

אסדרה של קבוצת ריכוז

מאת

מיכל (שיצר) גל והילה נבו*

בעיית ההתאמה האוליגופוליסטית מאפיינת שווקים ממועטי מתחרים המוגנים בחסמי כניסה גבוהים. התאמה אוליגופוליסטית מאפשרת לכמה חברות להתאים את התנהגותן זו לזו בלא צורך בהסדר מפורש ובכך ליצור כוח שוק משותף הפוגע בצרכנים. כוח שוק משותף זה, הפוגע בעיקר בכלכלות קטנות דוגמת ישראל, היה משך שנים רבות אחת מחולשותיו של חוק ההגבלים העסקיים. על מנת להתמודד עם בעייתיות זו הוסיף המחוקק הישראלי לא מכבר לחוק ההגבלים העסקיים פרק העוסק באסדרה של קבוצת ריכוז, דהיינו קבוצת חברות בעלות כוח שוק שיש ביניהן תחרות מועטה, אם בכלל. פרק זה מחליף הסדר קודם אשר הסדיר את בעיית כוח השוק המשותף דרך דיני המונופולין. הפרק החדש, המגדיר את הדרך לאסדרתה של קבוצת ריכוז, עשוי להיות צעד חשוב בהתמודדות עם התאמה אוליגופוליסטית. מטרתו של מאמר זה היא לבחון את יעילותו ואת דרך פרשנותו הראויה של כלי אסדרתי זה לאור תכליתו. הדיון נערך, בין היתר לאור מיהות הגוף האוכף, העילה שבבסיס החוק וכלי האכיפה המנויים בו. הניתוח הוא תאורטי ומעשי כאחד, והוא מתמקד בהחלטות הממונה הרלוונטיות לדיון. הצורך בניתוח זה מתחדד בשל העובדה שכלי אסדרתי זה הוא כלי חריג בעולם להתמודדות עם התופעה של התאמה אוליגופוליסטית דרך דיני ההגבלים העסקיים.

א. מבוא. ב. קבוצת ריכוז, התאמה אוליגופוליסטית והשלכותיהן הכלכליות;
1. אוליגופול והתאמה אוליגופוליסטית; 2. ההבדל בין התאמה אוליגופוליסטית לבין תיאום; 3. התנאים הכלכליים להתאמה אוליגופוליסטית; (א) שלושת התנאים לנקיטת אותה התנהגות מקבילה; (ב) תנאי שוק המגבירים את התקיימות התנאים לתיאום או להתאמה; 4. חשיבות האסדרה של התאמה אוליגופוליסטית בישראל; 5. מה בין התאמה אוליגופוליסטית לקבוצת ריכוז?
ג. הדין הקודם; 1. אסדרת קבוצת ריכוז דרך דיני המונופולין; 2. אסדרת התאמה אוליגופוליסטית דרך יתר פרקי החוק. ד. אסדרת קבוצת ריכוז דרך פרק 17: מטרת החוק. ה. קבוצת ריכוז מהי; 1. כללי; 2. בחינת התנאים; (א) "קבוצה

* מיכל גל היא פרופסור וראש הפורום למשפט ושווקים, הפקולטה למשפטים, באוניברסיטת חיפה, וכן נשיאת הארגון העולמי של הפרופסורים להגבלים עסקיים. ד"ר הילה נבו היא חברת סגל בחוג לכלכלה וניהול במכללת תל-חי ומרצה מן החוץ בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה.

מצומצמת של בני אדם"; (ב) "המנהלים עסקים"; (ג) ריכוז אספקה: "בידי חברי הקבוצה נתון ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או שירותים מכלל רכישתם"; (ד) מידת התחרות: "בין חברי הקבוצה או בענף שבו הם פועלים קיימת תחרות מועטה בעסקים או שמתקיימים תנאים לתחרות מועטה בעסקים"; 3. משפט משווה: דומיננטיות משותפת בדין הזר. 1. **מהות ההכרזה**. 2. **כלי האסדרה**; 1. כלי האסדרה; 2. מטרת האסדרה; 3. התייעצות עם רגולטור ענפי. 3. **דוגמאות לתחולת החוק וניתוחן**; 1. הודעה על כוונה להכריז בשוק תרכובת המזון לתינוקות; 2. הודעה על כוונה להכריז בשוק פריקת המטענים בנתב"ג; 3. הכרזה על הנמלים כקבוצת ריכוז. 4. **האם הדין המצוי הוא דין רצוי? י. סיכום.**

א. מבוא

בשנת 2011 הוסיף המחוקק לחוק ההגבלים העסקיים את פרק 11, העוסק באסדרת קבוצות ריכוז.¹ כמפורט בדברי ההסבר להצעת החוק, התיקון לחוק נועד "להתמודד עם כשל תחרותי המכונה 'כוח שוק'... הנגרם בענפי משק רבים שבהם פועלות קבוצות ריכוז (אוליגופולים) בשל מיעוט המתחרים וחסימי הכניסה הגבוהים לענף, ושכתוצאה ממנו נפגעים הצרכנים ונפגע המשק". כוח שוק זה, המבוסס על מה שקרוי בספרות הכלכלית "התאמה אוליגופוליסטית", נוצר כאשר כמה גופים עסקיים הנוהגים יחד כקבוצה למרות היעדר קשרי בעלות משמעותיים ביניהם, מאמצים התנהגות מקבילה היוצרת סטטוס קוו על-תחרותי. כוח שוק זה פוגע בעיקר בכלכלות קטנות דוגמת ישראל.² עד להוספת פרק קבוצת הריכוז היה כוח זה אחת מחולשותיו של חוק ההגבלים העסקיים. הניסיון להסדיר קבוצות ריכוז ואת תופעת ההתאמה האוליגופוליסטית שבבסיסן דרך דיני ההגבלים העסקיים אינו חדש. כפי שיפורט להלן, עד לשינוי החוק נעשתה האסדרה דרך דיני המיזוגים או דיני המונופולין, כפי שמקובל גם במדינות אחרות ברחבי העולם.³ דיני המיזוגים מתחשבים, בעת בחינת השפעתו של המיזוג, בשאלה אם המיזוג עלול ליצור, או לחזק, התאמה אוליגופוליסטית אשר תפגע ברווחה החברתית. עם זאת כלי רגולטורי זה חל רק מקום שבו חברות בשוק מבקשות לשנות את מבנה השוק בדרך של מיזוג. דיני המונופולין הוחלו גם על כוח שוק רב של קבוצת חברות ואפשרו לאסור על ניצולו לרעה של כוח זה. אולם כלי אסדרתי זה לא היה יעיל וכמעט מעולם לא הופעל.

- 1 פרק 11 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק ההגבלים העסקיים או החוק).
- 2 דברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 12), התשע"א-2011, ה"ח הממשלה 264; מיכל (שיצר) גל "מהו הסדר?" **עיוני משפט** כט 591 (2006) (להלן: **מהו הסדר?**).
- 3 לסקירה של הדין האירופי, האמריקני והאנגלי החל בסוגיה ראו: תת-פרק ה.3. להלן.

פרק קבוצת הריכוז מנסה לפתור חלק מהקשיים שהתעוררו במסגרת אסדרה זו. לשם כך הוא הולך כמה צעדים רחוק משהולכים כלי האסדרה ההגבליים הקיימים במרבית העולם. ראשית, הוא מתייחס מפורשות לסמכות האסדרה של קבוצת ריכוז לא רק כחלק מכלים הגבליים אחרים. שינוי זה מאפשר התאמת הכלי הרגולטורי לבעיה הכלכלית. שנית, סמכות האסדרה הקבועה בפרק 17 היא רגולטורית באופייה, במובן הצר של המילה. בכך מרחיב חוק ההגבלים את סמכויותיו של הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן: "הממונה").⁴ זהו ביטוי נוסף למגמה עכשווית המעניקה לממונה סמכויות נרחבות יותר, הבאה לידי ביטוי גם בסמכות שהוענקה לו לעשות מחקרי שוק גם מקום שלא הייתה בו הפרה הגבלית⁵ וכן בסמכויות שהוענקו לו בחוק הריכוזיות ובחוק המזון.⁶

קביעת גבולותיו של פרק קבוצת הריכוז מעלה שאלות מרתקות וחשובות, שלחלקן השלכות החורגות מגדרו של כלי אסדרתי זה, אשר טרם הועלו ולובנו בפסיקה או בכתיבה האקדמית. אחת השאלות העיקריות עניינה קביעת גבולותיו של הכלי האסדרתי לאור מטרתו: האם נועד הוא לטפל אך ורק בבעיית ההתאמה האוליגופוליסטית או בכל הכשלים התחרותיים שיכולים לעלות בשוק אוליגופוליסטי, לרבות כוח שוק יוניטלרי של אחת החברות? כפי שנראה, פרשנות לאור ההיסטוריה החקיקתית מראה שפרק זה נועד לטפל ביעילות רבה מבעבר בבעיית ההתאמה האוליגופוליסטית. כן נראה שחלק מניסיונות הממונה להחיל פרק זה עד עתה אינם עולים בקנה אחד עם תכלית זו. שאלה חשובה נוספת נוגעת להיקף הראוי של השימוש בסמכויות האסדרה בפועל. שאלה זו תיבחן בין היתר לפי שיקולים של יצירת ודאות, פגיעה אפשרית בתמריצי השקעה וחדשנות, כלכלה פוליטית ויחסים בין רגולטורים.

מפת הדרכים של מאמר זה היא כדלקמן: חלקו הראשון של המאמר יתמקד בתופעה הכלכלית של קבוצת ריכוז ובהתאמה האוליגופוליסטית שבבסיסה, המהוות בסיס להבנת ההצדקה שבבסיס החוק, לניתוחו ולקביעת גבולותיו. כמו כן יעמוד חלק זה על ההבדל בין התאמה לבין תיאום בהוראות חוק ההגבלים העסקיים. חלקו השני של המאמר יתמקד באסדרה המשפטית. במסגרת זו נבחן, בין היתר, את האסדרה שקדמה לפרק 17 ואת האסדרה הנוהגת ברחבי העולם וכן את החידוש הגלום בפרק 17 לאור כלים אלו. כן

4 לממונה סמכות ליתן הוראות לבעל מונופולין גם לפי הוראות סעיף 30 לחוק ההגבלים מקום שבו "כתוצאה מקיומו של מונופולין או מהתנהגותו של בעל מונופולין, נפגעת התחרות בעסקים או נפגע הציבור". אולם גם סמכות אסדרתית זו חריגה בחוקי ההגבלים, וחשוב מכך – היא לרוב מפורשת באופן המונע ניצול כוח מונופוליסטי לרעה ולא בדרך המאפשרת אסדרה ממניעים רחבים יותר.

5 סעיף 44 לחוק ההגבלים העסקיים, אשר הוסף במסגרת הצעת חוק לשינוי חברתי-כלכלי (תיקוני חקיקה) (הגברת התחרות), התשע"ב–2012.

6 חוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ד–2013; חוק קידום התחרות בענף המזון, התשע"ד–2014.

נתח את התנאים שקבועים בחוק לתחולתו של כלי אסדרתי זה, כמו גם את כלי האכיפה שבו. הניתוח יבקש לבחון את הפרשנות הראויה לאור מטרת החוק. לאחר מכן בוחן המאמר אם נעשה שימוש ראוי ומושכל בכלי האסדרה בשלושת המקרים שבהם החיל אותו הממונה. חלקו האחרון של הניתוח בוחן אם הדין המצוי הוא גם הדין הרצוי. ניתוח זה יתמקד בין היתר במיהות הגוף האוכף, בסמכויות האסדרה ובכלי האכיפה.

ב. קבוצת ריכוז, התאמה אוליגופוליסטית והשלכותיהן הכלכליות⁷

פרק 17 עוסק, כפי שמעיד עליו שמו, באסדרה של "קבוצת ריכוז". זהו מונח כלכלי, המתאר מצב שוקי אשר בבסיסו התופעה הכלכלית של אוליגופול, המאופיין בהתאמה אוליגופוליסטית. לפיכך פרק זה מתמקד בהגדרת אוליגופול ובהתאמה אוליגופוליסטית, בתנאים להיווצרותם ובהשלכותיהם הכלכליות.

1. אוליגופול והתאמה אוליגופוליסטית

אוליגופול משמעו בלטינית "מוכרים בודדים". שווקים אוליגופוליסטיים הם שווקים המתאפיינים במיעוט מתחרים בעלי נתחי שוק נרחבים ובחסמי כניסה גבוהים. המאפיין הכלכלי העיקרי של שווקים אוליגופוליסטיים הוא התלות ההדדית בין הפועלים בו: החלטותיה של כל שחקנית בשוק משפיעות מיד על יתר השחקניות. לפיכך כל שחקנית מקבלת את החלטותיה העסקיות בהתחשבות בתגובתן הצפויה של מתחרותיה. מאפיין זה גורם שפעמים רבות קיימת בין המתחרות הפוטנציאליות בשוק אוליגופוליסטי תחרות מועטה, אם בכלל, הנגזרת מההכרה של כל אחת מהשחקניות בשוק בקיומו של אינטרס משותף לשמירה על סטטוס קוו של מחיר, כמות, איכות או פרמטרים עסקיים אחרים הממקסמים את רווחיהן המשותפים.⁸ בשוק תחרותי כל חברה אשר תעלה מחיר מעל המחיר התחרותי צפויה לעמוד בפני אבדן חלק ניכר מקהל לקוחותיה. לעומת זאת בשוק אוליגופוליסטי חברה המעוניינת להעלות את מחירה תכלול במסגרת שיקוליה את

7 חלק זה מבוסס, בחלקו, על מיכל (שיצר) גל, אמיר ישראלי ומנחם פרלמן "הסדרים כובלים – יסודות האיסור" **ניתוח משפטי וכלכלי** 193 (2007) (להלן: **הסדרים כובלים**). וכן על מיכל (שיצר) גל, מנחם פרלמן וטליה סלומון "הכרזה על קבוצת ריכוז – פיתרון חלקי לבעיית ההתאמה האוליגופוליסטית?" **משפטים** לו 13 (2006). הבסיס הכלכלי הנסקר בכתיבה זו דומה לזה הנסקר כאן, אולם האסדרה המבוססת עליו שונה.

8 Carl Shapiro, *Theories of Oligopoly Behavior*, in HANDBOOK OF INDUSTRIAL ORGANIZATION vol. I 329 (Richard Schmalensee and Robert D. Willig eds., 1989); MICHAL S. GAL, COMPETITION POLICY FOR SMALL MARKET ECONOMIES 156–166 (2003).

האפשרות כי גם מתחרותיה יבינו כי קיים אינטרס משותף לכלל המתחרות בהעלאת המחיר. המתחרות מודעות היטב לכך שאם הן לא תעלינה מחירים, החברה שהעלתה את מחיריה תורידם במהרה לרמתם הקודמת. לעומת זאת אם תלכנה בעקבותיה, כולן תיהינה מרווחים גבוהים יותר. כפי שציינ 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 תגרור אחריה הפחתת מחיר על ידי המתחרים האחרים, דבר שיביא להקטנת הרווח של כל המתחרים, בלא לשנות את חלקו בשוק של מי מהם.⁹

על כן גם ללא תקשורת ישירה ותיאום מקדים חברות בשוק אוליגופוליסטי יכולות להפחית את התחרות ביניהן בדרך של התאמה הדדית. התנהגות זו, המתרחשת מקום שבו כל חברה מקבלת את החלטותיה בעצמה אך בד בבד מביאה במכלול שיקוליה את תגובתן הצפויה של מתחרותיה לפעולה זו, מכונה התאמה אוליגופוליסטית. הגדרה זו אומצה בידי השופט רובינשטיין בפסק דין וול:¹⁰

התאמה אוליגופוליסטית... הוגדרה בפסיקה ובספרות כהתנהגות מקבילה או חקינית של מתחרים, הקובעים את מדיניותם העסקית תוך הבאה בחשבון של תגובתם הצפויה של מתחריהם והעתקתה, אך מבלי שתואם וסוכם על כך ביניהם ומבלי שהם מתערבים בתנאי השוק, אלא אך מגיבים עליהם. התנהגות זו מאפיינת שווקים ריכוזיים... אשר נשלטים על ידי מספר חברות מצומצם.

לשם המחשה נשתמש בדוגמה ההיפותטית הזאת:¹¹ שתי תחנות דלק ממוקמות זו מול זו, משני עבריו של כביש ארוך ללא גדר הפרדה. תחנות דלק נוספות מצויות במרחק רב מהן, והן אינן מוצר חלופי בעיני הצרכנים. שתי התחנות מעניקות שירות זהה, ועל כן החלטתו של הצרכן לתדלק בתחנה אחת ולא ברעותה אינה מושפעת מפרמטר זה. משך זמן רב מחיר הדלק בשתי התחנות היה זהה וקרוב למחיר התחרותי. לפיכך השיקול היחיד אשר השפיע על הנהגים באיזו תחנה לתדלק היה כיוון נסיעתם. יום אחד בעלת אחת מתחנות הדלק מחליטה להעלות את מחיר הדלק בעשר אגורות לליטר. זו החלטה עסקית, שאין בסיסה בהסכמה מוקדמת בין החברות. בעלת תחנת הדלק שמעבר לכביש

9 ה"ע (הגבלים י-ם) 469/98 דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' תחנת דלק באר יעקב, פס' 132 לפסק דינו של השופט עדיאל (2001).
10 ע"פ 2560/08 מדינת ישראל נ' וול, פס' קד לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (פורסם בנבו, 6.7.2009).
11 הדוגמה לקוחה ממהו הסדר?, לעיל ה"ש 2.

רואה את השלט הגדול ועליו המחיר החדש. עומדות בפניה שתי אפשרויות עיקריות: להשאיר את מחיר הדלק על כנו או להעלותו בשיעור שהעלתה אותו יריבתה. ברור לה כי אם לא תתאים את המחיר לזה של יריבתה, תוריד היריבה את המחיר ותחזור למחיר הקודם. שאם לא כן, יעברו כל הנהגים לתדלק בתחנה בעלת המחיר הנמוך, והעלאת המחיר לא תהיה רווחית עבורה.¹² על כן אימוץ אסטרטגיה זאת נכונה מבחינתה של תחנת הדלק השנייה אם הרווחים הזמניים מהסטת כל השוק אליה, עד שהתחנה הראשונה תוריד שוב את המחיר, גדולים מהפוטנציאל לרווח עתידי. האפשרות השנייה העומדת בפני התחנה השנייה היא להעלות את המחיר באותו שיעור. במקרה זה הסטטוס קוו ביניהן יישאר על כנו, אך שתיהן ייהנו מרווחים גבוהים יותר, בהנחה שתנאי הביקוש בשוק הם כאלה שהחברות לא יאבדו במחיר הגבוה מספר רב של צרכנים עד כי העלאת המחיר לא תהיה רווחית עבורן. למעשה, גם תחנת הדלק הראשונה הביאה בחשבון שיקולים אלו של יריבתה, ויש להניח כי לא הייתה מעלה את המחיר מלכתחילה אילולא ידעה כי ליריבתה יש אינטרס עסקי מובהק ללכת בעקבותיה.¹³ אם היא סבורה שהמחיר גבוה מדי או נמוך מדי, היא יכולה לקבוע מחיר אחר, וכך הלאה, עד שהשוק יתייצב על סטטוס קוו שנוח לשתי התחנות.

בשל תנאי שוק הדלק שתוארו לעיל, שבו המחיר מפורסם כשהוא ברור וגלוי לכול, המוצר הוא אחיד, והתחנות סמוכות זו לזו, על כל אחת מחברות הדלק להביא במכלול שיקוליה העסקיים את תגובתה הצפויה של יריבתה. כל חברה פועלת באופן עצמאי במובן זה שהיא איננה מתייעצת עם האחרת, אך החלטתה תלויה באחרת במובן זה שהיא מסתמכת בפעולתה על התנהגותה הצפויה של האחרת.¹⁴

הסכנה לרווחת הציבור הטמונה בהתאמה אוליגופוליסטית מצויה באפשרותה ליצור כוח שוק משותף לחברות הפועלות בשוק. התאמה אוליגופוליסטית מפחיתה את התחרות, לעתים עד להיעדרה. אכן, רמת המחיר בשוק אוליגופוליסטי עשויה לעלות אף למחיר שאותו היה קובע מונופולין. גם יתר פגעי כוח השוק עלולים להתממש, לרבות הורדת איכות המוצרים או השירותים. הורדה זו יכולה להיות מכוונת – תוצאת ההתאמה בין החברות – או תוצאת לוואי של העובדה שההתאמה בין חברות קבוצת הריכוז והעובדה שהשוק מוגן בחסמי כניסה גבוהים מאפשרות לחברות בה לקפוא על שמריהן ובכך לפגוע במגוון המוצר והשירות המסופקים ובהתפתחותם. זאת כיוון ששניים מהתמריצים החזקים ביותר של חברות להתייעל ולהתפתח – חשש מכניסת מתחרים חדשים וחשש מתחרות דינמית עם החברות הפועלות בשוק – נחלשים במידה רבה. החשש לפגיעה ביעילותו הדינמית של השוק מתחזק כשההתאמה האוליגופוליסטית

12 בהנחה שיריבתה יכולה לעמוד בביקוש המוגדל.

13 ראו לדוגמה ANATOL RAPOPORT, TWO-PERSON GAME THEORY: THE ESSENTIAL IDEAS (1966) 127.

14 .PHILLIP AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, ANTITRUST LAW Vol. VI 286 (2003).

מובילה ל"הדרה מקבילה", כאשר השחקניות בשוק חוסמות כניסה לשוק של מתחרה פוטנציאלי או מאטות אותה.¹⁵ על כן התאמה אוליגופוליסטית עשויה להיות בעלת תוצאות כלכליות מרחיקות לכת על הרווחה החברתית, כפי שפורט בהצעת החוק:¹⁶

בשווקים אוליגופוליים נקבע מחיר אספקה גבוה יותר או נקבעים כמות, מגוון ואיכות ירודים יותר. הנוקים של כשל תחרותי זה לציבור הרחב ולמשק המדינה כבדים ומגוונים, וביניהם הקצאה לא יעילה של גורמי הייצור במשק, פגיעה במחקר, בפיתוח ובאימוץ של טכנולוגיות חדשות, ועיוות של הקצאת המקורות בציבור תוך הגדלת עושרם של מעטים על חשבון הציבור הרחב.

עם זאת חשוב להדגיש שבניגוד למונופולין או לתחרות מושלמת, תורת הכלכלה איננה יוצרת מודל יחיד של התנהגות בשוק אוליגופוליסטי, והתוצאה תלויה בתנאי השוק הקיימים ובאופיין של החברות הפועלות בו. בה בעת תורת הכלכלה מלמדת שבשווקים אוליגופוליסטיים קיימת נטייה להתנהגות מותאמת אשר מימשה, הלכה למעשה, תלוי בתנאי השוק הספציפיים. בתנאים אלו יתמקד תת-פרק ב.3 להלן.

