

מהו "הסדר"? קו הגבול בין תיאום לבין התאמה בחוק ההגבלים העסקיים

מאת
מיכל (שיצר) גל*

תקציר

חוק ההגבלים העסקיים אוסר עריכת הסדר כובל. הסדר כובל מורכב משני חלקים עיקריים – יסוד ההסדר ויסוד הכבילה של התחרות. עד היום לא זכה יסוד ההסדר להיתשף לאור הנדקורים, למרות חשיבותו לתיחום המקרים הנופלים בגדר האיסור ההגבלי. מאמר זה מבקש לגדור את גבולותיו של המונח "הסדר" עליירי מתן מענה לשלוש שאלות קשורות: ראשית, מה ראוי שיהווה הסדר לצורך חוק ההגבלים העסקיים? שנית, מה מהווה הסדר לצורך החוק? ושלישית, מהן הדרכים שבהן ניתן להוכיח את קיומו? עיקר המאמר מתמקד בהבחנה בין תיאום לבין התאמה אוליגופוליסטית. מבחינה משפטית ההבדל בין השניים ברור וחד-משמעי: התיאום אסור, ואילו ההתאמה מותרת ואינה נכנסת תחת כנפיו של המונח "הסדר". אולם ההבחנה בין השניים בעולם המעשה קשה פעמים רבות להחלה. מאמר זה מציג מבחני-עזר אחדים לעריכת הכחנה זו, וכן טעמים להצדקת ההבחנה. כמו-כן המאמר מנתח את החריג להבחנה האמורה הקבוע בחוק, הקובע כי התאמה להסדר כובל קיים הינה אסורה, ובלבד שהמתאים מודע לקיומו של הסדר כאמור.

- א. מבוא
- ב. כללים להגדרת הסדר
 1. כללים בסיסיים להגדרת הסדר
 2. ארבע הקטגוריות של פעולות מקבילות

* מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה; Academic Fellow, NYU Center for Law and Business. אני מבקשת להודות ליריב ליסאואר, ענבל פייביש, רקלה צרפתי ומעוז רוט בעבור עבודת מחקר מסורה, מעמיקה ומועילה. תודתי שלוחה גם לזיו אברמוביץ, עליזה אהרון, מאור ברדיצ'בסקי, אמיר ישראלי, מנחם פרלמן, דרור שטרומ, ורד שפילמן ואבישלום תור על הערותיהם מאירות-העיניים על המאמר כולו או על חלקו. תודתי והערבתי הרבה שלוחות גם לעורכת של עיוני משפט מורן שקל וכן לצוות שעבד על המאמר – נועם זמיר, נועם נוקד ויונתן פוטרמן – שהעירו הערות מעמיקות ומקוריות המעידות על עומק מחשבת וניתוח. האחריות למאמר היא כמובן שלי בלבד.

- ג. ניתוח כלכלי של תיאום והתאמה אוליגופוליסטית
1. שלושת התנאים המחזוריים לקיומו של תיאום
 2. התאמה אוליגופוליסטית
 3. התנאים הכלכליים הנדרשים לשם התאמה אוליגופוליסטית
- ד. הדין המצוי והדין הראוי
1. הגישה שאומצה בישראל
 2. האם הדין המצוי הוא גם הדין הרצוי
 3. החריג לכלל – התאמה להסדר קיים וידוע
- ה. ההבחנה המשפטית בין תיאום להתאמה
1. מבחנים משפטיים לקביעת קו הגבול בין תיאום להתאמה
 - (א) הוכחה על-דרך השלילה – מבחן תנאי השוק
 - (ב) הוכחה על-דרך החיוב – גורם מצרפי חיובי
 - (ג) מבחן ההצדקה החברתית
 2. התנהגות מקילה כהסדר כובל
- ו. סיכום

א. מבוא

חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1968,¹ אוסר עריכת הסדר כובל,² הסדר כובל מורכב, כפי ששמו מרמז, משני חלקים עיקריים – יסוד ההסדר ויסוד הכבילה של התחרות. עד היום, מרבית הפסיקה והכתיבה האקדמית התמודדה עם השאלה מהי כבילה הנכנסת לגדר החוק.³ ברוב המקרים שנידונו עד כה לפני הערכאות השיפוטיות הוכחת

1 ס"ח 126 (להלן: חוק ההגבלים העסקיים או החוק).

2 סעיף 4 לחוק ההגבלים העסקיים. האיסור חל על כל הסדר כובל, כהגדרתו בחוק, שלא קיבל פטור מהממונה על ההגבלים העסקיים (להלן: הממונה) או אישור או היתר ומגי מבית-הדין להגבלים עסקיים, בהתאם להוראות החוק.

3 למאמרים ופסיקה מהעת האחרונה ראו, לדוגמה: מ' (שיצר) גל "לבור את המוץ מהתבן – היקף תחולתו של האיסור לערוך הסדר כובל בהתאם לפסיקה האחרונה" דין ודברים א (תשס"ה) 533; ד' גילה "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אדי-הוק? הגיעה השעה לתצוץ בין הסדרים אופקיים לאנכיים" עיוני משפט כו (תשס"ד) 751; ד' גילה "כבילה הפוגעת בתחרות בין הצד הנהנה ממנה למתחריו" עיוני משפט כח (תשס"ה) 517; א' ליבנה "חוק ההגבלים העסקיים: בעיות מבניות וחוקתיות בתחום ההסדרים הכובלים" משפט וממשל ח (תשס"ה) 257; דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56 (להלן: עניין טבעול); ע"א 3700/98 א.מ. הניות (ירושלים) 1993 בע"מ נ' עיריית ירושלים, פ"ד נו(2) 590 (להלן: עניין א.מ. הניות); רע"א 6233/02 אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשיה בע"מ, פ"ד נה(2) 634.

קיומו של הסדר, מרגע שהתגלה, לא הייתה בעייתית, שכן דובר בהסכם מפורש. על-כן היסוד השני – יסוד ההסדר – לא זכה כמעט להיחשף לאור הזרקורים, אף שגם הוא תוחם את גדר הפעולות האסורות בחוק, שהרי באין הסדר גם אין הסדר כובל. לאחרונה קבע בית-המשפט העליון כמה הלכות חשובות בדבר תחום פרישתו של המונח "הסדר", אך גם באלה אין כדי לענות על כל השאלות המשפטיות הקשורות לפרשנותו. אין חולק כי לקיומו של הסדר נדרשת מידה מסוימת של אינטראקציה, וכי נדרשים לו, בדומה לסנגו, שני צדדים (לפחות). אולם נשאלת עדיין השאלה מהי אותה רמה של אינטראקציה הנדרשת לשם קיומו. למשל, האם העלאת מחיר של חברה שבאה כתגובה על העלאת מחיר של מתחרה מהווה הסדר? האם העובדה שהמחיר הסופי נקבע רק לאחר כמה איטרציות של שינוי המחיר בין המתחרות משנה את סיווגה המשפטי של ההתנהגות? האם יינתן משקל לעובדה שהצדדים פרסמו את העלאות המחיר מראש, בדרך אשר הקלה על מתחריהם לנקוט אסטרטגיה עסקית מקבילה, אף שפעולות אלה גם הועילו להעברת המידע גם לציבור הלקוחות? שאלות אלה אינן פשוטות כלל ועיקר. הן העסיקו מלומדים ובתי-משפט רבים ברחבי העולם, וניתנו עליהן תשובות שונות ולעיתים אף מנוגדות.⁴ בישראל טרם נערך דיון מעמיק בהן. מאמר זה מבקש לעשות צעדים אחדים בכיוון זה, על-ידי מתן מענה לשלוש שאלות קשורות: ראשית, מה ראוי שיהווה הסדר לצורך חוק ההגבלים העסקיים? שנית, מה מהווה הסדר לצורך החוק? ושלישית, מהן הדרכים שבהן ניתן להוכיח את קיומו?

להגדרת "הסדר" בחוק ההגבלים העסקיים יש נפקויות משפטיות ועסקיות חשובות ביותר. כפי שיפורט להלן, תורת הכלכלה מבחינה בין תיאום בין מתחרים לבין התאמה אוליגופוליסטית (oligopolistic coordination או conscious parallelism).⁵ תיאום מתקיים מקום שגופים עסקיים שונים מתאמים ביניהם את פעולותיהם במקום להגיב רק על תנאי השוק הקיימים. התאמה אוליגופוליסטית מתקיימת מקום שכל מתחרה בשוק ריכוזי מביא בחשבון בעת קביעת מדיניותו העסקית את תגובתם הצפויה של מתחריו, ופועל על-פיה, גם ללא הידברות כלשהי בין המתחרים השונים. לשאלה אם התאמה אוליגופוליסטית מהווה הסדר כהגדרתו בחוק ההגבלים העסקיים יש חשיבות רבה, מכיוון שבכלכלה קטנה, דוגמת ישראל, התאמה אוליגופוליסטית בין מתחרים הינה פרקטיקה עסקית מקובלת בשווקים רבים, ויש לה השפעה משמעותית על הרווחה החברתית. כפי שטען המלומד Bishop, התאמה אוליגופוליסטית היא כשל השוק העיקרי בקפיטליזם המודרני, ומתחרה עימו רק בעיית המונופולין.⁶ אך בעוד ניצולו לרעה של כוח

4 ראו, למשל, דו"ח ה-OECD בנושא אוליגופולין: OECD Oligopoly (DAFFE/CLP(99)25, Paris, 1999) [ULR: <http://www.oecd.org/dataoecd/35/34/1920526.pdf>]; S. Stroux *US and EC Oligopoly Control* (Hague, 2004), וכן את שאר המקורות ופסקי-הדין המובאים לאורך המאמר.

5 יש המכנים את ההתאמה האוליגופוליסטית גם tacit collusion. לרעתי, השימוש במונח זה מבלבל, ויש להותיר את השימוש במונח collusion לתיאום – בין שהוא ישיר ובין שהוא עקיף.

6 W. Bishop "Oligopoly Pricing: A Proposal" 28 *Antitrust Bull.* (1983) 311

מונופוליסטי מוסדר על-ידי חוק ההגבלים העסקיים, התאמה אוליגופוליסטית אינה מוסדרת בגדרו כמעט. לאחרונה קבע בית-המשפט העליון כי התאמה אוליגופוליסטית אינה מהווה "הסדר" כהגדרתו בחוק ההגבלים העסקיים,⁷ אולם החלטתו של בית-המשפט העליון אינה חושפת את השיקולים שהנחו אותו בהחלטתו. מאמר זה מבקש לבחון את הבסיסים האפשריים לקביעתו של בית-המשפט, על-מנת לענות על השאלה אם הדין המצוי הינו גם דין רצוי, וכן לבחון היכן בדיוק עובר קו הגבול בין תיאום אסור לבין התאמה אוליגופוליסטית מותרת.

חשיבות תיחומו של המונח "הסדר כובל" גובעת גם מהעלייה ברמת האכיפה נגד הסדרים כובלים. למן תחילת שנות התשעים חלה עלייה חדה ברמת האכיפה של האיסור החל על עריכת הסדרים כובלים הנוגדים את החוק.⁸ במקביל חלה עלייה גם ברמת הענישה על עריכת הסדרים כובלים. הוראות החוק שוננו כך שהעונש המרבי על עברת ההסדר הכובל הוכפל כמעט, ובית-המשפט העליון הכריז לאחרונה כי "העונש הראוי לעבירות [קרטליסטיות]... הוא עונש של מאסר בפועל".⁹ שינויים אלה מגבירים את החשיבות של תחימה ברורה של האיסור החל על עריכת הסדר כובל, בין היתר לאור דוקטרינת הוודאות שבמשפט הפלילי.¹⁰ לשינויים אלה ברמת האכיפה יש גם השפעה עקיפה: עם התגברות הסיכונים הקשורים לעריכת הסדר מפורש, גופים עסקיים משתמשים כיום, יותר מתמיד, בדרכים עקיפות על-מנת לסמן למתחריהם את הסכמתם להתנהגות עתידית או את תנאיה, דוגמת שליחת מסרים דרך העיתונות. דרכים אלה אינן יעילות כמו הסכמה מפורשת, אך הן מקטינות את הסיכון שהשימוש בהן יגרור סנקציה פלילית. עולה השאלה אם התנהגויות אלה, אשר מאפשרות לחברות הפועלות בשווקים אוליגופוליסטיים להתאים את התנהגויותיהן זו לזו, נכנסות לגדר הסדר – ועל-כן אסורות – או שמא הן חוקיות. נוסף על כך, חשיבות ההגדרה של הסדר כובל מסתברת מן העובדה שהיא כוללת כמה חזקות חלוטות העוסקות ברכיב הכבילה של ההסדר הכובל.¹¹ במקרים הנופלים בגדר החזקות החלוטות קיימת חשיבות יתרה להגדרה נכונה של הסדר, שאם לא כן עלול לחול איסור חלוט גם על התנהגויות שאין זה ראוי לכלול אותן בגדר

7 ע"פ 4655/02 מ"י נ' בורוביץ, תק"על (1)2005, 4756, פסקה 80 (להלן: עניין קרטל חברות הביטוח).

8 ראו מ' (שיצר) גל "חמישים גוונים לפורמייקה: ריאליזם משפטי בריגי ההגבלים העסקיים", צפוי להתפרסם במחקרי משפט.

9 ע"פ 1042/03 מצרפלט שותפות מוגבלת בע"מ נ' מ"י, פ"ד נח(1) 721, פסקה 26.

10 ליבנה, לעיל הערה 3.

11 ראו סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים. חזקות אלה פורשו כחלוטות בעניין טבעול, לעיל הערה 3, בע' 96-97. במקרה זה נידון סכסוך אדמיניסטרטיבי בין הצדדים, אולם בית-המשפט העליון קבע בפסק-דין מאוחר יותר כי החזקות הינן חלוטות גם כמשפט הפלילי. ראו עניין קרטל חברות הביטוח, לעיל הערה 7, פסקות 90-91. תוקפן של חזקות אלה מוחלש מעט על-ידי כלל ווטיהדרים. ראו, למשל, ע"פ 7829/03 מ"י נ' אריאל הנדסת השמל רמזורים ובקרה בע"מ, תק"על (3)2005, 420, פסקות 28-30 (להלן: עניין אריאל); גל, לעיל הערה 3.

הסדר.¹² על-כן לקביעת קו הגבול שבין תיאום לבין התאמה אוליגופוליסטית יש חשיבות רבה בהסדרת פעולותיהם של השחקנים הפועלים בשוק. מטרתו של מאמר זה היא, אם כן, לתחום את גבולותיו של המונח "הסדר" בחוק ההגבלים העסקיים. חלקו הראשון מנתח את הכללים הבסיסיים להגדרת הסדר בחוק ההגבלים העסקיים העולים מלשון החוק, מתכליתו ומן הפסיקה הקיימת. חלקו השני יבחן את קו התפר בין תיאום אסור לבין התאמה מותרת, תוך בחינת הרציונלים להבחנה זו. בחינה זו תיעשה בכמה שלבים. בשלב הראשון תונח התשתית הכלכלית להתנהגות השוק הרלוונטית, המהווה בסיס לסיווג המשפטי של התנהגויות עסקיות שונות. בשלב השני תנותח ההבחנה המשפטית בין תיאום לבין התאמה, ונידרש לשאלה אם הדין המצוי הוא אכן הדין הרצוי. כן ינותח החריג להבחנה האמורה, הקובע כי התאמה להסדר כובל קיים כמוה כתיאום. בשלב השלישי נתמודד עם השאלה מהם הכלים האפשריים להוכחת קיומו של הסדר כובל אסור. במסגרת זו יוצעו כמה מבחני-עזר על-מנת להקל את ההבחנה בין תיאום לבין התאמה.

ב. כללים להגדרת הסדר

1. כללים בסיסיים להגדרת הסדר

יסוד ההסדר הוא הרכיב ההתנהגותי-העובדתי של האיסור החל על עריכת הסדר כובל. זהו אחד משני שערי הכניסה העיקריים לאיסור, אשר בלעדיו לא תיבחן כלל השפעתה של הפעולה העסקית על התחרות בשוק. השימוש במילה "הסדר" בשפה העברית הוא רב יחסית, אולם כאשר היא מושאלת אל תוך עולם ההגבלים העסקיים, יש לבחון את משמעותה לאור מטרתו של חוק ההגבלים העסקיים ולשונו. מטרתו העיקרית של חוק ההגבלים העסקיים היא למנוע מכשלות מלאכותיות לתחרות, אשר יעצרו את הדינמיקה הטבעית של כוחות השוק ויפגעו ברווחת הכלל. במסגרת זו החוק אוסר הסדרים בין חברות שמשנים באופן רצוני ומכוון את התנאים השוררים בשוק, ואשר פגיעתם בתחרות עולה על יתרונותיהם לציבור. כפי שמרע הכלכלה מוכיח, להסדרים אלה – שחברות בוחרות בהם על-מנת להימנע מהצורך להתחרות ולקבל החלטות באופן עצמאי – עלולות להיות השפעות שליליות משמעותיות על הרווחה החברתית.¹³ איסור ההסדרים האלה היה מאז ומתמיד העיקרי והחשוב מבין האיסורים ההגבליים. מטרתו של תת-פרק זה היא, אם כן, לקבוע כללים בסיסיים להגדרת "הסדר" בחוק ההגבלים העסקיים. גקודת המוצא היא לשונו של החוק, הקובע, בסעיף 1, מה המונח "הסדר" יכול לכלול:

12 למרות החוקות החלוטות, ניתן לקבל פטור מהממונה להסדר כובל אשר אינו פוגע באופן משמעותי בתחרות, או אישור מבית-הדין להסדר כובל שמשדרת את טובת הציבור (סעיפים 9-10, 14 (א) ו-15 לחוק ההגבלים העסקיים).

13 לניתוח כלכלי של השפעת הסדר כובל על הרווחה החברתית ראו, למשל: J. Tirole *The Theory of Industrial Organization* (Cambridge, 1988) ch. 6.

"בין במפורש ובין מכללה, בין בכתב ובין בעל פה או בהתנהגות, בין אם הוא מחייב על פי דין ובין אם לאו". תכליתה של הגדרה רחבה זו היא להבטיח לכידה של כל הוריאציות והאפשרויות הקיימות בעשיית הסדרים עסקיים. כמאמרו של השופט דוד חשין, תכלית ההגדרה היא "הימנעות מכך שניצחונה, הצפוי, [של המציאות] על כוח הדמיון של המחוקק יביא לפגיעה לא רצויה ביכולתם של דיני ההגבלים העסקיים להגן על קיומה של התחרות התופשית. שהרי, המציאות חזקה מכל דמיון...".¹⁴ בהתאם לכך, במקום לתחום רשימת מקרים ספציפיים שבהם משתכלל הסדר, אימץ המחוקק הגדרה כללית הכוללת כל הסכמה בין צדדים עסקיים. לא למותר להדגיש כי המבחן הקבוע בחוק הוא רבי-שלבי, ואינו מתמצה בבחינת קיומו של הסדר. גם אם פעולה מסוימת של הצדדים תיכנס תחת הגדרת הסדר, יש לבחון עדיין אם התקיימו שאר רכיבי ההגדרה, לרבות רכיב הפגיעה בתחרות, בטרם תתגבש העברה ההגבלית.¹⁵ על-כן הגדרה רחבה של הסדר, כשלעצמה, לא תתנגש על-פירוב עם תכלית החוק.¹⁶

מתכילתו של החוק ומלשונו ניתן לגזור כמה כללים משפטיים. ראשית, הסדר מובחן מפעולה חד-צדדית של אחד הצדדים הפועלים בשוק. פעולות מסוג זה עשויות להיות מוסדרות בהתאם לפרק המונופולין בחוק ההגבלים העסקיים, אם למי שעושה אותן יש מעמד מונופוליסטי בשוק הרלוונטי.¹⁷ נוסף על כך, הסדר יכול להתקיים בין כל שני גופים עסקיים או יותר, ואין הכרח שהם יתחרו זה בזה או יפעלו באותו שוק.¹⁸ תוצאה זו, אשר נגזרת מלשון החוק ומתכליתו, מתחייבת מן העובדה שגם הסדר בין חברות הפועלות בשווקים שונים עלול לפגוע בתחרות. למשל, הסדר הפצה בלעדית בין יצרן לבין משווק עלול לפגוע בתחרות אם תוצאתו היא חסימת צינורות שיווק למתחריו של היצרן.¹⁹ על-כן אין להגביל את תחולת החוק להסדרים אופקיים בלבד.²⁰

- 14 ת"פ (י"ם) 417/97 מ"י נ' הפניקס הברה לביטוח בע"מ, תק"מ 2001(4) 381 (חלק ראשון) ותק"מ 2001(4) 929 (חלק שני), שער ראשון: מבוא, חלק שני - המסגרת המשפטית, פסקה 7 (להלן: עניין קרטל חברות הביטוח (מחוד)).
- 15 רכיב הפגיעה בתחרות ייבחן בכל המקרים, למעט במקרים שבהם חלה חוקה תלושה לפגיעה בתחרות והצדדים לא פנו למזונה בבקשה לקבלת פטור או לבית-הדין בבקשה לאישור הסדר.
- 16 חריג לכלל זה יחול במקרים שבהם המונח "הסדר" יכול בגדרו הסדרים שאין זה ראוי שהחוק יתול עליהם (טעויות מסדר שני).
- 17 פרק ד לחוק ההגבלים העסקיים.
- 18 להלכה ברורה זו במשפט האירופי ראו את החלטת בית-הדין האירופי: Case 56/64 *Establishments Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v. Commission of the European Economic Community* [1966] ECR 229, 399-400 ברות זו פסקו גם בתי-המשפט בישראל. ראו, לדוגמה, ת"פ (י"ם) 1142/01 מ"י נ' שולשטיין, תק"מ 2002(1) 19518.
- 19 ראו, למשל, גילה "כבילה הפוגעת בתחרות בין הצד הנהנה ממנה למתחריו", לעיל הערה 3, בע' 530-536.
- 20 הסדרים אופקיים הם הסדרים בין מתחרים. הם מובחנים מהסדרים אנכיים, שהינם הסדרים

כעולה מלשון החוק, אף אם השתכלל הסדר, אין הכרח שהוא יהיה מחייב משפטית. כלל זה הגיוני מאוד שכן דרישה כזו הייתה מקהה משמעותית את שינוי של החוק. הסדר כובל אשר נוגד את הוראות חוק ההגבלים העסקיים הינו בלתי-חוקי.²¹ בהתאם לסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973,²² הוזה בלתי-חוקי הינו חטר תוקף ועל-כן אינו מחייב על-פי דין. שילובן של שתי הוראות אלה היה גורם לכך שאם היינו מחייבים שהסדר כהגדרתו בחוק ההגבלים העסקיים יהיה מחייב על-פי דין, המונח "הסדר כובל" היה מהווה קבוצה ריקה, ונמצאנו סותרים את תכלית החוק.²³ אין גם צורך שההסדר ישתכלל בדרך מסוימת. סעיף ההגדרות קובע מפורשות כי הסדר יכול להשתכלל בכתב, בעל-פה או בהתנהגות, במפורש או מכללא. על-כן "...לא הדרך שבה מגיעים להסדר היא העיקר, אלא העיקר הוא קיומו של הסדר שתושג בדרך כלשהי".²⁴ יש דרכים רבות שבהן צדדים יכולים לאותת זה לזה על הסכמתם להצטרף להסדר. עמד על כך השופט זילר בת"א (י"ם) 396/87 אורי קיסין נ' פטרולגו חברת הגז הישראלית בע"מ:

"המילה הסדר כוללת כל דרך מתואמת... שמגמתה השלטת הסדר כובל. אין זה מעניינו של החוק אם תיאום זה הושג בדרכי קונספירציה, או בדרכי הסדר, או באמצעות צד ג', או על ידי קריצת עין, או על ידי צחוק של הבנה, או על ידי מתאם שהוא זר להסדר, או על-ידי דברים שנאמרו למאן שהוא שאינו שייך לעניין, כדי שהדברים יישמעו על ידי מישהו השייך לעניין, או בכל דרך אחרת... החוק דובר אל קוראיו כך: כל דרך שתנקטו אותה ושיש בה, או שהיא מובילה, לתיאום המוביל להסדר כובל, הוא ה'הסדר' הכתוב בחוק."²⁵

הלכה זו מתחייבת מתכליתו של חוק ההגבלים העסקיים, שכן הסדר כובל שנעשה בעל-פה, או הסדר שעליו הסכימו הצדדים בקריצת-עין או על-ידי הנהון בראשיהם, עלול לפגוע בתחרות לא פחות מהסדר כובל שנעשה בכתב תוך הבעת הסכמה מפורשת של הצדדים.²⁶

בין צדדים הפועלים בשתי תוליות או יותר בשרשרת הייצור והשיווק של מוצר או של שירות מסוים (דוגמת הסדר בין בעל מנסרה לבין יצרן שולחנות מעץ).

