

מחיר גבוה כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי: סוס טרויאני

מאת

מיכל (שיצר) גל והילה נבו*

זהו מאמר תשובה למאמרו של פרופסור גילה, המתפרסם בכרך זה. במאמרו יוצא גילה נגד עמדתנו אשר הובעה במאמר שהתפרסם בגיליון קודם של כרך זה, ולפיה אין לכלול איסור על מחירים גבוהים במסגרת החזקת לניצול מעמד מונופוליסטי לרעה המנויות בסעיף 29א(ב) (1) לחוק ההגבלים העסקיים. המחלוקת נסבה על השאלה האם הכלי הרגולטורי של עילת ניצול המעמד המונופוליסטי לרעה הוא הכלי הנכון והראוי לפיקוח על מחירים גבוהים של בעל מונופולין, ובאילו תנאים מוצדק להחיל פיקוח כאמור. כפי שהראינו במאמרנו, האיסור על ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי אינו הכלי הרגולטורי המתאים והראוי למשימה זו. מאמר זה מתמקד בשלוש סוגיות עיקריות הקיימות בבסיס המחלוקת, ושעמן נדרש להתמודד כל מי שמבקש לבחון אם רגולציה של מחירים דרך סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים היא ראויה: (1) האם פיקוח על מחירים שגובה בעל מונופולין הוא כלי רצוי? ואם כן, באילו מקרים? (2) אם התשובה היא בחיוב, האם ראוי ונכון לערוך את הפיקוח במסגרת סעיף 29א לחוק ההגבלים? (3) אם התשובה היא בחיוב, האם אופן החלת הפיקוח לפי המתווה המוצע בגילוי הדעת שפרסמה הרשות להגבלים עסקיים הוא סביר וראוי? במאמרנו הראינו שלעומת השאלה הראשונה, המותרת פתח חיובי קטן, התשובה לשתי השאלות האחרונות היא בשלילה. כפי שמפורט להלן, מאמרו של גילה אינו משנה את התשובות האמורות.

מבוא. א. שאלה I: האם פיקוח על מחירים גבוהים של בעל מונופולין הוא רצוי? 1. האם כוחות השוק עשויים לתקן מחיר גבוה? 2. חשיבות התמריצים הדינמיים לתחרות; ב. שאלה II: האם עילת הניצול לרעה של כוח מונופוליסטי היא הכלי הרגולטורי המתאים להתמודד עם מחירים גבוהים של בעל מונופולין? 1. הקשיים בהחלת המבחן לזיהוי מחיר גבוה בלתי הוגן כפי שעולה מפסיקת האיחוד האירופי; 2. האם הדין האירופי מתאים בהכרח גם בישראל? 3. השוואה לכלי הסדרה חלופיים; ג. שאלה III: סבירותו של מתווה הפיקוח שמציע הממונה בגילוי הדעת. ד. סיכום ומסקנות.

מבוא

במאמרו "מחיר מופרז כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי", המתפרסם בכרך זה, יוצא דייויד גילה נגד עמדתנו אשר הובעה במאמר שהתפרסם בגיליון קודם של כתב עת זה, ולפיה אין

* פרופסור וראש הפורום למשפט ושווקים, הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה וכן נשיאת הארגון העולמי של פרופסורים להגבלים עסקיים, ומרצה במכללת תל-חי, בהתאמה. תודתנו שלוחה ל- Israeli Science Foundation וכן למכון ספיר למדיניות כלכלית על תמיכה כלכלית במחקר וכן לעדי אייל, למנחם פרלמן ולליאור פרנק על הארות יוצאות מהכלל.

לכלול איסור על מחירים גבוהים במסגרת החזקות לניצול מעמד מונופוליסטי לרעה המנויות בסעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים (להלן: החוק).¹ לשיטתו של גילה, גביית מחיר מופרז היא מקרה מובהק שבו בעל מונופולין מנצל לרעה את כוחו באופן העלול לפגוע בציבור הצרכנים, ואכיפת הנורמה תגן על הצרכן ותשיא את רווחתו. אכן, בעת כהונתו של גילה כממונה על ההגבלים העסקיים הכירה הרשות לראשונה בעילה זו ופרסמה גילוי דעת בנדון.² לאחרונה, לאחר חילופי ממונים, שינתה הרשות את מדיניותה והחליטה לא לפקח על מחירים, בין היתר משום שהרשות אינה יודעת לקבוע מהו מחיר מופרז, ואין זה מתפקידה לשמש מפקחת על מחירים.³ עמדה זו תואמת את עמדתנו ואף מרחיקה לכת ממנה. במאמר תגובה זה אנו מבקשות להתייחס אל טענותיו של גילה ולבאר מדוע אנו סבורות כי הפרשנות שאנו מציעות לחוק היא המגשימה את מטרות דיני ההגבלים העסקיים ומקדמת את רווחת החברתית.

כפי שפירטנו בהרחבה במאמרנו הקודם, ויובהר גם כאן, אין מחלוקת שמחיר גבוה עלול לפגוע ברווחת הצרכנית בטווח הקצר ולעתים אף בטווח הארוך. גם אין מחלוקת שבעיית יוקר המחיה בישראל היא בעיה חמורה המחייבת מענה. בנוסף, אין אנו חולקות על קיומה של הצדקה נורמטיבית לפיקוח על מחירים של בעל מונופולין, לפחות במקרים מסוימים. המחלוקת נסבה על השאלה אם הכלי הרגולטורי של עילת ניצול המעמד המונופוליסטי לרעה הוא הכלי הנכון לפיקוח על מחירים גבוהים של בעל מונופולין, ובאילו תנאים מוצדק להחיל פיקוח כאמור. כפי שהראינו במאמרנו הקודם, האיסור על ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי (להלן: "האיסור") אינו הכלי הרגולטורי המתאים והראוי למשימה זו. בהתחשב באפקט המצנן שיוצר האיסור על תמריצים למחקר ופיתוח, להשקעות ולהתייעלות, באפקט ההרתעה של שחקנים בין-לאומיים מלהיכנס לשוק הישראלי, במאפייניהם של המוסדות האוכפים את האיסור ובחוסר הוודאות שהוא יוצר, איסור על מחירים גבוהים דרך סעיף 29א לחוק עלול להוביל לפגיעה ברווחת החברתית. לא זו אף זאת, המתווה הספציפי שמציע גילה להחלתה של עילה זו, אם אכן יוחלט שהיא

- 1 מיכל (שיצר) גל והילה נבו "השפעת תורת ההחלטות על עיצוב כללים משפטיים: מחיר בלתי הוגן כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" משפטים מה 277 (2015).
- 2 גילוי דעת 1/14 של הממונה על ההגבלים העסקיים "האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין" (9.4.2014).
- 3 זו עמדתה של הממונה הנוכחית, עו"ד מיכל הלפרין. גם היועץ המשפטי של הרשות להגבלים עסקיים, אשר שימש ממונה זמני עד לכניסתה של הממונה הנוכחית לתפקיד, התנגד לעמדתו של גילה וביטל את בדיקותיה של הרשות על גביית מחיר מופרז (ראו אורה קורן "תפקידה של רשות ההגבלים לשמור על תחרות – לא לפקח על מחירים" The Marker – תעשייה ומקור 18.4.2016 www.themarker.com/news/macro/1.2918069). בנוסף, הכלכלן הראשי של הרשות הצהיר אף הוא שגילוי הדעת הוא בעייתי (ראו משה גורלי ותומר גנון "בדרך לביטול קנסות על מחיר מופרז למונופולים" כלכליסט 3.4.2016 www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3685063,00.html). עם זאת הכיר בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בקיומה של העילה (ת"צ (מחוזי מר') 46010-07-11 נאור נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 5.4.2016)) ובית המשפט העליון הוציא צו ביניים שמנע את הפסקת החלתה של העילה עד להחלטה בעתירה בשאלה האם החלטתה של הרשות לבחון מחדש את גילוי הדעת היא החלטה סבירה, לאור החלטות שיפוטיות תקפות של בתי המשפט מחוזיים שהכירו בעילה. בג"ץ 4214/16 נאור נ' הרשות להגבלים עסקיים (פורסם בנבו, 9.6.2016).

קיימת, מגדיל עלויות אלו עוד יותר. יתרה מזאת, כפי שהראינו במאמרנו הקודם, מצויים בידי הרגולטור כלים חלופיים, יעילים יותר, אשר יקדמו בדרך טובה יותר את הרווחה החברתית ללא הפגיעה שיוצרת עילת הניצול לרעה, ואשר פתוחה בפניו הדרך להשתמש בהם.

תגובה זו מתמקדת בשלוש סוגיות עיקריות הקיימות בבסיס המחלוקת, ושעמן נדרש להתמודד כל מי שמבקש לבחון אם רגולציה של מחירים דרך סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים היא ראויה: (1) האם פיקוח על מחירים שגובה בעל מונופולין הוא כלי רצוי? ואם כן באילו מקרים? (2) אם התשובה היא בחיוב, האם ראוי ונכון לערוך את הפיקוח במסגרת סעיף 29א לחוק ההגבלים? (3) אם התשובה לכך היא חיובית, האם אופן החלת הפיקוח לפי המתווה המוצע בגילוי הדעת שפרסמה הרשות הוא סביר וראוי? במאמרנו הראינו שלעומת השאלה הראשונה, המותירה פתח חיובי קטן, התשובה לשתי השאלות האחרונות היא שלילית.

כפי שמפורט להלן, תגובתו של גילה אין בה כדי לשנות את התשובות לעיל. בכל הכבוד, חלק מטענותיו אינן נכונות עובדתית. למשל, הטענה שהאיסור מוחל כדבר שבשגרה בידי האיחוד האירופי שגויה. ההפך הוא הנכון: הנציבות האירופית קבעה זה מכבר שמדובר באיסור בעייתי ביותר. כיוון שהיא אינה יכולה לשנות את הפסיקה העקרונית של בית המשפט האירופי, שהכיר באיסור כבר לפני כמה עשורים, היא מחילה אותו רק במקרים חריגים מאוד, וגם אז ההחלה מוגבלת. גם חלק מטענותיו הכלכליות של גילה אינן מקובלות על כלכלנים מובילים בעולם הטוענים בדיוק ההפך. והעיקר – אין בטענותיו של גילה כדי להטות את כפות המאזניים באופן שהתועלת מההכרה באיסור והכללתו בדין הישראלי תהא גדולה מהנזק שעשוי להיגרם כתוצאה מכך. לנוחות הקוראים מחולקות תשובותינו לשלוש השאלות האמורות, תוך התייחסות לכל אחד מתתי-הפרקים במאמרו של גילה הרלוונטיים לשאלה הנבחרת. בשל מגבלות מקום לא חזרנו על טיעונים רבים שהעלינו במאמרנו הקודם, הרלוונטיים גם כאן.

הערה אחרונה לפני תחילת הניתוח: התשובה לשלוש השאלות מחייבת מתן משקלות יחסיים לטיעונים, ואין די בטענות בעלמא בדבר קיומם של מחירים שונים. לשיטתנו, עול ההוכחה הוא על מי שמבקש להוסיף עילה חדשה אל ספר החוקים, כיוון שאין להתערב בשוק ולהוסיף כשלים רגולטוריים על כשלי שוק, אלא אם יש לכך הצדקה ברורה. דרישה זו מקבלת משנה תוקף בשל קיומה של גישה מבוססת המקובלת במדינות שונות ברחבי העולם שלפיה דיני ההגבלים העסקיים אינם הכלי הנכון לפיקוח מחירים. גם האיחוד האירופי – ארץ מכורתו של האיסור – מכיר בסיכון לפגיעה ברווחה שהאיסור יוצר. על כן הרשות האירופית מחילה פיקוח כאמור רק במקרים חריגים ומובחנים. אכן, גם בישראל רשות ההגבלים העסקיים לא ראתה עצמה עד לאחרונה כמפקחת ישירה על מחירים. בנוסף, בישראל "תנאי הארץ ותושביה" מחייבים מתן פרשנות שונה לעילת המחיר הבלתי הוגן. בהתאם לכך, אימוץ הפרשנות האירופית בישראל כמוהו כסוס טרויאני.

א. שאלה I: האם פיקוח על מחירים גבוהים של בעל מונופולין הוא רצוי?

הנורמה הכללית הקבועה בסעיף 29א לחוק קובעת כי התנהגות העלולה להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור היא ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. סעיף זה פורש בכל העולם כאוסר התנהגות מדירה (exclusionary), שבגדרה דוחק המונופול את מתחריו מן השוק באמצעות יצירת מכשלות מלאכותיות לתחרות, דוגמת קשירת מוצרים או תמחור טורפני. פעולות אלו פוגעות בהליך התחרותי ובמתחריו של בעל המונופולין. ההגנה על הציבור כאן היא עקיפה, והיא תוצאה של מניעת מכשלות מלאכותיות לתחרות. עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן, אם תוכר, היא בן חורג לאיסור זה. עניינה התנהגות נצלנית (exploitative) מצד בעל המונופולין כלפי צרכניו. התנהגות זו פוגעת ישירות בכיסם וברוחותם, אולם אינה פוגעת בהליך התחרותי או במתחריו של בעל המונופולין. נהפוך הוא: המחיר הגבוה מאפשר, ואף יוצר, תמריצים לחברות נוספות להיכנס לשוק.

על פי טיעונו של גילה בפרק ב למאמרו, אי-החלתו של האיסור על ניצול כוחו של המונופול לרעה בדרך של גביית מחירים גבוהים כמוה כהפקרת הצרכן. במבט ראשון זהו טיעון שובה לב. אכן, המחיר המונופוליסטי עולה על המחיר התחרותי במידה ניכרת, יוצר העברת עושר מכיסו של הצרכן אל המונופול ומשית נטל עודף על הכלכלה. במובן זה אין חולק כי עסקינן בהתנהגות פוגענית כלפי הצרכן. על פי רציונל זה, החלת האיסור על גביית מחירים גבוהים תגדיל את מספר העסקאות בשוק, תשפר את מצבם של הצרכנים ותקטין את הנטל העודף הנוצר בשל אותן עסקאות שלא יצאו לפועל בגלל המחיר הגבוה.

אכן, גם אנו עמדנו במאמרו הקודם על הפגיעה האמורה שיוצר בעל מונופולין לפי ניתוח סטטי ונקודתי. אולם כפי שמדע הכלכלה מלמדנו, בניתוח קצר טווח אין די, ובטווח הארוך הרווחה – הן הצרכנית והן הכוללת – מושפעת בעיקר מתמריצים לתחרות הנמדדים בניתוח דינמי ארוך-טווח. גילה מעלה שני נימוקי נגד. להלן נבחן אותם כסדרם.

1. האם כוחות השוק עשויים לתקן מחיר גבוה?

לדעת גילה, מחיר גבוה אינו יכול בשום מקרה לתקן את עצמו באמצעות עידוד כניסה של שחקנים חדשים לשוק, כניסה אשר תדחוף את המחירים כלפי מטה (פרק ז), כיוון שמתחרה פוטנציאלי רואה לנגד עיניו את המחיר בשוק לאחר כניסתו, ועל כן לא יהיה לו כדאי כלכלית להיכנס לשוק. דעה זו הובעה הן במאמרו האקדמיים של גילה והן בגילוי הדעת שפורסם בעת כהונתו.

