

## הגנת הינוקא המגבילה את יכולת התחרות של יצרנים דומיננטיים – האם לעולל הזה פיללנו?

מאת

גיא שגיא\*

במסגרת תהליך ההפרטה המואץ שעובר המשק הישראלי בעשורים האחרונים נמכרו חברות מונופוליסטיות ממשלתיות לידי רוכשים פרטיים, ובמקרים אחרים ניתנו זיכיונות בלעדיים ליוזמים פרטיים להקים חברות שתפעלנה מבראשית בענפים מוסדרים. כצעד משלים ונלווה לתהליך ההפרטה נוקטת המדינה לא פעם בצעדים שנועדו ליצור ולעודד תחרות בענפים המופרטם. לשם כך מוסרים חסמי כניסה רגולטורים ובנוסף לכך מוענקת לעיתים הגנה המכונה "הגנת ינוקא" ליצרנים חדשים על מנת שיוכלו להתחרות ביתר הצלחה ביצרנים הדומיננטיים המבוססים. מאמר זה עוסק בהגנת הינוקא המגבילה את יכולתו של היצרן הדומיננטי להתחרות ביצרנים החדשים. הגנה זו יכולה לבוא לידי ביטוי בכך שייאסר על היצרן הדומיננטי להוריד מחירים נוכח כניסת היצרן החדש לשוק או בכך שייאסר עליו לשפר את המוצר נוכח כניסה כאמור למשך פרק זמן מוגדר. כל זאת על מנת להגדיל את התמריץ לכניסה חדשה לשווקים המופרטם וכן על מנת לעזור ליצרנים החדשים להתבסס בשוק טרם יוכל היצרן הדומיננטי להפעיל את מלוא כושר התחרות למולם. דא עקא, שבחינת הגנת הינוקא האמורה מגלה כי במרבית התרחישים האפשריים יהיה יישום ההגנה מיותר ומזיק מכיוון שיצרנים פוטנציאלים הרואים מקום לרווח עתידי נמשך בשוק מסוים ייבחרו להיכנס אליו עם הגנת הינוקא או בלעדיה, ואילו יצרנים שאינם רואים מקום לרווח כאמור יימנעו על פי רוב מכניסה לשוק גם אם תיושם ההגנה. בשל כך, ובשל העלויות הגבוהות הכרוכות ביישום ההגנה נראה כי ככלל היישום איננו כדאי מבחינה כלכלית. יתר על כן, הבחינה מגלה כי יהיה קשה מאד לזהות מבין כלל התרחישים האפשריים את אותם מקרים ספורים שבהם ישנו פוטנציאל כלכלי חיובי ליישום ההגנה. על כן המלצת המאמר היא לצמצם את יישום ההגנה אך ורק למקרים שבהם תוכל הרשות המוסמכת להתגבר על הקושי ולהוכיח כי תועלתה של ההגנה עולה על עלויותיה, ולהימנע מיישום ההגנה בכל יתר המקרים.

\* מרצה במכללה האקדמית בנתניה ומרצה מן החוץ בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. ברצוני להודות לזיו יגאל על עזרתו החשובה במחקר, וכן למיכל (שיצר) גל, לדיויד גילה, למרב בארי, לדרור שטרומ, לבועז גולן ולשי בקל על הערותיהם המועילות. כמו כן תודתי לחברי מערכת כתב העת משפטים ובכלל זה תודה מיוחדת לעורך עמית זק, על התרומה הגדולה למאמר. תודה גם למשתתפי הכנס השנתי (2011) של האגודה הישראלית למשפט ולכלכלה, למשתתפי הסדנה למשפט ולכלכלה בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית ולמשתתפי הסמינר המחלקתי של בית הספר למשפטים במכללת נתניה על הערותיהם והצעותיהם.

הקדמה. א. סקירת המקרים שבהם יושמה בישראל הגנת הינוקא המגבילה את יכולתו של היצרן הדומיננטי להתחרות. 1. כניסת Yes, חברת הלוויין, לשוק הטלוויזיה הרב-ערוצית; 2. כניסת הוט לשוק הטלפוןיה הקווית; 3. פתיחת שוק הטלפוןיה הבין-לאומי לתחרות; ב. יישום הגנת הינוקא בראי פסיקת בג"ץ. ג. בחינה כלכלית של תוצאותיה הצפויות של הגנת הינוקא המגבילה את יכולתו של היצרן הדומיננטי להתחרות – דיון כללי. 1. ניתוח כלכלי – דיון מקדמי; 2. ניתוח כלכלי ליישום הגנת הינוקא המגבילה את יכולתו של היצרן הדומיננטי להוריד מחירים או לשפר את איכות המוצר – סקירת העלויות, ההפסדים והנזקים הנובעים מיישום ההגנה; ד. ניתוח כלכלי להשפעותיה של הגנת הינוקא בתרחישי הכניסה האפשריים. 1. השפעת יישום הגנת הינוקא על יצרן אשר משתווה, לכל הפחות, לרמת יעילותו של היצרן הדומיננטי; 2. השפעת הגנת הינוקא על כניסת יצרנים יעילים פחות מן היצרן הדומיננטי; 3. השפעת הגנת הינוקא על נכנסים פוטנציאליים שיכולים להתגבר עם חלוף הזמן על חסרון היעילות שלהם; ה. בחינת המקרים שבהם יושמה בישראל הגנת הינוקא המגבילה את יכולתו של היצרן הדומיננטי להתחרות בראי הניתוח הכלכלי. 1. כניסת Yes לשוק הטלוויזיה הרב-ערוצית; 2. כניסת הוט לשוק הטלפוןיה הקווית; 3. פתיחת שוק הטלפוןיה הבין-לאומי לתחרות; ו. האם אפשר לזהות ולאבחן את מיעוט התרחישים שבהם יישום הגנת הינוקא רצוי ומועיל מבחינה מצרפית? 1. האם אפשר לזהות את המקרים המיוחדים? 2. המלצות ליישום ותפקידה של הביקורת השיפוטית. סיכום.

## הקדמה

המשק הישראלי עובר בעשורים האחרונים תהליך מואץ של הפרטה בענפי משק מרכזיים, ובהם ענפי התקשורת, האנרגיה, הבנקאות, התחבורה (הימית), האווירית והיבשתית) ועוד. במסגרת תהליך זה חברות שהיו בעבר בשליטתה ובניהולה של המדינה ואשר על כן זכו למעמד מונופוליסטי בתחומי פעילותן נמכרו לידי רוכשים פרטיים,<sup>1</sup> ובמקרים אחרים ניתנו זיכיונות בלעדיים ליזמים פרטיים להקים חברות שתפעלנה מבראשית בענפים שהרגולטור החליט להתיר את הפעילות בהם.<sup>2</sup> למעשה תהליך ההפרטה נובע משתי סיבות עיקריות: האחת היא השינוי בתפיסה הפוליטית-הכלכלית הרווחת במדינה, והשנייה קשורה למגמות ענפיות רווחות במדינות המערב. התפיסה הכלכלית הרווחת מעת קום המדינה ועד לסוף שנות השבעים הייתה סוציאליסטית בבסיסה ותמכה ביתר מעורבות של המדינה בענפי הייצור. בעשורים האחרונים השתנתה התפיסה, וכיום היא נוטה יותר לכיוון הפוליטי-כלכלי הקפיטליסטי שמטבעו נותן אמון

1 כדוגמת מכירת החברות אל על, בז"ן, פי גלילות ועוד.

2 כדוגמת תחילת הפעילות בשוק הטלפון הסלולרי, שוק הטלוויזיה הרב-ערוצית, שוק הטלוויזיה המסחרית ועוד.

רב יותר בעקרונות השוק החופשי, ועל כן מצמצם את מידת מעורבות המדינה בשווקים.<sup>3</sup> נוסף על האמור חל שינוי בתפיסה הכלכלית במדינות המערב בכל הנוגע למאפייניו של שוק התקשורת, שבו כפי שנראה בהמשך הדברים יושמה הגנת הינוקא מושא מאמר זה. בעבר היה נהוג להניח כי ענפים מרכזיים בשוק התקשורת תואמים את מודל "המונופול הטבעי", שלפיו השוק יכול להחזיק רק יצרן אחד, ומשכך שימרה המדינה את מעמדו של היצרן המונופוליסטי הקיים אך פיקחה על פעילותו באמצעות רגולציה מקיפה. החל משנות התשעים חל שינוי בתפיסה (שבחלקו נבע גם מחידושים טכנולוגיים) שהוביל למסקנה ששוקי התקשורת יכולים להחיל כמה יצרנים שיתחרו ביניהם. בעקבות שינוי זה חל גם שינוי מהותי במדיניות הרגולציה במדינות המערב, וישראל בכללן, שבא לידי ביטוי בהסרת חסמי כניסה רגולטוריים לשווקים האמורים ובהקלה במידת הפיקוח והמעורבות הרגולטורית בהם.<sup>4</sup>

מכיוון שכלכלת ישראל היא כלכלה קטנה בהיקפה, ענפי משק מרכזיים נדונים להיות מרוכזים; משמע שמספר הצרכנים המוגבל יוכל לתמוך בפעילותו של מספר מצומצם של יצרנים בלבד.<sup>5</sup> בשל כך נודעת חשיבות מיוחדת לכניסה של כל יצרן נוסף לשוק. בשל חשיבות זו וכצעד נוסף ומשלים לתהליך ההפרטה נוקטת המדינה לא פעם צעדים נלווים שמטרתם להפוך את השווקים המופרטים לתחרותיים יותר באמצעות עידוד כניסה של יצרנים חדשים לשם השאת התועלת והרווחה המצרפית. לצורך כך מוסרים חסמי כניסה רגולטוריים שהגבילו בעבר את אפשרויות הכניסה לשווקים האמורים, ונוסף על כך מוענקת לעתים הגנה המכונה "הגנת ינוקא", ליצרנים החדשים. המונח "הגנת ינוקא" עולה תדיר בדיונים העוסקים בעידוד התחרות בשווקים השונים, אך משמעותו לא תמיד ברורה או אחידה. על כן יוגדר המונח "הגנת ינוקא" לצורכי מאמר זה כהגנה אשר ניתנת ליצרנים חדשים מפני כוחם של יצרן או יצרנים דומיננטיים הפועלים זה מכבר בשווקים השונים, להבדיל למשל ממתן עזרה ליצרן חדש הנכנס לשוק בלי כל קשר לכך שבשוק כבר פועל יצרן דומיננטי.

מכיוון שקיימים אופנים שונים ומגוונים ליישום הגנת הינוקא אשר לכל אחד מהם מאפיינים כלכליים מובחנים, לא ניתן יהיה לבחון את מידת יעילותם של כולם במאמר זה

3 ברצוני להדגיש כי מאמר זה איננו נוקט עמדה באשר לתפיסה הכלכלית-הפוליטית הראויה והרצויה.

המאמר מבקש לנתח תוצאות של רגולציה כלכלית בהתחשב במציאות ההפרטה הרווחת בימנו.

4 ראו הצוות הבין-משרדי לבחינת המדיניות בענף התקשורת ופתיחתו לתחרות דין וחשבון 6–14 (1996) [www.moc.gov.il/sip\\_storage/FILES/6/1606.pdf](http://www.moc.gov.il/sip_storage/FILES/6/1606.pdf).

5 בענפים שבהם נודעת יעילות לגודל, כלומר שככל שיצרן מייצר יותר כך יעילות הייצור שלו גדלה, יוכל שוק קטן להחזיק רק כמה יצרנים יעילים, שכן למוצריהם של יצרנים אחרים לא ייוותר ביקוש אשר יוכל לקדם לקראת מיצוי יעילות הגודל, ובשל חיסרון היעילות לא יוכלו אותם יצרנים נוספים לשרוד בשוק או להגדיל את נתח השוק המצומצם שלהם. להרחבה ראו MICHAL S. GAL, COMPETITION POLICY FOR SMALL ECONOMIES 13–45 (2003).

מפאת מורכבות העניין ומפאת קוצר היריעה. על כן יתמקד הדיון במאמר בנייתו יישום אחד חשוב ומרכזי להגנת הינוקא – היישום להגנה אשר נועד להגביל את יכולתם של היצרנים הדומיננטיים להפעיל את מלוא כושר התחרות שלהם למול היצרנים החדשים במועד כניסתם של החדשים לשוק, וכן בפרק הזמן שלאחר הכניסה הנחוץ לשם התבססות בשוק. הגבלת יכולתו של יצרן דומיננטי להגיב נוכח כניסה של יצרן חדש יכולה לבוא לידי ביטוי בדרך של הגבלת יכולתו להוריד מחירים למשך פרק זמן מסוים (או עד לאבדן נתח שוק מספק) או בדרך של הגבלת יכולתו לשפר את המוצר למשך פרק זמן מסוים (או עד לאבדן נתח שוק מספק). הדיון במאמר ינסה לבחון אם יישום זה של הגנת הינוקא מניב תועלת כלכלית, או שמא העלויות וההפסדים הכרוכים ביישום עולים על התועלת (ככל שהיא קיימת).

