

השפעת תורת ההחלטות על עיצוב כללים משפטיים: מחיר בלתי הוגן כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי

מאת

מיכל (שיצר) גל והילה נבו*

עיצובו של כלל משפטי מתבסס בראש ובראשונה על השפעותיה של ההתנהגות הנכנסת בגדרו על הגשמת מטרתו של החוק. אולם כדי שהכלל יגשים את מטרתו יש להתחשב גם במגבלותיו של הליך קבלת ההחלטות הכרוך ביישומו של אותו כלל הלכה למעשה. לפיכך כלל משפטי יעיל אינו בהכרח זה אשר יוביל לקבלת החלטה אשר תתאם לחלוטין את התוצאה האופטימלית לפי תנאי מידע מלא ויכולת ניתוח מושלמת של מידע זה, אלא זהו הכלל המשפטי אשר יוביל לתוצאה הטובה ביותר לפי הנחות האלמנטריות של הליך קבלת ההחלטות. אכן, זוהי משנתה של תורת ההחלטות (Decision Theory), המרחיבה בשנים האחרונות את מדרג רגלה הן באקדמיה הן בבתי משפט ברחבי העולם ומשנה חלק מהכללים המשפטיים הנוהגים. מטרתו של מאמר זה היא כפולה: ראשית, להציג את תובנותיה הבסיסיות של תורת ההחלטות, אשר עשויות לסייע בעיצוב כללים ראויים במגוון רחב של תחומים משפטיים, כמו גם בהבנה וביישום טובים יותר של הכללים הקיימים; שנית, להדגים את תחולת תורת ההחלטות בתחום דיני ההגבלים העסקיים. דינים אלו מתאימים ביותר לניתוח כאמור, כיוון שהם מבוססים על תובנות כלכליות באשר להתנהגויות עסקיות בשוק. החזקה החלוטה לניצול לרעה של כוח מונופוליסטי בדרך של גביית מחירים בלתי הוגנים, המנויה בסעיף 29א(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, תשמש הבסיס העיקרי לניתוח. הניתוח מוביל בין היתר למסקנה שלא ראוי לאסור על מחירים גבוהים בלתי הוגנים במסגרת האיסור על ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי.

מבוא. א. תורת ההחלטות. ב. החזקות החלוטות לניצול לרעה. ג. החזקות החלוטות לניצול לרעה לאור תורת ההחלטות והניתוח הכלכלי – כללי. ד. החלת הניתוח על ניצול לרעה בדרך של קביעת מחירים "בלתי הוגנים". 1. מחיר נמוך בלתי הוגן: תמחור טורפני; 2. מחיר גבוה בלתי הוגן: תמחור מופרז; ה. גילוי דעת הממונה בעניין תמחור מופרז. ו. סיכום.

* מיכל (שיצר) גל היא פרופסור וראש הפורום למשפט ושווקים, הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. הילה נבו היא מרצה במכללת תל-חי. רוב תודות לדורות מנשה, לניר עופר, למנחם פרלמן ולמשתתפי שני הכינוסים של מכון ספיר למדיניות כלכלית על הארות מאירות עיניים על המאמר, כולו או חלקו, ולאסף קציר, לליאור פרנק ולרותם יוז על עזרת מחקר מסורה בכתיבת מאמר זה. תודתנו שלוחה גם ל-Israeli Science Foundation וכן למכון ספיר למדיניות כלכלית על תמיכה כלכלית במחקר. כן שלוחה תודתנו לעורכים של כתב העת משפטים על הארותיהם המעולות והמעוררות מחשבה.

מבוא

עיצובו של כלל משפטי מתבסס, בראש ובראשונה, על ניתוח השפעותיה של ההתנהגות הנכנסת בגדרו על הגשמת מטרת החוק. למשל, חוק ההגבלים העסקיים נועד לקדם את הרווחה החברתית בדרך של מניעת יצירתן של מכשלות מלאכותיות לתחרות בידי גופים עסקיים הפועלים בשוק.¹ התחרות אינה מטרה בפני עצמה כי אם כלי להגדלת הרווחה החברתית בדרך של הורדת מחירים, ניצול יעיל של המשאבים הטבעיים ויצירת תמריצים להתייעלות ולחדשנות, כמו גם חלוקה שוויונית יותר של המשאבים בחברה.² על מנת להגשים מטרה זו הכללים ההגבליים נועדו להבחין בין התנהגויות עסקיות הפוגעות פגיעה ניכרת בתחרות וברווחה החברתית, ואותן יש לאסור, לבין אלו המקדמות אותן, ואותן יש להתיר. לניתוח הכלכלי תפקיד רב-חשיבות בהבחנה זו, כיוון שהוא מלמדנו על תוצאותיה הצפויות של ההתנהגות הנבחנת. למשל, הניתוח הכלכלי מורה שתאיאום מחירים בין מתחרים על הצעות במכרז פוגע תמיד ברווחה החברתית.³ אכן, ניתוח כלכלי כאמור הוא מקור ראשון וחשוב שלאורו יש לעצב את הכלל המשפטי ההגבלי.

אולם בכך לא תם הניתוח. בעיצובו של כלל משפטי יש להתחשב גם במגבלות הליך קבלת ההחלטות הכרוך ביישומו של אותו הכלל הלכה למעשה. לפיכך כלל משפטי יעיל אינו בהכרח זה אשר יוביל לקבלת החלטה אשר תתאם לחלוטין את התוצאה האופטימלית לפי תנאי מידע מלא ויכולת ניתוח מושלמת של מידע זה, אלא זהו הכלל המשפטי אשר יוביל לתוצאה הטובה ביותר לפי הנחות ראליות של הליך קבלת ההחלטות.⁴ מכאן שעל

1 חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק ההגבלים העסקיים או החוק). ראוי לציין שקיימות כמה גישות שונות למונח "רווחה חברתית" בהקשר ההגבלי. פרשנות אחת מתמקדת ברווחת הצרכן ובוחרת את השפעת ההתנהגות הנבחנת על הצרכן (Consumer Welfare) תוך התעלמות מההשפעות על היצרנים או על הרווחה הכוללת במשק. הגישה העיקרית החלופית מתמקדת ברווחה הכוללת (Total Welfare) ואינה מדגישה את החלוקה הפנימית אלא את צמיחת הרווחה. רוב רשויות התחרות בעולם אימצו את גישת רווחת הצרכן. נראה כי הממונה הישראלי אימץ גם הוא גישה זו, לפחות במרבית החלטותיו. להבדל בין הגישות ראו למשל מיכל (שיצר) גל "מונופולים בתחרות – האיזון שבין עידוד חדשנות ויצירתיות ובין הפגיעה בתחרות כדיני ההגבלים העסקיים" דין ודברים ב 425 (2006); ברק אורבך "מטרות דיני ההגבלים העסקיים: הלכה למעשה" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך ראשון 63 (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008). רווחת הצרכן משמשת פעמים רבות ככלל אצבע על מנת לאמוד את הפגיעה ברווחה החברתית הקשה יותר לאומדן. הבחירה במדרד זה לעתים משקפת עמדה באשר לצדק חלוקתי בשוק. בהקשר זה נדגיש שלשיטתנו מדידה ראויה של רווחת הצרכן צריכה להתייחס לא רק להיבטים סטטיים (דוגמת מחיר המוצר ברגע מסוים) אלא גם להיבטים דינמיים ארוכי טווח (דוגמת יעילות בייצור ויעילות דינמית), וכן עליה להתייחס להחצנות של החלת כלל מסוים על שווקים אחרים אשר גם מהם מושפעים הצרכנים.

2 ראו למשל ע"פ 2560/08 מדינת ישראל – רשות ההגבלים העסקיים נ' וול, פס' פא לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (פורסם בנבו, 6.7.2009).

3 מסקנה זו מבוססת על ההנחה שמגישי ההצעות ובעל המכרז מצויים באותה מדינה, וכי הם אכן מתחרים פוטנציאליים לצורך המכרז האמור.

4 ראו למשל C. Frederick Beckner III & Steven C. Salop, *Decision Theory and Antitrust Rules*, 73 ANTITRUST L.J. 41 (2000); Mark S. Popofsky, *Defining Exclusionary Conduct*, 73

מעצב הכלל – אם המחוקק ואם בית המשפט או אפילו הרשות האוכפת – לאזן בין עלויות איסוף המידע הנדרש וניתוחו לבין עלות הטעויות הנגרמות מתוצאה משפטית המבוססת על מידע חלקי או על ניתוח שגוי מקום שבו השגת מידע מלא וניתוחו בעייתיים או יקרים.⁵ במילים אחרות, יש להחיל ניתוח כלכלי גם על הליך קבלת ההחלטות על מנת לעצב כלל הסדרתי המתאים להגשמת מטרותיו. אכן, זוהי משנתה של תורת ההחלטות (Decision Theory), המרחיבה בשנים האחרונות את מדרך רגלה הן באקדמיה הן בבתי משפט ברחבי העולם ומשנה חלק מהכללים המשפטיים הנוהגים.

לפיכך מטרתו של מאמר זה היא כפולה: ראשית, להציג את תובנותיה הבסיסיות של תורת ההחלטות, אשר עשויות לסייע בעיצוב כללים ראויים במגוון רחב של תחומים משפטיים, כמו גם בהבנה וביישום טובים יותר של הכללים הקיימים. למרות הפוטנציאל הגלום בה הכתיבה האקדמית בישראל בנושא זה מעטה,⁶ ומעצבי הכללים המשפטיים בישראל אינם משתמשים בה במפורש. לפיכך מאמר זה יוצר תשתית להבנת כלי עזר זה על מנת שיוכל להגשים את הפוטנציאל התיאורי והנורמטיבי הגלום בו. ודוק: רבות מתובנותיה של תורת ההחלטות הן אינטואיטיביות ומתיישבות עם כתיבה משפטית ענפה. יתרונה הוא בפורמליזציה של תובנות אלו, ובעיקר ביצירת איזון מושכל בין עלות איסוף המידע וניתוחו לבין עלות הטעות שבשימוש במידע חלקי או לא מדויק.

מטרתו השנייה של מאמר זה היא להדגים את תחולת תורת ההחלטות בתחום דיני ההגבלים העסקיים. דינים אלו מתאימים ביותר לניתוח כאמור, כיוון שהם מבוססים על תובנות כלכליות באשר להתנהגויות עסקיות בשוק. החזקה החלוטה לניצול לרעה של כוח מונופוליסטי בדרך של גביית מחירים בלתי הוגנים, המנויה בסעיף 29א(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, תשמש הבסיס העיקרי לניתוח. כן תודגש במיוחד השפעת המאפיינים של כלכלה קטנה בעיצוב כללים הגבליים אלו.

מפת הדרכים של מאמר זה היא כדלקמן: שני הפרקים הראשונים יוצרים את הבסיס לדיון. הפרק הראשון מציג את משנתה של תורת ההחלטות, והפרק השני מנתח בקצרה את המסגרת המשפטית הרלוונטית – החזקה לניצול לרעה של כוח מונופוליסטי בדרך של גביית מחיר בלתי הוגן. שני הפרקים הבאים משלבים כלים אלו יחדיו ומנתחים את החזקות לאור התובנות הכלכליות ותורת ההחלטות: הפרק השלישי עורך ניתוח כללי של החזקות, ואילו הרביעי מתרכז בחזקת המחיר הבלתי הוגן ומנתח את תחולתה הן על מחיר נמוך הן על מחיר גבוה. ניתוח זה מוביל, בין היתר, למסקנה דרמטית: למרות ההצדקה הנורמטיבית לקיומה של עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן, תורת ההחלטות מובילה למסקנה שאין להכיר

ANTITRUST L.J. 435 (2006); Mark S. Popofsky, *Section 2, Safe Harbors, and the Rule of Reason*, 15 GEO. MASON L. REV. 1265 (2008)

5 Dennis Carlton & Michael Salinger, *Economic Analysis of Competition Practices in the EU and the U.S.: A View from Chief Economists*, 3 COMPETITION POL'Y INTE'L (Nov. 5, 2007), available at <https://ideas.repec.org/a/cpi/cpijrm/3.2.2007i=4926.htm>

6 למאמר המקיף ביותר בנושא ראו אייל שגיא ואמיר ונג "ניצול מעמד לרעה על-ידי בעל מונופולין – האומנם סעיף 29א(ב) לחוק ההגבלים העסקיים קובע חזקות חלוטות?" עיוני משפט כט 547 (2006). רב המשותף לתשתית מאמר זה ולמאמרנו, אולם שם המיקוד הוא בסוגיית מוחלטותן של החזקות ולא בעילה ספציפית או בפריסה רחבה של תובנותיה של תורת ההחלטות, כפי שמאמר זה מבקש לעשות.

בה במסגרת החזקות לניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. מסקנה זו מתיישבת עם דעת מלומדים ורשויות תחרות רבות ברחבי העולם, כמו גם עם הפרקטיקה שנהגה שנים רבות בישראל. עם זאת היא עומדת בסתירה לעמדתה הנוכחית של הרשות להגבלים עסקיים.⁷

א. תורת ההחלטות

תורת ההחלטות מוסיפה נדבך חשוב לעיצוב הכלל המשפטי מעבר לניתוח השפעותיה הצפויות של ההתנהגות המוסדרת על הגשמת מטרת החוק: היא מחילה ניתוח כלכלי על הליך קבלת ההחלטות על מנת להבטיח שהכלל המשפטי שאומץ הוא אופטימלי בתנאים שבהם הוא מוחל. הנחת המוצא שעליה מושתתת תורה זו היא שמקבלי ההחלטות לרוב פועלים בתנאי חוסר ודאות. זאת כיוון שפעמים רבות המידע הדרוש על מנת להבחין בין פעולה שראוי שתיכנס בגדר החוק וזו שלא ראוי שתיכנס בגדרו הוא חלקי ואינו שלם, בין בשל קשיי איסופו, בין בשל עלות איסופו ובין בשל עלות ניתוחו. מידע חלקי כאמור עלול לגרום לטעויות שיביאו לסטייה ממטרות החוק. לפיכך תורת ההחלטות אינה מבקשת להגיע לכלל משפטי שיערוך תמיד הבחנה מדויקת בין פעולה המקדמת את מטרת החוק לזו שלא, ללא קשר להליך הנדרש לשם ביצוע הבחנה שכזו, אלא היא מבקשת לעצב את הכלל האופטימלי בתנאים הריאליים הקיימים. בעיצוב הכלל המשפטי יש לאזן אפוא בין התועלת החברתית בהחלת הכלל לעלויות איסופו וניתוחו של המידע הנדרש כדי שמקבלי ההחלטות השונים יחילו את הכלל ולעלות הטעויות בהחלת כלל משפטי המתבסס על מידע חלקי או שגוי.⁸

לפיכך עלות איסוף המידע ועיבודו הם שיקול חשוב בעיצוב הכלל המשפטי. בתחום ההגבלי מידע כאמור כולל מידע עובדתי גרידא: למשל, אם התנהגות מסוימת קרתה בפועל ומה הייתה כוונתו של מי שביצעה, וכן מידע עובדתי-כלכלי: מהי השפעתה של התנהגות כאמור על התחרות ועל הרווחה החברתית. פעמים רבות הניתוח צופה פני עתיד ומחייב את תחזית השפעותיה של התנהגות מסוימת על תנאי השוק. למשל, ייתכן שיידרש ניתוח כלכלי על מנת לבחון את השפעת תנאיו של שוק ספציפי על התנהגות השחקנים בו. על מעצב הכלל המשפטי להחליט איזה מידע יידרש לשם החלת הכלל המשפטי, באיזה שלב של ההליך המשפטי הוא יידרש, ועל מי יוטל הנטל להציגו.⁹

את עלות איסוף המידע וניתוחו נדרש מעצב הכלל לאזן עם עלויות הטעויות שעלולות לנבוע מכלל משפטי המבוסס על מידע חלקי או שגוי. טעות נגרמת כאשר ההחלטה אינה משקפת את העובדות. הניתוח הכלכלי עומד על שני סוגי טעויות: (1) טעות מסוג ראשון

7 גילוי דעת 1/14 של הממונה על ההגבלים העסקיים "האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין" (9.4.2014) (להלן: גילוי הדעת). עם זאת גילוי הדעת פורסם על ידי הממונה דיוריד גילה אשר פרש מתפקידו באוגוסט 2015. עוד לא ברור מה תהא עמדת מחליפו.

8 Carlton & Salinger, לעיל ה"ש 5.

9 ראו למשל רשות ההגבלים העסקיים "טיוטת תנאים למיזוג בזק-יס להערות הציבור" (6.11.2013), זמין ב-www.antitrust.gov.il/files/32895/%D7%98%D7%99%D7%95%D7%98%D7%94.pdf, מבקשת לשקול מחדש את החלטתו של הממונה על ההגבלים העסקיים משנת 2006 לפסול את המיזוג.

(Type I error: false positive error), המתגבשת כאשר הכלל המשפטי מוחל ביתר הרחבה, באופן שהוא תופס בגדרו התנהגות אשר לא היה ראוי לאסרה (תחולת יתר); (2) טעות מסוג שני (Type II error: false negative error), המתגבשת כאשר הכלל המשפטי מוחל החלה צרה מדי, באופן שהוא אינו תופס בגדרו התנהגות אשר היה ראוי לאסרה (תחולת חסר). השפעתה של טעות על הרווחה החברתית מחושבת כמכפלת הסתברות התגבשותה בשיעור הפגיעה ברווחה החברתית בכל מקרה שבו היא מתרחשת.¹⁰ חישוב הפגיעה ברווחה החברתית כאמור צריך להביא בחשבון לא רק את השפעתה על הצדדים לעסקה הספציפית כי אם גם את עלות השפעתה על הכוונת התנהגות במקרים עתידיים. למשל, אם כלל משפטי מביא לתוצאה נכונה במקרה ספציפי אבל יוצר חוסר בהירות רב במקרים עתידיים ועל כן צפוי למונע פעולות אשר יקדמו את הרווחה החברתית, יש להביא השפעות אלו בחשבון בעת אומדן הטעות. אופי ההליך משפיע אף הוא על עלות הטעות: העלות החברתית של הרשעה שגויה בהליך פלילי גבוהה מזו של חבות שגויה בהליך אזרחי. תוכנות אלו משתקפות בכללי נטל ההוכחה, המטילים על התובע בהליך הפלילי נטל הוכחה גבוה מזה שהם מטילים בהליך האזרחי.¹¹

ניתוח הסתברות הטעות ושיעורה מתחשב גם במאפייניהם של מקבלי ההחלטות המחילים את הכלל לאחר שהתגבש. כפי שמייסדי תורת ההחלטות, ארליך ופוזנר, טענו, חוקים מופנים לשתי קבוצות עיקריות של מקבלי החלטות: רשויות האכיפה והשחקנים בשוק.¹² בישראל רשויות האכיפה הרלוונטיות לדיני ההגבלים העסקיים כוללות את רשות ההגבלים העסקיים, את בית הדין להגבלים עסקיים ואת בתי המשפט השונים. רמת הניתוח הכלכלי – ולפיה גם ההסתברות לטעות – עשויה להשתנות בין גופים אלו. כך למשל רשות ההגבלים העסקיים ובית הדין להגבלים עסקיים לרוב מאופיינים בהבנה כלכלית מעמיקה יותר של התחום לעומת בתי המשפט הרגילים, בשל התמחותם והרכבם. על כן כלל משפטי המוחל רק בידיהם יכול להיות מבוסס על רמת מורכבות גבוהה יותר של ניתוח כלכלי. שיקול זה יכול להצדיק גם תוצאה קצת מפתיעה: החלת כלל משפטי שונה בהליכים שונים גם אם עוסקים הם באותה עילה. לחלופין עשויות להיות לשיקול זה השלכות על קביעת הגוף אשר ראוי שיחיל כלל משפטי מסוים.

הקבוצה השנייה של מקבלי ההחלטות, אשר בעת חישוב הסתברות הטעות ושיעורה יש להתחשב גם במאפייניהם, מורכבת משחקנים בשוק אשר מקבלים את החלטותיהם העסקיות, בין היתר על סמך הבנתם את הכלל המשפטי. כלל מורכב ליישום, או המחייב מידע יקר או קשה להשגה והיוצר חוסר ודאות ברמה גבוהה, עלול לגרום לשחקנים בשוק להימנע מהתנהגות פרורתחורתית בשל החשש המוטעה שהתנהגותם תסווג כלא חוקית,

10 ראו לדוגמה Beckner & Salop, לעיל ה"ש 4; Popofsky, לעיל ה"ש 4; Isaac Ehrlich & Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*, 3 J. LEGAL STUD. 257 (1974); Arndt Christiansen & Wolfgang Kerber, *Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of "Per Se Rules Vs Rule Of Reason"*, J. COMPETITION L. & ECON. 2, 215 (2006)

11 John Kaplan, *Decision Theory and the Fact-Finding Process*, 20 STAN. L. REV. 1065 (1968); Doron Menashe, *Relaxed Formalism: The Validation of Flawed Wills*, 40 ISR. L. REV. 119 (2007).

12 Ehrlich & Posner, לעיל ה"ש 10.

בעיקר כאשר הסנקצייה הפוטנציאלית היא בעלת משקל. לרוב תחייב תובנה זו קביעת כללים קלים יחסית ליישום, המבוססים על מידע נגיש, בעיקר כאשר עסקינן בהסדרה בדיעבד (Ex Post) של ההתנהגות העסקית.¹³ בשקלול הסתברות הטעות בשתי הקבוצות יש להתחשב גם בהטיות קוגניטיביות, כאשר אלו רלוונטיות.¹⁴ מעניין כי עלות הטעות ועלות המידע עשויות להשתנות לאורך זמן בשל מיומנות נרכשת בהחלת הכללים או בשל הטמעתם בידי מקבלי ההחלטות. במקרה כזה ראוי לאפשר התפתחות אבולוציונית של הכלל, בין דרך המחוקק ובין דרך בתי המשפט. לחלופין, ניתן לכלול את עלות התקופות השונות עד להטמעת הכלל באיזון שנערך.

תורת ההחלטות משמשת אפוא כלי עזר חשוב בבחירת סוגו וכמותו של המידע אשר ראוי לדרוש לשם החלתו של כלל משפטי. כן היא משמשת בקביעת נטלי ההוכחה והראיה. למשל, כלל משפטי המבוסס על מידע חלקי היוצר הנחה משפטית ובצדו מתן אפשרות לנתבע להביא מידע נוסף שיסתור את ההנחה, עשוי להתאים למצב שבו המידע מצוי אצל הנתבע ואיסופו על ידיו אינו כרוך בעלויות ניכרות, לעומת עלות איסופו על ידי התובע שהיא גבוהה ומועדת לטעויות. כלל כזה מאפשר לנתבע להחליט אם להשקיע בהבאתו של מידע נוסף אם לאו, על פי היחס שבין עלות המידע לבין התועלת שהוא עשוי להפיק מהבאתו.¹⁵

נדגים. נניח ששתי חברות בעלות נתחי שוק גדולים הפועלות בשוק עם חסמי כניסה גבוהים שוקלות להתמזג. בהתבסס על תובנות כלכליות המעידות ברמה גבוהה של ודאות על פגיעה אפשרית של מיוזגים המקיימים את שני התנאים האמורים ברמת התחרות בשוק, הכלל המשפטי עשוי ליצור הנחה א־פריורית בדבר פגיעה של המיזוג ברווחה החברתית. בה בעת ניתוח כלכלי מורה שהנחה זו עלולה להיות מוטעית, והתבססות חזקה מדי על נתחי שוק עלולה למנוע מיוזגים שאינם פוגעים ברווחה החברתית ואף מקדמים אותה. אם המידע הנדרש לסתור הנחה זו מצוי בהישג ידן של החברות המבקשות להתמזג וזול יותר להשגה על ידיהן (למשל, כיוון שהמיזוג מקדם יעילויות בשל סינרגייה בין הצדדים), הכלל המשפטי הראוי עשוי להעביר את נטל ההוכחה אל החברות המתמזגות ולאפשר להן להביא בפני מקבל ההחלטות מידע המוכיח שהמיזוג יוצר יתרונות ניכרים שתרומתם לרווחה החברתית גדולה מעלות הפגיעה בתחרות.

לסיכום, בהחילה ניתוח כלכלי על הליך קבלת ההחלטות, תורת ההחלטות מאפשרת איזון בין העלות לתועלת הראליים שבהחלת כללים משפטיים חלופיים לשם עיצוב כללים יעילים יותר בהגשמת מטרת החוק.¹⁶ מתודולוגיה זו מאפשרת עיצוב כללים משפטיים ללא צורך בפנייה לאינטואיציה או לניחוש רנדומלי גם במצב שבו אין מידע מלא. על כן ראוי שתנחה את מעצב הכלל המשפטי, בין היתר בקביעתו מתי ראוי להכיל כלל פתוח

ROBERT O'DONOGHUE & JORGE ATILANO PADILLA, THE LAW AND ECONOMICS OF ARTICLE 13 13
82 EC 182 (2006).

חמי בן נון "הטיות קוגניטיביות והחלטות שיפוטיות – אינטואיציה וחשיבה סדורה במלאכתו של 14
השופט" **שערי משפט** ה' 177 (2009).

Beckner & Salop, לעיל ה"ש 4, בעמ' 46. 15

Carlton & Salinger, לעיל ה"ש 5. 16

(Standard) ומתי ראוי להחיל כלל סגור (Rule), מתי ראוי להחיל איסור מוחלט (per se) ומתי ראוי להחיל כלל של סבירות (Rule of Reason), אילו חזקות ראוי לקבוע בחוק, על מי מהצדדים ראוי להטיל את נטל ההוכחה, ואם בכלל יש הצדקה להחיל כלל משפטי בתנאים הנתונים. לא תמיד נותנת לנו תורת ההחלטות פתרון מוחלט, אולם בעזרת כלי הניתוח שהיא מעניקה עולה מודעותו של מעצב הכלל להשלכות של העדפת כלל כזה או אחר בעולם עם מידע חלקי או יקר. זאת ועוד: השימוש בתורת ההחלטות דורש, לצד טיעונים תאורטיים, גם גיבוי אמפירי או לפחות מתן משקלות יחסיים לטיעונים השונים המתחרים על הבכורה ושעשויים למשוך לכיוונים שונים. דרישה זו יש בה כדי להבהיר את התועלת שבהחלת כלל מסוים, כמו גם את המחיר הגלום בו.

לא למותר לציין שהניתוח שמציעה תורת ההחלטות מצדיק כללים מוכרים רבים. דוגמה בולטת עניינה שיעור נטל ההוכחה הנדרש במשפט. המשפט אינו דורש מידע מוחלט וחד-משמעי אלא הוא מסתפק ברמה נמוכה יותר של מידע. אפילו בהליך פלילי רמת ההוכחה הנדרשת היא מעל לכל ספק סביר ולא ודאות מוחלטת. הטעם לכך הוא שעלות הטעות באישום מוטעה בהליך פלילי שבו נדרשת רמת הוכחה מעל לכל ספק סביר נמוכה מעלות איסוף מידע מלא, וזאת בתוספת הפגיעה בציבור הנובעת מטעויות מסוג תחולת חסר הנובעת מדרישה של ודאות מוחלטת.

בטרם נפנה לניתוח דוגמאות ספציפיות לתחולת תורת ההחלטות, יש מקום להתייחס לביקורת המוטחת בה. הביקורת העיקרית מבוססת על הטענה שתורת ההחלטות מחילה ניתוח כלכלי של יעילות הכלל ואינה נותנת משקל גדול דיו לשיקולי צדק. התשובה לכך כפולה: ראשית, שיקולי עלות ותועלת אינם סותרים בהכרח שיקולי צדק. בדוגמה לעיל ראינו שכלל שאינו מחייב ודאות מוחלטת על מנת להרשיע אדם בפלילים ומשרת את הצדק החברתי המצרפי הגם שייטכן שאינו עושה צדק עם הנאשם הספציפי. שנית, תורת ההחלטות כוללת בתוכה שיקולי צדק דרך מחיר הטעויות של החלת כלל משפטי זה או אחר. למשל, אם בחברה מסוימת ניתן משקל רב לשמירה על חיי אדם, הרי משקל הטעות בחברה זו של כלל אשר אינו גורם הרתעה מספקת מפני פגיעה בחיי אדם יהיה גבוה. בדומה לזה, אין מניעה ששיקולים דאונטולוגיים, דוגמת צדק מחלק, ולא רק שיקולים תוצאתניים, יכולו אל תוך המשוואה בתלות בהעדפותיה הערכיות של החברה. בהקשר זה ראוי להדגיש שתורת ההחלטות אינה קובעת את הנורמות שחברה מעוניינת לקדם אלא היא מתבססת על העדפותיה הערכיות של החברה בזמן ובמקום נתונים ולוקחת אותן כפי שהן (as given). מיקודה הוא בכלים היעילים ביותר להגשמת העדפות ערכיות אלו. מובן שהקל ביותר הוא להחילה כאשר השיקולים השונים ניתנים לכימות. אולם אין מניעה להחילה גם כאשר ידועה רק ההעדפה היחסית של חברה מסוימת לערך אחד על פני משנהו. העדפה זו תבוא לידי ביטוי במשקל היחסי של הטעות בפגיעה בכל אחד מהערכים המצויים על כפות המאזניים.

