

הכרזה על קבוצת ריכוז - פיתרון חלקי לבעיית ההתאמה האוליגופוליסטית?

מאת

מיכל (שיצר) גל, מנחם פרלמן** וטליה סולומון***

"The customers are not my friends. You're my friend. I wanna be closer to you than I am to any customer."

ציטוט בפגישת תיאום השאית בין מתחרים שהוקלטה על ידי ה-F.B.I.

המאמר מנתח את הפוטנציאל ההסדרתי הגלום בהכרזת קבוצת ריכוז כעל מנופולין. חוק ההגבלים העסקיים מסמיך את הממונה על ההגבלים העסקיים לקבוע כי קבוצה של גופים עסקיים שאין ביניהם תחרות או שקיימת ביניהם תחרות מועטה בלבד מהווה קבוצת ריכוז. על קבוצת ריכוז חלים הכללים המסדירים את התנהגותו של בעל מנופולין. כפי שנטען בהרחבה במאמר, בסמכות ההכרזה כאמור טמון פוטנציאל להתמודדות, ולו חלקית, עם בעיית ההתאמה האוליגופוליסטית. התאמה אוליגופוליסטית מתרחשת כאשר גופים עסקיים לוקחים בחשבון, בעת קביעת האסטרטגיה העסקית שלהם, את תגובתם הצפויה של מתחריהם, ומתאימים (להבדיל ממתאמים) את פעולותיהם לאלו של מתחריהם. התאמה אוליגופוליסטית מאפיינת שווקים ריכוזיים רבים ופוגעת משמעותית ברווחה החברתית, אך כיון שהיא אינה עולה כדי "הסדר" כהגדרתו בזעק, היא איננה נתפסת בגדר איסור החל על הסדרים כובלים. קבוצת ריכוז עשויה להתקיים כאשר מספר גופים פועלים ברמה גבוהה של התאמה אוליגופוליסטית. אולם כדי שניתן יהא להצדיק את השימוש בסמכות להכריז על קבוצת גופים כאמור כעל מנופולין, יש לוודא שכלי האכיפה אשר ניתן להסדיר בעזרתם את פעולותיה של קבוצת הריכוז לאחר ההכרזה

- * מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה; Academic Fellow, NYU Center for Law and Business, Visiting Global Professor, NYU School of Law (spring 2006).
- ** מנהל-שותף, משרד לייעוץ כלכלי סוארי בע"מ; לשעבר משנה לממונה על הגבלים עסקיים והכלכלן הראשי של רשות ההגבלים העסקיים.
- *** עורכת-דין במחלקת ההגבלים העסקיים של משרד פישר, ככר, חן ושות', לשעבר ראש צוות במחלקה המשפטית של רשות ההגבלים העסקיים.

הינם אפקטיביים ויעילים ואינם פוגעים בתחרות. כפי שמאמר זה מראה, בעוד האפשרות התיאורטית להכריז על קבוצת ריכוז בעל מונופולין פותחת פתח לטיפול חלקי בבעיית התאמה האוליגופוליסטית, הכלים המשמשים כיום להסדרת קבוצת ריכוז הינם בעייתיים והחלתם עלולה בטקרים מסוימים לפגוע בתחרות יותר מאשר לקדמה. בהתאם לכך, מאמר זה מנתח את התנאים המשפטיים הכלכליים הנדרשים לשם הכרוז על קבוצת ריכוז, הן לאור הדין המצוי והן לאור הדין הרצוי.

א. מבוא. ב. קבוצת ריכוז – המסגרת המשפטית. 1. כללי; 2. רכיבי ההגדרה; 3. "שאין ביניהם תחרות או קיימת ביניהם תחרות מועטה בלבד"; 4. התנאים לתחרות מועטה או להיעדרה; 5. התאמה אוליגופוליסטית כבסיס אפשרי לקבוצת ריכוז. 1. מהי התאמה אוליגופוליסטית? 2. תנאים המקדמים התאמה אוליגופוליסטית; 3. דומיננטיות משוחפת בדין הוד. 4. בעיית אפשריות בהכרזה. 5. סיכום.

א. מבוא

חוק ההגבלים העסקיים¹ עורך, לרוב, הבחנה ברורה בין פגיעה בתחרות שהיא תוצאה של הפעלת כוח שוק יוניטרלי על ידי חברה אחת, מונופוליסטית, לבין פגיעה בתחרות שהיא תוצאה של אינטראקציה בין גופים עסקיים שונים. המקרה הראשון מוסדר על ידי הוראות פרק ד' לחוק, המחיל על בעל מונופולין הגבלות מיוחדות שמטרתן למנוע את ניצול כוח השוק שלו לרעה (להלן: "פרק המונופולין"). על המקרה השני תלות הוראות פרק ב' לחוק, האוסר על עריכת הסדר כובל הפוגע בתחרות אלא אם קבע בית הדין כי גלומים בו יתרונות מאזנים לטובת הציבור (להלן: "פרק ההסדרים הכובלים").

בהתאם להבחנה זו, ההגדרה העיקרית כוח של בעל מונופולין מתייחסת לגוף עסקי אחד (לרבות חברת-אם ובנותיה), המרכז בידיו יותר ממחצית מכלל הרכישה או האספקה של נכסים או שירותים בשוק.² גם ההגדרה החלופית למונופולין – המעניקה לשר המסחר והתעשייה את הסמכות לקבוע כי לגבי נכסים או שירותים מסוימים "יראו כמונופולין ריכוז בשיעור נמוך ממחציה" – מתייחסת לכוח שוק

המחברים מבקשים להורות למערכת כתב העת "משפטים", להערת הארוז מאידות עיניים ומועילות. האחריות לכתב היא, כמובן, על המחברים בלבד. בנוסף, רב תודות לדרור שטרם ולבען יפעת על דיונים מאירי-עיניים בנושא.

1 חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק").

2 סעיף 26(א) לחוק.

יונילטרלי.³ הגדרות אלו מתיישבות גם עם משמעות המילה מונופולין בלטינית – MONO, שמשמעו אחד ו-POLEIN, שמשמעו מוכר.

להבחנה זיכטומית זו קיים חריג בדמות התגדרה השלישית למונופולין, על פי הגדרה זו, בעל מונופולין כולל גם קבוצה של גופים עסקיים שאין ביניהם תחרות או שקיימת ביניהם תחרות מועטה בלבד (להלן: "קבוצת ריכוז"). אם הממונה קבע כך; דהיינו: המחוקק יצר אפשרות להחיל את האיטורים החלים על בעל המונופולין גם על קבוצה של מתחרים פוטנציאליים, אם הם מרכזים יחדיו נתח שוק משמעותי ופועלים במידה רבה כגוף אחד.

בסמכותו של הממונה להכריז על קבוצת ריכוז כעל מונופולין טמון פוטנציאל חשוב להתמודדות עם התאמה אוליגופוליסטית, המהווה את עקב אכילס של דיני התגבלים העסקיים, ומכאן חשיבותה. כפי שיפורט בהרחבה להלן, התאמה אוליגופוליסטית (Oligopolistic Coordination או Conscious Parallelism)⁴ הינה תופעה המאפיינת שווקים מעוטי-מתחרים. התאמה אוליגופוליסטית מתרחשת כשגופים עסקיים מתחשבים – בעת קביעת האסטרטגיה העסקית שלהם – בתגובה הצפויה של מתחריהם, ומתאימים (להבדיל ממתאמים) את פעולותיהם לאלו של המתחרים. תברה המעוניינת להעלות את מחיריה תכלול במסגרת שיקוליה את העובדה שגם מתחריה יבינו את האינטרס המשותף בהעלאת המחיר; שאר החברות יבינו שאם אף הן לא יעלו את המחיר – החברה המובילה תוריד את מחיריה לרמתם הקודמת. לעומת זאת, אם ילכו בעקבותיה – ייהנו כולן מרווחים גבוהים יותר. על כן, גם ללא תקשורת ישירה וללא תיאום מפורש, חברות בשוק אוליגופוליסטי יכולות להפחית את התחרות ביניהן באמצעות התאמה אוליגופוליסטית.

בשווקים אלו עלול להיווצר שיווי-משקל יציב שבו כל הפירמות המתחרות ידרשו מחיר על-תחרותי ולא יסטו ממנו, גם ללא הסדר מקדים ומפורש. כתוצאה מכך המתחרים מחזיקים במשותף בכוח שוק שייתכן שאינו נופל מכות השוק שהיה משיג מונופול בודד בשוק זה. השפעותיה של התאמה אוליגופוליסטית על הרווחה החברתית יכולות להיות משמעותיות.⁵ אולם, כפי שנקבע בפסיקה,

3 סעיף 26(a) לחוק.

4 יש המכנים אותה גם Tacit Collusion. הביטוי הכלכלי "Collusion" בהקשר זה אינו מתייחס לקבוצה או להסדר כמובן המשפטי בין המתחרים, ואינו מחייב קיומה של תקשורת כלשהי בין המתחרים. מקורו של הביטוי בתוצאה הכלכלית שיכולה להיות דומה מאוד לתוצאתו של קרטל. לדעתנו, השימוש במונח עשוי לבלבל, ויש להחזיר את השימוש במונח "Collusion" לתיאום – בין אם הוא ישיר ובין אם הוא עקיף.

5 לריון בתאמה אוליגופוליסטית ומשמעותיה הכלכלית ראו, למשל, Jean Tirole, *The Theory of Industrial Organization* chapters 5 and 6 (1988); Carl Shapiro, "Theories of Oligopoly Behavior," in *Handbook of Industrial Organization* vol. I 329 (Richard

התנהגות זו איננה נתפסת בגדר המונח "הסדר", ועל כן איננה אסורה מכוח הוראותיו של פרק ההסדרים הכובלים.⁶

איי-הסדרה של התאמה אוליגופוליסטית הינה בעייתית, במיוחד בכלכלה קטנה דוגמת ישראל, שבה התאמה אוליגופוליסטית עלולה להתרחש בשוקים רבים כגון שוק הבנקים, שוק התקשורת הסלולרית ושוק העיתונים היומיים.⁷ על כן, סמכות ההכרזה על קבוצת ריכוז כעל מונופולין – סמכות שבתנאים מסוימים, כמפורט להלן, יכולה לכלול גם התאמה אוליגופוליסטית – עשויה להיות צעד חשוב להגבלת תוצאותיה של התאמה באזור. כמה הצעות חוק שהונחו על שולחן הכנסת לא מכבר מאמצות קו פעולה זה ומבקשות לחוק ולהרחיב את סמכות ההכרזה על קבוצת ריכוז כעל בעל מונופולין.⁸ מכאן החשיבות של בחינת ההגדרה של קבוצת ריכוז כמונופולין, יתרונותיה וחסרונותיה. כאמר זה מבקש לצעוד כמה צעדים בכיוון זה.

בה בעת, ההכרזה איננה מטרה העומדת בפני עצמה: אין היא אלא צעד ראשון בלבד לפעולות אכיפה שיינקטו להסדרת פעולותיה של קבוצת הריכוז. על כן, בטרם השימוש בסמכות זו, יש לשקול גם את יעילותם של כלי האכיפה שבעזרתם ניתן יהיה להסדיר את פעולותיה של קבוצת הריכוז לאחר ההכרזה. כפי שנטען בהרחבה להלן, בעוד שהאפשרות התאורטית להכריז על קבוצת ריכוז כבעל מונופולין פותחת פתח לטיפול חלקי בהתאמה אוליגופוליסטית, הכלים המצויים כיום בחוק לשם הגדרתה של קבוצת ריכוז הינם בעייתיים והחלתם במקרים מסוימים עלולה לפגוע בתחרות יותר מאשר לקדמה.

Schmalensee and Robert D. Willig eds., 1989). לדיון בהתאמה אוליגופוליסטית בהקשר של כלכלות קטנות ראו Michal S. Gal, *Competition Policy for Small Market Economies* chapter 5 (2003).

6 ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' טרוביץ ולא פורסם, 31.3.2005. לדיון מורחב בסוגייה זו ראו מיכל (שיצר) גל, "מהו 'הסדר' קו התפר בין תיאום והתאמה בחוק ההגבלים העסקיים", עתיד להתפרסם בעיוני משפט כס (תשס"ה).

7 Gal, הערה 5 לעיל, 154–155.

8 ראו הצעת חוק לתיקון חוק ההגבלים העסקיים (תיקון – הוראות שונות), התשס"ד–2004, 2497/פ. ההצעה מגמקת את השינוי המוצע בהכרה "להקנות לממונה ולרשות להגבלים עסקיים כלים משופרים להתמודדות עם תופעת האוליגופול והסימפטומים האנטי תחרותיים הנובעים ממנה"; הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון) – מניעת התנהגות שאיננה תחרותית על ידי קבוצת ריכוז), התשס"ה–2005, פ/3581; הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון), התשס"ה–2005, פ/3608.

ב. קבוצת ריכוז - המסגרת המשפטית

1. כללי

סעיף 26(ד) לחוק ההגבלים קובע את החלופה השלישית להגדרת מונופולין כדלקמן:

היה הריכוז האמור בסעיף קטן (א)... נתון בידי שני בני אדם או יותר שאין ביניהם תחרות או קיימת ביניהם תחרות מועטה בלבד (להלן - קבוצת ריכוז), יראו את הריכוז כמונופולין ואת קבוצת הריכוז כבעל המונופולין, אם הממונה קבע זאת לפי סעיף 43(א)(4).

סעיף 43(א)(4) לחוק מסמך את הממונה לקבוע כי "קבוצת ריכוז היא בעל מונופולין". סמכות זו מרחיבה באופן מהותי את הגדרת המונופולין שבחוק. כאמור לעיל, היא מאפשרת לתפוס בגדרו של פרק המונופולין גם שווקים אוליגופוליסטיים המתאפיינים בריכוזיות גבוהה גם אם לא קיימת תחרות בין החברים בקבוצה וגם אם קיימת ביניהם תחרות מועטה בלבד. כך, למשל, כאשר השוק נשלט על ידי שלוש חברות גדולות, ואין ביניהן תחרות או שקיימת ביניהן תחרות מועטה בלבד, מוקנית לממונה סמכות להכריז עליהן כעל מונופולין למרות שאף אחת מהן איננה מספקת בעצמה יותר מ-50% מהנכסים או מהשירותים בשוק. לא למותר להרגיש כי ההברזה, כשלעצמה, אינה מטילה אשמה על החברים בקבוצת הריכוז. בדומה להכרזה על בעל מונופולין יחיד, היא מצהירה על סטאטוס משפטי המבוסס על מבנה שוק קיים. אולם היא מגדילה את היקף החבות המשפטיות בהכפיפה את קבוצת הריכוז לאיסורים התגבליים החלים על בעל מונופולין.

ההנחה העומדת בבסיסו של סעיף זה היא שכמה גופים עסקיים, הנוהגים יחד כקבוצה למרות היעדרם של קשרי בעלות משמעותיים ביניהם, יכולים להיות בעלי כוח שוק משותף שניתן לנצלו לרעה, בדומה למונופול רגיל.⁹ מטרת הסעיף הינה ליצור כלים משפטיים שיאפשרו להגביל את ניצולו לרעה של כוח השוק של הקבוצה האמור. כפי שצוין לעיל, זוהי סמכות חשובה - לפחות באופן תאורטי - בעיקר בשוק קטן וריכוזי דוגמת ישראל, בשל היעדרם של כלים חליפיים להסדרת ניצול כוח שוק בדרך של התאמה אוליגופוליסטית.

