

חילופי מידע בין מתחרים – סוגיה בדיני הגבלים עסקיים*

מאת

חן ליכטנשטיין**

בחיבור זה נדונה סוגיית חילופי מידע בין מתחרים, שהיא חלק מיוחד מתחום ההסדרים הכובלים האופקיים אשר בדיני ההגבלים העסקיים. מוצגת הבעייתיות האפשרית בקיום פעילות של חילופי מידע בין מתחרים בשווקים אשר תנאי תחרות מושלמת אינם שורים בהם – בעייתיות המחייבת את התערבות דיני ההגבלים העסקיים במקרים שונים. חילופי המידע נבחנים במסגרת ניתוח עיוני ומוכנה, המוצע כיסוד לשיקולי רשויות ההגבלים העסקיים בעת קביעת דרכן לגבי פעילויות אלה. הניתוח העיוני מבוסס בראשיתו על סיווג חילופי המידע לפני שני חתכים נפרדים: חתך סוג המידע המוחלף וחתך המנגנון המשמש לחילופיו. סיווג חילופי המידע במסגרת אותם חתכים מצביע על היתרונות מול החסרונות הכלכליים הספציפיים של חילופי המידע בכל מקרה נדון. כשלב הבא של הניתוח העיוני נבחנות תוצאות הסיווג של חילופי המידע במשולב עם בדיקת המבנה הכלכלי הכללי של השוק שמדובר בו, ומאפייני המתחרים המחליפים ביניהם מידע לאור אותו מבנה. לפי הניתוח העיוני המוצע, על שלושת נדבכיו, נבחנות הלכות מנחות בשיטות משפטיות שונות ועולה צורך בהתאמתן של אותן הלכות למקרים המורכבים יותר של חילופי המידע, המתרחבים והולכים. לבסוף מוצעים כמה שינויים כלליים בגישת דיני ההגבלים העסקיים, היכולים להביא לתמרוץ מתחרים לחשוף בעצמם הסדרים כובלים סמויים שהם שותפים להם, המבוססים על פעילות של חילופי מידע.

מבוא. א. סוגי מידע מוחלף. ב. מנגנונים ודרכים לחילופי מידע. ג. חילופי מידע לפי מבנה השוק. ד. בחינת הלכות מרכזיות לפי הניתוח השיטתי. ה. קווים מנחים למדיניות חקיקתית. ו. סיכום.

- * החיבור נכתב בהיות המחבר תלמיד השנה הרביעית, במסגרת הסמינריון "פיקוח על תחרות עסקית", בהנחיית ד"ר זוהר גושן. תודתי נתונה לחברי מערכת משפטים על הערותיהם המועילות. תודה מיוחדת שמורה לזוהר גושן, כמורה וכאדם, על שעזר בי את העניין בנושא ועל התמיכה והעידוד הרבים אשר העניק לי.
- ** בוגר הפקולטה למשפטים ובוגר הפקולטה למתימטיקה ולמדעי-הטבע, במסגרת תוכנית "אמירים" לתלמידים מצטיינים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

מבוא

חיבור זה מטרתו בחינת אחד מן הסוגים המעודנים יותר שבין תופעות ההגבלים העסקיים האופקיים¹ – חילופי מידע בין מתחרים.

עם התקדמות תהליכי הליברליזציה וההפרטה במשק הישראלי אנו עדים להפיכת מגזרים אשר נשלטו בעבר בידי גוף מרכזי יחיד למגזרים שבהם מתחרים כמה גופים מסחריים. זאת, לצד הסרת הפיקוח הממשלתי ממגזרים עסקיים נוספים. מאחר שגודלו של המשק איננו רב, מוגבל למדי מספר החברות המסוגלות להתחרות זו בזו ביעילות מבחינה כלכלית ולאורך זמן במסגרת כל מגזר עסקי. תופעה זו של מספר מתחרים קטן בכל מגזר מקלה מאוד על יצירת תיאום בין המתחרים – תיאום העשוי להביא לפעולה משותפת שלהם לצורך צמצום התחרות ביניהם, על חשבונם של הבאים במגע עסקי עמם כלקוחותיהם וכספקיהם, וגם במחיר של פגיעה ברווחה החברתית המצרפית שהמשק יוצר. ואמנם, לפי תוצאות כלכליות בלתי-רצויות אלה² אין זה מפתיע לחזות בהתעוררות של תחום הטיפול בהסכמים ובהסדרים כובלים, שהוא חלק מדיני ההגבלים העסקיים, לצד הפיקוח על מונופולים³ ועל מיוזגים

1 הדיון בחילופי מידע בין מתחרים יוגבל לשאלות אופקיות (horizontal) בלבד. כלומר: למצבים שבהם שני מתחרים או יותר באותו מישור בשרשרת העיבוד או השיווק של מוצר משתפים פעולה ומחליפים מידע ביניהם. מצבים בעלי הקשרים אנכיים (vertical), שבהם קיימים חילופי מידע בין מישורים שונים באותה שרשרת ייצור או שיווק, או בין מישורים שונים בשרשראות עיבוד/שיווק שונות, חורגים ממסגרת זו. במהלך הדיון יצוינו לעתים קוניס, מוכרים, יצרנים, מוצר, תפוקה וכיו"ב – כולם מונחים שעניינם טובין. הכוונה במינוחים אלה היא להתייחסות רחבה יותר, הכוללת "מוצרים" שהם שירותים, זכויות וכל נכס סחיר אחר.

2 דיונו יוצא מן ההנחה, כי לאחר בחינת השיקולים השונים לחיוב מדיניות משפטית כללית נגד הגבלים עסקיים ולשילתה נקבע עיקרון המחייב מדיניות כזו; לסקירת שיקולים אלה ראה, למשל, P. Areeda & L. Kaplow *Antitrust Analysis* (U.S., 4th ed., 1988) 7-45. לא יידונו במסגרת זו היבטים של התמודדות בלתי-אחידה בהגבלים עסקיים בין מדינות שונות המקיימות סחר הדדי, היבטים הנוגעים לתמריצי יצוא, הגבלת יבוא וכיו"ב; לתחום זה ראה, למשל, *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.* 475 U.S. 574, 584 (1986); וכן J.L. Cooper "Balancing Competitor Cooperation and Competition Against Consumer Welfare and Viable International Competition" 61 *Antitrust L.J.* (1993) 621.

3 לצורך דיונו נוכל להסתפק בהגדרות כלליות של שלוש התארגנויות אופקיות מגבילות תחרות: המונופול, שהוא חברה (או אשכול-חברות), המחזיקה בשליטה אפקטיבית בשוק מבחינת היקף הספקת מוצר מסוים או רכישתו; האוליגופול, שהוא קבוצה שיש בה מספר קטן של חברות, שאינן בבעלות משותפת, המחזיקות יחד, מתוך הסכם או הבנה, באותה שליטה אפקטיבית (שלעיל) בשוק; והקרטרל, שהוא קבוצה שבה מספר רב (יחסית) של חברות, שאינן בבעלות משותפת, המחזיקות יחד, מכוח הסכם או הבנה, בשליטה האפקטיבית בשוק, שתוארה

מפורשים⁴.

כאמור, מטרת החיבור היא בחינת אחד מן הסוגים של תופעות ההסדרים האופקיים הכובלים – חילופי מידע בין מתחרים. לכאורה ניתן לתהות, כיצד בכלל מיוחסת נימה של אזהרה הנשענת על נימוקים של תועלת כלכלית לתופעה של חילופי מידע, שהרי התורה הכלכלית של השוק המשוכלל רואה בקיום מידע בעלות זניחה ברשות כל הפעילים בשוק את אחת מהנחות היסוד שלה. ראשית ההסבר לתהייה זו נעוצה בבחינת צורת ההעברה של המידע בין הפעילים בשוק. אכן, תורת השוק המשוכלל מניחה כי הפעילים מבינים כיצד פועל מנגנון השוק ואת הנתונים הכלליים שלו, אולם התורה איננה מניחה קיום קשר ישיר כלשהו בין המתחרים במגזר מסוים של השוק לבין עצמם. על-פי תורת השוק המשוכלל, המתחרים אמורים להתעלם למעשה באופן ישיר מקיום מתחיהם וליצור קשר עם לקוחותיהם או ספקיהם בלבד. כך, למשל, אמור מתחרה ללמוד על הצורך בהפחתת מחיר מוצריו או בהעלאתו מתוך שינוי בעלויות הייצור הפנימיות שלו, מתוך שינוי במחיר חומרי-הגלם שהוא רוכש מספקיו או מתוך שינוי בביקוש למוצריו מצד לקוחותיו; אולם המתחרה אינו אמור ללמוד על צורך בשינוי מחיר מוצריו מתוך שיחת-טלפון או מפגש עם שאר מתחריו⁵. נראה, כי תורת השוק המשוכלל תוכל להתיישב אף עם העברות מידע מפורשות יותר, המתבצעות באמצעות לקוחות או ספקים של המתחרים – העברות אשר עדיין אינן ישירות בין המתחרים לבין עצמם. לדוגמא: נבחן מצב שבו לקוח של מוצר מסוים אשר קיבל הצעת-מחיר מאחד המתחרים בענף מציג הצעה זו לפני מתחרה אחר כדי להשפיע עליו להוזיל את המחיר שהמתחרה האחר דורש. הגם שיש בדוגמא זו העברת מידע העולה על הצגת ביקוש בלבד (הצגת ביקוש בלבד היתה מאפשרת ללקוח להתמקח כרצונו עם כל מתחרה ללא אזכור ההצעות החלופיות שקיבל ובחירה במתחרה העדיף מבחינת המחיר או שאר תנאי העסקה אשר הוצעו לו), עדיין דומה כי העברת

לעיל. במכוון אין אנו נכנסים כאן להגדרת השליטה האפקטיבית, נושא מורכב בפני עצמו, הן כלכלית הן משפטית.

4 בחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, עוסק פרק ב בהסדרים כובלים, פרק ג במיוזגי חברות ופרק ד במונופולים. ראה: ד' גלמור "גישתו של הממונה לפיקוח על הגבלים עסקיים – סוגיות נבחרות" עיוני משפט טו (תש"ן) 589; לעניין הדגשים החדשים ביישום החוק ראה גם בהקדמת הממונה על ההגבלים העסקיים, ד"ר י' טורבוביץ, לקובץ ההגבלים העסקיים (הוצאת ועד מחוז תל-אביב-יפו של לשכת עורכי הדין בישראל, תשנ"ה-1994) 4-5.

5 וראה אמרתו הידועה של אדם סמית: "People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices" (A. Smith *The Wealth of Nations* [U.K., Vol. 1, 1910] 117).

המידע המפורש בנוגע למתחרה, הנעשית לפי רצונם ושיקול-דעתם הבלעדיים של לקוחותיו או ספקיו, יכולה אך להגביר את התחרות ולא להגבילה, כיוון שהעברות מידע אשר יגבילו את התחרות לא יהיו רצויות ללקוחות או לספקים ואלה לא יבצעו אותן.

אם כן, העברות המידע העקיפות – בין על-ידי הצגת הביקוש ה"אילמת" בלבד, בין באמצעות העברה מפורשת של נתונים עסקיים לגבי מתחרים, המבוצעת באופן בלעדי על-ידי לקוחות או ספקים של אותם מתחרים – אינן, ככלל, בעיה מבחינת תפקוד השוק המשוכלל ולפיכך אף אין הן אמורות להעסיק את דיני ההגבלים העסקיים המנסים להתמודד עם התופעות הפוגעות בקיומו של שוק כזה במציאות. העברות המידע הטומנות בחובן סכנה לקיום השוק המשוכלל והתחרות החופשית, אם כי עשויות להיות להן גם השלכות חיוביות שונות כפי שנראה בהמשך, הן כאלה המתבצעות במסגרות הדדיות של חילופי מידע ישירים בין המתחרים בענף-מסחר מסוים לבין עצמם⁶. כך, למשל, חילופי מידע ישירים בנוגע למחיר מוצר הנמכר על-ידי כמה מתחרים, בין המתחרים לבין עצמם, טומנים בחובם סכנה כי המתחרים יוכלו לנצל את המידע המוחלף כדי לקבע מחיר אחד בלתי-תחרותי בענף הנדון, תוך צמצום הרווחה המצרפית ושינוי אופן חלוקתה. על דיני ההגבלים העסקיים למנוע תופעות אלה ואת חילופי המידע המאפשרים את היווצרותן, תוך שעליהם להבחין בין מצבים שבהם משמשים חילופי המידע בסיס להגבלת תחרות ובין מצבים שבהם חילופי המידע מאפשרים דווקא הגברת תחרות ועילות, כגון פיתוח טכנולוגיות מתקדמות על בסיס חילופי מידע, תוך קביעת סטנדרטים משותפים ועוד.

חיבורנו עוסק בחילופי מידע שבין המתחרים לבין עצמם, העשויים לשמש יסוד לפגיעה בתחרות. חילופי מידע אלה הם אחד מן הסוגים המעודנים והמזוקקים ביותר של הפעילויות העלולות לאפשר, לקדם ואף להיות למעשה הסדר אופקי כובל. עידונו המיוחד של סוג הסדרים כובלים זה איננו מתבטא בתוצאותיו הכלכליות, הדומות לתוצאות שאר סוגי ההסדרים הכובלים האופקיים, אלא במידת הנוכחות הניתנת לזיהוי ממשי שלו: בעוד שהסדר כובל רגיל זוכה לביטוי מוחשי במציאות – כגון חוזה או הסכם בין מתחרים, אשר ניתן לאתר ולהוכיח את קיומו המשפטי או הפיסי – מתאפיינים חילופי המידע בין המתחרים בכך שאין הם מתגבשים בהכרח לכדי הסדר מפורש כלשהו, אך בנסיבות מתאימות די בהם כדי ליצור הגבלה אפקטיבית של תחרות.

מכאן, כי תופעת חילופי המידע בין מתחרים כדרך של הגבלת תחרות קוראת תיגר

6 לעתים מלווים חילופי מידע אלה שבין המתחרים גם בהעברות מידע ללקוחות או לספקים, אולם תמיד נשמר במסגרתם הרכיב הישיר שבין המתחרים לבין עצמם.

על יכולתה של מערכת דיני ההגבלים העסקיים לזהותה ולטפל בה ביעילות⁷. זאת, כל עוד נצמדת המערכת לדרישה כי יוכח קיום מוחשי ושלם של הסכם או הסדר להגבלת תחרות ואיננה מסגלת את עצמה לבחינת התוצאה הכלכלית הבלתי־רצויה של פעילות המתחרים כבסיס המרכזי להתערבותה בשוק. כדי להתמודד עם התופעה, יהיה על דיני ההגבלים העסקיים במדינות המפותחות להתאים את עצמם לטיפול בסוגיה ייחודית זו שבתחום ההסדרים הכובלים האופקיים. התאמה זו תחייב מתן משקל־יתר להיבטים הכלכליים התוצאתיים של הפעילות מגבילת התחרות, תוך צמצום המשקל הניתן לדרישה ההוכחתית הקונבנציונלית, המחייבת זיהוי התקשרות מוחשית ישירה (לפחות) בין המתחרים. בישראל ניתן לצפות, כי עקב גודל השוק הקטן ורמת התקשורת הטובה, יתרבו תופעות חילופי המידע שבין מתחרים כדרך להגבלת תחרות. כדאי אפוא, כי גם שיטתנו המשפטית תחקין את עצמה מבעוד מועד לטיפול בתופעות אלה⁸.

בשלושת הפרקים הראשונים של החיבור שלהלן מוצגת דרך שיטתית לבחינת התופעה של חילופי מידע בין מתחרים כדרך להגבלת תחרות. התופעה נבחנת תחילה בשני חתכים נפרדים: האחד מבוסס על סיווגו של המידע המוחלף עצמו, והשני – על סוג המנגנון שבו משתמשים המתחרים לקיום חילופי המידע. בשני החתכים מועלים השיקולים הכלכליים הרלבנטיים הממחישים את הסיכון מול התועלת בקיומם של חילופי המידע לגבי כל סוג מידע מוחלף או מנגנון חילופי מידע⁹. לאחר הצגת ההשלכות הכלכליות הספציפיות של כל סוג מידע

7 ניתן להבחין בדרך ההתפתחות הדילקטית של תופעת חילופי המידע בין מתחרים כשיטה להגבלת תחרות, כמעין תגובה־נגד להתמודדות השיטות המשפטיות עם ההסדרים הכובלים הכבדים יותר. בטרם החלו שיטות־המשפט במדינות התעשייתיות להתייחס לתופעות ההגבלים העסקיים, נוסדו קבוצות־מתחרים מאורגנות אשר במסגרתן נכרתו הסכמים מפורשים להגבלת תחרות, תוך קביעת סנקציות למפר ואף תוך שימוש במערכת המשפטית הרגילה לאכיפת ההסכמים. ראה D.P. O'Brien & D. Swann *Information Agreements, Competition and Efficiency* (G.B., 1968) 15–19. ההתמודדות המשפטית עם התוצאה הכלכלית של הסכמי הגבלת התחרות החלה בארה"ב, תוך פיתוח מדיניות נגד הגבלים עסקיים, אשר היתה אפקטיבית ביותר כלפי ההסכמים הגלויים. ראה: A.D. Neale & D.G. Goyder *The Antitrust Laws of the U.S.A.* (U.S., 3rd ed., 1980) 46. באותה תקופה נקבע, למשל, כי הסכמים לקשירת מחיר אסורים כשלעצמם (*per se*) ללא צורך בכל בדיקה נוספת. לפיכך ניכרה מגמה של שכלול דרכי הפעולה הנקוטות בידי המתחרים, כדי להגיע לתיאום פעילות אופקי ללא החשפות לשיטה המשפטית המתערבת. חילופי מידע בין מתחרים כדרך להגבלת תחרות הם חלק ממגמה זו.

8 וראה, למשל, הערות שונות של הממונה על ההגבלים העסקיים בקביעתו מיום 6.4.94, בעניין הסדר כובל בין המתחרים במכרו בזק מס' 89/93/700, בקובץ ההגבלים העסקיים, לעיל הערה 4, בעמ' 71, 85; ובקביעתו מיום 24.5.94, בעניין הסדר כובל בפעילותו של איגוד סוכנות השחקנים, שם, בעמ' 86, 96.

9 לצתים אין המנגנון לחילופי המידע עומד כשלעצמו, כדרך להגבלת תחרות, אלא הוא מלווה

או מנגנון בשני הפרקים הראשונים, מובאים בפרק השלישי חלק מן השיקולים הכלכליים המבניים המאפיינים את הענף או המגזר העסקי הרלבנטי, שבמסגרתו נבחנת תופעת חילופי המידע. כפי שנראה, השיקולים הספציפיים בדבר סוג המידע המוחלף ומנגנון חילופיו קשורים קשר הדוק לשיקולים הרחבים יותר של מבנה הענף הרלבנטי. נראה, כי לא בכל משק ולא בכל מגזר עסקי רצוי ליישם באותו אופן את המסקנות הספציפיות שבחינת סוג המידע המוחלף ומנגנון חילופיו מוליכה אליהן; שכן ישנה תלות הדדית בין הרמה הרצויה של חילופי מידע בין מתחרים בכל מגזר רלבנטי ובין שאר המאפיינים הכלכליים המבניים של אותו מגזר. ככל שהמגזר הרלבנטי קרוב יותר מבחינת שאר מאפייניו המבניים לאלה של שוק משוכלל, כך יש סכנה קטנה יותר הנובעת מחילופי מידע בין מתחרים באותו מגזר, ולהיפך.

בפרק הרביעי נבחנים פסקי-דין מרכזיים בסוגיות של חילופי מידע בין מתחרים בשיטות-משפט שונות, לפי הניתוח השיטתי המוצג בפרקים הקודמים. בפרק החמישי מוצעות דוגמאות לשינויים במנגנוני-האכיפה של דיני ההגבלים העסקיים המקובלים כיום בעולם ובישראל, כדי להתאימם לטיפול אפקטיבי יותר בתופעות חילופי מידע בין מתחרים כדרך של הגבלת תחרות.

