

University of Haifa

From the Selected Works of Michal Gal

2007

A Bell on the Cat's Neck: Monopoly Declarations under the Israeli Competition Law (in Hebrew)

Michal Gal, *University of Haifa*

Amir Israeli, *University of Haifa*



Available at: https://works.bepress.com/michal_gal/35/

פעמון סביב צוואר החתול: הכרזה על קיומו של מונופול

מיכל (שיצר) גל* ואמיר ישראלי**

חוק ההגבלים העסקיים מעניק לממונה על ההגבלים העסקיים סמכות להכריז על קיומו של בעל מונופולין. זוהי סמכות ייחודית ללא אח ורע בחוקי ההגבלים של מדינות העולם. בהתאם לסמכות זו כבר הכריז הממונה במשך השנים על יותר ממאה בעלי מונופולין. לסמכות ההכרזה יש יתרונות רבים. ההכרזה מציבה "דגל אדום" בפני המונופולין, המגביר את ודאותו כי הוא כפוף לאיסורים המיוחדים החלים על בעלי מונופולין. כמו-כן היא משמשת "דגל ירוק" למתחריו ולצרכניו של המונופולין המוכרו, המגביר את תמריציהם להשקיע בבחינת התנהגותו של המונופולין לנוכח האיסורים ההגבליים החלים עליו ובהגשת תביעות פרטיות נגדו. כתוצאה מכך קטנים תמריציו של בעל המונופולין לנצל את כוחו לרעה. ההכרזה גם מגדילה את הרווחה החברתית על-ידי העלאת רמת האכיפה הפוטנציאלית ללא צורך בעלייה מקבילה ברמת הסנקציה. אולם בה-בעת צמוד להכרזה תג מחיר כבד, בעיקר בשל העלות הגבוהה הכרוכה בנייתו השוק ובהגנה על ההכרזה לפני בית-הדין. תג מחיר זה הינו משמעותי, בין היתר, בשל ההלכה הנוהגת שלפיה הממונה מחויב להכריז על חברה כעל בעלת מונופולין כל אימת שהתמלאו התנאים הטכניים לקיומו הקבועים בחוק, למעט במקרים חריגים. מטרתו של מאמר זה היא לבחון אם יתרונותיה של ההכרזה אכן מצדיקים את חסרונותיה, לרבות את השקעת המשאבים הנדרשת לשם הפעלתה. המאמר מנתח את יתרונותיה וחסרונותיה של ההכרזה הן מבחינה תיאורטית והן על בסיס תוצאותיו של מחקר אמפירי שערכנו בנושא. לנוכח תובנות אלה, המאמר מציע כמה עקרונות להפעלת סמכות ההכרזה אשר יצמצמו את עלויותיה וימקסמו את תועלתה.

* מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה, ו־Global Visiting Professor, NYU School of Law, 2007.

** עורך-דין, בוגר הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. תודתנו לרשות ההגבלים העסקיים, ובעיקר למיכל הלפרין ולשירי גפני, על המידע שמסרו לנו, אשר שימש תשתית למחקר האמפירי שערכנו בנושא. רוב תודות גם לממונה על ההגבלים העסקיים (לשעבר), דרור שטרום, על דיונים בנושא המאמר. כמו-כן אנו מודים לענבל פייביש על עבודת מחקר מסורה ומועילה, ולמנחם פרלמן על הארותיו.

מבוא

פרק א: נפקותה המשפטית של ההכרזה

1. התנאים הנדרשים לצורך הכרזה
2. מעמד ההכרזה – דקלרטיבית או קונסטיטוטיובית
3. משמעות ההכרזה מבחינת סדרי הדין
4. ערר על הכרזה

פרק ב: מנגנון ההכרזה – היסטוריה חקיקתית

פרק ג: ניתוח נורמטיבי ואמפירי של ההכרזה

1. יתרונות ההכרזה – ניתוח תיאורטי ואמפירי
2. חסרונות ההכרזה – ניתוח תיאורטי ואמפירי

פרק ד: אמות-מידה להפעלת שיקול-הדעת של הממונה

פרק ה: סיכום

מבוא

סיפור-ילדים ידוע מספר על מועצת העכברים, אשר התכנסה בדחיפות לדון בסכנה המרחפת על עתידם בשל מעלליו של אויבם הנצחי – החתול¹. תנועתו המהירה והשקטה של החתול הגדול, ציפורניו החדות ושיניו החזקות לא הותירו כל סיכוי לעכברים הקטנים והמפוחדים אשר איתרע מזלם להיקלע בדרכו. בקרב העכברים שררה הסכמה גורפת כי אם תימצא דרך להתריע בזמן מפני בואו של החתול, הם יוכלו להימלט בעוד מועד ולהינצל ממוות ודאי. אולם כיצד ניתן להשיג מטרה זו? שקט שרר באולם. לפתע הונפה יד קטנה בירכתי האולם, ונשמע קולו הצייצני של אחד העכברים הקטנים: "יש לי רעיון! בואו נקשור פעמון סביב צווארו של החתול, וכך נוכל לדעת מראש כי הוא מתקרב לעברנו." העכברים היו המומים מהרעיון המבריק. עם פעמון קשור לצווארו, לא יוכל עוד החתול להתגנב מאחוריהם כבעבר. ההצעה אושרה פה אחד, ורווחת האנחה של העכברים נשמעה למרחוק. אך בשוך המהומה כחכת אחד העכברים החכמים והזקנים בגרונו ואמר: "זו אכן תוכנית נהדרת. אולם מי יהיה זה שיקשור את הפעמון לצווארו של החתול?"

קיים דמיון מסוים בין מצבם של העכברים בסיפור לבין מצבם של גופים עסקיים הפועלים בשוק הנשלט על-ידי מונופול. גוף מונופוליסטי, הנהנה מכוח שוק, יכול לנצל לרעה את כוחו ולפגוע במתחריו על-מנת לשמר או להעצים כוח זה, תוך פגיעה בדינמיקה התחרותית, במתחריו ובצרכנים. למשל, בעל המונופולין עלול להתקשר בהסכמי בלעדיות עם המשווקים הפועלים בשוק על-מנת להקשות על מתחריו לשווק את תוצרתם.² הוא

1 LIDA BROWN McMURRY, FIFTY FAMOUS FABLES (Kessinger Publishing, 2004)

2 בקשה (הגבלים עסקיים) 18/96 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ, ההגבלים העסקיים ג 224 (טובה אולשטיין עורכת, 1997).

עלול גם לנקוט פרקטיקה המכונה "מחירים טורפניים" – להוריד את מחירי המוצר אל מתחת לעלות ייצורו, ובדרך זו לגרום ליציאת מתחריו מהשוק, על-מנת שיוכל להעלות את מחיריו לאחר יציאתם. חוק ההגבלים העסקיים אוסר על בעל מונופולין לנקוט פעולות אלה ואחרות המקימות מכשלות מלאכותיות לתחרות.³ אולם כדי להחיל על בעל המונופולין איסורים אלה, ראשית יש לקבוע כי במונופולין עסקינן.

בניגוד לסיפור הילדים, מצא המחוקק הישראלי דרך לקשור פעמון לצווארו של המונופול. סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים מורה כי על קיומו של מונופול יכריז הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן: הממונה) ברשומות:

"יראו כמונופולין ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת הנכסים או מכל רכישתם, או של יותר ממחצית מכלל מתן שירותים, או מכלל רכישתם, בידי של אדם אחד (להלן: בעל המונופולין). על קיומו של מונופולין כאמור יכריז הממונה בהודעה ברשומות."

מכות סמכותו זו הכריז הממונה במשך השנים על יותר משמונים חברות כעל בעלות מונופולין ביותר ממאה שווקים שונים. כך, למשל, הכריז הממונה על עלית כעל מונופול בשוק הקפה השחור, על חברת החשמל כעל מונופול בתחום הספקת החשמל, ועל תנובה כעל מונופול בשוק מוצרי החלב.⁴ כפי שיפורט להלן, הכרזות אלה מעמידות בפני המונופולין "דגל אדום", ומגבירות את ודאותו כי הוא כפוף לאיסורים המיוחדים החלים על בעלי מונופולין. הן משמשות גם "דגל ירוק" למתחריו ולצרכניו של המונופולין המוכרו, המגביר את תמריציהם להשקיע בבחינת התנהגותו של המונופולין לנוכח האיסורים ההגבליים החלים עליו. כתוצאה מכך קטנים תמריציו של בעל המונופולין לנצל את כוחו לרעה. יתרה מזו, כמפורט להלן, ההכרזה גם מגדילה את הרווחה החברתית על-ידי העלאת רמת האכיפה ללא צורך בעלייה מקבילה ברמת הסנקציה.

על פני הדברים נראה כי סמכות ההכרזה הינה רצויה וחיונית. לנוכח זאת מפתיע מעט שמדינת ישראל היא אחת המדינות היחידות בעולם שקיים בה מנגנון הכרזה כאמור. למנגנון ההכרזה אין אח ורע בדין האמריקאי או בדין האירופי. הוא דומה לשיטה הקיימת

3 ס' 29 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988; ס' 1 לחוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 2), התשנ"ו-1996, ס"ח 149 (להלן: תיקון מס' 2); ס' 5 לחוק להגברת הצמיחה והתעסוקה ולהשגת יעדי התקציב לשנת הכספים 1998 (תיקוני חקיקה), התשנ"ח-1998, ס"ח 48, 53 (תיקון עקיף של ס' 30 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988) (להלן: חוק להגברת הצמיחה והתעסוקה).

4 ראו, למשל, החלטה 291114/5294 של הממונה על ההגבלים העסקיים "הכרזת מונופולין: עלית תעשיות בע"מ – מונופולין בשוק הקפה השחור" (23.12.2003) www.etype.co.il/anti1/ (להלן: עניין עלית); החלטה של הממונה על ההגבלים העסקיים "הכרזה בדבר קיום מונופולין – חברת החשמל לישראל בע"מ" (6.1.1999) www.etype.co.il/anti1/?cmd=4&text=1495,1489,1512,1514,32,1492,1495,1513,1502,1500 (להלן: עניין חברת החשמל).

במדינות ברית-המועצות-לשעבר, שגם בהן קיים מנגנון לרישום מונופולין.⁵ בשאר שיטות המשפט, הוכחת קיומו של מונופולין אינה עומדת לבדה, אלא מהווה חלק בלתי-נפרד מהיסודות הנדרשים לשם הפעלת סמכות רגולטורית על-ידי רשויות התחרות או לשם ביסוס תביעה משפטית בגין ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. כך, למשל, בתביעה שהוגשה בארצות-הברית נגד חברת מיקרוסופט נדרשו התובעים להוכיח כי מיקרוסופט היא מונופול בשוק תוכנות ההפעלה, בטרם בחן בית-המשפט את הטענה כי היא ניצלה את כוחה בשוק לרעה.⁶ האומנם "מועצת העכברים" הישראלית חכמה יותר ממקבילותיה ברחבי העולם? האם קיימים טעמים חזקים התומכים באי-אימוצו של מנגנון ההכרזה ברחבי העולם או שמא סמכות ההכרזה מהווה "אור לגויים"? בשאלות אלה נבקש לעסוק במאמר זה.

כשני עשורים מאז אומצה, ולאחר שהוכרו יותר ממאה בעלי מונופולין בשווקים שונים,⁷ הגיעה השעה לדיון מעמיק בנחיצותה של סמכות ההכרזה. מטרתו של מאמר זה, אם כן, היא לבחון אם יתרונותיה של ההכרזה אכן מצדיקים את חסרונותיה, לרבות את השקעת המשאבים הכרוכה בה. מאמר זה מבקש לבחון, בין היתר, אם אין דרך אחרת לקדם את הרווחה החברתית וזולת השימוש במנגנון ההכרזה, ואם ניתן לקבוע עקרונות להפעלתה אשר יצמצמו את עלויותיה וימקסמו את תועלתה. על-מנת לענות על שאלות אלה, המאמר משלב ניתוח תיאורטי עם תוצאותיו של מחקר אמפירי שערכנו בנושא.

הדיון מחולק לכמה פרקים. בפרק הראשון נעמוד על נפקויותיה המשפטיות של ההכרזה. בפרק השני תיבחן ההיסטוריה החקיקתית הרלוונטית, בניסיון לעמוד על מניעיו של המחוקק בקובעו את מנגנון ההכרזה בחוק. בפרק השלישי ייערך ניתוח נורמטיבי ואמפירי של היתרונות והחסרונות הגלומים בשימוש במנגנון. כפי שיובהר, במקרים מסוימים ניתן להצדיק את השימוש במנגנון, אולם קיימים מקרים אחרים שבהם יתרונותיה של ההכרזה מוטלים בספק, ואינם מצדיקים את השקעת המשאבים הנדרשת. בפרק הרביעי נבחן את רוחב שיקול-דעתו של הממונה בבואו להשתמש במנגנון ההכרזה. בהתאם לדין המצוי, שיקול-הדעת מצומצם, ועל הממונה להכריז כל אימת שמתקיימים התנאים הטכניים להגדרת מונופולין, למעט במקרים חריגים.⁸ כפי שייטען בהרחבה, אנו סבורים כי יש מקום לסטות מהלכה זו, ולהקנות לממונה שיקול-דעת רחב יותר בבואו להחליט אם להכריז או לאו. מאמר זה מציע אמות-מידה אחדות להפעלת שיקול-הדעת האמור, על-מנת להגביל את השימוש בהכרזה לאותם מקרים שבהם יש בה כדי לתרום להגדלת הרווחה המצרפית.

5 ראו, בין היתר, Law of the Azerbaijan Republic about Antimonopoly Activity (1993) Art. 16(2). באופן דומה, גם חוק ההגבלים העסקיים האוסטרלי קובע מנגנון להכרזה על שירותים

מסוימים כעל משאבים חיוניים: Part IIIA of the Australian Trade Practices Act 1974. 6 United States v. Microsoft Corp., 84 F. Supp. 2d 9 (D.D.C. 1999); United States v. Microsoft Corp., 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000); United States v. Microsoft Corp., 97 F. Supp. 2d 59 (D.D.C. 2000); United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

7 לעיתים הוכרזה חברה אחת כבעלת מונופולין בכמה שווקים שונים.

8 ערר (מחוזי י"ם) 7/95 "בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, דינים מחוזי לב(1) 66 (1997) (להלן: ערר בזק).