התקופה שבה נהנים היצרנים החדשים מתחרות מוגבלת מצדם של היצרנים הדומיננטיים אמורה להקל עליהם לזכות בנתח שוק גדול דיו וכן ברווחים מספקים אשר יאפשרו לאותם היצרנים החדשים להתבסס בשוק. כך למשל, הגנת הינוקא אמורה לעודד את כניסתם של יצרנים חדשים לשווקים לא תחרותיים כאשר ההנחה היא שבלעדי אותה הגנה ייתכן שהכניסה הייתה נמנעת מלכתחילה, או שהיקפה היה צנוע יותר בשל החשש מפני הפעלת כוחו העודף של היצרן הדומיננטי נגד היצרן החדש. כמו כן אמורה ההגנה להבטיח את הישרדותם בשוק של היצרנים החדשים לפחות לפרק זמן אשר יאפשר את התבססותם, ולכן לכשתוסר ההגנה יוכל ציבור הצרכנים ליהנות משוק תחרותי לטווח הארוך. כך תיווצר תחרות בשוק שהיה עד כה לא תחרותי, אשר תוביל בסופו של התהליך להורדת המחיר לצרכן ואגב כך להשאת התועלת הצרכנית והמצרפית של השוק. דא עקא, שבחינה מדוקדקת של השפעותיה הכלכליות של הגנת הינוקא, המגבילה את יכולתו של היצרן הדומיננטי להתחרות, מגלה כי קיימות תוצאות שליליות בלתי מבוטלות ליישום הגנה זו, וכן כי השפעותיה החיוביות, ככל שקיימות, מועטות ומוגבלות בהיקפן. מאמר זה חושף כי על פי רוב אין בהגנת הינוקא האמורה כדי לעודד כניסה של יצרנים חדשים ויעילים לשווקים מכיוון שיצרנים יעילים מספיק ייכנסו על פי רוב לשווקים בכל מקרה, עם הגנה שכזו ואף בלעדיה, וכן כי במרבית המקרים יצרנים שאינם יעילים מספיק יימנעו מכניסה לשוק אף אם תוענק להם הגנת ינוקא קצרת מועד. אחד התרחישים שבהם עשויה הגנת הינוקא לעודד את הכניסה לשוק (במובן שבהיעדרה לא הייתה מתבצעת הכניסה) הוא שהנכנס הפוטנציאלי אינו יעיל במועד הכניסה לשוק, וחוסר יעילות זו עשוי להיות קבוע וממושך, והגבלות הגנת הינוקא על היצרן הדומיננטי חמורות וממושכות. כניסה זו, כפי שייטען בהמשכם של הדברים, עשויה שלא להיות רצויה כלל מבחינת תועלתם הכלכלית של הצרכנים וכן גם מבחינת התועלת המצרפית של השוק. בנוסף ניוכח שבמקרים שבהם מיושמת הגנת הינוקא עם כניסתם של יצרנים חדשים (בין שההגנה היא שהובילה לכניסה ובין שהכניסה הייתה מתבצעת בלאו הכי) היא עשויה לגרום לעליית מחירים ולפגיעה ביעילות הייצור בטווח הקצר מבלי שתהיה

לה, במרבית המקרים, השפעה כלכלית חיובית בטווח הארוך. אמנם עשויים להיות שיקולים נוספים, שאינם כלכליים, לעידוד כניסה לשווקים מסוימים העשויים להצדיק את יישום הגנת הינוקא, מושא מאמר זה, על אף העלויות הכלכליות הכרוכות בכך. עם זאת טענתי היא כי על מקבל ההחלטה אם ליישם את הגנת הינוקא להביא בשיקוליו גם את השיקול הכלכלי, וככל ששיקול זה הוא בעל משקל מרכזי בקבלת ההחלטה, הרי שהשפעתו צריכה במרבית המקרים להוביל להימנעות מיישום הגנת הינוקא המגבילה את יכולתו של היצרן הדומיננטי להתחרות ביצרן החדש. מן הניתוח אשר יתמקד ביישום האמור להגנת הינוקא יהיה אפשר לדעת לנסח גם כמה המלצות כלליות שיהיה כדאי ליישמן גם בבחינת האופנים האחרים ליישום הגנת הינוקא.

חלקו הביקורתי של מאמר זה מסתמך לא מעט על מאמרו החשוב של פרופ' Elhauge<sup>6</sup> שפורסם בתגובה למאמרו של פרופ' Edlin אשר תמך ביישום הגנת הינוקא מושא מאמר זה כל אימת שיצרן חדש נכנס לשוק שבו פועל זה מכבר יצרן דומיננטי.<sup>7</sup> עם זאת חשוב לציין כי הניתוח במאמר זה מתייחס בביקורתיות גם לעמדותיו של Elhauge, ונכללים בו מספר שיקולים חשובים שלא הובאו בחשבון על ידיו, והחשוב והעיקרי שבהם הוא שיקול התועלת המצרפית עקב ההחצנה החיובית שעשויה להיות לכניסת יצרן חדש לשוק. לשיקול מרכזי זה, שלא זכה להתייחסות מעמיקה במאמרו של Elhauge, חשיבות רבה לענייננו מכיוון שהוא עשוי להצדיק התערבות רגולטורית במקרים מסוימים, ולכן יש בו כדי למתן במידה מסוימת את המסקנות הגורפות שאליהן הגיע Elhauge כנגד כל יישום של ההגנה האמורה.

כאמור לעיל, שווקים רבים שבעבר היו בשליטתה ובניהולה של המדינה עברו, עוברים ועוד יעברו תהליך של הפרטה אשר המשכו הוא פתיחתם לתחרות.<sup>8</sup> מאמר זה מתמקד בשלב שבו נפתח השוק לתחרות, בדרך כלל על ידי הסרתם או הנמכתם של חסמי הכניסה הרגולטוריים שמנעו כניסה של יצרנים חדשים לשווקים עד לאותו המועד. בשלב זה עשויה להיות מיושמת הגנת הינוקא אשר מטרתה להגן על אותם יצרנים חדשים בשלבי החדירה לשוק וההתבססות בו מפני תחרות אגרסיבית מצדם של היצרנים הדומיננטיים והמבוססים.

עוד חשוב לציין שהגנות הינוקא בכלל והגנת הינוקא מושא מאמר זה בפרט אינן מיושמות כל אימת שיצרן חדש נכנס לשוק שפועל בו יצרן דומיננטי ומבוסס. למעשה, ההגנה יושמה במקרים מסוימים ולא יושמה במקרים אחרים, ואי אפשר לדעת למצוא

6 Einer Elhauge, *Why Above-Cost Price Cuts to Drive Out Entrants Are not Predatory – and the Implications for Defining Costs and Market Power*, 112 YALE L.J. 681 (2003)

7 Aaron S. Edlin, *Stopping Above-Cost Predatory Pricing*, 111 YALE L.J. 941 (2002)

8 זהו סדר הדברים הנפוץ, אם כי יש לציין כי קיימות דוגמאות שבהן הסדר הפוך. למשל, בהפרטת שוק זיקוק הדלקים בישראל ראשית פוצלה בז"ן לשתי חברות (בז"ן בחיפה ובז"א באשדוד), ורק אז החל תהליך ההפרטה של העברת החברות לידי רוכשים פרטיים.

חוקיות ברורה לכך. סביר להניח שלמידת יכולתו של היצרן החדש הפוטנציאלי להפעיל שדולה (לובי) ולחץ פוליטיים וגם ליכולת זו של היצרן הדומיננטי המבוסס חשיבות והשפעה לעניין זה. כמו כן סביר להניח שמידת עצמת התהודה הציבורית ובעקבותיה הרווח היחצ"ני שיוכל מקבל ההחלטה להפיק וכן השקפת עולמו הכלכלית האישית ישפיעו על עצם קבלת ההחלטה ליישם הגנת ינוקא, על אופייה ועל היקפה.<sup>9</sup>

פרק א להלן יסקור את המקרים שבהם יושמה בישראל הגנת הינוקא המגבילה את יכולתו של היצרן הדומיננטי להתחרות. פרק ב יסקור את עמדת בג"ץ בכל הקשור ליישום הגנות הינוקא. פרק ג יבחן את התוצאות הכלכליות הכלליות של יישום הגנת הינוקא שבה מתמקד מאמר זה. פרק ד ינתח את התוצאות הכלכליות להגנת הינוקא מושא המאמר בתרחישי הכניסה השונים. פרק ה יבחן את המקרים שבהם יושמה ההגנה בישראל בראי הניתוח הכלכלי. בפרק ו אבחן אם אפשר לזהות את מיעוט המקרים שבהם יישום הגנת הינוקא מושא המאמר עשוי להיות מועיל מתוך כלל המקרים. בפרק ז אציג המלצות ליישום ואת תפקידה של הביקורת השיפוטית, ובחלק האחרון אסכם את הדיון.

## א. סקירת המקרים שבהם יושמה בישראל הגנת הינוקא המגבילה את יכולתו של היצרן הדומיננטי להתחרות

קיימים אופני יישום שונים ומגוונים להגנת הינוקא: קיימת הגנה המעניקה הקלות ליצרן החדש באשר לדרישות רגולטוריות שבהן נדרש לעמוד היצרן הדומיננטי;<sup>10</sup> הגנה המבטלת תשלום דמי קישוריות (הסדר המכונה: "Bill and Keep") או הקובעת פיקוח על

9 להתייחסות לאפשרות הקמתה של רשות תקשורת מקצועית אשר תהיה בלתי תלויה בלחצים פוליטיים ראו להלן בפרק ז.

10 כך למשל ההקלות שניתנו לערוץ 10 עם כניסתו לשוק הטלוויזיה המסחרית בהיקף ההפקות המקומיות ובדחייה שקיבל במועד הנדרש להקמת חברת חדשות. ראו ס' 59 (ד) וס' 63 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990, ס"ח 59; ההקלות המוצעות בס' 41 (2) להצעת חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (תיקון מס' 33) (מעבר מזיכיונות לרישיונות בשידורי טלוויזיה), התש"ע-2010, ה"ח הממשלה 532, 1264, 1283, שלפיו בעל רישיון חדש להפעלת ערוץ טלוויזיה מסחרי יחויב בשידור "תכניות סוגה עילית" בשיעור של כמחצית בלבד מן השיעור שבו מחויבים בעלי רישיון ותיקים, וזאת למשך שנתיים ימים כהגנת ינוקא; כן ראו ההקלות שניתנו עם יישום הרפורמה בשוק ההון (הידועה כ"רפורמת בכר") לבנקים הקטנים והבינוניים, ובהן קבלת הארכה למכירת מלוא החזקותיהם בקופות הגמל ובקרנות הנאמנות וכן התנאים המקלים שנקבעו להם לשם כניסתם העתידית לתחום הייעוץ והמכירה של מוצרי גמל, פנסייה וביטוח חיים למול הבנקים הגדולים. ראו הצוות הבין-משרדי לעניין רפורמה בשוק ההון דין וחשבון (2004). [www.finance.gov.il/bachar/asp/home\\_he.asp](http://www.finance.gov.il/bachar/asp/home_he.asp)

שיעורם כאשר קיים חוסר איוון לרעת היצרן החדש;<sup>11</sup> הגנה המונעת מן היצרן הדומיננטי להיכנס לשווקים חדשים;<sup>12</sup> הגנה המונעת כניסה של יצרנים חדשים לשוק;<sup>13</sup> גיבוי תשלומים ומתן ערבות מדינה ליצרני חשמל פרטיים;<sup>14</sup> ומתן גישה ליצרן החדש

11 הסדר המבטל את תשלום דמי הקישוריות הונהג עם כניסת הוט לשוק הטלפוניה הקווית, ולפיו בוטלו תשלומי הקישוריות לתקופה ממושכת למדי. הטעם להגנה זו נעוץ בכך שכאשר שני מפעילים בעלי נתח שוק דומה מתחרים בשוק טלפוניה, קיים איוון בין השיחות הנכנסות מכל מפעיל אל משנהו, אולם במצב שבו קם מפעיל חדש המחזיק בתחילת דרכו במאגר לקוחות מצומצם, מרבית השיחות תהיינה מכיוון הלקוחות של המפעיל החדש אל המפעיל המבוסס. במצב דברים זה יצא שכמעט רק המפעיל המבוסס יגבה את דמי הקישוריות, ועובדה זו תטיל נטל כבד על המפעיל החדש ועל לקוחותיו. ראו תק' 10 לתקנות התקשורת (בזק ושידורים) (תשלומים בעד קישור גומלין) (תיקון מס' 3), התשס"ד–2004, ק"ת 6331 הקובעת כי לא יתבצע חיוב בין בזק ובין הוט בגין קישור גומלין לפרק זמן של שנתיים, וכן תקנות התקשורת (בזק ושידורים) (תמלוגים) (הוראת שעה), התשס"ז–2007, ק"ת 6609, שהאריכו את ההסדר בתשעה חודשים נוספים. ראו גם תיאור עסקי התאגיד הוט – מערכות תקשורת בע"מ דוח תקופתי לשנת 2007, 1, 64 (2008) (להלן: דוח הוט לשנת 2007) [www.hot.net.il/heb/about/investors/finance/2007](http://www.hot.net.il/heb/about/investors/finance/2007). בדומה לכך קבע משרד התקשורת שתעריפי הקישוריות בין ספקיות שירותי טלפוניה באמצעות גישה רחבת פס (VOD) ובין בזק והוט יהיו זהים לשני הצדדים למשך תקופה של שנתיים. ראו מדיניות ההסדרה במשרד התקשורת משרד התקשורת רישוי אספקת שירותי טלפוניה באמצעות שירות גישה רחבת פס (VoB) – עיקרי מדיניות [www.moc.gov.il/sip\\_storage/FILES/1/531.pdf](http://www.moc.gov.il/sip_storage/FILES/1/531.pdf).

12 כגון האיסור שהוטל על בזק לספק שירותי טלפוניה באמצעות שירות גישה רחבת פס המכונה VOB עד אשר ירד נתח השוק שלה אל מתחת לרף 85% (ראו דוח הוט לשנת 2007, לעיל ה"ש 11, בעמ' 66); וכן האיסור שהוטל על אגד ועל דן להשתתף במכרז להפעלת קווי תחבורה חדשים, איסור שבוטל בהוראת בג"ץ. ראו בג"ץ 3136/98 אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד נב(5) 705 (1999) (להלן: עניין אגד).

13 כך למשל החליטו שרי התחבורה והאוצר להעניק הגנת ינוקא לחברת סוויס-פורט בענף ניטול המטענים הלא חקלאיים המובלים דרך האוויר בכך שתימנע כניסה של נותני שירות חדשים ונוספים לענף במשך כחמש שנים, וראו משרד התחבורה עיקרי התקציב לשנת 2008 182–183 [www.finance.gov.il/budget2007/docs2008/328.pdf](http://www.finance.gov.il/budget2007/docs2008/328.pdf). כן ראו פרוטוקול ישיבת ועדת הכספים, הכנסת ה-18 (16.12.2009) [www.knesset.gov.il/protocols/data/html/ksafim/2009-12-16-01.html](http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/ksafim/2009-12-16-01.html).

