

חשיבות הניתוח המשפטי והכלכלי של חוק ההגבלים העסקיים

מאת

מיכל (שיצר) גל, מנחם פרלמן

א. הקדמה

חוק ההגבלים העסקיים¹ הוא חלק אינטגרלי וחשוב במארג החוקים הכלכליים של מדינת ישראל. בלשונו של נשיא בית המשפט העליון (כתוארו אז), כבוד השופט אהרן ברק, חוק ההגבלים הוא "ה'מגנא כרטא' של זכויות הצרכן והתחרות החופשית".² דיני ההגבלים העסקיים קובעים את כללי המשחק שלפיהם צריכים לפעול גופים מסחריים המתחרים בשוק, על מנת להגן, לקדם ולעודד את התחרות. התחרות אינה מטרה בפני עצמה, כי אם כלי להשגת מטרת חברתיות. תחרות חופשית עשויה להביא להגדלת הרווחה הכלכלית בדרך של הורדת המחירים והגדלת הכמויות הנמכרות בשוק, ניצול יעיל של המשאבים הטבעיים ויצירת תמריצים להתייעלות ולחדשנות. התחרות מוערכת גם בשל סיבות שאינן כלכליות גרדא, דוגמת מתן אפשרות שווה לכל אזרח להתחרות בשוק, קידומו של חופש העיסוק וכן חיזוק הדמוקרטיה. כך למשל תחרות עשויה למנוע ריכוז השליטה על אמצעי התקשורת, על מנת לאפשר חופש ביטוי שהוא אחד מהתנאים הבסיסיים לקיומה של חברה דמוקרטית. הגשמת התחרות החופשית עשויה להביא גם לביזור מוקדי ההכרעה החברתיים ולמניעת ריכוז-יתר של כוח כלכלי בידי השלטון או בידי גופים מונופוליסטיים פרטיים. במקום שבו תחרות בתוך השוק איננה אפשרית, החוק שומר על קיומם של תנאים לתחרות "על" השוק, על מנת להבטיח כי התחרות הפוטנציאלית על האפשרות לפעול בשוק תביא להקטנת כוחו של מי שניצח בתחרות זו.

1 תשמ"ח-1988, ס"ח 128 (להלן: חוק ההגבלים העסקיים או החוק). המונח המקובל כיום בעולם הוא "חוק תחרות", אולם אנו נדבוק בשמו המקומי של חוק ה"הגבלים העסקיים", למרות שראוי היה לשנותו.

2 ע"א 2247/95 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ, פ"ד נב(5) 213, 231.

על מנת להגשים מטרות אלו, דיני ההגבלים העסקיים מונעים יצירת מכשלות מלאכותיות לתחרות על ידי הגופים העסקיים הפועלים בשוק. מקובל לחלק את הוראותיו של החוק המסדירות התנהגות עסקית לשלושה חלקים עיקריים: החלק הראשון עיקרו במניעת הסדרים בין בני אדם, המנהלים עסקים המגבילים את התנהגותו העסקית של לפחות אחד מהצדדים להסכם ופוגעים בתחרות ללא יתרונות מאזנים. כך למשל החוק אוסר על עריכת קרטל בין מתחרים שעיקרו תיאום המחיר שייגבה על ידיהם. החלק השני עניינו מניעת ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. כך למשל החוק אוסר על חברה מונופוליסטית לקשור את מכירתו של מוצר או שירות שבמונופולין עם מכירתו של מוצר או שירות נוסף, במקרים שבהם הקשירה איננה מתחייבת מטבעו של המוצר או נעשית בהתאם לתנאים המקובלים בשוק, על מנת שלא לאפשר למונופולין לנצל את כוחו בשוק שבמונופולין כדי לקבל יתרון בלתי הוגן על מתחריו בשוק אחר. החלק השלישי קובע הוראות למניעת מיזוגים אשר ייפגעו בתחרות בלא יתרונות כלכליים או חברתיים מאזנים.

לחוק ההגבלים העסקיים השלכות חשובות על תחומים רבים בחיינו. כך למשל החוק קובע האם הבנקים הגדולים בישראל יכולים לתאם ביניהם כי סניפיהם יהיו סגורים בימי שישי; האם חברות מתחרות יכולות לרכוש חומרי גלם במשותף ובכך להוריד את עלויות הרכישה שלהן; האם חברות הטלפון הנייד יכולות להקים תשתית משותפת (אנטנות, מרכזי מיחשוב וכו') על מנת להוריד את עלויותיהן; האם קיימת חובה לספק דלק סילוני למטוסים לכל חברות התעופה במחיר אחיד; האם יצרן גלילות המשכיר מקרר גלידה לבעל המכולת השכונתית יכול להתנות את ההשכרה בתנאי שבעל המכולת לא יחזיק שם גם גלילות אחרות; האם מיקרוסופט יכולה לשלב בתוכנת האינטרנט שלה, אשר עליה יש לה מונופולין, גם מילון וגם תוכנת וידאו שתקל לנו את הגלישה; האם נקבל תרומה של תוכנות חינם לבתי הספר; האם העיתון הכי גדול במדינה יכול לחייב בעל דוכן עיתונים לשים את העיתונים שלו במקום הכי בולט רק בגלל שהוא העיתון הכי גדול במדינה; האם מותר למקדונלד'ס לקבוע מחיר אחיד להמבורגרים שלה בכל סניפיה המופעלים על ידי זכיינים שונים; האם למספר חברות מותר לתאם חרם על חברה אחרת שעברה על חוקי האתיקה בתחום; האם מותר למספר חברות להסכים ביניהן לא למכור את מוצריהן לצרכן אשר לא עמד בהתחייבויותיו כלפי אחת מהן; האם מותר לחברה להכריז כי היא תמכור את מוצריה במחיר הנמוך ביותר של מתחרותיה. אלו הן רק דוגמאות מועטות הנופלות בגדרו של חוק ההגבלים העסקיים. עולה מהן בבירור כי דיני ההגבלים העסקיים הם חלק אינטגרלי וחשוב במערכת הדינים המסדירים את פעולתו של השוק החופשי. מדוגמאות אלו גם עולה מאפיין חשוב נוסף של דיני ההגבלים העסקיים, והוא פריסתם הרחבה על פני (כמעט) כל הפעילות הכלכלית במשק.