ב. החזקות החלוטות לניצול לרעה

פרק ד לחוק ההגבלים העסקיים מסדיר את פעולותיו של בעל מונופולין. בעל מונופולין מוגדר כמי שמספק יותר ממחצית מכלל האספקה של מוצר או שירות מסוים או כמי שרוכש

יותר ממחצית ממוצר או שירות כאמור.¹⁷ הגדרה רחבה זו נועדה לתפוס בגדרה גם מצבים שבהם לגוף עסקי מעמד דומיננטי בשוק, אם כי לא בלעדי.

את השימוש בנתח שוק הגדול ממחצית על מנת לאתר חברות בעלות כוח שוק רב ניתן להסביר על סמך התאוריה הכלכלית בשילוב עם תורת ההחלטות. חזקת כוח שוק המתבססת על נתח שוק חוסכת את עלויות המידע המפורט הדרוש להוכחת כוח שוק בכל מקרה ומקרה לגופו, המחייב גם ניתוח של גובה חסמי הכניסה לשוק.¹⁸ ניתוח כלכלי מלמדנו שהסיכון לטעות מסוג תחולת יתר, כלומר התופסת לפי הגדרת המונופולין גם חברות שאין להן כוח שוק ניכר מקום שבו נתח השוק שלהן הוא רב, הוא קטן יחסית, במיוחד בכלכלות קטנות.¹⁹ זאת כיוון שחסמי הכניסה הגבוהים למרבית שוקיהן של כלכלות קטנות מקטינים את הסיכוי לכניסה קלה ומהירה של מתחרים כאשר המחיר עולה מעל לרמתו התחרותית.²⁰ זאת ועוד: עלות הטעות מתחולת יתר של הגדרת המונופולין מצטמצמת לאור העובדה שמונופולין, כשלעצמו, אינו אסור בחוק, אלא אסורות רק התנהגויות שהן ניצול לרעה של כוחו המונופוליסטי.²¹ לעומת זאת מחירן של טעויות מסוג תחולת חסר, הנובעות בין היתר מאי-החלת החוק בשל עלות הוכחה גבוהה, הוא גבוה: אם לא נתפוס בהגדרת המונופולין חברות המחזיקות, בסבירות גבוהה, כוח שוק ניכר, הרי שהחוק לא יוכל למנוע מחברות אלו להקים מכשלות מלאכותיות לתחרות. במיוחד בכלכלה קטנה, שבה קשה יותר להוריד מכיסאו מונופולין ברגע שהוא נוצר, עלות טעות זו היא גבוהה.²² בנוסף, חזקת נתח השוק, אשר קל להחילה יותר משקל להחיל ניתוח הכולל גם את גובה חסמי הכניסה לשוק, מקטינה את אי-הודאות של השחקנים בשוק בדבר מעמדם ואת עלות הטעויות הנובעות ממנה.²³

- 17 זוהי ההגדרה העיקרית של בעל מונופולין לפי הוראות ס' 26 לחוק ההגבלים העסקיים. בנוסף, קיימות כמה הגדרות משנה.
- 18 ודוק: אין רבותא בכך כי גם הכלל הקיים אינו קל להחלה, כיוון שהוא מחייב הגדרת השוק הרלוונטי, פעולה שפעמים רבות אינה פשוטה כלל ועיקר ואף מועדת לטעויות. ראו למשל מנחם פרלמן "הגדרת שווקים" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך ראשון 167 (מיכל שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, (2008). בה בעת הגדרה המתבססת על נתח השוק חוסכת את השלב הבא של הניתוח, המתמקד בגובה חסמי הכניסה לשוק לאחר שהוגדר.
- 19 בה בעת יש לדעתנו מקום להחיל בדין הישראלי איסור דומה לזה שחל בדין האמריקני על ניסיון למונופוליציה, ולפיו מקום שבו התנהגותה של חברה שעדיין איננה מונופולין מעלה חשש ממשי כי התנהגותה תקים חסמים מלאכותיים לתחרות, וכי אם התנהגות זו לא תימנע תיחנה החברה ממעמד מונופוליסטי שלא על סמך יעילותה היחסית, הרי יש לאסור התנהגות זו באבה. לפירוט וביסוס הטענה שלפיה בכלכלות קטנות הסיכון לתחולת יתר הוא קטן יחסית כיוון שנתח השוק לרוב הוא בעל קורלציה גבוהה לכוח השוק ראו MICHAL S. GAL, COMPETITION POLICY FOR SMALL MARKET ECONOMIES 102 (2003) (להלן: GAL, COMPETITION).
- 20 ראו לדוגמה O'DONOGHUE & PADILLA, לעיל ה"ש 13, בעמ' 109. הנחה זו מקבלת משנה תוקף בכלכלה קטנה: ראו GAL, COMPETITION, לעיל ה"ש 19.
- 21 ראו דיון להלן בפסקה העוקבת.
- 22 GAL, COMPETITION, לעיל ה"ש 19.
- 23 עם זאת בשל טעות אפשרית בניתוח הנסמך על נתח שוק בלבד, אנו סבורות שעל הכלל המשפטי לאפשר למי שעליו הוא מוחל להוכיח שבפועל אין לו כוח שוק, בהבאת מידע על גובה חסמי הכניסה לשוק בפועל. אכן, זהו הכלל הנוהג במרבית מדינות העולם, ובדרך זו ראוי שילך המחוקק הישראלי, תוך שינוי החוקה החלוטה של נתח השוק לחוקה הניתנת לסתירה. אולם על מנת למנוע השתת עלויות התדיינות

חוק ההגבלים העסקיים אינו אוסר על היות אדם בעל מונופולין ואינו אוסר על ניצול מעמד מונופוליסטי כשלעצמו.²⁴ גם כלל זה מבוסס על תובנות כלכליות. ניתוח כלכלי סטטי, המתמקד בנקודת זמן נתונה של השפעות בעל המונופולין, אמנם מצביע על פגיעה ברווחה חברתית בשל מחירים גבוהים וכמויות נמוכות. אולם ניתוח דינמי של השוק, המביא בחשבון גם השפעות ארוכות טווח על התנהגותם של בעל המונופולין ושל שחקנים אחרים בשוק, מעמיד תופעות אלו באור שונה. דווקא המחירים הגבוהים שבעל מונופולין יכול לגבות ומעמדו בשוק משחקים תפקיד קטליזטורי חשוב בהנעת גלגלי השוק: הם משמשים תמריץ לחברות להשקיע ביצירת יתרון תחרותי על פני מתחריהן על מנת שאם יצליחו בכך, יוכלו גם הן ליהנות מרווחים על-תחרותיים. המחיר המונופוליסטי משמש אפוא סוכרייה בקצה המקל של המשחק התחרותי, תמריץ להשקעות, לנטילת סיכונים ולהתייעלות – בין בדרך של ייעול הליכי ייצור קיימים בין בדרך של פיתוח הליכי ייצור ומוצרים חדשים וטובים יותר, שמהם ייהנו גם הצרכנים. המחיר הגבוה גם משמש איתות לחברות אחרות שרווחי להיכנס לשוק שבו פועל בעל המונופולין ולהתחרות בו על נתח מהרווחים הגבוהים.²⁵ לפיכך המונופולין נחזה כחלק חשוב ואינטגרלי מ"מחזור החיים" בשוק.²⁶ זאת ועוד: לעתים המונופולין מבוסס על יתרונות לגודל, המאפשרים ניצול יעיל יותר של המשאבים. המסקנה המתבקשת מתובנות כלכליות אלו היא שאין לאסור על קיומו של מונופולין כשלעצמו. נהפוך הוא: משהגיעה חברה למעמד זה בזכות, תוך ניצול יתרונה היחסי הלגיטימי על פני מתחרותיה (Competition on the Merit), אין להענישה על כך ויש לאפשר לה ליהנות (ולו חלקית) מפרות ניצחונה והשקעתה. אכן, גישה זו נוקטים חוקי ההגבלים העסקיים בכל העולם,²⁷ המבטאים גישה דינמית לתחרות שעל פיה תחרות אינה מטרה בפני עצמה כי אם אמצעי להגדלת הרווחה החברתית.

גבוהות על הצדדים ושימוש אסטרטגי בהליכי משפט, ראוי לשקול הליך דו-שלבי לסתירת החזקה: בשלב הראשון על בעל המונופולין להביא ראיות לכאורה המעידות שקיימת סבירות גבוהה שבמקרה הספציפי נתח השוק אינו מעיד על כוח השוק. רק אם יעמוד בעל המונופולין בתנאי זה, הוא יורשה לנסות ולהוכיח בפירוט את טענתו. לפירוט ראו מיכל (שיצר) גל, הילה נבו ומנחם פרלמן "הסדרת מונופולין" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך שני (צפוי להתפרסם ב-2015).

24 פרק ד לחוק ההגבלים העסקיים.

25 חברה השוקלת כניסה תחשב במחיר הצפוי לאחר כניסתה לשוק, אשר לרוב יהיה נמוך מהמחיר המונופוליסטי. לטעון זה ראו למשל Bruce Lyons, *The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse, in THE PROS AND CONS OF HIGH PRICES* 65 (Swedish Competition Authority ed., 2007); David Gilo & Ariel Ezrachi, *Excessive Pricing, Entry, Assessment, and Investment: Lessons from the Mittal Litigation*, 76 ANTITRUST L.J. 873 (2010); Ariel Ezrachi & David Gilo, *Are Excessive Prices Really Self-Correcting?* 5 J. COMPETITION L. & ECON. 249 (2009) (להלן: Ezrachi & Gilo). לטענת גילה ואזרחי, הורדת המחיר הצפויה בשל כניסתם של מתחרים תרטיע מתחרים מלהיכנס מלכתחילה. לביקורת על טעון זה ראו דיון להלן בתת-פרק ג.1.

26 תנאי מקדים לכך הוא אפשרות ראלית של כניסה או התרחבות של מתחרים בשוק. ככל שחסמי הכניסה לשוק – הן הטבעיים הן המלאכותיים (יצירי ממשלה או יצירי השוק) – גבוהים יותר, כך "מעגל החיים" בשוק יהיה יעיל פחות. בכלכלה קטנה חסמי הכניסה הטבעיים לחלק מהשוקים גבוהים מאלה שבכלכלה גדולה, ולכן יעילותו של מעגל החיים בשוק עשויה להיות קטנה יותר.

27 החוק אינו כולל איסור על היות חברה מונופולין. עם זאת סעיף 30 מאפשר לממונה להסדיר את פעולותיו של בעל מונופולין אם נפגעת התחרות או נפגע הציבור, בין היתר מעצם קיומו של בעל

בה בעת התאוריה הכלכלית מצביעה על כך שיש לאסור על בעל המונופולין לנצל לרעה את כוח השוק שלו בדרך של יצירת מכשלות מלאכותיות לתחרות, דהיינו מכשלות יצירות אדם שאינן מתחייבות מתנאיו הטבעיים של השוק. מטבע הדברים יבקש בעל המונופולין לשמר או לחזק את כוחו. שתי דרכים פתוחות בפניו: שמירה על יתרונו היחסי בדרך של השקעה במוצרים, בשירותים או בהליכי ייצור טובים מאלו של מתחריו, או הכשלת מתחרים מכניסה או מהתרחבות בשוק. לעומת הדרך הראשונה, המקדמת את הרווחה החברתית, הדרך השנייה פוגעת בה כיוון שהיא מונעת את הדינמיקה התחרותית בשוק אשר ממליכה מונופולים ומורידה אותם מכיסאם לפי יתרונותיהם יחסית למתחרים ויוצרת תמריצים להתייעלות בשוק. על כן על פי הניתוח הכלכלי יש לאסרה. בדרך זו הולך גם חוק ההגבלים העסקיים, האוסר על ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי.²⁸

האתגר הוא אפוא זיהוי אותם מקרים שבהם התנהגותו של בעל המונופולין חורגת מניצול לגיטימי של כוחו ופוגעת במתחרים ובצרכנים ללא יתרונות מאזנים. גיבוש מבחן זה אינו קל כלל ועיקר, והוא מקור לדיון מעמיק ורב שנים הן באקדמיה הן ברשויות התחרות בעולם.²⁹ זאת בין היתר כיוון שתוצאות ההתנהגות בשתי הדרכים המנויות לעיל דומות: הוצאת מתחרים מהשוק או צמצום כוחם בו. למשל, הורדת עלויות בעזרת פיתוח טכנולוגיית ייצור חדישה עלולה לפגוע במתחרים אשר אין להם גישה לטכנולוגיה דומה. אולם יתרונות אלה הם חלק חשוב מהמנגנון הדינמי של השוק ועל כן חיוני כי הם לא ייחשבו ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי.³⁰ בעייתיות ההבחנה מתחדדת גם לאור העובדה שלהתנהגויות זהות יכולות להיות השפעות שונות על הרווחה החברתית, תלוי בנסיבות הספציפיות.³¹ בה בעת קיימת הסכמה בסיסית בנוגע לפגיעתם הכלכלית של סוגים מסוימים של התנהגויות שאותן בעל המונופולין יכול לנקוט.

ההוראה המרכזית המבקשת לערוך את ההבחנה האמורה היא הוראת סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים. האיסור המשפטי כולל שני נדבכים: הראשון כולל איסור כללי על ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי בשוק בדרך שעלולה להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור. בצד האיסור הכללי מונה החוק ארבע דוגמאות להתנהגויות שהן ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. חזקות אלו פורשו בפסיקה כחזקות חלוטות,³² אשר ברגע שהוכחו

המונופולין. בנוסף, לפי הוראות סעיף 31, בית הדין מוסמך לפרק את המונופולין אם ראה כי קיימת פגיעה ניכרת בציבור ואי אפשר למנוע פגיעה זו אלא רק בהפרדת המונופולין לשני תאגידים נפרדים. בדומה, דיני ההגבלים העסקיים בכל העולם אינם אוסרים על קיום מונופולין, כשלעצמו.

28 ס' 29א לחוק ההגבלים העסקיים.

29 JORDI GUAL ET AL., ECON. ADVISORY GRP. ON COMPETITION POLICY, AN ECONOMIC APPROACH TO ARTICLE 82 (2005); Einer Elhauge, *Defining Better Monopolization Standards*, 56 STAN. L. REV. 253 (2003).

30 חריג קיים במקרה של מוצר חיוני לתחרות. ראו למשל ת' מונופול 1/93 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' דובק (לא פורסם, 17.1.1995).

31 מכירת מוצרים בפחות מעלותם עשויה להיות פרקטיקה לגיטימית כאשר מדובר במוצר חדש, אך גם לעלות לכדי ניצול מעמד לרעה בהתקיים נסיבות שונות, לרבות הורדת מחיר זמנית שמטרתה למנף את כוחו של בעל המונופולין בשווקים משניים.

32 ה"ע (מחוזי י-ם) 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פ"מ התשנ"ט (2) 529, פס' 56 לפסק הדין (1999). אך ראו ה"ע (מחוזי י-ם) 3574/00 הפרציה הישראלית לתקליטים וקלטות

היסודות העובדתיים שבבסיסן הפגיעה ברווחה החברתית מוסקת מאליה. חזקות אלו כוללות, בין היתר, קביעת מחיר לא הוגן ואפליה שעשויה "להעניק ללקוחות או לספקים מסוימים יתרון בלתי הוגן כלפי המתחרים בהם".³³

ג. החזקות החלוטות לניצול לרעה לאור תורת החלטות והניתוח הכלכלי – כללי

מטרתו של פרק זה היא לבחון את ההצדקה להחלת החזקות החלוטות לניצול לרעה של כוח מונופוליסטי לאור תורת החלטות. חזקה חלוטה יוצרת מסקנה משפטית מחייבת ללא יכולת לסתור אותה. תרגומה לעולם המעשה הוא מתן פטור מחובת ההוכחה של יסוד עובדתי מסוים. במונחי תורת החלטות, חזקה חלוטה מקטינה את העלות הכרוכה בהשגת המידע הדרוש לקבלת החלטה. כך למשל במסגרת החזקות לניצול לרעה יש להוכיח כי יסודותיה העובדתיים של החזקה התקיימו, אך אין צורך להוכיח כי ההתנהגות פגעה בתחרות בעסקים או ברווחה החברתית, ופגיעה זו מוסקת והופכת למסקנה משפטית מחייבת. מתי יש הצדקה להחיל חזקה חלוטה? מבחינה כלכלית יש מקום להחילה כאשר המחיר של אי-החלטה, דהיינו מחיר הוכחת פגיעה ברווחה החברתית בכל מקרה לגופו (לרבות חוסר הוודאות שיוצר סטנדרט משפטי עמום או קשה ליישום), עולה על מחיר הטעויות שהיא יוצרת.

לפיכך מקום שבו ניתוח כלכלי מלמדנו שהוודאות שפעולה כלשהי תפגע ברווחת הציבור היא מוחלטת, קיומה של חזקה חלוטה יחסוך את המשאבים הכרוכים באיסופו ובניתוחו של המידע הדרוש להוכחת הפגיעה בתחרות בכל מקרה לגופו, מסקנה אשר ממילא נגיע אליה גם אם נשקיע משאבים כאמור. כך למשל אין הצדקה לערוך ניתוח כלכלי של פגיעה בתחרות, בכל פעם מחדש, על מנת לעמוד על טיבם והשפעתם של קרטלים בין מתחרים שעניינם היחיד הוא תיאום מחירים במכרז. תוצאתם המסתברת של קרטלים אלו היא קביעת מחירים גבוהים לצרכן ופגיעה בתחרות וברווחה החברתית.

אולם לא רק תוצאה ברורה וחד-משמעית של פגיעה ברווחה החברתית תצדיק את תחולתן של חזקות חלוטות. מבחינה כלכלית ניתן להצדיקן גם מקום שבו החזקה עלולה לתפוס בגדרה גם מקרים שבהם אין פגיעה כאמור כל עוד חסכון העלויות הנובע מייחור הצורך להוכיח פגיעה בכל מקרה ומקרה בצירוף היתרונות הנובעים מהקטנת טעויות של תחולת חסר עולה (בהרבה) על עלות הטעות מתחולת יתר.³⁴

בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (פורסם בנבו, 29.4.2004) (להלן: עניין הפדרציה הישראלית); שגיא וונג, לעיל ה"ש 6.

33 ס' 29א(ב)(1) ו-29א(ב)(3) לחוק ההגבלים עסקיים.

34 ביקורת אפשרית מתבססת על ההצדקה הערכית לתחולת איסור משפטי: איסור משפטי – בעיקר כאשר עסקינן באיסור פלילי – אסור שיחול על מקרים שאינם נוגדים את מטרת החוק שהיא מקסום הרווחה החברתית. טענת נגד אפשרית קובעת שאין לבחון את השפעת הכלל המשפטי על הרווחה החברתית בכל מקרה לגופו, אלא יש לבחון אם הכלל המשפטי משרת את מטרת החוק באופן שתחולת החזקה החלוטה גם על אותם מקרים חריגים אשר אינם פוגעים ברווחת הציבור משרתת את רווחת הציבור במנעה טעויות רבות ובעלות משקל מסוג תחולת חסר. שיעור נטל ההוכחה במשפט פלילי (שאינו מוחלט) מדיגים טובנה

החזקות הן אפוא נייר הלקמוס של התנהגות לא תחרותית: הן יוצרות ודאות הן לבתי המשפט הן לקהילה העסקית. מכאן שיש חשיבות קרדינלית להגבלת תחולתן רק לאותן קטגוריות של מקרים שבהם יש הצדקה כלכלית להחילן, בעיקר כשהסתברות לפגיעה מההתנהגות הנופלת בגדרן היא גבוהה ביותר.³⁵

הצורך לבחון את מוחלטותן של החזקות והיקפן הראוי מתחזק גם בשל העובדות האלה: ראשית, הסנקציות הצומחות מהפרת האיסור לניצול לרעה של כוח מונופוליסטי הן כבדות ביותר. קיום יסודות החזקה עלול להוות בסיס לתביעה נזיקית על הנזק שנגרם (לרבות תביעה ייצוגית),³⁶ לתביעה חוזית לבטלות חוזה בשל אי-חוקיותו³⁷ או לעיצום כספי גבוה.³⁸ בנוסף, הפרת החזקה עלולה להביא לגיבושה של עבירה פלילית משהוכחה כוונתו של בעל המונופולין להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור.³⁹ לעניין הכוונה לפגוע בתחרות נראה לנו שיש להבחין בין פעולות במסגרת המשחק התחרותי, שמטרתן העיקרית היא שיפור טכנולוגי או שיווקי, המעניקות יתרון לשחקן מסוים ופוגעות במתחרים כתוצאה לוואי, לבין פעולות אשר כל מטרתן היא לפגוע בעצם קיומו של ההליך התחרותי בשוק בלא השתתפות לגיטימית בו. פעולה מהסוג השני תמלא את מבחן הכוונה לפגוע בתחרות, ואילו הראשונה לא תמלאו. התנאי של הכוונה לפגוע בציבור מורכב יותר ויידון להלן. שנית, האיסור חל בדיעבד על פעולותיו של בעל המונופולין, בשונה מהסדרה מראש הקובעת לבעל המונופולין מהם הגבולות המותרים להתנהגותו בטרם מעשה. שלישיית, אין אפשרות מובנית לקבל הכשרה מראש של ההתנהגות, ולכן בעל המונופולין יוכל לוודא שאכן פעולתו לא תיחשב ניצול לרעה, להבדיל ממיזם משותף או מיזוג.⁴⁰ משקלם המצטבר של מאפיינים אלו של החזקות לניצול לרעה מעלה את מחיר הטעויות הנובעות מתחולת יתר של האיסור. התוצאה עלולה להיות "אפקט צינור" של התנהגויות עם יתרונות לטובת הציבור בשל הרתעת יתר.⁴¹ לפיכך מתגבר הצורך לקבוע כללים ברורים המאפשרים לחברות בשוק לשקלל את כדאיות פעולותיהן מראש.

בה בעת למרות מוחלטותן הלכאורית של החזקות, הן כוללות מושגי שסתום. לכן למעשה הן אינן יוצרות ודאות רבה באשר למקרים העובדתיים הנכנסים בגדרן. יתרה מזאת, מרבית מונחי השסתום מתייחסים למונח שאינו כלכלי גרידא, קרי מונח ההוגנות (דוגמת "מחיר לא הוגן", "פעילות תחרותית הוגנת"), הנעדר הגדרה ברורה וחד-משמעית ומגביר את חוסר הוודאות. עם זאת מונחי שסתום אלו מאפשרים לבתי המשפט לפתח את הדין באופן שהוא יתאם את מטרת החוק ואת תורת ההחלטות תוך יצירת ודאות בטווח הארוך

35 זו. לפיכך הצעתנו דורשת שחזקה חלוטה תחול רק כשיתרונויה עולים באופן ניכר על חסרונותיה, אף שמבחינה כלכלית גרידא גם חיסכון קטן יש בו כדי להצדיק את תחולתה.
 36 מיכל (שיצר) גל "מהו 'הסדר' ? קו הגבול בין תיאום לבין התאמה בחוק ההגבלים העסקיים" עיוני משפט כט 591 (2006); ת"פ (מחוזי ים) 385/98 מדינת ישראל נ' חברת טגר בע"מ (פורסם בנבו, 10.2.2005).
 37 ס' 50 לחוק ההגבלים העסקיים.
 38 ס' 47 לחוק ההגבלים העסקיים; ס' 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.
 39 ס' 47(א)(4) לחוק ההגבלים העסקיים.
 40 ס' 9 לחוק ההגבלים העסקיים. ס' 43 לחוק מאפשר לממונה לתת חוות דעת מקדמית, לפי שיקול דעתו. שגיא וונג, לעיל ה"ש 6.
 41

והפיכת המוחלטות הטכנית למוחלטות מהותית. תוכנות אלו ישמשו בנייתו להלן, המדגים את תחולת הניתוח על חזקת הניצול לרעה של כוח מונופוליסטי בדרך של קביעת מחירים בלתי הוגנים.

ד. החלת הניתוח על ניצול לרעה בדרך של קביעת מחירים "בלתי הוגנים"

החזקה הראשונה הקבועה בסעיף 29א(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, האוסרת על "קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים", היא אחד האיסורים הבעייתיים ביותר לפרשנות ולהחלה בדיני ההגבלים. המשען הלשוני היחיד של חזקה זו הוא שיקולי הוגנות, אשר כאמור אינם יוצרים ודאות באשר להיקפה. זאת ועוד: מבחינה לשונית וערכית קיימות שתי אפשרויות לפרש את החזקה. האפשרות הראשונה היא כי החזקה אוסרת רק על מחיר נמוך בלתי הוגן או על הצרת רווחים (Margin Squeeze). האפשרות השנייה היא לפרש את החזקה באופן שתחול גם על מחירים גבוהים בלתי הוגנים.⁴² כיוון שבכל מקרה אין לנו "קבוצה ריקה" בחוק, פרשנות לשונית גרידא לא תובילנו למסקנה פרשנית חד-משמעית. על כן יש לבחון את שאלת קיומה של עילת מחיר גבוה בלתי הוגן לפי פרשנות תכליתית. פרק זה בוחן סוגיות אלו לפי הניתוח הכלכלי ותורת ההחלטות.

1. מחיר נמוך בלתי הוגן: תמחור טורפני

הטקטיקה העסקית של תמחור טורפני היא דו־שלבית: בשלב הראשון קובע בעל המונופולין מחיר נמוך כדי לגרום ליציאתו של מתחרה מהשוק או כדי למנוע את כניסתו או התרחבותו של מתחרה. בשלב השני, לאחר שמושגת מטרה זו, מעלה בעל המונופולין את מחיריו. אסטרטגיה זו רציונלית מנקודת מבטו של בעל המונופולין אם הפסדיו מהשלב הראשון, שלב הטרף, מכוסים בהכנסות העודפות בשלב השני, שלב כיסוי ההפסדים. במילים אחרות, מחירים טורפניים מאופיינים בהפסדים של בעל המונופולין בטווח הקצר לטובת גידול ברווחיו בטווח הארוך, הנובע מהעלייה בכוח השוק שלו או בשמירתו עליו.⁴³

עילת המחיר הטורפני טרם זכתה לליבון מעמיק בדין הישראלי – לא בפסיקה או בהחלטות הממונה ולא בכתיבה האקדמית.⁴⁴ למשל, טרם נקבע מהו המחיר אשר מתחתיו

42 מבחינה תאורטית קיימת אפשרות שלישית, ולפיה הסעיף אוסר רק על מחירים גבוהים לא הוגנים. למיטב ידיעתנו אין לאפשרות זו תומכים.

43 ראו למשל Janusz Ordover & Robert Willig, *An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation*, 91 YALE L.J. 8, 9 (1981); Org. Econ. Co-operation & Dev., *Predatory Foreclosure*, DAF/COMP(2005)14 (2005) (להלן: OECD, *Predatory*).

44 קיימות כמה החלטות שבהן עלתה הסוגיה לדיון בסיסי. כך למשל בהכרזה בעניין מפעלי פלדה מאוחדים בע"מ (מפ"מ) (ראו הכרזה בדבר קיום מונופולין, י"פ התשנ"ז 52), נטען כי מפ"מ שיווקה ברזל מצולע ורשתות פלדה במחירי הפסד לקבלנים וצרכנים סופיים כדי לבסס את שליטתה בענף; בעניין גיבור סבריינה (ת"פ (מחוזי ת"א) 4783/93 מדינת ישראל נ' גיבור סבריינה מפעלי טקסטיל בע"מ (פורסם בנבו, 15.2.1996)) דחה בית המשפט את הטענה כי התנהגותו של קמעונאי אשר מכר את מוצרי החברה מתחת

ייחשב המחיר הנמוך ל"בלתי הוגן", ומה יהיו התנאים שיידרשו להוכחת העילה: האם רק תמחור מתחת לעלויות בעל המונופולין ייחשב טורפני, או שמא גם תמחור מעל לעלויותיו שלו אך מתחת לעלויות מתחריו. האם תידרש הוכחה להצלחת האסטרטגיה הדורשלבית כחלק מהעילה, דהיינו כי בעל המונופולין אכן יכסה בשלב השני את הפסדיו? לשון הסעיף האוסרת על "קביעת מחיר בלתי הוגן", רחבה דייה לכלול פרשנויות שונות. על מנת ליצוק תוכן לחוקה יש להידרש לתובנות הכלכליות בדבר סיכוייה ומידתה של הפגיעה ברווחה החברתית בשל אסטרטגיות תמחור שונות של בעל מונופולין, בשילוב עם תורת ההחלטות. מטרתנו כאן אינה לנתח את כל מרכיבי האיסור או את ההצדקות להחלתו אלא להדגים בעזרת חלק מהסוגיות העולות בגדרו את תחולתה של תורת ההחלטות.⁴⁵

על פי התאוריה הכלכלית, תמחור טורפני עלול לפגוע בתחרות וברווחה החברתית. הפגיעה האפשרית נובעת מתוצאתה המדירה של ההתנהגות: הוצאתם או מניעת התרחבותם של מתחרי המונופולין, אשר אחרת היו מפעילים עליו לחץ תחרותי שהיה יכול להוביל להורדת מחירים ולהתייעלות ובכך להגדיל את הרווחה החברתית. מתחרים אלה עלולים לצאת מהשוק אם אין להם כיס עמוק כמו לבעל המונופולין המאפשר להם לספוג הפסדים בתקופת הטרף או משום שהם מפרשים את המחיר הנמוך כאיתות ליתרונו היחסי של בעל המונופולין. הפגיעה היא רבה ביותר כאשר התמחור הטורפני מוציא אל מחוץ לשוק מתחרים היעילים לפחות כמו בעל המונופולין או מונע את התרחבותם, שכן במקרים אלו תוצאתו של התמחור הטורפני היא הגדלת כוח השוק של בעל המונופולין או שמירה עליו ללא הצדקה תחרותית וללא יתרונות מאזנים לרווחת הציבור.⁴⁶ על כן במקרים אלו עלות תחולת חסר של כלל משפטי עשויה להיות גבוהה.