פרק א: נפקותה המשפטית של ההכרזה

חוק ההגבלים העסקיים אינו אוסר קיומו של מונופולין כשלעצמו,⁹ אולם הוא מחיל איסורים הגבליים מיוחדים על בעל מונופולין, שמטרתם מניעת ניצול הכוח המונופוליסטי לרעה, כדי למנוע פגיעה בדינמיקה התחרותית בשוק. בעל מונופולין מוגדר בחוק בהגדרה מבנית-טכנית, שעיקרה מי שמרפז בידיו יותר ממחצית ההספקה או הרכישה של הטובין או השירותים בשוק.¹⁰ החוק קובע כי מקום שהתמלאו תנאים אלה, יכריז הממונה על קיומו של מונופולין. ההכרזה מתפרסמת ברשומות, והודעה עליה נשלחת לבעל המונופולין המוכרז.¹¹

1. התנאים הנדרשים לצורך הכרזה

לשון החוק מחייבת בחינה דו-שלבית, טכנית וכלכלית-עובדתית במהותה, שעל הממונה לערוך לפני ההכרזה. הממונה נדרש להגדיר את השוק הרלוונטי ולחשב את נתח השוק של בעל המונופולין הפוטנציאלי בשוק הרלוונטי סמוך לעת ההכרזה.¹² החוק קובע כי מקום שתוצאות הניתוח מלמדות כי נתח השוק גבוה ממחצית, יכריז הממונה על קיומו של בעל מונופולין.

נשאלת השאלה אם די בקיומן של הדרישות הטכניות הנקובות בחוק לאפשר הכרזה על גוף עסקי כעל בעל מונופולין, או שמא יש צורך בהתקיימותם של תנאים נוספים לשם כך. לכאורה, ניתן לטעון כי אין לממונה כל שיקול-דעת מקום שהתקיימו דרישותיו הטכניות של החוק, שכן דרישות החוק מנוסחות בלשון ציווי. אולם גישה זו נדחתה על-ידי בית-הדין להגבלים עסקיים (להלן: בית-הדין) בערר בזק, שבו נקבע כי ההכרזה אינה מהווה אקט טכני גרידא, וכי גם אם דרישותיו הטכניות של החוק מתקיימות, מסור עדיין לממונה שיקול-דעת אם להכריז על קיומו של מונופולין מקום שיש ספק אם ההכרזה תשרת את מטרותיו של חוק ההגבלים העסקיים.¹³ עם זאת, שיקול-הדעת הנתון לממונה הוא מצומצם ביותר. כמאמרו של בית-הדין בערר בזק:

9 תיק מונופול (הגבלים עסקיים) 1/93 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' חברת דובק בע"מ, ההגבלים העסקיים ב 194 (טובה אולשטיין עורכת, 1996).

10 ס' 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים. החוק כולל גם שתי הגדרות-משנה לקיומו של מונופולין (ס' 26(ב) ו-26(ג) לחוק ההגבלים העסקיים), אולם אלה אינן רלוונטיות להכרזה על קיום מונופולין.

11 ס' 26(א) ו-43(ב) לחוק ההגבלים העסקיים.

12 ערר (הגבלים עסקיים) 1/01 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פס' 7-8 (לא פורסם, 9.6.2003) [www.etype.co.il/anti1/ \(9.6.2003\)](http://www.etype.co.il/anti1/?cmd=4&text=1506,1512,1512,32,49,47,48,49,32,1489,1494,1511)

13 ערר בזק, לעיל ה"ש 8, פס' 5.

"תכלית החקיקה מצביעה על הצורך להכריז על קיומו של מונופולין כל אימת שמתקיימים התנאים היוצרים את אותו מצב המוגדר בחוק כמונופולין. שיקול הדעת המסור לממונה צריך, אפוא, שיופעל על יסוד הנחת המוצא, כי בהתקיים התנאים הקבועים בחוק, יש להכריז על קיומו של המונופולין. יתירה מזו, בהתקיים התנאים האמורים אין מוטלת על הממונה כל חובה או צורך, לגלות 'צורך' נוסף לשם ביצוע ההכרזה. המחוקק הוא שראה צורך, בהתקיים אותם תנאים, להכריז על קיומו של מונופולין. צורך סטטוטורי זה, די בו כשלעצמו לביצוע ההכרזה... למרות שסמכותו של הממונה להכריז על קיומו של מונופולין איננה סמכות שבחובה, הרי ששיקול הדעת המסור לו בעניין זה הינו... צד ומצומצם, וככלל, בהתקיים התנאים הקבועים בחוק עליו להכריז על קיומו של המונופולין."¹⁴

בית-הדין חיזק הלכה זו בקובעו כי מקום שהתקיימו דרישות החוק לקיומו של בעל מונופולין, השאלה שיש לשאול אינה מדוע יש להכריז על קיומו של בעל מונופולין, אלא מדוע יימנע הממונה מלהכריז על כך למרות התקיימותן של דרישות החוק.¹⁵ משמע, בהתאם להלכה הנוהגת אין צורך להוכיח בשלב ההכרזה ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי או נזק לתחרות או לציבור.¹⁶ רכיבים אלה יישקלו רק בשלב הבא, אם יבקש הממונה להסדיר את פעולות המונופולין או אם תוגש תביעה נזיקית או פלילית נגד המונופולין. בהתאם לכך אין גם הכרח שרשות ההגבלים העסקיים תלווה את ההכרזה בצעדים הסדרתיים של פעולות המונופולין; ההכרזה עומדת על רגליה-היא.¹⁷ זאת ועוד, בהתאם להלכה הנוהגת אין שוקלים בשלב זה אף את קיומו של כוח שוק מונופוליסטי בפועל, אלא די בהתקיימות כל הרכיבים של הגדרת המונופולין להקים את הסמכות להכריז. יודגש כבר עתה כי חוק ההגבלים העסקיים אינו דורש בחינה מהותית של כוח השוק המצוי בידי הגוף המוכרז, אלא מסתפק בבחינת נתח השוק המוחזק על-ידיו כאינדיקציה בלעדית למעמד מונופוליסטי.¹⁸ על חשיבותה של עובדה זו נעמוד בהמשך. סמכות ההכרזה חלה גם על מונופולין אשר נוצר מכוח חוק ספציפי או מוסדר על-ידי, אלא אם כן התנגשות הדינים מחייבת מסקנה שונה.¹⁹ בהתאם להלכה זו, אישר בית-הדין

14 שם, פס' 9.

15 שם.

16 לדיון בחריג לכלל זה ראו שם, פס' 8, 28.

17 חריג לכלל זה חל כאשר מבקשים להכריז על חברה זרה כעל מונופולין. ראו מיכל (שיצר) גל ועוזו שי "הסדרת פעולותיו של בעל מונופולין בניתוח כלכלי ומשפטי של דיני ההגבלים העסקיים" (עתיד להתפרסם בנבו, 2007).

18 ליתרונותיה וחסרונותיה של שיטה זו לבחינת כוח שוק ראו: MICHAL S. GAL, COMPETITION POLICY FOR SMALL MARKET ECONOMIES 8-67 (2003).

19 ערר בוק, לעיל ה"ש 8, פס' 13, 19. ראו, גם, ערר (הגבלים עסקיים) 2/99 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (לא פורסם, 19.3.2001). www.etype.co.il/anti1/?cmd=4&text=1495,1489,1512,1514,32,1492,1495,1513,1502,1500 (להלן: ערר חברת החשמל). הממונה אימץ גישה מצמצמת יותר בעניין אי-ההכרזה על

את הכרות בזק כמונופולין, למרות היותה חברה ממשלתית, לנוכח העובדה כי פעולותיה עלולות לפגוע בתחרות, ובהינתן שאין התנגשות דינים בין הדין הספציפי לבין חוק ההגבלים העסקיים המונע את תחולתו של האחרון. הלכה דומה הוחלה גם בעניין הכרזתה של חברת החשמל כבעלת מונופולין.²⁰

2. מעמד ההכרזה – דקלרטיבית או קונסטיטוטטיבית

אחת השאלות המרכזיות לעניין סמכות ההכרזה היא אם היא מהווה תנאי שבלעדיו אין תחולה להוראותיו של פרק ד לחוק, המחיל איסורים על בעל המונופולין, או שמא גם ללא הכרזה יחולו על בעל המונופולין הוראות החוק. לשון אחר, האם ההכרזה היא קונסטיטוטטיבית או דקלרטיבית? שאלה זו טרם נידונה לפני בית המשפט העליון, אך בפסיקתם של בית הדין ובתי המשפט המחוזיים נקבע כי ההכרזה היא דקלרטיבית בלבד.²¹ משמע, מערך הפיקוח על בעל מונופולין יחול כל אימת שמתקיימות בגוף עסקי דרישות ההגדרה הקבועה בחוק, בין אם הוא הוכרז כבעל מונופולין ובין אם לאו. בית הדין עיגן הלכה זו בלשונו של החוק, המבחין בין הגדרת המונופולין לבין ההכרזה עליו, וכן במטרת החוק. הגישה הקונסטיטוטטיבית, כך נקבע, עומדת בסתירה למטרת החוק לעודד אכיפה פרטית של הוראותיו, שכן היא מתנה את מתן הסעדים הפרטיים בצעד מנהלי קודם. נוסף על כך, היא אינה עולה בקנה אחד גם עם העדר זכות הערעור על סירוב להכריז על גוף עסקי כעל בעל מונופולין.²²

הגישה הרואה בהכרזה אקט קונסטיטוטטיבי תומכת יתדותיה בטענה שהמבחנים לקיומו של מונופולין אינם קלים תמיד להחלה, ולכן ראוי שבעל מונופולין יוכפף להוראות פרק המונופולין – שיש להן נפקות פלילית ואזרחית – רק לאחר שהוזהר מראש בדרך של הכרזתו ככזה על-ידי הממונה, ורק לאחר שניתנה לו הזכות לתקוף את ההחלטה לפני ערכאות שיפוטיות.²³ שיקול זה עמד בבסיסה של הצעת חוק ההגבלים העסקיים, שבה

הבורסה. ראו החלטה של הממונה על ההגבלים העסקיים "אי הכרזה על הבורסה לניירות ערך בתל-אביב-יפו כעל בעל מונופולין" (13.11.1994), הגבלים עסקיים ב 139 (טובה אולשטיין עורכת, 1996) (להלן: החלטה בעניין הבורסה). אולם נראה כי גישה זו נדחתה בשתי ההחלטות האמורות.

20 עניין חברת החשמל, לעיל ה"ש 4.

21 להחלטה מקיפה בעניין זה ראו ערר בזק, לעיל ה"ש 8; ה"ע (מחוזי י"ם) 8005/3 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' דובק בע"מ, דינים מחוזי לג(10) 526, פס' 15 (2003) (להלן: עניין דובק); ה"פ (מחוזי ת"א) 267/97 שלמה ברמן נ' ניקוטרון בע"מ, דינים מחוזי לב(6) 647, פס' ד (1998); ת"א (מחוזי י"ם) 808/93 שירותי תעופה בע"מ נ' Tower Air Inc., דינים מחוזי לב(6) 655, פס' 6 (1994); ת"א (מחוזי ת"א) 1368/95 בשן ישי נ' מנשה ח. אלישר בע"מ, דינים מחוזי לב(6) 641, פס' 7 (1996).

22 ערר בזק, לעיל ה"ש 8, פס' 6.

23 הצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד-1983, ה"ח 39.

נקבע כי תנאי לקיומו של מונופולין הוא שהממונה הכריז עליו כאמור.²⁴ אולם ההגדרה שהופיעה בהצעת החוק שונתה בחוק עצמו, ועל-פי לשונו של החוק שהתקבל, ההכרזה אינה מהווה תנאי לקיומו של מונופולין.²⁵ על-כן ניתן לטעון כי המחוקק דחה את הגישה הקונסטיטוטיובית. לחלופין, ניתן לכאורה לתמוך את יתדותיה של הגישה הקונסטיטוטיובית בהוראות סעיף 43(ו) לחוק, שלפיהן אי-שימוש של הממונה בסמכותו לפי הסעיף, לרבות סמכות ההכרזה, אינה מונעת העמדה לדין של אדם אשר עבר על הוראות חוק ההגבלים העסקיים. אם נאמר כי הסמכות היא דקלרטיבית בלבד, אזי הוראה זו מיותרת לכאורה. כנגד זה ניתן לטעון כי מטרתה של הוראה זו, המתייחסת לכל סוגי ההחלטות של הממונה, היא ככל הנראה להסיר ספק כי קביעתו של הממונה אינה סותרת את הגולל על הגשת תביעה על בסיס החוק, ועל-כן אין ללמוד ממנה על אימוץ הגישה הקונסטיטוטיובית. הגישה שהתקבלה בפסיקה, השוללת את היות ההכרזה קונסטיטוטיובית, היא הגישה הראויה בעינינו, מהטעמים שפורטו לעיל ובעיקר מהטעם כי הפרשנות הקונסטיטוטיובית אינה עולה בקנה אחד עם מטרת החוק.²⁶

3. משמעות ההכרזה מבחינת סדרי הדין

כאמור, הכרזת הממונה כשלעצמה אין בה כדי לשנות את מעמדו המשפטי של בעל המונופולין ולהטיל עליו חובות כלשהן אשר אינן מוטלות עליו ממילא. יתרה מזו, בעניין פודקלאב קבע בית-הדין כי ההכרזה כשלעצמה אינה יוצרת חוקה לחשש מפני פגיעה בתחרות.²⁷ במקרה מסוים זה נדחתה הטענה כי קיים חשש לפגיעה בתחרות הואיל ותגובה היא מונופול מוכרז.²⁸ הכרזת הממונה, אם כן, אינה משנה את הדין המהותי החל על בעל המונופולין. עם זאת, להכרזה יש משמעות כפולה מבחינת סדרי הדין. ראשית, ההכרזה מהווה שלב מוקדם להפעלת הסמכויות המנהליות של הממונה להסדרת פעולות המונופולין על-מנת למנוע או לצמצם את פגיעתו בטובת הציבור או בתחרות. פרשנות זו אומצה על-ידי בית-הדין בערר בזק, שם נקבע כי קיומה של ההכרזה מהווה תנאי מוקדם למתן הוראות לבעל מונופולין, להטלת הגבלות על פעילותו ולבקשה

24 שם, ס' 27(א).