א. סוגי מידע מוחלף

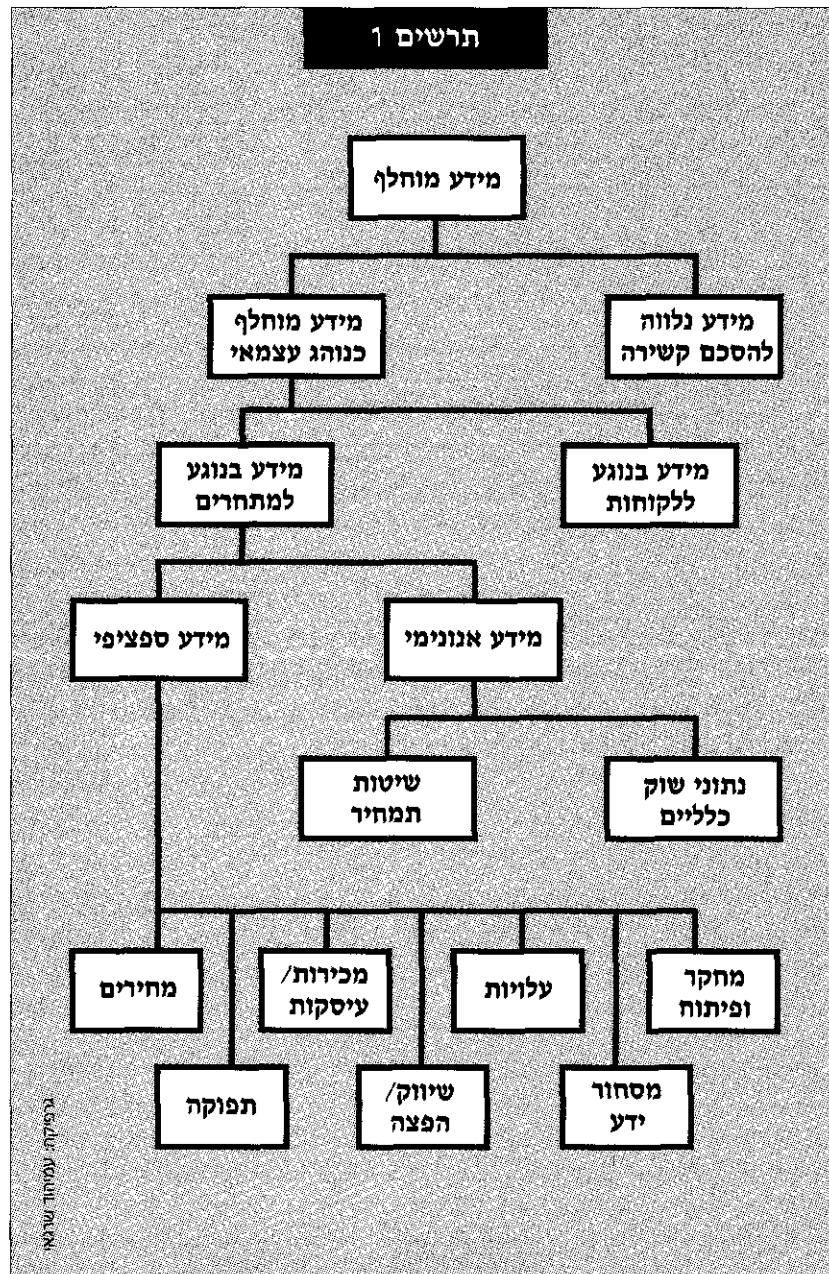
את המידע העשוי להיות מוחלף בין מתחרים ניתן למיין לפי סוגים בצורות שונות. החתך המובא כאן נועד להדגיש את ההבדל שבין סוגי המידע המועבר לעניין הסיכון הטמון בכל סוג כמגביל תחרות. לחילופיהם של סוגי מידע שונים עשוי להיות תפקיד חיובי, המגדיל את הרווחה החברתית המצרפית, לצד תפקיד שלילי, המצמצם את הרווחה או המתערב באופן בלתי-רצוי בחלוקתה. לפיכך, כדי לקבוע אם לאסור העברת מידע מסוג מסוים או לצמצמה, יש לשקול תפקידים מנוגדים אלה ולהתערב רק אם רבה השלילה על החיוב¹⁰.

סיווג המידע המוחלף בין מתחרים בקבוצות-מסחר שונות, אשר לעתים נדון

מנגנוני קשירה מגבים נוספים. מכאן, כי בעולם המציאות לא תמיד ניתן לאתר ולבודד את מנגנון חילופי המידע ואת השפעתו הכלכלית הנקייה.

10 ההחלטה בנוגע לצורך בהתערבות השיטה המשפטית כדי למנוע העברת סוג מידע מסוים אינה נשענת על בדיקת תרומתו הישירה לרווחה הכלכלית ולחלוקתה בלבד. יש להתייחס גם למנגנון המשמש להעברת המידע ולקריטריונים מבניים של השוק, כפי שיידונו להלן; אולם בפרק זה נתון הדגש לבחינת סוג המידע המועבר והשפעותיו הישירות.

בפסיקה ובמחקרים אמפיריים¹¹, יכול להיעשות כבתרשים שלהלן:



התחום הבולט ביותר לזיהוי, אשר לרוב מיוחסת לו השפעה מגבילת-תחרות, הגדולה מן התועלת שבו, כולל בתוכו את סוגי חילופי המידע הנלווים להסכם קשירת מחיר/תפוקה מפורש (לעניין מגננוני חילופי מידע דוגמת הסכמים כאלה נרחיב בפרק הבא). כך, למשל, ניתן להבחין בחילופי מידע כללי לגבי ייצור, מכירות וכיו"ב, באמצעות צינורות שונים, כצעד ראשון לקראת תחשיב "מחיר-מינימום" או "מחיר מוצע" לכלל הענף¹². כיוון אחר במסגרת זו הוא בהחלפת מידע פרטני יותר בנוגע לעלויות¹³, כרקע להסכם קיבוע מחיר או תפוקה. אפשרות דומה נוספת היא החלפת מידע טכני בנוגע לתהליכי הייצור¹⁴, כדי לזהות את התחומים הפחות יעילים במערכת, לצורך שיפור, מחד גיסא, ולשם קביעת "מחיר מינימום", מאידך גיסא.

להחלפת המידע ייתכנו אפוא השפעות חיוביות שונות כמו לימוד דרכי-ייצור מתקדמות, הכרה במגזרי פעילות בלתי-יעילים והגברת היציבות, תוך צמצום אי-הוודאות לגבי המתחלה היחיד. אולם מאחר שבענף התרשים הגדון כעת חילופי המידע נלווים להסכם קשירת מחיר או תפוקה ומגבים אותו, יש להסדר הכולל השפעות שליליות אפשריות ברורות כקיבוע חלוקת השוק בענף ועוד. מבלי לדון בשלב זה בניסיון להעריך את הנזק מול התועלת העשויים לצמוח מהחלפת מידע במצבים מסוג זה – הערכה התלויה בקריטריונים נוספים – ניתן להצביע על מגמה בהתפתחות דיני ההגבלים העסקיים; לדחות על הסף כל הסכם לקשירת מחיר או תפוקה כשלעצמו *per se*¹⁵.

התוצאה המעשית של גישה זו שנקטו ראשוני המשפטנים אשר התמודדו עם ההגבלים העסקיים, היתה שכלול דרכי הפעולה שהמתחרים השתמשו בהן ומעבר להסכמי חילופי מידע, אשר קשירת מחיר או תפוקה שוב לא היתה חלק מפורש בהם. בבחינת הסכמים אלה קשה יותר להוכיח קנוניה להגבלת תחרות. כמובן, השוואת התועלת הנובעת מן ההסכם לנזק הנובע ממנו הופכת מורכבת יותר. בענף השמאלי שכתרישים 1 כלולות העברות המידע במקרים שבהם הן משמשות עיקר המגע שבין המתחרים, ללא קיום מפורש של הסכם קשירת מחיר/תפוקה. העברות מידע אלה הן עיקר ענייננו בחיבור זה. בתוך סוגי מידע אלה ניתן לאפיין בנפרד את המידע בנוגע ללקוחות. יתכנו העברות מידע מסוג זה, אשר התועלת בהן

12 כדוגמא לקביעת מחיר מינימום כזה ראה, למשל, *Re Black Bolt and Nut Association's Agreement* [1960] 1 W.L.R. 884.

13 *Metal Windows case*, L.R.3 R.P. 198 (1962), in O'Brien, *supra* note 7, at p. 145.

14 *Re Permanent Magnet Association's Agreement* [1962] 1 W.L.R. 781.

15 ראה: *U.S. v. Socony*, *supra* note 2, at p. 623; *Cooper*, *supra* note 2, at p. 188; *Areeda*, *supra* note 2, at p. 188; *Arizona v. Maricopa County Medical Society* 457 U.S. 332, 943 (1982); O'Brien, *supra* note 7, at p. 40.

רבה¹⁶. למשל: החלפת דו"חות בנוגע למעורבותו של לקוח כגורם לתאונות-דרכים, בין חברות-ביטוח מתחרות לבין עצמן, באופן ישיר. דוגמא אחרת – החלפת דו"חות דומים לגבי עברו של לקוח בעמידה בפירעון חובות, בפדיון המחאות וכיו"ב, בין בנקים מתחרים. החלפת מידע מסוג זה יכולה לזהות באופן אמין למדי את הסיכון בעברו של הלקוח ולאפשר הקצאת משאבים יעילה יותר, לפי אותו סיכון¹⁷. ללא גישה ישירה למידע שבידי מתחריו לא יוכל מתחרה המקבל לקוח חדש להסתמך באותה דרגת אמון על המידע הנמסר לו מאת הלקוח (שכן לזה יש עניין ליצור מצג של סיכון נלווה קטן ככל האפשר) והתוצאה תהיה בהקצאת משאבים לא יעילה (כל הלקוחות יזכו באותה הקצאה, לפי "הלקוח הממוצע" בשוק כולו). למרות ההשפעות החיוביות הללו, אשר נובעות מחילופי מידע בין מתחרים בנוגע ללקוחות, יש לבחון בכל מקרה ספציפי האם אין המתחרים מצליחים לנצל את אותו מידע גם למטרות נוספות, פחות חיוביות, כגון שמירה על חלוקת השליטה הקיימת בשוק, קביעת מכסות וכיו"ב¹⁸.

בתת-הענף השני שבסיווג המידע המוחלף כנוהג עצמאי בין מתחרים מצוי מידע לגבי המתחרים עצמם. ההצדקות לחילופי מידע כזה חלשות, ככלל, מאלה הניתנות לחילופי מידע בנוגע ללקוחות. מידע בנוגע למתחרים יכול להתחלק לשני סוגים, כבתרשים שלעיל: מידע כללי ומידע ספציפי לגבי כל מתחרה. בתחום המידע הכללי מדובר בהעברת נתונים כלליים באשר לשוק הרלבנטי, שהם אנונימיים מבחינת תורמיהם. כלומר: אין ביכולתו של מתחרה, המקבל מידע כללי כזה, להפיק מתוכו סימן כלשהו בנוגע לנתוניו של מתחרה ספציפי אחר בענף אשר מסר אותו מידע¹⁹. מידע כזה נאסף לרוב על-ידי גורמים ממלכתיים, ארגונים מקצועיים או חברות-מחקר פרטיות. למידע עשויה להיות חשיבות ברמת המתחרה היחיד

16 השימוש במונח "תועלת" נעשה כאן, ובהמשך הדברים, לגבי רווחה חברתית מצרפית המושגת מחילופי המידע הנדונים. תועלת כזו יכולה להיווצר עקב הקטנת עלויות עסקה והקצאת משאבים נכונה יותר באשר לסיכונים, כפי שמודגם בהמשך הטקסט שלעיל.

17 ראה החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים מיום 30.5.93, בעניין פטור מהסדר כובל לאיגוד הישראלי לפרסום, בקובץ ההגבלים העסקיים, לעיל הערה 4, בעמ' 100, 102-106.

18 לדוגמא: מתוך חילופי מידע בנוגע ללקוחות יכול מתחרה לזהות לעתים את התנאים שהציעו מתחריו לאותו לקוח, מפורשות או במשתמע. אם המתחרים בענף הרלבנטי מנסים לשמור על חלוקת השליטה הקיימת בשוק, המתחרה שהלקוח מצויין לעבור אליו יציע תנאים שיהיו פחות נוחים ללקוח מאלה שהיו לו אצל המתחרה שהוא רוצה לעזוב. בדרך זו לא יהיה כדאי ללקוח לעבור ממתחרה למתחרה, וחלוקת השוק הקיימת תקובע.

19 כדוגמא למידע אנונימי ניתן להביא חילופי מידע בנוגע למכירות, למשל, כאשר כל מתחרה מקבל לידיו נתון ממוצע לכלל הענף, ללא פירוט לגבי מכירות של כל מתחרה ספציפי. דוגמא אחרת באשר להתייקרות תשומות ממוצעות לכלל הענף נבחנה בערר 2/89 בבית הדין להגבלים עסקיים: מועצת המובילים בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (תשנ"א).

באשר לשיפור הכלים שבידו לשם הערכת התפתחויות עתידיות. ייתכנו חברות, אשר מפאת מגבלת משאבים לא יוכלו להשיג בעצמן מידה מספיקה של מידע כללי. למידע הנאסף והמסופק באופן מרכזי ישנה לגביהן חשיבות רבה במיוחד, לשם עדכון בהבנת מצב השוק ולהתמקדות בתחומים שבהם משתנה הביקוש²⁰. כל עוד מדובר במידע אנונימי כזה, יש בו לכאורה השפעה חיובית על התחרות, ללא שיאפשר הפעלת לחץ על מתחרה ספציפי או התייחסות כלשהי אליו; אולם ככל שהמידע מועבר בכלים פחות ציבוריים, אשר דרך מימונם מאפשרת הטיית האינטרסים שלהם לעבר אלה של המתחרים שבענף, כך גובר הסיכון כי המידע המוחלף ייחלף גם חלקים פחות אנונימיים²¹. סיכון קיים גם כאשר המידע המפוזר בחזרה למתחרים הוא אכן אנונימי, אך המידע מגיע למנגנון המשמש לאיסוף המידע כשהוא נושא סממני זיהוי של החברות המתחרות שסיפקו אותו. במצב כזה יכול מנגנון-האיסוף עצמו לשמש גורם מגביל-תחרות²².

מאפיין נוסף של המידע האנונימי, המדגיש את היותו פחות מסוכן ככלי להגבלת תחרות הוא העובדה כי זהו מידע המתייחס לרוב לנתוני המסחר בעבר, ולא לנתוני ההווה או העתיד. אם המתחרים מנסים להשתית פעילות מגבילת-תחרות בהסתמך על חילופי מידע, הרי ברור כי כדי להפוך פעילות כזאת לאפקטיבית, עליהם לשתף זה את זה במידע עדכני ורלבנטי, ואף במידע לגבי תוכניותיהם העתידיות. חילופי מידע בנוגע לעבר בלבד לא יאפשרו בדרך-כלל למתחרים לבטוח זה בזה בעת נקיטת מדיניות עסקית הדדית בהווה.

סוג מידע כללי אחר העשוי להיות מוחלף בין מתחרים מכיל את שיטות-התמחיר. גם כאן אין מדובר בהחלפת מידע ספציפי, אלא בהחלפת שיטות עקרוניות לחישוב עלויות ומחירים. אם מדובר במוצר או בשירות הקשים לתמחור, יש תועלת בהפצת שיטות-תמחיר לענף כולו, כדי לסייע למתחרים קטנים, אשר אין ביכולתם לפתח לבדם שיטות מעין אלה. מנגד, אם מדובר במוצר הומוגני שקל לקבוע את מחירו, פוחתת התועלת הזו ונותר רק הסיכון שבהגבלת התחרות: תמחור בשיטות אחידות עלול להביא להשריית מחירים אחידים בקרב המתחרים ולפגיעה בתחרות²³.

תת-ענף המידע הספציפי, אשר בענף המידע באשר למתחרים בתרשים 1, צופן בחובו סכנה ישירה יותר להגבלת תחרות לגבי תת-ענף המידע הכללי. ההבדל בין סוגי המידע המוחלפים בתת-ענף המידע הספציפי למתחרים ובין סוגי המידע

20 Lord Wilberforce, N. Elles & A. Campbell *The Law of Restrictive Trade Practices and Monopolies* (U.K., 2nd ed., 1966) 244.

21 ראה הדיון במנגנונים להעברת המידע שבין מתחרים בפרק ב, להלן.

22 *American Column and Lumber Co. v. U.S.* 257 U.S. 377, 399, 411 (1921).

23 ראה תיק הע/372 החלטת המועצה להגבלים עסקיים בעניין איגוד שמאי הביטוח בישראל (תשמ"ב); וכן Lord Wilberforce, *supra* note 20, at p. 248.

המוחלפים בענף המידע הנלווה להסכם קשירת מחיר או תפוקה אשר נדון בתחילת פרק זה איננו הבדל של ממש. המדובר באותם סוגי מידע, אלא שבמקרה הנדון כעת לא קיים לצד חילופי המידע הסכם קשירה מפורש למחיר או לתפוקה. את המידע המוחלף הספציפי למתחרים ניתן למיין למידע הנוגע ישירות למחירים²⁴ – אשר בינו לבין הסדר קשירה מוחשי יש לזהות רק מנגנון-כפייה או פרקטיקה של הטלת סנקציות על חברות "סוררות" – ולמידע עקיף יותר לגבי תפוקה²⁵, מכירות²⁶, עסקות²⁷ ועוד, כמפורט בתרשים. גם מן המידע העקיף יכולים המתחרים להגיע לקשירה אפקטיבית בדרך של היקש ממנו לגבי המחירים או אף ישירות. למשל: מתוך נתוני התפוקה ניתן להגיע להסדרים בנוגע למכסות. ככל שהמידע מועבר למתחרים מוקדם יותר, או אף בטרם בוצעו שינויים עסקיים-מסחריים בפועל, כך רב יותר הסיכון הטמון במידע כמכשיר לתיאום בין המתחרים ולהגבלת תחרות. לפי הדיון שלעיל, מובן, כי גם למידע המוחלף בענף זה של הסיווג עשויות להיות השפעות חיוביות, כהפחתת הסיכון הייחודי שהמתחרה היחיד נושא בו והגעה שלו אל הסיכון הענפי²⁸, שיתוף-פעולה בתחומים המחייבים צירוף משאבים ועוד.

מתח זה שבין התועלת לבין הנזק העשויים לנבוע מחילופי מידע ספציפי בין מתחרים מומחש היטב בתחום העברות מידע המצאתי בנוגע למחקר, לפיתוח ולמסחור טכנולוגיות חדשות. ההכרעות העסקיות בתחום זה מתאפיינות בהיותן ארוכות-טווח ובהסתמך על הערכות עתידיות לגבי השוק, יכולת הפיתוח, העדפות צרכנים וכו'. המדובר בדרך-כלל בהשקעות שמטרתן יצירת רווחה חברתית נוספת, בהשקעות בסדר-גודל העולים עם התקדמות הטכנולוגיה – תוך גידול בסיכון²⁹. מבחינה משפטית מדובר בעיסוק במוצרים שהם בעיקרם מחשבתיים-המצאתיים,

24 *U.S. v. Container Corp.* 393 U.S. 333 (1969); *Sugar Institute v. U.S.* 297 U.S. 553 (1936).

25 *American Column and Lumber case*, *supra* note 22, at p. 377.

26 שם.

27 *U.S. v. U.S. Gypsum Co.* 438 U.S. 422 (1978).

28 באופן כללי בכל מגזר של השוק ניתן לזהות סיכון פנימי מסוים, הייחודי לעוסקים באותו ענף בשל מאפייניו הייחודיים. למשל: סיכון מיוחד לענף ייצור המטריות הוא הסיכון לבצורת ממושכת. מעבר לסיכון ענפי זה ניתן לייחס לכל יצרן ויצרן סיכון נוסף, הספציפי לאותו יצרן והנקבע בשל מאפייניו הייחודיים. כך, למשל, יצרן אשר צבר מלאי גדול נושא בסיכון שונה מיצרן שלא צבר מלאי כזה. חילופי מידע בין מתחרים יכולים לאפשר ליצרנים הנושאים בסיכונים ייחודיים הגדולים מן הממוצע הענפי, אשר מעוניינים מבחינת מדיניותם העסקית להקטין סיכונים אלה, להתאים את מבנה פעילותם היחודי לזה של אחרים בענף ובכך להתקרב לסיכון הענפי.

29 T.M. Jorde & D.J. Teece "Rule of Reason Analysis of Horizontal Arrangements: 29

כאשר ההגנות על הקניין הרוחני בדרכי הפטנט, זכות-היוצרים והסוד המקצועי לקריות, עקב קיומן של דרכי-עקיפה אפקטיביות רבות³⁰. מאפיין נוסף של התחום הוא הצורך בשיתוף-פעולה סימולטני, מקבילי, כאשר אין די בשיתוף הפעולה הקלאסי, הטורי, שבמסגרתו מפתחת חברה א רכיב מסוים, ומגנה על פיתוחה באופן משפטי ואזי מעבירה אותו לחברה ב להמשך הפיתוח. לעתים דווקא לחברה שיש בה ידע יצירתי ייחודי אין הכלים המתאימים לפיתוח ההמצאה לכדי מוצר מניב-רווח. תוצאת מצב זה היא בהקפאת הפיתוח כליל או בהמשך הפיתוח תוך אובדן חלק מפירותיו עקב ההגנה החלקית שעל הקניין הרוחני וניצול החלק האובד על-ידי "טפילים". כתוצאה מנסיבות אלה מתרחב כיום בארצות-הברית תהליך של benchmarking. בתהליך זה מאתרות חברות בתוך תחומי פעילותן מי הן המובילות בשוק ומי אינן כאלה. בתחומים שבהם הן מפגרות מבוצע ניסיון להתקשר עם החברות המובילות בשוק, כדי לפתוח ערוצי העברת מידע הדדיים, המאפשרים התקדמות כל חברה בתחומי פיגורה³¹. ההתקשרויות בין החברות לובשות לעתים צורה משפטית של מיזם משותף (joint venture)³², הסכמי שיתוף-פעולה או השתלמויות וקבלת מידע בדבר תהליכי ייצור. המידע המוחלף במסגרות אלה בין החברות יוצר, מצד אחד, סכנה מיידית של הגבלת תחרות. מצד אחר, חילופי המידע מאפשרים ניצול הידע שפותח בחברות באופן מקבילי והגדלת הרווחה החברתית המצרפית ללא אובדן רווחי ההמצאה. יתרה מזו: כל חברה מזהה נקודות-תורפה פנימיות ומשתפרת, תוך גירוי הדדי להגברת תחרות.

מתוך דברים אלה עולה שאלה בסיסית: האם עדיף כי חברות יתחרו בהתעלמות מלאה ממתחריהן (באופן ישיר), תוך שלעיתים מביא הדבר לפילוג מאמצים ולכפל פיתוח של מוצר דומה, או שרצוי לאפשר שיתוף במידע כדי ליצור ריכוז והכוונה של המשאבים? מובן, כי בכל קיצוניות ייגרם נזק. יתר שיתוף במידע עשוי להפחית את תמריצי התחרות ולפגוע דווקא בפיתוח בטווח הארוך³³, אולם גם היעדר שיתוף מספיק במידע עשוי לפגוע בכך שמתחרים לא יממשו ידע שברשותם עקב היעדר

Agreements Designed to Advance Innovation and Commercialize Technology" 61 *Antitrust L.J.* (1993) 579, 581.

30 שם, בעמ' 594.