בה בעת התאוריה הכלכלית מלמדת גם שלא בכל מקרה תיפגע הרווחה החברתית. כאשר לבעל המונופולין אין יכולת לכסות את הפסדיו בתום מלחמת המחירים כיוון שמתחריו יוכלו להיכנס לשוק בקלות יחסית לאחר שיעלה את מחיריו, הרי רווחת הציבור גדלה בשלב הטרף בשל המחיר הנמוך ואינה נפגעת בשלב כיסוי ההפסדים. בנוסף, הניתוח הכלכלי מלמד שיש מקרים שבהם תמחור מתחת לעלויות אינו אנטי-תחרותי למרות כוח השוק של בעל המונופולין. מקרים אלה כוללים לדוגמה השקת מוצר חדש⁴⁷ או היפטרות ממלאי של מוצרים שעד מהרה יהא אי אפשר למכרם (למשל בשל שינוי ידוע של תקנות הרישוי או תאריך תפוגה קרוב). כן מלמדנו הניתוח הכלכלי שעלות טעויות מסוג תחולת

למחירי המחירון עלתה כדי טורפנות, ואילו בעניין אמנה (ערר (מחוזי י-ם) 9/99 אמנה (תש"י) חברה להחסנה וערובה בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (פורסם בנבו, 21.2.2002)), נידון החשש כי החברה הממוזגת תוריד את מחירי האחסון לרמה הנמוכה מעלותם; וראו גם רשות הגבלים העסקיים "עמדת הממונה על הגבלים העסקיים בעניין הסדרי סחר בין ספקים ורשות קמעונאיות" (5.1.2005), www.antitrust.gov.il/files/5790/5000007.pdf, שם נקבע כי פרקטיקת "מוביל ההפסד" (Loss Leading) היא לגיטימית ולא תיחשב לרוב כטורפנית. כן ראו מאיר חת "גישות שונות לסוגיית התמחור הטורפני" המשפט יג 19 (2008).

45 להרחבה בעילה זו ראו גל, נבו ופרלמן, לעיל ה"ש 23.

46 Ordovery & Willig, לעיל ה"ש 43; OECD, Predatory, לעיל ה"ש 43.

47 אם עסקינן במוצר שיש לו שוק נפרד, אפשר שלבעל המונופולין יהיה בו נתח שוק ניכר, גם אם מספרם האבסולוטי של הצרכנים בשוק זה הוא עדיין קטן.

יתר עלולה להיות גבוהה גם כיוון שאיסור רחב מדי עלול לפגוע בתמריצים הדוחפים חברות להתחרות מלכתחילה ולהוריד מחירים, פגיעה העלולה להזיק לתחרות, לחדשנות ולרווחת הצרכנים בטווח הארוך.⁴⁸

תורת ההחלטות משתמשת בתובנות כלכליות אלו על מנת לעצב את הכלל המשפטי הראוי. למשל, תמחור מתחת לעלויותיו המשתנות של בעל מונופולין אשר אינו נשען על יתרונותיו היחסיים כיוון שאינו מאפשר לבעל המונופולין אפילו לכסות את אותן עלויות שאותן היה יכול לחסוך בקלות יחסית, יוצר רמה גבוהה של ודאות לפגיעה בתחרות וברווחה החברתית. ודאות זו מקטינה את הסיכוי של טעויות מסוג תחולת יתר.⁴⁹ סיכוי נמוך זה לטעות, בצירוף החיסכון בעלות איסוף המידע הנדרש להוכחת הפגיעה בכל מקרה ומקרה, יוצרים הצדקה ראשונית ליצירת חזקה לפגיעה ברווחה החברתית כשהמונופולין נוקט בתמחור מתחת לעלויותיו המשתנות.⁵⁰

ההכרעה אם החזקה צריכה להיות חלוטה מבוססת על השאלה אם די במידע שבעל המונופולין מתמחר מתחת לעלויותיו כדי ללמד על פגיעה ברווחה החברתית. כפי שפורט לעיל, התשובה לכך היא בשלילה: לפי התאוריה הכלכלית אם חסמי הכניסה לשוק אינם גבוהים, לא יוכל בעל המונופולין לכסות את הפסדיו בשלב כיסוי ההפסדים, ורווחת הציבור תגדל בשתי התקופות.⁵¹ אולם גם קיומה של אפשרות זו לא תובילנו בהכרח לביטול החזקה החלוטה. הכלל המשפטי האופטימלי לפי תורת ההחלטות צריך להתבסס על תדירותם של המקרים שבהם תמחור מתחת לעלויות לא יפגע ברווחה החברתית, בעלות תחולת יתר של החזקה על מקרים אלו ובעלות המידע שנדרש להוכיחם.

מחירן הגבוה של טעויות מסוג תחולת יתר, בשילוב עם ההנחה שלרוב תמחור טורפני אינו צולח ולכן מחיר טעויות מסוג תחולת חסר הוא קטן, הובילו בארצות הברית לאימוץ כלל המחייב את התובע להוכיח שבעת התמחור מתחת לעלויות היה סביר להניח שבעל המונופולין יוכל להשיב את הפסדיו מהתמחור הטורפני בעת שלב כיסוי ההפסדים (Recoupment) בשל קיום חסמי כניסה גבוהים לשוק.⁵² כאמור, החלת כלל זה מוצדקת לפי

48 Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp., 724 F.2d 227, 235–236 (1st Cir. 1983). עלות הטעות מושפעת גם מהסתברות התמחור הטורפני. בשאלה זו קיים ויכוח אקדמי רב שנים אשר אין זה המקום להתעמק בו.

49 ודוק: גם הוכחה שהמחיר נמוך מעלות הייצור אינה תמיד קלה ועלולה לגרום טעויות. עם זאת אם רמת המחיר הנדרשת על מנת להוכיח תמחור טורפני נמוכה מעלויות הייצור הכוללות, החשש לטעות פוחת. בנוסף, כל שנדרש הוא להוכיח שהמחיר הוא מתחת לרמת עלות הייצור שנבחרה ולא עד כמה הוא יורד מתחת לעלות זו, עובדה המפחיתה את הסיכון לטעויות.

50 להרחבה ראו גל, נבו ופרלמן, לעיל ה"ש 23.

51 ניתוח זה נעשה לפי ההנחה שמטרתו הבלעדית של בעל המונופולין היא למקסם את רווחיו הכלכליים בשוק שבו נערך התמחור הטורפני. מקום שבו שיקולים אחרים משפיעים על התנהגות בעל המונופולין, ניתוח זה נופל. לדוגמה, כאשר בעל המונופולין מתמחר עיתון בבעלותו כדי להגדיל את השפעתו על דעת הקהל ולא כדי להגדיל את רווחיו בשוק העיתונים.

52 Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993); Kenneth G. Elzinga & David E. Mills, *Testing for Predation: Is Recoupment Feasible?* 34 ANTITRUST BULL. 869 (1989); Org. Econ. Co-operation & Dev., *Competition Law and Policy in Israel 2011*, 3 (2011): "The Tribunal has observed that predation constitutes a violation and that

תורת ההחלטות אם עלות איסוף וניתוח המידע הנוסף לא תהא גדולה מעלות הטעויות שתיווצרנה בהיעדר תנאי כאמור.

בטרם נאמץ תנאי זה אל תוך הדין הישראלי, יש לבחון אם ההנחות שעליהן מבוסס הכלל האמריקני ישימות גם בישראל, ובראשן ההנחה שתמחור טורפני לרוב איננו אסטרטגיה רווחית. כמה גורמים מבחינים בין השווקים. ראשית, ישראל היא כלכלה קטנה המאופיינת בשוק קטן וריכוזי המורכב משחקנים חוזרים בשווקים רבים. בשוק מסוג זה תמחור אגרסיבי של בעל מונופולין יוצר בשבילו החצנות חיוביות בשווקים נוספים שבהם הוא פועל למען יראו וייראו מתחריו, ועל כן מגדיל את הכדאיות של תמחור טורפני גם כשבשוק הספציפי אין השבה מלאה של הפסדיו. שנית, בכלכלה קטנה גובה חסמי הכניסה למרבית השווקים גבוה בהרבה מגובה חסמי הכניסה בכלכלה גדולה, דוגמת ארצות הברית, שבה יש מקום לשחקנים רבים במרבית השווקים. בעקבות זאת החשש לנקיטת תמחור טורפני אשר יפגע ברווחה החברתית גדול יותר בכלכלה קטנה.⁵³ במונחי תורת ההחלטות מחיר הטעות מתחולת חסר כמו גם הסיכוי לטעות הנובעת מתחולת יתר של כלל המבוסס על עלויות בעל המונופולין נמוך יותר בכלכלה קטנה. נוסף על זה העובדה שבעינינו החשש מתחולת יתר בשל אי-יכולת השבה בשלב כיסוי ההפסדים אינו גדול מלכתחילה, כיוון שניתן להניח שבעל מונופולין שקל היטב את תנאי השוק ואת יכולתו להעלות מחירים בטרם נקט תמחור הגורם לו להפסדים. לפיכך הטלת הנטל להוכיח בכל מקרה ומקרה שהשבת משאבים היא אפשרית על מי שטוען לתמחור טורפני, תיצור עלות מידע גבוהה ותגדיל את עלות תחולת החסר אשר כאמור גבוהה יותר בכלכלה קטנה, וככל הנראה לא תצדיק את מניעת טעות תחולת היתר. עם זאת על מנת שלא לסכל את הגדלת הרווחה החברתית באותם מקרים שבהם בעל המונופולין נקט תמחור טורפני אף שהשבה אינה אפשרית, יש לשקול את העברת נטל ההוכחה לבעל המונופולין, להראות שלפי תנאי השוק השבה אינה אפשרית. העברת נטל זו תקטין את עלויות המידע כיוון שלא תחייב הבאתו בכל מקרה ומקרה, ועל כן תקטין גם את עלות תחולת החסר. לאור הניתוח שערכנו לעיל יש לדעתנו לשקול כלל אשר יאפשר בחינת ההשבה גם בשווקים נוספים שבהם פועל בעל המונופולין. ניתוח דומה לאור תורת ההחלטות אולי יצדיק גם כלל שיאפשר לבעל המונופולין להביא מידע נוסף ולהוכיח שאין קיימת כוונה אנטי-תחרותית לתמחור, דוגמת מצב שבו בעל המונופולין נפטר ממלאי שעוד מעט יהא אי אפשר למכרו כלל. בה בעת כיוון שפתיחת פתח זה כרוכה לא רק בעלות הבאת המידע על ידי בעל המונופולין אלא גם בניתוחו בידי הצדדים האחרים לתביעה וכן בבית המשפט או ברשות האכיפה, יש לשקול קביעת הליך דו-שלבי: בשלב הראשון יידרש בעל המונופולין להציג ראיות לכאורה לביסוס הגנתו – לדוגמה קיום חסמי כניסה נמוכים מאוד בשוק או שינוי טכנולוגי בעל משקל שעומד להתרחש בו – ורק אם יעמוד בעל המונופולין במשימתו זו יישמעו כך הראיות בנדון. בנוסף, החשש לטעויות מסוג תחולת יתר אשר עלולות לגרום לצינון התמריץ

proof of such a violation requires a demonstration that post-predation recoupment by the defendant would be possible" (OECD, *Competition Law*: להלן: GAL, COMPETITION 53, לעיל ה"ש 19).

להורדת מחירים צריך להשפיע גם על רמת המחיר שמתחתיו תקום הנחה שהמחיר הוא טורפני, כמפורט להלן.

לתורת ההחלטות ולניתוח הכלכלי תפקיד מכריע גם בעיצוב מבחן העלות המשמש לזיהוי תמחור טורפני. למשל, במקרה של תמחור מתחת לעלויות המשתנות הממוצעות של בעל המונופולין (AVC), בעל המונופולין אפילו אינו מכסה את העלויות שאותן היה יכול לחסוך בצמצום מידי של פעילותו, ועל כן ההצדקה הפרו־תחרותית לפעולה תהא נדירה. כלל המניח פגיעה ברווחה החברתית בכל מקרה של תמחור כאמור הוא בעל עלות החלה נמוכה יחסית ומקטין טעויות מסוג תחולת יתר. ראשית, הכלל תופס בגדרו את מצבי הקיצון, שבהם ברור כי בעל המונופולין מפסיד על מכירתו אף שהיה יכול להקטין את הפגיעה. שנית, הכלל מאפשר לבעל המונופולין לדעת, ברמת ודאות גבוהה וללא עלות גבוהה, אם הפר אותו, כיוון שהוא נדרש רק לחישוב עלויות המשתנות, ועל כן אין חשש לפגיעה גדולה בדינמיקה של השוק ובתמריץ להשקיע ביצירת יתרון יחסי על מנת לרכוש מעמד מונופוליסטי. הכלל פשוט יחסית להחלה גם לאוכף, כיוון שהוא בודק רק חלק מעלויותיו של בעל המונופולין וכן אינו מחייב בחינת עלויות מתחריו של בעל המונופולין. על כן לפי תורת ההחלטות, יש הצדקה להחיל חזקה (ניתנת לסתירה) לפגיעה בתחרות על תמחור כאמור. אכן, זו הגישה המקובלת בארצות הברית ובאירופה. גם רשות ההגבלים הישראלית הודיעה כי תמחור כאמור ייחשב תמחור טורפני.⁵⁴ עם זאת ייתכן שתורת ההחלטות תצדיק גם החלתו של כלל מרחיב יותר של עלויות, במקרים המתאימים. שאלה זו חורגת מגדר ניתוח ראשוני זה.⁵⁵

תורת ההחלטות תקבע גם היכן יש לקבוע "נמלים בטוחים" (Safe Harbors) או "קרנות מזבח" לפעולות של בעל המונופולין כדי שלא יכנסו לגדר החזקה.⁵⁶ גם אם קביעת מחיר סף מסוים כאבן בוחן לטורפנות לא תתפוס בגדרה את כל המקרים שבהם נפגעת הרווחה החברתית, הרי כלל כזה יכול שיהא מוצדק לאור העובדה שבמרבית המקרים הוא יקטין את עלות המידע ואת עלות הטעויות של תחולת יתר ועם זאת לא יגדיל הרבה את עלויות תחולת החסר.⁵⁷

54 Unilateral Conduct Working Grp., *Int'l Competition Network, Report on Predatory Pricing* (2008); Unilateral Conduct Working Grp., *Int'l Competition Network, Report on Predatory Pricing 2* (2007)

55 הדיון על נפקותם המשפטית של מבחני עלויות נוספים מתמקד, בעיקר, במחיר הגבוה מהעלות השולית הממוצעת אך נמוך מהעלות הכוללת הממוצעת (Average Total Cost). כאשר חברה מתמחרת מתחת לסף זה, היא אמנם מכסה את עלויותיה המשתנות אך לא את כל עלויותיה הקבועות. לכן היא עשויה להמשיך ולפעול בטווח הקצר, אך שימורו של המחיר מתחת לסף זה לתקופה ארוכה יכול לגרום לה נזק פיננסי רב. מדרד עלות נוסף הצובר תאוצה בשנים האחרונות בכתיבה האקדמית הוא מבחן עלות האפשרות האלטרנטיבית הממוצעת (Average Avoidable Cost), שהיא גרסה שונה מעט למבחן ה-AVC בשווקים המתאפיינים בעלויות קבועות גבוהות. להרחבה ראו גל, נבו ופרלמן, לעיל ה"ש 23.

56 אין בכך כמובן כדי למנוע את הבחינה אם פעולות אלו נכנסות בגדר האיסור הכללי על ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי המנוי בס' 29א(א) לחוק ההגבלים.

57 אכן, בית המשפט האמריקני החיל לוגיקה זו על החלטתו שלא לאסור על מחיר הגבוה מעלויות הייצור של בעל המונופולין הגם שהוא פגע בתחרות וברווחה החברתית במקרה הספציפי. ראו עניין *Barry Wright Corp.*, לעיל ה"ש 48.

נדגים: מחיר הגבוה מעלויות הייצור של בעל המונופולין עלול, במקרים מסוימים, לפגוע בתחרות וברווחה החברתית כיוון שמחיר כאמור אמנם מוציא מהשוק רק מתחרים שבעת התמחור הטורפני אינם יעילים כמו בעל המונופולין (שאם לא כן גם הם היו מכסים את עלויותיהם ברמת המחיר האמורה והיו נשארים בשוק), אולם אילו נשארו בשוק היו הופכים להיות יעילים לפחות כמו בעל המונופולין ויוצרים לחץ תחרותי עליו להפחית רמת מחיריו.⁵⁸ אולם החלת כלל כאמור היא יקרה. היא מחייבת בחינה עובדתית וכלכלית של יכולת המתחרה הפוטנציאלי להיות בעתיד יעיל לפחות כמו בעל המונופולין. בשל מחירה הגבוה של בחינה עובדתית זו, כמו גם חוסר ודאותה, היא יוצרת טעויות רבות, כיוון שהיא מטילה על בעל המונופולין, כמו גם על אוכף החוק, לחזות במדויק אם מתחרים פוטנציאליים יכולים להפוך ליעילים כמו המונופול בלא שיתרונותיהם היחסיים יהיו גלויים וקלים לכימות.⁵⁹ על כן מחיר טעות תחולת יתר הנובע מחוסר ודאות כאמור עלול להיות גבוה. זאת ועוד: על פני הדברים לא ברור אם הפגיעה ברווחה החברתית ממניעת מחיר נמוך לצרכנים בטווח הקצר תהא קטנה מהפגיעה החברתית מהקטנת יכולת המונופולין להגיב לכניסת מתחרים חדשים המקרינים על התמריצים להיפך מונופולין. על כן תורת ההחלטות תביא לאי-יציירת חזקה לפגיעה במקרה זה.⁶⁰

הנה כי כן, השילוב בין התובנות הכלכליות לתורת ההחלטות יוצר בסיס לחזקה של פגיעה ברווחה החברתית אם מוכחת התקיימותם של תנאים מסוימים המעידים על סיכוי גבוה שהתמחור הטורפני אכן פוגע ברווחה החברתית. שילוב זה גם מצדיק את הפיכת החזקה לניתנת לסתירה, כדי שבעל המונופולין יוכל, במקרים המתאימים, להוכיח כי התמחור הטורפני לא פגע ברווחה כאמור. יש לקוות שהדין הישראלי ילך בדרך זו ויתחום את תחולת החזקה בהקדם האפשרי.

2. מחיר גבוה בלתי הוגן: תמחור מופרז

(א) כללי

כאמור, אחת הפרשנויות האפשריות של האיסור על גביית "מחיר בלתי הוגן" כוללת, נוסף על מחירים נמוכים בלתי הוגנים, גם מחירים גבוהים בלתי הוגנים. שאלת קיומה של עילה זו

58 גם אם הם אינם יעילים כמו בעל המונופולין, עדיין היו יכולים להפעיל עליו לחץ תחרותי להורדת המחיר אל מתחת למחיר המונופוליסטי. מאמר זה אינו דן באפשרות זו.

59 נטל זה מתגבר לנוכח הקשיים הכרוכים בקביעת רמת מקסום הרווח של הטווח הקצר, הדורשת ידע נרחב על מאפייני הביקוש למוצר.

60 מובן שעדיין יש מקום לדיון בשאלה אם ראוי שבמקרים המתאימים ייאסר גם תמחור כאמור, גם אם לא לפי חזקה חלוטה. לדיון בסוגיה זו ראו Aaron S. Edlin, *Stopping Above-Cost Predatory Pricing*, 111 YALE L.J. 941 (2002); Einer Elhauge, *Why Above-Cost Price Cuts to Drive Out Entrants are Not Predatory – and the Implications for Defining Costs and Market Power*, 112 YALE L.J. 681 (2003). חשוב לציין כי גם במצב החוקי הקיים תמחור מעל לעלות (ושאינו מופרז) עשוי להיות בנסיבות מסוימות עבירה הגבלית. ראו קביעה לפי ס' 43(א)(5) לחוק ההגבלים העסקיים: בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ – ניצול לרעה של מעמד בשוק (16.11.2014), זמין ב- www.antitrust.gov.il/subject/126/item/33396.aspx, שם נקבע כי חברת בזק – מונופולין בתחום תשתית האינטרנט – ניצלה את מעמדה לרעה בגבותה מחוליות במורד השרשרת מחיר אשר פגע ביכולתן להתחרות בה במכירת המוצר הסופי לצרכנים, גם אם היו יעילות באותה המידה (Margin Squeeze).

טרם הוכרעה סופית בדין הישראלי. בעניין רייס השאיר בית המשפט העליון שאלה זו ללא תשובה חד-משמעית, בקבעו כי גם אם נניח כי העילה קיימת, הרי במקרה שנדון בפניו לא הוכחו כל רכיביה.⁶¹ כיום מתנהלות כמה תביעות בעילה זו בבתי המשפט בערכאות הנמוכות לפי ההנחה שהעילה קיימת.⁶² את המצב המשפטי סיכם בית המשפט בעניין רוזנבוים כך:⁶³

על ששקטין בהוגנות מחירו של מוצר או שירות קיימות לכאורה שתי אפשרויות פרשניות: מחיר בלתי הוגן עשוי להיות מחיר נמוך שמאפשר למונופולין לדחוק את יריביו מחוץ לשוק ולאחר קניית דריסת הרגל בשוק להעלות את המחיר באופן ניכר. אפשרות אחרת היא שמחיר בלתי הוגן הוא מחיר גבוה מן המחיר שניתן היה לגבות עבור המוצר בתנאי שוק משוכלל. ואולם, בעוד שקיימת בספרות המשפטית ובפסיקה תמימות דעים כי גביית מחירים נמוכים באופן שמאפשר למונופולין למנוע תחרות בשוק מהווה גביית מחיר בלתי הוגן, הרי שבפרשת רייס נקבע שאין זה בהכרח כך ביחס למחיר שהוא גבוה באופן משמעותי מן המחיר שהיה נגבה בהתקיים מצב של תחרות בשוק – והשאיר את הנושא בצריך עיון.

על כן עומדת ישראל כיום בצומת דרכים. כפי שנראה להלן, תורת ההחלטות מספקת לנו כלי חשוב ביותר על מנת להכריע בשאלה זו.

נציין כי עילת ניצול לרעה זו, אם תוכר, שונה מהותית מיתר העילות המנויות בסעיף 29א(ב). יתר העילות עניינן פעולות מדירות של בעל המונופולין המקימות מכשלות מלאכותיות לתחרות המונעות ממתחרים יעילים יותר להיכנס לשוק או להתרחב בו ולפגוע במעמדו של בעל המונופולין (להלן: התנהגות מדירה, Exclusionary Conduct). כך למשל האיסור על מחיר טורפני נובע מהחשש שבעל המונופולין ישתמש באורך הנשימה הכלכלי שלו ובחוסר ודאות מתחריו בנוגע לעלויותיו האמתיות על מנת להוציא מהשוק או למנוע את כניסתם של מתחרים יעילים יותר. כך, גם האיסור על קשירת מוצרים מטרתו העיקרית היא למנוע מבעל המונופולין למנף את כוחו בשוק המוצר הקושר לשוק המוצר הקשור.⁶⁴

61 רע"א 2616/03 ישרכארט בע"מ נ' רייס, פ"ד נט(5) 701 (2005).

62 ת"א (מחוזי ת"א) 2298/01 קו מחשבה בע"מ נ' בזק בינלאומי בע"מ (פורסם בנבו, 25.10.2003); בש"א (מחוזי ת"א) 21953/02 מגורים יזום ובניה בע"מ נ' פלאפון תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 15.12.2008) (להלן: עניין מגורים); ת"צ (מחוזי מ"ר) 46010-07-11 נאור נ' תנובה (פורסם בנבו, 3.1.2013) העוסק בטענת מחיר בלתי הוגן של גבינת הקוטג'. זאת ועוד, בחודש מרץ 2014 הוגשה תביעה ייצוגית נגד תנובה בטענה שגבתה מחירים מופרזים בגין שניים ממוצריה המובילים: גבינה לבנה 5% ושמת מתוקה 38% (כתב תביעה בת"צ (מחוזי ת"א) 43206-10-14 זליכה נ' תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 6.11.2014)).

63 ת"א (מחוזי ת"א) 1493/02 רוזנבוים נ' פז שירותי תעופה בע"מ (פורסם בנבו, 25.6.2007) (ההדגשות הוספו – מ"ג, ה"נ). נציין הסתייגות אחת מהדרך שבה התנסח בית המשפט: כפי שיפורט להלן, גם מי שתומך בהכרה בעילה של מחיר לא הוגן מכיר עקרונית בכך שמותר למונופולין לגבות מחיר מעל למחיר בתחרות משוכללת ובכך ליהנות מפרות השקעתו. השאלה היא מהי אותה הנקודה שבה תמחור היתר הופך לתמחור לא הוגן.

64 ס' 29א(ב)(4) לחוק ההגבלים העסקיים.

פעולות אלו פוגעות כאמור באופן מלאכותי בהליך התחרותי ועל כן הן אסורות. לעומת זאת עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן עניינה פעולה של בעל מונופולין המנצלת את מעמדו בשוק (התנהגות נצלנית, Exploitative Conduct) כלפי הצרכן, אולם מאפשרת למתחרים להמשיך ולהתחרות בשוק כל עוד תנאי השוק מאפשרים למתחרים נוספים לפעול בו (למשל כאשר היתרונות לגודל אינם גדולים דיים ליצור מונופול טבעי) ואף עשויה להגדיל את הרווחים של המתחרים בשל יצירת "מטריית מחיר" גבוהה בשוק ולהגביר את התמריצים לתחרות. על כן, אם העילה תוכר, היא תהיה בן חורג לסעיף 29א(ב).

בעולם קיימות כיום, לפחות לכאורה, שתי גישות קוטביות להחלת איסור הגבלי על מחיר גבוה בלתי הוגן. בארצות הברית ובקנדה למשל אין מכירים במחירים גבוהים כעילה של ניצול לרעה, אולם בקהילה האירופית ובמדינות רבות שהעתיקו את חוקיה עילה זו נפוצה.⁶⁵ מעניין כי בשל הקשיים הנורמטיביים והפרקטיים הגלומים בעילה זו, לפחות חלק מהמדינות שהעתיקו את האיסור האירופי השמיטו אותה מחוקיהן.⁶⁶ זאת ועוד: בפועל המרחק בין הגישות אינו כה גדול. כבר לפני כמה עשורים החליט האיחוד האירופי כי לא יחיל עילה זו בפועל, אלא במקרים נדירים ומובחנים, בשל הדילמות שרגולציית מחירים גבוהים יוצרת בנוגע לעידוד פעילותו הדינמית של השוק והקשיים האכיפתיים המשמעותיים שבהחלתה.⁶⁷ גם רשות ההגבלים העסקיים הישראלית לא החילה מעולם עילה זו ואף הצהירה כי אינה משמשת מפקחת מחירים⁶⁸ הגם שבעת האחרונה ניכר שינוי בגישתה.⁶⁹ גם אותן מדינות המחילות את העילה עושות כן לרוב רק במקרים נדירים ומובחנים.⁷⁰

על מנת לבחון אם יש להכיר בעילה זו במסגרת החזקות לניצול לרעה של כוח מונופוליסטי נפרוס את הרציונלים הנורמטיביים והכלכליים לאיסור. לאחר מכן ננתח אותו לאור תורת ההחלטות. כלים אלו יאפשרו לנו לפרש את החוק פרשנות תכליתית, שכן פרשנות המנותקת מהאפשרות להחיל כלל משפטי בפועל לא זו בלבד שלא תגשים את מטרתה אלא היא עלולה גם לפגוע בתכלית החוק בשל יישומו השגוי. נקדים את המאוחר

65 ראו למשל (2012) DAF/COMP(2011)18, *Excessive Prices*, Org. Econ. Co-operation & Dev., (להלן: OECD, *Excessive Prices*).

66 ראו למשל את חוק ההגבלים העסקיים של סינגפור: § 47 Competition Act (Act No. 46/2004), (Sing.).

