא על צרכנים.**⁵³ בכל מקרה, כדי להצדיק גזירה שווה ממקרים אלו היה צורך להשוות את תנאי השוק והתמריצים שהוא יוצר גם ללא האיסור לאלו שבישראל. השוואה כאמור נעדרת מהדיון. ניתן היה לצפות שקביעת רף כה חשוב תסתמך על מחקר כלכלי של השווקים בישראל, הבוחן מהו הרווח הנדרש במרבית התעשיות כדי לוודא שאיננו פוגעים בתמריצי מחקר ופיתוח, ואולי אף יבחין בין שווקים שונים לפי מידת הפגיעה של האיסור בהם.

עוד טוען גילה **בפרק 8** ש"חוסר וודאות של פירמות לגבי השאלה כיצד ייושם כלל משפטי כנגדן הוא מאוד אופייני לדיני ההגבלים העסקיים והוא בלתי נמנע. הוא לא קיים רק בהקשר של האיסור על מחיר מופרז אלא גם בהקשרים רבים אחרים." טענה זו אינה מתמודדת עם הטיעונים שהעלינו במאמרנו, לפיו הסוג של חוסר הודאות הכרוך באיסור על מחיר גבוה הוא שונה. בעוד ביתר המקרים הכלל המשפטי הוא לרוב ברור אך קיימת חוסר ודאות לגבי אופן החלתו על העובדות של המקרה, במקרה של מחיר גבוה בלתי הוגן גם הנורמה המשפטית אינה ברורה כלל (מתי מחיר נחשב בלתי הוגן?). גם לגבי יתר החזקות, הכוללות אף הן מונחי שסתום, חוסר הודאות שונה מזו שיוצר האיסור על מחיר גבוה בלתי הוגן. כיון שיתר ההתנהגויות הנופלות לגדרן עניינן התנהגות מדירה, הבסיס למבחן הוא ברור: התנהגות היוצרת חסמים מלאכותיים לתחרות שאינה מבוססת על יתרונות תחרותיים מוצדקים (competition on the merit). זהו בסיס כלכלי, הנסמך על ניתוח כלכלי של התנהגות השוק. בסיס זה חל גם על תמחור טורפני, אליו מפנה גילה במאמרו. בניגוד גמור, לאיסור על מחיר גבוה בלתי הוגן אין ניתוח כלכלי היוצר קו מפריד ברור בין המותר לאסור. גילה מבקש ללמוד אנלוגיה גם מחוסר הודאות בנוגע לנזק שישלם בעל קרטל, אולם הוא בעצמו מודה ש"הצדדים לקרטל אמורים לדעת שעשו משהו אסור כאשר עשו את הקרטל."

זאת ועוד: כמעט כל כלל משפטי יוצר רמה כלשהי של חוסר ודאות. השאלה היא לא רק רמתו אלא גם מה המחיר שהוא יוצר. כפי שהראינו, האיסור שבמחלוקת הינו בעל תג מחיר גבוה. לבסוף- ודאות כשלעצמה אינה מטרה. אם לא כן, היינו יכולים לקבוע, למשל, שכל בעל מונופולין באשר הוא לא יגבה מחיר הגבוה מסכום כלשהו הקבוע מראש. הודאות נדרשת כאן על מנת לוודא שהיא מאפשרת לחברות לכלכל את צעדיהן מראש- לרבות כניסה לשוק והשקעות במחקר ופיתוח. ועל כן השאלה שיש לשאול היא האם הודאות המוגברת שיוצר גילוי הדעת די בה כדי לוודא שהאיסור אכן מקדם את הרווחה.

בפרק 9 טוען גילה שהסיכוי לפגיעה לתמריץ בתחרות, במתווה המוצע בגילוי הדעת, הוא קטן. זאת כיון שהמתווה האמור כולל מספר שסתומי ביטחון: נמל המבטחים קל לחישוב בהיותו מבוסס על עלויות המצויות בדו"חותיו החשבונאיים של בעל המונופולין, רווח של עד 20% מאושר אוטומטית, ולבעל המונופולין יש אפשרות לשכנע את הממונה שמקרהו מצדיק אישור עלויות מעל 20%. אכן, הסדר זה מגביר את הודאות בהחלת החוק, לפחות במה שנכנס תחת נמל המבטחים. אולם על מנת

