

דוקטרינת ההשפעות כבסיס לתחולה חוץ-טריטוריאלית של חוק התחרות
תמר אינדיג ומיכל גל*

התקבל לפרסום בעיוני משפט כרך מה (בכפוף לעריכה)

א. מבוא

ב. דוקטרינת ההשפעות כחלק מהמשפט הבינלאומי המינהגי

1. מבוא.
2. תחולת הדוקטרינה בארצות הברית.
3. שינוי המגמה העולמית מהסתייגות לתמיכה והתפתחות הגוונים (וריאציות) של הדוקטרינה
 - א. האיחוד האירופאי.
 - ב. אימוץ הדוקטרינה ברחבי העולם
 - ג. סיכום מצב: חוץ-טריטוריאליות אובייקטיבית היא הנורמה
1. דוקטרינת ההשפעות עולה לכדי מינהג בינלאומי בדיני התחרות
2. ארבעה מודלים עיקריים לדוקטרינת ההשפעות בעולם

ג. הדין ונחיצות האכיפה בישראל

1. כללי: דוקטרינת ההשפעות מהווה חלק מהדין הישראלי
2. ישראל ככלכלה קטנה: האם ראוי להימנע מהחלת החוק הישראלי בשל החצנות חיוביות?
3. ר.ל.פ.י. חקלאות בע"מ נ' MAN TRUCK ואח'

ד. שיקולים מדריכים לעיצוב מתווה דוקטרינת ההשפעות בישראל

1. כללי
2. שיקולים מדריכים לעיצוב מתווה הדוקטרינה

ה. המתווה המוצע לתחולה החוץ-טריטוריאלית של דיני התחרות בישראל

1. השפעה משמעותית פוטנציאלית
2. פגיעה צפויה באופן סביר
3. אין לדרוש ישירות, ולמצער יש לאמץ פרשנות מקלה
4. אין לאמץ את תנאי הפגיעה המכוונת
5. שילוב התנאים
6. כללי הנימוס הבינלאומי
7. מבחן היישום כמבחן חלופי
8. תביעות פרטיות מול אכיפה של רשות התחרות

ו. סיכום

* פרופסור למשפטים וראש המרכז למשפט ולטכנולוגיה, אוניברסיטת חיפה, וכן נשיאת הארגון העולמי לחוקרים בתחום דיני התחרות (ASCOLA); דוקטור למשפטים, בעבר עוזרת משפטית בבית המשפט העליון ועו"ד בייעוץ המשפטי למערכת הבטחון, פוסט דוקטורנטית במרכז למשפט ולטכנולוגיה, אוניברסיטת חיפה. אנו מבקשות להודות לשי צדיק על עזרת מחקר יוצאת מהכלל. רב תודות לקורא החיצוני ולצוות המערכת של עיוני משפט על הארות מצוינות לגרסה קודמת.

תקציר

דוקטרינת ההשפעות (The Effects Doctrine) מהווה בסיס חשוב להחלת הדין המקומי באופן חוץ-טריטוריאלי. דוקטרינה זו, המהווה חלק מהמשפט הבינלאומי הפומבי המינהגי בדיני התחרות, מרחיבה בתנאים מסוימים את סמכות השיפוט של מדינה גם למעשים של בני אדם או של תאגידים אשר נעשו מחוץ לגבולותיה, אבל משפיעים עליה ומפרים את חוקיה. הדוקטרינה משקפת את התובנה שהמסחר בעידן הגלובלי המודרני, המתאפיין בדפוסי פעילות עסקית חוצי-גבולות במסגרתם התנהגות הננקטת במדינה אחת עלולה להסב פגיעה של ממש במדינה אחרת, מחייב חריגה מתפיסה טריטוריאלית צרה של ריבונות. בהיותה חלק מהמשפט הבינלאומי המינהגי, הדוקטרינה מאמצת אוטומטית אל תוך הדין הישראלי בהיעדר הוראה נוגדת. תחולתה של הדוקטרינה בדיני התחרות, כמו גם התנאים להחלתה, עומדים כיום לפתחו של בית המשפט העליון בשני מקרים שעניינם קרטלים בינלאומיים אשר השפיעו על צרכנים בכל העולם. התנאים שייקבעו לתחולתה ישפיעו על האפשרות להחיל את חוק התחרות הישראלי על מעשים חוץ-טריטוריאליים הפוגעים בתושבי ישראל, ועשויים להשליך גם על תחולתם של חוקים נוספים. על כן, קיימת חשיבות רבה לקביעתם באופן שיעלה בקנה אחד עם המינהג הבינלאומי וכן ישרת את מטרות הדין הישראלי. פסקי הדין שיינתנו ישליכו על רמת ההרתעה כלפי מעוולים פוטנציאליים, ומכאן הצורך באמירה החלטית אשר תבסס צפי מובהק לאכיפה בישראל כפי שמאפשר המנהג הבינלאומי, ובכך תימנע פגיעה עתידית. מאמר זה מבקש לתרום תרומה לעיצוב מתווה מיטבי כאמור בדיני התחרות. לשם כך הוא סוקר את המינהג הבינלאומי באשר לתחולת הדוקטרינה ותנאיה, תוך שימת דגש על השינויים הרבים שחלו בה בעשור האחרון. סקירתנו מזהה ארבעה מודלים של דוקטרינת ההשפעות המקובלים כיום בעולם, המשקפים טווח נרחב של שיקול דעת בעת עיצוב הדוקטרינה בכל מדינה. לאחר מכן פורש המאמר את השיקולים אשר ראוי כי ידריכו את מקבלי ההחלטות בבחירת המתווה ההולם לדוקטרינה בישראל מתוך מנעד האפשרויות הלגיטימי. לבסוף מוצע מתווה לתחולה החוץ-טריטוריאלית של דיני התחרות בישראל, לפיו דוקטרינת ההשפעות תותנה בשני תנאים המצויים בליבת הזיקה הנדרשת במשפט הבינלאומי: השפעה משמעותית פוטנציאלית, הצפויה אובייקטיבית באופן סביר על השוק הישראלי. כן מוצעת פרשנות מתונה לתנאים אלה, המתיישבת עם הנוהג ברחבי העולם ועם מאפייניה המיוחדים של ישראל.

א. מבוא

לאחרונה התבקש בית המשפט העליון להכריע בשאלת אימוצה של דוקטרינת ההשפעות (The Effects Doctrine) והיקפה הראוי במשפט הישראלי בשני מקרים שונים.¹ דוקטרינה זו, המהווה חלק מהמשפט הבינלאומי הפומבי המינהגי (להלן: "המשפט הבינלאומי"), מרחיבה בתנאים מסוימים את סמכות השיפוט של מדינה גם למעשים של בני אדם או של תאגידים (להלן: "בני אדם") אשר נעשו מחוץ לגבולותיה אבל משפיעים עליה ומפרים את חוקיה. המקרה הראשון בו הוחלה הדוקטרינה בארצות הברית, ארץ מכורתה, כמו גם שתי הבקשות העומדות עתה בפני בית המשפט העליון, עניינם בדיני התחרות. בשלושת המקרים יישומה התבקש על מנת להחיל את דיני התחרות המדינתיים על חברות בקרטל בינלאומי אשר גרם נזק במדינה בה לא היו רשומות החברות. הדוקטרינה משקפת את התובנה שהמסחר בעידן הגלובלי המודרני, המתאפיין בדפוסי פעילות עסקית חוצת-גבולות במסגרתם התנהגות הננקטת במדינה אחת עלולה להסב פגיעה של ממש למדינה אחרת, מחייב חריגה מתפיסה טריטוריאלית צרה של ריבונות. הכלכלה הדיגיטלית חוצת-הגבולות, המקשרת יצרנים וצרכנים מכל רחבי העולם במהירות וביעילות שלא היו כמותן, האיצה צורך זה. בהתאם לכך, הכירו מדינות רבות בחיוניות התחולה החוץ-טריטוריאלית של חוקיהן לשם מיגור התנהגות של זרים הפוגעת באזרחיהן בתוך מדינותיהן, ואימצו את דוקטרינה ההשפעות.²

סיפור גילגולה של הדוקטרינה, עד שנהפכה לחלק מהמשפט הבינלאומי המינהגי ולבסיס לחוקים שונים ברחבי העולם, הינו מרתק. סיפורה משקף שינויים בדפוסי המסחר הבינלאומי, כמו גם שינויים תפיסתיים באשר לגבולות המדינה הריבונית ולהשפעות של (אי) אכיפה במדינה אחת על מדינות אחרות. מקורה של הדוקטרינה בהחלטה שניתנה על ידי בית המשפט האמריקני לפני יותר ממאה שנה. מאז היא עברה תמורות משמעותיות במולדתה.³ אך מעניין מכך, למרות שהדוקטרינה היתה לאורך שנים רבות מושא להתנגדות עזה מחוץ לארצות הברית, היא נפוצה וקנתה אחיזה איתנה ברחבי העולם, לרבות במדינות אשר עד לא מכבר עוד התנגדו לתחולתה.⁴ כפי שמאמר זה מפרט, בעשור האחרון עברה הדוקטרינה תמורות של ממש אשר הרחיבו משמעותית את גבולותיה.

¹ רע"א 6646/19 ר.ל.פ.י. חקלאות בע"מ נ' **MAN Truck & Buss AG** (פורסם בנבו, 26.11.2019) ערר על החלטת בית המשפט המחוזי ת"צ (מחוזי מרכז) 31367-09-16 ר.ל.פ.י. חקלאות בע"מ נ' **MAN TRUCK & BUS AG** (פורסם בנבו, 08.09.2019) (להלן: "עניין רלפי"). כן עלתה סוגיה זו לאחרונה בבר"ע 1152/20 **Royal Philips Electronic N.V** נ' **איתי לנואל** (פורסם בנבו, 16.03.2020) (להלן: "עניין פיליפס 2020"), במסגרת בקשת רשות ערעור על אישור המצאה מחוץ לתחום נגד חברות זרות בקרטל העולמי של השפופרות הקתודיות אשר, לפי הנטען, השפיע בישראל. השאלה שעלתה היא האם חוק התחרות הישראלי חל על הסדר שנעשה מחוץ לתחומי המדינה. בית המשפט מפנה להחלטה אחרת, ת"צ (מחוזי מרכז) 10812-11-14 **דוד מירום ואח' נ' Royal Phillips Electronics N.V** (פורסם בנבו, 02.05.2019), אשר לא שללה את תחולתה של דוקטרינת ההשפעות ככלל ברירת דין ולהחלטות של הממונה שהחילו דוקטרינה זו. על בסיס זה, קבע בית המשפט שהתובענה אינה משוללת יסוד על פניה ודחה את הבקשה לביטול היתר המצאה מחוץ לתחום. הוא הותיר את שאלת תחולתה של הדוקטרינה והתנאים לתחולתה לשלבים הבאים במשפט. שאלה דומה עלתה גם בעניין רע"א 925/17 **הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת** (ע"ר) נ' **AU Optronics Corporation** (פורסם בנבו, 31.07.2017) (להלן: "עניין התנועה הצרכנית 2017"), שאלה זו חורגת מגדרי מאמר זה.

² ראו OECD, EXECUTIVE SUMMARY OF THE ROUNDTABLE ON THE EXTRATERRITORIAL REACH OF COMPETITION REMEDIES 2 ("The OECD 2017A") (להלן: "OECD 2017A"), [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M\(2017\)2/ANN1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M(2017)2/ANN1/en/pdf) following key points emerged: 1. The prevalence of the effects doctrine as the jurisdictional test over foreign conduct...regardless of the nationality of the perpetrator or the place where the infringement took place... Almost all jurisdictions rely on the qualified effects test to establish jurisdiction over foreign conduct, meaning that they are able to review foreign conduct that causes domestic harm, and impose remedial measures against it. Sweeney, *International Governance of Competition and the Problem of Extraterritorial Jurisdiction*, in *COMPARATIVE COMPETITION LAW RESEARCH HANDBOOK* 345, 347 (2015).

³ ראו דיון בפרק 2. בהלן.
⁴ ראו OECD, ROUNDTABLE ON THE EXTRATERRITORIAL REACH OF COMPETITION REMEDIES 6 (2017) (להלן: "OECD 2017B").
 the test of "direct, substantial and reasonable" ([https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2017\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2017)4/en/pdf)), with some differences in wording or intensity, is accepted by most jurisdictions as the limit for extraterritorial application of domestic antitrust laws.")

שאלת תחולתה וגדרי היקפה של הדוקטרינה עלתה לאחרונה בישראל בעניין רלפי, בבקשה לגילוי מסמכים במסגרת בקשה לאישור תביעה ייצוגית, נזיקית, נגד קרטל בינלאומי בין יצרניות משאיות זרות, אשר, על פי הנטען, גרם לכך שמשאיותיהן נמכרו במחירים על-תחרותיים גם בישראל.⁵ התובעים טענו שניתן וראוי להחיל את חוק התחרות הכלכלית הישראלי (להלן: "חוק התחרות הישראלי") בין היתר על בסיס דוקטרינת ההשפעות,⁶ זאת כיוון שהקרטל השפיע על המחיר בישראל, והשפעה זאת הייתה משמעותית, ישירה וצפויה מראש. חברות המשאיות הזרות טענו שאין להחיל עליהן את חוק התחרות הישראלי, בין היתר כיוון שהן אינן רשומות בישראל וכי לא הייתה להן כוונה מובהקת לפגוע בתחרות בישראל. בית המשפט המחוזי צידד בהכרה בדוקטרינה, אולם קבע כי העניין שלפניו אינו עומד בתנאים לתחולתה שהם, לשיטתו, פגיעה מהותית, ישירה ומכוונת בישראל,⁷ תוך שהוא משלב את התנאים המחמירים של שני המבחנים העיקריים הנהוגים בארצות הברית. שאלת תחולתה של הדוקטרינה והתנאים להחלתה עומדת עתה לפתחו של בית המשפט העליון במסגרת בקשת רשות ערעור.⁸ בנוסף, תחולתה עומדת לדין במסגרת בקשת רשות ערעור על החלטת ביניים בבקשה לתביעה ייצוגית בנוגע לנזק שנגרם בישראל כתוצאה מקרטל בינלאומי לתיאום מחירי שפופורות קתודיות.⁹

דוקטרינת ההשפעות היא דוקטרינה בינלאומית המיושמת במדינות רבות. כעולה מעצם טיבו וטבעו של המשפט המינהגי, בעוד מטרתה וקווי המתאר הבסיסיים שלה משותפים, קיימת שונות מסוימת בין המדינות בנוגע לתנאי החלתה. משכך, ראוי לברר מהם גבולות הגזרה שלה בהתאם למשפט הבינלאומי. בגדרי גזרה זו ראוי לאמץ בישראל את התנאים המיטביים להחלה חוץ-טריטוריאלית, בשים לב למטרות החוק הישראלי, למאפיינים המיוחדים של ישראל, ולניסיון שהצטבר בעולם בהחלת הדוקטרינה.

בהתאם לכך, וכפי שיפורט במאמר זה, אין זה נכון להעתיק באופן עיוור את תנאי דוקטרינת ההשפעות מארצות הברית, קל וחומר לשלב את התנאים המחמירים של שני המבחנים העיקריים המוחלים שם. הסתמכות על המתווה האמריקאי, כפי שעשה בית המשפט המחוזי בעניין רלפי - בלא מתן משקל לרקע ההיסטורי הייחודי שהשפיע על תבניתו ולקשיים שהתעוררו בהחלתו, ומבלי לבחון מקורות השראה עדיפים מעבר לים ואת השינוי התפיסתי שעברה הדוקטרינה בעשור האחרון - ויישמו בדווקנות-יתר לישראל, תוביל לתוצאה בעייתית. אכן, לארצות הברית שמור מקום של כבוד בכך שהייתה הראשונה שהחילה סמכות חוץ-טריטוריאלית בדיני התחרות על בסיס דוקטרינת ההשפעות. אולם אין בכך כדי להצדיק אימוץ התנאים המחמירים לתחולת הדוקטרינה שנתקבעו בה לפני כמה עשורים בתגובה להתנגדות מצד מדינות אחרות, באותה עת, ליישום הדוקטרינה על ידה. לא זו אף זאת: כמפורט להלן, גם הגרסה המחמירה יותר שאימצה ארצות הברית איפשרה לה להשיג לרוב את יעדיה, לאור מעמדה בזירה הבינלאומית וגודל כלכלתה. אולם הדבר אינו נכון לגבי כלכלות קטנות, דוגמת ישראל.

חשוב מכך - מרבית המדינות שסקרנו, לרבות האיחוד האירופי, קנדה, שווייץ, ויפן, אימצו תנאים מקלים יותר להחלת הדוקטרינה. כפי שיורחב להלן, תנאים אלו מתאימים יותר להחלה בישראל. אכן, תנאים אלו משקפים את השינוי המעשי והתפיסתי שהתחולל בעולם באשר לאכיפה חוץ-טריטוריאלית של דיני התחרות. הדוקטרינה מיושמת כיום במציאות בה מרבית המדינות חוקקות דיני תחרות ורבות אוכפות אותם. יתירה מכך, בנוגע לאכיפה נגד קרטלים בינלאומיים, החשש מקונפליקט בין-מדינתי פחת משמעותית בשל ההכרה שנדרשת אכיפה מקבילה של מדינות שונות על מנת להרתיע ולמנוע את קיומם

⁵ עניין רלפי, לעיל ה"ש 1, בפס' 20-25.

⁶ מאמר זה מוקדש לעיון בדוקטרינת ההשפעות. משכך, אין בהיעדר התייחסות או בהתייחסות מוגבלת לאפיקים אלטרנטיביים להכרה בסמכות משום הבעת עמדה.

⁷ עניין רלפי, לעיל ה"ש 1, בפס' 55-57.

⁸ שם, בעמ' 11 ואילך לבקשה.

⁹ עניין פיליפס 2020, לעיל ה"ש 1. שאלת תחולת הדוקטרינה עלתה שם במסגרת סוגיית רכישת סמכות שיפוט בהמצאה מחוץ לתחום.

מלכתחילה. גם דפוס העסקים הבינלאומיים השתכללו והשתנו בשנים אלה, תוך התגברות האפשרות שפעולה שנגקטת מחוץ לגבולותיה של מדינה תשפיע משמעותית על תנאי התחרות בה. במציאות דינמית זו, ראוי שהתנאים שישראל תאמץ להחלת הדוקטרינה ישקפו שינויים ותובנות אלו, כפי שעשו מדינות רבות המחילות אותה.

על רקע זה, יש לנקוט משנה זהירות מאימוץ תנאים מכבידים ודווקניים לתחולת הדוקטרינה, אשר אימוצם אינו מתחייב מכללי המשפט הבינלאומי, והם פוגעים משמעותית באפשרות למנוע פעולות של בני אדם זרים הפוגעות באזרחי ישראל, כמו גם בזכותם של ישראלים שניזוקו מפעילות פוגענית כאמור להיטיב את נזקיהם. כפי שהניסיון הבינלאומי מראה, מדיניות מצמצמת מדי עלולה להפוך את ישראל למתחם מוגן למפרים זרים של דיני התחרות, בראשם קרטלים בינלאומיים. מוצע שלא להחמיץ הזדמנות חשובה זו לעצב כדבעי את גדרי הדוקטרינה בישראל בהתאם למינהג הבינלאומי בתחום, ובכך למנוע פגיעה עתידית בצרכנים ישראלים.

דוקטרינת ההשפעות אינה זרה למשפט הישראלי. היא אומצה ויושמה בישראל בהחלטות של הממונה על התחרות הכלכלית (להלן: "הממונה")¹⁰, הוזכרה בחיוב בפסיקה של בית הדין לדיני תחרות¹¹ ובתי המשפט¹², והספרות מצדדת בתחולתה.¹³ אולם המתווה הראוי לתחולתה בישראל טרם התברר כיאות, בפרט בהינתן ההתפתחויות המשמעותיות בעשור האחרון, אשר הובילו מדינות רבות לאמץ גישה מרחיבה להחלתה. כאמור, בית המשפט העליון נדרש כיום לשאלה זו. הגם שהסוגיה באה לפני בית המשפט עתה במסגרת תביעה ייצוגית בנזיקין, יש חשיבות לקביעת גדריה של דוקטרינת ההשפעות מתוך ראייה כוללת, הנותנת מענה גם להליכי אכיפה מנהליים עתידיים. החלטתנו עשויה להשליך, למצער במידת מסויימת, גם על ענפי משפט נוספים להם מאפיין חוצה-גבולות ניכר, דוגמת חוק האחריות למוצרים פגומים, דיני הגנת הצרכן, או דיני ניירות ערך.¹⁴

מאמר זה מבקש לתרום תרומה לעיצוב מתווה מיטבי וראוי כאמור. מפת הדרכים הינה כדלקמן: סקירה השוואתית וביקורתית של מתווה הסמכות החוץ-טריטוריאלית במספר מדינות בעולם והמסקנות העולות ממנה (חלק ב); הדין בישראל (חלק ג); פרישת השיקולים המדריכים לעיצוב מתווה דוקטרינת ההשפעות בישראל (חלק ד); ולבסוף הצעה למתווה החוץ-טריטוריאלית של דיני התחרות בישראל (חלק ה). אנו מציעות להתנות את תחולת הדוקטרינה בישראל בשני תנאים המצויים בליבת הזיקה הנדרשת במשפט הבינלאומי: השפעה משמעותית וצפויה אוביקטיבית באופן סביר על השוק הישראלי. גם הפרשנות המתונה שאנו מציעות לתנאים אלה מתיישבת היטב עם הנוהג ברחבי העולם.

¹⁰ ראו, למשל, החלטה לפי סעיף 43(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988 בעניין שוק הבשמים הסלקטיביים (11.2.1999) **הגבלים עסקיים** 3002438, בפס' 5 (להלן: "החלטת ג'יימס ריצ'רדסון"); "תכליתו של חוק ההגבלים העסקיים-הגנה על התחרות בישראל-מלמדת כי פרשנות הדין הישראלי ברוח דוקטרינת ההשפעות מחויב המציאות... המציאות העסקית כלכלית חוצה גבולות מדיניים, ופרשנות מצמצמת לתחולת דיני ההגבלים העסקיים תפתח פתח רחב לפגיעה בתחרות בישראל"; החלטה לפי סעיף 43(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988 בדבר הסדר כובל בין יצרניות מסדרי מתח מבודדי גז (16.9.2013) **הגבלים עסקיים** 500473, בפס' 129-127(להלן: "החלטת מסדרי המתח").

¹¹ ה"כ (הגבלים עסקיים – ביה"ד ירושלים) 513/04 **אקו"ם בע"מ-אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים**, בס' 26 (פורסם בנבו, 02.06.2011) (להלן: עניין **אקו"ם**).

¹² לא מכבר הוזכרה דוקטרינת ההשפעות בעניין ת"צ (מחוזי מרכז) 10538-02-13 **הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 19.01.2020) (להלן: פרשת **אל-על**). בית המשפט הטעים כי אינו נדרש להכריע בנושא בשם לב לנסיבות שלפניו, כיון שלאחת המשיבות נתח משמעותי בשוק הישראלי הרלוונטי. הדוקטרינה הוזכרה גם בעניין **התנועה הצרכנית 2017**, לעיל ה"ש 1. אולם הסוגיה לא הוכרעה.

¹³ ראו Michal Gal, *Extra-Territorial Application of Antitrust – The Case of a Small Economy (Israel)* In COOPERATION, COMITY, AND COMPETITION POL'Y (Andrew Guzman ed., 2009), <https://ssrn.com/abstract=1333151>; גילה דיני **התחרות האירופאיים בראי דיני ההגבלים העסקיים הישראליים** 465-462 (2019).

¹⁴ לכאורה, אין הכרח לנקוט מדיניות זהה בכלל ענפי המשפט האלה, ויתכן שיימצאו שיקולים ייחודיים אליהם יש ליתן את הדעת בהתייחס למי מבין ענפי המשפט האחרים בהם תתבקש תחולה חוץ-טריטוריאלית של הדין הישראלי. לפיכך, את הדיון וההסדר המוצעים כאן בהקשר לדיני התחרות רצוי לראות כנקודת מוצא להשראה ולביורור פרטני כאשר הסוגיה תתעורר בהקשרים אחרים. דוגמא לנקיטת עמדה שונה בדיני התחרות ובדינים אחרים עולה מהמגמה בארצות הברית בשנים האחרונות, ראו William S. Dodge, *The New Presumption Against Extra-territoriality*, 133 Harv. L. Rev. 1582 (2020). קצרה היריעה כאן מלנתח האם זו מגמה רצויה.

ב. דוקטרינת ההשפעות כחלק מהמשפט הבינלאומי המינהגי

1. מבוא

המשפט הבינלאומי מגדיר את היקף סמכות השיפוט של מדינה כאשר מעורבים בעניין גם אינטרסים של מדינות זרות. עיקרון היסוד להקמת סמכות כאמור מחייב קיום אינטרס לגיטימי או זיקה מספקת בין המדינה האוכפת להתנהגות הרלוונטית.¹⁵ סמכות השיפוט של מדינה היא בעיקרה טריטוריאלית ומוגבלת, לרוב, לבני אדם המצויים בתחומה (subjective territoriality principle).¹⁶ לצד עיקרון זה, התפתחו במשפט הבינלאומי עקרונות אשר הרחיבו את סמכותה של מדינה להחיל את דינה גם כאשר המעשים לא נעשו בתחומה.¹⁷ במסגרת זו צמחה דוקטרינת ההשפעות, המאפשרת למדינה להחיל, בתנאים מסוימים, את משפטה המקומי על בני אדם זרים אשר להתנהגותם יש השפעה בתחום השיפוט המקומי.¹⁸ בתחום דיני התחרות, במסגרתו נעשה מירב הפיתוח של דוקטרינה זו, מקימה דוקטרינת ההשפעות תחולה חוץ-טריטוריאלית של הדין המקומי, בתנאים מסוימים, כלפי מי שלהתנהגותו הייתה השפעה אנטי-תחרותית בתחום המדינה האוכפת וההתנהגות מהווה הפרה של חוק התחרות המקומי, הגם שמדובר בנתבע זר ובהתנהגות שנגקטה מחוץ לגבולותיה הטריטוריאליים של המדינה.¹⁹ למעשה, דוקטרינת ההשפעות מאפשרת הכרה בנזק שנגרם או עלול להיגרם במדינה בגין ההתנהגות הזרה כבסיס לאינטרס הלגיטימי או לזיקה המספקת כנדרש להחלת דינה.

מקורה של הדוקטרינה בפסק דין של בית המשפט העליון האמריקני משנת 1911.²⁰ בעשורים האחרונים אומצה הדוקטרינה על ידי מדינות רבות נוספות ברחבי העולם.²¹ סקירה של הנעשה בעולם מאירה את התמורה העצומה שחלה בדוקטרינה מאז יושמה לראשונה ועד היום. בתחילת דרכה עוררה הדוקטרינה ביקורת ותגובות-נגד קשות אשר הובילו את בתי המשפט והמחוקקים בארצות הברית לסייג את תחולתה. בהדרגה חילחלה חשיבותה בעולם בו גבולות טריטוריאליים אינם מונעים מחברות זרות לפגוע באזרחי מדינות אחרות. לבסוף היא הפכה לנורמה בינלאומית מקובלת ולגיטימית, המוחלת כיום על ידי מדינות רבות, לרבות המתנגדות החריפות ביותר להחלתה בעבר.

עם זאת, כעולה מטבעה כדוקטרינה מינהגית, אין אחידות בתנאי החלתה. ארצות הברית, למשל, מסייגת את תחולתה בתנאים אשר לפחות חלקם אומצו במטרה להקטין את ההתנגדות הבינלאומית בעבר לעצם ההכרה בדוקטרינה. מספר קטן של מדינות מחילות גישה מרוסנת אף יותר. אולם מרבית המדינות בחרו לאמץ תנאים מרוככים יותר מאלו האמריקניים. אין עסקינן, אפוא, ב"תבנית אחת שאין

¹⁵ ראו, למשל, CHRISTOPHER L. BLAKESLEY ET AL., THE INTERNATIONAL LEGAL SYSTEM, CHAPTER 3 (5th ed. 2001).

¹⁶ השופט הולמס בפסק דין American Banana Co. v. United Fruit Co. 213 U.S. 347, 20 S. Ct. 511 (1909).

¹⁷ Anu Bradford et al., *Competition Law Gone Global: Introducing the Comparative Competition Law and Enforcement Dataset*, 16(2) J. OF EMPIRICAL LEGAL STUD. 411 (2019). הכולל נתונים לפיהם בין השנים 1980-2010 חל גידול דרמטי (פי 6 לערך) במספר המדינות בהן קיימת תחולה חוץ-טריטוריאלית של דיני התחרות. בשנת 2010 לכ-75% ממדינות העולם היתה סמכות בחוקיהם להחיל את חוקי התחרות שלהם בצורה חוץ טריטוריאלית. כיון שעסקינן בדוקטרינה מינהגית, אשר במדינות רבות אין חובה לעגנה בחוק ספציפי (לרבות ישראל), מספר המדינות בעלות סמכות להחיל את דיני התחרות שלהן בצורה חוץ טריטוריאלית גבוה מזה שמצוין במאמר המצוטט.

¹⁸ עיקרון זה נבחן על ידי בית הדין הבינלאומי בפרשת לוטוס The case of S.S Lotus (Fr. v. Turk.) P.C.I.J, Ser.A, No. 10 (1927). נמפורט להלן, הוא הוכר במשפט האמריקני עוד קודם לכן. ראו גם UN International Law Commission, Report of the International Law Commission, Annex E, U.N. Doc. A/61/10 (2006), at 516 ("The effects doctrine may be understood as referring to jurisdiction asserted with regard to the conduct of a foreign national occurring outside the territory a State which has a **substantial effect** within that territory. This basis, while **closely related to the objective territoriality principle**, does not require that an element of the conduct take place in the territory of the regulating State.").

¹⁹ United States v. Aluminum Co. of America, 148 F. 2d 416 (2d Cir. 1945) (להלן: Alcoa); "Both [agreements- M.G.] were unlawful, though made abroad, if they were intended to affect import and did affect them...[we apply an assumption that the] restriction had a [material] influence upon price"

²⁰ MARK W. JANIS, AN INTRODUCTION TO INTERNATIONAL LAW 329-330 (3rd ed., 1999).

²¹ ראו דיון להלן.

בלתה". בנוסף, גם במדינות שסללו את הדרך לאימוץ הדוקטרינה לפני עשרות שנים, אין קפיאה על השמרים. נהפוך הוא: התנאים לתחולת הדוקטרינה נתונים בתהליך מתמשך ומתמיד של פרשנות ושינוי תוך התאמה לעידן הגלובליזציה ולתובנות החדשות בדבר הצורך באכיפה מקבילה בידי כל המדינות המושפעות מהתנהגות אנטי-תחרותית קרטליסטית על מנת לשרת את הרווחה המצרפית. שינויים רבים חלו בעשור האחרון. כך, למשל, בית הדין של האיחוד האירופי אימץ לראשונה את דוקטרינת ההשפעות בשנת 2017; בארצות הברית נפרסמו רשויות התחרות ב-2017 הנחיות המרחיבות את תחולת הדוקטרינה יחסית לגישה שהיתה נהוגה קודם לכן; ביפן נדרש בית המשפט העליון לקביעת תנאיה בשנת 2017; וגם בדרום קוריאה, בסין ובשווייץ התקבלו החלטות משמעותיות רק לאחרונה. נוכח התפתחויות אלו, בחינת התנאים העכשוויים להחלתה של הדוקטרינה הינו הכרחי לבחינת המנעד הלגיטימי להחלתה בהתאם למשפט הבינלאומי המינהגי. לכך נפנה עתה.

2. תחולת הדוקטרינה בארצות הברית

דוקטרינת ההשפעות פותחה והוחלה לראשונה בארצות הברית ומשם נפוצה בעולם. סיפור התפתחותה של הדוקטרינה מתכתב עם שינוי הנסיבות הבינלאומיות על פני ציר הזמן. לראשונה עלתה סוגיית התחולה החוץ-טריטוריאלית בפסק הדין *American Banana Co.* של בית המשפט העליון משנת 1909, שעסק בקרטל של חברות זרות שייבאו בננות לארצות הברית.²² בית המשפט דחה את הרעיון שחוק התחרות המקומי יחול על התנהגות שהתרחשה כולה מחוץ לגבולות ארצות הברית. החלטתו ביטאה תפיסה צרה של משפט בינלאומי, שהיתה מקובלת באותה עת, לפיה השאלה אם פעולה הינה חוקית אם לאו תוכרע לפי חוקי המדינה בה נעשתה הפעולה, וחריגה מכך מהווה התערבות בסמכותו של ריבון אחר. שנתיים לאחר מכן הפך בית המשפט העליון את החלטתו. בעניין *Strassheim* נקבע העיקרון לפיו "Acts done outside a jurisdiction but intended to produce and producing detrimental effects within it, justify a state in punishing the cause of the harm as it had been present at the effect."²³ תקדים זה הרחיב את סמכות השיפוט כך שתחול גם על פעולות שנעשו מחוץ לגבולות המדינה, כל עוד הן היו מכוונות להשפיע ואכן השפיעו בצורה שלילית בארצות הברית.