67 European Comm'n, *Fifth Report on Competition Policy* § 3 (1976): "Measures to halt the abuse of dominant positions cannot be converted into systematic monitoring of prices"; European Comm'n, *XXIVth Report on Competition Policy* § 207 (1994): "The Commission in its decision-making practice does not normally control or condemn the high level of prices as such"; European Comm'n, *XXVIIIth Report on Competition Policy* § 77 (1997).

68 רשות ההגבלים העסקיים "הממונה הודיע לבז"ן כי המכרו שהוציאה לרכישה שנתית מנוגד לחוק ההגבלים העסקיים" (הודעה לעיתונות, 18.11.2003), זמין ב-www.antitrust.gov.il/files/5775/5030-09964.pdf.

69 גילוי הדעת, לעיל ה"ש 7. ראו גם OECD, *Competition Law*, לעיל ה"ש 52, בעמ' 30.

70 ראו למשל OECD, *Excessive Prices*, לעיל ה"ש 65; Mark Furse, *Excessive Prices, Unfair Prices and Economic Value: The Law of Excessive Pricing Under Article 82 EC and the Chapter II Prohibition*, 4 EUR. COMPETITION J. 59 (2008).

ונאמר כי מסקנתנו היא שמבחינה נורמטיבית ניתן לטעון שבהתקיים תנאים מסוימים קיים בסיס רעיוני לגיטימי לאיסור על מחיר גבוה של בעל מונופולין. גם מבחינה כלכלית קיים היגיון להסדרת מחירים בנסיבות מוגדרות ומוגבלות. אולם הבעייתיות הגלומה בקביעת קו גבול בין מחיר הוגן לבלתי הוגן, היוצרת חוסר ודאות וסיכון גבוה לטעויות מסוג תחולת יתר, כמו גם מאפייני כלי האכיפה והסנקציות הנתונות במסגרת סעיף 29א, מובילים למסקנה שלפי פרשנות תכליתית של החוק אין מקום לאיסור זה במסגרת החזקות לניצול לרעה.

חשוב להדגיש: מסקנתנו אינה סותמת את הגולל על פיקוח מחירים אם כי היא מדליקה כמה נורות אזהרה גם בנוגע לפיקוח כאמור. אם המחיר שגובה בעל מונופולין פוגע פגיעה קשה ברווחת הציבור, דרך המלך היא להסיר חסמי כניסה לשוק על מנת להגביר בו את התחרות תוך שימוש באיסור על פעולות מדירות בחוק ההגבלים העסקיים או בהסרת חסמים מלאכותיים יצירי מדינה. למשל, בעת האחרונה הוצע לבטל את הצורך לקבל אישור מראש של מכוני התקנים הישראלי אם המוצר עומד בתנאי תקן אירופי או אמריקני מקביל.⁷¹ אם אין אפשרות להגדיל את הלחצים הפרו-תחרותיים בשוק (למשל כיוון שהביקוש בשוק אינו גדול דיו לתמוך במספר גדול של חברות), ויוחלט כי גם בשל מגבלותיו של הפיקוח המחירי יש הצדקה להחילו, הדרך הנאותה היא התערבות רגולטורית מראש, על בסיס ניתוח ספציפי ומעמיק של תנאי השוק הרלוונטי, שתורה לבעל המונופולין מהו המחיר אשר הוא רשאי לגבות מרגע הפיקוח ואילך בדרך אשר תאזן בין האינטרסים השונים על מנת שרווחת הציבור לטווח הארוך לא תיפגע, ואשר תאפשר להתאים את המחיר לשינויים בתנאי השוק בקלות יחסית.⁷² כלי רגולטורי זה שונה מהותית מזה הגלום בסעיף 29א.

(ב) רציונל נורמטיבי לאיסור על מחיר גבוה הנסמך על הוגנות⁷³

בסיסו של האיסור בחוסר ההוגנות של המחיר הגבוה. לפיכך עלינו לבחון תאוריות של הוגנות שעשויות להיות רלוונטיות. הוגנות היא מונח רב-משמעי אשר ניתן למלאו בתוכן משתנה לפי המשנה האידאולוגית הנוהגת ומטרותיו של החוק. הוגנות מתבססת על תפיסות של צדק המושפעות בין היתר מתפיסות דתיות, סוציולוגיות, פוליטיות, ערכיות ומוסריות באשר לטיב האינטראקציה בין פרטים בחברה. להלן נבחן כמה תאוריות של הוגנות שעשויות להיות רלוונטיות לאיסור על גביית מחיר גבוה. השאלה הנשאלת היא מהו הבסיס הנורמטיבי לזכות הצרכן לחלוק ברווח המונופוליסטי כאשר המחיר הגבוה הוא תוצאה של

71 הוועדה לשינוי כלכלי חברתי דוח הוועדה לשינוי כלכלי חברתי 178–182 (2011) (להלן: דוח טרכטנברג).

72 דו"ק: כפי שהספרות הענפה בעניין רגולציה מראה, כל רגולטור חשוף לבעיות במילוי תפקידו, לרבות מידע אסימטרי והחשש שהרגולטור יהיה שבוי (Captured) בידי האינטרס של החברות הפועלות בענף. לחלק מקשיים אלו מציעה הספרות פתרונות חלקיים אשר אותם יש לשקול עת באים להחליט על הרגולציה הראויה.

73 להרחבה ראו למשל: Michal S. Gal, *Convergence of Competition Law Prohibitions: Foundational Issues*, in ECONOMIC THEORY AND COMPETITION LAW 176 (Josef Drexler et al. eds., 2009); Michal S. Gal, *Abuse of Dominance – Exploitative Abuses*, in HANDBOOK ON EUROPEAN COMPETITION LAW 385 (Ioannis Lianos & Damien Geradin eds., 2013)

תנאי השוק ולא של התנהגות מדירה. ודוק: הניתוח בתת־פרק זה אינו מתייחס לכלי אכיפת זה או אחר. המאפיינים של כלי האכיפה השונים, המשפיעים על כדאיות החלת הכלל בפועל, יוכנסו לניתוח רק בשלב מאוחר יותר.

הטיעון החשוב ביותר מבסס את האיסור על "חווה חברתי" בין כל השחקנים (לרבות צרכנים, יצרנים והממשלה) המסדיר את כללי המשחק בשוק. על פיו, הממשלה יוצרת תנאים לפעולה בשוק (לדוגמה מקימה מערכת לאכיפת חוק, יוצרת תנאים לשוק הון, מעניקה זכויות קניין). כל אחד רשאי להיכנס לשוק ולנסות להתחרות בו, אולם אם הוא מצליח ליצור לעצמו יתרונות תחרותיים בעלי משקל, אין הוא רשאי לגבות מחיר מעבר לרף כלשהו שהוסכם מראש. ניתן להשתמש ברעיון של חווה שנחתם בתחילת המשחק עוד בטרם כל אחד מהשחקנים יודע איזה תפקיד יינתן לו, כדי לבסס הסכמה לחווה כאמור.⁷⁴ ודוק: כמו בתורת ההחלטות, כדי שיהא בסיס להסכמה להחלתו של כלל משפטי, יש לוודא שהתועלת שהוא יוצר לכל השחקנים בשוק המצויים מאחורי מסך הבערות (או לפי גרסה אחרת של החווה החברתי, התועלת המצרפית שהוא יוצר) גבוהה מעלות החלתו בפועל, לרבות הטעויות שהוא יוצר. לפיכך כדי להצדיק איסור על מחירים גבוהים, על האיסור להגדיל את הרווחה החברתית בטווח הארוך. אולם כמפורט להלן, התקיימותו של תנאי זה תלויה בדינמיקה של השווקים ובמגבלות מוסדיות של אכיפת כלל כאמור. על כן אי אפשר לבסס על חווה חברתי כאמור כלל גורף של איסור מחיר מונופוליסטי, אלא רק כלל מוגבל שיוודא שהתועלת החברתית עולה על מחיר האיסור.

הצדקה אפשרית נוספת מתבססת על עקרונות של צדק מחלק. אכן, הגבלת מחירים גבוהים מאפשרת לצרכנים רבים יותר ליהנות ממוצרים רבים יותר בשוק. אולם ביסוס כלל האוסר על גביית מחירים גבוהים בלתי הוגנים רק על שיקולי צדק מחלק הוא בעייתי, שכן הגשמת מטרה זו הייתה צריכה להתחשב בין היתר גם בעושר היחסי של הצדדים לעסקה (כמו במקרה הקיצוני של הגבלת מחיריהן של מכוניות יוקרה או בגדי אפנה עילית ("הוט־קוטור")). בנוסף, הטיעון בעל המשקל הרב ביותר נגד ביסוס האיסור על צדק מחלק עניינו ההתעלמות של שיקול זה משיקולים רחבים יותר של רווחה חברתית כשהאיסור ימנע הגדלה ניכרת של העווגה כולה בשל האפקט המצנן שעלול להיווצר על חברות בשוק להשקיע בפיתוח מוצרים חדשים. יתרה מזו: דרך חלופית – ופעמים יעילה יותר – להשגת צדק כאמור היא הגדלת הרווחה המצרפית וחלוקת ההון בדרכים אחרות, דוגמת דיני המס וביטוח לאומי.⁷⁵ טיעון נגד אפשרי מדגיש שאיסור הגבלי עשוי לתרום לתחושה חזקה יותר של צדק מחלק בעיני הצרכנים יחסית לכלים רבים אחרים. לפיכך אדם המסוגל לרכוש יותר בשוק בכספו כיוון שמחירי המוצרים נמוכים יותר עשוי להרגיש טוב יותר מאדם המקבל השלמת הכנסה המאפשרת לו את קניית אותו סל מוצרים. בנוסף, מגבלות של כלכלה

74 JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1971). רעיון זה מזכיר את החווה שנחתם מאחורי מסך הבערות של רולס. חשוב לציין שרולס הדגיש שהתאוריה שלו לא חלה על הגינות בין יחידים ועסקים, ולכן לא כל חלקיה מיושמים כאן, לרבות עקרון המקסימין (Maximin). אנו מניחות שכל צד יפעל למקסום טובתו האישית.

75 ראו למשל Louis Kaplow & Steven Shavell, *Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income*, 23 J. LEGAL STUD. 667 (1994).

פוליטית עשויות למנוע מכלים אחרים של צדק מחלק להגשים את מטרותם. לפיכך שיקולים אלו עשויים להצדיק השתת מגבלות על מחירים גבוהים דרך דיני ההגבלים העסקיים, אולם רק בתנאים מסוימים שבהם היתרון החברתי מהטלת מגבלות כאמור (לרבות תחושות הצדק והתגברות על בעיות של כלכלה פוליטית) עולה על מחירן החברתי (דוגמת פגיעה ברווחה החברתית המצרפית הכלכלית). אך חשוב לציין: יתרונות אלו של הכלי ההגבלי, גם אם נניח לצורך הטיעון שמתגברים הם על חסרונותיו, אינם מחייבים שימוש בכלי ההגבלי מסוים דווקא (דוגמת עילת הניצול לרעה של כוח מונופוליסטי) אלא מאפשרים בחירה מושכלת בין מנעד הכלים האפשריים, כפי שיפורט להלן.

הגבלת מחיר גבוה מתיישבת גם עם תאוריות ליברליות המדגישות את חירותו של היחיד ואת כבודו. הזרם האידאולוגי האורדו-ליברלי, שפעל בגרמניה בין שתי מלחמות העולם ואשר השפיע על עיצוב הדין האירופי, מדגים תפיסה זו.⁷⁶ האורדו-ליברלים הדגישו את הצורך להשית הגבלות על פעולת השווקים אשר ירסנו את השפעותיו של כוח כלכלי המוחזק בידיים פרטיות על מנת להבטיח סדר פוליטי וחברתי תקין. החשש שעליו מתבססת הצדקה זו הוא שכוח כלכלי רב בידי מעטים ימנע מהרבים ליהנות מהתנאים ומהחירויות הבסיסיות שחברה דמוקרטית נדרשת להעניק לתושביה. אולם כדי לבסס את האיסור על מחירים גבוהים על הצדקה זו, יש להבחין בין אותם מקרים שבהם הגנת החוק אכן נדרשת להגשמת מטרה חברתית זו (למשל כאשר בעל המונופולין אכן מרכז בידי כוח כלכלי רב המיתרם לכוח פוליטי) לבין יתר המקרים.⁷⁷

ראוי לציין כי טיעוני הוגנות משמשים גם את המתנגדים להשתת איסור על מחירים גבוהים:⁷⁸ משעודדנו כניסה של מתחרים לשוק והמונופולין השיג את כוחו בשל ניצחונו על יריביו בשל יתרונותיו התחרותיים היחסיים, הטלת מגבלות על מחיר, בדיעבד, עולה כדי נטילה לא הוגנת של פרות ניצחונו.⁷⁹ אולם בחינה לעומק של טיעון זה מאירה את בעייתיותו. השאלה העולה היא על מה ניתן לבסס את זכותו של בעל המונופולין בכל פרות ניצחונו בשוק. הניתן לבססה על טיעון קנייני: אם למונופולין יש זכויות קניין בנכסיו, משמע שיש לו זכות לפרות נכסים אלו? לחלופין, הניתן לבססה על חופש העיסוק? התשובה לכך היא בשלילה. זכויות אלו אינן מוחלטות אלא הן חלק מ"החווה החברתי"

76 ראו למשל ALAN PEACOCK, GERMANY'S SOCIAL MARKET ECONOMY: ORIGINS AND EVOLUTION (Hans Willgerodt ed., 1989); GERMAN NEO-LIBERALS AND THE SOCIAL MARKET ECONOMY (Alan Peacock & Hans Willgerodt eds., 1989)

77 ראוי לציין שלא תמיד יש קורלציה בין מעמד מונופוליסטי לכוח פוליטי. החשש מכוח פוליטי המאפשר הנאה מנתח גדול יותר של עוגת הרווחה הכוללת מהחלק היחסי באוכלוסייה יכול לקום למשל גם כשקבוצת אינטרסים קטנה אך מאורגנת ובעלת אותם אינטרסים "שובה" נציגים פוליטיים. ההתייחסות לטיעונים אלו חורגת מגבולות המאמר.

78 אחד הביטויים הידועים ביותר לגישה זו הוא פסק הדין האמריקני *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 430 (2nd Cir. 1945): "The Act does not mean to condemn the resultant of those very forces which it is its prime object to foster: finis opus coronat. The .successful competitor, having been urged to compete, must not be turned upon when he wins"

79 עדי אייל *המונופוליסט כקרובן: על זכויות חוקתיות בדיני ההגבלים העסקיים* (2004); Adi Ayal, *Counter-Intuitive Fairness in Antitrust: Protecting the Monopolist and Balancing Among Competing Claims*, 8 J. COMPETITION L. & ECON. 627 (2012)

המחייב איזון עם זכויותיהם של צרכנים בשוק. על כן אין בהם כדי להפיל את ההצדקה התאורטית להגבלה על מחירים גבוהים על בסיס הטיעונים שהועלו לעיל. הניצחון במשחק התחרותי בשוק אינו מקנה למונופול זכות לעשות בכוח כל שיחפוץ, בעיקר לא כשמדובר בפגיעה בציבור וברוחה הכללית.⁸⁰

מן האמור לעיל עולה שניתן עקרונית לבסס מבחינה נורמטיבית הגבלה על מחירים גבוהים בתנאים מסוימים. אולם מכך אין עולה בהכרח שהכלי הרגולטורי של איסור על ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי הוא הכלי המתאים להסדרה כאמור. בטרם נבחן את המגבלות המוסדיות הרלוונטיות, נבחן את הניתוח הכלכלי של האיסור אשר לו תפקיד חשוב בקביעת הכללים המשפטיים.

(ג) ניתוח כלכלי של איסור על מחירים גבוהים

(1) ניתוח סטטי ודינמי של האיסור

במבט ראשון, האיסור על גביית מחיר גבוה הוא פועל יוצא ישיר ומתחייב של דינים המקדמים את התחרות. אחת ממטרותיה העיקריות של תחרות היא הורדת מחיר המוצרים בשוק על מנת להגדיל את רווחת הצרכן. מחיר מונופוליסטי עושה בדיוק ההפך: הוא מעביר חלק גדול יותר מהרווח שנוצר מהעסקה מהצרכנים לידי המונופול.

אכן, אחד המאפיינים הבולטים של גופים מונופוליסטיים הוא יכולתם לגבות מחיר העולה, לעתים בהרבה, על המחיר אשר היה נגבה בתנאי תחרות. למחיר המונופוליסטי כמה תוצאות שליליות ידועות: הוא מאפשר למונופול ליהנות ממרבית הרווח שנוצר מהעסקה ויוצר העברת עושר מהצרכן למונופול; הוא מחייב צרכנים אשר היו קונים את המוצר במחיר התחרותי אך אינם מעוניינים בו במחיר המונופוליסטי לשנות את סל הצריכה שלהם ולהסתפק במוצרים אשר הם מעוניינים בהם פחות. למשל, לקנות לחם במקום עוגות, ויש שיטענו – עוגות במקום לחם. כן הוא גורם לעיוות בהקצאת הייצור והמקורות במשק, ובעקבות זאת לאבדן רווחה כולל וניצול לא יעיל של משאבים. תוצאות אלו של ניתוח סטטי של השוק מתקיימות ללא קשר להתנהגות שהובילה למעמד המונופוליסטי.⁸¹ לפי הניתוח הסטטי, החלת איסור על מחיר בלתי הוגן של בעל מונופולין תגביר את הרווחה החברתית כיוון שהיא תמנע תוצאות אלו.⁸²

כמפורט לעיל, ניתוח דינמי מדגיש דווקא כמה תוצאות חיוביות של מחירים מונופוליסטיים. מחיר גבוה משמש איתות לחברות אחרות שכדאי להן להשקיע משאבים להיכנס לשוק שבו פועל המונופול על מנת ליהנות גם הן מרווחים גבוהים. ליונס וכן אזרחי וגילה מבקרים טיעון זה. לטענתם, הורדת המחיר הצפויה בשל כניסתם של מתחרים תרטיע מתחרים מלהיכנס מלכתחילה, ולכן אין באיתות של מחיר גבוה כדי להניע את ידו הנעלמה של השוק ולעודד כניסה רבה לשוק.⁸³ טיעון זה שולב גם בגילוי הדעת של הממונה ומשמש

80 שם.

81 ראו למשל ROBERT S. PINDYCK & DANIEL L. RUBINFELD, MICROECONOMICS 342 (6th ed. 2005).

82 גילוי הדעת, לעיל ה"ש 7, בעמ' 2.

83 לטיעון זה ראו למשל Lyons, לעיל ה"ש 25; Ezrachi & Gilo, לעיל ה"ש 25.

אחד הבסיסים העיקריים לטענה שבשל כשל השוק גובר הצורך ברגולציה מחירים.⁸⁴ לדעתנו טיעון זה מוגבל בתחולתו. אכן, אין מחלוקת שהמחיר אשר מתחרה פוטנציאלי ישווה לנגד עינינו בעת שישקול אם כדאי לו להיכנס לשוק הוא המחיר שישורר בשוק לאחר כניסתו. זאת ועוד: ייתכן שבשל כניסת המתחרה ירד המחיר בשוק מתחת לרמתו המונופוליסטית הנוכחית. אולם מכך אין להסיק שלרוב תימנע כניסה כאמור. ראשית, ייתכן שהמתחרה החדש יעיל מבעל המונופולין, וכך מרווח הרווח שלו גדול מזה של בעל המונופולין, ולכן גם אם המחיר בשוק ירד בשל כניסתו (כי בעל המונופולין עדיין יוותר בשוק), עדיין תהא כניסה לשוק רווחית מבחינתו. דווקא הגבלת הרווח על בסיס עלות הייצור, כפי שמציע גילוי הדעת, עלולה להקטין את התמריץ של מתחרים יעילים יותר להיכנס לשוק ובכך לפגוע בתמריצים הדינמיים בשוק. שנית, המחיר לאחר הכניסה עדיין יכול להיות גבוה בהרבה מהמחיר התחרותי כאשר ייווצר סטטוס קוו אשר ימקסם את רווחי החברות הפועלות בשוק. במילים אחרות, התחרות בשוק לאחר כניסת המתחרה אינה הופכת בהכרח להיות תחרות משוכללת, בין היתר מן הטעמים האלה: אם למתחרה החדש אין יכולת לנגוס נתח שוק נכבד (למשל כי הוא נדרש לבסס מוניטין או אין לו יכולת ייצור גדולה), מוטב למונופול להפסיד קצת נתח שוק אבל להימנע מהורדת המחיר לכלל הלקוחות שלו (טקטיקה הקרויה בלשון הכלכלנים *Judo Economics*).⁸⁵ זאת ועוד: מחקרם הקלאסי של Brashnahan ו-Reiss מסטנפורד, כמו גם מחקרים רבים אחרים, מראים שכניסה של מתחרה שני לשוק מונופוליסטי אינה מורידה את המחיר בצורה ניכרת כיוון שהמחיר מתייצב על מחיר של דואופול או אוליגופול.⁸⁶ לא זו אף זאת: מחקרים אמפיריים הראו שבמצב שבו מתחרה נכנס לשוק עם מוצר קצת שונה (*Differentiated Product*) המתחרה באותו שוק, המחיר בשוק יכול אף לעלות.⁸⁷ כפי שטוענים Perloff, Suslow ו-Seguin, ההיגיון שמאחורי תופעה זו פשוט: מונופוליסט המתמחר את מוצריו על פי צרכנים עם ביקושים שונים עשוי לקבוע מחיר נמוך מזה של מתחרה אשר נכנס לשוק ומשרת את אותו פלח צרכני של בעל המונופולין אשר הביקוש שלו למוצריו של בעל המונופולין היה גמיש

84 גילוי הדעת, לעיל ה"ש 7, בעמ' 5: "הנימוק לפיו מחיר מופרז נוטה לתקן את עצמו במרבית המקרים איננו נכון. בקליפת האגוז, ככלל, מתחרה פוטנציאלי יתומרץ להכנס לשוק, לא על פי המחירים השוררים בו טרם הכניסה, אלא על פי המחירים שצפויים לשרור בו לאחר הכניסה – ובפרט לאחר תגובתו של המונופול לאותה הכניסה, שעשויה להיות תגובה אגרסיבית וכואבת לנכנס החדש. בהתאם, כאשר ההוצאות השקועות של הנכנס הפוטנציאלי הכרוכות בכניסה לשוק עולות על הציפיות שלו לרווח לאחר הכניסה, שעוללות להיות צנועות לאור תגובת המונופול לכניסה, ימנע המתחרה הפוטנציאלי מלהכנס לשוק וממילא המחיר המופרז של בעל המונופול לא יתקן את עצמו".

85 רוב תודות לאסף אילת על עזרתו בחידוד טענה זו. ראו למשל, DAVID B. YOUFFIE & MARY KWAK, *JUDO STRATEGY: TURNING YOUR COMPETITOR'S STRENGTH TO YOUR ADVANTAGE* (2001).

86 Timothy F. Bresnahan & Peter C. Reiss, *Entry in Monopoly Markets*, 57 REV. ECON. STUD. 531, 531 (1990).

87 לסקירה של חלק ממחקרים אלו ראו Eleftherios Zacharias, *Firm Entry, Product Repositioning and Welfare*, 49 Q. REV. ECON. & FIN. 1225 (2009); Yongmin Chen & Michael H. Riordan, *Price-Increasing Competition*, 39 RAND J. ECON. 1042 (2008) (מחיר בדואופול עשוי אף להיות גבוה ממונופול).

משל כל היתר.⁸⁸ מעניין שגם אם המחיר לאחר הכניסה יורד, הרי דווקא מחיר גבוה לפני הכניסה עשוי להגדיל את נתחו של המתחרה החדש בשוק ולהגדיל בהתאמה את רווחיו. זאת בשל הטיות קוגניטיביות: מחיר גבוה לפני הכניסה המעורר רגשות חוסר הוגנות כלפי המונופולין מצד הצרכנים מקל את כניסתו והתרחבותו של מי שדורש מחיר נמוך יותר ו"שובר את השוק".⁸⁹ באשר לאסטרטגיות מחיריות שבעל המונופולין עלול לנקוט על מנת למנוע את כניסת מתחריו או לעכבה, חלקן אסורות לפי האיסור על מחיר טורפני וחלקן קצרות טווח. כל עוד מי שנכנס לשוק מודע לתמריציו ארוכי הטווח של בעל המונופולין, ויש לו אפשרות לספוג מחירים נמוכים לתקופת-מה, לרוב לא יהיה בכך כדי למנוע ממנו כניסה לשוק, בעיקר אם הוא יעיל יותר או באותה מידה כמו בעל המונופולין. לפיכך למחיר הגבוה תפקיד חשוב בתמריץ הדינמי לכניסה לשוק, כיוון שהוא מאותת לחברות שגם במחיר גבוה יש ביקוש רב.

אולם חשוב מכך, 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 החופשי. כמאמרו של בית המשפט העליון האמריקני בהחלטתו בעניין *Trinko*, מחיר גבוה שדורש בעל מונופולין לא רק שאינו בלתי הוגן, אלא הוא המנוע המניע את הכלכלה:⁹⁰

[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. 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.

טיעון זה עניינו למעשה הרתעת יתר: אם מטרתנו היא קידום הרווחה החברתית בטווח הארוך, הרי איסור על מחירים גבוהים עלול דווקא להפריע לקידום מטרה זו בשל האפקט המצנן על השקעות בשווקים. ודוק: האפקט המצנן מתייחס לאו דווקא לבעל המונופולין, כי אם לכל יתר החברות בשוק השוקלות אם להשקיע בצמיחה, בהתייעלות ובחדשנות, אשר עשויות להגדיל בהרבה את כוחן בשוק. לפיכך גם אם בשוק מסוים נפגעת רווחת הצרכן בשל מחיר גבוה, הרי יוצא הפסדו בשכרו בשל קידום היעילות הדינמית בשוק הספציפי או בשווקים רבים אחרים.⁹¹

JEFFREY M. PERLOFF, VALERIE Y. SUSLOW & PAUL J. SEGUIN, HIGH PRICES FROM ENTRY: PRICING OF BRAND-NAME DRUGS (1996) 88

Daniel Kahneman et al., למחקרים על השפעת שיקולי הוגנות על התנהגות צרכנית ראו למשל, *Fairness as a Constraint on Profit Seeking: Entitlements in the Market*, 76 AM. ECON. REV. 728 (1986). רוב תודות למנחם פרלמן על הארת טענה זו.

Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, 407 (2004). 90

ודוק: עדיין נותרת על כנה שאלת משנה – האם מותר לאזן את רווחתו של הצרכן בשוק אחד עם רווחתו בשווקים אחרים? לדעתנו התשובה לכך היא בחיוב, במיוחד כאשר ההשפעות שלובות וקשורות זו בזו. 91

חשוב להדגיש כי התמריצים להשקעה בשוק הם בעלי חשיבות רבה. כיום אין חולק על חיוניותה של היעילות הדינמית להגדלת הרווחה המצרפית.⁹² יעילות דינמית עשויה להוריד עלות ייצורם של מוצרים קיימים אך חשוב מכך – היא עשויה להכניס לשוק מוצרים וטכנולוגיות חדשות המיטיבות מאוד עם הצרכנים. הטלפון הסלולרי, המקרר והדפוס הם רק דוגמאות בודדות. Schumpeter היה בין הראשונים לטעון שתחרות על המוצר או טכנולוגיית הייצור החדשות – אשר מטרתה אינה להגדיל את שולי הרווח של החברה אלא לשנות את השוק מהיסוד – היא התחרות החשובה ביותר לרווחה החברתית.⁹³ חתן פרס נובל לכלכלה Joseph Stiglitz הדגיש שהיעילות הדינמית של השוק הקפיטליסטי היא הבסיס לאמון שלנו בעליונותו על צורות אחרות של משטר כלכלי.⁹⁴ מסקנות תאורטיות אלו מגובות במחקרים אמפיריים. כך למשל חתן פרס נובל נוסף, Robert Solow, הוכיח שמרבית הצמיחה הכלכלית בארצות הברית במחצית הראשונה של המאה הקודמת מקורה בשינויים טכנולוגיים שנבעו מהשקעות במחקר ופיתוח.⁹⁵ בעידן הגלובליזציה חדשנות ויעילות דינמית מקבלות משנה תוקף, כיוון שהן אחד הכלים העיקריים ליצירת יתרונות יחסיים בשווקים עולמיים. מחקרים רבים נוספים הוכיחו שהחזר החברתי על השקעות של חברות פרטיות במחקר ופיתוח פעמים רבות גבוה אף מהחזר לחברות עצמן.⁹⁶ לפיכך יצירת תמריצים ליעילות דינמית חשובה ביותר לרווחה המצרפית ומאפילה על סוגיות של חלוקת רווח במסגרת ניתוח סטטי של השוק. כמאמרו של הממונה לשעבר על רשות ההגבלים העסקיים האמריקנית:

[A]ntitrust enforcers must be careful not to pursue immediate, static efficiency gains at the expense of long-term, dynamic efficiency improvements, since the latter are likely to create more consumer welfare than the former.⁹⁷

השאלה המתבקשת היא כמובן עד כמה גדול האפקט המצנן של איסור על מחירים גבוהים על יעילות דינמית. ראשית, את האפקט המצנן יש לבחון אל מול אפקטים נוגדים, דוגמת חששה של חברה שאם לא תשקיע ביעילות יצרנית ודינמית, מתחריה יוכלו להשקיע וליצור לעצמם יתרון תחרותי אשר יפגע במעמדה בשוק.⁹⁸ שנית, גודלו של האפקט המצנן מושפע

92 בהקשר זה ראו גם LAW AND ECONOMICS OF INNOVATION (Eli M. Salzberger ed., 2012)

93 JOSEPH A. SCHUMPETER, CAPITALISM, SOCIALISM AND DEMOCRACY (1942)

94 Joseph E. Stiglitz, *Technological Change, Sunk Costs and Competition*, 3 BROOKINGS PAPERS

.ON ECON. ACTIVITY 883 (1987)

95 Robert M. Solow, *Technical Change and the Aggregate Production Function*, 39 REV. ECON.

.& STAT. 312 (1957)

96 Richard Gilbert, *Looking for Mr. Schumpeter: Where Are We in the Competition-Innovation*

.*Debate?*, 6 INNOVATION POL'Y & ECON. 159 (2006)

97 Thomas O. Barnett, *U.S. Dep't of Justice, Presentation to the George Mason University Law*

Review 11th Annual Symposium on Antitrust: Maximizing Welfare through Technological

.*Innovation* (Oct. 31, 2007), available at www.justice.gov/atr/public/speeches/227291.htm

98 PHILIP E. AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, FUNDAMENTALS OF ANTITRUST LAW (2003)

מגבולות האיסור, לרבות הענפים שעליהם הוא חל ושיעור המחיר המותר, כמו גם מתדירות החלתו וזהותו של הגוף האוכף. כך למשל אם יצליח המחוקק לתחום את גבולותיו של האיסור לאותם מקרים שבהם המונופולין לא הושג בשל יעילותו דווקא (למשל מקורו בחסמי כניסה רגולטוריים לא עבירים למתחריו אשר משקפים את כוחו הפוליטי ולא דווקא את יעילותו היחסית), הפגיעה ביעילות הדינמית של השוק יכולה להיות קטנה. אכן, גם אלו המכירים בעילה מכירים לרוב בחשיבותו של המחיר העל-תחרותי ביצירת תמריצים כאמור. השאלה הופכת להיות מתי פגיעתו של המחיר הגבוה ברווחה החברתית גדולה מתרומתו לרווחה. לפיכך החוק אינו אוסר על מחירים גבוהים כי אם על מחירים בלתי הוגנים.