2. ההבדל בין התאמה אוליגופוליסטית לבין תיאום

חוק ההגבלים העסקיים מבדיל בין התאמה אוליגופוליסטית לבין תיאום. הבחנה זו חשיבות רבה לה: התאמה אינה נחשבת ל"הסדר" לצורך החוק, ואילו תיאום נכנס בגדר ההגדרה, ולכן עשוי לעלות לכדי "הסדר כובל" אסור.¹⁷ ההבחנה אינה פשוטה: שתי צורות ההתנהגות האמורות מתייחסות לרכיב ההתנהגותי-העובדתי של חברות הפועלות בשוק; שתיהן מתייחסות להתנהגות המערבת יותר מצד אחד; שתיהן מתייחסות להתנהגות המביאה בחשבון את תגובתם של יתר השחקנים בשוק, שמטרתה למקסם את הרווח של כל אחת מהחברות; שתיהן מובילות להתנהגות מקבילה של חברות בשוק. אולם לעומת התאמה אוליגופוליסטית, המערבת התנהגות יונילטרלית (להבדיל מהתנהגות משותפת) של כל חברה בעצמה, המחליטה כיצד לפעול בהביאה בחשבון מגוון שיקוליה את תגובתן הצפויה של מתחרותיה, תיאום מחייב הסכמה מתואמת מראש בין כמה שחקניות בשוק על (חלק מ)תנאי המסחר בדרך המשנה את התנהגותן מרגע תחולת ההסדר ואילך, על בסיס התחייבות יתר החברות לפעול כמותן. קרטל בין חברות

15 Michal S. Gal, *Reducing Rivals' Prices: Government-Supported Mavericks as New solutions for Oligopoly Pricing*, 7 STAN. J.L. BUS. & FIN. 73 (2001)

16 הצעת החוק, לעיל ה"ש 2 ראו עניין וול, לעיל ה"ש 10, פס' קה: "פגיעתה הרעה של התאמה אוליגופוליסטית בתחרות החופשית ובציבור הצרכנים הוכרה זה מכבר".

17 מהו הסדר?, לעיל ה"ש 2; עניין וול, לעיל ה"ש 10.

המחליטות להעלות בצורה מתואמת את מחיריהן או להגביל את איכות מוצריהן או את תנאי השירות שהן מציעות, הוא דוגמה לתיאום כאמור.

לא כאן המקום לפרט בהרחבה את קו הגבול בין השניים, אך נציין שבפסק דין וול קבע בית המשפט העליון את המבחן המשמש להבחנה בין תיאום להתאמה.¹⁸ המבחן הוא אם ההתנהגות הדומה נגזרת ממבנה השוק בלבד, או שמא ננקטו פעולות ההולכות מעבר לזה המסייעות לחברות להגיע להבנה שאלמלא כן לא הייתה נרקמת או שהייתה יציבה פחות (להלן: "מבחן הגורם המצרפי"). מבחן הגורם המצרפי כולל שני מבחני עזר חלופיים להוכחת קיומו של הסדר. הראשון הוא מבחן הגורם המצרפי השלילי, הקרוי גם מבחן תנאי השוק, המסיק קיומו של הסדר על דרך השלילה: בהיעדר ראיות ישירות לפעולות ההולכות צעד אחד נוסף מעבר להתאמה אוליגופוליסטית, יש לבחון אם בתנאי השוק הקיימים סביר להניח כי הצדדים יכלו לנקוט כולם בהתנהגות מקבילה הממקסמת את רווחיהם ללא התערבות בתנאי השוק הקיימים ושינוים. אם התשובה היא בשלילה, עסקינן בהסדר. מבחן העזר השני קרוי מבחן הגורם המצרפי החיובי. מבחן זה מוכיח את קיומו של הסדר על דרך החיוב: הוא בוחן אם קיימת ראייה להתנהגות נוספת של הצדדים, מלבד אותה התנהגות המקבילה שנוקטים כולם, המוכיחה פוזיטיבית קיומה של התנהגות נמנעת ומודעת אשר מקלה את ההתנהגות כאמור ומעלה את הסבירות ואת הקלות להגיע אליה, מלבד תנאי השוק הקיימים. למשל, מנגנון אכיפה של קרטל הוא גורם מצרפי חיובי כאמור. על דרך השלילה, מקום שאין מתמלא מבחן הגורם המצרפי, עסקינן בהתאמה אוליגופוליסטית. התאמה זו אינה נתפסת באיסור על הסדר כובל.

3. התנאים הכלכליים להתאמה אוליגופוליסטית

(א) שלושת התנאים לנקיטת אותה התנהגות מקבילה

הכלכלן, חתן פרס נובל ג'ורג' סטיגלר,¹⁹ קבע שלושה תנאים שנדרשים לתיאום או התאמה:²⁰ ראשית, על החברות "להסכים" על תנאי התיאום או ההתאמה; שנית, יצירת מנגנון לגילוי סטייה מתנאים אלו; שלישית, הענשה על סטייה כאמור. התנאי הראשון נדרש כי בלעדיו תיתכן שונות בין החברות במחיר, בתכונותיהם של המוצרים, בתנאי ההספקה וכדומה, אשר עשויה ליצור תחרות. בשוק אוליגופוליסטי ההסכמה איננה חייבת להיות מפורשת. בשל מיעוט המתחרים, פעולתו של כל אחד מהם עשויה להניע פעולה מקבילה על ידי כל יתר המתחרים אם היא מביאה להגדלת רווחיותם. למשל, העלאת מחיר בידי אחד המתחרים אשר תשנה את הסטטוס קוו ותגדיל את רווחי הקבוצה

18. שם. פסק הדין מפנה ומבוסס על המאמר **מהו הסדר?**, לעיל ה"ש 2.

19. George J. Stigler, *A Theory of Oligopoly*, 44 J. POL. ECON. 72 (1964).

20. ראו גם **הסדרים כובלים**, לעיל ה"ש 7 וכן: **מהו הסדר?**, לעיל ה"ש 2.

כולה אם כולם יצטרפו לה, יכולה לגרור אחריה אותה העלאה מקבילה של מחירים בידי כל המתחרים המודעים להשפעת העלאת המחירים עליהם. על מנת שתנאי זה יתמלא, על כל אחד מהמתחרים ליהנות מההתאמה, שאם לא כן הוא לא יפעל כך.

שני התנאים הנוספים מטרתם להבטיח כי לכל חברה יהיה תמריץ חזק שלא לסטות מההתאמה האמורה. היות שכל חברה מפעילה שיקול דעת עצמאי, יש צורך כי הסטטוס קוו ימקסם את רווחיה לעומת מצבים אחרים אפשריים בתנאי השוק הקיימים. ההסכם יוצר שיווי משקל לא יציב אינהרנטית, שכן כל חברה שוקלת בכל רגע נתון את העובדה כי אם תסטה מהסטטוס קוו ותוריד מחירים, ולו במעט, יגדל נתח השוק שלה על חשבון מתחרותיה. על כן התנאי השני הוא זיהוי סטייה מההסכמה, והתנאי השלישי הוא שסטייה מההסכמה תלווה בענישה אשר תוריד את רווחיה של החברה אל מתחת לרווחים שהייתה גורפת אלמלא הייתה סוטה מההסדר. למשל, אם ההסכמה נוגעת לחלוקת שוק גאוגרפית, וחברה אחת מכרה בפלח שוק שאינו בתחומה, יכולות יתר החברות למכור כמויות גדולות באותו פלח שוק גאוגרפי שבו פועלת החברה שסטתה מההסכמה, על מנת להוריד את המחיר בפלח שוק זה ולפגוע ברווחיה של החברה שסטתה.

נתמקד בתנאי השלישי. תמריציה של חברה לסטות מהסטטוס קוו מבוססים על ניתוח דינמי וארוך טווח. לפיכך כל חברה תשקול לא רק את התוצאה המידית של חיתוך מחיר, דהיינו גידול במספר הלקוחות, כי אם גם את תגובתן הצפויה של מתחרותיה ואת הקטנת רווחיה בעקבות תגובה זו. נניח למשל כי העונש על גילוי סטייה הוא מלחמת מחירים. מלחמת מחירים עשויה להפחית את הכדאיות שבסטייה, אולם תוצאה זו מותנית במשכה ובאמינותה. על מנת שהאיום יהיה ממשי, על שאר החברות להיות בעלות יכולת להגדיל את כושר הייצור שלהן מיד על מנת להגדיל את הכמות בשוק ובדרך זו להוריד את מחיריהן. בנוסף, אסטרטגיה זו תהיה אמינה רק אם כדאי לשאר החברות לפתוח במלחמת מחירים במקום פשוט לאפשר לחברה הסוטה להמשיך ולייצר יותר.²¹ יש אסטרטגיות שונות שחברות יכולות לאמץ על מנת להגביר את אמינות ההענשה. למשל, הן יכולות לכלול בחוזהן התחייבות לדרוש את המחיר הנמוך ביותר הקיים בשוק ובדרך זו להתחייב למעשה להעניש מתחרה אשר יסטה מהמחיר המוסכם. כך, גם הגדלת כושר הייצור ללא הגדלת הייצור בפועל יכולה לאותת למתחרים בשוק על העונש הצפוי מסטייה מההתאמה אוליגופוליסטית (כמו גם מהסדר מפורש). בבסיס פעולות אלו קיים פרדוקס: פעולה אשר תאפשר לחברה – או תחייבה במצבים מסוימים – להתחרות ביתר שאת, עשויה למעשה לחזק את ההתנהגות המתואמת או המותאמת ביצירת אמינות רבה יותר להענשת הסוטה.

J.B. Baker, *Two Sherman Act Section 1 Dilemmas: Parallel Pricing, the Oligopoly Problem, and Contemporary Economic Theory*, 38 ANTITRUST BULL. 143 (1993) 21

(ב) תנאי שוק המגבירים את התקיימות התנאים לתיאום או להתאמה

ככל שמספר גדול יותר של תנאים אלו מתקיים, כך יהיה השוק מועד יותר לתיאום או להתאמה אוליגופוליסטית. ניתן לחלק תנאים אלו לארבע קטגוריות עיקריות: תנאים הנוגעים למבנה השוק (מידת הריכוזיות, גובה חסמי הכניסה, מספר המתחרים בשוק); טבעו של המוצר או השירות הרלוונטי (מידת ההומוגניות של המוצר ושל עלויות הייצור של החברות השונות); טבען של המכירות (חד-פעמיות או נמשכות, שקיפות המחירים, גודלן של הלקוחות); ה"אישיות" של החברות (מידת האגרסיביות בניהול, חשיבותם של הישגים לטווח קצר לעומת טווח ארוך). להלן יפורטו כמה מהתנאים הרלוונטיים והשכיחים להקלת היווצרותה והמשך קיומה של התאמה אוליגופוליסטית:²²

1. **חסמי כניסה גבוהים לשוק** – הם התנאי העיקרי לקיומו של שוק ממועט מתחרים מלכתחילה.²³ חסמי הכניסה עשויים להיות גאוגרפיים (כלכלת אי), רגולטוריים (היתרים וזיכיונות), מלאכותיים (חוזים ארוכי טווח כחסמי כניסה) וכלכליים (השקעה כספית ניכרת, יתרון לגודל). בהיעדר חסמי כניסה גבוהים, הרווחים העל-תחרותיים של המתחרים יתמרצו מתחרים חדשים להיכנס לשוק. כניסת מתחרים נוספים תוביל לשחיקה ברווחיות ההתאמה האוליגופוליסטית ועל כן תוריד את התמריץ לנקוט אותה מלכתחילה.

2. **מספר קטן של מתחרים** – מקל התאמה כיוון שקל יותר להגיע להסכמה או לזהות סטייה ממנה.

3. **הומוגניות של החברות** – הומוגניות של חברות מתייחסת בעיקר לעלויות, לנתחי שוק ולכושר הייצור. ככל שהדמיון בין השחקנים רב יותר בפרמטרים אלו, קל יותר למצוא את נקודת שיווי המשקל שעליה יסכימו שתמקסם את רווחיהם.²⁴ הומוגניות החברות גם מצמצמת את האפשרות שחברות בעלות עלויות ייצור נמוכות במיוחד יפעלו בשוק, ועל כן יהיה קשה יותר להגיע להסכמה על תנאים שימקסמו את רווחיהן של כלל החברות הפועלות בשוק. זאת ועוד: קשה להעניש חברות אלו בשל סטייה באמצעות מלחמת מחירים היות שעלויות הייצור שלהן נמוכות. הומוגניות בנתחי השוק עשויה להעיד בעקיפין כי החברות הומוגניות מבחינת עלויותיהן וכושר הייצור שלהן כיוון שאם

22 הניתוח מתבסס על: Marc Ivaldi et. al., *The Economics of Tacit Collusion*, FINAL REPORT FOR DG COMPETITION, EC (2003) available at http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf Sigrid Stroux, US and EC Oligopoly Control (2004); Patrick Rey, *Collective Dominance and the Telecommunication Industry*, in THE ECONOMICS OF ANTITRUST AND REGULATION IN TELECOMMUNICATION MARKETS 91, 91–102 (Pierre A. Buigues and Patrick Rey eds., 2004).

23 שם.

24 שם.

אחת הייתה יעילה מחברותיה במידה ניכרת, סביר יעילותה הייתה מתבטאת בנתח השוק שלה.

4. **הומוגניות במוצר** מתקיימת כאשר הצרכן אדיש למוצר בעל מאפיינים פונקציונליים דומים (דוגמת סוכר או דלק) המסופק בידי כמה מתחרים בעת ובעונה אחת. הומוגניות במוצר מאפשרת זיהוי טוב יותר של סטייה של שחקן מהתנאים המוסכמים.²⁵ כן היא מאפשרת הענשה קלה יותר, כיוון שאין "צרכני נישה" המעדיפים מוצר אחד בשוק על פני אחר גם אם התנאים לרכישתו של האחר מעט טובים יותר. עם זאת לעתים יהיה קל יותר לנקוט התאמה אוליגופוליסטית דווקא במעין חלוקת שוק אנכית (סוגי מוצר שונים, מותגים שונים, רמות איכות שונות), כאשר כל חברה שומרת את הנישה שלה מבלי לחדור לזו של חברתה, ויחד הן מציעות כמות מספקת מזו הנדרשת בשוק כדי שלמתחרה חדש יהיה קשה להיכנס.

5. **שקיפות העסקאות בשוק** – ככל שזיהוי סטייה מתנאי ההתאמה יהיה מהיר יותר, הענישה עשויה להיות אפקטיבית יותר. לכן שקיפות בשוק המאפשרת למתחרים להשיג מידע בתוך פרק זמן קצר בנוגע למחירים ולכמויות שנוקבים מתחריהם בעסקאות קונקרטיים, תזרוז את זיהוי הסטייה מהסכמות. בנוסף, שקיפות מאפשרת הגעה מהירה וטובה יותר להסכמות. מנגד, שקיפות מורידה את חסמי הכניסה לשוק: היא מקטינה את אי-הוודאות ואת מידת הסיכון שחברה חדשה המעוניינת להיכנס לשוק תחשוף עצמה אליה.²⁶

6. **ביקוש יציב** – כאשר הביקוש יציב על פני זמן, מתחרה שמגלה שמכירותיו קטנו במידה ניכרת יוכל לייחס עובדה זו לסטייה של המתחרים מההתאמה. 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. לפיכך מוצר שהביקוש לו משתנה בשל תנאים חיצוניים מקשה זיהוי סטייה. זאת ועוד: בשוק בנסיגה ("Declining Market"), שבו קיימת ירידה ניכרת בביקוש, ייחסו המתחרים לרווחים המידיים משקל גדול מזה שייחסו להפסדים העתידיים. מאחר שהבסיס ליציבות ההתאמה הוא הציפייה לרווחים העתידיים והחשש מפני ענישה בעתיד, יהיה קשה יותר בשווקים כאלה לקיים התאמה כאמור. גם ביקוש למוצר אשר גדל במידה ניכרת עשוי להוות תמריץ לשחקן לסטות מהמוסכם, מפני שרווחיו בטווח הקצר יכולים להיות גבוהים מהנזק שייגרם לו מהסטייה בטווח הארוך.

7. **משחק רב-פעמי** – כאשר השוק מאופיין במספר גדול של עסקאות שכיחות וחוזרות, קל יותר למתחרים להעניש על סטייה. לעומת זאת כאשר השוק מאופיין בעסקאות גדולות המתרחשות לעתים רחוקות, יהיה קשה יותר להעניש בגינה. בנוסף, במשחק רב-פעמי התמריץ לסטות מההסכמה קטן מפני שההכנסה מכל עסקה נמוכה

25 הצעת החוק, לעיל ה"ש 2, בעמ' 267.

26 שם, בעמ' 268 וכן: GAL, לעיל ה"ש 8, בעמ' 166–167.

יחסית. לכן התמריץ לסטות מההסכמה קטן כיוון שהרווח הצפוי יכול להיות נמוך מהסנקציה שבעקבות הסטייה.²⁷

8. **עודף כושר ייצור בידי פירמות** – עודף כושר הייצור יאפשר לפירמות להגדיל את הכמות שהן מייצרות בתקופת זמן קצרה. יכולת זו מאפשרת לפתוח ב"מלחמת מחירים" ולהעניש את מי שסוטה מההתאמה סטייה ניכרת, ולכן היא יוצרת תמריץ חזק יותר שלא לסטות מההסכמה.

9. **פעילות מקבילה בכמה שווקים בעת ובעונה אחת (Multi Market Contact)** – כאשר אותן חברות פועלות בכמה שווקים בעת ובעונה אחת, יכול מתחרה לבחור לקיים את הענישה בשוק או בשווקים שבהם היא תכאיב במיוחד למתחרה שסטה מההתאמה. נדגיש שוב: בתנאים המפורטים לעיל יש כדי להקל היווצרותה או קיומה של התאמה אוליגופוליסטית. אולם אין בקיומם כשלעצמו כדי להעיד על קיומה של התאמה כאמור. לשם כך יש להוכיח שהתנאים האמורים אכן השפיעו על התנהגות החברות בדרך אשר מפחיתה את התחרות ביניהן במידה ניכרת כיוון שגם בשווקים ריכוזיים המאופיינים ברבים מהתנאים המפורטים לעיל תיתכן תחרות ערה. כן יודגש שאין מדובר בתנאים הנדרשים כולם או (בהכרח) רובם אלא בתנאים המקלים את היווצרות שיווי המשקל, וכך גם שוק שמתקיימים בו מעט מהתנאים עשוי להתאפיין בשיווי משקל המבוסס על התאמה אוליגופוליסטית.

נוסף על קיום תנאי השוק המפורטים לעיל, החברות בשוק יכולות להקל על קיומה של התאמה אוליגופוליסטית בנקיטת הסדרים מקלים. הסדרים מקלים הם כאלה המסייעים ביציבות מחירים ותנאי עסקה בשוק אוליגופוליסטי, ועל כן עלולים הם למנוע תחרות או לפגוע ברמת התחרות בשוק או להנמיכה. עסקינן בפעולות רצוניות ונמנעות ההולכות צעד אחד מעבר להתאמה המבוססת על תנאי השוק הקיימים בלבד. המלומד Salop הבחין בין שני סוגים של הסדרים מקלים: הסדרים לחילופי אינפורמציה ומנגנונים לאסדרת תמריצים (Incentive Management Devices). למשל, פרסום הודעה של מתחרה בשוק לכלל הצרכנים הפוטנציאליים שלפיו הוא יעניק לצרכן את המחיר הנמוך ביותר שמציעים מתחריו מפחית את התמריץ של מתחריו להפחית את מחיריהם מלכתחילה. קיומם של הסדרים מקלים בשוק הרלוונטי יכול להיות אינדיקציה נוספת להיעדרה – או להגבלתה – של התחרות. בתנאים מסוימים הסדרים מקלים עשויים לעלות לכדי הסדר כובל אסור.²⁸

27 ראו גם סעיף 120 לקביעה לפי סעיף 43(א)(6) לחוק ההגבלים העסקיים, בדבר קיומה של קבוצת ריכוז במתן שירותי פריקה וטעינה של מכולות מקומיות בקווי הובלה ימיים סדירים והוראות לחברי קבוצת ריכוז (2013) (להלן: **קביעת הממונה בעניין הנמל**).

28 ראו למשל רשות ההגבלים העסקיים, טיוטת גילוי דעת בעניין "חשיפת מידע במסגרת בחינת נאותות טרם עסקה בין מתחרים" (2012) www.antitrust.gov.il/subject/151/item/26720.aspx.

4. חשיבות האסדרה של התאמה אוליגופוליסטית בישראל

התאמה אוליגופוליסטית – הגם שהיא קיימת בכל הכללות – שכיחה בכלכלות קטנות דוגמת ישראל אף יותר, ועל כן חשיבות אסדרתה גדולה יותר. התאמה אוליגופוליסטית שכיחה בישראל מכמה סיבות עיקריות:²⁹ ראשית, מספר הצרכנים בישראל קטן יחסית, ועובדה זו מקטינה את מספר החברות היעילות היכולות לפעול בשווקים ומגבירה את שכיחותם של שווקים מעוטי מתחרים: שנית, ישראל מאופיינת בחסמי כניסה גבוהים לחלק גדול משווקיה, ועובדה זו מקשה על מתחרים חדשים להיכנס ומחזקת את ההתאמה האוליגופוליסטית. למשל, ישראל היא מדינת "אי" אשר אינה מקיימת יחסי מסחר עשירים עם שכנותיה. מרבית הייבוא מגיע ממדינות רחוקות יותר. לכן עלויות הייבוא לישראל גבוהות יחסית, עובדה היוצרת חסם כניסה לפחות לחלק מהיצרנים הזרים. בנוסף, חלק מהשווקים מאופיינים ברגולציה הדוקה או בחסמי כניסה רגולטוריים (דוגמת הדרשה לקבלת אישור ממכון התקנים הישראלי הגם שהמוצר המיובא עומד בתקנים בין-לאומיים מחמירים), שהיא חסם גבוה לכניסת שחקנים חדשים או להתרחבות שחקנים קיימים. כן קיימות הגבלות ממשלתיות על ייבוא מוצרים (כגון שוק הבשר) מטעמים לבריאות הציבור. אכן, המשק הישראלי מאופיין בריכוזיות ענפית גבוהה ומתמשכת לאורך זמן בשווקים רבים. שלישית, ישראל מתאפיינת גם בריכוזיות משקית גבוהה: ריכוז כוח כלכלי רב בידי קבוצה מצומצמת. עובדה זו יוצרת חסמי כניסה נוספים לכניסה לחלק משווקיה,³⁰ בין היתר כיוון שפעילותן של קבוצות עסקיות גדולות בכמה שווקים בעת ובעונה אחת יוצרת משחק רב-פעמי כלל משקי של שחקנים חוזרים, כמו גם מקנה יתרון סינרגטי לקבוצות עסקים על פני מתחרותיהן הקטנות, הנובע משילוב פעולות בתוך הקבוצה העסקית.³¹ תנאים אלו יוצרים קרקע פורייה להתפתחותו של משק ריכוזי המאופיין בהתאמה אוליגופוליסטית בשווקים רבים.

5. מה בין התאמה אוליגופוליסטית לקבוצת ריכוז?