עם כל הכבוד, עמדה זו של גילה מבוססת על ניתוח כלכלי שגוי, הסותר את עמדתם ואת מחקריהם של כלכלנים בכירים, כמו גם את המציאות בשווקים.⁴ ראשית, הניתוח שמציע גילה מבוסס על הנחה שגויה, ולפיה המחיר בשוק ירד מיד לאחר הכניסה של שחקנים

4 ראו גל ונבו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 301; Timothy F. Bresnahan & Peter C. Reiss, *Entry in Monopoly*, 57 REV. ECON. STUD. 531, 531 (1990); Eleftherios Zacharias, *Firm Entry, Product Repositioning and Welfare*, 49 Q. REV. ECON. & FIN. 1225 (2009); Yongmin Chen & Michael H. Riordan, *Price-Increasing Competition*, 39 RAND J. ECON. 1042 (2008).

חדשים ירידה כה חדה ומהירה עד שלא יעודד כניסה. כפי שמחקרים כלכליים רבים הוכיחו, גם לאחר כניסת מתחרה לשוק יכול המחיר לרדת ירידה מתונה או לאורך זמן או לעמוד על מחיר הגבוה במידה רבה מזה התחרותי ועל כן ליצור תמריצים לכניסה לשוק.⁵ אכן, גישתו של גילה הייתה מובילה לכך שלשום שוק מונופוליסטי לא היו נכנסים מתחרים, אך המציאות סותרת טענה זו. למעשה, טענתו של גילה מרחיקת לכת עוד הרבה יותר. שהרי ממה נפשך – אם מחיר אינו מושך כניסה בשוק מונופוליסטי, מקל וחומר שהוא אינו מושך כניסה בשווקים אחרים, שבהם המחיר הוא בהגדרה נמוך יותר. אולם בפועל אנו עדים לכניסה חדשה לשווקים רבים ושונים. שנית, וחשוב מכך, נדמה כי גישתו של גילה מפרידה דיכוטומית בין המחיר המונופוליסטי שלפני הכניסה של שחקנים חדשים לשוק לבין מחיר המשקף תחרות משוכללת אחרי הכניסה של אותם שחקנים. במילים אחרות, גילה מניח שאין ברמת המחירים המונופוליסטית כל אינדיקציה באשר לרמת המחירים שתשרור לאחר כניסתו של מתחרה נוסף. במציאות כניסת מתחרים שוחקת לרוב את כוח השוק ואת המחירים בהדרגה ולאורך זמן, ולכן סביר שהכניסה לשווקים ממועטי תחרות תהיה אטרקטיבית מכניסה לשווקים תחרותיים. לבסוף, כפי שהניתוח ההתנהגותי של המשפט מראה, הטיות קוגניטיביות של משקיעים מובילות לכך שהאפשרות התאורטית להצלחה רבה בשוק דווקא יוצרת תמריץ יתר של חלק מהמשקיעים להיכנס לשוק, תמריץ המוביל להשקעה גדולה יותר בניסיונות ליהנות מהפירות בשוק.⁶

שלישית, עמדתו של גילה סותרת את דעתם של כלכלנים בכירים בעולם. למשל, לארס הנדריק-רולר, לשעבר הכלכלן הראשי של הרשות האירופית לתחרות, קובע שאם חסמי הכניסה אל השוק אינם משמעותיים, הסיכוי לרווח ימשוך מתחרים חדשים להיכנס. דווקא התערבות במחירים תיצור תמריץ שלילי למתחרים חדשים לנסות ולהתחרות ותפגע ביכולת השוק לתקן את עצמו.⁷ גם פרופ' דאמיין נבן, הכלכלן הראשי שהחליפו, מחזיק בדעה דומה:⁸

[H]igh prices tend to be self-correcting as they attract market entry and encourage investment and the reallocation of resources to those activities

שם. 5

ראו למשל Avshalom Tor, *Understanding Behavioral Antitrust*, 92 TEX. L. REV. 573 (2014). 6

Lars-Hendrik Röller, *Exploitative Abuses*, in EUROPEAN COMPETITION LAW ANNUAL 2007: A REFORMED APPROACH TO ARTICLE 82 EC 525 (Claus-Dieter Ehlermann & Mel Marquis eds., 2007) (ההדגשה הוספה). ניתוח זה גם מראה שלא כדאי לבעל המונופולין להוריד בבת אחת את מחיריו, כיוון שהדבר יגרום לצרכניו להרגיש אי-צדק. ראו Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch & Richard H. Thaler, *Fairness as a Constraint on Profit-Seeking: Entitlements in the Market*, 76 AM. ECON. REV. 728, 734 (1986). 7

Damien Neven & Miguel de la Mano, *Economics at DG Competition, 2009–2010*, 37 REV. INDUS. ORG. 309, 318 (2010). 8
102 'ס' לאמנה האירופית המצוטט לעיל הוא המקבילה האירופאית לס' 29 ADI AYAL, FAIRNESS IN ANTITRUST: PROTECTING THE WEAK FROM THE STRONG (2014): "In the case of monopoly, excessive pricing attracts entrants, and unless entry barriers are both high and permanent, cartel and monopoly inherently induce entry, creating their own downfall"

and markets that are of greatest value for consumers. *Competition policy enforcement – for example through a misguided application of Article 102 TFEU as an instrument to regulate prices – could interfere with the competitive process thereby ultimately leading to a reduction in consumer welfare.*

לחלופין טוען גילה שאם המחיר לאחר כניסת המתחרה יישאר גבוה, ובכך ייצור תמריצים לכניסה, הרי לא לתוצאה זו פיללנו. כן הוא טוען שאם המתחרים החדשים ייצרו "קרטל סמוי", הרי שככלל מוטב שתימנע כניסה כאמור.⁹ טענה זו בעייתית מן הטעם שהיא עוצרת את גלגל התחרות לאחר כניסה של מתחרה יחיד. אך אם המחירים נותרים גבוהים גם אז, מדוע אין משתלם גם למתחרה שלישי להיכנס וכך הלאה? המחיר הגבוה גם לאחר הכניסה ימשוך מתחרים נוספים עד אשר הרווח הצפוי בשוק לא יעלה על ההשקעה בכניסה. על כן הליך האיתות ותיקון השוק ארוך מזה שמציע גילה. ובאשר לטיפול בקרטל, הדין ההגבלי, ובעיקר פרק ב' לחוק ההגבלים העסקיים, כולל כלים יעילים מן האיסור על מחיר גבוה, המסוגלים לטפל בכך. טענה זו של גילה בעייתית גם מן הטעם שהיא חותרת תחת ההנחה שבבסיס דיני ההגבלים העסקיים בארץ ובעולם, לפיה תחרות, גם בין מספר מצומצם של מתחרים, עדיפה על מונופול בפיקוח ממשלתי.

2. חשיבות התמריצים הדינמיים לתחרות

טיעון הנגד השני שגילה מעלה נוגע להשפעות הדינמיות של המחירים הגבוהים (פרק ט). לשיטתו של גילה, מחיר גבוה פוגע בצרכנים, אבל לעומת זאת לא ברור שתמריצי התייעלות בהכרח ייטיבו עמם, ועל כן מחיר הטעות של תחולת יתר הוא קטן. בהקשר זה מעלה גילה שלוש טענות חלופיות.

טענתו הראשונה של גילה היא ש"גם במקרה של טעות בהחלטת יתר של האיסור, הצרכנים ייהנו ממחיר נמוך, אם כי המוצר שירכשו יהיה במידה מסוימת פחות טוב מאשר יכול היה להיות".¹⁰ אין מחלוקת שהאיסור יוריד את מחיר המוצר, שהרי זו מטרתו המוצהרת. גם אין מחלוקת שמחיר נמוך מיטיב עם הצרכן, אם אנו מניחים שכל יתר הפרמטרים המשפיעים על הצרכן הם אופטימליים (איכות, מגוון וכדומה). עם זאת התמקדות במחיר גרידא היא בעייתית. כפי שמחקרים כלכליים רבים מראים, מה שמקדם את הרווחה לטווח הארוך אינו דווקא המחיר כי אם היעילות הדינמית. האם היינו מעדיפים טלפון קווי על פני טלפון נייד במחיר נמוך הרבה מזה של הטלפון הנייד? האם היינו מעדיפים תרופה במחיר נמוך המתמודדת עם חלק מהסימפטומים של מחלה מאשר תרופה המונעת אותה מלכתחילה העולה יותר? נראה שהתשובה לשאלות אלו טריוויאלית. גם במוצרים או שירותים דרמטיים פחות עולה אותה השאלה. למשל: איזה שירות משלוחים של רכישות באינטרנט עדיף לנו – איטי או מהיר? גם אם לא כל ההשקעות צולחות, האם נדע להפריד מראש בין השקעה אשר אולי תובילנו למוצר המועיל הבא לבין זו אשר לא

9 דייד גילה "מחיר מופרז כניצול לרעה של כח מונופוליסטי" משפטים מה 761 (2016).

10 שם, בעמ' 792.

תצלח? אכן, חתן פרס נובל לכלכלה רוברט סולואו הראה שבמאה העשרים מרבית הגידול ברווחה של ארצות הברית נבע מיעילות דינמית ולא דווקא סטטית.¹¹ גישה זו מקובלת גם על מלומדים מובילים בהגבלים עסקיים. כדברי איסטרברוק: "מדיניות הגבלית המורידה את המחיר כיום ב-5% על חשבון פגיעה בהורדה של 1% של עלות ייצור המוצר בשל יעילות דינמית, תהיה אסון. בטווח הארוך השינוי המצטבר גדול בהרבה מהפגיעה הסטטית".¹² ראו גם הנחת העבודה של הכלכלנים סידאק וטיס:¹³

[...] using static analysis to address antitrust issues in a dynamic economy is unlikely to improve consumer welfare and [...] a more dynamic analytical framework increases the likelihood of helping rather than hurting consumers.

על כן דיני ההגבלים העסקיים אינם עורכים רק ניתוח סטטי של תמונת מצב זמנית של נטל עודף,¹⁴ כפי שטוען גילה, אלא גם ניתוח דינמי, ארוך טווח, של תמריצים. חשוב להדגיש: הניתוח הדינמי מתמקד אף הוא ברווחת הצרכן (וברוחה הכללית) ולא ברווחת המונופול. ניתוח דינמי כאמור משקף תמונה רחבה יותר של רווחת הצרכן, המביאה בחשבון את איכות המוצרים והשירותים שמקבל הצרכן ואת התמריץ של המונופולין ומתחריו לייצר יתרונות תחרותיים על מנת לבחון את תצריף כוחות השוק כולו המשפיע על הרווחה ולא רק חלק קטן ממנו, כפי שמציע גילה. אם נקבל את טענתו של גילה, נחיל פרשנות מרחיבה של כלי רגולטורי המתערב במידה ניכרת בשוק לשם הגשמת מטרה צרה (רווחת הצרכן בהיבט מאוד צר ונקודתי). זאת ועוד, גם אם נניח, כטענת גילה, שדיני ההגבלים העסקיים מתמקדים רק בניתוח סטטי המתמקד בנטל העודף, אין בכך כדי להוביל למסקנה שהכלי הנכון להסדרתם הוא חזקת הניצול לרעה. על טענה זו נרחיב בהמשך.

כפי שפירטנו במאמרנו הקודם, ניתוח דינמי ארוך טווח מראה כי איסור על מחיר גבוה אשר אינו ער לתמריצים האמורים עלול לגרום נזק יותר מאשר תועלת. ניתוח כלכלי כאמור מונה מספר לא מבוטל של הצדקות כלכליות לא־התערבות במחירים מונופוליסטיים, ובהן "איתות" לשחקנים חדשים בדבר רווחיות השוק שבו פועל בעל המונופולין ותמרוץ חברות חדשות להיכנס אליו, עידוד השקעה ופיתוח ויכולתו של השוק לתקן את עצמו על פני זמן. עם זאת ראוי לחזור ולציין, כפי שגם עשינו במאמרנו הקודם, שטיעונים אלו אינם רלוונטיים לשווקים שבהם המונופול הוא יציר ממשלה ולא הגיע למעמדו בשל התחרות בשוק.

11 Robert M. Solow, *A Contribution to the Theory of Economic Growth*, 70 Q. J. ECON. 65 (1956); Robert M. Solow, *Technical Change and Aggregate Production Function*, 39 REV. ECON. & STAT. 312 (1957).

12 Frank H. Easterbrook, *Ignorance and Antitrust*, in *תורגום של המחברות מאנגלית מתוך* ANTITRUST, INNOVATION AND COMPETITIVENESS 119 (Thomas M. Jorde & David J. Teece eds., 1992).

13 J. Gregory Sidak & David J. Teece, *Dynamic Competition in Antitrust Law*, 5 J. COMPETITION L. & ECON. 581, 585 (2009).

14 Douglas H. Ginsburg & Joshua D. Wright, *Dynamic Analysis של הדוגמאות רבות מספור. ראו למשל* and the Limits of Antitrust Institutions, 78 ANTITRUST L.J. 1, 6–7 (2012).

הטענה השנייה שמעלה גילה היא ש"הנחת המוצא של דיני ההגבלים העסקיים היא שתחרות מובילה לתוצאה המועילה ביותר מבחינה חברתית, לא רק מבחינת המחיר, אלא גם מבחינת איכות המוצר ומבחינת השיפורים הטכנולוגיים".¹⁵ גם טענה זו מבוססת על תפיסה צרה ביותר ושגויה לדעתנו של תחרות, המרדדת את התובנות הכלכליות. אכן, חוק ההגבלים העסקיים – וכן מנגנון השוק – מבוססים על ההנחה שתחרות היא כלי רב-עצמה, אשר השפעותיו הכלכליות רבות וטובות, לרבות הורדת מחיר והגדלת האיכות. אולם חשוב להבין כיצד התחרות עובדת. ניתוחו של גילה נכון באשר לתחרות משוכללת, כלומר תחרות בתנאים מושלמים, עם ריבוי חברות בעלות עלויות ייצור דומות, אשר כבר יוצרות את המוצר באיכות הגבוהה ביותר, המובילה לכל התוצאות הנפלאות הללו בכל רגע נתון בלא שלשום חברה יהיה כוח שוק. במצב דברים זה כל החברות גובות מחיר המבוסס על עלויות הייצור השוליות שלהן (MC), שכן אם יגבו מחיר גבוה יותר, הצרכנים יעברו לחברות אחרות המייצרות בדיוק את אותו מוצר באותן עלויות. אולם תחרות משוכללת, כפי שכל כלכלן יסכים, דומה לדרך קונו בימי הביניים: היא קיימת (כמעט) אך ורק בספרים. מרביתם המוחלטת של השווקים, לצערנו, אינם מושלמים, וחלקם אינו יוצר תמריצים חזקים דיים ליצירת דינמית, המחייבת לרוב השקעה גדולה מראש כמו גם נטילת סיכון. אם השוק מכסה רק את עלויות הייצור (בשוק משוכלל המחיר שווה לעלויות הייצור השוליות של המוצר ללא כיסוי השקעות לטווח ארוך), למה להשקיע מלכתחילה? אכן, הדין עצמו מכיר בכשלי שוק המסכלים את התוצאות הנפלאות של התחרות המשוכללת. חוקי הקניין הרוחני, למשל, מבקשים לתקן כשל שוק שלפיו מידע הוא מוצר ציבורי שאינו יוצר תמריצים חזקים דיים להתייעלות דינמית, באמצעות מתן אפשרות לבעל הקניין הרוחני, שהשקיע בייצור דבר מה חדש, ליהנות מבלעדיות בייצורו משך תקופה ארוכה (המעניקה לו אפשרות ליהנות מכוח שוק אם מוצרו יצליח בשוק) על מנת לוודא שלממציאים יהיו תמריצים כלכליים חזקים דיים ליצירה.