31 L.S. Pryor "Benchmarking — A Self-Improvement Strategy" 10 *J. Bus. Strat.* (1989) 28.

32 על מעמדו של המיזם המשותף במסגרת דיני ההגבלים העסקיים בישראל ראה בהרחבה במאמרה של השופטת מ' מזרחי "מיזם משותף כהסדר כובל" משפטים כג (תשנ"ד) 213.

33 B. Nalebuff & J. Stiglitz "Information, Competition and Markets" 73 *Am. Econ. Rev.* (1983) 278.

יכולת מסחור עצמאית³⁴. בדרך זו יפעלו המתחרים באופן לא-אופטימלי מבחינה כלכלית, ומשאבים חברתיים יבוזבזו או לא ינוצלו. כדי לקבוע את גדר סוגי המידע שרצוי כי יועבר, ניתן לבחון כמה שיקולייסוד העשויים לסייע במדידת התועלת מול הנזק שבהעברת כל סוג מידע:

1. רמת אנונימיות המידע מבחינת החברות המספקות והמקבלות אותו. ככל שהמידע פחות ספציפי למתחרה, כך ניתן למעט בבדיקות נוספות לגביו, שכן קשה להשתמש במידע כזה להגבלת תחרות; זאת, כאשר המידע אינו משלב בתוכו פרטים בלתי-אנונימיים או כאשר אין מדובר במנגנון חילופי מידע המשמש כעצמו "מפקח" על השוק³⁵. לעתים, למרות היעדר חילופי מידע הספציפי למתחרים, מבנה השוק מאפשר הכתבת מחיר או תפוקה, תוך שימוש במידע אנונימי בלבד. מכאן, שלא ניתן לנתק את בדיקת סוג המידע המוחלף מבדיקת השוק הנדון ומבנהו.

2. מיהות הצדדים שביניהם מוחלף המידע. מידע המועבר מחברה לכל הפעילים בשוק, ובכלל זה למתחרים, לקוחות וספקים, עשוי להביא להשפעות מגבירות תחרות לגבי לקוחות וספקים³⁶, אשר יקוזו השפעות מפחיתות-תחרות כאשר למתחרים האחרים, אם נוצרו כאלה. לעומת זאת, מידע המוחלף בין המתחרים לבין עצמם בלבד חסר את רכיב הגברת התחרות אשר בחשיפת המידע לכלל השוק. גם שיקול זה של מיהות הצדדים ראוי שיילקח בחשבון במסגרת מבנה השוק הנתון. למשל: מידע המוחלף בתוך קבוצת-מתחרים מצומצמת, אשר אין לה מעמד דומיננטי בשוק, הוא סיכון קטן-יחסית להגבלת תחרות (לדוגמא: תהליך benchmarking בין כמה חברות קטנות), לעומת חילופי מידע בין מתחרים בשוק ריכוזי, אשר במסגרתו אף אם יופץ המידע לכלל השוק (ללקוחות, ספקים וכו') לא ימנע הדבר את אפשרות הקשירה³⁷.

34 תחום שבו קיימת לרוב הסכמה על הצורך בתיאום הוא תחום הסטנדרטיזציה של מוצרים. למשל: גדלים ותקנים אחידים לסרטי-צילום, לקלטות-וידאו, לתקליטונים, למערכות הפעלה למחשב ועוד. אמנם, כאן קיימת הגבלה של השוק לכיוון מסוים, אבל ישנה תועלת רבה לצרכנים המתבטאת בהומוגניות בשוק המוצר ובהקלה על ההשוואה בין מוצרים המיוצרים על-ידי יצרנים שונים. ראה Jorde, *supra* note 29, at p. 599.

35 ראה דיון במנגנונים מעין אלה, בפרק ב לחלק.

36 זאת משום שהלקוחות או הספקים יכולים לנצל את המידע המגיע לרשותם כדי ללחוץ על המתחרים השונים להגביר את התחרות ביניהם. ראה גם לעיל, ליד הערה 5.

37 לדוגמא: העובדה שלקוח של איליגופול או של מעין-מתופול מודע לחילופי המידע המאפשרים את קשירת המחיר או התפוקה אינה מאפשרת לו לפעול לשינוי המצב בשל היעדר יכולתו "לפרוץ" את הריכוזיות של הצד שכנגד. ראה גם הדיון בפרשת איגוד שמאי הביטוח בישראל, לעיל הערה 23; ופסקי-הדין הנוכחים שם.

3. עיתוי החלפת המידע לגבי זמן נקיטת הצעדים העסקיים המעשיים הכלולים באותו מידע. ככל שמדובר במידע מאוחר יותר לגבי פעולות שכבר בוצעו בעבר, כך קשה יותר להסתייע בו להגבלת תחרות. למשל: ניתן להבחין כאן שוב בין תהליך ה-benchmarking, שבמסגרתו קיים לימוד מחברות מצליחות לאחר שאלה כבר ביססו את מעמדם ככאלה, לבין מצב שבו מתחרים מעדכנים זה את זה מראש בתוכניותיהם, ובכך מונעים תחרות, ולו בפרק-הזמן שבמהלכו הידיעה בנוגע לשינויים שנעשו ממילא היתה מגיעה לשאר המתחרים³⁸. גם במסגרת שיקול זה יש להתחשב במבנה השוק הנדון. במערכת יחסים עסקיים של "משחק חוזר" (repeated game) בין המתחרים ניתן לזהות חריגות מההסדר המגביל — למשל: מחיר או תפוקה בעבר — ולהטיל על כך סנקציות ב"סיבוב" הבא. במצב כזה די יהיה בהעברת מידע לגבי הצעדים העסקיים שנקטו על-ידי המתחרה בעבר, כדי ליצור הגבלת תחרות מתמשכת.

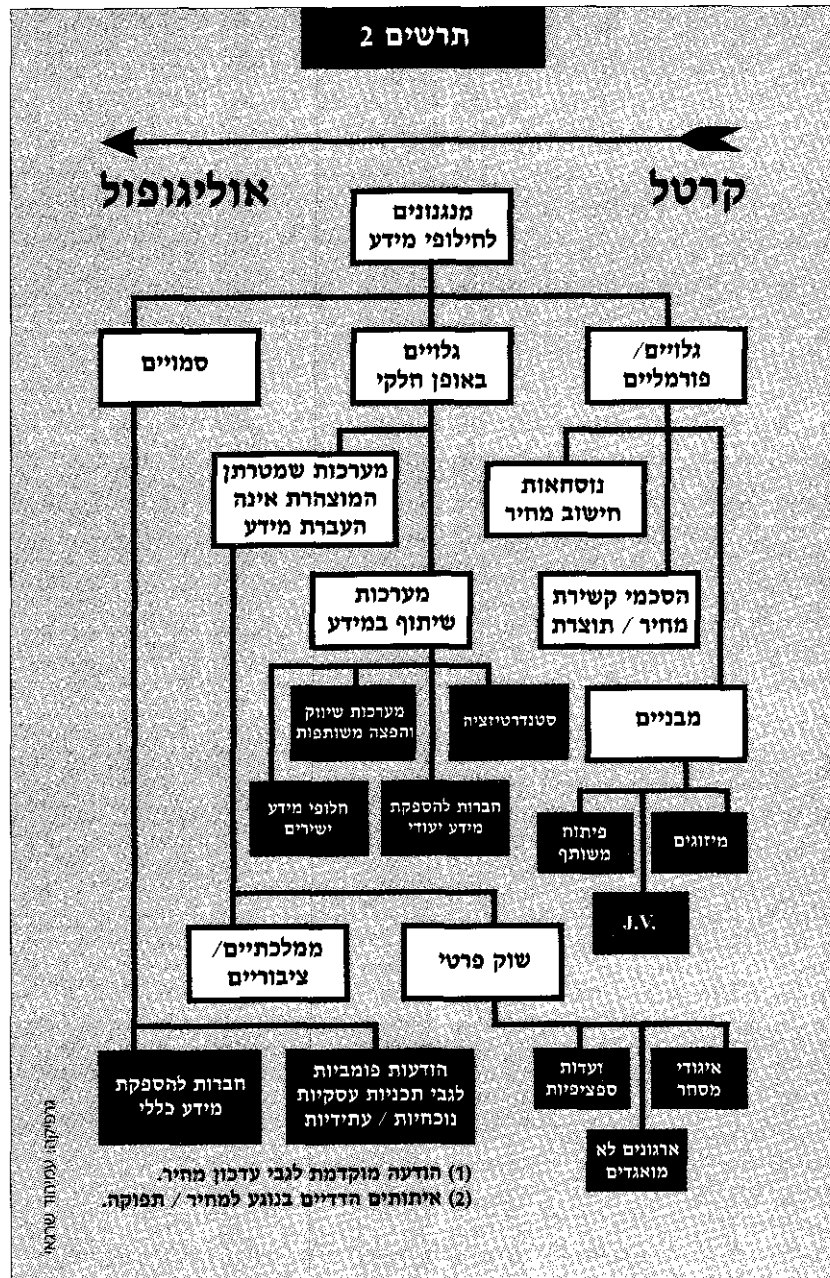
ניתן לראות אפוא, כי חילופי המידע על סוגי השונים ישנם צדדים רצויים ופחות רצויים מבחינת השפעתם על הרווחה החברתית המצרפית. כלל גורף האוסר חילופי מידע לא יהיה אופטימלי, משום שיפגע בחיוב שבהעברות אלה. תוצאה בלתי-רצויה נוספת שיישג כלל כזה תהיה דחיקת המתחרים המנסים ליצור הסדרי קשירה לעבר מנגנונים בלתי-פורמליים. מנגנונים מסוג זה קשים יותר לזיהוי ולהוכחה משפטית, שכן אין הם כוללים התקשרות מוחשית מפורשת. מנגד, מובן כי גם כלל גורף אשר איננו מתערב כלל ובכך מאפשר חילופי כל סוגי המידע לא יהיה רצוי, עקב היווצרות תנאים מעודדים להגבלת תחרות במקרים רבים. נראה כי כדי להשיג תוצאה הממצה את התועלת המצרפית יש ליצור מנגנון לכחינת סוגי המידע המוחלף בין מתחרים, לאישור חילופי סוגי מידע רצויים ולמניעת חילופי יתרם. כדי להקל על פעולת מנגנון כזה יש ליצור תמריץ למתחרים לחשוף את ההסדרים בדבר חילופי המידע שביניהם, ולא לעודדם לפעילות סמויה.

38 למשל, בעת שינוי מחירו של מוצר על-ידי מתחרה מסוים ישנו פרק-זמן החולף עד להגעת המידע לידיעת שאר המתחרים. פרק-זמן זה נוצר כתוצאה מן המשאבים הסופיים המושקעים באיסוף מידע בשוק וכן כתוצאה מגבולות טכניות ואחרות. במשך אותו פרק-זמן יש לרוב שוני בין המחירים המוצעים ללקוח על-ידי המתחרים בשוק והוא יכול לנצל זאת, תוך הסתת הכיקוש לעבר המתחרה הזול יותר. העברת המידע בנוגע לשינוי המחיר מראש בין המתחרים מאפשרת התארגנות והתאמה מקדימות, תוך קיבוע פלחי-השוק הנשלטים על-ידי כל מתחרה. עניין זה מתחדד כיום בשל ההתפתחות שחלה באמצעי-התקשורת האלקטרוניים: מעבר המידע מהיר יותר, ועלותו היחסית נמוכה. מכאן התקצרות פרק-הזמן שבהם ניתן לצפות להבדלים במחיר שמציעים המתחרים בשוק והקושי להבחין בין מצבים של קשירת מחיר לבין מצבי תחרות יעילה. כך למשל קרה בעניין חברות-התעופה בארצות-הברית, הנדון בפרק ב' להלן.

ב. מנגנונים ודרכים לחילופי מידע

שאלה בסיסית הניצבת מול הבא להתמודד עם קשירת שוק על-ידי מתחרים בהתבסס על חילופי מידע, היא כיצד לזהות באופן מוחשי דרכי קשירה מעין אלה. כאמור, וכפי שיורחב בהמשך, נראה כי יש לתת את עיקר הדגש על התוצאות הכלכליות של פעילות המתחרים, ולא על ניסיון (עקר, לעתים) לזהות בשלמות הסדר פורמלי או מוחשי כלשהו. עם זאת, כנקודת-מוצא לטיפול בחילופי מידע בין מתחרים העשויים לאפשר קשירת השוק הרלבנטי ניתן לבחון את המנגנון המשמש את המתחרים לצורך חילופי המידע. ללא זיהוי מנגנון כזה, ולו באופן חלקי, קשה יהיה לייחס את התוצאות הכלכליות של שוק שאיננו תחרותי לפעולות של המתחרים דווקא. בחינת המנגנונים של חילופי המידע היא עיקר פרק זה. כמו תוצאת בחינתם של סוגי המידע המוחלף, אשר כוללת במשולב חיוב ושליילה, כך גם בבדיקת המנגנונים בדבר חילופי המידע: מתוך הדיון שלהלן עולה, כי למנגנונים של חילופי המידע השונים עשויה להיות תועלת רבה לענף הרלבנטי ולחברה בכללה, כאשר במקביל טמונה במנגנונים סכנה בהיותם מכשירים המאפשרים למתחרים לקיים פעילות מגבילת-תחרות. כדי לקבוע היכן על המערכת המשפטית החיצונית להתערב ולמנוע קיום מנגנונים של חילופי מידע שונים, יש לדון, כאמור, גם בסוגי המידע המוחלף ובמאפיינים המבניים של השוק³⁹; אולם ראשית יש לאתר את המנגנון של חילופי המידע באופן משפטי (כמו חוזה, הסכם מפורש וכיו"ב) או לפחות באופן פסי-מוחשי כלשהו, הניתן להוכחה. לפיכך, מיון המנגנונים של חילופי המידע שכאן נעשה לפי רמת הנוכחות המפורשת שלהם במציאות כמנגנונים המאפשרים פעילות מגבילת-תחרות. כלומר, המיון נעשה בהתאם לנוחיות השיטה המשפטית לזהות את המנגנונים ולהוכיח את קיומם כיסוד או כרכיב של הגבלת תחרות.

39 סוגי המידע והסיכון הטמון בהם נדונו לעיל בפרק א. המאפיינים המבניים נדונים בפרק הבא.



בתרשים 2 ניתן להבחין בחתך-מיון זה, כאשר מימין לשמאל נסקרים תחילה המנגנונים הגלויים יותר, כהסכמים או כהסדרים כובלים, אשר לעתים מתאפיינים גם בהצרנה משפטית מפורשת, ולאחריהם – המערכות הפחות בולטות לעין הבודק המנסה לאתר מערכות המאפשרות הגבלת תחרות. כפי שצוין כבר לעיל, לא ניתן לבדוק בכול המקרים את ההשפעה הנפרדת של חילופי המידע כשלעצמם, שכן לעתים הם חלק מהסכם או מהסדר כובל מפורש ובוטה יותר. קושי זה בבידוד ההשפעות מומחש בעת בחינת המנגנונים הגלויים-מפורשים, המובאת להלן בתיאור הצד הימני של תרשים 2, בעוד שבחינתם של חילופי המידע שבצד השמאלי של התרשים מוצאת מנגנונים שבהם חילופי המידע מופיעים כשלעצמם – עובדה המאפשרת זיהוי השפעתם הנקייה.

כל המנגנונים המופיעים בתרשים משמשים, או לפחות עשויים לשמש, לחילופי מידע בין מתחרים המאפשרים הגבלת תחרות. המנגנונים הגלויים, אשר מופיעים בענף הימני ביותר בתרשים, מתאפיינים בכך שהמידע המוחלף דרכם מלווה קשירה מוחשית⁴⁰ (ולעתים גם משפטית)⁴¹ ישירה ומפורשת בין המתחרים. הצורה הקלאסית לחילופי מידע כאלה תוארה על-ידי אדם סמית במובאה שבפתיחה⁴², או בדימוי המקובל של התכנסות המתחרים בחשאי, בחדר חשוך ואפוף-עשן⁴³. כיום, בקיום אפשרויות לשיחות-ועידה ולתקשורת ממוחשבת, ניתן ליצור הסכמים והעברות מידע מסוג זה גם בדרכים מוצנעות יותר, אם כי עדיין ישירות ובעלות קיום מוחשי מפורש, הניתן לאיתור.

המנגנונים הגלויים ביותר לחילופי מידע, אשר לרוב יש להם ביטוי משפטי פורמלי מובהק, הם המנגנונים המבניים⁴⁴. הקשר בין החברות ברור-יחסית בהסכמים למיזוגים, למיזמים משותפים הכרוכים בהקמת חברות בבעלות משותפת של כמה

40 D.S. Clark "Price-Fixing without Collusion — An Antitrust Analysis of Facilitating Practices after Ethyl Corp." *Wisconsin L.R.* (1983) 887.

41 לאורך הדיון כולו משמעותם של המונחים המתייחסים לתיאום ולקשירה בין מתחרים היא כלכלית, הרחבה יותר לעתים מן המשמעות המשפטית. הכוונה לכל מצב שבו יש פעולה מקבילה של המתחרים, כולל מצבים שאינם מושתתים על הסכם או חוזה מפורש, ובלבד שתוצאתם היא בהרמת המחיר של ה"מוצר" הנדון מעבר למחירו בתנאי תחרות חופשית או בכל תוצאה מגבילת תחרות אחרת, כגון שמירת מכסות על התפוקה וכיו"ב.

42 Smith, *supra* note 5.

43 J.H. Shenefield "Communication and Cooperation among Competitors — Introduction and Overview" 61 *Antitrust L.J.* (1993) 523.

44 מנגנונים מבניים קיימים לעתים גם בצורה אנכית לאורך שרשרת הייצור או השיווק (ראה, למשל, מזרחי, לעיל הערה 30, בעמ' 219). כאמור, כאן מוגבל הדיון למנגנונים מבניים אופקיים בלבד.

מתחרים ובהסכמים לפיתוח משותף של מוצרים, אף ללא הקמת חברות משותפות. מול הסיכון שבהגבלת התחרות עומדים כאן יתרונות התיאום במידע למחקר ולפיתוח⁴⁵, ניצול יתרונות לגודל⁴⁶ ועוד. זיהוי המנגנון המאפשר קשירה במקרים אלה קל-יחסית, וניתן לעבור ישירות לדיון המהותי אם רצוי להתיר קיומו או למונעו⁴⁷.

כאשר שיתוף-הפעולה בין המתחרים מוגבל יותר, ואין ביכולתם או ברצונם לפעול דרך מנגנונים מבניים, עדיין יכולים הם להגיע למנגנונים של חילופי מידע ישירים לשם קשירת מחיר או תפוקה⁴⁸. העברת מידע לשם הגבלת תחרות הנעשית באופן גלוי היא אופטימלית מבחינת המתחרים לשם הגעה לקשירת הענף הרלבנטי. במסגרת חילופי מידע גלויים כאלה ניתן, למשל, להשוות עלויות, להתווכח ולהסכים על מחיר או תפוקה רצויים וכן על תשלומי פיצוי או על ויתור על חלקים מן השוק לטובת מתחרים אשר יהנו פחות מן הקשירה, כדי להגיע לאיזון בחלוקת התועלת הנוספת בין המתחרים. הדיונים הישירים מאפשרים הגברת האמון בין המתחרים וכן אכיפת ההסכמים באופן מפורש, בהיעדר מגבלות דין. בקיום מגבלות חלקיות בדין ניתן להסכים על הקמת מנגנוני פיקוח ואכיפה עצמאיים לשם שמירת קיום ההסכם⁴⁹.

הסכם המבוסס על חילופי מידע, הנעשים באופן שוטף, והמיועד ליצור הגבלות על המחיר או התפוקה לא תמיד מתאים לקשירת השוק. לעתים מדובר במוצר בלתי-הומוגני, בעל דרגות-טיב שונות, או שמדובר במוצר המסופק באופן הכולל הובלה למענו של הלקוח, כאשר להפרשי המרחק בין מען הספק לבין מען הלקוח השפעה של ממש על העלות. במצבים מסוג זה יעיל יותר למתחרים לפעול באמצעות מנגנון הקובע נוסחת-חישוב משותפת⁵⁰ או מחירון⁵¹. לשיטה המשפטית, המעוניינת למנוע הגבלת תחרות, קל יותר לפקח על המנגנונים של חילופי המידע הגלויים שנדרשו לעיל, הגלויים לפעילות מפורשת או

45 ראה הדיון בפרק א לעיל, במיזם המשותף ובהסכמי שיתוף במידע טכנולוגי.

46 J.J. McGowan "Mergers For Power or Progress?" *Antitrust and Regulation* (U.S., F.M. Fisher ed., 1985) 1.

47 W.J. Kolasky, "Anticompetitive Mergers — Prevention and Cure" *ibid.*, p. 49; Areeda, *supra* note 2, at pp. 794, 837.

48 *Re Agreement of the Mileage Conference Group of the Tyre Manufacturers' Conference Ltd.* [1966] 2 All E.R. 849.

49 ראה, למשל, הדיון שבהמשך פרק זה בנוגע למנגנוני-הפיקוח באמצעות איגודי-המסחר.

50 *Federal Trade Commission v. Cement Institute* 333 U.S. 683 (1948).

51 ת"פ (ת"א) 1582/84 מ"י נ' התאחדות האופטיקאים והאופטומטריסטים בישראל ואח', פ"מ תשמ"ט (1) 229.