25 ה"פ (מחוזי ת"א) 109/90 הוצאת עיתון הארץ בע"מ נ' שירותי פרסומת בשידור בע"מ (לא פורסם, 2.9.1990) 2.9.1990 (9,48,57,47,57,48); עניין Tower Air, לעיל ה"ש 21.

26 מן הראוי לציין כי לפני יותר מעשור, במסגרת עיסוקיה כעורכת-דין, טענה מיכל גל לאימוץ הגישה הקונסטיטוטיובית בעניין Tower Air, לעיל ה"ש 21, שם ייצגה את חברת פז.

27 ערר (הגבלים עסקיים) 1/00 פוד קלאב בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פס' 138 (לא פורסם, 29.5.2003) (29.5.2003) 1508,1493,1491,32, 1511,1500,1488,1489.

28 שם.

מבית הדין להפרדת מונופולין, בהתאם להוראות החוק.²⁹ נדגיש כי הכרזה אינה מהווה תנאי להגשת תביעה נזיקית או תביעה פלילית נגד בעל מונופולין, אשר הסמכות להגשתן אינה מסורה בידי הממונה.³⁰

שנית, וחשוב מכך, ההכרזה מהווה "ראיה לכאורה לקיומו של מונופולין" בכל הליך משפטי המתנהל נגדו.³¹ הלכה למעשה, הוראה זו פוטרת את התובע מהוכחת היסוד של היות הנתבע או הנאשם בעל מונופולין, אם הוא מוכיח כי האחרון הוכרו ככזה, ונטל הראיה עובר למונופולין המוכרו להפריך את החזקה שההכרזה יוצרת. ההכרזה שרירה וקיימת מעת נתינתה וכל עוד לא בוטלה או שונתה באופן מפורש על-ידי הממונה או בית הדין. כפי שפסק בית המשפט העליון בעניין סבריינה:

"תוקפה של ההכרזה... ההכרזה קיימת כל עוד לא שונתה או לא בוטלה... לא יעלה על הדעת שמונופול כלשהו יוכל להחליט על דעת עצמו, כי נוצר שינוי נסיבות ומכאן ואילך הוא רשאי להתעלם מההכרזה עליו כמונופול על המשתמע ממנו."³²

חוק ההגבלים העסקיים אינו כולל התייחסות מפורשת לסמכותו של הממונה לבטל הכרזה או לשנותה בשל שינוי נסיבות. אולם כשם שמסורה לממונה הסמכות להכריז על בעל מונופולין, כן רשאי הוא לבטל את ההכרזה או לשנותה, וזאת מכוח סמכויות העוזר המוקנות לכל רשות מנהלית באשר היא, מכוח חוק הפרשנות, לשנות או לבטל את

29 ערר בזק, לעיל ה"ש 8, פס' 7. ראו גם החלטה של הממונה על ההגבלים העסקיים "הכרזה בדבר מונופולין – עיתון יומי בשפה העברית: 'ידיעות אחרונות'" (12.4.1995), ההגבלים העסקיים ב 119 (טובה אולשטיין עורכת, 1996). לעמדה שונה ראו עניין חברת החשמל, לעיל ה"ש 4, פס' 7.

30 עניין Tower Air, לעיל ה"ש 21, פס' 6. הממונה הוסמך על-ידי היועץ המשפטי לממשלה להגיש תביעות פליליות בשל הפרת הוראות חוק ההגבלים העסקיים, אולם סמכות זו אינה מסורה בידי באופן בלעדי. עם זאת, נראה לנו שכאשר הממונה מפעיל סמכות זו נגד מונופולין, עליו להקדים לכך הכרזה.

31 ס' 26 (א) ו-43 (ה) לחוק ההגבלים העסקיים. הלכה זו עולה גם מהוראות הדין הכללי. בהתאם להוראת ס' 27 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, ס"ח 302, 305 (תיקון עקיף של ס' 34 לפקודת הראיות [נוסח חדש] התשל"א-1971), דבר שפורסם ברשומות, חזקה שנעשה כראוי. חזקת התיקנות חלה לא רק לגבי הפן הטכני של ההכרזה, אלא גם לגבי תוכנה. ראו ע"פ (מחוזי ת"א) 748/96 סבריינה שיווק בע"מ נ' מדינת ישראל, דינים מחוזי כו(10) 949, פס' ד (1999) (להלן: עניין סבריינה).

32 עניין סבריינה, שם, פס' ה. הלכה זו עולה בקנה אחד עם כללי המשפט המנהלי, שלפיהם החלטה מנהלית אינה בטלה מעצמה, אלא דרושה לשם כך פרוצדורה מתאימה שתבוצע על-ידי הרשות המנהלית או על-ידי הערכאה השיפוטית המוסמכת לדון בעניין. ראו ס' 15 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981. חריג יחול מקום שהממונה הגביל את ההכרזה בטווח זמן קצוב, אשר ניתן למדידה על-ידי כולי עלמא – לדוגמה, מקום שהשוק עומד להיפתח לתחרות במועד מסוים שבו ישתנו חוקי המס על ייבוא מוצרים מתחרים.

החלטותיה.³³ נזכיר: ההכרזה מתבססת על חזקת כוח השוק, הנסמכת על נתחו של בעל המונופולין בשוק. מקום שנתח שוק זה משתנה ויורד אל מתחת לסף הקבוע בחוק, יש מקום לבטל את ההכרזה, שכן מקום שהמונופולין המוכרז כבר אינו ממלא את התנאים להגדרת מונופולין הקבועים בחוק, לא זו בלבד שההכרזה אינה משרתת את תכלית החוק, היא עלולה גם לגרום נזק לבעל המונופולין המוכרז, וכן לגרום להשקעת משאבים מיותרת בפיקוח על בעל המונופולין המוכרז ובהגשת תביעות נגדו על-ידי שאר השחקנים בשוק. בעניין דובק קבע בית-הדין כי אין להשאיר הכרזה שגויה על כנה, גם אם הממונה מתעתד להכריז על אותו גוף כעל בעל מונופולין בשוק אחר.³⁴

בהקשר זה עולה השאלה מה נפקותה של העובדה שהממונה לא הכריז על גוף עסקי כעל מונופולין או סירב להכריז כאמור. נראה לנו כי מקום שהממונה לא נימק כלל את החלטתו לא להכריז, או נימקה בטעמים שאינם נוגעים בהתקיימות התנאים העובדתיים או המשפטיים הנדרשים להכרזה כאמור, אין ליתן כל נפקות משפטית להחלטתו בתביעות נגד המונופולין. השאלה מתחדדת מקום שהממונה החליט לא להכריז על מונופולין ונימק את החלטתו באי-התקיימות התנאים העובדתיים הדרושים לשם הכרזה. במצב מעין זה ראוי כי החלטת הממונה תהווה ראייה לכאורה לנכונותה, ועל הטוען אחרת יוטל הנטל להוכיח את טענתו. בהתאם למצב המשפטי הקיים כיום, אין נפקות משפטית להחלטה מנומקת של הממונה לא להכריז. אולם גם ללא הסתמכות על החלטת הממונה, הנטל מוטל על התובע להוכיח את כל יסודות התביעה, לרבות את היות הנתבע בעל מונופולין. נטל זה מחייב הוכחה של העובדות הרלוונטיות מעבר למאזן ההסתברויות בתביעה אורחית, ואף גבוה מכך – מעל לכל ספק סביר – בתביעה פלילית.

4. ערר על הכרזה

בהתאם להוראות סעיף 43(ג) לחוק, בעל המונופולין רשאי לערור לבית-הדין על הכרזתו כעל בעל מונופולין בתוך שלושים ימים מיום שהומצאה לו הודעה על הכרזה כאמור. עילת הערר היא על-פירוב שהממונה שגה בקובעו כי התקיימו התנאים הקבועים בחוק, שכן נתח השוק של המונופולין המוכרז בשוק הרלוונטי קטן מהדרוש על-פי החוק, בין בשל הגדרה צרה מדי של השוק הרלוונטי ובין בשל חישוב שגוי של חלקו בו. בית-הדין

33 ס' 15 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981. אכן, החלטה על בטלות הכרזתו של הממונה פורסמה על-ידי לא-אחת. ראו החלטה של הממונה על ההגבלים העסקיים "ביטול הכרזה על בעל מונופולין – בוק בינלאומי בע"מ, בוק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ" (29.4.2001) www.etype.co.il/anti1/?cmd=4&text=1489,1494,1511,32,1489,1497,1504,1500; החלטה 285251/4368 של הממונה על ההגבלים העסקיים "ביטול הכרזת בעל מונופולין באספקת סיגריות מייצור מקומי: חברת דובק בע"מ" (3.8.2003) www.etype.co.il/anti1/?cmd=4&text=1491,1493,1489,1511. סמכות זו נובעת מכללי המשפט המנהלי.

34 עניין דובק, לעיל ה"ש 21.

רשאי לאשר את ההכרזה, לבטלה או לשנותה.³⁵ כך, למשל, בעניין מגל ביטל בית-הדין את הכרזת הממונה כי מגל היא מונופול בשוק של גדרות ההתרעה ומערכות ההתרעה האלקטרוניות, בשל העובדה שהממונה לא הוכיח כי נתחה של מגל בשוק האמור אכן עולה על 50%.³⁶ חובת הראיה לפני בית-הדין היא על העורר.³⁷ הליך הערר מתנהל בין הממונה לבין המונופולין המוכרו, וצדדים שלישיים אינם רשאים להיות צד לו.³⁸ מקום שבית-הדין מקבל את עמדת המונופול המוכרו, ההכרזה מתבטלת. הגשת הערר אינה מונעת או מעכבת את תחולת הוראות החוק על בעל המונופולין, לרבות את חובתו למלא אחר דרישות הממונה אשר עשויות לנבוע מההכרזה, אלא אם כן קבעו בית-הדין או הממונה אחרת.³⁹ נשאלת השאלה מה נפקות ההכרזה מקום שטיעוני המונופול נדחים לגופם על-ידי בית-הדין. לכאורה, התשובה מצויה בהוראות החוק, הקובע כי ההכרזה תהווה "ראיה לכאורה" בכל הליך משפטי עתידי. אולם יש מקום לטענה כי בניגוד להכרזה שלא נידונה לפני בית-הדין, מקום שדחה בית-הדין ערר על ההכרזה, תחול דוקטרינת "ההשתק השיפוטי". דוקטרינה זו (הקרויה גם "מעשה בית-דין") מקימה מחסום דיוני לבעל-דין מפני התדיינות בשאלה עובדתית או משפטית שכבר נידונה לגופה לפני בית-משפט כלשהו והוכרעה על-ידי.⁴⁰ תכלית הדוקטרינה היא למנוע פגיעה בטוהר ההליך השיפוטי ובאמון הציבור במערכת המשפט, על-ידי מניעה של קבלת הכרעות משפטיות סותרות וכן מניעת ניצול לרעה של בתי-המשפט.⁴¹ כמו-כן היא מקדמת ערכים של יעילות ומניעת בזבז זמן שיפוטי. בהתאם לדוקטרינה זו, מקום שדחה בית-הדין ערעור על ההכרזה לגופו, תקיפתה של ההכרזה על-ידי המונופול, בהליכים משפטיים עתידיים, מוגבלת לשינוי נסיבות מאוחר להחלטת בית-הדין, אשר בעטיו הכרזת הממונה כבר אינה נכונה. הלכה זו הגיונה בצידה. על הטענות הכלליות שפורטו לעיל התומכות בתחולת הדוקטרינה ניתן להוסיף כי בית-הדין הינו גוף שיפוטי בעל מומחיות מיוחדת לעניין שאלות הגבליות. בהתאם לכך, מקום שקבע בית-הדין כי ההכרזה ממלאת אחר תנאי החוק, אין זה יעיל להסמיק בית-משפט נוסף, שאינו בעל מומחיות כאמור, לבחון שנית את ההצדקות לקיומה. אכן, הלכה זו מחייבת את המונופולין המוכרו להשקיע את מירב מאמציו לערער על ההכרזה כבר בשלב

35 ס' 43(ד) לחוק ההגבלים העסקיים.

36 ה"ע (מחוזי י"ם) 3/97 מגל מערכות בטחון בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, דינים מחוזי לג(3) 770 (2001).

37 ס' 2(2) לתיקון מס' 2.

38 ערר (הגבלים עסקיים) 10/99 די.בי.אס שירותי לוויין (1998) בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פס" 9 (לא פורסם, 5.2.2001), 1491, 1497, 46, 1488, 1505, 1489. בית-המשפט הדגיש בהחלטה זו כי אם בידיו של המבקש להצטרף להליך יש מידע העשוי לתרום לדיון, עליו להעבירו לממונה על ההגבלים העסקיים, וחזקה כי הממונה יעשה בו שימוש מושכל שיתרום לבריור ההליך.

39 ס' 28 לחוק ההגבלים העסקיים. לטעמנו, סמכות הממונה לעכב את תחולת החלטתו נובעת מכללי המשפט המנהלי.

40 ע"א 513/89 Interlego A/S נ' Exin-Lines Bros. S.A., פ"ד מה(4) 133, 194 (1994).

41 שם, בעמ' 200.

הערר עליה, אולם ריכוז המאמצים בשלב ההכרזה יגרום לוודאות בשוק לגבי מעמדה של החברה המוכרות. אם ישתמש הממונה בסמכות ההכרזה בהתאם לפרמטרים המוצעים להלן, יהיה אפשר להצדיק גם את תוקפה המשפטי המוגבר, כאמור.

ישאל השואל, כיצד ניתן ליישב הלכה זו עם מילותיו המפורשות של החוק, שלפיו ההכרזה תהווה רק "ראיה לכאורה" בכל הליך משפטי. ניתן להשיב על כך תשובה כפולה. ראשית, החוק מתייחס להכרזה, ולא להחלטת בית-הדין. בעוד ההכרזה כשלעצמה מהווה ראיה לכאורה, קביעתו של בית-המשפט מהווה ראיה מוחלטת. שנית, ההכרזה לעולם נבחנת נכון לרגע קבלתה. בהתאם לכך, היא תהווה ראיה לכאורה בלבד לנכונותה בכל עת לאחר קבלתה, שכן ייתכן שתנאי השוק שעמדו בבסיס החלטתו של בית-הדין השתנו במידה כזו שתנאי ההגדרה בחוק כבר אינם מתקיימים. במקרים אלה גם החלטתו של בית-הדין לא תהווה סוף-פסוק.