- 21 סעיפים 4 ו-14(אא) לחוק ההגבלים העסקיים.
- 22 ס"ח 118.
- 23 למעט באותם מקרים גדירים שבהם ההסדר אינו מהווה תווה.
- 24 עניין קרטל חברות הביטוח (מחוזי), לעיל הערה 14, שער ראשון: מבוא, חלק שני - המסגרת המשפטית, פסקה 5. ראו גם עניין קרטל חברות הביטוח, לעיל הערה 7, פסקה 79.
- 25 דינים מחוזי לב(6) 650, בפסקה המתחילה במילים "נוכת האמור לעיל גראה לי, שהפירוש היחיד..." (להלן: עניין חברות הגז).
- 26 עניין קרטל חברות הביטוח (מחוזי), לעיל הערה 14, שער שני: אישום מס' 1 - ענף בתי עסק, פסקה 96.

אף-על-פי שלדרך שבה השתכלל ההסדר אין חשיבות לשם הגדרתו ככזה, יש לעובדה זו חשיבות ראיתית מובהקת: ככל שיש ראיות ברורות יותר לקיומו של הסדר, קל יותר להוכיחו.²⁷ אולם אין צורך בקיומן של ראיות ישירות על-מנת להוכיח קיומו של הסדר. הסדר יכול להיות מוכח על-ידי ראיות נסיבתיות של פעולה מקבילה אשר אין לה רציונל עסקי אחר זולת הסדר מקדים בין בני-אדם המנהלים עסקים. קביעה כזו אנו מוצאים בפסק-הדין בעניין קרטל חברות הביטוח (מחוזי), באישום הנוגע בתיאום מחירי ביטוח בענף הדירות. במקרה זה קבע בית-המשפט כי ההפצה הברזומית של תעריפים והים כמעט לחלוטין על-ידי החברות השונות, וכן ההוראה הוזה מטעמן בדבר תאריך כגיסתם של התעריפים החדשים לתוקף, לא הייתה יכולה להיות מקרית, בהעדר אירוע חיצוני להעלאת התעריפים בשיעורים זהים ובתאריך דומה. על-כן היא מצביעה על קיומו של הסדר בין החברות.²⁸ כפי שיפורט להלן, הכרת התנאים הכלכליים הנדרשים לשם קיומה של פעולה מקבילה ללא תיאום מראש עשויה להקל על רשויות האכיפה לזהות ולהוכיח את קיומם של הסדרים אסורים.

מן האמור עולה גם שאין ליתן משקל בהגדרת הסדר לתמריצים חיצוניים של הצדדים לעריכת ההסדר או למסגרת שבה הוא נערך. למשל, הסדר פשרה בין מתדיינים אשר מובא לאישורו של בית-דין עשוי להיות הסדר.²⁹ באופן דומה, גם הסדרים אשר מבקשים לעורר מדיניות ציבורית או מתחייבים מהוראות חוק ספציפי עשויים להיכנס לגדר החוק ולעמוד לביקורתם של הממונה או בית-הדין, אלא אם כן קיימת בחוק הספציפי הוראה מפורשת הגוברת על הוראות חוק ההגבלים העסקיים או שבחוק ההגבלים העסקיים קיים פטור ספציפי להסדרים מהסוג האמור.³⁰ לדוגמה, תאגיד המחזור, אשר הקמתו אפשרית לצורך קיום ההוראות של חוק הפיקדון על מכלי משקה (תיקון מס' 2), התש"ס-2000,³¹ מהווה הסדר לצורך תחולתו של חוק ההגבלים העסקיים.

הסדר משתכלל בעצם ההסכמה על תנאיו. בדומה לעברת הקשר, ברגע שהושגה הסכמה, יסודות ההסדר באים על סיפוקם, ואין צורך שהצדדים יפעלו בהתאם לו.³² יתרה מזו, אין בעובדה שאחד הצדדים או יותר נסוגו מביצוע ההסדר הכובל לאחר מתן הסכמתם

27 שם, פסקה 79: "החשיבות הנורעת לאופן הכעת ההסכמה איננה, אם כן, במישור המהותי אלא במישור הראיתי גרידא."

28 עניין קרטל חברות הביטוח (מחוזי), לעיל הערה 14, שער רביעי: אישום מס' 3 - ענף הדירות, פסקה 65.

29 ה"ע (י"ם) 8008/03 ארד בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, דינים מחוזי (הו) 172.

30 סעיפים 3 ו-15א לחוק ההגבלים העסקיים.

31 ס"ח 272. ראו ה"ע (י"ם) 4445/01 שופרסל בע"מ נ' הממונה על הגבלים העסקיים (סרם פורסם). העניין מצוי גם עתה לפני בית-הדין במסגרת בקשה להארכת האישור למיזם המשותף. ראו ה"ע (י"ם) 508/04 תאגיד איסוף מיכלי משקה בע"מ נ' ריבוע כחול-ישראל בע"מ, תק"מח (3)2005 6387.

32 ראו ע"פ 2929/02 מ"י נ' סבירסקי, פ"ד גו(3) 135, 142 (להלן: עניין קרטל חברות המרצפות).

לו כדי להעלות או להוריד לעניין השלמת היסוד של עריכת הסדר. ניסיון להגיע להסכמה אשר לא צלח לא יגבש את יסודות ההסדר, אולם הוא עשוי לגבש את יסודותיה של עברת הניסיון.³³ גם כלל זה מהווה דין רצוי, שכן מטרת החוק היא להרתיע צדדים עסקיים מלנסות להיכנס להסדר כובל מלכתחילה. שיקולים של עוצמת הפגיעה בתחרות, הלכה למעשה, צריכים להשפיע על חומרת העברה ועל חומרת העונש הנלווה לה, אך לא על גיבושה מלכתחילה.³⁴

בית המשפט העליון קבע גם כי כוונה של מי מן הצדדים לא לקיים את הוראות ההסדר אינה משנה את עובדת קיומו של הסדר למטרות חוק ההגבלים העסקיים, ואת היות אותו אדם צד להסדר כובל.³⁵ על-כן, גם מצג-שווא בדבר כוונה להיכנס להסדר ולמלא אחר הוראות ההסדר די בו לגבש את יסודות העברה, כלל זה הגיונו בצירו מהטעם שבעצם כניסתו של אדם להסדר כובל, אף אם למראית-עין, הוא עלול לתרום להשתכללותו של ההסדר בין שאר הצדדים לו.³⁶ התנהגות מתואמת דורשת לרוב את הסכמתם של כל הגופים בשוק – או לפחות של רובם – לפעול בדרך דומה. ידיעה מראש על כוונה של מי מן הצדדים לא לפעול על-פי ההסדר הייתה מקטינה את תמריצייהם של המתחרים בשוק להגיע להסדר, והייתה פוגמת בהשתכללותו מלכתחילה. על-כן הכללת התנהגות זו בהגדרה של הסדר עולה בקנה אחד עם תכלית החוק.³⁷

האם הצדדים חייבים להסכים על כל פרטי התנהגותם המקבילה על-מנת שהסכמתם תיכנס להגדרת "הסדר" בחוק ההגבלים העסקיים? לאחרונה קבע בית המשפט העליון כי "ההסדר אינו צריך להיות בעל מעמד משפטי של חוזה (כך לדוגמה, הוא אינו כפוף לכללים הרגילים של הצעה וקיבול או מסוימות) ודי ברמה מינימלית כלשהי של הבנה משותפת, הסכמה או שיתוף פעולה בין הצדדים לשם יצירתו".³⁸ מהי אותה "רמה

33 ע"פ 7399/95 נחושטן תעשיות מעליות בע"מ נ"י מ"י, פ"ד נבו(2) 105.

34 סעיפים 47 ו-47 לחוק ההגבלים העסקיים.

35 עניין קרטל חברות הביטוח, לעיל הערה 7, פסקה 94.

36 שם, שם.

37 תנאי הכרחי לפגיעה משמעותית בתחרות לטווח הארוך כתוצאה ממצג-שווא של אחד הצדדים להסדר הוא שיתר הצדדים יכלו להוציא לפועל את ההסדר גם בלי הצד שיצר מצג-שווא, שאם לא כן יקרוס ההסדר באיבו, ובטווח הארוך לא ייגרם כל נזק לתחרות. כיצד אם כן נפגעת התחרות או תוצאותיה כתוצאה ממצג-שווא ראשית, ייתכן שכסות הקצר יקבעו הצדדים תנאים על-תחרותיים, עד שמי שיצר מצג-שווא יסטה מההסדר ויטפק את כל הביקוש בשוק במחיר נמוך. שנית, ייתכן כי אף-על-פי שההסדר יכול להתקיים גם בלי הצד שיצר מצג-שווא, המתיר הקרטליסטי שניתן לקבוע בלעדיו אינו גבוה דיו להסתכן בעריכת הסדר כובל. שלישית, ייתכן שהצדדים להסדר טעו בהערכותיהם לגבי השפעת הטתהרה שיצר מצג-שווא על מחיר השוק, ואף-על-פי שסטייתו בפועל לא פגעה במידה משמעותית במחיר הקרטליסטי, הם לא היו נכנסים להסדר מלכתחילה אילו ידעו מראש כי יסטה ממנו.

38 עניין קרטל חברות הביטוח, לעיל הערה 7, פסקה 79. לניתוח ההבחנה בין הסדר לחוזה

מינימלית" הנדרשת? לדעתי, על-מנת שישתכלל הסדר, ההסכמה צריכה להיות מפורטת דייה לאפשר לצדדים לפעול על-פיה לשם השגת מטרתם המשותפת, כך שגם אם לא כל פרטיה סוכמו במלואם, יוכלו הצדדים להסיק את יתרת הפרטים מהתנהגות מתחריהם או ממידע המצוי ברשותם. אם בפרטים שסוכמו אין כדי לאפשר לצדדים לפעול בצורה מתואמת, לא השתכלל הסדר, אולם עשוי לקום ניסיון ליצירת הסדר כובל. לעיתים די בנקודת-ייחוס (focal point pricing) המאותתת למתחרים על התוצאה המועדפת אשר תשיא את רווחיהם.³⁹ למשל, נניח שהצדדים מבקשים לתאם ביניהם את עלויות ההובלה, על-מנת שמחיר מוצריהם לא ישתנה בהתאם למיקומם יחסית ללקוח. לעיתים די בהסכמה על נקודת מוצא שממנה עלויות ההובלה מתושבות, אם גוסחת הישוב ידועה מראש ומקובלת בתוכם.⁴⁰ באופן דומה, נניח שהצדדים מסכימים על נתח השוק של אחת התברות בשוק, אך לא על אלה של האחרות הפועלות בו. אם הצדדים יכולים להשלים פרטים אלה תוך הסתמכות על ידע צבור המבוסס על התנהגות השווקים בעבר, או על מקור עתידי כלשהו שלכולם יש גישה אליו, אזי אין רבותא בכך שפרטי ההסדר לא סוכמו במלואם באופן מפורש. למשל, אם נתח השוק שעליו הוסכם הוא נתח השוק של אותה חברה בסדר החלה בשוק מלחמת-המחירים, שאותה באת ההסכמה לעצור, אזי כל יתר המתחרות יכולות להשלים את המידע החסר תוך התייחסות לנתחי השוק היחסיים שלהן לפני מלחמת-המחירים. בהתאם לכך, יחסי הצדדים בעבר או בהווה, או מילע עתידי שיהיה נגיש לכל הצדדים, עשויים לאפשר לצדדים להשלים את פרטי ההסדר ללא היברות נוספת. לא למותר לציין כי הסדרים כובלים אינם קובעים לרוב את מועד סיומם. הטעם לכך הוא שכדי להקטין את תמריצי הצדדים לסטות מהסכמותיהם, על משכו של ההסדר להיות אינסופי, לפחות בנקודת כריתתו.⁴¹ על-כן הסדר כובל לא יהיה לרוב מסוים דיו בשאלת משכו.

כן נקבע בעניין קרטל חברות הביטוח כי יש שהסדר כובל אינו מתגבש באחת, אלא בהדרגה ולאורך זמן. גם אם יש קושי לזהות את המועד המדויק או את המעמד הקונקרטי שבו התגבשה ההסכמה, אין פירוש הדבר שההסדר לא התגבש, ודי בשרשרת ראיות נסיבתיות שבהצטרפן יחדיו עומדות ברף ההסתברותי להוכחת קיומו של הסדר כובל.⁴²

ראו א' ישראלי, מ' (שיצר) גל ומ' פרלמן "הסדרים כובלים - יסודות האימור" ניתוח מכללי ומשפטי של דיני ההגבלים העסקיים בישראל (מ' (שיצר) גל ומ' פרלמן עורכים, צפוי להתפרסם בשנת 2006).

39 F.M. Scherer "Focal Point Pricing and Conscious Parallelism" *Competition Policy, Domestic and International* (Northampton, F.M. Scherer ed., 2000) 89

40 ראו דיון להלן בהערה 141.

41 בהתאם לשינוי-משקל נאש, אילו היה ההסדר מוגדר בזמן, היו הצדדים סוטים ממנו בכך בתקופה הראשונה.

42 עניין קרטל חברות הביטוח, לעיל הערה 7, פסקה 133.

2. ארבע הקטגוריות של פעולות מקבילות

עדיין נותרה על כנה השאלה מהי מידת ההסכמה הנדרשת על-מנת שיתגבש הסדר. אציע הבחנה בין ארבע קטגוריות אשר מפשטת את הגיתות. בקטגוריה הראשונה כלולים הסדרים אשר אין ספק שהם ממלאים את תנאי התוק, מכיוון שהצדדים הגיעו להסכמה מודעת ורצונית בנוגע להתנהגותם העסקית בסרם החלו לפעול על-פיה (מקרים "שחורים"). במקרה המובהק ביותר קיים הסדר ברור ומפורש בין גופים עסקיים בדבר התנהגות עסקית מתואמת. דוגמה זו קרויה בדרגון המקצועי "חדר אפוף עשן" (smoke-filled room), בשל הדימוי של קבוצת מנהלים היושבים סביב שולחן מהגוני, מעשנים סיגרים ומתאמים עמדות. העשן (הלבן) מסמל גם את ההסכמה שאליה הגיעו הצדדים. למרבה הצער, דוגמות להסכמים מפורשים מסוג זה קיימות בארץ למכביר. בעניין קרטל חברות המרצפות, למשל, הסכימו המתחרים ביניהם באופן מפורש על חלוקת השוק, ואף הקימו מנגנון אשר יאכוף הסדר זה עליהם וימנע פעולות החורגות ממנו.⁴³ כמפורט לעיל, הסכמה יכולה להתגבש גם בדרך מפורשת פחות, שבה הצדדים משתמשים בדרכים עקיפות על-מנת להביע את הסכמתם לתוכנית פעולה משותפת ולהתחייב לפעול על-פיה. דרכים אלה הינן תחליף יעיל פחות למתן ביטוי להסכמה, ומסרתן העיקרית היא ליצור קשיים ראייתיים להוכחת קיומו של הסדר, אולם אין בעובדות אלה כדי לשנות את מעמדה המשפטי של ההסכמה ביניהם.

בקטגוריה השנייה כלולים אותם מקרים שאין כל ספק כי הם אינם עונים על הגדרת הסדר, למרות קיומה של התנהגות זהה ומקבילה בין המתחרים הפועלים בשוק (מקרים "לבנים"). במקרים אלה ההתנהגות המקבילה אינה תוצאה של הבנה משותפת, אלא תוצאה ישירה של גורם חיצוני לשוק המכתיב את האילוצים הכלכליים בו. כל אחד מהמתחרים משנה את תנאיו באופן עצמאי, והתלטתו מונעת מהשינוי החיצוני בתנאי השוק, למשל, נניח שמחיר הזהב העולמי משתנה מדי יום, ושמחיר הזהב היומי אצל הסוחרים המקומיים, הרוכשים זהב בשוק העולמי, משתנה אף הוא כשיעור השינוי העולמי. התנהגות זו, אף שהיא זהה ומקבילה, מונעת על-ידי שינויים חיצוניים לשוק המקומי המשפיעים על כל סותרי הזהב בצורה שווה, ואין בסיסה בהבנה משותפת, ועל-כן אין כאן מרכיב של הסדר.⁴⁴ התנהגות זו אופיינית גם לשווקים תחרותיים, שבהם מחירים נוטים להיות זהים ולהשתנות כתוצאה מתגודות חיצוניות בביקוש או במחירי הייצור.

הקטגוריה השלישית כוללת מקרים שבהם חברה מקבלת את החלטותיה באופן עצמאי, אך מביאה בחשבון במכלול שיקוליה את תגובתן הצפויה של מתחרותיה על פעולה זו. לשם המחשה, נשתמש בדוגמה ההיפותטית הבאה. שתי תחנות-דלק ממוקמות זו מול זו, משני עבריו של כביש ארוך ללא מעקה-הפרדה. תחנות-דלק נוספות מצויות במרחק רב מהן, ואינן מהוות מוצר חלופי בעיני הצרכנים. שתי התחנות מעניקות שירות זהה, ועל-כן החלטתו של הצרכן לתדלק בתחנה אחת, ולא ברעותה, אינה מושפעת מפרמטר זה. במשך זמן רב היה מחיר הדלק בשתי התחנות זהה. בהתאם לכך, השיקול

43 עניין קרטל חברות המרצפות, לעיל הערה 32, בע' 138.

44 עניין חברות הגז, לעיל הערה 25.

היחיד שהשפיע על החלטתם של הנהגים באיוו תחנה לתדלק היה כיוון נסיעתם. יום אחד אחת מתחנות הדלק מחליטה להעלות את מחיר הדלק הנמכר בתחנה בעשר אגורות לליטר. זו החלטה עסקית, שאין בסיסה בהסכמה מוקדמת בין החברות או בהעלאת מחירי הדלק בשוק העולמי. בעלת תחנת הדלק שמעבר לכביש רואה את השלט הגדול עם המחיר החדש. כעת עומדות לפניה שתי אפשרויות עיקריות: להשאיר את מחיר הדלק על כנו או להעלותו בשיעור שהעלתה אותו יריבתה. ברור לה כי אם לא תתאים את המחיר לזה של יריבתה, תוריד האחרונה את המחיר בחזרה, שאם לא כן יעברו נהגים לתדלק בתחנה שהמחיר בה נמוך יותר, והעלאת המחיר לא תהיה רווחית בעבורה.⁴⁵ על-כן אימוץ אסטרטגיה זאת היא נכונה בעבור תחנת הדלק השנייה אם הרווחים הומניים מהסתת כל השוק אליה, עד שהתחנה הראשונה תוריד שוב את המחיר, גדולים מהפוטנציאל לרווח עתידי. האפשרות השנייה העומדת לפני התחנה השנייה היא להעלות את המחיר באותו שיעור. במקרה זה הסטטוס-קוו בין שתי התחנות יישאר על כנו, אך שתיהן ייהנו מרווחים גבוהים יותר, בהנחה שתנאי הביקוש בשוק הם כאלה שהתחנות לא יאבדו במחיר הגבוה מספר צרכנים רב עד כדי כך שהעלאת המחיר לא תהיה רווחית בעבורן. למעשה, גם תחנת הדלק הראשונה הביאה בחשבון שיקולים אלה של יריבתה, ויש להניח כי לא הייתה מעלה את המחיר מלכתחילה אילולא ידעה כי ליריבתה יש אינטרס עסקי מובהק ללכת בעקבותיה.⁴⁶ בשל התנאים של שוק הדלק שתוארו לעיל – שבו המחיר מפורסם באופן ברור וגלוי לכל, המוצר הוא אחד והתחנות סמוכות זו לזו – כל אחת מחברות הדלק חייבת להביא בחשבון במכלול שיקוליה העסקיים את תגובתה הצפויה של יריבתה. כל חברה פועלת באופן עצמאי במובן זה שהיא אינה מתייעצת עם האחרת, ואין כל אינטראקציה מקדימה בין התחנות, אך החלטתה תלויה באחרת במובן זה שהיא פועלת בהסתמך על התנהגותה הצפויה של האחרת. התנהגות אסטרטגית זו, המצויה בטווח שבין התנהגות תחרותית טהורה לבין תיאום, קרויה "התאמה אוליגופוליסטית".⁴⁷ הסכנה הטמונה בה מצויה באפשרותה ליצור לחברות הפועלות בשוק אוליגופוליסטי כות שוק הפוגע בתחרות, בלא אפשרות משמעותית לפקח על כוח זה.⁴⁸

הקטגוריה הרביעית והאחרונה כוללת מצבים שבהם התנהגות המקבילה, המתאימה את התנהגות החברה לזו של יריבותיה, הינה הרצדדית, ומקדמת רק את האינטרס של אחד הצדדים בשוק. דוגמה מעצינת להתאמה הרצדדית כאמור מתקיימת בשוק של מהדורות החדשות הטלוויזיוניות. השוואה שנערכה בין זמני שידור פרסומות בזמן שידור מהדורות החדשות בשני ערוצים מתחרים העלתה כי הפרסומות משודרות במקביל, כך

45. זאת, בהנחה שהתחנה השנייה יכולה לעמוד בניקוש המוגדל.

46. ראו, למשל: A. Rapoport *Two-Person Game Theory: The Essential Ideas* (A. Arbor: 1966) 127.

47. P.E. Areeda & H. Hovenkamp *Antitrust Law – An Analysis of Antitrust Principles and Their Application* (New York, 2nd ed., 2003, Vol. VI) 207.

48. לדין בסוגיה זו ראו מ' (שיצר) גל, מ' פרלמן וס' סולומון "הכרזה על קבוצת ריכוז – פתרון חלקי לבעיית ההתאמה האוליגופוליסטית?" צפוי להתפרסם במשפטים (תשס"ז).

שמי שמבקש לעבור למהדורת החדשות של הערוץ המתחרה בעת שידור הפרסומות לא יוכל לצפות במהדורת החדשות המתחרה. פרנסי הערוץ החדש, אשר מבקש להתבסס כחלופה טובה לחדשות הערוץ הוותיק, טענו כי הדבר אינו מקרי, וכי הערוץ הוותיק מבקש למנוע את קהל צופיו מלהיחשף לחלופה חדשית.⁴⁹ אם טענה זו נכונה, אזי קיימת בשוק התנהגות מקבילה שהיא תוצאה של התאמה חד-צדדית, בבחינת תחול ועכבר. התנהגות זו בוודאי אינה מהווה "הסדר" כנדרש בחוק ההגבלים העסקיים.⁵⁰

מה מעמדה המשפטי של התאמה אוליגופוליסטית? לאחרונה קבע בית-המשפט העליון, בעניין קרטל חברות הביטוח, כי התאמה אוליגופוליסטית הינה חוקית: "...התנהגות עסקית דומה או זהה של מתחרים, אשר כל אחד מהם מחליט עליה באופן עצמאי, אף אם הוא מושפע מהתנהגות המתחרים האחרים, איננה מהווה הפרה של דיני ההגבלים העסקיים."⁵¹ פסק-הדין עושה צעד חשוב להבהרת הדין, אולם גותרת עדיין על כנה השאלה מה התאמה אוליגופוליסטית כוללת, ומהו קו הגבול בינה לבין תיאום אסור. כן נשאלת השאלה מדוע, אם בכלל, יש לפטור התאמה אוליגופוליסטית מתחולת חוק ההגבלים העסקיים. שאלות אלה יהיו את מוקד הדיון ביתרת המאמר.

ג. ניתוח כלכלי של תיאום והתאמה אוליגופוליסטית

על-טנת שנוכל לשרטט את קו הגבול בין תיאום אסור לבין התאמה מותרת, ולבחון אם הדין המצוי הוא גם הדין הדיני, עלינו להכיר את סוגי ההתנהגויות המאפיינות חברות הפועלות בשווקים שונים, ואת התנאים הכלכליים הנדרשים לסוגי ההתנהגויות כאמור. פרק זה יבחן תנאים אלה.