לפחות בולטת ובוטה יותר של יצירת הסכמים או הסדרים כובלים. ואמנם, תחילת ההתייחסות המשפטית לתחום ההגבלים העסקיים מאופיינת בטיפול במנגנונים מסוג זה.⁵² קבוצות-מתחרים, אשר שוב לא הצליחו להגביל את התחרות שבתוכן בדרכים הגלויות, העדיפות מבחינתן, החלו לפעול בעזרת מנגנונים פחות מפורשים. ענף המנגנונים הגלויים באופן חלקי, שבמרכזו תרשים 2, מציג אף הוא דרכים לחילופי מידע העשויות לגרום להגבלת תחרות; אולם במובחן מענף המנגנונים הגלויים שלעיל, כאן אין למנגנונים מטרה מפורשת של קשירת מחירים, תפוקה או משתנים עסקיים אחרים בענף הרלבנטי. כלומר; אין די בזיהוי החלק הגלוי שבפעילויות אלה כדי להוכיח את קיומו של מנגנון המגביל-תחרות, שכן החלק הגלוי אינו עולה כדי הסכם או הסדר כובל כשלעצמו. בתוך ענף המנגנונים זה ניתן לאפיין שני ענפי-משנה: תת-ענף המערכות המחייבות חילופי מידע בין המתחרים במסגרת פעילותן ותת-ענף המערכות אשר חילופי המידע אינם הכרחיים לקיומן, אך הם מתאפשרים לצד פעילותן או בתוכה.

בתוך המערכות שבהן יש חילופי מידע בין המתחרים כבסיס הנדרש לפעולתן ניתן לזהות את התהליכים המביאים להאחדה-סטנדרטיזציה של מוצרים⁵³ או של מאפיינים מסחריים אחרים⁵⁴. בתהליך הסטנדרטיזציה מוחלף מידע בנוגע לתהליכי ייצור, לחישוב עלויות וכיו"ב בין המתחרים, כרקע לקביעת הסטנדרט האחד הנבחר. מחד גיסא, מאפשרת הסטנדרטיזציה הומוגניות רבה יותר בשוק-המוצרים ובכך ישנה אפשרות להגברת התחרות בתחום המחיר ולשיפור ביכולת הלקוחות להשוות בין המוצרים שמייצרים מתחרים שונים. מאידך גיסא, ההאחדה יכולה להגביל כיווני תחרות בפיתוח, תוך קביעה מראש של הכיוונים שעל כלל השוק להתיישר עמם. כמו-כן, יכולה ההאחדה להשרות קשירת מחירים⁵⁵.

מנגנון נוסף של חילופי מידע בתת-ענף המערכות המחייבות שיתוף במידע הוא חברות המבצעות מחקר-שוק ענפיים או הדואגות להספקת מידע ענפי⁵⁶. חברות אלה אינן שלוחות (במובן המשפטי של יחסי השליחות) של המתחרים, אך לעתים הן מקבלות תמורה ישירה או עקיפה מאת המתחרים עבור שירותיהן, ומכאן סכנה לכך שישמשו צינורות לחילופי מידע ולהידברות קושרת⁵⁷.

52 ראה *U.S. v. Addyston Pipe & Steel Co.*, 175 U.S. 211 (1899); וכן *O'Brien, supra note 7*, at pp. 19–31.

53 *National Macaroni Manufacturers' Association v. F.T.C.* 345 F2d. 421 (1965).

54 למשל: *E.I. du Pont de Nemours Co v. F.T.C.* 729 F2d. 128 (1984).

55 *F. Scherer Industrial Market Structure and Economic Performance* (2nd ed., 1980) 200.

56 למשל, חברות דירוג (rating) למיניהן או ה-*Center for Interfirm Comparison Ltd.* באנגליה, המצוין ב-*O'Brien, supra note 7*, at p. 105.

57 לדוגמא: בפרשת איגוד שמאי הביטוח בישראל, לעיל הערה 21, דובר במידע שהועבר על-ידי

דרך חילופי מידע המכילה סיכון רב להגבלת תחרות, היא שימוש במערכת שיווק והפצה המשותפת למתחרים. דוגמא עדכנית, העשויה להצביע על כיוון התפתחות אפשרי בתחומים נוספים, היא מערכת ההזמנות המשותפת לחלק מחברות-התעופה הגדולות בארצות-הברית. במטרה לשווק טיסות ביעילות, תוך שילוב יעדי טיסות ומועדיהן בין החברות המתחרות, הוקמה על-ידן מערכת-תיאום ממוחשבת של זמני הטיסות ומחיריהן. בדרך זו יכולים כל חברה וכל סוכן-נסיעות למכור חבילות-טיסות המשולבות בהתאם לצרכיו של הלקוח באופן אוטומטי, אולם בתוך כך יכולה כל חברה לקבל באופן שוטף ומיידי את גפחי הפעילות של מתחרותיה ואת מחירי טיסותיהן⁵⁸. יתר על כן: החברות נהגו לעדכן במערכת הממוחשבת עליות שתוכננו במחירי כרטיסיהן זמן-מה לפני תאריך השינוי בפועל, כך שנותר לאחרות זמן להגיב בטרם נהגו מכך הלקוחות ובטרם השתנו היקפי המכירות של המתחרות עקב כך⁵⁹.

חילופי מידע ישירים בין מתחרים, כאשר המטרה המוצהרת אינה קשורה או אף נוגדת את הגבלת התחרות⁶⁰, אף הם נכללים בתת-ענף זה של תרשים 2. למרות המטרה הפורמלית הלגיטימית, יש לפקח גם על חילופי מידע אלה, העשויים לשמש כמאפשרים ומעודדים של פעילות מגבילת-תחרות.

בתת-ענף המנגנונים אשר לשם פעולתם אין הכרח בחילופי מידע, אך אלה אפשריים במסגרתם, ניתן לזהות שני סוגי מערכות עיקריים: מערכות ציבוריות או ממלכתיות, לעומת מערכות השוק הפרטי. ניתן לצפות, כי בדרך-כלל הסיכון להעברת מידע, המאפשר קשירה בין מתחרים באמצעות מערכות ציבוריות, יהיה קטן יותר מאשר הסיכון הנלווה להעברת המידע על-ידי מערכות פרטיות. הטעם

המכון לפירוק העבודה והייצור, שהוא גוף ציבורי עצמאי; ועל-אף זאת, מאחר שהמכון קיבל תשלום מאיגוד-השמאים, לא עמד מנגנון חילופי המידע בביקורת מועצת ההגבלים העסקיים.
58 R.E. Cooper "Communication and Cooperation among Competitors — The Case of the Airline Industry" 61 *Antitrust L.J.* (1993) 549

59 לחברות-התעופה טענות שונות כנגד הגישה הסוברת שיש כאן מנגנון המגביל תחרות (ראו לעיל הערה 58), אשר חלקן מצוינות בהמשך פרק זה. אחת מטענות אלה היא, כי ענף התעופה ייחודי עקב ההשקעות הגדולות בבניית מערך ההובלה האווירית, עקב הצורך בתיאום הדוק של הטיסות ועוד; אולם ניתן להקשות ולטעון, כי קיימים תחומי הובלה נוספים שהמבנה בהם דומה לזה שבתעופה. מלבד זאת, מדוע לא יפעלו בדרך דומה רשתות-שיווק אחרות (למזון, לדוגמא) ויציעו חבילות מוצרים משולבות במחשב, תוך הודעות לגבי מחירים ושינויים בהם? לדוגמא: החלפת נתונים ענפיים, כגון מידע בנוגע ללקוחות או תהליך ה-benchmarking, אשר נדונו בפרק א לעיל. ראה הדיון שם והטענה המובאת בו, כי גם במידע הנראה לגיטימי ורצוי בהעברה עשויות להימצא סכנות להגבלת תחרות, עקב יכולתם של המתחרים לפרשו ולהסיק ממנו לגבי הקשירה הרצויה להם.

לכך נעוץ בהיותן של המערכות הציבוריות בלתי-תלויות לכאורה במתחרים שבענף ובהתיימרון לראות בדיני ההגבלים העסקיים של השיטה המשפטית חלק ממדיניותן, להבדיל מן המערכות הפרטיות שהן מהוות חלק טבעי של השוק עצמו. למרות ציפייה זו סביר להניח כי מוחלף מידע בין מתחרים גם באמצעות מנגנונים ציבוריים⁶¹. לעתים נעשים חילופי המידע שלא במודע, ולעתים אף במודע ובאישור הגופים הציבוריים, למען קידום מטרות הרצויות לגופים אלה, כגון שיפור יכולת התחרות הכללית של המדינה בשווקים חיצוניים, מניעת אבטלה וכיו"ב⁶². כמו-כן, סביר להניח כי מתקיימים חילופי מידע בין מתחרים באמצעות מוסדות ממלכתיים המטפלים בענף מסוים, כגון המפקח על שוק-ההון, המפקח על הבנקים, הביטוח ועוד. בתוך מנגנונים אלה עשויה להיווצר לעתים זהות אינטרסים בין גורמי הפיקוח עצמם לבין המתחרים בענף המפוקח (הן אינטרסים עכשוויים הן עתידיים) – זהות המקלה על חילופי המידע⁶³.

כאמור, המנגנונים הטומנים ברובם סיכון רב יותר לחילופי מידע קושרים הם אלה שבשוק הפרטי: איגודי-המסחר הכלליים והענפיים, התארגנויות פחות מגובשות מבחינה משפטית ועודות אד-הוק לנושאים ספציפיים. ככל שאופי הפעילות פחות ברור וקבוע וככל שהלבוש המשפטי פחות חד, כך קשה יותר לפקח על חילופי המידע העשויים להתקיים באמצעות אותו מנגנון⁶⁴. איגודי-מסחר המוקמים למטרות לגיטימיות של שתדלנות, פרסום משותף, מחקר וכיו"ב, עשויים לשמש ערוצים טובים להעברות מידע; שכן בכינוסי האיגודים משתתפים מרבית פעילי הענף, דבר ה"מזמין" תיאום. נוסף על פגישות מקריות, המתקיימות בין המתחרים בהשתלמויות ובאירועים חברתיים למיניהם, נוצר במסגרת איגוד-המסחר מנגנון שבו פגישות מסודרות וקבועות וכן אפשרויות ליצירת מכשירי-אכיפה להסדרים שמגיעים אליהם⁶⁵. עם התהדקות אכיפתם של דיני ההגבלים העסקיים ומניעת היכולת ליצור הסכמים או הסדרים כובלים ישירים בין המתחרים, התרבו הנסיונות להגבלת תחרות באמצעות מנגנוני-ביניים כאיגודי-מסחר. גם כאן מדובר בחילופי

61 מנגנונים דוגמת ועדות מקצועיות שונות אשר מקימים משרדי ממשלה כחקלאות, תעשייה, שיכון ובינוי ואחרים, שבהן חברים פעילים בענף הנדון ולפניהן מופיעים פעילים נוספים.

62 במסגרת זו לא תידון השאלה, אם אכן מוצדקות סיבות אלה לעידוד חילופי מידע הקושרים בין מתחרים. ראה באופן כללי Areeda, *supra* note 2, at p. 405.

63 W.E. Kovacic "Illegal Agreements with Competitors" 57 *Antitrust L.J.* 517 (1988) 535.

64 L.J. Robinson "Trade Association Meetings and Groupings of Competitors — The Corporation's Perspective" 57 *Antitrust L.J.* (1988) 217, 221.

65 לדוגמא: איגוד-מסחר יכול לנדות מתוכו חברים "סוררים", אשר מטרבים לשתף פעולה בהסדר קושר שנוצר באמצעות מנגנון האיגוד. ראה *American Column & Lumber case*, *supra* note 22. דרכים נוקשות יותר לטיפול במתחרים מרדניים יכולות להיות חרם מסחרי על המתחרה, לקוחותיו, ספקיו וכד'. ראה *Eastern States Retail Lumber Dealers Association v. U.S.*

מידע בין מתחרים באמצעות מנגנון איגוד-המסחר, אשר לעתים נלווים להסדרי כבילה ברורים ובוטים יותר. מרבית הפסיקה המנחה ביום⁶⁶ עניינה מנגנוני-פעולה באמצעות איגודים כאלה⁶⁷.

ברמה הפרלית בארצות-הברית ישנה כיום הסכמה כי האכיפה בתחום זה אינה מספיקה, אך היא יוצרת הרתעה, כך שהיועצים המשפטיים של איגודי-המסחר נוקטים שיטות-הגנה רבות⁶⁸. יועצים משפטיים של חברות העומדות להצטרף לאיגודי-מסחר בודקים את מסמכי-היסוד של האיגודים, ההחלטות שנתקבלו בהם בעבר ועוד⁶⁹. מובן, כי פיקוח עצמי זה איננו מושלם ויש להניח כי הוא אף פוחת כאשר הארגון פחות מובנה מבחינה משפטית. איגוד-המסחר משמש כאן לעתים מעבר להיותו מנגנון לחילופי מידע ליצירת הסדרים קושרים ולאכיפתם, גם כמעין הסוואה לכל אלה — עקב מטרות פעולתו הלגיטימיות⁷⁰. הסוואה, לא רק במובן

234 U.S. 600 (1914); או, באופן מתוחכם יותר, שינוי שיטות-מחיר לענף כולו, כך שייגרם נזק למתחרה המרדן. ראה 50 *supra* note Cement Institute case.

66 במקרים שטופלו עליידי הוועדה הפרלית למסחר (F.T.C.) בארה"ב בעשור האחרון 68% נגעו באיגודי-מסחר, 10% ברשויות ציבוריות או ממלכתיות והשאר בהתארגנויות אד-הוק (ראה גם להלן הערה 67).

67 אם להביא דוגמאות מתוך פסקי-הדין שכבר נדונו לעיל, ראה הערות 12, 13, 14, 19, 22, 23, 48, 50, 51, 53 ועוד. כן ראה לגבי הסטטיסטיקה בעשור האחרון בארה"ב: G.L. Langenfeld & L. Silvia "Federal Trade Commission Horizontal Restraint Cases — An Economic Perspective" 61 *Antitrust L.J.* (1993) 653 657.

68 כך, למשל, מניעת יצירתם של מחסומים מלאכותיים לבנייה לאיגוד, מניעת יכולתו של האיגוד להטיל סנקציות על חבריו, אי-קיום הרצאות ודיונים בנושאי הגבלת תחרות, רישום מדוקדק של תוכן הדיונים ומניעת חריגות מן הנושאים שתוכננו מראש — כדי שלא יתפתחו הדיונים בטבעיות לדיונים קושרים ועוד. ראה S.J. Fellman "Trade Association Meetings and Groupings of Competitors: The Association's Perspective" 57 *Antitrust L.J.* (1988) 209, 211.

69 Robinson, *supra* note 62, at p. 218.

70 בבחינת שוק-הביטוח ניתן למצוא דוגמאות למנגנונים של חילופי מידע בין מתחרים בישראל. הנה כמה שורות מכתבה מאת יהודה שרוני, אשר התפרסמה בראשית 1993 בעיתון מעריב. הכתבה נכתבה בעקבות הנחייתו של המפקח על הביטוח כי חברות-הביטוח יפחיתו מס ערך מוסף בסוגי ביטוח שונים:

שביט: "נדהמתי לגלות כי המחירים עלו. אישרתי להן לא להפחית מע"מ רק בביטוח דירות ובביטוח חובה..." הוא הוסיף כי איפשר להן להמנע מהפחתה בפוליסות ביטוח דירות, מכיוון שמבנה תעריף זה השתנה, והחברות ספגו חלק מן ההתייקרות. המפקח גם הודה, כי אישר לחברות שלא להפחית את המע"מ בפוליסות ביטוח חובה, זאת לאור הדיונים על עדכון תעריפי הביטוח בחברת "אבנר". בעקבות כך פנתה יוכי דביר, המשנה למנכ"ל חברת "מגדל", להנהלת איגוד חברות הביטוח, וביקשה מהם לקיים

המעשי של הקושי ביכולת לזהות את מנגנון-הקשירה, אלא גם במובן המשפטי: בפעילות באמצעות האיגוד, הסיכון הישיר המוטל על כל מתחרה המשתתף בה קטן; שכן ניתן לנסות ו"להסתתר" תחת מסך האיגוד, תוך התחמקות מתביעות ישירות כלפי המתחרים והפעילים בו.

ענף המנגנונים ה"סמויים" או הבלתי-פורמליים לחילופי מידע מתואר בשמאלו של תרשים 2. במנגנונים אלה הכוונה למצבים שבהם מוחלף מידע בין המתחרים, בדרכים עצמאיות, אשר אינן מלוות בהסדר כובל נוסף כלשהו ותוך היעדר קיומו של כל סממן משפטי או מוחשי לתהליך של הידברות ישירה כלשהי בין המתחרים. כל העברות המידע נעשות באמצעות מערכות נייטרליות, כלליות אשר לא הוקמו על-ידי המתחרים, לא מומנו על-ידיהם (בלעדית או באורח ממשי) ולא נועדו לצרכיהם בלבד. זהו ה"גרעין הקשה" של המנגנונים של חילופי המידע בין

דיון בסוגיה. הדיון יתקיים מחר. שמואל גולומב, מנכ"ל איגוד חברות הביטוח, אישר בתגובה כי הנושא יועלה לדיון. גולומב אמר: "אני לא מבין על מה כל הרעש. אחרי הכל, מדובר בעניין לא משמעותי". המפקח על הביטוח פסל את הכינוס שיערך מחר. לדבריו, לא מקובל עליו שחברות הביטוח ידונו כגוף אחד בנושא תעריפי ביטוח. לדבריו, המדובר בענין חמור במיוחד, שכן הן עלולות להיות מואשמות בהתנהגות קרטלית. שביט הדגיש, כי כל סיכום שיושג מחר לא יהיה מקובל עליו והוא ידון בפרשה עם כל אחת מחברות הביטוח בנפרד.

בפסקה קצרה זו מוארים שלושה מנגנונים לחילופי מידע בין המתחרים בשוק הביטוח: שניים מהם ממלכתיים/ציבוריים – המפקח על הביטוח וחברות הביטוח "אבנר"; ואחד בשוק הפרטי – איגוד חברות הביטוח. היבט נוסף בכתבה, הרלבנטי לעניינו, הוא התייחסות המפקח על הביטוח לדיני ההגבלים העסקיים. לכאורה מדובר בנטילת אחריות ובמבט מקיף של המפקח על הביטוח, כרשות שלטונית בעלת ראייה כוללת, גם בתחום הפגיעה בתחרות; אולם למעשה החברות יכולות היו להסכים ביניהן על התעריפים הרצויים ואחר-כך, כל חברה בנפרד – לדרון על כך עם המפקח, אשר מבחינתו "לא יראה" כאן כל פגם בהליך. ייתכן שהגישה שנוקט כאן המפקח על הביטוח מקשה על המתחרים, המנסים ליצור הסדר-קשירה גלוי, המתאים לקרטל; אולם תוצאת גישה זו תהיה דחיפת המתחרים לעבר פעילויות סמויות יותר, אשר קשה יותר לזהותן ולהוכיח את היותן בסיס להסדר כובל. פעילויות סמויות, כחץ המרמז על כך בתרשים 2, מתאימות יותר לאוליגופול מאשר לקרטל. ואמנם, ייתכן כי שוק הביטוח בארץ – עקב תהליך "בליעת" החברות הקטנות ויצירת ריכוזיות במקנה שוק, שבו נותר מספר מצומצם של קבוצות גדולות – הופך בהדרגה לאוליגופול.

בשולי דברים אלה יודגש, כי אין מובאת בחיבור זה סקירה של ענף הביטוח או של כל ענף ספציפי אחר, על מאפייניו הכלכליים הייחודיים, אשר ייתכן שהם מצדיקים, בישראל ואף במדינות אחרות, התייחסות ייחודית של דיני ההגבלים העסקיים. הכוונה כאן היא דווקא להצביע על מנגנונים דומים, העשויים לאפשר חילופי מידע בין מתחרים בענפים עסקיים שונים.

מתחרים — סוג המנגנונים שהשפעתם על הגבלת התחרות היא הקשה ביותר לאיתור ולהוכחה מבחינה משפטית.

את קיומם של הסדרים כובלים בענף זה של התרשים לא ניתן להוכיח בדרך ישירה של זיהוי הסכמה מפורשת בין המתחרים, שכן אין הסכמה כזו בנמצא⁷¹. לרוב מאפשרים מנגנונים אלה הגבלת תחרות יעילה רק בשווקים שבהם קיימת ריכוזיות רבה בשליטה — במבנים אוליגופוליים⁷² או קרובים למונופולים משותפים⁷³; שכן במבנים אלה אין בדרך-כלל צורך בתיאום חיצוני, ביצירת ביטחון בין מתחרים רבים ומפוזרים ובמנגנוני-אכיפה — פרקטיקות אשר לכולן עשויות להיות נוכחות גלויה. במבנה ריכוזי מספיק, עצם התלות ההדדית שבין המתחרים די בה לעתים כדי להשרות הגבלת תחרות אפקטיבית⁷⁴, בזמן שהמידע — אשר חילופיו בין המתחרים הם התנאי היחיד הנוסף הנדרש כדי לאפשר הגבלת תחרות כזו — מוחלף בכלים בלתי-לויים. אם השיטה המשפטית מעוניינת להתמודד באופן ענייני גם עם נסיבות כאלה, עליה להגמיש את הדרישות הראייתיות המספיקות לצורך התערבותה ולהסתמך בעיקר על התוצאה הכלכלית הבלתי-רצויה של הפעילות, תוך צמצום הדרישה להוכחת קיומו של ההסדר הכובל מבחינה מוחשית לכדי הדרישה להוכחת ראשית-הסדר בלבד, היא אותה פעילות הדדית של חילופי מידע בין המתחרים.

במסגרת הפעילויות המסתייעות בכלים נייטרליים לשם קיום חילופי המידע, ניתן למצוא כאלה העושות שימוש גם במנגנונים של חברות להספקת מידע כללי בשוק, אשר יעודן הוא גם לתועלת הצרכנים או הלקוחות⁷⁵. דרך נוספת, פשוטה

71 על הבעייתיות ראה ב-434 (1977) cert. denied, 561 F.2d 434 *Bogosian v. Gulf Oil Corp.* U.S. 1086 (1978).

72 ראה 39–77 (U.S., 1976) *R. Posner Antitrust Law: An Economic Perspective*; וכן G.J. Stigler "A Theory of Oligopoly" 72 *J. of Pol. Econ.* (1964) 44.