נדגיש כי דוקטרינת ההשתק אינה מחסנת לחלוטין את ההכרזה מביקורת שיפוטית. המונופול המוכרו יכול לתקוף את ההכרזה בכל עת על-סמך שינויים שאירעו בשוק לאחר ההכרזה. למשל, אין כל מניעה שהמונופול יטען כי נתח השוק שלו ירד לאחר ההכרזה, וכי אין הוא מהווה עוד מונופול כיום. במקרה זה דוקטרינת ההשתק אינה חלה, שכן שאלת שינוי הנסיבות לא נידונה כלל בהליך הערר, וממילא לא הוכרעה בו. באופן דומה, אין מניעה שהמונופול יטען כי בעקבות שינוי מאוחר בהלכה משפטית, אין החלטת בית-הדין להגבלים עסקיים יכולה עוד לעמוד. עוד נציין כי לדעתנו דוקטרינת ההשתק עשויה לחול רק על חלק מפסיקתו של בית-הדין. למשל, היא עשויה לחול רק על הגדרת השוק הרלוונטי, אלא אם כן יוכיח בעל המונופולין כי השתנו הנסיבות בשוק במידה משמעותית עד כדי כך שראוי להגדירו מחדש. לעובדה זו יש משמעות מעשית רבה, מכיוון שלעיתים הגדרת השוק הינה בעייתית ביותר, כפי שיפורט להלן, והחלטת בית-הדין מקטינה את חוסר הוודאות ואת העלויות הכרוכות בתביעה נגד בעל מונופולין.

בהתאם לפסיקתו של בית-הדין, ככלל תיבחן ההכרזה על-פי נתח השוק של בעל המונופולין המוכרו ועל-פי התשתית העובדתית הנוספת הנוגעת בעניין בעת ההכרזה. אולם במסגרת ערר על הכרזה, בית-הדין רשאי להתייחס גם לשאלת שינוי הנסיבות, מבלי לפגוע בסמכותו של הממונה לדון בשינויה או בביטולה של ההכרזה. דהיינו, בית-הדין רשאי לבטל הכרזה גם אם היא הייתה נכונה למועד שבו ניתנה, אם תוך כדי הדיון בבקשה השתנו הנסיבות הכלכליות, ובמועד בחינתם של תנאי השוק על-ידי בית-הדין מסתבר כי אין מקום להכרזה. הלכה זו הינה ראויה, שכן היא עולה בקנה אחד עם תכלית החוק וחוסכת משאבים יקרים של דיון מיותר בנסיבות ששררו בעבר, מקום שקיומו של מונופולין, כשלעצמו, אינו אסור. בית-הדין התנה סמכות זו בהסכמה בין הצדדים על מועד הבחינה של תנאי השוק, שכן בהעדר הסכמה בין הצדדים, יתקשה בית-הדין לקבוע נקודת-זמן שונה ממועד ההכרזה שבה ייבחן נתח השוק של המונופולין המוכרו.⁴² יוצאת מכלל זה היא בקשה לביטול הכרזה על-סמך שינוי נסיבות שהתרחש לאחר ההכרזה. בקשה מעין זו נסמכת על

42 ערר בזק, לעיל ה"ש 8, פס' 29.

עובדות ושיקולים שונים מאלה שעליהם ביסס הממונה את ההכרזה, ואין בה משום תקיפה ישירה של ההכרזה.

פרק ב: מנגנון ההכרזה – היסטוריה חקיקתית

בטרם נפנה לניתוח נורמטיבי ואמפירי של מנגנון ההכרזה, יש מקום לבחון בקצרה את ההיסטוריה החקיקתית שלו ואת השיקולים שהדריכו את המחוקק בעת קבלתו. בחינה זו תהא לנו לעזר לשם עמידה על כוונת המחוקק.

סמכות ההכרזה בנוסחה הנוכחי הוספה לחוק ההגבלים העסקיים רק בשנת 1988, עת התקבל חוק ההגבלים העסקיים החדש (להלן: החוק הנוכחי). אולם גם גרסתו הראשונה של החוק, שהתקבלה בשנת 1959 (להלן: החוק הקודם), כללה סמכות ל"מעין הכרזה". החוק הקודם לא הגדיר מונופולין. במקום זאת, הוא הסמיך את שר התעשייה והמסחר לקבוע בצו את שיעור ההספקה או הרכישה של מצרך או שירות בשוק מסוים אשר מעליו יראו את מי שמספק או רוכש את המצרך או השירות כמונופולין. מכיוון שהכרזה כאמור הייתה מבוססת על בחינת השוק הרלוונטי ומידת כוח השוק בו, הלכה למעשה הכריזו השר על קיומו של בעל מונופולין ספציפי. הצו הראשון שהכריז על קיומו של מונופולין הוצא בשנת 1962 בענף הקמה. היה זה צו חריג ביותר, אשר הוצא לאחר ביקורת של מבקר המדינה על אי-הפעלת הפיקוח על המונופולים. בשנת 1969 הוציא שר התעשייה והמסחר לראשונה "צו שיעורים", שבו קבע כי השיעור הנדרש לשם הכרזה על מונופולין הוא 50%. בצו ציין השר 108 שווקים שבהם מתקיימים התנאים להכרזה על מונופולין.⁴³ בשנת 1972 הורחבה הרשימה ל-112 שווקים. מבחינה נורמטיבית, ההבדל העיקרי בין סמכות הכרזה זו לבין סמכות ההכרזה בחוק הנוכחי מצוי בתוקפה של ההכרזה. בעוד הראשונה הייתה קונסטיטוטטיבית – תנאי בלעדיו אין לקיומו של בעל מונופולין – האחרונה הינה, כאמור, דקלרטיבית באופייה. למרות ההכרזות, חוק ההגבלים העסקיים לא שימש בסיס להסדרת פעילותם של רוב-רובם של בעלי המונופולים המוכרזים, ועד לחקיקת החוק הנוכחי הוצאו רק שלושה צווים להסדרת פעולותיהם של בעלי מונופולין בהתאם להוראות החוק.⁴⁴ במקביל להכרזות, ניהל הממונה מרשם מפורט של המונופולים שהתקיימו בשוק באותה תקופה, שכלל גם גופים שלא הוכרזו כמונופולים על-ידי השר.⁴⁵ מה גרם לממונה

43 Lionel Kestenbaum, *Israel's Restrictive Trade Practice Law: Antitrust Misadventures in a Small Developing Country*, 8 *ISR. L. REV.* 411, 417 (1973)

44 מיכל (שיצר) גל "חמישים גוונים לפורמאיקה: ריאליזם משפטי בדיני ההגבלים העסקיים" (עתידי להתפרסם במחקרי משפט, 2007).

45 ראייה לדברים אלה ניתן למצוא בדברי הכנסת בעת הדיון בהצעת החוק משנת 1983, שם אמר שר התעשייה והמסחר דאז, גדעון פת, את הדברים הבאים בנוגע לפיקוח על מונופולים:

לערוך רישום וולנטרי של כלל המונופולים שפעלו אז בשוק? לשם מתן תשובה לשאלה יש לבחון את ההיסטוריה של המשק הישראלי ואת האידיאולוגיה הכלכלית שרווחה בו.⁴⁶ הגישה המקובלת כיום בדיני התחרות שמה דגש בקיום תנאי שוק שיעודדו תחרות עם המונופולין, ולא בתוצאותיו הישירות של כוח השוק שלו. אולם במשך שנים רבות הושם הדגש הרגולטורי דווקא ברמת המחירים של בעל המונופולין. זאת, מכיוון שעצם קיומו של מונופול בשוק נחזה כמצב טבעי. בשל גודלו של המשק, בשווקים רבים לא היה השוק המקומי יכול לתמוך ביותר מאשר מפעל רווחי אחד. נוסף על כך, חלק נכבד מהמונופולים נוצרו בחסות שלטונית, שמטרתה הייתה עידוד בניית הארץ. המונופול נחזה אם כן כרע הכרחי אשר יש להגביל את ניצול כוחו. בהתאם לכך, רוב המונופולים הגדולים היו מצויים בפיקוח קפדני של משרד התעשייה והמסחר.⁴⁷ הפיקוח כלל בעיקר הסדרה של מחירי המוצר או השירות על-ידי ועדת מחירים, שגם הממונה היה חבר בה. הואיל והממונה היה שותף פעיל בפיקוח על המחירים, נקל להבין מדוע ניהלה יחידת ההגבלים העסקיים את מרשם המונופולים במשק.⁴⁸ אולם, כאמור, מרשם זה לא שימש בסיס להפעלת ההוראות של חוק ההגבלים העסקיים לשם הגבלת הניצול לרעה של כוחו של בעל המונופולין.

סיכומם של דברים, החוק הקודם אינו מלמד רבות על תכליתה של ההכרזה כיום. מכיוון שהחוק הקודם לא כלל הגדרה של בעל מונופולין, אלא השאיר את הסמכות לקבוע את קיומו בכל שוק ושוק בידי השר, ההכרזה נדרשה על-מנת להגדיר מונופולין מלכתחילה. לא זה המצב בחוק הנוכחי, המגדיר בעל מונופולין באופן ברור ומפורש אך מסמיך את הממונה להכריז על קיומו. נוסף על כך, גם תפקידו של הממונה השתנה באופן משמעותי. כיום מסורות לממונה סמכויות רבות שלא היו מצויות בידי בעבר, ובכלל זה הסמכות ליתן הוראות למונופול כדי להסדיר את פעילותו לטובת הציבור. הדיונים בכנסת סביב קבלתו של החוק הנוכחי אינם מלמדים על כוונת המחוקק בהשאת מנגנון ההכרזה על כנו למרות שינוי המנגנון הרגולטורי הגלום בו.⁴⁹ הותרתה של סמכות ההכרזה בחוק, לצורך מטרת שונות בתכלית מאלה שלהן נועד במקור, מחייבת דיון מעמיק, ובכלל זה העמדת יתרונותיו וחסרונותיו של המנגנון על שתי כפות המאזניים. כמפורט להלן, העובדה שההכרזה אינה נדרשת לשם הגדרת מונופולין, כבעבר, עשויה להצדיק פרשנות אשר תעניק לממונה שיקול-דעת רחב בשאלה אם להכריז על מונופול אם לאו.

⁴⁶ בהסתמך על מרשם ההגבלים העסקיים, רשומים כיום 142 מונופולים, וכל אחד מהם חולש על יותר מ-50% מכלל ההספקה של מצרך או של שירות... "ד"כ 98, 213 (התשמ"ד) (להלן: דברי הכנסת).

⁴⁷ לדיון נרחב ראו גל, לעיל ה"ש 44.

⁴⁸ שם.

⁴⁹ נדגיש כי הממונה על ההגבלים העסקיים היה באותה תקופה פקיד במשרד התעשייה והמסחר, ולא נהנה מהעצמאות המאפיינת את תפקידו כיום. שם.

⁴⁹ דברי הכנסת, לעיל ה"ש 45.

פרק ג: ניתוח נורמטיבי ואמפירי של ההכרזה

מהו הרציונל העומד בבסיס מנגנון ההכרזה ומהן עלויותיו – בשאלות אלה נתמקד עתה. נפתח בניתוח יתרונותיה של ההכרזה, ולאחריו נדון בחסרונותיה המרכזיים. בפרק הבא נאון בין היתרונות והחסרונות, ונציע אמות-מידה אחדות להכרעה בשאלה אימתי רצוי להכריז על קיומו של בעל מונופולין ואימתי גוברים עלויותיה של ההכרזה על יתרונותיה.⁵⁰

1. יתרונות ההכרזה – ניתוח תיאורטי ואמפירי

חוק ההגבלים העסקיים אינו אוסר קיומו של מונופולין כשלעצמו.⁵¹ ממילא, גם ההכרזה על קיומו של בעל מונופולין אינה משרתת כשלעצמה כל מטרה. את יתרונותיה הפוטנציאליים של ההכרזה, כמו-גם את עלויותיה, יש לבחון אם כן לאור מטרתו של חוק ההגבלים העסקיים. מטרתו של פרק המונופולין היא למנוע התנהגות המהווה ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי בדרך של הקמת מכשלות מלאכותיות לתחרות. לשם כך העניק חוק ההגבלים העסקיים לממונה סמכות להסדיר את פעולותיו של בעל מונופולין כל אימת שפעולתו פוגעת בתחרות או בטובת הציבור.⁵² החוק גם אוסר ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי.⁵³ הפרת הוראות אלה מהווה עברה פלילית, ויכולה לשמש בסיס לתביעה אזרחית של מי שניזוק מניצול כאמור.⁵⁴ על-מנת להפעיל איסורים אלה יש להוכיח תחילה כי הגוף המפר הינו בעל מונופולין. ההכרזה מקילה את הוכחת יסוד זה, ומכאן נגזרים יתרונותיה. "הנחת העבודה" של המחוקק הייתה כי קיומו של מונופולין מגביר את החשש מפני ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי, ועל-כן יש מקום להכריז על קיומו על-מנת להגביר את הפיקוח עליו. פרק זה מבקש לבחון לעומק כיצד ההכרזה מגבירה את הפיקוח על בעל המונופולין. כפי שהוכיח הכלכלן גרי בקר, חתן פרס נובל, תמריצם של הגורמים הפועלים בשוק לנקוט פעילות הנוגדת הוראות חוק מורכב משני פרמטרים עיקריים: סיכויי האכיפה והעונש הצפוי (יחד – תוחלת הנוק).⁵⁵ ככל שסיכויי התפיסה והענישה או העונש הצפוי גבוהים יותר, כן יקטן מלכתחילה התמריץ לנקוט את הפעולה המפירה. ניתן להדגים טענה

50 ראו גם: Michal S. Gal, *Regulation by Declaration: A Novel Regulatory Mechanism to Limit Abuse of Monopoly Power*, 2 NYU J. L. & Bus. 407 (2006).

51 גל ושי, לעיל ה"ש 17.

52 ס' 5 לחוק להגברת הצמיחה והתעסוקה.

53 ס' 27, 29 לחוק ההגבלים העסקיים; ס' 1 לתיקון מס' 2.

54 ס' 50 לחוק ההגבלים העסקיים.

55 Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76(2) J. POLIT. ECON. 169 (1968); William M. Landes, *Optimal Sanctions for Antitrust Violations*, 50 U. CHI. L. REV. 652 (1983).