1. שלושת התנאים לקיומו של תיאום

כתבאי תחרות חברות מתחרות על ליבו – ועל כיסו – של הצרכן, בהתאם למודל התחרותי הקלסי, בשוק שפועלות בו חברות רבות אשר דומות זו לזו במאפייניהן הכלכליים ומייצרות מוצרים זהים, ואשר לצרכנים בו יש מידע מלא, שום חברה אינה יכולה להשפיע על המחיר, והוא יעמוד בנקודת שיווי-המשקל בגובה עלותה השולית של היחידה האחרונה של המוצר או השירות. מוכר אשר יעלה את מחירו מעל למחיר השוק, ולו במעט, יאבד מייד את כל לקוחותיו. שיווי-משקל זה, הנוצר כתוצאה מהדינמיקה הפנימית בשוק ללא כל צורך בהתערבות היצרנית, הינו סוד קסמה של היד הנעלמה של

49 ע' באלניט "אין לאן לברוח" הארץ 9.11.2004 [URL: <http://e.walla.co.il/?w=/1000/>].623198

50 ניתן אולי להסדיר התנהגות זו תחת הוראות פרק ד לחוק ההגבלים העסקיים, האוסר ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי.

51 עניין קרטל חברות הביטוח, לעיל הערה 7, פסקה 80.

השוק.⁵² אולם בתנאים אלה מצטמצמים רווחיהם של היצרנים באופן משמעותי, כך שמעבר לכיסוי עלויות הייצור שלהם נותר בידם רק הרווח המינימלי הדרוש ליצירת תמריץ לפעולה עסקית. תחרות משוכללת אומנם מתקיימת לרוב רק בספרי הכלכלה, אולם גם בשווקים שבהם לא מתקיימים כל התנאים הנדרשים לתחרות משוכללת, התחרות בין החברות שותקת את רווחיהן של החברות הפועלות בו, אשר חייבות להציע מחיר גמוך יותר או מוצר איכותי יותר על-מנת לשרוד בשוק.

במצב־דברים זה לא ייפלא כי חברות מתפשות דרכים אשר יפחיתו את הלחץ התחרותי ויקלו עליהן להגדיל את רווחיהן. אסטרטגיה עסקית אפשרית אחת היא השגת יתרון יחסי של החברה על מתחרותיה בדרך של הגדלת יעילותה היצרנית או הדינמית. תכרה המורידה את עלויותיה באופן משמעותי יחסית לאלה של מתחרותיה יכולה להשיא את רווחיה בדרך של הורדת המחיר והגדלת הכמות שהיא מוכרת. לחלופין, היא יכולה ליהנות מיתרון תחרותי שיגדיל את רווחיה אם תיצור מוצר או שירות חדש, אשר הצרכנים יעדיפו על הקודם ואף יהיו מוכנים לשלם בעבורו יותר. חברות עשויות גם ליצור מיזם משותף לקידום מטרה משותפת, אשר מגביל אומנם את התחרות אך יתרונותיו לרווחה החברתית מאזנים הגבלה זו. דרכים אלה להפחתת הלחץ התחרותי מקדמות את האינטרס הכלכלי של המתחרה וכן מגדילות לרוב את הרווחה המצרפית.

אולם האסטרטגיה העסקית להפחתת הלחץ התחרותי ולהגדלת הרווח העסקי אינה מוליכה תמיד גם להגדלת הרווחה המצרפית. דרך נוספת לצמצום הלחץ התחרותי שחברות נוקטות היא הגבלה מלאכותית ומכוונת של התחרות בין המתחרים בשוק על-ידי פעולה מתואמת ביניהן. הגבלת התחרות יכולה להיעשות במגוון רחב של דרכים, לרבות תיאום מחירים, תיאום כמויות, חרם על מתחרה או פעולה קולקטיבית אחרת הפוגעת בתחרות. לחברות יש תמריץ לתאם ביניהן מכיוון שתיאום כאמור גורם לכך שהרווח של כל אחד מחברי ההסדר יגדל בהשוואה לרווח שהיה צובר אילו מחיר המוצר ותנאי מכירתו היו נקבעים על-ידי כוחות השוק בדרך של תחרות. תיאום כאמור פוגע ברווחה המצרפית, בהעלותו את המחיר בשוק בלא יתרונות מאונים לרווחה החברתית ("קרטל"). אסטרטגיה עסקית נוספת לצמצום התחרות היא התאמה אוליגופוליסטית, שעליה ירחב הדיבור בהמשך.

חתן פרס נובל לכלכלה, הפרופסור ג'ורג' טשיגלר, חקר את הגורמים המאפשרים לפירמות לתאם. מתקר זה הוביל לזיהוי התנאים המחזוריים הנדרשים על-מנת לתאם בהצלחה פעולות עסקיות:⁵³ (1) הסכמה (במפורש או במרומז) על תנאי התיאום בין הפירמות בשוק; (2) יכולת לזהות סטייה של מתחרים מההתנהגות המוסכמת; (3) יכולת להעניש מתחרים בגין סטייה מההתנהגות המוסכמת. נוסף על שלושת התנאים הללו, על-מנת שתיאום יצליח יש צורך שכוח השוק הכולל של הגופים המתאמים יהיה גדול דיו

A. Smith *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* 52 (London, 1776).

C. Shapiro "Theories of Oligopoly Behavior" *Handbook of Industrial Organization* (New York, R. Schmalensee & R.D. Willig eds., 1989, Vol. I) 329, 356–357; G.J. Stigler "A Theory of Oligopoly" 72 *J. Pol. Econ.* (1964) 44

להעלות את המחיר מעל לרמתו הקיימת בשוק, שאם לא כן לא תהא לתיאום ביניהם כל השפעה על המחיר בשוק. תנאי הכרחי נוסף בגור מהאיסור בחוק: מקום שתיאום כאמור הינו בלתי-חוקי, על הצדדים לקיים את שלושת התנאים המהזוריים מבלי להתגלות על-ידי רשויות האכיפה, לפחות לא באופן מידי.

התנאי הראשון מחייב שההברות יסכימו על רמת המחירים ועל יתר התנאים העסקיים למכירה, כדי להבטיח שלא תהיה שונות – במחיר, בתנאי ההספקה וכדומה – שעלולה לגרום לתחרות בשוק. על-מנת שתנאי זה יתמלא, יש להבטיח כי כל אחד מהמתחרים ייהנה מן ההסדר, שאם לא כן הוא לא ייתן את הסכמתו לו מלכתחילה. למשל, קביעת המכסות שאותן ייצרו היצרנים המשתתפים בהסדר תיעשה לרוב ביחס ישר לנתח השוק שהחזיקו לפני ההסכמה, שכן יצרן שנתח השוק שלו תחת תנאי ההסדר יהיה קטן מנתחו לפני ההסדר עלול לא להסכים להגביל את תפוקתו.⁵⁴ לא למותר להדגיש כי ההתנהגות המתואמת אינה מחייבת התנהגות זהה. למשל, ייתכן שהחברות יסכימו ביניהן כי כל אחת תייצר כמות שונה או מוצר שונה במקצת. אין בכך כדי לפגוע בקיומו של הסדר, אף שייתכן שיהא בעובדה זו כדי להקשות על הרשויות להוכיחו ולאכוף את איסורו. למען הנוחות נגדיר במאמר זה גם הסכמה זו כהסכמה לביצוע פעולה מקבילה.

שני התנאים הנוספים מטרתם להבטיח כי לכל חברת יהיה תמריץ חזק לא לסטות מההסכמה האמורה. בשל העובדה שגם בקרטל כל חברה מפעילה עדיין שיקול-דעת עצמאי, יש צורך שהסטוס-קוו ישיא את רווחיה בכל רגע נתון בהשוואה למצבים אפשריים אחרים בתנאי השוק הקיימים. הקרטל יוצר שיווי-משקל לא יציב אינהרנטית, שכן כל חברה שוקלת בכל רגע נתון את העובדה שאם תסטה מהסטוס-קוו ותוריד מחירים, ולו במעט, יגדל נתח השוק שלה על-חשבון מתחרותיה. זאת, מכיוון שאם אין הבדל רב בין המוצרים בעיני הצרכנים, אוי גם הבדל קטן במחיר יניע אותם לעבור ולרכוש את המוצר הזול יותר. על-כן חיוני ונחוץ שיהיו לקרטל מערכי מעקב ופיקוח על חבריו, ושסטייה מההסכמה תלווה ענישה אשר תוריד את רווחיה של החברה אל מתחת לרווחים שהייתה גורפת אילו לא הייתה סוטה מההסדר. ניתוח תמריציה של חברה לסטות מהסטוס-קוו הוא דינמי וארוך-טווח. למשל, כל חברה תשקול לא רק את התוצאה המיידית של חיתוך מחיר, דהיינו גידול בכמות הלקוחות, כי אם גם את התנהגותן הצפויה של מתחרותיה ואת הקסנת רווחיה כתוצאה מתגובה זו. נניח כי העונש על גילוי סטייה הוא מלחמת-מחירים. מלחמה כזו עשויה להפחית את הכראיות שבסטייה, אולם תוצאתה תלויה במשכה ובאמינותה. ראשית, על שאר החברות להיות בעלות יכולת להגדיל את כושר הייצור שלהן באופן מידי על-מנת להגדיל את הכמות בשוק ובדרך זו להוריד את מחיריהן. שנית, אסטרטגיה זו אמינה רק אם כדאי יותר לשאר החברות לפתוח במלחמת-מחירים מאשר לאפשר פשוט לסוטה לייצר יותר.⁵⁵ יש אסטרטגיות שונות שתברות עשויות

54 אלא אם כן רווחיו תחת האסטרטגיה החדשה יהיו גבוהים יותר, אם משום שמחירו של כל מוצר יהיה גבוה יותר ואם משום שיתר חברי הקרטל ישלמו לו פיצויים בעבור הקסנת רווחיו תמורת הגדלת הרווח הכולל של חברי הקרטל.

55 J.B. Baker "Two Sherman Act Section 1 Dilemmas: Parallel Pricing, the

לאמץ על-מנת להגביר את אמינות ההענשה. למשל, חברות יכולות לכלול בחוזהן התחייבות לדרוש את המחיר הנמוך ביותר הקיים בשוק, ובדרך זו להתחייב למעשה להעניש מתחרה אשר יסטה מן המחיר המוסכם. בבסיס פעולות אלה עומד פרדוקס: כל מעולה אשר תאפשר לחברה או תחייב אותה במצבים מסוימים לפעול באופן תחרותי יותר עלולה לחזק את ההתנהגות המתואמת או המותאמת על-ידי יצירת אמינות גבוהה יותר להענשת הסוטה.⁵⁶

בעבר טענו הכלכלנים מאסכולת שיקגו כי הנטייה לחיתוך מחירי הקרטל גדולה עד כדי כך שהקרטלים הינם בלתי-יציבים ואינם מהווים בעיה תחרותית כלל. אולם מחקרים תיאורטיים, כמו גם מספרם הרב של הקרטלים שהתגלו על-ידי רשויות התחרות בעולם, הוכיחו כי אין הדבר כך, וכי קרטלים רבים, דוגמת קרטל הנפט המפורסם אופ"ק (OPEC),⁵⁷ מחזיקים מעמד תקופות ארוכות, ופגיעתם ברווחה התחרותית רבה.

2. התאמה אוליגופוליסטית

אוליגופול משמעו בלטינית "מוכרים מעטים". שוק אוליגופוליסטי מוגדר כשוק הנשלט על-ידי מספר קטן של גופים עסקיים. המאפיין העיקרי של שווקים אוליגופוליסטיים הוא התלות ההדדית בין הגופים הפועלים בו: החלטותיו של כל גוף עסקי משפיעות מיידית על יריביו. בהתאם לכך, כל חברה מקבלת את החלטותיה העסקיות תוך התחשבות בתגובתן הצפויה של מתחרותיה. מאפיין זה גורם לכך שפעמים רבות התחרות בין הפועלים בשוק אוליגופוליסטי הינה מועטה, בשל ההכרה של כל אחד מהשחקנים בשוק כי קיים אינטרס משותף בשמירה על סטטוס-קוו של מחיר, כמות, איכות ושאר הפרמטרים העסקיים, אשר ישיא את רווחיהם.⁵⁸ בשוק תחרותי כל חברה שתעלה את המחיר שלה מעבר למחיר התחרותי תעמוד מול אובדן של חלק משמעותי מקהל לקוחותיה, ועל-כך תימנע מהעלאתו. בשוק אוליגופוליסטי, לעומת זאת, חברה המעוניינת להעלות את מחירה יכולה להניח בדרגת סבירות גבוהה יחסית שגם מתחרותיה יבינו את האינטרס המשותף שלהן בהעלאת המחיר ויפעלו כמות. התנהגות מקבילה זו עולה בקנה אחד עם האינטרס הפרטי של כל אחת מהחברות, אשר מביא בחשבון את תגובתן של יריבותיה על מעשיה, ומתבסס על העובדה שפעולה מקבילה עשויה ליצור כוח שוק.⁵⁹ בבסיס הסטטוס-קוו של

Oligopoly Problem, and Contemporary Economic Theory" 38 *Antitrust Bull.* (1993) 143.

Shapiro, *supra* note 53, at p. 357 56

International Association of Machinists and Aerospace Workers (IAM) v. Organization of Petroleum Exporting Countries (OPEC) 477 F.Supp. 553 (1979).

לניתוח וסקירה של המודלים הכלכליים בנושא שווקים אוליגופוליסטיים ראו, למשל: F.M. Scherer & D. Ross *Industrial Market Structure and Economic Performance* (Boston, 3rd ed., 1990) chs. 6-8; Shapiro, *supra* note 53

להכרה בייחודיותו של שוק אוליגופוליסטי ראו, למשל, ה"ע (י"ם) 469/98 דלק חברת 59

האוליגופול לא עומד לרוב תיאום מקדים, כי אם התאמת פעולותיה של כל חברה בשוק לאלה של מתחריה.

ניתן להבחין בין שני סוגים של אסטרטגיות המאפיינות שווקים אוליגופוליסטיים: לא־קואופרטיבית וקואופרטיבית. המודל הלא־קואופרטיבי מתבסס, עד היום, על המודלים הכלכליים שפיתחו שני כלכלנים צרפתיים מהמאה התשע־עשרה – קורנו וברטרנד. המודל של קורנו כולל כמה חברות, הקובעות פעם אחת בלבד את הכמויות שהן מייצרות.⁶⁰ כל אחת מהחברות מתייחסת לכמויות שהחברות האחרות מייצרות כאל כמות קבועה. המחיר בשוק נקבע, על־פי המודל, בנקודת המפגש של עקומות הכמויות, הנקראת "שיווי־משקל קורנו". המחיר בשיווי־משקל קורנו מושפע כאופן ישיר ממספר הפירמות בשוק – ככל שיש פירמות רבות יותר בשוק כן המחיר יורד לכיוון המחיר התחרותי, וככל שמספרן בשוק קטן יותר כן המחיר עולה לכיוון המחיר הקרטליסטי. זהו שיווי־משקל יציב יותר משיווי־משקל קרטליסטי, מכיוון שכל פירמה פועלת באופן עצמאי ומשיאה את רווחיה שלה, כך שאין אף לאחת מהן אינטרס לסטות משיווי־המשקל.⁶¹ ההנחה שמודל קורנו מבוסס עליה, שלפיה חברות מתחרות בשוק על־ידי קביעת הכמות שהן מייצרות, ולא על־ידי קביעת המחיר, נחזתה בעייתית. כתמישים שנה לאחרי־מכן יצר הכלכלן ברטרנד מודיפיקציה למודל קורנו, כאשר הניח כי חברות מתחרות בדרך של קביעת מחיריהן.⁶² גם במודל זה לכל מתחרה יש הזדמנות אחת בלבד לקבוע את המחיר הנדרש. תוצאתו של המודל היא שהמחיר בשוק האוליגופוליסטי זהה לזה של שוק תחרותי. בעוד מודל זה מבוסס על הנחה מציאותית יותר בדבר המשתנה שבו החברות מתחרות, הרבה מבין יתר הנחותיו בעייתיות, לרבות ההנחה שהמוצרים הינם חלופיים לחלוטין, שעלות הייצור השולית הינה קבועה וזהה לכל המתחרים, ושאינן מגבלות של כושר ייצור. הבעייתיות במודלים אלה הובילה לפיתוחם של מודלים לא־קואופרטיביים מתוחכמים יותר, אשר עסקו אף הם בשאלה כיצד מתחרים בשוק מגיעים לתנאים על־תחרותיים ושומרים עליהם. חשיבותם של מודלים אלה, המניחים כי כל שחקן בשוק מקבל החלטה חד־פעמית ללא תקשורת קודמת עם מתחריו, נעוצה, בין היתר, בהוכחה שתגובתו הצפויה של היריב משפיעה מלכתחילה על קבלת ההחלטה של חברה אוליגופוליסטית. במקביל התפתחו מודלים קואופרטיביים אשר הגמישו חלק מהנחות המוצא הלא־מציאותיות של המודלים הלא־קואופרטיביים, והתמקדו בשווקים דינמיים תחת ההנחה כי האינטראקציה בין החברות הינה רב־פעמית ונמשכת. מודלים אלה אוטנם יציבים פחות

הדלק הישראלית בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, תק"מ 112001 (1)3669, פסקה 132.

A.A. Cournot *Recherches sur les Principes Mathématiques de la Théorie des Richesses* (Paris, 1838) 60

Shapiro, *supra* note 53, at p. 336 61

J. Bertrand "Revue: Théorie Mathématique de la Richesse Sociale, par L. Walras; Recherches sur les Principes Mathématiques de la Théorie des Richesses, par A. Cournot" *J. des Savants* (1883) 499 62

מהמודלים הלא-קואופרטיביים, אולם הם רווחיים הרבה יותר לחברות הפועלות עליהם, מכיוון שהם משיאים את רווחי הקבוצה, ולא רק את רווחי היחיד הנדרש לקבל החלטה חד-פעמית. המטוטלת נעה בין שני סוגי מודלים קואופרטיביים עיקריים. הכלכלנים המבניים (Structuralists), שמווהים עם אוניברסיטת הארוורד ואשר ימי פריחתם היו בשנות החמישים והשישים של המאה הקודמת, טענו כי כאשר מבנה השוק הוא ריכוזי, התחרות מושפעת מהתלות ההדדית, הגורמת לירידה בכמות ולעלייה במחיר.⁶³ תיאוריה זו, אשר תרומתה העיקרית הייתה זיהוי תנאי השוק המקילים התאמה אוליגופוליסטית, הייתה קיצונית במובן זה שמסקנתה הייתה כי בשווקים אוליגופוליסטיים מחיר גבוה הוא בלתי-נמנע כמעט. מסקנה זו בוקרה על-ידי כלכלני האסכולה ההתנהגותית (Behavioralists), המוהים בעיקר עם אוניברסיטת שיקגו. זרם זה הוביל על-ידי סטיגלר, אשר מחקריו הניבו את התובנה כי אף שריכוזיות גבוהה היא תנאי להתאמה, אין זה בלתי-נמנע שבשוק אוליגופוליסטי תתקיים תחרות.⁶⁴ לתנאים הייצוניים לשוק (כגון גובהם של חסמי הכניסה והיתרונות לגודל) כמו-גם לגורמים פנימיים לו (דוגמת כושר הייצור של כל חברה ויעילותה היחסית) יש השפעה ישירה על הסיכוי שהתאמה אוליגופוליסטית אכן תתקיים בשוק.

על-מנת שהתאמה אוליגופוליסטית קואופרטיבית תתקיים, על שלושת התנאים המחזוריים של התיאום להתקיים גם כאן, ראשית, על החברות "להסכים" על רמת המחירים ועל יתר התנאים להספקה, דוגמת רמת השירות ותנאי התובלה. אולם בשוק אוליגופוליסטי ה"הסכמה" אינה חייבת להיות מפורשת כל עוד השינוי בתנאי המכירה גלוי והנוסחה או הדרך לקביעתו ידועים לכל המתחרים. הדרך המקובלת ביותר למילוי תנאי זה היא מנהיגות מחירית (price leadership) של אחד המתחרים בשוק, לרוב החברה הגדולה ביותר.⁶⁵ בהתאם לדפוס פעולה זה, אחד המתחרים בשוק משנה את תנאי המכירה באופן שיהיה לדעתו רווחי לכל המתחרים, וכל היתר מחירים-מחזיקים אחריו אם פעולה זו אכן כדאית להם. אסטרטגיה זו הודגמה בתרחיש תהנות-הדלק לעיל.⁶⁶ נוסף על כך יש צורך שלכל חברה יהיה תמריץ חזק לא לסטות מן ה"הסכמה" האמורה. גם כאן נדרש קיומם של מנגנוני פיקוח ואכיפה. ענישה אפקטיבית יכולה להיות, למשל, סטייה של שאר המתחרות בשוק מהסטטוס-קו ואי-השתתפותן במשחק חוזר בעתיד. אף ששלושת התנאים המחזוריים נדרשים גם כאן על-מנת ליצור תיאום או התאמה, ההבדל מצוי ב"טבעיות" ההגעה לפעולה המקבילה ובכלים לאכיפתה. בעוד תיאום מחייב פעולה אקטיבית על-מנת להגיע להסכמה, בהתאמה אוליגופוליסטית תנאי השוק מאפשרים לחברות לפעול בצורה המשיאה את רווחי הקבוצה גם ללא הסכם מקדים. נוסף על כך, כלי הגילוי והענישה על סטייה מהתאמה הינם מוגבלים יותר מאלה העומדים לרשות חברים בהסדר. בשווקים

63 ראו, למשל: J.S. Bain "Relation of Profit Rate to Industry Concentration: American Manufacturing, 1936-1940" *The Quarterly J. of Econ.* (1951) 293, 323.

64 Stigler, *supra* note 53.

65 Areeda & Hovenkamp, *supra* note 47, at p. 211.

66 ראו לעיל את הטקסט הנלווה להערות 45-48.

אוליגופוליסטיים שקשה לקיים בהם את שלושת התנאים המחזוריים ייתכן שהשוק יתאפיין באסטרטגיה לא-קואופרטיבית, כמפורט לעיל.

ניתוח שווקים אוליגופוליסטיים מבוסס בשלושת העשורים האחרונים כמידה רבה על תורת המשחקים, המהווה כלי מרכזי להבנת ולביתוח של הדינמיקה בשווקים אלה.⁶⁷ תורה זו מבקשת למצוא את נקודות שיווי-המשקל בשוק, דהיינו, את האסטרטגיות העסקיות המשיאות את הרווח של כל מתחרה הפועל באופן רציונלי להשאת רווחיו, בהינתן תנאי שוק מסוימים. תורת המשחקים מניחה שכל חברה פועלת לפי האסטרטגיה המיטיבה עימה, תוך ניתוח האסטרטגיות הטובות ביותר בעבור מתחרותיה.⁶⁸

הנה כי כן, תורת הכלכלה אינה יוצרת מודל יחיד של התנהגות בשוק אוליגופוליסטי, והתוצאה תלויה בתנאי השוק הקיימים ובמבנהו. על-כן אי-אפשר ליצור כללים כלליים אשר יחזו את התנהגותם של השווקים האוליגופוליסטיים. בה-בעת אין עוררין על כך שבשווקים אוליגופוליסטיים קיימת נטייה להתנהגות מותאמת.

3. התנאים הכלכליים הנדרשים לצורך התאמה אוליגופוליסטית

האפשרות להגיע להתאמה אוליגופוליסטית ומידת הצלחתה מושפעות כמידה רבה מהתנאים הכלכליים השוררים בשוק. חלק מהתנאים מסייעים בהגעה ל"הסכמה", לפי המודל של מטיגלר; וחלק מסייעים בויהוי סטייה של מתחרים ובענישתה. לא כל התנאים צריכים להתקיים בו-זמנית על-מנת שההתאמה תצלה. אולם ככל שיתקיימו פרמטרים רבים יותר כן תגדל הנטייה של השוק להתאמה. כפי שיפורט להלן, הכרת תנאים אלה תקל את ההבחנה בין תיאום לבין התאמה. מקום שתנאי השוק לא יכלו לתמוך בהתאמה אוליגופוליסטית, פעולה מקבילה שאינה מונעת משינויים חיצוניים בשוק מהווה אינדיקציה לתיאום אסור בין המועלות בשוק.

