

מחיר מופרז כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי

מאת

דיויד גילה*

במאמרו "השפעת תורת ההחלטות על עיצוב כללים משפטיים: מחיר בלתי הוגן כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי", אשר התפרסם בכרך מה(2) של כתב עת זה, טוענות מיכל (שיצר) גל והילה נבו כי יש לפרש את סעיף 29א(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 ככזה שאינו כולל בחובו איסור על גביית מחיר מופרז בידי בעל מונופולין. מאמר ביקורת זה יבקש לחלוק על המסקנות והתובנות שבבסיס מאמרו של גל ונבו ויראה כי במיוחד במדינת ישראל, המאופיינת בריבוי מונופולים, שווקים ריכוזיים ויוקר מחיה מתועד, אכן קיימת הצדקה ממשית להחלת האיסור האמור גם על גביית מחיר מופרז בידי מונופולים. כפי שמאמר זה יבקש להראות, ההצדקה להחלת האיסור נשענת בראש ובראשונה הן על לשון החוק והן על תכליתו, כמו גם על הדין האירופי, האוסר בין היתר על גביית מחיר מופרז בידי בעל מונופולין, ושעל סמך הוראותיו נוסחה הוראת סעיף 29א(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים. בנוסף, מאמר זה יבקש להבהיר כי האיסור על גביית מחיר מופרז איננו קשה לאכיפה יותר מאיסורים אחרים הקיימים בדיני ההגבלים העסקיים, ומכל מקום, קושי באכיפת האיסור, יהא אשר יהא, אינו מהווה כשלעצמו הצדקה לגיטימית לאי-אכיפת האיסור.

אם כן, הניתוח המשפטי התחרותי והכלכלי שיערך במסגרת מאמר זה יוביל למסקנה כי טענותיהן של גל ונבו בדבר אי-החלת האיסור הן שגויות מיסודן. בעיקר יראה המאמר, בניגוד גמור לטענתן של גל ונבו, כי מחיר מופרז איננו מעודד כניסה של מתחרים חדשים לשוק באופן אשר מוביל לירידת מחירים, וכי שיקולי עידוד השקעה מצד בעל מונופולין אינם מצדיקים אי-החלת האיסור על גביית מחיר מופרז. על כן המסקנה המתבקשת ממאמר זה היא שהחלת האיסור על גביית מחיר מופרז באמצעות סעיף 29א(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים היא כלי הרתעתי ואפקטיבי לשם ריסון כוחו של בעל מונופולין מפני ניצול ציבור הצרכנים על ידי גביית מחיר מופרז.

מבוא. א. פרשנות לשונית וקונטקסטואלית של החוק. ב. פרשנות תכליתית. ג. המשפט המשווה. ד. קנה המידה לבדיקה האם המחיר מופרז. ה. ההבדל בין האיסור על מחיר מופרז לבין פיקוח מחירים. ו. הטענה בדבר חוסר הוודאות של המונופול באשר לכלל האוסר על גביית מחיר מופרז. ז. האם מחיר מופרז מתקן את עצמו באמצעות כניסה לשוק? ח. מורכבות יישומה של הנורמה והסיכוי לטעות מהסוג של תחולת יתר שלה. ט. מחיר טעות מהסוג של תחולת יתר ועידוד השקעה על ידי המונופול. י. זהות הגוף האוכף. יא. הערות לגבי גילוי הדעת. יב. סיכום.

* פרופסור מן המניין, אוניברסיטת תל-אביב. ברצוני להודות לחברי מערכת משפטים, לליאור פרנק ולמשתתפי ההשתלמות לשופטים בנווה אילן, ינואר 2016, על הערותיהם המועילות, לעוזרת המחקר סופי מתייהו, ולמכון ש. הורביץ לקניין רוחני על סיוע כספי.

מבוא

מיכל (שיצר) גל והילה נבו מנתחות במאמרן "השפעת תורת ההחלטות על עיצוב כללים משפטיים: מחיר בלתי הוגן כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי"¹ את האיסור על גביית מחירים בלתי הוגנים על ידי מונופול כהגדרתו בחוק ההגבלים העסקיים.² טענתן העיקרית של גל ונבו היא כי יש לפרש את האיסור האמור ככזה שאינו כולל איסור על גביית מחיר גבוה בלתי הוגן על ידי המונופול מהצרכן. גל ונבו טוענות כי "למרות ההצדקה הנורמטיבית לקיומה של עלית המחיר הגבוה הבלתי הוגן, [...] אין להכיר בה במסגרת החזקות לניצול לרעה של כוח מונופוליסטי".³ הן טוענות כי "מסקנה זו מתיישבת עם דעת מלומדים ורשויות תחרות רבות ברחבי העולם, כמו גם עם הפרקטיקה שנהגה שנים רבות בישראל".⁴ גל ונבו מבססות את טיעונן האמור בייחוד על שני אדנים עיקריים: האחד הוא חוסר הוודאות שהאיסור על מחיר מופרז גורם למונופול וחוסר היעילות שעלול להיגרם כפועל יוצא מכך. נגזרת של טיעון זה היא הטיעון של המחברות לסיכון לטעות מהסוג של החלת יתר של הכלל, קרי קביעה כי המונופול גבה מחיר מופרז כאשר למעשה אין הדבר נכון כלל; השני הוא התפיסה שלפיה מחיר מופרז של מונופול נוטה לתקן את עצמו באמצעות עידוד כניסה של פירמות חדשות לשוק. בשולי הדברים, גל ונבו מבקרות את גילוי הדעת שפרסמה רשות ההגבלים העסקיים שבו היא הצהירה כי תתחיל לאכוף את האיסור על מחיר מופרז של מונופול. בעיקר מבקרות המחברות את נמל המבטחים שיצר גילוי הדעת, לפיו אם הפער בין המחיר שגבה המונופול לבין העלויות הרלוונטיות שלו נמוך מ-20% מן העלויות הללו, הוא יהיה מוגן מתקיפה של רשות ההגבלים העסקיים בעילה של מחיר מופרז.

מטרת דיני ההגבלים העסקיים היא קידום רווחת הצרכנים באמצעות מניעת פגיעה בתחרות, קידום התחרות ומניעת ניצול לרעה על ידי מונופולים. על כן, גל ונבו כבר בפתח הדברים במאמרן, נותנות תמונה חלקית בלבד של מטרותיהם של דיני ההגבלים העסקיים כאשר הן אומרות כי הן מתמצות בקידום "הרווחה החברתית בדרך של מניעת יצירתן של מכשלות מלאכותיות לתחרות".⁵

התהליך התחרותי הוא כלי שבאמצעותו, בין היתר, החוק מנסה להשיג את השאת רווחתו של הצרכן. במסגרת התהליך התחרותי פירמות מתאמצות לחטוף צרכנים זו מזו, ובדרך זו הן מועילות לצרכן. אלא שהחוק צופה מצבים שבהם התהליך התחרותי איננו מתפקד היטב. אלה כוללים בראש ובראשונה מצבים בהם קיים בשוק בעל מונופולין. על כן, השכילו דיני ההגבלים העסקיים, בסעיף 29 לחוק, למנוע גם מצב שבו בעל מונופולין מנצל לרעה את מעמדו באופן העלול לפגוע בתחרות או בציבור. הווה אומר, אם התנהגותו של בעל המונופולין עצמו עלולה לפגוע באותו תהליך תחרותי שהוא כלי להשאת רווחת

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

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

3 גל ונבו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 279-280.

4 שם.

5 שם, בעמ' 278.

הצרכן, הוא מנצל לרעה את מעמדו. זהו ניצול לרעה העלול לפגוע בתחרות. בנוסף, אם בעל מונופולין מנצל לרעה את מעמדו באופן העלול לפגוע בציבור, הרי שגם אז הוא מפר את החוק. גביית מחיר מופרז היא מקרה מובהק שבו בעל מונופולין מנצל לרעה את כוחו באופן העלול לפגוע בציבור הצרכנים. הדבר מובהר גם במסגרת החזקות החלוטות המהוות קונקרטיזציה של איסור זה, כאשר החוק מציין כי כניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי באופן העלול לפגוע בציבור יראו, בין היתר, בגביית מחיר בלתי הוגן.

כאמור, מאמרו של גל ונבו טוען כי תובנות של תורת ההחלטות מצדיקות סיוג של נורמה משפטית זו הקבועה בחוק. עוד טוען מאמרו כי מסקנה זו מתיישבת עם פסיקה במשפט המשווה. מאמר ביקורת זה יבקש לחלוק על מסקנה זו. ראשית, אין הצדקה לסייג את הנורמה הקבועה בחוק ההגבלים העסקיים האוסרת על גביית מחיר בלתי הוגן, כך שלא תחול, במקרה המתאים, על גביית מחיר מופרז בידי בעל מונופולין. נורמה זו אינה קשה לאכיפה יותר מנורמות רבות אחרות בדיני ההגבלים העסקיים, וגם לו הייתה קשה יותר לאכיפה, לא היה בכך כדי להצדיק אי-אכיפתה. שנית, הדין האירופי, שעל סמך הוראותיו נוסחה גם הוראת סעיף 29א האמורה, כמו גם הדינים בכל מדינות ה-OECD (למעט ארבע מדינות), אוסרים גם הם על גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין, ואיסור זה נאכף. עוד יטען המאמר כי דווקא בישראל, שבה השווקים ריכוזיים במיוחד, מספר המונופולים גדול במיוחד, ובעיית יוקר המחיה חמורה במיוחד, קיימת הצדקה מיוחדת לקיומו של איסור זה ולאכיפתו במקרים המתאימים. דווקא גל ונבו עצמן, בצטטן מספרה של גל, מציינות בצדק כי בכלכלה קטנה כגון זו של ישראל הסיכוי כי כניסה של פירמות חדשות לשוק תרסן את כוחו של מונופול לגבות מחיר מופרז הוא קטן. כדבריהן, "חסמי הכניסה הגבוהים למרבית שוקיהן של כלכלות קטנות מקטינים את הסיכוי לכניסה קלה ומהירה של מתחרים כאשר המחיר עולה מעל לרמתו התחרותית".⁶ גל ונבו ממשיכות ואומרות, בהתייחסן לאפשרות לטעות באי-החלת החוק על חברה בעלת נתח שוק גבוה, כי "במיוחד בכלכלה קטנה, שבה קשה יותר להוריד מכיסאו מונופולין ברגע שהוא נוצר, עלות טעות זו היא גבוהה".⁷

גם לדעת הדרך העדיפה להשיא את רווחת הצרכנים היא באמצעות עידוד התחרות. עדיין עומדת בעינה השאלה כיצד לנהוג כאשר התחרות בשוק לא הצליחה לרסן את כוחו של המונופול והוא גבה מחיר מופרז. האם נפקיר אז את הצרכן לניצול לרעה זה של המונופול, הפוגע בציבור שעליו החוק נועד להגן, או שמא נאכוף אז על המונופול את הנורמה הקבועה בחוק, האוסרת עליו לנצל לרעה את מעמדו על ידי קביעת מחירים בלתי הוגנים? נראה כי התשובה ברורה. במקרים שבהם התחרות בשוק לא הצליחה לרסן את המונופול יש מקום להגן על ציבור הצרכנים באמצעות הנורמה האוסרת על גביית מחיר מופרז.

שארית המאמר בנויה כדלהלן: בפרק א אראה כי הן פרשנות לשונית והן פרשנות על פי ההקשר מצדיקות החלה של האיסור על גביית מחירים בלתי הוגנים של מונופול גם על מחירים מופרזים שלו. בפרק ב המאמר מראה כי זו הפרשנות הנכונה גם מבחינת תכלית החוק. פרק ג מבהיר כי מרביתן המוחלטת של מדינות ה-OECD מחילות את האיסור על

6 שם, בעמ' 284.

7 שם.

מחיר מופרז של מונופול ואוכפות אותו. בפרק ד אראה מדוע קנה המידה לבדיקה אם מחיר הוא מופרז צריך להיות בדיקה אם המחיר מופרז ביחס למחיר שהיה רווח בתנאי תחרות, ולא קנה מידה חיצוני להשוואה זו למחיר התחרותי, שבו דוגלות גל ונבו. הפרק ממשיך ומראה כיצד מרבית הפסיקה ודברי המלומדים תומכים באמת המידה האמורה, של השוואה למחיר התחרותי. פרק ה מראה את ההבדל בין האיסור על מחיר מופרז לבין פיקוח מחירים, שבו דוגלות גל ונבו ככלי יחיד לטיפול בתופעה. פרק ו מתמודד עם הטענה לפיה האיסור על מחיר מופרז גורם לחוסר ודאות של המונופול. פרק ז מראה מדוע התפיסה לפיה מחיר מופרז מתקן את עצמו, באמצעות משיכת כניסה לשוק, איננה נכונה. בפרק ח אראה כי בעוד שהנורמה האוסרת על מחיר מופרז של מונופול היא מורכבת ליישום, מידת מורכבותה אינה גדולה מזו של נורמות אחרות המושרשות בדיני ההגבלים העסקיים. בפרק ט אראה שמחיר הטעות מהסוג של החלת יתר אינו גבוה. עוד מתייחס פרק זה לחשש מפני פגיעה בעידוד השקעה על ידי המונופול. פרק י דן בשאלה איזה גוף יבצע את אכיפת האיסור, ופרק יא מתייחס להערות של גל ונבו לגילוי הדעת שהוציאה רשות ההגבלים בעניין, ובפרט בדבר נמל המבטחים האמור.

א. פרשנות לשונית וקונטקסטואלית של החוק

גל ונבו לא התעכבו יתר על המידה על לשון החוק ועל הקונטקסט שלו. סעיף 29א(ב)(1) לחוק קובע כי יראו כניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור גם ב"קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין". הוראותיו של סעיף 29א לחוק תורגמו הלכה למעשה מהאמנה על תפקודו של האיחוד האירופי, הקובעת כי ניצול לרעה האסור על פירמה דומיננטית כולל גם:

directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions.⁸

כפי שנקבע בפסיקה האירופית, סעיף זה חל בין היתר על גביית מחיר מופרז על ידי הפירמה הדומיננטית.⁹ בעניין זה יש לדחות לדעתי את טענותיהן של גל ונבו לפיהן יש בכל זאת להחריג את הגישה האירופית לאור ההבדלים בין אירופה לישראל. גל ונבו מזכירות שישה הבדלים לכאורה בין המצב באירופה למצב בישראל המצדיקים לדעתן סיוג של הגישה האירופית בישראל, למרות הזהות בין הסעיפים. כל ההבדלים הללו, לדעתי, אינם מצדיקים סטייה מהגישה האירופית. ראשית הן מציינות את הפליליות לכאורה של האיסור

8 Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union art. 102, May 9, 2008, 2008 O.J. (C 115) 47, available at <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2008:115:FULL&from=EN>

9 Case 26/75, General Motors Continental NV v. Comm'n, 1975 E.C.R. 1367, 1379 ¶ 12; Case 27/76, United Brands Co. BV v. Comm'n, 1978 E.C.R. 207, 301 ¶ 249–250

בישראל.¹⁰ אולם, בישראל האיסור אינו פלילי, משום שלפי גילוי הדעת של הרשות, אכיפת האיסור תהיה רק באמצעות עיצומים כספיים. עוד יש לציין שבעוד שבאירופה הסנקציה על גביית מחיר מופרז יכולה להגיע לעיצומים בגובה עשרה אחוזים מהמחזור הכולל של הקונצרן בו פועל המונופול, שבתאגידים גדולים מגיע למיליארדי אירו, בישראל הסנקציה המרבית היא 24 מיליון ש"ח בלבד לכל הפרה.¹¹ שנית, גל ונבו מציינות את הנקודה המוסדית, לפיה באירופה אין כמעט תביעות נזיקיות הנידונות בבתי המשפט שאינם מומחים ספציפית להגבלים עסקיים, בעוד שבישראל יש.¹² בשאלה המוסדית אני דן בנפרד בפרק י, ואני מראה שאין בה כדי להצדיק כשלעצמה הימנעות מהחלת האיסור על גביית מחיר מופרז של מונופול.

שלישית, גל ונבו מזכירות נקודה דומה, שבישראל יהיה על בתי המשפט להתמודד עם חישוב הנזק הנגרם כתוצאה מגביית מחיר מופרז, ולא רק באמידה אם המחיר היה מופרז, כמו באירופה, שכיום התביעות הנזיקיות בה הן כאמור נדירות.¹³ אולם, גם בתביעה נזיקית בגין קרטל מחירים, על בתי המשפט בישראל לעשות חישוב דומה של הנזק. במקרה של קרטל, כמו במקרה של גביית מחיר מופרז, הנזק מוערך על פי ההפרש בין המחיר שנגבה לבין המחיר שהיה רווח בתנאי תחרות. רביעית, גל ונבו טוענות שבישראל, כיוון שמונופול מוגדר כמי שיש לו נתח שוק של מעל 50%, פירמה המתקרבת לנתח שוק זה תימנע מלהוריד מחירים ולהגדיל את נתח השוק שלה.¹⁴ אולם, חיסרון זה של הגדרת מונופולין לפי נתח שוק, להבדיל מלפי כוח שוק, הוא חיסרון כללי, הרלוונטי לכלל האיסורים החלים על מונופול, ולא רק לאיסור על גביית מחיר מופרז. להגדרה לפי נתח שוק יתרונות, בכך שהיא מגדילה את הוודאות באכיפה ואת הוודאות של המונופול באשר לשאלה אם האיסורים חלים עליו. מנגד, להגדרה מעין זו יש גם חסרונות, בדמות הרתעה לכאורית של פירמות ולהגדיל את נתח שוק שלה מחשש שיעברו את הסף הסטטוטורי של 50% מהשוק.