9 ראו הצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשנ"ד-1983, ה"ח 1647, 41. לו היו מתקיימים יחסי בעלות משמעותיים בין החברות בקבוצה לא היה צורך בהוראת סעיף 26(ד) לחוק, לאור הוראת סעיף 26(ו) המרחיבה את בחינת נתח השוק גם לתחרות של חברות האם.

סמכות ההכרזה על קבוצת ריכוז הוספה לחוק רק בנוסחו החדש, בשנת 1988. קודם לכן ניתן היה להחיל את הוראות פרק המונופולין על שווקים אוליגופוליסטיים רק אם הכריז שר המסחר והתעשייה כי בשוק מסוים די בנתח שוק נמוך של אספקה כדי להיות מונופולין. כלי זה לא הפעל מעולם; אולם גם אפשרות זו חייבה להכריז על כל גוף עסקי במונופולין באופן נפרד, ולא ניתן היה להכריז על קבוצת חברות כעל מונופולין כמקשה אחת.

עד היום הכריז הממונה על קבוצת ריכוז כבעל מונופולין רק במקרה אחד – בעניין רשת קלאב חוטל.¹⁰ שם נקבע, כי שש חברות שעסקו בשיווק ובמכירה של יחידות נופש מהוות קבוצת ריכוז. ההוכחה של היעדר התחרות הייתה קלה יחסית: מן העובדות עלה בבירור כי שש החברות נשלטו על ידי אותם אנשים ושיווקו יחידות נופש אחת עבור השנייה. הממונה קבע כי התחרות בין החברות הייתה מועטה, אם בכלל, וכי הן פועלות למען השאת רווחיה המשותפים של הקבוצה. זהו מקרה קיצוני ונדיר, שבו היה ערוב מוחלט בניהול החברות ודמיון מוחלט בזהות האינטרסים שלהן. בעת האחרונה בחן הממונה את האפשרות להכריז על הבנקים הגדולים כקבוצת ריכוז, אולם עד עתה לא נעשה שימוש בסמכות ההכרזה.¹¹

השימוש המועט שנעשה עד עתה בסמכות ההכרזה על קבוצת ריכוז כעל מונופולין נעוץ בשלוש סיבות עיקריות: קשיי הגדרה של רכיבי החוק, שימוש חלופי בהוראות של פרק ההסדרים הכובלים או של פרק המונופולין במקרים שנפלו בגדרם, ומגבלותיהן של הסמכויות הרגולטוריות שניתן להפעיל לאחר ההכרזה. בהתחשב במכשלות אלו יש מקום לבחון את מוסת-כנפיה של הסמכות להכריז על קבוצת ריכוז, כמו גם את אפשרות תחולתה להסדרת אסטרטגיות עסקיות העלולות לפגוע בתחרות.

2. רכיבי ההגדרה

הגדרתה של "קבוצת ריכוז" בסעיף 26(ד) לחוק דורשת כי יתקיימו שני תנאים מצטברים: (1) מחצית (או יותר) מכלל אספקת העכסים או מכלל רכישתם מרוכזת בידי שני בני אדם או יותר; (2) בין בני האדם האמורים לא מתקיימת תחרות, או שקיימת ביניהם תחרות מועטה בלבד.

10 קביעה לפי סעיף 4(א)4 לפיה קבוצת ריכוז הינה בעל מונופולין – רשת קלאב חוטל (1996), הגבלים עסקיים 3014757.

11 ראו, למשל, סמי פרץ ואורה קרון, "אני לא אידיאליסטי", הארץ, The Marker, מיום 7.10.2005, בעמ' 8.

הרכיב הראשון דומה לזה המופיע בהגדרה הראשית של "בעל מונופולין" הקבוצה בסעיף 26(א), ועיקרו בחינה מבנית של השוק הרלבנטי. לצורך הוכחתו נדרשת רק הגדרת השוק הרלבנטי ומדידת נתחי השוק של הגופים העסקיים הפועלים בו. בהתאם להגדרה, אין צורך לבחון את כוח השוק של חברי הקבוצה, דהיינו: את אפשרותם להעלות את המחיר בצורה משמעותית ולא חולפת מעל למחיר התחרותי בלא שהדבר לא יהא רווחי עבורם.

רכיב נתח השוק נדרש כדי להקים את ההנחה – עליה מושתתת הגדרת המונופולין בחוק – כי שליטה בנתח שוק משמעותי מהווה אינדיקציה לקיומו של כוח שוק.¹² בהתאם לכך, כאשר אין תחרות בין כמה גופים הפועלים בשוק אך נתח השוק המצרפי של גופים אלו הינו קטן, המחוקק מניח שאין חשש כי גופים אלו יוכלו להכתיב את תנאי השוק, ועל כן לא מוחלות עליהם ההוראות המיוחדות החלות על בעל מונופולין. רק כשנתח השוק המצרפי של חברי הקבוצה עולה על מחצית קמה ההנחה שיש לקבוצה כוח שוק. לדעתנו, בסרם הכרזה על קבוצת ריכוז כמונופולין, ראוי לבחון את קיומו בפועל של כוח שוק לקבוצה, ולא להסתמך על חזקות סכניות של נתחי שוק גרידא, הגם שהחוק אינו מחייב בדיקה מעין זו.¹³ הכרזה על קבוצת גופים עסקיים כמונופולין היא חריג ולא הכלל; כמפורט להלן, זהו חריג שעלויותיו בצידו, ועל כן יש להשתמש בו במקרים נדירים ורק כשההכרזה נדרשת למניעת ניצולו לרעה של כוח שוק. זאת ועוד: בשל הקשיים הכרוכים בשמירה על התאמה יציבה, לקבוצת חברות קשה יותר מלחברה יחידה ליצור ולנצל לרעה כוח שוק מצרפי. על כן, באין כוח שוק משמעותי לחברי קבוצת הריכוז יחדיו, גם אין מקום להשתמש בסמכות מרחיקת-לכת זו.

הרכיב השני שקיומו נדרש לשם הכרזה על קבוצת ריכוז איננו מבני-סכני גרידא, וזוא מחייב בחינה של מידת התחרות המתקיימת בין הגופים הנבדקים, המחזיקים יחדיו יותר ממתחצית מכלל אספקת הנכסים או השירותים בשוק. כדי שרכיב זה יתקיים יש להוכיח כי בין הגורמים האמורים אין תחרות כלל או שקיימת ביניהם תחרות מועטה בלבד. ברגיל, גופים עסקיים הפועלים באותו שוק מצויים בתחרות זה עם זה על לבו ועל כיסו של הצרכן. החוק מכוון למצב שבו

12 ראו מיכל (שיצור) גל, "חמישים גוונים לפורמאיקה: חוק ההגבלים העסקיים כראי לאידיאולוגיה במדינת ישראל", עתיד להתפרסם במחקרי משפט (2006).

13 קיומו של כוח שוק כאמור ייבחן בהתאם למבחנים הרגילים החלים על בעל מונופולין יחיד, לרבות ההפרש שבין המחיר ה"תחרותי" של המוצר הנמכר על ידי הקבוצה לבין מחירו בשוק. ראו, לדוגמה, Phillip E. Areeda, John L. Solow & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law - An Analysis of Antitrust Principles and Their Application* vol. II, Chapters 5A and 5B (2002). לבעייתיות שבהחלת חוקות חלוטות כאינדיקציה יחידה לקיומו של כוח שוק ראו Gal, הערה 5 לעיל, בעמ' 65-68.

תחרות כאמור איננה קיימת או שהיא קיימת במידה מועטה בלבד; ונדק: החוק איננו בוחן את מידת התחרות בין קבוצת הריכוז לבין יתר המתחרים בשוק. כמו ביתר החלופות להגדרת מונופולין, די כנתח השוק המצרפי ובמידת תחרות מועטה, אם בכלל, בין החברים בקבוצת הריכוז. החוק מסתפק באלה כדי לבסס הגנה של כוח שוק הנתון בידי חברי הקבוצה כלפי שאר המתחרים הפועלים בשוק או כלפי צרכנים וספקים של החברים בקבוצה. ברכיב זה של מידת התחרות, על שתי חלופותיו, נעמיק את הדיון להלן.

ראוי לציין, כי בניגוד לשתי ההגדרות העיקריות למונופולין, המתבססות על קיומם של תנאי שוק מוגדרים וברורים (נתח שוק העולה על רמה מסוימת), הגדרתה של קבוצת ריכוז איננה מתבססת על קיומם של תנאי שוק טכניים גרידא אלא מחייבת בחינה של רמת התחרות בשוק. אולם, כפי שפורט להלן, רמת התחרות בשוק מושפעת ישירות מקיומם של תנאים מסוימים בשוק ויכולה לשמש גם אינדיקציה לקיומם.

הכרזתו של הממונה לעניין היותה של קבוצת ריכוז בעל מונופולין היא קונסטיטוטטיבית, דהיינו: ללא הכרזה כאמור קבוצת ריכוז איננה מהווה מונופולין ולא חלות עליה הוראות פרק המונופולין. פועל יוצא מכך הוא שההכרזה צופה פני עתיד ואיננה חלה על פעולות ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי שהתקיימו טרם נתינתה. הגיונו של כלל זה בעידו: הבחינה אם קיימת מידה מועטה של תחרות, אם בכלל, המקיימת את התנאי הקבוע בחוק, איננה פשוטה לזכחה אלא דורשת מובחנות מיוחדת שאינה נחלתם של רבים מהגורמים העסקיים הפועלים בשוק. על כן, קביעה כי ההכרזה היא קונסטיטוטטיבית מפחיתה את חוסר-הוודאות שהיה קיים בשאלה אם הוראות פרק המונופולין חלות על קבוצת חברות מסוימת אם לאו. כמו כן, קביעה כי ההכרזה הינה דקלרטיבית תפתח פתח להגשת תביעות נזיקיות פרטיות נגד קבוצת ריכוז, בלא שרשות ההגבלים העסקיים – שהיא בעלת הכלים הטובים ביותר לבחון את קיומה של קבוצת ריכוז – תבחן שאלה זו. נראה לנו כי גם אין זה הוגן להחיל על גופים עסקיים איסורים הגבליים שאין כל ודאות מלכתחילה שיחולו עליהם, בבחינת אין עונשין אלא אם כן מזהירין. נוסף על כך, אם גופים אלה יהיו בסיכון שבית משפט יקבע בדיעבד כי אכן היוו קבוצת ריכוז, הדבר עלול לגרום לגורמים עסקיים – שאינם מהווים קבוצת ריכוז בפועל אולם הם סבורים בטעות כי בית משפט עלול לקבוע אחרת – לזירות-יתר בפעולותיהם העסקיות במטרה להימנע מהסיכון האמור. זירות-יתר זו עלולה לפגוע ברווחה ה חברתית במונעה פעולות המקדמות את התחרות. כך, למשל, חברי הקבוצה עלולים להימנע מודישת מחירים השונים

מאלו של מתחריהם לבל יואשמו באפליית מחירים אם יוגדרו כקבוצת ריכוז.¹⁴ מטעמים אלו יש לדחות את הצעות החוק המבקשות לקבוע כי סמכות ההכרזה הינה דקלרטיבית.¹⁵

3. "שאינ ביניהם תחרות או קיימת ביניהם תחרות מועטה בלבד"

תחרות איננה מתקיימת בין מתחרים בשוק מסוים אם הם אינם מתמודדים כלל, זה מול זה, על לבם ועל כיסם של הצרכנים. ודוק: החוק איננו מסתפק בכוונת הצדדים לבטל כל תחרות ביניהם, אלא נדרש כי הלכה למעשה לא תתקיים ביניהם כל תחרות כאמור. היעדרתתחרות מוחלט הינו מצב חריג, ומעטים המקרים שבהם בשוק מסוים, שפועל בו יותר משחקן אחד, אין תחרות כלל באף אחד מההיבטים העסקיים המשפיעים על בחירתו של הצרכן. בהחלטה בעניין קלאב הוטל קבע הממונה כי בין החברות בקבוצה לא התקיימה בפועל כל תחרות; באותו עניין פעלו החברות להשאת הרווחים של הקבוצה ולא להשאת רווחיהן הנפרדים. אולם, היעדרתתחרות איננו מחייב זהות אינטרסים כה קיצונית: כדי לקיים את תנאי היעדרתתחרות די באיסטייה של כל החברות מהסטטוס-קוו העסקי הקיים בשוק, גם אם פעולה זו נובעת מהתמריץ להשאת רווחיה של כל חברה בנפרד.

הגדרתה של קבוצת ריכוז כוללת גם מצבים שבהם מתקיימת בין חברי הקבוצה רמת תחרות המוגדרת כ"תחרות מועטה בלבד". החוק איננו מפרט מהי "תחרות מועטה בלבד", אולם המונח מלמד על רמת תחרות נמוכה המשיקה

14 לפירוט הבעייתיות שבהחלת האיסורים ההגבליים החלים על בעל מונופולין יחיד על קבוצת ריכוז ראו פרק ה' להלן.

15 שלוש הצעות החוק לחיקון חוק ההגבלים העסקיים, הערה 11 לעיל. בין היתר, הצעות מבקשות לתקן את החוק כך שהכרזה על קבוצת ריכוז תהא דקלרטיבית ולא קונסטיטוטיובית. מסקנה זאת מתבקשת מהתאמת לשון החוק העוסקת בסמכות ההכרזה של הממונה על קבוצת ריכוז, לזו העוסקת בהכרזה על מונופולין רגיל ובהשמטת הקביעה כי "ראו את קבוצת הריכוז כבעל המונופולין, אם הממונה קבע זאת...", הקבועה כיום בסעיף 26(ד) לחוק. הצעות אלו לשינוי הסטטוס המשפטי של ההכרזה הינן בעייתיות. נוסף על הסיבות המנירות לעיל, הן לא תקלנה על הרגולציה של קבוצת ריכוז על ידי הממונה, כמסרת הצעות. הסעם לכך הוא שההכרזה מהווה שלב מקדים להפעלת הסמכויות המנהליות של הממונה להסדרת פעולות המונופולין (עדר 7/95 "בזק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על הגבלים העסקיים ולא פורסם, 8.5.1997), פסקה 7: מיכל (שיצר) גל ואמיר ישראלי, "פעמון על צוואר החתול: הכרזה על קיבוצו של מונופול בהתאם להוראות חוק ההגבלים העסקיים", הוגש לפרסום 2006. בהתאם לכך, קביעה כי ההכרזה על קבוצת ריכוז היא דקלרטיבית לא תשנה את התנאים הנדרשים לצורך הסדרתה של קבוצה כאמור.

כמעט להיעדר-תחרות, או על קיומה של תחרות בין חברי הקבוצה במקטעים מוגבלים בלבד של פעילותם. כך, למשל, "תחרות מועטה בלבד" עשויה להתקיים כשחברי הקבוצה מתחרים ביניהם על פלח לקוחות או על שוק מסוים, אך נמנעים מכל תחרות ככל שמדובר בפלח לקוחות או בשוק אחר.