מה בין התאמה אוליגופוליסטית לקבוצת ריכוז המצוינת בחוק? בדברי ההסבר להצעת החוק הוגדרה קבוצת ריכוז – "אוליגופול" – דהיינו שוק ממועט מתחרים. זהו התנאי העיקרי התומך בתיאום או התאמה אוליגופוליסטית.³² לשם הוכחת קיומה של קבוצת ריכוז החוק דורש בין היתר הוכחת קיומה של תחרות מועטה בין החברים בקבוצת

29 ראו Gal, לעיל ה"ש 8, פרקים 1 ו-5.

30 פרק ב' להצעת חוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ב–2012.

31 קבוצות עסקים וריכוזיות האשראי בכלכלת ישראל 3, 6–7 (מרכז המחקר והמידע של הכנסת המחלקה לפיקוח תקציבי, בעמ' 3, www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02866.pdf). כן

ראו Michal S. Gal and Thomas Cheng, *Aggregate Concentration Concerns: Competition Law Solutions?* 4 JOURNAL OF ANTITRUST ENFORCEMENT 282 (2016).

32 הצעת החוק, לעיל ה"ש 2.

הריכוז או בענף שבו הקבוצה פועלת, או למצער קיומם של תנאים כלכליים התומכים בתחרות מועטה כאמור.³³ תחרות מועטה היא התוצאה העיקרית של תיאום או התאמה אוליגופוליסטית.³⁴ התנאים הכלכליים המנויים לעיל, המאפשרים את קיומם של שלושת התנאים של סטיגלר, תומכים בשתי צורות התנהגות זו. לפיכך תיאום או התאמה אוליגופוליסטית מובילים ליצירת קבוצת ריכוז כהגדרתה בחוק. אולם כמפורט להלן, תיאום אסור לפי הוראות חוק ההגבלים, והתאמה אוליגופוליסטית הייתה אחת החולשות העיקריות של החוק.

אסדרה של קבוצת ריכוז דרך דיני ההגבלים העסקיים

לאחר בחינת התנאים הכלכליים להיווצרות תחרות מועטה בשוק אוליגופוליסטי הניתוח להלן מתמקד באסדרה המשפטית במסגרת פרק קבוצת הריכוז. ראשית נבחן את הדין הקודם על מנת להדגיש את הצורך שהתעורר לתיקון החוק. לאחר מכן ננתח את פרק קבוצת הריכוז ונבחן אם הדין המצוי הוא הדין הרצוי.

ג. הדין הקודם

1. אסדרת קבוצת ריכוז דרך דיני המונופולין

פרק קבוצת הריכוז מרחיב הוראה קודמת שהייתה קבועה בפרק המונופולין בחוק ההגבלים העסקיים ובוטלה בד בבד עם הוספת פרק קבוצות הריכוז. פרק המונופולין נועד להסדיר את פעולותיהן של חברות בעלות כוח שוק רב כדי שפעולותיהן לא תפגענה בתחרות, בדרך שתפגע ברווחת הציבור.³⁵ סעיף 26(ד) לחוק ההגבלים קבע חלופה להגדרת מונופולין, שעניינה קבוצת ריכוז, דהיינו קבוצת חברות המחזיקות יחד ביותר מ-50% מהשוק הרלוונטי ושקיימת ביניהן תחרות מועטה בלבד, אם בכלל. סעיף 43(א)(4) לחוק הקנה לממונה סמכות לקבוע כי "קבוצת ריכוז היא בעל מונופולין" ועל פי זה להשית עליה את כל ההוראות והאיסורים החלים על בעל מונופולין.

33 סעיף 31ב לחוק ההגבלים העסקיים. בחוק בנוסחו הקודם הוגדרה קבוצת ריכוז: "ריכוז [של יותר מ-50% מהשוק] בידי שני בני אדם או יותר שאין ביניהם תחרות או קיימת ביניהם תחרות מועטה בלבד...".

34 לחלופין, קבוצת ריכוז יכולה להיות תוצר של קשרי בעלות משותפת היוצרים אינטרס משותף מכוח בעלות ולא דווקא בשל התנהגות אחת לכולן.

35 ראו, למשל סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים.

הממונה השתמש בסמכותו זו רק במקרה אחד – עניין רשת קלאב הוטל.³⁶ שם נקבע כי שש חברות שעסקן בשיווק ובמכירת יחידות נופש מהוות קבוצת ריכוז. בין החברות התקיימה קרבה רבה, מבנית ופרסונלית, הן נשלטו בידי אותם אנשים ושיווקו יחידות נופש האחת עבור חברתה. מסקנת הממונה הייתה כי התחרות בין החברות מועטה, אם בכלל, וכי מדובר בגוף כלכלי אחד, שמטרתו השאת רווחים במשותף, שאינה כהשאת רווחיה של כל חברה בנפרד. בנסיבות אלו, נקבע, החברות מהוות "קבוצת ריכוז" כהגדרתה בחוק. זהו מקרה קיצוני ונדיר, שבו היה ערוב מוחלט בניהול החברות ודמיון מוחלט בזהות האינטרסים שלהם. למעשה, בשל קשרי הבעלות ביניהן ייתכן שהיה ניתן להכריז עליהן גם דרך הגדרה אחרת של בעל מונופולין.³⁷ כן בחן הממונה את האפשרות להכריז על הבנקים הגדולים בתור קבוצת ריכוז, אולם לא השתמש בסמכות ההכרזה.

השימוש המועט שנעשה בסמכות ההכרזה על קבוצת ריכוז כעל מונופולין נבע משתי סיבות עיקריות: הראשונה עניינה קשיי הוכחתה של קבוצת ריכוז. עמימות המושג "תחרות מועטה בין מתחרים" והקושי בכימות רמת התחרות השוררת בשוק הקשו על הממונה לקבוע מתי ניתן להכריז על קבוצת ריכוז, למשל אם תחרות על לקוחות חדשים ללא תחרות על מחיר עומדת בהגדרה, ואם סטיות מחיר קלות עומדות בה.

הבעיה השנייה בדרך אסדרה זו עניינה הסעדים שניתן להשתמש בהם אשר לא תמיד מותאמים לקבוצת ריכוז.³⁸ דוגמה מובהקת לכך היא האיסור על אפליה, הקבוע בסעיף סעיף 29א. סטייה מהתאמה מחייבת אפליה בין צרכנים בין חברי קבוצת הריכוז, אולם אפליה זו הייתה עלולה להפר את האיסור הקבוע בחוק.³⁹ בעייתיות זו אף הייתה עלולה להוביל ליצירת כשל לוגי. איסור אפליה בתוך הקבוצה היה עלול לדרוש תיאום בין החברות בקבוצה על מנת שלא ייכנסו לגדר החזקות של פרק המונופולין, אולם פעולות אלה היו עלולות לעלות לכדי הסדר כובל אסור.⁴⁰ אמנם הממונה היה יכול להשתמש נקודתית בסמכויותיו לפי סעיף 30, אולם ברגע שהכריז על קבוצת ריכוז הייתה פתוחה האפשרות בפני כל אדם שניזוק מקבוצת הריכוז להגיש תביעה פרטית בכל עילה החלה על בעל מונופולין.⁴¹ זאת ועוד, תאורטית הפרת האיסור על ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי יכולה להוות בסיס גם לגיבושה של עברה פלילית⁴² כאשר הפעולה נעשית בכוונה להפחית את התחרות או לפגוע בציבור⁴³ אף שהחברות הפועלות בשוק

36 ראו קביעה לפי סעיף 43(א) לפיה קבוצת ריכוז היא בעל מונופולין – הרשות ההגבלים העסקיים **רשת קלאב הוטל 3014757** (הגבלים עסקיים, 1996).

37 סעיף 26(ד) לחוק ההגבלים העסקיים.

38 סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים.

39 גל, פרלמן וסלומון, לעיל ה"ש 7, בעמ' 40.

40 שם.

41 סעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים.

42 מיכל (שיצר) גל והילה נבו "השפעת תורת ההחלטות על עיצוב כללים משפטיים: מחיר בלתי הוגן כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" **משפטים** מה 277 (2015).

43 סעיף 47(א) לחוק. ראו גם גל ונבו, לעיל ה"ש 42.

אוליגופוליסטי פועלות בדומה לאלה הפועלות בשוק תחרותי – הן מתחשבות בהשפעה המידית שיש להחלטותיהן על השוק. מכאן שקיים קושי ליישב הטלת איסור פלילי המבוסס על ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי לא חוקי על קבוצת ריכוז.⁴⁴ בנוסף, אכיפה פלילית ונזיקית מסיטות את העניין משאלת הסעד אשר יקטין את הפגיעה בציבור לשאלות העוסקות באחריות.⁴⁵ לפיכך התעורר הצורך בארגון כלים נפרד לאסדרת קבוצת ריכוז. בשל קשיים אלו, בעת שהוסף פרק קבוצת הריכוז לחוק, בוטל סעיף 26(ד). בהקשר זה יצוין שבעבר נעשה ניסיון להחיל את דיני המונופולין האמריקניים גם על "מונופול במשותף" (monopoly shared), המתקיים כאשר כמה פירמות נהנות יחדיו ממעמד דומיננטי בשוק, המאופיין במצב של תלות כלשהי ביניהן.⁴⁶ דוקטרינה זו זכתה לתמיכת מלומדים בטענה שכאשר הפירמות הדומיננטיות פועלות יחדיו בצורה אשר לו התבצעה על ידי מונופול הייתה נאסרת, יש להחיל עליהן טיפול משפטי זהה.⁴⁷ אולם הערכאות הנמוכות דחו את הדוקטרינה וקבעו שרק פירמה בודדת יכולה להחזיק בכוח מונופוליסטי.⁴⁸ לעומת זאת דיני המונופולים של הקהילה האירופית אוסרים על ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי "by one or more undertakings of a dominant position"⁴⁹ הגדרה רחבה זו נועדה לכלול בגדרה גם מצבים של שליטה משותפת בשוק, בדומה לקבוצת ריכוז. התנאים הנדרשים לשם הוכחת קיומה מהווים בסיס לפסיקה אירופית ענפה.⁵⁰

2. אסדרת התאמה אוליגופוליסטית דרך יתר פרקי החוק

גם יתר פרקי החוק לא הסדירו ביעילות התאמה אוליגופוליסטית. תיאום בין כמה מתחרים נכנס בפרק ההסדרים הכובלים, אך התאמה אוליגופוליסטית אינה מוסדרת דרכו, כיוון שאינה מקיימת את התנאי של "הסדר".⁵¹ החריג היחיד לכלל זה קבוע בסעיף 6 לחוק ההגבלים, האוסר על התאמה להסדר כובל קיים.

44 גל, פרלמן וסלומון, לעיל ה"ש 7, בעמ' 46.

45 ש.ם.

46 Donald I. Baker, *Section 2 Enforcement – The view from the trench*, ANTITRUST LAW JOURNAL 613, 617 (1972).

47 C. Scott Hemphill & Tim Wu, *Parallel Exclusion*, 122 YALE L.J. 1182, 1236–1239 (2013).

48 ש.ם.

49 סעיף 102 ל-Treaty for the Functioning of the European Union.

50 John Temple Lang, *Oligopolies and Collective Dominance in Community Antitrust Law*, in INTERNATIONAL ANTITRUST LAW AND POLICY 269 (Barry Hawk, ed., 2002);

51 Frederic Jenny, *Collective Dominance and the EC Merger Regulation*, *ibid.*, 361 ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, 861–862 (2005); ת"פ (מחוזי י-ם) 417/97 מדינת ישראל נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, 62-63 (פורסם בנבו, 18.12.2001); ע"פ וול, לעיל ה"ש 10, פס' קו-קי.

לחלופין, חיזוק התנאים להתאמה אוליגופוליסטית הוא אחת העילות המרכזיות להתנגדות למיזוג שפוגע בתחרות.⁵² פרק המיזוגים נועד למנוע שינויים מבניים בשוק בדרך של מיזוגים ורכישות שפוגעים בתחרות וברוחות הציבור ללא יתרונות מאזנים. אולם כלי אסדרה זו מוגבל כיוון שהוא חל רק על שינויים חיצוניים במבנה השוק המקיימים את תנאי הסף הקבועים בחוק. החוק אינו חל על צמיחה פנימית של חברות שעשויה לגרום להתאמה אוליגופוליסטית. זאת ועוד בדיני המיזוגים הבחינה נעשית אקס אנטה והיא חד-פעמית טרם אישור המיזוג. אחת שאושר המיזוג אין בידה סמכות לפעול נגד התאמה אוליגופוליסטית שנוצרה בגינו במסגרת דיני המיזוגים. לעומת זאת פרק קבוצת הריכוז מאפשר התערבות רגולטורית נמשכת גם לאחר המיזוג.⁵³ במסגרת ההשפעה ההדדית של פרקי החוק זה על זה אפשרות זו יכולה להקטין את הסיכון בהחלטה שגויה של הרשות לאשר מיזוג. אסדרה דרך דיני המיזוגים מקובלת גם בעולם. על רקע זה, בשנת 2011 הוסף לחוק ההגבלים פרק חדש, נפרד, המסדיר קבוצות ריכוז. פרק קבוצת הריכוז כולל כמה חידושים עיקריים. הראשון הוא הוצאת ההגדרה של "קבוצת ריכוז" מפרק המונופולין וחיקיקת פרק נפרד העוסק בכלי זה.⁵⁴ במסגרת זו ניתן מענה לחלק מהבעיות שנבעו מאסדרת קבוצת הריכוז דרך פרק המונופולין שפורטו לעיל. שינוי נוסף מצוי בהגדרת קבוצת הריכוז. הפרק החדש מאפשר לבסס את ההכרה בקבוצת ריכוז על תנאים מבניים לתחרות מועטה, המספקים קרקע פורה להתקיימותה בלא הוכחה כי בפועל אכן מתקיימת תחרות מועטה בין החברות בקבוצת הריכוז. השינוי החשוב השלישי מצוי בסעיף הסעדים שרשאי הממונה להחיל על קבוצת ריכוז. השינוי הרביעי עניינו מערכת היחסים בין הממונה לבין הרגולטורים הענפיים. יתרת המאמר מנתחת שינויים אלו.

כאן המקום לציין שפרק קבוצת הריכוז חריג ביחס למרבית דיני העולם. הוא דומה באופיו – גם אם לא בתנאיו – לדין האנגלי. החוק מקנה לרשות התחרות סמכות לחקור שווקים שבהם קיימת פגיעה בתחרות בהספקת מוצרים או שירותים או ברכישתם, בשם לב למבנה השוק, לשחקנים הפועלים בו ולצרכניו, וכן להציע צעדים שניתן לנקוט על מנת להגדיל את הרווחה החברתית.⁵⁵ מטרת החוק היא לתקן כשלי שוק גם אם לא בוצעה עברה הגבלית. בין הצעדים שניתן לנקוט כלולים קביעת הוראות, שינוי הסכמים

52 כך, למשל: הממונה על ההגבלים העסקיים, נימוקים להתנגדות למיזוג הריכוז הכחול ישראל בע"מ – ירקון (פלוס 2000) סיטונאות מזון בע"מ, פס' 7א (2001), מצוטט בע"פ וול, לעיל ה"ש 10, פס' קה.

53 גל, פרלמן וסלומון, לעיל ה"ש 7, בעמ' 39.

54 פרק ד' 1 לחוק ההגבלים העסקיים.

55 Enterprise Act, 2002, c.40 § 131(1), (2).

בין פירמות ומניעת השקעות בנכסים.⁵⁶ כן מקנה החוק לשר הממונה על שוק נחקר שלא להסכים עם מסקנות חקירת הרשות וכן סמכות לפנות בעצמו לרשות התחרות בבקשה לחקור שוק מסוים כשיש לו יסוד סביר להניח כי יש פגיעה בתחרות.⁵⁷

ד. אסדרת קבוצת ריכוז דרך פרק 1ד: מטרת החוק

צעד ראשון בניתוח חוק הוא בחינת המטרה שבבסיסו. הפרק אינו מציין מפורשות את מטרת התיקון. אין ספק שכלי זה נועד לטפל בבעיית ההתאמה האוליגופוליסטית. אולם עדיין עולה השאלה אם הפרק נועד לטפל בכל הבעיות של שוק אוליגופוליסטי באשר הוא, לרבות כוח שוק יוניטרלי (דהיינו שניתן להפעילו חד־צדדית בלא צורך בשיתוף פעולה עם חברות אחרות) של פירמות בשווקים ממועטי מתחרים, או שמא הוא נועד לטפל אך ורק בבעיית ההתאמה האוליגופוליסטית. שאלה זו מתחדדת לאור שתי החלטות של הממונה הקודם, שיפורטו להלן, שניתן לקראן כמרחיבות את גבולות פרק קבוצת הריכוז אל מעבר להתמודדות עם התאמה אוליגופוליסטית גרידא. לדעתנו, וכפי שיפורט להלן, פרשנות לשונית ותכליתית של החוק מובילה למסקנה שמטרתו מוגבלת לטיפול בבעיית ההתאמה האוליגופוליסטית. ראשית, הפרק מבוסס בחלקו על המלצותיה של ועדת מומחים לבחינה מחודשת של החוק בראשות פרופ' זוהר גושן, שמונתה בידי שר התעשייה והמסחר. מסקנתה של הוועדה הייתה שקיים צורך ברור בשינוי מהותי של אסדרת הטיפול בקבוצות ריכוז במסגרת החוק על מנת שיהיה ניתן לתת מענה לבעיות התחרות הנובעות מקיומן של קבוצות ריכוז במשק הישראלי. לפיכך בשנת 2008 פרסמה הוועדה תזכיר הצעה לתיקון החוק.⁵⁸ בתזכיר נאמר שמטרת התיקון המוצע היא "להתמודד עם כשל תחרות מרכזי הרווח בענפי משק בה קיים צירוף של מיעוט מתחרי וחסמי כניסה גבוהים".⁵⁹ מהשימוש בלשון יחיד ומהתנאים שנמנו כבסיס לכשל ניתן ללמוד שההצעה לתיקון החוק לא הייתה מיועדת להתמודד עם כל כשלי השוק שעלולים להיווצר בשווקים אוליגופוליסטיים אלא רק עם בעיית ההתאמה האוליגופוליסטית המאפיינת אותם. פרשנות זו מתיישבת גם עם העובדה שפרק קבוצת הריכוז הוא למעשה הרחבה של סעיף 26(ד) לחוק בנוסחו הקודם, אשר תפס בגדרו רק מצבים של כוח שוק משותף של כמה חברות שנבע מתחרות מועטה, אם בכלל, ביניהן.

Tamar Indig and Michal S. Gal, *New Powers – New vulnerabilities? A critical analysis of market inquiries*, in COMPETITION LAW AS REGULATION 89 (Drexl and DiPorto eds., 2015).

Enterprise Act, 2002, c.40 § 132(1), (3) 57

תזכיר חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 11), התשס"ח–2008. 58

שם, סעיף ב'. 59

על בסיס תזכיר זה פורסמה בשנת 2010 הצעת חוק לתיקון חוק ההגבלים, שבה נקבע כדלקמן:⁶⁰

החוק המוצע נועד להתמודד עם כשל תחרותי המכונה "כוח שוק (Market Power) אשר נגרם בענפי משק רבים שבהם פועלות קבוצות ריכוז (אוליגופולים) בשל מיעוט המתחרים וחסמי הכניסה הגבוהים לענף, ושכתוצאה ממנו נפגעים הצרכנים ונפגע המשק. כוח שוק מתבטא ביכולתו של עסק או של קבוצת עסקים לסטות מתנאי אספקה או רכישה, אשר היו נקבעים בשוק שמתקיימת בו תחרות אפקטיבית. בשווקים אוליגופוליים נקבע מחיר אספקה גבוה יותר או נקבעים כמות, מגוון ואיכות ירודים יותר. הנזקים של כשל תחרותי זה לציבור הרחב ולמשק המדינה כבדים ומגוונים, וביניהם הקצאה לא יעילה של גורמי הייצור במשק, פגיעה במחקר בפיתוח ובאימוץ של טכנולוגיות חדשות, ועיוות של הקצאת המקורות בציבור תוך הגדלת עושרם של מעטים על חשבון הציבור הרחב.

מכאן עולה שמטרת התיקון לחוק הייתה לתפוס כשל שוק מסוג מסוים, מסוג התאמה אוליגופולסטית, היוצר כוח שוק. כן נקבע בתזכיר ש"ריכוזיות גבוהה כשלעצמה אינה מצדיקה קביעה בדבר קיומה של קבוצת ריכוז, והדבר מותנה בשני תנאים מצטברים"⁶¹, המתייחסים לתנאים התומכים בהתאמה אוליגופוליסטית. בהקשר זה ראוי לציין שאף שהתנאים המנויים בחוק אינם מכסים את כל קשת המצבים שבהם התאמה אוליגופוליסטית עשויה להתקיים, התנאים המנויים בה רלוונטיים ומכוונים להתאמה אוליגופוליסטית.

גם בפרוטוקולים של ישיבות ועדת הכספים והכלכלה, שבה דנו נציגי הכנסת בהצעת החוק, התמקדו הדוברים בהתאמה אוליגופוליסטית.⁶² היועצת המשפטית של הרשות למשל, אשר כאמור הניעה את תהליך תיקון החוק, הגדירה את הצורך בחוק כדלקמן:⁶³

60 הצעת החוק, לעיל ה"ש 2, בעמ' 264 (ההדגשות הוספו).

61 שם, בעמ' 265.