הסיבה החמישית שמציינות גל ונבו נוגעת למדיניות האירופית לעודד סחר בין מדינות האיחוד האירופי לבין עצמן.¹⁵ אולם, מדיניות זו מצדיקה כלל של היעדר אפליה בין מדינות מבחינת המחיר. היא לאו דווקא מצדיקה ישירות את האיסור על גביית מחיר מופרז. כך למשל, באירופה, גביית מחיר מופרז היא אסורה גם אם אותו מחיר נגבה בכל המדינות האירופיות. הסיבה השישית שמציינות גל ונבו היא שישאלה היא כלכלה קטנה המאופיינת בשווקים ריכוזיים, לעומת אירופה, המהווה שוק גדול ופחות ריכוזי.¹⁶ אולם, עם כל הכבוד, יש לדעתי לשים דגש מכריע על כך שהבדל זה דווקא מצדיק עוד יותר את האיסור בישראל מאשר באירופה. דווקא בישראל, על שווקים הריכוזיים והקושי של חברות חדשות להיכנס לשוק בשל גודלו הקטן ובשל ריכוז המונופולים, חשוב במיוחד לאסור על מונופול לגבות מחיר מופרז. זאת, על מנת להגשים את תכלית החוק בהגנה על ציבור הצרכנים, בין היתר מפני כוחם של מונופולים. גל ונבו מדגישות בהקשר זה דווקא את הצורך של מונופול

10 גל ונבו, לעיל ה"ש 1, הטקסט הסמוך לה"ש 146.

11 ס' 150 לחוק הגבלים עסקיים.

12 גל ונבו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 320, 323.

13 שם.

14 שם, בעמ' 323, 327.

15 שם, בעמ' 323.

16 שם, בעמ' 324.

לגבות מחיר מופרז על מנת לעודד אותו להשקיע השקעות מועילות. אולם, כפי שאני מראה בפרק ט, אין בשיקול זה כדי להצדיק את אי החלת האיסור. ובכן, מבחינה לשונית, אך טבעי לפרש את הביטוי "רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים" בסעיף 29א(ב)(1) לחוק כחל גם, אם לא בראש ובראשונה, על מחיר שהוא באופן בלתי הוגן גבוה מדי. זאת במיוחד על רקע הנורמה הכללית הקבועה בסעיף 29א(א) לחוק, הקובעת כי ניצול לרעה אסור, כולל התנהגות העלולה להפחית את התחרות או לפגוע בציבור. כאמור לעיל, פגיעה מסתברת בציבור כוללת באופן טבעי, בראש ובראשונה, ניצול כוחו של המונופול מול הצרכנים על דרך גבייה של מחירים מופרזים. תובנה זו מובילה לתמיכה נוספת בפרשנות האמורה, על פי הזיקה שבין סעיף 29א(א) לחוק לבין סעיף 29א(ב)(1) לחוק. כאמור לעיל, סעיף קטן (א) כולל שני סוגים של פגיעות חברתיות: פגיעה מסתברת בתחרות או פגיעה מסתברת בציבור, כעילות לניצול לרעה אסור. החלוקת החלוטות המצויות בסעיף קטן (ב) לחוק הן קונקרטיות של העילה הכללית האמורה המצויה בסעיף קטן (א). סעיף קטן (ב) פותח ואומר כי "יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור, בכל אחד מן המקרים האלה [...]". פרשנות שלפיה מחיר מופרז של מונופול הוא מותר, תגרום לכך שבמסגרת סעיף קטן (ב) לא קיימת אף לא חזקה חלוטה אחת שמהותה פגיעה מסתברת בציבור להבדיל מפגיעה מסתברת בתחרות. שאר החזקות החלוטות שבסעיף קטן (ב) נוגעות לפגיעה מסתברת בתחרות. זוהי אנומליה בשל היותן של החזקות החלוטות של סעיף קטן (ב) בגדר קונקרטיות של הנורמה הכללית שבסעיף קטן (א).

כך עולה גם מההקשר של שאר הסעיפים הקטנים בסעיף 29א(ב) ובפרט סעיף קטן (2), הקובע כי יראו כניצול לרעה אסור גם: "צמצום או הגדלה של כמות הנכסים או היקף השירותים המוצעים על-ידי בעל מונופולין, שלא במסגרת פעילות תחרותית הוגנת".¹⁷ הווה אומר, על פי סעיף קטן (2), בעל מונופולין ייראה כמי שניצל לרעה את מעמדו בין אם קבע כמות קטנה מדי ובין אם קבע כמות גדולה מדי. כידוע, קביעת כמות קטנה מדי תואמת קביעת מחיר גבוה מדי (משום שבמחיר הגבוה הכמות המבוקשת, מטבע הדברים, קטנה). קביעת כמות גדולה מדי תואמת קביעת מחיר נמוך מדי. על כן, קריאה של סעיף קטן (1), האוסר על קביעת מחיר בלתי הוגן, יחד עם סעיף קטן (2), האוסר על קביעת כמות קטנה מדי או גדולה מדי, תואמת את הפרשנות האמורה, לפיה מחיר בלתי הוגן לפי סעיף קטן (1) יכול לכלול גם מחיר מופרז (המתאים לכמות קטנה מדי) וגם מחיר טורפני, או נמוך מדי (המתאים לכמות גדולה מדי).

ב. פרשנות תכליתית

החלת האיסור על מחיר מופרז של מונופול מתיישבת גם עם תכלית החקיקה. מטרת דיני ההגבלים העסקיים היא להשיא את רווחת הצרכן באמצעות קידום התחרות ומניעת ניצול לרעה על ידי מונופולים. הכשל החברתי המרכזי שדיני ההגבלים העסקיים נלחמים בו הוא בעיית הנטל העודף (dead-weight loss): חוסר היעילות בהקצאת המשאבים במשק שנגרם

מגביית מחיר שהוא מעל למחיר התחרותי.¹⁸ הבעיה במחיר גבוה מעל לרמה התחרותית נובעת מכך שצרכנים שמבחינה חברתית ראוי שירכשו את המוצר אינם רוכשים אותו בגלל מחירו הגבוה. מחיר מופרז של מונופול גורם לבעיה חמורה מאוד של נטל עודף. מטרתו האולטימטיבית של חוק ההגבלים העסקיים היא למנוע נטל עודף זה. לפיכך, הרציונל שמאחורי האיסור מצוי "מתחת לפנס".

מטרה נוספת של דיני ההגבלים העסקיים היא מניעת התעשרות של הפירמות על חשבון הצרכן. הווה אומר, דיני ההגבלים העסקיים נועדו להגן לא רק על אותם צרכנים שבגלל המחיר הגבוה אינם רוכשים את המוצר, אלא גם על הצרכנים שלמרות המחיר הגבוה, בכל זאת רוכשים את המוצר. כאשר מדובר בצרכנים אלה, המחיר הגבוה שהם משלמים מתורגם לרווח עודף לפירמה המוכרת להם את המוצר. אילו דיני ההגבלים העסקיים היו נותנים משקל לרווחתה של הפירמה, שיקול זה כשלעצמו היה מתבטל, משום שהצרכן נעשה עני יותר, ובמקביל הפירמה נעשתה עשירה יותר באותה המידה. אולם, דיני ההגבלים העסקיים רואים לנגד עיניהם, כאמור, את רווחת הצרכן ולא את רווחת הפירמות ועל כן הם חותרים למנוע התעשרות כזאת של הפירמות על חשבונם של הצרכנים. כאשר מונופול גובה מחיר מופרז, הוא מתעשר על חשבון ציבור הצרכנים, וזהו אחד הכשלים שדיני ההגבלים העסקיים חפצים למנוע. כאמור, דיני ההגבלים העסקיים אינם רואים לנגד עיניהם את רווחתו של המונופול עצמו. תוכנה זו עוברת כחוט השני בדיני ההגבלים העסקיים בארץ וברוב מדינות העולם. כך למשל, יעילות בייצור הקיימת בהסדר כובל, במיזוג או במונופול, ממנה נהנות הפירמות, לא ייחשבו אלא אם הן מגולגלות לטובת ציבור הצרכנים בדמות מחירים נמוכים יותר.¹⁹

ג. המשפט המשווה

גל ונבו מציינות את קנדה, את ארצות הברית ואת אוסטרליה, שבהן לא קיימת עילה האוסרת על גביית מחיר מופרז, אל מול מדינות אירופה ומדינות שאימצו את הכלל האירופי, שבהן קיימת עילה כזאת. בשולחן עגול שנערך בשנת 2011 בנושא האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי מונופול, שבו השתתפו כל מדינות ארגון ה-OECD, עלה כי בכל המדינות בארגון זה, למעט המדינות שנזכרו לעיל ולמעט מקסיקו, קיים איסור על גביית מחיר מופרז. גל ונבו טוענות כי גם במדינות שבהן קיים האיסור, יש רתיעה מלאוכפו. עם זאת, האיסור נאכף בעשרות מקרים באירופה ובעשרות מקרים ברחבי העולם. הפרמטר החשוב בהקשר ההשוואתי הרלוונטי הוא אכיפת האיסור ולא התוצאה הסופית של ההליך. גל ונבו למשל מתמקדות במספר המקרים שבהם נקבע כי המחיר אכן היה מופרז ונטות גם להמעט בערכם של מקרים שבהם בנוסף למחיר מופרז נטען כנגד המונופול שעבר גם על איסורים

18 ראו למשל JEAN TIROLE, THE THEORY OF INDUSTRIAL ORGANIZATION 9 (1988).
 19 גילוי דעת 1/11 של הממונה על ההגבלים העסקיים "הנחיות לניתוח תחרותי של מיזוגים אופקיים" (להלן: גילוי דעת מיזוגים אופקיים) (2011) 23–22 (www.antitrust.gov.il/files/10690/01-11.pdf).

אחרים. אולם, העובדה כי בחלק משמעותי מן המקרים נקבע לבסוף כי המחיר לא היה מופרז אינה מצביעה על היעדר מוטיבציה של הגורמים האוכפים לאכוף את האיסור.²⁰ גם אין מקום, עם כל הכבוד, להמעיט בערכם של מקרים שבהם לצד המחיר המופרז, הפר המונופול את דיני ההגבלים בצורות נוספות. אין בכך כדי לשלול את העובדה כי הגורמים האוכפים בכל אותם מקרים אכפו גם את האיסור על גביית מחיר מופרז, כאיסור נפרד. כאשר לצד גביית מחיר מופרז, הפר המונופול גם נורמות אחרות החלות עליו, כמובן יש מקום לתקוף אותו בגין שני סוגי הפרות. עם זאת, אין זה ראוי להימנע מאכיפת האיסור על גביית מחיר מופרז כאשר זהו האיסור היחיד אותו הפר המונופול. גם בקהילייה האירופית ובמקומות אחרים שבהם נאכף האיסור, בחלק משמעותי מהמקרים היה מדובר בהפרה של האיסור על גביית מחיר מופרז בלבד. עוד יש לזכור בעניין זה כי גם האיסורים החלים על מונופול שאינם איסור על גביית מחיר מופרז הם מורכבים לאכיפה ולא קיימים בעניינם תיקים רבים. בישראל, למשל, אפשר לספור את מכלול המקרים לאורך השנים שבהן היו החלטות כלשהן כנגד מונופולים, בלי קשר לאיסור על גביית מחיר מופרז, על אצבעות שתי הידיים. אין בכך כדי להצביע שאין מקום לאיסורים אלה. מכל מקום, יש לזכור כי אנו נמצאים בישראל – מדינה קטנה עם מגבלות ניכרות על יבוא בחלק גדול מהשוקים, מרובת מונופולים ושוקים ריכוזיים ועם בעיה מתועדת של יוקר מחיה.²¹ בהתאם, לדעתי בישראל יש מקום להחמיר בעניין של אכיפת האיסור על

20 בשנים האחרונות פתחו רשויות ההגבלים העסקיים האירופיות בהליכים כנגד מחיר מופרז בשלושה מקרים נוספים. האחד הוגש על ידי רשות התחרות הגרמנית נגד תאגיד המים של ברלין. בפרשה זו קבעה רשות התחרות הגרמנית כי תאגיד המים גבה מחיר מופרז, באמצעות השוואה למחיר הממוצע של מים בערים אחרות בגרמניה הדומות בתכונותיהן לברלין. ודוק: החלטה זו של רשות התחרות הגרמנית אושרה על ידי בית המשפט בדיסלידורף, במסגרת ערעור שהוגש על ידי תאגיד המים על ההחלטה האמורה (ראו *Bundeskartellamt, Düsseldorf Higher Regional Court Confirms Bundeskartellamt Decision on Reduction of Berlin Water Prices* (Feb. 24, 2014), http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2014/24_02_2014_BWB-OLG-Entscheidung.html; *Bundeskartellamt, Measures to Lower Water Prices in Berlin Extended for Three More Years until 2018* (May 7, 2014), http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2014/07_05_2014_BWB.html). הנציבות האירופית נמצאת בעיצומה של בדיקה כנגד מונופול הגז הטבעי הרוסי Gazprom, עם איום בעיצומים מנהליים של עד 14.3 מיליארד אירו, בטענה כי המונופול גבה מחיר מופרז על הגז הטבעי מהצרכנים בכמה מדינות במזרח אירופה (ראו *Huw Jones, EU Says Gazprom Yet to Satisfy its Concerns Over Prices*, REUTERS (Feb. 7, 2014), <http://uk.reuters.com/article/eu-gazprom-idUKL5N0LC1WC20140207>). כמו כן, גם רשות התחרות הבריטית (Competition and Markets Authority), פתחה לאחרונה בהליכים כנגד החברות נוגדת-אפילפסיה (ראו *Pfizer and Flynn Pharma Accused of Breaching Competition Laws*, THE GUARDIAN (Aug. 6, 2015), <http://www.theguardian.com/business/2015/aug/06/pfizer-flynn-pharma-competition-laws-breach-competition-markets-authority>).

21 ראו דו"ח OECD שפורסם בינואר 2016 (OECD Economic Surveys: Israel 2016 (Jan. 2016), available at http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/economics/oecd-economic-surveys-israel-2016-eco_surveys-isr-2016-en#page1). דו"ח זה סוקר, בין היתר, את מצב התחרות בישראל תוך שהוא מציין מפורשות כי ישראל מאופיינת בריבוי מונופולים (שם, בעמ' 65): "Monopolies exist in many sectors, and a small number of large business groups that control

מחיר מופרז של מונופול יותר מאשר במדינות אחרות שבהן יש שווקים גדולים יותר, חסמים מעטים יותר בפני יבוא ושווקים פחות ריכוזיים. כדוגמה ניתן להביא את שוק המזון, שבעניינו הוקמה ועדה בין-משרדית בקיץ 2011 בעקבות מחאה ציבורית על מחירי המזון הגבוהים בישראל. בין היתר, מצאה הוועדה כי בשנים 2005 עד 2008, הגידול השנתי במחירי המזון בישראל עמד על 6.7%, בעוד שבמדינות ה-OECD הגידול השנתי במחירי המזון עמד על 22.4.3% על פי דו"ח חברת מוניטור, שנמסר לוועדה, בין השנים 2005 ו-2010, עלה המחיר הממוצע של מוצרי מזון במדינות ה-OECD ב-16%, בעוד שב ישראל עלה המחיר הממוצע בתקופה זו ב-23.27% דו"ח מוניטור השווה גם בין מחירי המזון בישראל למחירי המזון במדינות אחרות ב-OECD בהסתמך על כוח הקנייה של הצרכנים בכל מדינה ובהסתמך על התל"ג לנפש. בעוד שבשנת 2005 היו מחירי המזון בישראל מתחת לצפוי על סמך השוואה למדינות OECD אחרות, בשנים 2008 ו-2010 הם היו בין 10% ל-20% מעל לצפוי מהשוואה כזו.²⁴ על כל אלה יש להוסיף את העובדה שגם אם הייתה הסכנות במשפט המשווה כלפי אכיפת האיסור על מחיר מופרז, היא הייתה מבוססת, כפי שהראיתי במקומות אחרים, על תפיסות כלכליות מוטעות, ובעיקר על המחשבה שמחירים מופרזים נוטים "לתקן את עצמם".²⁵

ד. קנה המידה לבדיקה האם המחיר מופרז

קנה המידה לבדיקה אם מחיר הוא מופרז צריך שיילקח מתוך תכלית האיסור: הגנה על ציבור הצרכנים מפני תמחור הגבוה מן התמחור שחוק ההגבלים העסקיים חותר אליו – הוא התמחור התחרותי. על כן, מחיר מופרז מוגדר כמחיר שהוא במידה מופרזת מעל למחיר שהיה רווח בתנאי תחרות. אמת מידה טבעית לאמידת המחיר התחרותי היא עלות אספקת המוצר או השירות שבמונופולין. זאת משום שבתחרות משוכללת המחיר שווה לעלות האספקה. כמובן, יש לאפשר למונופול איזושהו מרווח סביר מעל לעלויותיו על מנת

"broad swathes of economy"; ובנוסף מאופיינת ביוקר מחיה משמעותי כפועל יוצא מתחרות מועטה (שם, בעמ' 67): "High prices are another sign of a lack of competition. In 2013 the cost of living was, for instance, respectively 20% and 30% higher than in Spain and Korea, which had a similar per capita GDP as Israel"

22 הצוות לבדיקת התחרותיות והמחירים בשוק מוצרי המזון והצריכה הדו"ח הסופי 11 (2012).

23 Monitor בחינת רמת התחרותיות והמחירים בתחום מוצרי המזון והצריכה השוטפת 25 (5.7.2012).

24 שם, בעמ' 23–24.

25 ראו Ariel Ezrachi & David Gilo, *Are Excessive Prices Really Self-Correcting?*, 5 J. COMPET.

L. & ECON. 249 (2009); (Ezrachi & Gilo, *Self-Correction* (להלן: Ezrachi & Gilo, 2009)

Excessive Pricing, Entry, Assessment, and Investment: Lessons From the Mittal Litigation, 76

ANTITRUST L.J. 873, 884 (2010); (Ezrachi & Gilo, *Mittal Litigation* (להלן: Ezrachi & Gilo, 2010)

David Gilo, *The Darker Side of the Moon: Assessment of Excessive Pricing and Proposal for*

a Post-entry Price-cut Benchmark, in ARTICLE 82 EC: REFLECTIONS ON ITS RECENT

Ezrachi & Gilo, *Post-Entry Price-Cut* (להלן: Ezrachi & Gilo, 2009) EVOLUTION 169 (Ariel Ezrachi ed., 2009)

(Benchmark).

שלפירמות יהיה תמריץ להיכנס לשוק ולהישאר בו.²⁶ עם זאת, על מרווח זה להיות צנוע מספיק על מנת שלא להחטיא את מטרת האיסור: מניעת ניצול לרעה על ידי המונופול באופן המעשיר אותו על חשבון ציבור הצרכנים וגורם לצרכנים שראוי שירכשו את המוצר או את השירות שלא לרכוש אותו.