שלישית, חוזקו של הטיעון תלוי בתנאיו הספציפיים של השוק. כאשר כוחות השוק חזקים, טיעון דינמי של מחירים גבוהים כקטליזטור ליעילות יצרנית ודינמית הוא חזק גם אם משמעו שבטווח הקצר ייחנה בעל המונופולין ממחיר גבוה כל עוד מונעים אנו יצירת מכשולות מלאכותיות לתחרות. אולם בשווקים המאופיינים בקשיים ניכרים ביצירת לחצים פרו-תחרותיים (דוגמת השפעות רשת או יתרונות רבים לגודל) הטיעון נחלש.⁹⁹ עם זאת ראוי לציין כי גם בשוק מונופוליסטי עדיין יש לבעל מונופולין תמריץ להשקיע ביעילות יצרנית ודינמית על מנת להקטין את עלויותיו או להגדיל עוד יותר את רמת הביקוש למוצרו, ובכך להגדיל את רווחיו.¹⁰⁰ אם נגביל את אפשרות בעל המונופולין להגדיל את רווחיו – גם במקרים שבהם רווחת הצרכן גדלה בד בבד – ייפגע התמריץ שלו להשקיע בהתייעלות, וייתכן שתיפגע גם הרווחה הצרכנית והמצרפית.

רביעית, גם אם לא כל השקעה ביעילות דינמית היא יעילה,¹⁰¹ השאלה העיקרית היא אם ביכולתנו לזהות ולאסור מראש מצבים שבהם ההשקעה אינה יעילה (למשל, בקביעה מקדמית מי יהיה היחיד אשר ישקיע בפיתוח תרופה מסוימת או במניעת השקעות מקבילות שירדו לטמיון של כמה חברות בחיפוש פתרון לאותה מחלה). בהנחה שהתשובה לשאלה זו היא בשלילה – וזו דעתנו – נידרש להכריע אם הרווחה המצרפית עדיין גדולה יותר גם כאשר אנו מניחים שלפחות חלק מההשקעות במחקר ופיתוח אינן יעילות. לטעמנו, התחרות החופשית בשוק היא עדיין הכלי העיקרי והיעיל ביותר על מנת לתמרץ גופים פרטיים להשקיע במחקר ופיתוח.¹⁰²

99 ראו למשל דייוויד גילה "חשיבותה של ההצעה לתיקון מס' 9 לחוק ההגבלים העסקיים, ההצהרתיות שלה וההצעה להסרת נטל הניתוח הכלכלי מכתפיהם של בתי-המשפט האזרחיים" עיוני משפט כט 641 (2006).

100 לטיעונים ברוח זו ראו למשל SCHUMPETER, לעיל ה"ש 93.

101 ואכן, אין רבותא בכך שלא כל ההשקעות של חברות ביעילות דינמית מגדילות את הרווחה החברתית. ראו למשל Timothy J. Brennan, *Should Innovation Rationalize Supra-Competitive Prices?*, in THE PROS AND CONS OF HIGH PRICES 88, 99–101 (Swedish Competition Authority ed., 2007). שם נטען, למשל, שתחרות על יעילות דינמית עלולה להביא לעתים להעברת עושר בין מונופולים שאינה מקדמת את הרווחה החברתית או להשקעה מקבילה לא יעילה בפיתוח וחדשנות שמגדילה את העלות החברתית (למשל מירוץ פטנטים שבו ההשקעה של מי שלא זכה בפטנט יורדת לטמיון).

102 ראוי לציין שקיים קושי במדידה מדויקת של נזקים הנגרמים ליעילות הדינמית, בין היתר משום שקשה מאוד לבודד את המשנתים הנמדדים כשמדובר בשאלות כלל-משקיות שכאלה. קושי זה מקשה מדידה מדויקת של היעילות הדינמית ותרומתה למשק, ובפרט את ההשפעה של הקטנת התמריצים הכספיים על התמריץ להשקיע מלכתחילה ביעילות דינמית. בה בעת על חשיבות היעילות הדינמית באופן אבסולוטי וכן על היעילות הסטטית ניתן ללמוד ממחקרים רבים המצביעים על תרומת היעילות הדינמית ברמה

לבסוף, חשוב להאיר את המתח העשוי להתקיים באותם מקרים שבהם תמרוץ היעילות הדינמית מובילה למצב שבו, בשל שגשוגו של המונופול, הרווחה החברתית גדלה אך רווחת הצרכן נותרה כשהייתה או אף ירדה. לפיכך מנקודת מבט כלכלית, המביאה בחשבון שיקולי רווחה כוללת, האיסור עלול להוביל לפגיעה ברווחה החברתית.

(2) תחולת הניתוח בכלכלה הישראלית

הניתוח שנערך לעיל מעלה שאלה חשובה: האם גם בכלכלה קטנה וריכוזית דוגמת ישראל יש לטיעונים אלו תוקף? שאלה זו עולה כיוון שבכלכלות קטנות, דוגמת ישראל, המתאפיינות בשווקים ריכוזיים רבים המוגנים בחסמי כניסה גבוהים, לא תמיד ניתן לסמוך על היד הנעלמה של השוק החופשי כי תוריד את המונופול מגדולתו ותקדם תחרות בשוק בטווח זמן סביר, ועולה ביתר שאת חשיבות ההסדרה הישירה על מנת למנוע לפחות חלק מהתוצאות של מעמד מונופוליסטי ארוך טווח.¹⁰³ לפיכך הטיעון שהרווחה החברתית תמיד תגדל בטווח הארוך אם נתיר לבעלי מונופולין לגבות כל מחיר שהשוק יישא, אינו יכול לעמוד. במונחי תורת ההחלטות, על פני הדברים עלויותיהן של טעויות מסוג תחולת יתר יהיו קטנות יחסית מעלויותיהן של טעויות מסוג תחולת חסר.

בה בעת, דווקא בכלכלה קטנה שבה הלחצים התחרותיים מוגבלים ממילא בשל תנאיו הטבעיים של השוק, והרווח הפוטנציאלי מוגבל בשל גודלה של האוכלוסייה, חיוני לוודא שההסדרה אינה פוגעת עוד יותר בתמריצים לכניסה לשווקים, להתייעלות ולהתפתחות של חברות בשוק הישראלי אשר עשויים בטווח הארוך להביא לניצול יעיל יותר של משאבים, ובחלק מהמקרים גם למחירים נמוכים יותר. בשל חשיבות נקודה זו נבחן אותה משתי נקודות מבט: הראשונה מתמקדת בחברות המקומיות. אם נצמצם את אפשרויותיהן של חברות מקומיות להרוויח ממחקר ופיתוח בשוק המקומי, נפגע בתמריצים שלהן להשקיע מלכתחילה ובסופו של דבר גם ביכולתן להתחרות בשווקים בין-לאומיים תוך שיפור מאזן התשלומים של המדינה.¹⁰⁴ ודוק: אפקט זה מתגבר בכלכלה קטנה בשל המגבלות האינהרנטיות על שיעורם האבסולוטי של הרווחים שניתן להפיק מהשוק. ונקשה: לא כל החברות נדרשות להשקעה גדולה במחקר ופיתוח. יש תעשיות שבהן הטכנולוגיה קבועה יחסית או שלחברות הישראליות אין תמריצים ויכולת להשקיע ביעילות דינמית גם ללא האיסור על מחיר גבוה. התשובה לכך היא כפולה: ראשית, החלתו של האיסור בשווקים אלו מותנית בין היתר ביכולת להפריד בוודאות גבוהה בין השווקים השונים א-פריורית; שנית, כפי שיפורט להלן, מחיר בלתי הוגן עלול לפגוע גם בתמריצים ליעילות בייצור.¹⁰⁵ נקודת המבט השנייה מתמקדת בחברות בין-לאומיות. מרבית שווקיה של ישראל פתוחים למסחר בין-לאומי. כאשר חברות בין-לאומיות שוקלות למכור את מוצריהן

הכלל-משקית להתפתחות הכלכלה. ראו למשל כלל המחקרים שאליהם מפנה Salzberger, לעיל ה"ש 92.

103 GAL, COMPETITION, לעיל ה"ש 19, בעמ' 68-91.

104 להכרה ברווח גבוה כמקור כספי להשקעה בחדשנות ראו למשל רשות ההגבלים העסקיים "החלטה בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל בין: אלישירא מערכות אלקטרוניות בע"מ, אלחא תעשיות אלקטרוניות בע"מ" (15.2.1998), זמין ב-www.antitrust.gov.il/files/2449/1661.pdf.

105 ראו דיון להלן בפסקה העוקבת.

בישראל, בשל גודל האוכלוסייה, שיעורם האבסולוטי של הרווחים שניתן להפיק ממכירה בכלכלה קטנה מוגבל ממילא. אם יעמדו חברות זרות בפני ההחלטה אם לוותר על רווח זה או למכור – מחשש שהרשות ובתי המשפט יוכלו לדרוש לבחון את דוחותיהן הכספיים ולהשית עליהן סנקציות פליליות, נזיקיות או אדמיניסטרטיביות בשל מחיר גבוה שנגבה בעבר, ללא עקרונות ברורים וידועים מראש המבחינים בין מחיר אסור למחיר מותר – עומד החשש שחלק מהחברות יבחרו שלא להיכנס כלל לשוק הישראלי, ותיפגע אפוא רווחת השוק המקומי, צרכני קצה וצרכני ביניים כאחד.¹⁰⁶ הפגיעה עלולה להתבטא גם ביעילות קטנה יותר בייצור בשוק המקומי כיוון שהחברות הישראליות לא יהיו נתונות ללחצים תחרותיים כבדים של חברות זרות, ולכן תוכלנה להרשות לעצמן להתייעל פחות. כיוון שהאיסור על מחיר בלתי הוגן, כפי שהוא בא לידי ביטוי בגילוי הדעת של הממונה, מבוסס על שיעור הרווח הגבוה מעלויות בעל המונופולין, מחיר גבוה המבוסס על עלות גבוהה לא יהיה אסור. שילוב זה עלול להביא למצב שבו חברות ישראליות לא יעילות ייהנו ממצמד מונופוליסטי בשווקים בישראל, תוך פגיעה ברווחה.¹⁰⁷ טיעונים אלו מקבלים משנה תוקף באותם שווקים המבוססים על חדשנות ומקוריות והמעניקים לחברות ישראליות יתרונות תחרותיים בשווקים עולמיים. חשיבותה של חדשנות זו עולה דווקא בשל מיעוט משאבי הטבע ובשל המרחק הגאוגרפי של ישראל ממרבית השווקים שעמם היא סוחרת.

(3) האם החלת האיסור תוביל בהכרח למחירים נמוכים יותר? האם החלת האיסור תוביל להורדת מחירים? בהקשר זה ניתן לזהות לפחות כמה מקרים שבהם החלת האיסור עלולה לגרום דווקא לתוצאה הפוכה. ראשית, כאמור לעיל הורדת התמריצים של חברות בין-לאומיות להיכנס לשוק הישראלי עלולה למנוע ירידת מחירים והתייעלות בשוק הישראלי בכמה דרכים: ראשית, החלת האיסור עלולה למנוע את כניסתן של חברות זרות יעילות יותר אשר המחיר הממקסם את רווחיהן נמוך מהמחיר השורר בלעדיהן בשוק הישראלי; שנית, החלת האיסור עלולה להקטין עוד יותר את תמריצי ההתייעלות של חברות ישראליות הנובעים מלחצים תחרותיים בשוקיהן ובכך להעלות את עלויותיהן ובהתאמה את מחיריהן (גם אם לא את רווחיהן). שנית, הורדת התמריץ לחברות ישראליות להשקיע במחקר ופיתוח או ביעילות בייצור עלולה למנוע את ירידת עלויותיהן בטווח הארוך, ומכאן כאמור ליצור בסיס למחיר נמוך יותר למקסום רווחיהן. שלישית, בתנאים מסוימים האיסור עלול ליצור לחלק מהחברות הישראליות תמריצים שלא למכור את מוצריהן כלל בשוק הישראלי, ועל כן לא להוריד את המחיר בו. נדיגים. נניח שהאיסור על מחיר גבוה קיים גם במדינות אחרות שבהן סוחרת

106 ראו לציין שאשר לחברות אלו ניתן להניח שהגבלת המחיר בישראל לא תשפיע רבות על התמריץ הדינמי למחקר ופיתוח, כיוון שמרבית רווחיהן מבוססים על מכירות בשווקים זרים, גדולים יותר. בה בעת לעומת החשש הקטן מפגיעה ביעילות דינמית של חברות זרות גדולות בשל רגולציית מחיר בכלכלה קטנה, החשש המועלה כאן מתמקד בתמריצים לכניסה לשוק הקטן מלכתחילה. באשר לפליליות האיסור ראו דיון להלן בפרק ד.4, הטקסט ליד ה"ש 184.

107 אמנם חלק מהחברות הישראליות מבססות את שיקולי הרווח שלהן על שווקים זרים ולא דווקא על השוק הישראלי. בשווקים אלו הגבלת המחיר לצרכנים בישראל לא תפגע רבות ביעילותם הדינמית. אולם עדיין יש לבחון מה משקלן של חברות אלו בשוק הישראלי.

החברה הישראלית, והחשש הגדול ביותר לקביעה כי המחיר הוא בלתי הוגן בשוק הזר הוא על בסיס השוואה בין המחיר שנגבה בשווקים שונים. אם המחיר בשוק הישראלי, בשל החלת האיסור, יהיה נמוך בהרבה מהמחיר בשוק הזר, ייתכן שהחברה הישראלית תעדיף שלא למכור כלל בשוק הישראלי על מנת שלא ליצור בסיס כאמור להשוואה, כל עוד תוחלת הנזק מהאבדן הצפוי של רווחיה מהשוק הזר גדול מתוחלת הנזק מאבדן המכירות בעקבות אי-מכירת המוצר בשוק הישראלי.

רביעית, כאמור בדין הישראלי נתח השוק הגדול מ-50% יוצר חזקה חלוטה לקיומו של בעל מונופולין. מי שמתקרב לרף ה-50% עלול לבחור באסטרטגיה שלפיה הוא מעלה את מחיר מוצריו, ובכך יקטן מספר צרכניו מ-50%, הגם שבמחיר שהוא היה מעוניין למכור בו צרכנים נוספים היו נהנים ממוצריו. אסטרטגיה זו תהא כדאית לו בתנאי שהרווח שהוא מפסיד בעקבותיה קטן מתוחלת הנזק של האיסור על מחיר גבוה בלתי הוגן. ודוק: תוחלת הנזק עשויה לכלול לא רק את הפסד הרווחים הישיר אלא גם את החשש שהממונה או בית משפט במסגרת תביעה פרטית עלולים לדרוש מהחברה לפתוח את דוחותיה הכספיים אך ורק משום שגבתה מחיר גבוה, אף אם לא נקטה שום פעולה מדירה לתחרות. רווחת השוק עלולה להיפגע מכך. אכן, הרשות האנגלית הצהירה בעת האחרונה שהטלת איסור על מחיר גבוה בלתי הוגן עלולה לגרום לחברות לשנות את התנהגותן המחירית בדרכים לא צפויות ומעוותות.¹⁰⁸

חמישית, החלת האיסור עלולה להשפיע לרעה על חלק מציבור הרוכשים במקרים שבהם המונופול מוכר את המוצר בשני שווקים נפרדים. נניח ששוק אחד הוא שוק בעל ביקוש קשיח, והשוק השני הוא שוק בעל ביקוש גמיש. כדי למקסם את רווחיו בעל המונופולין יכול לגבות מחיר שונה בכל אחד משני השווקים לפי גמישות הביקוש בהם, כל עוד הוא יכול למנוע ניצול פערים (ארביטרז') כדי למנוע את הסכנה שהמחיר בשוק בעל הביקוש הגמיש עלול להוביל למסקנה שמחירו בשוק בעל הביקוש הקשיח הוא בלתי הוגן,¹⁰⁹ יכול בעל המונופולין, במצבים מסוימים, להימנע מלמכור כלל בשוק בעל הביקוש הגמיש או למכור בו במחיר גבוה יותר. מובן שנקיטת אסטרטגיות אלו כרוכה לא רק בפגיעה ברווחה החברתית כי אם גם באבדן רווחים לבעל המונופולין. אולם הן יכולות להיות כדאיות בשבילו במקרים מסוימים כתלות ברמת הסיכון הכרוך בהחלת האיסור אל מול הפסד הרווחים המידי וכתלות ביעילותם של אמצעים אחרים חוץ ממבחן ההשוואה לקביעה שמחיר גבוה הוא בלתי הוגן.

הניתוח הכלכלי מוביל לשלוש מסקנות: הראשונה היא שלפחות מבחינה תאורטית ניתן להצדיק כלל סובסטנטיבי שיאזן בין השיקולים הסטטיים והדינמיים תוך התחשבות במאפייניו המיוחדים של השוק הרלוונטי, אשר יבחין בין אותם מקרים שבהם המחיר הגבוה פוגע בטווח הארוך ברווחה החברתית למקרים שבהם הוא אינו פוגע בה. אכן, גם התומכים בהותרת האיסור על כנו לרוב מגבילים את תחולתו למקרים שבהם ההסדרה נדרשת כיוון שהשוק לא יתקן את עצמו בטווח הנראה לעין, והסדרה כאמור לא תפגע

¹⁰⁸ OECD, *Excessive Prices*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 291.

¹⁰⁹ לניסיון לבסס טענה מעין זו ראו Case 27/76, *United Brands Co. v. Comm'n*, 1978 E.C.R. 207, 1. (להלן: עניין *United Brands*).

בשיקולים דינמיים גם בשווקים אחרים.¹¹⁰ המסקנה השנייה, שהיא פועל יוצא של הראשונה, היא שאי אפשר להצדיק על בסיס ניתוח כלכלי כלל גורף האוסר על גביית מחיר הגבוה בהרבה מהמחיר בתנאי תחרות בלא בחינה מעמיקה יותר של תנאי השוק הספציפי. זאת כיוון שלפחות בחלק מהמקרים כלל כאמור יפגע בתמריצים דינמיים לתחרות, להתייעלות ולחדשנות. למשל, החלת כלל כאמור תמנע כניסה לשוק בעל רמת סיכון גבוה (דוגמת שוק לפיתוח תרופה חדשה), כיוון שעלות הסיכון לא תגולם ברווח שיותר לחברה לגבות אם תצליח בהשקעתה כאמור.

המסקנה השלישית היא שמחיר הטעות ביצירת איזון לא נכון – כאשר החוק יוצר אפקט מצנן על השקעות הנדרשות לשם יצירת יתרונות תחרותיים חדשניים, הן בשל חוסר הוודאות שהוא יוצר בדבר תחולת החוק הן בשל מניעת רווחים הנדרשים לצורך יצירת תמריצים לתחרות בטווח הארוך – עלול להיות גבוה מאוד בשל חשיבות היעילות הדינמית לרווחה המצרפית. בהינתן המחיר הגבוה של הטעות יש לבחון, לאור תורת ההחלטות, את הסיכוי לטעות ואת שאר הפרמטרים המשליכים על ההחלטה איזה כלל משפטי ראוי להחיל על מנת להגשים את מטרת החוק, שהיא הגדלת הרווחה החברתית.

(ד) ניתוח האיסור לאור תורת ההחלטות

כאמור, עיצוב הכלל המשפטי צריך להתחשב במגבלות הליך קבלת ההחלטות ובמחיר טעויותיו. לפיכך כלל משפטי אופטימלי אינו בהכרח זה שיוביל, בסופו של דבר, לקבלת החלטה אשר תתאם את המודל הכלכלי ההיפותטי האופטימלי, אלא זהו הכלל אשר יוביל לתוצאה שתגשים בצורה הטובה ביותר את מטרת החוק לפי הנחות ראליות של הליך קבלת ההחלטות. לפיכך כדי שתהא הצדקה להחלתו של כלל משפטי, יש לוודא שהתועלת שהוא יוצר לאור מטרות החוק גבוהה מעלות החלתו בפועל וממחיר הטעויות שהוא יוצר.

הבה נחיל שיקולים אלו על כלל האוסר על גביית מחיר גבוה לא הוגן. כפי שפרק זה מפרט, לשיקולים מוסדיים יש משקל מכריע בהחלטה אם יש לפרש את עילת הניצול לרעה של כוח מונופוליסטי כאוסרת גם על מחירים גבוהים בלתי הוגנים. אכן, ככל שעלות המידע הדרוש לסרטוט קו הגבול בין מחיר הוגן למחיר בלתי הוגן והקשיים בהשגתו א־פריורית הם גבוהים יותר, כך עולה עלות החלתו יחסית לתועלת החברתית הנובעת מהחלתו. זאת כיוון שמידע יקר או קשה להשגה יוצר עלות מידע גבוהה להחלת האיסור. אך חשוב מכך, ככל שעלות המידע וקשיי השגתו גבוהים יותר, גדל חוסר הוודאות שהכלל יוצר, המקטינה את האפשרות של חברות לדעת מראש מהו המחיר שהן תוכלנה לקבל עבור מוצריהן אם השקעתן תצלח. חוסר ודאות זה, בתורו, מגדיל את עלות הטעות מסוג תחולת יתר, הפוגעת בתמריץ להשקעה וביעילות הדינמית, שכאמור חשיבותה לרווחה החברתית רבה.

Office of Fair Trading, OFT 402, OFT Guidelines in Relation to Chapter II Prohibition Under 110 the UK Competition Act 1998 (1999).

(1) המבחן האירופי למחיר גבוה בלתי הוגן לשם בחינת עלויות המידע ועלויות הטעות בהחלת האיסור, להלן ננתח את המבחן למחיר גבוה בלתי הוגן בארץ מכורחה של העילה, אשר הינו המבחן המנחה במרבית המדינות בהם מוכרת העילה ואשר אליו הפנו גם בתי המשפט הישראליים וכן הממונה.¹¹¹ ההחלטה הראשונה בה הוחלה עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן היתה בעניין *General Motors*. שם קבע בית הדין האירופי, באמרת אגב, שמחיר יהווה ניצול לרעה כאשר הוא מופרז (*Excessive*) יחסית לערך הכלכלי של המוצר או השירות שבמונופולין.¹¹² בכך קבע בית הדין עקרון יסוד לקביעת ההוגנות של המחיר: המחיר צריך לשקף את הערך הכלכלי של המוצר או השירות שבמונופולין לצרכן ולא דווקא את עלויות ייצורו. ההחלטה האירופית המכוננת שדנה בעילה הינה בעניין *United Brands*. שם קבעה יבואנית בנות מחיר שונה לבנות מתוצרתה במדינות שונות, בהתאם לגמישות הביקוש הצרכנית. במסגרת עקרון היסוד, לפיו יש לבחון את ההוגנות המחיר בהתאם לערך הכלכלי של המוצר, החיל בית הדין מבחן דר-שלבי:¹¹³

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.

לפיכך בשלב הראשון יש לבחון אם המחיר הוא מופרז. לשם כך נבחנות עלויות הייצור של בעל המונופולין לעומת המחיר שהוא דרש. מבחן זה יוצר בסיס (*Benchmark*) שבעזרתו ניתן לבחון אם המחיר גבוה. אולם גם אם יסתבר שהמחיר הוא מופרז, עדיין אין בכך כדי לבסס את היותו בלתי הוגן.¹¹⁴ בשלב השני יש לשאול אם המחיר הוא "בלתי הוגן" (*Unfair*), כשלעצמו או לעומת מוצרים מתחרים.¹¹⁵ ודוק: ההשוואה היא בין מחיר המוצר למחיר מוצרים מתחרים (דהיינו מוצרים תחליפיים) ולא למוצרים הנמכרים בתנאי תחרות. במסגרת השלב הראשון החילו בתי המשפט האירופיים שני מבחנים חלופיים: הראשון מבוסס על חישוב המרווח עלות/מחיר (להלן: מבחן ההפרש); השני משווה את המחירים

111 עניין רייס, לעיל ה"ש 61, בעמ' 712–713. ראו גם עניין מגורים, לעיל ה"ש 62; גילוי הדעת, לעיל ה"ש 7, בעמ' 11.

112 Case 26/75 *General Motors Continental NV v. Comm'n*, 1975 E.C.R. 1367 1 C.M.L.R. 95 (1976) (להלן: עניין *General Motors*).

113 עניין *United Brands*, לעיל ה"ש 109, פס' 252. ראוי לציין כי בגילוי הדעת, לעיל ה"ש 7, בעמ' 8, טוען הממונה שפסק דין זה מבסס גישה לפיה המחיר ההוגן הוא המחיר שהיה נקבע בתנאי תחרות, ולא כך הוא.

114 Case COMP/A.36.570/D3 *Sundbusserne v. Port of Helsingborg* (2006); Case COMP/A.36.568/D3 *Scandlines Sverige AB v. Port of Helsingborg*, ¶150 (2006) (להלן: עניין *Scandlines*). בשלבים הראשונים להתפתחות הדין האירופי, בית הדין לא ערך הבחנה ברורה בין שני השלבים.

115 שם, פס' 142, 147, 149–150.