מדוע בכל זאת אנו משליכים את יהבנו על התחרות? כיוון שאנו מתייחסים אליה כאל הליך אשר בטווח הארוך יוצר עבורנו את האזון הטוב ביותר שניתן להשיג בכלי ההסדרה שבידינו בין יעילות סטטית לדינמית, ומשום שהניסיון והספרות הכלכלית מלמדים אותנו שתחרות, גם אם היא מוגבלת, עדיפה על רגולציה ופיקוח מחירים. על פי זה התחרות היא כמו גלגל: נניח מצב התחלתי של שוק תחרותי. במצב זה חברה נוספת תשקיע בכניסה לשוק או בטכנולוגיה חדשה רק אם יש לה רעיון ליצור לעצמה יתרון תחרותי על פני מתחורתיה – מוצר טוב יותר או הליך ייצור טוב יותר. אולם יתרון זה גם מאפשר לה לעתים להעלות מחירים, כי הצרכנים מוכנים לשלם יותר עבור המוצר הטוב יותר. בטווח הקצר יכול שיהיה לחברה זו כוח שוק יחסית למתחורתיה, אם אכן תקוותיה יתגשמו והצרכנים יעדיפו את מוצריה החדשים. אבל מתחורתיה ינסו גם הן להשקיע ביצירת מוצר טוב עוד יותר או במוצר זול יותר, שאם לא כן ייאלצו אולי לצאת מהשוק או להקטין את נתח השוק שלהן. הצלחתן תגרום לירידת כוח השוק של החברה הראשונה וחוזר חלילה. מה הניע תהליך זה? הרצון לרווח עודף על-תחרותי, שכן רווח תחרותי הרוויחו החברות כבר במצב

15 גילה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 792.

ההתחלתי. מהי מהותו של תהליך זה? תחרות על לבו ועל כיסו של הצרכן. אשר על כן אחד ממאפייניו של ההליך התחרותי הוא שהוא יוצר לעתים גם כוח שוק. כל עוד כוח זה מבוסס על יתרונותיו היחסיים של בעל כוח השוק ולא על התנהגות המגבילה או מדירה מתחרים באמצעות יצירת חסמים מלאכותיים (דוגמת קרטל או תמחור טורפני), הוא חלק אינטגרלי של ההליך התחרותי. לפיכך כל חוקי ההגבלים העסקיים בעולם אינם מגבילים חברה מלהיות מונופולין גרידא. על רציונל זה עמד בית המשפט העליון האמריקני בפרשת ¹⁶: *Trinko*

The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the free-market system. The opportunity to charge monopoly prices – at least for a short period – is what attracts “business acumen” in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth.

דהיינו, הסיכוי של מתחרים כי יוכלו לגרוף רווחים גדולים בדרך של גביית מחיר גבוה אם יגיעו למעמד של מונופולין משמש תמריץ עיקרי לחברות להשקיע, לפתח ולהתקדם בשוקיהן. מקום שבו ה“סוכרייה” של הניצחון בתחרות קטנה יותר, תיפגע גם פעולתו ויעילותו הדינמית של השוק. מיטיב להסביר זאת אוונס, הנסמך על מחקרים אמפיריים רבים המוכיחים את חשיבותו של המחיר הגבוה למנגנון השוק על בסיס שלושה נדבכים: ראשית, צמיחה כלכלית ורווחה חברתית מונעים, בטווח הארוך, ממוצרים חדשים ומדרכי ייצור חדשות ויעילות יותר; שנית, התייעלות זו מקורה בתחרות דינמית, שבה מרבית השחקנים בשוק מפסידים למרות תקוותיהם; שלישית, תהליך התחרות הדינמית מונע מתמריצים כלכליים המבוססים על ההנחה שרוב החברות ייכשלו, ולא בטוח כלל שיצליחו לכסות את עלויותיהן, ורק למעטות תהיה הצלחה גדולה.¹⁷ מכאן ברור שאם נקטין את התמריץ להתחרות, נפגע גם ברווחה החברתית.

לפיכך יש לדחות גם את טענתו של גילה שלפיה “העלות החברתית של טעות מהסוג של החלת יתר [דהיינו פגיעה בתמריצים להשקעה שייצרו יעילות דינמית – מ”ג וה”נ] היא קטנה אינהרנטית, משום שהיא משקפת עולם זר לדיני ההגבלים העסקיים – עולם שבו אי-תחרות מתמרצת להשקעות מועילות, ותחרות מדכאת השקעות כאלה.”¹⁸ אין זאת אלא שתחרות אינה כוללת רק מצב של תחרות משוכללת, אלא גם – ולרוב – מצבים שבהם כדי לעודד את צמיחת השוק יש להכיר בכך שתחרות גם יוצרת חברות עם כוח שוק, לפחות בטווח הקצר, המבוסס על יתרונותיהן היחסיים שלהם זכו בעקבות השקעה במוצרים

Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, 407 16
(2004).

David S. Evans, Vanessa Yanhua Zhang & Xinzhu Zhang, *Assessing Unfair Pricing Under China’s Anti-Monopoly Law for Innovation-Intensive Industries* 13 (University of Chicago, Coase-Sandor Institute for L. & Econ., Working Paper No. 678, 2014), http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1668&context=law_and_economics (להלן: Evans et al.). 17

גילה, לעיל ה”ש 9, בעמ’ 793. 18

שהצרכנים העדיפו אותם על פני אלו של מתחרותיהן. על כן אין לראות בכך "אי-תחרות", כפי שטוען גילה, אלא חלק אינטגרלי מההליך התחרותי, אשר ויתור עליו יפגע קשות ברווחה החברתית. תפיסה זו היא כה מושרשת בדיני ההגבלים העסקיים, עד כי הדוגמאות לה רבות. בשל מגבלות מקום נציין רק את דיני המיזוגים, אשר מאפשרים לחברות מתחרות להתמזג גם אם המיזוג מגדיל במידה ניכרת את כוח השוק שלהם, כל עוד המיזוג יוצר יעילות יצרנית או דינמית רבה אשר מיטיבה גם עם הצרכנים.¹⁹ מדוע נאפשר זאת אם כל מה שחשוב הוא שיהיה בשוק מספר גדול של חברות המתחרות ביניהן? האם נגדיר זאת כמצב של "אי-תחרות", שהוא זר לדיני ההגבלים העסקיים?

זאת ועוד, טענתו של גילה מתעלמת מן העובדה שמרבית המוצרים שצרכנים רוכשים אינם מוצרים המיוצרים על ידי מונופול. מחירם של מוצרים אלה היה יכול לרדת או שאיכותם היתה יכולה לעלות בעקבות תחרות ששומנה בתמריצים להצליח ולהרוויח בצורה משמעותית, תקווה שבמרבית המקרים ובמרבית השווקים איננה ממומשת. התוצאה היא שאם מסתכלים על כלל המוצרים והשירותים בשוק, דווקא קיומם של כמה מונופולים שהגיעו למעמדם בזכות, כלומר לאחר תחרות אמתית ללא מכשלות מלאכותיות, והנהנים מרווחים גבוהים, מקדם את הרווחה החברתית גם בטווח הקצר, אם מרחיבים את נקודת המבט.

הטענה השלישית שמעלה גילה תואמת את זאת האחרונה. הוא לוקח את טיעון "אי-התחרות" צעד אחד נוסף וטוען שאם נקבל את הטענה שלפיה כוח שוק זמני נדרש לעתים על מנת ליצור תמריצים מספיקים להתייעלות, תוביל מסקנה זו גם לכך ש"נגביל – מ"ה וה"נ" כניסה עתידית של פירמות חדשות לשוק, על מנת שלא להקטין את תמריצייהן להשקעה", וכי "הכרעה מוטעית כי המונופול יכול להחזיר לעצמו את ההפסדים תוביל שוב לדיכוי התנהגות שלגישתן של גל ונבו היא התנהגות ראויה ופרו-צרכנית מובהקת".²⁰ טענה זו יש לדחות מכול וכול. אחד ממאפייניו של ההליך התחרותי הוא שאין כל הצלחה מובטחת, אלא המבחן הוא מבחן השוק: ישרוד וירוויח רק מי שייצר מוצרים שהצרכנים מעדיפים על פני אלו של מתחריו. מטרת דיני ההגבלים העסקיים היא לוודא שאין מכשלות מלאכותיות להליך התחרותי, אך במובהק הם אינם מגנים על מתחרה זה או אחר ואינם יוצרים "בטוחות" להצלחה בשוק.²¹ על כן לא רק שאין להגביל כניסה של פירמות מתחרות בשוק, אלא יש לעודד את כניסתן כדי להניע את גלגל ההליך התחרותי. כפי שקבע גם בית

19 רשות ההגבלים העסקיים "נימוקים להתנגדות למיזוג הריבוע הכחול ישראל בע"מ – ירקון (פלוס 2000) סיטונאות מזון בע"מ" 42–37 (10.10.2001) www.antitrust.gov.il/files/1953/4473.pdf; גילוי דעת 1/11 של הממונה על ההגבלים העסקיים "הנחיות לניתוח תחרותי של מיזוגים אופקיים" 23–22 (23.1.2011) www.antitrust.gov.il/subject/130/item/26073.aspx.

20 גילה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 794.

21 כך למשל קבע בית המשפט העליון בארה"ב בעניין Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209, 224 (1993): "It is axiomatic that the antitrust laws were passed for 'the protection of competition, not competitors'" ראו גם ת"א (מחוזי י-ם) 2447/00 מוסך משה כהן (1989) נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פ"מ התשס"ד (2) 443, בפס' 33 לפסק דינו של השופט שפירא (2006): "מטרת דיני ההגבלים העסקיים היא הגנה על התחרות ולא המתחרים".

המשפט העליון האמריקני²² וכפי שהכירה גם הרשות האירופית,²³ אחד ה"דלקים" העיקריים להנעת גלגל השוק הוא התמריץ להצליח מאוד ולהרוויח הרבה יותר מן המחיר התחרותי. אבל גם אז אין חוק ההגבלים העסקיים מגן על מעמדו של המונופול, והוא חשוף לתחרות אשר עשויה להורידו ממעמדו ברגע שיבואו אחרים שעשו בדיוק כמוהו והשקיעו בשינוי הסטטוס קוו בשוק. לכן טענתנו אינה מובילה, בשום פנים ואופן, לשימוש בדיני ההגבלים העסקיים להגנה על מונופול מפני כניסה של מתחרים כדי לשמר את רווחיו. אבל כאן חשוב להדגיש: דווקא הסיכון שיוצרת כניסה חדשה לשוק לשחיקת רווחיו של בעל המונופולין מגדיל את הצורך לאפשר לו ליהנות מפרות ניצחוננו בשוק, על מנת לוודא שתמריציו להשקעה מלכתחילה גדולים דיים. ראו גם את דבריו של הממונה לשעבר על התחרות באיחוד האירופי, פיליפ לואו:²⁴

High prices certainly harm consumers in the short run. But is that a sufficient case for intervention by a competition authority? What if high prices would in the medium term attract entry and spur competition? If there are no high or insurmountable barriers to entry, it might well be that high prices are actually likely to be, on balance and with a longer term perspective, good for consumers. There is much more for consumers to gain through increased competition than a mere decrease in prices.

בהקשר זה נתייחס גם לטענותיו של גילה באשר למטרת החוק. גילה טוען במבוא של מאמרו שמטרתם של דיני ההגבלים העסקיים היא "קידום רווחת הצרכנים באמצעות מניעת פגיעה בתחרות, קידום התחרות ומניעת ניצול לרעה על ידי מונופולים".²⁵ אין מחלוקת שפעולות של בעל מונופולין, המדירות את מתחריו ויוצרות חסמים לתחרות, נכנסות לתוך גדר האיסור על ניצול לרעה. אולם נראה שלשיטתו של גילה החוק נועד למנוע ניצול לרעה בידי בעל מונופולין גם כאשר הגבלה זו אין לה ולא כלום עם פגיעה בתחרות. טענה זו יש לדחותה. חוק ההגבלים לא נועד להתמודד עם כשל שוק מכל סוג שהוא הנוצר בשוק, גם אם עסקינן בשוק שבו פועל בעל מונופולין. אלא הוא נועד להתמודד עם כשל שוק מסוג מיוחד: כשלי שוק שמקורם בהתנהגות שחקנים בשוק היוצרות חסמים מלאכותיים לתחרות.

22 עניין Trinko, לעיל ה"ש 16.

23 OECD, Excessive Prices, DAF/COMP (2011) (Feb. 7, 2012) <http://www.oecd.org/competition/abuse/49604207.pdf> (להלן: דוח ה-OECD), European Union Contribution, בעמ' 311: "It is nonetheless important to recognise that high profits may often be the result of superior innovation and risk taking, which should not be penalised as this would work as a disincentive to innovate and invest"

24 Philip Lowe, Dir. Gen. Competition, Eur. Comm'n., Consumer Welfare and Efficiency – New Guiding Principles of Competition Policy?, Address at the 13th International Conference on Competition and 14th European Competition Day 7–8 (Mar. 27, 2007) http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2007_02_en.pdf (ההדגשה הוספה).

25 גילה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 762. את הדיון האם חוק ההגבלים תמיד ובכל מחיר מקדם את רווחת הצרכן או שמא את הרווחה הכללית נשאר ליום אחר.

לא בכדי נקראים דינים אלו "דיני התחרות" (Competition Laws) במרבית מדינות העולם. גם שמם מלמד שהם נבדלים מרגולציה מסוג אחר.²⁶ פרשנות אחרת הייתה מאפשרת להביא בגדרם כל כשל שוק שהוא ולאפשר לממונה להפעיל ארגז כלים רחב ביותר ולפעול כרגולטור-על. גם את אותם מקרים שבהם החוק מאפשר לרשות לשקול שיקולים של "טובת הציבור" (ודוק: טובת הציבור ולא טובת הצרכן דווקא), יש לפרש פירוש העולה בקנה אחד עם הרציונל של חוק ההגבלים ולמנוע פגיעה בתמריצים לתחרות. כך או כך, כדי להצדיק הכרה באיסור, התועלת לרווחה צריכה לעלות על הנזק שהחלתו עלולה לגרום. כפי שמפורט במאמרנו הקודם, תנאי זה אינו מתקיים בנוגע לפיקוח על מחיריו של בעל מונופולין דרך עילת הניצול לרעה של כוח מונופוליסטי, ובעייתיות זו רק מתחדדת בדרך שאותה מציע גילה ליישם.²⁷

חשוב להדגיש כאן כי השורה התחתונה הכללית של גילה ושלנו בהקשר זה היא דומה: תאורטית קיים בסיס כלכלי ונורמטיבי להטלת פיקוח על מחירים גבוהים של בעל מונופולין, לפחות במקרים מסוימים שבהם הפיקוח יוחל בצורה אשר לא תפגע בתמריצים דינמיים לתחרות. ההבדל הוא ברוחבה של ההצדקה. גילה טוען להצדקה בקשת רחבה של מקרים, כי לדעתו השוק לא יתקן את עצמו, ואין לתת משקל רב לשיקולי יעילות דינמית. אנו טוענות, לאור מחקרים של כלכלנים מובילים בעולם, שיש הצדקה כלכלית להחלת הפיקוח רק במספר מצומצם ומובחן של מקרים, על מנת להבטיח שהפיקוח לא יפגע במנגנוני התמריצים שיוצר השוק ושמניעים את גלגליו. הניתוח שערכנו במאמרנו הקודם וחוזק לעיל רלוונטי אפוא גם לתשובה שיש ליתן לשתי השאלות הבאות שייבחנו להלן.