אף שהפסיקה האירופית בעניין זה איננה מחייבת את ישראל כמובן, כך יש לפרש לדעתי גם את ההגדרה האירופית למחיר מופרז. גל ונבו מסתמכות על לשון הפסיקה בעניין *General Motors*, המדברת על מחיר שהוא מופרז ביחס "לערך הכלכלי" של המוצר, על מנת לטעון שלכאורה אמת המידה למופרזות המחיר איננה צריכה להיות רק עלותו, אלא למשל הביקוש למוצר ומידת הנכונות של צרכנים לשלם עליו. הן משלבות תובנה זו עם התובנה כאילו מחיר שהוא באופן מופרז מעל למחיר שהיה רווח בתנאי תחרות עדיין עשוי להיות מותר.²⁷ זאת בעקבות כך שהוא בכל זאת איננו מופרז ביחס ל"ערך הכלכלי" של המוצר.²⁸ "הערך הכלכלי" של המוצר, לפי גישה זו, יכול להיות גבוה משמעותית מהמחיר שהיה רווח בתנאי תחרות בשל המוכנות הגבוהה של הצרכנים לשלם על מוצר זה. אולם, אמידת מופרזותו של מחיר שגובה מונופול על פי הביקוש למוצר מובילה לתוצאה אבסורדית. מונופול שמשא את רווחיו לעולם לא ירצה לגבות מחיר שהצרכנים אינם מוכנים לשלם. דווקא העושה המושלם של ציבור הצרכנים יהיה גבייה מכל צרכן את המחיר שאותו צרכן מוכן לשלם. מחיר מעין זה איננו משאיר לצרכנים כל ערך מרכישת המוצר או השירות ומקנה את כל הערך למונופול. על פי המבחן שמציעות גל ונבו, התנהגות מעין זו אמורה להיות לכאורה מותרת, משום שהמחיר משקף את הביקוש למוצר. אך כאמור מחיר גבוה מזה המונופול ממילא לעולם לא ירצה לגבות. לפיכך, הנורמה שגל ונבו חותרות אליה גורמת למצב שלעולם לא ייקבע שמחיר הוא מופרז – משום שתמיד המחיר יהיה קורלטיבי ל"שווי הכלכלי" של המוצר, אם מפרשים שווי כלכלי במונחים של ביקוש הצרכנים למוצר. וכפי שהתבטאנו במקום אחר:²⁹

A monopolist would never want to charge more than the value of the product to consumers because then they would not buy it. The most the dominant firm can do is exploit its consumers' willingness to pay. Hence, for example, a perfectly discriminating monopolist extracts all consumer surplus. This is the most extreme case of consumer exploitation, even though the monopolist is not charging consumers a price exceeding the product's "economic value" to consumers.

26 המשמעות היא שאם המונופול כבר כיסה את עלויות הכניסה באמצעות המחיר שגבה בשוק, אין הצדקה כי יעמיס עלויות כניסה אלה גם על המחיר שהוא גובה לאחר שהצליח לכסות את עלויות הכניסה. אם המונופול משקיע השקעות אחרי הכניסה, יהיה בכך כדי להצדיק, במקרה מתאים, גביית מחיר המכסה השקעות אלה, עד שאלה יכוסו, וכן הלאה.

27 גל ונבו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 31.

28 שם.

29 *Ezrachi & Gilo, Mittal Litigation*, לעיל ה"ש 25, בעמ' 884.

אכן, גישה כשלנו עולה משאר הפסיקה האירופית, המפרשת את הביטוי העמום המופיע בעניין *General Motors* האמור, המדבר על השוואה ל"שווי הכלכלי של המוצר". כך, בעניין *United Brands*, שנבו וגל מאזכרות כפסק הדין המנחה בעניין, נאמר במפורש על ידי בית המשפט הגבוה לצדק באירופה כי "הערך הכלכלי" הנזכר אמור להתחקות אחר המחיר שהיה נקבע בשוק לו שררה בו תחרות, כאשר אחד מהנתונים שאפשר להשתמש בהם כדי להתחקות אחר אמת מידה זו הוא עלויותיה של הפירמה הדומיננטית:³⁰

It is advisable therefore to ascertain whether the dominant undertaking has made use of the opportunities arising out of its dominant position *in such a way as to reap trading benefits which it would not have reaped if there had been normal and sufficiently effective competition.* [...] *This excess could, inter alia, be determined objectively if it were possible for it to be calculated by making a comparison between the selling price of the product in question and its cost of production* [...].

לעתים, כאשר הדבר אפשרי, מתבססת קביעת המחיר שהיה שורר בתחרות משוכללת על השוואה למחיר שהפירמה הדומיננטית או פירמות אחרות גובות בשוק דומה הכפוף לתחרות.³¹ כך למשל, חברת *British Leyland* קיבלה מממשלת אנגליה זיכיון מונופוליסטי ליתן רישיון לסוחרי רכב למכירת כלי רכב מתוצרתה באנגליה, לרבות ליבואנים מקבילים שייבאו את כלי הרכב הללו ממדינות אחרות (שבהן ההגה הוא בצד שמאל של הרכב, שלא כמו במכוניות המקומיות).³² נקבע ש-*British Leyland* הפרה את האיסור על גביית מחיר מופרז בכך שגבתה בגין כלי רכב שבהם ההגה הוא מצד שמאל מחיר של 150 ליש"ט מסוכנויות רכב ו-100 ליש"ט מיחידים, בעוד שבגין כלי רכב שבהם ההגה הוא מצד ימין היא גבתה מחיר אחיד של 25 ליש"ט בלבד. בתוך אנגליה הייתה *British Leyland* חשופה לתחרות מצד מותגי רכב אחרים. בית המשפט קבע כי אין הבדל עלויות משמעותי מבחינתה של *British Leyland* במתן רישיונות לכלי רכב משני הסוגים הללו, ובהתאם, המחיר שגבתה בגין כלי רכב שבהם ההגה הוא מצד שמאל נקבע כמופרז.³³

אותו עיקרון של שחזור המחיר שהיה נקבע בתחרות יושם על ידי הנציבות האירופית בהודעתה על החלת דיני ההגבלים העסקיים על גישה לתשתיות תקשורת.³⁴ לעתים קרובות, חברות תקשורת כגון חברות אינטרנט, מפעילי תקשורת חדשים שנכנסו לשוק, פירמות

30 עניין *United Brands*, לעיל ה"ש 9, פס' 249–251 (ההדגשה הוספה – ד"ג). כן ראו, Ezrachi & Gilo, *Post-Entry Price-Cut Benchmark*, לעיל ה"ש 25, בחלק III.C. להתייחסות נוספת לפסק הדין בעניין *United Brands* והטענה כי המבחן למופרזות הוא דו-שלבי ראו להלן בהמשך פרק זה.

31 ראו למשל Case 30/87, *Bodson v. SA Pompes funèbres des régions libérées* 1988 E.C.R. 2479.

32 Case 226/84, *British Leyland Public Ltd. Co. v. Comm'n*, 1986 E.C.R. 3263.

33 שם, פס' 18.

34 ראו Notice on the Application of the Competition Rules to Access Agreements in the Telecommunications Sector – Framework, Relevant Markets and Principles, Aug. 22, 1998, O.J. (C 265) 2, available at [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998Y0822\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998Y0822(01)&from=EN).

שמוכרות יישומי תקשורת וכדומה, זקוקות לגישה לתשתית התקשורת עליה חולש מונופול. החשש שהעלתה הנציבות הוא שבעל המונופולין יגבה בגין גישה זו מחירים מופרזים.³⁵ לפיכך, קיים צורך בהחלת הנורמות האוסרות על גביית מחיר מופרז גם בהקשר זה. לצורך הקביעה מחיר מופרז מהו, חזרה הנציבות, בהודעתה הנזכרת לעיל, על אותם העקרונות הנזכרים בפסיקה שהובאה לעיל, וקבעה כי:³⁶

[...] regulatory authorities have sought to determine what would have been the competitive price were a competitive market to exist (for example, in their calculation of interconnection tariffs).

ניתוח דומה עולה מרשות התחרות האנגלית, ה-OFT (Office of Fair Trading), שבמסמך שלה משנת 2003 נקבע:³⁷

Under EC law, an abuse of dominance can be determined if prices are “excessive in relation to the economic value of the service provided”. One way to determine whether prices are excessive is to assess whether they allow the company in question to sustain profits higher than could be expected in a competitive market (see OFT, 1999c, section 2). Another way would be to compare the price directly with the underlying costs of the product.

אכן, ה-OFT החיל מבחן זה בפרשת *Napp* בקבעו שפירמה דומיננטית במכירת תרופה המשחררת מורפיום בהדרגה (MST) גבתה מחיר מופרז מבתי המרקחת הקהילתיים. על מנת לחשוף כי המחיר אכן היה מופרז, השוותה ה-OFT את המחיר שגבתה *Napp* מבתי המרקחת הקהילתיים למחיר שגבתה בשווקים שהיו חשופים יותר לתחרות, כגון מול בתי החולים:³⁸

The prices charged by Napp for MST in the community are excessive. The Director considers that a price is excessive and an abuse *if it is above that which would exist in a competitive market and where it is clear that high profits will not stimulate successful new entry within a reasonable period.* Therefore, to show that prices are excessive, it must be demonstrated that (i) prices are higher than would be expected in a competitive market, and (ii)

35 שם, פס' 105.

36 שם, פס' 106–109. פס' 45 מובהר כי האיסור חל הן על מכירת גישה לפירמות והן על מכירת שירותים לצרכנים ספייים.

37 ראו Office of Fair Trading, Assessing Profitability in Competition Policy Analysis, Economic Discussion Paper 6, ¶ 2.12 (July 2003), <http://www.oxera.com/oxera/media/oxera/downloads/reports/oft-assessing-profitability.pdf?ext=.pdf>. טבלה 1.1.

38 *Napp Pharmaceutical Holdings Ltd.*, Decision No. CA98/2/2001, ¶ 203 (Director General of Fair Trading Mar. 30, 2001) (Eng.), <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/555de4bf40f0b669c4000169/napp.pdf> (ההדגשה הוספה – ד"ג) (להלן: עניין *NAPP*).

there is no effective competitive pressure to bring them down to competitive levels, nor is there likely to be.

החלטה זו של ה-OFT אומצה גם על ידי ה-Competition Appeals Tribunal, שדחה את הערעור של Napp, תוך שציין:³⁹

In our view those comparisons, taken together, amply support the Director's conclusions that Napp's prices in the community segment were, during the period of the infringement, *well above what would have been expected in competitive conditions*. Thus we agree with the Director's finding, at paragraph 211 of the Decision, that it is only in the community segment, where buyers are less price sensitive, and where there is an absence of effective competition, that Napp can sustain a premium of 40 per cent over competitors. [...] That conclusion is further supported by the fact that where Napp faces competition, in the hospital segment and export markets, Napp's prices are very significantly lower than Napp's prices in the community segment.

בפרשת *Deutsche Post AG*,⁴⁰ גינתה הנציבות תמחור של מונופול הדואר הגרמני, DPAG, לאור הממצא שלה שהמחיר שגבה המונופול היה גבוה מהעלות הממוצעת ב-25%. הוזה אומר, אמת המידה לבחינה אם המחיר היה מופרז הייתה העלות הממוצעת של הפירמה.⁴¹ כדברי הנציבות:⁴²

According to the case law of the Court of Justice, the fairness of a certain price may be tested by comparing this price and the economic value of the good or service provided. A price which is set at a level which bears no reasonable relation to the economic value of the service provided must be regarded as excessive in itself, since it has the effect of unfairly exploiting customers. In a market which is open to competition the normal test to be applied would be to compare the price of the dominant operator with the prices charged by competitors. Due to the existence of DPAG's wide-ranging monopoly, such a price comparison is not possible in the present case. [...] the Commission finds that the estimated average cost of

- Napp Pharmaceutical Holdings Ltd. v. Director General of Fair Trading, [2002] EWCA (Civ) 39
 (ההדגשה הוספה – ד"ג). [397]–[398] (Eng.) 796
- Commission Decision of 25 July 2001 Relating to a Proceeding Under Article 82 of the EC Treaty (COMP/C-1/36.915 – Deutsche Post AG – Interception of Cross-border Mail), 2001 40
 O.J. (L 331) 40 (להלן: עניין *Deutsche Post AG*).
- שם, פס' 156. לצורך אמידת העלות הממוצעת, השתמשה הנציבות במצגים מצדו של המונופול עצמו 41
 בהליכים רגולטוריים שהוא היה כפוף להם (ראו שם, פס' 160).
- שם, פס' 159–167 (ההדגשה הוספה – ד"ג). 42

delivery for incoming cross-border mail [...] as submitted by DPAG [...] in their notification to the Commission may serve as a benchmark to estimate DPAG's costs in this respect. As mentioned above, *DPAG charges [...] a price which is 25 % above the estimated average cost and the estimated economic value for that service.* [...] the Commission concludes that the price charged by DPAG for incoming cross-border mail [...] exceeds the average economic value of that service by at least 25 %. [...] The Commission [...] concludes that the tariff charged by DPAG has no sufficient or reasonable relationship to real costs or to the real value of the service provided. Consequently, DPAG's pricing exploits customers excessively and should therefore be regarded as an unfair selling price within the meaning of Article 82.

בהחלטת הצ'נסרי האנגלי בעניין *Ineos Vinyls*, נדון חוזה לאספקת ethylene על ידי פירמה מונופוליסטית, והרוכש טען כי המחיר שנקבע בחוזה הוא מופרז ולכן הוא מפר את האיסור על ניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי הקבוע באמנה האירופית. גם כאן בית המשפט קובע את אותו הסטנדרט שלפיו מחיר הוא מופרז ובלתי הוגן אם הוא גבוה באופן מופרז מעל למחיר שהיה רווח בתנאי תחרות.⁴³ גם *Motta & de Streel* קובעים במאמרם כי אמת המידה לבחינה אם מחיר מופרז הוא המחיר התחרותי:⁴⁴

Thus, a price is unfair when it is above the economic value of the product, *which means above the normal competitive level.* In the Guidelines on vertical restraints, the Commission defines a 'competitive price' as being equal to minimum average costs.

Ineos Vinyls Ltd. v. Huntsman Petrochemicals (UK) Ltd., [2006] EWHC (Ch) 1241 43
[217]–[218] (Eng.): "What therefore is required is (a) an analysis of the costs incurred in producing the product (b) a comparison of those costs with the price charged and (c) an evaluation of whether the resulting difference – the profit – is such that the price charged is unfair – and abusive – either because it is so plainly excessive that no comparison is needed or because it is unfair when compared with competing products. Another way of proving that the price charged is unfair, taking up the possibility suggested by para 253 of the citation from *United Brands*, is by reference to what is charged for the product in question in a suitably comparable competitive market, as suggested by the Court of Justice in *Bodson v Pompes Funebres*, Case 30/87 [1988] ECR 2479"
המחיר שגבה הספק מן הלקוח לא היה מופרז על פי אמת מידה זו.

ראו *Massimo Motta & Alexandre de Streel, Excessive Pricing and Price Squeeze Under EU Law*, in *EUROPEAN COMPETITION LAW ANNUAL 2003: WHAT IS AN ABUSE OF A DOMINANT POSITION?* 91, 94 (Claus-Dieter Ehlermann & Isabela Atanasiu eds., 2006) – ד"ג.⁴⁴

Waelbroeck & Frignani מאמצים גם הם את הקביעה בעניין *United Brands* לפיה יש להשוות את המחיר שנגבה על ידי המונופול למחיר התחרותי, והם אף מציינים שזהו המבחן בדיני התחרות הגרמניים.⁴⁵ בית המשפט לערעורים לענייני תחרות של דרום אפריקה קבע גם הוא כי:⁴⁶

A dominant supplier which is able, and does, simply set its price at import parity without careful reference to costs would do so at its peril, for [...] the supplier could well have difficulty defending the excess as having any reasonable relation to economic value. However, if in fact the supplier references its price to prices prevailing in other comparable but competitive markets, then its price would be likely to approximate to economic value.

כך גם במאמרם של Motta & de Stree, המופיע בספר בעריכת רשות התחרות השוודית, שמבצע סקירה מקפת בעניין הפיקוח על מחירים מופרזים באמצעות דיני התחרות, צוין כי:⁴⁷

Since its well-known United Brands case, the Court of Justice established that a price is unfair when a dominant firm has "exploited" its dominant position so as to set prices significantly higher than those which would result from effective competition. Hence, a price is excessive and unfair when it is significantly above the effective competitive level, or above the economic value of the product. This should correspond, in the Court's view, to the normal competitive level.

משלל ההחלטות, פסקי הדין ודברי המלומדים הללו אנו רואים כי גם בפסיקה האירופית ובפסיקה של מדינות כגון דרום אפריקה, ששאבו מההלכה האירופית, המבחן למופרזותו של המחיר מיושם על ידי השוואה בין המחיר שגבה המונופול לבין המחיר שהיה רווח בתנאי תחרות. הדרך להתחקות אחר המחיר שהיה רווח בתנאי תחרות יכולה להיות השוואה לעלויות או השוואה למחיר בשווקים תחרותיים יותר או השוואה למחיר שגובים מתחרים. מקורות אלה מראים גם שמחיר שרמתו מופרזת מעל לרמה שהייתה רווחת בתנאי תחרות הוא מחיר גבוה בלתי הוגן שגבייתו אסורה על פי דין. את אי-הגינותו של המחיר אפשר לבסס בין על ידי השוואה לעלויות גרידא ובין על ידי השוואה לשווקים תחרותיים מתאימים. שלא כמו שטוענות גל ונבו, לא קיים שסתום מילוט נוסף שבו מחיר יהא פטור מאחריות למרות שהוא נקבע ברמה מופרזת מעל למחיר שהיה רווח בשוק תחרותי, משום

45. MICHEL WAELBROECK & ALDO FRIGNANI, EUROPEAN COMPETITION LAW 545 (1999).
 46. Mittal Steel South Africa Ltd. v. Harmony Gold Mining Co. Ltd., 2009 ZACAC 1 (CAC) (S. Afr.), available at <http://www.saflii.org/za/cases/ZACAC/2009/1.html>.
 47. Massimo Motta & Alexandre de Stree, *Excessive Pricing in Competition Law: Never Say Never?*, in THE PROS AND CONS OF HIGH PRICES 14, 16 (Swedish Competition Authority ed., 2007).