לראשונה הוחלה דוקטרינת ההשפעות, הלכה למעשה, בידי התחרות בשנת 1945.²⁴ בעניין *Alcoa* הוחלו דיני התחרות האמריקניים על חברה קנדית שהייתה צד לקרטל שגרם לעליית מחירי האלומיניום בארצות הברית.²⁵ פסק הדין מבטא את התפיסה לפיה עם התפתחות הסחר הבינלאומי, פעולה שמבוצעת במדינה אחת עשויה להשפיע לרעה על מדינה אחרת. שם נקבע שהצורך להגן על צרכנים מקומיים מפני ההשפעה של פעולה כאמור מקים למדינה זכות להחיל את חוקיה על פעולה שיש לה השפעה מכוונת בתוך גבולותיה ("if they were intended to affect imports and did affect them").²⁶

²² הלכת *American Banana*, לעיל ה"ש 16.

²³ *Hartford Fire Ins. Co. v. Hartford Fire* דעת הרוב בפסק הדין *Hartford Fire* חזרה על קביעה זו. *Strassheim v. Daily*, 221 U.S. 280 (1911). *Richard W. Beckler and v. California*, 509 U.S. 764, 795 113 S. Ct. 2891 (1993). *Matthew H. Kirtland, Extraterritorial Application of US Antitrust Law: What is a "Direct, Substantial, and Reasonably Foreseeable Effect" Under the Foreign Trade Antitrust Improvements Act* 38 TEX. INT'L L.J. 11, 12-14 (2003).

²⁴ יש המפנים ל-*United States v. Sisal Sales Corp.*, 274 U.S. 268, 47 S. Ct. 592 (1927). אולם לא ברור עד כמה היה צורך להשתמש בה באותו עניין כדי להקנות סמכות.

²⁵ עניין *Alcoa*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 444-445.

²⁶ שם. בהמשך אומצה עמדה זו על ידי בית המשפט העליון בארצות הברית, ראו לדוגמה *Continental Ore Co v. Union Carbide & Carbon Corp.*, 370 U.S. 690, 704, 82 S. Ct. 1404 (1962). בית המשפט התייחס גם לצורך בהגבלה עצמית של הפעלת הסמכות. ראו *Michael Faure and Xinzhu Zhang, Towards an Extraterritorial Application of the Chinese Anti-Monopoly Law that Avoids Trade Conflicts* 45 GEO. WASH. INT'L L. REV. 501, 507 (2013).

הדוקטרינה זכתה במהירות להחלה נרחבת בארצות הברית, אך לא ליישום אחיד. בתי המשפט רבים אימצו רף הוכחה נמוך לדרישת הכוונה, עד כדי התעלמות ממנה.²⁷ גם בהתייחס לחומרת ההשפעה אומצו אמות מידה שונות.²⁸

הרחבת סמכות השיפוט מצד ארצות הברית והחלת דיניה על התנהגות חוץ-טריטוריאלית באמצעות דוקטרינת ההשפעות גררה ביקורת קשה מצד מדינות ברחבי העולם.²⁹ כך, למשל, הצהירה ממשלת אנגליה שלעמדתה של ארצות הברית אין בסיס במשפט הבינלאומי;³⁰ מספר מדינות הגישו עמדה נגדית לבתי המשפט בארצות הברית במסגרת ניהול תיקים שונים;³¹ כמה מדינות, בהן אנגליה, קנדה, ואוסטרליה, חוקקו חוקים שנועדו לעכב ולסכל את היישום החוץ-טריטוריאל של הדינים האמריקניים;³² ובתי משפט ברחבי העולם התנגדו ליישום צוים שהוצאו על ידי בתי משפט אמריקניים אגב יישום הדוקטרינה.³³ ביסוד התנגדויות אלו עמדו תפיסות שונות בנוגע לגדרי המשפט הבינלאומי, התנגדות להחלה של מאפיינים מסוימים של דיני התחרות האמריקניים על חברותיהן (דוגמת הזכות לנזק משולש), וכן אינטרסים כלכליים שונים.³⁴

התנגדות זו הובילה חלק מבתי המשפט האמריקניים להחמיר את התנאים להחלת הדוקטרינה. היא גם הובילה לחקיקת ה- Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982 (להלן: "FTAIA"),³⁵ אשר תיקן את חוק שרמן, שהוא החוק העיקרי המסדיר את דיני התחרות בארה"ב.³⁶ לחוק ה- FTAIA היו שני יעדים עיקריים הרלבנטיים לענייננו: הפחתת הקונפליקט עם מדינות אחרות³⁷ ויצירת בהירות בדבר התנאים הנדרשים להחלת הדוקטרינה.³⁸ החוק יצר אבחנה בין מי שמיבא ישירות לתוך ארצות הברית, לבין פעילות זרה אחרת. יבוא פורש באופן רחב ונותר תחת חוק שרמן. הדגש בבחינה האם

Won-Ki Kim, *The Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Law and its Adoption in Korea*, 7 SINGAPORE J. OF 27
 Claire L. Leonard, *In Need of Direction: An Evaluation of* ;INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW 386, 390-391 (2003)
 the "Direct Effect" Requirement Under Foreign Trade Antitrust Improvement Act, 73 WASH & LEE L. REV. 489, 495-496 (2016).

Sweeney, לעיל ה"ש 2, בעמ' 352; Beckler and Kirtland, לעיל ה"ש 23, בעמ' 13. כך לדוגמא, בעניין *Timberlane* דרש בית המשפט הוכחה של השפעה נראית לעין על המסחר ("cognizable injury") ו"ר" Timberlane Lumber Co. v. Bank of Am., N.T. & (S.A., 549 F.2d 597, 613 (9th Cir 1976). בעניין *Interbank*, לעומת זאת, דרש בית המשפט הוכחה של השפעה צפויה וניכרת על המסחר ("foreseen to have any appreciable anticompetitive effects on United States commerce") ו"ר" Nat'l Bank of (Canada v. Interbank Card Asso., 666 F.2d 6, 8 (2nd Cir. 1981).

Sweeney, לעיל ה"ש 2, בעמ' 347, 355-353; Brian Peck, *Extraterritorial Application of Antitrust Laws and the US.-EU Dispute over the Boeing and McDonnell Douglas Merger: From Comity to Conflict - An Argument for a Binding International Agreement on Antitrust Enforcement and Dispute Resolution*, 35 SAN DIEGO L. REV. 1163 (1998); Faure and Zhang, לעיל ה"ש 26, בעמ' 516; Kim, לעיל ה"ש 27, בעמ' 391-390.

TAKAAKI KOJIMA, INTERNATIONAL CONFLICTS OVER THE EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF COMPETITION LAW IN A 30
 BORDERLESS ECONOMY (2002), p. 4.

Sweeney, לעיל ה"ש 2, בעמ' 353; Amicus Curiae Brief of the Government of the United Kingdom ; of August 1979: In re Uranium Antitrust Litig., 617 F.2d 1248 (7th Cir, 1980).
 Sweeney, שם, בעמ' 354-353; ראו למשל, החוק שאימצה אוסטרליה: *Foreign Proceedings (Excess of Jurisdiction) Act* 1984.

לדוגמא, בעניין [1954] 2 All E.R. 780 (C.A.) and [1952] 2 All E.R. 88 (Ch.).
 British Nylon spinners Ltd. V. Imperial Chemical Industries Ltd. [1952] 2 All E.R. 780 (C.A.) and [1954] 2 All E.R. 88 (Ch.).

Sweeney, לעיל ה"ש 34. מעניין לציין, כי הדוקטרינה נתקלה בהתנגדות גם מצד מדינות מתפתחות אשר היו נתונות בעבר תחת משטר קולוניאלי, אשר ראו בדוקטרינה כלי בידי מדינות מפותחות להתערבות מחודשת בכלכלתן, ו"ר" Anindita Jaiswal, *Effects Doctrine in India versus the US: Developing & Developed Country Perspectives*, 12 Manchester J. INT'L ECON. L. 344, 345 (2015).

Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982, Pub. L. No. 97-920, 96 Stat. 1246 (codified at 15 U.S.C. §6a 35
 (2012)).

FEDERAL TRADE COMMISSION Foreign Trade Antitrust Improvement Act of 1982, 15 U.S.C. (6a(1)) 36
 ACT, 15 U.S.C. (45(A)(3))

Sweeney, לעיל ה"ש 2, בעמ' 360; Beckler and Kirtland, לעיל ה"ש 28.
 Beckler and Kirtland, שם. 38

מדובר ביבוא הושם על אופי הפעולה ולא על מאפייניו של מבצע הפעולה כיבואן.³⁹ בנוסף, הסכם לקביעת מחיר הנערך בין יצרנים זרים של טובין, המתייחס למכירות ברחבי העולם ואינו מתייחס מפורשות למכירות לארצות הברית, ואף אם אלה מהוות רק חלק קטן מהמכירות נשוא ההסכם, עדיין נחשב יבוא.⁴⁰ גם פעולה הקשורה ליבוא, כמו שירותי תובלה, תיחשב כיבוא.⁴¹ יבוא הוחרג מגדרי ההסדר שנחשב מחמיר יותר שב - FTAIA.⁴² כפי שנקבע בעניין *Hartford Fire*, במקרים שעניינם יבוא, נדרש שההשפעה תהיה "מכוונת ומשמעותית" ("intended and substantial").⁴³ לעומת זאת, התנהגות זרה שאינה יבוא, כולל יצוא מארצות הברית ומסחר במדינה זרה, כפופה להסדר שנקבע ב-FTAIA, לפיו חוק התחרות לא יחול עליה, אלא אם כן יש לה השפעה ישירה, משמעותית וצפויה באופן סביר ("direct, substantial, and reasonably foreseeable effect") על המסחר בארצות הברית, על היבוא לארצות הברית, או על היצוא של יצואן אמריקאי.⁴⁴ בהתאם לעמדת רשויות האכיפה, כאשר מדובר ביבוא אין הבדל רב בין שני המבחנים, כיון שהתנאי של השפעה ישירה מתקיים ממילא בעת יבוא.⁴⁵

למרות הניסיון ליצור אחידות באמצעות חקיקת ה-FTAIA, נוצרו מחלוקות חדשות באשר לפרשנות התנאים שהותוו בו.⁴⁶ ניתן להדגים זאת על ידי תנאי ישירות ההשפעה. ב-2004 אימץ בית המשפט לערעורים של הערכאה התשיעית גישה מחמירה לפיה תנאי הישירות מתקיים רק כאשר ההשפעה היא תוצאה מיידית של ההתנהגות הנבחנת.⁴⁷ בעשור האחרון הסתייגו בתי משפט אחרים לערעורים מפרשנות מחמירה זו וקבעו שהשפעה היא ישירה אם קיים קשר סיבתי קרוב באופן סביר ("reasonably proximate causal nexus").⁴⁸ לא נדרש שלמעשה האנטי-תחרותי יהיו השפעות מיידיות על הצרכן במדינה האוכפת, אלא די בקשר סיבתי מרוכך ועקיף, כל עוד לא מדובר בהשפעה שהיא כל כך מרוחקת בשל חוליות רבות בשרשרת הייצור והשיווק של המוצר עד להגיעו לצרכן הסופי, שההשפעה היא בבחינת "אדוות גלים".⁴⁹ בנוסף, קבע בית המשפט לערעורים של הערכאה השביעית,

³⁹ ראו U.S. DEP'T OF JUSTICE AND FEDERAL TRADE COMM'N, ANTITRUST GUIDELINES FOR INTERNATIONAL ENFORCEMENT AND COOPERATION 19 (2017), <https://www.justice.gov/atr/internationalguidelines/download> על סמך הפסיקה, זהותו של עושה הפעולה כיבואן בהקשרים אחרים כמו גם העובדה שעושה הפעולה דווקא אינו עוסק ביבוא ככלל- אינן קובעות.

⁴⁰ שם, בעמ' 20. ראו דוגמא A, בהסתמך על הלכת *Hui Hsiung*, להלן ה"ש 49.

⁴¹ שם, ראו דוגמא B.

⁴² שם, בעמ' 19. הכללים מפנים לעניין זה, בין היתר, לפסק הדין *Minn-Chem v. Agrium Inc.*, 683 F.3d 845, 857 (7th Cir. 2012).
⁴³ עניין *Hartford Fire*, לעיל ה"ש 23, הצהיר בית המשפט כי חוק התחרות חל על "foreign conduct that was meant to produce" and did in fact produce some substantial effect in the United States. בהמשך בעניין *United States v. Nippon Paper Industries Co.*, 109 F.3d 1 (1st Cir. 1997) קבע בית המשפט: "[C]ase law now conclusively establishes that civil antitrust actions predicted on wholly foreign conduct which has an intended and substantial effect in the United States come within its jurisdiction." מבחן זה אומץ גם ב- Restatement (Third) of Antitrust Law § 402(1)(c), שקובע שלמדינה יש סמכות לאסור בחוקי "conduct outside its territory that has or is intended to have substantial effect within its territory".

על התנהגות אנטי-תחרותית.

⁴⁴ FTAIA, לעיל ה"ש 37.

⁴⁵ ראו ANTITRUST GUIDELINES 2017, לעיל ה"ש 41, בעמ' 19-20, אינם מפנים לתנאי הלכת *Hartford* בעת ניתוח דוגמאות של פעולות יבוא. כמוסבר בהנחיות (שם, ה"ש 80), בית המשפט העליון כמו גם בתי משפט נוספים בארצות הברית לא הבהירו האם חוק ה-FTAIA תיקן את הדין הקיים או רק ערך קודיפיקציה שלו. לדעת הרשויות, שתי אמות המידה ("השפעה מכוונת ומשמעותית" או "השפעה ישירה, משמעותית וצפויה באופן סביר") יובילו לאותה התוצאה. התנהגות שהיא יבוא לארצות הברית, שיש לה השפעה "ישירה, משמעותית וצפויה באופן סביר" על המסחר של ארצות הברית, סביר שיש לה "השפעה משמעותית ומכוונת" בארצות הברית. לכן לדעת הרשויות לא נדרש להראות בנפרד התקיימות של "השפעה מכוונת ומשמעותית" כאשר חלק מההתנהגות נשוא העניין מתרחש בארצות הברית, כי במקרה כזה מדובר ביישום, לפחות בחלקו, של דיני התחרות של ארצות הברית להתנהגות בטריטוריה.

⁴⁶ לביקורת על חוסר האלגנטיות של החוק ולמחלוקות שנוצרו בפסיקה בעקבותיו ראו *Beckler and Kirtland*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 15; *Leonard*, לעיל ה"ש 27, בעמ' 500-510.

⁴⁷ ראו, למשל, *United States v. LSL Biotechnologies*, 379 F.3d 672, 680 (9th Cir. 2004). על הלכה זו חזר בית המשפט של הערכאה התשיעית גם ב-*United States v. Hui Hsiung*, 778 F.3d 738 (9th Cir. 2015).

⁴⁸ *Minn-Chem*, לעיל ה"ש 44; *Lotes Co., Ltd v. Hon Hai Precision Indus. Co., Ltd* 753 F.3d 395, 398 (2d Cir. 2014).
⁴⁹ שם. (תנאי הישירות לא מתמלא כאשר עסקינו ב- "action in a foreign country filters through many layers and finally causes a few ripples in the United States.")

בעניין *Minn-Chem* כי יש לפרש את שלושת תנאי החוק בצורה אינטגרטיבית. כאשר יתר התנאים מתקיימים בבירור, ניתן להסתפק ברף נמוך יותר בהתייחס לתנאי הישירות.⁵⁰

גבולותיו של תנאי הישירות שבו והתחדדו בשנת 2015 בהקשר לקרטל בין יצרני רכיבי-ביניים זרים, רכיבים הנמכרים להרכבה המבוצעת לעיתים במדינה אחרת, ומהווים חלק ממוצרים מוגמרים, אשר מיובאים ונמכרים בארצות הברית, לרוב על ידי יבואנים אשר לא היו צד לקרטל (להלן: "קרטל רכיבי-ביניים").⁵¹ בעניין *Motorola Mobility* עלתה שאלת סמכות השיפוט בעניין קרטל רכיבי-ביניים בתחום החומרה (קרטל ה-LCD) מקום בו חברות בנות של חברות אמריקניות שפעלו במדינות זרות קנו את המוצר המוגמר שכלל את הרכיב שמחירו תואם, ומכרו את המוצר המוגמר לחברת האם האמריקנית, והן אלו שהגישו את התביעה. בית המשפט היה מוכן להניח שההשפעה של הקרטל על המסחר בארצות הברית היתה ישירה, כיון שהיא לא עלתה לכדי "אדוות גלים".⁵² גם בעניין *Hsiung*, הליך פלילי נגד נושא משרה בחברה זרה שהיה מעורב באותו קרטל, נקבע כי התקיים תנאי הישירות בהתאם למבחן הסיבתיות הקרובה במידה סבירה.⁵³ בהתאם להנחיות שפורסמו ב-2017, רשויות התחרות מצדדות אף הן בפרשנות המרחיבה, בהתאם לה כאשר ההתנהגות האנטי תחרותית הנטענת היתה גורמת במהלך הטבעי והרגיל של האירועים להשפעה על המסחר, יתמלא תנאי הישירות.⁵⁵ בהתאם לכך, לשיטתן, גם קרטל זר של רכיבי-ביניים מקיים את תנאי הישירות, גם אם רכיבי-הביניים נרכשו מהחברות בקרטל, הורכבו במקום אחר, והמוצר בו שולבו הרכיבים עבר כמה ידיים עד שהגיע לארצות הברית.⁵⁶

בעשור האחרון חלה הגמשה גם של יתר התנאים. בהתאם להנחיות רשויות התחרות שעודכנו ב-2017, גם תנאי המשמעותיות והצפיות באופן סביר מתקיימים אם המוצרים המוגמרים נמכרו בכל העולם, גם

⁵⁰ Minn-Chem, לעיל ה"ש 44, בעמ' 857. פסק הדין התייחס לקרטל האשלג שהורכב כולו מיצרנים זרים, הקיף 70% מהשוק העולמי, ובאמצעות הסדרים מתוחכמים נועד להעלות את המחיר של אשלג ברחבי העולם. חלק מהתובעים בארצות הברית קנו אשלג ישירות מאחד מחברי הקרטל. כיוון שעסקאות אלו היו US import trade or commerce הם נפלו לגדר מבחן *Hartford*, לעיל ה"ש 24. עסקאות אחרות- נפלו לגדר ה-FTAIA. כמו כן ראו, Sweeney, לעיל ה"ש 2, בעמ' 363; Eleanor M. Fox, *Updating Extraterritoriality*, ANTITRUST AND PUB. POL'Y 5, 9-10 (2019).

⁵¹ ראו Lizl Leonardo, *A Proposal to the Seventh and Ninth Circuit Split: Expand the Reach of the U.S. Antitrust Laws*, *Updating to Extraterritorial Conduct that Impacts U.S. Commerce*, 66 (1) DEPAUL L. REV. 175, 189-193 (2016); Fox, *Updating* בעמ' 11-13.

⁵² אולם, הוא קבע, שבמקרה דנן לא התקיים התנאי הנוסף והנפרד של עילת תביעה בהתאם לדיני התחרות האמריקניים, בין היתר כיון שדוקטרינת הצרכן העקיף, שחלה בארצות הברית, מגבילה את עילת התביעה הנזיקית לצרכנים ישרים בלבד. *Motorola Mobility LLC v. AU Optonics Corp.*, 775 F.3d 816, 820 (7th Cir. 2014) ("U.S. antitrust laws are not to be used for injury to foreign customers.").

⁵³ עניין *Hui Hsiung*, לעיל ה"ש 49, בעמ' 756-760.

⁵⁴ מספר מלומדים טענו לסתירה בין הפסיקות. ראו המשל *Extra-territoriality and Input Cartels: Life in the* Eleanor M. Fox, *Global Value Lane- The Collision Course with Empagran and How to Avert It*, CPI ANTITRUST CHRONICLE (2015). *Hui Hsiung* מיישב בית המשפט את הסתירה הלכאורית בין פסקי הדין בקובעו שבעניין מוטורולה נכשלה התביעה בשל דוקטרינת הצרכן העקיף, אשר חלה במסגרת תביעות נזיקיות ומנעה מחברות האם האמריקניות להגיש את התביעה, וכי בית המשפט הכיר בכך שאם לתיאום המחירים יש השפעה שאינה רק "אדוות גלים" על מחירי המוצרים המוגמרים בארצות הברית, ניתן יהיה להעמיד את הנאשמים בקרטל לדין פלילי, כפי שאכן נעשה, שם, בעמ' 760. נציין שבית המשפט ב-*Motorola Mobility*, לעיל ה"ש 54, ביסס על קביעתו על כך שלא קמה עילת תביעה בהתאם לחוק התחרות במקרה דנן בתביעה פרטית לא רק על דוקטרינת הצרכן העקיף. הוא גם מתייחס, בין היתר, לאפשרות של התנגשות בין האינטרסים של מדינות, אם צרכנים זרים יורשו לתבוע את נזקיהם בארצות הברית, דרך חברות האם שלהם. אולם התנגשות כאמור יכולה לקום גם בתביעה של רשות התחרות, בפרט אם מושת קנס. לכן, לדעתנו, לפסק דין זה אין קוהרנטיות פנימית. בית המשפט העליון להימנע מלהתערב. Fox, *Updating*, לעיל ה"ש 52, בעמ' 12, ה"ש 26.

⁵⁵ ANTITRUST GUIDELINES 2017, לעיל ה"ש 41.

⁵⁶ כך בתשובות ארצות הברית ל- OECD, ROUNDTABLE CARTELS INVOLVING INTERMEDIATE GOODS - NOTE BY UNITED STATES, בעמ' 23-24, מוסבר, כי תיאום המחיר מהווה "מסחר זר" (כי יצרניות הרכיבים הזרות אינן מוכרות את הרכיב בארצות הברית או להעברה לארצות הברית), ולכן אינו נופל בגדר "מסחר יבוא" המותר מה-FTAIA. משכך, ההתנהגות עדיין תהא בתחום התחולה של חוק שרמן רק אם יש לה השפעה "ישירה", מהותית וצפויה באופן סביר " על מסחר היבוא של ארצות הברית במוצרים אלקטרוניים מוגמרים שמכילים את הרכיב. הכללים מבהירים כי תנאי הישירות יתקיים אם תיאום המחיר היה "הגורם הקרוב" להשפעה. " The fact that the price-fixed component was first sold to integrators in Country Beta, where it was incorporated into finished electronic products which were then sold in, or for delivery to the United States would not render indirect an effect on import commerce in those products."

אם יצרני רכיבי-הביניים החברים בקרטל לא היו מודעים או היו אדישים לשאלה האם המוצר הסופי נמכר בארצות הברית.⁵⁷ זאת, כיון שתנאי המשמעותיות אינו מותנה במידת ההשפעה בארצות הברית בהשוואה למדינות אחרות בהם נמכר המוצר, אלא במידת ההשפעה בארצות הברית עצמה.⁵⁸ לעומת זאת, הגודל היחסי של עלות הרכיב הרלוונטי בעלות ייצור המוצר הסופי עשוי להשפיע על השאלה האם קיימת השפעה משמעותית.⁵⁹ בנוסף, נקבע שדרישת המשמעותיות אינה מציבה רף כספי מינימאלי, ולא נדרש שההשפעה תכומת.⁶⁰ כן נקבע שתנאי הציפיות הסבירה מהווה אמת מידה אובייקטיבית שאינה בוחנת האם חברי הקרטל צפו בפועל את ההשפעה, אלא האם איש עסקים סביר העורך ניתוח עסקי פרקטי היה צופה את ההשפעה.⁶¹ גישה זו מקלה משמעותית על החלת דוקטרינת ההשפעות בהשוואה לתמונת המצב עשור קודם לכן, כאשר ההכרעה נקבעה במידה רבה מנקודת הראות הסובייקטיבית של המפר, והיה נדרש לבחון האם ארצות הברית היתה יעד מרכזי לפעולתו והאם צפה בפועל שיפגע בצרכנים בה.⁶²

במקביל, חלה התפתחות בפסיקה גם בכללי כיבוד הריבונות והנימוס הבינלאומיים (Comity)(להלן: "כללי הנימוס הבינלאומיים"), המהווים גם הם חלק אינטגרלי מהמשפט הבינלאומי המינהגי וחלים במקביל לדוקטרינת ההשפעות.⁶³ כללים אלו מכירים בנסיבות מסוימות בהן האינטרסים של מדינה אחרת מחייבים ריסון ביישום סמכות שיפוט, גם מקום בו קיים בסיס להפעלת סמכות זו על פי אחד מעקרונות המשפט הבינלאומי,⁶⁴ וזאת כעניין שבשיקול דעת שיסודו בנוהג ובציפייה להדדיות.⁶⁵

שאלת תוכנם של כללי הנימוס הבינלאומיים הובילה לדיון משפטי ער. בפסק הדין בעניין *Timberlane*, שניתן בשנת 1976, החיל בית משפט לערעורים מבחן איזון אינטרסים על מנת לוודא שיש די באינטרסים של ארצות הברית כדי להקים סמכות שיפוט. בית המשפט קבע כי בנוסף לבחינת תחולת דוקטרינת ההשפעות, יש לבחון האם הקשרים של הפעולה הנבחנת לארצות הברית והאינטרסים שלה חזקים דיים כדי להצדיק החלה של סמכות חוץ-טריטוריאלית.⁶⁶ הגורמים שנלקחו בחשבון על ידי בית המשפט במסגרת זו כללו:

"The degree of conflict with foreign law or policy, the nationality or allegiance of the parties and the location of principal places of business of corporations, the extent to which enforcement by either state can be

⁵⁷ שם, בעמ' 23: אם יש ראיות לפיהן מתאמי המחיר צפו בפועל שהתנהגותם תשפיע על היצוא לארצות הברית במוצרים הסופיים (לדוגמה כשהדבר מתבטא בהסכמים) הדבר יכול לסייע להוכחת התקיימות התנאים, אבל היעדר ראיות כאלו לא ישנה משמעותית את הניתוח שיעשו הרשויות – "Nor would the fact that the finished products were sold around the world or that Corporation 1 and Corporation 2 were unaware or indifferent to whether the finished products were sold in the United States render insubstantial or not reasonably foreseeable the effect on import commerce". בעניין זה חל שינוי בעמדת הרשויות מאז שנת 1995, כאשר ההכרעה היתה בהתאם ליעד של עורכי הקרטל, ראו להלן.

⁵⁸ שם. "Substantiality is not a question of proportion. So long as the effect on import commerce is substantial, it does not matter if that effect is smaller than the conduct's effect outside the United States."

⁵⁹ שם. "The relative size of Component X as a cost component of the finished electronic products may be relevant to determining whether the pricefixing conduct has the requisite effect, but it is not dispositive."

⁶⁰ שם, בעמ' 21-22. ראו גם Koren W. Wong-Ervin and Andrew Heimert, *Exterritoriality: Approaches Around the World and Model Analysis*, CONCURRENCES BOOK HONORING ELEANOR FOX (2020).

⁶¹ שם, עמ' 23: "...a result... was foreseeable to a reasonable person making practical business judgments".
⁶² לפי כללי הרשויות בגרסתם בשנת 1995, קרטל זר שלא התכוון להשפיע על השוק של ארצות הברית אך בפועל נודעו לו השפעות-לא ממלא את תנאי ה-FTAIA. פסיקה משנת 1997 הכירה בסמכות בהתייחס להשפעה לא ישירה של קרטל בינלאומי שלא כוון לארצות הברית אך היו לו החצנות שליליות לגביה. ראו Beckler and Kirtland, לעיל ה"ש 23, בעמ' 16, 19.

⁶³ *Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corp.*, 595 F. 2d 1287, 1294 (3d Cir. 1979); *Restatement, Part IV- Introductory Note*, at p. 231 ("[comity] has emerged as principles of customary international law")

⁶⁴ עניין *Timberlane*, לעיל ה"ש 29. בנוסף, קיימים מקרים אחרים שאזכרו על ידי השופט סקאליה בעניין *Hartford Fire*, לעיל ה"ש 23.

⁶⁵ *Sweeney*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 357-355; *Kim*, לעיל ה"ש 27, בעמ' 395-394.

⁶⁶ עניין *Timberlane*, לעיל ה"ש 29, בעמ' 613.

expected to achieve compliance, the relative significance of effects on the United States as compared with those elsewhere, the extent to which there is an explicit purpose to harm or to affect American commerce, the foreseeability of such effect, and the relative importance to the violations charged of conduct with the united states as compared with conduct abroad.”

בהסתמך על גורמים אלה הגיע בית המשפט למסקנה לפיה לא קמה לו סמכות שיפוט במקרה הנדון.⁶⁷ לא למותר להדגיש שההחלטה ניתנה בתקופה בה נתקלה דוקטרינת ההשפעות בהתנגדות גדולה מחוץ לארצות הברית. עם זאת, מבחן איזון האינטרסים האמור נתקל בביקורת בטענה שהוא מטיל על המתדיינים ועל בית המשפט עול ניכר, בנושא הנתון לסמכות הרשות המבצעת.⁶⁸

בפסיקה מאוחרת יותר אימץ בית המשפט העליון מבחן צר להחלת כללי הנימוס הבינלאומיים. בעניין *Hartford Fire*⁶⁹ קבעה דעת הרוב שכללים אלו רלוונטיים רק מקום בו נוצרת התנגשות אמיתית (“true conflict”) בין החוק המקומי לחוק זר. התנגשות כאמור אינה קיימת מקום בו אדם הנתון למרות שלטונית של שתי מדינות יכול לעמוד בדרישות החוק של שתיהן. בשים לב לכך שמרבית חוקי התחרות בעולם מחילים איסורים דומים, תוך הקטנת הסיכון להתנגשות כאמור, צמצמה הלכה זו משמעותית את משקל כללי הנימוס הבינלאומי במשפט האמריקאי. בהתאם לה, לא נותר כמעט שיקול דעת לבתי המשפט להסיג את תחולת החוק לטובת כיבוד אינטרסים זרים.⁷⁰

החלטה זו ספגה ביקורת קשה.⁷¹ בין ערכאות הערעור נוצרה מחלוקת לגבי תחולת כללי הנימוס הבינלאומיים. חלק מהערכאות החילו את מבחן ההתנגשות האמיתית. אחת אף הדגישה כי: “comity is more an aspiration than a fixed rule, more a matter of grace than a matter of obligation.”⁷² ערכאות אחרות קבעו שמבחני הסבירות אשר נקבעו ב-*Timberlane* עומדים על כנם בתנאים מסוימים.⁷³ רשויות התחרות אימצו גישה משולבת בנושא.⁷⁴ מחד, הובהר שקונפליקט מתייחס למצבים בהם מי שכפוף לחוקים של שתי מדינות אינו יכול לעמוד בשניהם, וכי קונפליקט עם חוק זר הוא

⁶⁷ למקרים נוספים בהם בית המשפט קבע כי לא קיימת סמכות שיפוט, בהתבסס על עקרונות הנימוס הבינלאומיים ראו למשל *O.N.E. Shipping, Ltd. v. Flota Mercante Grancolombiana, S.A.*, 830 F.2d 449 (2d Cir. 1987).

⁶⁸ *Sweeney*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 357.

⁶⁹ עניין *Hartford Fire*, לעיל ה"ש 23. הפסיקה האירופאית דומה באופן מפתיע, ראו: *Aluminium Imports from Eastern Europe*, OJ 1985 L92/1, [1987] 3 CMLR 235, sec. 14.7.

⁷⁰ *Sweeney*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 358; *Faure and Zhang*, לעיל ה"ש 26, בעמ' 508-507.

⁷¹ ראו לדוגמא: *A. V. Lowe, Blocking Extraterritorial Jurisdiction: The British Protection of Trading Interests Acts, 1980*, 75 AMERICAN J. OF INT'L L. 257 (1981); Phillip R. Trimble, *The supreme Court and International Law: The Demise of Restatement Section 403*, 89 AMERICAN J. OF INT'L L. 53 (1995); Kenneth W. Dam, *Extraterritoriality in an Age of Globalization: The Hartford Fire Case*, 1993 SUP. CT. REV. 289 (1993) *Restatement*, עליו הסתמכה דעת הרוב, הסביר כי חברי דעת הרוב טעו בהבנת גישת ה-*Restatement*. *Andreas F. Lowenfeld, Restatement Conflict, Balancing of Interests, and the Exercise of Jurisdiction to Prescribe: Reflections on the Insurance Antitrust Case*, 89 AMERICAN J. OF INT'L L. 42 (1995).