אכן, מאז תחילת שנות התשעים יש לחוק ההגבלים העסקיים הישראלי השפעה רבה על פעולותיהם של גופים עסקיים הפועלים בשוק הישראלי.³ רמת האכיפה – הן הציבורית הן הפרטית – עלתה באופן משמעותי. כך גם רמת המודעות לחוק, בין של גופים עסקיים הפועלים בשוק ובין של צרכנים, הבוחנים התנהגויות עסקיות רבות דרך משקפי ההגבלים העסקיים. תרמו לכך, בין היתר, אכיפה אגרסיבית של רשות ההגבלים העסקיים ופעולותיה להגברת המודעות לחשיבותו של החוק, כמו גם פסקי הדין של בית המשפט, לרמותיהם השונות, אשר פירשו והחילו את הוראות החוק. תרמה לכך גם העלייה ברמת העונשים המוטלים על עבירות על חוקי ההגבלים, הן בחקיקה הן בפסיקה. כיום ההלכה המחייבת קובעת כי העונש הראוי לעבירה של הסדר כובל הוא עונש של מאסר בפועל.⁴ זוהי עליית מדרגה משמעותית, אשר מתבססת, בין היתר, על ההכרה בחשיבות האיסורים ההגבליים לפעולתה התקינה של הכלכלה הישראלית.

נציין כי אנו עדים למגמה דומה של עלייה בחשיבות חוקי ההגבלים העסקיים גם במדינות רבות אחרות ברחבי העולם. במקומות רבים שבהם היווה החוק משך שנים רבות אות מתה, הופחה רוח חיה בהוראותיו. במקביל, מספר המדינות שאימצו חוק הגבלים עלה באופן דרסטי. בעוד שבתחילת שנות השמונים היו רק כעשרים מדינות שאימצו חוקי הגבלים עסקיים (כולל ישראל), כיום יש יותר ממאה מדינות עם חוק כאמור והמספר ממשיך ועולה. בסיסה של מגמה זו בפירוקן של כמה מדינות גדולות למדינות קטנות יותר (דוגמת רוסיה) ומעבר של מדינות רבות מכלכלה ריכוזית, צנטרליסטית אל כלכלת שוק. תרמה לכך גם התפתחות מדע הכלכלה המעניק לנו כיום כלים ותובנות טובים ומדויקים יותר בנוגע להשפעתן של התנהגויות עסקיות מסוימות על הרווחה החברתית. שינויים אלו הם שהפכו את חוק ההגבלים העסקיים לכלי חשוב ומרכזי בהסדרת שוקיהן של כל המדינות המפותחות בעולם, והשימוש בחוק גובר גם במדינות המתפתחות.

לאור זאת נוצר צורך בספר אשר ינתח באופן קוהרנטי ומעמיק את דיני ההגבלים העסקיים הישראליים. צורך זה נובע, בין היתר, מהשילוב ההכרחי בין משפט לכלכלה בתחום ההגבלים העסקיים. כאמור, חוק ההגבלים העסקיים מטרתו לקדם את הרווחה החברתית בדרך של שמירה על התחרות ומניעת יצירתן של מכשלות מלאכותיות לתחרות. התנאים לשמירה על תחרות והשפעתן של התנהגויות עסקיות על תנאי התחרות בשוק מבוססים על מודלים כלכליים. כך למשל ההחלטה אם סגירה מתואמת של סניפי הבנקים ביום שישי פוגעת בציבור הצרכנים או מיטיבה עמו בשל קיצוץ עלויות הבנקים אשר עשויה להיתרגם להורדת העמלות לצרכן, מבוססת על ניתוח כלכלי של התנהגות הבנקים בלא

3 ההיסטוריה של החוק, לרבות הסיבות לרמת האכיפה הנמוכה של הוראותיו עד לשנות התשעים המוקדמות, מפורטות בפרק ב להלן. ראו גם מ' (שיצר) גל "חמישים גוונים לפורמאיקה: ריאליזם משפטי בדיני ההגבלים העסקיים" מחקרי משפט כג (תשס"ז) 709.

4 דברי השופט מרים נאור בע"פ 1042/03 מצרפס שותפות מוגבלת בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 721, סעיף 26 לפסק הדין.

סגירה מתואמת ועמה.⁵ כך גם חוקיות שינוי העמלה שמקבל קמעונאי עבור מכירת עיתון שבמונופולין, בדרך אשר תתמרץ אותו להעדיף מכירת יותר גיליונות של העיתון על פני עיתוניו של מתחריו, תיבחן דרך ניתוח כלכלי של השפעת ההתנהגות העסקית על התחרות בשוק העיתונים.⁶ גם החזקות שמקים החוק או פטורי הסוג המוצאים בגדרו, המייתרים את הצורך בבדיקה פרטנית של השפעת ההתנהגות העסקית על התחרות, מבוססים על הערכות כלכליות כי להתנהגויות הנופלות בגדר החזקה או פטור הסוג תהא השפעה ידועה מראש על התחרות ועל כן אין צורך בבדיקה פרטנית. הנה כי כן, הניתוח הכלכלי הוא חלק אינטגרלי בלעדיו אין בתחום ההגבלים העסקיים הן בצד הנורמטיבי, המאיר את הדין הרצוי, הן בצד הפרשני, המחיל את הוראות החוק בפועל בדרך המגשימה את מטרתם.

ספר זה בא אפוא למלא חלל זה. נאמנים לדרכנו, שלפיה כדי להבין את הוראות החוק יש צורך לשלב בין ידע כלכלי לבין ידע משפטי, מרבית הפרקים הם פרי שיתוף פעולה של כלכלנים ומשפטנים, אשר ערכו ניתוח נורמטיבי, בצד זה הדסקריפטיבי, של חוקי ההגבלים העסקיים בישראל. מטרתו של ספר זה היא לענות לא רק על השאלה מהו הדין המצוי כיום בישראל, אלא לספק כלים ותובנות על מנת לענות על השאלה מהו הדין הרצוי ומה הם הכלים הטובים ביותר לקידומו. במקום שבו הוראותיו של החוק או פרשנותו אינן מהוות בסיס איתן או רצוי לקידום מטרת החוק, מוצעים שינויים שיש לערוך בהוראות או בפרשנותן.