62 פרוטוקול ישיבה מס' 544 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-16 (29.11.2005). כך, למשל, את דברי אמנון כהן (יו"ר הוועדה): "ישנם שלושה-ארבעה גופים שמטפלים באותו נושא ויש ביניהם תאום משתמע. יש ביניהם הסכמה בשתיקה שאם אחד מעלה את המחיר, הם כולם מתיישרים לאותו מחיר. לדוגמא, אם יש סוג של עמלה בבנק, למשל, כשבנק אחד העלה את עמלת השורה, כל הבנקים התיישרו איתו והעלו גם הם את המחירים"; פרוטוקול ישיבה מס' 102 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-17 (13.11.2006) אמנון כהן (יו"ר הוועדה לשעבר): "הצעת החוק הזאת נולדה בוועדה הזאת בעקבות דיונים שהיו כאן בנושא קבוצות ריכוז כמו: בנקים, חברות סלולר, חברות גז. ישנה בעיה של תיאום מחירים כמעט בכל המשק. אם אחד הבנקים מעלה את העמלות השונות, אחרי שבוע אתה רואה שכל הבנקים האחרים מתיישרים לפי הקו החדש הזה. אותו הדבר אנחנו רואים בחברות

אחד האתגרים הגדולים של [רשות תחרות] הוא **טיפול באוליגופולים ובהתנהגות אוליגופוליסטית, מה שמכונה בסעיף 26 לחוק – קבוצת ריכוז... הקושי הוא כאשר יש מיעוט מתחרים ומבלי לתאם הם מתנהגים בצורה מקבילה ולכן זה לא נתפס כעבירה על החוק. עם זאת, אין ספק שזה יוצר כוח שוק כלפי הצרכן או כלפי הלקוח שנאלץ לעשות שימוש בשירותיה או במוצריה של אותה קבוצת ריכוז. זה עלול להביא להעלאת מחירים, הרעה בשירות וזה קושי גדול מאוד שעומד בפתחי כל רשויות התחרות. עד היום, הניסיון שלנו להתמודד עם הסוגיה הזאת היה בדרך של פיקוח על מיזוגים. השתדלנו לגרום לכך שמיזוגים שיוצרים מבנה אוליגופוליסטי יימנעו. אבל משום שלצערי הרב אנחנו לא חסרים אוליגופולים במדינת ישראל, קשה לנו מאוד להתמודד עם תופעה של התנהגות מקבילה שלא נובעת מתאום מפורש אלא נובעת מחקיינות הדדית שטובה לכולם...**

בדומה לזה, יו"ר ועדת הכספים טען ש"אם הצעות החוק האלה יאושרו הן ימנעו מצב בו אותן חברות בשווקים האלה חומקות מתחת לרדאר של הרשות להגבלים עסקיים. הן **מצליחות ליצור סוג של קרטל**, ובגלל הכללים הקיימים קשה לתקוף את הפעילות הזאת בצורה אפקטיבית".⁶⁴

מסקנה דומה עולה גם מהתנאים לקיומה של קבוצת ריכוז. אם הכוונה הייתה לתפוס בגדר פרק קבוצת הריכוז כל התנהגות בשוק אוליגופוליסטי הפוגעת בציבור – ללא קשר סיבתי להתאמה בין חברי קבוצת הריכוז היוצרת את כוח השוק המשותף ביניהן – מדוע הגדיר המחוקק את קבוצת הריכוז באופן שהיא תתקיים רק מקום שבו קיימים תנאים לתחרות מועטה בין החברות בקבוצת הריכוז ולא הסתפק בקביעה שעסקינן בשוק

הסלולר. למעשה, לא קיימת תחרות בין הבנקים השונים, ובין חברות הסלולר השונות. ברגע שגוף אחד מעלה מחיר של עמלה מסוימת, כל הגופים אוטומטית מתיישרים לפי הקו הזה" "... אבל, הבנקים או חברות הסלולר לא עשו הסכם ביניהם בו הם אמרו שהם רוצים להגדיל עמלות. זה לא נעשה כי לפי החוק זה אסור. לכן זה נעשה בצורה כזאת שבה גוף אחד עושה את זה בהסכמה, ואחר כך כולם עושים אותו הדבר".

63 פרוטוקול ישיבה מס' 544 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-16 (29.11.2005).

64 פרוטוקול ישיבה מס' 431 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-18, 2 (31.01.2011). וראו גם באותה ישיבה, בועז גולן, היועץ המשפטי של הרשות, בעמ' 22: "הסעיף ורשימת המבחנים המנוסחת כאן מסתכלים על התופעה הכלכלית של שיווי משקל אוליגופולי, ומכניסה לו תכנים ומבחנים מקובלים משדה הכלכלה לסעיף החוק. אנחנו יודעים, שלא די בכך שיהיה מספר מועט של מתחרים בשוק כדי שתהיה בו את אותה התופעה של תחרות מועטה בין הספקים, של אותו שיווי משקל בו כל ספק מזהה חוסר כדאיות להוריד מחירים וליצור תחרות. רשימת המבחנים כאן היא היישום הכלכלי של המשתנים שזוהו ככאלה שתורמים ומעצבים את שיווי המשקל".

ממועט מתחרים? ומדוע מתייחסת ההגדרה לקבוצת חברות ולא לכל אחת כשלעצמה? זאת ועוד: השינוי בהגדרת קבוצת הריכוז נועד להקל הוכחת קיומה של תחרות מועטה, אם בכלל, בין החברות בקבוצת הריכוז. מכך ניתן להסיק שאם עסקינן בהתנהגות שמקורה בתחרות שאינה מועטה בין החברות בקבוצת הריכוז, התיקון לא נועד לטפל בו. לבסוף, מסקנה זו מתחזקת לאור ניתוח תכליתי, המביא בחשבון גם שיקולים של כלכלה פוליטית ושל יחסים בין רגולטורים. למסקנתנו זו השלכות מעשיות חשובות, כפי שיודגם בפרק השמיני להלן.

משעמדנו על מטרתו של פרק קבוצת הריכוז, הפרקים הבאים מנתחים את האלמנטים הספציפיים של פרק זה. הפרק החמישי בוחן את התנאים הקבועים בחוק לאסדרה. כן הוא פותח צוהר למשפט משווה ומנתח בקצרה את המבחנים לקיומה של קבוצת ריכוז ואת הכלים לאסדרתה המשמשים ברחבי העולם על מנת לבחון עד כמה ניתן ללמוד מהם בדרך של אנלוגיה. הפרק השישי מנתח את מהות ההכרזה ונפקותה, והשביעי מתמקד בכלי האסדרה המנויים בחוק.

ה. קבוצת ריכוז מהי

1. כללי

סעיף 31ב(א) לחוק מגדיר קבוצת ריכוז כדלקמן:

(א) הממונה רשאי לקבוע לפי סעיף 43(א)(6) כי קבוצה מצומצמת של בני אדם המנהלים עסקים שבידיהם נתון ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או מכלל מתן שירותים, או מכלל רכישתם, היא קבוצת ריכוז (בפרק זה – קבוצת ריכוז), וכל אחד מבני האדם כאמור הוא חבר בקבוצת ריכוז, אם ראה כי מתקיימים כל אלה:

- (1) בין חברי הקבוצה או בענף שבו הם פועלים קיימת תחרות מועטה בעסקים או שמתקיימים תנאים לתחרות מועטה בעסקים;
- (2) נקיטת צעדים כאמור בסעיף 31ג עשויה למנוע פגיעה או חשש לפגיעה משמעותית בציבור או בתחרות בעסקים בין חברי הקבוצה או בענף שבו הם פועלים, או עשויה להגביר את התחרות בענף באופן משמעותי או ליצור תנאים להגברה משמעותית של התחרות בענף.

הגדרתה של "קבוצת ריכוז" מורכבת אפוא מהרכיבים האלה:

1. קבוצה מצומצמת של בני אדם;
2. המנהלים עסקים;

3. בידי חברי הקבוצה נתון ריכוז של יותר ממחצית מכלל הספקת נכסים או שירותים מכלל רכישתם;

4. בין חברי הקבוצה או בענף שבו הם פועלים קיימת תחרות מועטה בעסקים או שמתקיימים תנאים לתחרות מועטה בעסקים.

בנוסף, מתנה החוק את השימוש בסמכות ההכרזה על קבוצת ריכוז בכך שנקיטת צעדים רגולטוריים במסגרת החוק תוכל למנוע פגיעה או חשש לפגיעה משמעותית בציבור או בתחרות בעסקים בין חברי הקבוצה או בענף שבו הם פועלים, או להגביר את התחרות בענף באופן משמעותי או ליצור תנאים להגברה ניכרת של התחרות בענף. להלן נבחן כל אחד מתנאים אלו. לפחות חלק מהתנאים הופיעו בחוק בנוסחו הקודם, ועל כן ניתן ללמוד מפרשנותם, ככל שפרשנות כאמור מתיישבת עם מטרת הנוסח החדש.

2. בחינת התנאים

(א) "קבוצה מצומצמת של בני אדם"

השימוש במונח "קבוצה" בא להבחין את קבוצת הריכוז ממצב שבו עסקינן בגוף אחד בלבד, כמו במקרה של בעל מונופולין. החוק אינו מגדיר את המספר המרבי של החברים בקבוצת הריכוז, אולם הוא מבהיר שמדובר בקבוצה "מצומצמת", דהיינו קבוצה שבה מספר קטן של חברים. דרישה זו נובעת מהניתוח הכלכלי של התאמה אוליגופוליסטית, שאחד מתנאיה העיקריים הוא מספר קטן של חברות הפועלות בשוק. ודוק: החוק מתמקד במספר החברות בקבוצת הריכוז ולא במספר החברות הפועלות בשוק, בין היתר כיוון שמספר החברות בקבוצה משפיע על אפשרות קיומם של שלושת התנאים של סטיגלר להתאמה אוליגופוליסטית בין חברי הקבוצה. עם זאת מבנה יתר השוק עשוי להשפיע על תנאי התחרות בשוק כולו. לכך החוק אינו מתייחס ישירות.

(ב) "המנהלים עסקים"

רכיב זה זהה לאחד מרכיביו של "הסדר כובל" בסעיף 2 לחוק, ועל כן יש להניח שהוא יפורש באותה צורה. מסקנה זו מתחייבת גם מפרשנות תכליתית של החוק.⁶⁵ לדעתנו המחוקק מכוון לניהול עסקים בידי כל חבר בקבוצה, ואין הכוונה שהחברים בקבוצה מנהלים עסקים בינם לבין עצמם.

(ג) ריכוז אספקה: "בידי חברי הקבוצה נתון ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או שירותים מכלל רכישתם"

רכיב זה, הנוגע לנתח השוק של הגוף הנבחן, דומה לזה המופיע בהגדרה הראשית של "בעל מונופולין" לפי הוראות סעיף 26(א), ועיקרו בחינה מבנית-טכנית של השוק

65 ראו גל, ישראלי ופרלמן, לעיל ה"ש 7.

הרלוונטי. גם כאן מה שנדרש לצורך בחינת קיומו של רכיב זה הוא הגדרת השוק הרלוונטי ומדידת נתחי השוק של חברי קבוצת הריכוז הפועלים בו. ההבדל היחיד בין שני המקרים הוא שריכוז הספקת הנכסים או השירותים במקרה של קבוצת ריכוז נתון בידי יותר מגורם אחד, ואילו במקרה של מונופולין נתון אותו ריכוז בידי גורם אחד בלבד. לפיכך יש לפרש רכיב זה פירוש הזהה לזה של הרכיב הדומה בהגדרה של בעל מונופולין.

רכיב נתח השוק מבוסס על ההנחה ששליטה בנתח שוק ניכר היא אינדיקציה לקיומו של כוח שוק. לפיכך כשאין תחרות בין כמה גופים הפועלים בשוק אך נתח השוק המצרפי של גופים אלו קטן, החוק מניח כי אין חשש שגופים אלו יוכלו לקבוע את תנאי השוק, ועל כן הם אינם נתפסים תחת החוק. רק מקום שבו נתח השוק המצרפי של חברי הקבוצה עולה על מחצית, יוצר החוק חזקה כי לקבוצה יש כוח שוק. נציין שההנחה שנתח שוק העולה על מחצית מעיד על קיומו של כוח שוק ניכר חלשה במקרה של קבוצת ריכוז יותר מבמקרה של מונופולין יחיד, כיוון שכוח השוק של קבוצת הריכוז יציב פחות מזה של מונופולין יחיד בשל תמריצי הסטייה של חברי קבוצת הריכוז מהסטטוס קוו. כדי להתגבר, ולו חלקית, על קושי זה, הוסיף הממונה להגדרה של קבוצת ריכוז את התנאי של קיומה של תחרות מועטה, אם בכלל, בין החברות בקבוצת הריכוז, המעיד על כוח שוק משותף שממנו הן נהנות. בדרך דומה ניתן להבין גם את התנאי הדורש שיהיה ניתן למנוע פגיעה משמעותית בתחרות או ליצור תנאים לקיומה על ידי הסעדים שנותן הממונה. שכן אם אין פגיעה משמעותית בתחרות, גם אין דרך (וצורך) לתקנה.

שאלה מעניינת היא אם היה ראוי, כמו בפרק המונופולין, להסמיך את שר האוצר לקבוע שניתן להכריז על קבוצת ריכוז בשווקים מסוימים גם אם חברי הקבוצה מחזיקים בפחות ממחצית מנתח השוק.⁶⁶ לדעתנו אין כאן תחולת חסר הנדרשת לתיקון כיוון שכאמור לעיל יציבותו של מונופולין גבוהה משל קבוצת ריכוז שבה תמיד קיים חשש מסטייה של אחד מחברי הקבוצה מההתאמה. על כן נתח שוק קטן יותר לרוב לא יעיד על כוח שוק משותף ניכר של קבוצת הריכוז.

(ד) מידת התחרות: "בין חברי הקבוצה או בענף שבו הם פועלים קיימת תחרות מועטה בעסקים או שמתקיימים תנאים לתחרות מועטה בעסקים"

רכיב זה מחייב בחינה של מידת התחרות המתקיימת בין הגופים המחזיקים יחדיו יותר ממחצית מכלל אספקת הנכסים או השירותים בשוק או את התנאים לתחרות בשוק שבו הם פועלים. על מנת שרכיב זה יתקיים, יש צורך להוכיח אחד משניים:

66 סעיף 26 לחוק ההגבלים העסקיים.

(א) כי בין הגורמים המחזיקים בנתח השוק או בענף שבו הם פועלים קיימת תחרות מועטה בלבד;

(ב) כי בענף שבו פועלים חברי קבוצת הריכוז מתקיימים תנאים לתחרות מועטה בעסקים.

ברכיב מידת התחרות, על שתי חלופותיו, נעמיק את הדיון.

תחרות מועטה בלבד

תנאי זה בוחן את מצב התחרות בפועל בין הגופים החברים בקבוצת הריכוז. ברגיל, גופים עסקיים הפועלים באותו שוק מצויים בתחרות זה עם זה על לבו ועל כיסו של הצרכן. החוק מכוון למצב שבו תחרות כאמור איננה קיימת, או שהיא קיימת במידה מועטה בלבד. ודוק: החוק איננו בוחן את מידת התחרות בין קבוצת הריכוז לבין יתר המתחרים בשוק אלא את מידת התחרות בין חברי קבוצת הריכוז, כיוון שכוח השוק הנבחן הוא של קבוצת הריכוז כלפי שאר המתחרים הפועלים בשוק או כלפי צרכנים וספקים של החברים בקבוצה. עם זאת החוק כולל גם מצב שבו בענף שפועלים בו חברי הקבוצה קיימת תחרות מועטה בלבד. נראה לנו שמקרה זה כולל את הקודם ואינו מוסף עליו.

תנאי זה כולל בחובו גם את התנאי שהיה קיים בחוק הקודם, שלפיו בין החברים בקבוצת הריכוז אין כלל תחרות. מצב זה מתקיים כאשר חברי הקבוצה אינם נוקטים כל מאמץ להגדיל את נתח השוק שלהם על חשבון השחקנים האחרים בשוק, בין בדרך של הורדת מחירים ובין בדרך של שיפור איכות מוצריהם או תנאי מכירתם. מצב של היעדר תחרות מוחלט הוא חריג, ומעטים הם המקרים שבהם ניווכח כי בשוק מסוים שבו פועל יותר משחקן אחד אין תחרות כלל, אף באחד מן ההיבטים העסקיים שמהם מושפעת בחירתו של הצרכן. היעדר כל תחרות יהיה רק כשלכל חברי הקבוצה אין תמריץ לסטות מן הסטטוס קוו העסקי.

תנאי זה תופס בגדרו גם מצבים שבהם קיימת בין חברי הקבוצה "תחרות מועטה בלבד". תנאי זה מחייב מדידה של רמת התחרות בין מתחרים פוטנציאליים המספקים יחדיו יותר ממחצית מכלל הספקת המוצר או השירות. החוק איננו מפרט מהי "תחרות מועטה", אולם המונח מלמד על רמת תחרות נמוכה, המשיקה כמעט להיעדרה של תחרות. ניתן לזהות שלושה סוגים עיקריים של מצבים שבהם תיתכן רמת תחרות מועטה, אם בכלל: בעלות משותפת, תיאום או התאמה אוליגופוליסטית. לעניין המצב הראשון, בעניין קלאב הוטל⁶⁷ קבע הממונה כי בין החברות בקבוצה התקיימו קשרי בעלות, ולכן אינטרס כל חברה בקבוצה היה להשיא את רווחי הקבוצה. בדומה לזה, גם בעניין *French West African Shipowners*, אשר נדון בפני בית הדין האירופי ונמצא כי בין החברות

קיימת דומיננטיות משותפת, נשלטו החברות בידי אותם בעלים, והתקיימו ביניהם בעלויות צולבות.⁶⁸ במצב מעין זה החלוקה המבנית לגופים עסקיים עשויה להיות מלאכותית בלבד. אולם במקרים מסוג זה אין, לרוב, צורך להשתמש בכלי של הכרזת קבוצת ריכוז, שכן בעלות משותפת יכולה להיכנס גם דרך ההגדרה הראשית של מונופול בחוק הישראלי. לפי הוראות סעיף 26(ו) לחוק, חברה ובנותיה, בנות של חברה אחת וכן אדם וחברה שהוא שולט בה ייחשבו "אדם אחד" לצורך מדידת נתח השוק.

תחרות מועטה או היעדרה יכולים להיות תוצאה גם של קיומו של הסדר שבבסיסו תיאום בין השחקנים בשוק. על מנת שהסדר כאמור ימנע כל תחרות, עליו לחול על כל ההיבטים העסקיים המשפיעים על בחירתו של הצרכן אם לרכוש מוצר זה או אחר, לרבות מחיר המוצר, איכותו, הכמות המיוצרת ממנו ותנאי הספקתו. כן חייב הסדר כאמור להחיל מנגנוני אכיפה וענישה יעילים אשר ימנעו את התמריץ של כל אחת מהחברות בהסדר לסטות ממנו.⁶⁹ גם כאן אין צורך בהכרזה על קבוצת ריכוז כדי להסדיר את ההתנהגות האנטי-תחרותית. הסדר כאמור יהיה אסור לפי הוראות פרק ב' לחוק, אלא אם יתרוונתיו לטובת הציבור עולים על פגיעתו בתחרות. הסוג השלישי של המקרים שבהם אפשר שתהיה תחרות מועטה בין מתחרים פוטנציאליים הקיימים בשוק, התאמה אוליגופוליסטית, הוא החשוב ביותר לצורך החלת סמכות האסדרה, שכן במקרה דנן אין סמכות חליפית בחוק לאסדרת פגיעתה של ההתנהגות.

כפי שהציעה אחת מאתנו בנוגע לדין הקודם, מבחינה תאורטית המבחן שראוי להחילו הוא מידת סטייתו של התחרות הקיימת בשוק ממצב שבו הבעלות על כל החברות בקבוצת ריכוז הייתה מרוכזת ביד אחת, ובכל זאת הייתה ההפרדה המבנית בין החברות נשמרת וכל חברה הייתה פועלת להשאת רווחיה שלה.⁷⁰ מבחן זה מתאים גם לפרק קבוצת הריכוז. ראשית, מבחינה לשונית עסקינן בתנאי זהה. שנית, וחשוב מכך, שתי הוראות החוק מבקשות לטפל בבעיה כלכלית זהה: מצב שקיימים בו כמה גופים בשוק אשר הלכה למעשה אינם מתחרים זה בזה או שהתחרות ביניהם מועטה, ועל כן אי אפשר לסמוך על התחרות ביניהן על מנת לקדם את הרווחה החברתית. הטעם להחלתו של מבחן זה הוא כפול: ראשית, מצב של היעדר תחרות כלל הוא אנלוגי, מבחינת תמריצי ההתנהגות העסקית של החברות הפועלות בשוק למצב של בעלות משותפת. מצב של תחרות מועטה הוא סטייה קטנה ממצב זה. שנית, החוק מיועד לחול על מצבים שבהם לחברה אחת – או לכמה חברות הפועלות יחדיו – יש כוח שוק המאפשר להן לקבוע בשוק תנאים השונים במידה רבה מאלו אשר היו נקבעים בשוק תחרותי. מקום שבו החברות אינן פועלות כגוף אחד, מונופוליסטי, לעניין קביעת התנאים בשוק,

French West African Shipowners Committees, OJ [1992] L134/1, [1993] 5 CMLR 68 .446

69 פרק ב לחוק ההגבלים העסקיים.

70 גל, פרלמן וסלומון, לעיל ה"ש 7.

מתייטר הצורך להחיל עליהן את הוראותיו המגבילות של פרק קבוצת הריכוז. לפיכך מקום שבו הסטייה מהתנהגותו של בעלים היפותטי של כל החברות בקבוצה גדולה, לא יתקיים תנאי "התחרות המועטה". החלת מבחן הבעלים ההיפותטי בפועל עלולה להיות בעייתית, אלא אם מבנה השוק היה מאופיין בעבר בבעלות משותפת. לפיכך יש מקום לשימוש בכמה מבחני עזר, שעניינם בחינה עובדתית-כלכלית של תנאי השוק והתנהגות הגופים בו, אשר יעזרו לבחון את מידת התחרות הקיימת בקבוצה. למשל, רמת מחירים על-תחרותית המתקיימת לאורך זמן בשוק שבו אין תחרות ערה בשאר הפרמטרים העסקיים, תצביע על קיומה של תחרות מועטה באותו שוק. גם הוכחת קיומם של תנאים לתחרות מועטה יכולה להוות תשתית ראשונית אך חשובה, אשר בצירוף עובדות המעידות על קיומו של סטטוס קוו על-תחרותי לאורך זמן יוכלו לשמש, במקרה המתאים, הוכחה לקיומה של תחרות מועטה בשוק

תנאים לתחרות מועטה

תנאי זה הוא אחת התוספות העיקריות של התיקון לחוק, שכן התברר שקשה מאוד להוכיח קיומה של תחרות מועטה בלבד בין חברי קבוצת ריכוז. על כן הוסיף המחוקק חלופה שלפיה די בהוכחת קיומם של תנאים לתחרות מועטה בלבד בענף. המחוקק אף הלך צעד אחד רחוק יותר וכלל בסעיף 31(ב) רשימת תנאים אשר די בהוכחתם כדי למלא אחר תנאי זה, כדלקמן:⁷¹

(ב) לעניין סעיף קטן (א)1) יראו בין השאר בחסם כניסה לענף עם שניים או יותר מהתנאים המפורטים להלן תנאים לתחרות מועטה בעסקים בין חברי קבוצת ריכוז או בענף שבו הם פועלים:

"(1) חסם למעבר בענף;

(2) אדם מחזיק בזכות כלשהי באדם אחר הפועל באותו ענף ואחד מהם לפחות הוא חבר הקבוצה, או ששני בני אדם הפועלים באותו ענף שאחד מהם לפחות הוא חבר הקבוצה מחזיקים בזכות כלשהי באדם שלישי, או שאדם מחזיק בזכות כלשהי בשני בני אדם או יותר הפועלים באותו ענף אשר אחד מהם לפחות הוא חבר הקבוצה;

(3) לחברי הקבוצה נתחי שוק דומים באספקה או ברכישה של נכסים או של שירותים בענף;

71 לביקורת על תנאי זה ראו ניב זקלר ומנחם פרלמן "תזכיר הצעת חוק ההגבלי העסקיים (תיקון מס' 11) התשס"ח-2008: מחשבות ראשוניות" **תאגידים** ה(3) 72 (2008).

(4) הנכסים או השירותים שמספקים או שרוכשים חברי הקבוצה בענף דומים זה לזה במידה רבה;

(5) חברי הקבוצה מספקים נכסים או שירותים בענף למספר רב של לקוחות או של ספקים או רוכשים נכסים או שירותים כאמור ממספר רב של לקוחות או של ספקים;

(6) לכל אחד מחברי הקבוצה, או למרביתם, יש אפשרות לדעת את עיקרם של תנאי ההתקשרות, בין לקוחות או ספקים לבין מרבית מחברי הקבוצה האחרים, לאספקה או לרכישה של נכסים או שירותים בענף."