⁷² ראו עניין *Nippon*, לעיל ה"ש 45, בעמ' 8 על הגישה המסויגת לעניין כללי הנימוס הבינלאומיים: ראו גם דעת הרב בעניין *Hopmann-La Roche Ltd v Empagran S.A.*, 542 U.S 155, 168 (2004)

⁷³ שיקולים לניתוח כללי הנימוס: *Wong-Ervin and Heimert*, לעיל ה"ש 63, בעמ' 4-6, המפנים לעניין *re Vitamin C*, להלן ה"ש 81, המפרט רשימה לא ממצה של *Animal Sci. Prods. Inc. v. Hebei Welcome Pharm. Co.*, 138 S. Ct. 1865 (2018).

⁷⁴ U.S. DEP'T OF JUSTICE AND FEDERAL TRADE COMM'N, ANTITRUST ENFORCEMENT GUIDELINES FOR INTERNATIONAL OPERATIONS 27-29 (1995), <https://www.justice.gov/atr/antitrust-enforcement-guidelines-international-operations>.

נדיר, שכן מדינות רבות חוקקו דיני תחרות התואמים לאלו של ארצות הברית.⁷⁵ מאידך, עולה נכונות, בתנאים מסוימים, לבחון אם ניתן מענה לאינטרסים של ארצות הברית באמצעות אכיפה זרה.⁷⁶

לפני כעשור נדונו שיקולי נימוס בינלאומי בעניין קרטל הוויטמינים הסיני. יצרני ויטמין C סיניים הודו כי תיאמו את מחיר היצוא לארצות הברית, אולם טענו שהתיאום התרחש במסגרת התאחדות מסחר סינית, אשר פעולותיה מונחות על ידי הממשל הסיני. משרד המסחר הסיני הודה כי הורה לחברות לתאם את מחירי היצוא. בית משפט קמא דחה טענה עובדתית זו.⁷⁷ בית המשפט לערעורים הפך את ההחלטה וקבע כי שיקולי נימוס בינלאומי מחייבים לקבל את טענותיו של הממשל הסיני, בשל קיום קונפליקט אמיתי.⁷⁸ בית המשפט העליון ביטל את ההחלטה והחזיר אותה לבית המשפט לערעורים לבחינה מחודשת, מהטעם שזה טעה בכך שקיבל את ההצהרה הסינית בלא לבדקה עובדתית.⁷⁹ המלומדת Fox מבקרת את הלך המחשבה המתבטא בהחלטה זו, המעניק משקל לדרישה של מדינה זרה מחברה שלה לפעול בצורה אנטי-תחרותית. לשיטתה, אין במצב זה כל אינטרס לגיטימי למדינה הזרה המצדיק הסגת הסמכות החוץ-טריטוריאלית של ארצות הברית.⁸⁰

לסיכום, מאפיין מובהק של ההסדר האמריקאי הוא ריבוי אי בהירות וקשיים בהחלת התנאים שאומצו והתאמתם לתנאי המסחר המודרניים. עם זאת, העשור האחרון מאופיין במגמה של אימוץ פרשנות מקלה יותר של תנאי דוקטרינת ההשפעות, בין בהנחיות רשויות התחרות ובין בהחלטות של בתי משפט רבים.

3. שינוי המגמה העולמית מהסתייגות לתמיכה והתפתחות הגוונים (וריאציות) של הדוקטרינה

חרף התנגדותן בעבר של מדינות לא מעטות ליישום חוץ-טריטוריאלי של דיניה של ארצות הברית, המגמה התהפכה ובחצי המאה האחרונה ניתן לזהות מגמה גלובאלית של אימוץ דוקטרינת ההשפעות.⁸¹ כיום החלתם של חוקי תחרות מקומיים על חברות זרות המשפיעות בצורה שלילית על התחרות והצרכנים במדינה האוכפת אינה שנויה במחלוקת.⁸² נהפוך הוא: הגידול במסחר הבינלאומי, כמו גם העלייה הדרמטית במספר המדינות שאימצו דיני תחרות, הביאו מדינות רבות לאמץ גרסה כלשהי של דוקטרינת ההשפעות.⁸³ ישנן מדינות הלוקחות בחשבון גם שיקולי נימוס בינלאומי, בפרט עת קיים קונפליקט חזיתי עם פסיקה, החלטת רשות או חוק זר, כך שהנתבע הזר אינו יכול למלא אחר הוראות החוק בכל המדינות הרלוונטיות.⁸⁴

במקביל, החל משנות השבעים של המאה הקודמת ואילך החלו גם ארגונים בינלאומיים העוסקים במשפט הבינלאומי להכיר בדוקטרינת ההשפעות כעקרון תקף.⁸⁵ בשלהי 2018 ניתנה אינדיקציה נוספת

⁷⁵ בעניין *Motorola Mobility*, לעיל ה"ש 54, מאזכר ומחיל השופט פוזנר את כללי הנימוס הבינלאומיים בהקשר של תביעה בקרטל רכיבים, כאשר הנפגעים הישירים היו חברות זרות שרכשו את הרכיבים ומכרו אותם לחברה האמריקנית. אולם כל עוד לא עסקין בכפל נזק או קנס, טענה זו נראית לנו בעייתית בהקשר של קרטל בינלאומי.

⁷⁶ לדיון במגבלות היכולת להסתמך על אכיפה זרה כדי לתת מענה לאינטרסים הלגיטימיים המקומיים ראו דיון בפרק ג.2 להלן.

⁷⁷ *In re Vitamin C Antitrust Litig.*, 810 F. Supp. 2d 522 (E.D.N.Y. 2011).

⁷⁸ *In re Vitamin C Antitrust Litig.*, 837 F.3d 175 (2d Cir. 2016).

⁷⁹ עניין *Animal Sci. Prods.*, לעיל ה"ש 77.

⁸⁰ *Fox, Updating*, לעיל ה"ש 52, בעמ' 13-15. ראוי לציין כי במדינות רבות, לרבות ישראל, נהוג לא להחיל את דיני התחרות המקומיים אם הפגיעה היא רק בשווקים זרים. אולם פטור כאמור לא גורם להתנגשות חזיתית, כיון שהוא אינו מחייב את החברה המקומית לפעול בדרך שתתנגש בדיון הזר.

⁸¹ UNOKI KO, COMPETITION LAWS, NATIONAL INTERESTS AND INTERNATIONAL RELATIONS, CHAP. 5 EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF COMPETITION LAW 82 (2019); Martyniszyn Marek, *Japanese Approaches to Extraterritoriality in Competition Law*, 66(3) INT'L & COMP. L.Q. 747 (2017).

⁸² Wong-Ervin and Heimert, לעיל ה"ש 63, בעמ' 7-10; OECD 2017B, לעיל ה"ש 4.

⁸³ שם.

⁸⁴ OECD 2017A, לעיל ה"ש 2.

⁸⁵ Ko, לעיל ה"ש 85, מציין כי בשנת 1972 ה- IntLaw Association ארגון בינלאומי שאינו למטרות רווח העוסק במשפט הבינלאומי אישר לראשונה את דוקטרינת ההשפעות כעקרון של המשפט הבינלאומי, ואילו ה- L'Institut du Droit International קבע בשנת 1977 כי

למעמדה של הדוקטרינה במשפט הבינלאומי בעת שנכללה כמושג בהסכם סחר כלכלי בינלאומי מרכזי אשר נחתם בין אחת עשרה מדינות, שאיזכר את האפשרות הנתונה לכל צד ליישם את דיני התחרות שלו לפעולות מסחריות מחוץ לגבולותיו שיש להן השפעות אנטי תחרותיות בתחומו.⁸⁶

אולם בעוד הרעיון שביסוד הדוקטרינה (לפיו למדינה יש אינטרס לגיטימי להסדיר התנהגות זרה המשפיעה עליה) ותנאי הבסיס לתחולתה (השפעה על מדינה זרה) משותף לכל המדינות המאמצות, קיים מנעד לגבי התנאים הנוספים שיש לדרוש, אם בכלל, לתחולתה.⁸⁷ בהתאם לכך, נפנה עתה לניתוח התנאים כאמור במספר מדינות מרכזיות, אשר אימצו גרסאות שונות מהמודל האמריקני.

א. האיחוד האירופי

גישתו של האיחוד האירופי לתחולתם החוץ-טריטוריאלית של חוקי התחרות עברה גם היא תהפוכות. הסתייגות של חברות עיקריות בו, לפני יובל שנים, התחלפה בתהליך הדרגתי של הכרה בחיוניות תחולה כאמור להגנה על אזרחיו. כיום האיחוד האירופי אוכף באינטנסיביות את דיני התחרות שלו כלפי גורמי זרים תוך הטלת סנקציות כבדות. בתחילה אומץ כלל משפטי המאפשר להתייחס לחברות בנות הרשויות באיחוד כחלק מחברת אם זרה, במקרים בהם האחרונות מכוונות ומדריכות את פעולותיהן של הראשונות.⁸⁸ אולם לא כל המקרים נתפסו תחת מתווה זה, דוגמת קרטל בינלאומי שכלל חברות שאין להן חברות בת הפועלות באיחוד ומוכוונות על ידן. המקרה הראשון בו נדרשו באיחוד להחלה חוץ-טריטוריאלית מובהקת של דיני התחרות הינו עניין Wood Pulp. בשנת 1985 קנסה הנציבות האירופאית מספר יצרניות זרות של חמרי גלם המשמשים לייצור עיסת נייר, בשל מעורבותן בפעילות קרטליסטית שהשפיעה על מחירי מוצרים בשווקיה, הגם שההסכמים נערכו מחוץ לגבולותיה. בערעור קבע בית הדין הגבוה האירופי כי **מקום היישום של ההסכם** רלוונטי לשם החלת דיני התחרות האירופיים, ולא מקום עריכתו או מקום מושבן של החברות בקרטל. מכירת מוצרים לצרכניים מקומיים במחירים שסוכמו בין המתחרים מהווה יישום של ההסכם, ואין זה משנה אם לשם כך נעזרו היצרנים בגורם מקומי, דוגמת חברות בת, סוכנים או סניפים מקומיים. הלכה זו ידועה בתור מבחן היישום (implementation test).⁸⁹ בית הדין הדגיש שהחלטתו מתבססת ועולה בקנה אחד עם כללי המשפט הבינלאומי.⁹⁰

מבחן היישום הוחל בשורה של פסקי דין נוספים, לרבות במסגרת תביעות נגד קרטלים בין חברות זרות לתיאום מחירי רכיבי-ביניים. נקבע כי די בעצם המכירה של המוצרים המוגמרים באיחוד כדי להחיל את דיני התחרות שלו על יצרני הרכיבים, וכי כל תוצאה אחרת תאפשר למפרים להתחמק שלא כדין מתחולת

דוקטרינת ההשפעות ניתנת ליישום אקסטרטריטוריאלית אם לפעולה לא חוקית היה "intentional, or at least foreseeable, substantial, direct, and immediate effects within a territory"⁸⁶ סא, לעיל ה"ש 85, בעמ' 83, המציין כי על האמנה חתמו אוסטרליה, ברונאי (Brunei), קנדה, צ'ילה, יפן, מלזיה, מקסיקו, ניו-זילנד, פרו, סינגפור, וויאטנאם. האמנה עסקה במגוון נושאים הנוגעים לסחר. עם אישורה על ידי כל המדינות היא יוצרת איזור כלכלי יחיד שחבריו מהווים 13% מה-GDP העולמי.

⁸⁷ Sweeney, לעיל ה"ש 2, בעמ' 371-372, 383.
⁸⁸ אזרחי וגילה, לעיל ה"ש 13, בעמ' 455-457; מבחן הישות הכלכלית האחת, או ה-Single Economic Entity Doctrine, ננקט בעניין Imperial Chemical Industries Ltd. v. Commission of the European Communities [1972] ECR 19 ע"י Sweeney, לעיל ה"ש 2, בעמ' 367.

⁸⁹ Cases C-89, 104, 114, 116-7, 125-129/85 A. Ahlstrom Osakeyhtiö and others v. Commission of the European Communities [1988] ECR 5193. ראו גם, Joined Cases C-239/11 P, C-489/11 P and C-498/11 P Siemens AG, Mitsubishi Electric Corp. and Toshiba Corp. v. Commission OJ C 52/5, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2014.052.01.0005.01.ENG

⁹⁰ ראו, למשל (Feb. 24 2014) para. 59-60 InnoLux v European Commission, T-91/11 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=148362&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=C-231/14 P> 72-72 ל-72 סעיפים, ר' סעיפים 72-72 ל-72 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=165650&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=13135481> (Jul. 9, 2015).

החוק.⁹¹ כן הוטעם כי אין הכרח שהאיחוד האירופי יהיה יעד עיקרי של הקרטל, אלא די שלפעולה היתה השפעה על צרכנים באיחוד דרך מכירת המוצרים הסופיים.⁹² בנוגע לקרטל עולמי, הדגיש בית המשפט כי מבחן היישום מתמלא מעצם העובדה שמוצרי הקרטל נמכרים באיחוד.⁹³ בשנת 2019 שב בית הדין ואישר, בעניין Toshiba, את תחולתם החוץ-טריטוריאלית של דיני התחרות שלו על קרטל רכיבי-ביניים אשר חל בכל העולם ויושם גם בתחום האיחוד.⁹⁴

תקנות המיזוגים האירופאיות שפורסמו בשנת 1989 אימצו גישה מרחיבה יותר לתחולה החוץ-טריטוריאלית באשר למיזוגים.⁹⁵ כעשור לאחר מכן, בעניין *Gencor*, קבע בית משפט קמא של האיחוד האירופי (General Court) שהחלת החוק המקומי בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי מוצדקת מקום בו לפעולת החברה הזרה השפעה אנטי-תחרותית מיידית, משמעותית וצפויה מראש על האיחוד. ("it is foreseeable that a proposed concentration will have an immediate and substantial effect in the Community, in the light of, אשר הוחלה לראשונה בהקשר של מיזוגים ובהמשך הוחלה גם על פעולות אנטי-תחרותיות באשר הן, ידועה בתור מבחן ההשפעות המותאם (qualified effects test).")⁹⁶ בשנת 2017, בעניין *Intel*,⁹⁷ נתן בית הדין הגבוה של האיחוד גושפנקא נוספת לשני מבחנים אלו. שם נקבע כי עסקינן במבחנים חלופיים, ודי באחד מהם כדי לבסס תחולה חוץ-טריטוריאלית של דיני התחרות של האיחוד בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי.⁹⁸ בית המשפט הבהיר כי למבחנים אלה מטרה זרה: מניעת התנהגות בעלת השפעות אנטי-תחרותיות על שווקיו.

גם שהאיחוד האירופי אימץ גירסה של מבחן ההשפעות הדומה בנוסח למבחן ה- FTAIA האמריקני, הפרשנות שניתנה לו בעניין *Intel* מבטאת גישה מקלה לעומת זו שאומצה בארצות הברית. לעניין הדרישה לצפיות, הסתפק בית הדין בהשפעה מסתברת ("it is sufficient to take account of the ...

⁹¹ כלשון בית המשפט: "the criterion of the implementation of an agreement as a factor linking the latter to EU territory is satisfied by mere sale within the European Union of the product that is the subject of the agreement, irrespective of the location of the source of supply and the production plants..."

T-92/13 Koninklijke Philips Electronics NV, v. European Commission, para 152 (Sept. 9, 2015) פרשת פיליפס (2015)

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=167148&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=13137003>

⁹² *T-104/13 Toshiba v. European Commission* (Sept. 9, 2015, General Court) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62013TJ0104&from=EN>, פסקה 158.

⁹³ עניין *InnLux*, לעיל ה"ש 96, ס' 66.

⁹⁴ *T-8/16 Toshiba v. European Commission*, para 165-172 (Jul. 12, 2019),

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=216169&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&ext=&doclang=EN&cid=13147805>. בעניין זה הסתמך בית הדין על מבחן היישום, הגם שבמועד בו נדרש לכך כבר הוכרה באיחוד האירופאי, כמפורט להלן, גם דוקטרינת ההשפעות כבסיס חלופי להחלת דין התחרות באופן חוץ-טריטוריאל.

⁹⁵ ראו סקירה של החלטות בתחום המיזוגים בין חברות זרות ב *Faure and Zhang*, לעיל ה"ש 26, בעמ' 511-513.

⁹⁶ *Case T-102/96 Gencor v. Commission* [1999] 4 CMLR 971. יצוין כי לפני התפתחות זו, כמעט כל הכותבים האירופאים התבטאו בביקורתיות כנגד ההחלה האקס-טריטוריאלית של חוקי ארצות הברית כלפי זרים. A.J. Riedweg, *The Extra-Territorial Application of Restrictive Trade Legislation- Jurisdiction and International Law*, in REPORT OF THE 51ST CONFERENCE INT'L LAW ASSOCIATION, 357, 372-373 (1964).

⁹⁷ *Case C-413/14 P Intel Corp. v. Commission*, ECLI:EU:C:2017:632 (Sept. 6, 2017),

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-413/14>. שם קבע בית הדין האירופי הגבוה לצדק כי יש סמכות למוסדות האיחוד האירופאי בהתייחס להתנהגות של חברה אמריקאית, *Intel*, בין היתר בהתייחס למכירות של שבבים (chip) לחברה סינית (*Lenovo*) בסין, כאשר לפי הנטען ההתנהגות פגעה בחברה אמריקאית אחרת (*AMD*). רק כמה אלפים של המוצרים המוגמרים (מחשבים שהורכבו ע"י *Lenovo* בסין) הושפעו מההתנהגות (לפי הנטען, באופן פוטנציאלי הם היו כוללים שבבים של *AMD* אלמלא עודדה *Intel* את הפרת חוזה עמה), ולא ברור האם וכמה מהם הגיעו לאזור הכלכלי האירופאי (ה-EEA). בקביעה האם ההתנהגות של *Intel* היתה עשויה להיות בעלת השפעה שהיא "מהותית, מיידית וצפויה" בתוך ה-EEA, בית המשפט קבע כי מספיק לשקול את "ההשפעות המסתברות" (probable effects) של ההתנהגות על התחרות, וכי ההתנהגות של *Intel* אל מול *Lenovo* היוותה חלק מהאסטרטגיה כוללת שתכליתה היתה לחסום את גישתה של *AMD* לערוצי המכירות החשובים ביותר. על מבחן זה חזרה הנציבות בעניין אנדרואיד *Case AT.40099 Google* (18/7/2018), https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40099/40099_9993_3.pdf, available at 1360-72, (18/7/2018), *Android*

⁹⁸ עניין *Intel*, לעיל ה"ש 103. ראו גם *T-772/15 Quanta storage v Commission*, ECLI:EU:T:2019:519 (July 12, 2019), para. 46.

probable effects of conduct on competition in order for the foreseeability criterion to be satisfied).⁹⁹ בית הדין גם הדגיש שאין צורך בהשפעה ממשית אלא די בהשפעה פוטנציאלית על השוק.¹⁰⁰ בנוסף, נקבע שכאשר ההתנהגות העסקית הנבחנת מהווה חלק מאסטרטגיה כוללת בה נקטה החברה הזרה, יש לבחנה כחלק מהמכלול של ההתנהגות האנטי תחרותית. אחרת עלול כל חלק מהמכלול, אם ייבחן לבדו, לא להיות בעל השפעה מספקת כדי להיתפס תחת סמכות השיפוט.¹⁰¹ מכך עולה שמבחן ההשפעות מוחל באיחוד באופן מרחיב ופרגמטי, במטרה למנוע התחמקות מן הדין ולהגן צרכנים אירופאיים מפני פגיעתה של ההתנהגות אנטי תחרותית.

כאשר להתנהגות המפרה אין מימד משותף הנוגע לאיחוד, עולה שאלת האכיפה החוץ-טריטוריאלית מצד המדינות החברות באיחוד. החלה זו תלויה בדין החל בכל מדינה, אולם מרביתן מאמצות את תנאי האיחוד.¹⁰²

ב. אימוץ הדוקטרינה ברחבי העולם

בעשור האחרון אנו עדים למגמה הולכת וגוברת של אימוץ תנאים מקלים יותר לתחולת דוקטרינת ההשפעות על ידי מדינות שונות ברחבי העולם, גישה המסתייגת מתנאיו המגבילים של המודל האמריקני לפני שרוכזו תנאיו, בין היתר לאור אי התאמתם לתנאי המסחר בעולם כיום. מרחב הניווט בעת קביעת גדרי הדוקטרינה בכל מדינה התרחב איפה משמעותית בעשור האחרון, עד כדי כך שניתוח שנערך לפני יותר מעשור,¹⁰³ רלוונטי כיום רק בחלקו. יפן מהווה דוגמה מובהקת ומעניינת, בין היתר בשל השינוי הדרמטי שהיא עברה בהתייחסותה לדוקטרינה. במשך שנים רבות התנגדה יפן לאימוץ הדוקטרינה, בטענה שהיא מנוגדת לדין הבינלאומי.¹⁰⁴ התנגדות זו התחלפה בהדרגה בהכרה בכך שמדובר

⁹⁹ שם.

¹⁰⁰ שם. היבט זה שב והתחדד בהחלטת הנציבות בעניין Google Android בשנת 2018, לעיל ה"ש 104, סעיפים 1363, 1372 (*...it is sufficient to take account of the probable effects of conduct on competition in order for the foreseeability criterion to be satisfied... the Commission only has to demonstrate that Google's conduct is capable of having substantial, immediate and foreseeable effects in the EEA, not that Google's conduct would harm competition immediately, substantially and foreseeably.*)

¹⁰¹ Intel, חברה אמריקאית, לא ערערה על כל חלקי החלטת הנציבות נגדה, בה נקבע שהיא ניצלה לרעה את כוחה המונופוליסטי. הערר שהגישה התייחס רק לחלק שנגע להתנהלותה ביחסיה עם החברה הסינית Lenovo. ההתנהגות הנבחנת התרחשה מחוץ לאיחוד, הקיפה מספר מוגבל של מוצרים אשר לא הוברר כמה מהם כלל היו מגיעים לאיחוד. ניתוח התנהגות זו של אינטל כעומדת בפני עצמה, ספק אם היתה ממלאת את תנאי דוקטרינת ההשפעות. הראיה ההוליסטית שאימץ בית הדין בחנה את ההשפעה של האסטרטגיה הכוללת של אינטל למנוע כניסה לשוק של מוצר מתחרה, אשר ההתנהלות מול Lenovo הוותה רק חלק ממנה. בהתאם לכך, נקבע כי תנאי הדוקטרינה התקיימו. לניתוח פסק הדין ולמסקנה לפיה הדרך המרחיבה בה נקט בית הדין הינה ראויה, ראו Eleanor M. Fox, *Extraterritorial Jurisdiction, Antitrust, and the EU Intel Case: Implementation, qualified effects, and the Third Kind*, 42(3) FORDHAM INT'L L. J. 982 (2019).

¹⁰² למשל, באנגליה אומץ מבחן ההשפעות המותאם, הדורש השפעה משמעותית, ישירה וצפויה, כמו גם בחינת ההתנהגות כמכלול, ר' OECD, *ROUNDTABLE ON CARTELS INVOLVING INTERMEDIATE GOODS - UNITED KINGDOM 23-25* (2015) [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)25&doclanguage=en](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)25&doclanguage=en); *Iiyama (UK) Ltd and others v. Samsung Electronics Co. Ltd and others; Iiyama Benelux BV and others v. Samsung SDI Co. Ltd and others* [2018] EWCA Civ. 220 at para 92-95. עם זאת, יש מדינות שנקטו גישה קפדנית יותר, ובהן גרמניה בה הפרשנות שניתנה בפסיקה התנתה את הקניית הסמכות בהוכחת השפעה מקומית ישירה, גדולה, צפויה, ובפועל (*direct, considerable, actual and foreseeable*), ר' Sweeney, לעיל ה"ש 2.

¹⁰³ Gal, *Extra-Territoriality*, לעיל ה"ש 13. הניתוח שם התבסס, בין היתר, על המשפט האמריקני וכן על הכללים שה- International Law Association אימץ ב-1972, לפיהם למדינה יש סמכות לקבוע חוקים החלים על התנהגות מחוץ לטריטוריה שלה אשר משפיעה עליה אם ההשפעה היא משמעותית, ישירה ותוצאה מכוונת עיקרית של ההתנהגות. כפי שהסקירה לעיל מראה, תנאים אלו התגמשו והשתנו, בעיקר בעשור האחרון. עם זאת, המסקנה של המאמר רלוונטית גם כיום: "Israeli courts will condition the application of RTPL on the conditions that are applied elsewhere, and are sufficiently followed in order to be regarded as the customary public international law."

¹⁰⁴ כך בהצעות תגובה להנחיות של רשויות האכיפה בארצות הברית, וכך בעמדות שהגישה במסגרת התדיינויות בבתי המשפט בארצות הברית. ראו KO, לעיל ה"ש 85.

בדוקטרינה תקפה ונחוצה.¹⁰⁵ לאחרונה הורחבה תחולתו החוץ-טריטוריאלי של חוק התחרות היפני אף מעבר למקובל בעולם.¹⁰⁶

הגישה העדכנית ביפן באה לידי ביטוי במקרה של קרטל השפופרות הקתודיות, אשר הינו רכיב מפתח ביצור טלוויזיות מהדור הישן, קרטל בו השתתפו חברות ממדינות שונות בדרום-מזרח אסיה. בדומה למקרה Toshiba האירופאי, גם כאן ההתנהגות הקרטליסטית לא התרחשה ביפן והרכיב נשוא הקרטל יוצר מחוץ ליפן ולא נמכר בה ישירות. מי שהושפעו ישירות מתיאום המחירים היו יצרניות טלוויזיה זרות בדרום מזרח-אסיה, שכללו גם חברות בת זרות של חברות יפניות. לאחר ייצורן, סיפקו חברות הבת הזרות את מרבית הטלוויזיות לחברות האם ביפן, אשר **מכרו אותן בעיקר מחוץ ליפן**. בהחלטה משנת 2015, קבעה רשות התחרות שבנסיבות אלו קמה לה סמכות להחיל את חוק התחרות, מתוקף כללי המשפט הבינלאומי.¹⁰⁷ זאת כיון שהמשא ומתן החוזי לאספקת הרכיבים לחברות הבת היפניות נערך ישירות בין חברות הקרטל הזרות לבין חברות האם היפניות, אשר רווחיהן נפגעו כתוצאה מהקרטל.

ערר על החלטה זו נדחה על ידי בית המשפט הגבוה בטוקיו.¹⁰⁸ בית המשפט קבע שההסכם הזר לקביעת המחיר נועד לפגוע בצרכנים-רוכשים יפניים, דהיינו בחברות האם היפניות, וכי חוק התחרות היפני חל על הפעולות כיון ההתנהגות שהגבילה את התחרות התרחשה במהלך משא ומתן עם חברות האם היפניות. גם ערר לבית המשפט העליון נדחה.¹⁰⁹ בית המשפט קבע **שלאור מטרות חוק התחרות**, ניתן להחילו גם על התנהגות אנטי-תחרותית שהתרחשה מחוץ ליפן אם היא **מפריעה לתחרות החופשית ביפן** ("if they disturb the free competition order of Japan"). תנאי זה יתמלא מקום בו הקרטל משבש את התחרות בשוק בו פועלות חברות יפניות.¹¹⁰ בה בעת, הודגשה העובדה שיצרניות הטלוויזיה היפניות וחברות הבת הזרות בקבוצתן פעלו כיחידה כלכלית אחת. בעוד בית המשפט העליון לא הזכיר את דוקטרינת ההשפעות, המבחן היפני מבוסס על השפעה של ההתנהגות האנטי-תחרותית על התחרות החופשית ביפן, כאשר העוגן המרכזי של ההחלטה נסמך על **מטרות החוק**. עמדתה העדכנית של יפן משתקפת גם בהסכמתה, בשנת 2018, להכללת דוקטרינת ההשפעות בהסכם סחר עליו חתמה.¹¹¹

מעניין לציין שהפסיקה האמורה חשפה סתירה בין העמדה המסתייגת שהביעה יפן בהתדיינות בארצות הברית בהתייחס לסמכותה של האחרונה בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי להחיל את חוק התחרות על קרטל לתיאום מחירי רכיבי-ביניים כאשר רק המוצר הסופי נמכר בארצות הברית,¹¹² לבין יישום גישה מרחיבה באכיפה בפועל מצידה, במקרה בו ההתנהגות האנטי-תחרותית השפיעה על יצרנים יפנים, הגם

¹⁰⁵ Martyniszyn, ה"ש 85, בעמ' 752-755. המאמר סוקר את ההתמתנות ההדרגתית בעמדות שהוגשו לבתי המשפט בשנים 1986-2015.

¹⁰⁶ Martyniszyn, בעמ' 148, 760-758 הטוען כי יפן הרחיקה לכת יתר על המידה.

¹⁰⁷ שם, בעמ' 759.

¹⁰⁸ שם, בעמ' 761; Tadashi Shiraishi, *Customer Location and the International Reach of National Competition Laws* 59 JAPANESE Y.B. INT'L L. 202 (2016).

¹⁰⁹ Kazuaki Nishioka, *International Scope of the Japanese Anti-monopoly Act in cross-border cartel cases: a Judgment of the Supreme Court (3rd Petty Bench)*, 12 December 2017, 71(10) Minshu 1958. *Japanese approach to 'extraterritorial application'*, J. OF ANTITRUST ENFORCEMENT 1, 7-8 (2019), המפנה ל-

¹¹⁰ Nishioka, שם, בעמ' 7.

¹¹¹ 83, 79, המפנה ל- Comprehensive and Progressive Agreement for the Trans-Pacific Partnership (CPTPP), עליו חתמו בין היתר אוסטרליה, קנדה, יפן, מקסיקו, סינגפור ועוד, בו נכללה הערה לפיה: "nothing in paragraph... shall be construed to preclude a Party from applying its competition laws to commercial activities outside its borders that have anticompetitive effects within its jurisdiction". המחבר רואה בהכללת דוקטרינת ההשפעות בפרק 16 להסכם זה ראייה לכך שהחלת חוץ של חוק התחרות של מדינה הופכת למקובלת במספר הולך ועולה של מדינות.

¹¹² בשנים 2013-2014 הסתייג שר הכלכלה, המסחר והתעשייה של יפן (METI) בבתי המשפט בארצות הברית שדנו בעניין *Motorola Mobility*, לעיל ה"ש 54, מהחלת דיני התחרות של ארצות הברית, כאשר חברת אמריקאית תבעה בגין נזק שסבלה חברת-בת שלה שפעלה בחו"ל ורכשה מחוץ לארצות הברית מוצרים שהושפעו מקרטל זר, ומוצרים אלו נכללו במוצר סופי ובהמשך נמכרו על ידי התובע בארצות הברית. ראו Martyniszyn, לעיל ה"ש 85, בעמ' 754.

שאלו לא יצרו או מכרו את המוצר המוגמר בשטח יפן, כך שלהתנהגות לא היתה השפעה מזיקה על התחרות או על הצרכנים הסופיים ביפן.¹¹³

יפן אינה המדינה היחידה ששינתה את גישתה ואימצה גישה מרחיבה לגבי תנאי הדוקטרינה. חוק התחרות השוויצרי קובע כי סמכות תחול במקרים המשפיעים על התחרות בשוויץ.¹¹⁴ בעבר דרשה שוויץ שההשפעה תהא ישירה וניכרת לעין.¹¹⁵ בשנת 2013, בעניין Gaba, פורש סעיף זה **לאור מטרות דיני התחרות**, שנועדו להגן על הסדר הכלכלי והחברתי בשוויץ מפני פעולות אנטי-תחרותיות. בית המשפט קבע כי לצורך תחולה חוץ-טריטוריאלית של דיני התחרות די בהתקיימות הדרישות המהותיות של החוק-לרבות פגיעה בתחרות בשוויץ. בית המשפט התייחס מפורשות למודל האמריקאי של דוקטרינת ההשפעות בהתאם לכללי ה-FTAIA והסתייג ממנו, בקובעו שתנאי מכבידים ומובילים לחוסר וודאות משפטית.¹¹⁶ בערר על החלטה זו, אימץ בית המשפט העליון של שוויץ בשנת 2016 גישה זו, תוך שגם הוא מסתייג מהזיקקות לאמות מידה המנוסחות באופן מופשט. הוא קבע כי עוצמת הפגיעה ומיידיותה אינן רלוונטיות לצורך הקניית הסמכות, אך ניתן לבחון במסגרת ההוראות המהותיות של החוק. בית המשפט הדגיש שגישתו עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי.¹¹⁷

גישה מרחיבה, המסתייגת מאימוץ התנאים המחמירים האמריקניים, אומצה לאחרונה בעוד מדינות ברחבי העולם. כך, למשל, חוק התחרות הדרום קוריאני קובע כי: "This Act shall apply to cases where any act committed outside the country affects the domestic market".¹¹⁸ מעניין לציין שבעוד בארצות הברית נעשה שימוש בשיקולי נימוס בינלאומי לעניין עצם החלת החוק באופן חוץ-טריטוריאל, בדרום קוריאה ניתן לאחרונה משקל לשיקולים אלו בשלב קביעת הסנקציה.¹¹⁹ בהחלטתה משנת 2017 בעניין Qualcomm הודיעה רשות התחרות כי במידה ויתברר כי יש התנגשות בין החלטתה לבין החלטה של מדינה אחרת, באופן שהחברה הזרה לא תוכל לציית לשתייהן בו זמנית, תוכל החברה לבקש שקילה מחדש של החלטת הרשות.¹²⁰

גם בסין¹²¹ כולל חוק התחרות הוראה מפורשת בדבר יישום אקסטרטוריאל של החוק כאשר ההתנהגות משפיעה על השוק הסיני: "This law is applicable to monopolistic conduct outside the

¹¹³ שם, בעמ' 760-758.