זו באמצעות ניתוח כלכלי פשוט. נניח כי התנהגות של בעל מונופולין המהווה ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי צפויה להגדיל את רווחיו במיליון ש"ח. נניח גם כי העונש שיושת על התנהגות זו, אם תתגלה, יהיה בגובה של שני מיליון ש"ח. נניח גם שבעל מונופולין, אשר לא הוכרו, סבור כי קיים סיכוי של 20% שהתנהגותו תאוחר ותובא לדין. בנסיבות אלה הוא יבחר לנקוט את ההתנהגות האנטי-תחרותית, מכיוון שתוחלת הנוק שלו מהפעילות האנטי-תחרותית ($400,000 = 2,000,000 * 20\%$) קטנה מהרווח הצפוי לו מההפרה (מיליון ש"ח). עתה נניח כי ההכרזה מעלה את הסיכויים לאיתור הפעילות האנטי-תחרותית ולהוכחתה בדין ל-51%. במקרה זה יימנע המונופולין מלכתחילה מנקיטת הפעילות האנטי-תחרותית, מכיוון שתוחלת הנוק הצפויה לו גדולה מהרווח שהוא יפיק מהתנהגות זו.

ההכרזה מעלה את הסיכויים לאיתור הפעילות האנטי-תחרותית ולהוכחתה בדין בשתי דרכים הכרוכות זו בזו. ראשית, ההכרזה מגדילה את הסיכויים שרשות ההגבלים תאכוף את הוראות החוק, שכן היא יוצרת תמריץ לגורמים פרטיים לאתר פעילות אנטי-תחרותית וליתן עליה הודעה לרשות על-מנת שזו תמנענה. ההכרזה מהווה איתות, "דגל ירוק", לשאר השחקנים הפועלים בשוק – צרכנים, ספקים או יריבים – כי הגוף המוכרו הינו בעל מונופולין (אלא אם כן יוכיח הוא אחרת) וכי על-כך חלות עליו חובות מיוחדות האוסרות עליו לנצל את כוחו לרעה תוך פגיעה בדינמיקה התחרותית בשוק. שחקנים פרטיים ישקיעו בבחינת התנהגותו של המונופולין ובפנייה לרשות רק אם תמריציהם הפרטיים לנקוט פעולות אלה יהיו גדולים דיים.⁶⁶ כאשר הוצאות הבדיקה והפנייה נמוכות, לא תהא להכרזה השפעה רבה, וצדדים פרטיים יפעלו לאכיפת החוק אם פעולתו של המונופולין גורמת להם נזק כלשהו. אולם מקום שהוצאות אלה משמעותיות, יתומצו צדדים פרטיים להשקיע רק אם יש סיכוי גדול שהשקעתם תניב פעולה של הרשות. ההכרזה מגבירה באופן משמעותי את הסיכוי שהאיסורים ההגבליים אכן יוחלו על המונופולין המוכרו, מכיוון שהיא מגבירה את הוודאות כי אכן מדובר במונופולין שאיסורי החוק חלים עליו. ההכרזה עשויה אפוא להקטין מלכתחילה את תמריציו של המונופול להפר את הוראות החוק גם בשל חששו כי צדדים שלישיים ישקיעו משאבים בבחינת פעולותיו ובדיווח עליהן לרשות.

שנית ולסיום, וחשוב לא-פחות, ההכרזה מגבירה את סיכויי האכיפה של האיסורים ההגבליים על-ידי הקלת האכיפה האזרחית, הפרטית, של החוק. הוכחת קיומו של מונופולין היא "שער הכניסה" לכל תביעה פרטית נגדו על הפרת הוראות פרק ד לחוק. ההכרזה מקילה את הכניסה באותו שער בהיותה "ראיה לכאורה לקיומו של מונופולין" בכל הליך משפטי. כפי שפורט לעיל, משמעותה המעשית של הוראה זו היא שהתובע פטור מהוכחת היסוד של היות הנתבע או הנאשם בעל מונופולין, אם הוא מוכיח כי האחרון הוכרו ככזה, ונטל הראיה עובר למונופולין המוכרו להפריך את החזקה שההכרזה יוצרת. להוראה זו יש משמעות מעשית רבה, כמפורט להלן.

ראשית, ההכרזה מאפשרת לתובע להימנע מהצורך להגדיר את השוק הרלוונטי. השאלה מהו השוק הרלוונטי אינה קלה תמיד. היא מערבת בתוכה הן שאלות שבעובדה והן שאלות

Michal S. Gal, *Harmful Remedies: Optimal Reformation of Anticompetitive Contracts*, 56
22 CARDOZO L. REV. 91, 107 (2000–2001)

שבמשפט. מבחינה משפטית יש להכריע מהו המבחן הרלוונטי לצורך הגדרת השוק ומהם הפרמטרים שיש ליישם בנסיבות העניין. מבחינה עובדתית יש לבחון כיצד יש להגדיר את השוק הקונקרטי בהתאם לנתונים העובדתיים הרלוונטיים. הגדרת השוק מחייבת ניתוח של שוק המוצר הרלוונטי, דהיינו אותם מוצרים או שירותים שיש להם פוטנציאל להתחרות זה בזה, וכן ניתוח של השוק הגיאוגרפי, הווה אומר, האזור הגיאוגרפי שבו המונופולין יכול להפעיל את כוחו.⁵⁷ לא בכל מקרה ומקרה ניתן להכריע בנקל מהו השוק הרלוונטי. הגדרת השוק עשויה לעורר קשיים משפטיים ועובדתיים. למשל, ההכרזה עשויה לעורר שאלות עובדתיות סבוכות, כגון אילו מוצרים הם תחליפיים: האם שיחות בטלפון נייד הינן מוצר תחליפי לשיחות בטלפוניה ניידת? האם סיגריות מיובאות הן תחליפיות לסיגריות מקומיות?⁵⁸ האם קפה שחור תחליפי לסוגים אחרים של קפה?⁵⁹ שאלות אלה אינן קלות להכרעה, ולתובע פרטי חסרים לעיתים הידע והמומחיות הדרושים לשם הגדרת השוק הרלוונטי. על-כן להכרזה של הממונה, הפוטר את התובע הפרטי מהצורך להתמודד עם שאלות אלה, יש משמעות מעשית רבה. מובן שקיימים גם "מקרים קלים" שבהם קיומו של מונופול יוכח בנקל גם ללא קיום הכרזה. כך, למשל, בעניין קו מחשבה⁶⁰ לא התקשו התובעים להוכיח כי בזק בינלאומי הייתה מונופול בשוק השיחות הבין-לאומיות עד למועד פתיחת התחרות בשוק זה, מכיוון שהיא הייתה היחידה שפעלה בו, ולא היו תחליפים טובים לשירותיה. אולם מקרים אלה הם החריג, ולא הכלל. ברוב המקרים הגדרת השוק אינה פשוטה, ומערבת ניתוח מקצועי ועובדתי מעמיק בנוגע למידת התחליפיות בין מוצרים בשוק. מצב זה מעניק למונופולין הנטען כר נרחב לטיעוני-נגד, אשר עשויים להקשות באופן משמעותי על תובע פוטנציאלי. בנוגע לחברות הכבלים, למשל, קבע הממונה כי השוק שבו הן פועלות הוא שוק ההספקה של שירותי טלוויזיה רב-ערוצית. בערעור על החלטת הממונה⁶¹ העלו חברות הכבלים טענות רבות לפיהן שגה הממונה בהגדרת השוק, וכי היה עליו להתחשב בקיומם של מוצרים תחליפיים נוספים. לטענתם, השוק הרלוונטי כולל גם שירותי תוכן אחרים, דוגמת רדיו, תיאטרון, מוזיקה וקולנוע, המתחרים על זמנו הפנוי של הצרכן. בית-הדין דחה את טענותיהן של חברות הכבלים, ואישר את קביעתו של הממונה כי שירותים אלה אינם תחליפיים לשירותי הכבלים במידה מספקת על-מנת לכלול אותם בשוק הרלוונטי. ללא בחינה כלכלית-עובדתית של השוק הרלוונטי על-ידי הממונה, יהיו מקרים רבים שבהם תובע פרטי יתקשה להגדיר בעצמו את השוק ולהציג לפני בית-המשפט אסמכתות כלכליות מספקות לצורך כך.

57 "הנחיות להגדרה ולמדידה של שוק רלוונטי לעניין חוק ההגבלים העסקיים" הנחיות רשות ההגבלים העסקיים (2001), 1513,1493,1511,32, www.etype.co.il/anti1/?cmd=4&text=1513,1493,1511,32, 1512,1500,1493,1493,1504,1496,1497.

58 עניין דובק, לעיל ה"ש 21.

59 עניין עלית, לעיל ה"ש 4.

60 ת"א (מחוזי ת"א) 913/97 בזק בינלאומי בע"מ נ' קו מחשבה בע"מ, דינים מחוזי לב (3) 77 (1998).

61 ערר 10/99 תבל תשדורת בינלאומית לישראל בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (טרם פורסם, 20.9.2004), 1514,1489,1500,32, www.etype.co.il/anti1/?cmd=4&text=1514,1489,1500,32, 1512,1491,1493,1512,1514.

שנית, ההכרזה מאפשרת לתובע פרטי להתגבר על המכשלות הראייתיות הכרוכות בנגישותן של העובדות הדרושות כדי להוכיח את קיומו של מונופולין. על-פי רוב אין בידי תובע פרטי את כלי החקירה והדרישה הנחוצים לשם הגדרת שוק וקביעת נתח השוק של הנתבע. לממונה, לעומת זאת, יש סמכות הקבועה בחוק לדרוש ממשותפים בשוק מידע הנוגע בפעילותם בו, ובכלל זה נתונים בדבר מכירותיהם.⁶² התובע הפרטי יכול אומנם להגיע לחלק מהחומר הדרוש לו באמצעות הליך גילוי מסמכים, אולם לשם פתיחה בהליך זה עליו להעמיד תשתית עובדתית ראשונית התומכת בקיומו של מונופול בשוק. נוסף על כך, הליך גילוי המסמכים רלוונטי רק כלפי הגוף הנטען כמונופול. אם בשוק פועלים גופים נוספים, אשר אין להם נגיעה בהליך, ספק רב אם ייטו בתי-המשפט להורות לגופים אלה לגלות נתונים, כגון נתוני מכירות, אשר ייתכן כי יידרשו על-מנת לבסס את קיומו של בעל מונופולין. אשר על-כן, ההכרזה מאפשרת הגדלה של מספר המקרים שבהם יוכל תובע פרטי להתגבר על מכשלות טכניות-ראייתיות להוכחת קיומו של בעל מונופולין.

שלישית ולסיום, ההכרזה פוטר את התובע הפרטי מהשקעת המשאבים הכלכליים הדרושים להוכחת קיומו של מונופולין, אשר עשויים גם הם להוות מכשול לתביעות פרטיות נגד בעלי מונופולין אשר ניצלו לרעה את כוחם המונופוליסטי. הוכחת קיומו של בעל מונופולין מחייבת לרוב הגשה של חוות-דעת כלכליות, שעלותן גבוהה. עלויות אלה מהוות חסם כניסה משמעותי בפני תובעים הגבליים. ניתן להדגים את יתרונה של ההכרזה מבחינת התובע הפרטי באמצעות הדוגמה הפשוטה הבאה: נניח כי מונופול ניצל לרעה את כוחו תוך גרימת נזק בסך 100,000 ש"ח. נניח כי העלות של הוכחת קיומו של מונופול בשוק היא 45,000 ש"ח, וכי העלות של הוכחת הניצול לרעה היא 50,000 ש"ח נוספים. אם התובע סבור שקיים סיכוי של יותר מ-95% כי ייפסק לו הסכום המבוקש, הוא יבחר להגיש את התביעה, שכן התועלת הצפויה מהתביעה (קרי, המכפלה של סכום הפיצוי בסיכויי ההצלחה) עולה על עלויות הוכחתה. אולם אם התובע סבור כי הסיכוי שייפסק לו הסכום המבוקש הינו נמוך מ-95%, הוא יבחר להימנע מהגשת התביעה. לעומת זאת, בהינתן ההכרזה, יבחר התובע להגיש את תביעתו כל עוד סיכויי הצלחתה עולים על 50%.

ההכרזה מסירה אפוא חסם כניסה משמעותי בפני תובעים הגבליים פוטנציאליים. לא ייפלא, אפוא, כי רוב התובעים פונים תחילה לרשות בבקשה כי תכריז על מונופולין לפני שהם מגישים את תביעתם נגדו.⁶³ יתרונות ההכרזה לרווחת הציבור גוברים במקרים שבהם הנזק שנגרם לכל תובע ותובע הוא נמוך יחסית, וקיים שוני משמעותי בין תביעה לתביעה במידה שאינה מאפשרת הגשת תביעה ייצוגית משותפת, בעוד עלות השגתה

62 ס' 45, 46 לחוק ההגבלים העסקיים.

63 אולם בשל היות ההכרזה צופה פני עתיד, ההסתמכות עליה מוגבלת רק לתקופה משעת ההכרזה ואילך, עד לשינויה או לביטולה. שאלה מעניינת היא אם להגדרת השוק שעליה התבססה ההכרזה יש נפקות ראייתית גם לתקופה שקדמה להכרזה או לאחר שינויה עקב שינוי נתחי השוק של הצדדים הפועלים בשוק. לדעתנו, רצוי שהגדרת השוק – אשר היוותה חלק בלתי-נפרד מההכרזה – תהווה ראייה לכאורה לנכונותה בהליך משפטי שבו מתבקשת הגדרה של השוק.

של חוות־דעת כלכלית המוכיחה קיום מונופול היא גבוהה מאוד. במקרים כאלה ההכרזה מקדמת את הרווחה החברתית גם בדרך של חיסכון במשאבי הוכחה. זאת, מכיוון שחקירתה ודרישתה של רשות ההגבלים העסקיים בנוגע למעמדו של בעל המונופולין הפוטנציאלי בשוק חוסכת את הצורך בהשקעת כפל משאבים בהוכחת אותה עובדה – קיומו של בעל מונופולין – בהליכים משפטיים שונים. חיסכון זה אומנם אינו מוחלט, מכיוון שבעל המונופולין יכול עדיין להוכיח כי ההכרזה אינה משקפת נכונה את מעמדו בשוק, אולם עול ההוכחה הוא על בעל המונופולין, החייב לשאת בעלותה.