תנאים אלו, המנויים בחוק, מבוססים על המחקר הכלכלי בנושא התנאים הנדרשים לקיום התאמה אוליגופוליסטית. על כן נבחן להלן תנאים אלו לאור התאוריה הכלכלית שפורטה לעיל. עם זאת נזכיר שוב כי לפי התאוריה הכלכלית אין די בקיומם של תנאים לתחרות מועטה כדי להעיד שבהכרח מתקיימת התאמה אוליגופוליסטית בשוק, כפי שהחוק מניח.

חסם כניסה לענף – כפי שהניתוח הכלכלי מלמד, זהו תנאי בלעדיו אין על מנת שיהיה ניתן להוכיח קיום תנאים לתחרות מועטה בשוק. שאם לא כן, מתחרים חדשים שייכנסו לענף ירסנו את כוח השוק של קבוצת הריכוז.⁷² אפשר שחסמי הכניסה הפוטנציאליים לענף יהיו רבים ומגוונים. חסמים יצירי מדינה, דוגמת רישיונות וזיכיונות;⁷³ חסמים גאוגרפיים, דמוגרפיים ופוליטיים, דוגמת הגבלות על מסחר עם מדינות שכנות, מדינות אי וכלכלות קטנות, המגבילים את פעילותן של חברות יעילות רבות בשוק; חסמים כלכליים כגון עלויות כניסה וייצור גבוהות; חסמים מלאכותיים-עסקיים דוגמת חוזי בלעדיות ארוכי טווח בין חברות קיימות לספקיהן או לקוחותיהן.⁷⁴ ודוק: החוק מתמקד בתנאים הקיימים בשוק ללא קשר למקורם או להיותם ניתנים לשינוי באמצעות אסדרה.

נוסף על תנאי זה, על הממונה להוכיח קיומם של לפחות שניים מששת התנאים המנויים בסעיף 31(ב). ששת התנאים תואמים במידה רבה את הניתוח הכלכלי שערכנו לעיל. התנאי הראשון עניינו **חסם למעבר בענף**, המוגדר בחוק "חסם המגביל את יכולתו

72 הצעת החוק, לעיל ה"ש 2, בעמ' 264.

73 **קביעת הממונה בעניין חברות הנמל**, לעיל ה"ש 27, סעיף 84. לחשיבות הכניסה של חברות זרות לשוק של כלכלה קטנה ראו Gal, לעיל ה"ש 8, בעמ' 155.

74 שם, בעמ' 160; **שימוע לפני הכרזה על שוק תרכובות מזון לחינוקות כקבוצת ריכוז** (2013) (להלן: **תרכובות מזון לחינוקות**) www.antitrust.gov.il/files/11696/%D7%AA%D7%A8%D7%9B%D7%95%D7%91%D7%95%D7%AA%20%D7%9E%D7%96%D7%95%D7%9F.pdf.

של לקוח לעבור בין ספקים בענף – לעניין קבוצת ריכוז באספקת נכסים או שירותים, או חסם המגביל את יכולתו של ספק לעבור בין לקוחות בענף – לעניין קבוצת ריכוז ברכישת נכסים או שירותים⁷⁵, המקל שימורו של שיווי משקל אוליגופוליסטי. דהיינו, מגבלה העומדת בדרכם של לקוחות אשר מבקשים לעבור ממתחרה אחד לאחר ועל כן מצמצמת את התחרות בשוק ברגע שהלקוח בחר לראשונה את הספק שלו.

בהקשר זה מעניין היחס שבין חסמי מעבר בשוק והגדרתו. ככל שחסמי המעבר בין חברות הפועלות בשוק גבוהים יותר, כך קשה לצרכנים לעבור בין מתחרים גם אם התנאים המסחריים שמציע מתחרה טובים מאלו שמציע הספק הנוכחי. משמעות הדבר היא שגמישות הביקוש הצרכנית פוחתת. גמישות ביקוש צרכנית מעטה היא אינדיקציה עיקרית לכך שהחברות אינן פועלות באותו שוק, ועל כן אינן יכולות להוות קבוצת ריכוז. על כן קו עובדתי דק מפריד בין הקביעה שהחברות פועלות באותו שוק לבין הקביעה ששוק מאופיין בחסמי מעבר גבוהים.

יתר התנאים שמונה החוק כוללים את אלה: החזקה בזכויות בין חברי הקבוצה. מטרת תנאי זה היא לתפוס מקרים שבהם יש קשרי בעלות שמקטינים את התמריץ לתחרות בשל האינטרס להשאט סך הרווח של בעלי המניות ולא רק רווחה של חברה מתחרה אחת;⁷⁶ נתחי שוק דומים בהספקה או ברכישה של מוצרים ושירותים בענף מאפשרים הסכמה על נקודת שיווי משקל ושמירה עליה כיוון שלשום חברה אין אינטרס לסטות ממנה. דברי ההסבר מורים שאין הכוונה לזהות אלא די בקרבה בלבד;⁷⁷ הומוגניות המוצר או השירות בענף, המקל הן זיהויה של סטייה מההתאמה והן הסכמה על מחיר שיווי משקל על-תחרותי; שקיפות המידע בדבר העסקאות בשוק. כך לחברי הקבוצה יש אפשרות לדעת את פרטי ההתקשרות בהספקה או ברכישה של המוצר של יתר החברות הפועלות בשוק, המקלה ייצוב מחירו של שיווי המשקל וגילוי סטייה ממנו. לדעתנו יש לפרש רשימה זו לאור מטרת החוק – אסדרה של התאמה אוליגופוליסטית הפוגעת ברווחה החברתית – ולאור התאוריה הכלכלית הבוחנת כיצד כל אחד מהתנאים האמורים תומך בקיומה של התאמה אוליגופוליסטית. למשל, בעת בחינת הומוגניות המוצרים או השירותים בשוק השאלה שצריכה להנחות את הבוחן היא אם מידת ההומוגניות השוררת בשוק הנבחן יש בה כדי לקדם התאמה אוליגופוליסטית

75 קביעת הממונה בעניין חברות הנמל, לעיל ה"ש 27, סעיף 96.

76 הצעת החוק, לעיל ה"ש 2, בעמ' 267: "עניינו של התנאי האפשרי השני הוא בקיומם של קשרי בעלות בין חברי קבוצת הריכוז. החוק מבקש לתפוס כל מקרה שבו קיימים קשרי בעלות בין שחקנים הפועלים בענף שבו פועלת קבוצת ריכוז, בין שמדובר בקשרי בעלות ישירים (כגון מצב שבו לשחקן אחד ישנן החזקות בשחקן אחר) ובין שמדובר בקשרי בעלות עקיפים (כגון במצב שבו לצד שלישי קיימות החזקות בשני שחקנים בענף). קיומם של קשרי בעלות הוא גורם בעל השפעה שלילית על סיכויי התפתחותה של תחרות בין חברי הקבוצה".

77 קביעת הממונה בעניין חברות הנמל, לעיל ה"ש 27, סעיף 106.

במידה ניכרת. בדומה לזה, הבחינה אם מידת הדמיון בנתחי השוק מספקת על מנת למלא תנאי זה ראוי שתיעשה על בסיס ההצדקה הכלכלית להכללת רכיב זה כרכיב שעשוי לתמוך בהתאמה אוליגופוליסטית. למשל, יש לבחון התקיימות רכיב זה לאורך זמן וכן את השתנתו הצפויה בעתיד הקרוב ולא להסתפק בניתוח סטטי בנקודת זמן בדידה ורנדומלית. עם זאת החוק אינו דורש הוכחה לקיום התאמה אוליגופוליסטית בפועל, וכן אינו דורש ניתוח של האינטראקציה בין התנאים השונים. כל שנדרש היא תשובה חיובית, דיכוטומית, לקיומם של שלושה תנאים העשויים לתמוך בהתאמה אוליגופוליסטית כמפורט לעיל. בכך סוטה החוק מהתאוריה הכלכלית ומכלי האסדרה הקיימים ברחבי העולם.

ראוי לציין שהרשימה הכלולה בחוק איננה ממצה את כל התנאים אשר עלולים לקדם התאמה אוליגופוליסטית. כמפורט לעיל, יש תנאים נוספים אשר המחוקק בחר שלא לכלול, התומכים בה. לא זו אף זאת: ניתן לטעון שחלק מהתנאים שנכללו ברשימה פחותים בחשיבותם מפרמטרים אחרים. למשל, הרשימה שבחוק אינה כוללת התייחסות להומוגניות החברות שיש בה כדי להקל התאמה, אלא רק לפרמטר אחד שיכול לנבוע מהומוגניות כאמור: נתחי שוק דומים של החברות. לפיכך ייתכן שהתאמה אוליגופוליסטית תתקיים גם כשאין מתקיימים שניים מהתנאים המנויים בחוק. נניח למשל שבשוק פועלות שלוש חברות אשר להן נתחי שוק דומים. מוצריהן הטרוגניים הגם שלא במידה מספקת על מנת שלא לכללם באותו שוק. מספר הצרכנים מצומצם, ותנאי ההתקשרות עמם אינם גלויים לכול. כן אין חסם מעבר בענף או בעלויות צולבות. בה בעת לאחת מהן כושר ייצור עודף ניכר הכולל עלויות שקועות (דהיינו עלויות שאי אפשר להעבירן בקלות לשימוש בשוק אחר), המרתיע את השתתפים האחרות מהתרחבות בשוק. בנוסף, לפירמות עלויות הומוגניות המקלות הסכמה בדבר המחיר בשוק שימקסם את רווחיהן המשותפים. חברות אלו אמנם לא ייכנסו להגדרה המבנית-טכנית של קבוצת ריכוז, אך אין מניעה להוכיח שבפועל התחרות ביניהן מועטה, ועל כן הן תיכנסנה תחת סעיף 31ב(א)(1) רישה. עם זאת רבים מהתנאים שהמחוקק בחר לכלול ברשימה קל יחסית להוכיחם.

3. משפט משווה: דומיננטיות משותפת בדין הזר

המונח הלועזי המקביל לקבוצת ריכוז הוא "דומיננטיות משותפת" (collective dominance או shared monopoly): כוח שוק רב ומשותף למספר חברות. הכלים הרגולטוריים לרוב שונים מאלו המנויים בפרק קבוצת הריכוז הישראלי, כיוון שמרבית המדינות מסדירות קבוצות ריכוז בעקיפין דרך דיני המיזוגים, וגם האסדרה דרך דיני המונופולין אינה הולכת רחוק כמו הדין בישראל. עם זאת ניתוח הדין הזר יכול להקרין על הוכחתה של קבוצת ריכוז בישראל כיוון שהמבצנים להגדרתה של דומיננטיות משותפת בדין הזר מבוססים אף הם, במידה רבה, על התאוריה הכלכלית שנבחנה לעיל.

כפי שנראה להלן, התנאים המנויים בדין הזר להוכחת קבוצת ריכוז דומים, לפחות בחלקם, לתנאים להוכחת התאמה אוליגופוליסטית המנויים בתת-פרק ב.3 להלן, כמו גם לתנאים המנויים בחוק להוכחת קבוצת ריכוז.

בארצות הברית נבחנת דומיננטיות משותפת אך ורק באשר למיזוגים. אחד הפרמטרים לבחינת פגיעתו התחרותית של מיזוג מוצע מתמקד בשאלה אם המיזוג צפוי להגדיל את הפוטנציאל לתיאום או להתאמה אוליגופוליסטית אשר תיצור בין החברות הפועלות בשוק דומיננטיות משותפת. הנחיות המיזוגים האמריקאיות מפרטות רשימה של תנאים אשר יקלו דומיננטיות משותפת.⁷⁸ בין התנאים המנויים: שקיפות בתנאי ההתקשרות של החברות עם לקוחותיהם ובייחוד המחיר שהן גובות; הומוגניות במוצר או בשירות; היקף רחב של עסקאות קטנות אשר מצמצם את התמריץ לסטות מההתאמה וביקוש קשיח למוצר אשר אינו מתמרץ חברות להוריד את המחיר אלא להעלותו. מנגד, התפתחות טכנולוגית מתמדת או חברה קטנה אשר יש ביכולתה לצמוח במהירות ("מחוללת תחרות") יקשו התאמה. תנאי השקיפות וההומוגניות במוצר מנויים גם בסעיף 31(ב) לחוק הישראלי. יתר התנאים עולים מהספרות הכלכלית הבוחנת את התנאים לקיומה של התאמה אוליגופוליסטית, שהיא אחת הסיבות העיקריות בבסיסה של הדומיננטיות המשותפת שנסקרה בתת-פרק ב.3(ד) לעיל, ויש בהם כדי להוסיף למבחנים שקבע המחוקק הישראלי לבחינת קיומה של דומיננטיות משותפת.

האיחוד האירופי כולל כלים רחבים יותר לטיפול בהתאמה אוליגופוליסטית – בצד דיני המיזוגים, דומיננטיות משותפת מוסדרת גם דרך דיני המונופולין, בדומה לכלים שהוחלו בחוק ההגבלים העסקיים בישראלי בנוסחו הקודם. הגדרת הדומיננטיות המשותפת נבחנה לראשונה בהקשר של מונופולין. בפסק הדין *Italian Flat Glass*⁷⁹ הכיר בית המשפט האירופי באפשרות כי גופים עסקיים נפרדים ינצלו את הדומיננטיות הקולקטיבית שלהם לרעה במשותף. בית המשפט לא פירט את הנסיבות שבהן תימצא דומיננטיות קולקטיבית לבד מהתנאי כי בין החברות האוליגופוליות יתקיימו קשרים כלכליים אשר יהפכו אותן למחזיקות במשותף בעמדה דומיננטית.⁸⁰ בעניין *Compagnie Maritime Belge*⁸¹ קבע בית המשפט כי לשם הוכחת קיומה של דומיננטיות משותפת נדרש ששתי חברות או יותר, שהן ישויות משפטיות נפרדות, יציגו את עצמן או יפעלו יחדיו מבחינה כלכלית כישות משותפת.⁸² כן נקבע כי קביעת קיומה של דומיננטיות

U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, HORIZONTAL MERGER GUIDELINES (2010), <http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>

.Cases T-68/89 Societa Itlaiano Vetro v. Commission, [1992] 5 CMLR 302 79

שם, פס' 358. 80

Compagnie Maritime Belge Transports v. Commission, Cases C-395/96 and 396/96 P 81
[2000] 4 CMLR 1076

שם, פס' 36. 82

משותפת איננה חייבת להישען על הסכם מפורש בין החברות, אלא היא יכולה להתבסס על הערכה כלכלית של השוק, ובעיקר על מבנהו של השוק הרלוונטי.⁸³ על פי זה פרסמה הרשות האירופית רשימה של תנאים אשר עשויים להקל על התנהגות אוליגופוליסטית העולה לכדי דומיננטיות משותפת בשוק רשתות תקשורת אלקטרוניות, דוגמת גידול אטי בביקוש, מוצרים הומוגניים, מבנה עלויות זהה ונתח שוק דומה.⁸⁴

דוקטרינת הדומיננטיות המשותפת נדונה גם במסגרת תקנות המיזוגים האירופיות, אשר בוחנות את האפשרות לקיומו של תיאום אוליגופוליסטי בעקבות מיזוג.⁸⁵ בעניין *Kali und Salz*⁸⁶ התנגדה רשות ההגבלים העסקיים למיזוג בטענה כי הוא ייצור דומיננטיות משותפת בין הגוף הממוזג לבין חברה נוספת שפעלה בשוק. מסקנה זו התבססה, בעיקר, על קשרים מבניים ששררו בין החברות ומצאו ביטויים, בין היתר, במיזם משותף ובהסכמים משותפים לייצוא ולהפצה. בית המשפט האירופי דחה את הטענה, בקבעו כי במקרה דנן לא הוכח שהקשרים המבניים שעליהם הסתמכה הנציבות מספיקים על מנת להוכיח קיומה של דומיננטיות משותפת. טענה של דומיננטיות משותפת כבסיס למניעת מיזוג התקבלה בעניין *Gencor*.⁸⁷ שם קבע בית המשפט כי אין צורך להוכיח קיומם של קשרים מבניים בין החברות בשוק, אלא די בהוכחה כי בשוק קיימים תנאים כלכליים המקלים תיאום אוליגופולי. בין תנאים אלו מונה בית המשפט ריכוזיות, שקיפות והומוגניות המוצרים.⁸⁸ כן קבע בית המשפט כי מקום שבו שני מתחרים בשוק מחזיקים בנתח שוק גדול במיוחד, תחול חזקה ניתנת לסתירה כי מתקיימת דומיננטיות משותפת.⁸⁹

בית המשפט נדרש לשאלת הדומיננטיות המשותפת גם בעניין *Airtours*.⁹⁰ שם סירבה הרשות לאשר מיזוג בין שלוש חברות נסיעות מחשש להיווצרותו של אוליגופול שיחזיק בנתח שוק מצרפי של 80%. בית המשפט האירופי ביטל את ההחלטה בקבעו כי על הרשות להוכיח קיומם של שלושה תנאים מצטברים על מנת לבסס טענה של דומיננטיות משותפת: שקיפות, קיומם של תמריצים להתאמה וסיכוי גדול כי ההתאמה אכן תתרחש

83 שם, פס' 45.

84 EU 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

85 Nestle/Perrier, (Case No IV/M.190), 92/553/EEC, OJ 1992 L356/1

86 French Republic v. Commission, Joined Cases c-68/94 and c-30/95, 31 March 1998, ECR 1998, p.I-01375, OJ 1998 C209/2

87 Case T-102/96, Gencor Ltd v. Commission, 25 March 1999, ECR 1999, p. II-00753

88 שם, פס' 276, 277.

89 שם, פס' 206.

90 Case T-342/99, Airtours v. Commission, 6 June 2002, OJ 2002 C191/24, ECR 2202, p. II-02585

בפועל.⁹¹ תנאים אלו משקפים למעשה את התנאים המפורטים בספרות הכלכלית לקיומה ולעמידותה של התאמה אוליגופוליסטית. שקיפות נדרשת כדי שכל אחת מהחברות תוכל לדעת כיצד נוהגות שאר החברות בזמן אמת, ואם הן סוטות מהסטטוס קוו; התנאי השני בוחן תמריצים לתיאום בין החברות לאורך זמן; התנאי השלישי מתייחס לתנאי השוק אשר עשויים לסכל ניסיונות להתאמה אוליגופוליסטית. למשל, כניסה קלה יחסית של מתחרים חדשים יכולה לסכל ניסיונות להתאמה, כיוון שמתחרים חדשים יוכלו להיכנס לשוק בקלות ולהוריד את המחיר. בדומה לזה, בקווים המנחים שפרסמה רשות ההגבלים האירופית לבחינת מיזוגים פורטו תנאים המקלים התאמה, לרבות מיעוט חברות, משחק חוזר, חסמי כניסה גבוהים, זיהוי סטייה ואכיפת ההתאמה.⁹² כפי שניתן לראות בכירור, התנאים שאימצו האירופים להוכחת דומיננטיות משותפת דומים במידה רבה לאלו שאימצו האמריקאים, וכן מנויים בחלקם בחוק בישראלי.

גם **רשות התחרות האנגלית** פרסמה הנחיות להוכחת דומיננטיות משותפת.⁹³ אין צורך בהסכמה מפורשת על נקודת שווי משקל רווחית, אלא די בנקיטת אסטרטגיות אשר מביאות בחשבון את תגובת היריבים.⁹⁴ לשם הוכחת ההתאמה תבחן הרשות שינויי מחיר דומים (אם הם נובעים מתנאים חיצוניים או מהתאמה), פרסום מחירי השחקנים או הנחות וכיוצא בזאת.⁹⁵ ההנחיות מפרטות גם את התנאים המבניים המסייעים לחברות לפעול בשוק אוליגופוליסטי להימנע מתחרות, לרבות חסמי כניסה גבוהים, הומוגניות המוצר, דמיון בנתחי השוק ועלויות ייצור, יציבות הביקוש ועלויות הייצור בשוק, שקיפות, כושר ייצור, חסמים רגולטוריים ופערי מידע בין יצרנים ללקוחות המקטינים את התמריץ של שחקנים להתחרות על לבם של הצרכנים.⁹⁶

עד לא מכבר נדרשה רשות התחרות להעביר את דוחותיה על פגיעה בתחרות לוועדת התחרות.⁹⁷ הוועדה אף היא הוציאה קווים מנחים באשר לאופן שבו תחקור ותבחן שווקים.⁹⁸ לפי ההנחיות, על מנת שהתאמה בין חברות תצלח, עליה לעמוד בשלושת

91 שם, פס' 62.

92 GUIDELINES, לעיל ה"ש 84.

93 Market investigation references, GUIDANCE ABOUT THE MAKING OF REFERENCES UNDER PART 4 OF THE ENTERPRISE ACT (2006). קווים מנחים אלו אומצו גם בגוף החדש שהוקם במסגרת הרפורמה המבנית של רשויות התחרות האנגליות, ראו: <https://www.gov.uk/government/publications/market-investigation-references>.

94 שם, סעיף 6.4.

95 שם, סעיף 6.7.

96 שם, סעיפים 5.5–5.25.

97 Enterprise Act, 2002, c.40 § 134(1), (2).

98 GUIDELINES FOR MARKET INVESTIGATIONS: THEIR ROLE, PROCEDURES, ASSESSMENT AND REMEDIES (2013), https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284390/cc3_revised.pdf.

התנאים שזיהה סטיגלר: הסכמה, יכולת זיהוי סטייה וענישה בגינה. כן עליה להיות חסינה יחסית מפני גורמים חיצוניים שיערערו את בסיס ההסכמה.⁹⁹ בין התנאים המקלים את ההתאמה במבנה השוק מונות ההנחיות את יציבות הביקוש וההיצע של המוצר, הומוגניות המוצר והפירמות, סיווג לקוחות (לפי אזור או מגזר), שקיפות, כושר ייצור, חסמי כניסה גבוהים, כמות ונתח השוק של החברות שאינן מתאמות וכוח הצרכנים (למשל, צרכן חשוב יכול לגרום לאחד השחקנים לסטות מההסכמה).¹⁰⁰ בנוסף, החברות עצמן יכולות ליצור תנאים המקלים את ההתאמה דוגמת תיאום ציפיות עסקיות וזיהוי שחקנים חדשים שרוצים להיכנס לשוק.¹⁰¹ ההנחיות גם מציינות שהחברות יכולות להשתמש בכלים ראויים לכאורה לשם הגברת השקיפות, למשל כללים לניהול העסק, קודים אתיים, תקנים, שיתופי פעולה, מדריכים לחישובי מחיר וכדומה.¹⁰² לבסוף, החברות יכולות לערוך הסכמים ספציפיים אשר כביכול מגבירים את התחרות אך בפועל יוצרים תנאים לשקיפות, לדוגמה מחירים ללקוחות חשובים במיוחד עלולים לקבוע את מחיר המינימום בשוק.¹⁰³

עינינו הרואות, שהמבחנים לזיהוי של דומיננטיות משותפת דומים לאלו שבחוק הישראלי ומבוססים אף הם על שלושת תנאי סטיגלר. על כן ניתן ללמוד מהם גם לעניין הדין הישראלי. אין זה מפתיע משום שהחוקים ברחבי העולם מבוססים כולם על הניתוח הכלכלי של תנאים לדומיננטיות משותפת בדרך של התאמה אוליגופוליסטית. עם זאת רלוונטיות הדין הזר מוגבלת ברובה לשאלת הוכחת קיומה של קבוצת ריכוז ואיננה יכולה להיות לעזר בשאלות רבות העולות בפרק קבוצת הריכוז, דוגמת הסעד הראוי או מהות ההכרזה ונפקותה.