¹¹⁴ Article 2(2) של ה-Swiss Cartel Act קובע " [t]his Act applies to practices that have an effect in Switzerland, even if they originate in another country".¹¹⁵ Nishioka, ראו לעיל ה"ש 116, בעמ' 11.

¹¹⁵ OECD, ROUNDTABLE ON CARTEL JURISDICTION ISSUES, במסגרת OECD - SWITZERLAND 2 (2008), INCLUDING THE EFFECTS DOCTRINE - SWITZERLAND 2 (2008), [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2008\)91&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2008)91&docLanguage=En)

¹¹⁶ Nishioka, לעיל ה"ש 116, בעמ' 16, המפנה אל 3.3.14.1 RPW 760, s 3.3.14.1- Gaba, 2013/4 BVGer, 19 December 2013.

¹¹⁷ Nishioka, שם, בעמ' 11-12, המפנה אל- 3.7, 3.2.3, s BGER, 2C_18012014, 28 June 2016.

¹¹⁸ Monopoly Regulation and Fair Trade Act - MRFTA, סעיף 2.2, כפי שתוקן בשנת 2004.

¹¹⁹ קוריאה מפרשת את החוק שלה כמאפשר גם יישום אקסטרטוריאל של תרופות, ראו OECD, ROUNDTABLE ON EXTRATERRITORIAL REACH OF COMPETITION REMEDIES- NOTE BY KOREA 7 (2017), [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2017\)37/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2017)37/en/pdf).

¹²⁰ Wong-Ervin and Heimert, לעיל ה"ש 63, בעמ' 2, 6, המפנים ל- Korea Fair Trade Comm'n, Case No. 2015 SiGam2118, In 18nforced Abuse of Market Dominance of Qualcomm INC18nforcement No.2017-0-25 (Jan 20, 2017). ה-KFTC הנטילה תרופות גלובאליות ומגוונות, באופן שהרחיק לכת משמעותית לעומת החלטה של הרשות הסינית מ-2015. בהתייחס לאותה החברה, וכן בהשוואה להחלטה של הנציבות האירופאית משנת 2014 בהתייחס לפרשת Samsung, לעיל ה"ש 109 ועניין Motorola Mobility, לעיל ה"ש 54, שם הוגבלו התרופות רק להתנהגות ב-EEA ורק בהתייחס לפטנטים שניתנו ב-EEA. בדצמבר 2019 החלטה אושרה על ידי ה-Seoul High Court בהתייחס להיבט זה של ההחלטה. החברה ערערה לביהמ"ש העליון של קוריאה. ר' גם OECD 2017B, לעיל, ה"ש 4, בעמ' 16-17.

¹²¹ David J. Gerber, *Economics, Law and Institutions: The Shaping of Chinese Competition Law*, 26 WASH U.J.L. & POL'Y 271, 275 (2008); Wang Xiaoye and Wu Qianlan, *International Cartel and Extraterritorial Application of Chinese Antimonopoly Law*, J. OF COMPARATIVE LAW (2017)

territory of the People's Republic of China which has an eliminative or restrictive **impact** חוץ-טריטוריאלית רחבה, מבוססת רק על השפעה.¹²³ למרות היעדר תנאים בחוק, בשנת 2013 קבע בית משפט שהחוק הסיני חל על התנהגות מחוץ לסין אשר " **directly has a major, substantial and reasonably foreseeable effect** of impairing and restricting the domestic production activities, export opportunity and export trade of domestic enterprises".¹²⁴ תנאים אלו דומים לאלו הכלולים ב FTAA האמריקני. עם זאת, הספרות מפנה למקרים בהם התקבלו החלטות בהתייחס למיזוגים בין חברות זרות שנגעו לתשומות משמעותיות עבור סין, אשר לא עמדו בתנאים אלו.¹²⁵ עוד מוקדם לדעת היכן יתייצבו גבולות הסמכות החוץ-טריטוריאלית של כלכלה זו.

קנדה, אשר היתה בין המדינות שהתנגדו בעבר להחלת הדוקטרינה על ידי ארצות הברית, מהווה דוגמא נוספת לשינוי הגישה לאורך השנים. בית המשפט העליון של קנדה קבע שקמה לה זכות, בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי, להחיל את חוקיה על פעולות שהתרחשו מחוץ לגבולותיה, אם קיימת זיקה ממשית ומשמעותית ("**real and substantial connection**") בין הפעולות הנבחנות לבין קנדה.¹²⁶ בתחילה אומצה גישה מאופקת בנושא, אולם בשנים האחרונות אומצה גישה מקלה יותר. כך, למשל, רשות התחרות הבהירה כי היא תפעל נגד חברות זרות בקרטל שנוצר מחוץ לגבולותיה אך משפיע בצורה שלילית על השוק הקנדי.¹²⁷ בהחלטת בית הדין לתחרות הקנדי משנת 2017 בעניין *HarperCollins* נמצא כי התקיים קשר אמיתי ומשמעותי מקום בו מו"לים זרים חשבו (contemplated) שקרטל בנוגע למכירת ספרים אלקטרוניים ייושם בקנדה, הם פעלו דרך חברות-בת בקנדה, והקרטל גרם נזק לשוק הקנדי של ספרים דיגיטליים. בהחלטה מובעת גישה מצמצמת בנוגע לשיקולי נימוס בינלאומי. בהתאם להחלטת בית הדין, עיקרון הנימוס הבינלאומי אינו נפגע כאשר קיים קשר אמיתי ומשמעותי בין העבירה או ההתנהגות לבין קנדה, גם אם אנשים או מעשים מחוץ לקנדה מושפעים מכך.¹²⁸

גישה מרחיבה לדוקטרינת ההשפעות, אשר אינה כבולה לתנאים מצמצמים דוגמת אלו שאומצו בארצות הברית, אומצה גם במקומות נוספים בעולם. כך, למשל, בהודו מקנה חוק התחרות סמכות לאכוף את החוק מקום בו ההתנהגות " **has, or is likely to have, an appreciable adverse effect** on competition in the relevant market in India", ואין נפקא מינה אם אספקט כלשהו הנוגע להתנהגות האמורה נעשה מחוץ להודו.¹²⁹ בברזיל קובע חוק התחרות כי הוא חל על: "practices performed, in full or in part, on the national territory, **or that produce or may produce effects thereon**". במסמך משנת 2017 הבהירה רשות התחרות כי החוק מאמץ, הלכה למעשה, את

המחברים טוענים כי סין קיבלה את העקרונות המקובלים של דוקטרינת ההשפעות אך מציינים כי לאור מעמדה של סין במסחר העולמי ראוי שתבחר את העקרונות לפיהם מיישמת באופן אקסטרטוריאל את חוקיה כדי לאפשר שקיפות וודאות משפטית. ראו גם Lei Kuang, *Celebrating with a Damp Squib: China's Public Competition Enforcement*, 4(2) J. OF ANTITRUST ENFORCEMENT 411 (2016); Kuang Lei, *The Application of the Anti-Monopoly Law of China to Monopolistic Conduct: Analysis of Landmark Cases*, 6 CHINA LEGAL SCI. 117 (2018).

¹²² Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China (promulgated 2007) (AML), art. 2. בהתאם לתרגום המופיע ב-Wong-Ervin and Heimert, לעיל ה"ש 63.

¹²³ Faure and Zhang, לעיל ה"ש 26, בעמ' 528.
¹²⁴ Wong-Ervin and Heimert, לעיל ה"ש 63, בה"ש 10, מפנים ל- *Huawei Tech.Co. v. InterDigital Commc'n, Inc.*, GUANGDONG HIGH PEOPLE'S CT. No. 306 (2013).

¹²⁵ ראו: Faure and Zhang, לעיל ה"ש 26, בעמ' 531-530; Sweeney, לעיל ה"ש 2, בעמ' 376. ראו גם Fox, *Updating*, לעיל ה"ש 52, בעמ' 18-21 לניתוח ביקורתי של החלטות שהתקבלו בסין בעת האחרונה.
¹²⁶ Sweeney, לעיל ה"ש 2, בעמ' 378-380.

¹²⁷ OECD, SUMMARY OF DISCUSSION OF THE ROUNDTABLE ON THE EXTRATERRITORIAL REACH OF COMPETITION REMEDIES ראו [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M\(2017\)2/ANN2/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M(2017)2/ANN2/FINAL/en/pdf) (2017), 5.

¹²⁸ *Commissioner of Competition v. HarperCollins Publishers LLC and HarperCollins Canada Ltd.*, CT-2017-002, The Commissioner of Competition v. HarperCollins Publishers LLC and HarperCollins Canada Ltd., <https://decisions.ct-tc.gc.ca/ct-tc/cdo/en/item/462885/index.do> (24 July, 2017), para 5, 65-159. לענין עמדתה של קנדה בשאלת ההחלה של תרופות אקסטרטוריאליות ראו: שם.

¹²⁹ שם, עמ' 16.

דוקטרינת ההשפעות.¹³⁰ ודוק: בדומה לדין באיחוד האירופי, שני חוקים אלו מסתפקים בהשפעה פוטנציאלית. חוק התחרות המקסיקני מעניק סמכות חוץ-טריטוריאלית כאשר הפעולה הינה בעלת השפעה שלילית על התחרות במקסיקו.¹³¹

רשימת המדינות שאימצו את דוקטרינת ההשפעות עוד ארוכה.¹³² חלקן אימצו תנאים הדומים לאלו של מבחן ה-FTAIA. כך, למשל, בטאיוואן אומצה דוקטרינת ההשפעות בהנחיות רשות התחרות בנוגע למיזוגים.¹³³ ההחלה מותנית ב- "direct, substantial and reasonably foreseeable effect", לצד מגוון שיקולים נוספים, חלקם שיקולי נימוס בינלאומי.¹³⁴

עם זאת, יש מספר מדינות שהמצב החקיקתי הקיים בהן לא מאפשר להן לאמץ דוקטרינה זו. כך, למשל, פני הדברים באינדונזיה.¹³⁵ מלומדים מדגישים שמצב זה בעייתי במיוחד נוכח הקמת הקהילה הכלכלית האסיאתית אשר חושפת את אינדונזיה לפוטנציאל של התנהגות אנטי תחרותית זרה בעלת השפעות על כלכלתה בלא יכולת להתגונן. חברות אחרות בקהילה זו, דוגמת סינגפור ומלזיה, כבר אימצו סמכות חוץ-טריטוריאלית לחוקי התחרות שלהן.¹³⁶

ג. סיכום מצב: חוץ-טריטוריאליות אובייקטיבית היא הנורמה

מן המקובץ עולה, כי לעת הזו קיימת הסכמה רחבה, ההולכת וגדלה, ביחס לתחולתם החוץ-טריטוריאלית של דיני התחרות על בסיס דוקטרינת ההשפעות, עד שניתן לטעון כי היא מהווה חלק אינטגרלי מהמשפט הבינלאומי המינהגי, למצער בתחום דיני התחרות.

1. דוקטרינת ההשפעות עולה לכדי מנהג בינלאומי בדיני התחרות

אחד המקורות המרכזיים למשפט בינלאומי פומבי הינו המנהג הבינלאומי.¹³⁷ השאלה מהם התנאים לזיהוי מנהג כאמור עוררה לאחרונה דיון ער. נציבות המשפט הבינלאומי של האו"ם (ה- U.N. International Law Commission (ILC)) ישיבה על המדוכה במגמה לגבש אמות מידה לקביעת עצם

¹³⁰ OECD, ROUNDTABLE ON EXTRATERRITORIAL REACH OF COMPETITION REMEDIES - NOTE BY BRAZIL (2017), ראו [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2017\)42/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2017)42/en/pdf).

¹³¹ OECD, ROUNDTABLE ON THE EXTRATERRITORIAL REACH OF COMPETITION REMEDIES - NOTE BY MEXICO, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2017\)34/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2017)34/en/pdf), הדגשה בעמ' 10. לביקורת על עמדת רשות התחרות במקסיקו לפיה די בהשפעה כלשהי, ואין היא כבולה לתנאים מסויימים, ראו Ivan Szymanski, Competition Authorities' Jurisdiction, in *Extraterritorial Cartel Cases*. בית משפט בו נדון ערעור בעניין צמצם את התנאים, והעניין הופנה לערכאה גבוהה יותר- ר' <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=df1406c3-2241-4ba6-9146-b1c232ef350b>.

¹³² ראו, למשל, OECD UNITED STATES, לעיל ה"ש 59; OECD 2017B, לעיל ה"ש 4.

¹³³ FTC, DISPOSAL DIRECTIONS (GUIDELINED) ON EXTRATERRITORIAL MERGERS - ל' 3, Wong-Ervin and Heimert, לעיל ה"ש 63, Appendix I.

¹³⁴ זאת, בשל ההגדרה הצרה של "עסק" בחוק התחרות האינדונזי, אין לרשות התחרות סמכות לאכוף את החוק נגד עסקים הנמצאים מחוץ לאינדונזיה. ב-2014 הוגשה הצעה לתיקון החוק ושינוי ההגדרה, כך שהסמכות תתייחס לכל עסק העורך פעילות כלכלית בתוך או מחוץ לשטח אינדונזיה המשפיע על התחרות בה. ראו Muhammad R. Wicaksono et al., *Implementing the Extraterritoriality Principle to Strengthen Competition Law Enforcement in Indonesia in the AEC Era: A Comparative Study*, 1 INDO. L. REV. 27, 29 (2019).

¹³⁵ שם, ע' 29. (2019) בדומה נשמעה קריאה להסדיר סמכות להחלה אקסטריטוריאלית של חוק התחרות התאילנדי כיוון שהחוק שותק בנושא' ר' Sathina Wimonkunararak, *Thai Trade Competition Act 1999: Challenges and Recommendations to the Law Reform*, 5(2) PSAKUIJIR (2016).

¹³⁷ המנהג נכלל בין מקורות המשפט הבינלאומי לפיהם פועל, למשל, בית הדין הבינלאומי, ר' Article 38, paragraph 1(2) of the Statute of the International Court of Justice "...International custom, as evidence of a general practice accepted as law". George Nolte, *How to Identify Customary International Law? The Final Outcome of the Work of the International Commission* (2019), KFG Working Paper Series nm. 37 (2018), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3402384.

קיומו ותוכנו של מנהג בינלאומי.¹³⁸ בדו"ח שפרסמה, אשר היווה בסיס להחלטה של העצרת הכללית,¹³⁹ אימצה הנציבות את הגישה לפיה נדרשים שני אלמנטים מכוננים: פרקטיקה מקובלת (general practice), ה"מקובלת כחוק" (opinio juris).¹⁴⁰ גישה זו מקובלת גם על רבים אחרים בישראל ובעולם. כך, לדוגמא, קובע רוזן כי "משפט מנהגי ... מכיל את כללי המשפט שנגזרו מההתנהגות העקיבה של מדינות שפעלו מתוך אמונה כי החוק מחייב אותן לפעול כך. גורם פסיכולוגי זה קרוי *sive necessitatis opinio juris*, תחושה של מחויבות משפטית (או ההנחה כי הפרקטיקה הנוהגת מחייבת)".¹⁴¹ גם בית המשפט העליון אימץ תנאים אלו.¹⁴²

בהתאם לדו"ח האו"ם, לצורך הוכחת התנאי הראשון נדרש שהפרקטיקה תהא נפוצה ומייצגת במידה מספקת, וכן עקבית.¹⁴³ לצורך הוכחת התנאי השני נדרש כי הפרקטיקה תינקט עם תודעה של זכות או חובה משפטית (וזאת להבדיל משימוש סתמי או הרגל).¹⁴⁴ יתכנו ראיות מגוונות להוכחתו, לרבות הצהרות ציבוריות בשם המדינה, פרסומים רשמיים, חוות דעת של הממשל, התכתבויות דפלומטיות, החלטות של בתי המשפט של מדינות, והוראות באמנות בינלאומיות.¹⁴⁵ בנוסף, אי תגובה לאורך זמן לאימוץ כלל מסוים על ידי מדינות אחרות יכולה לשמש כעדות לקיומו של מנהג, כל עוד מדינות יכלו להגיב ועובדות המקרה יצרו בסיס אפשרי לתגובה כאמור.¹⁴⁶ גם הספרות בישראל עמדה על המגוון הרחב של מקורות בהם ניתן לעשות שימוש על מנת לקבוע האם נוצר מנהג, הכוללים בין היתר פסיקה, חקיקה והצהרות של מדינות, אך גם התנהגות פסיבית המבטאת השלמה עם התנהגותן של מדינות אחרות, וכן ספרות מלומדים.¹⁴⁷

דו"ח האו"ם גרר ביקורת. יש מלומדים הטוענים שהגישה המשתקפת בו, ובפרט בדרישת ה- *opinion juris*, אינה משקפת את הדרך בה נוצר ופועל מנהג בינלאומי הלכה למעשה, וכי גישה האו"ם מבקשת

U.N. International Law Commission (ILC), Rep. on the Work of its Seventieth Session Doc A/73/10 (2018),¹³⁸ https://legal.un.org/ilc/reports/2018/english/a_73_10_advance.pdf, פרק V, בעמ' 119-120 (להלן: "דו"ח נציבות האו"ם").
לסטטוס ההתקדמות של ההתדיינות בנושא ראו https://legal.un.org/ilc/summaries/1_13.shtml

ILC, G.A. Res. 73/203, ¶ 4 (Dec. 20, 2018), <https://undocs.org/en/A/RES/73/203>. ההחלטה הביאה את מסקנות ה- ILC האמורות "to the attention of States and all who may be called upon to identify rules of customary international law, and encourag[ing] their widest possible dissemination". עם זאת בהחלטת העצרת מוזכר שהתקיים דיון ונשמעו התייחסות לאחר סיום עבודתה של הנציבות. שם, טקסט לה"ש 4, כך שדומה כי טרם נקבעו מסמרות בעניין.

140 דו"ח נציבות האו"ם, לעיל לה"ש X, מסקנה 2 (ההדגשה הוספה) **"Two constituent elements-** To determine the existence and content of a rule of customary international law, it is necessary to ascertain whether there is a **general practice that is accepted as law (opinio juris).**"

141 שבתאי רוזן, **בבכ"י המשפט הבינלאומי** 35 (2012); וגם רובי סיבל, מקורות המשפט הבינלאומי, **במשפט בינלאומי** 50 (רובי סיבל ויעל רונן עורכים, מהדורה שלישית, 2016): "המנהג נוצר כאשר מדינות, באמצעות נציגיהן, פועלות בדרך מסוימת (State practice), לאורך זמן, בצורה עקבית ומתוך תחושה של מחויבות משפטית לפעול כך (opinio juris) ... ההתנהגות צריכה להיות מלווה בהכרה של המדינה שהיא מחויבת משפטית לנהוג כך (a sense of legal obligation) דהיינו שהתנהגות אחרת תהווה הפרה של נורמה מחייבת (opinio juris)". ; רות לפידות "מקומו של המשפט הבינלאומי הפומבי בחוק הישראלי" **משפטים** יט(4) 807-810 (1990); יפה זילברשץ "קליטת המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי- הדין המצוי, רצוי" **משפטים** כד 317, 337 (1994).
142 ראו דיון להלן.

143 דו"ח נציבות האו"ם, לעיל לה"ש X, מסקנה 8- "The practice must be general, meaning that it must be sufficiently widespread and representative, as well as consistent."

144 שם, מסקנה 9: "Requirement of acceptance as law (opinio juris) means that the practice in question must be undertaken with a sense of legal right or obligation....to be distinguished from mere usage or habit."

145 שם, מסקנה 10.

146 שם, מסקנה 3.

147 "הראיות למשפט המנהגי מפורזות, מסובכות ולא שיטתיות... החומר מפוזר על פני מקורות רבים" ראה רוזן, לעיל לה"ש 147, בעמ' 36, המפנה למגוון מקורות כדי לבסס משפט מנהגי, בהם גם הסכמים בין מדינות בדבר פרקטיקה מסוימת. כמו כן, סיבל, לעיל לה"ש 147, בעמ' 54, 62 מצייין כי "אכן לא פשוט להבחין מתי התנהגות והעמדה המשפטית ביחס אליה יוצרת מנהג, ולשם כך ניתן לבחון, הצהרות רשמיות לגבי התנהגות המדינה, התכתבות דיפלומטית בין מדינות, חוות דעת רשמיות שלה ביחס למשפט הבינלאומי, החלטות בתי משפט או מעשי חקיקה של הפרלמנט. היא יכולה להיות גם פסיבית, בצורת השלמה עם התנהגות מסוימת של מדינות אחרות". בין המקורות עליהם נסמך בית הדין הבינלאומי בהאג על מנת לברר האם התגבש מנהג נמצאת גם ספרות מלומדים בתחום המשפט הבינלאומי או בנושא ספציפי. טעף 38(ד) לחוקת בית הדין הבינלאומי קובע כי אחד מאמצעי העזר לקביעת המשפט הבינלאומי הוא "משנתם של גדולי הסופרים המומחים אשר לאומות השונות."

לא לאלץ את המנהג הבינלאומי לתוך מסגרת תנאים מלאכותית.¹⁴⁸ כך, לדוגמה, מציין סיבל כי "בפועל, מדינות לא נוהגות להצהיר על הכרה כזאת",¹⁴⁹ וכי "יש אסכולה הטוענת שהמחויבות המשפטית היא פיקציה והמנהג למעשה נוצר על בסיס תגובות של מדינות לדרישות או התנהגות מדינות אחרות".¹⁵⁰ אכן, חכימי מדגימה בשורה ארוכה של מקרים שגישת שני התנאים אינה מתארת נכונה את הדין הקיים.¹⁵¹ לשיטתה, המדד המשמעותי ליצירתו של מינהג הוא הגישה בפועל של הגורמים הרלוונטיים המשתתפים ביצירה וביישום של המנהג לאורך הזמן, גישה שהיא לעיתים קרובות לא אחידה ומתאפיינת בדינמיות ובשינויים.¹⁵² חכימי אף מצביעה על כך שגם לאחר החלטת עצרת האו"ם ביחס למסקנות הנציבות, לא יושמה גישת שני התנאים בהחלטה של בית המשפט הפלילי הבינלאומי.¹⁵³

עיון בתקדימים ליצירתם של מינהגים בינלאומיים מלמד כי בפועל בחינת התנאים מתאפיינת בפרגמטיות ובשכל ישר. כך, למשל, בהסתמך על פסיקות של בית הדין הבינלאומי בהאג, מראה סיבל כי לשם הוכחת מנהג בינלאומי יש לבדוק את התנהגות המדינות הנוגעות לעניין, גם אם מדובר במספר מוגבל של מדינות, ולא נדרש לבחון את ההתנהגות של כל מדינות העולם. תיתכן גם הכרה במנהג אזורי שנוצר בין מספר מדינות באזור מסויים, ואפילו מנהג בין שתי מדינות בלבד.¹⁵⁴ הגם שנדרשת עקביות בהתנהגות לשם יצירת מנהג, אין הכרח בעקביות מושלמת. במידה ששטייה של מדינות מסויימות מהכלל נחשבת על ידי רוב המדינות כהפרתו, הדבר מספיק להיווצרות מנהג.¹⁵⁵ גם אם האימוץ החל זמן קצר לפניכן תיתכן היווצרות מנהג, בתנאי שהאימוץ נרחב וקרוב לאחידות.¹⁵⁶ לאור גמישויות אלה, הדעת נותנת כי קיומו של טווח מסויים בגדרו כל מדינה מגבשת לעצמה את פרטי הכלל, די בו לשם הכרה במנהג. דרישה לאחידות של ממש היתה מעניקה כח רב מדי בידי כל מדינה או קבוצת מדינות לסכל את היווצרותו של מנהג בינלאומי שאינו לרוחן על ידי חריגה מסויימת ממנו.

קצרה היריעה במאמר זה מלדון לעומק בשאלת הזיהוי של מנהג בינלאומי. די לענייננו בעובדה שמחקרנו מעלה שגם התנאים הנוקשים שהציבה ועדת האו"ם מתקיימים בנוגע לדוקטרינת ההשפעות בגדר דיני התחרות. אולם נעיר כי דומה שיש להיזהר שלא לאמץ גישה נוקשה מדי, במיוחד בנוגע למחויבות המשפטית, היוצרת קושי אינהרנטי בדמות "ביצה ותרנגולת": שהרי בתחילת היווצרותו של מנהג וודאי לא יכולה להתקיים מחויבות משפטית לפעול לפיו (שהרי הוא עדיין אינו קיים ככזה), וממילא לא ניתן לבצע את ההתנהלות מתוך תחושה שמדובר בכלל בינלאומי מחייב. כך שלפחות המדינות הראשונות שאימצו אותו לא עשו זאת מתוך מחויבות למינהג. משכך עמידה דווקנית על תנאי זה למעשה אינה מאפשרת למנהג להתגבש ולמחויבות אמיתית שכזו להיווצר. Leonard כינה זאת "הפרדוקס של ה-opinio juris" - נדרש שמדינות יאמינו באופן **מוטעה** שיש משהו מחייב, כדי שהוא יהפוך לדבר מחייב. כדי להימנע מכשל אינהרנטי זה, הוא הציע לאמץ גישה שונה לפיה יש לפרש את האלמנט הזה כדרישה

¹⁴⁸ Monica Hakimi, *Making Sense of Customary International Law*, 118(8) MICH. L. REV. 1487, 1491 (2020).

¹⁴⁹ שם.

¹⁵⁰ סיבל, לעיל ה"ש 147, בעמ' 50-51. הביטוי - a sense of legal obligation, לקוח מתוך ה- American Law Institute, *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations of the United States* (1987), para. 102(2).

¹⁵¹ Hakimi, לעיל ה"ש 157, בעמ' 1524, 1536, ALAN BOYLE AND CHRISTINE CHINKIN THE MAKING OF INTERNATIONAL LAW (2007); כפי שמתואר בסקירת הספרות - RICHARD B. BILDER, RECENT BOOKS ON INTERNATIONAL LAW 688-689, 697 (2010); הכולל הפניות, בעמ' 698, למאמצי מחקר בעשור האחרון לתת ביטוי לדרכים מגוונות בהן נוצר כיום בפועל דין בינלאומי, אשר תבנית נוקשה להכרה במנהג אינה נותנת להם את המקום הראוי להם.

¹⁵² Hakimi, שם, בעמ' 1505, 1510-1511, 1517-1518. "The salience of a position within CIL—the extent to which the position is recognized and used as CIL—... depend on...how the group of actors who participate in a given domain of global governance interact with the positionTo what extent do these actors invoke, regard and use the position as CIL, rather than ignore or challenge it?Insofar as global actors broadly accept and treat a position as CIL, it becomes entrenched.... Because global actors do not act as a coordinated bloc, the support that they display for different normative positions is not uniform or stable. It varies.").

¹⁵³ שם, בעמ' 1509-1510.

¹⁵⁴ סיבל, לעיל ה"ש 147.

¹⁵⁵ שם.

¹⁵⁶ שם, בעמ' 52, ראה טקסט ליד ה"ש 18-22.

אולם גישה נוקשה ומחמירה זו אינה מתאימה עת מדובר במנהג מזכה, מיטיב, המאפשר למדינה לקנות סמכות ולהחיל את דיניה בהתייחס להתנהגות זרה מחוץ לגבולותיה אשר פגעה בה או בתושביה. מינהג כאמור אינו מחייב את המדינה לממש יכולת זאת. הוא אך מרחיב את המנעד האפשרי, הלגיטימי של סמכותה. משכך, חששות הנילוים להכרה במנהגים מגבילי-סמכות ומטילי-חובות, נעדרים בהקשר דנן, ולהפך- ראוי להיזהר מהעמסה ביתר של תנאים לזיהוי והכרה במנהג (שהגיונם בצידם מקום שמוטלות חובות ומגבלות על מדינה מכח מנהג חיצוני לה), וממתן פרשנות דווקנית ומכבידה לתנאים קיימים, באופן שישלול שלא לצורך מהמדינה ומתושביה יכולת לממש ולהינות מפרקטיקה רווחת, המיטיבה עימם. המנהג שנדון בעניין שוחט, כמו גם דוקטרינת ההשפעות, נופלים לגדר סוג מקרים זה.

כאמור, לא נוכל במסגרת זו לדון לעומק ולהכריע בשאלת הזיהוי של מנהג בינלאומי. מכל מקום, מחקרנו מורה שניתן בהחלט לטעון כי התגבש מינהג בינלאומי להחלת דוקטרינת ההשפעות בדיני התחרות, גם לאור המבחן הנוקשה יותר ובוודאי לאור המבחן הגמיש יותר, שהוחל במקרה שעניינו היה מינהג המזכה. באשר לתנאי הראשון של פרקטיקה נפוצה ועקבית, קיימת הסכמה נרחבת שדוקטרינת ההשפעות מהווה כלל מקובל בעולם. כך, למשל, מרטינזן טוען כי "Extraterritoriality in competition law is now a well-entrenched feature of the global regulatory framework governing transnational business."¹⁶³ בדומה, קובע ה- International Bar Association כי: "There is... widespread consensus that the 'effects'-based test is consistent with each sovereign's need to detect and punish anti-competitive behavior... Virtually all jurisdictions apply some form on an 'effects' test."¹⁶⁴ גם דוחו"ת ארגון המדינות המפותחות, שנסקרו לעיל, מצביעים על ההיקף הרחב של אימוץ הדוקטרינה ברחבי העולם.¹⁶⁵

קיימות אינדיקציות חזקות גם להתקיימות התנאי השני. הספרות חוזרת ומדגישה שדוקטרינת ההשפעות צמחה מתוך עקרונות מוכרים במשפט הבינלאומי והחלתה עולה בקנה אחד עמו.¹⁶⁶ בנוסף, ישנן אמירות של בתי משפט המכירות בדוקטרינה כחלק מכללי המשפט הבינלאומי. כך, למשל, קבע בית המשפט האירופאי בעניין Toshiba בשנת 2019: "It should first of all be borne in mind that, according to the case-law, the Commission's jurisdiction **under public international law** to find and punish conduct adopted outside the European Union may be established on the basis of either the implementation test or the qualified effects test..."¹⁶⁷ מאמירות מעין אלו ניכר כי אין מדובר רק בפרקטיקה רווחת של מדינות שונות, אלא שמדינות הפועלות בדרך זו רואות בכך התנהלות מותרת מבחינת המשפט הבינלאומי המנהגי. הדוקטרינה גם מאוזכרת באמנות בינלאומיות. אולי חשוב מכל: בעשורים האחרונים לא נשמעת מחאה מצד מדינות כלפי מדינות אחרות שבחרו לאמץ את הדוקטרינה. ההסתייגות היחידה שנשמעת בספרות היא לגישה המרחיבה את הדוקטרינה מעבר לגבולותיה המקובלים (כך, למשל, ביחס ליישום הסמכות בצורה מרחיבה ביותר ביפן). היעדר מחאה מעין זו מביעה למעשה הסכמה לאימוצה, והיא מקבלת משנה תוקף לאור העובדה שההתנגדות העזה שנשמעה בעבר כלפי ארה"ב מלמדת כי בתחום זה מדינות מבטאות היטב תרעומת מחריגה מהגבולות

¹⁶³ Martyniszyn, לעיל ה"ש 85, בעמ' 750. ראו גם Wong-Ervin and Heimert, לעיל ה"ש 63: "Enforcement of ...competition laws beyond the boundaries of a jurisdiction's border has, as a general matter, become uncontroversial, for example when conduct outside the jurisdiction has an adverse effect on competition and consumers in the enforcing jurisdiction"; Sweeney, לעיל ה"ש 2, בעמ' 371-372: "Extraterritorial reach is now quite common among competition regimes. Many are based on an effects doctrine." Kim, לעיל ה"ש 27, בעמ' 386.

¹⁶⁴ International Bar Association, 'Report on the Task Force on Extraterritorial Jurisdiction, para 61, 57 (2009) ראו <https://documents.law.yale.edu/sites/default/files/Task%20Force%20on%20Extraterritorial%20Jurisdiction%20-%20Report%20.pdf>.

¹⁶⁵ OECD 2017A, לעיל ה"ש 2; OECD 2017B, לעיל ה"ש 4.