שלמוצר יש ביקוש גבוה, ושהצרכנים מוכנים לשלם בהתאם מחיר מופרז זה. הווה אומר, מופרזותו של המחיר נגזרת אך ורק מהפער המופרז בין גובהו לבין המחיר התחרותי על פי מבחנים כגון מבחן העלות או מבחן ההשוואה. מופרזות זו לא ראוי שתיעלם משיקולים חיצוניים לשיקולים הללו, ובעיקר שיקולים הקשורים בביקוש הגבוה למוצר או בייחודיותו של המוצר. תוצאה כזו תהא מנוגדת לדעתי למטרתו של האיסור.

Motta & de Streel מתייחסים במאמרם הנזכר לעיל גם להחלטת הנציבות בעניין *Scandlines*⁴⁸ שמביאות גל ונבו ושלכאורה קובעת שיש להתחשב גם בפקטורים של הביקוש למוצר ולא רק בעלות המוצר ובהשוואה למחיר שהיה רווח בתנאי תחרות. כפי ש-Motta & de Streel מסבירים, הביקוש למוצר יכול להיות רלוונטי, אך זאת רק כדי לקבוע מה היה המחיר שהיה רווח בתנאי תחרות ולא כשסתום מילוט למונופול שגבה מחיר מופרז ביחס למחיר התחרותי. וכלשונם:⁴⁹

[...] a competitive price is not only determined by supply-side factors (in particular the cost of production), but also by demand side factors (demand elasticity, willingness and ability to pay [...]).

תוכנה זו מביאה בחשבון את העובדה שכאשר התחרות אינה משוכללת, למשל משום שהצרכנים אינם רואים במוצרים המתחרים תחליפים מושלמים זה לזה, אזי גם פקטורים מסוימים של ביקוש, ולא רק של עלות, משפיעים על המחיר התחרותי. מכאן אין להסיק שמונופול רשאי לגבות את כל מה שלקוחותיו מוכנים לשלם, שהרי אז, כאמור לעיל, האיסור על מחיר מופרז ירוקן לגמרי מתוכן. כאמור, מונופול ממילא לא ירצה לגבות מחיר שהלקוחות שלו לא יהיו מוכנים לשלם.

גם Nils Wahl, במאמרו המופיע בספר בעריכת רשות התחרות השוודית הנזכר לעיל, מבהיר אבסורד זה, תוך ביקורת על דרך ההתבטאות של הנציבות בפרשת *Scandlines*, באומרם:⁵⁰

As would appear evident from the *Scandlines* decision the Commission seems reluctant to strike down on what might be perceived as unfair prices. Indeed, if the reasoning of the Commission is correct it would seem practically impossible to strike down on a price which is not higher than the monopoly price. The monopoly price, i.e. the highest price that a dominant company would be able to charge without losing sales in excess of revenues generated by the high price, would seem to reflect the prevailing attitude of the customers, thus being a good indication of the value which customers attribute to the service or product.

Scandlines Sverige AB v. Port of Helsingborg (2006) COMP/A.36.568/D3 48

Motta & de streel, לעיל ה"ש 40, בעמ' 32–37. 49

Nils Wahl, *Exploitative High Prices and European Competition – a Personal Reflection*, in 50
THE PROS AND CONS OF HIGH PRICES 41, 61–62 (Swedish Competition Authority ed., 2007)

לפיכך, כדי לתת איזושהי משמעות לאיסור (שאינן מחלוקת שהוא קיים באירופה) על מחיר מופרז, יש לקרוא את ההחלטה בעניין *Scandlines* כאומרת שבין יתר השיקולים העוזרים לקבוע איזה מחיר היה רווח בתנאי תחרות, אפשר לקחת גם פרמטרים של ביקוש, כגון בידול בין המוצרים המתחרים. עדיין, אמת המידה היא המחיר התחרותי, כפי שנקבע בשלל פסקי הדין שהוזכרו לעיל. כך, אילו הייתה בפרשת *Scandlines* תחרות אמתית (אך לא משוכללת) בין נמל א' לנמל ב', ונמל א' קרוב יותר לצרכן, קרבה זו נותנת לנמל א', בתחרות, את היכולת להעלות את המחיר במידה מסוימת מעל לעלות השולית. לפי הלכת *Scandlines*, גם אלמנט זה של בידול המוצר אפשר להביא בחשבון, בין שאר האלמנטים, כדי לקבוע אם המחיר שנגבה על ידי המונופול הוא גבוה באופן מופרז מעל למחיר התחרותי. אכן, הנציבות בפרשה זו בדקה את המחיר הן בהשוואה לעלויותיה של *Scandlines* והן בהשוואה למה שגובים נמלים אחרים, ומצאה כי המחיר איננו מופרז לפי מבחנים אלה של השוואה לעלות והשוואה לספקים מתחרים.

כאשר ייחודיותו של המונופול היא כה גדולה ביחס למוצרים אחרים עד כדי כך שהצרכנים מוכנים לשלם על המוצר שלו מחיר שהוא מופרז ביחס למחיר התחרותי, אין כל הצדקה לפטור את המונופול מאחריות. תובנה זו מתיישבת יפה גם עם ההגדרה של תחרות מהי. תחרות מתרחשת ב"שוק רלוונטי". השוק הרלוונטי הוא הזירה שבה נמכרים מוצרים שבעיני הצרכנים הם מספיק תחליפיים זה לזה. על פי ההנחיות להגדרת שוק בישראל ובמשפט המשווה, על מנת להכריע אם מוצר א' מתחרה במוצר ב' באותו שוק רלוונטי, יש לשאול אם פירמה השולטת במוצר א' הייתה יכולה להעלות מחירים ב-5% עד 10% באופן רווחי, מבלי שצרכנים רבים מדי יעברו אז למוצר ב'.⁵¹ זוהי מידת הבידול, או הכוח להעלות מחירים בזכות ייחודיות מסוימת, המתיישבת עם שוק תחרותי. מנגד, אם פירמה השולטת במוצר א' מסוגלת להעלות את המחיר בעשרות אחוזים מעל למחירו של מוצר ב', למשל, מוצר ב' כבר איננו נחשב כנמצא באותו השוק שבו מצוי מוצר א', והוא איננו נחשב מתחרה של מוצר א'. בהתאם, אם המחיר שגבתה הפירמה על מוצר א' הוא מופרז מעל למחיר התחרותי, לא תעמוד למונופול הטענה כי בזכות ייחודיותו של המוצר, הביקוש של הצרכנים היה גבוה, ועל כן הוא פטור מאחריות.

כך גם כאשר להחלטה בעניין *Attheraces*,⁵² שגם אותה גל ונבו מביאות כדי להראות כביכול שיש להסתכל גם על מוכנותו של הלקוח לשלם כדי לקבוע אם המחיר הוא בלתי הוגן: אילו הייתה תחרות בין ספק המידע שם (מידע על מירוצי סוסים) לבין ספק מידע אחר, שיקולי ביקוש כגון בידול היו יכולים לאפשר תמחור במידה מסוימת מעל לעלות השולית. אין לקרוא החלטה זו כאומרת שמונופול רשאי לגבות מה שהלקוח מוכן לשלם לו – קריאה שכאמור מרוקנת מתוכן את הנורמה של איסור על תמחור מופרז.

51 U.S. Department of Justice & the Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines § 4.1.1 (Aug. 19, 2010), available at https://www.ftc.gov/sites/default/files/attach/2010/08/Horizontal_Merger_Guidelines.pdf (להלן: Horizontal Merger Guidelines); גילוי דעת מיוזגים אופקיים, לעיל ה"ש 19, בעמ' 4.

52 *Attheraces Ltd. v. British Horseracing Bd. Ltd.*, [2007] EWCA (Civ) 38 (Eng.).

גם בית המשפט לערעורים עצמו ער בפרשת *Attheraces* לבעייתיות זו של "הליכה עד הסוף" עם מוכנות הלקוח לשלם, כפי שמציעות גל ונבו, באומרו כי לא יכול להיות שהכוונה באמת המידה של "הערך הכלכלי של המוצר" היא שמותר לפי סעיף 82 דאז לאמנת רומא⁵³ (וסעיף 18 המקביל לחוק התחרות האנגלי) לבעל המונופולין לדרוש כל מחיר שהלקוח מוכן לשלם:⁵⁴

On the one hand, the economic value of a product in market terms is what it will fetch. This cannot, however, be what art 82 and s 18 envisage, because the premise is that the seller has a dominant position enabling it to distort the market in which it operates.

ובהמשך קובע בית המשפט:⁵⁵

BHB has two principal answers to the accusation of excessive pricing. The first is that, if the price is one which the market will reasonably bear by definition, it is not excessive. The second is that its own role and status are such that its returns are not and should not be treated as simple profit because they are ploughed back into the very product for which ATR are paying. [...] We are not prepared to accept the first answer, even with the adverb "reasonably".

במקום זאת, בית המשפט קובע כי שיקולי ביקוש, כגון בידול וכדומה, רלוונטיים לקביעה מה היה המחיר התחרותי (בתחרות לא מושלמת). הפסיקה החריגה בפסק דין זה, שאכן מגלה גישה נוקשה מדי, לדעתי, כלפי הטוען למחיר מופרז, מוסברת בין היתר בכך שנקבע עובדתית על ידי בית המשפט כי הצרכן הסופי לא היה מושפע מגובה המחיר שהלקוח העסקי היה צריך לשלם למונופול. אכן, בית המשפט קיבל את טענת ב"כ המערערים לפיה:⁵⁶

[...] this was not a case where the charges proposed by BHB would cause harm to the end users or downstream consumers of the pre-race data, for example by leading to increased prices. The dispute in this case arises out of the negotiations between BHB and ATR on the commercial division of the revenues derived by ATR from the overseas bookmakers in the downstream market, which is competitive.

53 כיום זהו סעיף 102 לאמנה על תפקודו של האיחוד האירופי, הנוכרת לעיל בה"ש 8.

54 עניין *Attheraces*, לעיל ה"ש 45, פס' 205.

55 שם, פס' 210–211.

56 שם, פס' 196.

עיגון נוסף לגישתן כאילו ביקוש גבוה למוצר יכול להצדיק מחיר שהוא מופרז מעל לרמה התחרותית גוזרות גל ונבו מהניסוח בפסק הדין בעניין *United Brands* הנזכר, לפיו:⁵⁷

The questions therefore to be determined are whether the difference between the costs actually incurred and the price actually charged is excessive, and, if the answer to this question is in the affirmative, whether a price has been imposed which is either unfair in itself or when compared to competing products.

מלשון זו ניתן לכאורה להסיק, כי לפי פסק הדין לא די שהמחיר הוא מופרז ביחס לעלות, אלא דרוש מבחן נוסף של הוגנות, למשל על ידי השוואה למוצרים מתחרים. אולם, מכאן לא ניתן ללמוד כי המבחן הנוסף של הוגנות מאפשר לפטור את המונופול אם גבה מחיר שהצרכנים היו מוכנים לשלם (פטור שכאמור מרוקן מתוכן את האיסור). מיטיב להסביר זאת פסק הדין המאוחר יותר של הצ'נסרי האנגלי בעניין *Ineos Vinyls*, הנזכר לעיל:

217. What therefore is required is (a) an analysis of the costs incurred in producing the product (b) a comparison of those costs with the price charged and (c) an evaluation of whether the resulting difference – the profit – is such that the price charged is unfair – and abusive – *either because it is so plainly excessive that no comparison is needed or because it is unfair when compared with competing products.*

218. Another way of proving that the price charged is unfair, taking up the possibility suggested by para 253 of the citation from *United Brands*, is by reference to what is charged for the product in question in a suitably comparable competitive market, as suggested by the Court of Justice in *Bodson v Pompes Funebres*, Case 30/87 [1988] ECR 2479.

על פי פסק דין זה ופסקי הדין הנזכרים במסגרתו, הכוונה בפסקה 253 לפסק הדין בעניין *United Brands* לא הייתה שגם מחיר שהוא מופרז ביחס לרמה התחרותית יכול להיות בכל זאת "הוגן" מאיזושהי סיבה חיצונית, אלא כי אפשרות אחת שהשוואה לעלויות תספיק כדי להבין מיד שמדובר במחיר מופרז בלתי הוגן, ואפשרות אחרת היא להפעיל את מבחן השוואה על מנת לבדוק אם המחיר הוא מופרז מעל לרמה התחרותית: השוואה למחירים של מוצרים מתחרים או השוואה למחיר בשוק תחרותי.

יתרה מזו, שלל הפסיקה והספרות שנוכרים בתחילת פרק זה מראים באופן ברור כי הגישה הדו־שלבית הנטענת על ידי גל ונבו איננה מקובלת על כל פסקי הדין והמלומדים. מכל מקום, הגישה הראויה בישראל, לדעתי, וכפי שעולה גם מגילוי הדעת של הרשות להגבלים עסקיים בעניין, היא שקיים רק שלב אחד לניתוח אם מחיר הוא בלתי הוגן, והוא

שלב ההשוואה בין המחיר שנגבה למחיר שהיה רווח בתנאי תחרות. כמובן, לא די בפער כלשהו בין המחיר שנגבה לבין המחיר התחרותי, כי אם צריך שהפער יהיה מופרז. ועדיין, אם הפער מתגלה כמופרז, תם הניתוח, והמחיר ייתפס כבלתי הוגן. תפיסה לפיה הנורמה של תמחור מופרז כפופה לשני מושגי שסתום – "מופרזות" ו"הוגנות" – במצטבר, אינה מוסיפה לא לקידום מטרות החוק ולא לוודאות של הדין.

ה. ההבדל בין האיסור על מחיר מופרז לבין פיקוח מחירים

גל ונבו טוענות כי הפתרון היחיד למצב שבו התחרות אינה מצליחה לרסן את כוחו של המונופול להעלות מחירים הוא פיקוח מחירים מראש (Ex Ante). אכן, כאשר יש פיקוח מחירים אפקטיבי, מבוסס על העלויות של המונופול, המתחקה אחר המחיר התחרותי שהיה יכול לרווח בשוק אילו הייתה תחרות, פוחתת ההצדקה לאכוף על המונופול את האיסור על גביית מחיר מופרז מכוח דיני ההגבלים העסקיים. אלא שלא כל מונופול מצוי תחת פיקוח מחירים. האם בשוק שבו אין פיקוח מחירים נפקיר את ציבור הצרכנים ליכולתו של המונופול לקבוע מחירים מופרזים?

כאן המקום לציין כי איסור על גביית מחיר מופרז שונה מפיקוח, והוא נעדר חלק מהחסרונות המרכזיים של פיקוח. תובנה זו כוללת גם פיקוח מכוח סעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים, על ידי הממונה, אותו ממליצות גל ונבו לאמץ. גם פיקוח מכוח סעיף 30, כמו פיקוח מחירים מסוגים אחרים, יש בו חסרונות רבים לעומת איסור בדיעבד על מחיר מופרז לפי סעיף 29א לחוק, האוסר על ניצול לרעה של מעמדו של המונופול. ראשית, במקרה של פיקוח, על הגורם המפקח לשאת בעלויות השוטפות של פיקוח בכל עת. בכל פעם שיש שינוי נסיבות בשוק המצדיק שינוי של המחיר המפוקח, על הגורם המפקח לערוך תחשיב מחדש. שונה הדבר במקרה של האיסור על גביית מחיר מופרז. יש לשאת בעלויות האכיפה רק במקרים שבהם המונופול אכן גבה מחיר מופרז ועל פי הנסיבות הקונקרטיות של המונופול ושל השוק שלו בתקופה נשוא גביית המחיר המופרז. הרעיון שמאחורי האיסור הוא כי המונופול מרסן את עצמו מחשש לאכיפה בדיעבד (Ex Post). אין צורך בגוף מפקח שישמור על המונופול בכל עת וידאג שהלה גובה את המחיר המפוקח.

שנית, פיקוח מטבעו הוא תוצאה של דין ודברים בין הגורם המפקח למונופול. המונופול טוען כי המחיר המפוקח צריך להיות גבוה לאור עלויותיו. תחשיב העלויות עשוי להיות מלאכותי ומנופח. למפקח לעתים קרובות אין מידע מלא לגבי עלויותיו האמתיות של המונופול.⁵⁸ במציאות הישראלית, יכולתו של גוף מפקח רגיל לקבל נתונים עדכניים

58 ראו למשל Paul L. Joskow, *Incentive Regulation in Theory and Practice: Electricity Distribution and Transmission Networks*, in ECONOMIC REGULATION AND ITS REFORM: WHAT HAVE WE LEARNED? 295 (Nancy L. Rose ed., 2014): "The uncertainties the regulator faces about the firm's inherent cost opportunities and managerial effort gives the regulated firm a strategic advantage. The firm would like to convince the regulator that it is a 'higher cost' firm than it actually is, in the belief that the regulator will then set higher prices for the services it provides as it satisfies the firm's long-run financial viability constraint [...]"

ואותנטיים מהמונופול נחותה מיכולתה של רשות ההגבלים העסקיים לאסוף את כל הנתונים הרלוונטיים על מנת לאכוף את האיסור על גביית מחיר מופרז. במסגרת הבדיקה בדיעבד אם המחיר נקבע באופן מופרז מעל לעלויות, רשות ההגבלים העסקיים לא תכיר בעלויות שהן מנופחות באופן מלאכותי ובלתי סביר. אמנם חיסרון ספציפי זה איננו קיים כאשר הפיקוח הוא על דרך מתן הוראות על ידי הממונה, לפי סעיף 30 לחוק. אולם, גם פיקוח על ידי הממונה לפי סעיף 30 חולק את החיסרון האינהרנטי לפיו המונופול אינו מרסן את עצמו, אלא בא בדין ודברים עם הגוף המפקח ומנסה לשכנע בדבר עלויותיו המנופחות. נראה שהחיסרון הגדול ביותר של פיקוח, שמשותף הן לפיקוח על ידי גוף שאינו רשות ההגבלים העסקיים והן לפיקוח מראש על ידי רשות ההגבלים העסקיים, הוא שלא ניתן, כעניין פרקטי, לפקח על כל המונופולים הגובים מחיר מופרז באשר הם. בהתאם, בעולם המבוסס על פיקוח מראש בלבד, לעולם יישארו אין-ספור מונופולים בלתי מרוסנים, הגובים מציבור הצרכנים כל סכום שיחפצו, מבלי לחשוש מסנקציה כלשהי. אכן, למרות שחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים⁵⁹ קיים כמעט עשרים שנה, ולמרות שהייתה קיימת אפשרות חקיקתית לפקח על מונופולים עוד מימי קום המדינה, ישראל נגועה בבעיה מתועדת של יוקר מחיה,⁶⁰ והיכולת לפקח על מספר רב מאוד של המונופולים הקיימים לא עזרה בפתרון בעיה זו. מנגד, האיסור על גביית מחיר מופרז מרתיע בעת ובעונה אחת את כל המונופולים באשר הם ומדרבן אותם לרסן את עצמם.