ו. מהות ההכרזה ונפקותה

הכרזתו של הממונה על קבוצת ריכוז כעל מונופולין היא קונסטיטיוטיבית, דהיינו ללא הכרזה כאמור אין חלות על קבוצת הריכוז הוראות פרק ד. הטעם לכך הוא שהשאלות אם קיימת מידת תחרות מועטה או קיימים תנאים לתחרות מועטה, וכן אם ניתן למנוע פגיעה בתחרות אינן פשוטות להוכחה. על כן בחר המחוקק להפחית את חוסר הוודאות בדרישה להכרזה פוזיטיבית, חד-משמעית, של הממונה על קיומה של קבוצת ריכוז בשוק מסוים, הכרזה שהיא תנאי-בלעדי-אין לתחולת הפרק. לפיכך ההכרזה צופה פני

99 שם, סעיף 250.

100 שם, סעיפים 251–255.

101 שם, סעיף 256–258.

102 שם, סעיף 260.

103 שם, סעיף 261.

עתיד, והיא איננה יכולה להוות בסיס להוראות שיסדירו פעולות אשר התקיימו בטרם היא ניתנה. ראוי לציין שביטול ההכרזה אינו מתבצע אוטומטית כאשר תנאי השוק משתנים. הבעייתיות בעובדה זו זהה לזו שבהכרזה על מונופולין רגיל.¹⁰⁴

החוק קושר את ההכרזה לא רק לתנאי קיומה של קבוצת ריכוז אלא גם לאפשרות האסדרה בפועל וליעילותה של אסדרה כאמור. הטעם לכך הוא שאם אי אפשר לפתור את בעיית התחרות המועטה באסדרה יעילה, אין טעם בהכרזה, שכן ממילא אין היא יכולה להוות בסיס לפעולה רגולטורית יעילה. בהקשר זה עולה השאלה מהם התנאים לאסדרה אפקטיבית כאמור. תנאי זה ייבחן להלן. בהקשר זה לא למותר לציין שאף שהחזקות המבניות עשויות להיות קשורות לחסמי כניסה מלאכותיים/טבעיים/יצירי המדינה, ההוראות מתמודדות רק עם החסמים המלאכותיים שיצרו הצדדים בשוק. כן נדגיש שמה שנדרש בעת ההכרזה הוא עצם קיומן של הוראות שניתן לתת ולא נתינתן בפועל. מצב זה אפשרי למשל כאשר שוק אוליגופוליסטי עומד בפני רפורמה תחרותית בידי רגולטור ענפי. הממונה מעדיף להמתין עד למיצוי הרפורמה של הרגולטור, אך מכין את הקרקע לפעולה מידית במקרה של כישלון הרפורמה. מכאן עולה גם שההכרזה יכולה לעמוד לבדה, והיא אינה חייבת להיות משולבת עם מתן הוראות כאמור.

שאלה מעניינת היא אם התנאי הקושר בין ההכרזה לבין יעילותה של האסדרה מתקיים גם כשניתן להניח שעצם ההכרזה והחרב של כלי האסדרה שיכול לבוא בעקבותיה ישנו את התנהגות החברות בקבוצת הריכוז, וייתר הצורך במתן הוראות כאמור. לדעתנו התשובה היא בחיוב. יעילות האסדרה נמדדת גם בשינוי תמריציהם של השחקנים להתנהג באופן העולה בקנה אחד עם מטרת החוק. ניתן אף לטעון שאסדרה יעילה אינה מחייבת אכיפה בפועל כל עוד היא אינה יוצרת תמריץ יתר לשינוי התנהגות.

ז. כלי האסדרה

ההכרזה על קבוצת ריכוז כשלעצמה היא רק צעד ראשון לקראת הגשמת מטרות החוק. עיקרו של פרק קבוצת הריכוז הוא באסדרת פעולותיה של קבוצת ריכוז שהוכרזה כאמור. משילוב הוראותיו של חוק ההגבלים עולה שכדי להפעיל כלי אסדרה נדרש שיתקיימו כמה תנאים: ראשית, כלי האסדרה נכנס לתוך אחת הקטגוריות המנויות בחוק; שנית, כלי האסדרה אפקטיבי בהגשמת מטרות החוק; שלישית, הממונה התייעץ עם המשרד הממשלתי הרלוונטי לתחום שבו פועלת קבוצת הריכוז, לפי נסיבות העניין. נבחן כל תנאי כסדרו.

104 מיכל (שיצר) גל, אמיר ישראלי "פעמון על צוואר החתול: הכרזות על מונופולין דרך חוק ההגבלים העסקיים" **משפט ועסקים** ז 139 (2007).

1. כלי האסדרה

חוק ההגבלים כולל רשימה של כלי אסדרה שיכולים להיות מופעלים בידי הממונה או בידי בית הדין להגבלים עסקיים. הכלים שהממונה מוסמך להפעיל עניינם מתן הוראות לחברי קבוצת ריכוז, כולם או חלקם, "כדבר צעדים שעליהם לנקוט כדי למנוע פגיעה או חשש לפגיעה משמעותית בציבור או בתחרות בעסקים בין חברי הקבוצה או בענף שבו הם פועלים, או כדי להגביר באופן משמעותי את התחרות בין חברי הקבוצה או בענף או ליצור תנאים להגברה משמעותית של התחרות בענף". בצד ההוראה הכללית כולל החוק שלוש דוגמאות לסעדים כאמור (דוגמת הסרתם או על צמצומם של חסמי כניסה לענף או של חסמים למעבר בענף, שהם תוצאה של מעשה או מחדל של מי מחברי הקבוצה). המשותף לשלוש הדוגמאות הוא שעסקינן בסעדים התנהגותיים, המופנים לחברי קבוצת הריכוז או חלקם. בנוסף, מוסמך הממונה לפנות לבית הדין בבקשה שיחיל סעדים מבניים שעיקרם מכירת החזקות.¹⁰⁵

2. מטרת האסדרה

התנאי השני שדורש החוק להפעלת כלי האסדרה הוא שכלי זה נועד, ועשוי, "למנוע פגיעה או חשש לפגיעה משמעותית בציבור או בתחרות בעסקים בין חברי הקבוצה או בענף שבו הם פועלים, או להגביר באופן משמעותי את התחרות בין חברי הקבוצה או בענף או ליצור תנאים להגברה משמעותית של התחרות בענף".¹⁰⁶ על פי הוראות החוק, פגיעה בתחרות בעסקים או פגיעה בציבור כוללות פגיעה במחיר, באיכות, בכמות, בסדירות ההספקה ותנאיה וכן ביצירת חסם כניסה לענף או חסם למעבר בענף.¹⁰⁷ צורת הפגיעה האחרונה – חסם כניסה – שונה מיתר צורות הפגיעה המנויות בחוק. כל היתר נובעות מפורשות מהתנהגותן של החברות הפועלות בשוק ונתונות לשליטתן, לפחות חלקית. לעומת זאת חסם כניסה או מעבר בשוק יכול להיות תוצאה של פעולות של חברות אחרות בשוק או אף של תנאיו הטבעיים של השוק. כמו כן כל היתר משפיעים ישירות על הצרכן, וחסם כניסה משפיע על המתחרים בשוק ורק בעקיפין על הצרכן. הסעיף כולל שתי מטרות לאסדרה: הראשונה היא רֶאָקְטִיבִית והיא כוללת תגובה למצב קיים או למצב שעלול לקרות: מניעת פגיעה קיימת או צפויה בציבור או בתחרות. כלל זה צופה פני עתיד במוכן אחד: אין צורך שהפגיעה תתרחש בפועל כל עוד קיימת סבירות שהיא תתממש בעתיד. מתן הוראות מותנה בהתקיימותם של שני תנאים: ראשית, ההתנהגות תורמת להפחתת התחרות או לפגיעה אחרת בציבור או חשש כאמור. התנאי

105 סעיף ג31(ב) לחוק ההגבלים העסקיים.

106 תנאי זה עולה הן מסעיף ג31 (המגדיר את מטרת האסדרה) והן מסעיף א31 (המגדיר את התנאים בטרם יכריז הממונה על קבוצת ריכוז).

107 סעיף ג31(ד) לחוק ההגבלים העסקיים.

להתערבות הוא נמוך: הוכחת פגיעה בפועל אלא אם קיים רק חשש לפגיעה בתחרות, שאז על הפגיעה להיות משמעותית;¹⁰⁸ שנית, קיומו של קשר סיבתי בין ההתנהגות לבין הפגיעה כאמור.¹⁰⁹

המטרה השנייה של האסדרה היא אקטיבית, ועניינה הגברה ניכרת של התחרות או יצירת תנאים להגברת התחרות כאמור. המטרה הראשונה דומה להוראות רבות אחרות בחוק המנסות לשמר רף תחרות קיים או שהיה קיים בעבר, ואילו השנייה צועדת צעד אחד קדימה ומאפשרת התערבות על מנת להעלות את רף התחרות באמצעות התערבות בתנאי השוק ושינויים. למשל, הממונה רשאי ליתן הוראות שמטרתן יצירת תנאים לכניסתו של מתחרה חדש בשוק או לחיזוקו של מתחרה קיים או להורות לחברות בקבוצת הריכוז להרחיב את סל מוצריהן. סמכות זו רחבה מכל סמכות אחרת בחוק ההגבלים הניתנת לממונה: לראשונה מוענקת לו סמכות לתת הוראות להגברת התחרות.¹¹⁰ בכך היא חוצה את הקו אל עבר רגולציה מסורתית של שווקים אשר עד עתה לא הייתה חלק מדיני ההגבלים העסקיים. נחזור לנקודה זו להלן. זאת ועוד: הממונה מוסמך ליתן הוראות שייצרו תנאים להגברה משמעותית של התחרות בענף ולא רק במקטע שבו פועלת קבוצת הריכוז ובו קיים כשל שוק. ניתן להניח שייחודיותו של כלי זה הביאה גם לכך שהסעיף מחייב שיפור משמעותי בתחרות או ברווחת הציבור כתנאי להתערבות רגולטורית כאמור.¹¹¹

לדעתנו, ההבדל בין מניעת פגיעה בתחרות לבין קידומה נעוץ בשאלה אם עסקינן בחסם לתחרות שנוצר או שעתיד להיווצר באופן מלאכותי בידי החברות בקבוצת הריכוז, או שמא מקורו ביתר תנאי השוק. מכל מקום, נראה לנו שהליך מתן ההוראות אין עניינו הענשת בעל המונופולין על התנהגות העבר אלא באיזון האינטרסים השונים העומדים על הפרק.¹¹² יתרונו העיקרי גלום באפשרות שהוא יוצר למנוע פגיעה עתידית בתחרות או בציבור, שכן די בפגיעה בכוח על מנת ליתן הוראות לקבוצת ריכוז. מתן הוראות הוא הליך מניעתי, אשר ניתן לנקטו גם כשרק קיים חשש מפני פגיעה בתחרות ואינו מחייב הליך משפטי ארוך בפני ערכאה שיפוטית.

108 באשר לחשש לפגיעה כאמור, החוק דורש פגיעה קשה. סעיף 31ב(2) לחוק ההגבלים העסקיים.

109 תנאים אלו נובעים בין היתר מהפסיקה שפירשה את סעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים, הקובע הוראות דומות. ראו למשל ה"ע מונ' 2/92 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ, 2000 הגבלים עסקיים 3008136 בפס' 17. בעניין סעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 לניתוח סעיף 30 ראו: מיכל (שיצר) גל, הילה נבו ומנחם פרלמן, "הסדרת מונופולין" ניתוח משפטי וכלכלי, לעיל ה"ש 7.

110 פרוטוקול ישיבה מס' 431 של ישיבת הכלכלה, הכנסת ה-18, 34 (31.01.2011) דברי היועצת המשפטית של הוועדה.

111 סעיף 31ג(א) לחוק ההגבלים העסקיים.

112 תיק מו' 1/93 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' חברת דובק, פס' 13 (פורסם בנבו, 17.1.1995).

3. התייעצות עם רגולטור ענפי

כשסמכויות לעניין אסדרתו של הענף שבו פועלת קבוצת הריכוז נתונות למשרד ממשלתי או לגוף אחר (להלן: "רגולטור ענפי"), מחיל החוק תנאי נוסף לאסדרת קבוצת ריכוז, שעניינו רמת שיתוף הפעולה בין הממונה לבין הרגולטור הענפי.¹¹³ הסעיף קובע שתי רמות לשיקול דעתו של הממונה בעת אסדרתה של קבוצת ריכוז הפועלת בענף שאסדרתו היא בתחום אחריותו של רגולטור ענפי או של אחד ממשרדי הממשלה. הרמה הראשונה היא התייעצות בלבד עם הרגולטור הענפי והותרת שיקול הדעת הסופי בידי הממונה. חובה זו חלה הן כאשר הממונה שוקל לתת הוראות לקבוצת הריכוז באשר צעדים שמטרתם מניעת פגיעה ניכרת בתחרות או בציבור והן בנוגע לפנייה לבית הדין על מנת שיתן סעד מבני. הרמה השנייה מחייבת קבלת הסכמתו של הרגולטור הענפי. רמה זו תחול כאשר מטרת ההוראות היא להגביר במידה ניכרת את התחרות בין חברי הקבוצה או בענף או ליצור תנאים להגברה ניכרת של התחרות כאמור כיוון שראוי שרגולציה המעודדת תחרות תהיה מוסכמת על כל הרגולטורים המעורבים.

הלכה למעשה, הוראות אלו מעניקות לממונה זכות הכרעה בכל הנוגע למניעת פגיעה בתחרות או בציבור בידי קבוצות ריכוז.¹¹⁴ מהדיונים בהצעת החוק עולה שמטרת המחוקק הייתה לחזק את מעמדו של הממונה ביחס לרגולטורים אחרים וכן לחזק את שיקולי התחרות ביחס לשיקולים רגולטורים סטנדרטיים על פני השווקים כולם.¹¹⁵ הטעם למתן סמכות זו דווקא לרשות ההגבלים העסקיים היא שרשות זו היא בעלת מומחיות בהתמודדות עם כשלי תחרות בכל שוק, ולכן בסוגיות אלו ראוי שדעתה תהא הקובעת.¹¹⁶ לא נקט הרגולטור הענפי צעדים למניעת פגיעה בתחרות, רשאי הממונה לעשות כן לאחר התייעצות עם הרגולטור הענפי גם ללא קבלת הסכמתו. שינויים אלו מבטאים את מגמת השינוי הקונספטואלי שחל באשר לתפיסתן של קבוצות ריכוז והשלכותיהם של כשלי השוק שהן יוצרות על המשק והציבור הישראלי, כמו גם באשר לייעילותם היחסית של רגולטורים ענפיים בשימור תנאי תחרות. מובן שדרך המלך היא הסכמה ושיתוף פעולה בין הרגולטורים השונים, אך בעת שזו אינה צולחת, ניתנת לממונה הסמכות להכריע לבדו על אסדרה כאמור. בטרם נפנה לדיון אם הדין המצוי הוא רצוי, ננתח כמה דוגמאות לתחולת החוק המאירות את הדין המצוי.

113 סעיף ג31(ג) לחוק ההגבלים העסקיים.

114 סעיפים ג31(ג)–ג31(ד) לחוק ההגבלים העסקיים.

115 פרוטוקול ישיבה מס' 291 של וועדת הכלכלה, הכנסת ה-18, 8 (7.7.2010), דבריו של פרופ' זוהר גושן.

116 פרוטוקול ישיבה מס' 466 של וועדת הכלכלה, הכנסת ה-18, 7 (23.02.2011).

ח. דוגמאות לתחולת החוק וניתוחן

עד עתה היה דיוננו בעיקר תאורטי. כדי להדגים את החלתו בפועל של פרק קבוצת הריכוז ננתח להלן את שלושת המקרים שבהם הוכרזה קבוצת ריכוז או ניתנה הודעה על כוונה להכריז כאמור. מקרים אלו מדגימים כיצד החוק פותר חלק מהבעיות שאפיינו את החוק בנוסחו הקודם, אך גם מאירים חלק מהבעיות שיצר החוק, כמו גם את הפרשנות הבעייתית של הממונה הקודם למטרתו של הפרק והיקף תחולתו.

1. הודעה על כוונה להכריז בשוק תרכובות המזון לתינוקות

ב-2013 הוציא הממונה הודעה לעיתונות על כוונה להכריז על שוק תרכובות המזון לתינוקות (להלן: "תמ"ל") כקבוצת ריכוז, בכפוף להליך שימוע לחברות.¹¹⁷ במהלך הליך השימוע הגיע הממונה להסכמה עם שלוש החברות הדומיננטיות בתחום על יישום מתווה לפתיחת התחום לתחרות אשר ייתר את הצורך בהכרזה על קבוצת ריכוז.¹¹⁸ על פי הודעת הממונה, ארבע חברות התמ"ל החזיקו יחדיו בכ-99% מהשוק הרלוונטי. עם זאת קיימת שונות רבה בנתחי השוק שבהם החזיקו. שתי חברות היו בעלות נתחי שוק גדולים ושתיים בעלות נתחים קטנים בהרבה, אחת עם כאחוז מהשוק. מוצרי התמ"ל מאופיינים בתחליפיות נמוכה: רוב ההורים המנסים מוצר אחד ומרוצים ממנו לא יעברו למוצר אחר, גם אם הוא זול יותר. על כן קיימת חשיבות רבה לחשיפה הראשונה של ההורים למוצר. זו נעשית, במקרים רבים, בבית החולים שבו נולד התינוק. לפיכך לחברות התמ"ל היה תמריץ חזק לספק את מוצריהן לבתי החולים. בדיקת הרשות חשפה שלשתי חברות התמ"ל הגדולות היו חוזים ארוכי טווח עם בתי החולים, שלפיהם סיפקה כל אחת מהן בבלעדיות את התמ"ל לכמחצית מבתי החולים בארץ. חוזים אלו היו רווחיים עבור בתי החולים כיוון שבתמורה לבלעדיות סופקו התמ"ל ומוצרים נלווים בחינם, וכן במקרים מסוימים קיבלו בתי החולים תשלום נוסף עבור זכות הבלעדיות. המתחרות הקטנות לא הצליחו להיכנס לבתי החולים, ועל כן עמדו בפניהן חסמי כניסה גבוהים לכניסה לשוק. בשל מאפיינים אלו יכלו חברות התמ"ל הגדולות לדרוש מחיר גבוה עבור התמ"ל הנרכש בידי ההורים לאחר שחרורו של הרך הנולד מבית החולים. הממונה החיל על מקרה זה את פרק קבוצת הריכוז. על מנת לקבוע שעסקינן בקבוצת ריכוז קבע הממונה שמספר מצומצם של חברות סיפק, יחדיו, יותר ממחצית מההספקה של המוצרים בשוק. על פני הדברים, התנאי שלפיו קיימת ביניהן תחרות מועטה בפועל אינו מתקיים, לפחות לא כשמדובר בנקודת הכניסה של הצרכנים לשוק, הצובעת את כל

117 תרכובות מזון לתינוקות, לעיל ה"ש 74.

118 צו מוסכם בין הממונה לבין מטרנה, פרומדיקו וטבע (10.12.2013).

התנהגות הצרכנים ובהתאמה את התנהגות החברות מאוחר יותר.¹¹⁹ על כן בטרם התיקון היה בלתי אפשרי להכריז על החברות כעל בעלות מונופולין. בעיה זו נפתרה בפרק קבוצת הריכוז, שבו הושם דגש לא רק בסממנים התנהגותיים של החברות הפועלות בשוק אלא גם, ובעיקר, בסממניו המבניים שהם התנאים להיווצרותם של אוליגופולים. לפיכך החיל הממונה את התנאי שלפיו מתקיימים בשוק תנאים לתחרות מועטה. הוכח שהכניסה לענף כרוכה בעלויות מחקר ופיתוח גבוהות במיוחד, לשם שיווק מוצר איכותי ואמין.¹²⁰ שנית, קיימים חסמי כניסה רגולטוריים בייבוא מוצרי תמ"ל.¹²¹ לבסוף, חברות התמ"ל יוצרות חסמי כניסה מלאכותיים לשוקן באמצעות חוזים המגבילים את מחלקות היולדות בבתי החולים ומונעים גישה לספקי תמ"ל חדשים. שילוב זה מקשה על חברות חדשות להיכנס לתחום.¹²² כן קבע הממונה ששניים מהתנאים הקבועים בחוק הוכחו: חברי הקבוצה מספקים מוצר להיקף רחב של לקוחות, ונתחי השוק של החברות בקבוצת הריכוז דומים כיוון שנתחיהן של שתיים מהחברות ששיעורם הוא 41.37% ו-56.51% מנתח שוק התמ"ל. לאור האמור לעיל קבע הממונה שהוא מתכוון להכריז על חברות התמ"ל שהן קבוצת ריכוז. ייאמר כבר עתה שבעניינו לא התקיים התנאי שנתחי השוק דומים, כיוון שכוונת המחוקק הייתה שנתחיהן של כל החברות בקבוצת הריכוז יהיו דומים ולא רק של חלק מהן. שאם לא כן, תנאי זה מאבד מתוכנו.

על מנת למנוע פגיעה בתחרות קבע הממונה שייאסר על כל חברה מהחברות לשווק את מוצריה ליותר מ-70% מכלל בתי החולים המספקים שירותי ילודה על מנת לוודא שקיימת כניסה לשוק זה דרך ה-30% הנותרים. בנוסף ייאסרו חוזי בלעדיות בין החברות לבתי החולים בהספקת תמ"ל; תינתן אפשרות בחירה להורים בין לפחות שני סוגי תמ"ל; תיאסר עריכת חוזים להספקת תמ"ל בין החברות לבתי החולים שמשך תוקפם יעלה על שנתיים.

הצו המוסכם, שאושר בבית הדין, קובע בין היתר כי חברת תמ"ל תוכל לשלם לבית חולים עבור הזכות לספק לו תמ"ל רק בתנאי שבית החולים מאפשר לכל החברות לספק לו תמ"ל בתנאים שוויוניים. התשלום לבית החולים ייעשה רק על פי הכמות שתספק החברה בפועל, כלומר לפי מספר היילודים שצרכו את המוצר של החברה מתוך סך היילודים שצרכו תמ"ל באותו בית חולים, ובכפוף לסכום מרבי שנקבע בצו. הרשות טענה ובית הדין אישר כי מנגנון זה מצד אחד מדרבן את בית החולים להציע את כל

119 העובדה שכל אחת משתי החברות המרכזיות סיפקה קרוב ל-50% מבתי החולים הייתה אולי יכולה להיות קצה חוט לבחינה, אולם הרשות לא המשיכה בקו חקירה זה.