26 ראו למשל: Mariateresa Maggolino, *The Regulatory Breakthrough of Competition Law: Definitions and Worries*, in COMPETITION LAW AS REGULATION 3 (Josef Drexel & Fabiana Di Porto eds., 2015). בשנים האחרונות הוספו לחלק מדיני ההגבלים כלי הסדרה הדומים יותר במהותם לכלי הסדרה קלאסיים, אולם הם בבחינת חריג, שהוספו מפורשות, המעיד על הכלל.

27 על חוסר הרציונליות שבהפרדת הפגיעה בצרכן מן הפגיעה בתחרות ראו את "התנ"ך" של דיני ההגבלים העסקיים בארה"ב: PHILLIP E. AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, ANTITRUST LAW §651 (4th ed. 2015): "A 'pure' consumer welfare test for monopolistic practices would also be unwise and inconsistent with §2's 'monopolizing' language. Most importantly, it would condemn practices that are not capable of excluding anyone. Suppose that Microsoft, which has a monopoly in its Windows operating system, should develop a new version that was particularly buggy and prone to crashes. Clearly, consumers as a group would be harmed because they have few good alternatives to Windows. But developing a bad version of Windows is not a monopolistic practice because no one is excluded. Microsoft's mistake might permit other firms to come in and steal sales, or it might simply impose harm on consumers until Microsoft fixed the problem and restored the status quo, but the one thing that the practice would clearly not do is to exclude rivals from the market. As a result the practice is not 'monopolistic', even though it causes consumer harm" בהמשך הניתוח המחברים מסכמים: "The real intent of a consumer welfare test is to identify practices that both exclude rivals from the market and harm consumers"

ב. שאלה II: האם עילת הניצול לרעה של כוח מונופוליסטי היא הכלי הרגולטורי המתאים להתמודד עם מחירים גבוהים של בעל מונופולין?

ההכרה בקיומה התאורטי של הצדקה לפיקוח על מחירים של בעל מונופולין – ולו בנסיבות מוגבלות – אינה מובילה למסקנה שהדרך הנכונה לעשות זאת היא במסגרת עילת הניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. כפי שהראינו במאמרנו הקודם, ניתוח המבוסס על תורת ההחלטות מוביל למסקנה שהשימוש בכלי רגולטורי זה יוצר מחירים גבוהים הפוגעים ברווחה החברתית שאינם משרתים את מטרת החוק. לא זו אף זאת: קיימים כלים רגולטוריים חלופיים – גם בתוך דיני ההגבלים העסקיים – אשר השימוש בהם יפחית את הפגיעה ברווחה החברתית. אכן, גם אם נמצא שמנגנוני השוק אינם מסוגלים לרסן בכל מצב את התנהגותו של בעל המונופולין, הרי אין בכך כדי להוביל למסקנה שיש להתערב בפעילות השוק, שכן ייתכן בהחלט שאכיפת האיסור תביא לנזק גדול אף יותר.²⁸ גילה מעלה כמה טענות נגד, ואנו נבחן אותן כסדרן.

1. הקשיים בהחלת המבחן לזיהוי מחיר גבוה בלתי הוגן כפי שעולה מפסיקת האיחוד האירופי

אחת מטענותיו המרכזיות של גילה, המפורטת בפרק ג למאמרו, היא שאיסור על מחיר גבוה במסגרת עילת הניצול לרעה של כוח מונופוליסטי מקובלת ומוחלת ללא מגבלות ניכרות בעולם הרחב. נקדים ונאמר שגם אם היה זה המצב במשפטי הקיים בפועל – עובדה שנסתור להלן – אין בכך כדי להקרין בהכרח על המצב המשפטי הרצוי בישראל. לנקודה זו נחזור בהמשך.

כמפורט במאמרנו הקודם, קיימות בעולם שתי גישות מנוגדות ליצירת איסור הגבלי על מחירים גבוהים. האמריקאים, הקנדים והסינגפורים הם מייצגיה של גישה השוללת את יצירתו של איסור כאמור. לעומתם, האיחוד האירופי ומדינות אחרות אשר הלכו בעקבותיו מכירים עקרונית באיסור זה. אולם למרות הכרה עקרונית זו במדינות אלו, הקשיים בהחלתה הביאו מדינות רבות להסתייג מהחלתה בפועל. אכן, שלא כטענתו של גילה, מדוח עדכני של ארגון המדינות המפותחות (ה-OECD) אשר פורסם בנושא, ואשר עליו מסתמך גילה, עולה כי עסקינן בעילה שנויה במחלוקת בעולם:²⁹

One of the most controversial theories of harm in competition law in general and within the category of exploitative abuses in particular is excessive prices.

28 לדיון מעניין על הנחות היסוד בבסיס הרגולציה ראו, למשל, Peter J. Boettke & Peter T. Leeson, *Presumptions in Political Economy: Alternative Approaches for Assessing the Economic Role of the State* (George Mason University, Dept. of Econ., Working Paper No. 15–17, 2014) http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2538169###

29 OECD, לעיל ה"ש 23, בעמ' הפתיחה (ההדגשות הוספו).

[...] *competition authorities are often extremely reluctant to take enforcement action in case of exploitative conduct by dominant firms in general and excessive price abuses in particular [...] the phenomenon of excessive prices in the absence of exclusionary conduct or cartelization is often viewed as a temporary and self-correcting market failure or conversely, a problem to be addressed through sector-specific regulation.*

עוד חשוב להדגיש: מרבית מדינות ה-OECD הן מדינות החברות באיחוד האירופי (22 מתוך 34), המחויבות, מתוקף חברותן באיחוד, להכיר בעילה. על כן טענתו של גילה שמרבית מדינות ה-OECD מכירות בעילה³⁰ אינה מקדמת את הדיון.

גילה טוען כי הפרמטר החשוב בעיניו הוא עצם ההכרה באיסור ולא דווקא תוצאות ההליכים בהם הוא הוחל.³¹ אין אנו מסכימות לכך. המבחן החשוב אינו אם האיסור מוכר, שהרי מקורו בקביעה לקונית של בית המשפט האירופי מלפני כחמישים שנה אשר רשות ההגבלים אינה מוסמכת לשנותה ואשר מחייבת גם את מדינות האיחוד, אלא אם וכיצד הוא מוחל בפועל. גם אם יש מדינות המכירות עקרונית בקיומו של האיסור, השאלה הרלוונטית היא אם וכיצד הוא מוחל בפועל באותן מדינות. זאת כיוון שאם במדינות אלו הכירו בבעייתיותו, הרי אין מקום לחזור על הטעות גם בישראל. האיחוד האירופי והמדינות החברות בו כבולות לפרשנות שנתן בית המשפט האירופי לפני שנים רבות, אך בישראל עדיין פתוחה הדרך ללמוד מניסיונם הבעייתי בהחלת האיסור ולאמץ פרשנות שונה. זאת ועוד, כפי שהראינו במאמרנו, קיומו של האיסור כשלעצמו יכול לפגוע ברווחה החברתית, גם אם בפועל כמעט שאינו מוחל. על כן יש לוודא היטב בטרם אימוצו שאין בו כדי לפגוע במטרות החוק.

אכן, בחינה מדוקדקת של האיסור בכור מכורתו מגלה כי הלכה למעשה הוא מוחל בצמצום רב, וכי רבה הביקורת על החלתו. האיחוד האירופי נמנע במוצהר ובמכוון מלהתערב בקביעת מחירים גבוהים,³² ובמשך כשישים שנה כמעט שאין החלטות המחילות את האיסור, ואלו שקיימות נלוות, לרוב, לאיסור על פעולות מדירות. רק בשישה מקרים העלתה רשות התחרות האירופית טענות בדבר תמחור מופרז (רובן במצטבר לפעולות מדירות), וגם אז היה מדובר בעיקר במקרים של מונופול יציר המדינה או בשווקים מוסדרים.³³ עובדות אלו סותרות גם את טענתו של גילה ש"בחלק משמעותי מהמקרים היה

30 גילה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 767. ראוי לציין שאנגליה צפויה לצאת מהאיחוד.

31 שם.

32 ראו למשל הצהרת הרשות כבר ב-1994 – Eur. Comm'n, XXIVth Report on Competition Policy – 1994, § 207 (1995): "[...] the Commission in its decision-making practice does not normally control or condemn the high level of prices as such. Rather it examines the behavior of the dominant company designed to preserve its dominance, usually directed against competitors or new entrants who would normally bring about effective competition and the price level associated with it".

33 Massimo Motta & Alexandre de Streel, *Excessive Pricing in Competition Law: Never Say Never?*, in THE PROS AND CONS OF HIGH PRICES 14, 30–31 (2007). במאמר נוסף באותו ספר נקבע כי "the prohibition against excessively high exploitative prices has its primary scope of application in situations of legal monopolies or regulated markets"; Nils Wahl, *Exploitative*

מדובר בהפרה של האיסור על מחיר מופרז בלבד.³⁴ זאת ועוד, שופט בית המשפט האירופי נילס וואהל קובע, לאחר סקירת כל הפסיקה הרלוונטית, שאין שום החלטה של בית המשפט האירופי שאסרה על מדיניות תמחור גבוה ספציפית בשוק חופשי שאינו מוסדר ישירות.³⁵ גם אוונס קובע שבהחלטה היחידה אי-פעם שבה נתן בית המשפט האירופי החלטה בעניין מחיר גבוה שלא היה תוצאה של פעולה מדירה או של מונופול יציר המדינה או מוסדר – ההחלטה בעניין *United Brands*³⁶ – לא נמצא שהמחיר היה בלתי הוגן.³⁷ עינינו הרואות שהאיחוד האירופי אינו מחיל עילה זו כדבר שבשגרה, אלא ההפך הגמור הוא הנכון. למרות קיומה עלי ספר, נעשה בה שימוש מזערי, וגם אז רק במקרים חריגים. זאת ועוד, באותם מקרים מעטים שבהם נעשה שימוש בעילה ההפרש מחיר-עלות עמד לרוב על מאות אחוזים או עשרות רבות של אחוזים יותר מן המחיר התחרותי, וכמעט בכל המקרים הסתיים ההליך בהורדת המחיר גרידא, ללא סנקציות.

הכלכלן הראשי לשעבר, רולר, טען שהבעיות בהחלת האיסור הן כל כך קשות עד כי גם גישה התומכת ברווחת הצרכן בלבד – להבדיל למשל מהרווחה החברתית הכללית – לרוב תיטה לא להחיל את האיסור. אכן, כפי שטוען גילה, מספר המקרים המועט שבהם הוחלה העילה בפועל³⁸ אינו כשלעצמו אינדיקטיבי לחוזקה של העילה. השאלה היא כמובן מהן הסיבות שבשלן בחר האיחוד האירופי לא להחיל את העילה, ואם סיבות אלו רלוונטיות גם לנו. במאמרנו הקודם ניתחנו בהרחבה סיבות אלו והראנו שהן רלוונטיות לישראל. לא זו אף זאת: השוני הקיים בין החוקים, הסעדים, הגורמים, הגופים האוכפים ומבנה הכלכלות מחזק בישראל עוד יותר את הפגיעה ברווחה שיוצרת העילה. להלן נתמודד עם התייחסותו של גילה לטענות אלו.

(א) סיבות כלכליות

החשש הגדול ביותר הכרוך בהכרה בעילה של מחיר גבוה בלתי הוגן הוא פגיעה בתמריצים לתחרות ולהתייעלות, שהם המנוע העיקרי של מנגנון השוק. חשש זה קיים בבסיס מדיניות אי-ההחלה בפועל של האיסור. כפי שכותבות המלומדות *Jones & Sufrin*³⁹:

High Prices and European Competition – A Personal Reflection, THE PROS AND CONS OF HIGH PRICES 47, 64 (2007). ראו גם את עמדת האירופים בעת האחרונה כפי שהיא הובעה ברוב OECD, לעיל ה"ש 29, בעמ' 321: "[...] the relatively small number of cases that we have been able to deal with, may already indicate that addressing excessive prices is an area of antitrust where limited and very cautious intervention is warranted"

34 גילה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 768.

35 Wahl, לעיל ה"ש 33, בעמ' 62.

36 Case 27/76, *United Brands Co. v. Comm'n*, 1978 E.C.R. 207.

37 Evans et al., לעיל ה"ש 17, בעמ' 7.

38 בפרק 4 למאמרו טוען גילה שאין להפחית בחשיבות מקרים שבהם הוחל האיסור כעילה נלווית לפעולה מדירה. אין אנו מפחיתות מחשיבותם, אך ברור מאליהם שאם המחיר הגבוה הבלתי הוגן מופיע כעילה נלווית, יש בכך כדי להקטין מאוד את הפגיעה בתמריצים ואת הבעיות הנלוות לאיסור על מחיר בלתי הוגן העומד בפני עצמו. זאת ועוד, החלה נלווית אינה מעידה על המוטיבציה להכרה בעילה כעומדת בפני עצמה. אכן, הצהרות הרשות האירופית שצוטטו במאמרנו אינן מותירות מקום רב לספק בעניין זה.

39 ALISON JONES & BRENDA SUFRIN, *EU COMPETITION LAW: TEXT, CASES & MATERIALS* 576 (5th ed. 2014). ההרגשות הוספו. ראו גם Evans et al., לעיל ה"ש 17, בעמ' 3: "Robust involvement"

The European Commission has not much concerned itself with high prices, agreeing with the view that in many circumstances interference with high prices and profits per se is a disincentive to innovation and investment and considering it preferable to solve problems of unfair pricing by taking action against exclusionary conduct [...] Price regulation is better restricted to situations of natural or legal monopoly, where it can be applied within a system of ex ante sector regulation.

חשש זה מתעצם בשל הסיבות המבניות והפרקטיות הנדונות להלן. גילה אינו מתעלם משיקול זה, אך הוא נותן לו משקל מועט. כפי שפורט לעיל, גישה זו היא בעייתית וסותרת את דעתם של כלכלנים מובילים ברחבי העולם.

(ב) סיבות מבניות

רשות התחרות האירופית הודיעה שאינה מעוניינת, וכן שאין לה הכלים, לשמש רגולטור של מחירים למגזר העסקי ולקבוע עבור החברות מהו המחיר שאותו הן רשאיות לגבות.⁴⁰ כאן ראוי להדגיש שלעומת האיחוד האירופי, שבו תביעה בעילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן יכולה להיות מוגשת אך ורק על ידי רשות התחרות, בישראל החוק רחב יותר ומאפשר – אם יוכר האיסור – גם תביעה נזיקית בעילה זו ישירות לבתי המשפט הרגילים וללא שיקול דעת של הרשות. דהיינו, הבעיות המבניות בישראל חמורות בהרבה מאלה שבאירופה. גילה מעלה ארבע טענות שעשויות להיות רלוונטיות. הטענה הראשונה, המופיעה בפרק ה למאמרו, מתייחסת לאכיפה עצמית של האיסור בידי בעל המונופולין עצמו. לפי טענה זו, לא יהא צורך לפנות לממונה או לבתי המשפט כי בעל המונופולין יחיל בעצמו את האיסור על עצמו. טענה זו מתעלמת משניים: ראשית, גם במקרים אלה עדיין אפשר שבתי המשפט יידרשו לקבוע אם בעל המונופולין הוריד את מחיריו לרמה העומדת בתנאי האיסור, ולכן אין בכך כדי לרוקן מתוכנה את הביקורת המבנית; שנית, וחשוב מכך, דווקא אם לא ייקבעו

by antitrust regulators in adjudicating 'unfair' or 'excessive' prices can distort – or even eliminate – the very incentives that drive innovation to begin with”

Emil Paulis, Dir. Gen. Competition, Eur. Comm'n, Article 82 EC and Exploitative Conduct, 40 Address at the 12th Annual Competition Law and Policy Workshop 3 (June 9, 2007): “[...] intervening against excessive prices may entail the risk of a competition authority finding itself in the situation of a semi-permanent quasi-regulator. The authority may have to come back time and again to the pricing of the dominant firm when cost or other conditions change in the industry [...] something that a ‘generalist’ competition authority is much less equipped for than proper regulators with their deep knowledge of and continuous involvement in their industries”; European Comm’n, *Vth Report on Competition Policy* § 76 (1975); European Comm’n, *XXIVth Report on Competition Policy* § 207 (1994): “The Commission in its decision-making practice does not normally control or condemn the high level of prices as such. Rather it examines the behaviour of the dominant company designed to preserve its dominance, usually directly against competitors or new entrants who would normally bring about effective competition and the price level associated with it” (emphasis supplied); European Comm’n, *XXVIIth Report on Competition Policy* § 77 (1997)

קווים אדומים ברורים לאיסור בידי הרגולטורים גוברת הסכנה לפגיעה ברווחת הציבור, כיוון שגוברת הסכנה שבעל המונופולין, או חשוב מכך – מי ששוקל אם להשקיע על מנת להיות אולי יום אחד בעל מונופולין, יחיל על עצמו הגבלות יתר שיפגעו קשות בתמריציו ליעילות דינמית, אשר יפגעו בטווח הארוך ברווחת הציבור כולו. ודוק: כדי להבין את הביקורת המבנית יש צורך לעמוד על הקשיים הניכרים בסרטוט קווים אדומים למחירים לא הוגנים, שעליהם נתעכב להלן.