¹⁶⁶ ראו לדוגמא Nishioka, לעיל ה"ש 116, בעמ' 4: "Today, it has also been widely accepted that the application of competition law based on effects in a state's territory does not contravene public international law."

¹⁶⁷ עניין Toshiba 2019, לעיל, ה"ש 100, בפס' 165.

המקובלים. אכן, הדוקטרינה מהווה דוגמא לתהליך התהוות הדרגתי של פרקטיקה ההולכת ומתפשטת, עד הפיכתה למינהג.¹⁶⁸ במקרה דנן ארה"ב החלה את התהליך אל מול התנגדות עזה, עד שהבנה כי הדוקטרינה נחוצה חלחלה גם בקרב המתנגדים הכי קשים להחלטה, ובהמשך בקרב מדינות נוספות שהחלו מחוקקות ומיישמות דיני תחרות, עד שחל סחף הולך וגובר לאימוץ הדוקטרינה, על ידי רשויות התחרות, בתי המשפט, בהסכמים בין מדינות, במסמכים של ארגונים בינלאומיים ובספרות, עד שנחצה קו פרשת המים להיווצרות מנהג בינלאומי – היקף ניכר של מדינות הנוהגות בדרך זו מתוך שכנוע שאימוץ הדוקטרינה על ידם תואם את כללי המשפט הבינלאומי. אמנם התנאים הנדרשים במדינות השונות לתחולת הדוקטרינה אינם זהים לחלוטין, אך בכולן נדרשת **השפעה שלילית** על התחרות במדינה האוכפת. בהתאם לכללי היסוד של המשפט הבינלאומי הפומבי, ההשפעה צריכה להיות **משמעותית דיה** על מנת לוודא שאכן למדינה האוכפת יש אינטרס לגיטימי לתחולה חוץ-טריטוריאלית כאמור. אולם כל עוד מתקיימים תנאים אלו, קיים מרחב ניווט, בגדרי המנהג הקיים, על מנת לקבוע את יתר התנאים לתחולתה של הדוקטרינה, בהתאם למטרות חוקי התחרות ומטרות המשפט הבינלאומי.

2. ארבעה מודלים עיקריים לדוקטרינת ההשפעות בעולם

ניתן לזהות ארבעה מודלים עיקריים הקיימים בעולם ליישום חוץ-טריטוריאל של דיני התחרות דרך דוקטרינת ההשפעות, אשר אומצו בין בהלכות פסוקות ובין בחקיקה. המודל המרחיב ביותר הוא זה שאומץ, בין היתר, בשוויץ, לפיו די בהשפעה על השוק המקומי ובהתקיימות התנאים המהותיים של חוק התחרות, אשר רק במסגרתם תיבחן מידתיות הפגיעה. לצידו עומד מודל אשר תפוצתו ברחבי העולם הולכת וגוברת, המסתפק בהשפעה משמעותית על התחרות. מודל זה מבטא את הגישה המקובלת במספר הולך וגדל של מדינות לפיהן למדינה יש אינטרס לגיטימי להחיל את חוקי התחרות שלה על התנהגות אנטי-תחרותית המשפיעה משמעותית על שווקיה, גם בלא קיום כל יתר התנאים המגבילים שנדרשו בארצות הברית.

בעברו השני של המנעד עומדים שני המבחנים האמריקניים, על ההגוונים שלהם. הראשון הוא מבחן ה-FTAIA האמריקני, הדורש שההשפעה תהיה משמעותית, ישירה, וצפויה מראש באופן סביר. כפי שמפורט להלן, מבחן זה חל בארץ מולדתו בגזרה מוגדרת של מקרים. באותם מקרים בהם הוא חל, פורשו תנאיו בעשור האחרון בצורה המרחיבה את גדר התחולה החוץ-טריטוריאלית של חוקי התחרות (לרבות מקרים בהם תואמו מחוץ לארצות הברית מחירים של רכיבים שלאחר מכן שולבו במוצרים ועברו מספר ידיים עד שהגיעו לארצות הברית). וריאציות של מבחן זה הוחלו במדינות נוספות ברחבי העולם, לרבות באיחוד האירופי, סין וטאיוואן. המודל הרביעי הוא זה החל בארצות הברית במקרים של יבוא, הדורש השפעה מכוונת ומשמעותית, אך אינו מותנה בתנאי של ישירות. מודל זה כמעט ולא מוחל מחוץ לארצות הברית. מהניתוח לעיל עולה כי קיימים הגוונים גם בפרשנות התנאים של כל המבחנים האמורים, אך מרבית בתי המשפט ברחבי העולם מפרשים אותם בצורה מקלה, המרחיבה את הסמכות.

בנוסף ובמקביל, באין הוראת חוק סותרת חלים כללי הנימוס הבינלאומי. שאלת תוכנם של עקרונות אלו הנה ליבו של דיון משפטי ער. גם כאן אומצו גישות שונות. כאמור, בארצות הברית קבע בית המשפט העליון כי רק בעת התנגשות חזיתית עם חוק זר יש מקום לבחינת האינטרסים המתנגשים. רשויות התחרות האמריקאיות, לעומת זאת, לוקחות בחשבון שיקולי נימוס בחלק מהחלטותיהן, בין היתר על

¹⁶⁸ בהקשר זה הוצעה אבחנה מעניינת בין מנהג מסורתי, בו לפרקטיקה משקל רב יותר, מאשר במנהג מודרני (המתפתח ביתר מהירות בעקבות דיונים במוסדות בינלאומיים) בו לאלמנט המחויבות המשפטית משקל רב יותר. Anthea Elizabeth Roberts, *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation*, 95 AMERICAN J. OF INT'L L. 757 (2001).

בסיס הסכמים בילטרליים עליהם ארצות הברית חתומה עם שותפות הסחר העיקריות שלה.¹⁶⁹ באיחוד האירופי לא ניתן לשיקולים אלו כמעט משקל, למעט במקרים בהם קיימת התחייבות להתחשבות בשיקוליה של מדינה אחרת בהסכמים בילטרליים עליהם חתום האיחוד.¹⁷⁰ החלת שיקולי נימוס דרך הסכמים בילטרליים מעניקה למדינה גמישות רבה בהחלטתם, בהתאם למערכת יחסיה עם המדינות השונות. בה בעת, נראה כי קיימת הסכמה גוברת לכך שיש מקום לשקול האם ראוי להחיל סמכות מקבילה מקום בו מדינה אחרת, בעלת זיקה גדולה יותר לפעילות האנטי-תחרותית, הפעילה או עומדת להפעיל את סמכותה על מנת למנוע את הפעולה האנטי-תחרותית של החברה הזרה, ודי בפעולתה כדי להגן גם על האינטרסים של מדינה נוספת השוקלת התערבות. עקרונות ברוח זו שולבו גם במסמך ההמלצות של ה-OECD ביחס לשיתוף פעולה בין המדינות החברות בארגון. אולם, כפי שיפורט להלן, בעוד כלל כאמור יכול למנוע איסור מקביל ומיותר על מיזוג הפוגע במדינות רבות, לא תמיד די בפעולות אכיפה של מדינה זרה כדי למנוע את הפגיעה בתחרות ובצרכנים במדינה אחרת.¹⁷¹

ג. הדין ונחיצות האכיפה בישראל

1. כללי: דוקטרינת ההשפעות מהווה חלק מהדין הישראלי

כללי המשפט הבינלאומי המינהגי חלים במשפט הישראלי ומהווים חלק אינטגרלי ממנו בהיעדר הוראת חוק סותרת.¹⁷² כללים אלו משולבים באופן אוטומטי בחוק הישראלי, ללא צורך באקט תחיקתי פורמלי.¹⁷³ יתירה מזאת, מקום בו קיימת התנגשות פוטנציאלית בין הדין הישראלי לכללי המשפט הבינלאומי, יפורש החוק הישראלי באופן המתיישב עם האחרון, כל עוד אין בחוק הוראה מפורשת המנוגדת לפירוש כאמור.¹⁷⁴ חוק התחרות הישראלי לא כולל הוראה המתנגשת בתחולה חוץ-טריטוריאלית של הוראותיו, למעט בנוגע למיזוגים.¹⁷⁵ בהתאם לכך, דוקטרינת ההשפעות חלה בגדרו.

דוקטרינת ההשפעות הוחלה בישראל לראשונה כבר לפני שנים בהקשר של דיני התחרות בהחלטתו של הממונה בעניין *ג'יימס ריצ'רדסון*.¹⁷⁶ חברת ג'יימס ריצ'רדסון החזיקה בזיכיון להפעלת חנות פטורה ממכס בשדה התעופה בן גוריון. החברה הגיעה להסדרים עם יצרניות בשמים, לפיהם יישמר פער מחירים של 30% בינה לבין חנויות אחרות בישראל. יצרניות הבשמים, שהיו צד להסדר הכובל, היו מאוגדות רובן

¹⁶⁹ ראו לדוגמה: סעיפים IV ו-VI להסכם בין ממשלת ארצות הברית לבין ממשלת קנדה משנת 1995, סעיפים V ו-VI להסכם בין ממשלת ארצות הברית לבין האיחוד האירופי בדבר החלת דיני התחרות מיום 23 בספטמבר 1991, לפירוט והפניות לנוסח הסכמים אלה ואחרים ר' ה"ש 156 ב- ANTITRUST GUIDELINES 2017, לעיל ה"ש 41.

¹⁷⁰ ראו OECD, ROUNDTABLE ON THE EXTRATERRITORIAL REACH OF COMPETITION REMEDIES – NOTE BY THE EUROPEAN UNION 7 (2017) [http://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2017\)35/en/pdf](http://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2017)35/en/pdf).

¹⁷¹ ראו דיון בפרק ד.2 להלן.
¹⁷² ראו לדוגמה, תמר הוסטובסקי ברנדס "משפט זכויות האדם הבין-לאומי והמשפט החוקתי בישראל", מחקרי משפט לא, התשע"ח-2018, 925, 931; תומר ברודי, מקומו של המשפט הבינלאומי במשפט הפנימי **משפט בינלאומי**, לעיל ה"ש 147, 65, 67-68; לפידות, לעיל ה"ש 147; זילברשץ, לעיל ה"ש 147, בעמ' 319-320; בג"ץ 785/87 **עבד אל נאצר אל עזיז עבד אל עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, מב(2) 4, 35 לפסק דינו של הנשיא שמגר (1988); בג"ץ 769/02 **הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל**, סב(1) 507 בפ"ס 16 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006); פרשת **שוחט**, לעיל ה"ש 166, בעמ' 131. לאימוצו של עקרון זה במדינות נוספות ראו

L. OPPENHEIM, OPPENHEIM'S INTERNATIONAL LAW (London, 9th ed by R. Jennings and A. Watts, 1992).

¹⁷³ ע"פ 174/54 **אנוש שטמפפר נ' היועמ"ש**, י(1) 5 (1965); לפידות, שם, בעמ' 808.
¹⁷⁴ בג"ץ 302/72 **שיח' סולימאן חסיין עודה אבו חילו ואח' נ' ממשלת ישראל**, כז(2) 169, 177 (1973); לגבולות "חזקת ההתאמה הפרשנית", ראו ברודי, לעיל ה"ש 178, בעמ' 68.

¹⁷⁵ ניתן לטעון שהגדרת חברה בדיני המיזוגים מחילה הגבלה כאמור. חברה מוגדרת בסעיף 1 כ"חברה שנוסדה ונרשמה לפי פקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג-1983, ס"ח 1105, לרבות חברת חוץ שנרשמה כאמור... הנחיות הממונה על הגבלים עסקיים לגבי הליכי הדיווח והבדיקה של מיזוגי חברות לפי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, קובעות שהגדרת חברה תחול גם במקרה בו חברה זרה מצויה בזיקת מיזוג לישראל, למשל כאשר עובר לעסקה מושא הודעת המיזוג, חברה זרה מחזיקה למעלה מרבע בחברה ישראלית. ראו גם גל "תחולה חוץ-טריטוריאלית", לעיל ה"ש 13, בעמ' 9. ביתר המקרים לא חלים דיני המיזוגים הישראליים, גם אם המיזוג משפיע באופן משמעותי על התחרות בשוק הישראלי.
¹⁷⁶ החלטת ג'יימס ריצ'רדסון, לעיל ה"ש 10.

ככולן כחברות זרות אשר מרכז פעילותן מחוץ לגבולות ישראל. הממונה החיל את חוק התחרות על יצרניות הבשמים, תוך הפניה לדוקטרינת ההשפעות, בקובעו:¹⁷⁷

"תכליתו של חוק [התחרות] - הגנה על התחרות בישראל - מלמדת כי פרשנות הדין הישראלי ברוח דוקטרינת ההשפעות מחויב המציאות. אינני מעלה על דעתי כי פעילויות עסקיות הנערכות מעבר לים, ואשר פוגעות בתחרות בישראל, תהיינה פטורות כעניין שבדין מתחולת דיני [התחרות] בישראל. המציאות העסקית כלכלית חוצה גבולות מדיניים, ופרשנות מצמצמת לתחולת דיני [התחרות] תפתח פתח רחב לפגיעה בתחרות בישראל... אינני רואה כל אפשרות לנקוט גישה אחרת בהקשר זה..."

על החוק להשתרע גם על פעולות אשר לא נעשו כל כולן (או אף עיקרן) בישראל, אך תוצאתן פגיעה בתחרות בעסקים בישראל... הסדר כובל - אפילו הוא נערך בין שני גופים לא ישראלים, ומחוץ לישראל, שיעדו ותוצאתו, החלקיים או הבלבדיים, פעולה הפוגעת פגיעה משמעותית בתחרות בשוק בישראל, בא ב-ד' אמות חוק ההגבלים העסקיים."

כן הוחלה דוקטרינת ההשפעות על ידי הרשות בעניין מסדרי המתח, שיפורט להלן, שם היא הותנתה בקיום "זיקה ברורה" בין הפעילות הפוגענית לבין ישראל.¹⁷⁸ בהחלטה נוספת, בעניין תעשיות מלח לישראל, הוחל חוק התחרות על הסדר כובל בין חברת המלח הישראלית לחברה קפריסאית, לפיו האחרונה תימנע מייבוא מלח לישראל, אך שאלת התחולה החוץ-טריטוריאלית של החוק לא נדונה במפורש.¹⁷⁹

בעניין אקו"ם נטען שחוק התחרות לא חל על הסדרים כובלים שנערכו בחו"ל בין אגודות זרות לניהול זכויות יוצרים. בית הדין לתחרות דחה את הטענה וקבע כי קשה להעלות על הדעת פרשנות אחרת לדיני התחרות, מלבד הפרשנות המאמצת את דוקטרינת ההשפעות.¹⁸⁰ גם המלומדים אזרחי וגילה גורסים שלדיני התחרות הישראליים "תחולה על כל פירמה, לרבות פירמה שהתנהגותה **משליכה** על הצרן הישראלי. הווה אומר, בישראל הדוקטרינה השלטת היא דוקטרינת [ההשפעות]".¹⁸¹

כאשר התנהגות מסוימת מהווה עבירה פלילית, יחולו גם עקרונות סמכות השיפוט על פי פרק ג' לחוק העונשין הישראלי. פרק ג' מתנה את החלת דיני העונשין הישראליים בקיומו של היסוד העובדתי של העבירה, כולו או מקצתו, בישראל.¹⁸² בעניין *ג'יימס ריצ'רדסון* הכיר הממונה באופן תיאורטי בדרישה כאמור לגבי עבירות של ניצול כוח מונופוליסטי.¹⁸³

"מקום שנסיבה [עובדתית של העבירה] מתקיימת בישראל- דהיינו בעל מונופולין [זר] פועל באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים בישראל או לפגוע בציבור בישראל - מדובר בעבירת פנים וניתן להעמיד לדין בגינה בישראל."

¹⁷⁷ שם, בפרק 5.

¹⁷⁸ החלטת מסדרי מתח, לעיל ה"ש 10.

¹⁷⁹ ראו דיון בגל "תחולה חוץ-טריטוריאליות", לעיל ה"ש 13.

¹⁸⁰ עניין אקו"ם, לעיל ה"ש 11.

¹⁸¹ אזרחי וגילה, לעיל ה"ש 13, בעמ' 462.

¹⁸² ש"ז פלר *יסודות בדיני עונשין* כרך א 260 (1984); ראה גם החלטת ג'יימס ריצ'רדסון, לעיל ה"ש 10.

¹⁸³ החלטת ג'יימס ריצ'רדסון, שם.

בדומה, כאשר צד זר לקרטל מעורב בפעילות ישירה בישראל, חל החוק בלא צורך להיזקק לדוקטרינת ההשפעות.¹⁸⁴

עקרונות הנימוס הבינלאומי הוכרו בפסק הדין ברמן.¹⁸⁵ שם נקבע כי לכללים אלו יש "חשיבות נכבדה בעולם המודרני ובמיוחד ביחסים שבין ארצות הברית לישראל. משמעותה הוא כיבוד ריבונות של מדינות זרות דבר המכתיב המנעות עד כמה שאפשר מ"פלישה" לתחומה של מדינה זרה על ידי החלטה שיפוטית שיש לה השפעה מחוץ לגבולות מדינת ישראל. כלל זה כמובן מושך לכיוון של כיבוד סמכותה של הערכאה היושבת במרכז עסקיה וחייה של החברה ועוסקת בפירוק הראשי שלה והימנעות מהפרעה לתהליך על ידי מתן החלטות סותרות..." עם זאת, עקרונות אלו טרם הוחלו בדיני התחרות בישראל, למעט באותם מקרים בהם ישראל התחייבה לשקול שיקולים כאמור במסגרת הסכמים בינלאומיים.

לאור השינויים שחלו בתנאי הדוקטרינה בעשור האחרון, השאלה העומדת על המדוכה היא מהם תנאי-התחולה אשר ראוי לאמץ בישראל, מתוך המנעד הלגיטימי הקיים בהתאם למשפט הבינלאומי המנהגי העדכני. שאלה זו עלתה בעניין רלפי.¹⁸⁶ בטרם ננתחו, נתייחס למאפיינים המיוחדים של ישראל אשר עשויים להשליך על בחירת המתווה המיטבי במסגרת המנעד האפשרי.

2. ישראל ככלכלה קטנה: האם ראוי להימנע מהחלת החוק הישראלי בשל החצנות חיוביות?

ישראל היא כלכלה קטנה.¹⁸⁷ ככזו, עולה שאלת יכולתה ותמריציה להחיל את חוקיה כנגד חברות בינלאומיות המשפיעות על שווקיה אך אינן פועלות ישירות בשטחה. מחקר אמפירי שערכה אחת מאיתנו הראה שהלכה למעשה כלכלות קטנות נוטות שלא להחיל את חוקי התחרות שלהן בצורה חוץ-טריטוריאלית.¹⁸⁸ ניתן לשער שבבסיס ממצא זה עומדות מספר סיבות. בעוד עלות הוכחת עבירה תחרותית לא משתנה לפי גודלה של כלכלה, לכלכלה קטנה יש משאבי אכיפה מוגבלים יותר מאשר כלכלה גדולה.¹⁸⁹ זאת ועוד: במידה וההתנהגות נאסרת על ידי מדינה אחרת, יכולה הכלכלה הקטנה ליהנות מהחצנות חיוביות. על כן לרוב בוחרות רשויות האכיפה של כלכלות קטנות להקדיש את משאביהן להתמודדות עם התנהגות אנטי-תחרותית של חברות מקומיות, אשר בהן אין גורם אחר שיטפל. בעניין רלפי הטעים בית המשפט המחוזי שיקול זה: "...כאשר ההשפעה על השוק הישראלי היא אגבית או זניחה, נוכל ליהנות מפירות האכיפה במדינות הכלכלות הגדולות."¹⁹⁰

אכן, מדינות נהנות ממאמצי האכיפה של מדינות אחרות כנגד התנהגות אנטי-תחרותית המשפיעה על כולן.¹⁹¹ אם המטרה העיקרית היא למנוע את המשך הפעילות הפוגענית, אין טעם באכיפה מקבילה כלפי

¹⁸⁴ שם, שם; עניין אקו"ם, לעיל ה"ש 11; קביעה בדבר הסדר כובל בין תעשיות מלח לישראל בע"מ, Theodorou (Salt industry) & MP Co.Ltd (02.04.2006) **הגבלים עסקיים** 5000446; קביעה בעניין הסדר כובל Armada Lines Continent Limited, A.P. Moeller – Maersk Line, CMA-CMG Mediterranean Service Ltd, (30.04.2003) **הגבלים עסקיים** 3017236; פרשת אל-על, לעיל ה"ש 12, בפס' 61: "מאחר שהקרטל העולמי בו עסקין חל על שירותים הנוגעים לשוק הישראלי במישרין – שילוח של סחורות מישראל ואליה – ממילא ברור שלדיני התחרות הכלכלית הישראליים תחולה ביחס לעוסקים שפעלו בשוק הישראלי בתחום השילוח הבינלאומי, והיו חלק מהקרטל."

¹⁸⁵ פש"ר (ת"א) 1225/01 **עזרא ברמן נ' Trans World Airlines, INC** תק-מח 2001(1), 29448, בעמ' 29449 (פורסם בתקדין, 28.3.2001).

¹⁸⁶ עניין רלפי, לעיל ה"ש 1.

¹⁸⁷ ראו GAL, SMALL ECONOMIES, לעיל ה"ש 91.

¹⁸⁸ ראו Michal S. Gal, *Antitrust in a Globalized Economy: The Unique Enforcement Challenges Faced by Small and Developing Jurisdictions*, 33 FORDHAM INT'L L. J. 1, 31-37 (2009).

¹⁸⁹ GAL, SMALL ECONOMIES, לעיל ה"ש 91. בהקשר זה מעניין לציין מגמה של כלכלות קטנות בעשור האחרון לחבור להסכמים אזוריים, בדרגות משתנות של שיתוף, על מנת לאגם את משאבי האכיפה ולהגביר את יכולתן להתמודד עם גורמים אנטי-תחרותיים בינלאומיים. ראו לדוגמה COMPETITION POLICY AND REGIONAL INTEGRATION IN DEVELOPING COUNTRIES (Drexel et al. eds., 2012).

¹⁹⁰ עניין רלפי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 25-24, 49-48.

¹⁹¹ Daniel Lim, *State Interest as the Main Impetus for U.S. Antitrust Extraterritorial Jurisdiction: Restraint through Prescriptive Comity*, 31 EMORY INT'L L. REV. 415, 439 (2016).

אותה פעילות שממילא נחשפה, נאסרה ופסקה. עם זאת, לרוב אין די באכיפה זרה כדי לשרת את כל האינטרסים הלגיטימיים של המדינות המעורבות.¹⁹² אכיפה במדינות זרות לא תמיד משרתת אותן מטרות כמו הדין המקומי. כך, לדוגמה, בדרום אפריקה מוחל חוק התחרות בדרך שמחזקת את השכבות שהיסטורית הוחלשו במדינה.¹⁹³ מטרה זו לא אומצה במדינות אחרות. אבל חשוב מכך, אכיפה על ידי מספר מועט של מדינות כנגד קרטל בינלאומי או ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי על ידי חברה בינלאומית גם אינה משרתת את האינטרס המשותף של מדינות העולם, כיון שאין בה די כדי ליצור הרתעה מספקת כנגד פעילות אנטי-תחרותית. זאת, כיון שמרבית רווחי המפרים נותרים בידיהם.¹⁹⁴ קנסות המוטלים על ידי מספר מצומצם של מדינות - גם אם הם גבוהים באופן אבסולוטי- מבוססים לרוב על הפגיעה במדינה שהטילה אותם (גם אם, במקרה של ארצות הברית, ניתן לשלש את הפיצוי על הנזק המקומי במסגרת תביעה פרטית). יתירה מכך, יותר ממחצית הקרטלים הבינלאומיים שנחשפו נתבעו רק במדינה אחת.¹⁹⁵ המשמעות היא שגם אם קרטל בינלאומי נתבע במדינה מסוימת, נותרים בכיסו מרבית רווחיו מפעילותו האנטי תחרותית ביותר מדינות העולם. בקרטל הוויטימינים, למשל, אשר פגע משמעותית ולאורך שנים בכל כלכלה בה מגדלים חיות המקבלות ויטמינים לחיזוק, שיעור הקנסות המצטבר היווה רק כחמישה אחוז (!) מרווחי הקרטל, הגם ששם הוגשה תביעה על ידי שש רשויות תחרות, מספר גבוה מאד יחסית לתביעות נגד קרטל בינלאומי. על כן קיים תמריץ כלכלי משמעותי לחברות להמשיך ולנקוט בפעילות אנטי-תחרותית. הצורך באכיפה מקבילה מתחזק לאור אחוז הקרטלים שלא מתגלים - אותו חלק של הקרחון שנמצא מתחת למים - המוערך כגדול ביותר. אכן, הנתונים האמפיריים מצביעים על כך שחרף העלייה בגובה הקנסות המוטלים,¹⁹⁶ מדי שנה מתגלים יותר קרטלים חוצי-גבולות מבעבר, וקיימת אף תופעה של הישנות קרטלים שכבר נחשפו, באותה המדינה או במדינות אחרות.¹⁹⁷ מהמקובץ עולה, כי מדינות הנמנעות מאכיפה מוציאות במידת מה את העוקץ ממאמצי האכיפה שנקטו על ידי מדינות אסרטיביות מהן, וגם פוגעות בעצמן. כפי שהדגשנו במקום אחר, במצב דברים הקיים, בו אין רשות אכיפה עולמית מרכזית,¹⁹⁸ רק הגברת האכיפה ביתר הכלכלות יכולה להוביל לתיקון מצב דברים זה.¹⁹⁹ כדברי השופט גרוסקופף בעניין אל על, "כדי להגיע להרתעה יעילה, כל מדינה אשר השפעה מהקרטל נדרשת לפעול בתחומה."²⁰⁰ כיום יש הכרה גוברת והולכת של מדינות העולם בתובנה זו.²⁰¹

¹⁹² ראו: גל "תחולה חוץ-טריטוריאליות", לעיל ה"ש 13, בעמ' 17-19.
¹⁹³ ראו: Dina I. Waked, *Antitrust Goals in Developing Countries: Policy Alternatives and Normative Choices*, 38 SEATTLE U. L. REV. 945 (2015).
¹⁹⁴ ראו גם פרשת אל-על, לעיל ה"ש 12, בפס' 47: "כדי להגיע להרתעה יעילה, כל מדינה אשר הושפעה מהקרטל נדרשת לפעול בתחומה".
¹⁹⁵ OECD Report, REVIEW OF THE RECOMMENDATION OF THE COUNCIL CONCERNING EFFECTIVE ACTION AGAINST HARD CORE CARTELS (2019), 53 (2019), [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2019\)13&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2019)13&docLanguage=En) (להלן: "OECD HCC").
¹⁹⁶ לנתונים אודות העלייה בשיעור הקנסות ראו Philip Mansfield, Thomas Masterman and Jack Ashfield, *Global Cartel Enforcement Report*, ALLEN AND OVERY (Feb. 2020) <https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/global-cartel-enforcement-control>
¹⁹⁷ OECD HCC, לעיל ה"ש 201, בעמ' 53, 70: "Monetary sanctions against cartels are...on the rise. Still, the number of cartel cases has increased. Between 2010 and 2016, a record 75 new cross-border cartels were uncovered each year. In certain sectors...companies have been found to have colluded repeatedly, either in different jurisdictions or in the same jurisdiction...More cartels and repeat offenders may suggest sanction levels remain insufficient." למדע המידע העדכני של ה-OECD המפנה לעשרות קרטלים בינלאומיים או איזוריים אשר נחשפו ונקנסו בשנים האחרונות ובכך מאיר על חומרת הבעיה ראו OECD INTERNATIONAL CARTELS DATABASE, qdd.oecd.org/Subject.aspx?Subject=OECD_HIC.
¹⁹⁸ Michal Gal, *Free Movement of Judgments: Increasing Deterrence of International Cartels Though Jurisdictional Reliance*, 51(1) VA. J. INT'L L. 31 (2010).
¹⁹⁹ שם.
²⁰⁰ פרשת אל-על, לעיל ה"ש 12, בפס' 47: "הקושי ... ביחס לקרטלים בכלל, וקרטלים בינלאומיים בפרט, מביא לא אחת לתת-אכיפה ולהחלשת ההרתעה. קרטלים בינלאומיים משפיעים על מספר שווקים בהם פעלו ומביאים לנזקים גלובליים, אך, ככלל, נתבעים הם רק בחלק מהמדינות, ולרוב, אך ורק ביחס לנזק שנגרם באותן מדינות. לפיכך כדי להגיע להרתעה יעילה, כל מדינה אשר השפעה מהקרטל נדרשת לפעול בתחומה".
²⁰¹ שם, בעמ' 54: "Unless a multinational cartel is prosecuted and fined in most or all the countries in which it had"

יתירה מזאת, הסתמכות על פעולתן של רשויות אכיפה אחרות אינה מעניקה סעד או פיצוי אשר ישיב את מצב הניזוקים בישראל לקדמותו. ברוח זו העיר בית המשפט העליון ש"מצב שבו הצרכן הישראלי לא יוכל להיפרע מגופים שחברו, לכאורה, לקרטל בינלאומי שבעטייו נגרם לו נזק, הוא מצב בלתי רצוי".²⁰² על כן, גם אם רשות התחרות מחליטה בעניין מסוים להימנע מנקיטת הליכים בשל מגבלות ותיעודף משאבים או מטעם אחר, ראוי לאפשר לניזוק לתבוע את נזקיו.²⁰³ בדיני התחרות גם לא ניתן לקבל פיצוי על פגיעה במדינה אחת בבתי משפט של מדינה אחרת, זאת כיון שהדינים אינם מעניקים זכות תביעה לצרכנים שנפגעו במדינות אחרות, גם אם מהתנהגות דומה.²⁰⁴ מכאן שיישום ראוי של דוקטרינת ההשפעה בידי בתי המשפט חיוני כדי לאפשר לניזוקים ישראליים להיטיב את נזקיהם מהתנהגות אנטי תחרותית של זרים. פסיקת פיצויים במסגרת תביעות פרטיות גם שוחקת את הרווח הקרטליסטי ובכך משיאה תועלת של ממש להרתעה העתידית.²⁰⁵

אכן, אכיפה מקומית תאפשר לכלכלות קטנות למנוע מצב בו קרטלים בינלאומיים יבחרו להחריג מתחולתם את אותן מדינות שאוכפות את חוקי התחרות שלהם ולממש את הקרטל במדינות בהן האכיפה חסרה או מוגבלת. על מפת העולם ניתן לסמן אזורים אדומים, צהובים וירוקים, בהתאמה למידת הסיכון להיחשף ולרמת הענישה הצפויה מזה,²⁰⁶ ולרווח הצפוי מזה.²⁰⁷ מדינות המסתפקות בשיירי ההרתעה, פרי החצנות של אכיפה במדינות אחרות, מהוות יעד אטרקטיבי לבעלי כוונות אנטי תחרותיות. כפי שעולה בבירור ממחקרים כלכליים-אמפיריים: "Global cartels have generated higher overcharges in countries without efficient antitrust enforcement regimes than in countries with active enforcement organs. Moreover, global cartels export a significant amount of goods into countries with weak enforcement systems without fear of fines or damages claims".²⁰⁸ עולה, כי אם ישראל מבקשת להרחיק את מפגע הקרטלים

ה"ש 204. Gal, Free Movement effects, it might still be profitable after paying fines in some jurisdictions, and not in others."; לעיל

²⁰² עניין התנועה הצרכנית 2017, לעיל ה"ש 1, בפס' 6.

²⁰³ ניתן ללמוד על החשיבות שמדינות מייחסות לפיצוי נפגעי התנהגות אנטי תחרותית גם מכך שמספר מדינות מעודדות תשלום כזה כחלק מתוכנית החסינות, ובאחרות הרשויות רשאיות או חייבות לתעדף פיצוי על פני קנס, או להפחית פיצוי ששולם מגובה הקנס המוטל. ראו - International Competition Network, *Development of Private Enforcement of Competition Law in ICN Jurisdictions*, CARTEL WORKING GROUP 6 (2019).

²⁰⁴ פסק דין של בית המשפט העליון האמריקני צמצם מאד התכנות כזו, ראה עניין *Hofmann*, לעיל ה"ש 76, בעמ' 166-170; ANTITRUST GUIDELINES 2017, לעיל ה"ש 41, בעמ' 25 המפנה גם לפסק הדין בעניין *Lotes*, לעיל ה"ש 50 ולאחרונה, עניין *Motorola Mobility*, לעיל ה"ש 54, בעמ' 820 – "U.S. antitrust laws are not to be used for injury to foreign customers"; ראו גם באיחוד האירופי: OECD EU, לעיל ה"ש 176, בפס' 16 – "[t]he geographic scope of the remedies should reflect the scope of application of the EU competition rules".