לאכיפה פרטית מוגברת של האיסורים ההגבליים יש השפעה חיובית על הרווחה החברתית, שכן היא מעלה את רמת הסיכון שבה פועל בעל המונופולין בעת הפרת הוראות החוק, בהגדילה את הסיכוי כי תוגש תביעה פרטית נזיקית נגד בעל המונופולין. מובן שהתמריץ מושפע גם מרוחבם של האיסורים ההגבליים החלים על בעל המונופולין. ככל שאיסורים אלה יפורשו בצורה צרה יותר כן תהא להכרזה השפעה פחותה. מאמר זה מניח כי מידת האיסור נתונה, אף שלפי כלל המשאבים המוגבלים, כאשר האיסור אינו ברור בהחלט, ייתכן שכדאי לעיתים להשקיע בבירור האיסור, ולא בהכרזות. בהנחה שהאיסורים מובנים דיים לשמש בסיס לתביעות הגבליות, ההכרזה מקדימה תרופה למכה בהקטינה מלכתחילה את תמריציו של בעל המונופולין לנקוט את הפעולה המפירה.

נוסף על כך, להכרזה יש יתרונות בהגברת רמת אכיפת החוק גם במישור הפלילי. קל יותר להוכיח כוונה להפחית תחרות, הנדרשת לצורך פתיחת הליכים פליליים בגין ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה, כאשר מכוח ההכרזה יקשה על בעל המונופולין המוכרו לטעון כי לא ידע כלל על מעמדו בשוק.⁶⁴ אולם חשוב מכך, ההכרזה משנה באופן משמעותי את נטל ההוכחה המוטל על הנאשם להפריך את טענות התביעה. ברגיל מוטל על הנאשם להוכיח רק קיומו של ספק סביר כי העובדות שהתביעה טענה להתקיימותן אכן התקיימו בפועל, אולם בעניין סבירנה נקבע כי מקום שפורסמה הכרזה ברשומות, על הנאשם להטות את מאזן ההסתברויות כדי להוכיח כי הוא אינו מונופולין בשוק. זאת, מכיוון שהפרסום ברשומות הופך את החזקה שבחוק ההגבלים העסקיים לחזקה שבחוק, שנטל הפרכתה גבוה יותר.⁶⁵ ניתן לסכם את יתרונותיה של ההכרזה שנבחנו עד כה ולומר כי ההכרזה מגבירה את רמת האכיפה הפוטנציאלית של הוראות החוק הן על־ידי רשות ההגבלים העסקיים והן על־ידי גורמים פרטיים. כתוצאה מכך היא מגבירה מלכתחילה גם את אפקט ההרתעה מהפרת הוראות החוק, ומגדילה בכך את תמריציו של בעל המונופולין המוכרו להסדרה עצמית ולהימנעות מפעולות המפירות את האיסורים הקבועים בחוק. במילים אחרות, ההכרזה מהווה תמרור אזהרה, "דגל אדום", לבעל המונופולין המוכרו.

נוסף על כך, ההכרזה מגבירה את התמריצים של בעלי מונופולין שאינם מונעים על־ידי מניעים כלכליים גרידא לפעול באופן חוקי. מחקרים הראו כי רבים מבין השחקנים הכלכליים בשוק מונעים לא רק על־ידי שיקולים כלכליים, אלא גם על־ידי ההשפעה של פרסום שלילי על החברה שבה הם פועלים ועל תפיסתם באשר לעצמם כבעלי תפקידים

64 יצחק (צחי) יגור דיני ההגבלים העסקיים 556 (מהדורה שלישית מעודכנת ומורחבת, 2002).

65 עניין סבירנה, לעיל ה"ש 31, פס' ג-ד.

בה.⁶⁶ גם מנהלים של גופים תאגידיים מונעים פעמים רבות על-ידי הרצון לפעול בגבולות החוק, כדי לשמור על תפיסה עצמית של אחריות חברתית.⁶⁷ במצבים אלה שימוש בהענשה כסנקציה ראשונה אינו רצוי. דווקא הגברת מודעותו של הגוף המשפטי להיקף החובות החלות עליו – במיוחד במצב שבו הפעולות המהוות ניצול לרעה מותרות כמעט לחלוטין לחברות שאינן נהנות ממעמד מונופוליסטי – הינה יעילה יותר, בהגבירה את האכיפה העצמית של איסורי החוק על-ידי בעל המונופולין עצמו. ההכרזה משרתת מטרה זו בהגבירה את הוודאות של הגוף המוכרז כי הוא מהווה מונופולין בשוק, ויוצרת ודאות מוחלטת כי הממונה רואה בו בעל מונופולין, לפחות נכון לעת ההכרזה. לנוכח הקשיים הטמונים בהגדרת השוק הרלוונטי ובחישוב נתח השוק בו, שעליהם עמדנו לעיל, ודאות זו עשויה להגדיל את תמריציו של הגוף המוכרז להימנע מניצול כוחו לרעה.

נוסף על כך, ההכרזה מקילה הגשה של תביעה פלילית נגד מונופולין על ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. חוק ההגבלים העסקיים מתנה את קיומה של עברה פלילית כאמור בכך "שהוכחה כוונתו [של בעל המונופולין] להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור".⁶⁸ קיומה של הכרזה מקל על המדינה לעמוד בתנאי הסעיף.⁶⁹

לבסוף, ההכרזה מקדמת את המדיניות המשפטית בדרך של יצירת קוהרנטיות בהגדרת השוק ובחישוב נתחו של בעל המונופולין בו. ללא הכרזה, בתי-המשפט השונים היו נדרשים לקבוע את קיומו של בעל מונופולין, בהתאם לכללי סמכות השיפוט בתביעה. ההכרזה מאפשרת ריכוז ההוכחות של קיום מונופולין בידי גוף אחד, אשר לו המומחיות וכלי החקירה והדרישה הנחוצים לשם הוכחת קיום מונופולין כאמור. נוסף על כך, מקום שהמונפול המוכרז בוחר לערער על ההכרזה, עררו נידון לפני בית-הדין להגבלים עסקיים – הערכאה בעלת המומחיות והניסיון בטיפול בסוגיות הגבליות. מצב זה עדיף על מצב שבו סוגיית קיומו של מונופול תידון לראשונה בתביעה אזרחית, לפני בית-משפט אשר אינו מתורגל בטיפול בסוגיות הגבליות. ודוק: עדיין פתוחה הדרך לפני בעל המונופולין לתקוף את החזקה לכאורה בדבר מעמדו בשוק העולה מן ההכרזה לפני הערכאות הרגילות, אך תקיפה זו תיאלץ להפריך את ניתוחו של הממונה.

האם סמכות ההכרזה אכן מקדמת בפועל מטרות אלה? חלק מתוצאותיה החיוביות של ההכרזה, ובראשן הקטנת תמריציו של בעל המונופולין לנקוט פעולות אנטי-תחרותיות מלכתחילה, אינן ניתנות לכימות אמפירי מדויק. בשל שינוי האיסורים החלים על מונופולין ולנוכח רמת האכיפה הנמוכה של האיסורים עד לעת האחרונה, אי-אפשר לבסס ניתוח זה על השוואה כמותית של מספר התביעות שהוגשו נגד בעלי מונופולין בתקופות השונות.

BRENT FISSE & JOHN BRAITHWAITE, THE IMPACT OF PUBLICITY ON CORPORATE OFFENDERS 66
(Gilbert Geis & Donald J. Newman eds., 1983).

TOM R. TYLER, WHY PEOPLE OBEY THE LAW (1990) 67

ס' 3 לחוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 2), התשנ"ו-1996. 68

עד היום לא נעשה שימוש רב בסמכות להגיש תביעה פלילית נגד מונופולין שניצל לרעה את מעמדו בשוק. רק במקרה אחד – בעניין חשד לניצול לרעה של מעמדה של עלית בשוק השוקולד – נשקלה הגשת תביעה פלילית. ה"ע (מחוזי י"ם) 612/06 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' שטראוס עלית בע"מ, דינים מחוזי לז(4) 298 (2007).

אולם ניתן לנתח, ולו באופן חלקי ובצורה עקיפה, את השפעותיה של ההכרזה על תמריצו של בעל המונופולין לנקוט התנהגות אנטי-תחרותית מלכתחילה. ממחקר אמפירי שערכנו, אשר בחן את כל התביעות שהוגשו נגד בעלי מונופולין מאז נוצרה סמכות ההכרזה, עולה כי נגד רוב החברות המוכרות לא הוגשו תביעות פרטיות או פליליות בעילות של ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. כך, למשל, מניתוח התביעות הפרטיות שהוגשו בעילה של ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי עולה כי מתוך 80 תביעות ייצוגיות פרטיות שהוגשו בעילות מונופוליסטיות, רק 33 הוגשו נגד מונופולים אשר הוכרו ככאלה על-ידי הממונה. חלק משמעותי מאותן תביעות הוגשו נגד חברת בזק (9 תביעות) ונגד חברות הכבלים (12 תביעות), כך שלמעשה, רק נגד 14 חברות מוכרות הוגשו תביעות ייצוגיות בעילות מונופוליסטיות.⁷⁰ ממצאים עובדתיים אלה מחזקים לכאורה את הטענה כי בעל מונופולין מוכרז נוטה להיזהר יותר באיסורי החוק. חיזוק נוסף לכך ניתן למצוא בעובדה – המשתקפת מהנתונים שנאספו – שכמחצית מהחברות אשר הוכרו כבעלות מונופולין הודיעו לרשות על כוונתם לאמץ תוכנית אכיפה פנימית של הוראות החוק, שלפיה ימונה אדם ספציפי בתוך החברה שתפקידו יהיה להבטיח את קיום הוראותיו של חוק ההגבלים העסקיים.⁷¹ אם מביאים בחשבון רק את החברות שהוכרו כמונופולין לאחר שהוצעה מתכונת לתוכנית אכיפה פנימית על-ידי הרשות, בשנת 1998, אזי אחוז בעלי המונופולין המוכרים אשר אימצו תוכנית כאמור עולה משמעותית ועומד על כ-70.72%. לא למותר לציין כי להכרזות רבות התלוו, חודשים מספר לאחר ההכרזה, פעולות הסדרתיות שונות בנוגע להתנהגותו של בעל המונופולין.⁷² פעולות אלה ביטלו או הקטינו את הצורך להגיש תביעה פרטית נגד בעל המונופולין על-מנת למנוע את פעולתו, בין היתר מכיוון שהן כללו איסורים צופי פני עתיד. אולם יש לסייג מסקנות אלה העולות מן הנתונים. רוב האיסורים החלים על בעל מונופולין הינם מעורפלים וקשים להוכחה. על-כן ייתכן שלהכרזה אין השפעה רבה על פעולותיהם של מונופולים, היודעים כי לרוב לא ייאכפו עליהם האיסורים ההגבליים

70 את הנתונים הללו יש לבחון בזהירות יתרה, לנוכח העובדה שכלי התביעה הייצוגית במדינת ישראל הינו בעייתי ביותר ומערים קשיים רבים בדרכו של תובע פוטנציאלי.

71 לעניין תוכנית האכיפה ראו "מתכונת תוכנית אכיפה פנימית" הנחיות רשות ההגבלים העסקיים (1998), 1514, 1497, 1504, 1499, 1514, 32, 1488, 1499, 1497, 1508, 1492.

72 לא הובאו בחשבון שתי חברות שהוכרו בעת האחרונה, וכן הכרזה אחת אשר ערעור בעניינה תלוי ועומד לפני בית-הדין.

73 ראו, למשל, החלטה בתיק מונ' 1861 של הממונה על ההגבלים העסקיים "שטראוס החוקת בע"מ: הוראות לבעל מונופולין" (20.4.1998), 1492, 1493, 1512, 1488, 1493, 1514, 32, 1500, 1489, 1506, 1500, 32, 1502, 1493, 1504, 1493, 1508, 1493, 1505, 1505, 1496, 1512, 1488, 1493, 1505, 93, 1500, 1497, 1503, 58, 32, 1513, 1496, 1512, 1488, 1493, 1505 של הממונה על ההגבלים העסקיים "עלית תעשיות בע"מ: הוראות לבעל מונופולין" (20.4.1998), 1492, 1493, 1512, 1488, 1493, 1514, 32, 1500, 1489, 1506, 1500, 32, 1502, 1493, 1504, 1493, 1508, 1493, 1500, 1497, 1503, 58, 32, 1506, 1500, 1497, 1514, 97, 1514.

בשל קשיי ההוכחה של הרכיב השני בתביעה – ניצולו לרעה של הכוח המונופוליסטי. ניתן לטעון כי אם להכרזה לא הייתה כל נפקות מעשית, אזי בעל מונופולין רצינוני לא היה משקיע את המשאבים הדרושים בערר על ההחלטה, אשר עשויים להיות נכבדים. אולם גם עובדה זו אין בה כדי להוות הוכחה נחרצת ליתרונותיה של ההכרזה, שכן ייתכן כי בעל המונופולין המוכרו מתיירא מטעויות מסדר ראשון של בתי-המשפט השונים.

2. חסרונות ההכרזה – ניתוח תיאורטי ואמפירי

בצד יתרונותיה הברורים צמוד להכרזה גם תג מחיר כבד. חשוב מכל, ההכרזה כרוכה בהשקעת משאבים משמעותית של הרשות להגבלים עסקיים. היא מחייבת הליך מקדמי של איסוף מידע על-ידי הרשות ועיבודו, ובמידת הצורך גם הגנה על ההכרזה בהליך ערר המתנהל לפני בית-הדין ובערעור על תוצאות הערר לפני בית-המשפט העליון. עלויות אלה הן משמעותיות, שכן במקרים רבים אין זו משימה פשוטה להגדיר את השוק ולהכריע אם מתקיים בו מונופול. בהתאם להערכת הממונה הקודם, בהכרזה פשוטה מושקעות עשרות שעות-אדם, לרבות השעות הנדרשות לדיון לפני בית-הדין. לעומת זאת, בהכרזה מורכבת ייתכן שהרשות תידרש להשקיע גם מאות שעות-אדם. אולם הכרזות אלה הן החרגי, ולא הכלל.⁷⁴ נציין במאמר מוסגר כי דווקא ההכרזות המחייבות ניתוח שוקיים מעמיק עשויות להועיל יותר לציבור, מכיוון שבמקרים אלה הוודאות בדבר מעמדו המונופוליסטי של הגוף העסקי, בטרם הוכרו כבעל מונופולין, קטנה לרוב בהרבה מאשר במקרים הפשוטים. נוסף על העלות הראשונית של ניתוח השוק וההכרזה, הרשות נדרשת לעיתים להשקיע משאבים בבדיקת ההשפעות של שינויים בתנאי השוק על מעמדו של המונופולין המוכרו. בחינתה של התשתית המחודשת, ומתן זכות שימוע לגופים אחרים הפועלים בשוק, כרוכים אף הם בעלויות שבהן נושאת הרשות. החיסרון השני המשמעותי של ההכרזה הוא השקעת המשאבים הנדרשת ממי שהוכרו כבעל מונופולין על-מנת לבטל את ההכרזה, אם זו אינה מבוססת על עובדות נכונות.