היתרון המשמעותי היחיד של פיקוח מחירים יחסית לאיסור על גביית מחיר מופרז הוא הוודאות המוקנית למונופול. במקרה של פיקוח, יש גוף שאומר למונופול בכל רגע נתון כיצד עליו להתנהג על מנת לנהוג כחוק. במקרה של האיסור על גביית מחיר מופרז, על המונופול להכריע לגבי עצמו אם הוא פועל בהתאם לדיני ההגבלים העסקיים. יחד עם זאת, המונופול נהנה, כאמור לעיל, מוודאות לא מבוטלת הודות לנמל המבטחים שפרסמה הרשות בגילוי הדעת שלה. אם הוא גובה פחות מ-20% מעל לעלויותיו החשבונאיות המותרות על פי גילוי הדעת, הוא חסין מהתערבותה של הרשות.

בכל זאת אין כדי לטעון, כמובן, שפיקוח מחירים הוא מיותר. יש מקרים המתאימים יותר לפיקוח מחירים ויש המתאימים פחות. הטענה היא שאין להסתפק בפיקוח מחירים, ואם השוק אינו נמצא תחת פיקוח מחירים אפקטיבי, המתחקה אחר המחיר התחרותי, יש מקום להחיל גם את האיסור על גביית מחיר מופרז.

המטרה ביישום האיסור על גביית מחיר מופרז היא שחששו של המונופול מאחריות בדיעבד יגרום לו לרסן את עצמו. על מנת שחשש זה יהיה קיים, על רשות ההגבלים העסקיים לאכוף את האיסור על מחיר מופרז בהתמדה ובנחישות, ועל הסעדים שהמונופול צפוי להם אם ימצא כי גבה מחיר מופרז להיות משמעותיים. עד אפריל 2014, עת פורסם גילוי הדעת של הרשות המצהיר כי הרשות תתחיל באכיפת האיסור על גביית מחיר מופרז, הרשות לא אכפה איסור זה, ובהתאם, הריסון העצמי של מונופולים היה מוגבל. זאת ועוד,

increasing the regulated firm's profits, creating deadweight losses from (second-best) prices that are too high, and allowing the firm to capture surplus from consumers"

59 חוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו-1996.

60 ראו הפניות המופיעות לעיל בה"ש 21.

רק בשנת 2012 הוספה לחוק ההגבלים היכולת של הממונה להטיל עיצומים מנהליים, של עד 24 מיליון ש"ח להפרה, ועיצומים אישיים על המנהל או על העובד האחראי להפרה, של עד 1 מיליון ש"ח להפרה.⁶¹ קביעה של הממונה כי מונופול גבה מחיר מופרז צפויה לעזור משמעותית לתובענות ייצוגיות של צרכנים שנפגעו מהמחיר המופרז. תביעות ייצוגיות מעין אלה יכולות להיות בסכומים משמעותיים מאוד, שמשקפים את ההפרש בין המחיר שנגבה בפועל לבין המחיר התחרותי, על פני כל התקופה שבה מחיר זה נגבה. מכאן, שהחל מאפריל 2014, הריסון העצמי של מונופולים צפוי לגדול.

ו. הטענה בדבר חוסר הוודאות של המונופול באשר לכלל האוסר על גביית מחיר מופרז

במקומות מספר במאמרו, טוענות גל ונבו כי האיסור על גביית מחיר מופרז פוגע בוודאותו של המונופול באשר להתנהלותו. אולם, כאן המקום להדגיש שוב את נמל המבטחים שקבעה הרשות בגילוי הדעת, לפיו אם הפער בין המחיר שנגבה לבין העלויות החשבונאיות הנקובות בגילוי הדעת אינו עולה על 20% מהעלויות החשבונאיות הללו, הוא מוגן מאכיפה מצדה של רשות ההגבלים העסקיים. נמל מבטחים זה מבטיח ודאות לא מבוטלת למונופול והוא בבחינת שיפור משמעותי של ודאותו של המונופול ביחס לאיסור על גביית מחיר מופרז בדין האירופי, שבו אין נמל מבטחים. רק אם המונופול חפץ לגבות מחיר העולה על המחיר האמור, הוא חשוף לבדיקה מצד רשות ההגבלים העסקיים, במסגרתה תבדוק הרשות אם המחיר, על פי כלל נסיבותיו של המקרה, אכן היה מופרז. גם מצב דברים זה שם את המונופול במידה מסוימת של חוסר ודאות. אולם זהו חוסר ודאות שמתבקש מהרצון להגן על ציבור הצרכנים מפני גביית מחיר מופרז.

חוסר ודאות של פירמות באשר לשאלה כיצד ייושם כלל משפטי כנגדן הוא אופייני מאוד לדיני ההגבלים העסקיים והוא בלתי נמנע. הוא קיים לא רק בהקשר של האיסור על מחיר מופרז אלא גם בהקשרים רבים אחרים. כך, למשל, אסור לכל פירמה להגיע להסדר עם הספק או הלקוח שלה המעלה חשש לפגיעה משמעותית בתחרות בשוק. כדוגמה ניתן להביא הסדר בלעדיות, שבו לקוח מסוים מבקש מספק שלו כי יספק רק לו ולא ללקוח אחר. הצדדים להסדר הבלעדיות אינם יכולים לדעת בוודאות אם הגוף האוכף את החוק יגיע למסקנה כי ההסדר שלהם עלול לפגוע באופן משמעותי בתחרות בשוק או שהפגיעה המסתברת פחותה מכך. להסדר בלעדיות מעין זה לעתים קרובות תועלות חברתיות לא מבוטלות. כפי שמתועד בספרות הכלכלית, הסדרים מעין אלה יכולים להיות חיוניים על מנת לעודד השקעה. עדיין, מצוי המונופול בחוסר ודאות מתבקש באשר לשאלה אם התנהגותו מותרת או אסורה, והוא חשוף לתקיפה בדיעבד, הן מצד תובעים פרטיים, והן מצד רשות ההגבלים העסקיים, שתטען כי ההסדר אסור בנסיבות העניין.

קיימות נורמות לא ודאיות, שאינן שנויות במחלוקת, שחלות גם על בעל מונופולין. כך למשל, גם האיסור על תמחור טורפני, נמוך מדי, דורש בחינה פרטנית המשתנה ממקרה

61 ראו חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 13), התשע"ב-2012, ס"ח 382.

למקרה. זאת במיוחד כאשר המחיר שגבה המונופול הוא מתחת לעלויותיו הכוללות אך מעל לעלויותיו המשתנות (העלויות שמשתנות עם היקף הפעילות, כגון עלות חומרי גלם, אנרגיה וכדומה). על מונופול חלה נורמה כללית האוסרת עליו לנצל לרעה את מעמדו באופן העלול להפחית את התחרות או לפגוע בציבור. במסגרת החזקות החלוטות החלות על בעל מונופולין קיימים מושגי שסתום של הגינות וסבירות, שלתוכם נוצק תוכן על פי שיקול דעתו של הגורם המחליט. בפרט, סעיף 29א(ב)(2) אוסר על "צמצום או הגדלה של כמות הנכסים או היקף השירותים המוצעים על-ידי בעל מונופולין, שלא במסגרת פעילות תחרותית הוגנת". סעיף קטן (3) אוסר על "קביעת תנאי התקשרות שונים לעסקות דומות אשר עשויים להעניק ללקוחות או לספקים מסוימים יתרון בלתי הוגן כלפי המתחרים בהם", וסעיף קטן (4) אוסר על "התניית ההתקשרות בדבר הנכס או השירות שבמונופולין בתנאים אשר מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים אינם נוגעים לנושא ההתקשרות". סעיף 29 לחוק קובע כי "לא יסרב בעל מונופולין סירוב בלתי סביר לספק או לרכוש את הנכס או השירות שבמונופולין".⁶² כל אלה הם איסורים השמים בלית ברירה את המונופול בחוסר ודאות מוחלטת באשר לשאלת החוקיות של התנהגותו. כמו בכלל המקרים הללו, גם במקרה של האיסור על מחיר מופרז, על המונופול לקחת לעצמו מרווח ביטחון לטובת הצרכנים – להתנהג באופן שמבטיח כי לא יפר את החוקים הללו.

דווקא במקרה של האיסור על גביית מחיר מופרז, שלא כמו בכלל הדוגמאות האחרות הנזכרות לעיל הקשורות למונופולין, רשות ההגבלים העסקיים ציידה את המונופול בנמל מבטחים ששהיה ביד' אמותיו נותנת למונופול ודאות מוחלטת בנוגע לשאלה אם הרשות תאכוף כנגדו את האיסור. עוד חשוב לציין כי על פי גילוי הדעת של הרשות, לא תהיה אחריות פלילית למונופול בגין מחיר מופרז.⁶³ עניין זה חשוב להדגשה משום שגל ונבו במאמרן מניחות אחריות פלילית כזו, ומשתמשות בה כדי לתמוך בטיעון שלהן נגד החלת הנורמה. היעדר האחריות הפלילית במקרה של תמחור מופרז של מונופול מבדיל נורמה זו משלל הנורמות הלא-ודאיות האמורות לעיל, כגון הסדרי ספק-לקוח כובלים, סירוב בלתי סביר וניצול לרעה על ידי בעל מונופולין שבצד כולן פוטנציאל לאחריות פלילית. זאת ועוד, בכלל ההתנהגויות הללו לא קיים מנגנון של הכשר מראש, שיכול להגדיל את ודאותה של הפירמה לגבי הנורמה החלה עליה.⁶⁴

62 ההדגשות הוספו – ד"ג.

63 גילוי דעת 1/14 של הממונה על ההגבלים העסקיים "האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין" 18 (9.4.2014) (להלן: גילוי דעת מחיר מופרז) www.antitrust.gov.il/subject/130/item/33113.aspx: "אמצעי האכיפה בו ינקוט הממונה כנגד גביית מחיר מופרז יהיה הטלת עיצום כספי על בעל המונופולין, ורשות ההגבלים העסקיים לא תפעיל סמכויות אכיפה פליליות כנגד גביית מחיר מופרז".

64 בהסדרי ספק-לקוח שאינם כבילות מחיר מסוימות, הנקובים בכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים שאינם אופקיים ואין בהם כבילות מחיר מסוימות), התשע"ג-2013, ק"ת 1549, המשטר החל הוא של הערכה עצמית (Self-Assessment), והצדדים להסדר אינם אמורים לבוא לקבלת פטור מראש מרשות ההגבלים העסקיים. עם זאת ביכולתם לקבל אישור מראש מבית הדין להגבלים עסקיים, אולם זהו הליך סבוך וממושך בפני בית הדין.

בהקשר זה מביעות גל ונבו את החשש כי חברות בינלאומיות יהססו להיכנס לשוק בישראל. אולם, יש לזכור כי בכל מדינות ה-OECD, למעט ארבע, כאמור לעיל, קיים איסור על גביית מחיר מופרז. כשם שחברות בינלאומיות פועלות בשלל מדינות אלו, כך סביר להניח שלא האיסור, המקובל בעולם, על גביית מחיר מופרז הוא שירתיע אותן. בנוסף, בישראל, שלא כמו במדינות אחרות, קיים נמל מבטחים המגדיל את הוודאות של המונופול. יתרה מזו, דווקא בשוק קטן כבישראל, יש לעתים קרובות מקום למספר מצומצם של מתחרים בשוק. עדיף לצרכן הישראלי שאת מספר המקומות המצומצם הזה יתפסו שחקנים שמוכנים למכור לצרכן במחיר שאינו מופרז. הצרכן הישראלי לא היה רוצה שאת מקומם של מתחרים מעין אלה תתפוס דווקא חברה שרצונה להיכנס לשוק הישראלי נובע מרצונה לגבות בו מחיר מופרז.

ז. האם מחיר מופרז מתקן את עצמו באמצעות כניסה לשוק?

האם מחיר מופרז יכול לתקן את עצמו בכך שימשוך כניסה של שחקנים חדשים לשוק, שבסופה יתגלגל המחיר כלפי מטה? במאמרים קודמים הראינו כי התשובה על שאלה זו היא חד משמעית שלילית.⁶⁵ מחיר מופרז אינו יכול לתקן את עצמו. כאשר פירמה חדשה שוקלת אם להיכנס לשוק, היא משווה בין העלות הכרוכה בכניסה לבין הרווחיות שהיא צופה מהשהייה בשוק אחרי הכניסה.⁶⁶ מטבע הדברים, המחיר שגובה המונופול לפני כניסתה של הפירמה החדשה איננו משפיע כשלעצמו על העלויות הנדרשות לכניסה. הוא גם איננו משפיע על הרווחיות שלאחר כניסה. זאת משום שכמובן מה שחשוב לרווחיות לאחר הכניסה הוא המחיר שגובה המונופול לאחר הכניסה. תגובה טבעית של המונופול לכניסה של שחקן חדש לשוק היא הורדת המחיר. המונופול ירצה להגן על נתח השוק שלו. לעתים קרובות המונופול יגיב באופן זה כבר כאשר הוא עד לצעדים הראשונים של הכניסה.⁶⁷ כניסה היא בדרך כלל הדרגתית ויקרה ולא פתאומית, ועל כן למונופול יש הזדמנות נאותה להגיב באופן זה. יתרה מזו, הכניסה לעתים רחוקות יכולה להיות סודית ושקטה, והמונופול יהיה מודע לה. מכל אלה עולה כי למי שנכנס לשוק של מונופול מצפה "קבלת פנים" בדמות מחירים נמוכים משמעותית מאלה שרווחו לפני הכניסה. אלה הם המחירים שהנכנס הפוטנציאלי שוקל לפני שהוא נכנס ולא המחיר (שעשוי להיות מופרז) שגובה המונופול לפני הכניסה.

גל ונבו אמנם מצטטות את מאמרינו האמורים וכן מקורות אחרים המראים כי מה שחשוב לפירמה השוקלת כניסה לשוק הוא המחיר שרווח אחרי כניסתה ולא זה שרווח לפני

65 ראו Ezrachi & Gilo, *Self-Correction*, לעיל ה"ש 25; Ezrachi & Gilo, *Mittal Litigation*, לעיל ה"ש 25, בעמ' 878.

66 ראו למשל, TIROLE, לעיל ה"ש 18, בעמ' 315.

67 ראו למשל Robert E. Hall, *Potential Competition, Limit Pricing, and Price Elevation from Exclusionary Conduct*, in *ISSUES IN COMPETITION LAW AND POLICY* 433, 433 (2008): "Under certain conditions, the incumbent – acting before entry has occurred – will take actions that alter the environment in a way that reduces the payoff to entry and lowers the current price"

כניסתה. אולם הן בכל זאת טוענות כי "מחיר גבוה משמש איתות לחברות אחרות שכדאי להן להשקיע משאבים להיכנס לשוק שבו פועל המונופול על מנת ליהנות גם הן מרווחים גבוהים. [...] ראשית, ייתכן שהמתחרה החדש יעיל מבעל המונופולין, וכך מרווח הרווח שלו גדול מזה של בעל המונופולין".⁶⁸ אולם, בכך אין כדי לתמוך בטענה כי מחיר גבוה משמש איתות לחברות אחרות שכדאי להן להיכנס לשוק. אם חברה הנמצאת מחוץ לשוק היא יעילה, כך שכדאי לה להיכנס לשוק למרות שהיא יודעת שהמונופול יוריד מחירים עם כניסתה, אזי היא תיכנס לשוק בלי קשר לשאלה אם נאסר על המונופול לגבות מחיר מופרז. גם כאשר אוסרים על המונופול לגבות מחיר מופרז, חברה יעילה כזו תיכנס לשוק באותה המידה. למחיר שגובה המונופול לפני כניסתה אין קשר לרצונה או לאי-רצונה להיכנס לשוק.

עוד טוענות גל ונבו כי התנהגות של מונופול הגובה מחיר מופרז "עשויה להגדיל את הרווחים של המתחרים בשל יצירת "מטריית מחיר" גבוהה בשוק ולהגביר את התמריצים לתחרות",⁶⁹ וכן כי "למחיר הגבוה תפקיד חשוב בתמריץ הדינמי לכניסה לשוק, כיוון שהוא מאותת לחברות שגם במחיר גבוה יש ביקוש רב".⁷⁰ אולם, גם טענות אלו סותרות את התובנה הבסיסית לפיה המונופול צפוי להגיב לכניסה של חברה חדשה באופן שהמחיר לא יישאר גבוה לאחר הכניסה. המתחרים, היודעים זאת, מבינים שאותה "מטריית מחיר" לא תגן עליהם. יתרה מזו, גם אם מתחרה צופה, מסיבה כלשהי, כי המונופול לא יגיב לכניסתו על ידי הורדת מחירים (למשל משום שהוא צופה שהמונופול ירצה לכרות עם החברה החדשה "ברית" בהבנה שבשתיקה, שלפיה הם יחלקו את השוק תוך ששניהם יגבו את המחיר המופרז שהצרכנים נאלצו לפני כן לשלם למונופול), הרי שאין בכניסה מסוג זה כדי להועיל לציבור באופן משמעותי. האם לכניסה מעין זו פיללנו כבעלת אופי מתקן או פרו-צרכני? זוהי כניסה של שחקן שהסיבה העיקרית לכניסתו היא ציפיותו כי ישרור בשוק מעין "קרטל סמוי" (Tacit Collusion) בינו לבין המונופול לשעבר, שבו הצרכנים ימשיכו לשלם מחיר מופרז. כניסה מעין זו אינה מועילה לציבור הצרכנים מבחינת המחיר שהם משלמים. נהפוך הוא, דווקא בשוק של כלכלה קטנה, שממילא יש בו "מקום" למעט שחקנים, מוטב ששחקן מעין זה, הנכנס לשוק משום שהוא מקווה לקרטליזציה סמויה שלו, לא ייכנס. כך יתפנה מקום לשחקן אחר, שדווקא רוצה להתחרות ולהוריד מחירים.⁷¹ אפשרות נוספת היא כי השחקן החדש מקווה לא ל"קרטל סמוי" עם המונופול, אלא להיות מונופול בעצמו, הגובה את המחיר המופרז, לאחר סילוקו של המונופול הוותיק. אולם,

68 גל ונבו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 300–301.