ניתן לחלק את התנאים הכלכליים המשפיעים על האפשרות וההסתברות להתאמה אוליגופוליסטית לארבע קטגוריות עיקריות: פרמטרים הנוגעים במבנה השוק (מידת הריכוזיות, גובהם של הסמי הכניסה, מספר המתחרים בשוק); טבעו של המוצר או השירות הרלוונטי (מידת ההומוגניות של המוצר ושל עלויות הייצור של החברות השונות); טבען של המכירות (חד-פעמיות או נמשכות, שקיפות המחירים, גודלם של הלקוחות); וה"אישיות" של החברות (מידת האגרסיביות בניהול, חשיבותם של הישגים לטווח קצר מול הישגים לטווח ארוך). להלן גפרט את התנאים העיקריים לקיומה של התאמה אוליגופוליסטית.⁶⁹

67 תיאוריה זו פותחה לראשונה על-ידי הכלכלנים גוימן ומורגנטרן בשנות הארבעים, אולם קיבלה תנופה מחקרית רק בשנות השבעים. J. von Neumann & O. Morgenstern, *Theory of Games and Economic Behavior* (Princeton, 3rd ed., 1953).

68 D.A. Yao & S.S. DeSanti "Game Theory and the Legal Analysis of Tacit Collusion" 38 *Antitrust Bull.* (1993) 113.

69 תנאים אלה דומים לאלה המקילים קיומו של קרטל. לפירוס תנאים אלה ראו: Areeda & Hovenkamp, *supra* note 47, Vol. VI, sec. 1430 & Vol. IIA, sec. 404c.

התנאי העיקרי לקיומה של התאמה אוליגופוליסטית הוא מיעוט מתחרים פוטנציאליים המודעים זה לקיומו של זה. ככל שמספר המתחרים בשוק קטן יותר, ההתאמה האוליגופוליסטית קלה יותר. זוהי תוצאה אינטואיטיבית וברורה, הנובעת מכך שככל שמספר המתחרים קטן יותר כן קל יותר להגיע לסטטוס־קוו שיהיה מקובל על כל המתחרים בשוק, במיוחד בהעדר תקשורת ישירה. מתקרים אמפיריים הוכיחו כי קיימת סבירות גבוהה שייגבו מחירים על־תחרותיים בשווקים שבהם ארבע החברות הגדולות שולטות ב־50%–80% מהשוק ויותר.⁷⁰

תנאי חשוב נוסף עניינו גובהם של חסמי הכניסה לשוק, ככל שחסמי הכניסה לשוק גבוהים יותר, דהיינו קשה יותר לגופים עסקיים להיכנס לשוק או להתרחב בו, יכולתן של החברות הפועלות בו להתאים את פעולותיהן גוברת. הטעם לכך הוא שגם אם הן יצלו את המתיר מעל למחיר התחרותי, אין חשש רב שפעולה זו תגרום לכניסתו של מתחרה חדש אשר יבקש ליהנות מהרווחים העל־תחרותיים. כך, למשל, מיסי ייבוא גבוהים מגינים על חברות ישראליות מפני כניסתם של יבואנים מתחרים, ומקילים את ההתאמה בין החברות המקומיות.

הומוגניות של מאפייני הפירמות, של מבנה עלויותיהן ושל המוצרים הנמכרים בשוק מקילה התאמה אוליגופוליסטית. ראשית, מקום שקיימת אי־סימטרייה בתנאים אלה קשה יותר לפירמות "להסכים" על מדיניות מחירים משותפת. בהעדר תקשורת ישירה, הפערים בין הפירמות יקשו מציאת "נקודת־ייחוס" משותפת. שנית, ככל שהפרמטרים שבהם קיימת שונות רבים יותר כן קשה יותר לפקח על סטייה מהסטטוס־קוו. שלישית, גם אם יצליחו החברות "להסכים" על מדיניות מחירים משותפת, יהיה קשה למנוע את המתחרים בעלי מבנה העלויות הגמוך יותר מלסטות ממנה. קיומו של מתחרה שמבנה העלויות והתמריצים שלו שונה באופן מהותי מזה של המתחרים האחרים עשוי לסכל התאמה אוליגופוליסטית בשוק.⁷¹

שקיפותן של העסקות בשוק מקילה אף היא התאמה אוליגופוליסטית. ככל שלמתחרים בשוק יש מידע זמין ומדויק יותר על תנאי העסקות של מתחריהם, כן זיהוי הסטייה מתנאי ההתאמה יהיה מהיר יותר, הענישה עשויה להיות אפקטיבית יותר, והתמריץ לסטות מן ה"הסכמה" יהא קטן יותר מלכתחילה. גם שונות גבוהה בביקוש מקשה התאמה אוליגופוליסטית. כאשר הביקוש יציב לאורך זמן, מתחרה שמגלה כי מכירותיו קטנו באופן משמעותי יוכל לייחס עובדה זו לסטייה של המתחרים מהסטטוס־קוו בשוק. לעומת זאת,

70 לפירוט מחקרים אלה ראו: *Ibid.*, Vol. IIA, sec. 404d. לא למותר לציין כי גם בשווקים ריכוזיים ייתכן שמחירים גבוהים ינבעו מסיבות אחרות זולת התאמה אוליגופוליסטית, דוגמת יצילות גבוהה של כמה חברות מובילות.

71 ראו את הנימוקים להתנגדות הממונה על הגבלים עסקיים למיזוג בין: כרמל מערכות מיכלים בע"מ – בסט קרטון בע"מ (טרם פורסם, 31.8.2003), ניתן לצפייה באתר רשות ההגבלים העסקיים [URL: <http://www.antitrust.gov.il>] (להלן: אתר רשות ההגבלים העסקיים), מספר פרסום 3018317. כן ראו: D. Gilo "The Anticompetitive Effect of 'Passive Investment'" 99 *Mich. L. Rev.* (2000–2001) 1, 16–20.

כאשר הביקוש אינו יציב, הוא לא יוכל לדעת בבירור אם הידידה במכירתו היא תוצאה של סטייה או של שינוי בביקוש.⁷² גם קיומן של הזמנות קטנות וחוזרות מסייעות בהתאמה אוליגופוליסטית. כאשר השוק מתאפיין במספר גדול של עסקות שכיחות וחוזרות, קל יותר למתחרים לגלות סטייה ולהעניש בגינה.⁷³

"אישיות" החברה משפיעה אף היא על אפשרות ההתאמה. למשל, חברה המבקשת "לנצר" את השוק ולפעול באופן אגרסיבי למען הגדלת נתח השוק שלה עליהשבון מתחרותיה (בין היתר, למען העלאת ערכה בשוק או על-מנת לתמרץ חברות מתחרות להתמוג עימה) תקשה קיום התאמה. גם מסרות כלכליות שייחודיות לחברה או למנהליה – דוגמת רצון להראות רווחים גדולים במיוחד בשנת מס מסוימת – עשויים להקשות קיום התאמה.

ד. הדין המצוי והדין הראוי

שאלת מעמדה המשפטי של התאמה אוליגופוליסטית היוותה – ומהווה עדיין – סלע־מחלוקת ברחבי העולם. ניתן להבחין בין שתי גישות עיקריות: זו הקובעת כי התאמה אינה מהווה הסדר וזו השוללת מסקנה זו. המשפט האמריקאי והמשפט האירופי מאמצים לרוב את הגישה הראשונה, אולם יש מלומדים, ובראשם השופט והמלומד פוזנר, התומכים באימוץ גישה הפוכה. להלן ננתח את הרציונל העומד בבסיסן של גישות אלה, על-מנת שנוכל לקבוע מהו הדין הרצוי בשאלה זו. אולם ראשית נפרט את ההלכה הנוהגת בישראל.

1. הגישה שאומצה בישראל

שאלת מעמדה המשפטי של התאמה אוליגופוליסטית בדין הישראלי הוכרעה בבית-המשפט העליון רק בעת האחרונה, בפסק-הדין בעניין קרטל חברות הכיטוח. קודם לכן היא נדרשה להכרעה רק בשני עניינים נוספים – בת"א (ת"א-יפו) 2738/99 שאבי נ' פלאסון תקשורת בע"מ⁷⁴ ובעניין חברות הגז – אשר גידונו לפני בתי-המשפט המחוזיים. בסדרם נבחן את הלכתו של בית-המשפט העליון, יש מקום לשאול מדוע לא נדרשו בתי-המשפט לשאלה זו בתדירות גבוהה יותר, בעיקר לנוכח העובדה שהתאמה אוליגופוליסטית הינה תופעה שכיחה בישראל. ההסבר לאנומליה זו מצוי בגישתם של

M. Ivaldi, B. Jullien, P. Rey, P. Seabright & J. Tirole "The Economics of Tacit Collusion" Report for DG Competition, European Commission (2003) [URL: http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/review/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf]

⁷³ Gilo, *supra* note 71, at p. 17

⁷⁴ תק"מ 312002 (3) 2019 (להלן: עניין הטלפונייה הניידת).

הגורמים האמונים על אכיפת חוק ההגבלים העסקיים, ובראשם רשות ההגבלים העסקיים, אשר ראו בהתאמה תופעה תוקית, אף אם בלתי־רצויה.⁷⁵ משכך, לא הועמדו לדין חברות בנינה ולא הוצאו החלטות מנהליות בשאלת מעמדה המשפטי, וממילא לא נזקקו בתי־המשפט לבחינת שאלה זו. עם זאת, הממונה היה מודע לתוצאותיה של התאמה אוליגופוליסטית על פעולתו של המשק, ונקט כמה צערי אכיפה "רכים" כדי לטפל בה, ככל שאלה היו בידו. למשל, בתחילת שנות התשעים הגיע הממונה להסדרי פשרה עם חברות שהועמדו לדין באשמת עריכת הסדר כובל, שלפיהם מנהליהן הככירים לא יועמדו לדין, ובתמורה הן לא ינקטו פעולות אשר עלולות להקל את ההתאמה או התיאום בין המתחרים בשוק. בדרך זו "עקף" הממונה את מגבלות החוק, ויצר הסדרים רגולטוריים – אף אם מוגבלים ומוגדרים – להקטנת החשש מפגיעה עתידית בתחרות בשוק.⁷⁶

בשניים מבין שלושת המקרים שבהם נדרשו בתי־המשפט לשאלת מעמדה של התאמה אוליגופוליסטית – בעניין קרטל חברות הביטוח ובעניין חברות הגז – היה רגולטור ספציפי מעורב בהסדרת השוק, ועל־כן עלתה השאלה אם הפעולה המקבילה היא תוצאתה של ההסדרה הישירה של הרגולטור או שמא היא תוצאתו של הסדר בין החברות החורג מגדר ההסדרה. שתי ההחלטות מעלות את האפשרות שדווקא התערבות ממשלתית עלולה להקל פעולה מקבילה של חברות הפועלות בשוק. בשוק הביטוח, למשל, הניסיון להגן על הצרכן הפועל ללא מידע מספק יצר אחדות כפויה של מוצרים, אשר הקלה את ההתאמה. בעניין חברות הגז נידונה תביעה שהוגשה נגד חברות הגז בעילת עריכת הסדר כובל ביניהן. התביעה התבססה על העובדה שכל חברות הגז אימצו את המחירים שהופיעו בטבלת מחירי הגז שנקבעה על־ידי הממשלה. טבלה זו נועדה לקבוע מחירים מרביים לגז, ועל־כן לא היה אילון כלכלי לפעולה מקבילה. חברות הגז התבוננו כל אחת על התנהגות חברתה, וכל אחת מהן אימצה לעצמה את קו הפעולה שנקטו האחרות, דהיינו, לא לסטות מן המחיר שנקבע בטבלה. כל אחת מהן יצרה מצג ברור שכך היא נוהגת ושכך גם תנהג בעתיד, ושהיא מצפה מעמיתותיה שאף הן ינהגו כך. העובדה שהשוק היה קטן וריכוזי, והתאפיין בחסמי כניסה גבוהים, הקלה את התנהגותן המקבילה, בית־המשפט קבע כי כל הנסיבות הללו מוליכות למסקנה ברורה שהעברת המידע בטבלה והידיעה שכל חברות הגז נוהגות על־פיו יצרו הסדר כובל. מפסק־הדין לא ברור באופן חד־משמעי אם התאמה גרידא נופלת בגדרו של החוק. העובדות הצביעו על צעדים אופרטיביים שנקטו הצדדים להקלת פעולתם המקבילה, בדמות הסדרים להחלפת מידע. בה־בעת, אם מתייחסים

75 גישה זו עולה משיחות שערכה המהברת עם הממונים הקודמים, עו"ד דוד שטרם וד"ר דוד תדמור, ועם היועצת המשפטית לשעבר של רשות ההגבלים העסקיים עו"ד מיכל הלפרין, וסגנה – עו"ד אשר גושן. כל האישים האמורים סבורים כי התאמה אוליגופוליסטית אינה נכנסת לגדר "הסדר". גישה זו משתקפת גם בעובדה שאין החלטות רבות של הרשות בנושא התאמה אוליגופוליסטית ושלא הוגשו כתבי־אישום על־סמך התנהגות כאמור.

76 כפי שנראה להלן, הסדרים שמקילים את התיאום או ההתאמה בין החברות הפועלות בשוק עלולים להיחשב אף הם הסדרים כובלים. אולם כאן מדובר בפעולת־מנע מקדימה.

לקביעותו המשפטיות התיאורטיות של פסק-הדין במנותק מעובדותיו, ניתן לקרוא כאוסר התאמת מחירים.⁷⁷

גישה שונה אומצה בעניין הטלפוניה הניידת. במקרה זה הוגשה תובענה ייצוגית נגד חברת טלפונים ניידים בסענה כי בין החברות השונות נוצר הסדר כובל שעניינו גביית מחיר מרבי על-ידי כל אחת מהן בגין זמן-אוויר של מתחרותיה. בית-המשפט המחוזי דחה את הטענה, בקובעו כי "המצב בשוק הוא שגם ללא הסדר כובל ובאופן חופשי, מתוך ניסיון למינסום האינטרסים האישיים של כל אחד מהצדדים, כנראה היו [החברות] נוקטות באותה דרך ממש".⁷⁸ דהיינו, התאמה אוליגופוליסטית מותרת היא.

פסק-הדין בעניין קרטל חברות הביטוח דומה בעובדותיו לפסק-הדין בעניין חברות הגז. גם שם היה רגולטור ממשלתי – המפקח על הביטוח – מעורב בהסדרת תנאי השוק, גם שם עודד הרגולטור איסוף ותיאום של נתונים עסקיים מהחברות השונות, על-מנת לקבוע מתי וכיצד יש לשנות את תעריפי הביטוח ותנאיו. בהחלטתן קבעו שתי הערכאות השיפוטיות באופן חד-משמעי כי התאמה אוליגופוליסטית אינה מהווה הסדר: "...העבירה אינה מתגבשת כאשר מתחרים באותו שוק מעלים באופן עצמאי את מחיריהם במקביל, או במועדים סמוכים, ללא תיאום ביניהם ומתוך החלטה עצמאית של כל מתחרה ומתחרה, גם אם זו מושפעת – וסביר שכך יהיה – מהחלטותיהם של המתחרים האחרים".⁷⁹ זה גם פסק-הדין הראשון שזיכה חברות אשר פעלו בהתאמה גרידא, וגם בכך חשיבותו.⁸⁰

2. האם הדין המצוי הוא גם הדין הרצוי?

בדומה לישראל, רוב מדינות העולם אינן אוסרות התאמה אוליגופוליסטית, למרות פגיעתה ברווחה החברתית.⁸¹ בתת-פרק זה נעסוק בשאלה אם הלכה זו מהווה

77 עניין חברות הגז, לעיל הערה 25, בפסקה המתחילה במילים "אפילו אניה, כפי שהנחת, שלא היה קשר..." ("בהנחה הטובה ביותר לחברות הגז הן 'התכוננו' כל אחת בהתנהגותה של רעותה, וכל אחת מהן אמצה לעצמה את קו הפעולה שנקטו האחרות, היינו, שלא לסטות מהמידע הכלול בטבלת מבנה המחיר. כל אחת עשתה מצג ברור שכך היא נוהגת ותנהג בעתיד, וכי היא מצפה מעמיתיה שאף הם ינהגו כך. כל חברה טרחה ודאגה... להתעדכן בטבלה כל אימת שחל בה שינוי. לא היה אילוץ ברור לפעול בכל פרקציה לפי הטבלה... מדובר בשוק מצומצם שקל להשתלט עליו ובקבוצה לא גדולה של חברות גז החולשות על כל השוק, כל הנסיבות הללו מוליכות למסקנה ברורה, לפיה העברת-המידע התמים הכלול בטבלת מבנה המחיר, והיריעה שכל חברות הגז נוהגות לפיו, יצרו הסדר כובל.")

78 עניין הטלפוניה הניידת, לעיל הערה 74, פסקה ט לפסק-דינה של השופטת פלפל.

79 עניין קרטל חברות הביטוח (מחוזי), לעיל הערה 14, שער ראשון: מבוא, חלק שני – המסגרת המשפטית, פסקה 52.

80 שם, שער שלישי: אישום מס' 2 – ענף הרכב, פסקה 53.

81 OECD, *supra* note 4.

דין רצוי, אולם נעשה זאת בקצרה לנוכח העובדה שדיון זה נעשה כבר במקום אחר.⁸²

התאמה אוליגופוליסטית עשויה לפגוע בצרכנים לא פחות – ולעיתים אף יותר – מאשר קרטל, בשל יציבותה היחסית. בשל מבנהו הריכוזי של השוק הישראלי וגובהם של חסמי הכניסה אליו, פעמים רבות די בהתאמה אוליגופוליסטית לגרום להעלאת מחירים או לפגיעה אחרת בתחרות בשוק. בעייתיות זו מחריפה לנוכח העובדה שככל שתנאי השוק נוחים יותר להתאמה אוליגופוליסטית כן קטן הצורך בהסדר מפורש.⁸³ ההבחנה בין תיאום אסור לבין התאמה מותרת גם יוצרת פרדוקס: אם המטרה היא להגן על צרכנים מפני עליית מחירים ופגיעה באיכות, הכלל הנוכחי עלול להכשיר התאמה אוליגופוליסטית, שפגיעתה בצרכנים ובתחרות עלולה להיות גדולה מזו של קרטל עם כוח שוק קטן יותר. נוסף על כך, ככל שמודעותן של החברות לאיסורים שהחוק מטיל גוברת כן קשה יותר למצוא "שביל קליפות תפוזים" להסכם מפורש. סיווג התאמה כחוקית מקשה עדי-מאוד על רשויות האכיפה למנוע התנהגות מקבילה של חברות. זאת ועוד, בשל אופיו הפלילי של האיסור, המחייב רמת הוכחה "מעבר לכל ספק סביר" לקיומו של הסדר, כל מקרה גבולי – שבו לא ברור אם הראיות מספיקות להוכחת הסדר מפורש לשם החלת הדין הפלילי – אינו נאסר. גוסף על כך, רשויות האכיפה משקיעות משאבים ניכרים על-מנת לקבוע בכל מקרה לגופו אם מדובר בתיאום או בהתאמה. מדוע, אם כן, לא לאסור התאמה אוליגופוליסטית?

ואקשה עוד: ניתן לטעון כי המונח "הסדר" בחוק ההגבלים העסקיים רחב דיו לכלול בגדרו התאמה אוליגופוליסטית, דהיינו, פרשנות לשונית גרידא אין בה כדי להוציא התאמה זו מגדרו של הסדר.⁸⁴ כפי שמתחייב מהמודל של סטיגלר, כאמור, גם התאמה אוליגופוליסטית קואופרטיבית מחייבת הגעה ל"הסכמה" כלשהי על תנאי השוק. התאמה היא פעולה מודעת, מכוונת ורצונית, אשר תלויה בפעולה מקבילה וצפויה של הצד האחר. העובדה שכל צד יודע לחשב מראש את תגובתו הצפויה של יריבו, ושהוא מביא עובדה זו כחשבון בעת קבלת החלטותיו העסקיות, אין בה כשלעצמה כדי להוציא התנהגות זו מגדר הסדר. טענה זו מתחזקת לנוכח העובדה שאם הצד האחר אינו פועל כפי שמצופה ממנו (למשל, מכיוון שבתקופה מסוימת לרווחיו לטווח הקצר יש מבהינתו משקל רב יותר מאשר לרווחיו המהוונים לטווח הארוך), ישוב הראשון על-פידרוב אל הסטטוס-קוו הקודם. מדוע אם כן הדין הנוהג ברחבי העולם, אשר אומץ גם בישראל, אינו אוסר התאמה אוליגופוליסטית?

M.S. Gal *Competition Policy for Small Market Economies* (Cambridge & London, 2003) ch. 5

H. Hovenkamp *Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and Its Practice* (St. Paul, 2nd ed., 1999) 157

R.A. Posner "Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach" 21 *Stan. L. Rev.* (1968–1969) 1562

R.A. Posner "Approach" 21 *Stan. L. Rev.* (1968–1969) 1562

Antitrust Law (Chicago, 2nd ed., 2001) 55–60

ונמשיך להקשות: המדיניות כלפי מעמדה המשפטי של התאמה אוליגופוליסטית צריכה להיגזר גם מהכלים האחרים המצויים בארסנל ההגבלי להסדרתה. ככל שהכלים החלופיים יעילים פחות כן גָּל הצורך להסדירה באמצעות פרק ההסדרים הכובלים. אכן, הארסנל ההגבלי מוגבל מאוד בהתמודדותו מול התאמה אוליגופוליסטית. למרות האפשרות התיאורטית להכריז על קבוצת חברות הפועלות בהתאמה אוליגופוליסטית מושלמת או קרובה לכך כעל קבוצת-דיכוי, ובכך להחיל עליה את האיטורים החלים על מונופולים, הפעלת סמכות זו מעלה כמה בעיות קשות אשר גרמו לכך שעד היום לא נעשה כמעט כל שימוש בסמכות זו. בין היתר, קשה ביותר להוכיח קיומה של תחרות מועטה, אם בכלל, בין החברות בקבוצת-דיכוי; והכלים המיועדים להגבלת פעולתם של מונופולים אינם מתאימים בהכרח להסדרתה של קבוצת-דיכוי.⁸⁵ גם דיני המיזוגים והמיזמים המשותפים – הכוללים כלי מניעתי המאפשר לרשויות האכיפה למנוע מלכתחילה שינויים חיצוניים במבנה השוק אשר מקילים גיבוש תנאים להתאמה אוליגופוליסטית – הינם מוגבלים, משגי טעמים עיקריים.⁸⁶ ראשית, חוק ההגבלים העסקיים מסדיר רק שינויים מבניים המערבים תבירה של גופים עסקיים יחידים. הוא אינו מסדיר שינויים פנימיים של חברות, דוגמת צמיחה פנימית או התרחבות לשוק חדש, אשר עלולים להקל התאמה אוליגופוליסטית בשוק. שנית, אין זה רצוי למנוע שינויים במבנה השוק, שכן אף-על-פי שהם מקילים התאמה אוליגופוליסטית, הם גם מגבירים במידה רבה את היעילות היצרנית והדינמית בשל יצירת מבנה שוק יעיל יותר.⁸⁷

שני טעמים עיקריים מטים את המאזניים נגד הטלת איסור על התאמה אוליגופוליסטית: שיקולי הגינות ובעיות אכיפה.⁸⁸ התומכים בטעם הראשון טוענים כי אין זה הוגן לאסור התאמה אוליגופוליסטית מכיוון שהיא מתחייבת ממבנה השוק ותנאיו. בשוק אוליגופוליסטי התלטותיה העסקיות של חברה אחת משפיעות באופן ישיר על התלטותיה של חברה אחרת. על-כן חברות המתאימות את התנהגותן פועלות באופן רציונלי לנוכח תנאי השוק, ולפיכך אין להטיל עליהן סנקציות בגין פעולתן זו.⁸⁹ שיקול זה מקבל משנה תוקף לנוכח העובדה שבדין הישראלי הרשעה בעריכת הסדר כובל גוררת אחריה תיוג שלילי וסנקציות פליליות. מלומדים אחרים ביקרו גישה זו, וטענו כי התאמה

85 סעיף 26(ד) לחוק ההגבלים העסקיים. לבעייתיות ההכרזה על קבוצת-דיכוי ראו גל, פרלמן וסולומון, לעיל הערה 48.

86 סעיף 21(א) לחוק ההגבלים העסקיים; OECD, *supra* note 4, at p. 17.

87 ראו: Gal, *supra* note 82, at pp. 194–249; מ' (שיצר) גל "מונופולים בתחרות – האיזון שבין עידוד הרשנות ויצירתיות ובין הפגיעה בתחרות בדיני ההגבלים העסקיים" דין ודברים ב (תשס"ו) 425.