14 המדינה התחייבה לגבות תשלומים ליצרני החשמל הפרטיים העומדים בתנאים שנקבעו על ידיה במקרים שבהם חברת החשמל לא תעמוד בהתחייבות להעבירם, וראו הודעת דוברי משרד התשתיות הלאומיות ומשרד האוצר מיום 20.7.2009 [http://dover.mof.gov.il/Mof/Dover/MofDoverTopNav/20.7.2009/MofDoverSubjects/MofDoverSubjects\\_2009/MofDoverSubjects\\_2009\\_07/News2009\\_07\\_20\\_11\\_3.htm?wbc\\_purpose=basic&WBCMODE=p](http://dover.mof.gov.il/Mof/Dover/MofDoverTopNav/20.7.2009/MofDoverSubjects/MofDoverSubjects_2009/MofDoverSubjects_2009_07/News2009_07_20_11_3.htm?wbc_purpose=basic&WBCMODE=p). כמו כן אישרה ועדת הכספים של הכנסת ביום 10.8.2010 הענקת ערבות מדינה בסכום של עד 7 מיליארד ש"ח לסיוע להקמת תחנות כוח של יצרני חשמל פרטיים שישתלבו בשוק ייצור החשמל בישראל בהספק של למעלה ממאה מגה וואט, או למעלה מעשרים מגה וואט אם מדובר באנרגייה מתחדשת. ראו פרוטוקול ישיבת ועדת הכספים, הכנסת ה-18 (10.8.2010) [www.knesset.gov.il/protocols/data/html/ksafim/2010-08-10-02.html](http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/ksafim/2010-08-10-02.html); וכן

לאמצעי הייצור של היצרן הדומיננטי.<sup>15</sup> מאמר זה, כפי שצוין לעיל, יתמקד בסוג אחד חשוב של יישום הגנת הינוקא – היישום להגנה המונע או מגביל את יכולתו של היצרן הדומיננטי להתחרות ביצרן החדש באמצעות הורדת מחירים או שיפור המוצר. להלן יסקרו המקרים שבהם יושמה הגנת ינוקא זו בישראל:

### 1. כניסת Yes, חברת הלוויין, לשוק הטלוויזיה הרב-ערוצית

בשנת 1990 זכו שלוש חברות הכבלים – ערוצי זהב, תבל ומתב – בזיכיונות טריטוריאליים בלעדיים לשידורי טלוויזיה רב-ערוצית בכבלים בישראל מכוח חוק הבזק, התשמ"ב-1982.<sup>16</sup> על פי תנאי הזיכיון חויבו חברות הכבלים לשרד בשיטת ה-Tiering, שלפיה מוצעת למנוי חבילת ערוצים בסיסית שאפשר להוסיף עליה ערוצים נפרדים לפי בקשת הלקוח ובתמורה לתשלום נוסף. לאחר קבלת הזיכיון פנו חברות הכבלים למועצה לשידורי כבלים בבקשה לקבלת פטור מהחובה לשרד בשיטה זו בשל העלויות הגבוהות הכרוכות בה לטענתן. כחלופה ביקשו חברות הכבלים כי יותר להן להציע לקהל הצרכנים חבילת ערוצים רחבה בלי אפשרות ממשית לבחירה ולהתאמת ערוצים אישית. שיטת שידור זו מכונה שיטת ה-Superbasic. מועצת הכבלים נעתרה לבקשה ושינתה על פיה את תנאי הזיכיונות של חברות הכבלים אם כי פנתה אליהן עם השנים כמה פעמים בבקשה כי יאותרו לעבור לשרד בשיטת ה-Tiering. בקשות אלו נענו על ידי חברות הכבלים בסירוב.<sup>17</sup>

בשנת 1996 מינה משרד התקשורת ועדה לבחינת מערך השידורים לציבור שהמליצה על מעבר לשיטת ה-Tiering ועל פתיחת שוק הטלוויזיה הרב-ערוצית לתחרות באמצעות שידורי לוויין. המלצות הוועדה התקבלו על ידי הממשלה, והיא הובילה לתיקון בחוק הבזק כמתבקש. בתאריך 13.5.1999 קיבלה המועצה לשידורי כבלים ושידורי לוויין החלטה שלפיה יינתן לחברת די.בי.אס. שירותי לוויין (1998) בע"מ (הידועה בכינוי המסחרי "Yes", וכך גם תכונה במאמר זה) רישיון לשידור לוויין, וכך כי היא תהיה רשאית לשרד בשיטת ה-Tiering. עוד הוחלט במועד זה כי כהגנת ינוקא ייאסר על חברות

ראו ליאור גוטמן "כצפוי: ועדת הכספים אישרה ערבויות מדינה של 7 מיליארד שקל ליצרני חשמל פרטיים" כלכליסט 10.8.2010 [www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3414255,00.html](http://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3414255,00.html)

15 כך למשל זכיניות הסלולר החדשות תהיינה זכאיות להשתמש ברשת האנטנות של ספקיות השירות הוותיקות בתקופת חדירתן לשוק והקמת התשתית העצמאית שלהן, וראו משרד התקשורת הודעה לתקשורת – הסדר הנדידה הפנים-ארצית (17.4.2011) [www.moc.gov.il/sip\\_storage/FILES/0/2530.pdf](http://www.moc.gov.il/sip_storage/FILES/0/2530.pdf)

16 ס"ח 218. מאז נחקק בשנת 1982 תוקן חוק הבזק פעמים רבות, וכיום הוא קרוי חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן: חוק הבזק).

17 לתיאור העובדות ראו בג"ץ 7852/98 ערוצי זהב ושות' נ' שרת התקשורת, פ"ד נג' (5) 423, 426 (1999) (להלן בג"ץ ערוצי זהב).



משפטים מב תשע"ב הגנת הינוקא המגבילה את יכולת התחרות של יצרנים דומיננטיים – האם לעולל הזה פיללנו?

הכבלים לשדר אף הן בשיטה זו למשך 18–27 חודשים או עד אשר יגיע מספר מנוייה של Yes ל-250 אלף.<sup>18</sup> Yes החלה בשידוריה בחודש יולי שנת 19,2000 וכבר מאמצע שנת 2001 החלו חברות הכבלים להציע שירות טלוויזיה רב-ערוצית בטכנולוגיה דיגיטלית המאפשרת אספקת מקבצי ערוצים – Tiering.<sup>20</sup> יצוין שנכון למועד כתיבתו של מאמר זה צברה Yes למעלה מ-578,000 לקוחות.<sup>21</sup>

## 2. כניסת הוט לשוק הטלפוניה הקווית

בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (להלן: בזק) הוקמה בשנת 1984 כחברה ממשלחית לצורך אספקת שירותי טלפוניה ניחת בישראל. עם הקמתה ניתן לבזק זיכיון בלעדי לאספקת השירות מכוח חוק הבזק.<sup>22</sup> בשנת 2005 הופרטה בזק ונמכרה לקבוצת "אייפקס-סבן-ארקין", וזו מכרה בשנת 2010 את גרעין השליטה בחברה לחברת "B קומיוניקיישנס", שהיא חברת בת של אינטרנט זהב מקבוצת יורוקום. לבזק כמה חברות בנות, הפועלות אף הן בתחום התקשורת: פלאפון תקשורת בע"מ (100% החזקה) – מפעילת הסלולר הראשונה בישראל שלה מעל ל-2.7 מיליון מנויים נכון למועד כתיבתו של מאמר זה; בזק בינלאומי בע"מ (100% החזקה) העוסקת בתקשורת בין-לאומית ובנוסף הינה ספקית האינטרנט המובילה בישראל; די.בי.אס (חברת הלווין Yes – 49.8% החזקה) – ספקית שירותי טלוויזיה רב-ערוצית באמצעות שידורי לוויין ובעלת למעלה מ-578 אלף לקוחות נכון למועד כתיבתו של מאמר זה.<sup>23</sup> בשנת 1995 הכריז הממונה על ההגבלים העסקיים על בזק כבעלת מונופולין בתחום שירות טלפון בסיסי, תחום שירותי תשתיות תקשורת, שיחות בין-לאומיות ושירותי העברה ותמסורת של שידורים לציבור.<sup>24</sup>

18 שם, בעמ' 426–427.

19 ראו דוח הוט לשנת 2007, לעיל ה"ש 11, בעמ' 15.

20 שם, בעמ' 22.

21 ראו אתר בזק, "אודות בזק" [www.bezeq.co.il/about/Pages/about.aspx](http://www.bezeq.co.il/about/Pages/about.aspx) (להלן: "אודות בזק").

22 ס' 50 לחוק הבזק. בלעדיות הזיכיון שקיבלה בזק בוטלה על ידי סעיף 30 לחוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 1999),

התשנ"ט–1999, ס"ח 1704, בתיקון לחוק הבזק אשר נכנס לתוקף בתאריך 1.1.1999.

23 ראו "אודות בזק", לעיל ה"ש 21. יש לציין כי לקבוצת יורוקום החזקות עצמאיות ב-Yes שאותן עליה למכור על פי הוראת רשות ההגבלים העסקיים שניתנה במועד אישור המיזוג בין יורוקום לבזק. ראו החלטה 388035 של הממונה על ההגבלים העסקיים "החלטה בתיק מזג 7915" (31.3.2010) [archive.antitrust.gov.il/files/10399/7915.PDF](http://archive.antitrust.gov.il/files/10399/7915.PDF).

24 ראו הממונה על ההגבלים העסקיים "הכרזה על קיום מונופולין לפי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח–1988" (27.6.1995) [archive.antitrust.gov.il/files/1817/805.pdf](http://archive.antitrust.gov.il/files/1817/805.pdf).

כחלק ממאמציה להפוך את שוק התקשורת לתחרותי יותר יזמה הממשלה תיקון לחוק הבזק, שנכנס לתוקף בתאריך 1.1.1999, ולפיו יהיה אפשר להעניק רישיונות למפעילי טלפוניה נייחת נוספים פרט לבזק,<sup>25</sup> אך לא היה ביקוש לרישיונות אלו.<sup>26</sup> כל זאת עד ליום 22.4.2002, שבו אישרה רשות ההגבלים העסקיים את המיזוג שבין חברות הכבלים תחת חברת הוט – מערכות תקשורת בע"מ (לעיל ולהלן: הוט), אך התנתה את האישור בכך שהוט תחל לספק שירותי טלפוניה נייחת בהיקף כלל-ארצי לציבור בישראל על גבי תשתית הכבלים, ובכך שתשקיע השקעה מינימלית בפיתוחה של תשתית זו.<sup>27</sup> לפיכך העניק משרד התקשורת להוט רישיון להפעיל רשת טלפוניה נייחת בנובמבר 2003.<sup>28</sup>

על פי החלטת משרד התקשורת,<sup>29</sup> הוטלו כמה מגבלות נוקשות על בזק עם כניסתה של הוט לשוק הטלפוניה הקווית כהגנת ינוקא, ובהן הגנות ינוקא המגבילות את יכולתה של בזק להתחרות בהוט (שבהן עוסק מאמר זה), ונוסף עליהן גם הגנות ינוקא אחרות. ראשית, לעניין תעריפיה של בזק נקבע כי תעריפיה לציבור ימשכו להיות בפיקוח של שר התקשורת, וכל שתוכל להציע לציבור היא הנחה בשיעור של עד 10%, ואף זאת

25 וזאת באמצעות ביטול סעיף 50 לחוק הבזק, אשר העניק זיכיון בלעדי לבזק בתחום שירותי הטלפוניה הנייחת בישראל.

26 בין היתר מכיוון שמדובר בשוק רווי, שבו הביקוש הולך ופוחת נוכח השימוש המתרחב במוצרים חלופיים כגון הטלפונים הסלולריים ותקשורת האינטרנט. ראו תיאור עסקי התאגיד הוט – מערכות תקשורת בע"מ דוח תקופתי לשנת 2009, 1, 40 (2010) (להלן: דוח הוט לשנת 2009) [www.magna.isa.gov.il/internet/Forms/2007-01-345929/HOT-COMBIND1206\\_isa.pdf](http://www.magna.isa.gov.il/internet/Forms/2007-01-345929/HOT-COMBIND1206_isa.pdf)

27 ראו פרק ח להחלטה 3014119 של הממונה על ההגבלים העסקיים "אישור מיזוג בתנאים בין: גוונים טלוויזיה בכבלים בע"מ, תבל תשדורת בינלאומית לישראל בע"מ, עזתמ 3 בע"מ, ידיעות תקשורת בע"מ, עזתמ 1 בע"מ, מתב – מערכות תקשורת בכבלים בע"מ, עזתמ 4 בע"מ, ט.ל.מ. טלוויזיה למנויים בע"מ, נכסי משפחת פישמן בע"מ, גוונים-קריות טלוויזיה בכבלים (1989) בע"מ, מערכות תקשורת בכבלים חיפה-חדרה בע"מ, עידן מערכות כבלים בישראל בע"מ, עזתמ 2 בע"מ, עידן מערכות כבלים ישראל (אחזקות) 1987 בע"מ, ערוצי אדום בע"מ, ערוצי זהב ושות', ישראכבל בע"מ, דרום השרון תקשורת 1990 בע"מ" (22.4.2002) [archive.antitrust.gov.il/ANTItem.aspx?ID=2137&FromSubject=100039&FromYear=2010&FromPage=0](http://archive.antitrust.gov.il/ANTItem.aspx?ID=2137&FromSubject=100039&FromYear=2010&FromPage=0). בשל דרישה רגולטורית להפרדה מבנית פועלת הוט בשוק הטלפוניה באמצעות "הוט טלקום שותפות מוגבלת", הנמצאת בבעלותה המלאה של הוט. ראו דוח הוט לשנת 2009, לעיל ה"ש 26, בעמ' 5, 83.

28 שם, בעמ' 55.

29 ראו משרד התקשורת "רישיון חברת 'בזק': עיקרי מדיניות לענין הנחות לגודל וסלי שירותים" (31.3.2004) [www.moc.gov.il/new/documents/about/pol\\_1.4.04.pdf](http://www.moc.gov.il/new/documents/about/pol_1.4.04.pdf). ראו גם דוח הוט לשנת 2009, לעיל ה"ש 26, בעמ' 58.

ללקוחות גדולים בלבד ולא ללקוחות מקרב הציבור הרחב. כל זאת כאשר מחיריה ותעריפיה של הוט בשוק הטלפוניה הנייחת אינם מפוקחים.<sup>30</sup> נוסף על כך נאסר על בזק להציע לציבור או לשווק סלי שירותים שירותי טלפוניה, שירותי טלוויזיה רב-ערוצית ושירותי אספקת תשתית אינטרנט (סל שירותים המכונה "טריפל פליי") כל עוד נתח השוק שבו היא מחזיקה, במגזר הפרטי או במגזר העסקי, גבוה מ-85%, או כל עוד לא תחול הרעה מהותית במעמדה התחרותי של Yes (כאשר ההרעה המהותית הוגדרה כנפילה בנתח השוק של Yes לרמה הנמוכה מ-29%).<sup>31</sup> כל זאת בשעה שהוט רשאית להציע לציבור את חבילת ה"טריפל פליי" במחיר המגלם הנחה גדולה, ועל פי דיווחיה מדובר בהצלחה שיווקית ניכרת.<sup>32</sup> רק במאי 2010 ניתן אישור של משרד התקשורת לבזק לשווק את סל ה"טריפל פליי" אף על פי שכבר בשנת 2008 ירד נתח השוק שלה אל מתחת לרף של 85% בשוק הטלפוניה הנייחת הפרטית.<sup>33</sup> עם זאת יש להדגיש כי בזק עדיין אינה רשאית להציע הנחה בסל השירותים. כלומר, מחיר החבילה יהיה שווה למחיר המשולב של השירותים שנכללים בה, ועל כן ייוותר נחות ביחס למחירו של סל השירותים שמציעה הוט.<sup>34</sup> במועד כתיבתו של מאמר

30 ראו אמיתי זיו "טריפל לבזק – לא יותר ממוצר שיווקי" *The Marker* (12.5.2010) [www.themarker.com/markets/1.566678](http://www.themarker.com/markets/1.566678) (להלן: זיו "טריפל לבזק"); וכן ראו דוח הוט לשנת 2009, לעיל ה"ש 26, בעמ' 59–60. הסמכות לפיקוח על המחירים בשוק הטלפוניה הקווית מצויה בסעיף 15 לחוק הבזק אשר מסמיך את שר התקשורת בהסכמת שר האוצר לקבוע בתקנות תשלומים בעד השירותים הניתנים בידי כל בעל רישיון. בפועל הופעלה סמכות זו רק לגבי בזק. סעיף 15 לחוק הבזק מתיר לבזק להעניק הנחות לגודל (כלומר הנחות ללקוחות גדולים) אך בכפוף לאישור שר התקשורת ולהסכמת שר האוצר. וראו הוועדה לגיבוש המלצות מפורטות בדבר מדיניות וכללי התחרות בתחום התקשורת בישראל דין וחשבון 57 (2008) [www.moc.gov.il/new/documents/gronau2008/gronau1.pdf](http://www.moc.gov.il/new/documents/gronau2008/gronau1.pdf) (להלן: דוח ועדת גרונאו).