לדעתנו, המבחן שראוי להחיל כדי לבחון את קיומו של הרכיב השני בהגדרת "קבוצת ריכוז" הוא מידת הסטייה של התחרות הקיימת בין החברות הנבחנות ממצב שבו הבעלות על כל החברות בקבוצת ריכוז הייתה מרוכזת ביד אחת. קבוצת ריכוז תתקיים ככל שמצב התחרות בין החברות הנבחנות זהה או משיק למצב התחרות שהיה שורר ביניהן אילו כולן היו נשלטות בידי גורם אחד, וההפרדה המבנית ביניהן הייתה נשמרת (להלן: "מבחן הבעלות המשותפת"). על פי המבחן המוצע, כל תברה בקבוצה עדיין תשאף למקסם את רווחיה – אולם לא במחיר פגיעה ברווחיות הכוללת של הקבוצה. הטעם להחלתו של מבחן הבעלות המשותפת הוא כפול: ראשית, מבחינת תמריצי ההתנהגות העסקית של החברות הכוללות בקבוצת הריכוז, מצב של היעדר-תחרות מוחלט הוא אנלוגי למצב של בעלות משותפת, ומצב של תחרות מועטה מהווה סטייה קטנה ממצב זה. לפיכך, מצב התחרות תחת תנאי בעלות משותפת היא נקודת היחוס הרלבנטית. הנימוק השני מעוגן בתכלית החוק. פרק המונופולין מיועד לחול על מצבים שבהם לתברה אחת או לכמה חברות הפועלות יחד יש כוח שוק המאפשר להן לקבוע תנאים בשוק השונים במידה משמעותית באלו שהיו נקבעים בשוק תחרותי. אם החברות הנבחנות אינן פועלות כגוף אחד – מונופוליסטי – לעניין קביעת התנאים בשוק, מתייחד הצורך להחיל עליהן את הוראותיו המגבילות של פרק המונופולין. בהתאם, אם הסטייה מהתנהגותו של בעלים היפותטי של כל החברות בקבוצה היא גדולה, לא יתקיים הרכיב השני בהגדרה של קבוצת ריכוז.

לא למותר להדגיש, כי על פי המבחן המוצע אין לבחון את סידת התחרות בין החברות בקבוצת הריכוז בהשוואה למידת התחרות בשוק משובלל, אלא בהשוואה למצב שהיה שורר בשוק מונופוליסטי שבו כל החברות בקבוצת הריכוז היו בבעלות אחת.

מטרתו של מבחן הבעלות המשותפת היא לשמש בסיס תאורטי (Benchmark) לנסיבות קיומה של תחרות מועטה. אולם, החלה בפועל של מבחן הבעלות המשותפת עשויה להיות בעייתית, שכן היא מחייבת את הרשות להערכה היפותטית של תמריצי הצדדים תחת מבנה שוק שאינו קיים בפועל. לפיכך, יש מקום להשתמש בכמה מבחני-עזר שעניינם בחינה עובדתית-כלכלית של תנאי השוק והתנהגות הגופים בו, שיעזרו לממנה לבחון את מידת התחרות הקיימת בין חברי הקבוצה. בין היתר ניתן לבחון את שונות המחיר בין המוצרים הנמכרים על ידי החברים בקבוצה, את מידת סטייתו של המחיר הנדרש על ידי חברי הקבוצה מהמחיר שהיה נקבע בשוק תחרותי, את מידת יציבותו של הסטטוס-קו

בדבר נתח השוק של כל חבר בקבוצה, במיוחד לאור שינויים טכנולוגיים קיימים ופוטנציאליים בשוק, ואת סמיכות הזמנים בשינויי המחיר והאיכות בין חברי הקבוצה שאינם נובעים מגורמים חיצוניים כגון עלייה במחירי התשומות. נוסף על כך, כפי שפורט להלן, ניתן להיעזר בניתוח התנאים הקיימים בשוק, העשויים להגביר או להפחית את תמריצייהם ואפשרויותיהם של הצדדים לשמור על סטטוס-קוו מעל למחיר התחרותי, במטרה לבחון את רמת התחרותיות המסתברת בין חברי הקבוצה.

4. התנאים לתחרות מועטה או להיעדרה

מה הם התנאים העובדתיים-כלכליים הנדרשים כדי שתתקיים בשוק רמת תחרות מועטה, אם בכלל? התשובה לשאלה זו תשפוך אור על מצבים שבהם הכרזתה של קבוצת ריכוז עשויה להיות רלבנטית, ותחדד את המבחנים המשפטיים שניתן להחיל על בחינתה של רמת התחרות בשוק. ודוק: החוק איננו מגביל את תחולת ההגדרה של קבוצת ריכוז להתנהגות עסקית זו או אחרת. ההגדרה שבחוק בותנת רק את תוצאתה של ההתנהגות כאמור – את היעדרה או את מיעוטה של תחרות בין החברים בקבוצה.

ניתן לזהות שלושה סוגים עיקריים של מצבים שבהם תיתכן רמת תחרות מועטה, אם בכלל: קיומם של קשרי בעלות בתוך הקבוצה, קיומו של הסדר כובל מובהק, או תחרות מועטה בין מתחרים פוטנציאליים שהיא תוצאה של התאמה אוליגופוליסטית יעילה.

כאמור, תחרות מועטה או היעדרה יכולים להיות תוצאה של קשרי בעלות בין החברים בקבוצה. כפי שפורט לעיל, ההכרזה בעניין קלאב הוטל¹⁶ התבססה, בין היתר, על קיומם של קשרי בעלות בין החברות בקבוצה, כך שהאינטרס של כל חברה בקבוצה היה להשיא את רווחי הקבוצה בדומה, גם בעניין French West African Shipowners, שנדון בפני בית הדין האירופי, העובדה כי החברות נשלטו בידי אותם בעלים והתקיימו ביניהן בעלויות צולבות הייתה הבסיס לקביעה כי החברות היו דומיננטיות במשותף.¹⁷ במצב מעין זה, החלוקה המבנית לגופים עסקיים עשויה להיות מלאכותית בלבד. אולם, במקרים מסוג זה אין לרוב צורך להשתמש בכלי של הכרזה על קבוצת ריכוז כמונופולין, שכן בעלות משותפת עשויה להיכנס גם להגדרה הראשית של מונופול בתוק הישראלי. בהתאם להוראות סעיף 26(ו) לחוק, חברה ובנותיה, חברות-בנות של חברה אחת, וכן אדם וחברה שהוא שולט בה ייחשבו כ"אדם אחד" לצורך מדידה של נתח

16 עניין קלאב הוטל, הערה 13 לעיל.

17 *French-West African Shipowners' Committee* [1992] O.J. L134/1

השוק. לפיכך, אם החברות בקבוצה מקיימות את מבחן "השליטה" – הן תיכנסנה יחדיו בדלת הראשית של הגדרת מונופולין.

תחרות מועטה או היעדרה יכולות להיות גם תוצאת קיומו של "הסדר טובל" מובהק בין השחקנים בשוק. גם במקרה כזה אין צורך בהכרזה על קבוצת ריכוז כדי להסדיר את ההתנהגות האנטי-תחרותית. הסדר כאמור יהיה אסור על פי הוראותיו של פרק ההסדרים הכוללים, אלא אם יתרוגתו לטובת הציבור עולים על פגיעתו בתחרות.¹⁸ יתרה מזאת: הדין הרצוי מתייב כי התברר בהסדר הכולל לא יוכרוז כקבוצת ריכוז. הטעם לכך הוא שבעוד שפרק ההסדרים כולל מנגנון של אישור הסדר לטובת הציבור, פרק המונופולין איננו כולל מנגנון דומה. יתר על כן: פרק המונופולין כולל כמה חוקות שפורשו על ידי בית הדין להגבלים עסקיים כחוקות תלוטות של ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי, ללא אפשרות לבחון את קיומם של יתרוגות מאזנים לטובת הציבור.¹⁹ לפיכך, ייתכן כי הסדר כובל לטובת הציבור יוגבל בהתאם להוראות פרק המונופולין בחוק אם הוא יוסדר בגדרו.

הסוג השלישי של נצבים שבחם עשויה להזקיק תחרות מועטה בין מתחרים פוטנציאליים חל בסיטואציה של התאמה אוליגופוליסטית. סוג זה הינו החשוב ביותר לצורך החלת סמכות ההכרזה, שכן במקרה דנן אין סמכות חליפית בחוק להסדרת פגיעתה של ההתנהגות, וכן משום שבכלכלה קטנה דוגמת ישראל התאמה אוליגופוליסטית הינה תופעה שכיחה בענפי משק רבים. מספר המתחרים הפועלים בשווקים רבים בכלכלה קטנה הינו כה קטן, עד שגם בהיעדר הסכם פורמלי יש תמריץ חזק להגבלת התחרות. כל אחת מהחברות הפועלות בשוק יודעת שאם כל השחקנים בשוק יבחרו שלא להתחרות זה בזה, הם ייהנו יחדיו מכוח שוק קולקטיבי.²⁰

הפרק הבא יעסיק באפשרות להכריז על שוק המאופיין בהתאמה אוליגופוליסטית כעל קבוצת ריכוז.

18 פרק ב' לחוק.

19 ה"ע 2/96 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' דיעות אחדונות בע"מ, (לא פורסם, 4.11.1999). ניתן, אולי, לקרוא את החלטת בית הדין בעניין הפדרציה כטוטה מהלכה זו; ה"ע 3574/00 הפדרציה הישראלית לחקלאים וקלשות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (לא פורסם, 29.4.2004). לדעתנו, ראוי לפרש את החוקות כניתנות לפתירה ולא כחוקות תלוטות, כיון שחן מונעות, לעתים, התנהגות פרו-תחרותית.

20 Gal, הערה 5 לעיל; גל, הערה 6 לעיל.

ג. התאמה אוליגופוליסטית כבסיס אפשרי לקבוצת ריכוז

1. מהי התאמה אוליגופוליסטית?

המשמעות הלטינית של אוליגופול היא "מוכרים בוודים". שוק אוליגופוליסטי מוגדר כשוק שבו פועלים גופים עסקיים מועטים בעלי נתח שוק משמעותי. הכאפיין העיקרי של שווקים אוליגופוליסטיים הוא התלות ההדדית בין הפועלים בו: החלטותיו של כל גוף עסקי משפיעות מיידית על יריביו. בהתאם לכך, כל חברה מקבלת את החלטותיה העסקיות תוך התחשבות בתגובתם הצפויה של מתחריה. מאפיין זה גורם לכך שפעמים רבות קיימת תחרות מועטה בין הפועלים בשוק אוליגופוליסטי, תגורת מההכרה של כל אחד מהשחקנים בשוק באינטרס משותף לשמירה על סטטוס-קוו – של מחיר, של כמות, של איכות ושל שאר הפרמטרים העסקיים מעל למחיר התחרותי.²¹ בשוק תחרותי, כל חברה שתעלה את מחירה מעבר למחיר התחרותי תעמוד בפני אבדן של חלק משמעותי מלקוחותיה – ועל כן תימנע מהעלאתו. לעומת זאת, בשוק אוליגופוליסטי, חברה המעוניינת להעלות את מחירה תכלול במסגרת שיקוליה את העובדה כי גם מתחריה יבינו את האינטרס המשותף בהעלאת המחיר: שאר החברות יבינו כי אם לא יעלו אף הן את המחיר, החברה המובילה תוריד את מחירה לרמתם הקודמת – ואילו אם ילכו בעקבותיה ייהנו כולן מרווחים גבוהים יותר. על כן, גם ללא תקשורת ישירה, חברות בשוק אוליגופוליסטי יכולות להפחית את התחרות ביניהן באמצעות התאמה הדדית. בהקשר זה ציין בית הדין בעניין דלק:

ככלל, שוק אוליגופוליסטי מתאפיין בהעדר מוטיבציה של המתחרים המעטים השולטים בשוק להתחרות זה בזה. זאת משום שהפחתת מחיר על ידי אחד המתחרים תגרוור אחריה הפחתת מחיר על ידי המתחרים האחרים, דבר שיביא להקטנת רווח של כל המתחרים, בלא לשנות את חלקו בשוק של מי מהם.²²

נדגיש: על פי רוב לא תיאום מקדים עומד בבסיס הסטטוס-קוו של האוליגופול, כי אם התאמה שמבצע כל חבר בשוק בין פעולותיו לאלו של מתחריה. פעמים רבות כלל לא יהיה צורך בתיאום מקדים בין השחקנים בשוק, שכן תנאי השוק ומבנהו מאפשרים לכל שחקן לחזות מראש את פעולת מתחריה. התאמה זו איננה

21 Shapiro, הערה 5 לעיל; Tirole, הערה 5 לעיל; Gal, הערה 5 לעיל, בעמ' 156–166.

22 ה"ע 469/98 דלק תמרת הדלק הישראלית בע"מ נ' תענת דלק באר יעקב (לא פורסם, 25.3.2001), פסקה 132 לפסק הדין.

מקיימת את תנאי ה"הסדר" ועל כן איננה נתפסת בגדרו של פרק ההסדרים הכובלים.

התאמה אוליגופוליסטית מפחיתה את התחרות, לעתים עד כדי ביטולה; רמת המחיר בשוק אוליגופוליסטי עשויה לעלות אף למחיר שהיה נקבע על ידי מונופולין. כבר בשנת 1933 זיהה כלכלן בשם Chamberlin שכאשר קיים מספר קטן של פירמות, המייצרות מוצר הומוגני בעלות ייצור זהה, עלולים להיקבע בשוק מחירי מונופול. זאת, מכיוון שכל פירמה הפועלת למקסום רווחיה תבחין כי לפעולותיה של כל אחת מהפירמות יש השפעה ישירה על מתחרותיה. מכאן, שכל הורדה במחיר תביא מיד לתגובה זהה של מתחרותיה – ובסופו של דבר לפגיעה גם ברווחיותה של הפירמה שהורידה את המחירים מלכתחילה.²³

המודל הבסיסי המשמש עד היום למיזול התנהגות לא-קואופרטיבית בין אוליגופולים פותח במאה ה-19 על ידי אוגוסט קורנו, כלכלן צרפתי. המודל של קורנו כולל שתי חברות הקובעות את כמויות הייצור שלהן רק פעם אחת.²⁴ כל חברה מתייחסת לכמויות שמייצרת חברתה כאל כמות קבועה. על פי המודל, המחיר בשוק נקבע בנקודת המפגש של שתי עקומות הכמויות, הנקראת שיווי-משקל קורנו. התוצאה היא מחיר גבוה יותר מזה שהיה נקבע בשוק תחרותי, אולם נמוך יותר ממחיר קרטליסטי. המחיר בשיווי-משקל קורנו מושפע באופן ישיר ממספר הפירמות בשוק: המחיר יורד ככל שיש יותר פירמות בשוק. מודל קורנו מבוסס על ההנחה שלפיה חברות מתחרות בשוק על ידי קביעת הכמות שהן מייצרות ולא על ידי קביעת מחיר. הנחה זו נחותה כבעייתית, וכ-50 שנה לאחר מודל קורנו יצר הכלכלן ברטרנד מודיפיקציה למודל קורנו, והניח כי חברות מתחרות בדרך של קביעת מחיריהן.²⁵ גם במודל זה יש לכל מתחרה רק הזדמנות אחת לקבוע את המחיר הנדרש, והתוצאה היא שבתנאים מסוימים המחיר בשוק האוליגופוליסטי זהה לזה של שוק תחרותי. בעוד שמודל זה מבוסס על הנחה ריאליסטית יותר בדבר המשתנה שבו התברר מתחרות, הנחות אחרות בו היו בעייתיות, לרבות ההנחות שהמוצרים הינם חלופיים לחלוטין, שעלות הייצור השולית הינה קבועה וזוהי לכל המתחרים, ושאינן מגבלות של כושר ייצור. הבעייתיות במודלים אלו הביאה לפיתוח מודלים לא-קואופרטיביים ומתוחכמים

23 ראו Edward Chamberlin, *The Theory of Monopolistic Competition: A Re-Oriented of the Theory of Value* 48 (1933).