לא לו שגובה חברה אחרת עבור מוצר זה או דומה בשוק אחר (להלן: מבחן ההשוואה). מבחן ההשוואה אומץ לראשונה בהחלטות בעניין *SACEM*. שם קבע בית הדין שמקום שהשוואת מחירים מוכיחה שמחירים בשוק אחד גבוהים בהרבה מאלה שבשוק אחר ואין טעמים אובייקטיביים להפרשי העלות, ההבדלים יכולים לשמש אינדיקציה לכך שנגבו מחירים מופרזים.¹¹⁶

כאמור, בשלב השני יש לקבוע אם המחיר הוא בלתי הוגן, גם אם הוא מופרז. אם כן, מתי מחיר מופרז הופך להיות בלתי הוגן? ב-*United Brands* לא נתן בית הדין תשובה ברורה לשאלה זו.¹¹⁷ בהחלטותיה המוקדמות התייחסה רשות התחרות האירופית בעיקר לצד ההיצע, דהיינו לעלות הייצור בתוספת רווח סביר כאינדיקציה ראשונית ובסיסית שממנה מחושב המחיר ההוגן. אולם גם מהחלטות אלו אין עולה קו גבול ברור בין מחיר הוגן למחיר בלתי הוגן, וחלקן מאפשרות רווח גבוה יחסית. כך למשל בעקבות הורדת המחיר של GM לרמה של פי 8 מהעלות, קבע בית הדין האירופי כי ההפרה תוקנה.¹¹⁸

לאחרונה עשתה רשות התחרות האירופית ניסיון להגדיר את ההבדל בין מחיר גבוה לבין מחיר בלתי הוגן בעניין *Scandlines* ובעניין *Sundbusserne*.¹¹⁹ שתי ההחלטות עוסקות במחיר שירותי הנמל בנמל הלסינגבורג, אחד משני הנמלים הגדולים בשוודיה. הרשות הדגישה את שני שלביו של המבחן, המחייב לקבוע לא רק שמחיר הוא מופרז אלא גם שהוא בלתי הוגן.¹²⁰ לפיכך הרשות בחנה אם קיים יחס סביר בין המחיר שנגבה לבין הערך הכלכלי של המוצר. הרשות הדגישה שערך כלכלי הוא מונח כלכלי המביא בחשבון הן שיקולי היצע הן שיקולי ביקוש. בעקבות זאת עלות ייצור ושיעור רווח שנקבע מראש אינם יכולים להוות בסיס לחישוב מחיר בלתי הוגן, כיוון שמסקנה כאמור מתעלמת משיקולי ביקוש למוצר, שהם חלק אינטגרלי מערכו הכלכלי.¹²¹ לפיכך יש לחשב את ערכו הכלכלי של מוצר לפי הנסיבות המיוחדות של כל מקרה, לרבות הביקוש למוצר.¹²² במקרה האמור הובאו בחשבון המאפיינים המיוחדים של המוצר שבמונופולין: המיקום המיוחד של הנמל ותנאיו הטבעיים אשר יצרו ערך מבחינת לקוחות הנמל. ההחלטה מדגישה שיתרונו הטבעי של הנמל אינו מגדיל את עלויותיו של בעל הנמל, אולם הוא יוצר ערך הן לבעל הנמל הן ללקוחותיו, ועל כן הוא מגדיל את הערך הכלכלי של המוצר, שאותו יש להביא בחשבון בעת קביעת מחיר הבלתי הוגן.¹²³

Case 395/87 Ministère public v. Tournier, 1989 E.C.R. 2521; Case 110/88 Lucazeau v. SACEM, 1989 E.C.R. 2811

117 עניין *Scandlines*, לעיל ה"ש 114, פס' 217.

118 עניין *General Motors*, לעיל ה"ש 112.

119 עניין *Scandlines*, לעיל ה"ש 114.

120 שם, פס' 215.

121 שם, פס' 199, 216, 221.

122 שם, פס' 226.

123 שם, פס' 22; עניין *Sundbusserne*, לעיל ה"ש 114, פס' 205.

גם בית המשפט האנגלי לערעורים הלך בדרך זו. בעניין *Attheraces*¹²⁴ נסבה התביעה על מחירים גבוהים שדרשה חברה המפעילה מירוצי סוסים עבור מידע על תחרויותיה, אשר נרכש בידי חברת שיווק אנגלית, שמכרה את המידע לסוכני הימורים ברחבי אירופה. בית המשפט בערכאה הראשונה קבע כי אכן המחירים היו בלתי הוגנים וביסס קביעתו על ההנחה שהערך הכלכלי מחושב כעלות איסוף המידע פלוס רווח סביר. בית המשפט לערעורים דחה גישה זו בקבעו כי התנאי שהמחיר יהא גבוה מהעלות פלוס רווח סביר הוא תנאי הכרחי, אבל לא מספיק, לקביעה שהמחיר הוא בלתי הוגן.¹²⁵ בשלב השני יש לבחון אם המחיר הוא בלתי הוגן ביחס לערכו הכלכלי של המוצר. בית המשפט הדגיש כי בקביעת הערך הכלכלי של המוצר יש להביא בחשבון לא רק עלויות והחזר על הון אלא גם את ערכו של המוצר בעיני מי שרוכש אותו – במקרה זה חברת ההפצה האנגלית.¹²⁶ ערך זה מתבטא בין היתר ברווחים של משתמש הביניים מהמוצר. בית המשפט גם הדגיש כי לשם קביעה אם המחיר הוא בלתי הוגן יש לבחון את השפעת הפעולה על הצרכן הסופי – במקרה זה המהמרים על תוצאות המירוצים – ולא על רווחיותם של מתחרים עסקיים.¹²⁷ גישה זו אימץ גם בית המשפט האירופי בהחלטתו בעניין *Kanal 5*.¹²⁸

(2) ניתוח המבחן לאור תורת ההחלטות

הבה נבחן את המבחן האירופי, המשמש כאמור בסיס לעילה כמעט בכל מקום שבו היא מוחלת ברחבי העולם, לרבות ישראל, לאור תורת ההחלטות. כמפורט לעיל, השלב הראשון מחייב מידע בדבר עלויות הייצור של בעל המונופולין. מבחן ההפרש כרוך בעלויות מידע גבוהות ויוצר בעיות של כימות. בעניין *United Brands* עמד בית הדין על חלק מהקשיים הכרוכים ביישום מבחן זה:¹²⁹

[There are] considerable and at times very great difficulties in working out production costs which may sometimes include a discretionary apportionment of indirect costs and general expenditure and which may vary significantly according to the size of the undertaking, its object, the complex nature of its set up, its territorial area of operations, whether it manufactures one or several products, the number of its subsidiaries and their relationship with each other [...].

Attheraces Ltd. v. British Horseracing Bd. Ltd., [2007] EWCA (Civ) 38, [2007] Info. T.L.R. 124
41 (Eng.)

125 שם, פס' 101.

126 שם, פס' 218.

127 שם, פס' 215.

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

129 עניין *United Brands*, לעיל ה"ש 109. לעניין בעייתיות החלת המבחן על קניין רוחני ראו עניין הפרציה הישראלית, לעיל ה"ש 32.

המבחן החלופי למבחן ההפרש, מבחן ההשוואה, כרוך אף הוא בעלות מידע גבוהה ובקשיי הוכחה, בין היתר בשל הצורך למצוא שוק שמרבית משתניו דומים לשוק הנבחן¹³⁰ ובשל הצורך לערוך השוואה קפדנית בין השווקים (מבחינת עלויות חומרי גלם, האיכויות היחסיות של המוצרים ותנאי השירות הנלווים, עלויות שיווקיות, מסים וכדומה). בדיקה זו מחייבת איסוף מידע רב וניתוח מעמיק של שני השווקים גם יחד. מידע זה הוא לרוב יקר ולעתים קשה להשגה. בנוסף, לשם השוואה אמיתית שתהיה אינדיקציה לשיעורו של המחיר מעל לעלות המוצר, יש צורך כי השוק שאליו אנו משווים יהיה שוק תחרותי, או לפחות קרוב לכך. שאם לא כן, ההשוואה לא תעניק לנו רבות מעבר לעובדה שחברות במקומות שונים נהנות מרווחים על-תחרותיים. קשיים אלו באים לידי ביטוי, בין היתר בעובדה שאין שום החלטה שעומדת על תלה שבה הרשות האירופית מצאה ניצול לרעה על בסיס מבחן ההשוואה.¹³¹ גם בישראל ניסיון להשתמש במבחן זה נכשל.¹³² רק לאחרונה קבע הממונה כי "זיהוי המחיר שגבה המונופולין כמחיר מופרז [...] [הינן] אתגר לא פשוט...[ה]דורש ניתוח כלכלי, ולעתים גם חשבונאי, מורכב".¹³³

בנוסף, וקשה מכול, יידרש מקבל ההחלטות – אם זה בעל המונופולין, אם חברה המבקשת לבחון כדאיות השקעה מסוימת, אם זו הרשות ואם בית הדין או בית משפט – לקבוע במסגרת השלב השני של המבחן אם קיים יחס סביר בין המחיר שגובה בעל המונופולין לבין הערך הכלכלי של המוצר. במסגרת זאת יידרש מקבל ההחלטות להתייחס הן לשיקולי ביקוש הן לשיקולי היצע. במסגרת שיקולי ההיצע עשוי מקבל ההחלטות לקבוע בין היתר מהי רמת הסיכון שבה פועל בעל המונופולין, וכן מהו מרווח הרווח על ההשקעות שיש לאפשר לו על מנת שלא לפגוע ביעילות דינמית: האם בשוק מסוים די במרווח רווח של 50% כדי לשמור על תמריצים דינמיים? האם 100%? 300%? כאן נדרש ניתוח כלכלי של השפעת המחיר על תמריציו של בעל המונופולין להתייעל, כמו גם על תמריציהן של חברות הפועלות בשווקים אחרים להשקיע ביעילות דינמית על מנת להגיע למעמד של בעל מונופולין. ניתוח זה יקר ובעייתי להוכחה ומשתנה משוק לשוק וממקרה למקרה.

את הבעייתיות בקביעת מרווח הוגן מעל מחיר העלות ביטאו בין היתר O'Donoghue ו-Padilla:

[a]ny definition of what constitutes a reasonable profit margin must take into account a whole range of factors, including, e.g., economies of scale, sunk costs, and risk. Profit margins differ across industries, and high profit margins may reflect the required compensation for the risk associated with large upfront investment costs or research and development expenditure. Too low a profit margin may reduce *ex ante* investment and harm consumers in the long run. [...] But in many industries, *there will simply be*

130 על הבעייתיות בהחלת מבחן ההשוואה ראו למשל עניין *Scandlines*, לעיל ה"ש 114, וכן Case COMP/C-2/37.761 *Euromax v. Imax* (2004).

131 *Furse*, לעיל ה"ש 70, בעמ' 66.

132 עניין רוזנבוים, לעיל ה"ש 63; עניין הפרציה הישראלית, לעיל ה"ש 32.

133 גילוי הדעת, לעיל ה"ש 7, בעמ' 4.

*no reliable way of approximating a "reasonable" profit, in particular if this involves an analysis of items such as the intangible value of assets and any relevant opportunity cost.*¹³⁴

במסגרת שיקולי הביקוש יידרש מקבל ההחלטות לקבוע בין היתר מהו הערך המוסף שהמוצר או השירות מעניק לצרכניו של בעל המונופולין, ומהו המשקל שיש ליתן לשיקולי ביקוש בתחשיב הערך הכלכלי.¹³⁵ ההחלטות האירופיות אינן קובעות בכירור כיצד יש להחיל פרמטרים אלה.

אכן, ניתוח הפסיקה האירופית מלמד שאין כללים ברורים לשאלה מהו מחיר הוגן, אלא יש רק פרמטרים כלליים הגורמים לחוסר ודאות בהחלת החוק. גם לאחר כארבעים שנה שבהם חל, לפחות בתאוריה, איסור אירופי על גביית מחיר גבוה לא הוגן, לא הצליחו בתי המשפט ורשות ההגבלים להתוות קו ברור וודאי לעניין מחיר הוגן.¹³⁶ כדבריו של המלומד פורס:¹³⁷

As has long been recognised, there are significant problems in applying [the prohibition against excessive pricing...] Neither the EC Commission nor the European Court of Justice, or the relevant UK authorities, has provided a robust working method of determining when a price is to be held excessive.

חשוב לציין שרק בהחלטה אחת מצא בית הדין האירופי כי אכן בפועל נגבה מחיר בלתי הוגן. יתר ההחלטות שבהן הכיר בית הדין באפשרות זו היו החלטות שהופנו אליו לקביעה ראשונית, שבהן לא נדרש בית הדין לבחינה מדויקת אם המחיר הוא אכן בלתי הוגן.¹³⁸ גם בית המשפט העליון הישראלי עמד על הקשיים בהחלת הכלל:¹³⁹

שני המבחנים [...] [מבחן הפרש עלויות ייצור למחיר ומבחן ההשוואה לשווקים אחרים] (ואחרים) אינם מתווים קו ברור לעניין "מחיר הוגן" או לעניין גובה הנזק, שהרי נותרות השאלות מהו גובה הרווח ה"מותר" למונופולין? ומהו ההפרש בין מחירים של חברות דומות, מעליו נחשב המחיר ל"בלתי הוגן"?

134 O'DONOGHUE & PADILLA, לעיל ה"ש 13, בעמ' 615 (ההדגשה הוספה – מ"ג, ה"ג).

135 המבחן גם יוצר מעגליות: האם המחיר שצרכן מוכן לשלם עבור המוצר לא משקף בהכרח את ערכו הכלכלי (המינימלי) בעיני הצרכן? ראו Furse, לעיל ה"ש 70, בעמ' 60.

136 ש.ס.

137 ש.ס.

138 ש.ס.

139 עניין רייס, לעיל ה"ש 61, פס' 17. צוטט בהסכמה גם בעניין רוזנבוים, לעיל ה"ש 63, פס' 11 וכן בעניין מגורים, לעיל ה"ש 62, פס' 11.

על הקשיים בהחלת הכלל עומדים גם שגיא וונג, הקובעים כי "התערבות במחיר על-ידי רשויות התחרות או בתי-המשפט בדרך של קביעת המחיר 'ההוגן' [...] מקבעת מחיר רגולטורי שנקבע על-ידי מי שאין לו הכלים לקבוע את המחיר ולעדכנו"¹⁴⁰. הבעיות הפרקטיות והמוסדיות הכרוכות בהפיכת בתי המשפט למפקחי מחירים היו ועודן בבסיס ההחלטה האמריקנית לא לאסור על מחירים גבוהים, בד בבד עם השיקולים הדינמיים שפורטו לעיל. בתי המשפט הדגישו שאיסור שאינו מתבסס על כללים ברורים, הניתנים בקלות יחסית להחלה, ייצור רמה גבוהה של חוסר ודאות.¹⁴¹ המלומד Turner הוסיף שבתי משפט שינסו לקבוע את רמות המחיר של בעל המונופולין יפעלו כרגולטורים ספציפיים ויידרשו להסדרה ארוכת טווח, בכל פעם שתנאי השוק ישתנו.¹⁴² יתרה מזו, הידע הספציפי הנדרש כדי להסדיר את המחיר של כל חברה ומחיר הטעות מצדיקים גישה של חוסר התערבות.

ונקשה: במה שונה האיסור על מחיר בלתי הוגן מכללים הגבליים אחרים הנדרשים גם הם לניתוח כלכלי מורכב? שהרי למשל גם האיסור על מחיר טורפני דורש ניתוח עלויותיו של בעל המונופולין על מנת לוודא שהמחיר שהוא דורש אינו מכסה עלויות אלו, וגם קביעת פיצוי נזיקי על נזקי קרטל דורש חישוב הנזק שנגרם בשל המחיר הגבוה.¹⁴³ התשובה לשאלה זו פשוטה: בשני המצבים המנויים להלן, כמו גם באיסורים הגבליים רבים אחרים, הקושי הוא באיסוף העובדות הרלוונטיות ובהוכחתן, אולם הכלל הוא בהיר וודאי. האיסור על מחיר טורפני, כפי שהוא מוחל במרבית העולם, לרוב קובע קו גבול ברור יחסית בין מחיר טורפני לשאינו טורפני (דוגמת עלות משתנה ממוצעת או מבחן עלות דומה). אוכף הכלל אינו נדרש להפעיל שיקול דעת מורכב אלא לבחון אם הוכח בפניו שאכן הקו הקובע מראש נחצה. זאת ועוד: כל המידע הנדרש לבחינה אם הקו נחצה מצוי בידי בעל המונופולין, ועל כן רמת הוודאות שלו באשר להפרת החוק גבוהה יחסית. נציין כי יש הטוענים כי סרטוט קו ברור זה מסביר, לפחות חלקית, את מיעוט התביעות בנושא מחיר טורפני, שהרי קל לבעל המונופולין להחיל כלל זה על עצמו.¹⁴⁴ לא כך הדבר כאשר עסקינן במחיר גבוה בלתי הוגן. בדומה לזה, גם קביעת שיעור הנזק בתביעה שהוגשה על בסיס עבירת הקרטל – הגם שהיא עשויה להקים קשיים עובדתיים בהוכחת רמת המחיר שהיה נדרש ללא הקרטל – אינה מחייבת את אוכף הכלל לקבוע מהם "גבולות הגזרה" הנורמטיביים של הנזק. בשונה מזה, בעת החלת האיסור על מחיר גבוה בלתי הוגן חייב האוכף לסרטוט את הקו המבדיל בין מחיר בלתי הוגן ושלא, שבו קביעת ההפרש עלות-מחיר הוא רק שלב ראשון אך לא מספיק, ויש לקבוע בכל מקרה לגופו, לאור נסיבותיו הייחודיות ולאור ניתוח תמריצים בשוק, לרבות תמריצים שליליים הנוצרים

140 שגיא וונג, לעיל ה"ש 6, בעמ' 552–553.

United States v. Trenton Potteries Co., 273 U.S. 392, 397 (1927): "The reasonable price fixed today may through economic and business changes become the unreasonable price of to-morrow [sic]"

Donald Turner, *The Scope of Antitrust and Other Economic Regulatory Policies*, 82 HARV. L. REV. 1207 (1969)

143 לטענה ברוח זו ראו למשל גילוי הדעת, לעיל ה"ש 7, בעמ' 6.

144 ראו דיון בעילת התמחור הטורפני לעיל בפרק ד.1.

מאיוודאות בהחלת הכלל, גם היכן ראוי לסרטט את קו האיסור. במקרה זה אף הכלכלנים לא הצליחו ליצור נוסחה אחידה, ברורה וסדורה לקביעת קו הגבול כאמור. בדומה לזה, גם הטענה שיש נורמות הגבליות נוספות שהן עמומות¹⁴⁵ אין ביכולתה להצדיק את החלת האיסור על מחיר גבוה לא הוגן. אכן, עצם היותה של נורמה עמומה עד לפרשנותה בידי האוכף אין בה כשלעצמה כדי למנוע את החלתה. אולם באשר ליתר הנורמות יש לרוב קו ברור שניתן לסרטט בין אסור למותר, הנסמך לרוב על תאוריה כלכלית מקובלת, אך לא כד הדבר באשר למחיר בלתי הוגן.

קשיים אלו מקרינים על הסתברות הטעויות בהחלת הכלל. ככל שהחלתו של הכלל ודאית פחות, כך הסתברות הטעות גדולה יותר. כפי שראינו לעיל, מחיר טעות של תחולת יתר הוא גבוה בשל הפגיעה הפוטנציאלית ביעילות הדינמית של השוק. כמפורט לעיל, החשש הוא מפגיעה בתמריצי ההשקעה של חברות ביצירת יתרונות פרור-תחרותיים אשר יעניקו להם מעמד מונופוליסטי בשוק בשל העדפה של צרכנים רבים את מוצריהן, אם הן לא תדענה מראש אם ואיזה חלק של פרות השקעתן יהיה מותר להן להותיר בידן. גם ארגון המדינות המפותחות קבע לאחרונה שכלל משפטי המבקש לאסור על מחיר גבוה בלתי הוגן נדרש ליצור ודאות ברמה סבירה בעת שחברה בוחנת את תחולתו האפשרית בעניינה בטרם השקעתה. מקום שבו קו הגבול בין מחיר הוגן ולא הוגן אינו ברור א-פריורי, עולה חשש לשיבוש פעולת השווקים.¹⁴⁶

שיקולים אלו מקבלים משנה תוקף בדין הישראלי, שבו עסקינן בעילה אשר יכולה להוות בסיס לעבירה פלילית, לעוולה חוזית ונזיקית (לרבות תביעה ייצוגית), כמו גם לעיצום כספי, החלים בדיעבד, לאחר שהפעולה כבר נעשתה ואינם צופים פני עתיד. כאמור, החזקות אמורות להיות נייר לקמוס להתנהגות אסורה. מכאן שיש חשיבות להגבלת תחולת החזקות רק לאותן קטגוריות של מקרים שבהם ההסתברות לפגיעה התחרותית של ההתנהגות הנופלת בגדרן היא גבוהה ביותר, או מחיר הטעויות של תחולת חסר הוא כה גבוה, עד כי הוא מאפיל על עלות האיסור, לרבות עלות טעויות מסוג תחולת יתר.

הבעייתיות מתחזקת גם משום שאין בסעיף 29א אפשרות לקבל הכשרה מראש (*ex ante*) של המחיר, כדי שבעל המונופולין יוכל לוודא שאכן המחיר שהוא גובה ייחשב הוגן.¹⁴⁷ התוצאה היא שגם אם יש בהתנהגות יתרונות לטובת הציבור (דוגמת הגברת המוטיבציה להתייעל או כיסוי ראוי של סיכונים שקיבל על עצמו בעל המונופולין), ייתכן כי פעולות אלו לא יבוצעו בשל הרתעת יתר שיוצר כלל לא ודאי.¹⁴⁸

בנוסף, ולא פחות חשוב, במסגרת ניתוח לפי תורת ההחלטות יש להביא בחשבון את המאפיינים המוסדיים של מקבלי ההחלטות ואת סוג ההחלטה שהם נדרשים לקבל, המשפיעים על גובה הצפוי של הטעות. בהקשר זה נאיר כמה מאפיינים רלוונטיים:

145 דיויד גילה "דברי הממונה על ההגבלים העסקיים" (הרצאה במסגרת יום עיון בנושא "תמחור מופרז של בעל מונופולין", תל-אביב, 9.12.2013) (להלן: כנס תמחור מופרז).

146 OECD, *Excessive Prices*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 22.

147 ס' 43 לחוק ההגבלים העסקיים מאפשר לממונה לתת חוות דעת מקדמיות, אולם חוות דעתו אינה מחייבת את בתי המשפט הרגילים.

148 שגיא וונג, לעיל ה"ש 6, בעמ' 566.

ראשית, בישראל ניתן להגיש תביעה נזיקית, חוזית או פלילית בעילה של ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי בפני בתי המשפט הרגילים, הנעדרים התמחות מיוחדת בשאלות של יצירת תמריצים ליעילות דינמית. זאת כיוון שמרבית השופטים אינם בעלי ידע מיוחד בכלכלה. דוגמה לסכנה זו ניתן למצוא בכמה החלטות של בתי משפט להקיש מרמת המחירים בחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח-1957, למחיר ההוגן בחוק ההגבלים העסקיים.¹⁴⁹ היקש זה הוא בעייתי ביותר, שכן השיקולים בבסיס כל אחד משני החוקים אינם בהכרח שיקולים דומים. מעניין שבעניין הפדרציה הישראלית בית הדין הישראלי משך את ידו מקביעת גובהם ההוגן של תעריפי ההשמעה של יצירות מוזיקליות, בקבעו בין היתר ש"פיקוח על תעריפי הפדרציה יצריך התערבות שוטפת של בית הדין לצורך אכיפה ועדכון של התעריפים, תפקיד שאינו מעניינו של בית הדין".¹⁵⁰ ואם בית הדין, אשר לו מומחיות כלכלית מיוחדת, אינו מרגיש נוח לקבוע את הוגנות התעריפים, כיצד יעשו זאת בתי המשפט הרגילים? שנית, הדיון נערך לרוב ללא החלטה מוקדמת וניתוח השוק בידי הרשות. שלישית, ואולי החשוב ביותר: במסגרת תביעה נזיקית נדרש בית המשפט לקבוע בביורר מתי הופך המחיר להיות לא הוגן על מנת לחשב את מידת הנזק.

מעניין שבית המשפט הדרום-אפריקני הוסיף למבחן האירופי את התנאי שלפיו גביית מחיר גבוה פוגעת ברווחת הצרכן.¹⁵¹ מטרתו של תנאי זה היא לוודא שגם בניחות ארוך טווח ודינמי יש פגיעה ברווחת הצרכן. תנאי זה מקטין את הפגיעה ביעילות יצרנית ודינמית כל עוד הוא מוחל על ניתוח ארוך טווח, אולם אין בו כדי להתגבר על חוסר הוודאות שיוצר הכלל המשפטי.

למען שלמות התמונה נוסיף שכפי שפורט לעיל, תנאי השוק הספציפיים יש בהם כדי להקרין על עצמת הפגיעה בתמריצים הדינמיים להתייעלות ועל מחיר הטעות. ככל שקשה יותר להיכנס לשוק שבו פועל בעל המונופולין ולהתחרות בו, כך תקטן חשיבותם של השיקולים הדינמיים ויגדל משקלם של השיקולים הסטטיים. טיעון זה מקבל משנה תוקף בישראל, שהיא כלכלה קטנה וריכוזית, בין היתר בשל ביקוש מקומי קטן יחסית ומרחק גאוגרפי ממרבית השווקים שעמם היא סוחרת.¹⁵² אל מגבלות טבעיות אלו לתחרות מצטרפים חסמי כניסה לא מבוטלים יצירי ממשלה לחלק משווקים¹⁵³ ורמה גבוהה של ריכוזיות משקית המגבירה את הקשיים לשנות את הסטטוס קוו הקיים.¹⁵⁴ בתנאים אלו כוחה של היד הנעלמה של השוק מוגבל יחסית, וניתן להסתמך פחות על שינוי מבנה השוק בדרך של תחרות, לפחות בחלק מהשווקים בישראל. ההנחה שלפיה אם נאסור על ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי בדרך של יצירת מכשלות מלאכותיות לתחרות תתקיים רמה

149 רע"א 729/04 מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ (פורסם בנבו, 26.4.2010).

150 עניין הפדרציה הישראלית, לעיל ה"ש 32, פס' 111. בפועל קיים כיום מנגנון של מעין בוררות בין הצדדים לקביעת תעריפים.

Mittal Steel South Africa Ltd. v. Harmony Gold Mining Co. Ltd. 2009 ZACAC 1 (CAC) (S. Afr.) 151

152 GAL, COMPETITION, לעיל ה"ש 19, בפרק 1.

153 דוח טרכטנברג, לעיל ה"ש 71.

154 ראו למשל קונסטנטין קוסנקו "התהוותן של הקבוצות העסקיות בישראל והשפעתן על החברות ועל המשק" (בנק ישראל, מחלקת המחקר, 2008).

סבירה של תחרות במרכיב השווקים, אינה תופסת בכללות קטנות.¹⁵⁵ יתרה מזאת: קיימים שווקים במדינת ישראל שבהם המונופולין לא הושג בהכרח בשל יתרונות תחרותיים בעלי משקל.

אולם גם תנאים אלו אינם מטים את הכף לטובת איסור על מחיר מונופוליסטי דרך האיסור על ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי.¹⁵⁶ ראשית, אם מדובר בשוק שהכניסה אליו מלכתחילה קשה וגם המונופולין נדרש להתמודד עם קשיים אלו עם כניסתו לשוק, רגולציה מחיר עלולה לפגוע בתמריצי הכניסה לשוק מלכתחילה ועלולה להוביל למצב ששום חברה לא תיכנס לשוק. בנוסף, גם כאן לשיקולים מוסדיים חשיבות רבה בקביעת הכלל ההסדרתי. חוק ההגבלים העסקיים חל על כל השווקים באשר הם ואינו מוגבל לשוק זה או אחר. אם תוכר עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן, היא תוחל על כל השווקים. על כן יש לבחון את השפעתו של כלל משפטי כאמור על תמריצי ההתייעלות בשווקים כולם. כלל אשר יבחין בין שווקים שונים צריך ליצור רמת ודאות א־פריורית ברמה גבוהה בנוגע להבחנה בין הקבוצות השונות, הבחנה שאינה קלה כלל ועיקר, וכן יידרש להתוות קו ברור לעניין הוגנות המחיר גם בשווקים אלו. בנוסף, העובדה שבתי המשפט הרגילים הם אלו אשר במסגרת תביעות נזיקיות וחוזיות יידרשו לערוך הבחנות כאמור מקטינה את האפשרות להגיע לרמת הודאות הנדרשת על מנת שלא לפגוע במנגנון השוק.

לבסוף, ואולי חשוב מכול, מחיר א־ההסדרה דרך הכלי ההגבלי של ניצול לרעה קטן כשקיימים כלים רגולטוריים חלופיים המקטינים את הפגיעה ביעילות הדינמית. אכן, ביטולו של האיסור דרך עילת הניצול לרעה אינו סותם את הגולל על הסדרת מחיריו של בעל המונופולין בדרכים אשר עשויות להקטין את הפגיעה בתמריצי התחרות. כוונתנו היא להסדרה מראש של מחיריו הגבוהים של בעל המונופולין, השונה באופייה מהחלת איסור בדיעבד מקום שבו ניתוח לפי תורת ההחלטות מורה שיתרונות ההסדרה גדולים מחסרונותיה. להסדרה מראש יתרונות ברורים: היא יוצרת ודאות אצל בעל המונופולין באשר לחוקיות רמת מחיריו מרגע ההסדרה ואילך.¹⁵⁷ היא גם מסמיכה רשות מקצועית – במקום את בתי המשפט הכלליים – לקבוע את רמת המחיר המותרת. בדיון הישראלי כמה חוקים המאפשרים הסדרה מראש, דוגמת חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים¹⁵⁸ וכן חוקים ספציפיים לשווקים מסוימים. הסדרה זו מחזקת את הטענות לא־הכרה בעילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן במסגרת החזקות לניצול לרעה. במונחי תורת ההחלטות, עלות הטעות הנובעת מפרשנות האיסור הגלום בסעיף 29 באופן שיחול רק על מחיר נמוך יורדת בשל קיומה של הסדרה חילופית.

155 ראו למשל GAL, COMPETITION, לעיל ה"ש 19, בפרקים 1 ו-3.

156 שם, בפרק 3.