31 בתחילה נקבע הרף של 25% לירידת נתח השוק הנדרשת של Yes, אך בעקבות הליכי שימוע נוספים שערך משרד התקשורת בנושא הוחלט בינואר 2005 להעלות את הרף הקבוע לעניין הרעה מהותית במעמדה התחרותי של Yes לנתח שוק של 29% מכלל המנויים. ראו דוח הוט לשנת 2009, לעיל ה"ש 26, בעמ' 58.

32 ראו דוח דירקטוריון הוט על מצב ענייני התאגיד לשנת 2010, הוט – מערכות תקשורת בע"מ דוח תקופתי לשנת 2010, 1, 11 (2011) (דוח הדירקטוריון מצוי בעמ' 104) [www.hot.net.il/heb/about/investors/finance/2010](http://www.hot.net.il/heb/about/investors/finance/2010).

33 כבר בתאריך 26.8.2008 הודיע משרד התקשורת כי נתח השוק של בזק בתחום הטלפוניה במגזר הפרטי ירד בחודש יוני באותה השנה ל-84.9%, ובשנת 2009 ירד נתח השוק מרף זה גם במגזר העסקי. ראו דוח הוט לשנת 2009, לעיל ה"ש 26, בעמ' 61–62. למרות זאת, כאמור, רק בשנת 2010 ניתן להוט האישור לשווק את סל ה"טריפל פליי".

34 ראו זיו "טריפל לבזק", לעיל ה"ש 30. וכן ראו גד פרץ "באיחור של שנתיים: בזק תמכור חבילות טריפל פליי – טלוויזיה, אינטרנט וטלפוניה" גלובס (11.5.2010) [www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000558947](http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000558947) (להלן: פרץ "באיחור של שנתיים").

זה נושק נתח השוק של בזק במגזר הפרטי ל-70%, ובמגזר העסקי ירד נתח השוק שלה אל מתחת ל-35.85%

נוסף על הגנות הינוקא המפורטות לעיל ואשר בהן עוסק מאמר זה יושם גם הסדר של "Bill & Keep" לטובתה של הוט,<sup>36</sup> אשר משמעותו ביטול תשלום דמי קישוריות בין בזק להוט עד ליום 25 באוגוסט 2007.<sup>37</sup> כמו כן נאסר על בזק לספק שירותי טלפוניה באמצעות שירות גישה רחבת פס, המכונה VOB, כל עוד נתח השוק שלה בתחום הטלפוניה הפנים-ארצית הנייחת במגזר לקוחות מסוים (פרטי או עסקי) עולה על 38.85%.<sup>38</sup> בשל ירידת נתח השוק של בזק אל מתחת לרף זה ניתן לה על ידי משרד התקשורת רישיון לאספקת שירותי VOB – בפברואר 2009 לשוק הפרטי, ובדצמבר 2009 לשוק העסקי.<sup>39</sup> כפי שכבר צוין לעיל, מפאת קוצר היריעה לא ידון מאמר זה בהרחבה בסוגי הגנות הינוקא שהוזכרו בפסקה זו.

נכון לסוף שנת 2009 החזיקה בזק בנתח שוק של 78% משוק הטלפוניה הקווית (ונכון לאמצע 2010 נושק נתח השוק שלה ל-70%, כאמור לעיל); הוט החזיקה ב-16% (ונכון לסוף שנת 2009 החזיקה בכ-562 אלף מנויים);<sup>40</sup> סמייל החזיקה ב-4%; בזק בינלאומי, נטוויזין ופרטנר החזיקו בכשני אחוזים.<sup>41</sup>

### 3. פתיחת שוק הטלפוניה הבין-לאומי לתחרות

בזק בינלאומי, שהיא כאמור חברת בת בבעלות מלאה של בזק, החלה לפעול בתאריך 1.6.1996 כספקית הבלעדית של שירותי טלפוניה בין-לאומיים, ומעמדה זה נשמר עד

35 ראו שם.

36 ראו לעיל ה"ש 11.

37 ראו תקנות התקשורת (בזק ושידורים) (תמלוגים) (הוראת שעה), התשס"ז-2007, ק"ת 6609, וכן דוח הוט לשנת 2007, לעיל ה"ש 11, בעמ' 64.

38 דוח הוט לשנת 2009, לעיל ה"ש 26, בעמ' 61.

39 הרישיון הוענק למעשה לבי.איי.פי – פתרונות תקשורת, שהיא תאגיד בבעלות בזק בינלאומי. ראו משרד התקשורת הודעה לתקשורת – התחרות בטלפוניה הנייחת מתרחבת (8.2.2009) [www.moc.gov.il/sip\\_storage/FILES/8/1608.pdf](http://www.moc.gov.il/sip_storage/FILES/8/1608.pdf) לעניין רישיון לשוק הפרטי, וכן משרד התקשורת הודעה לתקשורת – משרד התקשורת יאפשר לחברת הבת של בזק בינלאומי לספק שירותי VOB, באמצעות מודם כבלים ומודם ADSL גם למגזר העסקי וכן לספק שירותי שיחה בחיוב מופצל (1-700) (30.12.2009) [www.moc.gov.il/sip\\_storage/FILES/3/1933.pdf](http://www.moc.gov.il/sip_storage/FILES/3/1933.pdf) לעניין רישיון לשוק העסקי. כן ראו דוח הוט לשנת 2009, לעיל ה"ש 26, בעמ' 65. יצוין כי באוגוסט 2007 דחה משרד התקשורת את בקשתה של הוט לרישיון לאספקת שירותי VOB, אך זאת בשל התנאים שהציבה הוט לאספקת השירות. שם, בעמ' 67.

40 שם, בעמ' 40.

41 גילעד נס "ראיון 'כלכליסט' – מנכ"ל משרד התקשורת: 'השנה בזק תפסיק לקנא בחברות הסלולר'" כלכליסט (1.3.2010) [www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3393948,00.html](http://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3393948,00.html)

לתאריך 8.7.1997. באוקטובר 1995 פרסם משרד התקשורת מכרז להענקת שני רישיונות נוספים לאספקת שירותי טלפוניה בין-לאומיים. במכרז נדרשו המציעים להתחייב לרשימת תעריפים לצרכן, וככל שהתעריפים היו נמוכים יותר, כך זכתה ההצעה לניקוד גבוה יותר. בסוף שנת 1996 פורסמו שתי החברות הזוכות במכרז: "קווי זהב" ו"ברק" והן החלו לפעול ביולי 1997.

כצעד משלים לפתיחת שוק הטלפוניה הבין-לאומי לתחרות תיקנה הממשלה את חוק הבזק באופן שהוענקה סמכות לשרת התקשורת (בהסכמת שר האוצר ומטעמים של קידום התחרות בתחום הבזק) לקבוע לבעל רישיון פלוני תעריפים מרביים או מזעריים לפרק זמן מוגדר.<sup>42</sup> מטרת התיקון לחוק הבזק הייתה להגביל את מחיריהן המרביים של הזכייניות החדשות מחד (לפי התעריפים שעליהם התחייבו בהצעותיהן במכרז), ולהגביל את יכולתה של בזק בינלאומי להוריד מחירים באופן שיפגע בזכייניות החדשות מאידך. עם כניסתן של שתי הזכייניות החדשות לשוק ירד המחיר בשיעור ניכר של כ-70%. בזק בינלאומי אף ביקשה להזויל את מחיריה בשיעור גדול יותר – של כ-80% – אך נתקלה בהתנגדותה של שרת התקשורת שחששה שהזולה בשיעור זה מצדה של בזק בינלאומי תפגע ביכולת הזכייניות החדשות להתבסס בשוק.<sup>43</sup> בעקבות הירידה הדרסטית בתעריפים גדלה במידה ניכרת תנועת השיחות הבין-לאומיות היוצאות, ונתח השוק של בזק בינלאומי נפל בתוך חודשים ספורים אל מתחת ל-60%. עם ירידתה של בזק בינלאומי אל מתחת לסף זה הסתיים משטר הפיקוח על תעריפי המינימום שלה.<sup>44</sup> הגנת הינוקא אשר הגבילה את יכולתה של בזק בינלאומי להתחרות בזכייניות החדשות הייתה בעלת משמעות כלכלית זניחה למדי, שכן בסופו של דבר הותר לבזק בינלאומי להזויל את תעריפיה במידה ניכרת (הגם שלא בהיקף המלא שבו הייתה מעוניינת), והמגבלה נשארה בתוקף לפרק זמן קצר בלבד.<sup>45</sup>

## ב. יישום הגנת הינוקא בראי פסיקת בג"ץ

הטענה העיקרית העולה נגד היישומים השונים להגנת הינוקא בעתירות שונות בפני בג"ץ היא כי ההגנה פוגעת בזכויות יסוד של היצרן הדומיננטי: היא פוגעת בזכות לשוויון,

42 ראו ס' 15(ג) לחוק הבזק, שהוסף בחוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 16), התשנ"ז-1997.

43 ראו תיאור העובדות בבש"א (מחוזי ת"א) 9396/97 (ת"א 913/97) קו מחשבה בע"מ נ' בזק בינלאומי בע"מ, פס' 3 לפסק הדין (פורסם בנבו, 8.8.1999).

44 הוועדה להסדרת תעריפי חברת בזק דין וחשבון 2-3 (1998) [www.moc.gov.il/sip\\_storage/FILES/9/579.pdf](http://www.moc.gov.il/sip_storage/FILES/9/579.pdf).

45 בשל כך בין היתר עתרה קווי זהב נגד שרת התקשורת, וראו בג"ץ 5530/97 קווי זהב ושירותי תקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת (פורסם בנבו, 22.9.1997), עתירה שנמחקה לבקשת העותרת בתאריך 16.3.1999.

פוגעת בקניין ובחופש העיסוק. פרק זה יסקור את עמדתו של בג"ץ בהקשר זה. הסקירה תכלול גם עתירות שנושאן הגנות ינוקא שאינן כלולות בבחינתו של מאמר זה, מכיוון שבג"ץ לא יצר בפסיקתו הבחנה בין הגנות הינוקא השונות.

חברות הכבלים (בטרם התמזגו להוט) עתרו לבג"ץ נגד יישום הגנת הינוקא על ידי מועצת הכבלים והלוויין בשוק הטלוויזיה הרב-ערוצית עם כניסתה של Yes לשוק. העתירה התבססה בין היתר על הטענה שיישום ההגנה פוגע בחופש העיסוק של חברות הכבלים בניגוד להוראות חוק-יסוד: חופש העיסוק. זאת על פי טענתן של חברות הכבלים, מכיוון שההחלטה נתקבלה משיקולים זרים, קרי קידום התחרות, ובסתירה לחוות דעתו של הממונה על ההגבלים העסקיים, אשר תמך בתקופת הגבלה קצרה יותר.<sup>46</sup>

בג"ץ דחה את העתירה ופסק כי הפגיעה שחברות הכבלים טוענות לה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה שבסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.<sup>47</sup> משמע שההחלטה נתקבלה בסמכות; היא הולמת את ערכי המדינה; היא באה לשרת את רווחת החברה על ידי פתיחת השוק לתחרות, ועל כן תכליתה ראויה. לעניין דרישת המידתיות פסק בג"ץ כי על פי הנתונים שהוצגו בפניו ועל פי עמדתו של הממונה על ההגבלים העסקיים, ראוי במקרה הנדון להפעיל רגולציה לשם פתיחת השוק לתחרות, כדי לקדם שוויון מהותי בין Yes לחברות הכבלים (שכבר פעלו בשוק במועד הרלוונטי זה כעשר שנים והחזיקו בכ-1,100,000 מנויים), שיושג רק אם ל-Yes יינתן יתרון כלשהו בתחילת דרכה. על כן נקבע שהאיסור שהוטל על חברות הכבלים הוא מידתי. אמנם הממונה על ההגבלים העסקיים סבר כי לצורך פתיחת השוק לתחרות די יהיה בהגבלה לתקופה של שישה חודשים או עד שתצבור 100,000 Yes מנויים, אך למול חוות דעת זו עמדו חוות דעת אחרות שתמכו בהארכת משכה של ההגבלה. לעניין זה פסק בג"ץ כי מתחם המידתיות הוא רחב יחסית, וכי החלטת המועצה אינה חורגת ממנו, ועל כן אין יסוד להתערב בהחלטתה.<sup>48</sup>

בג"ץ חזר על עמדתו זו כאשר דן בעתירה שהגישו זכייניות הערוץ השני נגד הטבות שהוענקו לזכייניות הערוץ החדש (הידוע בכינוי "ערוץ 10") כהגנת ינוקא.<sup>49</sup> טענת העותרות הייתה כי התיקון לחוק הרשות השנייה (אשר בו נקבעו הטבות לזכייניות הערוץ החדש) אינו חוקתי מכיוון שהוא פוגע בחופש העיסוק ובזכות הקניין שלהן וכן בעקרון השוויון.<sup>50</sup> בג"ץ פסק כי אף על פי שיתכן שהיתרונות שהוענקו לזכייניות הערוץ

46 ראו בג"ץ ערוצי זהב, לעיל ה"ש 17, בעמ' 428.

47 ס"ח התשנ"ד 90.

48 ראו בג"ץ ערוצי זהב, לעיל ה"ש 17, בעמ' 429-432.

49 ראו בג"ץ 4915/00 רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד(5) 451 (2000) (להלן: עניין רשת).