24 ראו Antoine Augustin Cournot, *Recherches sur les Principes Mathematiques de la Theorie des Richesses* (1938). לדיון בדיאונות הכלכליות בבסיס התאמה אוליגופוליסטית ראו גם גל, הערה 5 לעיל.

25 Joseph Bertrand, *Review of Recherches sur les Principes Mathematiques de la Theorie des Richesses* 499-508 (1883).

יותר, שעסקו אף הם בשאלות כיצד מתחרים בשוק מגיעים ושומרים על תנאים על-תחרותיים.

בהמשך פותחו מודלים קואופרטיביים שהגמישו חלק מהנחות המוצא הלא-ריאליסטיות של המודלים הלא-קואופרטיביים, והתמקדו בשווקים דינמיים תחת ההנחה שהאינסטראקציה בין החברות הינה רבי-פעמית ונמשכת. מודלים אלו אבנס הינם פחות יציבים מהמודלים הלא-קואופרטיביים, אולם הם רווחיים הרבה יותר לתברות הפועלות על פיהם מכיוון שהם ממקסמים את רווחי הקבוצה ולא רק את רווחי היחיד הנדרש לקבל החלטה חד-פעמית.

זרם זה הוביל על ידי חתן פרס נובל לכלכלה, פרופ' ג'ורג' סטיגלר, שמחקריו הביאו לתובנה כי למרות שריכוזיות גבוהה היא תנאי להתאמה, אין זה בלתי-נמנע שבשוק אוליגופוליסטי תתקיים תחרות. קיומם של תנאים חיצוניים לשוק (גובה חסמי הכניסה, יתרונות לגודל, כמו גם של גורמים פנימיים לו (דוגמת כושר הייצור של כל חברת ויעילותה היחסית), הינם בעלי השפעה ישירה על הסיכוי שהתאמה אוליגופוליסטית אכן תתקיים בשוק.²⁶

פרופ' סטיגלר חיפש את הגורם המונע פירמות מלתאם, ומצא שהגורם העיקרי הוא עלות המידע והתגעה להסכם, שכן על הגופים הפועלים בשוק להיות מודעים היטב לפעולות מתחריהם כדי שהתיאום יצלח. הבנה זו הובילה ליהוי שלושת השלבים המחזוריים הנדרשים במטרה לתאם בהצלחה את פעולותיהם של הגופים הפועלים בשוק: (1) הגעה לתנאי התיאום (במפורש או במרומז) בין הפירמות בשוק; (2) יכולת זיהוי של סטיית מתחרים מההתנהגות המוסכמת; (3) יכולת הענשה של המתחרים בגין סטייה מההתנהגות המתואמת;²⁷ ראו דיאגרמה מס' 1.



דיאגרמה מס' 1: שלושת השלבים המחזוריים של התנהגות מתואמת

26 George J. Stigler, "A Theory of Oligopoly," 44 *J. Pol. Econ.* 72 (1964)

27 שם.

שלימים אלו רלבנטיים גם להצלחתה של התאמה אוליגופוליסטית. בראש ובראשונה, על החברות ל"הסכים" על המת המחירים ועל יתר התנאים לאספקה, שכן אחרת תיתכן ביניהן שונות במחיר, בתכונות המוצרים, בתנאי האספקה וכדומה, וזו עלולה לגרום לתחרות בשוק. כפי שצוין לעיל, בשוק אוליגופוליסטי ההסכמה איננה חייבת להיות מפורשת. בשל מיעוט המתחרים, פעולתו של כל אחד מהם עשויה להניע פעולה מקבילה על ידי יתר המתחרים – אם היא מביאה להגדלת רווחיותם. כך, למשל, העלאת מחיר על ידי אחד המתחרים, אשר תשנה את הסטטוס־קוו ותגדיל את רווחי הקבוצה כולה אם כולם יצטרפו לה, עשויה לגרום העלאה מקבילה של מחירים על ידי המתחרים. אנו עדים לתופעה זו בשווקים רבים בישראל. כך, למשל, כאשר אחת מחברות האשראי החלה לגבות דמי שימוש חודשיים, החריזה חזיקו אחריה מתחרותיה העיקריות; תופעה דומה ניכרת גם ביחס לשינויים העוקבים במחירי העיתונים "ידיעות אחרונות" ו"מעריב". עם זאת, וכפי שצבחה בהמשך, אין בעצם השינויים המקבילים או העוקבים במחירים בשלעצמם כדי לבסס מסקנה בדבר קיומה של תחרות מועטה בלבד, אם בכלל.

כמו כן נדרש כי לכל חברה בקבוצה יהיה תמריץ חזק שלא לסטות מההסכמה האמורה. מכיוון שכל חברה בשוק אוליגופוליסטי מפעילה שיקול דעת עצמאי, יש צורך כי הסטטוס־קוו ימקסם את רווחיה בהשוואה למצבים אפשריים אחרים בתנאי השוק הקיימים. בין שיקוליה תשקול כל חברה את העובדה כי אם תסטה מהסטטוס־קוו, ואם סטייה זו תתגלה, שאר המתחרות בשוק עלולות אף הן לסטות מהסטטוס־קוו והרווחים של כל המתחרות ייפגעו. ניתוח תמריציה של חברה לסטות מהסטטוס־קוו הוא דינמי וארוך־טווח. כך, למשל, כל חברה תשקול לא רק את התוצאה המיידית של חיתוך מחיר – דהיינו: גידול בכמות הלקוחות – כי אם גם את התנהגותן הצפויה של מתחרותיה, שאף הן יורידו מחירים כדי לשמור על נתח השוק שלהן, ואת הקטנת רווחיה כתוצאה מתגובה זו.

בשלושת העשורים האחרונים התבסס הניתוח של שווקים אוליגופוליסטיים, במידה רבה, על תורת המשחקים, המהווה כלי מרכזי להבנה וניתוח של הדינמיקה בשווקים אלו.²⁸ מטרתה של תורה זו היא למצוא את נקודות שיווי־המשקל בשוק, דהיינו: את אותן אסטרטגיות עסקיות הממקסמות את הרווח עבור כל מתחרה הפועל באופן רציונלי למקסם את רווחיו, בהינתן תנאי שוק מסוימים. הפרספקטיבה של תורת המשחקים שונה מזו של מודלים קודמים מכיוון

28 תאוריה זו פותחה לראשונה על ידי הכלכלנים נוימן ומורגנסטרן בשנות ה-40, אולם קיבלה תנופה מחקרית רק בשנות ה-70. *Theory of Games and Economic Behaviour* (1944) John von Neumann & Oskar Morgenstern.

שהיא מניחה שכל חברה פועלת לפי האסטרטגיה המיטיבה עמה, תוך שקילה וניתוח של האסטרטגיות הטובות ביותר עבור מתחרותיה.²⁹ ניתן להדגים ניתוח של תורת המשחקים ואת השפעתם של שיקולים ארוכי-טווח על תמריצי החברות שלא לסטות מהסטטוס-קוו בעזרת דילמת האסיר המפורסמת. שני עצירים מוחזקים על ידי המשטרה בשני תאים נפרדים. המשטרה יודעת ששני העצירים ביצעו יחד עבירה אך אין לה ראיות שדי בהן כדי להרשיעם בעבירה חמורה. לפיכך, המשטרה פועלת לפי האסטרטגיה הבאה: כל עציר נדרש להפיל את שותפו. אם איש לא ישתף פעולה עם המשטרה – שניהם יועמדו לדין על עבירה פחותה שדינה מאסר שנה וחצי; אם שניהם יפילו זה את זה – שניהם ייכלאו לשנתיים; אם הראשון יפיל את השני והשני לא יפיל את הראשון – הראשון ייכלא לשנה ואילו השני יישב בכלא ארבע שנים. בדוגמה הרגילה, לאסירים ניתנת רק אפשרות אחת ויחידה לבחור. בתנאים אלו, למרות שהתוצאה העדיפה לשניהם במשותף (ובהשאלה: "התוצאה המונופוליסטית") היא שלא לשתף פעולה עם המשטרה, התוצאה ה"תחרותית" (בהיעדר שיתוף פעולה בין שני העצירים) תהיה ששניהם יפילו זה את זה ושניהם יישבו בכלא.³⁰ אלא, שחברות הפועלות בשוק לרוב אינן קובעות את הפרמטרים העסקיים לפעולתם פעם אחת ויחידה בלא יכולת לשנותם.³¹ האינטראקציה ביניהן היא לרוב מסוג "משחק חוזר" בין החברות. במשחק לא-קואופרטיבי חוזר אינסופי, התוצאה של שיווי-המשקל בשוק עשויה להיות שונה. גניח ששני העצירים יודעים כי הם צפויים לחזור ולהימצא באותו מצב פעמים רבות בעתיד. כעת, כל עציר יודע שבחירתו בהפללת רעהו תביא לכך שבעתיד גם העציר השני יבחר בהפללה. כתוצאה מכך, ותחת הנחות מסוימות, כדאי יהיה לשני העצירים לבחור לא לשתף פעולה עם המשטרה. בהתאמה, בשוקים שבהם המתחרים פועלים לאורך זמן בתחרות בינם לבין עצמם ומקיימים למעשה משחק חוזר אינסופי, תנאים מסוימים יכולים להביא לכך שהתוצאה של

29 ראו Dennis A. Yao & Susan DeSanti, "Game Theory and the Legal analysis of Tacit Collusion," 38 *Antitrust Bull.* 113, 123 (1993). ההנחה בדבר הרציונליות המחולשת של הצדדים הינה בעייתית, וכיום יש מודלים המנסים להתמודד עמה תוך הכנסת ברכיבים פסיכו-לוגיסטיים לניתוח תורת המשחקים.

30 זאת, משום שמנקודת הראות של כל אחד מהם אסטרטגיה של הפללה היא אסטרטגיה שלטת מכיוון שהיא איננה מסתמכת על התנהגותו של העציר השני.

31 חייגים לכך מתקיימים, למשל, כשהמתחרות ניגשות למכרוז-זרעמי שוכייה בו תדרוש שימוש בכל כושר הייצור שלהן לתקופה ארוכה, או כשהחלטה על כושר ייצור לא תוכל להשתנות בקלות בעתיד.

התחרות בינם תהיה למעשה התוצאה המונופוליסטית.³² זאת, מכיוון שחיתוך מחירי היריב או שינוי הכמות הנמכרת עשויים להגביר את הרווחים בתקופה הראשונה – אך עלולים להקטין את הרווחיות בתקופות מאוחרות יותר, לאחר ששאר המתחרים יורידו גם הם את המחיר. זאת ועוד: כפי שטען הכלכלן ג'ון בייקר, במקרה של ירידת מחירים בשוק, שלא ידוע מה מקורה (בין אם ירידה בביקוש ובין אם חיתוך מחיר של אחת החברות), הורדת מחירים של כל אחת מהחברות הפועלות בשוק הינה תגובה רציונלית. לאחר כמה מחזורים תלמדנה החברות שכל הפחתה במחיר הינה בלתי-רווחית, והאסטרטגיה הדומיננטית תהא השארת המחירים על כנם.³³ לכן, כאשר המשחק בשוק האוליגופוליסטי הוא משחק חזור, מחירים על-תחרותיים יהיו יחסית יציבים.³⁴

בניגוד למונופולין או לתחרות מושלמת, תורת הכלכלה איננה יוצרת מודל יחיד של התנהגות בשוק אוליגופוליסטי, והתוצאה תלויה לרוב בתנאי השוק הקיימים ובמבנהו. על כן, לא ניתן ליצור כללים כלליים שיחזו את התנהגותם של השווקים האוליגופוליסטיים בכל התעשיות. אולם, בה בעת ניתן לומר בבטחה שבשווקים אוליגופוליסטיים קיימת נטייה להתנהגות מותאמת שמימשה הלבח למעשה תלוי בתנאי השוק הספציפיים.

2. תנאים המקדמים התאמה אוליגופוליסטית

כדי ששלושת השלבים הנדרשים להתאמה אוליגופוליסטית יוכלו להתקיים יש צורך בקיומם של כמה תנאים בשוק. חלק מהתנאים יסייעו להגיע להתאמה, וחלקם יסייעו לזיהוי סטייה על ידי המתחרים ולענישתה. לא כל התנאים צריכים להתקיים בו-זמנית כדי שההתאמה תצליח ובפועל תתקיים בין המתחרים הפוטנציאליים תחרות מועטה. אולם, ככל שפרמטרים רבים יותר מתקיימים – תגדל הנטייה של השוק להתאמה אוליגופוליסטית. אם כן, ניתוח קיומם של תנאים אלו בשוק הרלבנטי עשוי לסייע בהערכת סבירות קיומה של התאמה בשוק ואת מידת חוזקה ועמידותה, ובהתאם לה – את מידת התחרות בשוק. להלן

- 32 הבעיה העיקרית שעמה מתמודד האוליגופול הוא שמירה על הסטטוס-קוו. ראו Jonathan B. Baker, "Two Sherman Act Section I Dilemmas: Parallel Pricing, the Oligopoly Problem and Contemporary Economic Theory," 38 *Antitrust Bull.* 143, 163 (1993); Frederic Jenny, "Economic Analysis, Anti-Trust Law and the Oligopoly Problem," 1 *Eur. Bus. L. Rev.* 43 (2000).
- 33 Baker, שם.
- 34 Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice* 167 (2d ed. 1999).

יפורטו כמה מהתנאים הרלבנטיים והשכיחים להקלה על התאמה אוליגופוליסטית:³⁵

1. הומוגניות של הפירמות המוצרים. איסימטריה במבנה העלויות של המתחרים או שונות באיכות המוצרים מקשים על התאמה אוליגופוליסטית. ראשית, קשה יותר לפירמות "להתאים" את מדיניות מחיריהן. בהיעדר תקשורת ישירה, הפערים בין הפירמות מקשים על מציאת "נקודת מיקוד" ("Focal Point") משותפת. שנית, גם אם החברות תצלחנה "להתאים" מדיניות מחירים משותפת, קשה יהיה להעניש ולמנוע ממתחרים בעלי מבנה עלויות נכון יותר לסטות ממנה, שכן הענישה תצטרך להיות דרסטית דיה כדי לקזז את רווחיהם מהסטייה. מכאן גם נובע שקיומו של מתחרה בעל מבנה עלויות ותמריצים שונים מהותית מאלו של המתחרים האחרים יכול להוות "מחולל תחרות" ("Maverick"), ולסכל את היכולת לקיום התאמה אוליגופוליסטית בשוק. שלישית, הומוגניות של המוצרים מקלה על זיהוי סטייה מהתאמה.