בהתאם לכך, ייתכנו מקרים שבהם ההכרזה לא תניב תועלת או שהתועלת שבה תהיה פחותה מההשקעה. המקרה המובהק שבו ההכרזה אינה יעילה מתקיים כאשר בעל המונופולין המוכרו אינו נהנה מכוח שוק, ועל-כן ממילא אין בכוחו לנצל את מעמדו לרעה. מקרה זה הוא תוצאתו של הגדרת המונופולין בחוק הישראלי. כאמור לעיל, המחוקק הישראלי אימץ מבחן מבני-טכני להגדרת מונופולין, המסתפק בבחינת אחוזי השליטה בשוק. בקובעו מבחן זה, התבסס המחוקק הישראלי על נסיון-העבר, שלפיו די לרוב באחוזי שליטה של 50% בשוק ישראלי לבסס בו מונופול.⁷⁵ אולם ייתכנו מקרים שבהם באחוזי השליטה בשוק אין בהכרח כדי ללמד על קיומו של כוח שוק. זה המצב, למשל, מקום שהשוק פתוח לתחרות פוטנציאלית מצד גופים אשר ייכנסו לשוק אם המונופול יבחר להעלות מחירים או לפגוע באיכות המוצר. במקרים אלה אין בכוחו של המונופול להעלות מחירים או לפגוע באיכות

74 ראו עם דרור שטרם, הממונה על ההגבלים העסקיים בשנים 2001–2005 (11.12.2005).

75 ס' 27(א) להצעת חוק ההגבלים העסקיים.

המוצר, שכן אם יעשה כן, הוא ינושל ממעמדו. כאשר לגוף המוכרז אין כוח שוק, קשה להצביע על יתרון כלשהו בהכרזה. נהפוך הוא, ההכרזה עלולה לפגוע ברווחה החברתית, ביוצרה תמריצים שליליים לגופים המוכרזים כבעלי מונופולין לא לנקוט התנהגויות עסקיות המותרות לכל חברה מלבד לבעל מונופולין. זאת ועוד, ייתכן שגוף המתקרב לאחוז השוק הדרוש לשם הכרזה על בעל מונופולין יעלה את מחיריו בכוונה תחילה על-מנת שלא יוכרז כאמור.⁷⁶ תמריצים אלה יתקיימו אומנם גם ללא הכרזה, בשל היותה דקלרטיבית בלבד, אולם סיכון ההכרזה ותוצאות "הדגל האדום" ו"הדגל הירוק" הנלוות אליה מעצימים חשש זה.

תוצאה זו מתעצמת גם לנוכח העובדה שאיסור הניצול לרעה של כוח מונופוליסטי כולל רשימה סגורה של ארבעה סוגי התנהגויות המקימים חזקה חלוטה לניצול לרעה של כוח מונופוליסטי.⁷⁷ הצירוף של חזקות אלה, שאינן מחייבות הוכחה של פגיעה בתחרות, ושל חזקת המונופולין שעליה מתבססת ההכרזה, אשר אינה מחייבת הוכחה של כוח שוק בפועל, עלול לגרום לתוצאות קשות לבעל המונופולין המוכרז. לא למותר להדגיש כי לנוכח ההלכה הנוהגת, אי-אפשר לבטל תוצאה קשה זו בדרך של הגשת ערר על ההכרזה, שכן זו שרירה וקיימת גם מקום שלבעל המונופולין המוכרז אין כוח שוק.

אולם ההכרזה אינה מוצדקת גם במקרים נוספים. למשל, נראה לנו כי מיותר להשקיע את המשאבים הכרוכים בהכרזה מקום שברור לכל כי בבעל מונופולין עסקינן. כך, ההכרזה על חברת החשמל כעל בעלת מונופולין בתחום הייצור, ההולכה והחלוקה של החשמל הינה מיותרת כל עוד לא נפתח שוק משק החשמל לתחרות משמעותית. היא אינה מציבה "דגל אדום", שכן אין ספק שחברת החשמל הייתה מודעת למעמדה גם קודם לכן, והיא גם אינה מחזקת באופן משמעותי את אפקט "הדגל הירוק", מכיוון שגם קודם לה היו הצרכנים מודעים למעמדה של חברת החשמל בשוק משק החשמל.

נוסף על כך, ההכרזה אינה מוצדקת מקום שלמרות קיומו של כוח שוק לגוף המוכרז, אין חשש רציני לפגיעה משמעותית ברווחה החברתית, ואילו עלויות ההכרזה הינן גבוהות. נביח, למשל, כי לגוף מסוים יש מעמד מונופוליסטי בשוק מצומצם וקטן, ועל-כן העלויות של ניצול לרעה אפשרי הינן נמוכות ביותר (40,000 ש"ח לכל הספקים והיצרנים). לעומת זאת, עלות ההכרזה לממונה ולגופים שמהם התבקש מידע הינה גבוהה (50,000 ש"ח) בשל הקשיים הראייתיים והמשפטיים הכרוכים באיסוף החומר העובדתי הרלוונטי ובניתוח השוק הנדרש. יתרה מזו, רשות ההגבלים העסקיים, ככל גוף אחר, פועלת תחת כלל המשאבים המוגבלים. משמע, גם לה יש משאבים מוגבלים לביצוע מכלול פעולותיה. אם תשקיע הרשות בהכרזה גם מקום שפוטנציאל הפגיעה בתחרות אינו גדול באופן מוחלט, אזי ייוותרו בידיה פחות משאבים לביצוע שאר פעולותיה, לרבות פיקוח על פעולותיהם של מונופולים שכבר הוכרוזו.

על כך יש להוסיף כי אחד מיתרונותיה המשמעותיים של ההכרזה – הקניית ודאות משפטית לגופים הפועלים במשק – אינה מושגת בהכרח בכל מקרה. רוב השווקים דינמיים

76 GAL, לעיל ה"ש 18, פרק 3.

77 ס' 1 לתיקון מס' 2.

באופיים, ועל-כן מעמדם של הגופים הפועלים בהם עשוי להשתנות מתקופה לתקופה. כך, ייתכן בהחלט שגוף עסקי המהווה מונופול בעת ההכרזה יחדל להיות מונופול כאשר יתנהלו בעתיד הליכים נגדו, בין כתוצאה של תחרות בין הגורמים הפועלים בשוק אשר גרמה להורדת המונופולין ממעמדו, ובין בשל שינויים מהותיים טכנולוגיים או אחרים אשר הורידו את חסמי הכניסה לשוק ואפשרו לחברות חדשות רבות להיכנס ולהתחרות בו. כך, למשל, חברת בזק, אשר באופן מסורתי פעלה רק בשוק הטלפוניה הנייחת, נכנסה לתחרות בשוק של הספקת שירותי גישה מהירה לאינטרנט, וחברות הכבלים נכנסו לתחרות בשוק הטלפוניה הנייחת.⁷⁸ במובן זה, ייתכן שההכרזה שולחת איתות מוטעה לשחקנים הפועלים בשוק. מקרה בעייתי במיוחד עשוי להתרחש כאשר המונופול המוכרו מנושל ממעמדו על-ידי גוף חדש, אשר נהנה כעת ממעמד מונופוליסטי אך טרם הוכרו ככזה. בהתאם ללשון החוק, ייחנה המונופול החדש מחזקה ניתנת לסתירה שלפיה בשוק קיים לכאורה מונופול אחר, ונטל ההוכחה יחול על הטוען אחרת.⁷⁹ אכן, הוודאות היחסית שההכרזה מעניקה עלולה ליהפך לקיבעון במקרים שבהם שינויים בשוק מחייבים בחינה גמישה יותר של השוק הרלוונטי, שתהא כפופה לשינויים הטכנולוגיים התכופים. מאידך גיסא, בחינה מחדש של השינויים בשוק מחייבת מטבע הדברים את רשות ההגבלים העסקיים להשקעת כספים נוספת. בה-בעת, אם לבעל המונופולין יש מעמד דומיננטי נמשך, ומעמד זה אינו בהיר דיו לצרכנים ולמתחרים בשל אופיו הדינמי של השוק, אזי להכרזה עשוי להיות ערך. ערך זה מתעצם מקום שתנאי השוק מגבירים את יכולתו של בעל המונופולין לנצל לרעה את כוחו בדרך שתיצור מכשלות לתחרות לטווח ארוך – למשל, מקום שהשוק מתאפיין ביתרונות משמעותיים למי שנכנס אליו ראשון (first-mover advantages) בשל אפקט רשת או בשל יתרונות משמעותיים לגודל.

לא נעשה מלאכתנו שלמה אם לא נציין את האפשרות שבעל המונופולין המוכרו דווקא מרוויח מההכרזה. חברות לא-מעטות מתהדרות בעובדה כי הן הדומיננטיות בשוקיהן. כך, לדוגמה, המוטו הפרסומי של ידיעות אחרונות הוא "העיתון הגדול במדינה". באופן דומה, רשת מקדונלד'ס מכריזה על עצמה כעל רשת המזון הגדולה בישראל ובעולם, ואף ציינה בעבר, באתר האינטרנט של החברה, כי היא מספקת יותר מ-50% מכמות ההמבורגרים הנמכרים מדי שנה בישראל.⁸⁰ דומיננטיות זו מעידה לכאורה על העדפותיו של הצרכן החופשי, המבכר את מוצריו של המונופולין המוכרו על אלה של מתחריו. בהתאם לכך, ייתכן שדווקא ההכרזה, הנותנת גושפנקה ממלכתית לטענת המונופולין כי רוב הצרכנים מעדיפים את מוצריו, תפגע בתחרות בהקימה חסם כניסה לחברות קטנות וחדשות.

78 ראו, למשל, החלטתה של הממונה על ההגבלים העסקיים "הכרזת מונופולין: בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ" (10.11.2004) www.etype.co.il/anti1/?cmd=4&text=1492, 1499,1512,1494,1514,32,1502,1493,1504,1493,1508,1493,1500,1497,1503,32,1489,1494,1511,32,1492,1495,1489,1512,1492,32,1492,1497,1513,1512,1488,1500,1497,1514,32,1500,1514,1511,1513,1493,1512,1514.

79 ס' 43(ה) לחוק ההגבלים העסקיים.

80 www.mcdonalds.co.il, שם נכתב בעבר כי החברה שולטת ב-59% משוק ההמבורגרים. לאחרונה שונה האתר, והצהרה האמורה הוסרה ממנו (הדף המקורי מצוי בידי המחברים).

חסמים אלה עלולים להיות משמעותיים בשווקים שבהם לצרכן אין מידע מלא בעת קבלת החלטתו על תכונות המוצר והוא נסמך על נסיונם של אחרים, או כאשר מדובר במוצרים המתאפיינים ביתרונות רשת (network effects), דהיינו, מוצרים שבהם ככל שמספר האנשים המשתמשים בהם עולה כן גדל יתרונם מבחינתו של כל צרכן (דוגמת פקס, תוכנת הפעלה של מחשב וכדומה).⁸¹

הצורך להפעיל את סמכות ההכרזה קטן גם מקום שנעשה שימוש אחר בסמוכיותו של הממונה על-מנת למנוע ניצול קיים ועתיד של כוח מונופוליסטי. למשל, ייתכן שהסדר מוסכם בין הממונה לבין בעל המונופולין, שלפיו הוא יימנע בעתיד מפעולות מסוימות העלולות לפגוע בתחרות, עשוי לקדם בדרך טובה יותר את האינטרס הציבורי שהממונה מופקד עליו.⁸² מובן שאין בהסדר כאמור כדי למנוע את הממונה מלהכריז על בעל מונופולין, אולם הצורך בהכרזה כאמור וההצדקה לה יהיו קטנים יותר.

פרק ד: אמות-מידה להפעלת שיקול-הדעת של הממונה

ראינו לעיל כי למנגנון ההכרזה יש יתרונות משמעותיים אך גם חסרונות לא-מבוטלים, וכי לא בכל מקרה יש ביתרונות ההכרזה כדי להצדיק את עלויותיה. על רקע תובנה זו נבקש לקבוע בפרק זה אמות-מידה אחדות לשאלה מתי יש להכריז על בעל מונופולין. נקודת המוצא היא שיש לשנות לדעתנו את ההלכה הנוהגת שלפיה לממונה אין כמעט שיקול-דעת אם להכריז על קיומו של מונופולין מקום שהתנאים הטכניים להכרזה מתמלאים. במקום זאת, יש לאמץ הלכה המעניקה לממונה שיקול-דעת רחב בשאלה אם להכריז אם לאו, בהתאם לעקרונות המנחים המפורטים להלן.

לפי ההלכה הנוהגת, סמכותו של הממונה להכריז על מונופול היא סמכות שבשיקול-דעת, בהתאם למבחן של קידום תכלית החוק. דהיינו, כל אימת שהממונה על ההגבלים העסקיים סבור כי ההכרזה דרושה לקידום תכליתו של החוק, שומה עליו להכריז על בעל מונופולין ככזה, וכל אימת שהוא סבור כי אין בה כדי לקדם את תכלית החוק, עליו להימנע מהפעלת סמכותו.⁸³ מבחן תכלית החוק הוא אומנם מבחן ראוי ורצוי, אך נראה לנו כי הפרשנות שנתן לה בית-הדין הינה מצמצמת מדי ויש להרחיבה.

כמפורט לעיל, ההלכה שאימץ בית-הדין היא כי בכל מקום שבו התקיימו הדרישות הקבועות בחוק להגדרת מונופולין תקדם ההכרזה את תכלית החוק, למעט במקרים חריגים. זאת, מכיוון שההכרזה מקטינה את פוטנציאל הנזק לתחרות או לציבור הגלום בקיומו של

81 ראו, למשל: Oz SHY, THE ECONOMICS OF NETWORK INDUSTRIES, chapter 1 (2001).