ב. חשיבות התחרות ככלי מסדיר

מדוע כלל לקדם תחרות? שאלה זו היא העומדת בבסיס דיני ההגבלים העסקיים וללא מענה לה לא ניתן להבין את חשיבותם של דינים אלו. כפי שיפורט בהרחבה בפרקים הבאים, לתחרות חשיבות רבה כלכלית להגדלת רווחת הציבור. עוד במאה השמונה-עשרה עמד הכלכלן והפילוסוף האנגלי, אדם סמית, על חשיבותה של מה שהוא כינה "היד הנעלמה של השוק". כפי שהמלומד Train מדגיש:

"Competition, in theory if not always in practice, is nothing short of a miracle. Each firm tries to make as much profit as possible without regard (at least directly) for social welfare. Each consumer maximizes his own utility, ignoring others. Yet the result is that social welfare, in the Pareto sense, becomes as great as possible. This consistency of private goals

5 ה"ע 1393/96 בנק אדנים למשכנתאות בע"מ נ' המועצה הישראלית לצרכנות, פורסם בנבו.

6 ה"ע (מחוזי י"ם) 2/96 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פ"מ תשנ"ט(2) 529.

with social goals – the existence of the ‘invisible hand’ that molds privately motivated actions into socially desirable outcomes – serves as the rationale for a ‘free market’”.⁷

רעיון השוק החופשי מבוסס על ההנחה כי ידו הנעלמה של השוק היא, לפחות במרבית המקרים, הכלי היעיל, האפקטיבי והדינמי ביותר להתייעלות, לשיפור, להגדלת הרווחה ולהתחדשות.⁸ התחרות מושכת יצרנים חדשים לתוך השוק ובכך היא גורמת להורדת מחירים, להגדלת הכמויות ולהעלאת האיכות של המוצרים הנמכרים; היא גורמת לפועלים בו לתמריצים להתייעלות ולחדשנות; היא מוציאה מהשוק את הבלתי היעילים על ידי המבחן האובייקטיבי של הישרדות כלכלית; היא מקדמת תיעול יעיל של המשאבים בשוק. תחרות היא הכלי המועדף להסדרת שווקים גם כיוון שיש לנו אמונה פחותה, המבוססת על ניסיון רב שנים, ביכולתו של כלי מסדיר אחר – דוגמת רגולטור ספציפי – להסדיר את השוק בצורה טובה ויעילה יותר. לכן כלי זה של הסדרת השוק באמצעות רגולטור ספציפי מתאים רק למקרים שבהם אין תנאים לקיום תחרות.

אולם בראש ובראשונה התחרות החופשית נתפסת ככלי האופטימלי לצורך הגנה על הצרכן,⁹ שכן ללא קיום תחרות חופשית הצרכן הוא בן ערוכה בידיהם של יצרנים רבי כוח היכולים לקבוע מחירים גבוהים למוצריהם.¹⁰ בנוסף, ואף חשוב מכך, בשווקים שאינם תחרותיים קיים חשש משמעותי כי איכותו של המוצר או השירות תהיה נחותה בהרבה מזו שבשווקים תחרותיים. על יתרונותיה של התחרות החופשית עמד בית המשפט העליון בפסק דינו בעניין ליבוביץ:¹¹

“קיומה של תחרות חופשית הוא אינטרס ציבורי. שיטתנו החברתית והכלכלית מכירה בערכה של תחרות חופשית... תחרות חופשית עשויה

- 7 K.E. Train *Optimal Regulation* (1991), 1
- 8 ראו למשל בג"ץ 588/84 ק.ש.ר. סחר אזבסט בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד מ(1) 29, 37; ה"ע (מחוזי י"ם) 3574/00 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פורסם בנבו, פסקה 17 לפסק הדין; R.A. Posner *Economic Analysis of Law* (1998), 14-15
- 9 ראו למשל דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, 79; בג"ץ 344/89 ח.ס.ה. – סחר בינלאומי בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מד(1) 456. על הצורך במתן הגנה מפני מונופולים עמד בית המשפט העליון עוד בשנות החמישים ראו בג"ץ 161/52 חברת המזקקים של א"י נ' ראש העיר, חברי מועצת העירייה של ראשון-לציון ותושביה, פ"ד ז 113; בג"ץ 125/57 אניות מיכל ומשא בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד יא(2) 1490 (להלן: עניין אניות מיכל ומשא), 1507.
- 10 ראו באופן כללי R.A. Posner *Antitrust Law: An Economic Perspective* (1976), 8; G. Mankiw *Principles of Economics* (1998), 308
- 11 רע"א 371/89 ליבוביץ נ' אליהו, פ"ד מד(2) 309, 327.

להביא להורדת מחירים, לשיפור איכותו של המוצר ולשיפור השירות אשר ניתן אגב מכירתו. תחרות חופשית עשויה אף לעודד פיתוחו של המשק בדרך יוזמות לגיטימיות לסוגיהן. הישגים אלו, אשר התחרות החופשית עשויה להשיג, אנו מבקשים לעודד...".

התחרות מוערכת גם בשל סיבות שאינן כלכליות גרדא, דוגמת מתן אפשרות שווה לכל אזרח להתחרות בשוק, קידומו של חופש העיסוק וכן חיזוק הדמוקרטיה. העובדה שתחרות חופשית עשויה להביא לביזור מוקדי ההכרעה החברתיים ולמניעת ריכוז יתר של כוח כלכלי בידי השלטון או בידי גופים מונופוליסטיים פרטיים חשובה ביותר.¹² לעניין זה יפים דבריו של שופט בית המשפט העליון (כתוארו אז) מישאל חשין בעניין טבעול:

"חופש התחרות אינו אלא אחד מביטוייו של חופש הביטוי, אחד מגילוייו של הצורך הטבעי ביחיד – צורך המובנה בו מלידה – לבטא את עצמו, למצות את מירב יכולתו וכישוריו... לספק את חפצי ליבו וכיסופיו. כחופש הביטוי כן הוא חופש התחרות, כזה כן זה השניים שהם אחד מקורם בטבעו של האדם, בטבע... תחרות חופשית חיונית היא להגברת היעילות במשק, לפיתוח המשק ולצמיחתו, התחרות היא הערובה האופטימלית להשגת המוצר והשירות הטובים ביותר, בתנאים הטובים ביותר, תחרות המעודדת יוזמות חדשות... בדרגה שאין פחותה ממנה ייזכר הפן הדמוקרטי, שהתחרות החופשית נותנת כוח בידי הצרכן היחיד להשפיע על עשיית הכלכלה בחברה... מטעמים אלו ועוד היתה דוקטרינת התחרות החופשית לדוקטרינת תשתית בשיטת המשפט בישראל".¹³

אין מחסור בדוגמאות ליתרונותיה של התחרות במשק הישראלי. כך למשל כאשר נפתח שוק השיחות הבין-לאומיות לתחרות, ירדו מחיריה של חברת בזק, אשר הייתה עד לפתיחת התחרות הגוף היחידי שפעל בענף, בכ- 70%.¹⁴ בדומה, באותם קווי אוטובוס שבהם נפתח השוק לתחרות בעקבות הרפורמה בשוק ההסעות הציבוריות ירדו המחירים באופן משמעותי,

12 ראו למשל R. Pitofsky "The Political Content of Antitrust" 127 U. PA. L. Rev. (1979) 1051. ראו בנוסף בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441. אחת המטרות של דיני ההגבלים העסקיים היא להגביל את הריכוזיות בשוק העשויה לחלחל אל תחומי השלטון; ראו R. Posner "The Social Cost of Monopoly and Regulation" 83 J. Pol. Econ. (1975) 807.

13 עניין טבעול, לעיל הערה 9, בעמ' 78.

14 ראו הממונה על ההגבלים העסקיים קביעה בדבר בזק בינלאומי בע"מ, ניצול מעמד לרעה (לא פורסם, 1997).

בעוד שביטור הקווים נותרו המחירים גבוהים.¹⁵ אלו הן רק דוגמאות מועטות המעידות על המרובה.

יתרונותיה של התחרות מתבלטים גם על רקע השוואתה עם מבנה שוק נטול תחרות- שוק מונופוליסטי, שבו פועל רק שחקן אחד. כבר בשנותיה הראשונות של המדינה עמד בית המשפט העליון על הבעייתיות הגלומה במונופולין. בבג"ץ **אניות מיכל ומשא**¹⁶ נדון הסכם אשר נחתם בין שר האוצר לבין שלוש חברות הובלה, המעניק לאחרונות זכות בלעדיות להובלת עצים מפנילנד לישראל. ההסכם דחק מענף זה חברה ישראלית אשר עסקה קודם לכן בהובלת העצים. בפוסלו את ההסכם, השופט ש"ז חשין קבע כי ההסכם יצר מונופולין ללא יסוד בדין. בהסתמכו על המשפט המקובל קבע השופט כי "שיטת המונופולין הייתה תמיד לצנינים בעיני המשפט המקובל".¹⁷ השופט ממשיך ומונה את הדרכים שבהם המונופולין פוגע בטובת הציבור:

"המונופולין לאחד כרוך בדחיקת רגלי האחרים מן התחום שעליו הוא משתרע ומונע משום כך התחרות חופשית והורדת מחירים. כל העלאה של מחירים – וכן אי הפחתתם – מונעת מן הצרכן את האפשרות לרכוש לו מצרכים אחרים, שהוא רוצה בהם. המונופולין משעבד את הציבור לבעל המונופולין ומאלצו לצרוך סחורה ירודה בטיבה ולעתים אף להסתפק במועט, מבחינת הכמות. המונופולין, ובייחוד מונופולין שאת חלק הארי שבו נוטלים דווקא תושבי חוץ... עשוי להבטיל פועלים מקומיים ממלאכתם ולעשותם תלויים בחסדי הציבור. במקום התחרות החופשית בשוק, מביא המונופולין לידי שיתוף פעולה הדוק בין הממשלה ובין בעלי היכולת המרובה ('חברות ההובלה', טוען בא כח המשיבים, עצמו, 'יכולות לקיים קו אוניות סדיר, מה שאין כן המבקשת'), ואלה הם המועטים בציבור, לדיכוי הרבים... ובמה ימצא האיש הקטן במדינה את לחמו? ואין זו שאלה של כלכלה בלבד. צף ועולה גם הגורם החברתי: המונופולין נוטה ליצור שררה

15 מבקר המדינה דו"ח שנתי 53ב – לשנת 2002 ולחשבונות שנת הכספים 2001 – הרפורמה בתחבורה הציבורית (2003), 707: 'נמצא, כי המפעילים שזכו במכרזים הביאו לשיפור השירות לנוסעים בקווים שהפעילו. בקווים שבאשכולות נהריה וצפת גדלה תדירות הנסיעות ב-30%, ותעריפיהן הוזלו ב-10% עד 30%; בקווים שבאשכולות חדרה ונתניה גדלה תדירות הנסיעות ב-24%, ותעריפיהן הוזלו ב-19%; בקווים שבאשכולות רמלה וקרית ספר גדלה תדירות הנסיעות ב-5%, ותעריפיהן הוזלו ב-20%; ובקווים מבאר שבע לתל אביב גדלה תדירות הנסיעות ב-5%, ותעריפיהן הוזלו ב-45%. תוצאות חיוביות אלה מראות שהפרטת הקווים האמורים אכן הביאה לחיסכון וליעילות בענף התח"צ. אילו יישם המשרד את תכנית הרפורמה כמתוכנן, הייתה התועלת למשק גדולה בהרבה..."

16 עניין **אניות מיכל ומשא**, לעיל הערה 9. ראו גם גל, לעיל הערה 3.

17 עניין **אניות מיכל ומשא**, לעיל הערה 9, בעמ' 1499.