2. ככל שמספר המתחרים בשוק קטן יותר, ההתאמה האוליגופוליסטית קלה יותר. זוהי תוצאה אינטואיטיבית וברורה, הנובעת מכך שככל שמספר המתחרים קטן יותר, קל יותר להגיע לסטטוס-קוו שיהיה מקובל על כל המתחרים בשוק, במיוחד בהיעדר תקשורת ישירה. כמו כן, במצב כזה קל יותר לאתר סטייה מההתאמה.

3. חסמי כניסה משמעותיים מגבירים את החוש מפני התאמה יציבה. בהיעדר חסמי כניסה משמעותיים, הרווחים העלית-תחרותיים של המתחרים יגרמו לכניסה של מתחרים חדשים לשוק, וכניסה זו תשחק את רווחיות ההתאמה ותעיב על כדאיותה. על כן, השגת סטטוס-קוו עלולה להיות משוללת נפקות אופרטיבית בשוק, מכיוון שהוא יישחק כמעט מיד בשל כניסתן של מתחרות חדשות לשוק.

4. קיום יתרונות לגודל אינו בעל השפעות חריג-משמעות על התאמה אוליגופוליסטית. כחד גיסא, כאשר פונקציית הייצור מאופיינת כקיום יתרונות משמעותיים לגודל, עלות הייצור של היחידות השוליות נמוכה יחסית למתירן. בשווקים כאלה הרווח המידי של מתחרה מסטייה מתנאי ההתאמה גדול יותר, ולכן התאמה אוליגופוליסטית סבירה פחות. מאידך גיסא, יתרונות לגודל יוצרים חסמי כניסה גבוהים לשוק. על כן, אם רוב המתחרים נהנים מיתרונות לגודל, סטייה של כל

35 הגיתוח מתבסס על Marc Ivaldi, Bruno Jullien, Patrick Rey, Paul Scabright & Jean Tirole, *The Economics of Tacit Collusion*, Report for DG Competition, EC, March 2003. חלק מהתנאים האמורים הוזכרו גם בפסק דינו של בית הדין בערר 1/00 פ"ד קלאב בע"מ נ' הממונה על החגבלים העסקיים ואח' (טרם פורסם).

אחד מהם עלולה לגרור תגובת-נגד חריפה של יתר המתחרים והגברת יכולת הענישה. התוצאה שעשויה להתקבל היא דווקא חיזוק ההתאמה האוליגופוליסטית.

5. שקיפות העסקאות בשוק מקלה על התאמה אוליגופוליסטית. ככל שויהי סטייה מתנאי ההתאמה יהיה מהיר יותר, הענישה עשויה להיות אפקטיבית יותר. לכן, שקיפות בשוק – המאפשרת למתחרים להשיג תוך זמן קצר מידע על המחירים והכמויות שנוקבים מתחריהם בעסקאות קונקרטיות – תקל ותזרו את זיהוי הסטייה.

6. מחזורי עסקים ושונות גבוהה בביקוש מקשים על התאמה אוליגופוליסטית. כאשר הביקוש יציב לאורך זמן, מתחרה שמגלה שמכירותיו קטנו באופן משמעותי יוכל לייחס עובדה זו לסטייה של המתחרים מהסטטוס-קוו בשוק. לעומת זאת, כאשר הביקוש אינו יציב, לא יוכל המתחרה לדעת בבירור אם הירידה במכירותיו היא תוצאה של סטייה או של שינוי בביקוש הצרכני, ויכולת איתור הסטייה והענישה עליה תהיה קטנה יותר.

7. בשוק בסיגה ("Declining Market") ההתאמה האוליגופוליסטית קשה יותר. קיימים שווקים, ובפרט שווקים מסורתיים, שקיימת ירידה משמעותית בביקוש למוצריהם או לשירותיהם. בשווקים כאלה המתחרים ייחסו לרווחים מידיים משקל כבד יותר מאשר להפסדים עתידיים. מאחר שהבסיס להתאמה אוליגופוליסטית הוא הציפייה לרווחים העתידיים והחשש מפני ענישה בעתיד, בשווקים כאלה יהיה קשה יותר לקיים התאמה כאמור.

8. הזמנות קטנות וחוזרות מסייעות להתאמה אוליגופוליסטית. כאשר השוק מאופיין במספר גדול של עסקאות שכיחות וחוזרות קל יותר למתחרים להעניש על סטייה. בה במידה, כאשר השוק מאופיין בעסקאות גדולות המתרחשות לעתים רחוקות יהיה קשה יותר להעניש בגינה.

9. עורף בכושר הייצור של הפירמות המובילות מקל על התאמה אוליגופוליסטית. עודף בכושר הייצור יאפשר לפירמות להגדיל את הכמות שהן מייצרות תוך תקופת זמן קצרה. יכולת זו מאפשרת לפתות ב"מלחמת מחירים" ולהעניש את מי שסוסה מהסטטוס-קוו באופן משמעותי, ולכן היא יוצרת תמריץ חזק יותר שלא לסטות מההסכמה.

10. פעילות בכמה שווקים במקביל (שווקים מרובים – Multi Market Contact) מקלה על התאמה אוליגופוליסטית. כאשר אותן פירמות פועלות במקביל בכמה שווקים, מתחרה יכול לבחור לקיים את הענישה בשוק או בשווקים שבהם היא תכאיב ביותר למתחרה שסטה מתנאי הסטטוס-קוו.

נוסף על תנאי שוק אלה, כאשר הפירמות נוקטות מיוזמתן הסדרים המקלים על תיאום או על התאמה אוליגופוליסטית, ניתן להניח שהתחרות בשוק תצטמצם. הסדרים מקלים הם הסדרים המסייעים לשמירה על שלושת התנאים המחזוריים להתאמה אוליגופוליסטית, ועל כן הם עלולים למנוע או להקטין את רמת התחרות בשוק. בשל ההגבלות על תיאום והתאמה (הן שבעיות והן חוקיות), חברות מחפשות אסטרטגיות שתמזערנה את החיכוך התחרותי ותגדלנה את הסיכוי והאפשרות לתיאום או להתאמת פעולותיהם.³⁶ כך, למשל, הסדר שלפיו כל חברה תפרסם מראש את העלייה הצפויה במחיריה במקום נגיש וגלוי, עשוי להקל על מתחרותיה להתאים את מחיריהן לזו של מתחרתן. קיומם של הסדרים מקלים בשוק הרלבנטי עשוי להיות אינדקציה נוספת להיעדרה – או להגבלתה – של תחרות. לא מותר לציין, כי הסדרים מקלים עשויים להיכנס תחת האיסור על הסדרים כובלים,³⁷ אולם איסור זה אינו פותר את בעיית ההתאמה האוליגופוליסטית. ראשית, רבים מהסדרים המקלים משלבים גם יתרונות לטובת הציבור ועל כן קשה לאוסרם. כך, למשל, הודעה של חברה על עליית מחירים צפויה מאפשרת לצרכניה להתארגן בהתאם. הודעה זו חשובה בעיקר כשהמוצר הנמכר מהווה תשומה למוצרים אחרים. על פי רוב, כאשר לפעולה הנבחנת יש השפעה חיובית על הרווחה החברתית, היא לא תיאסר, למרות שהיא עשויה לקדם את ההתאמה האוליגופוליסטית. שנית, לעתים כלל אין צורך בהסדר מקל כדי לבסס התאמה אוליגופוליסטית, ודי לשם כך בתגובה לתנאי השוק הקיימים.

נסכם ונאמר שכאשר מתקיימים גורמים מבניים, הסדרים מקלים או תנאי שוק אחרים המקלים על התאמה אוליגופוליסטית, יגבר החשש כי התחרות בשוק היא מועטה בלבד. הבחינה הנדרשת לניתוח רמת התחרות בשוק היא עובדתית כלכלית, ועליה להתבסס על נתוני העבר – אך גם לצפות פני עתיד, משום שהגדרתה של קבוצת ריכוז חלה מרגע הכרזתו של הממונה ואילך.

כדי להוכיח שקיימת תחרות מועטה, הנובעת מקיומה של התאמה אוליגופוליסטית יעילה, יש להוכיח על בסיס עובדתי שבנסיבות הספציפיות מתקיימים שלושת התנאים לה: הסכמה על תנאים משותפים, אפשרות לזיהוי סטייה מההסכמה, וענישה באופן המביא בפועל לתחרות מועטה. אין הכרח להבאת ראיות ישירות לקיומם של שלושת התנאים, אך יש צורך להוכיח כי ניתוח תנאי השוק תומך בהסתברות גבוהה בקיומה של התאמה אוליגופוליסטית. בהתאם לכך, לא די בהוכחה גרידא של מבנה שוק ריכוזי או של חסמי כניסה

36 Steven Salop, "Practices that (Credibly) Facilitate Oligopoly Co-ordination," in *New Developments in the Analysis of Market Structure* 265 (Joseph E. Stiglitz and Frank G. Mathewson eds., 1986).

37 דאו גל, הערה 5 לעיל.

גבוהים, שהרי גם בשווקים ריכוזיים במידה רבה תיתכן תחרות ערה. כמו כן לא די בזהות מחירים לאורך זמן, שכן פעמים רבות תחרות בין חברות בשוק אוליגופוליסטי מאופיינת דווקא בתחרות על פרמטרים אחרים כמו איכות השירות ותנאי האספקה. יתרה מזאת: אף בשוק משוכלל עשויה להתקיים והות מחירים לאורך זמן, כשכל הגורמים הפועלים בשוק מגיבים באופן זהה לשינויים חיצוניים בתנאי השוק.

בה בעת, כאשר קיימות אינדיקציות חזקות לקיומה של התאמה אוליגופוליסטית מובהקת בשוק, לדעתנו יש להפוך את גטל הזכחה ולהעבירו לכתפי החברים בקבוצה, היינו: לדרוש כי יזכיתו שבפועל אין להסיק מהעובדות את שנתזה על פניו כהתאמה אוליגופוליסטית יעילה. כך, לדוגמה, נניח שבשוק מסוים פועלים שלושה יצרנים ושלושה צרכנים. באופן מסורתי, כל אחד מהיצרנים משרת את אחד הצרכנים. קיומן של ראיות ישירות לכך שכל אחד משלושת היצרנים לא מוכן להציע הצעות מחיר ולא מבקש להתמודד על לבם של הצרכנים של שני היצרנים האחרים, למרות שיש לו יכולת לשרת גם אותם, עשוי להספיק כדי ליצור חוקה ניתנת לסתירה להיעדר תחרות. זאת, אפילו מבלי שיהיה צורך להצביע ישירות על קיומם של שלושת התנאים להתאמה אוליגופוליסטית.

שאלה מעניינת העולה בהקשר זה עניינה השפעת ההשקעות של חברות בשוק אוליגופוליסטי בפרסום וביצירת מוניטין על קיום תחרות בשוק. בשווקים אוליגופוליסטיים רבים אנו עדים לתופעה שלפיה לא מתקיימת תחרות על המחיר או על התנאים העסקיים, אך יש השקעות גדולות בפרסום ובשיווק במטרה ליצור תדמית עסקית חיובית.³⁸ כך, למשל, נניח שהבנקים אינם מתחרים לרוב על שיעורם של דמי ניהול החשבון או על רמת השירות, אולם הם משקיעים רבות בפרסום שיווקי. האם השקעה זו מוכיחה את קיומה של תחרות "שאינה מועטה" ומונעת הכרזה על קבוצת ריכוז? לדעתנו התשובה תלויה בהשפעתה של הפרסומת על הבחירות של צרכנים. אם ההשקעה בפרסום גורמת לציבור צרכנים משמעותי לעבור בין יצרנים או בין גותני שירותים, אין לומר שמתקיימת "תחרות מועטה" בלבד. אם ההשקעה גורמת לפלח מסוים של ציבור הצרכנים – דוגמת לקוחות הפותחים חשבון ראשון – לבחור בחברה זו או אחרת, ניתן לטעון כי בפלח שוק זה מתקיימת תחרות, גם אם היא אינה מתקיימת בשווקים אחרים. אם לפרסום אין השפעה משמעותית על בחירתם העסקית של לקוחות, הוא אינו רלבנטי לבחינת קיומה של תחרות.

38 לניתוח המוטיבציות העסקיות של חברות להשקיע השקעות שקועות בפרסום או בבניית תדמית ראו, למשל, John Sutton, *Sunk Costs and Market Structure* (1991).

ישאל השואל – מדוע ישקיעו חברות בשוק אוליגופוליסטי בפרסום שהשפעתו על התחרות ביניהן היא מועטה, אם בכלל? ובכן, לדעתנו ייתכנו כמה מוטיבציות עסקיות להשקעה כזו. כך, למשל, ייתכן שמטרת הפרסום היא קידום התדמית של הענף כולו, בעיקר כשנשקלים שינויים בהסדרים הרגולטוריים של הענף. לחלופין, כפי שהוכיח הכלכלן ג'ון סאטון, השקעות בפרסום הינן לרוב תוצאות שקועות הנקבעות באופן אנדוגני על ידי המתחרים בשוק. ככל שההשקעות בתדמית ובמוניטין מוצלחות יותר בעיצוב המוצר כך עולה עלות הכניסה של מתחרה חדש לשוק, שייאלץ להשקיע השקעות לפחות בסדר גדול דומה כדי ליצור מותג מתחרה. משמעות הדבר היא שהשקעות אלו יוצרות חסמי כניסה ומעלות את ריכוזיות השוק מעל לסף שהיה קיים בשוק לולא ההשקעות, ובכך מעצימות את כוח השוק של החברות הפועלות בו.³⁹

לא מותר להדגיש, כי למרות שההגדרה הקבועה בחוק לקבוצת ריכוז מתייחסת לרמת התחרות בו ולא לתנאים מבניים-טכניים הקיימים בשוק, עדיין הגדרה זו מתבססת הלכה למעשה על קיומם של תנאים מבניים בשוק. מצב של היעדרתחרות – עליו ביסס המחוקק הישראלי את הגדרתה של קבוצת ריכוז – מהווה רק אינדיקציה לקיומם של תנאים מבניים בשוק, שבהיעדרם לא תיתכן כלל התאמה אוליגופוליסטית. כך, למשל, התאמה כאמור לא תוכל להתקיים ללא חסמי כניסה גבוהים בשוק, שאם לא כן, בעת שיבקשו החברות הפועלות בשוק להעלות את מחיריהן – ייכנסו לשוק מתחרים חדשים שיבקשו ליהנות מהמחיר העל-תחרותי וזה ירד תזרה. ישאל השואל – אם כך הוא הדבר, מדוע שלא להגדיר את קבוצת הריכוז על סמך תנאים מבניים השוררים בשוק, כפי שעשה המחוקק בהגדרת מונופול יחיד? התשובה – כפי שהזכיר המחקר הכלכלי – היא שאין מערך אחד של גורמים מבניים שביאו להתאמה אוליגופוליסטית.⁴⁰ על כן, המחוקק בוחן את התנהגות הגופים תחת הנחת הבסיס כי זו מושפעת ממבנה השוק. הגדרה אחרת – שהייתה מבססת את ההכרזה על גורמים מבניים גרידא – הייתה בעייתית בפני עצמה, מכיוון שלא רק שאין מערך אחד, מוגדר וברור של תנאים מבניים שצריכים להתקיים כדי שתתקיים תחרות מועטה – אלא התנהגות הגופים בשוק מושפעת גם מגורמים אחרים, לרבות התחרות בין הגופים בשוקים משקים ואופיים של המתחרים. כך, למשל, נניח כי אחת החברות משקיעה מאמצים שיווק אגרסיביים יותר מהאחרות, או כי מטעמים כלשהם תשוב לה יותר

39 שם קיימ, כמובן, גם הסברים אלטרנטיביים גוספים להשקעת חברות בשוקים אוליגופוליסטיים בפרסום. בין היתר, השקעה משמעותית בפרסום עשויה לאותת למתחרים קיימים ופוטנציאליים על רוחניות גבוהה של החברה המפרסמת. מתחרה פוטנציאלי הסבור כי החברה הפועלת בשוק הינה בעלת יעילות יחסית גבוהה ליעילותו הוא עשוי שלא להיכנס לשוק.