88 חלק זה מתבסס בחלקו על: Gal, *ibid.*, at pp. 178–185. שיקול שלישי, אשר היטה את הכף בכלכלות גדולות, הוא היקפה המצומצם יחסית של בעיית התאמה האוליגופוליסטית בהן. אולם בכלכלות קטנות טיעון זה אינו תקף.

89 D.F. Turner "The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal" 75 *Harv. L. Rev.* (1961–1962) 655, 671, 681

אוליגופוליסטית מחייבת פעולה מכוונת, רצונית ומודעת, ועל-כן אין זה בלתי-הוגן לאוסרה.⁹⁰ התאמה בין מתחרים אוליגופוליסטיים – המכירים באינטרס המשותף בויתור על רווחים קצרי-מועד לטובת רווחים מונופוליסטיים ארוכי-טווח, שיושגו רק אם כל הפועלים בשוק יפעלו בצורה מקבילה לאורך זמן – אינה שונה מהסדר קרטליסטי רגיל. תנאי השוק תורמים אומנם לקיומה ולרווחיותה של התאמה, אך היא אינה מתחייבת מהם. היא אינה מהווה תגובה על כוח חיצוני של השוק (כגון העלאת מחיר תשומה), אלא מדובר בפעולה המחייבת אינטראקציה ממשית בין מתחרים, אשר כל חברה יכולה למונעה בדרך של אי-מתן הסכמתה לסטייה משיווי-המשקל הקיים בשוק.⁹¹ טיעונים אלה הושפעו ממחקריו של סטיגלר, אשר הצביעו על כך שהתאמה אוליגופוליסטית מהווה בחירה אסטרטגית בין חלופות עסקיות. טיעון זה מקבל משנה תוקף מקום שהנחות המודלים הבסיסיים של התאמה אוליגופוליסטית בדבר מידע מלא ומיידי לגבי כל המתחרים בשוק וכל הבמיות הנמכרות בו אינן מתקיימות בפועל, ושימור שיווי-המשקל העל-חרוזי הינו בעייתי.

אולם גם אם נקבל את הגישה שלפיה התאמה אוליגופוליסטית אינה שונה מהסכמה מפורשת, נותרת עדיין על כנה הבעיה האכיפתית: כיצד ניתן לרפא התאמה אוליגופוליסטית בדרך יעילה ואפקטיבית בכלים העומדים לרשות רשויות האכיפה ההגבליות? כאשר חברה הפועלת בשוק מגיבה על החלטה עסקית עצמאית של חברה אחרת, איזה צו ניתן להוציא על-מנת למנוע זאת? צו המונע ממתחרים בשוק להגיב על שינויים שערכו יריביהם יש בו כדי לפגוע במנגנון השוק החופשי. איסור כאמור גם יחיל על חברות הפועלות בשוק אוליגופוליסטי איסורים חמורים אף מאלה החלים על חברות בשוק מונופוליסטי.⁹² צו המחייב גבייה של מחיר מסוים יחייב את רשויות האכיפה לנהוג כרגולטור של מחירים, ויחייב התערבות נמשכת בתנאי השוק בשווקים רבים ומגוונים. נוסף על כך, קשה לעיתים להבחין בין התאמה אוליגופוליסטית לתחרות לא-משוכללת בשוק. הבעייתיות באיסור התאמה אוליגופוליסטית גרידא הביאה לידי כך שרוב המדינות השאירו את ההתאמה האוליגופוליסטית לכותלתיה (המוגבלים) של היד הנעלמה.

מעבר לטיעונים הכלליים המפורטים לעיל, בישראל ניתן להוסיף גם טיעון הנסמך על לשונו של חוק ההגבלים העסקיים, שלפיו סעיף 6 היה מיותר אילו הייתה ההתאמה בלתי-חוקית. כפי שיפורט להלן, סעיף 6 אוסר התאמה להסדר כובל. זה התריג המעיד על הכלל: בכל שאר המקרים ההתאמה מותרת, שאם לא כן לא היה צורך לאסור מפורשות את המקרים הכלולים בגדר הסעיף. נוסף על כך ניתן לטעון כי ההבחנה האמורה עולה בקנה אחד עם עקרונות חוקי-יסוד: חופש העיסוק,⁹³ בהגבילה את היקף האיסורים לפעולות שאינן מתחייבות מתנאי השוק.

90 Posner "Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach", *supra* note 84; G.A. Hay "Oligopoly, Shared Monopoly, and Antitrust Law" 67 *Cornell L.*

Rev. (1981-1982) 439

.Posner, *ibid.* at p. 1575 91

.Areeda & Hovenkamp, *supra* note 47, sec. 1432d4 92

ס"ח תשנ"ב 114. 93

3. החריג לכלל – התאמה להסדר קיים וידוע

כאמור, לכלל המתיר התאמה אוליגופוליסטית יש חריג בדמות סעיף 6 לחוק ההגבלים העסקיים, הקובע כי "אדם המנהל עסק וביודעו על קיום הסדר כובל מתאים את פעולותיו להסדר, כולו או מקצתו, יראו אותו כצד להסדר". דהיינו, התאמה מודעת להסדר כובל כמוה כהצטרפות להסדר הכובל. זהו חריג ייחודי לדין הישראלי, אשר לא זכה עד עתה בניתוח מעמיק בפסיקה או בכתיבה האקדמית.

התנאים לתחולת החריג הם מודעות להסדר כובל קיים והתאמה לו. אין צורך שיתקיים יסוד ההסכמה הקבוע בבסיס הדרישה בנוגע ל"הסדר".⁹⁴ לא למותר להדגיש כי בניגוד להסדר כובל, אשר יכול להתגבש בעצם ההסכמה עליו, החריג הל רק מקום שננקטה פעולה אקטיבית של התאמה להסדר הכובל.⁹⁵ לדעתי, הכלל הקבוע בסעיף 6 לחוק אינו מחייב התאמה מותלסת להתנהגותם של הצדדים להסדר, אלא די בפעולה חקינית היוצרת התנהגות מקבילה כמעט שאינה סוטה מן ההסדר הכובל הקיים במידה שפוגעת בו. כן ניתן להניח שכוונת הסעיף היא להתאמה מהותית, ולא לזוהת אשר מצומצמת לאירוע יחיד שהשפעתו על התחרות אינה רבה. המבחן שיש להחיל כאן הוא מבחן הפוטנציאל של חיוק הפגיעה בתחרות, קרי, אם התנהגותו של הצד המתאים עלולה לחזק באופן פוטנציאלי, ולו כמעט, את הפגיעה בתחרות שההסדר גורם. למשל, אם הצדדים להסדר הסכימו לתיאום מחירים בכל מוצריהם, והצד השלישי מתאים את המחירים של רוב מוצריו – אך לא את כולם – למחירי ההסדר הכובל, יש לבחון אם ההתאמה חיוקה את הפגיעה בתחרות של ההסדר הכובל אף שהיא אינה מלאה. אם המוצרים שמחיריהם לא הותאמו אינם משפיעים באופן משמעותי על התחרות בשוק המוצרים שמחיריהם הותאמו, אזי תנאי הסעיף מתמלאים.

הכלל האוסר התאמה להסדר כובל מהווה יצור-כלאיים בין הכלל האוסר הסדר כובל לבין הכלל המתיר התאמה אוליגופוליסטית. בעוד התאמה להתנהגות מתחרה מותרת לרוב, היא נהפכת לאסורה, ועשויה אף לשמש בסיס לעברה פלילית, אם מושא ההתאמה הוא הסדר כובל שהמתאים יודע עליו. נשאלת השאלה מהו ההיגיון העומד בבסיס החריג: מדוע הטעמים העומדים בבסיס ההלכה ברבר חוקיות ההתאמה אינם חלים כאשר ההתאמה היא להסדר כובל? האם אכן יש להטיל איסור פלילי על חברה אשר בחרה באופן עצמאי את הדרך המשיאה את רווחיה בהתחשב בנסיבות השוק, לרבות קיומו של הסדר כובל בז נוסף על כך, אין הכדל רב בין התאמה להסדר לבין התאמה לפעילות שאינה מהווה הסדר מבחינת התנהגותו ה"חקינית" של הצד השלישי. אם נאסור התאמה כאמור, נאסור על הצד השלישי התנהגות דומה עדי-מאוד לזו המותרת לו במסגרת התאמה אוליגופוליסטית "רגילה". ההבדל היחיד הוא שקל הרבה יותר להתאים התנהגות להסדר מאשר להתאמה אוליגופוליסטית. מהי אם כן ההצדקה העומדת בבסיס החריג?

הצעת תחוק והדיונים בכנסת לפני קבלתו אינם זורים אור על תכליתו של החריג ועל

94 עניין קרטל חברות הביטוח, לעיל הערה 7, פסקה 76.

95 קביעה ברורה זו עולה גם מרבריו של השופט אנגלרד בעניין קרטל חברות המרצפות, לעיל הערה 32, בע' 144.

ההצדקות לו, אולם דומה כי ניתן להצדיקו הן על בסיס הטעם המעשי והן על בסיס הטעם המהותי העומדים בבסיס הכלל המתיר התאמה "רגילה"⁹⁶ כמפורט לעיל, אחד הטעמים העיקריים לחוקיותה של התאמה רגילה היא הבעייתיות המעשית בהסדרתה. אולם בעוד שבהתאמה רגילה יידרש בית-המשפט להתערב באופן נמשך בתנאי השוק על-מנת לקבוע מחירים שונים להברות שונות על-מנת לאפשר את פעולתו התקינה של השוק, איסור ההתאמה להסדר כובל קובע "קו אדום" ברור וחד-משמעי שאינו פוגע בפעולתו התקינה של השוק, בהטילו איסור על אימוץ אותם תנאים שנקבעו על-ידי חברי ההסדר הכובל. נוסף על כך, בניגוד לקשיים הקיימים בהוכחת התאמה, לצורכי סעיף 6 לחוק לא נדרש להוכיח דבר בנוגע למחיר, למעט שהוא נבע מהתאמה להסדר כובל. ישאל השואל – האם האיסור לא יגרום לכך שמי שאינו צד להסדר יקבע מחירים גבוהים יותר מאלה שקבעו חברי ההסדר, על-מנת להבחין בין מחיריו לבין אלה של ההסדר, ובדרך זו יפגע ברווחת החברתית? התשובה לכך היא כי חשש זה אינו מציאותי. מעצם טיבו וטבעו של ההסדר הכובל, חבריו יקבעו את המחיר הגבוה ביותר שניתן לגבות בתנאי השוק על-מנת להשיא את רווחיהם. על-כן, אם שאר החברות שאינן חברות בהסדר יגבו מחיר גבוה מזה שקבע ההסדר, יש לשער כי לרוב הוא לא יהא רווחי בעבורם. בהתאם לכך, איסור ההתאמה להסדר כובל קיים מאפשר מתן סעד מעשי, פשוט יחסית, לחלק ממצבי ההתאמה האוליגופוליסטית.

אולם חשוב מכך, בבסיס החריג עומד גם טעם מהותי. ללא החריג יופסדו צדדים מתחולת החוק רק בשל העובדה שלא היו צד להסדר המקורי, אלא רק התאימו את התנהגותם לו, אף שהתאמה זו עלולה לפגוע בתחרות בשוק ועשויה אף להיות "המלס" אשר מחוק את ההסדר ומונע את קריסתו. התיגיון העומד בבסיס הכלל דומה לזה שהניע את בית-המשפט העליון לקבוע כי גם מצג-שווא של צד כי יקיים בפועל את החסכמות שבבסיס ההסדר – עולה כדי הסדר. בשני המקרים הפעולה הנידונה מחוקת את ההסדר הכובל, וייתכן שבלעדיה לא היה ההסדר קיים מלכתחילה. נוסף על כך, התאמה להסדר קיים עלולה להגביר בצורה משמעותית את הזק הנגרם ממנו. היא עלולה להוביל להתנהגות מקבילה גם בשוק שבו לא מתקיימים תנאים מושלמים להתאמה אוליגופוליסטית, על-ידי כך שאותם שחקנים הנדרשים לתיאום יערכו ביניהם הסדר כובל, וכל היתר יתאימו את התנהגותם לו.

החריג האמור מקטין את התמריץ לפגיעה בתחרות בכמה מקרים. ראשית, הוא מונע, ולו באופן חלקי, ניצול לרעה של הפרצה בחוק הנובעת מחוקיותה של ההתאמה האוליגופוליסטית על-מנת לחזק את קיומו של הסדר כובל אסור. נניח שחברות אחרות מבקשות לערוך ביניהן הסדר כובל. חלק מהחברות חוששות מהסנקציות המשפטיות הכרוכות בעריכת הסדר כאמור, ואינן מוכנות ליטול סיכון זה על עצמן. אולם ידוע לכל כי הן יהיו מוכנות להתאים את התנהגותן לזו של הצדדים להסדר כובל, אם התאמה כאמור לא תישא בחובה את הסנקציות הפליליות הכרוכות בעריכת הסדר כובל.⁹⁷

⁹⁶ ראו לעיל את הטקסט הנלווה להערות 88-93.

⁹⁷ מובן שבמקרה שקונסטרוקציה זו מקורה בהסדר מקרים ניתן לראות בהסדר עצמו הסדר

במצב־דברים זה תגבר נטייתן של החברות המוכנות ליטול על עצמן את הסיכון המשפטי ליצור הסדר כובל, בהניחן כי קיים סיכוי גדול ששאר החברות יתרו־יחזיקו אחריהן אף שהן אינן כבולות להסדר באופן טכני־פורמלי.⁹⁸ למעשה, יש צורך בשני צדדים בלבד להסדר הכובל כדי שהתחרות בשוק תיפגע, ובלבד שהמתחרות העיקריות יתאימו את התנהגותן להסדר.⁹⁹ הכלל הקבוע בסעיף 6 לחוק מונע את השימוש בקונסטרוקציה זו, בהשוותו את מעמד המשפטי של אלה המתאימים את פעולותיהם לחברי ההסדר למעמד המשפטי של הצדדים להסדר עצמו. יודגש כי פעמים רבות ההתאמה להסדר הכובל היא המאפשרת את קיומו מלכתחילה, שכן אלמלא אותה התאמה הייתה מתקיימת תחרות בשוק, אשר הייתה פוגמת בהצדקתו הכלכלית של ההסדר. שנית, הכלל האמור מונע התאמה של מתחרה חדש להסדר הקיים בשוק, מתחרה חדש עשוי להפית רוח חיים בתחרות החדשה השוררת בשוק שבו נעשה הסדר כובל. אולם לעיתים לא משתלם למתחרה החדש להתחרות באגרסיביות, אלא להצטרף לסטטוס־קוו הקיים, המבוסס על הסדר בין החברות הפועלות בשוק. אם המתחרה החדש יודע על קיומו של הסדר כובל בשוק, הכלל המשפטי אוסר עליו להתאים את התנהגותו להסדר זה. הכלל מחייב אפוא את הצדדים בשוק לבחור בין שתי חלופות: התאמה להסדר כובל קיים, שדינה כהצטרפות לו, או פעולה עצמאית לחלוטין שאינה עולה כדי התאמה. למעשה, הוא מחייב את מי שאינם צדדים להסדר לנהוג כ"מתחילי תחרות" בשוק.

ניתן להדגים את חשיבותו של סעיף 6 לחוק על־ידי וריאציה על פעולותיו של אחד הנאשמים בת"פ (י"ם) 209/96 מ"י נ' אהליך יעקב בע"מ,¹⁰⁰ שם סירבה אחת מיצרניות הצינורות להצטרף להסכם השיווק, שהיווה למעשה הסדר כובל, אולם התאימה את מחירוניה לאלה של חברת השיווק, ואף אמרה מפורשות לחברת השיווק כי העלאת המחיר

כובל. אולם בשווקים אוליגופוליסטיים אין צורך לעיתים בהסדר מפורש, ודי בהתאמה של פעולות החברה לאלה של החברות בהסדר הכובל ליצור תוצאה דומה בשוק.

98 ניתן לטעון כי דווקא חוק המתיר התאמה להסדר כובל היה מקטין את התמריצים ליצירתו של הסדר כאמור. זאת, עקב תופעת "הרוכב החופשי", שלפיה כל צד היה מחכה שהאחרים יערכו ביניהם הסדר, כך שהוא יוכל להתאים את עצמו להסדר מבלי לעבור על החוק. בהצבעת ייתכן שתמריציהם של חלק מהצדדים היו עדיין חזקים דיים להניעם ליטול על עצמם את הסיכון הכרוך בעריכת הסדר כובל גם בתנאים אלה.

99 הניתוח המוצע סוטה מההערכה הרגילה שלפיה רק מי שהוא צד להסדר כובל יתאים את התנהגותו לו. אולם אין קושי תיאורטי לשלב בין הניתוח הכלכלי של הסדרים כובלים לבין הניתוח הכלכלי של התאמה אוליגופוליסטית. השאלה העיקרית שנותרת היא מדוע יש צורך מלכתחילה בהסדר כובל שישמש בסיס להתאמה. התשובה לכך טמונה במורכבותם של תנאי השוק ובקושי להגיע לפעולה מקבילה ללא הסכמה מפורשת. נגיח שיש שתי קבוצות של יצרנים המשתמשים בטכנולוגיה שונה לייצור אותו מוצר, ועל־כן עלויות הייצור שלהם שונות. הסכם בין שני יצרנים, אחד מכל סוג, יכול לשמש נקודת מוצא להתאמה אוליגופוליסטית של כל יתר המתחרים בשוק.

100 תק"מ 2002(3) 708 (להלן: עניין אהליך יעקב).

תועיל גם לה.¹⁰¹ בית-המשפט קבע כי התברה הינה צד להסדר הכובל, בין היתר מכיוון שהודיעה מראש על אימוץ מדיניות מקבילה של העלאת מחיר. אולם גם ללא ההודעה האמורה היה המקרה נתפס בגדר סעיף 6 לחוק, וההתאמה להסדר הכובל שקיומו היה ידוע הייתה מחייבת את המתאים כאילו הסכים מלכתחילה להיות צד להסדר הכובל.¹⁰²

ישאל השואל – מדוע תחולתו של סעיף 6 לחוק מותנית בידיעה על קיומו של הסדר כובל של הגוף שמתאים את התנהגותו להסדר כאמור, ואין די בעצם ההתאמה של פעולותיו להסדר? שאלה זו מתחדרת לנוכח העובדה שכאשר מדובר בהסדר כובל בלתי-חוקי, המידע על קיומו יהיה סמוי, ועל רשויות האכיפה יקשה להוכיח כי מי שמתאים את התנהגותו להסדר הכובל אכן ידע על קיומו של הסדר כאמור. במצב-דברים זה, תדרישה להוכחת רכיב ידיעה עלולה לעקר במידה רבה את החרג מתוכנו. התשובה נגזרת מהכלל הבסיסי שלפיו התאמה אוליגופוליסטית מותרת ואינה בלתי-חוקית כשלעצמה. עליכן, אם מי שמתאים את פעולותיו אינו מודע לכך שהוא מתאימן להסדר כובל, אלא סבור שהוא מתאימן לתנאים הקיימים בשוק, אשר יכולים לנבוע מהתאמה אוליגופוליסטית גרידא, הוא לא ייתפס בגדר החרג, שאם לא כן הוא יחשוש תדיר מהתאמה בכל מצב, ונמצאנו מהילים את החרג על הכלל. בהיבט יש להניח כי אין צורך בהוכחה חד-משמעית של ידיעה סובייקטיבית בפועל. די שהיא תוכח תוך שימוש בראיות עקיפות, שלפיהן לא היה סביר להניח, בנסיבות העניין, כי התנהגותם של הגורמים האחרים בשוק לא נבעה מהסדר כובל בלתי-חוקי.

כאמור, הגיונו של הכלל הקבוע בסעיף 6 לחוק געוץ בעובדה שהתאמה להסדר כובל מחוקת אותו, מגבירה את תמריצי הצדדים להסכים לו מלכתחילה (בהנחה שהם יכלו להעריך מראש כי יתר החברות בשוק יתאימו את התנהגותן להסדר) ומקטינה את תמריצי הצדדים לסטות ממנו. אם כן, האם כדי להחיל את החרג יש להוכיח כי ההתאמה לפעולותיו אכן תרמה בפועל לחיזוקו של ההסדר? לדעתנו, התשובה לכך היא שלילית. מלשונן של הסעיף עולה כי לשם התגבשות יסודותיו אין צורך לבחון את מידת הפגיעה בתחרות בפועל הנובעת מהתאמה, אלא מרגע שהוכחו התאמה להסדר כובל ומודעות של הצד המתאים לקיומו של הסדר כאמור, רואים את מי שמתאים כצד להסדר הכובל. גם כלל זה הגיונו בצידו. אם לא כן, תבקש כל תברה להתמקם מתחילת האיסור בטענה כי התאמתה לבדה לא עורה באופן משמעותי בגיבוש ההסדר, אלא לכל-היותר הצטברות

101 שם, פסקות 90-92. הנאשם דגן מתאר את התגובה על ההצעה להצטרף לחברת השיווק, המחווה הסדר כובל, בוזו הלשון: "הכוונה היא שלא נשוק [דרך חברת השיווק המשותפת] ולא נתחשב בשום שיחה שהיה למישהו עם מישהו. אנחנו נעלה מחירונים ואני מודה בזה היום בהתאם למחירונים בשוק."

102 לדוגמה נוספת ראו עניין קרטל חברות הביטוח (מחוזי), לעיל הערה 14, שער המישי: אישום מס' 4 – עגף ציוד מכני הנדסי (צמ"ה), פסקות 129-130. במקרה זה התאימה חברת הביטוח "אריה" את תנאי חוזה לאלה של שאר החברות, אף שהייתה היחידה שלא נדרשה לתנאים הרלוונטיים על-ידי מבטחי-המשנה. בית-המשפט אינו מתייחס לתחולתו של סעיף 6 לחוק, בין היתר מכיוון שחברת "אריה" לא הועמדה לדין באותו מקרה.

ההתנהגויות המתאימות של כמה חברות היא שהובילה לתוצאה כאמור. שנית, מידת הפגיעה בתחרות נבחנת כבר במסגרת הגדרתו של ההסדר הכובל.

מן התנאי הדורש כי ההתאמה תהא להסדר כובל, ומן העובדה שתנאי מוקדם לסינוגו של הסדר כהסדר כובל הוא פגיעה לא-זניחה בתחרות,¹⁰³ עולה שאלה מעניינת: האם תנאי הפגיעה הלא-זניחה בתחרות נבחן מבלי להביא בחשבון את ההשפעה על התחרות שנגרמה על-ידי התברה שהתאימה את פעולותיה להסדר, או שמא השפעה זו נכללת בהערכת מידת הפגיעה של ההסדר? מחד גיסא, ניתן לטעון כי לשון הסעיף מרמזת על פרשנות המחייבת התגבשות כל יסודותיו של ההסדר הכובל עוד בטרם תיבחן ההתאמה אליו. פרשנות זו מתבססת על העובדה שתנאי לקיומו של החריג הוא קיומו של הסדר כובל, אשר יסוד מיסודותיו הוא פגיעה לא-זניחה בתחרות, ועל-כן תנאי הפגיעה הלא-זניחה בתחרות ייבחן ללא השפעתה של ההתאמה. מאידך גיסא, פרשנות זו אינה עולה בקנה אחד עם תכלית החוק, מכיוון שהיא יוצרת פרצה שדרכה יוכשרו הסדרים שמטרתם ותוצאתם היא פגיעה בתחרות. אם תתקבל הפרשנות האמורה, יוכלו שתי חברות קטנות בעלות השפעה מועטה על תנאי השוק לערוך ביניהן הסדר כובל, בידוע כי קיימת סבירות גבוהה ששאר החברות בשוק ידעו על קיומו של ההסדר ויתאימו את התנהגותן לו. אם תתקבל פרשנות זו, לא ייכנס מקרה זה לגדר החריג הקבוע בחוק אף שהוא פוגע בתחרות באופן ממשי ומכוון. על-כן יש לדעתנו לקרוא את הסעיף כך שפגיעתו של ההסדר הכובל בתחרות תיבחן תוך התחשבות בכל הצדדים לו, לרבות מי שמתאים את פעולותיו אליו.