50 שם, בעמ' 460. נוסף על הטענות בדבר מתן היתרון הזמני לערוץ החדש טענו הזכייניות העותרות נגד חוסר השוויון המבני שנקבע בתיקון לחוק הרשות השנייה. לטענת הזכייניות העותרות, זכייני הערוץ

החדש יפגעו בזכויות היסוד של זכייניות הערוץ השני, פגיעה זו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה של חוק-יסוד: חופש העיסוק.<sup>51</sup> המחוקק, כך פסק בג"ץ, ביקש לקדם את התחרות בשוק התקשורת, ליצור חלופות תרבותיות ולבזר את השליטה באמצעי התקשורת, אך חשש שבשל מעמדו המונופוליסטי של הערוץ השני לא יוכל הערוץ החדש להתחרות בתקופת פעילותו הראשונה.<sup>52</sup> בג"ץ דחה את טענת העותרות בדבר פגיעה בשוויון, שכן לדידו "שוני מהותי מתקיים בין זכין מבוסס בשוק ובין מתחרה חדש בענף התקשורת, והענקת יחס שונה אליהם בתקופת תחילת פעולתו של המתחרה החדש אינה אלא מימוש השוויון המהותי".<sup>53</sup>

המקרה הבולט שבו בג"ץ קיבל עתירה שהוגשה נגד יישום הגנת ינוקא התרחש בשוק התחבורה הציבורית במועד פתיחתו לתחרות. בשנת 1997 החליטה הממשלה לפתוח את ענף התחבורה הציבורית לתחרות. לפיכך פרסם משרד התחבורה מכרז בשנת 1998, ובו הוזמנו הצעות להפעלת עשרים ושניים קווי שירות לתחבורה באוטובוסים, אך נאסר בו על אגד, דן או על כל תאגיד הקשור אליהם להגיש הצעות להשתתפות במכרז.<sup>54</sup> אגד עתרה לבג"ץ בטענה שהממשלה פרסמה את המכרז בטרם גיבשה מדיניות כוללת להסדרת ענף התחבורה הציבורית, ולכן אי אפשר לדעת כלל אם המכרז יקדם את המטרה

החדש ייצאו במצב תחרותי עדיף בשל הקלת התנאים שממנה ייהנו ובשל תקופת הזיכיון הארוכה יותר (שמונה שנים למול השנתיים שנותרו לזיכיון הערוץ השני), אשר תעניק להם יתרון רב בכל הקשור "[ל]גורמי הייצור, ספקי תוכן, מפיצים, מפרסמים, כוכבי בידור ועוד". שם, בעמ' 462. כמו כן בערוץ החדש היו צפויות להיבחר שתי זכייניות, והערוץ השני הופעל בתקופה הנדונה על ידי שלוש זכייניות. בכך, נטען, הוקנה לזכייניות הערוץ החדש יתרון רב בשל זמן שידור שבועי רב יותר בכ-50%, והן זכו ל"גמישות תפעולית בקביעת לוח השידורים, כוח מיקוח מול גורמי הייצור ומפרסמים ויתרון לגודל". שם. טענות אלו חורגות מתחומו של מאמר זה, ועל כן לא יורחב עליהן הדיבור.

51 ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

52 בעניין זה פסק בית המשפט בעניין רשת, לעיל ה"ש 49, בעמ' 468 כי: "כאשר בחינת תנאי השוק תלמד שמעמדו של המתחרה הפועל בענף הינו כה מבוסס עד אשר לא תתאפשר תחרות בו בתנאים שווים, יש שיידרש המחוקק – או בעל הסמכות השלטונית הרלוונטית – להקנות יתרונות תחרותיים מסוימים למתחרה החדש. הקניית יתרונות לינוקא מחויבת היא לשם יצירתה של תחרות אמיתית בענף. לעתים היתרונות התחרותיים ימצאו ביטויים בהקניית יתרונות לתקופה מוגבלת למתחרה החדש ולעתים ימצאו ביטויים בהטלת מגבלות על המתחרה המבוסס שאינן מנת חלקו של המתחרה החדש. כל עוד ניתנים היתרונות למתחרה החדש על יסוד מצע עובדתי איתן שמלמד על הצורך בהקנייתם לשם פתיחת השוק לתחרות, וניתנים הם במידה שאינה עולה על הנדרש, לא יתערב בית-המשפט".

53 שם, בעמ' 469. יש לציין כי בג"ץ לא פירט בפסק דינו אם הפגיעה בזכות הקניין של העותרות עומדת בתנאי פסקת ההגבלה של חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.

54 לתיאור העובדתי ראו עניין אגד, לעיל ה"ש 12, בעמ' 707.

שאותה אמורה הממשלה לגבש.<sup>55</sup> עוד טענה אגד כי האיסור שהושת עליה להשתתף במכרז מפלה אותה לרעה ופוגע ללא כל הצדקה בחופש העיסוק שלה. כל זאת כאשר מטרת המכרז היא לבחור במפעיל אחד לכל קו שירות, שהוא "שוק נפרד", ולכן המכרז מוביל לתחרות "על השוק", והוא אינו מעודד "תחרות בתוך השוק". במצב דברים זה הייתה אגד עשויה להגיש את ההצעה הטובה והזולה מכולן, ובכך היה כדי להיטיב עם ציבור הצרכנים.<sup>56</sup>

בג"ץ קיבל את העתירה והורה על ביטול המכרז בצינו כי לא היה פוסל על הסף מתכונת של מכרז המוציא את אגד מן התחרות לו היה נוכח "שביסוד המכרז מונחת תכנית סדורה ובדוקה שמטרתה להביא, בתוך תקופה מוגדרת, לרפורמה אמיתית בתחבורה הציבורית". על התכנית להיות "מפורטת, שעקרונותיה ומרכיביה היסודיים גלויים וידועים והמתווה שיטת ביצוע מחושבת ולוח זמנים מוגדר". כאמור לעיל, תכנית שכזו לא הוצגה על ידי משרד התחבורה.<sup>57</sup> כלומר, בג"ץ בחר להתערב ולפסול את יישומה של הגנת הינוקא מפני שעל פני הדברים לא נראָה שהגנת הינוקא האמורה תוביל לקידום התחרות בענף אלא לפגיעה ביצרן הדומיננטי, וייתכן שאף בצרכנים (בכך שנותני שירות מובילים נגרעים מן המכרז).

לסיכום פרק זה: בג"ץ מכיר בהחלט באפשרות שיישום הגנות הינוקא השונות עשוי לפגוע בזכויות יסוד מוגנות של היצרנים הדומיננטיים ובעיקר בחופש העיסוק ובזכות לקבלת יחס שוויוני מהרשויות. אך כל עוד יתרשם בג"ץ כי הרשות גיבשה תכנית סדורה ובדוקה שמטרתה להוביל לקיומה של תחרות בשווקים, הוא יעניק לה שיקול דעת רחב. במילים אחרות, בג"ץ מכיר בקיומו של מתחם רחב של סבירות ומידתיות, ונטייתו תהיה לכבד את שיקול דעתה של הרשות מבלי שהוא יבחן וינתח בעצמו את השיקולים ואת הנתונים הכלכליים שעמדו בבסיס החלטתה של הרשות למול עמדות נוגדות. בג"ץ יתערב במקום שבו הרשות תפגע בזכויותיהם של יצרנים דומיננטיים, ולא תעמוד מאחורי פגיעה זו שום תכנית סדורה ובדוקה לקידום התחרות. למעשה הדיון בבג"ץ התרכז עד כה בפגיעה בזכויות היסוד של היצרנים הדומיננטיים ופחות מכך בפגיעה האפשרית בציבור הצרכנים. רק בעתירה בעניין אגד,<sup>58</sup> שבה היה ברור שהגנת הינוקא איננה צפויה לעודד כלל "תחרות בתוך השוק" ולכן לא תהיה לה תרומה לציבור הצרכנים, ניאות בג"ץ להתערב נגד יישום ההגנה. במאמר זה מושם הדגש בפגיעה האפשרית בציבור הצרכנים ובשוק בכללותו בעקבות יישום ההגנה, וכבר אקדים ואומר שרצוי שבג"ץ יבחן אפשרות זו בשים לב ויעמוד על כך שההגנה תיושם רק אם יוכל הרגולטור לשכנע כי אכן תועלתה למשק עולה על נזקיה כפי שיפורט בהרחבה להלן.

55 שם, בעמ' 711.

56 שם.

57 שם, בעמ' 713-714.

58 שם.



### ג. בחינה כלכלית של תוצאותיה הצפויות של הגנת הינוקא המגבילה את יכולתו של היצרן הדומיננטי להתחרות – דיון כללי

פרק זה יציג ניתוח כלכלי כללי ליישומה של הגנת ינוקא המגבילה את יכולתו של היצרן הדומיננטי להתחרות ביצרן החדש. הבחינה תתמקד בשני היישומים האפשריים של הגנת ינוקא זו: הגבלה על יכולתו של היצרן הדומיננטי להוריד מחירים נוכח הכניסה והגבלה על יכולתו של היצרן הדומיננטי לשפר את איכות המוצר נוכח הכניסה או להציג מוצר חדש. ניתוח זה ילמד כי יישום ההגנה כרוך בעלויות, הפסדים ונזקים כלכליים ודאיים, ממשיים ובעלי משקל מחד, וכי התועלת הכלכלית שעשויה הגנת הינוקא להניב רחוקה מלהיות ודאית וככל שתתממש תהיה קרוב לוודאי מוגבלת בלבד מאידך. חשוב להדגיש כי השיקולים והמטרות הכלכליים אינם בהכרח בלעדיים, וכי ייתכן בהחלט שבמקרים מסוימים יתווספו להם שיקולים חשובים אחרים. למשל, בשוק הטלוויזיה המסחרית עת נשקלה האפשרות להעניק הגנת ינוקא (אם כי יש לציין כי הגנת הינוקא שיושמה איננה אחת מן ההגנות שהן מושא מאמר זה) לערוץ 10 נשקלו בין היתר גם שיקולים של הרחבת מגוון הדעות והעמדת פלטפורמה תקשורתית נוספת לשם ביזור שוק התקשורת ומניעת שליטה של מעטים בו.<sup>59</sup> מטרה זו, שבמהותה איננה מטרה כלכלית (אף על פי שכמובן יש לה נפקויות כלכליות), היא בעלת ערך רב בביצור המבנה הדמוקרטי של המשטר בישראל. מאמר זה איננו מתעלם מן האפשרות שלהגנת הינוקא תהיינה מטרות נוספות פרט למטרה הכלכלית. מטרת המאמר היא להראות שספק אם יישום הגנת הינוקא מושא מאמר זה רצוי מבחינת תוצאותיה הכלכליות, ויש להביא זאת בחשבון כאשר נשקל יישומה בשווקים. אם קיימת מטרה חשובה אחרת שאותה הגנת הינוקא עשויה לקדם, ייתכן שבכך יהיה כדי להצדיק את יישומה למרות חסרונותיה הכלכליים, אם כי עדיין על מקבל ההחלטה להיות מודע לאותם החסרונות. לעומת זאת במקום שבו השיקול הכלכלי הוא הבלעדי, או לכל הפחות העיקרי לשאלת יישום ההגנה, הרי שככלל הניתוח הכלכלי שיוצג להלן מעיד שבמרבית התרחישים האפשריים יש להימנע מכלל יישום זה.

#### 1. ניתוח כלכלי – דיון מקדמי

(א) אימתי תהיה ההתערבות הרגולטורית בשווקים רצויה?  
הנחת המוצא במשטרים הדוגלים ברעיון השוק החופשי<sup>60</sup> היא כי כל פרט ופרט, בין שמדובר ביצרן, צרכן, עובד או ספק אשראי, זכאי לקבל באופן עצמאי את ההחלטות

59 ראו לעיל ה"ש 10.

60 ומאמר זה מתבסס על הנחת המוצא שלפיה בהיעדר כשלי שוק שווקים חופשיים מניבים תועלת מצרפית רבה יותר מכל משטר כלכלי אחר, ועל הנחה זו מבוססת גם כל מדיניות ההפרטה והניסיון לעודד תחרות, בין היתר באמצעות יישום הגנות ינוקא למיניהן.

הנוגעות לו ולפועלו. מובן שבכל משטר כלכלי מודרני יש גם מעורבות, הסדרה ופיקוח רגולטוריים לפחות בכל הנוגע לחלקן של ההחלטות המתקבלות על ידי הגורמים הפרטיים.<sup>61</sup> עם זאת בתוך אותה מסגרת רגולטורית כללית רשאים הפרטים לקבל החלטות כראות עיניהם. למשל, פירמות יצרניות רשאיות להחליט אילו מוצרים לייצר, כמה לייצר, כמה משאבים להשקיע במחקר ובפיתוח, באילו תשומות להשתמש, מאילו ספקים לרכוש תשומות אלו, איזה מחיר לגבות בעבור מוצריהן וכדומה. עובדים רשאים להחליט באיזה עיסוק לבחור, וספקי האשראי רשאים לבחור למי להעמיד אשראי ובאילו תנאים לעשות זאת.<sup>62</sup>

הרגולציה הכלכלית נועדה בעיקרה להסדיר את פועלם של השווקים היצרניים, והיא מתבטאת בין היתר באמצעות הטלת הגבלות על מחיר המוצר, הכמות המיוצרת, מספר היצרנים הפועלים בשוק ומאפייני האיכות של המוצר.<sup>63</sup> השאלה הנשאלת בהקשר זה, והרלוונטית לענייננו, היא אימתי רצוי שתוטל רגולציה כלכלית, כלומר מהן הנסיבות שעשויות להצדיק את התערבות הרגולטור בפעילותו החופשית של השוק.<sup>64</sup> בהתייחסותי לשאלה זו אני מבקש ליישם גישה נורמטיבית המכונה "Normative Positive"

61 למשל קיימים דיני העבודה המסדירים את זכויותיו הסוציאליות של העובד, הסדרת ענף הבנקאות, עריכת הדין, הרפואה, החשבונאות וכיוצא באלו הסדרים רגולטוריים.

62 W. KIP VISCUSI, JOSEPH E. HARRINGTON, JR. & JOHN M. VERNON, ECONOMICS OF REGULATION AND ANTITRUST 357 (4th ed. 2005).

63 שם, בעמ' 358.

64 יודגש שקיימת גישה מחקרית אחרת ומשלימה המנסה להעניק תשובה פוזיטיבית-אמפירית לשאלה אימתי מוטלת רגולציה על פעילות השוק. גישה זו מנסה לחקור ולגלות מהם הגורמים והנסיבות המובילים להתערבותו של הרגולטור מבלי לבחון את השאלה הנורמטיבית אימתי ראוי שהרגולטור יתערב. לדיון כללי בשתי הגישות, הפוזיטיבית-אמפירית והנורמטיבית, ראו שם, בעמ' 375-385. הגישה הפוזיטיבית-אמפירית נסמכת על תובנות הלקוחות מתחום ה-Public Choice, ולפיהן כל השחקנים המעורבים בתהליך קבלת הרגולציה מעוניינים בין היתר לקדם את האינטרסים הפרטיים שלהם תוך שהם חשופים בנוסף גם להטיות קוגניטיביות. למשל יצרנים המעוניינים להגן על עסקיהם מפני תחרות יפעילו שדולה לשם הקמת חסמי כניסה רגולטוריים לשוק, ובמקרים שבהם הרגולציה פוגעת בהם, הם ינסו להביא למיתונה או לגרום שתיושם באופן שיקטין את הפגיעה. בהליך עשויות להשתתף גם קבוצות המחזיקות באינטרסים המיוחדים להן, וככל שהקבוצות הללו קטנות והרווח או ההפסד הצפויים להיגרם ליחידיהן ניכר, כך יעלה התמריץ של כל אחד ואחת מיחידיהן להשתתף בהליך לשם קידום האינטרס הקבוצתי המשותף. לבסוף, חשוב לא פחות הוא האינטרס של הרגולטור מקבל ההחלטה. אותו רגולטור עשוי לפעול לפי האינטרס של התעשייה המפוקחת אם בכך הוא עשוי ליהנות מתמיכה כלכלית אשר תועיל לו בניסיונו להיבחר מחדש לתפקיד, אך לעומת זאת הרגולטור עשוי לקדם את האינטרס הציבורי, או את מה שנחזה כאינטרס הציבורי, אם בזכות זה יזכה להכרה ציבורית שעשויה להועיל לו בהמשך דרכו. נוסף על האמור, הרגולטור חשוף להטיות קוגניטיביות כפי שאנו למדים מתורת ה-Behavioral Economics, והטיות אלה עשויות למנוע ממנו לקבל את ההחלטה הרצויה מבחינת טובת הציבור. לדיון תמציתי ראו להלן פרק ז.