הטענה השנייה שמעלה גילה, בפרק ח למאמרו, היא שהמשימה המשפטית המוטלת על רשות ההגבלים ועל בתי המשפט בהתמודדות עם עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן אינה שונה מזו המוטלת עליהם בתיקים הגבליים רבים אחרים, אשר גם בהם קיים חוסר ודאות, והשופט נדרש להכריע בשאלות קשות של עובדה ומשפט. כדוגמה הוא מביא את הגדרת השוק או קביעה אם עסקינן בתמחור טורפני. אין מחלוקת שבתי המשפט נדרשים לעתים קרובות להתמודד עם שאלות מורכבות של חוק ועובדה שהתשובה עליהן אינה חד-משמעית. עם זאת עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן אינה דומה ליתר העילות ההגבליות. כפי שפירטנו במאמרנו הקודם, אשר ליתר העילות קיימת תאוריה כלכלית מסודרת של פגיעה ושל נזק אשר בית המשפט נדרש להכריע אם התגבש במקרה הנדון, אך לא זה הוא המקרה בעילה האמורה, המבוססת על "הוגנות". מדע הכלכלה אינו מספק לנו כלים או מתודולוגיה לקביעת קו גבול בין מחיר הוגן ובלתי הוגן. ומה יעשה בית המשפט באין תאוריה כאמור?

זאת ועוד, טענתו של גילה מתעלמת מהעובדה שרווחת הצרכן מבוססת לא רק על מחיר אלא גם על פרמטרים אחרים דוגמת איכות, שירות ומגוון. אחת הסכנות של פיקוח המתמקד רק במחיר היא שהגוף המפוקח עלול לשנות את יתר הפרמטרים בצורה שרווחתו של הצרכן תרד. על כן פיקוח אמתי נדרש לבחון לאורך זמן גם שינויים בפרמטרים אלה. זוהי משימה מורכבת, הדורשת מומחיות ופיקוח מתמשך, שאין בתי המשפט מוסמכים לעשותה.

גילה טוען שעילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן תיאכף בידי גוף מומחה, אם רשות ההגבלים ואם בתי המשפט הרגילים.⁴¹ בהקשר זה עולה השאלה אם אכן לרשות יש הכלים לבחון מתי מחיר מתחיל להיות בלתי הוגן, וכיצד פיקוח מחירים ישפיע על כל יתר הפרמטרים העסקיים של החברות המפוקחות. לשאלה זו התייחסנו בהרחבה במאמרנו הקודם ונוסיף להתייחס אליה במאמרנו זה להלן. בנוסף, עולה השאלה אם מעבר מפיקוח רגולטורי לפיקוח הגבלי עלול להשפיע לרעה על מעמדה ועל אפשרות פעולתה בעתיד של רשות ההגבלים העסקיים.⁴² כמו כן, סביר להניח שעיקר התביעות בעילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן ייפלו בבתי המשפט הרגילים, כפי שמעידה העלייה בתביעות הייצוגיות בעילה זו בשנותיים האחרונות.⁴³ בתי המשפט חסרים את המומחיות הכלכלית הנדרשת לניתוח

41 גילה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 795.

42 Adi Ayal, *Anti-anti Regulation: The Supplanting of Industry Regulators with Competition Agencies and How Antitrust Suffers as a Result*, in COMPETITION LAW AS REGULATION 27 (Josef Drexel & Fabiana Di Porto eds., 2015).

43 עידו באום "הקרב נגד מחיר מופרז במונופולים עובר לתביעות הייצוגיות", **The Marker** 19.4.2016, www.themarker.com/law/1.2919631.

התמריצים המורכב הנדרש להחלת האיסור בדרך ראויה כדי שלא תפגע ברווחה בטווח הארוך. זאת ועוד, בתי המשפט אינם ערוכים לפיקוח ארוך טווח על המחיר, כמו גם על האיכות והמגוון, שהם חלק בלתי נפרד מהפיקוח הנדרש. לבסוף, בפרק י', טוען גילה שבתי המשפט הרגילים יכולים להיעזר בעדים מומחים. אנו חלוקים בנקודה זו, בין היתר כיוון שכפי שהראינו, המשימה של קביעה מתי מחיר הופך להיות גבוה באופן בלתי הוגן אינה מבוססת על כלל ברור וידוע שרק צריך מומחה כדי להחילו, כמפורט להלן.

(ג) סיבות פרקטיות: חוסר ודאות באשר לשאלה מהו מחיר בלתי הוגן

הסיבה העיקרית להגבלת האיסור היא אי-היכולת לסרטט בבירור בכל מקרה ומקרה את הקו המבחין בין מחיר הוגן לבלתי הוגן, גם לאחר שנים רבות של הכרה עקרונית באיסור. במאמרנו הקודם התייחסנו לכמה אבני דרך חשובות בפסיקת האיחוד האירופי בעניין, ובהן *United Brands*⁴⁴, *Scandlines*⁴⁵ ו-*Sundbusserne*⁴⁷. מניחות החלטות אלו, כמו גם אחרות המובאות במאמרנו הקודם, עולה הקושי הרב לנסח מבחן לבדיקה אם המחיר הוא בלתי הוגן.

גילה טוען בפרק ד שאין בעיה בהחלת המבחן כיוון שקנה המידה באירופה לבדיקה אם המחיר הוא מופרז הוא המחיר התחרותי.⁴⁸ דהיינו, מחיר בלתי הוגן מוגדר כמחיר הגבוה במידה מופרזת מהמחיר שהיה שורר בתנאי תחרות, ואשר היה עומד על עלות הייצור השולית (MC) של המוצר או השירות. לטענתו של גילה, המבחן האירופי קובע שמופרזות המחיר אינה מושפעת משיקולים נוספים הנוגעים לביקוש הגבוה למוצר או לייחודיותו. בכל הכבוד, טענות אלו אינן עולות בקנה אחד עם העובדות.

אכן, מבחן ההפרש עלות-מחיר הוא חשוב ומרכזי באיחוד האירופי, אולם לרוב הוא אך ורק נקודת ייחוס התחלתית להחלת האיסור. בשלב השני נדרש מקבל ההחלטות לקבוע אם המחיר הוא גם "בלתי הוגן" כלשון החוק, כשלעצמו או לעומת מוצרים מתחרים. דהיינו, גם אם מתברר שהמחיר שגובה המונופולין הוא "מופרז" (כלומר גבוה בהרבה מעלויות הייצור), עדיין אין בכך לבסס את היותו בלתי הוגן. מחלק מהותי זה של המבחן גילה מתעלם.

גילה מתבסס בטענתו שאמת המידה לבחינת המחיר המופרז היא פער המחיר מן העלות בלבד, על ההחלטה בפסק הדין המכונן בפרשת *United Brands*. אולם הקטע שהוא מצטט

Case 26/75 General Motors Continental NV v. Comm'n, 1975 E.C.R. 1367 1 C.M.L.R. 95 44
(1976).

עניין *United Brands*, לעיל ה"ש 36. 45

.Case COMP/A.36.568/D3 Scandlines Sverige AB v. Port of Helsingborg (2006) 46

.Case COMP/A.36.570/D3 Sundbusserne v. Port of Helsingborg (2006) 47

ואף מסקנה זו אינה פשוטה, שכן כדברי המלומדות JONES & SUFRIN, לעיל ה"ש 39, בעמ' 576, המחיר התחרותי הוא בעיקר תאורטי, ולרוב אינו ניתן למדידה: "Ascertaining what the price might have been in a more competitive market is rarely possible in practice [...]" 48

הוא חלק מהשלב הראשון במבחן הדו-שלבי לבחינת הוגנות המחיר. הפסקה הבאה מיד לאחר זו שצוטטה קובעת את המבחן הדו-שלבי, המנחה עד היום:⁴⁹

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

על כן הטענה של גילה שלפיה *United Brands* קובע שדי בהפרש מחיר-עלות כדי לקבוע שהמחיר הוא בלתי הוגן אינה מבוססת, והיא מתעלמת מהשלב השני במבחן האירופי. כדי להתמודד עם טענה זו מביא גילה פסק דין אנגלי הנותן פרשנות ייחודית למבחן האמור. אולם פרשנות זו נסתרת בהחלטות של הרשות עצמה, דוגמת *Sundbursee*, שצוטטה בהרחבה במאמרנו הקודם. מקור נוסף שגילה מסתמך עליו הוא דוח של רשות התחרות השוודית. אולם גם כאן עיון במסמך מראה שהמבחן החל באיחוד האירופי הוא מבחן דו-שלבי ולא חד-שלבי כפי שגילה טוען:⁵⁰

[...] the *United Brands* case is generally considered to be the most explicit reasoning by the Court of Justice when it comes to excessively high price. Obviously, there are different ways of interpreting the statements by the Court, but it would seem clear that the Commission interprets the statements as including a *two stage test*. The first thing to analyze would seem to be to what extent the price charged for a product has any reasonable relation to its economic value. The excess could be determined by making a comparison between the selling price and the cost of production. It is not clear here what ratio between the cost of production and the selling price that would be considered as excessive. *After finding such an excess (whatever it might be) it remains to be decided to what extent the price is unfair, either in itself or when compared to competing products. Thus the finding that the price bears no relation to the cost of production is only the first step when analyzing whether a price is excessive.*

אכן, השלב השני נדרש על מנת לבחון אם מחיר המוצר משקף את ערכו הכלכלי. למשל, בפרשת *Deutsche Post AG*, שאותה מצטט גילה, חוזרת הנציבות האירופית ומדגישה שהוגנות המחיר תיקבע לפי ערכו הכלכלי של המוצר ולא רק לפי עלות ייצורו: "According to the case law of the Court of Justice, the fairness of a certain price may be tested by

49 עניין *United Brands*, לעיל ה"ש 36, פס' 252. להשתלשלות האירועים שקדמו להחלטה בפסק דין זה ראו גל ונבו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 309.

50 Wahl, לעיל ה"ש 33, בעמ' 60 (ההדגשות הוספו).

"comparing this price and the economic value of the good or service provided"⁵¹ לפי זה גם פער גבוה מחיר-עלות הוא אינדיקציה ראשונית בלבד לחוסר הוגנות המחיר, וכך גם מחיר הגבוה במידה ניכרת מהמחיר התחרותי אינו בהכרח בלתי הוגן. אכן, גם בהחלטה האנגלית שגילה נסמך עליה קובע בית המשפט כי "the price [should be] excessive to such an extent as to be unfair and abusive"⁵². אם כן, נותר הקושי על כנו: מהו הפרש מחיר-עלות מופרז (הנדרש לשלב הראשון)? ומתי הפרש זה הופך להיות בלתי הוגן לצורכי החוק (הנדרש אם לשלב הראשון ואם לשלב השני)?

מניתוחו של גילה עולה לכאורה שבאיחוד האירופי נקבע שהמחיר התחרותי משקף את ערכו הכלכלי של המוצר, ועל כן קל למלא את דרישות המבחן. גם טענה זו נסתרת על ידי העובדות. ראשית, אם טענה זו הייתה נכונה, לא היה צורך בשלב השני של המבחן האירופי, הבוחן אם המחיר הוא לא רק מופרז אלא גם בלתי הוגן. שנית, לאחרונה הדגישה הרשות בהחלטותיה בעניין Scandlines ו-Sundbusserne שערכו הכלכלי של המוצר שבמונופולין ייקבע לא רק על בסיס צד ההיצע (הכולל גם את עלויות הייצור) אלא גם על בסיס הביקוש (מהו היתרון היחסי שהצרכנים מקבלים מהמוצר). גם הספר של הרשות השוודית, שאליו מפנה גילה, קובע זאת במפורש:⁵³

The Commission stated that when deciding the economic value of a particular product or service, i.e. investigating to what extent the price was unfair in itself, also other non-cost related factors, notably the demand for the service, had to be taken into account.

בהקשר זה טוען גילה שאפשר להסביר את הכנסת שיקולי הביקוש לרכיבי העלות בעובדה שהשווקים אינם משוכללים, ופעמים רבות קיים ייחוד ובידול של מוצרים המאפשר גביית מחיר מעל לעלות ייצור המוצר.⁵⁴ אכן, במרבית השווקים קיימת רמה מסוימת של בידול המאפשרת לחברות המתחרות זו בזו להעלות את מחיריהן מעל לעלויותיהן דרך הצעת מגוון של מוצרים מבודלים לצרכנים. לשיטתנו זוהי תוצאה ראויה מבחינה חברתית שאין לפסול אותה. כלל המרחיב את ההשוואה כך שתכלול גם את ייחודיותו של המוצר בעיני הצרכנים הוא ראוי, שכן אם לא נאפשר העלאה כאמור, לא יהא לחברות תמריץ להשקיע בבידול מוצריהן ולהתאים המוצרים לטעמים ולצרכים השונים של הצרכנים. עם זאת חשוב להדגיש שהמחיר בשווקים אלו אינו זה שהיה נגבה בתנאי תחרות משוכללת תאורטית, במסגרתה יכול היה היצרן לכסות אך ורק את עלויות הייצור שלו. על כן טענה זו של גילה סותרת את טענתו שבאיחוד האירופי משווים את המחיר למחיר בתנאי תחרות. עוד נדגיש

51 Commission Decision of 25 July 2001 Relating to a Proceeding Under Article 82 of the EC Treaty (COMP/C-1/36.915 – Deutsche Post AG – Interception of Cross-border Mail), 2001 O.J. (L 331) 40 ¶ 159 (ההדגשה הוספה).

52 Ineos Vinyls Ltd v. Huntsman Petrochemicals (UK) Ltd [2006] EWHC (Ch) 1241 [224] (Eng.).

53 Wahl, לעיל ה"ש 33, בעמ' 61.

54 גילה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 777.