73 G.A. Hay "Oligopoly, Shared Monopoly and Antitrust Law" 67 *Cornell L.R.* (1982) 439, 472.

74 בעבר היתה גישה בבית-המשפט העליון של ארה"ב, אשר סברה כי די בתלות אוליגופוליסטית הדדית בין מתחרים כדי לשמש בסיס לאחריות להגבל עסקי. לגישה זו אין עוד תמיכה של ממש בערכאה זו. ראה גם: 328 U.S. 871 (1946) *American Tobacco Co. v. U.S.* לעומת 346 U.S. 537 (1954) *Theatre Enterprises v. Paramount Film Distributing Corp.*

75 כך, לדוגמא, מערכת ה-Minitel בצרפת, הנגישה לביתו של כל מנוי ומספקת מידע שוטף ומיידי לגבי ההיצע והמחירים של מוצרים ושירותים רבים. מערכות נסיוניות מסוג זה מופעלות כיום גם בישראל וסביר כי בעתיד יאפשרו לענפים רבים (נוסף על ענף שירותי-התעופה, למשל, אשר נדון לעיל) להשתלב במסגרות ממוחשכות לחילופי מידע.

יותר, לחילופי המידע במסגרת זו היא בהורעות פומביות בנוגע למחיר, לתפוקה או לתוכניות עסקיות בהווה או בעתיד – באמצעי-התקשורת הרגילים. הן בחילופי מידע באמצעות אמצעי-התקשורת הרגילים או על-ידי חברות להספקת מידע, הן דרך המערכות הגלויות בחלקן⁷⁶ יכולים המתחרים לנקוט אסטרטגיות-תואם שונות, אשר ניתן בדרך-כלל לאתר בבסיסן שתי תכניות חלופיות או משלימות:

1. כאשר מבחינת מבנה השוק הרלבנטי יש כמה מתחרים מובילים, שלכל אחד מהם שליטה בנפח שוק דומה, תתאים יותר אסטרטגיה של כמה איתותים הודיים בין המתחרים המובילים, קודם לנקיטה שינויים במאפיינים המסחריים של מי מן המתחרים⁷⁷.

76 ראה הריון לעיל, בפרק זה, ליד הערות 53-70.

77 דוגמא לשיטה כזו של איתותים הודיים ניתן לראות במערכת ההפצה וההזמנות המשותפת של חלקן מחברות-התעופה בארצות-הברית, אשר נדונה לעיל בפרק זה, ליד הערות 58-59. בישראל ייתכן שניתן לזהות שיטה דומה של איתותים או של הובלה במחיר, בהורעות הפומביות של חמשת הבנקים הגדולים בנוגע לשינויים עתידיים בריכויות החובה הנגבות על אשראי שקלי לא צמוד. למשל: במחצית חודש ינואר 1993 הודיע אחד הבנקים פומבית (בפרסומים בעיתונות היומית מאותה תקופה) על כוונתו להעלות את ריכויות החובה הנ"ל בשיעור של כ-1% החל מתאריך עתידי נקוב. שני בנקים נוספים הצטרפו והודיעו פומבית על כוונתם להעלות את אותה ריכויות אצלם בשיעור דומה. תאריך ההעלאה העתידי שפרסמו היה יום לאחר זה של הבנק הראשון. בנק רביעי הצטרף אף הוא להודעות על העלאת הריכויות הצפויה תוך ימים ספורים. הבנק החמישי בקבוצה הפגין מדיניות עצמאית, תוך שהוא מודיע כי לא יעלה את הריכויות עקב אסטרטגיה עסקית חודשה שלו; אולם לאחר כשבועיים (יום לאחר דחיית הנפקת מניות בנק זה בהחלטה של ועדת-הכספים של הכנסת) הודיע הבנק, כי הוא מצטרף לקודמיו ומעלה את אותה ריכויות בשיעור דומה. הבנקים, אם יש בחילופי המידע שביניהם משום הגבלת תחרות אפקטיבית ומתמשכת, אינם נזקקים לצורך כך להידברות ישירה או למנגנונים חיצוניים (גלויים בחלקם), כגון איגוד-הבנקים, המפקח על הבנקים וכו'; שכן רמת התלות ההדדית בענף גבוהה. המדובר בסוג ריכויות מאוד בסיסי והומוגני (ריכויות הפריים) וכן קיימים משתנים מבניים תומכים נוספים במערכת, כגון מחסומי כניסה של ממש ועוד (ראה דיון בפרק ג). לעיתים נזקק ההסדר הקושר הסמוי לאמצעי כפייה וענישה (ראה: Scherer, *supra* note 53, at pp. 151-168), אך אין אמצעים אלה בחזקת הכרח, במיוחד במבנה אוליגופולי. לעניין זה ראה עוד גלמור, לעיל הערה 4, בעמ' 599-601; וכן L. Kestenbaum "Preventing Price Fixing by Israeli Banks — Antitrust Rules in Settlement of a Criminal Case" 21 *Isr. L. R.* (1986) 177, esp. 184, 189-193.

2. כאשר מבנה השוק שבו מדובר ריכוזי יותר (במיוחד באוליגופולים) ויש מתחרה יחיד המוכיל מבחינת שליטתו בשוק באופן מובהק, תתאים אסטרטגיה של איתותים מטעמו בלבד, תוך הותרת פרק-זמן המספיק לשאר המתחרים "ליישר עמו קו", כטרם יבוצע השינוי בפועל⁷⁸.

בתום סקירת סוגי המנגנונים לחילופי המידע ייתכן שנוצרת תחושה כי חלק מן המנגנונים משמשים באופן כמעט בלעדי להגבלת תחרות. אולם לרוב המנגנונים, ואף לשתי האסטרטגיות שהוצגו לעיל, תפקידים נוספים (עיקריים לעיתים) אשר יש בהם תועלת⁷⁹. תועלת זו עשויה לאזן בחלק מן המקרים את השפעתה השלילית של הגבלת התחרות⁸⁰. מכל-מקום, מובן כי במצב שבו יש פוטנציאל להגבלת תחרות רצוי להתחיל ולפקח על המנגנון של חילופי המידע. פיקוח ובקרה כאלה קל יותר לקיימם כאשר מנגנון חילופי המידע, על הסכנה שישמש כיסוד לפעילות מגבילת-תחרות בקרב המתחרים, הוא גלוי. מכאן, כי כמדיניות רצויה יש לעודד קבוצות-מתחרים לפעול באמצעות מנגנונים של חילופי מידע גלויים ככל האפשר ובכך לחשוף את הסדריהן לביקורת. דחיקת המתחרים לעבר פעילות סמויה⁸¹ עשויה למתן אולי חלק מן הפעילות הקרטליסטית — המבוססת לרוב על מנגנונים פורמליים יותר, שיש להם נוכחות מוחשית בת-הוכחה — אך ספק אם תוכל דחיקה זו לפגוע בפעילות מגבילת-תחרות המבוצעת על-ידי אוליגופולים.

יתר על כן: גם כאשר ניתן לזהות מציאות שבה מופעלות טקטיקות של חילופי מידע בין מתחרים, כגון איתותים או הודעות מוקדמות, עדיין לא ניתן להסתפק בכך כדי להוכיח קיומה של פעילות מגבילת-תחרות⁸². הסיבה לכך נעוצה בטיעון המרכזי שהעלו חברות-התעופה בארצות-הברית⁸³ כנגד הטענות כי נעשה שימוש במערכת-ההזמנות הממוחשבת המשותפת שלהן ככלי להגבלת תחרות. חברות-התעופה אישרו, כי יש נזהג של הודעות מראש באמצעות מערכת-ההזמנות

78 ראה: *Sugar Institute case, supra note 24* והשווה: *Catalano Inc. v. Target Sales Inc.* 446 U.S. 643 (1980). כן ראה גישת ה-F.T.C. מול גישת בית-המשפט העליון של ארה"ב, בפרשת *E.I. du Pont, supra note 54*.

79 תועלת, לפחות במובן של הגדלת הרווחה המצרפית בחברה, ואי-פגיעה (Pareto) בחלוקתה.
80 ראה, למשל, Note "Antitrust Liability for an Exchange of Price Information — What Happened to Container Corporation?" 63 Va. L.R. (1977) 639.

81 על התוצאה האפשרית של פעילות המפקח על הביטוח, בהתמודדותו עם פעולות קרטליסטיות לכאורה של המתחרים בתחום זה, ראה לעיל הערה 70.

82 ראה גם לעיל הערה 74.

83 טיעון מסוג זה יכולים להעלות גם הבנקים המובילים בישראל, אשר הוזכרו בהערה 77 לעיל, כנגד הטענה שהודעותיהם הפומביות המוקדמות בנוגע לשינויי ריבית-החובה הבסיסית שנגבית על-ידם, משמשות פרקטיקה להגבלת תחרות.

בנוגע לשינויי מחיר, נפח טיסות וכו', אך סברו כי אין בכך כדי להראות הגבלת תחרות. לטענתן, יש להסתכל על פעילותן באופן הפוך לחלוטין – כמשקפת שיקולים עסקיים לגיטימיים⁸⁴. כלומר: לא הגבלת תחרות נמצאת כאן, אלא תחרות משוכללת ביותר: גם במודל השוק האופטימלי, בקיום תחרות יעילה, מתכנס השוק בשווי משקל למחיר אחד עבור מוצר הומוגני. מכאן, שמהעובדה כי בשוק הטיסות (הנחשבות למוצר הומוגני למדי) יש אחדות במחיר לא ניתן להקיש היעדר תחרות. אמנם, בשווקים מציאותיים לא ניתן למצוא לרוב מחיר אחד ממש, אלא תנודות סביב מחיר שווי המשקל; אולם הסיבה לכך היא היעדר מידע מלא בעלות זניחה לפעילים בשוק. והנה, מבנה ענף התעופה אשר חייב את הקמת מערכת השידוק המשותפת יצר אפשרות לחילופי מידע כמעט מושלמים באמצעות ערוצי התקשורת הממוחשבת. העברת המידע המשופרת הביאה לתנודות קטנות יותר סביב מחיר שיווי המשקל ולהתכנסות מהירה של המחירים אל מחיר זה. את ההודעות המוקדמות בדבר הכוונה להעלאות מחיר הסבירו חברות התעופה ברצון לשפר את השירות ללקוחות על-ידי מניעת זעזועים פתאומיים ומתן אפשרות לתכנן ולחיסכון⁸⁵.

כדי להוכיח אפוא את קיומו של מנגנון הגבלת תחרות, שהוא סמוי או סמוי בחלקו ומבוסס על קיומם של חילופי מידע, לא די בזיהוי סוג המידע המוחלף ובאיתור המנגנון של חילופי המידע עצמו; שכן עדיין קיימות טענות-הגנה שונות הדומות לאלה שהעלו חברות התעופה בארצות-הברית. כדי לבדוק את חוסן של טענות אלה יש להביא בחשבון שיקולים נוספים, שעניינם המאפיינים הכלכליים-מבניים של השוק הנדון ושל קבוצת המתחרים הנבדקת לגביו. שיקולים אלה יידונו להלן.

ג. חילופי מידע לפי מבנה השוק

עד כה דנו בסקירת המאפיינים הכלכליים הספציפיים של חילופי המידע, חתכי סוג המידע המוחלף בכל מקרה נתון והמנגנון המשמש לחילופיו. כפי שכבר צוין, לא ניתן לנתק את בחינת המאפיינים הכלכליים הספציפיים מן הבחינה המקיפה יותר של המבנה הכללי של השוק הרלבנטי שחילופי המידע מתקיימים במסגרתו. בנקודה זו נעלם ייחוד התופעה של חילופי המידע בין מתחרים כסוג נפרד של פעילות המאפשרת קיום הגבלת תחרות אופקית, והבדיקה הכלכלית מתלכדת עם

⁸⁴ Cooper, *supra* note 58, at p. 554, והשווה: Container Corp. case, *supra* note 24.

⁸⁵ הפחתות במחירים והנחות שונות הניתנות בנפרד לכל נוסע לא פורסמו באמצעות מערכת השידוק הממוחשבת. ראה Cooper, *ibid*, p. 554.

הבדיקות שיש לבצען לגבי כל חשד להגבל עסקי או להסדר כובל אופקי. שלא במפתיע מסתבר, כי ככל שתנאי השוק הנדון ומבנהו הכלכלי מתאימים ובשלים יותר לקיום הסדרים כובלים אופקיים בכלל, כך הוא מזמין יותר גם חילופי מידע בין מתחרים, העשויים להוביל להגבלת תחרות.

מסיבה זו, ומכיוון שהחיבור לא נועד להקיף את תחום ההגבלים העסקיים האופקיים כולו, אלא לעורר את תשומת-הלב לחילופי מידע בין מתחרים כחלק מתחום זה בלבד – תצוין בקצרה במסגרת פרק זה רק חשיבות התאמתם של הממצאים הספציפיים, העולים מתוך בדיקות סוג המידע המוחלף ומנגנון חילופיו, לממצאי הבדיקות הכלכליות המקבילות של השוק.

כאמור, התיאוריה הקלאסית של השוק המשוכלל מניחה קיום מידע מלא לכל הפעילים בשוק לגבי מנגנון השוק ואופי העסקות המתבצעות בו. הנחה זו היא אחד התנאים היסודיים לתחרות יעילה⁸⁶. בעולם שבו יש עלויות בלתי-זניחות להשגת המידע, לא יתקיים לרוב תנאי זה; אולם נראה לכאורה, כי רצוי לעודד זרימה חופשית ככל האפשר של מידע, כדי לנסות ולהתקרב לקיום הנחת-היסוד לתחרות מושלמת. מנגד יש לזכור, כי הנחות נוספות של מודל השוק המשוכלל אינן מתקיימות במלואן במציאות⁸⁷. לדוגמא: לא תמיד ישנם בשוק של מוצר ספציפי כמות מספקת של קונים ומוכרים, אשר כל אחד מהם קטן דיו כך שאין לו השפעה עצמאית על השוק. מכאן, שמודל השוק המשוכלל איננו מתאר באופן מדויק שווקים מציאותיים רבים, אף בהנחה כי ניתן היה לקיים בהם מצב של חילופי מידע בעלות אפסית. אי-התקיימותן של שאר הנחות מודל השוק המשוכלל בשווקים מציאותיים רבים מחייבת בדיקה זהירה של מידת רצוננו בקיום רמת חילופי מידע גבוהה. ייתכנו מצבים שבהם, כתנאים נתונים של מבנה שוק, הגבלתה של זרימת המידע תהיה עדיפה על עידודה⁸⁸.

לחילופי מידע בין מתחרים תהיה השפעה שונה על הגבלת התחרות, בתלות במבנה השוק הנדון ובתלות ההדדית שבין המתחרים באותו שוק. ניתן לזהות

86 ראה, למשל, Neale, *supra* note 7, at p. 44.

87 טרם פותחה תיאוריה שלמה לתיאור התנהגות שוק בתנאי תחרות בלתי-מושלמת. ראה גם P.W.S. Andrews *On Competition in Economic Theory* (U.K., 1964). למתחרים אינטרסים שונים, מורכבים יותר מן הדרישה הסתמית לרצון להשאת רווחים. חלק מאינטרסים אלה נועד לשמירה על ביטחון ויציבות גם לטווח הארוך, כגון שמירה על נפח שוק ועוד. נוסף על כך, במסגרת ההתייחסות העיונית לא ניתן להזניח גם את הטיפול במידע אשר על-אף שאיננו רלבנטי לדרישות היסוד שבמודל השוק המשוכלל, מגיע בכל-זאת לידי מתחרה, ואזי איננו מושמד או נעלם, אלא מנוצל על-ידי המתחרה לתועלתו – גם תוך סטייה מעקרונות התחרות המושלמת.

88 R. Whish & B. Sufrin *Competition Law* (U.K., 3rd ed., 1993) 412–413

מאפיינים שונים של השוק ושל קשרי המתחרים בו, אשר עשויה להיות להם השלכה על סוגיה זו. להלן, בעיקר לצורך הדגמת חשיבותה של ההתייחסות גם למאפיינים אלה, יוצגו חלק מן המרכזיים שבהם:

1. ככל שמספר המתחרים בשוק ספציפי גדול יותר, והם מחלקים ביניהם את נפח המסחר הכולל לחלקים קטנים-יחסית, אך לא בהכרח שווים בגודלם⁸⁹, כך מתקרב השוק לדרישות היסוד של מודל התחרות המשוכללת. במצב כזה, בהותרת שאר המשתנים קבועים, כל אמצעי – ובכלל זה חילופי מידע בין מתחרים – המשפר את רגישות המתחרה היחיד לשאר המתחרים ולשוק, יפחית את הסטיות מן האופטימום לאורך זמן, יסייע ליציבות ויעודד תחרותיות⁹⁰. בגבולות מסוימים⁹¹ אין במצב זה תועלת רבה יותר למתחרים בתיאום ובקשירת השוק על-פניו זו שיפיקו בקיום תחרות חופשית.

2. כאשר ישנם הבדלים של ממש ביעילות תהליכי היצור והשיווק בין המתחרים, כך שהגדלה נתונה בכמות המוצר המיוצרת בשוק כרוכה בתוספת עלות שונה אצל כל יצרן, אזי ישנם אצל המתחרים השונים מחירים אופטימליים שונים, שעבורם יכול כל מתחרה להגיע למירב הרווחיות⁹². למאפיין זה של השוק יש קשר למאפיינים נוספים שלו, ובעיקר לנתון של מספר החברות הפועלות בו: אם בשוק מצוי מספר מתחרים קטן, ייתכן שניתן להשיג ביניהם תיאום מחירים יציב; אולם בקיום מספר מתחרים גדול קטנה היכולת להשיג הגבלת תחרות אפקטיבית לאורך זמן, בשל השוני בין המחירים האופטימליים האפשריים⁹³. במצב כזה, קיום חילופי מידע בין המתחרים לא בהכרח יביא להגבלת תחרות.

3. ככל שרב יותר הגיוון בשוק המוצר שבו מדובר ובשוק המוצרים החלופיים לו, כך קשה יותר להתייחס אל שוק המוצר (ולתחליפיו) כאל שוק אחד, וקשה יותר

89 Hay, *supra* note 73, at p. 448.

90 G.J. Stigler *A Theory of Oligopoly in the Organization of Industry* (1968) 39.

91 למעשה הסדר הקשירה היחיד האפשרי במצב זה יהיה קרטל, אולם בתנאים הקרובים לאלה שבשוק משוכלל קשה יהיה לשמור על קיום הקרטל לאורך זמן. זאת, תוך כדי תלות במנגנון הסנקציות שבו ייעזר הקרטל ובחלוקת במאפיינים מבניים נוספים, כגון קיום מחסומי כניסה (ראה להלן, ליד הערות 101-102).

92 זהו מצב שבו ישנם הבדלים בין השיפועים של עקומות העלות השולית אצל המתחרים השונים. מאחר שהחיתוך בין עקומת העלות השולית של כל יצרן עם עקומת הביקוש מכתוב את המחיר (והכמות המיוצרת) האופטימלית עבור כל יצרן בתנאי תחרות, מתקבל כי יהיה קשה יותר להסכים על מחיר אחיד מסוים בשוק ככל שעקומות התועלת השולית יהיו בשיפועים שונים אצל המתחרים בשוק. ראה Posner, *supra* note 72, at p. 51.

93 Clark, *supra* note 40, at p. 897.

ליצור תיאום במחיר או בתפוקה⁹⁴, גם בנוכחותם של חילופי מידע⁹⁵. הגיוון יכול שיהיה באיכות, בצורת ההובלה, במכירות משולבות של חבילות המורכבות ממספר מוצרים⁹⁶ ועוד.

4. תדירות עשיית העסקות בשוק ומידת היותן של העסקות גלויות אף הן מן המאפיינים המשפיעים לענייננו⁹⁷. כאשר מתחרה מתקשר במספר עסקות קטן (יחסית) בתקופת-זמן נתונה, יש לו תמריץ רב יותר לעקוף את התיאום הקבוצתי בכל עסקה ועסקה, אם קיים כזה, ולמכור במחיר הרצוי לו ביותר⁹⁸; במיוחד אם אופי העסקות בשוק אינו מכתיב את ביצוען באופן גלוי (למשל: בשוק פתוח), אלא מאפשר קיומן באמצעות הסכמים הידועים לקבוצות מצומצמות בלבד⁹⁹.

5. מאפיין מבני מרכזי¹⁰⁰ בקביעת רמת הסיכון להגבלת תחרות אפקטיבית בשוק הוא קיום מחסומי-כניסה של ממש בפני מתחרים פוטנציאליים, או היעדרם של מחסומים-כאלה¹⁰¹. מחסומי הכניסה יכול שיהיו עקב יתרונות טבעיים לגודל או לנכסים שכבר מצויים בידי המתחרים הפעילים בשוק; עקב הגבלות חיצוניות,

94 Scherer, *supra* note 55, at pp. 200–203.

95 מובן, כי אם הגיוון קיים, אך בהיבט קל לחשב את עלות ההכדלים בין סוגי המוצר הנסחרים, הרי שחילופי מידע ברבר המחיר, ו/או נוסחאות חישוב מחיר המתחשבות בהבדלים שבין הסוגים, עשויים בכל-זאת לשמש כסיס להגבלת תחרות. לפיכך, יש לשקול את רמת חילופי המידע הרצויה לגבי המשמעות האפקטיבית של הגיוון במוצר.

96 R.B. Heflebower "Toward a Theory of Industrial Markets and Prices" 44 *Am. Econ. R.* 121, 123 (1954).

97 Clark, *supra* note 40, at p. 898.

98 לדוגמא: אם מדובר במתחרה המבצע עסקה גדולה יחידה מדי כמה שנים, יש לו אינטרס עז להפר הסדרים מגבילים וכן קשה לדאוג ל"הענשתו" בפרק-זמן קצר.