²⁰⁵ OECD HCC, לעיל ה"ש 201, בעמ' 65: "The importance of allowing private claims and granting compensation to injured private parties is twofold...it compensates the actual victims...it helps prevent cartels from forming... as compensation can significantly increase the cost ... and is thus a deterrent".²⁰⁹ בעמ' 2.

²⁰⁶ מפה מעין זו, המאירה את האיזורים האטרקטיביים יותר לפעילות, מופיעה בדו"חות מחקר אמפירי המבקשים דווקא לקדם את האכיפה. ראו, למשל, Philip Mansfield, Thomas Masterman and Laura Harvey, *Global Cartel Enforcement Report* 6-9, ALLEN AND OVERY (2019) <https://www.allenovery.com/en-gb/global/news-and-insights/global-cartel-enforcement-control>; J. Clayton Everett, Mark L. Krotoski and Omar Shah, *Global Cartel Enforcement Report* 9, MORGAN LEWIS AND PARTNERS LLP (2018) https://www.morganlewis.com/documents/m/documents/cartel/cartel-report_end-2018_190022.pdf.

²⁰⁷ Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 J. OF POLITICAL ECONOMY 169 (1968).

²⁰⁸ Wolfgang Wurmnest, *Foreign Private Plaintiffs, Global Conspiracies, and the Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Law*, 28 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV. 205 (2004). "In cases with an international agreement entered into offshore and outside the jurisdiction of the Act...the role of penalties is to deter parties from extending the operation of those agreements into New Zealand." Commerce Commission v. Kuehne + Nagel International AG [2014] NZHC 705 at [27]. Julian Clarke and Simon J. Eventt, *The Deterrent Effect of National Antitrust Laws: Evidence: From the International Vitamins Cartel*, 48(3) ANTITRUST BULL. 689 (2003); Margaret Levenstein and Valerie Y. Suslow, *Contemporary International Cartels and Developing Countries: Economic Effects and Implications for Competition Policy*, 71 ANTITRUST L. J. 801 (2003).

הבינלאומיים משווקיה, אין תחליף לאכיפה מקומית. "רכיבה חופשית" על מאמצי האכיפה של מדינות אחרות אינה פתרון קסם.

בהתאם לכך, ראוייה בעינינו התפיסה העולה מהחלטה הקנדית בעניין *HarperCollins*, שלא ניתן להסתפק בפסק דין או בפעולה של רשות תחרות זרה אם העניין הקנדי לא מצא מזור במסגרתו.²⁰⁹ קו חשיבה זה ראוי ליישום גם בישראל.

העובדה שישראל היא כלכלה קטנה עלולה להשפיע גם על האפשרות שלה לאכוף את פסקי הדין נגד החברות הזרות, בעיקר אם אין להן קשר ישיר לישראל.²¹⁰ עם זאת, אין בעובדה זו כדי למנוע את עילת התביעה מלכתחילה. יש להניח שתובעים (בעיקר פרטיים) יקחו בחשבון עובדה זו בעת החלטתם אם להגיש תביעה. כאשר מדובר באכיפה מצד הרשות, חתירה להשגת שיתוף פעולה עם רשויות תחרות במדינות אחרות יכולה למתן את קשיי האכיפה העומדים בפני כלכלה קטנה.²¹¹ זאת ועוד, יש להניח שמרבית החברות הבינלאומיות לא ירצו להיראות כמי שמתחמקות ממילוי פסקי דין שניתנו נגדן.²¹²

3. ר.ל.פ.י. חקלאות בע"מ נ' MAN TRUCK ואח'

סוגיית גדרי דוקטרינת ההשפעות בישראל עלתה לאחרונה בעניין ר.ל.פ.י. חקלאות בע"מ נ' MAN TRUCK ואח' (להלן: "רלפי"), במסגרת בקשה לגילוי מסמכים במסגרת בקשה לאישור תביעה ייצוגית. בית המשפט המחוזי נדרש לקבוע האם ניתן להחיל את חוק התחרות הישראלי על קרטל בינלאומי שנערך מחוץ לגבולות ישראל, במסגרתו, לפי הנטען, תיאמו חברות משאיות זרות את מחירי משאיותיהן בשער המפעל. המחירים שתואמו שימשו כבסיס למחירי משאיות שנמכרו בכל העולם, לרבות בישראל. חברי הקרטל מעולם לא התייחסו ישירות למחירי משאיותיהן בישראל, אולם ישראל גם לא הוחרגה מתחולת הקרטל. השאלה עלתה במסגרת בקשה לגילוי מסמכים במסגרת בקשה לאישור תביעה ייצוגית, מזיקית. התביעה הוגשה לאחר שמרבית הנתבעים הודו בקיום הקרטל בפני רשות התחרות האירופית והושת עליהם קנס בסך 2.93 מיליארד יורו בגין הפגיעה בתחרות באיחוד. נגד הנתבעת היחידה שלא הודתה, סקניה, ניתנה החלטה של הנציבות האירופית שחייבה אותה לשלם קנס של 880 מיליון יורו.

בית המשפט הכיר בחשיבות פרשנות חוק התחרות "בהתחשב באורחות הסחר הבין לאומי בעידן הגלובליזציה." כן נקבע שראוי להכיר בתחולה חוץ-טריטוריאלית של דיני התחרות הישראליים²¹³ ובחן שתי דרכים חלופיות לעשות כן. הראשונה נסמכת על "פרשנות חוק התחרות על רקע תכליתי: מניעת פגיעה בתחרות בישראל."²¹⁴ עם זאת, חשוב להדגיש שאין די בחוק התחרות לבדו כדי להקים סמכות כאמור. הסמכות החוץ-טריטוריאלית יונקת את חיותה מכללי המשפט הבינלאומי, ולכן לא ניתן לנתקה מכך. ניתן ליישב את שתי מערכות הדינים כפי שעשו בתי המשפט ביפן ובשווייץ, אשר קבעו שהתנהגות שפוגעת במטרות חוק התחרות המקומי ועומדת בתנאים המהותיים של חוק זה מקימה אינטרס לגיטימי לפי כללי המשפט הבינלאומי לתחולת החוק כאמור. גישה זו מצויה בקצה המנעד של תנאי דוקטרינת ההשפעות. לאימוץ דוקטרינת ההשפעות על דרך פרשנות החוק לאור מטרתו יתרון מסוים על פני

²⁰⁹ HarperCollins, לעיל ה"ש 135.

²¹⁰ ראו, למשל, Michal S. Gal, *Regional Competition Law Agreements: An Important Step for Antitrust Enforcement*, 60 (2010) REV. 239 UNIVERSITY OF TORONTO FACULTY OF L.

²¹¹ ראו, למשל מסמך שהוגש ל-OECD מטעם ניו זילנד, בו מציינת האחרונה כי היא כלכלה קטנה הנדרשת במידה לא מבוטלת ליבוא. המסמך מתאר שיתוף פעולה באכיפה עם מדינות נוספות, בפרט אוסטרליה (ס' 42, 56). ראו-

OECD- Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement Roundtable on the Extraterritorial Reach of Competition Remedies - Note by New Zealand 4-5 Decemb

[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2017\)39/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2017)39/en/pdf)

²¹² לדוגמה, במסמך שהגישה ניו זילנד ל-OECD מצוין, בהקשר של קרטלים, כי משקבע בית המשפט כי קיימת סמכות והטיל קנסות- הצדדים לא התנגדו לשלמם (שם, ס' 1-2).

²¹³ עניין רלפי, לעיל ה"ש 1, פס' 54.

²¹⁴ שם, בפס' 32.

אימוצה מתוקף הכרה בה כחלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי, כיון שהדרך הפרשנית מותירה יתר גמישות לפרשן לבור לו מתוך הדוקטרינה את המתאים למדינתו.

לחילופין, קובע בית המשפט המחוזי, "הוצעה האפשרות להחיל את חוק התחרות בתחולה אקס-טריטוריאלי, תוך אימוץ "דוקטרינת ההשפעות" בדרך של החלתה כחלק מהמשפט הבינלאומי המינהגי, אולם יש ספקות המתלווים לאפשרות זו, שכן לא ברור די הצורך כי קיים קונצנזוס בין-לאומי ביחס לתחומי השתרעות הדוקטרינה.²¹⁵ בהתאם לכך, דחה בית המשפט המחוזי את הבקשה. קביעה זו היא בעייתית. דין מנהגי, מעצם טיבו וטבעו, כולל הגוונים שונים לתחולתו במדינות שונות. על כן אין בשונות בדקויותיו כדי להביא למסקנה שאין בנמצא דין מנהגי ולמנוע את תחולתו. אכן, כפי שעלה בבירור מהסקירה לעיל, העובדה שקיימים הגוונים לתנאים להחלת הדוקטרינה לא מנעה ממדינות רבות ברחבי העולם לאמצה ולקבוע איזה הגוון, מתוך מנעד האפשרויות הלגיטימי, מתאים להן.²¹⁶ מהספרות ומהכתיבה מטעם ארגונים בינלאומיים בתחום התחרות עולה אמירה ברורה לפיה דוקטרינת ההשפעות היא הנורמה המקובלת כיום. על כן היא מהווה חלק אינטגרלי מהמשפט הנוהג בישראל. על ישראל לבחור את התנאים לתחולת הדוקטרינה מתוך המנעד הקיים והלגיטימי בהתאם למינהג הנוהג ברחבי העולם, אך אין בעובדה זו כדי למנוע את תחולתה.

בנוסף, קבע בית המשפט המחוזי ש"המקרה האמור אינו עומד, ולו אף לכאורה, בתנאי דוקטרינת ההשפעות",²¹⁷ שהם, לשיטתו, "השפעה" מהותית, ישירה ומכוונת של ההסדר הכובל על הפגיעה בתחרות בישראל.²¹⁸ החלטה זו מסתמכת על פסיקה וחקיקה אמריקניות ואירופאיות באשר לדוקטרינת ההשפעות. כן מפנה בית המשפט למאמרה של אחת מאיתנו מלפני יותר מעשור, אשר סקר חלק מההגוונים של דוקטרינת ההשפעות שהיו מקובלים אז.²¹⁹

הסקירה המשווה שפורטה לעיל מלמדת, כי התנאים שקבע בית המשפט לתחולת הדוקטרינה מחמירים אף יותר מאלו שחלים באותן מדינות אשר עליהן הסתמך בהחלטתו. בית המשפט משלב את התנאים המחמירים של שני מבחנים האמריקניים, האחד הדורש פגיעה משמעותית, ישירה, וצפויה באופן סביר, והשני הדורש פגיעה משמעותית ומכוונת. בדורשו שהפגיעה תהיה משמעותית, ישירה ומכוונת, החמיר בית המשפט יותר מההסדר הקיים בארצות הברית, שהוא גם כך המחמיר ביותר בעולם, ובכך הוביל לתוצאה שעלולה לפגוע במטרתה המוצהרת של דוקטרינת ההשפעות. זאת ועוד. כפי שראינו לעיל, בעשור האחרון חלה הקלה משמעותית בתנאים להחלת הדוקטרינה, לרבות בארץ מכורתה. לכן הסתמכות על פסקי דין וספרות ישנים יותר הינה בעייתית, ומצריכה חשיבה מחודשת, המעודכנת למצב היום.²²⁰ כפי שמפורט להלן, לדעתנו אין לדרוש את שילוב שלושת התנאים הללו בישראל.

²¹⁵ שם, בפס' 25, 46.

²¹⁶ יוער כי התקיימות מגוון מסויים, כאשר מדובר במשטרי תחרות במדינות רבות, אינו בבחינת אילוץ, אלא טמון בו גם יתרון להשאת האכיפה וההרתעה. תת-האכיפה נגד קרטלים בינלאומיים, העולה ממחקרים אמפיריים, חרף העליה המשמעותית בשיעור הקנסות שמערכות אכיפה בחלק מהמדינות משיתות עליהם, מלמדת כי בראיה פרקטית חשוב **להוציאם מאיזור הנוחות**, בו התנאים לאכיפה מחוץ לשטחה של מדינה אחידים וקבועים יתר על המידה במדינות רבות ובכך מקלים על מעוולים בינלאומיים לתפור את התנהלותם כך שיחמקו מתנאים אלה או מפרצה שכיחה בהם (כמו יצירת שרשראות יצור מרובות תחנות ביניים במדינות שונות כדי לנסות לחמוק מאכיפה נגד הקרטל תוך היתלות בתנאי ה"שירות"). כשיש רשתות אכיפה מגוונות מעט במדינות שונות- סביר יותר שהתנהלות אנטי תחרותית חוצת גבולות תיתפס לפחות בחלק מהן ותיעצר. בנוסף, כאשר מעת לעת מספר רשויות נוקטות יתר העזה ומרחיקות לכת בהשוואה לנורמות האכיפה השכיחות – נוצרת אווירה של **דריכות**, של חשש עד היכן תרחיק האכיפה, והדבר מגביר את ההרתעה כלפי מפרים פוטנציאליים. מגמת האיחוד האירופאי בעשור האחרון לאמץ מבחן השפעה מקל מאשר המקור האמריקאי, הגישה המרחיבה שנגקה ביפן, והטלת תרופות מרחיקות לכת על ידי הרשויות או בתי המשפט בדרום קוריא וביסין יש בהם כדי להרתיע מפרים פוטנציאליים. מתוך קו מחשבה זה, העובדה שקיים מגוון ולא כל המדינות אימצו תו לתו את המודל המקורי האמריקאי- מועילה מעשית למאבק בהתנהלות אנטי תחרותית חוצת-גבולות. גם מסיבות אלה היעדר אחידות מוחלטת בתנאי הדוקטרינת וודאי שאין לראותו כגורם מעכב ליישומה.

²¹⁷ שם, בפס' 46.

²¹⁸ שם.

²¹⁹ גל "תחולה חוץ-טריטוריאלי", לעיל ה"ש 13.

²²⁰ ראו לדוגמה שם, שם; עניין **רלפי**, לעיל ה"ש 1, בפס' 15. לפי מקורות אלו כל שיטות המשפט שאימצו עקרונות של טריטוריאליזם אובייקטיבי יישמו תנאים מגבילים משמעותית. אמירה זו היתה יפה לשעתה, אך כפי שמלמדת הסקירה המשווה, לא כך המצב כיום.

בית המשפט מצדיק הצבת תנאים מחמירים אלו בשלושה טיעונים. בהתאם לראשון, "הסיכון להתנגשות דינים ולפגיעה בריבונות המדינות הזרות אינו גדול, לאור המגבלות הנוגעות לנסיבות בהן יוחל הדין המקומי באופן אקס-טריטוריאלי, שהן בעיקרן מקובלות גם בדינים הזרים של המדינות"²²¹. טיעון זה ראוי ונכון, ומבטא את מקור הסמכות: המשפט הבינלאומי. אולם החשש לפגיעה בלתי מוצדקת בריבונותן של מדינות זרות, אם ישראל תחיל כלל דומה לזה המוחל על ידן או המקובל ברחבי העולם, קטן ביותר. התנאים אותם דורש בית המשפט הולכים יותר רחוק ממה שנדרש כיום בכל המדינות.

הטיעון השני שמעלה בית המשפט נוגע להחצנות החיוביות מהן נהנית ישראל בשל פעולות אכיפה במדינות זרות ולהשפעת פעולותיה על ההרתעה הכללית. בהקשר זה קובע בית המשפט ש"קשה להניח, בכל הכבוד, שאכיפה בישראל עשויה להצמיח תוצאות שוות ערך בשל גובה הקנס שהוטל על המשיבות. בהקשר זה נהנית הכלכלה הישראלית כ- free rider מתוצאות האכיפה במדינות הכלכלות הגדולות. אין חשש ממשי שתשמע טענה כלפי הדין המקומי אם לא יחיל את משפטו באופן אקס-טריטוריאלי אם הפגיעה בתחרות בישראל אינה מהותית, ישירה ומכוונת."²²² כפי שפורט לעיל, אין די בהחצנות חיוביות כאמור כדי לשרת את האינטרסים של ישראל. אבל חשוב מכך: שלושת התנאים הנדרשים על ידי בית המשפט לא מאפשרים לוודא שישראל יכולה להיבנות על החצנות חיוביות כאמור. נניח, למשל, שקרטל בינלאומי לא הובא לדין בשום מדינה ברחבי העולם. החלת תנאי מחמיר במסגרת הדוקטרינה באשר לכוונה ברורה לפגוע דווקא בישראל, למשל, יגביל את האפשרות להביאו לדין בישראל גם במקרה שכלל לא קיימות החצנות חיוביות מהאכיפה במקום אחר. בנוסף, גם השתתפות או חובת פיצוי עבור נזקים קטנים משמעותית מאלו שהושתו במדינות גדולות, תורמים למטרה המשותפת של הרתעת קרטלים בינלאומיים.

הטעם השלישי שמעלה בית המשפט הוא פרגמטי: "בשים לב למשאבים המוגבלים, מטבע הדברים, של מערכת המשפט, ספק אם ניהול הליכים מורכבים, ארוכים, ויקרים הוא דבר רצוי או אף אפשרי."²²³ אכן, תביעה כנגד פעולה אנטי-תחרותית של חברה זרה עלולה להיות יקרה. אולם חזקה על התובע – בין אם רשות התחרות או תובע פרטי- כי שיקלל עלות זו בטרם בחר להגיש תביעה. כן ייתכן שהרשות תבחר להגיש תביעות גם במקרים בהם לא משתלם כלכלית במקרה הספציפי לאכוף את החוק, על מנת ליצור הרתעה במקרים דומים. ראוי לציין שאף הרשות עצמה רואה באכיפה הפרטית מנגנון משלים לאכיפה הציבורית, המקדם את מטרות החוק.²²⁴ בנוסף, יש כיום ניסיונות ליצור מנגנונים לפיהם מדינה תוכל להסתמך על החלטת של בית משפט במדינה אחרת בדבר קיומו של הקרטל, ובכך לייתר את הוכחת קיומו ולהתמקד רק בהוכחת נזקו במדינה הספציפית.²²⁵ יתירה מזאת, תביעות פרטיות רבות בדין התחרות מסתיימות בפשרה, בעיקר מקום בו כבר הוכח קיומו של הקרטל בהליך אחר. משכך, יש להניח שבמרבית המקרים לא יידרש בית המשפט לשאת בנטל ניהול הליכים אלה עד לקו הסיום. אם, לעומת זאת, יסגור בית המשפט את שערו מראש או יותיר רק סדק דק לכניסת ניזוקים, תקשה גם הדרך להשגת פשרות. לפיכך, ראוי לעצב את מבחן ההשפעה באופן המקדם עניינית את תכלית חוק התחרות, בלא להפריז בהערכת הנטל שיונח על מערכת האכיפה. כל עוד קיים בסיס בדין הבינלאומי להחלת הדין המקומי, אין הצדקה לסגור מראש את הדלת בפני ניזוקים. בנוסף, קשיים דוגמת מורכבות ועלות ההליכים אינם פוטרים את הערכאות מלתת מזור לנפגעים ישראלים הדופקים על שעריהם. הדרך הראויה לתת נפקות לאילוצים האמתיים של מערכת המשפט היא בשאיפה לאמץ כללי סמכות חוץ-טריטוריאלי שיהם, ככל הניתן, נהירים ופשוטים ליישום, ובכך מייעלים ומקלים על המלאכה. לכך נחזור בהמשך.

²²¹ עניין רלפי, בפס' 47.

²²² שם, פסקה 38.

²²³ שם, בפס' 52.

²²⁴ רשות התחרות, אכיפה פרטית, <http://hegbelim.bvtech.co.il/EnforcementActions/Privateforforc.aspx>

²²⁵ ראו Gal, Free Movement, לעיל ה"ש 204.

לבסוף, ראוי לציין שדוקטרינת ההשפעות, כפי שהיא מוחלת היום במרבית מדינות העולם שסקרנו, תופסת בגדרה במובהק נסיבות כמו אלה שנטענו בעניין רלפי, דהיינו קרטל בינלאומי לתיאום מחירו של מוצר מוגמר שנמכר בכל העולם, אשר השפיע על מחיר המוצרים שנמכרו בישראל, גם אם נניח שהחברים בו לא כיוונו את הקרטל באופן מפורש לפגיעה במדינה האוכפת. מקרים מעין אלו מצויים בליבת ההחלה החוץ-טריטוריאלית של דיני התחרות כמקובל בעולם. ודוק: אם קרטלי רכיבי-הביניים - בהם רכיבים המהווים חלק מהמוצר המוגמר מיוצרים ונמכרים במדינות זרות, משולבים במוצרים סופיים על ידי צדדים שלישיים, ויצרכי רכיבי-הביניים כלל לא שולטים ואף אדישים לשאלה היכן יימכר המוצר המוגמר - נתפסים תחת הדוקטרינה, קל וחומר היא חלה כאשר הקרטל מתייחס למוצר המוגמר. זאת ועוד: גם אם המקרים שהגיעו עד היום לבתי המשפט בישראל נגעו לקרטלים אשר כווננו במובהק לשוק הישראלי,²²⁶ דוקטרינת ההשפעות, המהווה חלק אינטגרלי מהדין הישראלי, רחבה דיה לתפוס מקרים שלא כווננו במובהק לשוק הישראלי.

ד. שיקולים מדריכים לעיצוב מתווה דוקטרינת ההשפעות בישראל

1. כללי

כפי שראינו, דוקטרינת ההשפעות הפכה לנומה מקובלת ברחבי העולם. כן עולה מהניתוח, שבעוד שהבסיס לסמכות זו הוא ההשפעה של ההתנהגות הנבחנת במדינה הנפגעת, קיים מנעד של תנאים אותם החילו מדינות שונות כדי לקנות לעצמן סמכות כאמור. לא זו אף זאת, הדוקטרינה מצויה בתהליך דינמי של השתנות, המשקף בין היתר את התמורות שחלו בעולם. שלושה שינויים רלבנטיים בהקשר זה. הראשון הוא העובדה שבעוד לפני שנות דור למיעוט מדינות העולם היה משטר תחרות פעיל, כיום למרבית המדינות יש חוקי תחרות שעשויים לתפוס בגדרם פעולות של חברות זרות, תוך יצירת הדדיות. שנית, השיח הבינלאומי בתחום מתאפיין בחיפוש אחר ההסדרים המיטביים, תוך הכרה בעובדה שתנאים שונים עשויים להביא להחלת כללי תחרות מעט שונים.²²⁷ שלישיית, ישנה הכרה גוברת בעובדה שנדרשת אכיפה משמעותית יותר מצד מדינות העולם כלפי קרטלים בינלאומיים כדי לגרום להרתעה מספקת, אשר כרגע רחוקה מלהיות מושגת.²²⁸

משכך, יש לעצב ולפרש את דוקטרינת ההשפעות בישראל במסגרת המנעד המקובל לפי המשפט הבינלאומי, בדרך מיטבית לישראל. יש להיזהר מגישה של "העתק והדבק" של מתווה מן המוכן בלא לבחון את הרציונלים, האינטרסים, והאילוצים שהשפיעו על עיצובו, שאינם רלוונטיים לישראל ואינם נותנים מענה ראוי לתנאי המסחר הבינלאומי העכשווי ולמטרות הדוקטרינה וחוק התחרות. אכן, סקירת התפתחות הדוקטרינה בארצות הברית מזוהית הראיה של יחסי הכוחות בזירה הבינלאומית, כפי שמציע Lim במאמרו,²²⁹ מלמדת על קשר ברור בין התנאים לתחולת הדוקטרינה לבין התגובות של שותפות הסחר שלה. בפרקי זמן בהם ארצות הברית נהנתה ממעמד איתן, ננקטו צעדים להרחבת סמכותה החוץ-טריטוריאלית בתחום התחרות. כך, למשל, הלכת *Alcoa*, שהחילה לראשונה את דיני התחרות על חברות זרות, ניתנה בסיום מלחמת העולם השנייה, כשארצות הברית היתה מעצמה מובילה. מעמד זה הוא גם שאיפשר לה לפרוץ את גדר המשפט הבינלאומי שנהג עד אותה עת. משהלכו והסלימו צעדי המחאה של מדינות אחרות בשנות ה-60 וה-70 נגד תחולת דוקטרינת ההשפעות, צמצמה ארצות הברית את התחולה החוץ-טריטוריאלית, לרבות במסגרת הלכת *Timberlane* וחקיקת ה-FTAIA.²³⁰ והנה, משהתפרקה ברית המועצות וארצות הברית זכתה למעמד של מעצמה יחידה, שבה המטוטלת לעבר חיזוק ההחלה החוץ-טריטוריאלית. הלכת *Hartford Fire* צמצמה את שיקולי הנימוס הבינלאומי

²²⁶ החלטת גיימס ריצ'רדסון, לעיל ה"ש 10; החלטת מסדרי מתח, לעיל ה"ש 10; עניין אקו"ם, לעיל ה"ש 11.

²²⁷ ראו, לדוגמה, GAL, SMALL ECONOMIES, לעיל ה"ש 91.

²²⁸ עם זאת, שניות הנובעת מאינטרסים מדינתיים צרים עודנה קיימת. ראו, למשל, *Fox, Updating*, לעיל ה"ש 52.

²²⁹ ראו Kim, לעיל ה"ש 31; Lim, לעיל ה"ש 197.

²³⁰ Kim, בעמ' 397.

למצבים של התנגשות חזיתית, והממשל אימץ מדיניות תקיפה בכללי האכיפה שפרסם.²³¹ לאחרונה, מצביעים מלומדים על שינוי מגמה בפסיקת בית המשפט העליון בארצות הברית במגוון תחומים לעבר ריסון מחדש והסתייגות מקניית סמכות ביחס לנתבעים ואירועים שמחוץ לגבולותיה, העשוי להשליך, בהמשך, גם על דיני התחרות.²³² אולם, במקביל, מחילים מרבית בתי המשפט בארצות הברית פרשנות המרחיבה את תחולת חוקי התחרות האמריקניים. מהמקובץ עולה כי תנאי דוקטרינת ההשפעות האמריקנית הושפעו ממעמדה של ארצות הברית בתקופות שונות, כמו גם מהאקלים המשפטי הבינלאומי.

לא רק בארצות הברית הושפעה קביעת הסמכות החוץ-טריטוריאלית משיקולים פוליטיים. באירופה, לדוגמה, התקשו מספר חברות באיחוד, ובראשן בריטניה שהיתה מנושאי דגל ההתנגדות למדיניות ארצות הברית בנושא, לסגת בהן במוצהר מעמדתן בעבר. יש הטוענים שרגישות זו הובילה להתמהמהות בית הדין האירופי עד לאחרונה מלאמץ את דוקטרינת ההשפעה בנוסחה המקובל בעולם, למרות שהנציבות האירופית והתובע הכללי תמכו באימוצה מזה זמן.²³³ בית הדין פיתח, במקום זאת, מבחן דומה, מבחן היישום. בעניין *Intel* בשנת 2017, לא סיפק מבחן היישום מענה הולם, כיון שהניצול לרעה לא יושם בשטח האיחוד, ובית הדין אימץ רשמית את דוקטרינת ההשפעות.²³⁴ באותה עת, גם האקלים המשפטי הבינלאומי באשר לדוקטרינה, לרבות גישתן של החברות באיחוד, השתנה ללא היכר.

התפתחותה של דוקטרינת ההשפעות אינה נקיה איפוא ממניעים מדיניים-כלכליים. ההחלטה אילו תנאים ליישם בישראל, צריכה להיות מודעת לרגישויות ולאינטרסים הזרים אשר השליכו על תוכנה ועיתוי אימוצה של הדוקטרינה במדינות שונות, כמו גם לשינויים בתנאיה ובפרשנותם, המשקפים גם את השינויים התפיסתיים מהעת האחרונה. האקלים הבינלאומי לאימוץ תנאים מרוככים לתחולת הדוקטרינה, נוח היום מתמיד.

2. שיקולים מדריכים בקביעת תנאי הדוקטרינה

מהם, אם כן, השיקולים אשר ראוי שידריכו את בית המשפט הישראלי בקביעת תנאי הדוקטרינה מתוך המנעד הקיים כיום בעולם?

ראש וראשון הוא מטרות הדין הישראלי, להגן על אזרחיה בפני פעולות פוגעניות המפירות את חוקיה, גם כאשר הן מבוצעות מחוץ לגבולותיה. חשוב לא לאמץ תנאים מיותרים ומכבידים, שאינם מתחייבים מכללי המשפט הבינלאומי, אשר יהוו קרדום לחפור בו עבור מפרי החוק, להתחמק מתחולת החוק, להאריך את ההליכים, ולהתיש את מערכת המשפט והתובעים בהתדיינות מקדמיות מייגעות שלא לצורך. בהקשר של דיני תחרות, תת-האכיפה נגד קרטלים בינלאומיים מחייבת לא רק הטלת קנסות ופיצויים בהיקף נכבד, אלא גם התוויה של כללים לתחולה חוץ-טריטוריאלית בדרך המקשה על התחמקות. אכן, שיקול זה עולה לא אחת בפסיקה הזרה. כך, למשל, בהנמקת הבחירה במקום היישום ולא במקום עריכת ההסכם כבסיס לסמכות באיחוד האירופי, הדגיש בית הדין כי "If the applicability of the prohibitions laid down under competition law were made to depend on the place where

²³¹ שם, בעמ' 399.

²³² Austen L. Parrish, *Fading Extraterritoriality and Isolationism? Developments in the United States*, 24 INDIANA J. OF GLOBAL LEGAL STUDIES 207 (2017); Pierre-Hugues Verdier, *The New Financial Extraterritoriality*, 87 GEO. WASH. L. REV. 239 (2019); Megan L. Masingill, *Extraterritoriality of Antitrust Law: Applying the Supreme Court's Analysis in RJR Nabisco to Foreign Component Cartels*, 68 AM. U. L. REV. 621 (2018). יצוין, כי Parrish אינו מוטרד ממגמה זו כיון לטעמו הדרך הנכונה להתמודד עם האתגרים שינבעו מצמצום ההחלה החוץ-טריטוריאלית של החוק האמריקאי, תהא במשא ומתן בינלאומי, אלא שספק בעינינו אם מדינות קטנות נהנות מיכולת דומה. ראו: שם, בעמ' 224.

²³³ ראו Sweeney, לעיל ה"ש 2, בעמ' 368, ה"ש 95; Peter Behrens, *The Extraterritorial reach of EU competition Law*, Discussion Paper No 3/16 (2016), https://europa-kolleg-hamburg.de/wpcontent/uploads/2016/11/DP_3_16_Behrens.pdf.
²³⁴ עניין *Intel*, לעיל ה"ש 103, בעמ' 10, 13.

the agreement ... was formed, *the result would obviously be to give undertakings an "easy means of evading those prohibitions"*.²³⁵

במסגרת קידום מטרות החוק יש להתאים את התנאים של הדוקטרינה לדפוס המסחר הבינלאומי העכשווי, לגלובליזציה ולשווקים הדיגיטליים.²³⁶ ביטוי מובהק לחיוניות של חשיבה רעננה, משוחררת מכבלי-תנאים שאפשרו הגנה ראויה על מטרות החוק במציאות עסקית ארכאית של מחצית המאה הקודמת, עולה מהשאלה שהציגה לאחרונה פרופ' Fox, מהבולטות באקדמיה בארצות הברית בתחום דיני התחרות, במאמרה "אילו יכולנו לקבוע היום מחדש את הכללים, איך היינו עושים זאת?"²³⁷ הביקורת העולה מפסקי הדין ומהספרות מהווה תמרור אזהרה: יש לפניכם דרך חתחתים ואם ביכולתכם – בחרו בדרך אחרת.²³⁸ בהתאם לכך, אין חובה לאמץ מבחן זר כלשהו כגרסתו, במיוחד כאשר גם הפסיקה הזרה הדגישה את חולשותיו. כך, למשל, מהפסיקה בארצות הברית עולה דיסוננס בין פרשנות מצמצמת של תנאי הישירות לבין המתווה העסקי הרווח כיום של ריבוי שלבים נבדלים, לעיתים במדינות שונות, עד להגעת המוצר הסופי ליעדו. משכך, אימוץ תנאי הישירות מוטעה ומכביד שלא לצורך. ההבנה שלפעמים תנאי מסוים שמצא דרכו לדוקטרינה מינהגית בינלאומית כפי שהיא מיושמת במדינה מסוימת נוצר בדרך שיש בה מידה של רנדומאליות, תומכת במבט ביקורתי ועצמאי כאשר שוקלים אם נכון לאמץ תנאי זה או אחר.