שברגע שאנו מכירים בפרמטר של צד הביקוש, צצים חלק מהקשיים שעליהם עמדנו במאמרנו הקודם להבחנה בין מחיר הוגן לבלתי הוגן. למשל: כמה משקל צריך לתת לשיקולי ייחודיות המוצר? האם יש גבול כלשהו שמעבר לו לא נכיר בכך? ואם כן מדוע? גילה טוען ש"כאשר הייחודיות של המונופול היא כה גדולה ביחס למוצרים אחרים עד כדי כך שהצרכנים מוכנים לשלם על המוצר שלו מחיר שהוא מופרז ביחס למחיר התחרותי, אין כל הצדקה לפטור את המונופול מאחריות".⁵⁵ השאלה היא מדוע המקרה של בעל המונופולין מוחרג מהכלל. גילה מתבסס בתשובתו על מבחן הגדרת השוק, הקובע את גדרותיו על בסיס ההשפעה של עלייה של 5%–10% במחיר המוצר. אבל מדוע הנדון דומה לראיה? הגדרת השוק אינה משמשת לבחינת רמת התמריצים הראויה להשקעה ביעילות בייצור וביעילות דינמית. ולמה ייענש בעל המונופולין על שהצליח ליצור מוצר כה ייחודי עד שהוא יצר שוק נפרד? זאת ועוד, בשתי החלטות של הרשות האירופית שאליהן מתייחס הניתוח של גילה היה המחיר גבוה עשרת מונים מעלויות הייצור של המוצר (לא רק 5%–10%), ובכל זאת האיחוד האירופי קבע שהוא לא היה מופרז, כיוון שהוא שיקף את הערך המוסף שקיבלו הצרכנים מהמוצר.

גם באנגליה, אשר להחלטותיה מפנה גילה, קבעו בתי המשפט שערכו הכלכלי של מוצר שמוצר על ידי בעל מונופולין ייקבע לא רק על בסיס עלויות המוצר אלא גם לפי הביקוש שלו. כך למשל בהחלטה בעניין *Attheraces*⁵⁶ שנותחה בהרחבה במאמרנו הקודם, סירב בית המשפט לקבוע שהמחיר של המידע שאסף בעל המונופולין היה מופרז, כיוון שהוא יצר יתרון תחרותי למי שמכר אותו הלאה. גילה מעלה כמה טענות בהקשר זה. ראשית, הוא טוען שאנו נסמכות על ההחלטה כדי להראות שבתי המשפט באירופה נסמכים על המחיר שהלקוח מוכן לשלם כדי לקבוע את ערכו הכלכלי של המוצר, ולא כך הוא. ההחלטה הובאה על מנת להדגים שגם שיקולי ביקוש מובאים בחשבון ולא רק שיקולי היצע (עלויות). הקושי הוא כמובן לקבוע אילו שיקולי ביקוש יש לכלול בחישוב. בעניין *Attheraces* התחשב בית המשפט בעובדה שהמידע על מירוצי הסוסים שמכר בעל המונופולין היה ייחודי וערכו לצרכן היה גבוה. עוד טוען גילה שפסק דין זה ייחודי. טענה זו נסתרת בפסקי דין אירופיים אחרים, אשר גם בהם הובאו בחשבון שיקולי ביקוש, אשר חלקם צוטטו במאמרנו ושאליהם גילה אינו מתייחס.⁵⁷

אכן, במקרים מסוימים היה הפרש העלות–מחיר אינדיקציה למחיר בלתי הוגן, ויש מי שמפרשים כך את המבחן האירופי (בניגוד לעמדת הרשות). אולם ראוי לבחון את ההחלטות שאליהן מפנה גילה לעומק. למשל, ההחלטה בעניין *British Leyland*⁵⁸ עיקרה התנהגות מדירה הפוגעת בתחרות (אפליה), ולא דווקא נצלנית. לפיכך האפליה נבחנה יחסית למחיר בשוק אחר, שבו קיימת רמת תחרות גבוהה יותר, והפרש המחיר שנבע מההתנהגות המדירה

55 שם.

56 *Attheraces Ltd. v. British Horseracing Bd. Ltd.*, [2007] EWCA (Civ) 38, [2007] Info. T.L.R. 41 (Eng.).57 ראו גם *Case C-52/07 Kanal 5 Ltd. v. Föreningen STIM upa*, 2008 E.C.R. I-9275.58 *Case 226/84 British Leyland Public Ltd. Co. v. Comm'n*, 1986 E.C.R. 3263.

נחשב לנצלני. ודוק: במקרה שבו המחיר הבלתי הוגן נגזר מאפליה בין שווקים קיימת אמת מידה (benchmark) לפגיעה בתחרות, ואין צורך לערוך את החישוב המורכב מתי מחיר הופך להיות בלתי הוגן.⁵⁹ כך גם בעניין *Napp*⁶⁰ הבריטי אשר גם עליו נסמך גילה.⁶¹ אף המקרה של *Deutsche Post AG*⁶² הוא ייחודי, בבחינת חריג שאינו מעיד על הכלל. שם היה מדובר במונופול יציר מדינה (רשות דואר) אשר שלט בשוק כולו, ללא רגולטור ספציפי שהיה יכול להגביל את פעולותיו. ודוק: גם שם בחנה הרשות אם המחיר גבוה מערכו הכלכלי של השירות שניתן.⁶³

פסק דין הולנדי מהעת האחרונה מדגים אף הוא שאין קשר הכרחי בין מחיר מבוסס-עלויות (מחיר תחרותי) לערכו הכלכלי של מוצר.⁶⁴ שם דובר בספר הנחיות לנהגי מוניות, שסיפק מונופול יציר ממשלה, ואשר מחירו צנח מ-32.35 ל-3.50 אירו ברגע שהשוק נפתח לתחרות (כלומר המחיר של המונופולין היה גבוה ביותר מ-900% מהמחיר בתחרות). למרות זאת לא מצא בית המשפט ההולנדי שהמחיר היה מופרז ובלתי הוגן, בין היתר כיוון שיש להביא בחשבון לא רק את עלויות הייצור הישירות של הספר אלא גם את ההשקעות הקבועות כמו גם את ההשקעה שנעשתה ביצירת שוק לספרים אלו בידי המונופולין, השקעה שממנה נהנו גם מתחריו. על כן המחיר בתחרות לא שיקף את ערכו הכלכלי של המוצר שיצר בעל המונופולין.

זאת ועוד, גם בהחלטות שאליהן מפנה גילה ההפרש בין מחיר בתנאי תחרות לבין המחיר שנגבה, כשלעצמו, לא היה אסור. מה שנאסר הוא הפרש "מופרז". ושוב חוזרת השאלה – מתי ההפרש מתחיל להיות מופרז.

יתרה מזאת, המלומדים שמצטט גילה *Motta & De Streel*, המדגישים את השלב הראשון במבחן, גם מדגישים היטב את הבעייתיות שבאיסור.⁶⁵ הם מציעים להחילו בצמצום רב, ורק במקרים שבהם המונופול נוצר מהענקת זכויות בלעדיות או מיוחדות שהן שהעניקו לו את יתרונו בשוק, וגם אז יש לדרוש עול הוכחה גבוה מאוד.⁶⁶ יתרה מזאת, גם

59 השאלה אם מחיר הנגבה בחלק מהשוק יוצר בהכרח את התמריץ הנכון לחברות להשקיע בשוק חורגת מגדרי מאמר זה.

60 *Napp Pharmaceutical Holdings Ltd. v. Director General of Fair Trading*, [2002] CAT 1, [2002] Comp. AR (Eng.).

61 גילה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 772. ודוק: גם ההחלטה הבריטית בוחנת אם השוק יתקן את עצמו בזמן סביר לפני הקביעה שעסקינן במחיר בלתי הוגן.

62 Commission Decision of 25 July 2001 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (COMP/C-1/36.915 — *Deutsche Post AG* — Interception of cross-border mail), 2001 O.J. (L 331) 40.

63 שם, פס' 159–167.

64 *Rb.'s-Gravenhage 4 Maart 2015*, ECLI:NL:RBDHA:2015:2451 (*Stichting SDU Gedupeerden/SDU Uitgevers B.V.*) (Neth.).

65 גילה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 774–775.

66 *Motta & de Streel*, לעיל ה"ש 33, בעמ' 22–26.

הם מגיעים למסקנה דומה לזו שהצגנו בהרחבה במאמרנו הקודם, המובילה לזהירות יתר בהחלת האיסור, שמא נפגע בתמריצים להתייעלות ולמחקר ופיתוח:⁶⁷

[...] antitrust excessive price action [...] presents a relatively *high cost* of type I error (because the market may self-correct and error will lead to dynamic inefficiency: low investments and innovation) and a relatively *low cost* of type II errors (allocative inefficiency).

לא למותר לציין שגילה נתפס לטעות כאשר הוא טוען שאנו טוענות שערכו הכלכלי של מוצר שווה לערך ששילמו עבורו בפועל הצרכנים. במאמרנו ציינו במפורש את הקושי הטמון במבחן זה. גם לדעתנו אין לפטור את המונופול רק כיוון ש(חלק) מצרכניו (הפוטנציאליים) מוכנים לשלם את המחיר שהוא גובה, ופרשנות כאמור מרוקנת מתוכן את המבחן הדו-שלבי האירופי. לא זו אף זאת, היא מתעלמת מאותם צרכנים אשר עבורם ערכו הכלכלי של המוצר היה נמוך ממחירו בפועל, ולכן הם לא רכשו אותו. עם זאת מבחן זה, שהוחל בחלק מההחלטות האירופיות, מדגים היטב את הקשיים שעמם מתמודד הדין בבואו לקבוע מהו מחיר גבוה בלתי הוגן.

כך או כך, הפסיקה שצוטטה הן בידי גילה והן בידינו רק מדגישה את הבעייתיות של המבחן האירופי ואת הבלבול שקיים לגבי אופן החלתו.

2. האם הדין האירופי מתאים בהכרח גם בישראל?

גם אם האיחוד האירופי ומדינות נוספות מוכנים לעתים להכיר בעילה של גביית מחיר גבוה בלתי הוגן במסגרת עילות הניצול לרעה, אין הדבר משליך על הדין הישראלי, בשל ההבדלים הקריטיים בין שיטות המשפט, שעליהם הצבענו. גילה מתייחס לטיעונינו אלו בפרק ב' למאמרו. להלן נתייחס לטיעוני הנגד.

ראשית, כפי שהדגשנו במאמרנו הקודם, אכיפת דיני ההגבלים בישראל, שלא כבאירופה, היא פלילית, והדבר מחייב משנה זהירות בהחלת הוראות החוק, במיוחד במקרים שבהם גבולותיו של האיסור אינם ברורים. גילה טוען שלפי גילוי הדעת שהוציאה הרשות, האיסור לא ייאכף דרך הדין הפלילי. אולם כל עוד לא ביטל המחוקק את פליליות החוק, קיימת אפשרות שיבוא ממונה חדש או יועץ משפטי לממשלה אשר ישנו גישה זאת. שנית, אין צורך באכיפה פלילית בפועל כדי להגביר את האפקט המצנן של החוק. פליליות החוק מקרינה על פרשנות החוזים שאותם עורך בעל המונופולין, גם אם האיסור לא נאכף בעת הזו בפועל. ובכך הוא יוצר אפשרות שמי שעושה עסקים עם בעל מונופולין יוכל לנסות ולהשתחרר מהתחייבויותיו החוזיות עוד שנים רבות (עד לתום תקופת ההתיישנות של העילה) מאז נערך החוזה. היכול להיות ספק שיש בכך כדי ליצור פגיעה בתמריצים בשוק? עוד טוען גילה שגם העיצומים הכספיים בישראל נמוכים מאלו שניתן להשית על בעל מונופולין באיחוד האירופי, ועל כן הוא אינו צפוי לשאת בחבות ניכרת. גם טענה זו אינה

67 שם, בעמ' 20.

רלוונטית, כיוון שהרשות אינה האוכפת היחידה של האיסור בדין הישראלי. במסגרת תביעה נזיקית או חוזית ניתן להשית על בעל המונופולין נזקים גבוהים הרבה יותר, ללא ההגבלות המוטלות על הרשות. אכן, בפרק ה' למאמרו גילה מכיר בכך שתביעות ייצוגיות מעין אלה יכולות להיות בסכומים נכבדים מאוד, שמשקפים את ההפרש בין המחיר שנגבה בפועל לבין המחיר התחרותי, על פני כל התקופה שבה מחיר זה נגבה. עוד ראוי לציין שבאיחוד האירופי גם במקרים הבודדים שבהם הוחל האיסור, הסנקציה שהושתה הייתה קטנה יחסית, ואילו בישראל היא עשויה להיות גדולה מאוד בשל המסלול האזרחי לתביעות.

שנית, אכיפה הגבלת באיחוד האירופי מבוצעת אך ורק בידי גוף רגולטורי ייעודי ומומחה, ואילו בישראל מתבצעת אכיפה פלילית, נזיקית וחוזית בעניינים הגבליים בידי בתי המשפט הרגילים, בלא כל החלטה או מחקר מקדים מטעם הרשות. לטענות הנגד של גילה בהקשר זה התייחסנו לעיל בחלק הנוגע לסיבות מבניות.

שלישית, גם באותם מקרים שבהם הכריע האיחוד האירופי שבעל המונופולין גבה מחיר מופרז, הוא לא נדרש לסרטט את קו הגבול המדויק המפריד בין מחיר הוגן לבלתי הוגן. לעומת זאת בישראל יידרשו בתי המשפט לקבוע היכן בדיוק עובר גבול זה לצורך חישוב הנזק בתביעות נזיקיות. על כך עונה גילה ש"גם בתביעה נזיקית בגין קרטל מחירים, על בתי המשפט בישראל לעשות חישוב דומה של הנזק. במקרה של קרטל, כמו במקרה של מחיר מופרז, נזק זה מוערך על פי ההפרש בין המחיר שנגבה לבין המחיר שהיה רווח בתנאי תחרות".⁶⁸ שתי בעיות עולות מטיעון נגד זה: ראשית, קביעת הנזק בעניין קרטל אינה דומה לזו של מחיר בלתי הוגן כיוון שבעת עסקינן בקרטל המחיר שאליו משווים (המחיר ללא הקרטל) הוא ברור, וכאן הבעיה בהחלת האיסור היא קביעת קו ברור, בדיעבד, מה היה המחיר שבעל המונופולין היה רשאי לגבות. דהיינו, בקרטל הבעיה היא ראייתית-טכנית (כיצד לחשב את ההפרש), ואילו בפיקוח מחירים הבעיה היא לאיזה סף משווים (איך להתייחס להפרש); שנית, גילה טוען שכמו במקרה של קרטל, גם כאן יש להשוות למחיר במקרה של תחרות. כפי שחזרנו והדגשנו במאמרנו הקודם, השוואה זו היא רק השלב הראשוני במבחן אם המחיר הוא בלתי הוגן. גם אם ניתן לעברו, יעמוד הרגולטור בפני המבחן השני והחשוב מכולם: מתי מחיר גבוה מתחיל להיות בלתי הוגן. שהרי מוסכם על כל הכלכלנים בעולם שמחיר גבוה יוצר תמריץ חשוב ביותר להנעת גלגלי השוק. אכן, גם הבריטים, אשר בתחילה מיהרו להתקין תקנות להחלת האיסור, קבעו לאחרונה שיש מקום להחיל את האיסור רק במקרים מצומצמים שבהם ברור שהוא לא יפגע ביעילות הדינמית, ובכל מקרה אין מקום להחיל את האיסור בדיעבד או בתביעה נזיקית.⁶⁹

רביעית, במאמרנו הקודם הראינו שפירמה המתקרבת לנתח שוק של 50% תימנע מלהוריד מחירים ולהגדיל את נתח השוק על מנת לא לעבור נתח זה. בתשובה טוען גילה ש"חיסרון זה של הגדרת מונופולין לפי נתח שוק [...] הוא חיסרון כללי, הרלוונטי לכלל

68 גילה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 765.