99 המאפיין של רמת חשיפת המידע ה"טבעית" בנוגע לעסקה למתחרים קשור באופן הדוק במיוחד לשאלת רמת חילופי המידע הנוספים הרצויה בשוק. ככל שיוגברו חילופי המידע הנוספים, תגדל רמת חשיפת המידע הכוללת ועמה גם מידת חשיפת ענייני העסקיים של כל מתחרה לידיעת מתחרים אחרים והגברת יכולתם של אותם מתחרים לאכוף את התיאום הקושר.

100 כאמור, ישנם מאפיינים מרכזיים נוספים בני-חשיבות לשאלת הסיכוי שחילופי מידע בין מתחרים ישמשו לצורך הגבלת תחרות, אשר לא יידונו כאן, כגון מספרי הקונים והתפלגות הביקוש המצדף בין הקונים, גמישות עקומות הביקוש וההיצע בשוק, מיקום המתחרים לאורך שרשרת הייצור או השיווק (שאלות אנכיות המתמזגות בשאלות האופקיות הנדונות כאן) ועוד. ראה G.A. Hay & D. Kelley "An Empirical Survey of Price Fixing Conspiracies" 13, 15–16 *J. of Law and Econ.* (1974) 17; וכן L.J. Zimmerman *The Propensity to Monopolise* (Holland, 1952) 41–44.

101 Scherer, *supra* note 55, at p. 326.

רגולטוריות ואחרות, של המדינה או של רשויות אחרות; עקב פעולות מכוונות של המתחרים עצמם¹⁰² ועוד. בהיעדר מחסומים מסוג זה ייקשה על הסדרים כקרטל או כאוליגופול לשרוד לאורך זמן, עקב כניסת מתחרים חדשים אשר יגדילו את מספר הנהנים מ"עודף היצרנים" – הלא הוא אותה העברת רווחה מידי הלקוחות לידי היצרנים שלשמה מעוניינים היצרנים להתקשר בהסדר הכולל מלכתחילה – או אשר יורידו בעצמם את המחירים (או יגדילו את התפוקה, לפי העניין). במצב זה לחילופי מידע בין מתחרים שוב לא יהיה תפקיד של ממש בהגבלת תחרות. אם כן, לפי השיקולים הנוגעים למבנה השוק שבו מדובר, אשר הודגמו לעיל, ניתן לראות כי כאשר מבנה השוק הטבעי או המושרה על-ידי דיני ההגבלים העסקיים מקיים תנאים המעודדים תחרות, לא יהיה מקום רב להגביל חילופי מידע בין מתחרים. עם זאת, הקושי הבסיסי באפיון מבנה השוק באופן מדויק מבחינה כלכלית ותלותם של המאפיינים הכלכליים הספציפיים של חילופי המידע בין המתחרים באותו שוק באפיון זה יוצרים שאלה מורכבת בפני הבא לקבוע את המידה הרצויה של חילופי מידע אלה¹⁰³.

הדיון עד כה יוצא מההנחה, כי הרמה הרצויה של חילופי המידע נקבעת לפי מבנה השוק, לאחר שכבר חצתה את משוכות הפרקים הקודמים. כלומר: כאשר זוהה כבר סוג המידע המוחלף ואותו (מעשית) מנגנון חילופי המידע העשוי להביא להגבלת תחרות, וכעת אנו משלבים את מסקנות הבחינה של מאפייניו הכלכליים המכניים של השוק עם הממצאים הספציפיים שהגענו אליהם קודם-לכן. אולם ישנם, כאמור, מנגנונים סמויים של הגבלת תחרות שקשה לאתרם ולקשור בינם לבין התוצאות הכלכליות הבלתי-רצויות ברמת השוק הרלבנטי כולו, שכן הם מתבססים על חילופי מידע בלבד אשר אף הם נערכים מעל במות נייטרליות.

102 לדוגמא המתחרים יכולים לקצץ ברווחיהם לתקופת-מה, כדי להרחיב מתחרים חדשים מלהיכנס לשוק. כמובן יכולים המתחרים הקיימים לשמור בידיהם כושר-ייצור עודף בלתי-מנוצל כאיום על כניסת מתחרים חדשים. בקיום פרקטיקות מעין אלה ייתכן שניתן להתייחס לחילופי המידע שבין המתחרים כאל "סימפטום" בלבד, ולא כאל בסיס להגבלת התחרות.

103 להמחשת מורכבות זו ראה אף הטוענים כי בנסיבות מסוימות רצוי לאפשר – בתוך המסגרת המשפטית הלגיטימית – הסכמים לחילופי מידע בין מתחרים ואף הסכמי קשירה מפורשים: D. Dewey "Information, Entry, and Welfare — The Case for Collusion" 69 *Am. Econ. R.* (1979) 587; D.E. Waldman "Welfare and Collusion — Comment" 72 *Am. Econ. R.* (1982) 268. לביקורת המודל ראה גם: K. Bullock & S.J. La Croix "Welfare and Collusion; Comment" 72 *Am. Econ. R.* 256 (No. 1, 1982); O. Grawe & T. Overstreet "Welfare and Collusion — Comment", *ibid*, p. 259; R.H. Koller "Welfare and Collusion — Comment", *ibid*, p. 265; P.L. Williams "Welfare and Collusion — Comment", *ibid*, p. 272; ותגובת מציע המודל המקורי: D. Dewey "Welfare and Collusion — Reply", *ibid*, p. 276.

עובדה זו מעוררת שאלה שהיא תמונת-ראי לדיון שלעיל: האם די בזיהוי מצב שבו יש בפועל פעילות מקבילה של מתחרים (conscious parallelism), תוך שמבנה השוק יוצר סיכון להגבלת תחרות, כדי להתערב ולמנוע פעילות שכזו?¹⁰⁴ (ללא איתור מנגנון-קשירה המתבסס על חילופי מידע באופן מוחשי וללא זיהוי סוג המידע המוחלף). לכאורה אין מניעה להסתמך על ראיות כלכליות כלליות בלבד, שכן ממילא מדובר בפעילות של הגבלת תחרות הנבחנת בעיקרה במישור הכלכלי הכללי; אולם בפועל קשה לקבל החלטות משפטיות המתערבות בפעילות המתחרים בשוק ללא שמץ בסיס ספציפי, מוחשי¹⁰⁵. אף דרך ההתערבות הבסיסית של הוצאת צו-מניעה כנגד פעילות מקבילה של מתחרים או הכרזה עליה כבלתי-חוקית היא בעייתית כאן¹⁰⁶, שכן לא ברור כנגד מה בדיוק יוצא הצו או תינתן ההכרזה במציאות¹⁰⁷.

ניתן אפוא לראות את מורכבות ההתייחסות למאפיינים המבניים של השוק הן לצד זיהוי מנגנונים קושרים המתבססים על חילופי מידע ולצד סיווג המידע המועבר דרכם, הן בהתמודדות עם חילופי מידע המאפשרים פעילות סמויה של הגבלת תחרות אשר מחייבת את השיטה המשפטית המתערבת להסתמך בעיקר על ניתוח המצב הכלכלי-כללי של השוק הנדון. זאת, מתוך נקודת-מוצא המתמקדת בתוצאה הבלתי-רצויה יותר מאשר בזיהוי ההתנהגות אשר גרמה לאותה תוצאה על כל פרטיה. בהסדרים הסמויים כמעט שלא ניתן לטפל ללא בחינה מבנית של השוק ושל קשריהם הכלכליים ההדדיים של המתחרים בו. בהסדרים הגלויים והגלויים בחלקם ניתן לטפל תוך היזקקות פחותה לבדיקת מאפייני השוק הכלליים, אך הדבר עשוי להביא לתוצאות מוטעות¹⁰⁸ ולתמרוץ המתחרים לעבור לפעילות סמויה, המתבססת על חילופי מידע בלבד והמצויה לעתים מחוץ להישג-ידה של השיטה המשפטית. מכאן, כי בכל סוגי המקרים על המדיניות המשפטית הרצויה להתחשב במידה רבה באותם מאפיינים כלכליים מורכבים¹⁰⁹. למסקנה זו השלכה על היותו

104 R. Posner "Oligopoly and the Antitrust Laws — A Suggested Approach" 21 *Stan. L.R.* 104 (1969) 1562.

105 על ההבדל בגישות הערכאות השיפוטיות בארה"ב ראה בהערה 74 לעיל, וראה גם G.A. Hay "The F.T.C. and Pricing: of Predation and Signalling" 52 *Antitrust L.J.* (1983) 409, 413.

106 D. Turner "The Definition of Agreement Under the Sherman Act — Conscious Parallelism and Refusals to Deal" 75 *Harv. L.R.* (1962) 655.

107 אם כי ניתן לנסות ולבצע רגולציה לאוליגופול, כמו רגולציית מונופולים. כמרכן ניתן ליצור מערכת-סנקציות אשר תרתיע *ex ante* את האוליגופולים מלפעול באופן מגביל תחרות.

108 ראה, למשל, הדיון בנוגע לטענותיהן של חברות-התעופה בארצות-הברית, בפרק ב לעיל; וכן בדיון בפסקי הדין המובאים בפרק הבא.

109 מובן כי גם הכלכלה — כמוה כמשפט — איננה יכולה לתת תמיד תשובות ברורות

של הכלל המשפטי המועדף לטיפול בתופעת חילופי המידע בין מתחרים גמיש וכללי ועל היות הערכאה המשפטית-רגולטורית הרצויה לפיקוח על יישום הכלל המשפטי ברת הבנה כלכלית מספקת.

בשלושת הפרקים המסתיימים כאן הוצגה דרך ניתוח העוסקת באופן שיטתי בשיקולים הרלבנטיים השונים בנוגע למקרים של הסדרים כובלים אופקיים המערבים חילופי מידע בין מתחרים או מושתתים באופן בלעדי על חילופי מידע כאלה. יש לנסות ולבחון אפוא בכל מקרה נדון, במשולב, את סוג המידע המוחלף, את מנגנון חילופיו ואת המבנה הכלכלי של השוק הרלבנטי. לפי בחינה זו יתגבשו המסקנות לגבי פעילותם של חילופי המידע הנקוטה בידי המתחרים: האם היא מאפשרת או מעודדת הגבלת תחרות, הפוגעת מצדה ברווחה המצרפית החברתית או משנה את אופן חלוקתה. בפרק הבא ייבחנו מקרים מרכזיים שנדונו בשיטות-משפט שונות, לפי דרך הניתוח שהוצגה לעיל.

ד. בחינת הלכות מרכזיות לפי הניתוח השיטתי

דיני ההגבלים העסקיים, כפי שנתגבשו על-ידי פעולות חקיקה ופסיקה במדינות מפותחות שונות ובישראל, מכילים בתוכם בדרך-כלל עיסוק בשורה של הסדרים אופקיים כובלים המתאפיינים בהיותם מפורשים ובוטים-יחסית, לצד מנגנוני-רשת האמורים לאפשר לגופים הבוחנים והמסדירים את הפעילות העסקית להתערב גם במקרים פחות חד-משמעיים, ובגדר אלה מקרים שבהם הפעילות היחידה המביאה להגבלת תחרות היא חילופי מידע בין מתחרים¹¹⁰. מבחינה פורמלית לפחות יש

חד-משמעיות לכל שאלה, וייתכן כי גם בהפניה להסתמכות על הממצאים הכלכליים לא יימצא פתרון חותך במקרים שונים. על-אף זאת, התחום שאנו עוסקים בו הוא כלכלי מעצם מהותו ונכון תעשה אפוא השיטה המשפטית אם תסכין לקלוט לתוכה את השאלות הכלכליות הרלבנטיות ולפעול לפי התשובות הטובות ביותר שניתן לספק לשאלות אלה. מוטב, כי טעויות השיטה יהיו מבוססות על שגיאות בניתוח הכלכלי הרלבנטי מאשר על טעויות משפטיות פורמליות שאינן ממנ העניין (ראה עוד בפרק הבא).

110 דיני ההגבלים העסקיים בארצות-הברית הם מן המובילים בתחום זה מבחינת רמת התפתחותם. החיקוק המרכזי שם בתחום הגבלת התחרות בין מתחרים הוא הסעיף הראשון ל-Sherman Act, 15 U.S.C. ss.1-7 (1987), הקובע באופן רחב למדי כי כל חוזה, קומבינציה או קשר להגבלת מסחר הם בלתי-חוקיים. מפר סעיף זה עשוי להיפגע הן ברמה הפלילית (מאסר וקנס כספי) הן ברמה האזרחית (תביעות להשבת הרווח שהושג עקב הגבלת התחרות, תביעות נזיקיות ועוד). ראה, למשל, Robinson, *supra* note 64, at p. 218. בפסיקה הפדרלית בארצות-הברית התפתחו שתי צורות משלימות לזיהוי הפרת הסעיף הראשון ל-Sherman Act.

חופש-פעולה ניכר בידי בתי-המשפט ובידי הרשויות המנהליות השונות המפקחות

הצורה האחת – קביעה כי הסדרים מסוגים שונים יהיו אסורים כשלעצמם (*per se rule*). הצורה השנייה – בדיקת הסדרים מסוגים נוספים באופן גמיש יותר, לגופם, האם יש בהם כדי לגרום בפועל הגבלת תחרות (*rule of reason*). ראה, למשל, L.A. Sullivan Handbook 265 (*of the Law of Antitrust* (U.S., 1977)). בחינת חילופי מידע בין מתחרים כפרקטיקה להגבלת תחרות, במקרים שבהם אין היא נלווית לדרך בוטה ומפורשת יותר של הסדר כובל, חייבת להיעשות בשיטה המשפטית הפדרלית במסגרת ה-*rule of reason*.

חוזן מדבר חקיקה אמריקני מרכזי זה מצוי הסעיף החמישי ל-Federal Trade Commission (F.T.C.) Act, 15 U.S.C. ss. 41–58 (1987), המאפשר לנציבות-הסחר הפדרלית, שהיא גוף רגולטיבי מקצועי לגבי המערכת המשפטית הרגילה, להוציא צווי מניעה ולהגיש תביעות כנגד מתחרים לא רק עקב הפרות מפורשות של ה-Sherman Act, אלא כבר בשל פעילויות המנוגדות לרוח אותו חוק והעשויות להצמיח הגבלת תחרות. ראה P. Areeda & H. Hovenkamp *Antitrust Law* (U.S. Supp., 1991) 972. ה-F.T.C. Act מאפשר למעשה תביעת מתחרה יחיד לחרול מהעברות מידע או מדרכי-פעולה מסוימות אף ללא הוכחת קיומו של מנגנון מוגדר המשמש לחילופי המידע או לקשירה מפורשת יותר בינו לבין מתחרים אחרים, ובלבד שפעילותו תהיה כזו המעודדת תוצאה כלכלית בלתי-רצויה של הגבלת תחרות. ראה K.J. Arquit "The Boundaries of Horizontal Restraints — Facilitating Practices and Eastman Kodak Co. Invitations to Collude" 61 *Antitrust L.J.* (1993) 531, 536. במדיניות אחרות התפתחו דיני ההגבלים העסקיים באופן התואם במידה רבה את המודל הפדרלי של ארצות-הברית. ניתן להבחין בהשתקפות ה-*per se rule* וה-*rule of reason* בחקיקת ההגבלים העסקיים בקהיליה הכלכלית האירופאית (E.E.C.) וכן בישראל.

במסגרת המשפטית של הקהיליה האירופאית מסדיר את הטיפול בהגבלת תחרות סעיף 85 לאמנת רומא. מנסחי סעיף זה, ככל הנראה מלימוד הבעיות בשיטות המשפטיות בעבר, נמנעו מראש מדווקנות פורמלית בהגדרת הפעילות המגיעה כדי להגבלת תחרות אסורה. סעיפים 85(1) ו-85(2) לאמנה קובעים כי כל הסכם, החלטה או פעילות בין מתחרים או בין איגודי-מתחרים, אשר מטרתו או תוצאתו מניעת תחרות, הפרעתה או הגבלתה – בטלים. בסעיף 85(1) מצוי פירוט של הסדרים האסורים כלשעצמם – פירוט הבא לשם הדגמה בלבד, ולא כיוצר רשימה ממצה המקימה הסדר שלילי לגבי פרקטיקות אחרות. להבהרת השיקולים שיחולו במסגרת הפעלת סעיף 85 פרסמה הנציבות האירופאית (European Commission) גילוי-רעת כבר בשנת 1968, שבו מוצגים השיקולים הכלכליים הספציפיים לגבי חילופי מידע מסוגים שונים לצד השיקולים הכלכליים המבניים של השוק הרלבנטי שבו מתקיימים חילופי המידע; ראה Notice on Cooperation Agreements [1968] C.M.L.R. D5. לסקירה כללית של יישום דיני ההגבלים העסקיים של הקהיליה האירופאית על מקרים שונים של חילופי מידע בין מתחרים ראה Corones "The Application of Article 85 of the Treaty of Rome to the Exchange of Market Information between Members of a Trade Association" 3 *E.C.L.R.* (1982) 67 (European Competition L.R.).

גם בדיני ההגבלים העסקיים בישראל, כמו אלה של הקהיליה הכלכלית האירופאית, ניתן לראות

על המסחר¹¹¹ להתערב בפעילות המתחרים בשוק על בסיס ניתוח שיטתי כזה שהוצע לעיל, תוך מתן משקל נכבד לשיקולים הכלכליים, הן לאלה הספציפיים לחילופי

לענייננו בבואה של הדין הפדרלי של ארצות-הברית. חילופי מידע בין מתחרים מוסדרים במסגרת כלל ההסדרים הכובלים, בפרק ב לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988. בעת קבלת חוק זה, המחוקק היה ער לצורך להתמודד באופן ישיר עם ההיבט הכלכלי התוצאתי של הפגיעה בתחרות, הנובע מן ההסדרים הכובלים למיניהם. ראה הצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד-1983, ה"ח תשמ"ד, עמ' 39. ואמנם, הגדרת ההסדר הכובל (סעיפים 1 ו-2 לחוק) רחבה וכוללת גם הסדר משתמע, הסדר בהתנהגות וכיו"ב, העלולים (דגש תוצאתי) למנוע תחרות או להגבילה. כמו דין הקהיליה האירופאית ובעקבות הדין הפדרלי בארה"ב, סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים מונה שורת הסדרים אשר ייחשבו כהסדרים כובלים כשלעצמם (למעט במקרים מוגדרים המנויים בסעיף 3). הפירוט אינו בא להחליף את ההגדרה הכללית של ההסדרים הכובלים, אלא להוסיף עליה בלבד. בסעיף 4 לחוק נקבע, כי אסור למתחרה לקיים או להיות צד להסדר אשר לא קיבל אישור או פטור על-פי החוק. כן צפויים העוברים על החוק לעונשים פליליים בדמות קנסות ומאסרים (סעיפים 47-49 לחוק). נוסף על כך, ישנה אחריות אזרחית למעשים ולמחדלים שנעשו בניגוד לחוק ההגבלים העסקיים, כעוולות נזיקיות (סעיף 50 לחוק). לעניין זה ראה גם ד' מור "הגבל עסקי – עוולה בנויקין?" הפרקליט כג (תשכ"ז) 78. וראה עוד מ' בורנובסקי "צווים דיני הגבלים עסקיים" עיוני משפט י (תשמ"ד) 99 (מאמרים אלה מתייחסים עדיין להסדר כפי שהיה לפני החוק משנת 1988). סעיף 10 לחוק מונה שורה של שיקולים, אשר חלקם כלכליים-מבניים, הרלבנטיים לשוק הספציפי הנדון וחלקם האחר נותן ביטוי לאינטרסים כלכליים וחברתיים חיצוניים, כגון מניעת אבטלה באזורים מסוימים ועוד, אשר על הרשויות הרגולטוריות להביא בחשבון בעת החלטתן בדבר אישור של הסדר כובל או איסור קיומו. במסגרת חיבור זה לא יידונו ההצדקות להתחשבות בשיקולים כלכליים חיצוניים כאלה המופיעים בסעיף זה. להבדיל מהתפתחות הדין בקהיליה הכלכלית האירופאית ובישראל התפתח ההסדר המשפטי של ההגבלים העסקיים האופקיים באנגליה באופן עצמאי למדי וניכרת בו תנועה הדרגתית דומה לזו שחלה בארצות-הברית – מאיסור על הסכמי הגבלת תחרות מפורשים לעבר איסור מקיף יותר על הסדרים בין מתחרים. הרחבת ההסדרים שעליהם חלים דיני ההגבלים העסקיים התרחשה הן בפסיקה, אשר הרחיבה את המונח "הסכם" בין מתחרים (ראה במיוחד *Mileage Restrictive Trade Practices Act, 1976*). מכוח חוק זה הוסמך מזכיר-המדינה להוציא תקנות מפורשות לטיפול בפעילויות של חילופי מידע בין מתחרים. עד כה הופעלה סמכות זו באופן חלקי בלבד, לגבי חילופי מידע מסוגי מחירים ותנאים בעסקות, בתחום הטובין בלבד. ראה *Restrictive Trade Practices (Information Agreements) Order, 1969, SI 1969/1842*.

¹¹¹ רשויות כאלה הן, למשל, נציבות הסחר הפדרלית בארצות-הברית; הממונה על המסחר ההוגן ובית-המשפט להגבלים עסקיים באנגליה; הנציבות האירופאית בקהיליה הכלכלית האירופאית; והממונה על ההגבלים העסקיים, רשות ההגבלים העסקיים ובית-הדין להגבלים עסקיים בישראל.

המידע במקרה הנדון, הן לאלה הכלליים המאפיינים את מבנה השוק הרלבנטי. עקרונית, חופש-פעולה זה מאפשר גם את העברת הדגש הראיית-הוכחה במקרים שבהם מתחייב הדבר (כגון מקרים שבהם מתכצעים חילופי מידע בין מתחרים ללא כל מנגנון גלוי של הגבלת תחרות) מדרישת הוכחתו של קיום הסכמה מוחשית של המתחרים לפעילות מגבילת תחרות, לעבר דרישה המתבססת בעיקרה על המבנה הריכוזי של השוק מבחינה כלכלית ועל הוכחת התוצאה הבלתי-רצויה של הפעילות המקבילה של המתחרים בתוכו¹¹².