דרך-המלך לפתרון בעיה זו היא כמובן תיקון הוראות החוק, כך שיקבעו באופן מפורש כי בחינתו של ההסדר בתחרות תיעשה בהתחשב גם בתרומתם לפגיעה של גורמים עסקיים המתאימים במודע את פעולותיהם להסדר. אולם ניתן להגיע לתוצאה זו גם באמצעות פרשנות של התנאי הדורש פגיעה של ההסדר בתחרות כחל גם על פגיעתם הפוטנציאלית בתחרות של הצדדים המתאימים את התנהגותם להסדר, ובלבד שהצדדים להסדר הכובל היו מודעים לסיכוי הגבוה שחברות נוספות יתאימו את פעולותיהן אליו. ראוי להבחין כאן בין מצב שבו הצדדים להסדר מודעים לפוטנציאל ממשי של התאמה, או לקיומה של התאמה בפועל, לבין מצב שבו מודעות כאמור אינה קיימת. רק במצב הראשון יש לקבוע כי מדובר בהסדר כובל. פרשנות זו מתיישבת עם דרישת המודעות ליסודות העברה החלה בדין הפלילי, שלפיה על הנאשם להיות מודע לכל יסודותיה העובדתיים של העברה, לרבות יסוד הפגיעה בתחרות.¹⁰⁴ אולם היא אינה מונעת את היהפכות ההסדר להסדר כובל מרגע שהצדדים לו נעשו מודעים להתאמה של חברות נוספות בשוק לתנאי ההסדר אשר גרמה לפגיעה לא-זניחה בתחרות.

103 גם אם ההסדר גופל בגדר אחת החוקות החלוטות, ניתן להחיל את הגנת זוטי-הדברים אם פגיעתו בתחרות היא זניחה. להחלה של הגנת זוטי-הדברים ראו, למשל, עניין א.מ. חניות, לעיל הערה 3; עניין קרטל חברות הביטוח, לעיל הערה 7, פסקה 88. להגיונה של הדגנה ראו גל, לעיל הערה 3, בע' 544 ו-556-557.

104 עניין אריאל, לעיל הערה 11.

מה דינו של מי שמתאים את עצמו להסדר כובל אשר קיבל פטור או אושר כחוק, ולא ביקש להצטרף אל ההסדר? האם יש בחוקיות ההסדר כדי להכשיר גם את הפעולה המתואמת עימו? שאלה זו אינה תיאורטית בלבד. למשל, נגיה כי חברת כרטיסי אשראי תודיע על העלאת עמלות הסליקה הצולבת לשיעור שאישר בית-הדין למתחרותיה לגבות. האם התנהגותה ה"חוקינית" של החברה עולה כדי הסדר כובל? *מחד גיסא*, ניתן לטעון כי השפעת התנהגותו של הצד השלישי על התנאים כשוק לא הובאה בהכרח בחשבון בעת מתן האישור, כך שיתכן שהחלטה הייתה משתנה אילו הונח נתון זה לפני בית-הדין. יתרה מזו, אם התנהגות כזו תותר ללא כל בקרה, יוכלו צדדים שלישיים להמתין לאישור ההסדר כדי "לרכוב עליו חופשי". על-כן, גם מקום שההסדר קיבל פטור או אושר, על הצד השלישי לקבל אף הוא פטור או אישור כאמור. פרשנות זו גם עולה בקנה אחד עם לשון החוק, אשר מגדיר הסדר כובל ללא תלות בקבלת פטור או אישור.¹⁰⁵ מאידך גיסא, ניתן לטעון כי בבוא בית-הדין או הממונה לאשר או ליתן היתר או פטור מאישורו של הסדר כובל, עליו להביא בחשבון את ההשפעה של ההיתר או של הפטור על התחרות בשוק בכללותה, ובכלל זה על מי שאינם צד להסדר שאושר, בדומה להחלטה במיזוג. בשוק ריכוזי בית-הדין יכול להניח בסבירות גבוהה כי מתן ההיתר יעלה את התמדין לגוף השלישי ליישור קו עם החברות שבהסדר, בעיקר אם ההסדר יוצר תנאים טובים מאלה שהיו מתקיימים במצב של תחרות חופשית. ניתוח זה עלול אומנם להיות מורכב, אך הוא דומה לזה שבית-הדין והממונה עורכים כבואם לבחון את חוקיותו של מיזוג.¹⁰⁶ יתרה מזו, איסור התאמה להסדר שאושר עלול לפתוח פתח לניצול אסטרטגי של הליך האישור או הפטור על-ידי הצדדים להסדר המקורי, אשר יוכלו לפעול באופן מתואם וחוקי ולמנוע את שאר המתחרים מלהתאים את התנהגותם להסדר עד שיקבלו האחרונים פטור או אישור, אף אם הצטרפותם להסדר תגדיל את הרווחה החברתית. לא למותר לציין בהקשר זה כי הליכי הפטור או האישור הם פעמים רבות הליכים ארוכים, יקרים ומורכבים ביותר. ניתן ליישב פרשנות זו גם עם מילות החוק, אשר קובע כי מי שהתאים אינו עובר באופן אוטומטי על החוק, אלא רואים אותו כצד להסדר, אשר אושר כאמור כדין.

הבחירה בין שתי הפרשנויות האפשריות אינה קלה, אולם נראה לי כי הכף נוטה לפרשנות שלפיה התאמה להסדר שקיבל פטור או אישור אינה מפרה את הוראות סעיף 6 לחוק. עם זאת, בית-הדין או הממונה משיתים פעמים רבות תנאים נלווים להסכמתם למתן האישור או הפטור. תנאים אלה אינם חלים לכאורה על הצד השלישי, ולפיכך אך הגיוני לדרוש שאם הלה מבקש לחסות תחת הפטור או האישור, עליו לקיים תנאים אלה, ולא – תעלה פעולתו כדי הסדר כובל. כל פרשנות אחרת תעניק יתרון יחסי לצד השלישי על מתחריו. פרשנות זו עולה אף היא בקנה אחד עם לשון החוק, הקובע כי יראו את המתאים כצד להסדר. הצטרפות זו להסדר היא אימוץ תנאי ההסדר לכל דבר ועניין, לרבות לעניין קיומם של התנאים החלים על ההסדר מכוח פסיקתו של בית-הדין או הכרעתו של הממונה.

105 סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים. סעיף 4 לחוק, האוסר על היות צד להסדר כובל, מתנה את האיסור באי-קבלת פטור, אישור או היתר ומני.

106 ראו, לדוגמה, גל, לעיל הערה 87, פרק ג.

פרשנות זו של הסעיף אינה נקייה מבעיות. בחינת השפעתה של ההתאמה על הסדר הכובל תדרוש השקעת משאבים נוספת מטעם הרשות המאשרת, כמו־גם מהצדדים להסדר, והיא כרוכה בחוסר ודאות. אולם נראה לי כי היא מהווה את הרע במיעוטו.

ה. התבחנה המשפטית בין תיאום להתאמה

1. מבחנים משפטיים לקביעת קו הגבול בין תיאום להתאמה

משנקבע כי התאמה אוליגופוליסטית אינה מהווה הסדר כהגדרתו בחוק התגבלים העסקיים, וכי דין זה מהווה גם דין רצוי, השאלה העיקרית היא היכן עובר קו הגבול בין תיאום והתאמה. מטרתו של חלק זה היא לבחון ולהציע כמה מבחני־צורך לקביעת קו גבול זה.

ראשית, הניתוח שערכנו בפרק הקודם עוזר לנו לקבוע אילו פרמטרים לא ראוי שיהיו בסיס להתבונה כאמור. אי־אפשר להבחין בין האסטרטגיות העסקיות על־סמך קיומה של התנהגות מקבילה גרידא, שכן ייתכן שקיים הסבר תלופי הגיוני להתנהגות זו, שאינו קיומו של הסדר.¹⁰⁷ למשל, עלייה מקבילה של מחירי האבן בארץ יכולה להיות תוצאתו של שינוי חיצוני לשוק או של התאמה אוליגופוליסטית – שתיהן התנהגויות חוקיות. ברור זה קבע בית־המשפט בעניין קרטל חברות הביטוח (מחוזי) כי העלאת מחירים מקבילה, כשלעצמה, אין בה כדי לבסס קיומו של הסדר.¹⁰⁸ כמו־כן אי־אפשר לבסס את ההבחנה על תוצאות הפעולה המקבילה, שהרי בתיאום ובהתאמה התוצאה דומה – פגיעה בתחרות. למרות קביעתו של בית־המשפט בעניין קרטל חברות הביטוח (מחוזי) כי התנהגות שאינה מתואמת חסרה את הפוטנציאל לפגיעה בתחרות,¹⁰⁹ הראינו לעיל כי גם התאמה אוליגופוליסטית עשויה לפגוע באופן משמעותי בתחרות. מטעם דומה גם אי־אפשר לבסס את ההבחנה על הקניעה (המוטיווציה) של החברות לרווח או על הכוונה לצמצם את התחרות בשוק. כמו־כן אי־אפשר לבסס על התחשבות בתגובתו של היריב, שהרי תלות בתגובת היריב הינה אינהרנטית למבנה השוק האוליגופוליסטי, בעניין *American Tobacco Co. v. U.S.*, למשל, גידונה לפני בית־המשפט העליון האמריקאי שאלת קיומו של הסדר בנוגע למחיר הטבק,¹¹⁰ במקרה זה הוכח כי במשך תריסר שנים גבו הנאשמות – חברות הסיגריות העיקריות שפעלו בארצות־הברית – מחירים אחידים שהשתנו רק שבע פעמים במהלך התקופה הנידונה. הנאשמות נהגו בדרך של מנהיגות מחירית: מייד עם העלאת המחיר על־ידי אחת הנאשמות, התרו־התווקו אחריה כל היתר, ועצרו את

107 כללל זה במשפט האמריקאי ראו: *Areeda & Hovenkamp, supra note 47, at p. 236*.

108 עניין קרטל חברות הביטוח (מחוזי), לעיל הערה 14, שער ראשון: מבוא, חלק שני – המסגרת המשפטית, פסקה 52.

109 שם, פסקה 6.

110 *328 U.S. 781, 66 S.Ct. 1125 (1946)* ולהלן; עניין *American Tobacco*.

מכירותיהן עד שהמחיר החדש יוכל להיכנס לתוקף. בקובעו כי אכן נעשה כאן הסדר כובל, הרגיש בית-המשפט העליון בעיקר את מטרתם המשותפת של הנאשמים. אולם בכך אין כדי להוות בסיס ראוי להבחנה. במקום זאת היה בית-המשפט יכול לבסס את מסקנתו על השפעתו של נוהג עצירת המכירות על קידומה של ההתנהגות המקבילה. כמפורט להלן, התנהגות זו הלכה צעד אחד נוסף מעבר לתנאי השוק הקיימים, וקידמה את הפעולה המקבילה.

על מה אם כן ניתן לבסס את ההבחנה מקום שאין ראיות להסדר מפורש? בעניין קרטל חברות הביטוח (מחוזי) נקבע כי לקיומו של הסדר די בהבנה בין הצדדים, אך אין די בהעסקה חד-צדדית של פעולה.¹¹¹ מהי אם כן אותה רמה נדרשת של הבנה, וכיצד ניתן להוכיחה?

המבחן המקובל במדינות רבות הוא אם ההתנהגות המקבילה נגזרת ממבנה השוק בלבד או שמה ננקטו פעולות אשר הולכות מעבר לכך ומסייעות לחברות להגיע להבנה שאלמלא כן לא הייתה נרקמת או הייתה יציבה פחות.¹¹² פעולות רצוניות ולא-מחויבות שאינן נובעות משינויים תיצוניים בשוק, אלא הולכות צעד אחד מעבר להתאמה המבוססת על תנאי השוק הקיימים בלבד, ואשר אינן משרתות תכלית חברתית מוצדקת – מהוות הסדר (להלן: מבחן הגורם המצרפי). מבחן זה מהווה דין ראוי. אף שיש טעמים חוקים לא לאסור התאמה אוליגופוליסטית כשלעצמה, יש לבחון תחת הוראות החוק כל פעולה אשר תורגת מתנאי השוק הטבעיים ומסייעת לצדדים לשמור על סטטוס-קוו על-יתרותי שלא היה נשמר אלמלא פעולותיהם היוזמות והמכוונות של הצדדים. מבחן זה גם מאזן נכונה בין שמירה על תנאי תחרות בשוק לבין חירותם של הפועלים בשוק להתאים את עצמם באופן רציונלי להתנהגות הקיימת והצפויה של מתחריהם. ניתוח הפסיקה מעלה כי מבחן הגורם המצרפי כולל שתי אפשרויות חלופיות להוכחת קיומו של הסדר: הוכחה על-דרך השלילה (מבחן תנאי השוק); או הוכחה על-דרך החיוב, המחייבת הוכחת קיומו בפועל של גורם מצרפי (מבחן הגורם המצרפי החיובי). מקום שמוכת קיומו של הסדר כובל על-דרך החיוב, מצטרף למבחן הגורם המצרפי החיובי גם מבחן חוסר ההצדקה החברתית, שיפורט גם הוא להלן. כפי שנראה, פסק-הדין בעניין קרטל חברות הביטוח מוכיח קיומו של הסדר בשתי הדרכים האמורות.

(א) הוכחה על-דרך השלילה – מבחן תנאי השוק

מבחן תנאי השוק מסיק את קיומו של הסדר על-דרך השלילה: בהעדר ראיות ישירות לפעולות והולכות צעד אחד נוסף מעבר להתאמה אוליגופוליסטית, יש לבחון אם בתנאי השוק הקיימים סביר להניח כי הצדדים יכלו לנקוט התנהגות מקבילה המשיאה את רווחיהם ללא התערבות ושינוי של תנאי השוק הקיימים. אם התשובה שלילית, עסקינן בהסדר.¹¹³ המציאות העסקית הינה מורכבת לרוב; פעמים רבות קיימת שונות בין מתחרים

111 לעיל הערה 14, שער ראשון: מבוא, חלק שני – המסגרת המשפטית, פסקה 5.

112 ראו, לדוגמה, האסמכתות המובאות להלן בהערות 113, 116, 118.

113 להחלטות הנסמכות על ניתוח תנאי השוק ראו, למשל, עניין *American Tobacco*, לעיל

במחיר, במאפייני המוצר, במיצובו, במוניטין וכיוצא בזה. כדי ליצור תנאים על-תחרותיים המשיאים את הרווח של כל שחקן הפועל בשוק, יש צורך להסכים על פרמטרים עסקיים מורכבים, אשר לא תמיד ניתן להגיע אליהם ללא תיאום. בהתאם לכך, מקום שניתוח התנאים הכלכליים השורדים בשוק מוכיח כי ללא הסדר מפורש לא היו הצדדים מצליחים לשמור על תנאי שוק המשיאים את רווחיהם המצרפיים, עשויה עובדה זו להוכיח קיומו של הסדר, הגם שבדרך עקיפה. כפי שקבע בית-הדין להגבלים עסקיים בעניין ה"ע (י"ם) 1/00 פוד קלאב בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים:

"...התנהגות מקבילה מודעת עשויה להצביע על קיומו של הסדר כובל, בעיקר כאשר מדובר בהתנהגות, שבהעדר תיאום, איננה התנהגות סבירה. התנהגות מקבילה מודעת אינה יכולה ללמד על קיומו של הסדר כובל, כאשר קיימים שיקולים עסקיים העשויים להביא לאותה התנהגות גם ללא תיאום."¹¹⁴

מבחן תנאי השוק מחייב ניתוח כלכלי של התנאים המאפשרים למתחרים בשוק לפעול באופן מקביל. למשל, ככל שמספר החברות הפועלות בשוק גבוה יותר, וככל שהמאפיינים של מוצריהם שונים זה מזה, כן נוצרת הנחה חזקה יותר שהמתחרים הוהים הינם תוצאתו של הסדר, ולא תוצאה של תנאי השוק הטבעיים. באופן דומה, אם מבנה השוק ותנאיו מצביעים על כך שההתנהגות הנבחנת אינה רציונלית ללא תיאום מוקדם, מכיוון שההוצאות והסיכונים הכרוכים בפעולה תר-צדדית הינם גבוהים עד כדי כך ששום מתחרה לא היה נוקט אותה ללא ידיעה מפורשת מראש כי מתחריו יפעלו בדרך דומה, אזי יש בכך אינדיקציה לקיומו של הסדר מקדים. סלן, למשל, מתחרה אשר כולל בכל חוזיו ארוכי-הטווח עם לקוחותיו את ההתחייבות כי אם ימצאו בשוק, במשך כל תקופת החוזה, מחיר נמוך יותר, הוא מתחייב למכור להם את מוצריו במחיר זה. הכללת התחייבות כאמור עלולה לגזור עליו פשיטת-רגל כלכלית אם מתחריו יורידו באופן פרימי (סלקטיבי) את מחיריהם אף במקצת מחווייהם, אלא אם כן מתחרה זה יעיל כמו מתחריו הפוטנציאליים בטווח הארוך.¹¹⁵ רק מתחרה שיוזע מראש כי גם מתחריו יכללו הוראות דומות בחווייהם, או שהם לא יורידו את מחיריהם באופן שיקצץ את רווחיו באופן משמעותי, ינקוט פעולה מעין זו. לצורך החלת מבחן תנאי השוק, יבחן בית-המשפט את הראיות לפי המכלול שלהם וההקשר הכולל. לעיתים אין צורך בניתוח שוק מעמיק על-מנת להגיע למסקנה כי תנאיו הטבעיים בלבד אינם יכולים ליתן הסבר מספק להתנהגות המקבילה. למשל, הצעות זהות במכרז לייצור מוצרים ייחודיים וחד-פעמיים מהוות ראיה תר-משמעותית, גם אם עקיפה, לקיומו של הסדר.¹¹⁶ מובן כי נטל ההוכחה שהתביעה חייבת לעמוד בו צריך להיות מותאם לאופי הדין.

הערה 110: *Brand Name Prescription Drugs Antitrust Litigation* 288 F.3d 1028 (2002).

114 תק"מ 2003(2) 5587, פסקה 167.

115 זאת, בהנחה ששום מתחרה לא ינקוט תמחור טורפני, דהיינו, לא יגבה מחיר מתחת לעלות הייצור על-מנת להוציא מתחרה אחר מן השוק.

116 *Federal Trade Commission v. Cement* להחלטה האמריקאית בעניין

בעניין קרטל חברות הביטוח (מהוזי) הסתמך בית-המשפט, בקובעו כי נערך הסדר כובל בשוק של ביטוח בתי-העסק, על החלת התעריף הבורזומנית, אשר לא היה אפשר להסבירה בהסתמך על תנאי השוק בלבד, וכן על העובדה שהעלאת המחיר הייתה חדה עד כדי כך שגדרשה העלאת מחיר בורזומנית על-ידי כל החברות על-מנת שהיא תהיה רווחית.¹¹⁷ בית-המשפט השתמש למעשה בראיות נסיבתיות על-מנת להוכיח את קיומו של הסדר כובל, ושימוש זה מתיישב עם מבחן תנאי השוק, אכן, במקרה הנידון היה אפשר לבסס את המסקנה בדבר קיום הסדר על ההגנה ש"אין עשן בלי אש", כלומר, התקיימות ההתנהגות המקבילה הצביעה באופן ישיר וחד-משמעי כמעט על קיומו של הסדר, ולא היה אפשר להסבירה על-ידי העתקה בלבד.

(ב) הוכחה על-דרך החיוב - גורם מצרפי חיובי

מבחן-העוד השני לזיהוי הסדר הוא מבחן הגורם המצרפי החיובי (plus factor).¹¹⁸ מבחן זה בוחן את קיומה של ראייה נוספת, מעבר להתנהגות המקבילה גרידא, המוכיחה באופן פוזיטיבי את קיומה של התנהגות מודעת ולא-מחויבת אשר מקילה את ההתנהגות המקבילה ומעלה את הסבירות להגיע אליה מעבר לתנאי השוק הקיימים. הגורם המצרפי החיובי מהווה, למעשה, תוספת ראייתית לזוהי המזוהים והתנאים הנחוצים בשוק, מקום שלא הוכח קיומו של גורם מצרפי חיובי, ולא התקיים מבחן תנאי השוק, לא תיאסר ההתנהגות, והיא תיחשב התאמה אוליגופוליסטית מותרת גרידא. במילים אחרות, הגורם המצרפי מהווה ראייה נסיבתית המצביעה על קיומו של תיאום אשר לא היה מתקיים ללא פעולה רצונית של הצדדים מעבר לתנאי השוק גרידא.¹¹⁹

מחן הראיות שיכולות להיות גורם מצרפי חיובי? כל פעולה שמטרתה להקל את התקיימותם של שלושת התנאים המחזוריים של סטיגלר עשויה להיות גורם מצרפי חיובי, דוגמת קביעת מנגנון שיטור לשמירה על הסטטוס-קוו העל-תחרותי, פגישות בין מתחרים שאין להן כל הסבר חלופי, או יצירת עודף היצע אשר חורג באופן משמעותי מהגידול הצפוי בביקוש למוצרי התברה, על-מנת ליצור פוטנציאל הענשה של מתחרה שסטה מההסדר. ככל שתנאי השוק ומבנהו מצביעים על סבירות נמוכה יותר להתנהגות מקבילה

713 (1948) 333 U.S. 683, 68 S.Ct. 793, *Institute*, שם היו הצעות במכרוזות היות עד ל-1/10,000 הסנט.

117 לעיל הערה 14, שער שני: אישום מס' 1 - ענף בתי עסק, פסקה 74-76.

118 לפירוט של פסיקה אמריקאית רלוונטית ראו, למשל: *Areeda & Hovenkamp, supra*; *Williamson Oil Co., Inc. v. note 47, sec. 1434*; *Philip Morris USA 346 F.3d 1287 (2003)*; *William Twombly v. Bell Atlantic Corp. 313 F.Supp.2d 174 (2003)*. גם בתי-המשפט האירופיים דורשים גורם מצרפי על-מנת לבסס קיומו של הסדר כובל. לשון האיסור האירופי באשר להסדרים כובלים אומנם רחבה יותר, וכוללת מלבד הסכם גם "concerted conduct" (פעולה משותפת), אולם החוק פורש כך שהוא אינו חל על התאמה אוליגופוליסטית גרידא.

119 *Areeda & Hovenkamp, supra note 47, sec. 1433e*.

כן הצורך בראיה נוספת משמעותית פוחת. על התביעה לבסס היפותזה, שבסיסה בגורם המצרפי, שלפיה ההתנהגות המקבילה היא תוצאה של הסדר לפי נטל התוכחה הנדרש.¹²⁰ בתקשר זה עולה השאלה בדבר מידת התוכחה הנדרשת. האם יש להוכיח כי הגורם המצרפי החיובי אכן שינה בפועל את תנאי השוק – או עמד לשנותם – בדרך שבלעדיה לא הייתה התאמה אוליגופוליסטית מתקיימת, בבחינת "גורם בלעדיו אין", או שמא לצורך עמידה בנטל ההוכחה די בקיומו של גורם מצרפי חיובי אשר היה עשוי להוות בסיס לתיאום, אף אם אין הוא "גורם בלעדיו אין"? רוב הערכאות האמריקאיות קבעו כי די בהוכחת התלופה השנייה. לדעתי, זה גם הדין הרצוי. הטעם לכך הוא משולש. ראשית, עול התוכחה של החלופה הראשונה כבר מנשוא, ויקשה על רשויות האכיפה לעמוד בו, שהרי אם מותחים את גבולות תורת הכלכלה, ניתן להוכיח כי כמעט בכל מקרה של שוק אוליגופוליסטי היה אפשר להגיע לתוצאה דומה גם באמצעים אחרים. שנית, משנקטו הצדדים פעולה נוספת שעשויה להקל את התיאום ביניהם, יש בכך אינדיקציה לכוונתם להתערב בתנאי השוק על־מנת להפחית את התחרות. אם לא תיאסר פעולה זו, הכלל המשפטי לא יהא תר־משמעי, ויפתח פתח למניפולציה על־ידי הנתבעים. נוסף על כך, וחשוב מכל, התותלת של עלות הטעויות מסדר ראשון (אם לא תיאסר הפעולה אף שהיא פוגעת בתחרות) עלולה להיות גדולה באופן משמעותי מהתותלת של עלות הטעויות מסדר שני (אם ייאסרו גם מקרים שבהם היה אפשר להגיע להתאמה אוליגופוליסטית גם ללא הגורם המצרפי). זאת, מכיוון שסביר להניח שצדדים יאמצו פעולות המקילות תיאום רק במקרה שבו הם סבורים כי בתנאי השוק הקיימים אין כדי ליצור תיאום.