69 שם, בעמ' 296.

70 שם, בעמ' 302.

71 וריאציה על אותה הטענה היא כי השחקן החדש מקווה לקרטל סמוי לתקופה מסוימת, שלאחריה המחיר ירד. אולם כיוון שתיאום מפורש לגבי אורכה של תקופה זו הוא אסור, הנכנס החדש אינו יכול להיות בטוח כמה זמן תארך תקופת אותו "קרטל סמוי", ועל כן קשה לסבור כי דווקא קרטל סמוי זמני זה הוא שיגרום לו להיכנס. ככל שהתקופה של הקרטל הסמוי מתקצרת, הרי שמתחזקת הסברה כי לא הציפייה לאותו קרטל סמוי מושכת את כניסתו, והוא היה נכנס גם אם היה נאכף על המונופול האיסור על תמחור מופרז. ככל שהתקופה של הקרטל הסמוי מתארכת, כך כניסתו מהווה פחות בשורה לצרכנים, ותופסת מקום לשחקן אחר, שיכול היה לחולל תחרות מיד עם כניסתו.

מעטים המקרים שבהם למתחרה חדש קיימת סבירות גבוהה להיות מוכתר כמונופול חדש במקומו של המונופול הוותיק. זאת ועוד, אם השחקן החדש ייהפך למונופול בזמן קצר יחסית, שוב התועלת לצרכנים מכניסתו מוגבלת, באשר גם הוא, כמו המונופול הישן, יגבה מהם מחיר מופרז.

טענה דומה של גל ונבו מפנה לשדה נוסף של ספרות כלכלית, המוצאת שלעיתים מתחרה חדש יודע כי הכניסה שלו תהיה כל כך מוגבלת בהיקפה, עד כדי כך שהמונופול לא ימצא אפילו לנכון להגיב לכניסה זו על ידי הורדת מחירים.⁷² אולם גם בכך אין כדי להביא למסקנה כי מחיר מופרז של מונופול מתקן את עצמו. במקרים מעין אלה מדובר שוב במתחרה שמסתמך על תקוותו שהמחיר לאחר כניסתו יישאר מחיר דמוי קרטל. המונופול, מצדו, אינו מגיב למתחרה החדש משום שהוא אינו חושש ממנו: המונופול יודע כי המתחרה החדש מוגבל מסיבה כלשהי, בטווח הקצר והארוך, למשל עקב מגבלת כושר ייצור או חוסר יעילות, ועל כן אינו טורח להוריד מחירים על מנת להגן על נתח השוק שלו. מאותה הסיבה שהמונופול רגוע כי המתחרה החדש לא יכול לרסן אותו, בטווח הקצר או הארוך, אנו צריכים להיות מודאגים מכך שהמתחרה החדש לא יועיל לצרכנים. אילו היה מועיל לצרכנים, והיה מסוגל לרסן את המונופול בטווח הקצר או הארוך, חזקה על המונופול שהיה מגיב בהורדת מחירים לכניסתו של המתחרה החדש, על מנת להגן על נתח השוק שלו מפני המתחרה החדש. אלא שאם המתחרה החדש צופה תגובה כזו, ספק רב אם יעז להיכנס, ואם ייכנס לשוק למרות ציפייה זו, לאור יתרונותיו, הרי שלא המחיר המופרז עודד אותו להיכנס, אלא יתרונותיו של המתחרה החדש.

כדי לקבל תמונה עד כמה כניסה של מתחרה שהמונופול אינו מגיב לכניסתו על ידי הורדת מחיר איננה תורמת משמעותית לצרכנים, די להתרשם ממצב השוק בו פועל המונופול שגבה את המחיר המופרז. אם מדובר בשוק שבו לצד המונופול פועלים מתחרים נוספים, הרי שגם מתחרים אלה לא הצליחו לרסן את המחיר המופרז של המונופול, והצרכנים נפגעו ממחיר גבוה זה. אם כך, על סמך מה נאמין שדווקא כניסה של שחקן חדש, שגם הוא לא מצליח לרסן את המונופול, תועיל לצרכנים?

דרך אחרת להבין את טענת "מטריית המחיר" של גל ונבו היא שאמנם המונופול יוריד מחירים לאחר כניסת המתחרה החדש, אך לא לרמה של מחיר של תחרות משוכללת, אלא לרמה של מחיר של תחרות שאינה משוכללת, ושכך יש כדי למשוך כניסה לשוק.⁷³ על מנת להבין טענה זו, ולהסביר מדוע היא שגויה, נניח כי המחיר שגבה המונופול לפני כניסת המתחרה החדש הוא 10 ("המחיר המונופוליסטי") וכי לאחר הכניסה של המתחרה החדש המונופול והמתחרה החדש גובים, למשל, מחיר של 6 ("המחיר הדואופוליסטי"), שגם הוא מעל למחיר של תחרות משוכללת. נראה שטענת גל ונבו היא כי החברה החדשה צופה כי המחיר לאחר הכניסה יהיה 6, וכי מחיר זה גבוה מספיק על מנת להצדיק את השקעתה בכניסה לשוק. אולם המחיר הדואופוליסטי, 6, הוא אותו המחיר, בין אם קדם לו מחיר מונופוליסטי מופרז ובין אם המונופול נרתע מן האיסור על גביית מחיר מופרז ולא גבה מחיר מופרז. מבחינת תמריצי הכניסה, אין הבדל בין גביית מחיר מופרז על ידי המונופול

72 גל ונבו, לעיל ה"ש 1, בטקסט הסמוך לה"ש 85.

73 שם, בטקסט הסמוך לה"ש 86.

לבין גביית מחיר לא מופרז על ידי המונופול. בשני המקרים המחיר שירווח לאחר הכניסה הוא המחיר הדואופוליסטי – הנמוך יותר מן המחיר המופרז של המונופול. כיוון שמה שחשוב לצורך חישוב אם הכניסה היא רווחית הוא המחיר שנגבה אחרי הכניסה, ולא זה שרווח לפניו, שוב, עצם גביית המחיר המופרז אינה יכולה למשוך כניסה לשוק. טענה נוספת של גל ונבו, שהיא שגויה מסיבה דומה, היא כי כאשר מתחרה חדש נכנס לשוק מונופוליסטי, "המחיר בשוק יכול אף לעלות".⁷⁴ גל ונבו מפנות בהקשר הזה לספרות כלכלית המראה שכאשר המוצר של המתחרה החדש מבודל במידה מסוימת מזה של המונופול, צרכנים המעדיפים את המוצר החדש עוזבים את המונופול, והוא נשאר עם צרכנים המעדיפים את המוצר של המונופול, ולכן מרשה לעצמו להעלות להם את המחיר. גם המתחרה החדש מרשה לעצמו לגבות מחיר גבוה, משום שהוא יודע שקהל צרכניו כולל אנשים שאוהבים במיוחד דווקא את המוצר שלו. אולם, שוב, אין בספרות מעין זו כדי לבסס טענה כי מחיר מופרז של מונופול מתקן את עצמו. גם אם המונופול מרסן את עצמו עקב איסור על מחיר מופרז וגובה מחיר שאינו מופרז, התמריצים של המתחרה החדש להיכנס לשוק זהים: אם הוא יחשוב שהוא יוכל לגבות מחיר גבוה לאחר הכניסה, בעקבות הבידול בין המוצר שלו למוצר של המונופול, ייכנס בלי קשר למחיר שגבה המונופול לפני הכניסה. בנוסף, גם בהקשר של מקרים מיוחדים אלה, כניסה לשוק על ידי מתחרה המתכוון דווקא להעלות מחירים ביחס למחיר המונופוליסטי אינה הכניסה שפיללנו לה, ועל כן אין בה כדי לתקן את העיוות שנגרם ממחיר מופרז של מונופול, והיא אינה מצדיקה היתר למונופול לגבות מחיר מופרז.

בהקשר שונה מעט, טוענות גל ונבו כי מחיר מופרז יכול ליצור אנטגוניזם בקרב הצרכנים כלפי המונופול, ויש בכך כדי להקל "את כניסתו והתרחבותו של מי שדורש מחיר נמוך יותר".⁷⁵ הן מפנות בהקשר זה לסקר שבו הופנתה אל הנשאלים שאלה היפותטית ששאלה אותם האם הם רואים העלאת מחירים על ידי מונופול תוך ניצול מחסור זמני בהיצע של המוצר בשוק כ"בלתי הוגנת".⁷⁶ אולם, ראשית, אין בסקר מעין זה כדי להראות כי צרכנים הרגילים למוצר של המונופול יעזבו אותו גם כאשר הוא מנסה לשמר אותם בעזרת הורדת מחיר. ככלות הכול, מעטים האנשים שיענו לסקר מעין זה כי העלאת מחיר מעין זו היא דווקא הוגנת. שנית, מטבע הדברים, לצרכנים של מונופול עלויות הכרוכות במעבר אל המוצר או השירות של המתחרה החדש. הם רגילים למוצר או לשירות של המונופול, ולעתים קרובות מעבר למוצר או שירות אחר דורש התאמות וכוון באי-נוחות, בזבוז זמן ובעלויות שונות. כאשר קיימות עלויות מעבר בלתי זניחות, מונופול המשמר את צרכניו באמצעות הורדת מחיר לרמת המחירים של המתחרה החדש בדרך כלל יצליח לעשות זאת. עוד יש לציין כי שווקים רבים מאופיינים בחסמי כניסה תמירים, ובמיוחד שווקים ששולט בהם מונופול. ככלות הכול, עצם היותו מונופול עלול להיגזר מהקושי של פירמות חדשות להיכנס לשוק שלו. בשווקים חסומי כניסה כאלה, בעייתי עוד יותר לאפשר

74 שם, בטקסט הסמוך לה"ש 87.

75 שם, בטקסט הסמוך לה"ש 89.

76 שם.

למונופול לגבות מחיר מופרז על סמך מחשבה לפיה המחיר המופרז יתקן את עצמו באמצעות משיכה של פירמות להיכנס לשוק של המונופול.

במקום אחר, אנו מראים כיצד מחיר מופרז אינו מתקן את עצמו גם לאור תיאוריות אחרות בדבר האיתות למתחרים פוטנציאליים.⁷⁷ כך, למשל, קיימת תיאוריה לפיה אם מונופול גובה מחיר גבוה, מתחרים פוטנציאליים עשויים להסיק מכך שהמונופול אינו יעיל, ובעקבות זאת להיכנס לשוק בתקווה להרוויח יותר בתחרות אל מול פירמה ותיקה שהיא אינה יעילה.⁷⁸ גם במקרים מעין אלה אנו מראים כי אין ממש בטענה כי מחיר מופרז יכול לתקן את עצמו באמצעות עידוד כניסה לשוק. ראשית, התיאוריות הנזכרות נשענות על הנחות לא מציאותיות ומרחיקות לכת. בפרט, הן מניחות שהנכנס הפוטנציאלי אינו יודע להעריך עד כמה הפירמה המצויה בשוק יעילה. פעמים רבות הנכנס הפוטנציאלי יודע להעריך זאת בוודאות קרובה למדי. שנית, למרות בורותו של הנכנס הפוטנציאלי באשר ליכולותיו של המונופול הפועל בשוק, התיאוריות הללו מניחות שבידי הנכנס הפוטנציאלי הכלים והידע מרחיקי הלכת על השוק כדי להסיק מהמחיר שגובה המונופול על מידת יעילותו. על מנת לקשר בין המחיר שהוא גובה לבין מידת יעילותו, הנכנס הפוטנציאלי צריך לדעת רבות על פונקציית הייצור של המונופול. לא סביר להניח שמחד, בידי הנכנס הפוטנציאלי ידע נרחב כל כך על פונקציית הייצור של המונופול, ומאידך, אין הוא יודע להעריך עד כמה המונופול הוא יעיל. לבסוף, אנו מראים כי אין צורך בהתרת תמחור מופרז על ידי מונופול על מנת לאותת למתחרים פוטנציאליים שהמונופול אינו יעיל. אם המונופול אינו יעיל, סביר כי יוכל, גם אם הוא כפוף לאיסור על גביית מחיר מופרז, לגבות מחיר גבוה מזה שמונופול יעיל יגבה, זאת מפני שעלויותיו של המונופול הלא יעיל גבוהות יותר. בהתאם, הנכנס הפוטנציאלי מקבל איתות לגבי מידת יעילותו של המונופול גם תחת משטר האוסר על גביית מחיר מופרז, שהרי מחיר לא מופרז של מונופול יעיל הוא נמוך יותר ממחיר לא מופרז של מונופול לא יעיל.

לבסוף, לא למותר לציין כי קיימות תאוריות שלפיהן דווקא כאשר המתחרה הפוטנציאלי הוא חסר מידע, מחיר מופרז יכול להרתיע את כניסתו אל השוק ולא למשוך את כניסתו. זאת כאשר המתחרה הפוטנציאלי אינו יודע להעריך היטב מה יהיו עלויותיו שלו לאחר שייכנס לשוק. אם הוא מעריך כי עלויותיו שלו דומות לעלויותיו של המונופול הפועל בשוק, והמונופול גובה מחיר גבוה, המתחרה עלול להירתע מתוך מחשבה שעלויותיו שלו צפויות גם הן להיות גבוהות, וכך רווחיותו צפויה להיות נמוכה.⁷⁹

77 Ezrachi & Gilo, *Self-Correction*, לעיל ה"ש 25, בעמ' 257–262.

78 Paul Milgrom & John Roberts, *Limit Pricing and Entry Under Incomplete Information: An Equilibrium Analysis*, 50 *ECONOMETRICA* 443 (1982); David J. Cooper, Susan Garvin & John H. Kagel, *Signalling and Adaptive Learning in an Entry Limit Pricing Game*, 28 *RAND J. ECON.* 662 (1997).

79 Joseph E. Harrington, Jr., *Limit Pricing when the Potential Entrant Is Uncertain of his Cost Function*, 54 *ECONOMETRICA* 429 (1986), לעיל ה"ש 18, בעמ' 372.

ח. מורכבות יישומה של הנורמה והסיכוי לטעות מהסוג של תחולת יתר שלה

חלק גדול ממאמרו של גל ונבו נוגע למחירי הטעויות של החלת חסר או יותר של הנורמה האוסרת על גביית מחיר גבוה בלתי הוגן על ידי בעל מונופולין. החשש המרכזי של המחברות הוא מדיכוי התמריץ של המונופול להשקיע השקעות שהן מועילות חברתית. על פי טענה זו, אם לא ניתן למונופול להפיק רווח משמעותי, הוא יימנע מלכתחילה מלהשקיע השקעות מעין אלו. אולם, גם שיקול זה, של מחיר הטעות, דווקא תומך לדעתי בהחלת איסור על גביית מחיר מופרז. זאת משום שלדעתי העלות החברתית של טעות מהסוג של החלת חסר – טעות שלפיה אפשרנו לכל המונופולים הלא מפקחים להעלות את המחיר ככל העולה על רווחם, במידה הגורמת נזק ישיר לציבור הצרכנים – באופן מובהק גדולה יותר. באופן מובהק, גם אם נתעלם מנמל המבטחים המופיע בגילוי הדעת של רשות ההגבלים העסקיים, העלות החברתית של אי החלת האיסור גדולה יותר מן העלות החברתית האפשרית של החלת יתר של האיסור. כאמור לעיל, נמל המבטחים האמור קובע למונופול רף יחסית ודאי וקל מאוד ליישום של מחיר הגבוה בפחות מ-20% מהעלויות החשבונאיות הנקובות בגילוי הדעת. אם המונופול מתמחר מתחת לאותו נמל מבטחים, הוא חסין מאכיפה מצדה של רשות ההגבלים העסקיים. כיון שנמל המבטחים מבוסס על עלויות המצויות בדו"חות החשבונאיים ועל מבחן מספרי ברור, הסיכוי לטעות בהחלת נמל המבטחים עצמו הוא קטן.

באשר לסיכוי לטעות בהחלת יתר של הנורמה עצמה, הרי שגם הוא קטן יחסית. על מנת שתתרחש טעות בהחלת יתר של הנורמה צריכות להתקיים בעת ובעונה אחת כל העובדות הבאות:

1. המונופול אינו עומד ברף נשוא נמל המבטחים, וגובה מחיר שהוא גבוה מאשר 20% מעל העלויות החשבונאיות הנקובות בגילוי הדעת.
2. יש הצדקה חברתית משמעותית לגביית מחיר שהוא גבוה מרף זה, למשל בגלל שרווח נמוך יותר מסיבה כלשהי יגרום למונופול שלא להשקיע בשיפור משמעותי של המוצר.
3. התרחיש שבסעיף 2 לעיל יקרה אף על פי שכל העלות של המונופול ביישום השיפור האמור של המוצר נחשבת לטובתו במסגרת הניתוח. הווה אומר, מסיבה כלשהי, למרות שהמונופול יכול לפצות את עצמו על כל עלויותיו הרלוונטיות, כולל עלות השיפור האמור של המוצר, ועדיין ליהנות מרווח של 20% מעל לכל עלויותיו הרלוונטיות, היעדר האפשרות להרוויח אף יותר מזה תגזול לו את התמריץ להשקיע באותו שיפור.
4. הגורם האוכף את הנורמה טועה, ולמרות טענותיה המוצדקות של החברה כי יש הצדקה לפער בין המחיר שגבתה לבין נמל המבטחים, מחליט שהמחיר היה מופרז. מתבקשת המסקנה כי הסיכוי לטעות מסוג של החלת יתר, במיוחד לאור קיומו של נמל המבטחים, היא קטנה יחסית.