מיוחסת, סגורה, בעלת זכויות יתר, אנשים מטיפוס 'האדם העליון', כנגד האנשים הקטנים, פחותי הערך הסובבים אותו והמשועבדים לו".¹⁸

דברים אלה, אשר נאמרו מפי ממלא מקום נשיא בית המשפט העליון דאז, מאירים את גישתו של בית המשפט למונופולים יצירי השלטון. מלבד ההשפעות הכלכליות הישירות של מונופולין, דהיינו העלאת מחירים, הגבלת כמויות ופגיעה באיכות, השופט חשין מעלה גם טיעונים חברתיים שמקורם בהענקת פררוגטיבת יתר על ידי השלטון ושעניינם יצירת קיטוב מעמדי.

לא למותר להדגיש כי תחרות חופשית אינה מיטיבה בהכרח עם כולם. כך למשל יצרנים יעדיפו לפעול בשוק נטול תחרות או בעל תחרות מועטה, על מנת למקסם את רווחיהם. הניסיון האנושי מלמדנו שכאשר ניתנת למתחרים הזדמנות, הם צפויים לנסות ולפגוע בתחרות על מנת להגדיל את רווחיהם על חשבון רווחתו של הצרכן. כאמירתו המפורסמת של אדם סמית':

"People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices".¹⁹

תחרות חופשית נוצרת אפוא במקרים שבהם המתחרים בשוק נאלצים להיאבק זה בזה בכדי לשכנע כמה שיותר צרכנים לרכוש את מוצריהם. המוטיבציה לתחרות החופשית מתבטאת בכך שכל יצרן או ספק של מוצר יודע היטב כי במידה ורמת מוצריו או מחיריהם לא יעמדו באלו המקובלות בשוק, לקוחותיו עלולים לעבור להתקשרות חליפית עם יצרן או ספק אחר, שמחיריו נמוכים יותר או איכות מוצריו גבוהה יותר. חשש זה מאובדן לקוחות הוא שמתמרץ את הספק או היצרן להתייעלות מתמדת ולשמירה על מחיר נמוך ורמה גבוהה של מוצר. היטיב לנסח זאת הממונה על ההגבלים העסקיים: "תחרות חופשית איננה מתנה שהעסקים מגישים לצרכנים מרצונם הטוב; היא אילוץ, תוצאה של יכולתו של הצרכן לפנות לפתרון האופטימלי מבחינתו; ואם הספק שלו ירע את תנאיו, הוא ינטוש לספק מתחרה".²⁰ אשר על כן, לגופים עסקיים קיים תמריץ תמידי להפחתת התחרות ביניהם. בדומה, לבעל מונופולין יש תמריץ לשמור על מעמדו בשוק, על מנת להמשיך וליהנות מרווחים מונופוליסטיים תקופת זמן כמה שיותר ארוכה. אשר על כן, הוא עלול לנסות ולהשתמש בכוח השוק שלו על מנת להקים מכשלות למתחרים חדשים או קיימים כדי שאלו לא יוכלו

18 שם, בעמ' 1501.

19 A. Smith *Wealth of Nations* (Book I, 1776), ch. 10

20 ד' שטרם "אין פתרון של 'זבנג וגמרנו' להיעדר התחרות במערכת הבנקאות" (2005) <http://www.antitrust.gov.il/NR/rdonlyres/D4A00C2C-63C8-413D-BFFA-.003CCB4E5E41/134/maamar.doc> (20.2.06)

להתרחב בשוק ולנשלו ממעמדו. תפקיד חוק ההגבלים הוא להבטיח כי אותן מכשלות מלאכותיות לתחרות, הנוצרות כתוצאה מהתנהגותם של הגופים העסקיים הפועלים בו, ייאסרו.

התחרות עשויה אפוא לפגוע בגופים עסקיים אשר לא עמדו במבחן הדרוויניזם הכלכלי. כך למשל אותו יצרן אשר אינו מצליח לשרוד בתחרות בשוק ייאלץ לצאת ממנו ולמצוא פרנסה חלופית. אין ספק כי ייתכן כי יצרן זה ייפגע, וכי היה מעדיף להמשיך ולפעול בשוק, אולם זהו אחד ממחיריה של התחרות אשר אנו נדרשים לשלם עבור יתרונותיו של השוק החופשי. למעשה, את התחרות יש להעריך על רקע ניתוח דינמי, ארוך טווח וכולל. אמנם, יצרן זה או אחר עלול להיפגע, לפחות בטווח הקצר, אך מחיר השארתו בשוק הוא גבוה מאוד, שכן השארתו בשוק תחייב תמיכה ממשלתית ביצרן בלתי יעיל. לתמיכה כאמור מחיר כפול: ראשית, המחיר הישיר אשר ישולם ליצרן על מנת להחזיקו מעל למים מבחינה כלכלית. שנית, מחיר הפגיעה בתמריצי ההתייעלות והחדשנות של השוק כולו, אשר עתה יפעל תחת ההנחה כי גם אם ייכשל תבוא הממשלה ותגאל אותו. בטווח הארוך ובראייה מצרפית, לפעולה כאמור תהא עלות חברתית גבוהה ביותר. אין משמעות הדבר כי בשום מקרה לא תינתן עדיפות לערכים חברתיים אחרים על פני ערך התחרות. כך למשל גם חוק ההגבלים העסקיים מכיר מכך שכאשר התחרות תביא לסגירת מפעל באזור מוכה אבטלה, יש להביא שיקולים אלו בחשבון בעת החלת האיסור ההגבלי.²¹ בה בעת, במקום שבו קיימים תנאים לתחרות, מקרים אלו יהיו חריג ולא כלל.

לאור יתרונותיה המובהקים של התחרות, לא פלא אפוא כי התחרות החופשית זוכה במשפט הישראלי, בדומה למשפט האמריקני והאירופאי, למעמד חוקתי ראשון במעלה.²² יפים לענייננו דבריו של נשיא בית המשפט העליון (כתוארו אז) ברק בעניין תנובה:

21 סעיף 10 לחוק ההגבלים העסקיים.