"Theory" (או "NPT") הגורסת כי ראוי להשתמש בכלי הרגולציה כאשר ענף תעשייה מסוים מאופיין בקיומם של "כשלי שוק" שבגינם השוק החופשי והתחרות החופשית אינם מובילים לתוצאה אופטימלית מבחינתן של הרווחה והתועלת המצרפיות. עם זאת קיומו של כשל שוק אינו תנאי מספיק להצדקת ההתערבות הרגולטורית; ההתערבות תהיה מוצדקת רק אם יהיה ביכולתה לתקן את כשל השוק, או לכל הפחות לצמצם את נזקיו, וכל עוד עלויותיה תהיינה נמוכות מן התועלת שהיא מניבה. כאן ראוי להדגיש כי קיימים כשלי שוק שאין ביכולתנו לתקנם, ופעמים רבות ניסיון לעשות כן מוביל לגרימת נזקים והפסדים נוספים, ובכך יוצא שכרנו בהפסדנו.<sup>65</sup>

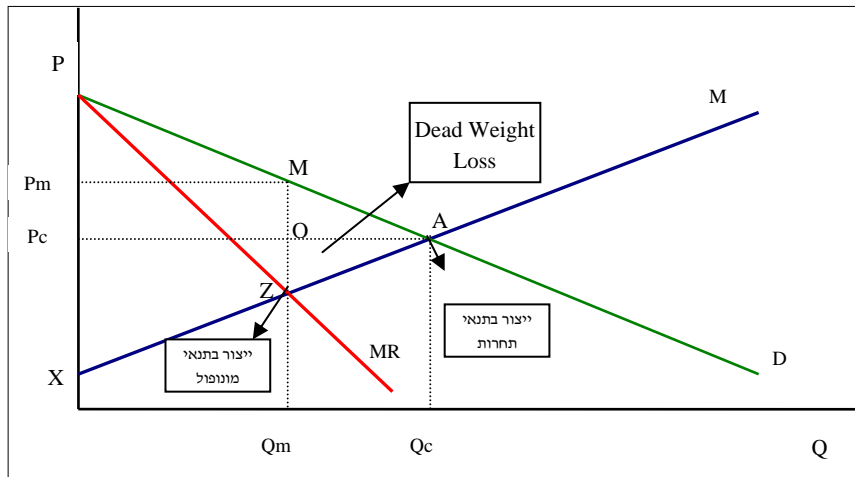
מאמר זה יתמקד בניתוח הנורמטיבי של סוגיית הגנת הינוקא המגבילה את יכולתו של היצרן הדומיננטי להתחרות וינסה לבחון אם ראוי ליישם הגנה זו. את השאלה מדוע, מבחינה פוזיטיבית-אמפירית, יושמה הגנת הינוקא במקרים שבהם יושמה אותיר למחקר פוזיטיבית-אמפירי עתידי, אם כי פרק ז' להלן יציג בקצרה כמה סיבות אפשריות לכך. בניתוח הנורמטיבי של שאלת יישומה של הגנת הינוקא אבחן אם הגנת הינוקא המגבילה את יכולתו של היצרן הדומיננטי להתחרות ביצרן החדש מובילה לפתרון כשל השוק המונופוליסטי-אוליגופוליסטי, שהוא כשל השוק הרלוונטי לענייננו כפי שארחיב להלן, או לכל הפחות לצמצום נזקיו, או שמא היא גורמת להפסד רווחה ותועלת מצרפי.

#### (ב) כשל השוק הרלוונטי לסוגיית הגנת הינוקא

כשל השוק הרלוונטי לענייננו הוא כשל השוק המונופוליסטי. כשל השוק המונופוליסטי בא לידי ביטוי בכך שבשוק מונופוליסטי היצרן מקטין את הכמות המיוצרת כדי להעלות את מחיר המוצר ובכך להגדיל את רווחיו, אך זאת תוך גרימת הפסד לציבור הצרכנים וכן תוך גרימת הפסד מצרפי לשוק. תרשים 1, המאפיין את דרך התמחור המונופוליסטית, ממחיש היטב את תופעת הפסד התועלת המצרפי בשוק מונופוליסטי לעומת התועלת המצרפית שמפיק הייצור בשוק תחרותי. הציר האנכי מייצג את העלייה במחיר (P); הציר האופקי מייצג את הגידול בכמות הייצור (Q); העקומה D מייצגת את הביקוש (Demand); העקומה MC מייצגת את עלויות הייצור השוליות (Marginal Cost); לבסוף העקומה MR מייצגת את הפדיון השולי (Marginal Revenue). בשוק תחרותי תיקבע הכמות המיוצרת בנקודה A, שהיא נקודת המפגש בין עקומת הביקוש לעקומת עלות הייצור השולית. לפיכך הכמות שתיוצר היא  $Q_c$ , והמחיר שייקבע יהיה  $P_c$ . במצב דברים זה תיוצג התועלת המצרפית של השוק על ידי שטח המשולש PAX, הכולל בתוכו את משולש הרווח הצרכני (משולש PPcA) ואת משולש הרווח היצרני (משולש PcXA). לעומת זאת בשוק מונופוליסטי תיקבע הכמות המיוצרת בנקודה Z, שהיא נקודת המפגש בין עקומת הפדיון השולי ובין עקומת עלות הייצור השולית. לפיכך הכמות שתיוצר היא  $Q_m$ , והמחיר שייקבע יהיה  $P_m$ . בשוק מונופוליסטי תיוצג התועלת המצרפית על ידי

שטח הטרפז PMZX (והתועלת הצרכנית תיוצג על ידי המשולש PPM, והתועלת היצרנית על ידי הטרפז PmMZ). מן התרשים אפשר להיווכח כי בשוק מונופוליסטי חל אבדן תועלת מצרפי הבא לידי ביטוי בשטח המשולש MZA, המכונה "Dead Weight Loss", המייצג למעשה את תוצאת כשל השוק המונופוליסטי.<sup>66</sup>

### תרשים 1



להפסד האמור, שמקובל לראות בו ההפסד העיקרי הנובע מכשל השוק המונופוליסטי, גלויים גם הפסדים והשלכות שליליות נוספים: האחד הוא הפסד החדשנות בשוק;<sup>67</sup>

66 להסבר מפורט בדבר כשל השוק המונופוליסטי ראו עדי אייל "הבסיס הכלכלי לדיני ההגבלים העסקיים" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך ראשון 111, 113–120 (מיכל שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008).

67 ההנחה היא כי לחץ התחרות בשוק תחרותי מדרבן את היצרנים השונים להשקיע במחקר ובפיתוח כדי להשיג יתרון על פני המתחרים, ואגב כך השוק מתחדש ומתייעל. בהקשר זה חשוב לציין שההנחה דלעיל לא זכתה לביסוס אמפירי מוצק, בין היתר מכיוון שגם למונופולים יש תמריץ להתייעל ולהתחדש, שכן בכך הם עשויים להגדיל את רווחיהם. יתר על כן, בתרחיש מסוימים התמריץ להתייעל קיים דווקא בשוק מונופוליסטי, והוא איננו קיים בשוק תחרותי. למשל כאשר השקעה בהתחדשות ובהתייעלות ניתנת לחיקוי על ידי המתחרים בעלויות נמוכות, תיווצר בעיית טרמפיסט בשוק תחרותי שלפיה לא ישתלם ליצרנים להשקיע במחקר ובפיתוח המקוריים, שעלותם גבוהה, אלא להמתין שאחד המתחרים ישקיע את המשאבים ואז לחקות בזול את המוצר החדש. בעיה שכזו לא תהיה קיימת בשוק מונופוליסטי, מכיוון שהיצרן המונופוליסטי שישקיע בחידוש יהיה היחיד שיהנה ממנו בהיעדר מתחרים שיחכו את המוצר החדש. בנוסף יש השקעות במחקר ובפיתוח

השני הוא הפסד בתועלת החלוקתית הנובע מכך שנוסף על הקטנתו של המונופול את התועלת המצרפית הוא גם גוזל חלק מהתועלת הצרכנית ומעבירה לידי (כפי שאפשר לראות בתרשים 1, המלבן PmPcOM שמייצג חלק מהתועלת הצרכנית בשוק תחרותי הפך להיות חלק מהרווח היצרני כאשר השוק מונופוליסטי);<sup>68</sup> השלישי הוא אבדן האפשרות לגיוון במוצרים; הרביעי נובע מן החשש להיווצרות מוקדי כוח כלכליים ופוליטיים בידיהם של היצרנים המונופוליסטיים.<sup>69</sup>

שהן כה יקרות, עד שהן עשויות להיות כדאיות רק ליצרן בעל בסיס לקוחות הכולל את כלל צרכנים. לדין כללי ראו VISCUSI ET AL., לעיל ה"ש 62, בעמ' 88–89. למקורות הגורסים כי שווקים מונופוליסטיים נוטים ליתר חדשנות ראו JOSEPH A. SCHUMPETER, CAPITALISM, SOCIALISM AND DEMOCRACY 87–106 (3rd ed. 1950); WILLIAM L. BALDWIN & JOHN T. SCOTT, MARKET STRUCTURE AND TECHNOLOGICAL CHANGE 1–4 (1987); Richard Gilbert & Steven Sunshine, *Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: The Use of Innovation Markets*, 63 ANTITRUST L.J. 569, 574–576 (1995). למקורות התומכים בטענה ההפוכה ראו Kenneth J. Arrow, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in ESSAYS IN THE THEORY OF RISK-BEARING 144 (3rd ed. 1976); F.M. SCHERER & DAVID ROSS, INDUSTRIAL MARKET STRUCTURE AND ECONOMIC PERFORMANCE 660 (3rd ed. 1990); Frederic M. Scherer, *Antitrust, Efficiency, and Progress*, in REVITALIZING ANTITRUST IN ITS SECOND CENTURY 130, 148 (Harry First, Eleanor M. Fox & Robert Pitofsky eds., 1991). רק לשם ההמחשה אפשר לציין שני מקרים מנוגדים לעניין הקשר בין מידת תחרות להתחדשות: כניסתה של Yes לשוק הטלוויזיה הרב-ערוצית הביאה להאצת ולהגדלת השקעותיהן של חברות הכבלים בשיפור ובשדרוג תשתיותיהן (וראו הוועדה לגיבוש מדיניות וכללים לפתיחת התחרות בתחום התקשורת הנייחת דין וחשבון 24 (2002) של בזק בתחום תשתית התקשורת הנייחת קטנו משמעותית עם כניסת הוט לשוק (וראו דוח ועדת גרונאו, לעיל ה"ש 30, בעמ' 29, אם כי חשוב להדגיש בהקשר זה שייתכן שהקיטון בהשקעותיה של בזק לא נבע רק מהפיכתו של השוק לתחרותי יותר).

68 ההפסד החלוקתי מתבסס על ההנחה כי קיימת תועלת שולית פוחתת לכסף, ולכן התועלת שיפיק המונופול העשיר מן הרווח שהועבר לידי מן הצרכנים תהיה פחותה מן התועלת שהיו מפיקים ממנו הצרכנים.

69 כאשר ישנם מלומדים המחזיקים בדעה שחשש זה מופרז מכיוון שקיימים גורמים רבים בעלי כוח פוליטי גם אם אינם מחזיקים בהכרח בעצמה כלכלית (וקיימות דוגמאות רבות לכך, כגון השדולה החקלאית שהיא בעלת עצמה רבה במדינות מערביות רבות אף על פי שאין היא מחזיקה בעצמה כלכלית יוצאת דופן). כמו כן קיימות דוגמאות למקרים רבים שבהם הכוח הכלכלי והפוליטי של גורמים דומיננטיים לא עמד להם למול החלטות רגולטוריות, ועצם יישום הגנות הינוקא הוא דוגמה לכך (קיימות כמובן דוגמאות רבות נוספות כגון רפורמת בכר בשוק ההון, הרגולציה הענפה שמופעלת בשוק התקשורת, וכן לאחרונה הרגולציה בשוק תגליות האנרגיה). כמו כן נטען שכוח כלכלי ופוליטי, ככל שהוא מאפיין יצרנים מונופוליסטיים, מוחזק על ידיהם בשל כוחם הכלכלי ולא בשל כוחם המונופוליסטי (יצרן השווה מיליארדים יהיה בעל כוח גם אם הוא פועל בשוק תחרותי,

כשל השוק האוליגופולי גם הוא רלוונטי לענייננו, והוא למעשה גרסה מרוככת של כשל השוק המונופוליסטי. בשוק אוליגופולי שבו מספר מצומצם של מתחרים עשוי להיווצר מצב של שיתוף פעולה בין היצרנים שיוביל לצמצום הכמות המיוצרת, ובכך להעלאת מחיר המוצר ורווחי היצרנים על חשבון ציבור הצרכנים והרווחה המצרפית.<sup>70</sup> כניסה של יצרנים חדשים לשוק מונופוליסטי או לשוק אוליגופוליסטי תיצור תחרות או תעצים אותה ובכך תפתור את כשל השוק, או לכל הפחות תצמצם את נזקיו.<sup>71</sup> זוהי למעשה מטרתה של הגנת הינוקא – לעודד כניסת יצרנים חדשים לשווקים מונופוליסטיים או אוליגופוליסטיים ולאפשר להם להתמודד בתחרות עם היצרן או היצרנים הדומיננטיים.

כאמור לעיל, כשל השוק המונופוליסטי-אוליגופוליסטי הוא כשל השוק היסודי והעיקרי שעומד בבסיס יישום הגנות הינוקא השונות. עם זאת עשויים להתקיים כשלי שוק או מאפייני שוק אחרים ומשלימים שאִתם נועדו הגנות ינוקא מסוימות להתמודד.<sup>72</sup>

ולעומת זאת יצרן מונופוליסטי הפועל בשוק קטן ואשר שוויו אינו ניכר כנראה לא יחזיק בכוח כלכלי-פוליטי – ולמעשה אותם יצרנים יהיו בעלי כוח כלכלי רב גם אם יפעלו בשוק תחרותי יותר. להתייחסות כללית ראו למשל ROBERT H. BORK, THE ANTITRUST PARADOX: A POLICY AT WAR WITH ITSELF 54–55 (1978; rev. ed. 1993).