כאן המקום להדגיש כי למרות שמלאכת הבדיקה אם מחיר היה מופרז היא מורכבת, גם משימות אחרות שמוטלות על מי שאוכף את חוק ההגבלים העסקיים הן מורכבות מאוד. כך למשל, המבחן המוביל להגדרת השוק הרלוונטי בו פועלות פירמות – הגדרה שהיא כלי

ניתוח מרכזי כמעט בכל תיק של אכיפת החוק המצריכה ניתוח כלכלי – דורש בדיקה מורכבת ביותר. המבחן הרווח ביותר להגדרת שוק הוא "מבחן המונופול ההיפותטי" (הידוע גם כמבחן SSNIP), המשמש לבדיקת רוחבו של השוק הרלוונטי. כך, למשל, על מנת לבדוק אם השוק הרלוונטי להסדר כלשהו בין משווקי עוף טרי כולל גם פירמות שמשווקות עוף קפוא, יש לבדוק בדרך כלל במסגרת מבחן זה אם מונופול היפותטי החולש על תחום העוף הטרי מסוגל באופן רווחי להעלות מחירים ב-5% עד 10% ביחס למחירים שרווחו לפני העסקה, מבלי שיותר מדי צרכנים יעברו לרכוש ממשווקי העוף הקפוא. על מנת ליישם מבחן זה, על הגורם האוכף לדעת פרטים רבים אודות הרווחיות של החברות הפועלות בשוק. כדברי רשויות ההגבלים העסקיים האמריקאיות בגילויי הדעת שלהן לגבי ניתוח מיזוגים בין מתחרים משנת 2010:⁸⁰

The hypothetical monopolist's incentive to raise prices depends both on the extent to which customers would likely substitute away from the products in the candidate market in response to such a price increase and on the profit margins earned on those products. The profit margin on incremental units is the difference between price and incremental cost on those units. The Agencies often estimate incremental costs, for example using merging parties' documents or data the merging parties use to make business decisions. Incremental cost is measured over the change in output that would be caused by the price increase under consideration.

על פי מתווה זה, על הרשות לדעת מה העלות המשתנה של החברה הנטענת כאשר היא מספקת את כמות המוצרים הנידונה לפני ואחרי השינוי ההיפותטי במחיר אילו הייתה מונופול בתחום הנבחן. מנגד, בדיקת מחיר מופרז מצריכה, במסגרת השוואה לעלויות, בדיקה בכמה היה המחיר מופרז מעל כלל העלויות הרלוונטיות של המונופול באספקת המוצר נשוא המונופולין.

אם כן, שני סוגי הבדיקות הללו – הבדיקה של הגדרת השוק הרלוונטי והבדיקה אם מחיר הוא מופרז – אינן קלות לביצוע, אך בידי הגורם האוכף את החוק צריכים להיות הידע והגישה לנתונים המאפשרים את ביצוען, בין באמצעות עדים מומחים והליכי גילוי מסמכים ובין באמצעות בדיקה של רשות ההגבלים העסקיים, על מנת להגשים את תכלית החוק שהוא אמון על אכיפתו.

דוגמה נוספת שבה על הגורם האוכף את החוק לאמוד את העלות הרלוונטית של הפירמה היא באכיפת האיסור על תמחור טורפני על ידי המונופול, קרי נמוך מדי. בדרך כלל על הגורם האוכף לבחון אם המחיר שגבה המונופול היה נמוך מאומדן רלוונטי של עלות. דרך נוספת לבדוק את המופרזות, כמצוין בגילויי הדעת של הרשות, לצד השוואה לעלויות, היא על ידי השוואת המחיר שנגבה על ידי המונופול למחיר שנגבה בשווקים החשופים יותר לתחרות, בין על ידי המונופול עצמו בשווקים אחרים או בתקופות אחרות

80 Horizontal Merger Guidelines, לעיל ה"ש 51, ס' 4.1.3.

ובין על ידי פירמות אחרות. מבחן ההשוואה יכול להיות מורכב פחות כאשר ההשוואה היא להתנהגות של אותו מונופול עצמו בזמנים או במקטעים שבהם הוא חשוף לתחרות רבה יותר. יש לזכור שאין צורך שבשוק נשוא ההשוואה תהיה תחרות מושלמת. די שהתחרות בו חזקה יותר, והפרש המחירים בין המחיר שגבה המונופול בשוק נשוא המונופולין לבין המחיר שגבה בשוק נשוא ההשוואה הוא מופרז. יוער כי על פי גילוי הדעת של הרשות, מבחן ההשוואה ייושם בצורה שממזערת חשש לעיוות בהחלטות המונופול. בפרט, נקבע בגילוי הדעת שמבחן ההשוואה יופעל רק אם קיים פער מחירים העולה על 20% בין המקטעים נשוא ההשוואה (בנטרול פערים בעלויות המשתנות הכרוכות באספקה לאותם מקטעים).⁸¹ כך למשל, נניח כי מבחן ההשוואה מיושם על ידי השוואה בין המחיר שגבה מונופול לפני כניסה של מתחרה חדש למחיר שגבה לאחר הכניסה. על פי גילוי הדעת, המונופול יתומרץ להוריד מחירים לאחר הכניסה ב-20%, מבלי לחשוש שהתנהגות זו כשלעצמה תחשוף אותו לאכיפה מצד רשות ההגבלים העסקיים.⁸² כך גם כאשר המונופול חפץ לגבות מחירים שונים מלקוחות שונים, כגון לקוחות פרטיים ומוסדיים. הוא לא יהיה חשוף לאכיפה בשל מבחן ההשוואה אם הפרש המחירים נמוך מ-20%.⁸³

כפי שהראתי לעיל, אמת המידה לבדיקה אם מחיר הוא מופרז היא אך ורק השוואה למחיר שהיה רווח בתנאי תחרות. אין זה ראוי, כפי שהציעו גל ונבו, להוסיף על גבי מבחן זה עוד מבחן נוסף, אמורפי, הבודק את המופרזות ביחס ל"ערך הכלכלי" של המוצר, תוך לקיחה בחשבון של מוכנות הצרכנים לשלם על המוצר. בהתאם, בדיקת המופרזות מסתכמת בהשוואה למחיר שהיה רווח בתנאי תחרות, והיא מורכבת פחות מהמתואר על ידי גל ונבו. גם אין צורך, בניגוד לדעתן של גל ונבו,⁸⁴ שהגורם האוכף את הנורמה יתחקה אחר המחיר הראוי בכל עת, על פי נסיבותיו המשתנות של השוק. כל שעל הגורם האוכף לעשות הוא לבדוק בדיעבד אם בתקופה רלוונטית שלפני ההתערבות גבה המונופול, בנסיבות השוק שהיו בתקופה זו, מחיר מופרז.

דוגמה נוספת להגבל עסקי שאינו שנוי במחלוקת שבו אין מנוס מהשוואה מורכבת בין המחיר שנגבה לבין המחיר שהיה רווח בתנאי תחרות היא אמידת הנזק הנגרם מקרטל. על מנת שביית המשפט יאמוד את הנזק שנגרם לצרכנים מקרטל בין פירמות, שבו הן הסכימו לא להתחרות ביניהן, על בית המשפט לבדוק את הפרש בין המחיר שגבה הקרטל לבין המחיר שהיה רווח בתנאי תחרות. זוהי בדיקה שהיא קשה אף יותר מהבדיקה אם מחיר של מונופול היה מופרז. זאת משום שבבדיקה אם מחיר היה מופרז, די בקנה מידה גס להשוואה. כך, למשל, אם תוסק המסקנה כי המחיר שגבה המונופול היה מופרז אף ביחס למחיר הגבוה

81 ראו גילוי דעת מחיר מופרז, לעיל ה"ש 56, פס" 3.

82 כמובן, על מנת להגן על נתח השוק שלו, המונופול גם עשוי להוריד מחירים בעקבות כניסה ביותר מ-20%. או אז, מבחן ההשוואה יוכל לסייע לחשוף את המחיר המופרז שגבה המונופול טרם הכניסה.

83 עם זאת, הפרש העולה על 20% מצדיק אכיפה, משום שאם העלויות באספקה ללקוחות הפרטיים וללקוחות המוסדיים דומות, ההפרש מצביע על מופרזות המחיר שהמונופול גבה מהלקוחות הפרטיים. במקרים רבים, המונופול אינו יכול להרשות לעצמו להעלות יתר על המידה את המחיר ללקוחות מוסדיים גדולים. כך עוזר האיסור לשפר את מצב הצרכנים הפרטיים, שהיו יכולים להיות קרוב למחיר מופרז, הודות לכוח הקנייה של הלקוחות המוסדיים, החזקים יותר.

84 גל ונבו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 314–315.

מהמחיר התחרותי, ניתן להסיק מקל וחומר שהמחיר היה מופרז. לעומת זאת, במקרה של חישוב הנזק שנגרם מקרטל, יש צורך להתחקות אחר המחיר התחרותי עצמו ולא די במחיר גבוה ממנו כאמת מידה לבדיקה. בהקשר הזה גל ונבו טוענות שלפחות בכל הקשור לאמידת הנזק מקרטל, לא קיים חוסר ודאות לגבי הנורמה. אך בחינה של העניין מראה שלא כך הוא. צדדים לקרטל, ממש כמו מונופול שגבה מחיר מופרז, אינם יכולים לדעת בוודאות מה יהיה קנה המידה שלפיו ייחרץ דינם. אמנם הצדדים לקרטל אמורים לדעת שעשו מעשה אסור כאשר חברו לקרטל, אך הם עדיין מצויים בחוסר ודאות לגבי הנזק שישלמו בתביעת הנזיקין.

ט. מחיר טעות מהסוג של תחולת יתר ועידוד השקעה על ידי המונופול

כפי שהראינו לעיל, הסיכוי לטעות מהסוג של החלת יתר של האיסור על מחיר מופרז הוא קטן יחסית. אולם, נניח כי למרות הסיכוי הקטן יחסית לטעות, הטעות התרחשה. מה מחירה של הטעות? המחיר החברתי הוא למשל שלא יתרחש שיפור המוצר, שהמחיר המופרז כביכול מעודד את המונופול להשקיע בו. עם זאת, לטעות כזו יש גם תועלת חברתית. התועלת החברתית היא שמחירו של המוצר, הודות להרתעה ולאיסור, יהיה נמוך יותר. הווה אומר, גם במקרה של טעות בהחלת יתר של האיסור, הצרכנים ייהנו ממחיר נמוך, אם כי המוצר שירכשו יהיה במידה מסוימת פחות טוב מאשר יכול היה להיות.

מהו המחיר החברתי של טעות מהסוג הזה לעומת המחיר החברתי של טעות בכיוון ההפוך, של החלת חסר? טעות בכיוון ההפוך בהקשר שלפנינו, אילו היינו מאמצים את המלצתן של גל ונבו להימנע מהחלת האיסור על מחיר מופרז, משמעותה שכל מונופול לא מפוקח באשר הוא יוכל לגבות איזה מחיר שהוא חפץ, גבוה ככל שיהא על חשבון ציבור הצרכנים. לא ניתן לטעון, לדעתי, כי המחיר החברתי של טעות מהסוג הראשון, של הטלת האיסור במקרה הלא מתאים, הוא גבוה מהמחיר החברתי של טעות מהסוג השני, של הסרת כל רסן ממונופולים לנצל לרעה את כוחם על חשבון ציבור הצרכנים.

עוד יש לציין כי המחיר החברתי של טעות מהסוג של החלת יתר לקוח מתוך מצב עולם יוצא דופן, שבו דווקא רווח אנטי-תחרותי הוא מועיל חברתית. הנחת המוצא של דיני ההגבלים העסקיים היא שתחרות מובילה לתוצאה המועילה ביותר מבחינה חברתית, לא רק מבחינת המחיר, אלא גם מבחינת איכות המוצר ומבחינת השיפורים הטכנולוגיים.⁸⁵ הנחת מוצא זו מעוגנת גם בממצאים אמפיריים בספרות הכלכלית. נמצא שדווקא שוק תחרותי

85 ראו את שנקבע על ידי השופט ד' לויין בבג"ץ 588/84 ק.ש.ר. סחר אובסס בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד מ(1) 29, 37-38 (1986): "תחרות בריאה וחופשית בין יצרנים מבטיחה לצרכנים את המוצר בעל האיכות הטובה ביותר במחיר הסביר ביותר, המשקף בצורה המדויקת ביותר את הביקוש שלו. כמו כן, תחרות מהווה תמריץ ליעול, לפיתוח ולחדשנות, דבר שיביא לירידה בהוצאות הייצור ולעלייה באיכות המוצר".

יותר יכול לדרבן השקעה בשיפור המוצר ובמחקר ופיתוח מאשר שוק מונופוליסטי.⁸⁶ פירמות המתחרות זו בזו משקיעות בשיפור המוצר שלהן ובשיפור טכנולוגיית הייצור שלהן משום שהן יודעות שאם הן לא יעשו כן, מתחריהם יעשו כן ויחטפו להן נתחי שוק. כאשר מונופול טוען כי הוא זקוק לרווחים על-תחרותיים על מנת להשקיע בהשקעות מקדמות רווחה לשיפור המוצר, הוא למעשה טוען כי תחרות היא לא הכלי המתאים לשוק הנדון. באותה המידה יכול היה אותו מונופול לטעון כי יעיל לרסן כניסה של חברות חדשות לשוק. כניסה של חברות חדשות לשוק הייתה ממילא מכרסמת בכוחו של המונופול לגבות מחירים גבוהים משמעותית מאותו רווח של 20%, וגם אז היה נגזל ממנו התמריץ להשקיע באותה השקעה מועילה לכאורה. באותו אופן, לכאורה יכול היה המונופול להצדיק התנהגות שלו החוסמת כניסה של מתחרים אלה או מעודדת סילוק של מתחרים מהשוק, שהרי כניסתם של מתחרים חדשים או קיומם של מתחרים אחרים בשוק, והרסן התחרותי שבצד תחרות זו, שוללים את התמריץ של המונופול להשקיע את אותה השקעה מועילה. טענה זו יפה גם להתמודדות עם הטענה לפיה, כביכול, גם פירמות הנמצאות בתחרות משקיעות בשיפור המוצר מתוך תקווה להיהפך למונופול הגובה מחיר מופרז בעתיד. ראשית, במרבית השווקים אין לייחס לפירמות תקווה מעין זו, שהרי הן יודעות שגם מתחרותיהן ישקיעו בשיפור מוצריהן, וכי לא בנקל ישיגו בעתיד מעמד מונופוליסטי בשוק. שנית, גם אם קיימת לפירמות תקווה כזו, על מנת שיוכלו לגבות מחיר מופרז בעתיד, עדיין עליהן להיות מחוסנות מתחרות, שהייתה מכרסמת ביכולתן לגבות מחיר מופרז. גם במצב דברים זה נכונה לכאורה הטענה מרחיקת הלכת לפיה כדי לשמר את רצונן של פירמות להשקיע בתקווה להיהפך למונופול שגובה מחיר מופרז, ראוי להגביל כניסה עתידית של פירמות חדשות לשוק, על מנת שלא להקטין את תמריציהן להשקעה.

במילים אחרות, העלות החברתית של טעות מהסוג של החלת יתר היא קטנה אינהרנטית, משום שהיא משקפת עולם זר לדיני ההגבלים העסקיים – עולם שבו אי-תחרות מתמרצת להשקעות מועילות, ותחרות מדכאת השקעות כאלה. שוק מעין זה לכאורה זקוק לחקיקה שאוסרת על כניסה אליו של פירמות חדשות ומסייגת את דיני ההגבלים העסקיים, האוסרים במפורש על המונופול לחסום כניסה של פירמות חדשות לשוק או לעודד סילוק של מתחרים קיימים. נקודת המוצא של חוק ההגבלים העסקיים היא שגם כאשר פירמות מפיקות רווחים סבירים, המתאימים לשוק תחרותי, הן משקיעות השקעות ראויות ומועילות, ושעידוד השקעה איננו מהווה הצדקה אינהרנטית לגביית מחיר מופרז מצרכנים. כמובן, יתכן מקרה שבו מונופול יטען להגנתו שהמחיר שגבה מוצדק על ידי השקעות מועילות שהשקיע. בכך אין כדי להצדיק הפיכת תכלית החוק על ראשה, והסקת מסקנה כי עידוד השקעה מצדיק פטור גורף לתמחור המנוגד חזיתית למטרות חוק ההגבלים.

ניתן להשוות את מחיר הטעות של החלת יתר בין האיסור על תמחור מופרז לבין האיסור על תמחור טורפני, שלגבי העובדה כי הוא חלק מהדין הרצוי והמצוי אין גל ונבו חולקות. דווקא האיסור על תמחור טורפני, שגם בו אנו תומכים, גובה מחיר גדול יותר בגין טעות של החלת יתר של הנורמה. אם ייקבע כי מונופול גבה מחיר טורפני אסור, אך למעשה המחיר

86 ראו Philippe Aghion et al., *Competition and Innovation: an Inverted-U Relationship*, 120 Q.J. ECON. 701 (2005).

שגבה לא היה טורפני, ידוכא תמחור נמוך, פרו-צרכני, של המונופול. כתוצאה מהחשש מטעות מסוג זה עלול המונופול לגבות מחיר גבוה יותר, שיפגע בצרכנים. לא כך האיסור על מחיר מופרז: במקרה של טעות, הצרכנים כאמור נהנים ממחיר נמוך יותר – דבר שכשלעצמו הוא פרו-צרכני – מאשר אלמלא הטעות. גל ונבו טוענות כי הסיכוי לטעות מהסוג של החלת יתר במקרה של תמחור טורפני הוא קטן. אך סיכוי זה אינו קטן כפי שנדמה ממבט ראשון.

ראשית, הכלל הרווח בעניין תמחור טורפני איננו מגדיר בצורה מדויקת מהו סוג העלויות המהווה קנה מידה להחלת האיסור. כך למשל, ייתכן כי מחיר שהוא גבוה מהעלויות המשתנות של המונופול אך נמוך מהעלויות הכוללות שלו, הוא טורפני, וייתכן שלא – הכול כתלות בנסיבות העניין. הגוף המחליט עלול לטעות לגבי נסיבות העניין המתאימות להחלת האיסור במקרה ביניים מעין זה. יתר על כן, אין הגדרה מדויקת למיהותן של העלויות המשתנות או של העלויות הכוללות. העלויות המשתנות אמורות לכלול עלויות שמשתנות עם היקף הייצור, כגון חומרי גלם, אנרגיה וכדומה. במסגרת האיסור לא קיימת הגדרה ברורה. דווקא בהקשר של גביית מחיר מופרז, גילוי הדעת של רשות ההגבלים העסקיים מגדיר היטב אילו עלויות בדו"חות החשבונאיים המבוקרים של החברה ייחשבו לצורך נמל המבטחים ואילו לא. אם כך, טעות מהסוג של החלת יתר במקרה של האיסור על מחיר טורפני יכולה להתרחש לא רק בטווח הביניים שבין עלויות משתנות לעלויות כוללות, אלא גם בעצם הקביעה מה גובהן של העלויות המשתנות. גם כאשר מדובר בעלויות הכוללות, שאמורות לכלול גם עלויות קבועות, שאינן מושפעות מהיקף הפעילות של המונופול, ייתכנו ויכוחים. האם, למשל, הן כוללות עלויות אלטרנטיביות: התקבולים שהיה אפשר לקבל על נכס של המונופול אלמלא שימש למה שהוא משמש את המונופול? זוהי שאלה שאין עליה תשובה חד-משמעית במסגרת האיסור על תמחור טורפני. שוב, נמל המבטחים נשוא גילוי הדעת של רשות ההגבלים העסקיים מבהיר נקודה זו במפורש בכל הקשור לאיסור המקביל על תמחור מופרז.