40 ראו, למשל, Shapiro, הערה 5 לעיל.

להראות בשנה מסוימת סתור מכירות גבוה. במצבים כאלו אין בגורמים מבניים גרידא כדי לקבוע את תוצאת התחרות בשוק. בהתאם לכך, התנהגות השוק הרלבנטי בעבר והתנהגותו הצפויה בעתיד מהווים בסיס טוב יותר להגדרה של קבוצת ריכוז, תחת ההנחה כי התנהגות זו מהווה אינדיקציה ישירה לקיומם של תנאי שוק מסוימים התומכים בהתאמה אוליגופוליסטית. כאמור, בחינת תנאים אלו מעוגנת בלשון החוק ומתחייבת ממנו.

ד. דומיננטיות משותפת בדין הזר

גם בדין הזר הכירו בדומיננטיות משותפת כבסיס להחלת איסורים הגבליים. דיני המונופולים של הקהילה האירופית אוסרים ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי – "by one or more undertakings of a dominant position" ⁴¹. הגדרה רחבה זו נועדה לכלול גם מצבים של שליטה משותפת בשוק, בדומה לקבוצת ריכוז, המכונה Collective Dominance (להלן: "דומיננטיות משותפת") ⁴². התנאים הנדרשים להוכחת קיומה של דומיננטיות משותפת מהווים בסיס לפסיקה אירופית ענפה. ⁴³ יצוין כבר עתה שקיים הבדל מהותי בין הדין האירופי לזה הישראלי: בעוד הדין האירופי בוחן את קיומה של דומיננטיות משותפת לצורך התנהגות מסוימת, הנחזית כניצול לרעה שלה, הגדרתה של קבוצת ריכוז בדין הישראלי נעשית במובחן ובנפרד מבחינת ההתנהגות הנחזית כניצול לרעה. למרות זאת, המבחנים האירופיים עשויים לשפוך אור על התנאים הנדרשים להוכחת קיומה של קבוצת ריכוז, מכיוון שהגדרתה של קבוצת ריכוז כמונופולין בדין הישראלי מהווה רק בסיס ראשוני והברחי להחלת האיסור על ניצול לרעה.

לראשונה, בפסק הדין Italian Flat Glass, הכיר בית המשפט האירופי באפשרות שגופים עסקיים נפרדים ינצלו את הדומיננטיות הקולקטיבית שלהם לרעה במשותף. ⁴⁴ בית המשפט לא פירט את הנסיבות שבהן חימצא דומיננטיות קולקטיבית, מלבד התנאי כי בין החברות האוליגופוליות יתקיימו קשרים כלכליים

41 סעיף 82 לאכנת רומא, 1957.

42 כמפורט להלן, דוקטרינה זו התפתחה גם בגדר בללי המיווגים האירופיים.

43 לסקירה מפורטת של הדין האירופי החל בסוגיה ראו John Temple Lang, "Oligopolies and Collective Dominance in Community Antitrust Law," in *International Antitrust Law and Policy* 269 (Barry E. Hawk ed., 2002); Frederic Jenny, "Collective Dominance and the EC Merger Regulation," שם, בעמ' 361.

44 Cases T-68/89, etc. *Societa Italiana Vetro v. Commission* (1992) ECR II-1403; (1992) 5 CMLR 302.

שיהפכו אותן למחזיקות במשותף בעמדה דומיננטית.⁴⁵ בעניין *Compagnie Maritime Belge*⁴⁶ קבע בית המשפט כי דומיננטיות משותפת קיימת כאשר שתי חברות או יותר נציגות את עצמן או פועלות יחדיו מבחינה כלכלית כישות משותפת.⁴⁷ כן נקבע, כי קביעת קיומה של דומיננטיות משותפת איננה חייבת להישען על הסכם מפורש בין החברות, והיא יכולה להתבסס על הערכה כלכלית של השוק ובעיקר על הערכה וניתוח של מבנה השוק הרלבנטי.⁴⁸ בהתאם לכך פרסמה הרשות האירופית רשימה של תכונות העשויות להקל על התנהגות אוליגופוליסטית העולה לכדי דומיננטיות משותפת בשוק של רשתות תקשורת אלקטרוניות, דוגמת גידול אסי (אם בכלל) בביקוש, מוצרים הומוגניים, מבנה עלויות זהה ונתח שוק דומה.⁴⁹

דוקטרינת הדומיננטיות המשותפת נדונה גם במסגרת תקנות המיוזגים האירופיות, המרחנות את האפשרות לקיומה של התאמה אוליגופוליסטית כתוצאה ממיוזג.⁵⁰ בעניין *Kali and Salz* התנגדה הנציבות האירופית למיוזג בטענה כי הוא ייצור דומיננטיות משותפת בין הגוף הממוזג לבין מתחרה נוסף שפעל בשוק.⁵¹ מסקנה זו התבססה בעיקר על קיומם של קשרים מבניים ששררו בין החברות, לרבות מיוזם משותף והסכמים משותפים לייצוא ולהפצה. בית המשפט האירופי דחה את הטענה בקובעו כי במקרה הנדון לא היה די בקשרים המבניים שעליהם הסתמכה הנציבות כדי להוכיח את קיומה של דומיננטיות משותפת. בעניין *Gencor*⁵² קיבל בית הדין האירופי, לראשונה, טענה של דומיננטיות משותפת כבסיס למניעת מיוזג. בית המשפט קבע כי אין צורך להוכיח את קיומם של קשרים מבניים בין החברות בשוק, ודי בהוכחה שקיימים בשוק קשרים כלכליים המקלים על התאמה אוליגופוליסטית, בדומה לנדרש כדי להוכיח דומיננטיות משותפת בהתאם לסעיף 82 לאמנה. בין קשרים אלו מונה בית המשפט ריכוזיות, שקיפות והומוגניות של המוצרים.⁵³ כן קבע בית המשפט,

45 שם, בסעיף 358.

46 *Cases C-395/96 and C-396/96 P Compagnie Maritime Belge Transports v. Commission*, (2000) EC I-1365; (2000) 4 CMLR 1076.

47 שם, בפסקה 36.

48 שם, בפסקה 45.

49 *Commission Guidelines on Market Analysis and the Assessment of Significant Market Power under the Community Regulatory Framework for Electronic Communications Networks and Services*, OJ C165/6 para. 97.50 *Case No IV/M.190 Nestle/Perrier*, OJ 1992 L356/1; (1993) 4 CMLR M17.51 *Joint Cases C-68/94 and C-30/95 France v. Commission*, (1998) ECR I-1375, OJ 1998 C209/2.52 *Case T-102/96 Gencor Ltd v. Commission*, (1999) ECR II-879; 1999 4 CMLR 971.

53 שם, בפסקאות 276, 277.

שכאשר שני מתחרים בשוק מחזיקים בנתח שוק גדול במיוחד, תחול חוקה ניתנת לסתירה שמתקיימת דומיננטיות משותפת.⁵⁴

לאחרונה נדרש בית המשפט לשאלת הדומיננטיות המשותפת בעניין *Airtours*.⁵⁵ שם סירבה הרשות לאשר מיזוג בין שלוש חברות נסיעות בטענה כי המיזוג ייצור אוליגופול שיחזיק בנתח שוק מצרפי של כ-80%. בית המשפט האירופי דחה את הטענה בקובעו כי הרשות יכולה אמנם להתבסס על התאוריה הכלכלית של התאמה אוליגופוליסטית, אולם לצורך כך עליה לבסס בעובדות את קיומם של שלושה תנאים מצטברים: יכולת זיהוי סטייה מה"הסכמה" על ידי המתחרים, קיומם של תמריצים לא לסטות מה"הסכמה" ("ענישה"), וסיכוי משמעותי שהתאמה אכן תתרחש בפועל ולא תסוכל על ידי מתחרים קיימים וחדשים או על ידי הצרכנים.⁵⁶ תנאים אלו משקפים למעשה את התנאים המפורטים בספרות הכלכלית לקיומה ולעמידותה של התאמה אוליגופוליסטית. שקיפות נדרשת כדי שכל אחת מהחברות תוכל לדעת, בזמן אמת, כיצד נוהגות שאר החברות, והאם הן סטות מהסטטוס-קוו. התנאי השני בוחן תמריצים לתיאום בין החברות לאורך זמן, והתנאי השלישי מתייחס לתנאי השוק העשויים לסכל ניסיונות להתאמה אוליגופוליסטית מלכתחילה. כך, למשל, כניסה קלה יחסית של מתחרים חדשים לשוק עשויה לסכל ניסיונות להתאמה ברמת מחירים עלת-החירותית.

בדומה לדין האירופי, גם הדין האמריקני מתייחס לשליטה משותפת של כמה גורמים בשוק. הוא עושה זאת בעיקר במסגרת הבחינה האם מיזוג המובא לאישור עלול ליצור השפעות מתואמות העשויות לנבוע מהתאמה אוליגופוליסטית.⁵⁷ הנחיות המיזוגים האמריקניות קובעות כי החשש להתאמה אוליגופוליסטית קם כאשר הפירמות יכולות לקיים מעקב אחר ההתאמה ולהעניש במקרה של סטייה ממנה. מנילא מובן כי התנאי של קיום הסכמה מלכתחילה הינו תנאי בסיס לקיומה של התאמה אוליגופוליסטית, הגם שהוא תנאי מובלע. הנחיות סוקרות כמה תנאים העשויים להקל על שני התנאים אלה, לרבות הומוגניות המוצרים

54. שם, בפסקה 206.

55. *Case T-342/99 Airtours v. Commission*, OJ 2002 C191/24, (2002) ECR II-02585

56. שם, בפסקה 62.

57. Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines, משנת ה'50 הכירו דומיננטיות משותפת גם לצורך החלת סעיף 2 לחוק שרמן, האוסר על מונופוליציה. ראו, למשל, *United States v. American Tobacco Co.*, 211 U.S. 106 (1911); *United States v. Paramount Pictures Inc.*, 334 U.S. 131 (1948) המקרים האשמי החברות גם בעריכת הסדר כובל. בשנים האחרונות דחו כמה ערכאות במפורש את הקונסטרוקציה האטרה. ראו, למשל, *Sun Dun, Inc. v. Coca Cola Co.*, 740 F. Supp. 381, 390 (D. Md. 1990).

והחברות, דרכי השיווק המקובלות, והמאפיינים של צרכנים ושל עסקה טיפוסית בשוק.⁵⁸ הנה כי כן, המבחנים האירופיים והאמריקניים מאמצים כיוון דומה, בדורשם כי לצורך הוכחת דומיננטיות משותפת יתקיימו שלושת התנאים עליהם עמד הכלכלן ג'ורג' סטיגלר ופורטו לעיל. זווי גם הבחינה שאנו מציעים לערוך בטרם יכריז הממונה על קיומה של קבוצת ריכוז.

לא למותר לציין, כי בחינתה של דומיננטיות משותפת במסגרת דיני המיזוגים שונה מזו הבוחנת ניצול לרעה או מזו הבוחנת את תנאי התחרות הקיימים בשוק. דיני המיזוגים צופים פני עתיד: הם בוחנים את החשש שעשוי להתעורר אם יאושר המיזוג, בעוד ששענת המונופולין בוחנת שליטה קיימת בשוק ואת ניצולה לרעה. לפיכך, אין להזיל באופן עיוור את הדוקטרינות הזרות שהתפתחו בדיני המיזוגים בעניין דומיננטיות משותפת בדיני המיזוגים. אולם, המבחנים הקבועים בדיני המיזוגים האירופיים והאמריקניים, הנסמכים על התאוריה הכלכלית העומדת בבסיס ההתאמה האוליגופוליסטית, מהווים לסעמנו גם דין רצוי עבור הגדרתה של קבוצת ריכוז לשם החלת הפיקוח על מונופולים. ההבדל היחיד הוא הן הוכחה הנדרש: בעוד שבדיני המיזוגים יש להוכיח סבירות גבוהה כי בעתיד תתרחש התאמה אוליגופוליסטית, כדי להכריז על קבוצת ריכוז יש צורך להוכיח שהתאמה אוליגופוליסטית מתקיימת בפועל ושקיימת סבירות גבוהה כי היא תמשיך להתקיים גם בעתיד.

ה. בעיות אפשריות בהכרזה

הבה נביח כי מתקיימים כל התנאים הקבועים בתוך להכרזה על קבוצת ריכוז כעל מונופולין. לדעתנו, אין זה השיקול היחיד שעל הממונה לשקול בטרם ישתמש בסמכות ההכרזה הנתונה לו. בטרם ההכרזה ראוי לשקול גם את יעילותם ואת זמינותם של כלי האכיפה העומדים לרשות הגוף המסדיר – בין אם הוא גוף ממשלתי ובין אם הוא אוכף פרטי – כדי להסדיר את פעולתה של קבוצת הריכוז וכן את השפעתה של ההכרזה על התנהגות הפועלים בשוק. במילים אחרות: כאשר עסקינן בקבוצת ריכוז, ההכרזה איננה צריכה להיות פעולה אוטומטית ויש לכותנה במשנה זהירות. טענה זו נתמכת בכמה טעמים.

ראשית, ההכרזה על קבוצת ריכוז היא חריג ולא הכלל. יש להשתמש בה רק כשהיא אכן תועיל לפעולתם התקינה של השווקים. בהקשר זה נשוב ונזכיר כי בהתאם לדין הקיים, ההתאמה האוליגופוליסטית כשלעצמה איננה מהווה הפרה של

58 הנחיות המיזוגים, שם, בעמ' 19.