על-אף מתחם-פעולה אפשרי רחב זה, בתי-המשפט ובתי-הדין הרגולטיביים במדינות השונות עדיין לא הרגילו את עצמם לבחינה שיטתית של המקרים העדינים והמזוקקים של דרכי הגבלת תחרות הנסמכות על חילופי מידע בין מתחרים בלבד¹¹³. כמובן, עדיין ישנה רתיעה – טבעית, אולי – של אותם גופים מהתבססות על שיקולים כלכליים ותוצאתיים. בהמשך פרק זה יודגמו הדברים במסגרת בחינת כמה פסקי-דין מייצגים משיטות משפטיות שונות¹¹⁴, לפי הניתות השיטתי שהוצג בפרקים הקודמים.

בתוך פסיקת בית-המשפט העליון בארצות-הברית ניתן למצוא את פסקי-הדין המנחה¹¹⁵ משנת 1921: *American Column and Lumber Co. v. U.S.*¹¹⁶. סוגי המידע שהוחלף בין המתחרים במקרה זה היו נתונים ספציפיים של כל מתחרה בדבר מחירים, תפוקה, מכירות ומלאי, אשר לא נחשפו ליריבת גופים נוספים מלבד המתחרים האחרים. המידע לא היה אנונימי מבחינת מוסריו ומקבליו ונגע הן לנתונים מסחריים באשר לעבר ולהווה הן לנתונים משוערים לגבי העתיד. המידע היה מבוסס על בדיקות קבועות שנעשו לעתים מזומנות. המנגנון שחילופי המידע בוצעו דרכו היה איגוד-מסחר אשר שם לו למטרה פומבית יצירת תחרות מסוג חדש – "תחרות פתוחה" (*open competition*). לצורך תחרות זו היה על כל מתחרה

112 לעניין מסגרת ההתערבות הרחבה למדי המתאפשרת מכוח דיני ההגבלים העסקיים ראה גם לעיל הערה 110.

113 ראה גם *Interstate Circuit Inc v. U.S.*, 306 U.S. 208, 222 (1939); וכן, *Matsushita case*, *supra* note 2.

114 פסקי-הדין המובאים בפרק זה הם מן החשובים לענייננו בכל שיטה משפטית, אך אין בהם כדי להקיף את כל היבטי הבעיה ואף לא את היבטיה שזכו להתייחסות פסיקתית מפורשת. פסקי-דין חשובים נוספים, אשר אזכרו כדוגמאות בדיון העיוני שבפרקים הקודמים, לא נותחו כאן. הפסיקה המוצגת כאן מתאפיינת בהיותה נוגעת לחילופי מידע בין מתחרים כעיקר ההסדר הקושר שבין המתחרים, ולא כנספח לדרכי קשירה אחרות.

115 פסקי-הדין ניתן עוד לפני הקביעה השיפוטית שלפיה כל קשירה בנוגע למחיר היא בלתי-חוקית *per se*.

American Column and Lumber case, *supra* note 22 116

לקבל את נתוני המסחר של שאר המתחרים – דבר שסיפק האיגוד. במסגרת האיגוד, מלבד חילופי המידע השוטפים, היו פגישות בין המתחרים שבהן נדונו המחירים בענף והובעו דעות בנוגע לצורך להגביל את התפוקה כדי למנוע את ירידתם. האיגוד הפעיל סנקציות כלפי מתחרים אשר סירבו לחשוף את המידע לגבי פעילותם: מניעת מידע בנוגע למתחרים האחרים מאת מתחרים "סוררים", ולבסוף – סילוקם משורות האיגוד. מאפייני השוק הכלליים, ובדיקת האיגוד לפיהם, הראו כי 90% מהפעילים בענף היו חברים באיגוד, אך בתוכם חלשו רק על כשליש מתפוקת העץ בארצות-הברית. כמו-כן, בתקופת פעילותו של האיגוד היתה עליית מחירים גדולה בשוק הרלבנטי. בפסק-הדין נקבע, כי הגם שלא הוכח הסכם קשירת מחיר/תפוקה מפורש, הרי שהוכח קשר משתמע ברור להגבלת תחרות אסורה. פסק-הדין התבסס ברובו על נתוני סוג המידע שהוחלף והמנגנון (הגלוי בחלקו) ששימש להחלפתו. ואמנם, נתונים אלה מצביעים על סכנה של ממש להגבלת תחרות, אולם ייתכן כי בחינה מעמיקה יותר של מאפייני השוק היתה מביאה לתוצאה שונה; שכן שליטת האיגוד בשוק היתה חלקית וייתכן כי התחרות מצד יתר היצרנים, אשר בידיהם רוכזו כשני שלישים מן התפוקה ושלא היו שותפים באיגוד, הביאה להפיכת נסיונותיו של האיגוד לקשירת השוק לבלתי-יעילים.

בשנת 1925 ניתן פסק-הדין *Maple Flooring Manufacturers' Association v. U.S.*¹¹⁷, אשר במסגרתו לא הצליחה המדינה להוכיח הגבלת תחרות בלתי-חוקית. גם במקרה זה המנגנון לחילופי המידע היה איגוד-מסחר. סוגי המידע שהועבר היו נתוני מחירים, תפוקה, מלאי ועלויות ייצור, שיווק והובלה, כאשר כל מתחרה העביר לאיגוד את המידע הספציפי שלו, והאיגוד איחד את הנתונים והפיצם הלאה לשאר המתחרים, באופן אנונימי מבחינת תורמיהם. המידע שהוחלף לא פלל נתונים בנוגע למצב העסקי העכשווי או העתידי של המתחרים, אלא עסק באופן מעשי בנתונים לגבי העבר בלבד. האיגוד דאג לפרסום המידע האנונימי בעיתונות המסחרית הרלבנטית, כך שלא נותר ברשות המתחרים בלבד אלא הגיע גם ללקוחותיהם. בפגישות חברי האיגוד היו הדיונים מאוד כלליים ונגעו למחירים רק *ex post*. לא הוכחה כל הסכמה בין המתחרים בנוגע לקשירת מחירים או תפוקה. ככל הנראה, המנגנון לחילופי המידע שהופעל כאן תוכנן במכוון כך שיעקוף את הבעיות הספציפיות שהביאו, בפרשה הקודמת שתוארה לעיל, לקביעה כי מדובר בפעילות בלתי-חוקית. תופעה זו מאפיינת את דרך ההתפתחות הדווקנית של דיני ההגבלים העסקיים ושיטות עקיפתם: כאשר נקבע כי הסדרים או מנגנונים מסוימים אסורים, המתחרים נדחפים לדרכים עקיפות ופחות מפורשות. מבדיקת מאפייני השוק הכלליים בפרשה זו עולה, כי השליטה של האיגוד בשוק (70% מנפח הייצור,

Maple Flooring Manufacturers' Association v. U.S., 268 U.S. 563 (1925) 117

לעומת שליש בפרשה הקודמת) ויכולתו להגיע להגבלת תחרות אפקטיבית תוך החלפת הנתונים שפורטו לעיל בין המתחרים, היו גדולות. למרות זאת, מאחר שרוב משקלו של פסק-הדין ניתן לעניין סוגי המידע שהוחלף, אושרה חוקיות ההסדר¹¹⁸. פסק-דין מרכזי נוסף ניתן בשנת 1969: *U.S. v. Container Corp. of America*¹¹⁹. למתחרים היה איגוד-מסחר גם במקרה זה, אלא שלא הוא נתבע¹²⁰, כי אם הסדר עצמאי שבין המתחרים לבין עצמם. המידע שהוחלף כאן היה בנוגע למחיר שבו נעשתה עסקת-המכירה האחרונה של כל מתחזה. המידע הועבר טלפונית למתחרים האחרים – לפי בקשתם – ובתמורה ציפה המתחזה שהעביר את המידע לקבל ממתחריו באותה דרך מידע דומה לגבי עסקותיהם. ההסדר אפשר לכל מתחזה לדעת מראש מה יהיו ההצעות הנגדיות העומדות לפני לקוחותיו במידה רבה של ודאות. בדרך זו – טענה המדינה – יוצבה אחידות ניכרת במחיר. מאחר שדובר כאן במנגנון שבמסגרתו היה קשר ישיר בין מתחרים ובאמצעותו הוחלף מידע ספציפי לגבי המחיר באופן מפורש ומייד לביצוע העסקות – נפסק כי הפעילות היא בלתי-חוקית *per se*¹²¹. דעת-המיעוט בפסק-הדין, אשר סברה שאין לראות בחילופי המידע במקרה זה משום פעילות בלתי-חוקית (הן לפי ה-*per se rule* הן לפי ה-*rule of reason*)¹²², לא חלקה על מסקנת הרוב כי הציפיות ההדדיות בנוגע להעברת נתוני המחירים המעודכנים יצרו הסכם משתמע לחילופי מידע בין המתחרים; אולם דעת-המיעוט נתנה משקל לא רק לסוג המידע המוחלף ולמנגנון חילופיו, אלא גם לבדיקה מעמיקה יותר של הנתונים המבניים של השוק ולניסיון לאמוד את הנזק הכלכלי העשוי להיגרם כתוצאה מחילופי המידע, לפי נתונים אלה¹²³. במקרה זה אמנם המתחרים שהחליפו מידע ביניהם היו כ-90% מן היצרנים בשוק הרלבנטי,

118 כפי שצוין בפרק א לעיל, אין די בעובדה שמדובר בנתונים המופצים אנונימית כדי לקבוע שלא קיימת הגבלת תחרות. כמובן, כאשר קיים קרטל יעיל החולש על רוב השוק, ללקוחות לא נותר כוח מיקוח, ולכן שיקול כגון היות המידע המוחלף מצוי גם בידיעת הלקוחות מאבד מאוד מחשיבותו. בית-המשפט סירב להכיר בחילופי מידע אנונימי כבסיס לקשירת מחיר בפרשה נוספת משנת 1936: *Sugar Institute case, supra note 24*. באותה פרשה בחר בית-המשפט להצטמצם ולאסור רק הסדר לקשירת מחיר אשר נקבע כבלתי-חוקי *per se*. במסגרת אותו הסדר הודיעה כל חברה למתחרותיה על שינויים עתידיים המתוכננים במחיריה. לאחר ההודעה התחייב המתחזה שמסר אותה כי ידבוק במחיר המתוכנן ולא ישנה אותו וגם לא יתן לגבי הנחות.

119 *Container case, supra note 24*.

120 באמצעות איגוד-המסחר הועבר מידע אנונימי-סטטיסטי ומידע לגבי מחירים בעבר בלבד.

121 על ה-*per se rule* ראה לעיל הערה 110.

122 על ה-*rule of reason* ראה שם.

123 המתחרים עצמם טענו, כי הסדר חילופי המידע שביניהם נועד כדי לאפשר להם לעמוד בדרישות ה-*Robinson Patman Act*, סעיף 2(b), אשר קבע כי ניתן להשוות מחירים כדי

וכן מדובר היה במוצר הומוגני למדי ובביקוש קשיח (ההזמנות נעשו לטווח-זמן מיידיים כמעט), אך נקבע כי מחסומי-הכניסה הטבעיים לשוק היו זניחים וכי בפועל, בתקופת קיומם של חילופי המידע, כמעט הוכפל מספר המתחרים כדי לעמוד בביקוש למוצר אשר אף הוא כמעט הוכפל. בשוק לא היה אוליגופול של מתחרים, אלא לכל היותר קרטל עם מספר משתתפים גדול ויכולת מאוד רופפת של פיקוח ובקרה. מסיבות אלה לא מצאה דעת-המיעוט מקום להתערבות בית-המשפט. ייתכן כי שגה כאן המיעוט בכך שלא נתן מענה מספק בפסק-דינו לאפשרות שהצטרפותם של המתחרים החדשים נעשתה בגין הגבלת התחרות דווקא וכדי לאפשר לאותם מצטרפים להשתתף ברווחים הבלתי-רצויים שהיא מאפשרת, ובכך שהקרטל ניסה אף להקשות בעצמו על כניסת המתחרים החדשים בדרך של הורדת מחירים. ייתכן כי המיעוט הוסיף ושגה בכך שלא עמד על הוכחת קיומה של מטרה עסקית לגיטימית המצדיקה את נקיטת המתחרים בפעילות ההדדית של חילופי מידע; אולם שגיאות אלה אינן נובעות מתוך התעלמות מהנתונים הרלבנטיים, אלא דווקא מתוך ניסיון ממשי לפעול לפיהם, אשר נעשה על-ידי גוף כבית-המשפט העליון הפדרלי, החסר באופן מובנה הבנה כלכלית מספקת. ייתכן שלו נדון המקרה בפני גוף שיפוטי או מעין-שיפוטי מקצועי יותר (דוגמת בית-הדין להגבלים עסקיים בישראל, המכיל במשולב אנשי כלכלה ומשפט) היתה משתפרת יכולת ההתמודדות עם הנתונים הכלכליים ואולי אף היתה מתקבלת תוצאה אחרת. נציבות-הסחר הפדרלית (F.T.C.) היא רשות האכיפה של דיני ההגבלים העסקיים ברמה הפדרלית. זהו גוף שהבנתו הכלכלית גדולה בדרך-כלל מזו של בית-המשפט – עובדה המשפיעה לטובה על מגוון השיקולים המובאים על-ידו בחשבון ועל רמת בחינתם. פעולת ה-F.T.C. והכרת בתי-המשפט הכלליים בייחודיותה מומחשים במקרה *Ethyl E.I. du Pont de Nemours Co. v. F.T.C.*¹²⁴. בפרשה זו אסרה ה-F.T.C. על המשך פעולתו של הסדר הודעות מוקדמות לגבי שינויי מחיר מתוכננים בין מתחרים, שכן מבנה הענף יצר סכנה רבה לקשירה, תוך קיום רמת תחרות נמוכה. אמנם, בית-המשפט ביטל את צו-המניעה שהוציאה ה-F.T.C., אך הדבר נעשה בשל שיקולים נגדיים המבוססים אף הם על המבנה הכלכלי של השוק, אשר הובאו לפניו¹²⁵. ניתן לזהות כאן מגמה של התפתחות לעבר בחינה מקיפה הן של סוג המידע ומנגנון חילופיו והשלכותיהם הכלכליות הספציפיות הן של מבנה השוק

להתחרות זה בזה; אולם חוק זה כוונתו להשוואות לשם הורדת מחיר ולא לשם העלאתו ולכן על המידע להיות מוחלף בין הלקוחות בלבד ולפי רצונם.

E.I. du Pont case, supra note 54 124

125 עם זאת, קבע בית-המשפט, כי כדי שה-F.T.C. תוכל להוציא צו מניעה כנגד פעילות מסוימת, יש להוכיח לפחות מקצת מן הדרישות הבאות: (1) כוונה בלתי-תחרותית של המתחרה; ו-(2) היעדר קיומו של שיקול עסקי לגיטימי לפעולה הנאסרת. דרישות אלה – ובמיוחד הראשונה

הרלבנטיות¹²⁶. השאלה היא, באיזו מידה יאפשר בית-המשפט העליון התבססותה של מגמה זו ללא הנחיה חקיקתית מפורשת, שכן בגישה המתפתחת ניתן להתערב ולמנוע פעילויות שונות של מתחרים תוך מתן דגש לשיקולים כלכליים תוצאתיים, הנוספים על השיקולים המעוגנים בניתוח הקונבנציונלי של הראיות המוחשיות, ולעתים — אף המחליפים אותם¹²⁷.

בשורת פסקי-דין באנגליה¹²⁸, אשר האחרון והמנחה שבהם הוא *Re Agreement of the Mileage Conference Group* משנת 1966¹²⁹, פותחה גישה גמישה ומקיפה יחסית להתמודדות עם חילופי מידע בין מתחרים. במקרה מנחה זה מדובר היה בחילופי מידע הן בנוגע לשינויי מחיר שבוצעו בעבר הן לגבי שינויי מחיר המתוכננים לעתיד. מנגנון העברת המידע היה ועד של הפעילים בתחום המסחרי, כאשר המתחרים התחייבו להחליף ביניהם את התעריפים שבהם השתמשו בעבר, אך השאירו לשיקול-דעתו של כל מתחרה אם להחליף נתונים גם לגבי תוכניותיו העתידיות. ההסכם כולו נערך בעל-פה, ללא כל תרשומת. בפועל, במשך השנים מסרו חברי הוועד זה לזה גם על תוכניותיהם בנוגע למחירים שאמורים היו לגבות בעתיד. בית-המשפט, בדונו בחלק ההסכם אשר נותר "פתוח" להחלטת כל מתחרה בנפרד, קבע כי אין לראות בו משום הסכם קשירה מחייב; אולם בבדיקת הנוהג שהתפתח בין המתחרים לפי אותו חלק בהסכם קבע, כי נוצר כאן הסדר משתמע לחילופי מידע המאפשר התערבות דיני ההגבלים העסקיים. כלומר: פסק-הדין הרחיב את הגדרת "הסכם כובל", אך עשה כן רק על סמך הוכחת הפעילות הספציפית של המתחרים אשר עלתה כדי נוהג, וללא התייחסות למאפייניו הכלכליים של מבנה הענף ולתוצאת הפעילות הספציפית של המתחרים מבחינת הגבלה של התחרות האפקטיבית שהושגה¹³⁰.

שבהן — עדיין נוקשות מדי, במיוחד כאשר מנסים לפעול כנגד הסדרים המבוססים על חילופי מידע בלבד, הנעדרים סממנים מוחשיים או פורמליים.

126 כך גם, למשל, בשתי פרשיות אשר טופלו בתקופה האחרונה בידי ה-FT.C: מקרה ה-*Infant Formula*. ראה 539, at p. 110, *supra* note 110; *Arquit*, *supra* note 110, at p. 539; *Trailer Products*. ראה *Arquit*, *supra* note 110, at p. 544.

127 לסקירה מקיפה של התפתחות מדיניות ה-FT.C. בעשור האחרון, לפי תיאוריות כלכליות שונות, ראה 67, *supra* note 67, *Langenfeld*.

128 ההלכות המרכזיות שקדמו למקרה *Mileage Conference* הנדון להלן: *Permanent Magnets* case, *supra* note 14; *Metal Windows* case, *supra* note 13; *Re British Basic Slag Limited's Application* [1962] 1 W.L.R. 986; *Re Galvanized Tank Manufacturers' Association's Agreement* (1956) 2 All E.R. 1003. ראה גם סקירה מקיפה של ההתפתחות באנגליה: O'Brien, *supra* note 7, at pp. 134–164.

129 *Mileage Conference* case, *supra* note 48.

130 אם כי במקרה זה נראה, כי בדיקת מאפיינים אלה היתה אף מחזקת את תוצאת פסק-הדין,

דווקא במסגרת המשפטית של הקהיליה הכלכלית האירופאית (E.E.C.) ניתן למצוא את ההתקרבות הגדולה ביותר לקראת הבאה כחשבון של מגוון השיקולים הרלבנטיים ולעבר שילובם לכלל בחינה מובנית יותר של פעילויות חילופי מידע בין מתחרים. הגוף הממונה על אכיפת דיני ההגבלים העסקיים של הקהיליה הוא הנציבות האירופאית. מאז תחילת פעולתה ניכרת בהחלטות הנציבות בדיקה מקיפה של מרבית השיקולים הרלבנטיים. ישנה התייחסות ברורה למאפייני השוק, כאשר הסדר חילופי מידע נחשב ליצר סיכון רב יותר להגבלת תחרות במבנה שוק אוליגופולי, לדוגמא¹³¹, לעומת מבנה קרטלי בלבד. סוג המידע המוחלף נבחן אף הוא ונקבע, כי חילופי מידע סטטיסטי אנונימי הם בעיה קטנה יותר מאשר כאלה המזהים מתחרים ספציפיים¹³². הנציבות מנסה לבדוק, אם הוחלף מידע אשר נחשב בדרך-כלל לחסוי, ואזי, אם אין לדבר הסבר עסקי לגיטימי, מוזהה הסדר חילופי מידע שמטרתו הגבלת תחרות¹³³. במסגרת זו נבחנת גם שאלת העברתו של המידע המוחלף אף לידיעת לקוחות המתחרים¹³⁴. הנציבות מנעה חילופי מידע הן בנוגע לנתוני מסחר לגבי העבר הן לגבי נתונים באשר למסחר המתוכנן בעתיד, גם כאשר בוצעו שלא במסגרת הסדר מפורש, ובלבד שהיה בהם סיכון לגרימת תוצאה של הגבלת תחרות¹³⁵. דיני ההגבלים העסקיים של הקהיליה האירופאית מיושמים כלפי כל מנגנוני ההסדרים המבוססים על חילופי המידע: הגלויים, המשתמשים בהסכם חוזי מפורש¹³⁶; הגלויים בחלקם, כגון אלה הפועלים דרך מערכת-תיווך של איגודי-מסחר¹³⁷; והסמויים, המקיימים את חילופי המידע באמצעות אפיקים נייטרליים, כגון העיתונות¹³⁸.

פסיקת בית-הדין להגבלים עסקיים בישראל ניתנת להדגמה לענייננו בשתי החלטות שבהן נדונו מצבים של חילופי מידע בין מתחרים, אשר לא נלוו

שכן ההסדר נוצר בין כל שמונת המתחרים בענף, שהחזיקו ב-100% מן השוק באנגליה, אשר היה בידי חברות אנגליות; ראה D. Swann, D.P. O'Brien, W.P.J. Mannder & W.S. Howe *Competition in British Industry* (U.K., 1974) 148. כמורכב הוכח, כי בפועל בשנות קיום ההסדר נשמר בקפדנות סף תחתון של מחירים, אשר הושרה באמצעות חילופי המידע.