לוודא שהסדר זה אינו פוגע ביעילות הדינמית והיצרנית המקדמת את הרווחה, יש צורך להוכיח את קיומם של מספר תנאים: (1) העלויות הנלקחות בחשבון הן הרלוונטיות ליצירת תמריצים כאמור. חשוב מכל לעניינו: במסגרת עלויותיו של בעל המונופולין נלקחות בחשבון לא רק העלויות הישירות שהוצאו על יצירת המוצר/השירות, אלא גם על פיתוחו, וכן נלקחו בחשבון הסיכונים שהיו כרוכים בכך. אולם העלויות החשבונאיות בדו"חות הכספיים לא בהכרח משקפות את עלויות הסיכון, כמו גם את העלויות הכלכליות האמיתיות. בנוסף, מקום בו בעל המונופולין מייצר מספר מוצרים העלויות בדו"ח לא משקפות בהכרח את עלויות ייצורו. זאת ועוד: קיים חשש שמונופוליסט היודע שעלויותיו ייבחנו דרך דו"חות כספיים, יעמיס מראש עלויות על מוצרים או יחידות ארגוניות בדרך שמגדילה את העלות הנחזית, כדי שהמחיר לא יבלוט לרעה; (2) רווח של 20% - אשר הוא אולי גבוה בשוק סטטי בתעשיות שאינן עתירות הון - הינו גבוה דיו על מנת ליצור תמריצים לתחרות ולהתייעלות במרבית השווקים, שאם לא כן נמל המבטחים לא ימנע תחולת-יתר של האיסור; ו- (3) למקבל ההחלטות יש כלים נאותים על מנת להכריע מתי ראוי לעלות סף רווח זה, ויש בידו מתודולוגיה המבטיחה שאכן לא ייפגעו תמריצי התייעלות והיוצרת רמת ודאות גבוהה מראש המבטיחה שבעל המונופולין יוכל לחשב מראש את המחיר שיותר לו. כאן אנו שבים למבחן הכללי למחיר בלתי הוגן אשר, כפי שהראינו, הינו בעייתי, בעיקר בדרך בה מבקש גילה להחילו כך שכל מחיר מעל למחיר התחרותי ייחשב כמופרז, ובעיקר לאור העובדה שסביר שהאוכפים הראשיים שלו יהיו בתי המשפט הרגילים ולא דווקא הרשות. גם מבחן ההשוואה, אליו מפנה גילה, אינו פותר בעיות אלו כיון שאף הוא לא בוחן תמריצים דינמיים. גילה לא הוכיח את קיומם של תנאים אלו ועל כן לא ניתן להניח ש"מחיר הטעות מהסוג של תחולת יתר הוא קטן יחסית."⁵⁴

אף חשוב מכך: גילוי הדעת אינו משרטט קו אדום ברור לגבי הוגנות המחיר אשר אינו עומד בתנאי נמל המבטחים. אין בו מתודולוגיה חדשה לעניין זה שלא הייתה קיימת באירופה, וכפי שהראינו האירופאים הגיעו למסקנה, לאחר שנים רבות של התעסקות באיסור, שאין דרך ברורה לשרטט מראש קו כאמור בלא לפגוע בתמריצים לתחרות. על כן גילוי הדעת אינו פותר את הבעיה של אכיפה בדיעבד בלי יכולת של הגוף המוסדר להגדיר מראש מתי התנהגות הופכת להיות אסורה. בנוסף, קיים חשש שבהעדר אמת מידה אחרת, ייתלו השחקנים בשוק באמת המידה הברורה היחידה בגילוי הדעת שניתן להיתלות בה, דהיינו נמל המבטחים של 20%. זאת, למרות שגם לשיטתו של גילה אין זה הסף העליון רצוי של המחיר לכל המונופולים.

סיכום ומסקנות

אין ספק שבעיית יוקר המחיה היא בעיה משמעותית במדינת ישראל, שהשפעותיה המזיקות רבות. עם זאת, כפי שהראינו במאמרנו הקודם, הכלי הרגולטורי של איסור על מחירים גבוהים בלתי הוגנים דרך עילת הניצול לרעה של כוח מונופוליסטי אינו הכלי המתאים לפיקוח על מחירים גבוהים. כפי שהראינו במאמר זה, אין במאמרו של גילה ובטענות שהועלו בו כדי לשנות את מסקנתנו. בפני הרגולטור קיימים כלים חלופיים, מתאימים יותר, אשר פגיעתם ברווחה החברתית וברווחת הצרכן פחותה משמעותית. בהתאם לכך, מסקנתנו המתחייבת היא שאימוץ הפרשנות האירופית לחזקה האוסרת על גביית מחיר בלתי הוגן, כך שהיא תחול גם על מחיר גבוה, הינה סוס טרויאני אשר עלול לפגוע משמעותית ברווחה החברתית. גם אם יוחלט - בניגוד לדעתנו - לאמץ את האיסור - אנו מקוות שהכשלים שהצבענו עליהם ישמשו נר להחלת האיסור בפועל. אנו מודות לדיויד על האתגר האינטלקטואלי.

⁵⁴ שם, בעמ' 7.