22 ראו בג"ץ 1030/99 ח"כ אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 657-658. חופש התחרות לא נמנה במפורש כאחת הזכויות המנויות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם זאת עמדתו של פרופ' ברק היא כי חופש התחרות נגזר מחירות הפרט להגשמת האוטונומיה האישית שלו, שכן התחרות החופשית מעניקה לצרכן את היכולת להכריע בין אלטרנטיבות כלכליות ובכך להשפיע על הכרעות הכלכליות הכלליות בחברה. על כן מדובר בזכות חוקתית מכוח זכותו של האדם לכבודו; ראו א' ברק פרשנות במשפט, כרך ג, פרשנות חוקתית (תשנ"ד), 422. דרך אחרת ומקובלת יותר, היא לראות את חופש התחרות כחלק מזכותו של האדם לחופש העיסוק, ומכאן שחופש התחרות זוכה להגנה מכוח חוק-יסוד: חופש העיסוק; ראו ע"א 239/92 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' משיח, פ"ד מח(2) 66; בג"ץ 28/94 צרפתי נ' שר הבריאות, פ"ד מט(3) 817, 804; בג"ץ 4915/00 רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד(5) 451. לניתוח ביקורתי ראו א' גרוס "כיצד היתה התחרות החופשית לזכות חוקתית? – בנפתולי הזכות לחופש העיסוק" עיוני משפט כג (תש"ס) 229. לעומת זאת ראו נ' כהן "תחרות מסחרית וחופש עיסוק" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 353, 356. בעניין אורון הנ"ל נפסל בידי בג"ץ, בין היתר, תיקון לחוק התקשורת בשל היותו סותר את חופש התחרות.

"תחרות חופשית היא אינטרס מובהק של הציבור. התחרות החופשית היא אבן יסוד בכל שיטת משפט דמוקרטית, ביותר סממן בולט של חירות הפרט להגשמת האוטונומיה שלו... ההגנה על התחרות החופשית עומדת גם ביסוד ההגנה על זכויות אחרות. כך, לדוגמא, אין לנתק בין חופש התחרות לבין חופש העיסוק... דיני ההגבלים העסקיים הם 'מגנא כרטא' של זכויות הצרכן והתחרות החופשית".²³

חשיבות התחרות כערך יסוד במשפט הישראלי מודגמת בהחלטת בית המשפט העליון בעניין אורון, שם נדון תיקון לחוק הבזק שהעניק רישיון להפעלת תחנת שידור למי שהפעיל במשך חמש שנים רצופות תחנה כזו. העותרים תקפו את חוקיות החוק בטענה שהוא פוגע בעקרון השוויון בין מתחרים שלא לתכלית ראויה. השופט תיאודור אור פסק כי "עיקר בסיסי בזכות לחופש העיסוק המוגנת בחוק יסוד: חופש העיסוק הוא חופש התחרות... לחופש התחרות יש חשיבות הן בהיבט הציבורי והן בהיבט האישי. מבחינת ההיבט הציבורי התכלית היא הגברת היעילות במשק. חופש התחרות תורם לשיפור טיב המוצר או השירות ולשמירה על רמת מחירים הולמת לתועלתם של הצרכנים. בהיבט האישי תכליתו היא הן לאפשר לפרט למצוא את מחייתו והן לעצב את אישיותו ומעמדו. ההיבט האישי של חופש העיסוק, הכולל את חופש התחרות, הפך לזכות חוקתית המוגנת במסגרת חוק יסוד: חופש העיסוק".²⁴

לא מותר להדגיש כי תחרות אינה הכלי ההסדרתי האופטימלי לכל השווקים. על מנת שתחרות תגשים את יתרונותיה, חייבים להתקיים בשוק תנאים המאפשרים את קיומה. כך למשל במקום שבו השוק יכול לתמוך רק בחברה אחת, הרי תחרות בתוך השוק לא תוכל להתקיים. בדומה, תחרות היא לרוב מוגבלת בכוחה בשווקים ריכוזיים המאופיינים בחסמי כניסה גבוהים.²⁵ בשווקים אלו קיימים למתחרים הפוטנציאלים תמריצים לפעולה מקבילה אשר תקטין את הלחץ התחרותי ביניהם. בשווקים אלו היד הנעלמה מוגבלת בכוחה וייתכן כי יקום צורך בהסדרה חילופית או נוספת. כך למשל שוק החשמל מוסדר על ידי חוק ספציפי, חוק משק החשמל, תשנ"ו-1996, כיוון שההולכה, החלוקה ואיזון השוק של החשמל נחשבים כמונופול טבעי אשר כוחות השוק לא יכלו להסדירו. בדומה, קיימים חוקים ספציפיים המסדירים את שוק התקשורת, המאופיין ברובו בריכוזיות גבוהה ובהתאמת מחירים. אשר על כן, תחרות אינה פתרון קסם לכל השווקים, אך במקום שבו היא יכולה לפעול, לרוב יש להחילה כפתרון המועדף להסדרת השווקים.

23 ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאית בישראל, פ"ד נב(5) 213, 231.
24 בג"ץ אורון, לעיל הערה 22, בעמ' 660.
25 לדיון בשווקים קטנים וריכוזיים ראו למשל M.S. Gal Competition Policy for Small Market (2003).
Economies

בנוסף, חשוב להדגיש כי חוק ההגבלים העסקיים אינו עומד בדד ביצירת תנאים לתחרות. לצדו עומדת מערכת ענפה של חוקים והחלטות ממשלתיות התומכות בשוק החופשי. כך למשל חוקי הקניין, החוזים והנזיקין מאפשרים קיומה של מערכת שוקית מלכתחילה. למעשה, ההחלטה המשמעותית ביותר לעידוד התחרות במדינת ישראל לא הייתה אימוץ חוק ההגבלים. הייתה זו דווקא החלטת הממשלה לפתוח את השווקים הישראליים לתחרות מחוץ. בדרך זו יצרה הממשלה תחרות פוטנציאלית – שלעתים אף הביאה לכניסה בפועל של מתחרים זרים – אשר חייבה את היצרנים הישראליים להתייעל ולעמוד בסטנדרטים התחרותיים של חברות זרות. גם הפחתת מעורבותה הישירה של הממשלה בשווקים, הן באמצעות הפרטה הן באמצעות הפחתת רגולציה ופיקוח ישיר על השווקים, הייתה משמעותית לעידוד התחרות במשק. אשר על כן, ללא מערכת תומכת זו של חוקים והחלטות משלימים, לא תוכל התחרות לפרוח.²⁶