157 מובן שגם הסדרה זו אינה פותרת את חוסר הודאות בתקופה שבה היצרן אשר נהפך לבסוף לבעל מונופולין מחליט אם להשקיע בשוק מלכתחילה, ועל כן גם הסדרה זו יכולה לפגוע ביעילות הדינמית אם כי במידה פחותה מרגולציה בדיעבד.

158 חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח-1957.

לבסוף נציין שבתי המשפט הישראליים שנדרשו לעילה הציבו רף גבוה להוכחת קיומו של מחיר גבוה בלתי הוגן, לפחות בשלב אישור תובענה ייצוגית.¹⁵⁹ השאלה העולה בהקשר זה היא אם הצבת רף גבוה כאמור היא הדרך הנכונה להתגבר על המכשלות שעליהן הצבענו. לטעמנו התשובה היא בשלילה. אמנם רף גבוה מצמצם את טעויות החלת היתר, אולם הוא מותיר על כנן את מרבית הבעיות שפורטו לעיל, לרבות אי-הוודאות הכרוכה בשאלה מהו קו הגבול המפריד בין מחיר הוגן למחיר בלתי הוגן.

החלת תורת ההחלטות על עילת הניצול לרעה של כוח מונופוליסטי בדרך של גביית מחיר בלתי הוגן מחייבת אפוא פרשנות החזקה כדי שלא תחול על מחיר גבוה.

גם אם לא תתקבל פרשנות זו יש למצער לבטל את פליליות האיסור וכן לחוקק חקיקת משנה אשר תיתן אינדיקציה ברורה לשיעור המחיר ה"הוגן", ככל שהדבר אפשרי.¹⁶⁰ יש להכיר בכמה פרמטרים החשובים לצורך בחינה זו. אין מקום להחיל הגבלה מקום שבו צפוי שידו הנעלמה של השוק תוריד את המונופולין מכיסאו בזמן סביר או שיש דרך יעילה יותר להגדיל תחרות בשוק. גם אם תנאי זה אינו מתמלא, השיקול העיקרי אשר צריך להדריך את המחוקק הוא יצירת איזון בין שיקולים סטטיים לדינמיים ארוכי טווח של רווחה חברתית במסגרת המגבלות המוסדיות. על מנת שלא לשתק את מנגנון השוק יש צורך לאפשר למונופול אשר הגיע למעמדו זה בזכות ליהנות מפרותיו במשך תקופה ארוכה מספיק על מנת שלא לפגוע בתמריצי שאר החברות בשוק להגיע למעמד זה. במסגרת זאת יש להתחשב, בין היתר, ברמת הסיכון שקיבל עליו בעל המונופולין בפיתוח המוצר או ברכישתו, ברמת הוודאות וברמת התמריצים שהאיסור יוצר ליתר החברות בשוק, במידת הפגיעה בצרכנים בישראל ובערך המוסף שהם מקבלים מהמוצר שבמונופולין. לבסוף רצוי לדעתנו לבטל את האפשרות להגיש תביעה נזיקית או חוזית על בסיס האיסור אשר תתגלגל לפתחם של בתי המשפט הרגילים ותחייבם לקבוע קו גבול ברור בין מחיר הוגן ללא הוגן. אכן, לקראת יצירת תשתית משפטית באירופה לתביעות נזיקין בעילות הגבליות מתרבים הקולות שלא להחיל את העילה במסגרת תביעות נזיקיות בשל הקשיים האכיפתיים והמוסדיים שהיא יוצרת.¹⁶¹ למצער, ניתן להקים בית משפט או גוף מיוחד בעל מומחיות כלכלית בניתוח הנדרש אשר רק בפניו יהיה ניתן לברר תביעה נזיקית או חוזית כאמור.¹⁶² אמנם תביעה נזיקית תגביר את האכיפה, ובהתאמה את ההרתעה, כיוון שהיא עשויה להתגבר בין היתר על בעיית חוסר המשאבים של הרשות, אולם אם זו מטרתנו, ניתן להשיגה בדרך בעייתית הרבה פחות: הגדלת תקציבה של הרשות לאכיפה על בסיס סעיף 30. בדרך זו

159 עניין רייס, לעיל ה"ש 61, בעמ' 716; בש"א (מחוזי ת"א) 36128/99 אברהמי נ' מת"ב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ פ"מ התשס"ד(2) 27, 37 (2006).

160 טענה זו כבר הועלתה בעבר: מיכל (שיצר) גל "גביית מחירים מונופוליסטיים – ניצול מעמד לרעה?" (הרצאה בכנס ניצול כח מונופוליסטי לרעה, אוניברסיטת חיפה, 8.1.2004).

161 ראו למשל Amelia Fletcher & Alina Jardine, *Towards an Appropriate Policy for Excessive Pricing*, 2007 EUR. COMPETITION L. ANN. 475, 533. רשות ההגבלים העסקיים הבריטית הצהירה כי "In order to reduce deterrence, firms should not face fines for excessive pricing, and should not face the risk of private damages actions in respect of such behaviour" OECD, *Excessive Pricing*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 296.

162 לטענה ברוח זו ראו גילה, לעיל ה"ש 99, בעמ' 670–675.

יימנעו הבעיות הנוצרות מאכיפה נזיקית שעליהן הצבענו במאמר, ותתגבר האכיפה בדרך
ראויה ומתאימה יותר.¹⁶³

(3) הניסיון האירופי באכיפת העילה

הקשיים האכיפתיים שמציבה עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן הובילו את רשות הגבלים
העסקיים האירופית להקדיש משאבים מינימליים לאיסור. מאז שנות התשעים הרשות איננה
יוזמת תביעות על בסיס עילה של מחירים מונופוליסטיים, אלא כאשר המחיר המונופוליסטי
גורם לחסם כניסה מלאכותי, כמו במקרה של אפליית מחירים, או כאשר המחיר הגבוה מונע
שימוש במשאב החיוני לתחרות. המקרים הבודדים שבהם סטתה הרשות מכך היו בשוק
מוסדר (דוגמת שוק הטלקומוניקציה) ובשוק של מונופולין יציר חוק (דוגמת שוק הדואר).
זאת אף שלקהילה האירופית, בניגוד לישראל, אין כלי אחר להסדיר מחירים בשווקים
שאינם מוסדרים בידי רגולטור ספציפי. זאת ועוד: לאורך יותר מארבעים שנה שבהן מוכרת
העילה, קיבלה הרשות רק שש החלטות פורמליות שבהן הכירה בעילה, שרובן עירבו גם
התנהגות מדירה.¹⁶⁴ גם בית הדין האירופי קבע רק בשני מקרים שהעילה הופרה, ובשניהם
הייתה מעורבת התנהגות מדירה.¹⁶⁵

גם רוב המלומדים הבכירים באירופה מאוחדים בדעה כי האיסור בעייתי ביותר. אף
שמרבית המלומדים מכירים בכך שכוונת המנסחים של אמנת רומא הייתה, ככל הנראה,
להגביל מחירים גבוהים בלתי הוגנים, הניסיון בהחלת האיסור כמו גם התחכום הגובר
בהבנת הדינמיקה של השוק הובילו רבים למסקנה כי יש לפרש את האיסור על מחיר בלתי
הוגן באופן שיחול רק במקרים של התנהגות מדירה.

פרופ' Valentine Korah, אחת ממייסדות תחום ההגבלים העסקיים באירופה, קובעת
שהאיסור על מחיר גבוה בלתי הוגן הוא "disturbing" ו-"worrying".¹⁶⁶ פרופ' Richard
Whish, אשר ספרו על הגבלים עסקיים הוא בין המצוטטים והמוערכים ביותר, קובע כי
"There are persuasive arguments against direct control of prices under competition
law".¹⁶⁷ Whish מציין את השיקולים הדינמיים שבבסיס כלל המאפשר לבעל מונופולין
לגבות מחיר מונופוליסטי. בנוסף, הוא קובע שהניסיון מלמד על קשיים אדירים בקביעה
מתי מחיר הופך להיות בלתי הוגן ובתרגום אמות מידה אלו למבחן משפטי היוצר ודאות.

163 מקום שבו פתרון זה אינו אפשרי, למשל בשל מכשלות פוליטיות או בשל תפיסה רגולטורית, יעלה
הצורך לשקול בשנית פתרונות חלופיים, הגם שהם יעילים פחות (Second best).

164 Massimo Motta & Alexandre de Stree, *Excessive Pricing in Competition Law: Never Say
Never?*, in THE PROS AND CONS OF HIGH PRICES 14, 30 (Swedish Competition Authority ed.,
2007).

165 Case 226/84, *British Leyland Public Ltd. Co. v. Comm'n*, 1986 E.C.R. 3263;
Case C-385/07 *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH v. Comm'n*, 2009
E.C.R. I-6155.

166 VALENTINE KORAH, AN INTRODUCTORY GUIDE TO EC COMPETITION LAW AND PRACTICE
202–203 (9th ed. 2007).

167 RICHARD WHISH, COMPETITION LAW 709 (6th ed. 2001).

גם מלומדים אשר אינם טוענים לביטול העילה, בין היתר בשל ההכרה רבת השנים של בתי המשפט האירופיים בקיומה ובשל הקשיים שבשינוי פרשנות הסעיף, עומדים על הקשיים העצומים בהחלתה. כך למשל Bellamy ו-Child קובעים כי "Decisions by the Commission and national courts demonstrate the considerable difficulties of establishing [it has] proved to be a notoriously difficult this abuse" 168. Faull ו-Nikpay קובעים כי "[t]here is no workable policy to abuse to prosecute [...]" 169. פרופ' Monti קובע כי "It is difficult to find identify and penalise excessive pricing" 170. Furse מסכם, "any unequivocal support of the policy of dealing with excessive pricing under competition law in the literature" 171.

לסיכום, גדולי המומחים באירופה, שם הוכרה העילה, סבורים שהקשיים המוסדיים הניכרים בהגדרת הפעולה האסורה ומחיר הטעות של החלה לא נכונה של האיסור הם כבדי משקל, ורבים מצדדים באי-החלתה. ודוק: כפי שיפורט להלן, הקשיים המוסדיים הרבה יותר חמורים בישראל מאלה שבאירופה, בין היתר בשל האפשרות שהתביעה תגיע לפתחם של בתי המשפט הרגילים במסגרת עילה נזיקית שבמסגרתה יידרש בית המשפט לקבוע קו גבול ברור בין מחיר הוגן ובלתי הוגן. בעניין זה ישראל דומה יותר לארצות הברית. אכן, הבעיות הפרקטיות והמוסדיות הכרוכות בהפיכת בתי המשפט למפקחי מחירים היו ועודן קיימות בבסיס ההחלטה האמריקנית לא לאסור על מחירים גבוהים לצד השיקולים הדינמיים שפורטו לעיל.¹⁷²

ראוי לציין כי האיחוד האירופי דוגל כבר שנים רבות בצמצום ניכר של העילה, אך לא כל המדינות החברות בו הולכות בדרך דומה.¹⁷³ מגמה זו בולטת במיוחד בחלק ממדינות מזרח-אירופה, שעדיין מאופיינות בשווקים רבים הנשלטים על ידי מונופולים שהם תוצר של המשטר הריכוזי שקדם לפתיחת שוקיהם. השימוש בכלי של הסדרת מחירים נתפס במדינות אלו חלק ממערך הכלים הנדרש על מנת להגן על הצרכנים והוא ממשיך את פיקוח המחירים הישיר של השלטון הקודם. ראוי לציין שההסדרה נעשית בידי רשויות התחרות (ולא בתי המשפט הרגילים), ולרוב היא צופה פני עתיד ומעניקה לרשות תפקיד מתמשך בפיקוח. מחקר שבחן כלים אלו הגיע למסקנה שהשימוש בהם אינו קונסיסטנטי ואינו יוצר ודאות ברמה הנדרשת. בנוסף, מרבית השווקים המוסדרים הם מונופולים מוחלטים – השולטים על משאבים חיוניים לצרכנים, דוגמת מים, שדות תעופה וטלקומוניקציה – בהם

BELLAMY & CHILD EUROPEAN COMMUNITY LAW OF COMPETITION ¶¶10.104-10.110 (Peter 168
Roth & Vivien Rose eds., 6th ed. 2008)

.EC LAW OF COMPETITION ¶4.365 (Jonathan Faull & Ali Nikpay eds., 2nd ed. 2007) 169

.GIORGIO MONTI, EC COMPETITION LAW 219 (2007) 170

ראו Furse, לעיל ה"ש 70. 171

Michal S. Gal, *Monopoly Pricing as an Antitrust Offense in the U.S. and the EC: Two Systems* 172
of Belief About Monopoly?, 49 ANTITRUST BULL. 343 (2004). (Gal, *Monopoly Pricing* : (להלן: 172

בהקשר זה ראוי לציין שהבעיות הפרקטיות והמוסדיות לרוב רק מתגברות בכלכלות קטנות.

OECD, *Excessive Prices*, לעיל ה"ש 65. 173

הפיקוח נדרש כיוון שהרגולטור הספציפי האמון על הסדרת השוק אינו מתפקד ביעילות.¹⁷⁴ גם מדינות אחרות מחילות את העילה. דוגמה מעניינת היא אנגליה, שבה נכתבו הנחיות מיוחדות לזיהוי מחירים בלתי הוגנים,¹⁷⁵ והרשות הגישה תביעה שצלחה, אשר התבססה בין היתר על עילה זו.¹⁷⁶ בה בעת ההנחיות מצמצמות מאוד את תחולתה של העילה למקרים שבהם אין חשש לפגיעה ביעילות הדינמית של השוק.¹⁷⁷ בנוסף, בעת האחרונה הבהירה הרשות האנגלית את עמדתה, שלפיה על מנת להקטין את הפגיעה ביעילות הדינמית בשוק, אין להטיל קנסות על חברות בשל מחירים בלתי הוגנים, ואין הן צריכות להיות חשופות לסיכון שבתביעה נזיקית על בסיס עילה זו. במקום זאת, רשויות התחרות צריכות לחפש סעדים חלופיים לפיקוח מחירים, אשר יגבירו את הלחצים התחרותיים בשוק.¹⁷⁸ לפיכך גם גישת הרשות האנגלית עולה בקנה אחד עם טיעוננו שלפיו לא ראוי לאסור על מחירים גבוהים בלתי הוגנים במסגרת תביעה נזיקית או להחיל עליהם עונש (במקרה של אנגליה – קנס, במקרה של ישראל – גם סנקצייה פלילית) בדיעבד, אלא יש להעדיף הסדרה הצופה פני עתיד, ובעיקר סעדים הפותרים את בעיית המחיר הגבוה באמצעות הסרת חסמי כניסה לתחרות.

(4) טיעון נגד היסטורי ודחייתו

טיעון הנגד העיקרי התומך בגישה כי המחוקק הישראלי הלך בעניין זה בעקבות הפרשנות המרחיבה, הכוללת גם איסור על גביית מחירים גבוהים בלתי הוגנים, הוא כי סעיף 29א הועתק מסעיף 82 לאמנת רומא.¹⁷⁹ עוד בטרם אומץ סעיף 29א אצלנו, פורש הסעיף האירופי כאוסר גם על גבייתם של מחירים מונופוליסטיים.¹⁸⁰ לפיכך לו רצה המחוקק הישראלי כי נסטה מפרשנות זו, היה צריך לומר זאת במפורש.

מלבד טיעוני הפרשנות התכליתית הנסמכת על שיקולי אכיפה בהגשמת מטרת החוק, שפורטו לעיל, יש להדגיש את העובדות האלה: כבר בדברי ההסבר שליוו את הצעת החוק נפתח הפתח לפרשנות האיסור לפי השינויים המחויבים מתחולת החוק בישראל. שם נקבע כי "מומלץ לאמץ את שיטת הפיקוח על הגבלים עסקיים המקובלת במדינות אחרות

Alexandr Svetlicinii & Marco Botta, *Article 102 TFEU as a Tool for Market Regulation: "Excessive Enforcement" Against "Excessive Prices" in the New EU Member States and Candidate Countries*, 8 EUR. COMPETITION J. 473 (2012)

Office of Fair Trading, *Guidelines in Relation to Chapter II Prohibition Under the UK Competition Act (1999)* (להלן: ההנחיות האנגליות).

Napp Pharmaceutical Holdings Ltd. v. Director General of Fair Trading, [2002] CAT 1, 176 David S. Evans. & A. Jorge Padilla, *לביקורת על ההחלטה ראו למשל*, [2002] Comp. AR (Eng.) *Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules*, 1 J. COMPETITION L. & ECON. 97 (2005)

177 ההנחיות האנגליות, לעיל ה"ש 175, הנחה 4.7.

178 OECD, *Excessive Prices*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 296.

179 כיום זהו ס' 102 ל- Treaty on the Functioning of the European Union art. 102, May 9, 2008, 2008 O.J. (C 115) 47 available at <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>

180 ראו GAL, COMPETITION, לעיל ה"ש 19.

(ובמיוחד בשינויים המחויבים, את תכנית הפיקוח הקבועה בדיני הקהילה האירופית המשותפת [...]), להגדיר באופן ברור וכללי את כפיפות בעל המונופולין להתנהגות מותרת".¹⁸¹

קיימים שישה הבדלים חשובים בין אמנת רומא לבין החוק הישראלי המקרינים על אימוץ עיוור של הפרשנות האירופית. ראשית, אמנת רומא איננה מטילה אחריות פלילית על מי שמפר את הוראותיה, כפי שעושה סעיף 29א הישראלי. אכן, מקום שבו עסקינן באחריות פלילית, יש מקום למשנה זהירות בהרחבת ההוראות ביחוד מקום שבו קשה לסרטט את גבולות האיסור. אם אין אפשרות ליצור ודאות בחוק, יש מקום לשקול פרשנות שאינה אוסרת על מחירים גבוהים בלתי הוגנים, בעיקר במישור הפלילי. שיקול זה בא לידי ביטוי גם בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין רייס.¹⁸²

נדגיש שוב שהעבירה הפלילית של ניצול מעמד לרעה דורשת הוכחת רכיב ידיעה מיוחד, "ובלבד שהוכחה כוונתו להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור".¹⁸³ כפי שפורט לעיל, מחיר גבוה הנובע מהתייעלות בייצור, מיצירת מוצר טוב יותר לצרכנים או אפילו מכישלון של מתחרה שאינו קשור לפעילות מדירה של בעל המונופולין, לא ימלא את תנאי הכוונה לפגוע בתחרות. שהרי למרות הפגיעה במתחרים יעילים פחות, אין פגיעה בהליך התחרותי. השאלה האם מחיר גבוה הנובע מפעולה במסגרת המשחק התחרותי, שאינה מדירה מתחרים באופן בלתי הוגן, ימלא אחר התנאי של פגיעה מכוונת בציבור, היא מורכבת יותר. מחד, כאשר מתמקדים בתוצאה, ניתן לטעון שבעצם העלאת המחיר התכוון בעל המונופולין לפגוע בצרכנים בשל הקטנת הרווח העודף שלהם מעסקת הרכישה של מוצריו ושירותיו. מאידך, ניתוח כאמור מתעלם כליל מהדרך שבה רכש ומשמר בעל המונופולין את כוחו המונופוליסטי, אשר בחישוב כולל יכולה להיטיב עם הצרכנים. לפיכך מקום שאין בו פגיעה בהליך התחרותי והמחיר הגבוה משקף את העדפות הצרכנים למוצריו של בעל המונופולין, שהם טובים יותר ממוצריהם של מתחריו, יש מקום לטענה שאין פגיעה מכוונת בציבור. טענה זו מקבלת משנה תוקף כאשר כוללים בניתוח גם את התמריצים שיוצר מחיר מונופוליסטי לחדשנות בייצור וחדשנות דינמית, המנותחים להלן. אנו סבורים שהפרשנות השנייה היא הראויה לאימוץ, אולם סוגיה זו טרם זכתה לליבון בבתי המשפט בישראל. עוד ראוי לציין שגילוי הדעת שפרסם הממונה לאחרונה אמנם מבהיר כי דרך המלך תהיה הטלת עיצומים כספיים, אולם הוא מותיר את הדלת פתוחה גם להטלת סנקציות פליליות בחלק מהמקרים.¹⁸⁴ גם בפסק דין רייס לא שלל בית המשפט העליון את האפשרות להטיל סנקציה פלילית.¹⁸⁵ לאור האמור לעיל החשש שהעילה תהווה בסיס לתביעה פלילית בישראל טרם הוסר, והוא בסיס להרתעת יתר.

181 ס' 1 לדברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 2), התשנ"ו–1995, ה"ח 228 (ההדגשה הוספה – מ"ג, ה"נ).

182 עניין רייס, לעיל ה"ש 61.

183 ס' 47(א) לחוק ההגבלים העסקיים. על הקושי שיוצרת דרישה זו באכיפה פלילית ראו אורי שוורץ "וכל האוכף הרי זה משובח": עידן חדש באכיפת חוק ההגבלים העסקיים" תאגידים ט 110, 122 (2012).

184 גילוי הדעת, לעיל ה"ש 7, בעמ' 18.

185 עניין רייס, לעיל ה"ש 61, פס' 16 לפסק הדין: "[...] עולה השאלה השניה והיא מהו אותו מחיר אשר גבייתו עולה כדי עבירה פלילית ומהווה בסיס אפשרי לתביעות נזיקין".

שנית, בניגוד לישראל, בית הדין של הקהילה האירופית נדרש להכריע אם בעל מונופולין פלוני גבה מחיר בלתי הוגן במסגרת ערר על החלטה של הרשות האירופית באותו עניין. משמע, הדיון שם נעשה לאחר שרשות רגולטורית קבעה את ממצאיה בעניין. לעומת זאת בישראל ניתן להגיש תביעה פלילית, נזיקית או חוזית בפני כל בית משפט, גם ללא החלטה מוקדמת וניתוח השוק בידי הרשות.

שלישית, ואולי חשוב מכול: כפי שפורט לעיל, בית הדין האירופי, כמו גם רשות ההגבלים האירופית, לא נדרשו – בעת שקבעו שהעילה קיימת – ואינם נדרשים גם כיום לקבוע בבירור היכן עובר קו הגבול בין מחיר הוגן ובלתי הוגן, אלא רק לשאלה הכללית אם במקרה ספציפי הייתה הפרה כיוון שהמחיר הנדרש היה בלתי הוגן. לעומת זאת במסגרת תביעה נזיקית בישראל נדרש בית המשפט לקבוע בבירור מתי הופך המחיר להיות בלתי הוגן על מנת לחשב את שיעור הנזק. לפיכך חלק גדול מהקשיים המוסדיים של פיקוח מחירים באמצעות בית המשפט בישראל אינם מתעוררים כלל באיחוד האירופי. יצוין כי בשנים האחרונות נדונה באיחוד האירופי השאלה אם ראוי שהפרה הגבלית תהווה גם בסיס לעוולה נזיקית ובאילו תנאים, ובחוקי ההגבלים של חלק ממדינות אירופה בסיס נזיקי כבר קיים.¹⁸⁶ במסגרת זו מתרבים הקולות הקוראים להחריג מהעילות הנזיקיות את עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן.

רביעית, בדין הישראלי מצטרפת לחזקת הניצול לרעה גם חזקה חלוטה לקיומו של בעל מונופולין המבוססת על מבחן מבני-טכני של נתח השוק (מעל 50%). לעומת זאת באיחוד האירופי המבחן הוא מהותי: בעל מונופולין מוגדר כמי שיש בידיו כוח שוק ניכר. לשוני זה השלכה חשובה: כיוון שקו הגבול בין בעל מונופולין לבין מי שאינו מוגדר כך ברור יותר וקל יותר להחלה במקרים הספציפיים, כך תגבר הנטייה של מי שמתקרב לרף ה-50% לבחור באסטרטגיה שלפיה הוא מעלה את מחיר מוצריו באופן שמספר צרכניו יקטן מ-50%, הגם שבמחיר שהוא מעוניין למכור בו היו צרכנים נוספים נהנים ממוצריו, כפי שפורט לעיל.¹⁸⁷

חמישית, דיני ההגבלים העסקיים של האיחוד האירופי הדגישו בעיקר – בעת שהחוק פורש לראשונה – את המטרה של יצירת שוק אירופי מאוחד, ללא גבולות כלכליים בין מדינות, ואשר יאפשר לצרכנים בקצווי האיחוד האירופי ליהנות מתחרות ומתנאים כלכליים דומים לאלו השוררים במדינות אחרות באיחוד. מטרה זו הקרינה על פרשנות החוק באופן שהמחירים במדינה אחת לא יהיו שונים בהרבה מאלו שבמדינה אחרת. מטרה זו אינה רלוונטית לפרשנות החוק הישראלי.¹⁸⁸ אכן, לפחות חלק ממדינות האיחוד האירופי אשר מחויבות לאמץ את האיסור אל תוך חוקיהם המדינתיים בחרו שלא להחילו בפועל או להחילו בצמצום רב.

186 ראו למשל THE INTERNATIONAL HANDBOOK ON PRIVATE ENFORCEMENT OF COMPETITION (LAW (Albert A. Foer & Jonathan W. Cuneo, 2010).

187 נציין כי את ארבעת ההבדלים המנויים לעיל ניתן לבטל בשינוי החוק הישראלי. אולם עדיין עומדות בעינין הטענות הכלליות שהובילו גם את הרשות האירופית לקבוע שאין כמעט תחולה לאיסור בפועל, למרות קביעת הכרתו המפורשת של בית הדין האירופי בעילה.

188 להרחבה בנקודה זו ראו Gal, *Monopoly Pricing*, לעיל ה"ש 172.

לבסוף, ישראל היא כלכלה קטנה וריכוזית, ולעומתה האיחוד האירופי מתפקד לרוב ככלכלה גדולה וביזורית. להבדל זה השלכות המושכות בכיוונים שונים, כמפורט במאמר. מחד, בשל היכולת המוגבלת להסתמך על ידו הנעלמה של השוק קיים צורך מוגבר למצוא כלים נוספים אשר יגבילו את ניצולו של כוח שוק מונופוליסטי, בעיקר כשכוח זה אינו מבוסס על יתרונות תחרותיים דוגמת יעילות בייצור או יעילות דינמית, ומאידך דווקא בכלכלה קטנה הצורך ליצור תמריצים ליעילות בייצור ויעילות דינמית, אשר כוחות השוק הטבעיים ממילא מחלישים אותם, הוא רב. צורך זה הוא המחייב בחינה מעמיקה של היתרונות והחסרונות היחסיים של כלי ההסדרה השונים על מנת לוודא שהכלי שנעשה בו שימוש אכן מקדם את הרווחה החברתית.

בעקבות זאת החשש מהרתעת יתר בדין האירופי קטן בהרבה מזה הקיים שבדין הישראלי, עובדה שנדרש להביאה בחשבון בטרם תאומץ הפרשנות האירופית לאיסור אימוץ עיוור. לא למותר להדגיש: בדין הישראלי הסנקציות אשר ניתן להטיל – אם תוכר העילה – הן החמורות ביותר בעולם כולו.

ה. גילוי דעת הממונה בעניין תמחור מופרז

לאחרונה פרסם הממונה גילוי דעת בעניין תמחור מופרז בידי בעל מונופולין.¹⁸⁹ מטרתו של גילוי הדעת היא כפולה: להודיע על שינוי מדיניות הממונה מזאת אשר אותה אימצו הממונים שכינהו לפניו, וכן לנסות וליצור מתודולוגיה להחלת האיסור על מחיר גבוה בלתי הוגן בהנחה שהוא אכן קיים.¹⁹⁰ מטרתנו כאן היא לבחון, בקצרה, אם גילוי הדעת פותר את הבעיות האינהרנטיות בהחלת סעיף 29 שעליהן עמדנו לעיל. בהקשר זה נתמקד בשתי שאלות הכרוכות ושלובות זו בזו: אם הממונה השתמש בכלי הרגולטורי הנכון, ואם כן, אם הכלים שהוצעו לשימוש בכלי זה עורכים את האיזון הראוי על מנת להתגבר על מחירי הטעות בהחלת יתר שפורטו לעיל. נציין שההצדקות שמעלה הממונה להכרה בעילה נדונו במאמר, ועל כן אין טעם לחזור על דיון זה כאן. כפי שהראינו, ההצדקות שהועלו אינן מתמודדות עם כל הכשלים של רגולציה כאמור. על כן בטרם תאומץ מדיניות הממונה בבתי המשפט או בטרם הוא יחיל אותה ראוי להתמודד עם הטענות, למען לא יצא שכרנו בהפסדנו.

גם אם נניח שנכון ויעיל שהממונה יעסוק ברגולציית מחירים, לדעתנו גילוי הדעת אינו משתמש בכלי הרגולטורי הנכון למטרה זו. גילוי הדעת מפנה לסעיף 29 כבסיס הסמכות של הממונה להסדרת מחירים גבוהים. בעינינו זו החלטה בעייתית ביותר, ויש לשנותה. את סמכות הממונה להסדיר את פעולות בעל המונופולין היה ראוי להשתית על סעיף 30 לחוק. סעיף זה, ההסדרתי באופיו, קובע כי אם ראה הממונה כי בשל "התנהגותו של בעל מונופולין, נפגעת התחרות בעסקים או נפגע הציבור, רשאי הוא לתת לבעל המונופולין הוראות בדבר הצעדים שעליו לנקוט כדי למנוע את הפגיעה". הסעיף מונה את מחירו של

189 גילוי הדעת, לעיל ה"ש 7.