131 למשל: *Re the International Energy Program* [1984] 2 C.M.L.R. 186.

132 *Re V.N.P. and COBELPA* [1977] 2 C.M.L.R. D28.

133 למשל: *Re Italian Cast Glass* [1982] 2 C.M.L.R. 61.

134 *The Community v. Members of the Genuine Vegetable Parchment Association* [1978] 1 C.M.L.R. 534.

135 *IFTRA Free Trade Rules on Glass* [1974] 2 C.M.L.R. D50.

136 *Whish & Surfin, supra note 88, at p. 417*.

137 *Italian Cast Glass case, supra note 133*.

138 *Wood Pulp* [1985] 3 C.M.L.R. 474.

להסדר-קשירה מפורשים של מחיר או תפוקה. בשנת 1982 ניתנה ההחלטה¹³⁹ בעניין איגוד שמאי הביטוח בישראל – ענף הרכב¹⁴⁰. מנגנון העברת המידע היה במקרה זה איגוד-השמאים, אשר היה מעוניין בפרסום טבלה מעודכנת של מחירים מומלצים לשמאות. הטבלה כללה נתונים אנונימיים בלבד, כך שלא נזכרו שמות המתחרים שמסרו אותם נתונים, והמידע הועמד גם לרשות לקוחות השמאים (חברות הביטוח לרכב)¹⁴¹. הגוף שעשה את הבדיקות לשם עדכון הטבלה היה ציבורי – המכון לפירוק העבודה והייצור – אך גוף זה פעל לפי הזמנת איגוד-המסחר וקיבל תשלום ממנו. מבנה השוק כלל מחסומי-כניסה גבוהים-יחסית (הכשרה והסמכה כשמאי), מוצר הומוגני וכוח שוק רב שהוחזק בידי החברים באיגוד – 122 שמאים, כמעט כל ספקי שירות זה בארץ באותו זמן. בהחלטה נקבע כי הסדר העברת המידע היה בגדר הסדר כובל, ונמנעה הפצת הטבלה, בעיקר על סמך בדיקת סוג המידע, אשר היה פשוט-יחסית להשגה לכל מתחרה בפני עצמו ולא חייב מחקר מיוחד או שיתוף במשאבים. מכאן, שלא נותרה סיבה כלכלית של ממש להפצת הנתונים המרוכזת, מלבד השריית אחדות במחירים בענף, תוך הגבלת תחרות. דעת-המיעוט בהחלטה הדגישה את היות המידע אנונימי ואת עובדת ביצוע המחקר בידי גוף ציבורי, אך התעלמה מן הקשרים (והתשלום) שבין אותו גוף ובין איגוד-המסחר. הן דעת-הרוב הן דעת המיעוט לא בוססו על בחינה כלכלית של היתרונות והחסרונות הספציפיים, הגלומים בחילופי המידע כאן ובמנגנון אשר שימש לכיצועם. יתירה מזו: חסרה התייחסות בפסק-הדין, ולו באופן משני, להשלכה התוצאתית האפשרית של חילופי המידע לפי מבנה השוק הנדון.

בשנת 1991 ניתן פסק-הדין בעניין מועצת המובילים בישראל¹⁴². כמנגנון להעברת המידע שימש גם במקרה זה איגוד-מסחר – מועצת-המובילים. סוג המידע היה דו"ח תלת-חודשי בדבר התייקרות אינפלציונית של תשומות. הדו"ח בוסס על נתונים ממוצעים וסטטיסטיים, אשר רובם נלקחו מתוך הפרסומים הרשמיים של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה. הדיון בבית-הדין היה מקיף יותר במקרה זה, תוך דיון בתוצאות הכלכליות האפשריות של הפצת המידע ובחלק ממאפייניו של מבנה השוק הרלבנטי. המועצה איגדה בתוכה שבעה ארגוני-גג להובלה, אך לא את מובילי הענף כולם. ככל הנראה, היתה תחרות חיצונית של ממש למובילים

139 ההחלטה ניתנה על-ידי המועצה להגבלים עסקיים, אשר קדמה לבית-הדין להגבלים עסקיים ופעלה מכוח דיני ההגבלים העסקיים שקדמו לחוק הנוכחי.

140 פרשת איגוד שמאי הביטוח, לעיל הערה 23.

141 מבחינת סוג המידע ומנגנון העברתו מקרה זה דומה לפרשת *Maple* בארה"ב, אשר נדונה לעיל בפרק זה, אולם כאן הגיע הגוף השיפוטי-דגולטיבי לתוצאה שונה, בשל התייחסות שונה לסוג המידע שהוחלף.

142 פרשת מועצת המובילים, לעיל הערה 19.

שבמועצה. בפועל היו אף חברי מועצה שלא ייקרו את מחיריהם לפי סל-התשומות שהופץ ביניהם, אלא בפחות, כך שהממונה על ההגבלים העסקיים לא הצליח להוכיח את יעילותה של הגבלת התחרות. מכאן, הגם שלכאורה שוב מדובר היה במידע הניתן להשגה על-ידי כל מתחרה בעצמו ועל-אף שלא היה טעם כלכלי חיוני להפצת המידע המרוכזת, עדיין, מאחר שלא הוכח כי המידע הצליח או עלול היה להצליח להביא לקשירת המחירים בענף, החליט בית-הדין שלא לראות בהפצת המידע הסדר כובל. אחת מן הנקודות המרכזיות, מההיבט של מבנה השוק, אשר לא פורשה בהחלטת בית-הדין היא גובה מחסומי-הכניסה לתחום ההובלה הן במונחים מוחלטים הן באופן יחסי למקרים שהובאו כאסמכתאות, כעניין שמא-הרכב אשר נדרן לעיל ואחרים.

אם כן, בבחינת הפסיקה המנחה בתחום חילופי מידע בין מתחרים כדרך להגבלת תחרות בארצות-הברית, באנגליה, בקהיליה האירופאית ובישראל, ניתן לראות כי הגם שהדין החקוק איננו מגביל את הרשויות האוכפות אותו ואת בתי-המשפט למסגרת נוקשה, עדיין לא התגבשה במרבית שיטות-המשפט מסגרת גמישה דיה, העוסקת באופן מובנה ושיטתי במגוון השיקולים הרלבנטיים העולים מתוך הדיון העיוני שבפרקים הקודמים. במיוחד נעדר מתן דגש מספיק לתוצאה הכלכלית של הפעילות הנבחנת כבסיס עצמאי להתערבות ואף כתחליף במקרים מסוימים לדרישות הראייתיות המסורתיות המחייבות הוכחתו של קיום הסכמה מוחשית בין המתחרים. לחסרונה של מסגרת מתאימה לבחינת חילופי מידע בין מתחרים ישנה השלכה בדמות טעויות במידת התערבות השיטה המשפטית בשוק: לעתים השיטה מתערבת במקרים שבהם הוכחה פרקטיקה של חילופי מידע הנקוטה על-ידי מתחרים, בזמן שבחינת מבנה השוק והתוצאות הכלכליות האפשריות של חילופי המידע היתה מראה כי אין בה סכנה ממשית להגבלת תחרות. לעתים מתרחש המצב ההפוך שבו השיטה המשפטית אינה מתערבת; שכן לא ניתן להוכיח קיום הסכמה מוחשית, אלא לכל היותר קיום התנהגות הדדית מקבילה של המתחרים בלבד, בעוד שבהתנהגות זו טמונה סכנה רבה להגבלת תחרות במבנה השוק הרלבנטי. במקביל לדברים אלה ניתן לשוב ולציין, כי כדי לעסוק באופן מושכל בשיקולים הכלכליים – הן הספציפיים לחילופי המידע הנדונים הן הכלליים הנוגעים למבנה השוק הרלבנטי – על הערכאות והגופים האמונים על הרגולציה של השוק למזג את הבנתם המשפטית בהבנה כלכלית ניכרת.

ה. קווים מנחים למדיניות חקיקתית

עד כה הוצגה במסגרת שלושת הפרקים הראשונים דרך לניתוח שיטתי של מקרים של חילופי מידע בין מתחרים – ניתוח היכול לסייע, הן מבחינה עיונית הן מבחינה מעשית, לגורמים ולערכאות המטפלים ברגולציה של מקרים אלה. בפרק הקודם נבחנו כמה החלטות מנחות בסוגיית חילופי המידע לפי הניתוח השיטתי, כאשר נקודת-המוצא היתה כי חקיקת דיני ההגבלים העסקיים במדינות וכישויות המשפטיות שנבדקו מאפשרת חופש מספיק לגורמי הרגולציה ולערכאות המשפטיות והמעין-משפטיות באותם מקומות כדי ליישם בפועל את הניתוח השיטתי שהוצע, תוך מתן הדגשים המתבקשים ממנו. בפרק זה נעבור לשטחה של החקיקה בתחום ההגבלים העסקיים ונביא המלצות כלליות לשינויים אפשריים בה¹⁴³, לשם התאמתה לטיפול במקרים הסמויים והעדינים במיוחד של הסדרים כובלים המתבססים על חילופי מידע בין מתחרים.

לפי הדיון שהובא בפרקים הקודמים ניתן לנסות ולסכם כמה מסקנות כלליות, הרלבנטיות לקביעת המדיניות הרצויה גם בתחום החקיקה:

1. יש חשיבות לסוג ולמאפיינים של המידע המוחלף עצמו. עם זאת, לא תמיד ניתן לזהות את סוג המידע המוחלף ונוסף על כך קשה לקבוע מי גובר בשקלול נזק מול תועלת¹⁴⁴.

2. לשם איתור קיומו של הסדר חילופי מידע בין מתחרים העשוי להביא לקשירה, נוח יותר – מבחינה ראייתית – לבחון הסדרים גלויים ופורמליים. טיפול משפטי בהסדרים בין מתחרים, המחייב הוכחת קיומם המפורש ואינו מסתפק בזיהוי תוצאה כלכלית של הגבלת תחרות הנוצרת עקב פעולות המתחרים, אינו מביא תמיד לצמצום הסדר-הקשירה, אלא לעתים דווקא לאילוף המתחרים לעבור לשיטות-תיאום ולהחלפת מידע עקיפות ומוסוות יותר. ככל שהסדר הקשירה הנוצר עקב חילופי המידע סמוי יותר, כן קשה יותר על מערכת המשפטית לאתרו ולהפריד בינו לבין הסדרים שהם חלק מן התחרות הלגיטימית (כך בקרטלים, ובמיוחד באוליגופולים)¹⁴⁵.

143 יש להדגיש, כי ההמלצות המובאות בפרק זה הן בקווים כלליים בלבד וסביר שלא יתאימו באופן זהה לכל מדינה ולכל שוק ספציפי. כדי להחיל את ההמלצות לגבי שוק מסוים יש לבחון בנפרד אם מבנהו הכלכלי ומידת ריכוזיות השליטה בין המתחרים שבו מתאימים לכך – בחינה שאינה נעשית במסגרת חיבור זה.

144 ראה פרק א לעיל, ובמיוחד הטקסט ליד הערות 35-38.

145 ראה פרק ב לעיל, ובמיוחד הטקסט ליד הערות 71-75.

3. אמצעי-התקשורת החדשים מביאים – ללא תלות בשאלה אם הדבר רצוי לתחרות יעילה – להגדלה של ממש בכמויות המידע המוחלף ולצמצום בזמן העדכון¹⁴⁶. ניסיון להתמודד עם חילופי המידע בדרכים המחייבות הוכחת קיומה של הידברות, הסדר או קשר ישיר בין המתחרים, אין די בו לטיפול בצורות חילופי המידע החדשות הן עקב השיפור כנגישות למידע הן עקב ריבוי הבמות הנייטרליות, שבאמצעותן ניתן להחליף מידע באופן שאינו קושר מעביר ונעבר ספציפיים.

4. עיקר הבעיה שמעוררים חילופי מידע בין מתחרים טמון בסכנה כי אלה יגרמו לתוצאה כלכלית של הגבלת תחרות. מכאן חשיבות מירכית לבדיקת המאפיינים המבניים הכלכליים של השוק ושל קבוצת המתחרים המחליפים מידע ביניהם לגביו¹⁴⁷. גם כאשר לפני רשויות-הפיקוח מצויים נתונים בדבר סוג המידע המוחלף ומנגנון העברתו, עדיין ייתכן שהסדר חילופי המידע לא ייצא מגביל-תחרות עקב ניתוח מאפיינים כלכליים אלה; ולהיפך: לעתים קשה יהיה לזהות סוג מידע מוחלף או מנגנון-קשירה כלשהו. על-אף זאת גם במצבים מסוג זה תיתכן תוצאה של הגבלת תחרות, הנובעת מ"פעילות מקבילה" סמויה של המתחרים¹⁴⁸.

מסקנות אלה מחייבות שינוי והגמשה¹⁴⁹ של המדיניות המשפטית בעניין מידת ההוכחה הדרושה כדי לקבוע קיום הגבלת תחרות אסורה. גישה אשר בכל מקרה שבו מתקיימים חילופי מידע בין מתחרים מחייבת הוכחת כוונה לקשור או הוכחת פעולות התקשורת הדדיות בפועל, עשויה להיות רחבה מדי, מחד גיסא, וצרה, מאידך גיסא. רחבה, בכך שהיא עשויה לראות באופן גורף במקרים שבהם קיים הסדר חילופי מידע משום הגבלה אסורה של תחרות (כפי שרואה זאת ה-*per se rule*), בעוד שלמעשה מכנה השוק בחלק לא-מבוטל מאותם מקרים יוצר דווקא מצב של הגדלת התועלת המצרפית, ללא פגיעה בחלוקתה¹⁵⁰. צרה, בכך שלא תצליח להתמודד עם השיטות ההולכות ורווחות לחילופי מידע שמאפשרים הגעה להסדרים כובלים גלויים בחלקם או אף סמויים. ייתכן כי גישה דווקנית מבחינה הוכחתית הכרחית בעת הטלת ענישה פלילית, ולהיבט זה אין צורך בשינוי; אולם

146 ראה פרק ב לעיל, ובמיוחד הטקסט ליד הערות 71, 75, 82-85.

147 ראה פרק ג לעיל.

148 ראה פרק ג לעיל, ובמיוחד הטקסט ליד הערות 104-109.

149 שינוי והגמשה נדרשים, למשל, בגישת בית-המשפט העליון בארצות-הברית, בגישת המשפט באנגליה ובגישת בית-הדין להגבלים עסקיים בישראל. גישת ה-F.T.C. בארצות-הברית וגישת נציבות הקהילה האירופאית קרובות יותר כבר כיום לרצוי.

150 כאמור, לעתים, בהתקיים תנאים שונים לגבי מבנה השוק הרלבנטי ולשליטת המתחרים המחליפים ביניהם מידע בו, נוצר מצב רצוי אף כאשר קיימים הסכמי חילופי מידע מפורשים וישירים, אשר לפי הדיון בפרק א עשויה להיות להם תועלת ישירה הגוברת על הסכנה שבהם.

כלשהו, אשר יגיש בגינה תביעה, לא ייהנו השותפים לפעילות מאותה חסינות; ואם ייקבע כי אכן מדובר היה בהסדר קשירה אסור אשר התאפשר כתוצאה מאותה פעילות, יאלצו להיקנס בגובה הסכומים שלהם נגע ההסדר מהתקופה שבה החל או להשיב סכומים אלה¹⁵⁹.

בדרך זו גם אם הסדר מסוים לא ייחשף על-ידי הרשות המטפלת בהגבלים העסקיים או על-ידי קבוצת-לקוחות נפגעת, סיכון המתחרים השותפים לו ילך ויגדל, לפחות ביחס ישר להנאתם מפירותיו. הגמישות בדרך הפעלת השיקולים, הנתונה לערכאה הבוחנת את ההסדרים, תוסיף לסיכון הכרוך בהמשך קיומו של ההסדר ללא חשיפתו. מכאן תמרוץ כלכלי של ממש להעמדת ההסדרים ודרכי הפעולה לביקורת¹⁶⁰.

מתוך דמיי-הקנסות שייגברו (או מכספי ההשבה שלא נמצא להם דורש) ניתן יהיה לתגמל גם מתחרים בענף הנדון¹⁶¹, אשר ניסו להתנגד לחילופי מידע המאפשרים הסדרים קושרים סמויים ולחשוף אותם. תגמול כזה יעודד את האינטרס העצמאי של כל מתחרה, תוך הגדלת הקושי לשמירה על הסדר קושר יציב¹⁶².

1. סיכום

ניסיון לבחון את דיני ההגבלים העסקיים הקיימים כיום, ככל שהם מטפלים בחילופי מידע בין מתחרים, אל מול היעדים הניצבים לפניהם כפי שהם עולים מתוך הדיון

159 ייתכן, כי אם מדובר בהשבה, הסכומים יוגבלו למה שבפועל העבירו המתחרים לכיסם עקב ההסדר. אם מדובר בקנס, ניתן לחייבם ביותר מכך, הן עקב שיקולי הרתעה (כאמור לעיל בהערה 153, ההסתברות שהסדר הקשירה לא ייחשף ולא יתגלה מחייבת הגדלת הקנס בסכום העולה על זה של ההשבה, כדי להשיג הרתעה אפקטיבית) הן עקב הפגיעה האפשרית של ההסדר ברווחה המצרפית אשר נמנעה מהחברה כולה הגם שלא הגיעה לכיס המתחרים.

160 הדרך הכללית המוצעת כאן היא דוגמא למערכת-תמריצים המובילה לתוצאה רצויה. עם זאת, ייתכן כי ניתן להציע דרכי-תמרוץ נוספות או אחרות, המביאות לתוצאה דומה. כוונת הצעה זו היא אך המחשת האפשרות להתייחסות לשיקולים הרלבנטיים השונים בעניין, ולא הבאת מודל אופטימלי נבחר. כדי להפעיל מערכת-תמריצים כזו בישראל, שבה מרבית השווקים המסחריים ריכוזיים במיוחד, יש לבחון באופן פרטני וזהיר לאילו שווקים מתאימה מערכת התמריצים, כך שלא כל פעילות לגיטימית של המתחרים בהם תהפוך למקור אפשרי לתביעה על-פי דיני ההגבלים העסקיים.

161 והשווה מ' בר ניב (בורנובסקי) "האכיפה של חוק הגנת הצרכן על-ידי המגזר העסקי" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 299.

162 אפשרות תמרוץ נוספת בכיוון זה היא מתן זכות תביעה כלפי מתחרים המקיימים הסדר קושר הנסמך על חילופי מידע גם למתחרים אחרים כענף, אשר התנגדו להסדר והפסידו עקב כך.

העיוני – מוצא פערים בלתי מבוטלים. המערכות המשפטיות המצויות שנבחנו עשויות למנוע חילופי מידע רצויים, ובר-בזמן קצרה ידן מלהשיג את חילופי המידע המשמשים יסוד להסדרים כובלים סמויים, אשר דווקא בהם טמונה סכנה מרובה להגבלת תחרות.

בשלושת הפרקים הראשונים לחיבור זה הוצגה דרך שיטתית לבחינת מקרים של חילופי מידע בין מתחרים כדרך אפשרית להגבלת תחרות. חילופי המידע מונו באופן כללי לפי שני חתכים ספציפיים – סוג המידע המוחלף ומנגנון-חילופי – כאשר בהתאם לסיווג חילופי המידע בכל חתך נקבעו השלכותיהם הכלכליות הספציפיות השונות לחיוב ולשלילה. השלכות אלה תלויות גם במבנה הכלכלי הכללי של השוק שבו מתקיימים חילופי המידע ובמאפייני המתחרים המחליפים ביניהם מידע לגבי מבנה זה. תלות זו איננה ייחודית לחילופי המידע כסוג מזוקק ועדין של הסדרים כובלים אופקיים, אלא קיימת באופן דומה גם בבחינת כל הסדר אופקי שכזה. משמעותו של מבנה השוק הרלבנטי לסוגיית חילופי המידע הוצגה אפוא בקצרה בפרק השלישי.

בחינת הלכות מנחות בתחום חילופי מידע בין מתחרים בשיטות משפטיות שונות לפי הניתוח השיטתי, כפי שהוצגה בפרק הרביעי, מעלה צורך בניצול רב יותר של ההסדרים החקיקתיים המקיפים למדי הקיימים כבר כיום, לכדי התחשבות מירבית בשיקולים התוצאתיים הכלכליים הרלבנטיים, העולים לגבי קיום כל סוג פעילות של חילופי מידע. עם זאת, דומה שלא ניתן לוותר על יסוד ראייתי מוחשי מינימלי של זיהוי מנגנון חילופי מידע וסוג מידע מוחלף, על השלכותיהם הכלכליות הספציפיות, כבסיס להתערבות השיטה המשפטית בשוק; אולם נראה, כי ליסוד ראייתי זה אין לתת את עיקר המשקל בהחלטה אם להתערב בשוק או שלא לעשות כן. על עיקר המשקל להינתן לבחינת הסיכון העולה מפעילות חילופי המידע, כפעילות המאפשרת או המשרה תוצאה כלכלית של הגבלת תחרות אפקטיבית במסגרת השוק הרלבנטי.

בפרק האחרון הועלו הצעות כלליות שונות לשינויים אפשריים גם בתחום החקיקתי, אשר יכולים להגביר את תמריצי המתחרים לחשוף את ההסדרים הסמויים שביניהם, המתבססים על חילופי מידע. גם בניסיון ליישום הצעות מסוג זה, חשוב לזכור כי המתחרים הפעילים בשוק אינם מושפעים מכוונת המחוקק כפי שהם מושפעים מאופי התמריצים אשר כוונה זו מכוונת בפועל. האמרה שלהלן¹⁶³ ממחישה נקודה אחרונה זו:

"Give your evidence" — said the King — "and don't be nervous,
or I'll have you executed on the spot".

.L. Carroll *Alice's Adventures in Wonderland* (U.K., 1961) 93 163