69 UK response to OECD questionnaire on excessive pricing in OECD Roundtable on Excessive Pricing, DAF/COMP (2011) 18, p. 296.

האיסורים החלים על מונופול, ולא רק לאיסור על מחיר מופרז.⁷⁰ אכן, חיסרון זה אינו חל רק על עילת המחיר הבלתי הוגן, אך אין בכך כדי להפחית מחשיבותו.

הסיבה החמישית נוגעת למקורו של האיסור: המדיניות האירופית לעודד סחר בין מדינות האיחוד האירופי לבין עצמן. גילה טוען בפרק שמדיניות זו "לאו דווקא מצדיקה ישירות את האיסור על מחיר מופרז".⁷¹ אכן, צודק גילה שהמדיניות אינה מצדיקה ישירות את האיסור, אולם היא מצדיקה אותו בעקיפין ביצירת תנאים דומים במדינות האיחוד באמצעות מניעת גביית מחירים גבוהים בידי מונופולים מקומיים.

שישית, וכפי שפורט במאמרנו הקודם, בישראל קיימת גם חזקה לקיומו של בעל מונופולין, יותר מ-50%, ואילו באירופה מוחל מבחן של כוח שוק המבוסס על ניתוח תנאי השוק. החזקה החלוטה לקיומו של בעל מונופולין משפיעה בעיקר כך: היא עלולה לגרום לחברות שכמעט הגידו לנתח השוק האמור להעלות את המחיר שלהן עוד יותר, כדי שלא לחשוף עצמן לפיקוח מחירים דרך דיני ההגבלים העסקיים. התנהגות זו תפגע בצרכנים בשניים: לא כל צרכן שהיה מעוניין לרכוש את המוצר במחיר מסוים יוכל לרכשו (שכן החברה תגביל את נתח השוק שלה), וכן המחיר יעלה לצרכנים הרוכשים אותו על מנת לוודא ש"הקו האדום" של נתח השוק לא נחצה.

הטענה האחרונה היא בדבר השפעת גודלה של הכלכלה ותנאיה על תוצאות החלת האיסור. כפי שטענו במאמרנו הקודם, האיחוד האירופי הוא כלכלה גדולה ורחבת היקף. ישראל, לעומתו, היא כלכלה קטנה וריכוזית, וכל מכשיר רגולטורי המיושם בה צריך להיבחן לעומק כדי להבטיח שהוא אכן מקדם את הרווחה החברתית. גילה טוען שדווקא בשל היות ישראל ריכוזית, גדל הצורך לאכיפת האיסור. אכן, ישראל היא כלכלה ריכוזית הרבה יותר מהאיחוד האירופי, עובדה המעידה על חסמי כניסה גבוהים לרבים משוקיה. אולם גילה אינו מתייחס להבדל חשוב נוסף שעליו עמדנו בהרחבה במאמרנו: העובדה שישראל היא שוק קטן, עם רווח אבסולוטי מוגבל בגובהו, המבוסס על ייבוא ברכים משווקיו. בשל עובדות אלו איסור על מחירים גבוהים בלתי הוגנים ייצור תמריצים מופחתים ליבואנים, כמו גם למי ששוקל כניסה מקומית. עוד טוען גילה בפרק ו' ש"כשם שחברות בין-לאומיות פועלות בשלל מדינות [המכירות באיסור – מ"ג וה"נ], כך סביר להניח שלא האיסור, המקובל בעולם, על מחיר מופרז הוא שירתיע אותן".⁷² אולם אין הנדון דומה לראיה. כל הרכיבים שיוצרים את השונות הרלוונטית בין ישראל למדינות אלו, לרבות העובדה שרק אצלנו עסקינן באיסור פלילי, כמו גם בבסיס לתביעות נזיקיות וחוזיות, הנאכפים בבתי המשפט הרגילים, וכי ישראל היא כלכלה קטנה שאינה חלק אינטגרלי משוק גדול (כמו מדינות האיחוד האירופי), משפיעים על תמריצי כניסה לשוק הספציפי.

70 גילה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 765.

71 שם.

72 שם, בעמ' 784.

טבלה 1: השוואה בין האיחוד האירופי לישראל בפרמטרים הרלוונטיים להחלת האיסור

הפרמטר להשוואה	אירופה	ישראל
מצב משפטי קיים	העילה הוכרה עקרונית בבית המשפט האירופי אבל כמעט שאינה מוחלת על ידי האיחוד האירופי	עדיין יש אפשרות לא להכיר בעילה
אפשרות להחלת סנקציות פליליות	לא	כן
בסיס לתביעה נזיקית	בעת ההכרה בעילה ועד לא מזמן: לא	כן
מי אוכף	רשות התחרות האירופית	גם תובעים פרטיים
מטרות האיסור	בין היתר יצירת שוק אחד משותף בעל תנאים כלכליים דומים	אין מטרה דומה
חזקת נתח שוק	חלק מניתוח כללי של כוח שוק	חזקה חלוטה
תנאי השוק הכלליים	כלכלה גדולה	כלכלה קטנה, עם שולי רווח אבסולוטיים קטנים והתבססות רבה על ייבוא
קיום אופציה אחרת לפיקוח מחירים	לא דרך האיחוד האירופי	כן, הן דרך הדין הכללי והן דרך דיני ההגבלים העסקיים

3. השוואה לכלי הסדרה חלופיים

כמפורט במאמרנו הקודם, בטרם הכרה באיסור, על מקבל ההחלטות לבחון אם קיימים כלי הסדרה חלופיים אשר יגשימו את המטרה של ההסדרה בדרך טובה יותר ופוגענית פחות ברווחת הציבור. אכן, בישראל אי-הסדרה במסגרת עילות ניצול המעמד לרעה אינה סותמת את הגולל על הסדרה בכלים רגולטוריים אחרים, הן חוק הפיקוח⁷³ והן הכלי ההגבלי במסגרת סעיף 30 לחוק, אשר פגיעתם ביעילות הדינמית עשויה להיות פחותה. לשיטתנו, הסדרה מראש, בשונה מהסדרה בדיעבד במסגרת סעיף 29א לחוק, היא כלי עדיף, משתי סיבות עיקריות: ראשית, היא יוצרת ודאות אצל בעל המונופולין, ועל כן פגיעתה בתמריצו להתחרות ולהשקיע השקעות במחקר ופיתוח פחותים; שנית, הסדרה כזו מתבצעת בידי רשות מקצועית – רשות ההגבלים – ולא בידי בתי המשפט, אשר חסרים את המומחיות הנדרשת להתמודדות עם סוגיה מורכבת זו.

אשר להחלת חוק הפיקוח טוען גילה ש"לא כל מונופול מצוי תחת פיקוח מחירים".⁷⁴ השאלה הנדרשת היא כמובן – מדוע. אם אכן פגיעתו של מחיר מונופוליסטי היא כה גדולה, מדוע לא בחר הרגולטור לכלול לפחות את כל המונופולים המוכרזים בידי רשות ההגבלים העסקיים בחוק? בהקשר זה עולה השאלה אם אכן ברצוננו לפקח על מחירי המונופולים

73 חוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו–1996.

74 גילה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 780.

כולם, בלי להבחין למשל בין חברות הזנק לחברות אחרות, וכן בין חברות המייצרות מוצרי מותרות לבין אלו המייצרות מוצרי בסיס. שהרי חוק ההגבלים העסקיים, שלא כחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, אינו עורך הפרדה כאמור, וכל צרכן יוכל להגיש תביעה נזיקית נגד מונופולין בכל שוק שהוא. אבל גם אם נניח שכלי פיקוח זה אינו מוחל ביעילות, פתוחה הדרך בפני הממונה עצמו להחיל את סעיף 30 לחוק, אם סבור הוא שפרשנותו הנכונה של הסעיף מאפשרת פיקוח מחירים, אם כי אנו סבורות שגם כלי זה נגוע ברבות מהבעיות שעליהן הצבענו, וכי אם מעוניינים אנו בפיקוח מחירים, הכלי של חוק הפיקוח על המחירים מתאים הרבה יותר.

בפרק ג' גילה עומד על חסרונות ההסדרה במסגרת סעיף 30 לחוק. הוא מציין כי עלויות הפיקוח השוטפות הן גבוהות, חישוב עלויותיו של בעל המונופולין הוא מורכב, וכי העול על הגורם המפקח לזהות שינויים בשוק ולהגיב אליהם, הוא רב. טיעונים אלו נכונים, אך איסור המוחל במסגרת סעיף 29א לחוק אינו פותר את הבעיות הנזכרות. הסדרה בדיעבד, כמו גם הסדרה מראש, משיתה עלויות על הגוף המפקח: בשני המקרים נדרש הגוף המפקח לזהות את המוצרים המתומחרים בצורה הנחשדת כבלתי הוגנת, לאמת את מופרזות המחיר בהתבסס על אומדן עלויותיו של בעל המונופולין ולאכוף על בעל המונופולין את האיסור. אך לעומת ההסדרה מראש המייתרת את אכיפת האיסור לראשונה בידי בתי המשפט הרגילים (והבלתי מומחים לדבר), ובו בזמן מספקת ודאות משפטית לבעל המונופולין בדבר חוקיות פעולותיו, הסדרה בדיעבד מייצרת עמימות בנוגע למצב החוקי.

עוד מציין גילה כי אכיפה המבוססת על פיקוח מראש בלבד לעולם תותיר מונופולים רבים בלתי-מרוסנים בשל קשיי הגוף המפקח לזהות את כולם ולהתמודד עם כולם, אך אם יוכר האיסור, לא יהא צורך רב באכיפה בדיעבד כיוון שבעלי מונופולין ירסנו את עצמם במידה רבה יותר מחשש לאכיפה בדיעבד, תוך ביסוס חישוביהם על המידע המצוי בידיהם בדבר עלויותיהם.⁷⁵ אמנם לבעל המונופולין יש מידע על עלויותיו, אולם אין במידע זה כדי לשנות מהותית את הבעייתיות בהחלת האיסור. העברת נטל האכיפה לבעל המונופולין אינה יוצרת, יש מאין, את הוודאות הנדרשת על מנת לדעת כיצד להחיל את האיסור בכל מקרה ומקרה. אך חשוב מכול: אם לא ידע בעל מונופולין – קיים או עתידי – מתי הוא צפוי להימצא בדיעבד עובר על האיסור, הוא יכול לפרש את האיסור פירוש רחב מדי באופן אשר אמנם יוריד את מחירו אבל יפגע בתמריציו ליעילות יצרנית ודינמית פגיעה קשה. כפי שהראינו לעיל, פגיעה זו חמורה לרווחה הרבה יותר מאשר מחירים גבוהים. אשר על כן פיקוח מחירים דרך סעיף 30 לחוק מקדם את טובת הציבור הרבה יחסית לאיסור דרך סעיף 29א לחוק.

ג. שאלה III: סבירותו של מתווה הפיקוח שמציע הממונה בגילוי הדעת

גילוי הדעת בעניין תמחור מופרז בידי בעל מונופולין, אשר פרסמה הרשות בעת שגילה כיהן כממונה על ההגבלים העסקיים, מחדד את החששות שעליהם הצבענו עד כה. אמנם ייתכן

75 שם, בעמ' 781.

שהממונה הנוכחית תבטל את גילוי הדעת, אבל עצם קיומו בעבר יכולה להשפיע על בתי המשפט, והיא חלק אינטגרלי מהדיון, ועל כן מובאת התייחסותנו להלן.

גילוי הדעת מביא לידי ביטוי פומבי את שינוי המדיניות אשר הוביל גילה בהשוואה לקודמיו בתפקיד, אשר מאז התחלפות הממונים שב לקדמותו, וכן מנסה להתוות מתודולוגיה להחלת האיסור על מחיר גבוה בלתי הוגן. במאמרנו ניתחנו את גילוי הדעת ואת הכשלים הגלומים בו. הצגנו ביקורת כפולה: ראשית, כאמור לעיל ההפניה לסעיף 29א לחוק כבסיס הסמכות של הממונה להסדרת מחירים גבוהים היא בעייתית ביותר, ויש לשנותה; שנית, וחשוב מכך, גילוי הדעת אינו מאזן נכונה בין שיקולי רווחה סטטיים לדינמיים. להלן נתמודד עם טענות הנגד של גילה בהקשר זה.⁷⁶ גילה טוען שגילוי הדעת קובע שחשוב עלות המוצר יכול גם "כל השקעה שישקיע המונופול בייצור האספקה שלו".⁷⁷ זהו צעד חשוב בכיוון הנכון. אולם יושם אל לב שההתייחסות כאן היא למחיר השונה בהרבה מהמחיר התחרותי (MC), ועל כן ההשוואה למחיר התחרותי כבר אינה מועילה, ושוב מסתבך המבחן. זאת ועוד, גם צעד זה מותיר שאלות רבות בלתי פתורות. רק לדוגמה: כמה בדיוק ניתן לגבות על השקעה במחקר ופיתוח? ומה בדבר השקעה טכנולוגית שמשפיעה על כמה מוצרים, חלקם במונופול וחלקם לא? ולאורך כמה זמן אפשר להפחית את ההשקעה? והאם ניתן לגבות גם על השקעות שלא צלחו, כדי לתמרץ את המונופול להשקיע? וגם אם המונופול מפרצה על ההשקעה, למה שיהיה לו תמריץ להשקיע אם כל מה שיקבל הוא רק כיסוי של ההשקעה?

גילוי הדעת מאמץ את השלב הראשון במבחן הדו-שלבי לקביעת מהו מחיר גבוה בלתי הוגן אשר נוסח בפרשת *United Brands*, הבוחן את ההפרש בין עלויות בעל המונופולין לבין המחיר שהוא גובה.⁷⁸ אולם גילוי הדעת מתעלם מן השלב השני – הקביעה אם המחיר הגבוה הוא אכן בלתי הוגן בנסיבות העניין. כעולה ממאמרו, גילה סבור כי השלב השני אינו רלוונטי. לטענתו, שלב זה, הבודק את מופרזות המחיר אל מול סטנדרט ה"הגינות", מאפשר "שסתום מילוט" לבעל המונופולין, אשר מרוקן את האיסור מתוכנו. טענתו זו מתעלמת מלשון החוק, הדורשת שהמחיר יהיה בלתי הוגן ולא רק גבוה. כן היא מתעלמת מן המשפט המשווה הכולל אף הוא דרישה דומה והופכת את האיסור הישראלי לשיטת גילה לחמור בעולם כולו. אולם חשוב מכך: כפי שפירטנו במאמרנו הקודם, ניתוח כלכלי מראה שאיסור כאמור עלול לפגוע ברווחה חברתית וכן ברווחת הצרכן כיוון שהוא נותן משקל מועט, אם בכלל, לשיקולים של תמריצים להשקעה בפיתוח מוצרים חדשים או דרכי ייצור חדשות. מדוע שחברה תשקיע בטכנולוגיית ייצור חדשה, טובה יותר, אם כך או כך מרווח הרווח שיותר לה יהיה לזה לזה שהיא קיבלה קודם?

76 פרק יא למאמרו של גילה מתייחס לטענות נוספות שהתייחסנו אליהן במקום אחר. אשר לטענה שבמרבית המקרים המונופולין אינו מוחלט, ויש לו תמריצים טבעיים לתחרות (שם, בעמ' 796), אין לנו אלא להסכים. טענה זו הועלתה במפורש במאמרנו הקודם. השאלה היא כמובן שאלה של מידה.