70 לתיאור דרך פעולתם של שווקים אוליגופוליסטיים ראו Guy Sagi, *The Oligopolistic Pricing Problem: A Suggested Price Freeze Remedy*, 2008 COLUM. BUS. L. REV. 269, 272–286 (2008). כשלי שוק ידועים אחרים שאינם קשורים בהכרח לסוגיה המונופוליסטית-אוליגופוליסטית נגרמים עקב החצנה כלכלית חיובית ושלילית. החצנה כלכלית שלילית מתקיימת בדרך כלל כאשר נרקמת עסקה בין שני שחקנים בשוק הכלכלי, יצרן וצרכן לצורך העניין, ובה הצרכן רוכש את המוצר מן היצרן במחיר מסוים, אך למוצר או לשימוש במוצר יש עלות נוספת, שבה נושא צד שלישי שאינו מעורב בעסקה. נניח לדוגמה שיצרן מייצר מוצר מסוים תוך גרימת זיהום סביבתי ואיננו נושא בעלות הניקוי הסביבתי, ועל כן עלות הניקוי לא תשוקלל למחיר המוצר לצרכן אלא תוטל על הציבור בכללותו. בשל כך עלול ייצור המוצר להוביל לתוצאה בלתי יעילה שלפיה כלל העלויות הכרוכות בייצור המוצר ובשימוש עולות על התועלת המופקת ממנו, ועדיין בשוק חופשי יהיה כדאי ליצרן ולצרכן האמורים לממש את העסקה שתניב להם רווח באופן אישי. החצנה כלכלית חיובית עשויה ליצור "בעיית טרמפיסט", הבאה לידי ביטוי למשל בשווקים שבהם אי אפשר להגן על השקעה במחקר ובפיתוח. בשוק שכזה יצרן שישקיע בפיתוח מוצר או בייעול הליך ייצור יגלה שמתחריו מעתיקים את הפיתוח ולאחר וללא שנשאו בעלויות הכרוכות בכך, ועל כן תחת שיזכה ביתרון על פניהם הוא עלול להימצא בחיסרון. לכן בשוק שכזה לא יהיה כדאי להשקיע בפיתוח ובייעול, וכך גם עשויה להיפגע הרווחה המצרפית.

71 למידת השפעתה וחשיבותה של כניסה לשווקים ראו PHILLIP E. AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, ANTITRUST LAW: AN ANALYSIS OF ANTITRUST PRINCIPLES AND THEIR APPLICATION ¶112b, ¶ 420b (2nd ed. 2002).

72 וכאן יש לציין, כפי שנראה בהמשך הדברים, כי הגנות הינוקא שהן בבסיס מאמר זה לא נועדו להתמודד עם כשלי השוק האחרים אלא רק עם כשל השוק המונופוליסטי-אוליגופוליסטי.

כוונתי היא לכשלי שוק או למאפייני שוק העשויים למנוע כניסה חדשה לשוק ובכך להותיר את הכשל המונופוליסטי בעינו. יש להבהיר בהקשר זה כי שווקים רבים מאופיינים בחסמי כניסה, שהם גורמים העשויים להקשות על כניסה חדשה לשוק, כגון עלויות הקמת אמצעי הייצור, יצירת מוניטין, עלויות מעבר, צורך בקבלת רישיון או זיכיון מאת הרגולטור וכדומה. חשוב להדגיש כי חסמי כניסה כשלעצמם אינם מהווים כשל שוק כל עוד מדובר בחסמי כניסה אובייקטיביים וראליים (למשל הצורך לבנות מפעל, לגייס עובדים, ליצור מוניטין, לרכוש מכונות, ידע, לשאת בעלויות המעבר של לקוחות מן היצרן הדומיננטי ליצרן החדש וכדומה). עם זאת עשויים להתקיים מקרים מיוחדים שבהם יצרן חדש השוקל כניסה לשוק מסוים עלול להיקלע לדוגמה למצב שבו עליו להתגבר על חסמי כניסה שלמעשה היצרן הדומיננטי הקיים הוא האחראי להיווצרותם. מקרה שכזה התעורר עם פתיחת שוק הטלפוניה הקווית לתחרות. בשוק הטלפוניה, כאשר קיים יותר מספק שירות אחד, מתבצע תשלום המכונה "דמי קישוריות" כל אימת שלקוח של ספק שירות אחד מתקשר ללקוח של ספק שירות אחר. התשלום הוא בגין הקישור של הצרכן המתקשר אל הרשת הנפרדת של ספק השירות של הצרכן שאליו מתבצעת השיחה. כאשר שני מפעילים בעלי נתח שוק דומה מתחרים בשוק טלפוניה, קיים איזון בין השיחות הנכנסות מכל מפעיל אל משנהו, אולם במצב שבו קיים מפעיל חדש המחזיק בתחילת דרכו במאגר לקוחות מצומצם, מרבית השיחות של לקוחות המפעיל החדש תבצענה אל לקוחות המפעיל המבוסס. במצב דברים זה המפעיל המבוסס יגבה את חלקם הארי של דמי הקישוריות, ועובדה זו תטיל נטל כבד על המפעיל החדש ועל לקוחותיו. על כן יוכל היצרן הדומיננטי לקבוע תעריף גבוה מאוד כדמי קישוריות לרשת שלו ובכך למעשה להעלות בהרבה את העלויות שבהן יצטרכו לעמוד לקוחות היצרן החדש, וזאת מבלי לפגוע כמעט בכלל בלקוחותיו שלו. כך למעשה יכול היצרן הדומיננטי למנוע כניסה של יצרן חדש לשוק. בהקשר זה למשל נהנתה הוט עם כניסתה לשוק הטלפוניה הקווית מהגנת ינוקא למשך תקופה מוגדרת בהסדר המכונה "Bill & Keep"<sup>73</sup>, אשר משמעותו ביטול תשלום דמי קישוריות בין שני מפעילי תקשורת. אף על פי שכפי שאפשר להיווכח עשויים להיות עוד כשלי שוק מלבד כשל השוק המונופוליסטי-אוליגופוליסטי,<sup>74</sup> הגנת הינוקא שבבסיס מאמר זה מיושמת בפועל ונועדה להתמודד עם כשל השוק המונופוליסטי-אוליגופוליסטי כשלעצמו, ועל כן נתמקד בכשל שוק זה בהמשכו של הניתוח הכלכלי להלן.

73 ראו דוח הוט לשנת 2007, לעיל ה"ש 11, בעמ' 36.

74 אך חשוב להדגיש כי כשל שוק מונופוליסטי-אוליגופוליסטי חייב להתקיים כדי שתהיה הצדקה ליישום הגנת ינוקא, מכיוון שבהיעדר קיומו של כשל שוק זה השוק פועל באופן תחרותי, ולא מתקיים ההפסד המכונה ה־dead weight loss, אשר מקטין את העוגה המצרפית או את ההפסדים והתוצאות השליליות האחרים שהוזכרו לעיל.

## (ג) האם כל כניסה חדשה לשוק רצויה?

מטרתו של מאמר זה היא לבחון את נחיצות הגנת הינוקא המגבילה את יכולתו של היצרן הדומיננטי להתחרות – עד כמה היא מעודדת כניסה של יצרנים חדשים לשווקים, ומהם ההפסדים והעלויות הכרוכים ביישומה. למעשה עלינו לבחון אם יישום הגנת הינוקא מוסיף לתועלת ולרווחה המצרפיות, שאז אפשר לטעון כי הוא כדאי, או שמא הוא פוגע בהן, שאז יהיה אפשר לטעון שהוא איננו כדאי מבחינה כלכלית. ראוי להדגיש בהקשר זה שלא כל כניסה לשוק מונופוליסטי או אוליגופוליסטי רצויה מבחינה כלכלית, בשל שיקולי עלות-תועלת. ברור שאם העלות של הכניסה (הכוללת גם את העלויות הכרוכות ביישום הגנת הינוקא) גבוהה מן התועלת שהיא צפויה להניב, הרי שמבחינה כלכלית היא איננה רצויה, שכן היא מובילה להפסד ולבזבוז משאבים.<sup>75</sup> נדגיש כי כמקובל בניתוח כלכלי, כאשר אנו מתייחסים לעלות אנו מביאים בחשבון גם את הפסד התשואה או הרווח מהשקעה חלופית אפשרית.<sup>76</sup> לכן אם למשל עלות הכניסה הכוללת היא מיליון ש"ח והתועלת המצרפית הכללית והמהוונת בעקבותיה היא 1.1 מיליון ש"ח, עדיין תהיה ההשקעה בלתי כדאית מבחינה כלכלית אם היה אפשר להשקיע את הסכום בהשקעה חלופית ולהשיג תועלת מצרפית כללית מהוונת בשווי הגבוה מ-1.1 מיליון ש"ח. אם נניח שהתועלת מן ההשקעה החלופית (הכוללת והמהוונת) מגיעה לכדי שווי של 1.2 מיליון ש"ח למשל, אזי בתרחיש שכזה ההשקעה בעלויות הכניסה (הכוללות גם את עלות יישום הגנת הינוקא) הובילה להפסד תועלת בשווי של מאה אלף ש"ח למשק, ועל כן היא אינה כדאית מבחינה כלכלית. כפי שנראה בניתוח התרחישים השונים ליישום הגנת הינוקא שיובא בהמשך הדברים, סביר להניח שבמרבית המקרים שבהם אפשר ליישם את הגנת הינוקא – העלויות, הנזקים וההפסדים הנובעים ממנה יהיו רבים מכל תועלת שעשויה להיות לה (אם בכלל תהיה כזו).

## (ד) סוגיית "אופטימיות-היתר"

שאלה שיש להעלותה לדיון היא עד כמה יצרנים פוטנציאליים זקוקים לעידוד לשם כניסה לשווקים. זאת בשל הממצאים האמפיריים הברורים המעידים שקיימת "אופטימיות-יתר" בקרב יזמים בנוגע לסיכויי ההצלחה של כניסתם לשווקים, המובילה למצב של השקעת-יתר של משאבים לשם כך. משמעות הדברים היא שכבר עתה, מבלי שתיושם כל הגנת ינוקא, קיים תמריץ-יתר המוביל לכניסות לשוק, הפוגעות ברווחה המצרפית.<sup>77</sup> נוכח מצב דברים זה רק עולה ומתחדדת השאלה אם יהיה ראוי ונכון

75 ראו למשל Richard Schmalensee, *Is More Competition Necessarily Good?*, 4 INDUSTRIAL ORGANIZATION REVIEW 120 (1976).

76 ראו למשל RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 6 (7th ed. 1998).

77 ראו למשל Giovanni Dosi & Dan Lovall, *Rational Entrepreneurs or Optimistic Martyrs? Some Considerations on Technological Regimes, Corporate Entries, and the Evolutionary*



להוסיף תמריצים לכניסת יצרנים חדשים לשווקים כאשר האינדיקטורים כבר מעידים על תמרוץ יתר עוד בטרם התערבות הרגולטור. יש לשוב ולהדגיש בהקשר זה כי כניסה חדשה לשוק אינה מטרה בפני עצמה. הכניסה רצויה רק אם היא תוסיף לתועלת ולרווחה המצרפית. כניסה אשר עלותה המצרפית עולה על התועלת המצרפית שאותה היא מניבה אינה רצויה מבחינה כלכלית, ועל כן אין לעודד אותה. בהמשכו של מאמר זה ניווכח כי במרבית התרחישים שבהם הגנת הינוקא תוביל לכניסה לשוק ולשרידה בו יהא הדבר על חשבון הרווחה והתועלת המצרפית, בניגוד ובהיפוך למטרה המוצהרת של יישומה.

אדגיש כי אין בכוונתי לטעון כי יישום הגנת הינוקא יחמיר את הטיית "אופטימיות" היתר" הקוגניטיבית,<sup>78</sup> אך עדיין ייתכן שיישום ההגנה יוביל להחמרת הבעיה של כניסות בלתי יעילות מכיוון שקיימים יצרנים שלמרות ההטיה הקוגניטיבית בחרו שלא להיכנס לשוק (למשל מכיוון שההטיה התקיימה בעניינם, אך לא במידה חזקה דיה), ועתה תוספת הרווח שנובעת מיישום הגנת הינוקא תטה את הכף מבחינתם לטובת הכניסה, שאפשר שעדיין נותרה בלתי יעילה מבחינה אובייקטיבית ולכן לא רצויה מבחינה כלכלית מצרפית.

#### (ה) הפגיעה ביעילות למול הפוטנציאל להורדת מחירים

כפי שיובהר בהמשך הדברים, אופני היישום של הגנת הינוקא מושא מאמר זה עשויים להוביל במקרים מסוימים להורדת המחיר הממוצע בשוק, אך זאת לא פעם על חשבון פגיעה ביעילות הייצור הממוצעת בשוק. בהקשר זה חשוב לציין כי עשויים בהחלט להתקיים תרחישים שבהם לפגיעה ביעילות תהיה חשיבות רבה יותר מאשר לפוטנציאל המיטיב שבהורדת המחיר מבחינת השאת התועלת והרווחה המצרפית. במילים אחרות – הורדת מחירים על חשבון פגיעה ביעילות הייצור עשויה להוביל להפסד תועלת מצרפית אם הפגיעה ביעילות הייצור תהיה רבה מהתועלת הנובעת מהורדת המחיר. תרחישים שכאלו עשויים להתממש מכיוון שהורדת המחיר תורמת לתועלת המצרפית רק בכל הנוגע לתוספת הייצור השולית שהיא תוצאה של הורדת המחיר, ואילו הפגיעה ביעילות הייצור עשויה להשפיע על כלל הייצור בשוק.<sup>79</sup> בכל מקרה ראוי שמקבלי

*Role of Decision Biases, in TECHNOLOGICAL INNOVATION: OVERSIGHTS AND FORESIGHTS* 41 (Raghu Garud et al. eds., 1997); Colin Camerer & Dan Lovallo, *Overconfidence and Excess Entry: An Experimental Approach*, 89 AM. ECON. REV. 306 (1999); Avishalom Tor, *The Fable of Entry: Bounded Rationality, Market Discipline, and Legal Policy*, 101 MICH. L. REV. 482, 490–492 (2002).

78 אם כי ייתכן שאכן תהיה השפעה קוגניטיבית שכזו, אך אינני מודע לקיומם של מחקרים אשר בחנו אפשרות זו.

79 Oliver E. Williamson, *Economics as an Antitrust Defense: The* Welfare Tradeoffs, 58 AM. ECON. REV. 18 (1968); וכך אפרים צדקה, אסף רזין, יעקב שיינין

ההחלטה אם ליישם את הגנת הינוקא וכן מהו אופן היישום הנדרש יהיו מודעים היטב לאפשרות שהזולה במחיר הנובעת מיישום ההגנה עלולה לעלות במחיר של פגיעה, וייתכן אף פגיעה קשה, ביצילות הייצור של השוק.

## 2. ניתוח כלכלי ליישום הגנת הינוקא המגבילה את יכולתו של היצרן הדומיננטי להוריד מחירים או לשפר את איכות המוצר – סקירת העלויות, ההפסדים והנזקים הנובעים מיישום ההגנה

בתת-פרק זה אסקור את העלויות, ההפסדים והנזקים שייגרמו בכל – או במרבית – התרחישים האפשריים בשל יישום הגנת הינוקא המגבילה את יכולתו של היצרן הדומיננטי להוריד מחירים או לשפר את איכות המוצר. כפי שאראה להלן, מדובר בעלויות, הפסדים ונזקים ניכרים, ממשיים ורבים. עלויות, הפסדים ונזקים נוספים שעשויים להיגרם מיישום הגנת הינוקא בתרחישים הקונקרטיים יסקרו בפרק הבא.