הפסיקה האירופית הרגישה את המידה שבה הפעולה הנבחנת מפחיתה את חוסר הוודאות העסקית בדבר האסטרטגיה העסקית הצפויה של מתחרים לשם קביעה אם פעולה מסוימת עולה כדי גורם מצרפי. מבחינה תיאורטית ניתן להצדיק מבחן זה, אולם הרף שהציב בית־הדין האירופי להוכחת קיומו של הסדר בתחלתו המחייבת בעניין *A. Ahlstrom Osakeyhtio v. Commission of the European Communities*, הידוע כעניין *Woodpulp*,¹²¹ הינו גבוה מדי. במקרה זה נידונו העלאות ממיד מקבילות שנבעו בעיקר, מהודעות מוקדמות על שינויים במחיר. בית־המשפט האירופי הרגיש בתחלתו כי התנהגותם של הצדדים לא הפחיתה את חוסר הוודאות לגבי האסטרטגיה העסקית העתידית של מתחריהם, שכן כאשר קיבל כל צד את התלטתו על המחיר, הוא לא היה יכול להיות בטוח בתגובת מתחריו אשר טרם הודיעו על מתחריהם. לכן ההודעות על העלאות מחיר לא היו גורם מצרפי הנדרש לצורך הוכחת הסדר, אף שהם הסירו את

120 יש ערכאות המכירות בגורם מצרפי אשר אינו מבחין בין תגובה על התנאים הטבעיים בשוק לבין פעולה מכוונת ההולכת צעד אחד מעבר לכך. החלטות אלה יוצרות למעשה חוקה שאינה ניתנת לסתירה כי במקרים אלה התקיים תיאום, והן בעייתיות מכיוון שהן עלולות לאסור התאמה אוליגופוליסטית מותרת.

121 Case C-89/8, [1993] ECR I-1307, [1993] 4 CMLR 407, paras. 70–72, 126–127 ולהלן: עניין *Woodpulp*.

איי-הוודאות לגבי מחיריו של מוסר ההודעה.¹²² ניתן לפרש את פסק-הדין כאוסר פעולה מקבילה מקום שמצטרפת אליה פעולה נוספת אשר מסירה את אי-הוודאות של הצדדים לגבי מרכיבים חיוניים בהתנהגותם הצפויה, ומעניקה להם בטוחה כי פעולתם המקבילה אכן תהא רווחית.¹²³ בהתאם לכך, אין להסיק קיומו של הסדר מפעולה חד-צדדית שהמתחרה היה נוקט גם ללא הבטחה או ידיעה מראש כי אחרים יפעלו כמוהו.

הבעייתיות במבחן הוודאות האירופי נובעת מכך שהוא יוצר רף גבוה מדי להוכחה של הסדר: מתי תברה יכולה להיות בטוחה בפעולותיה העתידיות של מתחרותיה? מתי אין היא נושאת בסיכון עסקי? ניתן לטעון כי גם הסדר ברור ומפורש אינו מסיר לחלוטין את חוסר הוודאות לגבי פעולתו של הצד האחר.¹²⁴ על-יכן יש להחיל את המבחן בדבר מידת ההקטנה של אי-הוודאות בצורה גמישה יותר. במיוחד יש להתחשב בהשפעת הגורם המצרפי על מערכת היחסים הנמשכת בין הצדדים, ולהביא בחשבון את השיקולים ארוכי-הטווח של הצדדים במשחק רבי-פעמי. מקום שמוצרים או שירותים סטנדרטיים נמכרים בשוק בעסקות חוזרות, הבטחונות לפעולה הדדית הינם ארוכי-טווח. כל מוכר יהסס לסטות מהסטטוס-קו אף לעסקה אחת, מחשש שידיביו יגיבו על-ידי השוואת תנאיהם בעסקות הבאות, ורווחיו בטווח הארוך ירדו.

גם בתי-המשפט הישראליים, בפסיקותיהם בעניין קרטל חברות הביטוח, דורשים גורם מצרפי נוסף על ההתנהגות המקבילה, אשר יעיד כי ההתנהגות היא תוצאתו של תיאום, ולא של התאמה. בהעדר ראיות ישירות לקיומו של הסדר, ניתן להסתמך על ראיות עקיפות המקימות תשתית ראייתית מספקת לקביעה כי ההתנהגות המקבילה אינה נובעת מהתאמה בין מתחרים. בית-המשפט המחוזי קבע כי בזהות מחירים בשוק אוליגופוליסטי אין כדי לשכלל קיום הסדר כובל.¹²⁵ יתרה מזו, בשוק אוליגופוליסטי אשר הוכחה נטייתו להתאמה תקום מעין חוקה ניתנת לסתירה שלפיה זהות מחירים הינה תוצאה של התנהגות מקבילה, ולא מגבילה.¹²⁶ בית-המשפט העליון מאמץ גם הוא קו דומה בנוגע לזהות מחירים, אך דומה כי אין הוא מאמץ את המשקל הראיתי שבית-המשפט המחוזי מציב להעניק לה. כדבריו:

"בשוק [אוליגופוליסטי] זהות מחיריהם של מתחרים עשויה, למשל, לנבוע בין מאימוץ על דרך חיקוי של מחירי המתחרים ובין מפרקטיקה מקובלת של חילופי

122 ראו גם: Case 48/69 *Imperial Chemical Industries v. Commission of the European Communities* [1972] ECR 619, [1972] CMLR 557, paras. 100–103.

123 A. Jones "Woodpulp: Concerted Practice and/or Conscious Parallelism" 14 *ECLR* 273 (1993).

124 C. Osti "Information Exchanges in the Obscure Light of Woodpulp" 15 *ECLR* 176, 180 (1994).

125 עניין קרטל חברות הביטוח (מחוזי), לעיל הערה 14, שער ראשון: מבוא, חלק שני – המסגרת המשפטית, פסקה 55.

126 שם, פסקות 52–53. במקרה זה הוחלה החוקה על שוק אוליגופוליסטי בעל מאפיינים ספציפיים (קיום מפקח, מבטחי-משנה וכולי) אשר הוכחה נטייתו להתאמה.

מידע ביניהם... בשני אלה יש אמנם כדי לעורר חשד לגיבושו הסמוי של הסדר כובל מוסכם, אך קיים קושי לבסס עליהם ממצא מרשיע ברמת הוודאות הנדרשת בפלילים.¹²⁷

בית המשפט העליון מונה דוגמות ל"אותות ראייתיים" שעשויים להצביע על גיבוש ההסכמה הנדרשת לשם קיומו של הסדר: זיהוי פרקטיקה של חילופי מידע הדדיים, ישיבות משותפות, תלונות הדדיות בגין הפרת הסכמות קודמות ופעולות שמהותן מעידה כי הן נועדו ליישם הסכמות שהושגו. למשל, ראיות המצביעות על קיומן של פעילויות לאכיפתו של הסדר כובל עשויות לשמש, במקרים המתאימים, ראיות נסיבתיות מספיקות להוכחת עצם קיומו של הסדר כובל, וכן להוכחת היותם של הצדדים לו.¹²⁸ זאת, מכיוון שפעולות מסוג זה מפגינות מחויבות להסדר וכן ציפייה לקיומו ולאכיפתו.

כך, למשל, באישום בדבר עריכת הסדר כובל בענף ביטוח בתי העסק, ביסס בית המשפט המחוזי את מסקנתו בדבר קיומו של הסדר, בין היתר, על ראיות בדבר תלונות הדדיות בין החברות על חריגות מהתעריפים; על חלוקת טיוטת תעריף מפורטת ומדויקת לפורום מצומצם של נציגים בכירים מענף הביטוח; ועל הכללת התעריף המתואם כתנאי מחייב בתווים של חברות הביטוח עם מבטחי המשנה, על-מנת לקבע את התעריף ולמנוע אפשרות לסטות ממנו, תוך יצירת מנגנון שיטור על-ידי מבטחי המשנה.¹²⁹ הפעולות האמורות מהוות למעשה – כל אחת בנפרד ובוודאי בהצטברן יחדיו – גורם מצרפי שיש בו כדי להעיד על קיומו של הסדר העומד בבסיס הפעולה המקבילה בשוק הרלוונטי.

בית המשפט העליון דחה את טענתה של אחת הנאשמות בעדעור כי השתתפותה בישיבות שבהן הוחלט על תעריפים אחידים הייתה למטרת "איסוף מידע" בלבד, לצורך בניית תעריף עצמאי, ועל-כן יש לראות את פעולתה כהעתקה גרידא.¹³⁰ בית המשפט מדגיש, בין היתר, את העובדה כי בעצם השתתפותה בישיבות היה כדי ליצור כלפי יתר החברות מצג של השתתפות בהסדר.¹³¹ אכן, יש מקום להבחין בין מצב שבו מתחרה בשוק יוצר מצג של התעניינות ושל אימוץ ההסדר כלפי יתר החברים בו, כפי שהיה בעניין קרטל חברות הביטוח, לבין מצב שבו הוא אינו נוטל חלק פעיל בגיבוש ההסכמות ואינו מאותת לצדדים לו, בכל דרך אחרת, כי הן מקובלות עליו. התנהגות מהסוג הראשון מהווה הסכמה בדרך של התנהגות, אשר כמוה כהסדר, כפי שקבוצ מפורשות בחוק.

באופן דומה, גם בענף ביטוח הציוד המכני ההנדסי הוכח קיומו של הסדר כובל על בסיס גורם מצרפי. שם היו ראיות בדבר מגעים אינטנסיביים בין הצדדים בדבר תעריפי הביטוח ותנאיו, אשר באו לידי ביטוי, בין היתר, בהתלפה בין החברות של חוזרים

127 עניין קרטל חברות הביטוח, לעיל הערה 7, פסקה 145.

128 שם, פסקה 133.

129 עניין קרטל חברות הביטוח (מחוזי), לעיל הערה 14, שער שני: אישום מס' 1 – ענף בתי עסק, פסקות 74-201.

130 עניין קרטל חברות הביטוח, לעיל הערה 7, פסקה 111.

131 שם, פסקות 94 ו-111.

שנשלחו על-ידיהן לסוכניהם. בית-המשפט קבע כי מגעים אלה אינם יכולים להיחשב חילופי מידע לגיטימיים בין מתחרים.¹³² כן נקבע כי ניהול משא-ומתן קולקטיבי, אף אם הוא נועד להשיג מחיר טוב מהספק, מהווה ראיה לקיום הסדר כובל.¹³³

אחת הסענות המעניינות שעימן נדרש בית-המשפט להתמודד, ואשר עליהן שמו הנאשמים את עיקר יתבם, הייתה הטענה בדבר מעורבותו של גורם חיצוני – המפקח על הכיסוח – בקביעת התעריפים האחידים בשוק הביטוח, מעורבות אשר איינה לטענתם את קיומו של הסדר בלתי-חוקי בין החברות. בית-המשפט הולך על תבל דק, שלפיו מקום שהפעולה המקבילה הינה תוצאה של דרישתו הלגיטימית של גורם חיצוני, ממשלתי, היא תהיה מותרת. התנאי לכך הוא שההתנגדות המקבילה מקורה בדרישת הרגולטור, ושהיא אינה הולכת צעד אחד מעבר לדרישותיו הלגיטימיות.¹³⁴ תנאי זה מתיישב עם ההלכה הנוהגת בעניין תחולתן המקבילה של הוראות חוק ההגבלים העסקיים והוראות דין ספציפי, כל עוד אין התנגשות ברורה בין מערכות הדינים.¹³⁵ מעניין שביית-המשפט קובע כי בשוק שבו התעריפים נקבעים על-ידי גורם חיצוני, ממשלתי, שקביעתו מחייבת חוקית, אין בתלונות הדדיות בין החברות על הפרת התעריף, לבדן, כדי להוכיח קיומו של הסדר כובל שמוקרו בהסכמה מוקדמת בין הצדדים על תעריפים.¹³⁶

בהתאם לכך, לגבי אחד האישומים בענף הרכב זוכו הנאשמים מפאת מעורבותו של המפקח על הביטוח בהתוויות התעריפים האחידים.¹³⁷ לעומת זאת, באישום אחר הרשיע בית-המשפט המחוזי את הנאשמים לאחר שקבע כי שינוי התעריפים לא היה פרי יוזמתו של המפקח, אלא נבע מהסכם מוקדם בין החברות אשר המפקח רק אישרו בדיעבד. בית-המשפט המחוזי קובע כי שליחת התעריפים לאישור המפקח היא הוספת חטא על פשע, ברותמה את מנגנון הפיקוח כשוסדר המפקח על קיום הכבילות שבהסדר הכובל. בית-המשפט העליון ביטל אישום זה, בקובעו כי מן הראיות לא עולה תדמשתית כי שינוי

132 עניין קרטל חברות הביטוח (מתחזיז), לעיל הערה 14, שער חמישי: אישום מס' 4 – ענף ציוד מכני הנדסי (צמ"ה), פסקה 50. לדיון מעמיק בסוגיית הנפקות המשפטית של חילופי מידע ראו להלן את הטקסט בין הערה 142 לתת-פרק 2.

133 שם, פסקות 129–131. אומנם ניתן להכשיר הסדר מסוג זה בשל יתרונותיו לשוק הישראלי, אולם כל עוד לא התבקש אישור או פטור, הריהו אסור בהתאם להוראות החוק (סעיפים 9 ו-14א) לחוק ההגבלים העסקיים).

134 שם, שער שביעי: טענות הפגיעה בהגנת הנאשמים, חלק שלישי – הטענה בדבר קיפוח הגנת הנאשמים: זיכוי מחמת הספק, פסקות 49–53, ראו גם שם, שער שלישי: אישום מס' 2 – ענף הרכב, חלק ראשון – תעריף רכב 1991, פסקות 53, 74–75; שם, שער שלישי: אישום מס' 2 – ענף הרכב, חלק שלישי – תעריף רכב 1992, פסקות 50–51.

135 ראו, למשל, ערר 7/95 "בוק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, תק"על (2)97, 5.

136 עניין קרטל חברות הביטוח (מתחזיז), לעיל הערה 14, שער שלישי: אישום מס' 2 – ענף הרכב, חלק ראשון – תעריף רכב 1991, פסקה 53.

137 שם, שם.

התעריף לא נעשה ביוזמתו של המפקח על הביטוח או מסיבות אחרות, כגון התאמה אוליגופוליסטית.¹³⁸ בית-המשפט אינו שולל את האפשרות שהמפקח אימץ את המלצתו של יושב-ראש ועד ענף הרכב של איגוד חברות הביטוח בדבר הצורך בשינוי התעריפים, אך קובע כי גם אם כך היה, קיים ספק סביר בטענה שהסדר בדבר שינוי התעריפים היה פרי הסכמה קרטלית מוקדמת בין חברות הביטוח, ולא בא לאחר שכנוע המפקח. בחירתן של החברות לאמץ את הדרך שהתווה יושב-ראש ענף הרכב של האיגוד יכול שנבעה מהחלטה עצמאית של כל אחת מהן, ולא הייתה פרי הסכמה קרטלית מוקדמת.¹³⁹

לא למותר לציין כי חלק מהגורמים המצרפיים שעליהם עמדנו לעיל, המשמשים להוכחתו של הסדר כובל, מהווים מה שמכונה בספרות הכלכלית "התנהגות מקילה" (facilitating practice). התנהגות מקילה היא התנהגות רצונית ומכוונת אשר מסייעת ביצירת הסטטוס-קוו העל-תחרותי בשוק אוליגופוליסטי ובשמירה עליו, ועל-יכן עלולה לפגוע באופן עקיף בתחרות. בשל הקושי הטבעי ביצירת התאמה, ובשל ההגבלות החוקיות המוטלות על תיאום, חברות מחפשות אסטרטגיות שיגדילו את הסיכוי והאפשרות לתיאום או להתאמת פעולותיהם. אלה פעולות רצוניות ולא-מחויבות אשר הולכות צעד אחד מעבר להתאמה המבוססת על תנאי השוק הקיימים בלבד. המלומד Salop הבחין בין שני סוגים של התנהגויות מקילות: מנגנונים להסדרת תמריצים (incentive-management devices) וחילופי מידע.¹⁴⁰

מנגנונים להסדרת תמריצים, כשם כן הם, משמשים להתאמת תמריציו של כל חבר בקבוצה לתמריצי הקבוצה כולה. כפי שפורט לעיל, לעיתים קרובות מוצריהן ועלויותיהן של החברות השונות בקבוצה אינם זהים לתלוטין. שונות זו מקשה תיאום והתאמה מכיוון שיתכנו אינטרסים שונים ביחס לקביעת הסטטוס-קוו בשוק. נוסף על כך, מרגע שהושג הסטטוס-קוו העל-תחרותי, אויבו הראשי הוא החברים בו, בשל האינטרס של כל אחד מהם להגדיל את רווחיו על-השבון חבריו בדרך של סטייה מתנאי העסקה המהווים את הסטטוס-קוו. על-מנת לצמצם את הפער באינטרסים של החברות השונות המרכיבות את הקבוצה, חברות אלה מאמצות לעיתים מנגנונים המסדירים את התמריצים כך שיפעלו בצורה מקבילה. פעולות לסטנדרטיזציה של תנאי העסקה, לדוגמה, נכנסות לקטגוריה זו.¹⁴¹ חילופי מידע, שידונו להלן, עשויים גם הם לשמש בסיס להגעה להסדר, כמורגם לשיטור סביב הסדר קיים.

138 עניין קרטל חברות הביטוח, לעיל הערה 7, פסקה 144.

139 שם, פסקה 147.

140 S.C. Salop "Practices that (Credibly) Facilitate Oligopoly Co-ordination" *New Developments in the Analysis of Market Structure* (Cambridge, J.E. Stiglitz & G.F. Mathewson eds., 1986) 265. ראו שם גם דיון במנגנונים לחילופי מידע.

141 כך, למשל, בפסק-דין אמריקאי, הידוע בשם *Ethyl*, גידונו שיטה לביטול הבדלי מחיר המבוססים על מחירי התובלה. במקום השיטה שלפיה המחיר נקבע בהתאם למרחקו של הלקוח מהיצרן, אומצה שיטת המחור שלפיה כל מחירי התובלה מתושבים מנקודה קבועה ואחידה, ללא קשר למרחק הממשי בין הלקוח ליצרן הספציפי. במקרה זה לא נאסרה

(ג) מבחן ההצדקה החברתית

על-מנת שמבחן הגורם המצרפי לא יפגע ברווחה החברתית, יש לערוך בחינה נוספת שעניינה קיומו של הסבר חלופי לגורם המצרפי המקדם את הרווחה החברתית, ולא רק את רווחתם של הצדדים להסדר (להלן: מבחן ההצדקה החברתית), דוגמת עודף היצע כתוצאה מתחזיות שגויות בדבר הגידול בביקוש הצפוי בשוק, או הודעות מחיר מקדימות הנובעות מדרישות של צרכנים המבקשים לדעת מראש את עלויותיהם הצפויות. מקום שהוכחה הצדקה כאמור, העומדת בתנאים המפורטים להלן, אי-אפשר להשתמש בראיה הנוספת כגורם מצרפי לשם הוכחת קיומו של הסדר. אולם אין בכך כדי למנוע את הוכחת קיומו של הסדר העומד בבסיס הגורם המצרפי, כמפורט בתת-פרק 2 להלן.

שאלה חשובה העולה בהקשר זה היא אם מבחן ההצדקה החברתית מהווה חלק ממבחן הגורם המצרפי או שמא הוא מהווה טענת הגנה. מחד גיסא, הנסיבות ידועות לנתבע ועל-כן יש להטיל את עול ההוכחה על כתפיו. דרישה שהתביעה תוכיח מרכיב זה פותחת פתח לספקולציות שאינן מעוגנות בראיות. מאידך גיסא, קונסטרוקציה זו מקימה חוקה לכאורית לתיאום, אשר על הנאשם לסתור אותה כל אימת שהוכח קיומו של גורם מצרפי. לדעתי, יש לנקוט הוכחה משולבת. על התביעה יוטל הנטל להוכיח כי על פני הדברים אין הצדקה לפעולה זולת הרצון להקל את התיאום, וחזוק הראיות שיידרש מהתביעה יעלה ככל שהתנהגות הגבתנת מקובלת בשוק ונורמטיבית יותר. בשלב השני יוטל הנטל על הנתבע להוכיח כי במקרה הספציפי הייתה הצדקה כאמור. סידור או אי-יכולת של הנאשם לתת הסבר חלופי לגורם המצרפי די בהם להוכיח קיומו של תיאום.

מבחן חוסר ההצדקה החברתית, בשילוב עם מבחן תנאי השוק, מודגמים היטב בהחלטתו של בית-הדין האירופי בעניין *Woodpulp*. במקרה זה טענה הנציבות האירופית כי פעולתן המקבילה של חברות לעיבוד ציפת עץ, המשמשת לייצור נייר, בצירוף הודעות תקופתיות על שינויי מחיר אשר ניתנו מראש לצרכנים, הצביעו על קיומו של הסדר כובל. בית-המשפט ערך, בעזרת מומחים כלכליים, ניתוח דקדקני של תנאי השוק, תוך שימת דגש במספר המתחרים, בהומוגניות של המוצר ובשקיפות השוק, על-מנת לבחון את סבירות קיומו של הסדר. מסקנתו הייתה כי בתנאי השוק שהוכחו – שוק הומוגני, בעל שקיפות גבוהה, אשר המוצר המיוצר בו משמש חומר-גלם עיקרי בשוק אחר – קיים הסבר חלופי להתנהגות הצדדים: הודעות המחיר המקדימות נדרשו על-ידי יצרני הנייר, אשר ביקשו לדעת מראש את עלויותיהם הצפויות, על-מנת לקבוע מראש את מחיר הנייר

שיטה זו לקביעת המחיר, בין היתר מכיוון שהיא אומצה בתחילה על-ידי החברה היחידה שפעלה בשוק, וכל חברה שנכנסה לשוק אימצה אסטרטגיה זו גם היא. *E.I. Du Pont de Nemours & Co. v. Federal Trade Commission* 729 F.2d 128 (1984). שיטה זו ביטלה את שונות המחיר והקטינה למעשה את התחרות בין החברות. גם סטנדרטיזציה של תנאי הביטוח על-ידי המפקח על הביטוח, כפי שפורט בפסק-הדין בעניין קרטל חברות הביטוח (מחוזי), שירתה מטרה דומה וצמצמה את התחרות בין חברות הביטוח השונות, אף שלא זו הייתה מטרתה העיקרית.

בעבור צרכניהם. יצרני הגייר הם שהעבירו את המידע בין הנתבעות, במסגרת המשא ומתן על תנאי החוים לרכישת ציפת העץ, ויצרו שקיפות בשוק. על-כן ההודעות על העלאת המחיר אין בהן כדי לשמש להוכחת קיומו של הסדר כובל. קביעותיו של בית המשפט הישראלי בעניין קרטל הברות הביטוח בדבר אי-קיומו של הסדר כובל מקום שמטרת התלונות ההדדיות בין החברות הייתה לוודא קיומן של תוראות החוק, המפורטות לעיל, מעידות על החלתו של כלל ההצדקה החברתית גם בארץ.

בהקשר זה עולה השאלה אם קיומה של כל הצדקה חברתית שהיא תוציא בהכרה את הפעולה מגדר "הסדר" או שמא יש לבחון את יתרונות הפעולה לרווחת הציבור אל מול פגיעתה בתחרות, ורק פעולה שיתרונותיה עולים על הסרונותיה תמלא אחר מבחן ההצדקה החברתית. במילים אחרות, האם המבחן הוא מוחלט או שמא הוא מתייב עריכת איוונים? מחד גיסא, אם כל הצדקה עסקית תוציא את הפעולה מגדר הסדר, ייפתח פתח רחב למניפולציה של הוראות חוק ההגבלים העסקיים, שהרי כמעט לכל פעולה ניתן למצוא הצדקה חברתית כלשהי. מאידך גיסא, כלל אשר יתייב כי יתרונות הפעולה הנוספת לרווחת הציבור יהיו גדולים מפגיעתו בתחרות יהיה מעורפל מאוד וייצור חוסר ודאות רבה. למשל, האם יתרונותיה של הודעה מראש על העלאת מחיר – אשר מאפשרת לצרכנים, כמו גם למתחרים, להיערך מראש לעליית המחיר – עולים על הסרונותיה? התשובה לכך הינה תלוית-נסיבות ומורכבת. בעייתיות זו מתעצמת לנוכח דרישת הודאות במשפט הפלילי, ולנוכח העובדה שמבחן מעורפל עלול למנוע חברות מלנקוט פעולות שיתרונותיהן לציבור עולים בצורה משמעותית על הסרונותיהן. גוסף על כך, העלות של עריכת האיוון בכל מקרה לגופו עלולה להיות גבוהה ביותר. בהתאם לכך מוצע לקבוע כללי-ביניים שלפיו הצדקה עסקית תוכר מקום שעל פני הדברים ההצדקה החברתית אינה זניחה ושולית, דהיינו, שאפילו מבחן ראשוני מוכיח כי יתרונותיה של הפעולה אינם קטנים באופן משמעותי מפגיעתה בתחרות.