120 פניות ציבור בנוגע למחירי תרכובות מזון לתינוקות, בעמ' 2, <https://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02815.pdf>.

121 שם.

122 תרכובות מזון לתינוקות, לעיל ה"ש 74.

המבחר להורים, ומצד שני אינו מכביד על חברות התמ"ל ומקל על החברות הקטנות להיכנס לבתי החולים ולצמוח בשוק.¹²³

השאלה אם היה ראוי להשתמש בכלי של קבוצת ריכוז במקרה זה איננה טריוויאלית. מחד, הצו המוסכם הוריד את אחד החסמים הראשיים לתחרות בשוק האמור – ההתנסות הראשונה של ההורים עם המוצר. אכן, בתוך שנתיים צמח נתח השוק של אחת החברות הקטנות צמיחה ניכרת (ואילו השנייה יצאה מהשוק), וחברה נוספת הודיעה על כניסתה לשוק. זאת ועוד: הכלי האסדרתי של קבוצת ריכוז אפשר עיצוב סעד גמיש, המותאם לנסיבות, אשר התגבר על הבעיות באסדרת ההתנהגות בדרך אחרת. כך למשל תקיפת חוזי הבלעדיות בין שתי חברות התמ"ל הגדולות לבין בתי החולים כהסדרים כובלים הייתה מחייבת, בין היתר, תקיפה פרטנית של כל חוזה בנפרד. יתרה מזאת: הכללת המתחרות הקטנות בקבוצת הריכוז אפשרה לוודא שאף הן לא תיכנסנה לחוזי בלעדיות. מאידך ניתן לטעון שעל אף יעילותו של הסעד חלק מהוראות החוק לא התמלאו במקרה הנדון. אם חברות התמ"ל התחרו זו בזו על חוזי הבלעדיות עם בתי החולים על מנת להשפיע על ההתנסות הראשונה של הצרכן עם תמ"ל, הרי אין כאן התאמה אוליגופוליסטית, לפחות לא בשלב הבחירה של בתי החולים. הטעם בהוספת התנאי שלפיו ניתן להוכיח קיומה של קבוצת ריכוז רק על בסיס תנאים מבניים נועד להקל הוכחת תחרות מועטה בין המתחרות, אך כשברור שקיימת תחרות ביניהן, השימוש בכלי ההכרזה אינו נופל בגדר כוונת המחוקק. במקרה זה היה ניתן אולי לטעון שחלוקת השוק בין שתי החברות הגדולות חצי לזאת וחצי לזאת והעובדה שכמעט שום בית חולים לא עבר למתחרה אחר, היוו אינדיקציות – ולו חלקיות – להתאמה אוליגופוליסטית. זאת ועוד: התחרות הראשונית אינה מונעת את ההתאמה האוליגופוליסטית שבאה בעקבותיה ואף עוזרת ליצור אותה לאחר שהדרך הנולד משתחרר מבית החולים והוריו נדרשים לבחור את התמ"ל עבורו. אשר על כן היה ניתן לבחון את קיומם של התנאים לתחרות מועטה בשלב השני, המתאפיין בחסמי כניסה גבוהים. החלטת הממונה אינה מספקת עובדות מספיק על מנת לקבוע אם אפשרויות תאורטיות אלו התקיימו בפועל. מכל מקום, לדעתנו קיימת בעייתיות בהכללת שתי החברות הקטנות בתוך קבוצת הריכוז כאשר אלו לא פעלו בהתאמה אוליגופוליסטית עם המתחרות הגדולות אלא ניסו לערער על מעמדן של האחרונות הן בקשריהן עם בתי החולים והן ישירות בקשריהן עם הצרכן. החוק מחייב שבין כל חברי הקבוצה תתקיים תחרות מועטה, אם בכלל, ולא ראוי לעקוף תנאי זה בהחלה לשונית-דווקנית של התנאים המבניים.

123 בית הדין להגבלים עסקיים, אישור צו מוסכם (2014).

2. הודעה על כוונה להכריז בשוק פריקת המטענים בנתב"ג

באוגוסט 2013 יצאה הודעה לעיתונות שלפיה הממונה מתכוון להכריז על שוק פריקת המטענים בנמל התעופה בן גוריון (להלן: "נתב"ג") כקבוצת ריכוז, בכפוף לשימוע שייערך לחברות.¹²⁴ לבסוף הודיעה הרשות כי לאחר בדיקה נוספת ובשל שיקולים של סדר עדיפויות, שלא תכריז עליהן.¹²⁵

בשוק הספקת שירותי מסוף מטענים אווירי עבור מטען כללי (להלן: "שוק פריקת המטענים") פועלות כיום שתי חברות בלבד. הקושי בכניסת חברות חדשות לשוק זה נובע מחסמים יצירי המדינה ובראשם הצורך בקבלת זיכיון מרשות שדות התעופה לשם הספקת שירותי פריקת מטענים. כמו כן מספר המסופים בנתב"ג מוגבל, עובדה היוצרת קושי להיכנס לתחום זה. יתרה מזאת, כניסה לשוק כרוכה בעלויות גבוהות. על כן מאופיין שוק פריקת המטענים בחסמי כניסה גבוהים. בנוסף, קבע הממונה שמשלחים ובלדרים המשתמשים בשירותי הפריקה והטעינה מתקשים לעבור ממסוף למסוף, ולכן קיים קושי למעבר בענף.¹²⁶

ההוראות שהציע הממונה מטפלות בעובדה שצרכני חברות פריקת המטענים הם לקוחות שבויים. במצב הנוכחי המשלחים, צרכני החברות, מתקשרים עם חברת התעופה המציעה שירות כולל הן עבור ההובלה והן עבור הפריקה, הטעינה והאחסנה. אולם את המסוף בוחרת חברת התעופה, והתשלום עבור שירותי ההובלה נפרד מהתשלום עבור שירותי הפריקה. למעשה, הלקוח צורך בעקיפין את שירותי חברות הפריקה מבלי מתן אפשרות בחירה, ולכן כוח המיקוח שלו עמין חלש.¹²⁷ ההוראות שהציע הממונה מטרתן לשנות את תנאי המיקוח של צרכני קבוצת הריכוז: המשלחים ישלמו לחברות התעופה תשלום כולל עבור ההובלה והפריקה, וכך חברות התעופה תתמרצנה להתמקח עם חברות הפריקה לשם הורדת המחיר. לפיכך חברות התעופה תהפוכנה להיות לקוחות חברות הפריקה, ותיווצר זהות בין בעלי כוח המיקוח לצרכני השירות.¹²⁸

כמו במקרה הקודם, הסעד שהוצע היה יכול להפחית במידה ניכרת את בעיית כוח המיקוח של הצרכנים עם חברות פריקת המטענים. עם זאת הבעיה התחרותית נעוצה דווקא בכוח השוק היוניטרלי של כל אחת מהחברות כלפי צרכניה הסופיים, ולא עלתה כאן כל טענה לתחרות מועטה **בין החברות בקבוצת הריכוז**. הסתמכות על תנאים מבניים – שמטרתם מלכתחילה הייתה להקל את הוכחתה של תחרות מועטה בין החברות

124 שימוע לפני הכרזה על שוק פריקת המטענים בנתב"ג כקבוצת ריכוז (2013) (להלן: **שוק פריקת המטענים בנתב"ג**), <http://www.antitrust.gov.il/subject/151/item/32771.aspx>.

125 זהר בלומנקרניץ "שוק פריקת המטענים המסחריים בנתב"ג לא יוכרז כקבוצת ריכוז" **דה מארקר** (14.01.2014) 1.2217306 <http://www.themarket.com/news/aviation/1.2217306>.

126 **שוק פריקת המטענים בנתב"ג**, לעיל ה"ש 124.

127 ש.ם.

128 ש.ם.

בקבוצה – בלא קשר למטרה שהם אמורים לשרת, בעיקר כאשר ברור וידוע שאין פגיעה בתחרות בין החברות בקבוצת הריכוז, חורגת לדעתנו ממטרת החוק.

3. הכרזה על הנמלים כקבוצת ריכוז

השימוש החשוב ביותר שנעשה בכלי של קבוצת הריכוז עד עתה הוא הקביעה שנמל אשדוד ונמל חיפה מהווים קבוצת ריכוז בנושא פריקה והטענה של מכולות והשתת כמה הוראות למניעת פגיעה בתחרות בשוקיהן.¹²⁹ לנמלי הים חשיבות רבה בשל מיקומה הגאוגרפי של ישראל – מרביתן המוחלט של הסחורות המיובאות או מיוצאות לחו"ל מגיעות בתעבורה ימית.¹³⁰ נמלי הים משמשים נקודת חיבור בין התובלה הימית לתובלה היבשתית. בשל כך מחיריהם ורמת התייעלותם משפיעים על מרבית השווקים במדינת ישראל. בישראל קיימים שלושה נמלים עיקריים לפריקה והעמסה של סחורות: חיפה, אשדוד ואילת, כאשר האחרון אינו עוסק כמעט בשינוע מכולות. במסגרת ניסיונות לייעל את הנמלים ולהכניס תחרות לשוקיה החליטה ממשלת ישראל לפתוח שני מסופי מכולות חדישים, בחיפה ובאשדוד, אשר יפעלו בסמיכות לחברות הנמל הקיימות אך בידי מפעילים חדשים. במסגרת זאת ועל מנת למנוע מהנמלים הקיימים ליצור מכשלות מלאכותיות לתחרות בפני מתחריהם החדשים, הכריז הממונה כאמור.

על פי ההכרזה, שני הנמלים יחדיו מרכזים בידם כמעט לחלוטין את הספקת שירותי הנמל, ועל כן הם מחזיקים יותר מ-50% מכלל השוק הרלוונטי. העובדה שהשוק מנוהל בידי שני שחקנים דומיננטיים בלבד מקיימת גם את דרישת החוק ל"קבוצה מצומצמת".¹³¹ הממונה ביסס את הקביעה שעסקינן בקבוצת ריכוז על קיומם של תנאים מבניים בשוק. נקבע שהשוק מאופיין בחסמי כניסה גבוהים, הכוללים בין היתר איתור שטח המתאים לפעולות טעינה ופריקה, רכישת ציוד ייעודי יקר וקבלת רישיונות מהמדינה.¹³² כן נקבע שבשוק של שירות פריקת המטענים הימיים מתקיימים ארבעה מתוך ששת התנאים הנוספים לבחינת תחרות מועטה: ראשית, חסמי מעבר גבוהים: בעלי המטען יוצרים קשר עם חברת ספנות, וזו קובעת את הנמל שבו תבוצע הפריקה. לכך מתווסף הכרחן של חברות הספנות לעמוד בזמנים, בכפוף ל"החלון התפעולי" המוקצה מטעם חברות הנמל. לפיכך החלפת נמל אחד באחר מגדילה במידה ניכרת את עלויות ההובלה על אף סמיכותם הגאוגרפית; שנית, נתחי שוק דומים המקלים עליהם להגיע לשיווי משקל דמוי קרטל ולשמור עליו יציב יחסית.¹³³ נמל אשדוד אמנם מחזיק בנתח שוק גדול מזה של נמל חיפה, אך לא בהרבה. בהקשר זה הדגיש הממונה שהחזקת

129 הממונה בעניין חברות הנמל, לעיל ה"ש 27.

130 ש.ם.

131 ש.ם.

132 ש.ם, סעיפים 82–90.

133 ש.ם.

נתחי שוק גדולים לאורך זמן, כמו של שני הנמלים, בשווקים המוגדרים היטב, יכולה להעיד על כוח שוק;¹³⁴ שלישית, שירותי שני הנמלים הומוגניים במידה רבה. הומוגניות השירות נבחנת על סמך דמיון בסוג השירות ומאפייניו, ואם בעיני הצרכן מיועדים שני השירותים לאותו שימוש.¹³⁵ בענייננו טען הממונה ששני הנמלים מספקים שירות דומה מאוד של פריקה וטעינה של מכולות ללא הבדלים של ממש וכמעט ללא הבדל במחיר השירות. בנוסף, מנקודת מבטם של לקוחות רבים השירותים הניתנים בנמלים דומים במידה רבה, ולכל היותר מתאפיינים בהבדלים קטנים.¹³⁶ על כן קבע הממונה שתנאי הומוגניות השירותים מתקיים. רביעית, מתן שירות למספר רב של לקוחות – לחברות הנמל מאות לקוחות, ובכלל זה עשרים חברות ספנות ויבואנים ויצואנים, ומכאן שהיקף העסקאות והתנועה הפוקדת את הנמלים מדי יום כביר.¹³⁷

התנאי האחרון להכרזה הוא שניתן לנקוט צעדים אשר עשויים למנוע פגיעה בתחרות או בציבור או להגביר את התחרות. הממונה קבע סוגי הוראות לשם מילוי התנאי האמור.¹³⁸ ראשית, נאסר על חברות הנמל להתמודד במכרזים על מסופי המכולות החדשים אשר נבנים בסמוך להן ולהרחיב עסקיהם הקיימים עד למועד פתיחת השוק למתחרים החדשים, אלא בהיתר מהממשלה. זאת משום ששטח המקרקעין שעליו ניתן להקים מסוף מוגבל, ולכן יתאפשר לחברות הנמל החדשות שייכנסו להקים מסופים איכותיים וראויים אשר יוכלו להוות פקטור ממשי בתחרות פנים-נמלית. שנית, נאסר על הנמלים לבצע כל פעולה שאינה במסגרת תחרות הוגנת, אשר תפגע בתפעול המסופים החדשים בידי המתחרים שיתווספו.¹³⁹ מאחר שחברות הנמל החדשות שעתידות לקום יכולות להיזקק למשאבים אשר מצויים ברשותן של חברות הנמל (מקרקעין, תשתיות וכד'). ההחלטה כוללת פירוט חלקי של הוראה זו, לרבות איסור להפריע בהקמת המסופים החדשים, מתן שימוש הוגן וסביר בתשתית הדרושה למפעילי הנמל החדשים אך נמצאת בחזקתן של חברות הנמל, הענקת שירותים הנדרשים להפעלת המסופים החדשים בסבירות ואיסור על שינויים בהיקף השירותים שמציעות חברות הנמל כיום ועל אפליה בין לקוחותיהן.¹⁴⁰ הוראות אלו הן חלק מהניסיון להגביר את התחרות בשוק הנמלים בישראל. הן מבוססות על ההכרה שאין די בקידום התחרות הבין-נמלית, ושיש חשיבות גבוהה לתחרות התוך-נמלית, בעיקר בשל קיומם של חסמי מעבר גבוהים בענף, כפי שעשו מדינות רבות בעולם.¹⁴¹ הממונה הגיע לצו מוסכם הכולל הוראות אלו עם

134 ש.ם.

135 ש.ם.

136 ש.ם.

137 ש.ם, סעיפים 95–122.

138 ש.ם.

139 ש.ם.

140 ש.ם סעיפים 134–136, 160.

141 ש.ם.

נמל אשדוד, אולם הערר על החלטתו בנוגע לנמל חיפה עדיין תלוי ועומד בפני בית הדין להגבלים עסקיים.

אין אנו מבקשים לנתח את התשתית העובדתית שעליה נסמכת ההכרזה, המצויה כיום בפני הערכאות השיפוטיות. עם זאת נאיר כמה נקודות עקרוניות יותר: הנקודה הראשונה נוגעת ליחס שבין חסמי מעבר בשוק והגדרתו. מקום שבו חסמי המעבר בענף גבוהים, הביקוש הצרכני לכל אחד מהנמלים לא יוגבל בנידה ניכרת בידי צרכני המתחרה השני והם לא יפעלו באותו שוק. בנסיבות אלו היה ניתן אולי להכריז על כל אחד מהם, בנפרד,

בתור מונופולין אזורי לתת להם הוראות כבעל מונופולין.¹⁴²

הנקודה השנייה נוגעת לסעד. ההכרזה האמורה מיטיבה להדגים את הגמישות בסעד שניתן לתת בגדרה. הסעד שניתן צופה פני עתיד, והוא מתמודד עם נקודת זמן עתידית החיונית להגברת התחרות: כניסתם של מתחרים חדשים לשוקי הנמל. נקודת זמן זו יכולה להיות נקודת מפנה בתחרות, בשל ההזדמנות שנוצרה להכנסת מתחרים חדשים לשוק. בשל האינטרס המובהק של המתחרים הקיימים לחבל בתחרות זו קבע הממונה הוראות שמטרתן להקטין את החשש לפגיעה בתחרות כאמור. הוראות אלו לא רק מחייבות את הנמלים הקיימים להימנע מלנקוט פעולות אשר יקשו את הכניסה לשוק, אלא גם מחייבות אותן לאפשר לחברות הנמל החדשות להשתמש בכל התשתיות המשותפות ללא הפליה. הממונה מגדיר "תשתיות משותפות" הגדרה רחבה ככל נכס המצוי בחזקתה של חברת הנמל, הנדרש בסבירות לצורך תפקודו של השחקן החדש אם אין בידו חלופה סבירה לשימוש בו. כן אוסר הממונה על חברות הנמל לסרב להעניק שירות הנדרש בסבירות להפעלת השירותים בידי המתחרים החדשים אלא אם הוסמך מפעיל חדש לתתו.¹⁴³

ניתוח שלוש ההחלטות שבהן ביקש הממונה להשתמש בכלי של קבוצת ריכוז מעלה שתי מסקנות עיקריות: ראשית, כלי האסדרה החדש אכן יכול לתפוס בגדרו התאמה אוליגופוליסטית שלא הוסדרה ישירות בחוק בטרם הוסף פרק קבוצת הריכוז; שנית, הממונה הקודם החיל בשני מקרים פרשנות רחבה ביותר של הכלים האסדרתיים של קבוצת ריכוז, התופסת בגדרה כל התנהגות הפוגעת בתחרות בשוק אוליגופוליסטי, ללא קשר לשאלה אם קיומה של קבוצת הריכוז אפשרה אותה. עד עתה לא עמדה פרשנות רחבה זו לבחינתו של בית משפט. לדעתנו, וכפי שפורט לעיל, פרשנות זו אינה עולה בקנה אחד עם מטרתו של החוק. גם בהנחה שהפרשנות הנכונה היא התופסת בגדרה רק התאמה אוליגופוליסטית, השאלה העולה היא אם הדין הרצוי הוא המצוי. בכך יעסוק הפרק הבא.

142 סעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים.

143 קביעת הממונה בעניין חברות הנמל, לעיל ה"ש 27. אין אנו נכנסות לשאלה אם עסקינן בסעד מבני המצוי בסמכות בית הדין.

ט. האם הדין המצוי הוא דין רצוי?

האם הדין המצוי בפרק קבוצת הריכוז הוא גם הדין הרצוי? להלן ננתח את היתרונות והחסרונות העיקריים של כלי אסדרה זה.¹⁴⁴ נאמר כבר עתה שתשובתנו תלויה גם באופן השימוש בכלי האסדרה המנויים בחוק אשר הלכה למעשה גודרת את מתחם שיקול הדעת של הממונה.

א. מיהותו של הגוף המסדיר

ראשית נבחן את מיהותו של הגוף המסדיר. כפי שפירטנו במקום אחר, העובדה שמטרת האסדרה של התחרות מוענקה לממונה טומנת בחובה יתרונות מובהקים.¹⁴⁵ אסדרה של תחרות בידי הממונה יכולה לקדם את התחרות טוב יותר מאשר אסדרה בידי רגולטור ענפי אף שבעת האחרונה נצטוו רגולטורים אלו להביא בחשבון שיקולי תחרות.¹⁴⁶ אחת הבעיות העיקריות של אסדרת התחרות בידי רגולטורים ענפיים נוגעת לחוסר מומחיותם באשר לאסדרת תחרות בשוקם: החשש שהיעדר מומחיותם ימנע מהם לזהות כשלים בתחרות בשוק שעליו הם אמונים, את הסיבות לכשלים אלו ואת האופן שבו יש לתקנם.¹⁴⁷ כשל זה עלול להתעצם בשל הדגש ששמים חלק מהרגולטורים במטרות אחרות, דוגמת שמירה על יציבות השוק בטווח הקצר. בנוסף, קיים חשש שהיות שתחרות מוגברת עשויה למזער את הצורך ברגולטור הענפי, התמריץ של רגולטור לקדם תחרות יקטן.¹⁴⁸

קושי נוסף אשר עלול להעיב על תפקודו של רגולטור ענפי מכונה בספרות "שבי רגולטורי" (regulatory capture): סיטואציה שבה בעל אינטרס משפיע על הרגולטור לפעול לפי צרכיו במקום לפעול לטובת הציבור.¹⁴⁹ הסיכון להתרחשותה של תופעה זו גובר ככל שהאינטרס של הגוף המוסדר ברגולציה המשרתת את מטרותיו גדל, וככל שיש ביכולתו של הגוף המוסדר להשפיע על הרגולטור. שבי רגולטורי יכול לכלול מעשה לא

144 חלק זה מסתמך בחלקו התאורטי, בין היתר על ניתוח היתרונות והחסרונות של כלי מחקרי השוק של הממונה. ראו Indig and Gal, לעיל ה"ש 56.

145 שם.

146 ראו, לדוגמה: חוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ד–2013.

147 David E.M. Sappington & Dennis L. Weisman, *Regulating Regulators in Transitionally Competitive Markets*, 41 J. REGUL. ECON. 19, 31 (2012).

148 Indig & Gal, לעיל ה"ש 56.

149 HERBERT HOVENKAMP, FEDERAL ANTITRUST POLICY: THE LAW OF COMPETITION AND G. Stigler, *The Theory of Its Practice* 690–691 (2nd ed. 1999). לתיאוריה ראו S. Peltzman, *Toward a More General Theory of Regulation*, 19 J. L. ECON. & MANAG. SCI. 3 (1971); F. McChensey, *Money for Nothing: Politicians, Rent Extraction, and Political Extortion* (President and Fellows of Harvard College 1997).

חוקי (דוגמת שוחד). הוא יכול לכלול גם מצבים שבהם הרגולטור מסתמך בפעולותיו על הגוף המוסדר עד כדי כך שהוא משרת את מטרותיו. החשש לתופעה זו עלול לגבור ככל שמומחיות הרגולטור בנושא המוסדר פחותה. למשל, אם הרגולטור יש מומחיות מעטה בשאלות הקשורות לתחרות, הוא עלול להסתמך על מידע שהוא מקבל מהגוף המוסדר בנקודה זו.

אין ספק שגם הממונה עלול להיות חשוף לשבי רגולטורי. עם זאת מקובל לחשוב שהסבירות לשבי רגולטורי של הממונה נמוכה מזו של רגולטור ענפי,¹⁵⁰ בין היתר כיוון שסמכותו נפרסת על פני שווקים רבים וכן בשל מומחיותו הספציפית בניתוח תחרותי של שווקים. יתרה מזאת, העובדה שהממונה יכול להתערב בהחלטות של רגולטורים אחרים כשלעצמה עלולה להפחית את תמריצייהם של גופים מוסדרים להשקיע בשבי רגולטורי.¹⁵¹ עם זאת הרחבת סמכויות הממונה טומנת בחובה סיכון מוגבר לניסיונות השפעה על הממונה.