חוק ההגבלים העסקיים.⁵⁹ תנאי השוק המחוקים את ההתאמה האוליגופוליסטית ומתווים בסיס להכרזה עשויים להשתנות ביתר קלות מהתנאים התומכים, למשל, במעמד מונופוליסטי של חברה יחידה. יתרה מזאת: בשל העובדה שבקבוצת ריכוז כל חברה פועלת למען השאת רווחיה, כוח השוק המצרפי של חברי הקבוצה הינו יציב פחות מכותו של מונופולין יחיד באותם תנאי שוק. אולם, ההכרזה איננה מתבטלת באופן אוטומטי עם שינוי תנאי השוק, ועל כן היא עלולה לפגוע בפעילותן של חברות הפועלות בשווקים שלא לצורך, אם ישתמשו בה ברוחב יד. יוצא מכך, שכאשר כוחה של קבוצת הריכוז הוא תוצאה של הסדרים כובלים בין חבריה, יש להקוף את ההסדרים עצמם ולא להחזיר את העובדות כדי שיהיו בסיס להחלת איסורים מפרק המונופולים.⁶⁰ גם כאשר הניצול לרעה של כוח מונופוליסטי הוא תוצאה של הסדרים מקלים בין החברות הפועלות בו, יש מקום לתקוף את ההסדרים המקלים דרך פרק ההסדרים הכובלים בטרם ההכרזה על קבוצת ריכוז.⁶¹

שנית, וחשוב מכך: חלק מההגבלות המוטלות על מונופולין עלולות דווקא לפגוע בתחרות אם יוחלו על קבוצת ריכוז, ולא לקדמה. כפי שצוין לעיל, סעיף 29 לחוק ההגבלים העסקיים פורש כמחיל חוקות חלוטות לניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. כל עוד לא תשונה הלכה זו – ואנו סבורים כי יש מקום לשנותה ולהפוך את החוקות לגינתנות לסתירה או למצער לפרשן בדרך מצמצמת ביותר⁶² – פעולות רבות של חברי הקבוצה עלולות להיאסר, גם אם יש בהן כדי להגביר את התחרות. כך, למשל, החוק אוסר על אפליה של מונופולין בין צרכנים המצויים בתחרות זה עם זה, אם האפליה פוגעת בתחרות ביניהם. ודוק: האיסור הקבוע בחוק בוחן את השפעת האפליה על התחרות בין הצרכנים של בעל המונופולין ולא בין יחידות המונופולין לבין עצמן. אולם, החלת איסור זה על קבוצת ריכוז לא רק שלא תקדם את התחרות ואת טובת הכלל, כי אם תפגע בה. אם ייאסר על החברות המרכיבות את קבוצת הריכוז להפלות בין צרכנים, תיפגע אחת הדרכים המרכזיות הפתוחות בפניהן לסטייה מההתאמה האוליגופוליסטית ולהגברת התחרות בשוק.⁶³ למעשה, האיסור בחוק על אפליית מחירים בעסקאות דומות – כמו גם האיסורים על הנחות נאמנות ועל אסטרטגיות

59 שתיים מהצעות החוק לתיקון חוק ההגבלים העסקיים מבקשות לשנות טצב דברים זה; ראו הצעת חוק לתיקון חוק ההגבלים העסקיים (תיקון – הוראות שונות) והצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון), הערה 8 לעיל.

60 להלכה ברוח זו ראו את פסק הדין האירופי בעניין *Societa Italiano*, הערה 44 לעיל.

61 ראו גל, הערה 5 לעיל.

62 ראו עוז שי ומיכל (שיצר) גל, "פיקוח על מונופולין", כניחה כלכלי ומשפטי של דיני ההגבלים העסקיים (בעריכת מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן, צפוי להתפרסם ב-2006).

63 Gal, הערה 5 לעיל, בעמ' 101-103.

תמחיר נוספות המאפשרות לחברי הקבוצה לסטות מהסטטוס-קו - עלול לשמש גורם אובך ומחוק להתאמה כאמור. בדומה, גם האיסור על מחירים טורפניים, כל עוד הוא מוחל על כל אחד מחברי הקבוצה בנפרד, עלול למנוע סטייה מההתאמה האוליגופוליסטית ולפגוע ביצירת הליך תחרותי. על כן, יש לשקול לכלול בחוק הבהרה כי איסורים אלו לא יחולו על חברי קבוצת הריכוז. כל עוד הבהרה כאמור אינה כלולה בחוק, מרחפת סכנה כי גם אם רשויות האכיפה לא יאכפו סעיפים אלו על קבוצת ריכוז הם יאכפו במסגרת תביעות נזיקיות פרטיות כנגד החברים בקבוצת הריכוז - אלא אם כן יפרש בית המשפט את הסעיף בצורה תכליתית, שתאפשר קיום של תחרות בין חברי הקבוצה. פרשנות אחרת עלולה לפגוע בתחרות באופן ממש. אמנם ניתן לטעון כי חברה הסוטה מהתנהגות הקבוצה כבר איננה חברה בה ועל כן האיסורים ההגבליים החלים על בעל מונופולין כלל אינם חלים עליה. אולם טעון זה איננו נקי מבעיות. החוק איננו מחייב התאמה מוחלטת לפעולות הקבוצה על מנת שחברה תחשב חברה בו. אם במרבית הפעולות אין תחרות וקיימת תחרות מועטה בשוליים, הרי עדיין תחול ההגדרה. בהקשר זה ניתן לשאול האם עצם העובדה שהתכרזה על קבוצת ריכוז היא קונסטיטטיבית מחייבת קביעה כי גם ביטול ההכרזה הוא קונסטיטטיבי, דהיינו מי שהוכרז כחלק מקבוצת ריכוז יחשב ככזה עד שתבוטל ההכרזה על ידי הממונה. אם התשובה היא בחיוב, הרי איסורי פרק המונופולין יחולו גם על התנהגות הסוטה מהקבוצה. אולם לדעתנו התשובה לכך היא בשלילה. מטרת קידום התחרות מחייבת כי נאפשר לחברות בקבוצת הריכוז לסטות, כמה שיותר, מהתאמה אוליגופוליסטית ולהחיל סעד עצמי על מנת להימנע מתחולתם של האיסורים ההגבליים עליהן. על כן, אין לקבוע כי גם ביטול ההכרזה הוא קונסטיטטיבי.

שלישית, בטרם השימוש בסמכות ההכרזה יש לבחון אם היא עשויה להוות בסיס למזור יעיל ואפקטיבי לבעיית ההתאמה האוליגופוליסטית. התאמה אוליגופוליסטית מעמידה בפני רשויות האכיפה ההגבליות אתגר אכיפתי.⁶⁴ הבעייתיות העיקרית בהתאמה אוליגופוליסטית היא כי כתוצאה מהתלות ההדדית ייווצר סטטוס-קו יציב במחיר על-תחרותי. אולם, כאשר חברה הפועלת בשוק מגיבה להחלטה עסקית, עצמאית, של חברה אחרת - איזה צו ניתן להוציא כדי למנוע זאת? צו המונע תגובה יעצור את פעילות השוק; צו המחייב גבייה של מחיר מסוים יחייב את בית המשפט או את הממונה לנהוג כרגולטור של מחירים - פעולה שאין לבית המשפט או לממונה הכשרה לבצעה והיא תדרוש התערבות

64 לניתוח הבעיה ולפתרון חלקי ראו Gal, הערה 5 לעיל, בפרק 5; כן ראו Michal S. Gal, "Reducing Rivals' Prices: Government-Supported Mavericks as New solutions for Oligopoly Pricing," 7 *Stan. J.L. Bus. & Fin.* 73 (2001).

נמשכת בתנאי השוק.⁶⁵ היטיב לבטא זאת השופט העליון האמריקני סטיבן ברייר, שקבע (טרם מינויו לבית המשפט העליון):

It is close to impossible to devise a judicially enforceable remedy for 'interdependent' pricing. How does one order a firm to set its prices without regard to the likely reactions of its competitors?⁶⁶

התוצאה היא שלמרות שלשונם של האיסורים הקבועים בפרק המונופולים רחבה דיה כדי לאפשר התערבות של הממונה או של בית הדין בפעולותיו של המונופולין כדי למנוע או להקטין את פגיעתו בציבור, ההכרזה אינה מהווה פתרון-קסם למידת התחרות המועטה המאפיינת שווקים אוליגופוליסטיים. זאת ועוד: החלטות רבות, שהיו מהוות ניצול לרעה לו היו מתקבלות על ידי חברה אחת (דוגמת החלטה למנוע כניסתו של מתחריה לשוק), דורשות יותר מהתאמה אוליגופוליסטית גרידא. לרוב ייתפסו החלטות אלו ברשת ההסדרים הובלים ללא צורך בשימוש בכלי ההכרזה על קבוצת ריכוז.⁶⁷ לא למותר לציין כי – באופן מעט פרדוקסלי – מרגע שהתברר בקבוצת הריכוז יתחילו לפעול בהתאם להוראות ולהגביל את השימוש בכלים המסייעים להן לחתאים את פעולותיהן זו לזו, התנאים להגדרתן כקבוצת ריכוז עשויים להפסיק להתקיים, ובכך לשמש את הבסיס החוקי מתחת לסמכות ההכרזה ולהוראות הנסמכות עליה.

רביעית, נוסח החוק כיום עלול ליצור כשל לוגי בהסדרת פעולותיה של קבוצת הריכוז. כמפורט לעיל, חברי קבוצת הריכוז עשויים להידרש לפעול בדרך מתואמת, שאם לא כן פעולותיהם עלולות להיאסר מכוח הוראותיו של פרק המונופול. בה בעת, פעולות אלו – הדורשות תיאום בין החברות בקבוצת הריכוז – עלולות לעלות לכדי הסדר כובל ולהיאסר מכוח הוראות פרק ב' לחוק ההגבלים העסקיים. אם כן, הכרזה על קבוצת ריכוז כמונופולין עלולה להעמיד את חברי הקבוצה במצב כלתיאפשרי.

ניתן לשאול כיצד התמודדו עם בעיות אלו במדינות הים, שבהן, כמפורט לעיל, הכירו בדומיננטיות משותפת כבסיס להחלת איסורים והגבלים. נקדים ונאמר כי סוגיות אלו אינן עולות במסגרת דיני המיזוגים. זאת, משום שההחלטה

65 ליון בהסדרת מחירים של מונופולין ראו Michal S. Gal, "Monopoly Pricing as an Antitrust Offense in the U.S. and the EC: Two Systems of Belief about Monopoly?," 49 *Antitrust Bull.* 343 (2004).

66 *Clamp-All corp. v. Cast Iron Soil Pipe Institute*, 851 F. 2d 478, 484 (1st Cir., 1988).

67 הסדרים בין מתחרים, המקלים על התאמה אוליגופוליסטית, עלולים להיתפס תחת האיסור על הסדרים כובלים. ראו, למשל, Oligopoly, Report to the OECD, 19 Oct. 1999, p. 214, [available online: http://www.oecd.org/dataoecd/35/34/1920526.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/35/34/1920526.pdf).

הניתנת במסגרת דיני המיווגים היא חריפה פנימית ונוגעת לאישור או להתנגדות לשינוי במבנה השוק שאינו תוצאה של צמיחה פנימית. השאלה האם המיווג יגביר או ייצור דומיננטיות משותפת מהווה בסיס להחלטה אם לאסור את המיווג או לאשרו; אולם דיני המיווגים כשלעצמם אינם כרוכים בדגולציה נמשכת של התנהגות הצדדים. מובן, שהתנהגות הצפויה של החברות בשוק – כמו גם הכלים העומדים לרשות האכיפה להסדיר התנהגויות הפוגעות בתחרות – יקרינו על מדיניות המיווגים: ככל שקשה יותר להסדיר שוק הנוטה לפעול תוך התאמה אוליגופוליסטית, כך הגבר הנטייה שלא לאשר מיווג שייצור מבנה שוק כאמור.⁶⁸ ומה בדבר ההלכות האירופיות שפורטו לעיל, המכירות בדומיננטיות משותפת בבסיס להחלת הגבלות על מונופולים? מרבית הבעיות שעליהן עמדנו לעיל בדבר מגבלות האיסור על ניצולו לרעה של הכוח המונופוליסטי המשותף לא עלו לדיון בפסיקה. ככל הנראה, הסעם לכך הוא שבאותם מקרים שבהם הנציבות או בית המשפט האירופי הכירו בדומיננטיות משותפת במסגרת סעיף 82 לאמנת רומא (המקביל לסעיף 29 בחוק הישראלי), התקיימו גם יסודות האיסור על עריכת הסדר כובל, ועל כן התרופה הייתה הוצאת צו מניעה להמשך ההסדר הכובל בצירוף פיצויים עונשיים על ההפרה. כך, למשל, בעניין French-West African Shipowners' Committee הטילה הנציבות האירופית קנסות על בעלי אניות שערכו הסדרים לחלוקת שוק הסעת המטענים בין צרפת לבין מדינות במערב אפריקה.⁶⁹ הנציבות קבעה כי ההסדרים היוו הסדר כובל ואף ניצול לרעה של הדומיננטיות המשותפת שהייתה תוצאה של ההסדרים הכובלים. הניצול לרעה התבטא בהטלת קנסות על בעלי אניות שהסיעו מטענים מעבר למכסה שנקבעה להם והסימת הגישה לשירותי הסעה למתחרים חדשים בשוק. אם כן, במקרה דנן היה זה ההסכם בין הצדדים שיצר את כוח השוק, ולמעשה די היה בביטולו כדי לבנוע את ניצולו לרעה של הכוח האמור. בשאר המקרים היה די באיסור על הסדרים מקלים כדי למנוע את הניצול לרעה, ועל כן לא היה בהחלת האיסורים המונופוליים כדי ליצור בסיס לתרופה חדשה. נציין גם כי אכיפה פרטית כמעט איננה מקובלת באירופה, ועל כן החשש כי תביעות פרטיות יחילו איסורים רחבי-היקף על מתחרים אוליגופוליסטיים, בניגוד למדיניות האיתוד, איננו משמעותי.⁷⁰

למרות הקשיים שפורטו לעיל, באם יתוקן החוק או יפורש באופן מצומצם, ואם יוגבל רותבם של האיסורים הזולים על מונופולין בדרך שלא תבנע סטייה

68 Hovenkamp, הערה 34 לעיל, בעמ' 167.

69 עניין French-West African Shipowners' Committee, הערה 17 לעיל. ראו גם CEWAL [1993] O.J. L34/20.

70 ראו, למשל, Clifford A. Jones, *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA* (1999).