על-מנת להחיל את מבחן ההצדקה החברתית בדרך שתבטיח כי אין אוסרים התנהגות המשרתת מטרות פרו-תחרותיות או שפגיעתה בתחרות הינה שולית, בהתאם לכללי הביניים המוצע לעיל, על בית המשפט לערוך בחינה תלת-שלבית:¹⁴² בשלב הראשון יש לבחון את פוטנציאל הפגיעה בתחרות של ההתנהגות הנבחנת; בשלב השני יש לאזן בין הפגיעה האפשרית בתחרות לבין יתרונותיה לפעילותו התקינה של השוק; ובשלב שלישי יש לבחון אם ניתן להשיג את היתרונות האמורים בדרך אחרת שתפגע פחות בתחרות.

נדגים את תחולתו של המבחן המוצע על הסדר בין מתחרים לחילופי מידע. מידע הינו מרכיב הכרחי לתחרות בריאה ותקינה בשוק. בלא מידע על מתחרים או אסטרטגיות שיווקיות של מתחרים אי-אפשר להתחרות בשוק באופן יעיל, שהרי החלטות עסקיות אינן מתקבלות בחלל ריק. לא ייתכן תכנון עסקי רציני בלי סקר שווקים, נתונים על גמישות

142 לבחינה תלת-שלבית דומה ראו: S.S. DeSanti & E.A. Nagata "Competitor Communications: Facilitating Practices or Invitations to Collude? An Application of Theories to Proposed Horizontal Agreements Submitted to 'Antitrust Review' 63 *Antitrust L. J.* (1994–1995) 93, 96–99

הביקוש למוצר מסוים, וכן מידע על העלויות, האסטרטגיות העסקיות ותנאי המכירה של החברות האחרות הפועלות בשוק. במצב של שוק תחרותי, מתחרים לומדים זה על זה על מחירו של זה על-מנת להציע מחיר זהה או גבוה יותר, ומתחרים פוטנציאליים לומדים על המחיר בשוק על-מנת להחליט אם רווחי להיכנס לשוק ולהתחרות בו. נוסף על כך, לקוחות נדרשים למידע על-מנת להחליט אילו מוצרים לרכוש וכן כדי להיערך לשינויים במחיר. אולם לא תמיד חילופי מידע הינם פרו-תחרותיים. כפי שקבע שופט בית-המשפט העליון האמריקאי, אי-הודאות היא האויב מספר אחת של האוליגופול.¹⁴³ חילופי מידע עלולים ליצור או לחזק תיאום או התאמה, הן על-ידי הקלת ההסכמה על תנאי הסטטוס-קוו והן על-ידי הקלת הגישה למידע שבאמצעותו ניתן לברר אם פעולותיהן של החברות תואמות את שהוסכם.¹⁴⁴ הודעות על שינויי מחיר עתידיים (או על תוכניות פיתוח וייצור) עלולים לקדם פעולה מקבילה בשוק, מכיוון שהם מסייעים בכיוון התנהגותם של המתחרים לשינויי-משקל מסוים.¹⁴⁵ בהקשר זה מעניין שבחוק שנים מספר מן המוצר שבו אסר החוק הבריטי תיאום מחירים, נערכו יותר ממאה וחמישים הסדרים לחילופי מידע.

היחס הדו-ערכי לחילופי מידע בשוק יוצר את אחת השאלות הסבוכות ביותר בסוגיית קיומו של הסדר כובל: האם חילופי מידע בין מתחרים בשוק אוליגופוליסטי ונקיטת פעילות מקבילה לאחר החלפה זו מגבשים את המסקנה שהתקיים הסדר כובל בין המתחרות? בעניין קרטל חברות הביטוח (מחוזי) קבע בית-המשפט כי אין לקבוע ממצא מרשיע רק על בסיס חילופי מידע בשוק אוליגופוליסטי (אף אם המידע נוגע במחירים).¹⁴⁶ גישה דומה אימץ בית-המשפט בעניין אהליך יעקב, בקובעו כי "החלפת מידע בין מתחרים בתחום המחירים, אף שאינה מקימה חוקה חלוטה בדבר יצירתו של הסדר כובל, מעלה לפחות חשד בדבר האפשרות לקיומו של הסדר כובל, והיא עשויה ללמד, בהצטרפה לדאיות אחרות, על קיומו של הסדר כובל".¹⁴⁷

לדעתי, אין לאמץ קביעה גורפת כאמור בדבר מעמדה הראייתי של עובדת חילופי המידע בין מתחרים, אלא יש להחיל כאמור מבחן תלת-שלבי שיבחן לעומק את ההשפעה של חילופי המידע בתנאי השוק הקיימים. ראשית, יש לבחון את פוטנציאל הפגיעה בתחרות של ההתנהגות הנבחנת. כאן נדרש ניתוח דווקני של תנאי השוק הקיימים. למשל, בהסדר לחילופי מידע יש לבחון, בין היתר, את התדירות של החלפת המידע, את

143 ראו את דברי השופט Kennedy: *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.* 509 U.S. 209, 113 S.Ct. 2578 (1993).

144 ראו, למשל, ת' ליכטנשטיין "חילופי מידע בין מתחרים - סוגיה בדיני הגבלים עסקיים" משפטים כו (תשנ"ו) 493; U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors* (2000) [URL: www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf].

145 J. Farrel "Cheap Talk, Coordination, and Entry" 18 *Rand J. of Econ.* (1987) 34. ראו גם דיון להלן בהערה 149.

146 לעיל הערה 14, שער ראשון: מבוא, חלק שני - המסגרת המשפטית, פסקות 54-55.

147 לעיל הערה 100, פסקה 94.

פומביותו של המידע ואת עלות השגתו בדרך חלופית. אם ניתן לברר את המידע בקלות רבה - לדוגמה, על-ידי קבלת המידע מצרכנים המעוניינים בהשוואת מחירים - אזי מסירת מידע כזה למתחרה אין בה כשלעצמה עברה על החוק, אך אם אי-אפשר להגיע למידע העסקי שנמסר בקלות או שרכישתו היא יקרה, ובלעדיו נקיטת התנהגות מקבילה בין מתחרים הייתה קשה יותר, אזי עצם מסירת המידע עלולה לפגוע בתחרות. גוסף על כך, ככל שהמידע פרטני יותר או משמש בסיס לפעולות עסקיות עתידיות, כן גוברת הסכנה שהוא טומן בחובו פוטנציאל לפגיעה בתחרות. כשלב השני יש לאון בין הפגיעה האפשרית של ההתנהגות הנבחנת בתחרות לבין יתרונותיה לפעילותו התקינה של השוק. למשל, אם המידע דרוש לצרכנים על-מנת לכלכל את פעולותיהם העתידיות, יש לאון בין עובדה זו לבין הפגיעה בתחרות. בהקשר זה יש להבחין בין הודעות "פרטיות", שמטרתן העיקרית - או היחידה - היא איתות למתחרים, לבין הודעות "ציבוריות", המחייבות את החברה כלפי ציבור לקוחותיה. במקרה הראשון, החברה שולחת מידע למתחרותיה על שינויים צפויים בתוכניותיה אשר ישפיעו על התחרות בשוק. קשה להשוב על הצדקה לכך מעבר לחיזוק ההתנהגות המקבילה ומניעת תקופה של תוסר יציבות מחירית.¹⁴⁸ הודעות מחיר מוקדמות, ככל שהן אינן מחייבות את החברה, יכולות להוות מכשיר יעיל לקביעת נקודת שינוי-המשקל המחירי בשוק, חברה יכולה להודיע על שינוי מחיר מראש, אך לבטל בהמשך את השינוי (או להקטינו) אם שאר מתחרותיה לא יחרו-יחזיקו אחריה. כך הן יכולות להגיע למחיר מוסכם מבלי לאבד נתח שוק בתקופת קביעת המחיר המוסכם.¹⁴⁹ השוו זאת למקרה שבו חברה מודיעה מראש, לכלל השוק, על שינויים במחיר, ושינויים אלה מחייבים אותה כלפי לקוחותיה. כאן לשינוי המחיר יש פונקציה חברתית-כלכלית

148 ראו: M. Motta *Competition Policy – Theory and Practice* (Cambridge, 2004) 153–156.

149 המקרה האמריקאי של Airline Tariff Publishers (ATP) מהווה דוגמה מעניינת לכך. ATP היא חברה המצויה בבעלותן של חברות התעופה הגדולות בארצות-הברית, ומטרתה להעביר מידע על מחירים לסוכני נסיעות. כל חברה הוינה את המידע לגבי מחירי טיסותיה לתוך המערכת, לרבות התאריך הראשון והאחרון שבו ניתן לרכוש את הכרטיס בכל רמת מחיר, רשות ההגבלים העסקיים האמריקאית טענה כי חברות התעופה השתמשו בתוכנה על-מנת לתאם ביניהן מחירים. לדוגמה, חברה כלשהי הייתה מודיעה על העלאת מחיר בקו בין עיר 1 לעיר 2, והייתה קובעת כי המחיר החדש ייכנס לתוקפו רק בעוד 30 יום. מכיוון שהמידע היה גלוי וידוע לכל שאר חברות התעופה, החברה האמורה יכלה לחכות לתגובת מתחרותיה. אם אלה לא העלו אף הן את מחיריהן, היא הורידה את המחיר הגבוה. שום גוף לא נגרם לה מכיוון שבינתיים שום לקוח לא נדרש לרכוש את הכרטיס במחיר הגבוה. לניתוח כלכלי של התנהגות זו ראו, למשל: S. Borenstein "Rapid Price Communication and Coordination: The Airline Tariff Publishing Case (1994)" *The Antitrust Revolution* (Oxford & New York, 4th ed. by J.E. Kwoka & L.J. White, 2004). התייחסה הסתיימה בפשרה שבה התחייבו חברות התעופה להפסיק לנהוג בדרך זו.

חשובה, בהעניקה ללקוחות את האפשרות להתארגן מראש ולהשוות מחירים בין מתחרים. לרוב נהוג לקבוע כי השפעה החיובית במקרה זה גדולה מהשלילית. למאפייניו של השוק שהמידע מוחלף בו יש השפעה רבה על התחלטה: ככל שהשוק ריכוזי יותר כן תגבר הנטייה לראות בעצם החלפת המידע גורם מצרפי משולל הצדקה חברתית. איזון מדויק הינו בעייתי, כמובן. בית המשפט לא יוכל כמעט לעולם למדוד בצורה מדויקת את העלות והיתרון החברתי הטמונים בפעולה מסוימת, אולם ניתן להעריך באופן גס את הפרטורים האמורים. השלב השלישי בותן אם ניתן להשיג את היתרונות האמורים בדרך אחרת שתפגע פחות בתחרות. אם התשובה חיובית, יש לראות בהסדר המקל גורם מצרפי משולל הצדקה חברתית.

2. התנהגות מקילה כהסדר כובל

כמפורט לעיל, התנהגות מקילה עשויה להוות גורם מצרפי להוכחת קיומו של הסדר. זאת, מכיוון שמדובר בפעולה רצונית ומכוונת אשר הולכת צעד אחד נוסף מעבר לתנאי השוק הקיימים ומקילה את התקיימותם של אחד או יותר מבין שלושת התנאים של סטיגלר. נוסף על כך, מקום שהתנהגות המקילה היא תוצאתו של הסדר, הסדר זה כשלעצמו עשוי להיות הסדר כובל. הסדר מקל בשוק אוליגופוליסטי עשוי להקל תיאום או התאמה עתידיים. על-כן הוא עשוי להיכנס לגדר האיסור ההגבלי אם אפשרות פגיעתו בתחרות הוכחה בהתאם לסטנדרט ההוכחה המקובל (ובתלות בסוג המשפט – אזרחי או פלילי).¹⁵⁰ מובן שכדי להיכנס לגדרי החוק יש צורך להוכיח קיומו של הסדר, בהתאם לכללים המשפטיים שפורטו לעיל, ואין די בהתאמה של התנהגות מקילה. כלל משפטי זה, האוסר הסדר מקל, מקדם את מטרת החוק מכיוון שהוא מאפשר למנוע באיבן פעולות אשר יקלו באופן משמעותי התנהגות מקבילה בשוק. הוא מהווה למעשה צער-מנע נגד התנהגות מקבילה בעלת השפעות אנטי-תחרותיות. זאת ועוד, בניגוד לקשיים ביישום איסורה של התאמה אוליגופוליסטית גרידא, במקרה דנן קיימת הוראה ברורה וניתנת לאכיפה בקלות יחסית שעניינה איסור המשכתו של הסדר מקל.

שאלת מעמדו המשפטי של הסדר מקל, כשלעצמו, טרם נידונה לפני ערכאות שיפוטיות בארץ, אולם גראה כי לשון הסעיף רחבה דייה לכלול באיסור כל הסדר שעלול לפגוע בתחרות, אף אם באופן עקיף. בדרך זו ניתן לתקוף גם קרטלים אשר אין ראיות מספיקות להוכחת קיומם. ניתן לראות ניצנים לגישה זו בהחלטותיו של הממונה בעניין המשא-ומתן בין הבנקים ובעניין חברות האינטרנט. בעניין הבנקים התבקש הממונה ליתן פטור מהצורך לקבל אישור להסדר כובל באשר למשאומתן ביניהם שנועד לגבש הסכמה

150 במקרה שבו חלות חוקות חלוטות לפגיעה בתחרות אין צורך להוכיח פגיעה כאמור (סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים). לבעייתיות הגלומה ברוחבן של החוקות החלוטות הקיימות כיום בחוק, ולרעיון העומד בבסיסן, ראו, למשל, גל, לעיל הערה 3, בע' 546-

בנוגע למעבר לשבוע עבודה מקוצר.¹⁵¹ הממונה החליט כי עצם ההתכנסות של הבנקים כדי לבדוק את כדאיות הסגירה המתואמת מהוות הסדר כובל. כלומר, גם משאומתן לצורך גיבוש הסכמה הינו כשלעצמו הסדר כובל, שכן הוא מקל על הצדדים להגיע להסכמה עתידית כלשהי בנושא, אף אם לא במהלך המשאומתן עצמו (השאלה אם המשאומתן עצמו מהווה הסדר כובל הושארה פתוחה על-ידי בית-הדין).¹⁵² גם את החלטת הממונה בעניין האינטרנט ניתן לפרש כנותנת ביטוי לגישה זו. במקרה זה קבע הממונה, באמרת-אגב, כי ההכרזות של המתחרים בכלי-התקשורת בדבר כוונתם לגבות כספים מהגולשים בעבור שירותי התוכן – הכרזות אשר כללו, בין היתר, את גובה התשלום הצפוי ואת לוחות-הזמנים לתחילת גבייתו – עשויות להוות הסדרים כובלים. כפי שקבע הממונה: "הנסיבות יכולות להצביע על כך שראיונות צולבים שמעניקים מנהלי עסקים מתחרים בכלי התקשורת משמשים בפועל ככלי להעברת מידע ולתאום בין מתחרים. על כן, הכרזות דומות המתקבלות אצל מתחרים המכלכלים את צעדיהם בהתאם, יכולות לעלות כדי הסדר כובל."¹⁵³ (וההדגשה במקור – מ' ג').

וידגש – עצם ההגדרה של הסדר מקל כהסדר בהתאם לחוק ההגבלים העסקיים אינה מחייבת את איסורו המוחלט. ההסדר חייב עדיין לקיים את כל יתר התנאים לקיומו של הסדר כובל, ובראשם הפגיעה בתחרות.¹⁵⁴ זאת ועוד, אף אם התמלאו כל יסודות ההגדרה הקבועה בחוק להסדר כובל, בית-הדין רשאי לאזן בין יתרונות ההסדר המקל לבין פגיעתו בתחרות, והממונה רשאי ליתן פטור להסדר מקל אשר אינו פוגע באופן משמעותי בתחרות.¹⁵⁵

פעולות מקילות עשויות לא להיות תוצאתו של הסדר, אלא תוצאה של התאמה אוליגופוליסטית או של פעולה חד-צדדית של אחד או יותר מבין השחקנים הפועלים בשוק. למשל, אחת החברות עשויה להודיע מראש, ובצורה נגישה לציבור, על כל שינוי במחיריה. מהו מעמדן החוקי של פעולות אשר אינן מהוות הסדר אך מקילות התנהגות מקבילה? שאלה זו הטרידה את רשויות האכיפה ברחבי העולם. בארצות-הברית נעשו נסיונות אחדים למגוץ אימוץ עצמאי של דפוס פעולה המקל התנהגות מקבילה ללא

151 החלטת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין מתן פטור לבנק הפועלים בע"מ מהחובה לקבל את אישור בית הדין להגבלים עסקיים להסדר כובל (טרם פורסם, 19.2.1996), אתר רשות ההגבלים העסקיים, מספר פרסום 3001405.

152 סדר (י"ם) 2/96 המועצה הישראלית לצרכנות נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, תק"מח (1996) 227.

153 החלטת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין מתן פטור מאישור הסדר כובל: איגוד אתרי האינטרנט בישראל – החלטה לפי ס' 14 לחוק ההגבלים העסקיים (טרם פורסם, 28.8.2002), אתר רשות ההגבלים העסקיים, מספר פרסום 3015425, פסקה 7.

154 למעט במקרים שבהם חלות חוקות חלוטות לפגיעה בתחרות (סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים).

155 סעיפים 9 ו-14(א) לחוק ההגבלים העסקיים.

אפשרות להוכחת תיאום, אך הללו לא צלחו.¹⁵⁶ בישראל טרם חרשו תלם זה, וסביר להניח כי לנוכח לשון החוק, הדורשת קיומו של "הסדר", הוא גם לא ייחשב. לנוכח הקשיים האכיפתיים במניעת התנהגות מקילה שאינה עולה כדי הסדר אך יש בה פוטנציאל של פגיעה עתידית בתזורות, הציע המלומד ארידה (Areeda) לאמץ הוראת חוק אשר תאסור באופן מפורש פעולות מקילות שאינן תוצאתו של הסדר אך שפגיעתן בתחרות בשוק משמעותית, אלא אם כן הוכחו יתרונות מאזנים. האיסור יהא איסור אורחי, והסעד יהא צו מניעה צופה פני עתיד.¹⁵⁷ לרעתי, הצעתו של ארידה מהווה דין רצוי.¹⁵⁸ לנוכח מגבלותיהם של כלי האכיפה הקיימים ושכיחותה של בעיית התאמה האוליגופוליסטית בשוק הישראלי, מתן כלי בידי רשויות האכיפה שיאפשר למנוע אימוץ פעולות המקילות התאמה אוליגופוליסטית ללא יתרונות מאזנים הינו חיוני ורצוי. העובדה שהתרופה היתידה שניתן ליתן היא צו מניעה צופה פני עתיד תקטין משמעותית את החשש מפני הרעת יתר.

ו. סיכום

שיטה משפטית המעניקה משקל לקיומו של "הסדר" בנואה להסדיר את פעילותם של השחקנים בשווקי נדרשת לענות על שתי שאלות קשורות: ראשית, מהן אותן התנהגויות אשר מהוות הסדר; ושנית, מהן הדרכים שבהן ניתן להוכיח את קיומו. מאמר זה הציע קווים מנחים למתן מענה לשתי שאלות אלה.

שאלת הגדרתו של הסדר אינה טכנית גרידא. היא קובעת את מעמדן המשפטי של פעולות שעלולות להגביל את התחרות. כפי שפורט בהרחבה, הבעייתיות העיקרית בהגדרת הסדר גלומה בהבחנה בין תיאום לבין התאמה אוליגופוליסטית. הבחנה זו חשובה משום שהתאמה אוליגופוליסטית אינה אסורה על-פי חוק ההגבלים העסקיים, ואילו התיאום אסור. הקושי בהבחנה זו נעוץ בעובדה שתוצאותיהן של שתי האסטרטגיות העסקיות האלה דומות והתנאים הנדרשים לשם קיומן זהים, למעט העובדה שהתאמה גובעת מתנאי השוק בלבד, בעוד תיאום דורש התערבות בתנאי השוק. ההבחנה אינה מתבססת אם כן על תוצאה כלכלית, כי אם על דרך ההגעה אליה.

ראינו כי הגדרת ההסדר המקובלת בישראל ובעולם אינה חלה על התאמה אוליגופוליסטית, ויש סיבות טובות התומכות בכך: הסרונה הבולט של תרופה משפטית יעילה שתוכל למונעה, ושיקולי הגינות. במקום זאת מוצע להחיל את מבחן הגורם המצרפי, המאפשר לרשויות האכיפה להסיק בדרך עקיפה את דבר קיומו של הסדר כובל מקום שחברות עשו יותר מאשר לבחון את התנהגות מתהריהם ולהגיב עליה באופן נבון.

156 לפירוס החלטות אמריקאיות הדנות בהחלטות מקילות ראו, למשל: Stroux, *supra* note 4, at pp. 135–142.

157 ראו: Areeda & Hovenkamp, *supra* note 47, at pp. 268–270.

158 ראו: Gal, *supra* note 82, at pp. 185–188.

מבחן זה בוחן אם ננקטו פעולות רצוניות ולא־מהויכות שאינן נובעות משינויים תיצוניים בשוק, אלא הולכות צעד אחד מעבר להתאמה המבוססת על תנאי השוק הקיימים בלבד, ואשר אינן משרתות תכלית חברתית מוצדקת. אם התשובה חיובית, אזי מתקיים הסדר כהגדרתו בחוק. מבחן הגורם המצרפי כולל שתי אפשרויות חלופיות להוכחת קיומו של הסדר: הוכחה על־דרך השלילה (מבחן תנאי השוק) או הוכחה על־דרך החיוב (מבחן הגורם המצרפי החיובי). מקום שמוכח קיומו של הסדר כוכל על־דרך החיוב, מצטרף למבחן הגורם המצרפי החיובי גם מבחן חוסר ההצדקה החברתית.

נוסף על כך נטען בהרחבה כי שימוש נכון בכלים ההגבליים עשוי למנוע שימוש בהתנהגויות אשר מקילות תיאום ללא יתרונות מאזנים. הניתוח הראה כי הסדרה בריעבד של התאמה אוליגופוליסטית הינה בעייתית, ועל־כן יש ליתן משקל למניעה מראש של התנהגות מקבילה. מקום שההתנהגות המקילה היא תוצאתו של הסדר, הסדר זה עשוי להיכנס תחת האיסור החל על עריכת הסדרים כובלים גם בלא הוכחה כי הוא משמש בסיס להתנהגות אנטי־תחרותית בפועל. די בפוטנציאל הפגיעה העקיפה בתחרות להכניס הסדר זה תחת כנפי החוק. מקום שההתנהגות המקילה אינה תוצאתו של הסדר, אלא תוצאה של אימוץ עצמאי של חברות הפועלות בשוק, יש מקום לאמץ בחוק עוולה אחרת חדשה, שבגדרה יהיה אפשר להרציא צו מניעה אשר ימנע את המשכה של ההתנהגות המקילה אם פגיעתה הפוטנציאלית בתחרות עולה באופן משמעותי על יתרונותיה לרווחת הציבור.

כן נותח בהרחבה סעיף 6 לחוק, הקובע כי התאמה להסדר כובל קיים הינה אסורה, ובלבד שהמתאים מודע לקיומו של הסדר כאמור. כפי שהניתוח הראה, סעיף 6 מהווה יצור־כלאיים בין הכלל האוסר תיאום לבין הכלל המתיר התאמה. ראינו כי לחריג זה יש הצדקות נורמטיביות ומעשיות, אולם הוא מעורר עדיין סוגיות סבוכות שטרם ניתנה להן הדעת.