כן יש להתחשב בעובדה שבין המפגעים ובין ניזוקיהם קיימים לעיתים פערי מידע משמעותיים. כך, למשל, קיומו של קרטל מוסתר, מטבע הדברים, מהציבור. הוכחת קיומו של קרטל שנערך מעבר לים קשה עשרות מונים.²³⁹ על כן, יש לקבוע את התנאים כך שיאפשרו את אכיפת החוק על פעולות שעשויות לפגוע פגיעה של ממש בישראל. בדרך זו נקט השופט גרוסקופף בעניין אל-על, בקובעו לגבי נטל הראייה להוכחת קרטל בינלאומי בשוק התובלה העולמית, כי "בשים לב לקשיים הקיימים בהוכחת קיומם של קרטלים בכלל, וקרטלים בינלאומיים בפרט, מחד גיסא, ולחשיבות הרבה שבאכיפת הדין בעניין זה, לרבות באמצעות תובענות ייצוגיות, מאידך גיסא, הבסיס הראייתי הלכאורי שהניחה המבקשת די בו על מנת לעמוד בנטל המוטל עליה בשלב בקשה האישור".²⁴⁰

שלישית, יש לתת משקל לתובנות בינלאומיות שהתגבשו בעשורים האחרונים. כיום מצב בו מדינות מגנות על קרטלים היוצאים משטחן ופוגעים במדינות אחרות כבר אינו חזיון נפוץ כמו בעבר. עם הזמן התגבשה הכרה ברורה שלצורך הרתעה מספקת יש צורך בפעולות אכיפה מקבילות של מדינות רבות על מנת לוודא שהשתתפות בקרטל אינה משתלמת. לענייננו, ההשלכה היא שחשש מקונפליקט עם מדינות חוץ-כלכלית של מדינות אחרות - שיקול ששיחק תפקיד באימוץ תנאים שצמצמו את תחולת הדוקטרינה בעבר- אינו רלוונטי עוד.

רביעית, ראוי לבחור מתוך מנעד התנאים הלגיטימיים את אלו המתחשבים באופיה של מדינת ישראל ככלכלה קטנה. בהקשר זה, חשובה במיוחד העובדה שבגלל גודל השוק הישראלי וריחוקו הגיאוגרפי מיצרנים רבים, רוב רובן של הפעולות האנטי-תחרותיות לא נעשו תוך כוונה מובהקת לפגוע דווקא בתחרות בישראל. הפגיעה בישראל לרוב נלווית למטרת הפגיעה בתחרות וגריפת רווחים גבוהים כפועל יוצא מכך בשווקים מרכזיים. גם מטעם זה, יש לתת משקל לעובדה שתנאים שנקבעו בכלכלות גדולות

²³⁵ פרשת פיליפס 2015, לעיל ה"ש 97.

²³⁶ ראו למשל, עניין אקו"ם, לעיל ה"ש 11, בפס' 26: "חוק ההגבלים העסקיים חל על כל הסדר כובל שתוצאתו פגיעה בתחרות בישראל. לסוגיה זו משנה חשיבות בשל תופעת הגלובליזציה ההופכת בשנים האחרונות דומיננטית כל כך במשק העולמי."

²³⁷ Fox, *Updating*, לעיל ה"ש 52, בעמ' 6.

²³⁸ ראו, למשל, Minn-Chem, לעיל ה"ש 44, בעמ' 857, ממנו עולה תחושה חזקה של רוויה מעודף התנאים: "[s]uperimposing the idea of 'immediate consequence' on top of the full [integrated] phrase ['direct, substantial, and reasonably foreseeable'] results in a stricter test than the complete text of the statute can bear."

²³⁹ פרשת אל-על, לעיל ה"ש 12, פס' 39, 47.

²⁴⁰ שם, בפס' 39.

לא מתאימים בהכרח לכלכלות קטנות. כך, לדוגמה, כללי הנימוס הבינלאומי שהוחלו בארצות הברית בפסק דין *Timberlane*²⁴¹ כוללים, בין היתר, שיקולים המתמקדים בשאלה האם היתה מטרה להשפיע על המסחר בארצות הברית וכן מידת החשיבות של ההשפעה על ארצות הברית בהשוואה להשפעה במקום אחר. בכלכלה גדולה דוגמת ארצות הברית, תנאים אלו יתמלאו במקרים רבים. לא כך הדבר בכלכלה קטנה. למעשה, בכלכלה קטנה התנאי האחרון כמעט לעולם לא יתמלא. כפי שפורט לעיל, גם ארצות הברית נסוגה ממנו מאוחר יותר, באחד המקרים החריגים בהם היא לא היוותה מטרה עיקרית לקרטל.

חמישית, אין להפריז בחשש מקונפליקט. תנאים מצמצמים לסמכות חוץ-טריטוריאלית אומצו בעבר בראש ובראשונה כדי למנוע קונפליקט בין האינטרסים של מדינות שונות. עם שינוי האקלים הבינלאומי, וההכרה הרחבה בדבר חשיבות ההגנה עיל התחרות במדינות השונות, החשש מקונפליקט פחת משמעותית. כפי שמצוין בהנחיות האמריקניות: "As more jurisdictions have adopted and enforce antitrust laws that are compatible with those of the United States, it has become increasingly common that no conflict exists between U.S. antitrust enforcement interests and the laws and policies of a foreign sovereign"²⁴² גם Sweeney מצוין, שבהתחשב בהיקף הסחר הבינלאומי ובכך שלמרבית מדינות יש דיני תחרות, היקף הקונפליקטים החזיתיים הוא נמוך מאוד.²⁴³ באשר לקרטלים בינלאומיים, הקונצנזוס באשר לחשיבות האכיפה המקבילה נגדם ברחבי העולם משמעותי אף יותר. כפי שמציינת המלומדת Fox:

"When the subject matter of the enforcement action in one in which there is a world common interest and there is consensus as to what is harmful to competition, as in commonly desired eradication of private firm world cartels, we should recognize a global commons of competition and a world-welfare interest in its preservation... The world welfare interest is appropriately considered as a referent in determining appropriate reach and limits of national law."²⁴⁴

שישית, יש להתחשב בסוגיית ההדדיות: האם ראוי לקבל מצב דברים בו מפר ישראלי אשר פגע בצרכנים זרים עשוי להישלח אל מאחורי סורג ובריח בעוד מפר זר, שפגיעתו בצרכנים ישראליים זהה ואף חמורה יותר, לא יהיה חשוף לענישה כלל? ההחמרה בענישה בעבירות כלכליות בישראל בשנים האחרונות מחדדת את הבעייתיות שבמצב דברים כזה. התנהלות כזו גם עומדת בניגוד לדפוס ההתנהגות של ארצות הברית. מחקר אמפירי מצא כי ארצות הברית מטילה קנסות גבוהים יותר על חברות זרות שהיו חברות בקרטל, מאשר על חברות אמריקניות, ומתמקדת באכיפה כלפי חברות מיתר מדינות העולם, למעט מהאיחוד האירופי.²⁴⁵

לבסוף, כלכלות קטנות עשויות להיתקל בקושי בהתמודדות עם חברות בינלאומיות גדולות. החשש מיציאת תאגידים בינלאומיים בתגובה לניסיונות אכיפה נגדם בשל התנהלותם האנטי תחרותית, עלולה לרפות ידיים.²⁴⁶ אולם, אין להתוות את גדרי הסמכות החוץ-טריטוריאלית של דיני התחרות מתוך זווית

²⁴¹ עניין *Timberlane*, לעיל ה"ש 29.

²⁴² ANTITRUST GUIDELINES 2017, לעיל ה"ש 41, בעמ' 28.

²⁴³ Sweeney, לעיל ה"ש 2, בעמ' 350; Gal, *Unique Challenges*, לעיל ה"ש 194.

²⁴⁴ Fox, *Updating*, לעיל ה"ש 52, בעמ' 8. ראו גם Wong-Ervin and Heimert, לעיל ה"ש 63, בעמ' 9-13.

²⁴⁵ Pierre Cremieux and Edward A. Snyder, *Enforcement of AntiCollusion Laws Against Domestic and Foreign Firms*, 59 (4) J. OF L. AND ECONOMICS (2016).

²⁴⁶ ראו Gal, *Unique Challenges*, לעיל ה"ש 194; גל "תחולה חוץ-טריטוריאלית", לעיל ה"ש 13; פרשת אל-על, לעיל ה"ש 12, בעמ' 23; לחשש מפני יציאה מהשוק כגורם להימנעות מהטלת איסור על מיזוג ראו גם Katri Paas-Mohando, *Extraterritorial Merger Control Enforcement in Small Economies – Challenges and Possibilities*, 21 JURIDICA INT'L 137 (2014).

ראיה זו. אם בית המשפט יאמץ תנאים מצמצמים, לרשות התחרות ולבתי המשפט לא יהיה מתחם של שיקול דעת להפעיל את סמכות האכיפה באופן מושכל, מתוך מודעות לאילוצים המשתנים ולנסיבותיו של כל מקרה. יש לזכור, כי דווקא כלכלות קטנות נדרשות יותר להישען על יבוא, עובדה המעלה את הפוטנציאל לחשיפה להתנהגות אנטי-תחרותיות שמקורה זר, ומחזקת את הצורך להותיר בידיהן את האפשרות להתגונן כראוי במקרים המתאימים, ולאפשר לניזוקים להשיג פיצוי על נזקיהם כפי שנדון לעיל. יתירה מזאת, החשש מיציאה מהשוק אינו גדול מקום בו עסקינן ביצרני רכיבי ביניים²⁴⁷ או כאשר ההפסד מהיציאה מישראל גדול מהישארות בה ועמידה בתנאי התחרות בה. לבסוף, כפי שפורט לעיל, לאכיפה בכלכלות קטנות תפקיד חשוב במניעת יצירה של קרטלים בינלאומיים מלכתחילה. במצב הנוכחי, הרתעה יעילה תושג רק אם חלק גדול מהמדינות הנפגעות, לרבות כלכלות קטנות, יאכפו את האיסור על יצירת קרטל ויאפשרו הטלת קנס או תשלום עבור הנזק.

ה. המתווה המוצע לתחולה החוץ-טריטוריאלית של דיני התחרות בישראל

לאור שיקולים אלה, נבחן את התנאים שהוחלו עד עתה על ידי בית המשפט או על ידי הממונה. כן נציע פרשנות לתנאים שראוי לאמץ, העולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי ועם מטרות החוק.

1. השפעה משמעותית פוטנציאלית

התנאי המשותף היחיד המופיע בשלוש הנוסחאות המחמירות יותר של דוקטרינת ההשפעות, הוא הדרישה להשפעה משמעותית (*substantial*) של הפעולה האנטי-תחרותית על התחרות או הצרכנים במדינה האוכפת.

תנאי זה, אשר אינו מסתפק במילוי ההוראות המהותיות של החוק בלבד, מבוסס על מספר הצדקות. ראשית וחשוב מכל, הוא מתיישב עם דרישות המשפט הבינלאומי. הדרישה להשפעה משמעותית מקורה בבסיס להרחבת הסמכות הטריטוריאלית - קיומו של אינטרס לגיטימי או זיקה מספקת למדינה האוכפת.²⁴⁸ לא לחינם נדרש תנאי זה. הוא מבטא את האיזון הראוי בין זכותה של המדינה הנפגעת להגן על אזרחיה בפני התנהגות זרים מחוץ לשטחה אשר מפרה את חוקיה, לבין ציפיה של מדינה אחרת שבני אדם הפועלים בשטחה לרוב ימצאו מחוץ לתחום ההשגה של דיניה של מדינה אחרת. בהתאם לכך, כאשר ההשפעה זניחה, להבדיל מהשפעה של ממש, לא קמה זיקה מספקת המצדיקה את הרחבת מעגל הסמכות. שנית, תוספת זו מגלמת את ההכרה בכך שיש משמעות לחריגה מתחום הריבונות הטריטוריאלית, גם אם היא מוצדקת ונורמטיבית בראיית משפט העמים. בנוסף, דרישה להשפעה משמעותית יוצרת שסתום ביטחון, למנוע אכיפה ביתר המעמיסה שלא לצורך על מערכת האכיפה.

כפי שעולה מהפסיקה ברחבי העולם, עוצמת ההשפעה נבחנת מנקודת המבט של המדינה הנפגעת: ההשפעה על שווקיה, צרכניה, והתחרות בה, ולא מנקודת המבט של הגורם הזר. בארצות הברית, למשל, כל עוד ההשפעה על המסחר בארצות הברית אינה בלתי משמעותית, ואפילו אם היא קטנה יותר מההשפעה מחוץ לארצות הברית, מתקיים תנאי ההשפעה המשמעותית.²⁴⁹ פרשנות אחרת הייתה מגבילה את היכולת לאסור התנהגות אשר פגיעתה הכוללת ברחבי העולם גדולה, אבל היא נפרשת על פני מדינות רבות. היא גם היתה מגבילה משמעותית את יכולתן של כלכלות קטנות להחיל את חוקיהן על

²⁴⁷ כך, למשל, בקרטל של רכיבי ביניים יצרן המוצר הסופי- אשר אינו צד לקרטל- הוא זה אשר קובע היכן יימכרו מוצריו, ואילו יצרן רכיבי הביניים הקרטליסט אינו מייעד לרוב את מוצריו לשוק סופי מסוים. במקרים מעין אלו ספק אם הרחבת פוטנציאל האכיפה בישראל, ככל שיאומץ מתווה הדוקטרינה המוצע כאן, ישפיע על החלטותיו העסקיות, המכוונות לרוב לשווקי יעד גדולים. עם זאת, הגברת האכיפה המקבילה ברחבי העולם תגדיל את התמריץ שלו לא לפעול באופן אנטי-תחרותי מלכתחילה.

²⁴⁸ כפי שמסכם זאת מסמך ה-OECD 2017B, לעיל ה"ש 4, בעמ' 5-6: "The FTAIA and the Hartford Fire tests thus qualify the effects required to establish jurisdiction, stipulating that trivial harm does not pass the bar."

²⁴⁹ ANTITRUST GUIDELINES 2017, לעיל, ה"ש 41, בעמ' 23.

בסיס טריטוריאליות אובייקטיבית. כתוצאה מכך היא היתה פוגעת ברווחה המצרפית העולמית בשל תת-אכיפה נגד פעילות פוגענית של חברות בינלאומיות, כמו גם ברווחת התושבים בכלכלות קטנות.

עם זאת, אין להפריז ברף המוצב. הדרישה להשפעה משמעותית מיועדת להימנע מהחלת הסמכות במקרים בהם ההשפעה זניחה. אולם, כאשר עסקינן בהשפעה של ממש - המורגשת בשוק הרלבנטי ומותירה אחריה שובל של פגיעה וניזוקים - די בכך כדי להצדיק את החלת הסמכות, הן במישור היחסיים הבינלאומיים-המשפטיים, הן לאור מחויבותה של מערכת המשפט של מדינה להגן על אזרחיה, לאפשר להם להיטיב את נזקיהם, ולהרתיע מפני פגיעה עתידית בכלכלתה. כך, למשל, הוכרו כפגיעות הממלאות תנאי זה תיאום מחירים של רכיבי-ביניים דוגמת שפופרות קתודיות, מסכי LCD לטלוויזיות ולמחשבים, ומצעים קרמיים המשמשים בתעשיית הרכב.²⁵⁰

בנוסף, מוצע לאמץ את הגישה המקובלת באיחוד האירופי, יפן, ברזיל והודו, המסתפקות בהשפעה משמעותית אפשורית, פוטנציאלית ללא דרישה שהפגיעה תתממש, ככלל או בישראל. דרישה אחרת לא היתה מאפשרת, למשל, למנוע מראש או להציב תנאים מקומיים למיזוג בינלאומי שפגיעתו משמעותית או למנוע מראש התנהגות אנטי-תחרותית אשר ניתן לצפות שתפגע בתחרות במדינה האוכפת.²⁵¹ אכן, הסוגיה מונחת כיום על שולחנו של בית המשפט העליון בהקשר של תביעה ייצוגית בניזיקין שביסודה טענה לנזק בפועל. לכאורה, אין נדרשת הכרעה מיידית בהתייחס להשפעות פוטנציאליות. עם זאת, בראייתנו, יש חשיבות מיידית, הרתעתית ופרקטית כאחת, לאמירה ברורה כבר עתה לפיה די בהשפעה משמעותית פוטנציאלית, כמקובל במדינות אחרות, לשם תחולת הדוקטרינה. קביעה כזו בידי בית המשפט העליון תקנה לרשות התחרות יכולת פעולה בהליכי אכיפה מנהליים עתידיים, ועצם הידיעה כי נתונה יכולת זו תשפר את ההרתעה כלפי מפרים פוטנציאליים. אלה ידעו כי גם בהיעדר מימוש של השפעה משמעותית – עשויים להינקט נגדם הליכים משפטיים מצד הרשות.

כמו כן, מוצע לאמץ את הפרשנות שבכללי הרשויות בארצות הברית, לפיה התובע אינו נדרש לעמוד ברף כספי מסוים, ידוע מראש.

בהקשר זה עולה השאלה האם ניתן להחיל חזקות חלוטות לפגיעה משמעותית בתחרות, המהוות חלק מחוקי התחרות במדינות רבות כולל ישראל,²⁵² בעת בחינת משמעותיות הפגיעה. לדעתנו התשובה לכך שלילית, לפחות בשלב בחינת התביעה לעומקה.²⁵³ זאת בשל מבנה החוק הישראלי, אשר תופס בגדר החזקות מקרים רבים, לרבות-בלשונו הצוירית של השופט חשין – דגי רקק מבחינת השפעתם על התחרות.²⁵⁴ אשר על כן, לא ניתן להסתמך על חזקות חלוטות אלו, לפחות לא בשלב בירור התובענה לגופה. עם זאת, אין מניעה לבסס הוכחת תנאי זה על עובדות המקרה, ויש מקום לאמץ את הגישה האמריקנית לפיה בשלב הראשון התובע אינו נדרש לכמת את הנזק. בנוסף, עת עסקינן בקרטל לתיאום מחירים או לחלוקת שוק, אשר בהתאם לתובנות הכלכליות קיימת סבירות גבוהה שפוגע בתחרות, נראה לנו שלפחות עד שלב גילוי המסמכים ניתן להסתמך על החזקות כניתנות לסתירה, המעבירות את הנטל לנתבע להוכיח אחרת.²⁵⁵

2. ציפיות סבירה לפגיעה

²⁵⁰ ראו In re Auto. Parts Antitrust Litig., No. 12-md-02311, 2017 U.S. Dist. LEXIS 221151 (E.D. Mich. May 5, 2017).

²⁵¹ ראו 9 CMLR 5 [2014] Case T-286/09 Intel Corp v. Commission.

²⁵² ראו למשל סעיף 2(ב) לחוק התחרות.

²⁵³ ראו גם גל "תחולה חוץ-טריטוריאליות", לעיל ה"ש 13.

²⁵⁴ דנ"א 98/4465 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, נו(1) 56, פס' 19-21 לפסק דינו של השופט חשין (2001).

²⁵⁵ לעניין החזקות החלוטות ותורת ההחלטות, ראו מיכל גל והילה נבו "השפעת תורת ההחלטות על עיצוב כללים משפטיים: מחיר בלתי הוגן כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" משפטים מה 277 (2015).

מדינות רבות דורשות גם תנאי המתמקד במצבו התודעתי של מפר (סביר) על מנת שתקום סמכות לתחולה חוץ-טריטוריאלית אובייקטיבית.²⁵⁶ מרביתן דורשות ציפיות סבירה לפגיעה. תנאי זה הגיונו בצידו: אי החלת אחריות במצבים בהם מעוול סביר כלל לא היה מעלה על דעתו שהוא עלול לפגוע בתחרות או בצרכנים במדינה זרה. תנאי זה הוא חלק מהאיזון הנדרש בין האינטרסים של המדינות המעורבות בהתאם למשפט הבינלאומי. למעשה, בשל ההגיון הטמון בו, הוא מהווה פעמים רבות גם חלק מדרישות הדין המקומי.

פרשנותו של תנאי זה נדרשת לשרת את מטרת הדין הבינלאומי והמקומי. אכן, תנאי זה פורש במדינות רבות באופן שלא יאפשר למעוול לחמוק בקלות מאחריות. גישה זו משתקפת במבחני-ביניים שיצרו בתי המשפט, לרבות מבחן הצפיות אובייקטיבית של איש עסקים סביר, ופגיעה הנובעת ממהלך הדברים הטבעי.

בהקשר זה לא למותר להדגיש מספר נקודות. ראשית, הצפיות מתייחסת לאפשרות ההשפעה של ההתנהגות הרלוונטית על התחרות או הצרכנים בשוק במדינה האוכפת, ולא לכך שמדינה זו תבחר להחיל את חוקיה על פעולה זו. שנית, הצפיות הנדרשת היא אובייקטיבית ולא סובייקטיבית.²⁵⁷ לאמור, לא נדרש שהמעוול הספציפי אכן צפה את הפגיעה, אלא שאיש עסקים סביר היה צופה אותה. פרשנות אחרת היתה עול הוכחה כבד על התובע ויצרת פרצה רחבה להתחמקות מאחריות.

בנוסף, אין לדרוש שהצפיות תתייחס באופן מפורש לכל אחת מהמדינות עליהן השפיעה הפעולה האנטי-תחרותית. כך, למשל, אין לדרוש שחברה בקרטל בינלאומי תצפה במפורש פגיעה בכל אחת ואחת מהמדינות בהן נמכרים מוצריה, אלא די שאיש עסקים סביר צריך להיות מודע לכך שהתנהגותו תשפיע על צרכנים בכל מדינה שעשויה להיות מושפעת מהקרטל שירכשו ישירות את מוצריו, או שירכשו מוצרים בהם משולבים רכיבים מתוצרתו. פרשנות אחרת הייתה מאפשרת לחברה לחמוק מאחריות במדינות רבות. לא זו אף זאת- היא הייתה פוגעת משמעותית ביכולתן של כלכלות קטנות או מתפתחות- שהיקף הביקוש למוצרים רבים בהן אינו גדול באופן אבסולוטי, למנוע פגיעה של התנהגות בעלת השפעה משמעותית על שוקיהן. קביעה שכזו היתה מעניקה למעוולים יד חפשית לפגוע בצרכנים בכל כלכלה אשר אינה יעד עיקרי או מכון למוצריהם.

גם בעולם התפתח המתווה לכיוון זה. בדרום קוריאה ובשווייץ, למשל, נקבע מפורשות שאין זה משנה אם חברי הקרטל ידעו שהמוצרים יימכרו בהן, כל עוד ידעו שהרכיב שאת מחירו תיאמו ישולב במוצרים מוגמרים שיימכרו בהמשך ברחבי העולם.²⁵⁸ גם הפסיקה האירופית העדכנית מבהירה כי בקרטל עולמי לא נדרש שהפגיעה באיחוד תהיה המטרה העיקרית של הקרטל, ודי בעובדה שהאיחוד מהווה חלק אינטגרלי מהשוק העולמי אשר בתחרות בו ביקש הקרטל לפגוע.²⁵⁹ בארצות הברית נקבע שהיעדר מודעות או אדישות מצד חברות בקרטל לשאלה האם המוצרים הסופיים יימכרו בארצות הברית, אין משמעותם שההשפעה אינה צפויה באופן סביר.²⁶⁰ בהתאם לכך, בקרטל רכיבי-ביניים יסוד הצפיות האובייקטיבית מתקיים כאשר צד לקרטל עולמי מודע לכך שרכיביו ישולבו במוצרים מוגמרים שיימכרו בכל

²⁵⁶ באיחוד האירופי התגבשו שתי דוקטרינות חלופיות. הדוקטרינת ההשפעות דורשת צפיות סבירה, ומבחן היישום מתמקד במצב העובדתי.

²⁵⁷ Animal Sci. Prods. V. China Minerals Corp., 654 F. 3d 462, 471 (2011)

²⁵⁸ OECD, ROUNDTABLE ON CARTELS INVOLVING INTERMEDIATE GOODS – KOREA 12, 17 (2015)
[https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)27&doclanguage=en](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)27&doclanguage=en)

²⁵⁹ e=en; למידע אודות שווייץ ראו: OECD SWITZERLAND, לעיל ה"ש 122.
²⁵⁹ "As for the criterion of foreseeable effect...it was in COMP/39.309 LCD (Liquid Crystal Displays)(2011) פסקה 100: fact foreseeable that the effect of creating a dominant duopoly position in a world market would also be to impede competition significantly in the Community, an integral part of that market".
²⁶⁰ OECD UNITED STATES, לעיל ה"ש 59.

העולם וישפיעו על מחיריהם.²⁶¹ אם כך יפה לכלכלות גדולות, וודאי כך ראוי לקבוע בכלכלה קטנה כישראל או שוויץ, שספק אם מפרי חוק גלובאליים יכוונו ויתנו דעתם אליה במיוחד. פרשנות זו של התנאי גם עולה בקנה אחד עם מטרות הדין הבינלאומי והמקומי: אם חברי הקרטל ממילא התכוונו למכור את מוצריהם במחיר הקרטליסטי, מאי נפקא מינה היכן יושבים אלו שנפגעו מהתנהגותם, כל עוד קיימת ציפיה סבירה שצרכנים ייפגעו? מי ששוקל לפעול באופן בלתי חוקי צריך לדעת שהיקף האחריות שיוטל עליו תלוי בנזקים שצפוי היה שיגרום בפעולתו, באופן אוביקטיבי ובמהלך העניינים הטבעי, ולא במקום מושבם של הצרכנים שנפגעו בפועל.

3. אין לדרוש ישירות או שיש להחיל פרשנות מקלה

תנאי ישירות ההשפעה (direct) - אשר לעתים מוחל בהגוון של מיידיות ההשפעה (immediate) - נעדר מתחלות הדוקטרינה במדינות רבות, ובשל בעייתיותו רוקן מתוכנו ברבות מהמדינות בהן הוחל. לא זו אף זאת, תנאי זה מקשה שלא לצורך על הגשמת האיזון הראוי בין האינטרסים המתחרים על הבכורה במשפט הבינלאומי. על כן, מוצע שלא לאמצו בישראל. נפרט הצדקות אלו.

כמפורט לעיל, תנאי הישירות אינו נדרש במדינות רבות במסגרת הדוקטרינה. סביר להניח שהתמודדותן של מדינות אשר אימצו תנאי זה, שהעידה על הערמת קשיים שלא לצורך, השפיעה על ההחלטה לא לאמצו. נסיונה של ארצות הברית, ארץ מכורתו של התנאי, מדגימה את בעייתיותו. דרישת הישירות הקשתה עליה להתמודד כראוי עם קרטלי רכיבי-הביניים. ודוק: קיומו של שלב ביניים בין יצור הרכיב נשוא הקרטל ועד להשפעה על הצרכן הסופי אינו מבטל את העובדה שעסקין בהשפעה מן הסוג שדיני התחרות מבקשים למנוע ולפצות בגינה. זאת מהטעם שהנזק, המגולגל בין החוליות השונות בשרשרת הייצור והשיווק, פוגע בצרכן הסופי. בעולם של מסחר גלובאלי, בו ניתן לייצר ולנייד טובין בין מספר מדינות, ולערוך כל שלב בייצור עד למוצר הסופי באתר שונה, דרישת הישירות עלולה ליצור פרצות לניצול החוק על ידי עיצוב מלאכותי של ההתנהגות העסקית.

הניסיון להחיל תנאי זה בהתאם למטרות המשפט הבינלאומי וחוקי התחרות הוביל לכך שהפרשנות שניתנה לו, גם בארה"ב, בשנים האחרונות כמעט מרוקנת אותו מתוכן. כמפורט לעיל, בעניין Minn-Chem דרש בית המשפט האמריקני שכדי שהפגיעה במדינה הזרה לא תחשב כישירה, עליה להיות רחוקה עד שניתן יהיה לתאר אותה כ"אדוות גלים". בית המשפט הוסיף והדגיש, כי תנאי הישירות מהווה חלק אינטגרלי ממכלול תנאי מבחן ההשפעה, ולפיכך כאשר יתר התנאים (משמעותיות וצפיות) מתקיימים בבירור בעניין שלפני ביהמ"ש, ניתן להסתפק ברף נמוך יותר בהתייחס לתנאי הישירות. בית המשפט ביקר ושלל פרשנות מחמירה שהוצעה לתנאי הישירות בידי טריבונאל מקביל, ולפיה ההשפעה צריכה להיות תוצאה מיידית של ההתנהגות.²⁶² לאחרונה קבעו מדינות רבות שדרישת ישירות או מיידיות ההשפעה מתקיימת גם בקרטלי רכיבי-ביניים, גם במצבים בהם הרכיב מיוצר, נמכר, ומורכב במדינה זרה, והמוצר עובר כמה ידיים עד שהוא מגיע לצרכן במדינה האוכפת, מקום בו המחיר הקרטליסטי השפיע על החוליות השונות בשרשרת עד לצרכן הסופי.²⁶³ כך, למשל, קבע בית משפט אמריקני בעניין קרטל רכיבי-הביניים השפופרות הקתודיות, העומד לדיון גם בישראל:²⁶⁴

²⁶¹ דרישת הציפיות מתקיימת כאשר קיים קשר סיבתי סביר בין הקרטל להשפעתו בפועל. ראו למשל Minn-Chem, לעיל ה"ש 44, בעמ' 857.

²⁶² ראו Minn-Chem, לעיל ה"ש 44.

²⁶³ ראו OECD, SUMMARY OF DISCUSSION OF THE ROUNDTABLE ON CARTELS INVOLVING INTERMEDIATE GOODS 9 (2015) [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M\(2015\)2/ANN2/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M(2015)2/ANN2/FINAL/en/pdf) וכן עמדתה של שוויץ, לפיה פגיעה במישרין כוללת גם מצב בו צרכנים בשוויץ מושפעים מהתנהגות האסורה, ואין דרישה שהמוצר נרכש ישירות מהקרטל. OECD SWITZERLAND, לעיל ה"ש 122, בעמ' 8-7,3,1.

²⁶⁴ In re Cathode Ray Tube (CRT) Antitrust Litig., MDL No. 1917, 2016 U.S. Dist. LEXIS 136420, at 86 (N.D. Cal. July 7, 2016).

"The increased price of the components caused the prices of the finished products in the United States to increase. **If this effect is not 'direct,' it is difficult to imagine what would be.**"

דהיינו- תנאי הישירות לא רק שאינו מחייב מכירה ישירות ללקוח הסופי, אלא הוא מתקיים גם מקום בו קיימות חוליות רבות בין היצרן החבר בקרטל לבין הצרכן הסופי, אשר רובן ככולן מערבות גורמים זרים. במקום לאמץ תנאי זה, ואז לפרשו בדרך שתדללו עד שיהיה דהו דיו, דרך המלך היא להשמיטו כליל. אכן, אם נהיר שיש למנוע פגיעה מעין זו, למרות שהיא אינה ישירה במובן הפשוט והטבעי של מילה זו (שהרי רכיב-הביניים נשוא הקרטל לא נמכר ישירות לצרכן), ראוי להשמיט את תנאי הישירות. בתי המשפט בארצות הברית, המחוייבים לתנאי זה שמצא דרכו לתנאי הדוקטרינה, נאלצו באקרובריטיקה פרשנית להגיע לתוצאה זו. בדומה, גישה מרחיבה אומצה גם באיחוד האירופי לתנאי המכירות הישירות הנדרש לשם קביעת גובה הקנס על ההפרה. בעניין קרטל מסכי ה-LCD אישר בית הדין של האיחוד את החלטתה של רשות התחרות לפיה קרטל בין יצרני רכיב-ביניים זרים אשר הוו חלק מטלויזיות שטוחות ומסכי מחשבים שנמכרו על ידם באירופה עונה על תנאי זה, כיוון שמדובר במכירות ישירות דרך מוצרים ששונן (Direct sales through transformed products).²⁶⁵

פרשנות זו היא מלאכותית ומנוגדת להבנה הפשוטה של המונח ישיר. היא נולדה מאילוץ, מחוסר היכולת של בתי המשפט בארה"ב להשתחרר מעול תנאי זה הכלול ב-FTAIA. כאשר גדרי הדוקטרינה מעוצבים עתה בישראל- יש ללמוד מנסיון זה, ללכת מראש בדרך המלך, ולהימנע מאימוץ תנאי מיותר ומכביד זה. אכן, בשנים האחרונות חלק מהמדינות הפעילו את חוקי התחרות שלהן גם כלפי קרטלי רכיב-ביניים בינלאומיים, ללא דרישה לישירות הפגיעה.²⁶⁶ לאור זאת, החלטה לא לאמץ תנאי זה עולה בקנה אחד עם משפט העמים הנוהג.

אולי חשוב מכל: תנאי הישירות גם אינו נדרש לביסוס הזיקה המספקת או האינטרס הלגיטימי לפי המשפט הבינלאומי. אכן, ממה נפשך: ככל שמטרת תנאי הישירות היא להבטיח את צפיות הפגיעה, לשם כך נועד תנאי הצפיות העומד בפני עצמו. אם הפגיעה במדינה האוכפת משמעותית, אין זה חשוב אם היא נעשתה באופן עקיף או שתוצאותיה אינן מיידיות. אם הפגיעה ישירה במובהק אולם תוצאותיה זניחות - ממילא לא קם אינטרס לגיטימי לקביעת סמכות. יתירה מזאת: מבחן "אדוות הגלים" המשמש לבחינת ישירות הפגיעה על ידי חלק מבתי המשפט בארצות הברית, הוא למעשה גרסא אחרת של מבחן ההשפעה המשמעותית. השפעה זניחה, אדוות גלים, ממילא לא תעמוד בתנאי המשמעותיות והדוקטרינה לא תיושם. על כן תנאי משמעותיות הפגיעה הוא העוגן, בעוד תנאי הישירות מיותר.