פוטנציאל נוסף לטעויות משני הסוגים קיים במידה שהכלל האוסר על תמחור טורפני דורש גם הוכחה שהמונופול יכול להחזיר לעצמו את ההפסדים נשוא התקופה הטורפנית בתקופה מאוחרת יותר, לאחר שהצליח לדחוק את מתחריו מהשוק. זהו יסוד קשה מאוד להוכחה. הוא דורש בדיקה היפותטית מה היה קורה אלמלא ההתערבות בתמחור הטורפני – האם המתחרים היו נדחקים מהשוק? והאם אז היה המונופול יכול לגרוף רווחים כאלה שיפצו אותו על הפסדיו? זוהי בדיקה מורכבת ביותר – לא פחות מורכבת מן הבדיקה אם מחיר שגבה מונופול היה מופרז. הכרעה מוטעית כי המונופול יכול להחזיר לעצמו את ההפסדים תוביל שוב לדיכוי התנהגות שלגישתן של גל ונבו היא התנהגות ראויה ופרו-צרכנית מובהקת.

י. זהות הגוף האוכף

גל ונבו מבחינות במאמרו בין הגופים השונים שעשויים להכריע בשאלת המחיר המופרז: הממונה על הגבלים עסקיים, בית הדין להגבלים עסקיים ובתי המשפט. אין חולק שלממונה

על הגבלים עסקיים ולבית הדין להגבלים עסקיים מומחיות מוסדית מיוחדת בתחום ההגבלים העסקיים. אשר לבתי המשפט האחרים, שתיק של מונופולין עשוי להגיע לפתחם במסגרת תביעה פרטית בגין ניצול לרעה על ידי מונופול, הם אכן נדרשים או לבחינה מורכבת של שאלת הניצול לרעה. אולם, הם יכולים לעמוד באתגר זה בהקשר של האיסור על מחיר מופרז של מונופול לא פחות טוב מהקשרים אחרים של ניצול לרעה על ידי מונופול או של דיני ההגבלים העסקיים באופן כללי. כפי שאני מראה בפרק ח לעיל, הניתוח הכלכלי הדרוש לצורך שאלת המחיר המופרז אינו קשה מהותית מאשר הניתוח הכלכלי הדרוש להקשרים אחרים של ניצול לרעה או הקשרים מורכבים אחרים של הגבלים עסקיים, שגם הם יכולים להגיע לבתי המשפט הפרטיים.

כך גם במקרה של אמידת הנזק שנגרם לציבור הצרכנים מהסדר כובל, דוגמת קרטל בין הפירמות בשוק. על מנת לאמוד נזק זה, למשל במקרה של תובענה ייצוגית של צרכנים נגד הצדדים לקרטל, על בית המשפט לבצע בדיקה זהה לזו הנעשית במקרה של מחיר מופרז: להשוות בין המחיר שגבה הקרטל לבין המחיר שהיה רווח בתנאי תחרות. כפי שהראינו לעיל, בדיקה זו אף קשה מבדיקה אם מחיר של מונופול היה מופרז.

כשם שבית המשפט ייעזר, מטבע הדברים, בעדים מומחים, בגילוי מסמכים ובמומחיותם של עורכי הדין של הצדדים, בתיקים מורכבים של ניצול לרעה או בתיקי הגבלים עסקיים שאינם קשורים למחיר מופרז, הם יכולים להיעזר בהם גם בתיקי מחיר מופרז. זאת ועוד, בחלק מן המקרים תביעה פרטית בגין מחיר מופרז תעקוב קביעה של הממונה על הגבלים עסקיים כי נגבה מחיר מופרז. זאת על פי סעיפים 43(א) ו-43(ה) לחוק ההגבלים העסקיים, הקובעים כי קביעה כזו מהווה ראיה לכאורה לנכונות תוכנה בכל הליך משפטי. בית המשפט יוכל להיעזר או בקביעת הממונה ובהנמקותיה המפורטות. לבסוף, את החשש מפני הניתוח המורכב שיבוצע על ידי בתי המשפט יש לאזן אל מול התועלת החברתית שבאפשרות תביעות פרטיות כנגד מחיר מופרז של מונופול. התביעה הפרטית בהקשר זה, כגון תובענה ייצוגית של ציבור הצרכנים שנפגע מהמחיר המופרז, מועילה ביותר הן בהרתעת המונופול מלכתחילה והן בהטבת נזקו של ציבור הצרכנים שנפגע. יש לזכור כי העיצומים שביכולתו של הממונה לקבוע אינם עולים על 24 מיליון ש"ח להפרה, העלול להיות סכום קטן מדי מכדי להרתיע את המונופול מתמחור מופרז. חשוב מאוד אפוא להשלים את מנגנון ההרתעה שבקביעת הממונה עם חשיפה לתביעות פרטיות בגין ההפרה.

יא. הערות לגבי גילוי הדעת

גל ונבו מעירות בדבר גילוי הדעת שפרסמה הרשות כי נמל המבטחים של 20% מעל לעלויות אמנם תורם לוודאות אך מדכא תמריצים להתייעלות. אולם, בהקשר זה יש להאיר מספר סוגיות. ראשית, כל השקעה שישקיע המונופול בייעול האספקה שלו תיחשב לטובתו במסגרת כלל עלויותיו כאשר בודקים אם גבה מחיר מופרז. עלויות אלה יוכרו לו כחלק מהעלויות הרלוונטיות לצורך הבדיקה אם אכן גבה מחיר מופרז.

שנית, במרבית המקרים המונופול אינו מוחלט, והוא יחשוש מחטיפת נתח שוק על ידי מתחרים שכן יתייעלו. אם המתחרים יעשו זאת, והמונופול יישאר יעיל פחות ממתחריו, הוא עלול לאבד נתח שוק משמעותי או אף להיעלם מהשוק. שלישית, התייעלות שאינה תורמת לצרכן אינה מקבלת משקל בדיני ההגבלים העסקיים. כך למשל, כפי שקובעות רשויות ההגבלים העסקיים האמריקאיות בהנחיות המיזוגים שלהן, התייעלות הגלומה במיזוג תילקח בחשבון לטובת אישור המיזוג רק אם היא מונעת פגיעה בצרכנים, כלומר רק אם היעילות מגולגלת לטובת הצרכן באופן המאיין את הפגיעה המסתברת בתחרות:⁸⁷

The Agencies will not challenge a merger if cognizable efficiencies are of a character and magnitude such that the merger is not likely to be anticompetitive in any relevant market. To make the requisite determination, the Agencies consider whether cognizable efficiencies likely would be sufficient to reverse the merger's potential to harm customers in the relevant market, e.g., by preventing price increases in that market. In conducting this analysis, the Agencies will not simply compare the magnitude of the cognizable efficiencies with the magnitude of the likely harm to competition absent the efficiencies. The greater the potential adverse competitive effect of a merger, the greater must be the cognizable efficiencies, and the more they must be passed through to customers, for the Agencies to conclude that the merger will not have an anticompetitive effect in the relevant market. [...] In adhering to this approach, the Agencies are mindful that the antitrust laws give competition, not internal operational efficiency, primacy in protecting customers.

דברים דומים נאמרו על ידי רשות ההגבלים העסקיים הישראלית בהנחיות המיזוגים שלה:⁸⁸

על כן, רק סוגי יעילות אשר משפרים את יכולתה ותמריציה של החברה המתמזגת להתחרות באופן שישרת את הציבור ויתבטא בסופו של דבר במחירים נמוכים יותר, איכות משופרת, מגוון או טכנולוגיה חדשה יילקחו בחשבון כמשקל נגד להשפעה אנטי-תחרותית. [...] וכן, על חלק ניכר ממנה [מההתייעלות] לעבור ללקוח הסופי, למשל על דרך של מחירים נמוכים יותר או מוצרים חדשים ומשופרים.

על כן, אם מונופול לא יעיל היה – אלמלא נמל המבטחים האמור – גובה את אותו המחיר המופרז ורק מוריד את עלויותיו, מבחינת דיני ההגבלים העסקיים לא הייתה בכך כל תועלת, משום שלא גלומה בכך תועלת לצרכנים.

87 Horizontal Merger Guidelines, לעיל ה"ש 51, ס' 10.

88 גילוי דעת מיזוגים אופקיים, לעיל ה"ש 19, בעמ' 22–23.

עוד יש להעיר כי גובהו של נמל המבטחים, קרי 20%, נקבע בהתאם למספר שיקולים. ראשית, כאמור לעיל, בישראל – על שווקיה הקטנים, על ריבוי המונופולים והשווקים הריכוזיים שבה והבעיה המיוחדת של יוקר המחיה – ראוי להחמיר בהחלת האיסור ביחס לאיחוד האירופי. דוק: ההפרש הנמוך ביותר בין המחיר שנגבה לבין העלות, אשר הספיק לקביעה כי מדובר במחיר מופרז היה בהחלטה בעניין *Deutsche Post AG*.⁸⁹ בפרשה זו קבעה הנציבות האירופית כי מונופול הדואר הגרמני (DPAG) גבה מחיר מופרז בגין העברה של דברי דואר מסוימים ממען בחר"ל למען גרמני. הנציבות הסתמכה, בקבעה כי המחיר היה מופרז, על אומדן עלויות שהמונופול עצמו מסר בהליך קודם לאישור הסדר כובל בינלאומי בין חברות דואר. על פי אומדן עלויות זה, העלות של מונופול הדואר הגרמני להעברת דבר דואר שמקורו מחוץ לגרמניה אל מען גרמני היא 80% מהתעריף שהמונופול גובה על העברת דבר דואר בתוך גרמניה. אלא שהמחיר שגבה המונופול בפועל על העברת דברי דואר מסוימים מחוץ לגרמניה אל מען גרמני היה גבוה ב-25% מעל לאומדן עלות זה. וכלשונה של הנציבות האירופית:⁹⁰

As one of the parties to the REIMS II agreement, DPAG argued that the average cost for delivering to the addressee an incoming cross-border letter-mail item in the corresponding category may be estimated at 80 % of the domestic tariff. Based on the current tariff and the cost estimation submitted by DPAG as one of the REIMS II parties, the average cost may be estimated at EUR 0,45. For incoming cross-border mail items which DPAG considers to be virtual A-B-A remail, DPAG charges the full domestic tariff (EUR 0,56) – a price which is 25 % above the estimated average cost. [...] For the purposes of the present Decision and in the absence of reliable cost accounting data, the Commission finds that the estimated average cost of delivery for incoming cross-border mail [...] may serve as a benchmark to estimate DPAG's costs in this respect. As mentioned above, DPAG charges the full domestic tariff [...], i.e. a price which is 25 % above the estimated average cost and the estimated economic value for that service.

הנציבות הייתה מוכנה להניח כי האומדן האמור מהווה את העלות הממוצעת של המונופול, למרות שחברות דואר של מדינות אחרות, בהסדרים כובלים בינלאומיים אחרים, דיווחו על עלויות ממוצעות נמוכות יותר.⁹¹ על כן, אמנם קביעת הנציבות הייתה שמרנית לטובת המונופול, אולם מה שחשוב לענייננו הוא שהנציבות הייתה מוכנה לפסוק שמחיר הגבוה ב-25% מעל לעלות הוא מופרז. אם נחבר תוצאה זו לצורך האמור להחמיר במיוחד בישראל ביחס לאיחוד האירופי ולעובדה כי מדובר בנמל מבטחים, שגם אי-עמידה בו מאפשרת

89 עניין *Deutsche Post AG*, לעיל ה"ש 40.

90 שם, פס' 156, 162.

91 שם, פס' 163–165.

בדיקה נוספת לפני הטלת אחריות, נראה כי סטנדרט של 20% מעל לעלויות הרלוונטיות, נמל מבטחים, הוא ראוי.

לא יהא זה למותר עוד להוסיף, כי גם בית המשפט לערעורים לענייני תחרות של דרום אפריקה בעניין *Sasol* השתמש באמת מידה דומה של 20%, בציינו כי כאשר המחיר שגבה בעל המונופולין נמוך משמעותית מ-20% מהעלות, המסקנה תהא כי המחיר שגבה אינו מופרז.⁹²

ניתן להזכיר בעניין זה גם את המשפט העברי, שגם הוא שם דגש על הגנה על הצרכן מפני תמחור מופרז. התלמוד במסכת בבא בתרא,⁹³ וכך גם הרמב"ם,⁹⁴ קובעים כי גביית מחיר שהוא ביותר משישית מעל לעלות, מהווה הונאה אסורה. שישית הם כ-16%, הווה אומר פחות מה-20% נשוא נמל המבטחים. על פי הרמב"ם, הלכה זו היא גורפת כשמדובר במוצרי יסוד. כאשר מדובר במוצרי מותרות, אם המוכר מיידע את הצרכן אודות העלות האמתית של המוצר, ולמרות זאת הצרכן מוכן לשלם את המחיר המופרז, יהא המוכר פטור מאחריות.⁹⁵ באופן מעט מפתיע, גם בית המשפט לערעורים בדרום אפריקה אזכר בעניין *Sasol* את התלמוד העברי ואת הרף הנ"ל של שישית הקבוע בו, לשם תמיכה באימוץ על ידו של הרף של 20% לצורך בדיקת מופרזותו של המחיר שגבה על ידי המונופול:⁹⁶

[הרף של 20% – ד"ג]. The Ancient support can be found for this finding. The TALMUD (Baba Bathra 90a) ruled that if the profit gained was more than 16.67% it was regarded as excessive.

בסופו של דבר, העלות הממוצעת של המוצר אינה אלא עוד אמת מידה המנסה להתחקות אחר המחיר התחרותי: בתחרות משוכללת בטווח הארוך, פירמות ימשיכו להיכנס אל השוק עד שהמחיר ישתווה לעלות הממוצעת. השאלה אם הפרש מסוים מעל למחיר התחרותי (שאמת מידה עברו היא העלות הממוצעת) הוא מופרז בנסיבות העניין היא שאלה של מדיניות: עד כמה קובע המדיניות סובלני לפגיעה בצרכן, וכיצד ראוי להכווין את התנהגותם של מונופולים.

חשוב גם לציין כי בעוד שהרשות נטלה על עצמה ליישם את נמל המבטחים ולהחיל אותו בהתאם לעלויות הרלוונטיות של המונופול, הוא איננו מחייב את בתי המשפט, למשל בתובענות פרטיות בגין מחיר מופרז. כך, למשל, בתי המשפט חופשיים לקבוע כי המחיר היה מופרז באמצעות השוואה לאמת מידה תחרותית שאינה העלות הממוצעת, כגון המחיר שהמונופול גובה בשווקים תחרותיים יותר או מלקוחות רגישים יותר למחיר (לקוחות

92 *Sasol Chemical Industries Ltd. v Competition Commission*, 2015 (5) SA 471 (CAC) at 86 para. 175 (S. Afr.). לגופו של עניין, לא נקבע כי *Sasol* גבתה מחיר מופרז מאחר שנמצא שהיא גבתה בפועל מחיר העולה בין 12% ל-14% מעל העלויות הרלוונטיות – מחיר הנמצא מתחת לרף של 20% שקבע בית המשפט כאמור.

93 בבלי, בבא בתרא ז, ע"א: "אמר שמואל אין מוסיפין על המדות יותר משתות [=שישית. ד"ג] ולא על המטבע יתר משתות והמשתכר אל ישתכר יותר משתות".

94 משנה תורה, מכירה, פרקים יב-יד.

95 שם, בפרק יד.

96 עניין *Sasol*, לעיל ה"ש 85, בעמ' 86, פס' 175.

מוסדיים או תעשייתיים וכדומה).⁹⁷ גם אז, מתבקשת הכרעת מדיניות לגבי מידת הסובלנות של בית המשפט לפגיעה בצרכן בהשוואה למחיר התחרותי, שאליו חותר חוק ההגבלים. בית המשפט יוכל, באופן דומה למשפט העברי, לראות בהפרש של יותר מ-20% בין המחיר התחרותי יותר לבין המחיר נשוא התביעה כאינדיקציה להפרת האיסור.

יב. סיכום

הניתוח הביקורתי לכל אורך המאמר הראה כי קיים בחוק ההגבלים העסקיים איסור על מונופול לגבות מחיר מופרז, וכי ראוי לאכוף איסור זה על מנת להגשים את תכלית החוק בהגנה על ציבור הצרכנים מפני ניצול לרעה על ידי מונופולים. זאת בניגוד למסקנתן של גל ונבו לפיה אין להכיר בעילה של ניצול לרעה בדרך של גביית מחיר מופרז במסגרת סעיף 29א לחוק ההגבלים. עוד הראינו שאכיפת האיסור על מחיר מופרז של מונופול אינה מורכבת יותר מאשר נורמות רבות אחרות של דיני ההגבלים העסקיים. יתרה מזו, גם המחיר של טעות בהחלת יתר של הנורמה הוא צנוע לעומת המחיר של טעות הפוכה: של היתר נטול רסן לכל מונופול לא מפוקח לגבות מהצרכן כל מחיר שהמונופול יחפוץ.

דווקא בישראל, מרובת המונופולים והשווקים הריכוזיים, שבה בעיה מתועדת היטב של יוקר מחיה, יישום האיסור על מחיר מופרז, הקיים כאמור בחוק, הוא חשוב שבעתיים. עוד הראינו כי פיקוח מחירים אינו יכול לפתור לבדו בעיה מתועדת זו של יוקר מחיה, בעיקר משום שהוא חל רק על אותם גופים מעטים שהם תחת פיקוח. רק איסור בדיעבד על מונופולים יגרום לריסון עצמי של כלל המונופולים בישראל ולהימנעותם מגביית מחיר מופרז מהצרכן הישראלי, מחשש לאחריות על פי החוק.

97 ראו פירוט על מבחן ההשוואה, לעיל בה"ש 74–76 והטקסט הסמוך להן.