למעשה, גם חוק ההגבלים העסקיים הוא סוג של רגולציה. רגולציה זו היא בעיקרה רגולציה שלילית, האוסרת על פעולות מסוימות ועל כן היא מתבססת על מערכת של איסורים הקבועים בחוק ועל אכיפתם. דהיינו, חוק ההגבלים העסקיים אינו מאפשר תחרות חופשית לחלוטין מכל המוסרות בבחינת "איש הישר יעשה" אלא הוא מטיל מגבלות על חופש הפעולה של גורמים עסקיים. הטעם לכך הוא שההגבלות המוחלות בגדרו נדרשות על מנת להבטיח כי גופים עסקיים הפועלים בשוק לא יקימו מכשלות מלאכותיות לתחרות חופשית של גורמים אחרים, יעילים מהם, ויפגעו בתחרות החופשית מכאן ולהבא, וכי תוצאותיה של התחרות החופשית אכן תתגשמה. במילים אחרות, מטרתם של דינים אלו להבטיח כי כולם – יצרנים וצרכנים כאחד – ייהנו מתחרות חופשית ומתוצאותיה לאורך זמן, במקום שבו היא יכולה להתקיים.

ג. חשיבות הניתוח הכלכלי של חוק ההגבלים

ישאל השואל, חוק ההגבלים העסקיים הוא כלי משפטי להסדרת שווקים. מדוע אפוא הוא נדרש לניתוח כלכלי? במלים אחרות, במה שונה חוק ההגבלים העסקיים מחוקים אחרים אשר כלי הניתוח הכלכליים משמשים ככלי עזר לפרשנותם? התשובה היא, שחוק ההגבלים העסקיים מהווה שילוב מובהק של משפט וכלכלה. אכן, הוא חלק ממארג החוקים המשפטיים החלים על גופים עסקיים. הוראותיו נתונות לפרשנות ולאכיפה של בתי המשפט והסנקציות המוטלות על העובר על הוראותיו הן סנקציות משפטיות – פליליות, נזיקיות או חוזיות. גם היסודות לעבירות הכלולות בו תפורשנה לאור הדין הנוהג. כך למשל בעת שבית המשפט בוחן אם הסדר כובל הוא עבירה פלילית אסורה בהתאם להוראות החוק, הוא יבחן

26 למסקנה דומה ראו גם גל, לעיל הערה 3.

גם את קיומה של כוונה פלילית, כנדרש בהוראות הדין הפלילי. בעת שבית המשפט יבחן אם נעברה עבירה נזיקית בדמות הגבל עסקי, הוא יבחן אם התמלא יסוד הנזק לתובע, כנדרש בדיני הנזיקין.

אולם חוק ההגבלים העסקיים אינו בנוי רק על אדנים משפטיים. רגלו השנייה של החוק נטועה עמוק בתורת הכלכלה העוסקת במבנה שווקים והתנהגותם (Industrial Organization). זאת כיוון שמטרתו של החוק היא להסיר מכשלות מלאכותיות מעל דרכה של התחרות ולהבטיח כי שיתופי פעולה בין גופים עסקיים הפועלים בשוק והפוגעים בתחרות אכן משרתים את טובת הציבור. על מנת לבחון שאלות אלו אוכף החוק נדרש לדעת לנתח את השפעת ההתנהגות הנבחנת על התחרות בשוק, לאור מבנה השוק, תנאיו ותגובתן הצפויה של יתר החברות הפועלות בו. כך למשל על מנת לבחון אם הסדר כובל "פוגע בתחרות", כנדרש באחד מיסודות העוולה, על האוכף לנתח את השפעת ההסדר על התחרות בשוק. בדומה, על מנת לבחון אם מיזוג מסוים העומד לבחינה פוגע בתחרות או פוגע בציבור נדרש האוכף לניתוח תנאי השוק לפני המיזוג ולאחריו. הניתוח הכלכלי הוא בעל חשיבות רבה בכל שלבי אכיפת החוק, משלב הגדרת השוק הרלוונטי ועד לשלב קביעת הסעד שיינתן. אכן, הניתוח הכלכלי חיוני הן לעיצוב של מדיניות התחרות הן לאכיפתה. מעורבות הממשלה בנעשה בשווקים, באמצעות חוקי ההגבלים העסקיים, יכולה לגרום לטעויות משלושה סוגים: טעות מהסוג הראשון שהיא טעות של התרת התנהגות שפוגעת בתחרות (כדוגמת אישור מיזוג שבסופו של יום יפגע בתחרות). טעות מסוג שני היא איסור התנהגות יעילה שאינה פוגעת בתחרות (כדוגמת איסור מיזוג שלא היה פוגע בתחרות, אבל היה מאפשר התייעלות והורדת מחירים). כן קיימת טעות מסוג שלישי, שלפיה הסעד הניתן בתיק הגבלי פוגע, שלא לצורך, בתחרות.²⁷ חשוב כי דיני ההגבלים העסקיים יעוצבו בדרך אשר תמזער את הטעויות משלושת סוגים אלו. לשם כך, הדין החל צריך להיות מבוסס על הבנה וניתוח של ההשפעות הכלכליות של התנהגויות עסקיות בשוק.

בעוד שצעדי האכיפה של רשות ההגבלים העסקיים ושל בית הדין להגבלות עסקיים לרוב מבוססים על ניתוח כלכלי, הרי שמבנה החוק וההחלטות המתקבלות על סמכו לעתים מבוססים על כללים משפטיים אשר עלולים לפגוע בתחרות ובתוצאותיה. הדבר בא לידי ביטוי לדוגמה בריבוי "חזקות חלוטות" רחבות מאוד הן ביחס להסדרים כובלים הן ביחס למונופולין, ובגישה הבסיסית של איסור רחב מאוד לצד "רישוי" הסדרים כובלים. בהתאם

27 טעויות מסדר ראשון ושני בתחום ההגבלים העסקיים הוכרו לראשונה אצל A.A. Fisher, R.H. Lande "Efficiency Considerations in Merger Enforcement" 71 *Cal. L. Rev.* (1983) 1580. לטעויות מהסוג השלישי ראו M.S. Gal "Reformation of Anti-Competitive Contracts – A Case for Economic Balancing" 22 *Cardozo L. Rev.* (2000) 91.