77 שם, בעמ' 795. לא מצאנו התייחסות מפורשת לכך בגילוי הדעת, אולם ככל הנראה גילה מכוון לחישוב עלויות על בסיס העלות הממוצעת המצטברת לטווח הארוך (גילוי הדעת, לעיל ה"ש 2, בעמ' 13).

78 בעשותו כן, גילוי הדעת מתבסס על מבחנים שונים הלקוחים מן הניסיון האירופי, אולם שם כבר הגיעה הנציבות האירופית למסקנה שאין בידיה כלים להחלת הכלל, וכי אין תפקידה לשמש מפקחת מחירים.

עוד טוען גילה שהתייעלות שאינה מיטיבה את מצבו של הצרכן, גם אם היא מורידה את עלויותיו של מונופול במידה ניכרת, "אינה מקבלת משקל בדיני ההגבלים העסקיים".⁷⁹ אכן, דיני ההגבלים העסקיים במרבית העולם אינם מאשרים מיוזגים הפוגעים בתחרות אלא אם ההתייעלות מיטיבה באופן כלשהו גם עם הצרכן, אם כי קיימים גם לכך חריגים (דוגמת הדין הקנדי המדגיש את הרווחה הכוללת).⁸⁰ אין זה המקום לדון בשאלה אם גישה זו ראויה, אולם אין מחלוקת שאם ההתייעלות מיטיבה אך ורק עם בעל המונופולין, סביר שהיא לא תאושר. בה בעת התייעלות דינמית היוצרת מוצר טוב יותר מיטיבה, מטבעה, עם הצרכן, והתייעלות בייצור פעמים רבות תוריד את המחיר הממקסם את רווחיו של בעל המונופולין. זאת ועוד, אם לא יעביר בעל המונופולין לפחות חלק מהיתרונות מההתייעלות לצרכנים, הרי יגדל הסיכון לכניסה של מתחרים לשווקיו או להתרחבותם של מתחריו בהם, אשר תוריד את רווחיו. אשר על כן מנגנון השוק יוצר בעצמו תמריצים להיטיב עם הצרכנים. בה בעת אין להשליך מהמקרה של מיוזגים למקרה של פיקוח על בעלי מונופולין. יש הבדל בין מדיניות שאומרת, אם היא אכן אומרת כך, שאין לאשר מיוזג המייצר התייעלות רבה לפירמות אם הצרכן אינו נהנה מכך, לבין מדיניות שתמנע מבעלי מונופולין תמריצים להתייעלות. המדיניות שמציע גילה יש בה כדי להביא לנזקים כבדים במיוחד למשק הישראלי ולפגוע בצמיחה ובפיריון פגיעה לא מידתית. יש לראות בחומרה את הניסיון להכניס לחוק ההגבלים העסקיים בדלת האחורית מדיניות שמשמעותה מניעת תמריצי התייעלות מהפירמות.

גילוי הדעת כולל נמל מבטחים המייצר "חזקת הגינות" למחיר אשר אינו עולה על 20% מעלויות בעל המונופולין, אשר בצדה מדידה צרה ומצמצמת של העלויות המותרות. בפרק ו למאמרו טוען גילה שהכללת נמל המבטחים בגילוי הדעת מקטינה את היקף הטעויות מסוג תחולת יתר ומשפרת את הוודאות העסקית. טענה זו נכונה, אבל השאלה הרלוונטית היא כמובן אם היא מקטינה את חוסר הוודאות ואת הפגיעה בתמריצים ברמה נאותה, כיוון שהשימוש בנמל מבטחים אינו מקטין בעיות אלו כשמדובר במחיר שעולה עליו, הכפוף למבחן החד-שלבי שמציע גילה להחיל. לכן אם הרף הוא נמוך מדי, אין בו כדי לתת פתרון אמתי לבעיות האמורות. בהקשר זה עולה השאלה כיצד נקבע הרף של 20% דווקא. בעייתיות זו מתחדדת בשל העובדה שנמל המבטחים אינו מבחין בין חברות שונות, שיכולות לפעול בשווקים בעלי רמת סיכון שונה מהותית ובעלי צורך שונה להשקיע במחקר ופיתוח. בנוסף, בהיעדר אמת מידה ברורה אחרת, קיים חשש שנמל המבטחים יהפוך להיות הכלל.⁸¹

בפרק יא למאמרו גילה מבסס את הרף על שני מקורות חלופיים: הראשון הוא ההחלטה האירופית בעניין *Deutsche Post AG*, והשני הוא המשפט העברי. הסתמכות על כל אחד משני מקורות אלו היא בעייתית. כפי שצינו לעיל, פסק הדין האירופי הוא חריג: הוא עוסק

79 גילה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 796.

80 ראו *Commissioner of Competition v. Superior Propane Inc.*, [2001] 3 F.C. 185.

81 אכן, הכלכלן הראשי של הרשות, ד"ר אסף אילת, הצהיר בהרצאה על מחירים מופרזים בכינוס הגבלים עסקיים כי בעקבות נמל המבטחים הקבוע בגילוי הדעת, בפועל השתרשה התפיסה שמחיר הגבוה מ-20% אינו ראוי, תוצאה שהרשות לא התכוונה אליה (ראו גורלי וגנון, לעיל ה"ש 3).

במונופול יציר מדינה (רשות דואר) שהיה מוגן בחסמי כניסה כמעט בלתי עבירים, לאורך זמן, והוא לא נדרש לתמריצי התייעלות על מנת להיכנס לשוק ולשמור על מעמדו שם. הרשות ובית המשפט האירופי חרגו אפוא ממנהגם רב השנים לאפשר לבעל המונופולין שולי רווח גבוהים הרבה יותר, כפי שמפורט במאמרנו הקודם. הסתמכות על פסק דין זה כאינדיקציה לכך שהוא מבטא איזון תמריצים נכון בשווקים רגילים, היא אפוא בעייתית, והיא נדמית כמסתמכת בצורה שרירותית על פסק דין אירופי חריג ומיוחד תוך התעלמות מכל יתר הפסיקה. גם הסתמכותו של גילה על המשפט העברי לוקה בבעייתיות דומה. כפי שפירטנו במאמרנו הקודם, הגבלתו של הרמב"ם חלה רק על מוצרים מעטים מאוד – לחם ויין. על כל יתר המוצרים לא חלה הגבלה כאמור. זאת ועוד, חשוב להבין שגישתו של המשפט העברי מתמקדת בדרך כלל בהגנה על עוסקים ולא על צרכנים. מכל מקום, כדי להצדיק גזרה שווה ממקרים אלו היה צורך להשוות את תנאי השוק ואת התמריצים שהוא יוצר גם ללא האיסור לאלו שבישראל. השוואה כאמור נעדרת מהדין. היה ניתן לצפות שקביעת רף כה חשוב תסתמך על מחקר כלכלי של השווקים בישראל, הבוחן מהו הרווח הנדרש במרבית התעשיות כדי לוודא שאיננו פוגעים בתמריצי מחקר ופיתוח, ואולי אף יבחין בין שווקים שונים לפי מידת הפגיעה של האיסור בהם.

עוד טוען גילה בפרק 2 למאמרו ש"חוסר ודאות של פירמות באשר לשאלה כיצד ייושם כלל משפטי נגדן אופייני מאוד לדיני ההגבלים העסקיים והוא בלתי נמנע. הוא קיים לא רק בהקשר של האיסור על מחיר מופרז אלא גם בהקשרים רבים אחרים".⁸² טענה זו אינה מתמודדת עם הטיעונים שהעלינו במאמרנו הקודם, שלפיהם הסוג של חוסר הודאות הכרוך באיסור על מחיר גבוה הוא שונה. ביתר המקרים הכלל המשפטי הוא לרוב ברור אך קיים חוסר ודאות בנוגע לאופן החלתו על העובדות של המקרה, אך במקרה של מחיר גבוה בלתי הוגן גם הנורמה המשפטית אינה ברורה כלל (מתי מחיר נחשב בלתי הוגן?). גם באשר ליתר החזקות, הכוללות אף הן מונחי שסתום, חוסר הודאות שונה מזה שיוצר האיסור על מחיר גבוה בלתי הוגן. כיוון שיתר ההתנהגויות הנופלות בגדרן עניינן התנהגות מדירה, הבסיס למבחן הוא ברור: התנהגות היוצרת חסמים מלאכותיים לתחרות שאינה מבוססת על יתרונות תחרותיים מוצדקים (competition on the merit). זהו בסיס כלכלי, הנסמך על ניתוח כלכלי של התנהגות השוק. בסיס זה חל גם על תמחור טורפני, שאליו מפנה גילה במאמרו. בניגוד גמור לאיסור על מחיר גבוה בלתי הוגן, אין ניתוח כלכלי היוצר קו מפריד ברור בין המותר לאסור. גילה מבקש ללמוד אנלוגיה גם מחוסר הודאות בנוגע לנזק שישלם בעל קרטל, אולם הוא עצמו מודה ש"הצדדים לקרטל אמורים לדעת שעשו מעשה אסור כאשר חברו לקרטל".⁸³

זאת ועוד, כמעט כל כלל משפטי יוצר רמה כלשהי של חוסר ודאות. השאלה היא לא רק רמתו אלא גם מה המחיר שהוא יוצר. כפי שהראינו, האיסור שבמחלוקת הוא בעל תג מחיר גבוה. לבסוף, ודאות כשלעצמה אינה מטרה. שאם לא כן, היינו יכולים לקבוע למשל שכל בעל מונופולין באשר הוא לא יגבה מחיר הגבוה מסכום כלשהו הקבוע מראש. הודאות נדרשת כאן על מנת לוודא שהיא מאפשרת לחברות לכלכל את צעדיהן מראש, לרבות כניסה

82 גילה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 782.

83 שם, בעמ' 792.

לשוק והשקעות במחקר ופיתוח. על כן השאלה שיש לשאול היא אם הוודאות המוגברת שיוצר גילוי הדעת די בה כדי לוודא שהאיסור אכן מקדם את הרווחה.

בפרק ח למאמרו טוען גילה שהסיכוי לפגיעה בתמריץ לתחרות במתווה המוצע בגילוי הדעת, הוא קטן כיוון שהמתווה האמור כולל כמה שסתומי ביטחון: נמל המבטחים קל לחישוב בהיותו מבוסס על עלויות המצויות בדוחותיו החשבונאיים של בעל המונופולין, רווח של עד 20% מאושר אוטומטית, ומתן אפשרות לבעל המונופולין לשכנע את הממונה שמקרהו מצדיק אישור עלויות ביותר מ-20%. אכן, הסדר זה מגביר את הוודאות בהחלת האיסור, לפחות במה שנכנס בנמל המבטחים. אולם על מנת לוודא שהסדר זה אינו פוגע ביעילות הדינמית והיצרנית המקדמת את הרווחה, יש צורך להוכיח קיומם של כמה תנאים: (1) העלויות המובאות בחשבון הן הרלוונטיות ליצירת תמריצים כאמור. חשוב מכול לענייננו: במסגרת עלויותיו של בעל המונופולין מובאות בחשבון לא רק העלויות הישירות שהוצאו על יצירת המוצר/השירות, אלא גם על פיתוחו, וכן הובאו בחשבון הסיכונים שהיו כרוכים בכך. אולם העלויות החשבונאיות בדוחות הכספיים לא בהכרח משקפות את עלויות הסיכון וגם לא את העלויות הכלכליות האמתיות. בנוסף, מקום שבו בעל המונופולין מייצר כמה מוצרים, העלויות בדוח אינן משקפות בהכרח את עלויות ייצורו. זאת ועוד, קיים חשש שמונופוליסט היודע שעלויותיו ייבחנו דרך דוחות כספיים, יעמיס מראש עלויות על מוצרים או על יחידות ארגוניות בדרך שמגדילה את העלות הנחזית, כדי שהמחיר לא יבלוט לרעה; (2) רווח של 20%, שהוא אולי גבוה בשוק סטטי בתעשיות שאינן עתירות הון, גבוה דיו על מנת ליצור תמריצים לתחרות ולהתייעלות במרבית השווקים, שאם לא כן נמל המבטחים לא ימנע תחולת יתר של האיסור; (3) למקבל ההחלטות יש כלים נאותים על מנת להכריע מתי ראוי להעלות סף רווח זה, ויש בידו מתודולוגיה המבטיחה שאכן לא ייפגעו תמריצי התייעלות והיצרנות רמת ודאות גבוהה מראש המבטיחה שבעל המונופולין יוכל לחשב מראש את המחיר שיותר לו. כאן אנו שבים למבחן הכללי למחיר בלתי הוגן, אשר כפי שהראינו, הוא בעייתי, בעיקר בדרך שבה מבקש גילה להחילו באופן שכל מחיר הגבוה מהמחיר התחרותי ייחשב למופרז, ובעיקר משום שסביר שהאוכפים הראשיים שלו יהיו בתי המשפט הרגילים ולא דווקא הרשות. גם מבחן ההשוואה, שאליו מפנה גילה,⁸⁴ אינו פותר בעיות אלו כיוון שאף הוא אינו בוחן תמריצים דינמיים. גילה לא הוכיח את קיומם של תנאים אלו, ועל כן אי אפשר להניח שמחיר הטעות מהסוג של תחולת יתר אינו גבוה.

אף חשוב מכך: גילוי הדעת אינו מסרטט קו אדום ברור באשר להוגנות המחיר אשר אינו עומד בתנאי נמל המבטחים. אין בו מתודולוגיה חדשה לעניין זה שלא הייתה קיימת באירופה, וכפי שהראינו, האירופים הגיעו למסקנה, לאחר שנים רבות של עיסוק באיסור, שאין דרך ברורה לסרטט מראש קו כאמור בלא לפגוע בתמריצים לתחרות. על כן גילוי הדעת אינו פותר את הבעיה של אכיפה בדיעבד בלי יכולת של הגוף המוסדר להגדיר מראש מתי התנהגות הופכת להיות אסורה. אכן, למרות שבתקופת כהונתו של גילה כממונה הרשות נתנה עדיפות לעילת המחיר המופרז, לא הוגשה ולו תביעה אחת על ידי הרשות בעילה זו. בנוסף, קיים חשש שבהיעדר אמת מידה אחרת, ייתלו השחקנים בשוק באמת

המידה הברורה היחידה בגילוי הדעת שניתן להיתלות בה, דהיינו נמל המבטחים של 20%, אף שגם לשיטתו של גילה אין זה הסף העליון הרצוי של המחיר לכל המונופולים.

ד. סיכום ומסקנות

אין ספק שבעיית יוקר המחיה היא בעיה רצינית במדינת ישראל, והשפעותיה המזיקות רבות. עם זאת, כפי שהראינו במאמרנו הקודם, הכלי הרגולטורי של איסור על מחירים גבוהים בלתי הוגנים דרך עילת הניצול לרעה של כוח מונופוליסטי אינו הכלי המתאים לפיקוח על מחירים גבוהים. כפי שהראינו במאמר זה, אין במאמרו של גילה ובטענות שהועלו בו כדי לשנות את מסקנתנו. בפני הרגולטור קיימים כלים חלופיים, מתאימים יותר, אשר פגיעתם ברווחה החברתית וברווחת הצרכן פחותה בהרבה. לפיכך מסקנתנו המתחייבת היא שאימוץ הפרשנות האירופית לחזקה האוסרת על גביית מחיר בלתי הוגן, באופן שהיא תחול גם על מחיר גבוה, היא סוס טרויאני אשר עלול לפגוע קשות ברווחה החברתית. גם אם יוחלט – בניגוד לדעתנו – לאמץ את האיסור, אנו מקוות שהכשלים שהצבענו עליהם ישמשו נר לאופן החלת האיסור בפועל.