מהתאמה אוליגופוליסטית, נמצא שכלי ההכרזה על קבוצת ריכוז הינו בעל פוטנציאל התמודדות עם בעיית ההתאמה כאמור. הכלי המשפטי העיקרי שיאפשר התמודדות עם התאמה אוליגופוליסטית מקורו בסעיף 30 לחוק, הקובע:

ראו הממונה כי כתוצאה... מהתנהגותו של בעל מונופולין נפגעת התחרות בעסקים או נפגע הציבור, רשאי הוא לתת לבעל המונופולין הוראות בדבר הצעדים שעליו לנקוט כדי למנוע את הפגיעה.⁷¹

סעיף זה מסמיך את הממונה להטיל מגבלות על התנהגות של חברי הקבוצה המקדמת את התאמה ומונעת תחרות, גם אם זו לא עולה לכדי "הסדר כובל". מטרתן של הגבלות אלו להפחית את יכולתן של הפירמות להגיע להסכמה, לגלות סטיות מההסכמה ולהעניש בעקבות סטיות כאלה, והן צריכות להיות מותאמות לתנאי השוק הספציפיים ולהתנהגות החברות הפועלות בו. כך, למשל, בשוק המתאפיין בהודעות הדדיות שכל הנחה שחברה מעניקה תינתן גם על ידי מתחרותיה, הממונה עשוי להטיל מגבלות על נהג זה. אם מתברר ששיווי המשקל הלא-תחרותי של קבוצת ריכוז בשוק מסוים נשען על הודעה מראש בדבר שינוי מחירים מצד אחת הפירמות, יוכל הממונה להורות לה להפסיק מתן הודעות כאלה. דוגמה נוספת: אם שיווי-המשקל הלא-תחרותי נשען על צעד ענישה של הפירמות, הכוללים מכירה של מוצרים מתחת לעלות, יוכל הממונה להורות לפירמות שלא למכור מוצרים במחיר שמתחת לעלות ייצורם. כן מוסמך הממונה לקבוע תנאים להתנהגות החברות, אשר יגבילו את יכולתן ליצור חסמים מלאכותיים לתחרות בשוק. כך, למשל, הממונה מוסמך ליתן הוראות שמטרתן הקלה על מעבר של לקוח מחברה אחת הפועלת בשוק לרעותה. לדוגמה, הממונה מוסמך לחייב את חברות הביטוח ליתן לכל לקוח המעוניין בכך אישור לגבי תאונת שעליהן דיווחו בעבר כדי לאפשר לו לעבור בין חברות הביטוח ללא חשש כי יאבד את זכאותו להנחה בזכות היותו לקוח זהיר. דוגמה נוספת עניינה הורדת העמלות להעברת חשבונות בין תאגידיים בנקאיים שונים במטרה להקל על מעבר לקוחות בין בנקים מתחרים. בשל העושר והמורכבות של התנאים היוצרים שיווי-משקל לא-תחרותי של קבוצת ריכוז, קיומן של תרופות שיש בהן כדי לקדם את התחרות בשוק הספציפי וסיבן תלוי בניחוח קפדני של כל מקרה ומקרה.

כמו כן, ניתן יהיה להחיל על החברים בקבוצת הריכוז את האיסורים על ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי כדי למנוע התאמה שמטרתה יצירת חסמי

71 סעיף 30 לחוק.

כניסה מלאכותיים לתחרות.⁷² כך, למשל, ניתן יהיה למנוע מהחברות בקבוצה לגבות מחיר נמוך במידה בלתי-הוגנת (מחיר טורפני) שמטרתו להוציא מתחרה מהשוק או למנוע כניסתו של מתחרה חדש, כדי שלאחר הוצאתו או מניעת כניסתו של מתחרה כאמור ניתן יהיה לגבות מחיר גבוה יותר מזה שהיה נגבה לולא נגרמה הוצאתו או נמנעה כניסתו של המתחרה כאמור. אולם, כפי שכבר נאמר לעיל, כדי שהחלתן של הוראות החוק לא תשיג מטרה הפוכה לתכליתן, יש לתקן את החוק – או למצער לפרשו – כך שהוא לא יחיל על החברים בקבוצת הריכוז מגבלות שדווקא יגבירו את יכולתם ואת תמריצייהם לפעול בהתאמה אוליגופוליסטית.

לא למותר לציין, כי שלוש הצעות החוק שהונחו בעת האחרונה על שולחן הכנסת לתיקון הוראות חוק ההגבלים, ועוסקות בקבוצת ריכוז, מבקשות להרחיב את סמכויותיו של הממונה להסדרת פעולותיה של קבוצה כאמור, וליצור "כלים משופרים להתמודדות עם תופעת האוליגופול והסימפטומים האנטי תחרותיים הנובעים ממנה".⁷³ שלוש ההצעות מבקשות להוסיף לסמכות ההסדרה של הממונה, בודתאם להוראות סעיף 30 לחוק, את הסמכות ליתן הוראות להסרה או להקלה על חסמי כניסה וחסמי מעבר, אם השתכנע כי יש בכך להגביר את התחרות בענף. אין ספק כי סמכות זו הינה הכלי העיקרי והחשוב ביותר לצורך קידומה של תחרות בשוק אוליגופוליסטי. הורדת חסמי כניסה מלאכותיים לשוק – דוגמת עמלות מעבר בין החברות הפועלות בשוק – עשויה לקדם את התחרות באופן טבעי ולקדם גם את הרחחה חברתית. עם זאת, ניתן לטעון שסמכות זו כבר קיימת כיום בחוק ועל כן אין צורך להוסיפה באופן מיוחד.

שלוש ההצעות גם מסמיכות את הממונה ליתן הוראות לחברי הקבוצה כדי למנוע תמחור מקביל.⁷⁴ למרות שהתאמת מחירים היא הבעיה העיקרית המאפיינת שווקים אוליגופוליסטיים, הוראה זו הינה בעייתית, בהופכה את הממונה למפקח על המחירים בקבוצת הריכוז. פיקוח כאמור מחייב הבנה מעמיקה ומתמדת של תנאי השוק ושל העלויות הכרוכות בפעילותן של החברות בו, כדי לקבוע לכל חברה בקבוצת הריכוז מחיר שונה מזה של חברותיה ועדיין לאפשר להן לפעול באופן רווחי בשוק – שאם לא כן ייחפך השוק לריכוזי עוד יותר. יתרה מזאת: מנוסה הצעות החוק, המסמיכות את הממונה למנוע התאמת מחירים, נובע כי גם אם אחת החברות תקבע מחיר תחרותי, שאר החברות בקבוצה לא תוכלנה להתאים את מחיריהן למתחרתן; קרי: על שאר החברות בקבוצה ייאסר להתחרות

72 סעיפים 29 ו-29א לחוק.

73 דברי החסר לשלוש הצעות החוק לתיקון חוק ההגבלים העסקיים, הערה 8 לעיל.

74 שם. למעשה, ניתן לטעון כי ניתן לפרש את הוראות החוק הקיים כמסמיכות גם כיום את הממונה ליתן הוראות בדבר תמחור מוצרים, אם אלו נדרשות לשם מניעת פגיעה בתחרות או בציבור.

בהתאם להוראת חוק מפורשת. אם בכל זאת יוחלט להשאיר את כלי הפיקוח על המחירים על כנו, מומלץ לשנות את ההצעות כך שהן יסמיכו את הממונה לטפל בתוצאות ההתאמה האוליגופוליסטית הפוגעות ברווחה החברתית. בדרך זו יוכל הממונה, למשל, להחיל פיקוח רק על אחת החברות בשוק ולהיבנה להוריד את מחירה לרמה התחרותית. שאר החברות יאלצו לילך בעקבותיה, ולא – יסתכנו באבדן לקוחותיהן.⁷⁵

בעייתית במיוחד היא ההצעה הכלולה בשתיים מהצעות החוק – לקבוע כי התאמה אוליגופוליסטית תיחשב ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי בהתאם להוראות סעיף 29א לחוק.⁷⁶ בהתאם להוראות חוק ההגבלים, ניצול לרעה של מעמד בשוק מהווה עבירה פלילית אם היא נעשה תוך "כוונה להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור".⁷⁷ בהופכה את ההתאמה האוליגופוליסטית לאיסור פלילי, המשמש גם בסיס לתביעה נזיקית,⁷⁸ הצעה זו יוצרת שלל בעיות תאורטיות ופרקטיות.⁷⁹ ראשית, כפי שפורט לעיל, חברות בשוק אוליגופוליסטי מתנהגות באופן דומה לזה של חברות בשוק תחרותי בהבדל עיקרי אחד – הן מתחשבות במכלול שיקוליהן בעובדה, הנובעת ממבנה השוק, כי להחלטותיהן יש השפעה מיידית וישירה על השוק. עובדה זו לא מתיישבת עם הסלתו של איסור פלילי המבוסס על ההנחה כי המונופוליסט ניצל לרעה את כוחו באופן בלתי-חוקי. הסדרה ופיקוח אדמיניסטרטיביים שאינם מבוססים על ההנחה כי הפעולה מהווה הפרה של נורמות חברתיות מקובלות, מתאימה הרבה יותר למניעתה של התנהגות זו. שנית, כמפורט לעיל, הצעה זו תחייב את החברות בקבוצת הריכוז לפעול באופן מלאכותי, תוך מניעה של פרקטיקות עסקיות מקובלות הנובעות מתנאי השוק. שלישית, אכיפה פלילית ואכיפה נזיקית מסיטות את הגיתוח משאלת הסעד המתאים להקטנת הפגיעה בציבור לשאלות של אחריות. לבסוף, ולא פחות חשוב, חוק ההגבלים אינו אוסר על מונופוליסט יחיד לגבות מחיר על-תחרותי; לכל היותר חל איסור כזה רק כשהמחיר הינו גבוה במידה "בלתי-הוגנת".⁸⁰ אם נחיל איסור הגבלי על התאמת מחירים, נמצאנו

75 להצעה ברורה זו ראו Gal, הערה 65 לעיל.

76 הצעת חוק לתיקון חוק ההגבלים העסקיים (תיקון – הוראות שונות) והצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון), הערה 8 לעיל.

77 סעיף 47(א4) לחוק.

78 סעיף 50 לחוק.

79 ראו גם Gal, הערה 5 לעיל, בעמ' 88-90.

80 סעיף 29א(ב1) לחוק ההגבלים העסקיים קובע כי גביית "מחירים בלתי הוגנים" מהווה ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. טרם הוכרע בפסיקה באופן חד-משמעי אם מחיר הגבוה בצורה משמעותית ממחיר השוק הינו "בלתי הוגן". ראו רע"א 2616/03 ישראלרע בע"מ נ' הוארד רייס (לא פורסם, 14.3.2005).

אוסרים על קבוצת ריכוז את מה שמותר למונופולין יחיד. לא למותר לציין, כי גבייתו של מחיר על-תחרותי אינה תמיד מזיקה לרווחה החברתית. ניתוח ארוך-טווח מוכיח כי האפשרות לגבות מחיר על-תחרותי מהווה תמריץ לחברות להשקיע במטרה לפעול בשווקים שניתן לגבות בהם מחירים כאלה, ואפשרות זו היא המניעה את התחרות לכניסה ולפעולה בשווקים אלו כמו גם את התחדשות הטכנולוגית הדרושה, לעתים, לשינוי מבנה שוק ותנאיו המקסימים את התחרות.⁸¹ לאור טעמים אלו אנו סבורים כי יש לדחות את ההצעה האמורה; במקומה יש להוסיף להצעות כלים לתיקון הכשלים הלוגיים הקיימים כיום בחוק, כמפורט לעיל.

לא נעשה מלאכתנו שלמה אם לא נדגיש כי בשל הקשיים בהסדרתה של קבוצת ריכוז, המדיניות היעילה והרצויה ביותר להקטנת פגיעתה של התאמה אוליגופוליסטית הינה פתיחת השווקים האוליגופוליסטיים לתחרות כשהדבר אפשרי. כאשר ההתאמה האוליגופוליסטית מתאפשרת בשל קיומם של חסמי כניסה מלאכותיים, מדיניות תעשייתית ראויה תפעל להסרתם. כך, למשל, אם תנאי כניסה לשוק מסוים הוא קבלת רישוי ממשלתי, יש להסיר תנאי זה או למצער להפחית במידת האפשר את הקושי הכרוך בקבלתו. בדרך זו יקטנו התמריץ והאפשרות של החברות הפועלות בשוק לפעול תוך התאמה אוליגופוליסטית ולא יהא צורך להסדירה בדיעבד. כמו כן, כניסה של מתחרים נוספים לשוק, אפילו קטנים, יכולה במקרים רבים לסכל את ההתאמה האוליגופוליסטית.

1. סיכום

הסמכות להכריז על קבוצת ריכוז כמונופולין טרם נדונה באופן מעמיק בכתיבה האקדמית ובפסיקה הישראלית. כפי שפורט לעיל, התנאי של תחרות מועטה בין חברי הקבוצה או היעדרה המוחלט עשוי להתגבש במקרים שונים. מקרים שעניינם בעלות משותפת ותיאום מפורש מוסדרים על ידי הוראות אחרות של החוק, ועל כן אין צורך – ולעתים גם לא רצוי – להשתמש בסמכות ההכרזה כדי להסדירם. המקרה השלישי, של התאמה אוליגופוליסטית, איננו מוסדר על ידי הוראות אחרות של החוק, והשאלה אם התאמה אוליגופוליסטית עשויה להוות בסיס להכרזה על קבוצת ריכוז טרם נדונה בדין הישראלי.

לדעתנו, מבחינה תאורטית אין מניעה להכריז על מתחרים פוטנציאליים כקבוצת ריכוז אם מתקיימת ביניהם התאמה אוליגופוליסטית מושלמת, או קרובה לכך, שאינה זמנית. בשל העובדה כי התאמה אוליגופוליסטית איננה מתחייבת

81 ראו, למשל, Gal, הערה 65 לעיל.

באופן ישיר רק ממספר המתחרים בשוק, והיא מושפעת מתנאים רבים אחרים, אין מקום לקביעה קטגורית שכל שוק אוליגופוליסטי מהווה קבוצת ריכוז, וכל מקרה ייבחן לעובדותיו. הסיכוי להתאמה אוליגופוליסטית יגבר, למשל, ככל שמבנה השוק ריכוזי יותר, ככל קיימת הומוגניות רבה יותר בין המוצרים, במבנה העלויות ובגודלן של החברות הפועלות בשוק, וככל שחסמי הכניסה לשוק גבוהים יותר. גם קיומם של הסדרים מקלים יקלו על הוכחתה של התאמה אוליגופוליסטית.

השימוש בהכרזה על קבוצת ריכוז כדי לתפוס בגדרה שווקים המאופיינים בהתאמה אוליגופוליסטית פותח פתח למניעת ביצוע לרעה של כוח השוק שמקורו בהתאמה כאמור, דוגמת יצירת עלויות מעבר גבוהות בין החברות הפועלות בשוק. בה בעת, מאמר זה מצביע על כמה מגבלות של סמכות ההכרזה שאותן יש לשקול טרם השימוש בה. זאת, משום שהתפיסה העומדת בבסיס פרק המונופולים, וכלי האכיפה המבוססים עליה, אינם מתאימים תמיד להסדרת שווקים אוליגופוליסטיים. יתרה מזאת: כפי שפורט לעיל, טרם הפעלת סמכות ההכרזה יש לתקן את הוראות החוק כדי למנוע פגיעה בתחרות כתוצאה מהכרזה כאמור. בהקשר זה יש לשוב ולהזכיר שהתערבות נגד כוח השוק של קבוצת הריכוז – כמו ההתערבות נגד כוח השוק של מונופול – צריכה להיות זהירה ומידתית. לא כל מקרה ראוי להתערבות, והתערבות יתדר עלולה להיות מזיקה כשלעצמה. בה בעת, ייתכן כי עקב העובדה שארסנל הכלים לטיפול בהתאמה אוליגופוליסטית הוא כמעט ריק, במקרים מסוימים הפעלת סמכות ההכרזה תהא הרע במיעוטו.