לכך, ספר זה מציע כלים לשילוב טוב יותר של הניתוח הכלכלי בזה המשפטי, בדומה למגמה המאפיינת בשנים האחרונות את הדין ההגבלי בארצות-הברית ובאירופה.²⁸

ד. מבנה הספר ומחבריו

ספר זה בא למלא חלל הקיים בספרות האקדמית והמקצועית ולחבר בין הניתוח הכלכלי לניתוח המשפטי של דיני ההגבלים העסקיים. על מנת להגשים מטרה זו, זכה כל אחד מהנושאים המרכזיים הקשורים לחוק לניתוח משפטי וכלכלי. את פרקיו של הספר ניתן לחלק לשני חלקים עיקריים. הראשון עוסק בניתוח רוחב של החוק, בעוד השני מנתח לעומק את הוראותיו של החוק.

החלק הראשון מורכב מארבעה פרקים. הפרק הראשון מנתח את החוק ממעוף הציפור. בין היתר, נבחנות תכונותיו המיוחדות של המשק הישראלי אשר יש להתחשב בהם בעת החלת החוק, ההיסטוריה האכיפתית של החוק וכן היחס שבין דיני ההגבלים העסקיים לחוקים ספציפיים המסדירים תחום זה או אחר. הפרק השני מפרט את מטרותיו של חוק ההגבלים העסקיים, תוך שילוב מטרותיהם הכלכליות והמשפטיות. הפרק השלישי מפרט ומסביר את התאוריה הכלכלית העומדת בבסיס כלכלת השוק, כמו גם את מונחי היסוד בתחום. הפרק הרביעי עוסק בהגדרת שוק. פרק זה מנתח סוגיה זו הן מבחינת הדין הרצוי הן מבחינת הדין המצוי.

חלקו השני של הספר מורכב משישה פרקים, שכל אחד מהם מנתח לעומק סוגיה אחרת שבה עוסק חוק ההגבלים העסקיים. הפרק הראשון מתמקד בניתוח כלכלי ומשפטי של יסודות האיטור ההגבלי, לרבות הסדרים כובלים אופקיים. הפרק השני עורך ניתוח מעמיק של סוגיית הסדרתם של הסדרים אנכיים. הפרקים האמורים כלולים בכרך הראשון של הספר, הכרך השני יכלול את הפרקים הבאים: הפרק השלישי יתמקד בפטורים ובאישורים לעריכת הסדר כובל. הפרק הרביעי יעסוק בהסדרה של מונופולים. הפרק החמישי יעסוק בהסדרה של מיוזגים. הפרק השישי יעסוק בסוגיות הפרוצדורה של אכיפת החוק. הכותבים הם כולם אנשי אקדמיה ופרקטיקה המובילים את המחקר ואת אכיפתו של החוק בישראל. הכותבים של הכרך הראשון הם:

ד"ר עדי אייל הוא מרצה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן העוסק בניתוח הכלכלי של המשפט, לרבות בתחום ההגבלים העסקיים. ד"ר אייל הוא בעל דוקטורט כפול, במשפטים (אוניברסיטת בר אילן) ובכלכלה (אוניברסיטת ברקלי).

28 ראו לדוגמה J.B. Baker "The case for Antitrust Enforcement" 17(4) *J. Econ. Persp.* (2003) 27; R. Crandall, C. Whinston "Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence" 17(4) *J. Econ. Persp.* (2003) 3

פרופ' ברק אורבך הוא פרופסור באוניברסיטת אריזונה, שם הוא מרכז את לימודי המשפט והכלכלה. תחומי המחקר המרכזיים שלו הם הגבלים עסקיים, רגולציה, קניין רוחני וניתוח כלכלי של המשפט. פרופ' אורבך הוא בעל דוקטורט מאוניברסיטת הרווארד ובעבר שימש כיועץ הממונה על ההגבלים העסקיים למשפט ולכלכלה.

פרופ' דיוויד גילה הוא פרופסור חבר בפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל-אביב. תחום המחקר העיקרי שלו הוא הגבלים עסקיים ורגולציה של שווקים. את הדוקטורט סיים באוניברסיטת הרווארד בתחום ההגבלים העסקיים. מאז כתב מאמרים בייחוד בנושאים של השקעות פסיביות בין מתחרים, מיזוגים בין מתחרים, יחסי ספק-לקוח, תניות אי-תחרות ורגולציה של תקשורת.

פרופ' מיכל גל היא פרופסור חבר בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה וכן Global Hauser Visiting Professor, NYU School of Law. תחום המחקר העיקרי שלה הוא הגבלים עסקיים ורגולציית שווקים. ד"ר גל היא בעלת דוקטורט מאוניברסיטת טורונטו בתחום ההגבלים העסקיים. בין פרסומיה: *Competition Policy for Small Market Economies*. בהוצאת הספרים של אוניברסיטת הרווארד.

אמיר ישראלי הוא עורך דין שותף במשרד כהן, ישראלי ושות', בוגר הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. כיום הוא בעל משרד עצמאי העוסק רבות בתביעות נזיקיות הגבליות.

מנחם פרלמן הוא כלכלן, אשר שימש בעבר ככלכלן הראשי של רשות ההגבלים העסקיים וכמשנה לממונה על ההגבלים העסקיים. כיום הוא שותף במשרד הייעוץ הכלכלי סוארי ושות'.

פרופ' יוסי שפיגל הוא פרופסור חבר, הפקולטה לניהול, בית הספר למוסמכים ע"ש ליאון רקנאטי, אוניברסיטת תל-אביב. הוא חוקר ומרבה לפרסם בתחום הארגון התעשייתי.

אנו שמחים כי המאמץ המשותף נשא פרי ומקווים כי הספר ישרת את מטרתו נאמנה. ראינו לנכון לציין כי הפרקים נכתבו באופן פרטני. מטבע הדברים לא כל האמור בכל אחד מהפרקים משקף בהכרח את הדעות של הכותבים האחרים ושל העורכים.