בה בעת מינוי הממונה לרגולטור המכריע טומנת בחובה כמה בעיות. חיסרון רציני טמון במומחיותו של הממונה, המתמקד בשיקולי תחרות, ואין לו מומחיות מיוחדת להערכת שיקולים אחרים דוגמת יציבות בשוק.¹⁵² החשש העולה הוא שהסעד שייתן הממונה יקדם את התחרות, אבל עלול לפגוע במגוון שיקולים אחרים אשר הוא אינו יודע לכמת ולמדוד, ועל כן יפגע ברווחה הכוללת של המשק. עם זאת לדעתנו יש כלים המקטינים חשש זה. ראשית, קיימת על הממונה חובת היועצות עם הרגולטור הענפי, והיעדרה או התעלמות לא סבירה מהנאמר בה עלולים להוביל לביקורת שיפוטית. כל עוד יגביל הממונה את התערבותו למקרים המתאימים, בהנחה שתחרות אינה מטרה בפני עצמה אלא אמצעי לשיפור התועלת המצרפית, ובייחוד תועלת הציבור, ולעתים יש לשלב עם מטרות אחרות, קטן החשש שהחלטותיו לא יקדמו את טובת הציבור. שנית, לחברי קבוצת הריכוז שהוסדרה יש זכות ערר על החלטתו בפני בית הדין.¹⁵³ בנוסף, החלטתו של הממונה, ככל החלטה מנהלית, כפופה לביקורת בג"ץ. שלישיית, לממונה הוענקה בשנים האחרונות הסמכות לערוך מחקרי שוק בשווקים אשר אינם מאופיינים דווקא בכשלים שמקורם בעברות הגבליות. סמכות זו מאפשרת לו להציע פתרונות משולבים עם סמכויות רגולטוריות אחרות ולבחון את השוק מנקודת מבט רחבה יותר.

Jonathan B. Baker, *The Case for Antitrust Enforcement*, 17 JOURNAL OF ECONOMIC PERSPECTIVES 27, 38 (2003), DOI: 10.1257/089533003772034880, שם ניתנה דוגמה שלפיה רשות התחבורה נתנה אישורים למיזוגים של חברות תעופה למרות התנגדותה החריפה של רשות ההגבלים למיזוגים ורכישות אלו, ולימים אכן הוכח כי התחרות נפגעה בעקבותיהם וכן גם רווחת הצרכנים (הן במחיר ששולם והן באיכות השירות שניתן). שם.

151 צמרת פרנט "עורכי דין להגבלים עסקיים: 'חוק קבוצות הריכוז הוא חוק עקום'" **גלובס** (21.7.2010) <http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000576052>.

153 סעיף 43(ג) לחוק ההגבלים העסקיים.

שילוב סמכות זאת עם הסמכות להסדיר קבוצת ריכוז עשוי ליצור, במקרים הראויים, בסיס לסינרגייה של פעולות רגולטוריות. בנוסף, יש לקוות שהממונה ישתמש בסמכותו – ובתי המשפט יוודאו שכך יהיה – רק כאשר קיימת סבירות גבוהה שקידום התחרות בשוק בדרך שמציע הממונה אכן תקדם את רווחת הציבור, והיא אינה מתנגשת עם ערכים או עם כלים רגולטוריים אחרים, החשובים יותר לרווחת החברתית בשוק המוסדר. בהקשר זה ראוי לציין שבעייתיות זו קיימת לא רק בהקשר של אסדרתה של קבוצת ריכוז כי אם גם בהקשר של כלי אסדרה הגבליים נוספים, דוגמת דיני המיזוגים החלים גם על רכישת חברה המצויה בפשיטת רגל.

חיסרון נוסף עניינו מערכת היחסים של הממונה עם רגולטורים אחרים. מהלכים חד-צדדיים של הממונה עלולים להיות לא אפקטיביים ואפילו מזיקים אם הם אינם מתיישבים עם מהלכים יעילים ומועילים של רגולטורים אחרים או יוצרים תחושות שליליות המונעות שיתופי פעולה בין הרגולטורים.¹⁵⁴ זאת ועוד: כשקיימת כפילות בין סמכויות של רגולטורים שונים עולה החשש שהאסדרה תיפול בין הכיסאות כיוון שכל רגולטור ימתין שעמיתו יסדיר את השוק.¹⁵⁵ אולם גם לכך ניתן למצוא פתרונות, בעיקר במישור הפרקטי של יצירת יחסי אמון ושיתוף בין הרגולטורים השונים, על מנת להבטיח שעל פי מבחן התוצאה פעולותיה של הרשות אכן יועילו לקידום הרווחת החברתית בטווח הקצר והארוך. בהקשר זה קיימת חשיבות להכרה שהרשות היא חלק ממערך אסדרתי גדול יותר, בעיקר עת מדובר במהלכים כלל-ממשלתיים שמטרתם אינה בהכרח קידום התחרות כי אם אינטרסים אחרים המקדמים את הרווחת החברתית.

סוגיה נוספת העולה בהקשר זה היא אם ראוי שבמרבית המקרים הממונה יהיה המוסמך להחיל את האסדרה, בכפוף לזכות ערר לבית הדין, או שמא ראוי שבית הדין יהיה ערכאה ראשונה, אשר תהא מוסמכת לבחון את הצעת הממונה לאסדרה כמו גם לשמוע רגולטורים אחרים אשר יבקשו להופיע בפניה. למתן סמכות לבית הדין יתרונות רבים. הסמכות מאפשרת לגוף שיפוטי, בעל מומחיות מיוחדת, להכריע בסוגיה. חשיבות האסדרה בדרך זו נובעת בין היתר מהעובדה שסמכות האסדרה של קבוצת ריכוז היא מרחיקת לכת מרוב הוראות חוק ההגבלים, בין היתר כיוון שהיא מאפשרת תיקון כשל שוק שאין בבסיסו התנהגות אסורה. היא גם מאפשרת הרחבת המבט ואיזון בין עמדותיהם של רגולטורים שונים הרלוונטיים לענף. מנגד, ניתן לציין את העובדה שגם במסגרת סעיפים אחרים בחוק (דוגמת סעיף 30) מוקנית לממונה סמכות אסדרה שאינה

154 לטענה דומה ברוח זו ראו עדי אייל "מנגנונים משפטיים התומכים הריכוזיות" 170 רבעון לבנקאות 20 (2011).

155 ראו, למשל E. Biber, *The More the Merrier: Multiple Agencies and the Future of Administrative Law Scholarship*, 125 HARV. L. REV. 78 (2012); D.E.M. Sappington and D.L. Weisman, *Regulating Regulators in Transitionally Competitive Markets*, 41 J. Reg. Econ. 19 (2012); J. Freeman and J. Rossi, *Agency Coordination in Shared Regulatory Space*, 125 HARV. L. REV. 1133, 1186 (2012).

מבוססת על התנהגות שהיא בהכרח אסורה. זאת ועוד: אף שבית הדין אינו כפוף לכללי הפרוצדורה הנוקשים, אורכו ועלויותיו של הליך המתנהל בפניו אינם מאפשרים אסדרה מהירה ועלולים להקשות סדרת שווקים בפועל, לרווחת הציבור.

ב. הגדרת קבוצת הריכוז

נבחן את ההגדרה של קבוצת ריכוז. הגדרת קבוצת ריכוז על בסיס תנאים מבניים בלבד מתגברת על הבעייתיות בהגדרת תחרות מועטה. עם זאת היא אינה נקייה מקשיים ועלולה להוביל לתחולת יתר במקרים שבהם אין כשל שוק. נדגים זאת בדוגמה הזאת: נניח שחברה מחוללת תחרות תשקיע משאבים לכניסה לשוק שבו פועל בעל מונופולין המאופיין בחסמי כניסה גבוהים. הצלחתה תביא לכך שיהיה לה נתח שוק משמעותי שיבוא על חשבון המונופול, ונתחיהם אפוא יהיו דומים. בנוסף, ייתכן כי היקף העסקאות יהא רחב. שתי החברות עלולות להיות מוגדרות יחד כקבוצת הריכוז. החשש הוא שחברות יירתעו מלהשקיע בכניסה לשוק בשל הסיכון בהכרזתן כקבוצת ריכוז והחלה של רגולציה המשנה את תנאי השוק. חשש זה קטן בשל הדרישה שהממונה יכריז על קבוצת ריכוז רק אם ניתן לתת הוראות לתיקון כשל השוק. אם אין כשל שוק חמור הנדרש לתיקון אין בסיס להכרזה כאמור. בנוסף, יש לקוות שממונה ישתמש בשיקול דעתו על מנת שלא להכריז על קבוצת ריכוז כשלמרות התנאים המבניים אכן מתקיימת תחרות בין השחקנים בשוק.

קושי נוסף הוא שההגדרה של קבוצת הריכוז עשויה לתפוס בגדרה מצבים שבהם קיים כשל שוק, אבל לא מסוג התאמה אוליגופוליסטית. ההודעה בטרם הכרזה על שוק מסופי המטענים בנתב"ג שנותחה לעיל מדגימה זאת. שם לכאורה נוצר כשל שוק בשל אי-ההתאמה בין מי שבחר את החברה שתספק שירותים לבין מי ששילם עבורה, ולכן היה הצרכן הסופי שבוי של חברות המטענים. אולם אין בעובדות אלו כשלעצמן כדי ליצור התאמה אוליגופוליסטית. על כן עולה בהקשר זה שאלה עקרונית – אם ניתן להשתמש בכלי האסדרה של פרק קבוצת הריכוז על מנת להסדיר כל כשל שוק בשוק המאופיין בתנאים מועטים לתחרות. כפי שפורט לעיל, לדעתנו התשובה היא שלילית, שכן פרשנות כאמור מרחיבה את תחולת החוק מעבר לכוונת המחוקק.

ג. כלי האסדרה

נבחן עתה את כלי האסדרה. פרק קבוצת הריכוז שונה ממרבית הוראות חוק ההגבלים כיוון שהוא אינו קובע קווים אדומים להתנהגות החברות דוגמת האיסור על הסדרים כובלים או האיסור על ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. הוא כלי אסדרה קלאסי: אסדרה אקס אנטה של תנאי השוק בידי גוף חיצוני. לא זו אף זאת: הממונה מוסמך לשנות תנאי שוק אשר לא בהכרח נוצרו מהתנהגות החברות הפועלות בו. על כן היו שטענו שלא הוגן לפגוע ברווחיותן של החברות הפועלות בשוק, המשיאות את רווחיהן

בהתחשב בתנאי השוק הקיימים ובתגובה הצפויה של מתחרותיהן. לדעתנו יש לדחות טענות אלו אשר ניתן להעלות כנגד כל רגולציה המשנה את תנאי השוק בדיעבד. כשקיימים כשלי שוק, ניתן לטעון שהחווה החברתי – המבוסס על מקסום הרווחה החברתית – מצדיק התערבות של הממשלה לתיקון כשלי השוק. בטווח הארוך ועל פני השווקים כולם, רגולציה כאמור עשויה אף להיטיב עם הגופים המוסדרים. עם זאת יש תמיד לבחון אם כלי האסדרה מגשים את מטרתו או שמא עלויותיו עולות על תועלתיו. צעד ראשון בניתוח כאמור כרוך בבחינת **אופי האסדרה**. פרק קבוצת הריכוז חל לרוב בדיעבד על תנאי שוק שכבר התגבשו ואינו יוצר הבחנה ברורה וחד-משמעית בין פעולה שתהא כפופה לאסדרה לבין זו שלא. עובדה זו יוצרת קושי חוקתי כיוון שהחוק אינו כולל נורמות התנהגות חד-משמעיות אשר על פיהן פירמות הפועלות בענף ריכוזי צריכות לנהוג, ומבלי שפירמות אלה פעלו לכתחילה בניגוד לחוק כלשהו, או שיכלו לדעת כי פעילותן אסורה. זאת ועוד: החוק עלול לפגוע פגיעה קשה בזכויות הקנייניות של השחקנים בשוק, בדיעבד. לכך מתווספת העובדה שאי-ציות להוראות הממונה כפופה לסנקציות פליליות ומנהליות. על כן ניתן לטעון שכלי זה אינו מתיישב עם **עקרון החוקיות** ועם הדרישה הנלווית לו לוודאות. עם זאת נפסק לא אחת שאין איסור גורף על החלה רטרואקטיבית של הוראות חוק.¹⁵⁶ אין למשקיע זכות קנויה לסטגנציה במדיניות כלכלית קיימת.¹⁵⁷ טענה זו יפה במיוחד כשחסמי הכניסה הם יצירי השוק.¹⁵⁸ עם זאת ניתן להקטין את הבעייתיות האמורה אם הממונה ינקוט משנה זהירות עת יחיל את החוק על זכויות קנויות, וכן יקבע כללים ברורים לאכיפה.

טענה נוספת שנשמעת היא שאסדרתה של קבוצת ריכוז עלולה להקטין את היעילות היצרנית והדינמית בשוק, כיוון שהיא תרתיע כניסתם של מתחרים חדשים אשר דווקא בשווקים אוליגופוליים יש חשיבות יתרה לכניסתם. מנגד, ניתן לטעון שהסמכות להכריז על קבוצת ריכוז מוגבלת ממילא לאותם שווקים שבהם קיימים חסמי כניסה גבוהים לשוק האוליגופולי, ואשר בהם מתקיימת תחרות מועטה. בנוסף, התמודדות עם ביקורת זו תלויה בדרך החלתה של סמכות האסדרה בידי הרשות. מקום שבו השוק צפוי להשתנות בעתיד הקרוב, וצפויה כניסה או התרחבות אשר יגבירו במידה ניכרת את התחרות בשוק, או מקום שבו כניסה לשוק הייתה כרוכה בהשקעה ניכרת, יש להתחשב בנתונים אלו בטרם יתערב הממונה בשוק ובעיצוב הוראותיו.

נציין גם כמה יתרונות רוחביים של פרק קבוצת הריכוז: הראשון נוגע **לחשיבות המוגברת המוענקת לשיקולי תחרות** באסדרת השוק הישראלי. סמכותו של הממונה

156 ע"א 1613/91 **ארכיב נ' מדינת ישראל**, פ"ד מו(2) 765, פס' 11–16 לפסק דינו של הנשיא (כתוארו אז) ברק (1992). בדומה לזה, חוק הריכוזיות מאפשר פירוק פירמידות שליטה והחזקה בחברות.

157 בג"ץ 3734/11 **דודיאן נ' כנסת ישראל**, פס' 24 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 15.8.2012).

158 Indig & Gal, לעיל ה"ש 56.

להחיל רגולציה היוצרת תחרות גם בשווקים מוסדרים או משמרת אותה מסמלת את חשיבותה של התחרות לאינטרס הציבורי בעיני המחוקק. בכוחה לגרום לרגולטורים נוספים לשקול שיקולי תחרות בענף שאותו הם מסדירים, מכמה סיבות: התערבותו של ממונה בשוק מוסדר יכולה להעיד על תפקוד לקוי של הרגולטור הרלוונטי ולגרור ביקורת ציבורית נוקבת, עובדה העשויה לגרום להם לשקול שיקולי תחרות.¹⁵⁹ בנוסף, הסמכות המוענקת לממונה יכולה להוביל, או להגביר, לשיתופי פעולה פוריים בין הממונה לבין הרגולטור הענפי אשר יאפשרו שימוש מושכל ומשולב במומחיותם של שני הרגולטורים ואשר ייתרו את הצורך בפעולה חד-צדדית של הממונה.¹⁶⁰ כמו כן מתן סמכות לממונה לקדם את התחרות גם אם הענפי לא נקט פעולה דומה או אף מתנגד לכך יכול לחזק את אמון הציבור בממשל כי ינקוט פעולות לאסדרת התחרות בשווקים השונים. היא יכולה להביא גם לגידול בהקצאת משאבים של הממונה לשם הגברת התחרות.¹⁶¹

יתרון נוסף הוא שלראשונה יש רגולטור אשר רואה את השווקים כולם בפרזימה תחרותית, מקרו-כלכלית, המאפשר לו להקיש משוק אחד למשנהו. ראייה זו תאפשר לממונה ליצור קוהרנטיות, לשלב בין סעדים נדרשים בשווקים שונים וכן לאותת לשוק אחד כי אם לא יפעל ביתר תחרותיות, הוא צפוי לרגולציה בדומה לשווקים שכבר הוסדרו על ידיו. הממונה נבחר לתפקיד זה בשל מקצועיות הרשות אשר בראשה הוא עומד והבנתה בדיני התחרות, ומשום שמינויו הוא א-פוליטי (אף שפוליטיקה משפיעה על בחירתו).

בצד יתרונות אלו חשוב להאיר כמה בעיות שהחוק עלול ליצור. ריכוז כה גבוה של סמכויות הוא מתכון להפעלת מכבש לחצים בידי בעלי אינטרסים כלפי הממונה.¹⁶² כחלק מאסטרטגיה זו עלולים בעלי האינטרסים להשפיע בעקיפין על תקציבה של הרשות ועל המוניטין שלה. פגיעה כאמור אפשר שתבוא מכיוון רגולטורים אחרים, שכן התערבותו של הממונה בשווקים עשויה לפגוע במוניטין של רשויות אחרות אשר כשלו באסדרת השוק שעליו הם אמונים. מסיבה זו עלולים הרגולטורים להשפיע על הממשל כי יצר את צעדיה של הרשות, יפגע בתקציבה, בסמכויותיה ובמוניטין שלה (השפעה בין-רגולטורית).¹⁶³ זאת ועוד: הגבלת מהלכי הממשלה בידי הממונה עלולה להביא למהלכים "עוקפי ממונה", דוגמת חקיקה מחריגה.

חשש נוסף עניינו שינוי הדגש של הרשות.¹⁶⁴ כאמור, כלי האסדרה של קבוצות ריכוז שונה באופיו מכלי האסדרה הרגילים של דיני ההגבלים העסקיים. שלא כמרבית הכלים

ש.ם 159

ש.ם 160

ש.ם 161

ש.ם 162

ש.ם 163

ש.ם 164

האחרים, אין צורך להוכיח כי נעברה עברה הגבלית, אלא די להוכיח קיומם של תנאים מבניים בשוק לתחרות מועטה כבסיס לאסדרה.¹⁶⁵ גם כלי האסדרה הנתונים לממונה רחבים הרבה יותר. שונות זו יוצרת חשש שהממונה יעדיף להשתמש בסמכויות האסדרה של קבוצת הריכוז ולא להוכיח קיומו של הסדר כובל מקום שבו הסדר כאמור קיים, או בסמכויות האסדרה של מונופולין מקום שבו מתקיימות הוראות פרק ד' לחוק. במקרים מסוימים העדפה זו עלולה להקטין את ההרתעה לטווח ארוך. ניתן להפיג חשש זה אם הממונה ישתמש בכלי האכיפה הרגילים מקום שבו עסקינן בהתנהגויות הנופלות במובהק במסגרת יתר פרקי החוק, ואין בעיות הוכחה חריגות.

הניתוח לעיל מובילנו למסקנה שבמידה רבה הדין המצוי הוא הדין הרצוי. עם זאת, וכפי שהודגש להלן, הדבר תלוי בפרשנותן ובהחלתן של הוראות פרק קבוצת הריכוז בפועל. מטבע הדברים, החוק אינו מגדיר בבירור ובמפורש את כל האיזונים שהממונה או בית הדין נדרשים לעשות ואת השיקולים שראוי שישקלו, דוגמת הסיכוי שהאסדרה אכן תוביל לשינוי התנהגות השוק בפועל או יכולתו המקצועית של מקבל ההחלטות לאזן בין כל השיקולים הראויים. עם זאת שיקולים אלו, שפורטו לעיל, ראויים להיות חלק ממערך השיקולים של מקבל ההחלטות – אם זה הממונה ואם בית הדין – על מנת לוודא שרווחת הציבור אכן תגדל, הן בטווח הקצר והן בטווח הארוך, מהחלת פרק קבוצת הריכוז.

י. סיכום

אסדרתה של קבוצת ריכוז בישראל היא ייחודית. סמכות זו נועדה לטפל ביעילות רבה יותר בבעיית ההתאמה האוליגופוליסטית, המאפיינת שווקים רבים בישראל. היא שונה באופייה מהאסדרה הרגילה של דיני ההגבלים העסקיים ודומה באופייה לרגולציה מסורתית. היא גם ממצבת את הממונה כרגולטור המכריע סופית במרבית השווקים האוליגופוליסטיים. סמכות זו יתרונות רבים לה. עם זאת בשל ייחודיותו של פרק קבוצת הריכוז בנוף ההגבלי יש להשתמש בסמכות הנתונה במשנה זהירות, בשים לב למגבלותיה.

פרק קבוצת הריכוז מקנה סמכויות רחבות לממונה ולבית הדין להגבלים עסקיים במאבקם נגד התאמה אוליגופוליסטית. בשל השפעתה של ההתאמה האוליגופוליסטית על שווקים רבים בישראל זוהי סמכות חשובה ביותר. אף שמרבית המקרים שבהם השתמש הממונה בכלי זה עד עתה היו בעייתיים, בין היתר כיוון שלא עלו בקנה אחד עם

165 החרג האפשרי היחיד הוא סעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים. אולם לטענתנו גם אותו יש לפרש בצמצום באופן שיחול רק מקום שבו בעל המונופולין ניצל לרעה את כוחו המונופוליסטי. ראו גל, נבו ופרלמן, לעיל ה"ש 7.

מטרת החוק, אין בכך כדי לפגום במסקנתנו שמדובר בסמכות בעלת פוטנציאל חשוב להגברת התחרות לרווחת הציבור. נשוב ונזכיר שכדי שהוראת חוק תהא יעילה אין צורך לאכפה בפועל, אלא די שהשווקים שינו התנהגותם על פיה כדי למנוע את החלתה בפועל. פרק קבוצת הריכוז טומן בחובו יתרונות רבים. בין היתר התיקון מתחשב בייחודיותם של שווקים אוליגופוליסטים, מחדד את הכלים לזיהוי קבוצות ריכוז וכן את אופן התמודדות עמן. כן הוא מחדד את יתרונותיו של הממונה על פני רגולטורים ענפיים בעת קידום התחרות. יריעת הסמכות שהוענקה לממונה ולבית הדין ארוכה במיוחד. היא מאפשרת להם להתערב בתנאים השוררים בשווקים אוליגופוליסטיים באמצעות שימוש בתנאים התנהגותיים ומבניים מרחיקי לכת. בשל רוחבה של סמכות זאת יש לקוות שהשימוש בה ייעשה בזהירות ורק באותם מקרים שבהם היא משרתת את מטרת החוק. מודעות לבעייתיות שעלול החוק ליצור מהותית לשם שיקול הדעת שמפעיל הממונה בעת הכרזתו על קבוצת ריכוז בכלל ובמתן הוראות לקבוצה שהוכרזה בפרט. כך למשל כאשר קיימים שיקולים ראויים ורלוונטיים נוספים המתחרים על הבכורה, מלבד קידום התחרות, והממונה אינו יודע כיצד לאזן ביניהם, ראוי שהוא ייקח צעד לאחור על מנת שלא לפגוע ברווחה החברתית.