190 המאמר מתמודד עם כל הטענות שמעלה הממונה לתמיכה בעילה, ועל כן אין צורך לחזור עליהן כאן.

נכס כאחת הפגיעות האפשריות כאמור. בסיס סמכות זה מתגבר על חלק מהכשלים האינהרנטיים של סעיף 29 שעליהם הצבענו במאמר.¹⁹¹ ראשית, עסקינן בהחלת הוראות מעתה ולהבא ולא בתקופה הקודמת להסדרה, וכך בעל המונופולין אינו נדרש "לנחש" מהו המחיר ההוגן אשר ייקבע בדיעבד.¹⁹² שנית, התרופה היא החלת הוראות בנוגע להתנהגותו העתידית של בעל המונופולין, דהיינו הסדרה מנהלית של חלק מהפרמטרים של התנהגותו של בעל המונופולין, ולא עבירה פלילית היוצרת סטיגמה או עיצומים כספיים. אכן, גילוי הדעת קובע כי הכלי העיקרי יהיה העיצום הכספי, אולם הוא אינו שולל את החלתו של איסור פלילי אם הוכחה כוונה לפגוע בציבור.¹⁹³ לא ברור אם ומתי הממונה רואה בכוונה למקסם רווחים "פגיעה בציבור". הסתמכות על סעיף 29 גם מאפשרת לממונה להטיל עיצום מנהלי ששיעורו אינו ברור כיוון שהוא מחייב לקבוע מתי מחיר מתחיל להיות בלתי הוגן. בכך גילוי הדעת אינו פותר את הבעייתיות בהחלת האיסור שעליה הצבענו במאמר. ודוק: הפיקוח המוצע רחב ובעייתי הרבה יותר אף מפיקוח מחירים ישיר, כלי אשר גם בו עושה המחוקק שימוש זהיר בקבעו קבוצה מצומצמת של מוצרים אשר עליהם הוא יוחל. שלישית, ולא פחות חשוב – בהסתמכו על סעיף 29 במקום על סעיף 30 גילוי הדעת מקרין גם על התמריץ של צרכנים פרטיים להגיש תביעות נזיקיות (אם בתי המשפט יכריעו כי אכן קיימת עילה על בסיס סעיף 29א), ומקרין על המתודולוגיה שישמו בתי המשפט הרגילים במסגרת תביעות נזיקיות כאמור. אולם לצרכנים פרטיים ולבתי המשפט הרגילים חסרים הכלים להכרעה מתי מחיר גבוה פוגע ברווחה החברתית הכוללת, אם בכלל. זאת ועוד, בניגוד לממונה לא נתון לבתי המשפט שיקול דעת אם במקרה הנדון ראוי, מבחינת המדיניות הציבורית, להגיש תביעה, אלא חייבים הם לשמוע ולהכריע בכל תביעה המובאת בפניהם כמפורט להלן. תביעות מסוג זה עלולות להרתיע חברות מלהשקיע ביצירת מעמד מונופוליסטי או ליצור תמריצים לגבות מחיר גבוה עוד יותר אשר יותירן מתחת לסף ה-50%, ועל כן הן לא תוגדרנה מונופולין. כמו כן חברות בין-לאומיות מובילות עלולות להחליט שלא כדאי להן למכור בשוק הישראלי בשל החשש מתביעות פליליות או נזיקיות, או אף מן החשש שהרשות תוכל להתחיל לבדוק את דוחות הרווח וההפסד שלהן גם בלא שהן עשו פעולה מדירה הפוגעת בתחרות. אמנם הממונה מצהיר שהרשות תפעיל את שיקול דעתה בדרך אשר תתמקד אך ורק במקרים שבהם ניתן להתגבר על הקושי המוסדי-פרקטי שבקביעה מהו מחיר בלתי הוגן,¹⁹⁴ כמפורט להלן, אולם תובעים פרטיים אינם מחויבים לה. בהיותה מי שתפקיד השמירה על הרווחה החברתית מופקד בידה, על הרשות להביא

191 ס' 30 לחוק ההגבלים העסקיים הוא הסדרתי באופיו. בעניין דובק, לעיל ה"ש 30, בעמ' 7, קבע בית הדין שהליך מתן ההוראות אין עניינו הענשת בעל המונופולין על התנהגות העבר אלא באיוון האינטרסים השונים העומדים על הפרק, לרבות אינטרס הציבור בקידום התחרות והאינטרסים של בעל המונופולין. למרות הסמכות הרחבה הקבועה בסעיף 30 לחוק ההגבלים, בשנים האחרונות לא נעשה בו שימוש רב, ופעמים רבות השימוש בו מקביל ליתר עילות פרק ד לחוק ההגבלים העסקיים.

192 הפר בעל המונופולין הוראה כאמור, יוכל הממונה להשית עליו סנקציות לפי הוראות חוק ההגבלים. בנוסף, צרכנים יוכלו להגיש תביעה בעילה של הפרת חובת חקוקה לפי פקודת הנזיקין.

193 הממונה הצהיר במסגרת כנס תמחור מופרז, לעיל ה"ש 145, שהרשות הנוכחית לא תנקוט כלי של אכיפה פלילית, אך גילוי הדעת משאיר את הדלת פתוחה להשתת איסור פלילי בעתיד.

194 גילוי הדעת, לעיל ה"ש 7, בעמ' 6.

החצנה זו בחשבון. על כן ראוי לדעתנו לשנות את בסיס הסמכות בגילוי הדעת. זאת ועוד: אם יוחלט שראוי לבצע פיקוח מחירים דרך חוק ההגבלים, ראוי שפיקוח כאמור יבוצע על ידי הממונה, אשר לו כלי חקירה וניתוח, והמשימה לא תוטל על בתי המשפט הרגילים במסגרת תביעות נזיקיות.

השאלה השנייה שעולה נוגעת לתוכנו של גילוי הדעת. דהיינו, גם אם יוחלף בסיס הסמכות לרגולציה על ידי הממונה, האם הוא מתגבר על הכשלים שעליהם עמדנו במאמר? ובעיקר האם הוא יוצר את רמת הוודאות הנדרשת, המאזנת נכונה בין שיקולי רווחה סטטיים לדינמיים? בהקשר זה נעיר כמה הערות קצרות: ראשית, גילוי הדעת אכן הגביר את הוודאות, אך לא בצורה המאזנת נכונה בין שיקולים סטטיים לדינמיים. אין ספק שגילוי הדעת מגביר את הוודאות באשר לשלב הראשון במבחן הדו-שלבי, הבוחן את הפרש בין עלויות בעל המונופולין לבין המחיר שהוא גובה. גילוי הדעת מתבסס ברובו על המבחנים האירופיים – מבחן העלויות ומבחן ההשוואה – ואף מוסיף עוד מבחנים דוגמת עלות החדירה לשוק. אולם בעייתיותו הגדולה היא בשלב השני – הקביעה אם המחיר הגבוה הוא אכן בלתי הוגן בנסיבות העניין. לשם פתרון אי-ודאות זו קבע הממונה שמחיר שאינו עולה על 20% מעלויות בעל המונופולין ייצור חזקה למחיר הוגן. בפרסומי הרשות מוענק לסף זה תפקיד מרכזי אף יותר: מחיר גבוה יותר משמש אינדיקציה למחיר בלתי הוגן, וקיים החשש שייתקבע ככזה בפרקטיקה ההגבלית.¹⁹⁵ אמנם גילוי הדעת קובע שהממונה יביא בחשבון מצבים שבהם יש לעודד השקעות נכבדות ומועילות של המונופול, ומצבים שבהם המונופול צריך לפעול בשוק שיש בו הרבה סיכונים עסקיים, אולם פרמטר זה מגביר שוב את חוסר הוודאות. בהקשר זה גילוי הדעת מתבסס לרוב על המבחנים שהוצעו או שניסו להחילם באירופה, ושם הגיעה הרשות האירופית למסקנה שאין לה כלים ברורים להחלה, וכי אין זה ראוי שהרשות תפעל כמפקחת מחירים. בהמשך לנקודה זו ראוי לציין שכותרתו של גילוי הדעת מתייחסת ל"מחיר מופרז" ולא ל"מחיר בלתי הוגן" כפי שקובע החוק. אכן, גילוי הדעת מגביר את הוודאות בדבר היותו של המחיר מופרז, אולם זהו רק השלב הראשון של המבחן, ואין בו די כדי לקבוע שהמחיר המופרז הוא גם בלתי הוגן.

חשוב מכך: החלת רף של 20% רווח כנמל מבטחים אמנם פותרת חלק מהבעייתיות של חוסר הוודאות, אך היא יוצרת עלות מסוג אחר: היא מקטינה מאוד את התמריץ של חברות להשקיע ביעילות בייצור וביעילות דינמית על מנת להיות בעלי מונופולין. יש שווקים רבים שבהם רווח של 20% מעל בסיס העלויות אין בו די כדי לכסות את הסיכון הכרוך בכניסה לשוק של חברות מקומיות או זרות או בהשקעה במחקר ופיתוח, בעיקר כאשר עסקינן בשוק קטן שבו מספר הצרכנים הפוטנציאליים קטן ממילא. וכפי שפורט, פגיעה ביעילות הדינמית היא בנפשו.

195 רשות ההגבלים העסקיים "מחיר מופרז: שאלות ותשובות" זמין ב-www.antitrust.gov.il/pikuh%20a%20mehirim.aspx (להלן: מחיר מופרז: שאלות ותשובות): כל שעל בעלי המונופולין לעשות הוא: 1. עליהם לבדוק את עלויותיהם בצורה שמרנית וזהירה, ללא מניפולאציות חשבונאיות, 2. עליהם לעקוב אחרי ההנחיות האחרות שבגילוי הדעת, ו-3. לא לגבות מחיר העולה על 20% מעל לעלויות המחושבות. כך, הם יהיו מוגנים מאכיפה מצד רשות ההגבלים העסקיים על גביית מחיר מופרז.

ניתן להדגים זאת בדוגמה פשוטה. נניח שחברה מייצרת את מוצריה תוך שימוש בטכנולוגיה ישנה, ועלות הייצור שלה היא 100 ליחידה. הרווח אשר יבטיח לה כי תיהנה מחזקה שלפיה המחיר שהיא גובה אינו מופרז ועל כן לא תהיה חשופה לתביעה פלילית או נזיקית הוא 20, כלומר מחיר המוצר הכולל יהא מקסימום 120. לחברה יש אפשרות להוריד דרסטית את עלויותיה באמצעות שימוש בטכנולוגיה חדשה. טכנולוגיה זו תוריד את עלויותיה ל-20 ליחידה ותחסוך משאבים אשר יהיה ניתן להשתמש בהם שימוש אחר ויעיל יותר במשק (למשל חשמל ומים), אולם אז הרווח שהיא תוכל להרוויח על כל יחידה יהיה רק 4 ליחידה. אמנם הצרכן והמשק ייהנו מכך, אבל התמריץ של החברה להוריד את עלויותיה קטן לעומת מצב ללא גילוי הדעת, כיוון שהורדה כזו גוררת אחריה גם הקטנת הרווח הכולל שלה, לפחות בתנאים מסוימים.¹⁹⁶ לפיכך האיסור עלול לקדם עוד יותר מבנה שוק הכולל חברות מונופוליסטיות לא יעילות בעלות תמריץ מוגבל להתייעלות. חשש לא מבוטל בעיקר בכלכלה קטנה, שבה תנאי השוק הטבעיים יוצרים שווקים רבים יותר שבהם פועלים מונופולים. ודוק: השיפור באמצעי הייצור לא ייכנס לרוב לחריגים שקבע הממונה בדבר פעולות בעלות סיכון גבוה או פעולות מחקר ופיתוח שבהן הרווח המותר עשוי להיות גבוה יותר.

הגבלת הרווח שמקטין את החשש לקביעה כי בעל המונופולין ניצל לרעה את מעמדו לרף של 20% עלולה ליצור מבני שוק לא יעילים בדרך נוספת. כפי שפורט לעיל, חברות אשר יתקרבו לסף של בעל מונופול (יותר מ-50% מהשוק) יגבו מחירים גבוהים על מנת שלא לעבור את הסף. נניח שחברה היא בעלת 48% מהשוק שבו היא פועלת. עלות ייצור כל יחידה היא 100. כעת היא מוכרת אותו ב-140. הביקוש הצרכני למוצריה הולך וגדל, ולכן יש באפשרותה ליהנות ממעמד מונופוליסטי בשוק, אולם אם היא תיענה לביקוש הגובר, היא עליה לוותר על 50% מרווחיה. על כן ייתכן שאסטרטגיה הממקסמת את רווחיה תהא להגביל את מכירותיה בשוק אם בדרך של הגבלת הכמות הנמכרת או בדרך של העלאת המחיר עוד יותר. מצב זה יפגע ברווחת הצרכן (המעדיף את מוצריה על פני אלו של מתחריה גם במחיר של 140).

זאת ועוד, ישראל היא כלכלה קטנה, שרבות מחברותיה המצליחות מייצאות חלק ניכר ממוצריהן. לייצוא תפקיד חשוב ביותר בכלכלה קטנה: זאת אחת הדרכים העיקריות – אם לא העיקרית שבהן – להתגבר על הכשל המרכזי הנובע מביקוש מקומי מוגבל אשר יכול לתמוך רק במספר קטן של חברות בגודל יעיל במרבית השווקים. ייצוא מאפשר לחברות ישראליות להגדיל את הכמות המיוצרת ובכך להתגבר על כשל השוק האמור. הוא גם מאפשר לשפר את מאזן התשלומים של המדינה.¹⁹⁷ מה לייצוא ולהגבלות על מחיר בישראל? לכאורה אין דבר במשותף: החברה הישראלית תגבה מחיר נמוך עבור מוצריה בשוק הישראלי בשל הגבלת המחיר על ידי רשות ההגבלים העסקיים ומחיר המושפע מתנאי השוק בשווקים זרים שבהם אין הגבלות על המחיר. אולם הגבלות המחיר בישראל עלולות להוות בסיס להגבלות מחיר גם באותם שווקים זרים אשר עדיין מחילים בפועל הגבלות על

196 בתלות בגמישות הביקוש הצרכנית, ייתכן שהורדת המחיר תביא להגדלה ניכרת של הביקוש, ולכן רווחיו של בעל המונופולין בכל זאת יגדלו.

197 GAL, COMPETITION, לעיל ה"ש 19.

מחיר בלתי הוגן, דוגמת מזרח אירופה. המחיר הנמוך בישראל יכול להוות בסיס ראשוני להחלת מבחן ההשוואה, המשווה בין המחיר בשווקים שונים של אותה חברה על מנת להוכיח מחיר גבוה.¹⁹⁸

כיצד נקבע הרף של 20% בתשובה לשאלה זו ענה הממונה שהרף מבוסס, בין היתר, על כתיב הרמב"ם, שאף מצוטטים בראשית גילוי הדעת.¹⁹⁹ אולם בחינה מעמיקה של דברי הרמב"ם מעלה שגם לדעתו אין להחיל איסור על מחיר גבוה על כל המוצרים בשוק, אלא יש להגביל את האיסור למוצרים בסיסיים וחיוניים דוגמת לחם ויין,²⁰⁰ דוגמת חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים הקיים ממילא בישראל. זאת ועוד: בעת קביעת רף כאמור יש לבחון את רמת הסיכון שבה פועלים מרבית השווקים בישראל, או למצער להבחין בין תעשיות שונות לפי רמת הסיכון בהם.²⁰¹

בהקשר זה נעיר כי זהו סף הרבה יותר נמוך מזה שהוצב באיחוד האירופי. כך למשל בעניין *General Motors* נטען כי GM גבתה עבור שירותיה פי 24 מעלות מתן השירות. בעקבות הורדת המחיר של GM לרמה של פי 8 מהעלות, קבע בית המשפט האירופי כי ההפרה תוקנה.²⁰² אמנם חלק מההחלטות האחרות קובעות רף נמוך יותר, אך שום החלטה של בית המשפט או של הרשות האירופית אינה קובעת כי הרווח על העלות יהא זהה לזה שבשוק תחרותי, או נמוך עד כדי 20%, וזאת גם במקרים שבהם המחיר הגבוה היה למעשה פועל יוצא של התנהגות מדירה.²⁰³ זאת ועוד: קיימת סכנה שבתי המשפט הרגילים, אשר כאמור אינם בעלי מומחיות מיוחדת לאיזון בין שיקולים סטטיים לדינמיים, יסתמכו על רף זה כאינדיקציה לרף הראוי בתביעות פרטיות. אכן, הניסיון מלמד שבמיוחד במצבים שבהם חסר למקבל ההחלטות ידע הדרוש לו לקבל החלטה מורכבת, הוא ירבה להסתמך על כללים פשוטים, בין של פרוצדורה ובין של מהות, על מנת לקבל החלטה.²⁰⁴ שוב, תורת ההחלטות

198 בה בעת, מעניין לציין, כי מחיר נמוך יותר בישראל מפחית את החשש להחלת חוקי היצר.

199 כנס תמחור מופרז, לעיל ה"ש 145.

200 ההגבלה על שיעור הרווח מופיעה בתלמוד הבבלי (בבלי, בבא בתרא ז, ע"א): "אמר שמואל: אין מוסיפין על המדות יותר משתות [=שישית], ולא על המטבע יתר משתות והמשתכר אל ישתכר יותר משתות". הרמב"ם מפרש כי הגבלה זו חלה רק על מוצרים חיוניים (משנה תורה, הלכות מכירה, פרק יד, הלכה ב): "במה הדברים אמורים? בדברים שיש בהם חיי נפש, כגון יינות שמנים וסלתות". על מוצרים אלו חל איסור לגבות מעל שישית ("שתות") מסכום הכולל גם את הוספת הרווח – כלומר חמישית מסכום הקרן, דהיינו רווח של יותר מ-20%.

201 נציין כי בענפים הנחשבים מונופולים טבעיים בישראל, והמספקים לשוק משאב חיוני כגון חשמל, גז ומים, ממילא קיימת רגולציה ענפית המסדירה את התנהלות המונופול.

202 עניין *General Motors*, לעיל ה"ש 112.

203 נציין שרמת המחיר הנמוכה ביותר נקבעה ברשות ההגבלים האירופית בעניין *Deutsche Post*, והייתה 25%. אולם שם הדגישה הרשות שרמת מחיר נמוכה זאת מתחייבת ממאפייניו הייחודיים של שוק הדואר הגרמני, שבו קיים מונופול יציר מדינה אשר עובר תהליכי ליברליזציה. בנוסף, חברת הדואר נקטה פעולות מדירות שהגבירו את יכולתה לדרוש מחירים גבוהים: ראו Commission Decision of 25 July 2001 Relating to a Proceeding Under Article 82 of the EC Treaty (COMP/C-1/36.915 – *Deutsche Post AG – Interception of Cross-border Mail*), 2001 O.J. (L 331) 40. בשל התחייבותה של חברת הדואר להפסיק את הפעולות המדירות שנקטה, הושג עליה קנס על סך 1,000 אירו. יתר ההחלטות שהכירו במחיר גבוה לא הוגן החילו רף גבוה בהרבה מרף זה.

204 ראו למשל ASIA-PACIFIC ECONOMIC COOPERATION, STUDY ON COMPETITION LAWS FOR DEVELOPING ECONOMIES § 2.9.4. (1999).

מאירה כאן את אחד הקשיים העיקריים שיוצר גילוי הדעת. בהקשר זה ראוי להעיר שנקודת המוצא של גילוי הדעת, שלפיה "ככלל מחיר מופרז הוא מחיר העולה על המחיר שהיה נגבה בתנאי תחרות"²⁰⁵, היא בעייתית ביותר ונוגדת את הניתוח הדינמי של תמריצי התחרות, המשמש בסיס לדיני ההגבלים העסקיים בכל העולם המערבי.²⁰⁶

הרשות טוענת שאין לראות בהחלת האיסור פיקוח מחירים כיוון ש"במקרה של מונופול שגבה מחיר מופרז איש לא קובע למונופול מראש את המחיר, אלא המונופול צריך לרסן את עצמו שלא לגבות מחיר מופרז", ובדיקת רשות ההגבלים העסקיים נעשית בדיעבד, על מנת לוודא שבעל המונופול אכן עמד בתנאי גילוי הדעת.²⁰⁷ אולם בעצם העובדה שהאכיפה תיעשה בדרך של אכיפה פרטית בפיקוח בדיעבד של הרשות אין כדי למנוע את סיווג הרגולציה, מבחינה מהותית, כפיקוח על רמת המחירים המותרת לבעל מונופולין. חשוב מכך, הסיווג אינו חשוב. נהפוך הוא: דווקא העובדה שהרשות אינה עוסקת במתן הוראות מלכתחילה אלא מחייבת כל בעל מונופולין לקבוע בעצמו מהי רמת המחירים אשר לא תיחשב הפרת החוק בתנאי אי-ודאות משמעותיים ותוך חשיפה לסנקציות כבדות, היא היא היוצרת את הבעייתיות הגדולה בהסדרה, כפי שפורט לעיל. עוד נטען שאין עסקינן בפיקוח מחירים, כיוון ש"אכיפת האיסור נעשית על בסיס שיקולים תחרותיים, בשונה מפיקוח מחירים שנעשה מכוח חוקים ותקנות שנועדו להגשים תכליות שונות ומגוונות".²⁰⁸ אולם אין רבותא בשאלה מהו הבסיס לפיקוח אלא לאופי הפיקוח על מנת לקבוע אם עסקינן בפיקוח מחירים אם לאו. נציין גם שגילוי הדעת מתבסס על "שיקולים תחרותיים" צרים ביותר – שמרבותם סטטיים – ומותירה מקום צר לשיקולים דינמיים של נטילת סיכון, יעילות ומחקר ופיתוח ארוכי טווח.

באשר לטענה שהאיסור יוצר אי-ודאות טוענת הרשות ש"איסורים רבים מכוח דיני ההגבלים העסקיים, שנועדו להגן על הצרכן מפני פגיעה בתחרות ומפני ניצול לרעה על ידי מונופולים, יוצרים חוסר וודאות אצל החברות".²⁰⁹ אכן, השאלה בדבר גבולות האיסור על ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי היא אחת השאלות הקשות בדיני ההגבלים העסקיים. עם זאת מרבית האיסורים יוצרים קווים אדומים בסיסיים מובהקים. זאת ועוד: חוסר הודאות באשר לגבולות עילת התמחור הטורפני, למשל, אין בו כדי להצדיק הרחבת חוסר הודאות לאיסורים אחרים, בעיקר במצב שבו החלת האיסור החדש יוצרת חוסר ודאות ברמה גבוהה יותר, והמחיר של חוסר ודאות זה עלול להיות גבוה ביותר.

בשל החשש לפגיעה ביעילות הדינמית של השוק ובשל הפגיעה האפשרית בזכויות חוקתיות קנייניות של חברות הפועלות בשוק, אולי ראוי כי ההחלטה אם להחיל רגולציות מחירים כאמור, ואם כן, באילו תנאים, לא תתקבל במסגרת גילוי דעת אלא תהווה, לכל

205 גילוי הדעת, לעיל ה"ש 7, בעמ' 9.

206 טענה דומה נדחתה על ידי בית המשפט המחוזי בעניין אברהמי, לעיל ה"ש 159, בעמ' 27: "הסיכויים, שביהמחשבת יכריע לטובת פרשנות המזוהה בין "מחיר הוגן" לבין "מחיר שוק" אינם גבוהים [...] ומעתה צא ואמור, שצמצום תכלית החוק לתחרות בלבד – וממילא גם גזירת המסקנה כי מחיר הוגן הוא מחיר השוק – יש בה ראייה צרה וחלקית".

207 מחיר מופרז: שאלות ותשובות, לעיל ה"ש 195.

208 גילוי הדעת, לעיל ה"ש 7, בעמ' 10.

209 שם.

הפחות, בסיס לחקיקת משנה. צורך זה מתגבר לאור העובדה שגילוי הדעת בצירוף הוראות החוק יוצרים כיום בסיס לאכיפה הדקונית ביותר ברחבי העולם של עילת המחיר הגבוה הלא הוגן. חקיקת משנה זו ראוי שתבהיר שהעילה של מחיר גבוה בלתי הוגן אינה יכולה לשמש בסיס לתביעה נזיקית, פלילית או חוזית (למעט בעילה של הפרת חובה חקוקה), וכי הסעד הראוי הוא מתן הוראות על ידי הממונה הצופות פני עתיד. כן רצוי שחקיקת המשנה תקבע תנאי סף מפורשים אשר יגבילו במפורש את תחולת העילה לאותם מצבים שבהם ברור שפגיעתה ביעילות השוק אינה רבה, אם בכלל.²¹⁰ במסגרת זו ניתן למשל לקבוע ענפים שבהם האיסור לא יחול בשל יעילותם הדינמית הגבוהה. היתרון בהחלת תנאי סף שכאלה הוא בצמצום אי-הוודאות של בעלי המונופולין, שכן הם מבטלים (ולמצער מצמצמים צמצום דרסטי) את חששם של מונופולים הפועלים בענפים שאינם עומדים בתנאי הסף מתחולת האיסור עליהם. בה בעת חלופה זו דורשת משאבים והכרה של השוק הישראלי לעומקו, כמו גם גמישות לאורך זמן בשינוי הרשימה. כן ייתכנו טעויות מסוג תחולת חסר – הן בשל טעות הן בשל השפעות פוליטיות על מי שקובע את הרשימה כאמור.

1. סיכום

תורת החלטות מספקת לנו כלי חשוב לבחינת התאמת הכללים המשפטיים להגשמת מטרתם בנסיבות ראליות של קבלת ההחלטות, על מנת לוודא שהתועלת החברתית מהכלל המשפטי עולה על מחירו. מאמר זה פרס תורה זו והדגים את החלטה על החזקה לניצול לרעה בדרך של גביית מחיר בלתי הוגן. ניתוח החזקה לאור התאוריה הכלכלית ותורת ההחלטות הובילנו לכמה מסקנות מעניינות: ראשית, יש מקום להותיר תחת החזקה את האיסור על מחיר נמוך לא הוגן אולם להפכה לניתנת לסתירה. שנית, פרשנות תכליתית של האיסור האמור לפי הניתוח הכלכלי ותורת ההחלטות תומכת ביצירת כמה חזקות לפגיעה בתחרות במסגרתו, המקטינות מאוד את הסיכון לטעויות בהחלתו.

כן הוביל הניתוח למסקנה שאין להכיר בעילה של ניצול לרעה בדרך של גביית מחיר גבוה בלתי הוגן במסגרת סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים. בשל הכישלון בהתוויית הדרך לזיהוי מחירים בלתי הוגנים ובשל הקשיים המוסדיים והאכיפתיים שהיא יוצרת, המיתרגמים לעלויות הגבוהות בהחלטה, ובראשן עלות הטעות בשל תחולת יתר של איסור כאמור, יש מקום לפרש את הסעיף פרשנות תכליתית, העולה בקנה אחד גם עם הפרשנות הלשונית באופן שהחזקה האוסרת על מחירים לא הוגנים תחול רק על מחירים נמוכים בלתי הוגנים ותאסור רק על התנהגות מדירה, כמו כל יתר החזקות החלוטות. גם אם בארץ מכורתו פורש האיסור על מחירים בלתי הוגנים ככולל מחיר גבוה, בישראל חברו להם יחדיו כמה תנאים המעלים את מחיר הטעות בהחלטה עלייה ניכרת. ודוק: אין במסקנתנו כדי למנוע פיקוח מחירי על חברות בשוק באמצעות כלים אחרים כל עוד ניתן להתגבר דרכם על הכשלים הרבים הכרוכים בהסדרה מעין זו, אשר על רבים מהם עמדנו במסגרת מאמר זה,

210 לניסיון כאמור ראו למשל Motta & de Streeck, לעיל ה"ש 164, בעמ' 17–19. למעשה, גם גילוי הדעת, לעיל ה"ש 7, הוא ניסיון כאמור, אולם הוא רחב מדי ואינו יוצר רמה מספקת של ודאות.

לרבות יצירת ודאות אקס־אנטה ושיפור הרווחה החברתית. מסקנה זו של הניתוח מעניינת במיוחד לנוכח המתח הקיים בין ההצדקה הנורמטיבית להחלת האיסור לבין היעדר ההצדקה האכיפתית כאשר מביאים בחשבון מאפיינים מוסדיים. אכן, תחום ההגבלים העסקיים הוא תחום טבעי להחלת תורת ההחלטות, אך היא כלי מתאים גם לניתוח כללים משפטיים במגוון רחב של תחומים, בעיקר מקום שבו העלות והתועלת ניתנות לכימות ולאומות. בה בעת ניתן להשתמש בכלי זה גם כדי להשוות בין ערכים נורמטיביים שאינם ניתנים לכימות ולאומות, אלא דרך השוואת ההעדפות היחסיות שאנו מעניקים להם. על כן יש לקוות שבעתיד ייעשה בו שימוש רב יותר בדין הישראלי.