82 ראו, על-דרך ההיקש, בג"ץ 326/96 כספי נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פ"ד (1) 133, 155 (1996).

83 ערר בזק, לעיל ה"ש 8, פס' 5, 18.

כל מונופולין, על-ידי הגברת רמת האכיפה וההרתעה. בהתאם לכך, שיקול-הדעת צריך להיות מופעל על בסיס הנחת-המוצא כי בהתקיים התנאים הקבועים בחוק יש להכריז על קיומו של מונופולין.⁸⁴ מתי בכל-זאת אין ההכרזה עשויה לקדם את תכלית החקיקה? בית-הדין נמנע מלדון בשאלה זו לעומקה. עם זאת, נקבע כי בנסיבות מיוחדות הממונה רשאית לשקול בשלב ההכרזה את החשש לפגיעה בתחרות החופשית ובטובת הציבור הכרוכה בקיומו של מונופול מסוים.⁸⁵

לדעתנו, יש להחיל את המבחן של תכלית החוק בצורה רחבה, הבוחנת לא רק את התועלת והנוק המידיים שייגרמו לגוף המוכרז כתוצאה מעצם ההכרזה, אלא גם את השפעותיה של ההכרזה על פעילות עתידית של גופים בשוק ועל פעילותה האכיפתית של הרשות. נקודת המוצא צריכה להיות שההכרזה מהווה רק צעד ראשון במניעת ניצולו לרעה של כוח מונופוליסטי. מטרתה העיקרית של ההכרזה היא להקל את אכיפת החוק על-ידי יצירת ודאות בנוגע למעמדו המונופוליסטי של המונופולין המוכרז והקלת הגשתן של תביעות נגדו בגין פעולות הפוגעות ברווחה החברתית. בהתאם לכך, מקום שההכרזה אינה מקדמת מטרת אלה או מקדמת אותן במידה שאינה מצדיקה את עלויותיה, וכן במקרים שבהם קיימת דרך חלופית יעילה יותר להשגת תכליות החוק, אין להשתמש בסמכות ההכרזה.

הגשמת תכלית החקיקה מחייבת גם קביעת סדר עדיפויות בהקצאת משאביה המוגבלים של הרשות. בעולם ללא עלויות היה אולי מקום להשקיע את המשאבים הדרושים לקיום חקירה ודרישה, ולהכריז על בעל מונופולין כל אימת שזה ממלא אחר הגדרת החוק. אולם בפועל משאביה של הרשות מוגבלים, ועל-כן יש לאזן בין פוטנציאל הפגיעה בתחרות לבין המשאבים הדרושים להכרזה ולהגנה עליה בערר לבית-הדין. מקום שהממונה נדרש לחקירה ודרישה מעמיקים על-מנת להגדיר את השוק הרלוונטי ולחשב את חלקו היחסי של בעל המונופולין בו, וקיים חשש מצומצם בלבד לפגיעה ברווחה החברתית כתוצאה מניצול לרעה של כוח מונופוליסטי, הסטת משאבים להכרזה עלולה לפגוע בפעילות חשובה יותר של הרשות, המקדמת בדרך יעילה יותר את תכלית החקיקה.

בהתאם לכך, בבואו להפעיל את שיקול-דעתו, על הממונה להתחשב בכמה שיקולים, מהווים רשימה לא-סגורה. ראשית, על הממונה להתחשב במידת החשש שהמונופול אכן יפגע בתחרות החופשית ובציבור לקוחותיו. ההכרזה לא תקדם את תכלית החוק מקום שלא קם החשש של ניצול כוח מונופוליסטי לרעה, בשל העובדה שלבעל המונופולין אין בפועל כוח מונופוליסטי אף שהוא ממלא אחר התנאים בכל הנוגע לנתח השוק.⁸⁶ זאת ועוד, הכרזה

84 שם, פס' 9.

85 שם.

86 כך אכן פעל הממונה הקודם. משיחה עם הממונה הקודם, עו"ד דרור שטרומ, עלה כי במקרים שבהם היה ברור כי לחברה הנבחנת אין כוח שוק, אף שנתח השוק שלה עלה על 50%, לא הכריז עליה הממונה כעל מונופולין. באחד המקרים, למשל, ביקשה בזק להכריז על MED1 - החברה בעלת הכבל התת-ימי להעברת נתונים - כעל בעלת מונופולין. אף ש-MED1 החזיקה ביותר מ-50% מהשוק הרלוונטי, הוכח כי בשל היצע-יתר של קיבולת כבל שבבעלותה, ירדו מחירי השימוש בו בצורה משמעותית, והיו קרובים לרמה התחרותית.

מעין זו עלולה להגביר הגשת תביעות פרטיות אשר יתבססו על חוקת נתח השוק בשילוב עם החזקות החלוטות של ניצול לרעה הגלומות בסעיף 29א, גם אם ברור כי התנהגות המונופולין לא פגעה כלל בתחרות. בית-הדין דחה גישה זו בערר בזק, בקובעו כי ההשפעה של גמישות ההיצע הצולבת, המקרינה על קיומו של כוח שוק בפועל, תיבחן רק בשלב ההסדרה, ולא בשלב ההכרזה.⁸⁷ קביעתו עוגנה בעובדה שהגדרת המונופולין מתייחסת רק לנתח השוק הקיים, ולא לגובהם של חסמי הכניסה לשוק, אשר עשויים להשפיע על התנהגותו התחרותית של המונופולין. אולם נראה לנו כי ההכרזה אינה אקט טכני גרידא, ואין מקום להשקיע את המשאבים הכרוכים בהפעלתה מקום שברור באופן מובהק כי אין כל פוטנציאל של פגיעה בתחרות בשל העדרו של כוח שוק.

שנית, על הממונה להתחשב בשאלה אם מדובר במונופול פרטי או במונופול סטטוטורי המפוקח על-ידי רשות שלטונית. אין חולק כי סמכות ההכרזה חלה גם על מונופולין אשר נוצר מכוח חוק ספציפי או מוסדר על-ידי, אלא אם כן התנגשות הדינים מחייבת מסקנה שונה.⁸⁸ בעניין הבורסה נמנע הממונה מלהכריז משום שהבורסה פועלת בפיקוחה ההדוק של הרשות לניירות-ערך. באופן עקרוני, דרך הניתוח של הממונה ראויה. עם זאת, יש להדגיש כי השיקול שצריך להנחות את הממונה אינו רק אם לו עצמו אין כל כוונה לפקח על פעילותו של בעל המונופולין.⁸⁹ כמפורט לעיל, תכלית ההכרזה היא גם להקל הגשתן של תביעות פרטיות. על-כן גם מקום שהממונה אינו מתכוון להפעיל את סמכותו ולהסדיר את פעולות המונופולין, אולם קיים חשש לניצול לרעה אשר יכול להוות בסיס פוטנציאלי לתביעה נזיקית, על הממונה לשקול שימוש בסמכות ההכרזה.

שלישית ולסיום, על הממונה להתחשב בעלויות הכרוכות בהפעלת מנגנון ההכרזה. עלויות אלה כוללות את המשאבים הדרושים להכרזה ולהגנה עליה בערר ובערעור על תוצאותיו, ובכלל זה המשאבים הדרושים לחקירה ולדרישה בנוגע למעמדו של אדם בשוק הרלוונטי. כן יש להתחשב בעלויות הצפויות לצורך בדיקה מחדש אם חלו שינויים בשוק המחייבים את ביטול ההכרזה. בהקשר זה על הממונה לשקול, לפני ההכרזה, אם מדובר בשוק סטטי שפועל בו מונופול יציב או שמא מדובר בשוק דינמי המתאפיין בשינויים בנתחי השוק של השחקנים הפועלים בו. נוסף על כך על הממונה לבחון מהי הסבירות שהגדרת השוק תשתנה בשל שינויים בטכנולוגיה. אם הממונה סבור כי התועלת שתצמח מההכרזה אינה מצדיקה את העלויות הכרוכות בה, אנו סבורים כי אל לו להשתמש בסמכות זו. לדעתנו, ניתן לעגן אמות-מידה אלה בפרשנות תכליתית של החוק, אשר תעניק לממונה שיקול-דעת לא להשתמש במנגנון ההכרזה אלא אם כן ההכרזה אכן תקדם את תכלית

87 בשל כך בחר הממונה לא להכריז עליה כעל בעלת מונופולין. לא למותר לציין כי שיקולים אלה לא נפרשו בהחלטת מנומקת, אולם לטענת הממונה הם הנחו אותו הלכה למעשה.

87 ערר בזק, לעיל ה"ש 8, פס' 28.

88 שם, פס' 19; ערר חברת החשמל, לעיל ה"ש 19. הממונה אימץ גישה מצמצמת יותר בהחלטה בעניין הבורסה, לעיל ה"ש 19, אולם נראה כי גישה זו נדחתה בשתי ההחלטות האמורות.

89 שיקול זה הוא שהנחה את הממונה לא להכריז על הבורסה כעל בעלת מונופולין. ראו החלטה בעניין הבורסה, לעיל ה"ש 19, פס' 63.

החקיקה. ניתן לאמץ כללים אלה על-ידי שינוי ההלכה הנוהגת של בית-הדין, גם ללא צורך בשינוי החוק. גם השינוי בהלכה של בית-הדין אינו חייב להיות קיצוני. אפשר לטעון כי ההלכה הקובעת שההכרזה תיבחן בעיקר לאור קיום התנאים הטכניים בחוק תחול במצב שבו הממונה כבר השקיע את המשאבים והכריז על אדם כעל בעל מונופולין. בית-הדין לא יבחן בדיעבד אם השקעה זו הייתה כדאית. זאת יוכל לעשות בית-המשפט העליון, ביושבו כבית-משפט גבוה לצדק, בבוחנו את סבירות ההחלטה להשקיע משאבים.

פרק ה: סיכום

מנגנון ההכרזה הינו ייחודי לדין הישראלי. זהו שריד מהתקופה שבה ההכרזה על קיום מונופולין היוותה תנאי הכרחי להחלת הוראות החוק. כיום, עם שינוי המנגנון הקבוע בחוק להסדרת פעולותיהם של בעלי מונופולין, השימוש במנגנון ההכרזה שונה בתכלית מזה שבעבר. על רקע זה סברנו כי יש מקום לבחון מחדש את נחיצות המנגנון כיום. מאמר זה ביקש לבחון את היתרונות והחסרונות של השימוש בסמכות זו.

כפי שהראינו, מנגנון ההכרזה מהווה דרך-ביניים בין הסדרה על-ידי המדינה לבין הסדרה על-ידי כוחות השוק.⁹⁰ ההכרזה מגבירה את התמריצים של גורמים הפועלים בשוק – יריבים, ספקים, משווקים וצרכנים – להפעיל פיקוח פרטי על פעולותיו של בעל המונופולין. בדרך זו היא מגבירה את תוחלת האכיפה של האיסורים ההגבליים, ללא צורך בהגברת רמת האכיפה הממשלתית או בהעלאת רמת הסנקציה. כמו-כן היא מגבירה את ההסדרה העצמית של בעל המונופולין המוכרו, בשל שני גורמים: ראשית, בשל הגברת הסיכון שפעולה המהווה ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי אכן תגלה ותיענש; שנית, מכיוון שבהגבירה את הוודאות בדבר מעמדו המשפטי של בעל המונופולין ובדבר מצבת החובות החלה עליו, היא מגבירה את הנטייה, לפחות של חלק מבעלי המונופולין המוכרזים, לפעול בהתאם להוראות החוק. בשל כך, ההכרזה שומרת על רבים מהיתרונות של ה-*Laissaz faire* מבלי להקטין את חובתה של המדינה למנוע ולתקן כשלי שוק. אין בה כדי להוות פתרון-קסם למניעת הניצול לרעה, אך היא תורמת להקטנתו.

ניתוח אמפירי של כל ההכרזות שהתקבלו בישראל עד עתה הראה כי רוב החברות שהוכרו נטלו על עצמן הגבלות עצמיות בדרך של הקמת מנגנון פיקוח פנימי בנוגע להפרות של חוקי ההגבלים העסקיים. כן הוכח כי נגד רוב החברות המוכרזות לא הוגשו תביעות פרטיות ולא הוטלו הגבלות מנהליות לשם מניעת ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. מספרן המוחלט של התביעות שהוגשו בעילות אלה אינו גדול אומנם, אך גם בנתונים הקיימים

90 להרחבה בנושא ההסדרה הסימביוטית ראו, למשל: IAN AYRES & JOHN BRAITHWAITE, RESPONSIVE REGULATION: TRANSCENDING THE DEREGULATION DEBATE (Donald R. Harris, Keith Hawkins, Sally Lloyd-Bostock & Doreen McBarnet eds., 1992).

יש כדי להצביע על מגמה של הסדרה עצמית על-ידי המונופולין למניעת עוולות המהוות ניצול לרעה של כוחו.

בה־בעת ניתח המאמר את חסרונותיה של ההכרזה, ובראשם עלותה וכן הסיכון שהיא לא תהא נכונה בתקופה כלשהי לאחר קבלתה. לנוכח עלויות אלה הצענו לאון בין היתרונות והחסרונות באמצעות מתן שיקול־דעת רחב לממונה על ההגבלים העסקיים בבואו לשקול אם להכריז או להימנע מההכרזה, וזאת בניגוד להלכה הפסוקה המחייבת כיום, שלפיה שיקול־הדעת אם להכריז אם לאו הוא מצומצם, ועל הממונה להשתמש בסמכותו כל אימת שמדובר בגוף הנופל לגדריה של הגדרת המונופולין בחוק, למעט במקרים חריגים. על קצה המזלג, אנו סבורים כי על הממונה לשקול בכל מקרה ומקרה אם התועלת שבהכרזה מצדיקה את עלויותיה, בהתחשב במידת החשש לפגיעה בתחרות מצד המונופול הספציפי. אכן, ייתכן כי "מועצת העכברים" הישראלית יעילה יותר בתחבולותיה בבואה למנוע את החתול מלנצל לרעה את יתרונותיו תוך פגיעה בטובת הכלל. עם זאת, במדינה קטנה, המתאפיינת בחתולים רבים ובמשאבים מוגבלים, יש מקום לבחון בכל מקרה ומקרה אם יתרונות ההכרזה מצדיקים את העלויות של התקנת הפעמון על צוואר המונופול.