על כן ראוי לדעתנו לדחות את העמדה שביטא הממונה בהחלטתו בעניין יצרניות מסדרי מתח, אשר הסתייג מהחלטת הדוקטרינה כאשר ההשפעה עקיפה,²⁶⁷ כמו גם את הצבת דרישה זו על ידי בית המשפט המחוזי בעניין רלפי. יש להימנע מדרישה לישירות, כך שהדוקטרינה תחול בבירור כל עוד מתקיימת זיקה ברורה, מכח משמעותיות ההשפעה, בין ההתנהגות לפגיעה בשוק הישראלי. חשוב להדגיש שהחלטת הממונה בעניין מסדרי המתח ניתנה בשנת 2013, טרם התבררו הקשיים והמחלוקות

²⁶⁵ עניין *InnoLux*, לעיל ה"ש 96. בשים לב לכך שבאיחוד האירופאי קיימת אפשרות חלופית להחלת מבחן היישום, ניטל העוקף מתנאי המיידיות שנכלל במבחן ההשפעה כפי שאומץ בעניין *Intel*, לעיל ה"ש 103, שהרי גם אם תנאי זה לא יתקיים במקרה נתון- יוחל הדין מכח מבחן היישום. משכך, באיחוד האירופאי לא היה צורך לדוק פורתא בעיצוב כללי מבחן ההשפעה. דוגמא לכך ניתן למצוא בעניין *Toshiba* 2019 לעיל ה"ש 100, לאחר הלכת *Intel*, ואשר הוכרע לפי מבחן היישום למרות שגם מבחן ההשפעה הזכר כאפשרות חלופית. עם זאת, כאמור לעיל, שאלת ישירות הפגיעה עלתה בהקשר אחר. בעניין אינטל עלתה שאלת מיידיות הפגיעה במסגרת מבחן ההשפעות. בית הדין האירופי לא הכביר מילותיו. עם זאת, תנאי זה התמלא מקום בו התנהגות האנטי-תחרותית של אינטל התרחשה במקום אחר, בין חברות סיניות לאמריקניות, אשר השפיעו על השוק העולמי שהאיחוד מהווה חלק משמעותי ממנו. בית הדין שם דגש על התמונה המלאה של התנהגותה של אינטל, אשר ההתנהגות הנבחנת היתה רק חלק ממנה. ראו *Fox, Upading*, לעיל ה"ש 52.

²⁶⁶ סקר ה-OECD UNITED STATES, לעיל ה"ש 59.

²⁶⁷ החלטת מסדרי מתח, לעיל ה"ש 10.

שנבעו מתנאי הישירות, ולפני שמדינות אחרות בחרו להימנע מלאמץ תנאי זה או לתת לה פרשנות המדללת את תוכנו. גם עמדתו של בית המשפט המחוזי בעניין רלפי מתבססת על פסיקה וכתובה בטרם שינויים אלו.²⁶⁸ לכל הפחות, יש לתת לתנאי זה פרשנות מצרה, בהתאם להלכת *Minn-Chem* האמריקנית, מהעשור האחרון. בנוסף, אם בכל זאת מאומץ תנאי זה, ראוי לדעתנו לאמץ את הלכת *Auto Parts* האמריקנית ואת הלכת *liyama* האנגלית, לפיהן בחינת ישירות ההשפעה לא ראוי שתידרש בשלבים הראשוניים של התביעה.²⁶⁹

4. אין לדרוש פגיעה מכוונת

מספר מצומצם של גרסאות של דוקטרינת ההשפעות אין מסתפקות בצפיות סבירה לפגיעה ודורשות תנאי סוביקטיבי, שעניינו פגיעה מכוונת (intended). גם במדינה בה תנאי זה נדרש לראשונה, בארצות הברית, הוא חל רק בחלק מהמקרים, דהיינו באותם מקרים אשר אינם נופלים תחת דוקטרינת ההשפעות כפי שהוא נחקק ב-FTAIA, אשר במסגרתו מוחל תנאי הצפיות הסבירה. בשל מיעוט אימוץ תנאי זה ברחבי העולם, בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי אין צורך לאמצו בישראל, ויש לילך בעקבות המינהג הנוהג במרבית מדינות העולם שאימצו את הדוקטרינה, הדורש צפיות סבירה להשפעה.

ראוי לדחות תנאי זה גם מטעם מהותי: דרישת פגיעה מכוונת במדינה אינה יוצרת את האיזון הראוי העומד בבסיס כללי המשפט הבינלאומי, בעיקר בנוגע לכלכלות קטנות. זאת, כמסבר לעיל, כיוון שכאשר חברים בקרטל בינלאומי משווים לנגד עיניהם את השווקים בהם הם מתכננים להפיק את הרווח האנטי-תחרותי, לרוב אלו יכללו בעיקר את שוקיהן של הכלכלות הגדולות בהן הם פועלים. הצבת תנאי זה על ידי בתי המשפט האמריקניים שיקפה את מעמדה המיוחד ככלכלה מרכזית, אשר הפגיעה בה הינה לרוב מכוונת. ביטוי לכך אפשר למצוא בכללי האכיפה של הרשויות בארצות הברית בנוסחם הקודם, אשר הדוגמאות שפורטו בהם לתחולת התנאי התייחסו למצב בו חברי הקרטל החריגו במפורש את ארצות הברית, או למצב בו הם התייחסו במפורש לארצות הברית כיעד.²⁷⁰ הלך מחשבה זה מתאים לכלכלה גדולה, המניחה שחברים בקרטל בינלאומי הקדישו מחשבה לשוק זה. משכך, כאשר דרש בית המשפט בעניין *Hartford Fire* שההשפעה תהא מכוונת, הוא לא צריך היה לחשוש שבכך הוא מותיר את שווקי מדינתו חשופים לקרטלים זרים בינלאומיים רבים שפגיעתם תהא משמעותית. התנאי שהוחל היה מותאם לגודלו של השוק האמריקאי ולמרכזיותו. לא כך בכלכלות קטנות. בראיה גלובאלית מדובר בשווקים קטנים, זניחים יחסית מבחינת הרווח שיפיקו קרטליסטים בינלאומיים. לפיכך, לא מן הנמנע שאלה לא ינקטו עמדה מפורשת ביחס לכלכלות אלו, גם במקרים בהם הפגיעה בתחרות ובצרכנים בכלכלות אלו קשה לפחות באותה מידה של פגיעתו של הקרטל בכלכלה גדולה. לכן, אימוץ התנאי של פעולה המכוונת לפגוע בישראל תיצור מסננת גסה מדי שתאפשר התחמקות לא ראויה של מעוולים אשר התכוונו להעשיר את כיסם על חשבון צרכניהם, בניגוד למטרות המשפט הבינלאומי, ותוך פגיעה ביכולת להתמודד עם פגעי הכלכלה הגלובלית.

עמדה זו מקבלת משנה-תוקף לאור אחת הסיבות להתנגדות לאימוץ הדוקטרינה בתחילת דרכה, דהיינו חוסר ההדדיות שבאכיפה. אימוץ התנאי הסוביקטיבי ייצור מצב בו במצבים רבים ניתן יהיה לאסור את הפעולה הבלתי חוקית רק בכלכלה גדולה, ורק צרכניה יוכלו להיפרע על נזקיהם.

²⁶⁸ עניין רלפי, לעיל ה"ש 1.

²⁶⁹ ראו *In re Auto. Parts Antitrust Litig.*, 2017 U.S. Dist. LEXIS 221151 (E.D. Mich. Mar. 3, 2017) ("Whether the effects are direct or are mere 'ripple effects' would depend on evidence that the damages are traceable through the supply chain, thus requiring sophisticated economic analysis not properly considered at this stage.") לעיל ה"ש 108. ("Such an examination [of the qualified effects test] can only take place in light of the full facts as they emerge and are assessed at trial.")

²⁷⁰ ANTITRUST GUIDELINES 1995, לעיל ה"ש 78, בדוגמא C.

לא זו אף זאת: גם בארצות הברית, ארץ מכורתו, רוכך תנאי זה, לאור ההכרה בעובדה שהוא יוצר מכשלה שלא עולה בקנה אחד עם מטרות המשפט הבינלאומי והמקומי. בהקשר זה ראוי להדגיש שהקושי הראייתי לבחון צפונות כליות ולב מתגבר שבעתיים עת עסקין בפעולה שנעשתה מחוץ לתחום השיפוט.²⁷¹ בהתאם לכך, כללי האכיפה של הרשויות האמריקניות, בנוסחם מ-2017, אינם שוללים החלת סמכות חוץ-טריטוריאלית רק בשל חוסר מודעות או אדישות של משתתפי קרטל לכך שמוצרים המושפעים מהקרטל ימצאו דרכם לארצות הברית.²⁷² בנוסף, הפסיקה האמריקנית מדגישה שתנאי של כוונה יפגע בבהירות, באוביקטיביות, ובפרקטיות החלת החוק.²⁷³

כן נשוב ונדגיש שדרישה זו אומצה בעת בה התייחסותן של מרבית מדינות העולם לדוקטרינת ההשפעות היתה שונה משמעותית מזו החלה כיום. על כן אין זה מפתיע שמרבית מדינות העולם לא אימצו אותה ואף ארצות הברית נסוגה ממנה בחלק מהמקרים.

לבסוף, החלטת בית המשפט המחוזי לאמץ תנאי זה נסמכת בחלקה על החלטת הממונה בעניין מסדרי המתח.²⁷⁴ אולם ניתוח לעומק של החלטה זו מעלה שהיא אינה מחייבת תנאי זה. שם נערך קרטל מסוג חלוקת שוק בין יצרניות בינלאומיות של מסדרי מתח, במסגרתו הוחלט שחברות אירופאיות ויפניות לא ייכנסו זו לשוק המקומי של זו, וכן הוחלט שחברות הקרטל תפעלנה להקצאת מכרזים בכל העולם בהתאם למכסות שנקבעו לכל אחת מהן על פי נתחי השוק ההיסטוריים שלה.²⁷⁵ ההחלטה מתייחסת גם לחברות היפניות שהיו חלק מהקרטל ולא הגישו הצעות במכרזים בישראל. הממונה לא מחיל את האיסור על החברות היפניות, בקובעו כי:²⁷⁶

"ביחס להסדר כובל דנא, שנערך מחוץ לגבולות ישראל ואשר אינו מכוון כל כולו לשוק הישראלי, יש מקום לסברה, כי ביחס לחברות שלא נטלו חלק פעיל ביישום ההסדר - היינו מעולם לא ניגשו למכרזים בישראל וממילא מעולם לא זכו בפרוייקטים בישראל - לא מתקיימת זיקה מספקת לשוק בישראל, בשל האפשרות כי ההימנעות מהגשת הצעות בישראל הינה חיצונית להסדר ואינה נובעת הימנו."

מאמירה זו הסיק בית המשפט המחוזי כי "לצורך החלת דיני התחרות הישראלים מכוח דוקטרינת ההשפעות נדרשת לפי עמדת הממונה... כוונה לחול על השוק בישראל. כאשר ההסדר נערך מחוץ לישראל והוא אינו מכוון כל כולו לשוק הישראלי, ובמצב דברים בו מתקשרות זרות בהסדר לא נטלו חלק פעיל ביישום של ההסדר בישראל, נמצא כי לא מתקיימת זיקה מספקת לשוק בישראל."²⁷⁷ פרשנות זו של החלטת הממונה הינה שגויה, כיון שהיא אינה מתייחסת לנסיבות המקרה ולקשיי ההוכחה הייחודיים לו. בקרטל מסוג חלוקת שוק, מוסכם שחלק מהחברות יימנעו מלהיכנס לשווקים מסוימים. אולם יכולות להיות גם סיבות אחרות לאי הכניסה לשוק מסוים, דוגמת שיקולים גיאוגרפיים. על כן, למרות שהחברות היפניות היו חלק מההסכמה הכללית, לא ניתן היה להסיק נסיבתית מעצם העובדה שהן לא השתתפו במכרז כי הן נטלו חלק פעיל בקרטל באותו חלק הנוגע לישראל. באין הוכחה מפורשת להסכמות בנוגע לאי כניסה לשוק הישראלי, בשל העובדה שהקרטל "אינו מכוון כלולו לשוק הישראלי",

²⁷¹ על קושי זה עמד השופט גרוסקופף בפרשת אל-על, לעיל ה"ש 12, בפס' 39. על הקושי בהוכחת קרטלים ראו גם ע"פ 5823/14 שופרסל בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' לד לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בבנו, 10.08.2015) ("הסדר כובל... נעשה פעמים רבות, מעצם טבעו, במחשכים, תוך הבנה בין העושים אותו כי הם עוברים על החוק או מהלכים על תפר החוקיות, ולכן עליהם להיזהר בלשונם ובפעלם.")

²⁷² ANTITRUST GUIDELINES 2017, לעיל ה"ש 41, בעמ' 23.

²⁷³ Biocad JSC v. F. Hoffmann-La Roche, Genentech, inc 942 F.3d 88, 100 (2d Cir. 2019) ("These considerations of clarity, objectivity, and practicality would be undermined if the applicability of the import exclusion turned on the subjective intent of companies doing business abroad").

²⁷⁴ עניין רלפי, לעיל ה"ש 1.

²⁷⁵ שם.

²⁷⁶ שם, בפס' 133-134.

²⁷⁷ שם, בפס' 44.

מקום בו קיים הסבר חלופי המניח את הדעת לאי השתתפות במכרז, לא ניתן היה להניח שהחברות היפניות נמנעו מכניסה לשוק הישראלי בשל הקרטל. בהתאם לכך, קבע הממונה שאין הוכחה מספקת שמיעוט התחרות במכרז נבע מהקרטל. ודוק: במצב דברים זה גם תנאי ההשפעה, שהינו התנאי הבסיסי של דוקטרינת ההשפעות, כלל לא מתקיים. אין להסיק מכך שלו היתה הוכחה שהקרטל הוא זה שמנע כניסה של החברות היפניות לשוק הישראלי, לא היה החוק הישראלי חל.

5. שילוב הדרישות

על כן מוצע להתנות את תחולת הדוקטרינה בישראל בהשפעה משמעותית הצפויה באופן סביר על השוק הישראלי, ולפרש תנאים אלו באופן המוצע לעיל. תנאים אלו עולים בקנה אחד עם המנהג הנוהג ברחבי העולם. הם מחמירים יותר מאלו החלים בחלק גדול ממדינות העולם, ואינם כוללים את אותם תנאים אשר גם בארצות שאימצו אותם הוחלה לאחרונה פרשנות המרוקנת אותם מתוכן בשל חוסר התאמתם למטרות המשפט הבינלאומי והמקומי. ודוק: אין זה בהכרח הדין הטוב ביותר מבחינת מטרות החוק הישראלי. שאם לא כן, אולי רצוי היה שבעת בו מוכחת פגיעה משמעותית, יידרש המעוול לשכנע שתנאי הצפיות הסבירה לא מתקיים. אבל שילוב תנאים זה ממוקם היטב במרכז של מנעד התנאים המוחלים ברחבי העולם, ומשקף את התובנות החדשות של העשור האחרון באשר לדפוס המסחר הבינלאומי והדרכים להתמודד עם הפגיעות של חברות בינלאומיות. הצבת תנאים אלו גם יוצרת סיכון נמוך להתנגשות הדינים ולפגיעה לא מוצדקת בריבונות המדינות הזרות.

כן מוצע לאמץ את הגישה האינטגרטיבית של "מקבילית הכוחות" שהוצעה על ידי בית המשפט האמריקני בעניין *Minn-Chem*, לפיה ככל שתנאי משמעותיות ההשפעה מתקיים באופן מובהק יותר, כך ניתן להסתפק ברף נמוך יותר של צפיות.

המבחן המוצע יאפשר לתפוס בגדרו קשת של פעולות אנטי-תחרותיות אשר לא היו נתפסות תחת המבחן אותו אימץ בית המשפט המחוזי בעניין רלפי, למרות שהשפעתן על השוק הישראלי משמעותית וצפויה באופן סביר. ניתן יהיה לאסור או לשפות על נזק שנגרם תוצאה מקרטל בינלאומי אשר לא כוון מפורשות לפגיעה בשוק הישראלי, אולם באופן סביר צפוי היה שיפגע בו; יהיה ברור שדי בהשפעה של ממש, שאינה זניחה; תימנע האפשרות להסתתר מאחורי הטענה שעסקין ברכיב-ביניים ועל כן הצרכן הסופי אינו בעל זכות תביעה, טענה אשר כאמור נדחתה ברחבי העולם; וניתן יהיה לעצור התנהגות אנטי-תחרותית בעלת השפעה משמעותית באופן פוטנציאלי, עוד בטרם תצליח לפגוע בפועל בשוק הישראלי. מבחן זה גם יעמיד את הצרכנים הישראליים- בין אם הם צרכני ביניים ובין אם הם צרכני קצה- בעמדה דומה לזו של צרכנים במדינות אחרות ברחבי העולם.

6. כללי הנימוס הבינלאומי

כאמור, כללי הנימוס הבינלאומי התפתחו במקביל לדוקטרינת ההשפעות והם מיועדים להגביל במידה כזו או אחרת את הסמכות החוץ-טריטוריאלית של מדינה אחת במצבים בהם ברור שלמדינה אחרת יש אינטרס שראוי לקבל בכורה. גם בית המשפט הישראלי הכיר בכללים אלו כחלק מהדין הישראלי.

אולם, בניגוד לדוקטרינת ההשפעות, אין כמעט בסיס משותף מוסכם לתחולתם בתחום דיני התחרות, אשר יאפשר להתייחס אליהם כאל משפט מינהגי. בה בעת, נראה שהכלל שקבע בית המשפט העליון האמריקני לפיו כללי הנימוס יחולו רק בעת התנגשות חזיתית בין החלטות של שתי מדינות שאינה מאפשרת עמידה בשתי הדרישות במקביל, אומצה גם במקומות אחרים בעולם. עם זאת, הסגת הסמכות המקומית תלויה פעמים רבות בתנאים נוספים, דוגמת ההצדקה שבבסיס החלטה הזרה.

מספר מדינות טוענות שאין מקום לתחולה מקבילה של דיני התחרות כאשר החוק במדינת המקור פותר את הבעיה עבור המדינות כולן.²⁷⁸ אולם, כאמור לעיל, בדיני התחרות במרבית המקרים אין די בהחצנות החיוביות של אכיפה זרה כדי לשרת את האינטרסים הלגיטימיים של מדינה אחרת ואזרחיה. במציאות זו, בה אין ציפיה במישור הבינלאומי להימנעות מאכיפה במרבית המקרים הנוגעים לדיני תחרות, מוצע שגם ישראל תאמץ גישה מצמצמת בהתייחס לשיקולי הנימוס. גישה אשר לא תאפשר הפיכה של כללי הנימוס, שנוצרו מראש כדי למתן חיכוכים במישור היחסים הבינלאומיים בין מדינות, לכלי שרת להיאחז בו בידי מפרי-חוק בינלאומיים. ראוי לציין שכללי נימוס הדדי, מוגבלים בהיקפם, מוחלים, לעיתים ובנוסח מצומצם, בין ישראל לבין מדינות אחרות בהסכמי סחר.²⁷⁹

7. מבחן היישום כמבחן חלופי

כאמור, האיחוד האירופאי אימץ בסיס חלופי להחלת סמכות חוץ-טריטוריאלית-מבחן היישום. בגדרו, די ביישום ההתנהגות המפרה בתחום האיחוד האירופי. לצורך קרטל, די במכירה בתוך האיחוד של המוצר שמחירו תואם, בלא קשר למקום ייצורו או אספקתו.²⁸⁰ הדין הרצוי כולל, לדעתנו, גם את אימוץ מבחן היישום, זאת כיון שישנם מצבים בהם חלופה זו מפשטת את האכיפה ומתגברת על חלק מהקשיים עליהם עמדנו לעיל. בהיעדר הוראת חוק המאמצת את מבחן היישום מפורשות בחוק הישראלי, ניתן לאמצו אם הוא מהווה חלק מהדין הבינלאומי. יש מלומדים הטוענים שמבחן היישום מהווה הגיון של דוקטרינת ההשפעות.²⁸¹ דיעה זו נסמכת על העובדה שמקום בו ההתנהגות האנטי-תחרותית מיושמת במדינה מסוימת, היא ממילא ממלאת אחר תנאי ההשפעה עליו. על כן, מבחן היישום עולה בקנה אחד עם המודל הכי מקל של הדוקטרינה, הדורש רק השפעה. דרך אחרת היא להתייחס למבחן כמבוסס על עיקרון הטריטוריאליות הסוביקטיבי, המהווה אף הוא חלק מהמשפט הבינלאומי. בהתאם לפרשנות זו, יישום המעשה האנטי-תחרותי בטריטוריה של המדינה מהווה חלק אינטגרלי של ההתנהגות שהיתה מיועדת לפגוע בתחרות, אשר ניתן להתייחס אליה בתור מקשה אחת (single and continuous infringement).²⁸² כיון שחלק מהמעשה הנמשך התבצע בטריטוריה של המדינה האוכפת, קמה לה סמכות טריטוריאלית להחלת דיניה על אותו מעשה, ככל שהוא מהווה עוולה. לשם רכישת סמכות טריטוריאלית סוביקטיבית בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי יש צורך בזיקה טריטוריאלית מספקת. על כן יש לשאול האם קיימים מספיק מרכיבים טריטוריאליים כדי ליצור סמכות ריבונית כאמור. בית הדין של האיחוד סבור שמבחן היישום עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי.²⁸³ עיון ממצה בשאלות חשובות אלו חורג מגדרו של מאמרנו זה.

8. תביעות פרטיות מול אכיפה של רשות התחרות

²⁷⁸ טענה כזו נטענה מצד הרשויות של טיוואן ודרום קוריאה במסגרת ההליכים בעניין *Motorola Mobility* בארצות הברית. נוכח קיומם של חוקי תחרות ואכיפה איתנה במדינותיהן, הן הטילו ספק האם ראוי שדיני התחרות של ארצות הברית יחולו על התנהגות של קרטל עולמי לרכיבי-ביניים, שנאסר במדינותיהם. גם הרשויות ביפן העלו טענה דומה בשנת 2013. ר' *Global Antitrust Enforcement 2014 (Mid-Year Cartel Report, ALLEN AND OVERY (Jun 24, 2014) https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/antitrustfines* כאמור לעיל, איסור הקרטל במדינת המקור, לבדו, אינו משרת את כל האינטרסים הלגיטימיים במדינות שנפגעו מפעולתו.

²⁷⁹ ראו למשל סעיף 6 ל- U.S. DEP'T OF JUSTICE AND FEDERAL TRADE COMM'N, AGREEMENT REGARDING THE APPLICATION OF THEIR COMPETITION LAWS, BETWEEN THE U.S. GOVERNMENT AND THE ISRAELI GOVERNMENT (1999) <https://www.ftc.gov/system/files/usisrael.pdf>: "each party shall...give careful consideration to the other party's important interests throughout all phases of its enforcement activities, including decisions regarding the initiation of an investigation or proceedings..."

²⁸⁰ עניין **פיליפס 2020**, לעיל ה"ש 1, בפס' 152-150.

²⁸¹ ראו *Faure and Zhang*, לעיל ה"ש 26, בעמ' 507, 513-511, 536. עם זאת, ייתכן שמבחן היישום מתבסס על העיקרון במשפט הבינלאומי הפומבי לפיו למדינה סמכות שיפוט כאשר חלק מרכיבי העבירה בוצע פיזית בשטחה.

²⁸² ראו, למשל, עניין *InnoLux*, החלטת בית משפט קמא, לעיל ה"ש 96, בפס' 103-101.

²⁸³ הלכת *Intel*, לעיל ה"ש 103; עניין *Toshiba 2019*, לעיל ה"ש 100, פסקה 165.

לבסוף, עולה השאלה האם יש לאמץ תנאים שונים לתחולת הדוקטרינה בתביעות פרטיות ובאכיפה על ידי רשות התחרות. שאלה זו עולה לאור הפרוצדורות השונות הנהוגות בהליכים אלו, כמו גם המאפיינים השונים של התובעים.²⁸⁴ כך, למשל, ייתכן ופערי המידע בין תובע ונתבע במקרה של אכיפה על ידי רשות התחרות יהיו קטנים יותר, בשל כלי החקירה העומדים לרשות הרשות. לטעמנו, אין לשנות את תנאי הדוקטרינה בהתאם להליך בו היא נאכפת, מכמה סיבות. ראשית, ככל הידוע לנו בכל העולם תנאי תחולתה של הדוקטרינה אינם מושפעים מזהות התובע, למעט שיקולי נימוס שבמספר מדינות רק לרשות יש סמכות לשקול. ככל שאימוץ הדוקטרינה מבוסס על מנהג בינלאומי, יש לשאוף לעמוד בתנאי המקובלים בעולם. שנית, אחדות בפרשנות הדוקטרינה תיצור ודאות בשוק. בנוסף, יש וננקטים הליכים באותו עניין בידי שני סוגי התובעים גם יחד. קביעה שונה של גדרי הסמכות תיצור דיסוננס מיוחד במצב דברים כזה. שלישית, התנאים עליהם עמדנו לתחולת הדוקטרינה – השפעה משמעותית הצפויה באופן סביר על השוק הישראלי – יוצרים את האיזון הראוי בין השיקולים השונים גם בתביעה פרטית. עם זאת, אין מניעה – ואף ראוי לדעתנו – להתאים את נטל ההוכחה הראשוני שתנאי הדוקטרינה התמלאו, בטרם הותר גילוי מסמכים וחקירת עדים, לאופי התביעה ומיהות התובע, כפי שעשה השופט גרוסקופף בעניין אישור בתביעה הייצוגית והליך גילוי המסמכים בעניין אל-על, כך שתיושם גישה מקלה יותר בשלב זה של התובעה.²⁸⁵ עם זאת, אין להפריז בשונות בין תובעים פרטיים לבין הרשות כתובעת במקרה המיוחד של תביעות נגד תאגידי ענק בינלאומיים. בהקשר זה, גם רשות התחרות עשויה להימצא בנחיתות בנגישות למידע בהשוואה לנתבעים, בשל חסיון המוטל לא פעם, כתנאי לשיתוף פעולה מצד המפרים, על הראיות שהיוו את הבסיס להחלטות של טריבונאלים מעבר לים בהתייחס לאותו קרטל בינלאומי.

ה. סיכום

דפוס המסחר הגלובאליים מחייבים את הרחבת סמכות האכיפה החוץ-טריטוריאלית של מדינות ברחבי העולם. דוקטרינת ההשפעות משמשת כיום ככלי המינהגי העיקרי להרחבת סמכות זו, למצער בתחום דיני התחרות. היא מהווה בסיס חשוב למתן אפשרות מדינות להגן על אזרחיהן מפני פגיעה של בני אדם זרים בשטחיהן. על כן, קיימת חשיבות רבה לאימוצה, כמו גם לקביעת התנאים להחלתה. קביעת תנאים מחמירים מן הנדרש לתחולת הדוקטרינה עלולה לפגוע ביכולתה של ישראל למנוע פעולות הפוגעות באזרחיה, כמו גם בזכותם של נפגעים לתבוע את נזקייהם.

קביעת התנאים הראויים להחלת הדוקטרינה בישראל, כמו גם פרשנותם, מחייבת מתן משקל לתמורות במשפט הבינלאומי המינהגי בעשור האחרון. כפי שפורט לעיל, גם המדינות שאימצו תנאים מחמירים בעבר, משילות אותם מדיניהן או מעצבות אותם מחדש על דרך הפרשנות. זאת לאור האקלים המשפטי-כלכלי הקיים כיום, השונה לחלוטין מז שהיה קיים עת עוצבו התנאים לראשונה. מעל מאה ושלושים מדינות חוקקו חוק תחרות; ישנה הכרה בלגיטימיות מגוון מסוים באשר לתחולה החוץ-טריטוריאלית של דיני התחרות בהתאם למאפיינים השונים של כל מדינה; קרטלים בינלאומיים מהווים יעד מוסכם למאבק; תחולה חוץ-טריטוריאלית הפכה מקובלת; וישנה נכונות לשיתוף פעולה בין רשויות האכיפה.²⁸⁶ תמורה אדירה זו הביאה לשינוי בנקודת האיזון הבסיסית של דוקטרינת ההשפעות לעבר הרחבת התחולה החוץ-טריטוריאלית.

²⁸⁴ במקרים המתאימים, ניתן להצדיק שונות כאמור על בסיס תורת ההחלטות. ראו, למשל, Isaac Ehrlich & Richard A. Posner, *An Arndt Christiansen & Wolfgang Kerber, ;Economic Analysis of Legal Rulemaking*, 3 J. LEGAL STUD. 257 (1974) *Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of "Per Se Rules Vs Rule Of Reason"*, J. COMPETITION L. & ECON. 2, 215 (2006); מיכל (שיצר) גל והילה נבו, השפעת תורת ההחלטות על עיצוב כללים משפטיים: מחיר בלתי הוגן כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי, משפטים מה (תשע"ו) 277.

²⁸⁵ פרשת אל-על, לעיל ה"ש 12, בפס' 1643-49. ניתן לראות בבירור קו מקשר זה בין היבטים שונים שהוכרעו באותה החלטה, באופן המשקף מודעות ראויה לחשיבות של קידום האכיפה, והירתמות בית המשפט להקל על התובע המתמודד עם משימה שאינה פשוטה, בפרט כאשר מדובר בקרטלים בינלאומיים, ובמאמציו אלה מקדם בכך את טובת הכלל.

THE FTC'S INTERNATIONAL ANTITRUST PROGRAM (2019), https://www.ftc.gov/system/files/attachments/international-competition/ftc_international_antitrust_program_october_2019.pdf.²⁸⁶

דוקטרינת ההשפעות אינה המשוכה היחידה להחלת תחולה חוץ-טריטוריאלית. משוכות נוספות כוללות, בין היתר, את דרכי ההמצאה מחוץ לתחום;²⁸⁷ מרוץ ההתיישנות והשיהוי; קביעת הרף שנדרש לעמידה בתנאים נוספים להגשת תובענה ייצוגית, דוגמת גובה הנטל ההוכחה בשלב אישור הבקשה, והתנאים לגילוי מסמכים. קצרה היריעה מלהידרש לסוגיות אלה, אולם ברי כי רק מענה הולם למכלול הצמתים - כפי שנהג השופט גרוסקופף בענין אל על²⁸⁸ - ייתן רוח גבית נחוצה לאכיפה. עם זאת, בחירה ראויה של התנאים לדוקטרינת ההשפעות, מתוך המנעד הלגיטימי, מהווה צעד חשוב בכיוון הנכון.

²⁸⁷ שאלה זו עלתה בהקשר של בקשה לתובענה ייצוגית נגד החברות בקרטל היצרניות של פנלים למסכי LCD שטוחים. בתי המשפט קבעו שלא ניתן לתת היתר המצאה מחוץ לתחום לפי תקנה 500(7) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. באשר לדוקטרינת ההשפעה, קבע בית המשפט כי גם אם יש לצאת מנקודת הנחה שדוקטרינה זו חלה בישראל בדיני התחרות, השפעת הקרטל על ישראל מהווה "תוצאת הנזק" ולא "מעשה" שבוצע בישראל, כנדרש בתקנה. בית המשפט העליון דחה ערר על ההחלטה אולם ציין כי מצב בו הצרכן הישראלי לא יוכל להפרע מגופם שחברו יחדיו לקרטל ביחנלאומי שגרם לו נזק אינו רצוי, ראו: עניין **התנועה הצרכנית 2017**, לעיל ה"ש 1. בעקבות כך תוקן החוק והוספה תקנה 500(א7) היוצרת אפשרות להגיש בישראל תביעה בגין נזק שארע בתחום המדינה גם כאשר המעשה או המחלל שגרמו לו, נעשו מחוצה לה' ובלבד שהנתבע יכול היה לצפות שהנזק ייגרם בישראל וכן שהנתבע, או אדם קשור לו, עוסק בסחר בין-לאומי או במתן שירותים בין-לאומיים בהיקף משמעותי.

²⁸⁸ פרשת **אל-על**, לעיל ה"ש 12, בפס' 16, 39, 43-44, 47-48, 76-77, 106 ניתן לראות בבירור קו המקשר זה, מתוך מודעות ראויה לחשיבות של קידום האכיפה, והירתמות בית המשפט להקל על התובע המתמודד עם משימה שאינה פשוטה, בפרט כאשר מדובר בקרטלים בינלאומיים, ובמאמציו אלה מקדם בכך את טובת הכלל.