### (א) הפגיעה ביצילות הנובעת משינויים בתנאי השוק

קיים חוסר יעילות אינהרנטי ניכר הכרוך ביישום רגולציה המגבילה את יכולת היצרנים לשנות את מחיר המוצר או את אופיו ואיכותו נוכח שינויים בתנאי השוק. באופן כללי, בשוק חופשי<sup>80</sup> המחירים ומאפייני המוצרים בענפי התעשייה השונים משתנים על פי השינויים בעלויות, על פי שינויים טכנולוגיים ועל פי שינויי מגמות באופי הביקוש למוצר ובטעם הצרכנים.<sup>81</sup> בכך שהרגולטור מונע מיצרנים להגיב לאותם שינויים בתנאי השוק ולהתאים להם את מחיר המוצר או את איכותו ומאפייניו, הוא גורם לשיווי משקל יעיל פחות.<sup>82</sup> הדברים חמורים במיוחד כאשר עסקינן בשווקים דינמיים המאופיינים

ומנחם פרלמן "מונופולים ומיזוגים בתנאי חשיפה" הרבעון לכלכלה 152, 53, 54-53, 63-66 (1992).

80 וכוונתי כאן לשוק שבו אין מגבלות רגולטוריות על המחיר או על איכות המוצר ולא דווקא לשוק שפועל באופן תחרותי.

81 וחשוב להדגיש כי גם בשווקים מונופוליסטיים שיווי המשקל משתנה עם השינויים בתנאי השוק. כשהרגולטור מקפיד את מחיר המוצר או את מאפייניו הוא גורם לשימור שיווי משקל יעיל פחות מזה שהשוק היה מגיע אליו אילו לא ההתערבות (הגם ששיווי משקל זה איננו שיווי המשקל תחרותי).

82 ראו VISCUSI ET AL., לעיל ה"ש 62, בעמ' 358. נכון שנקודת שיווי המשקל בשוק מונופוליסטי איננה נקודת שיווי המשקל היעילה בשוק תחרותי, אך למעשה כל אימת שקיים פיקוח על רכיב אחד ממאפייני המוצר, בין שמדובר על מחירו ובין שמדובר בפיקוח על חלק ממאפייניו, התחרות בין היצרנים תופנה לאפיק חלופי (כגון לתחרות על איכות המוצר כאשר המגבלה חלה על מחירו). מכיוון שהמגבלה הרגולטורית תוביל ליחס מחיר-איכות שונה מזה שהיה נוצר ושונה מזה שהצרכנים היו מעדיפים בשוק חופשי (הגם שלא תחרותי), הרי שיחס מחיר-איכות זה יעיל פחות מן היחס שהיה נוצר בלעדי המגבלה. ראו Elhaage, לעיל ה"ש 6, בעמ' 812-814.

ברמת חדשנות גבוהה (ושוק התקשורת הוא דוגמה טובה לכך).<sup>83</sup> בשווקים דינמיים הקפאת מחיר או איכות המוצר תוביל לפגיעה חמורה בציבור הצרכנים בכך שתימנע ממנו ההנאה ממוצרים חדשים ומשופרים ובמחיר זול יותר, והתמשכות ההגבלה תוביל להחמרה רבתי בפגיעה זו. בשל האופי הדינמי והמתחדש של השווקים הללו הפגיעה בציבור הצרכנים עשויה להיות חמורה גם אם משך זמן ההגבלה קצר יחסית, ולא כל שכן כאשר היא ממושכת ועשויה להגיע לתקופה של כמה שנים.<sup>84</sup> ראוי לחזור ולהזכיר בהקשר זה כי במקרים רבים הפגיעה ביכולות פעילות של השוק (אשר תיגרם עקב חוסר האפשרות להתאים את המחיר או את איכות המוצר לתנאי השוק המשתנים) תוביל לפגיעה ברווחה המצרפית שיהיה קשה לתועלת העשויה לצמוח מהורדת המחיר על ידי היצרן החדש לאזנה.<sup>85</sup>

### (ב) עלויותיה הכלליות של הרגולציה

עצם יישומה של רגולציה, והכוונה היא לכל רגולציה לצורך העניין, כרוך בעלויות בלתי מבוטלות שיש לשקלן למול התועלת והמטרות שברצוננו לקדם באמצעות אותה רגולציה. עלויות אלה כוללות את העלויות הכרוכות בהקמתו ובאחזקתו של הגוף הרגולטורי (ובכללן משכורות, דמי שכירות, הוצאות משרד, היעזרות במומחים וכדומה) או בהרחבת פעילותו אם עסקינן בגוף רגולטורי קיים; העלויות הקשורות לשתדלנות פוליטית אם קיימים גורמים המעוניינים להשפיע על תוכנה ועל אופייה של הרגולציה;<sup>86</sup> העלויות המשפטיות – אם ועד כמה שהרגולציה ואכיפתה מחייבות קבלת ייעוץ משפטי (הן לרגולטור והן למושאי הרגולציה) וכן כיוון שהן עשויות להוביל להתדיינויות משפטיות; פגיעה בוודאות העסקית – במקרים רבים הוראות רגולטוריות מותירות עמימות מסוימת שאינה מאפשרת לגופים המפוקחים לדעת בוודאות כיצד עליהם לנהוג,

83 וראו התייחסות לנקודה זו ברוח ועדת גרונאו, לעיל ה"ש 30, בעמ' 61.

84 ראו Sagi, לעיל ה"ש 70, בעמ' 331; וכן VISCUSI ET AL., לעיל ה"ש 62, בעמ' 362. להמחשת נקודה זו ראו למשל את ההגבלות המוטלות על בזק במסגרת הגנת הינוקא שהוענקה להוט עם כניסתה לשוק הטלפוניה הקווית, לעיל בפרק א.2, הגבלות שנמשכו כמה שנים וחלקן עודן בתוקף.

85 בין היתר מכיוון שרק צרכני היצרן החדש ייהנו מן המחיר המוזל, ואילו מרבית הצרכנים בשוק ייאלצו לשלם את המחיר הגבוה המוקפא של היצרן הדומיננטי שעליו החיל הרגולטור את הגנת הינוקא.

86 אמנם עלויות אלה (הקמתו ואחזקתו של הגוף הרגולטורי וכן עלויות השתדלנות הפוליטית) לא תתבטלנה לחלוטין גם אם יתקבל הטיעון המרכזי של מאמר זה – שיש לצמצם עד למאוד את השימוש בהגנת הינוקא מושא המאמר שכן עדיין יהיה צורך לשקול אם ליישם את ההגנה וכן תהיינה עלויות מקום שבו היא תיושם, אך עלויות אלה תהיינה פחותות יותר מכיוון שהנטייה להפעיל את הכלי הרגולטורי הזה תהיה מועטה יותר ולכן תגרור הוצאה פחותה של משאבים.

וקיימת עלות כלכלית שעשויה להיות ניכרת לחוסר ודאות זה, המשפיע על הפעילות העסקית.

#### (ג) הפגיעה הישירה בלקוחות<sup>87</sup>

הגנת הינוקא המגבילה את יכולת התחרות של היצרן הדומיננטי תפגע פגיעה חמורה בלקוחותיו. הגנת ינוקא אשר מונעת – או מגבילה – את יכולתו של היצרן הדומיננטי להוריד את מחיר המוצר או להציע מוצר משופר או משודרג (או שילוב של השניים) תאלץ את לקוחותיו לשלם מחיר גבוה או לרכוש מוצר נחות לעומת מצבם אילו לא יושמה הגנת הינוקא. יש לזכור כי פגיעה זו מקיפה למעשה את מרבית הלקוחות בשוק מכיוון שככלל היצרן הדומיננטי שומר על נתח שוק ניכר במשך זמן רב לאחר הכניסה (וסקירת המקרים שבהם יושמה הגנת הינוקא בישראל ממחישה נקודה זו היטב).<sup>88</sup> ככל שתהיה הגנת הינוקא ממושכת יותר, כך תוחמר הפגיעה בקהל הצרכנים. יש אפילו הסוברים שהיצרן הדומיננטי עשוי להעלות את מחיר המוצר שלו כדי להקטין את נתח השוק שהוא מחזיק, וכל זאת כדי לקצר את משך ההגבלה.<sup>89</sup> על כך יש להוסיף גם את הפגיעה בלקוחות היצרן החדש, שכן ככל הנראה גם הם צפויים לשלם מחיר גבוה יותר או לקבל מוצר נחות (או שילוב של השניים) כתוצאה מסתברת מיישום הגנת הינוקא. זאת מכיוון שהיצרן החדש, נוכח ההגבלות המוטלות על יכולתו של היצרן הדומיננטי להתחרות, צפוי לגבות מחיר גבוה יותר או להימנע מהשקעה בשיפור המוצר.<sup>90</sup>

#### (ד) הפגיעה ביעילות היצרן הדומיננטי

הגבלת יכולתו של היצרן הדומיננטי להתחרות ביצרן החדש צפויה להוביל מטבע הדברים לאבדן נתח שוק ומכירות לטובתו של היצרן החדש. אך אם עד כה נהנה היצרן הדומיננטי מיעילות הגודל, הרי שעתה, עם צמצום כמות הייצור, ייתכן שחלק מיעילות זו יאבד.<sup>91</sup> הפגיעה ביעילות הייצור של היצרן הדומיננטי יכולה לבוא לידי ביטוי נוסף אם

87 זאת בכל אותם מקרים שבהם הכניסה לשוק הייתה מתבצעת בכל מקרה, עם או בלי הגנת הינוקא. ראו ניתוח התרחישים השונים בפרק הבא להלן.

88 כאשר למעשה רק בשוק הטלפוניה הבינ-לאומית איבדה בזק בינלאומי, שהייתה ספק השירות הדומיננטי טרם פתיחת השוק לתחרות, נתח שוק ניכר בתוך פרק זמן קצר יחסית.

89 ראו למשל Elhauge, לעיל ה"ש 6, בעמ' 794.

90 שם, בעמ' 774.

91 מובן שכל זאת בהנחה שהיצרן הדומיננטי מצוי בנקודה על עקומת הייצור שבה הוא עדיין נהנה מיתרון הגודל. אך אילו היה היצרן הדומיננטי מייצר בנקודה שבה הגודל הוא חיסרון, היה אפשר לטעון כי נחלשת ההצדקה התאורטית ליישום הגנת הינוקא מכיוון שליצרן חדש וקטן יותר יעמוד יתרון היעילות, ובכך יוכל להתמודד בקלות רבה יחסית עם היצרן הדומיננטי הגדול והיעיל פחות. על

הגנת הינוקא תטיל מגבלות על אפשרות שדרוג מערך הייצור של יצרן זה.<sup>92</sup> על כך יש להוסיף כי אם יישום הגנת הינוקא יוביל לכניסתו של יצרן יעיל פחות מהיצרן הדומיננטי (ותרחישים אלו ייסקרו להלן בפרק הבא), הרי שיעילות הייצור הממוצעת של השוק תיפגע מכיוון שחלק מסוים מכלל הייצור בשוק יועבר מן היצרן היעיל אל היצרן היעיל פחות. כפי שכבר צוין לעיל, קיימת סבירות ממשית שפגיעה זו תהיה רבה מהתועלת שעשויה הורדת המחיר להניב לציבור הצרכנים.

#### (ה) השפעת הגנת הינוקא ex ante

יישום הגנת הינוקא עלול להוביל לפגיעה בתמריץ של יצרנים להתייעל ולהשקיע במחקר ובפיתוח. הבסיס לטענה זו מצוי בהנחה שיצרנים מנסים לנצח בתחרות את היצרנים המתחרים כדי להשיג מעמד מונופוליסטי ובעקבותיו רווחים גבוהים. המעמד המונופוליסטי הוא אפוא ה"פרס" האולטימטיבי שבו זוכה היצרן שהצליח להתייעל באופן ניכר ולגבור על מתחריו. הטיעון גורס שאם נמנע מיצרנים שהגיעו למעמד מונופוליסטי את ה"פרס" עבור זכייתם בתחרות, נקטין את התמריץ שלהם להתחרות מלכתחילה בשלב שבו השוק תחרותי.<sup>93</sup> טיעון זה מתאים למקרים שבהם הגנת הינוקא מיושמת בשווקים שבהם התקיימה בעבר תחרות אשר הובילה בסופו של דבר ליצירת מונופול. מסקירת המקרים שבהם יושמה ההגנה עולה שלא זה המצב בישראל, שכן ההגנה יושמה בשווקים שמעולם לא שררה בהם תחרות אלא שהיו מונופוליסטים בהיווצרם (וזאת בחסות המדינה). על כן הגנת הינוקא כנראה לא תוביל לצמצום באינטרס להתחרות מלכתחילה (אלא אם תיושם בעתיד גם בשווקים שהיו במקור תחרותיים), אך מכיוון שיישום הגנת הינוקא יגרום להקטנת הרווח המונופוליסטי הצפוי, המחיר שתקבל המדינה עבור מכירת היצרן הדומיננטי בעת הפרטתו או עבור זיכיון בלעדי להקים יצרן בשוק חדש יהיה נמוך יותר.

#### (ו) זיהוי רגע הכניסה של היצרן החדש ומשך יישומה של הגנת הינוקא

הגנת הינוקא המגבילה את יכולת היצרן הדומיננטי להוריד מחירים או לשפר את איכות המוצר צריכה להיות מופעלת בעת כניסתו של היצרן החדש כדי שתהיה אפקטיבית. אך השאלה העולה בהקשר זה היא מהו רגע הכניסה הרלוונטי. מועד זה יכול להיות המועד שבו מודיע היצרן החדש על כוונתו להיכנס לשוק; מועד קבלת הרישיון או הזיכיון; מועד תחילת הקמת המפעל או תשתית הייצור או הפעילות; מועד תחילת קמפיין

כך גם יש להוסיף את ההנחה כי בשווקים קטנים (וכזה הוא השוק הישראלי) בדרך כלל היצרנים הגדולים עדיין פועלים בשלב שבו קיים יתרון יעילות לגודל, וראו GAL, לעיל ה"ש 5, בעמ' 20–21.

92 Elhauge, לעיל ה"ש 6, בעמ' 774.

93 לדיון בטיעון זה ראו שם, בעמ' 801–804.

השיווק; או מועד תחילת המכירה בהיקף רחב של המוצר. אם נבחר את אחד המועדים המאוחרים, הרי שההגבלה עשויה להיות חסרת תוחלת מכיוון שהיצרן הדומיננטי יוכל להוריד מחירים או לשפר את איכות המוצר עוד קודם לכן (כך למשל אם הרגע הרלוונטי הוא רגע תחילת המכירה בהיקף רחב, הרי שהיצרן הדומיננטי פשוט ימתין עד למועד השלמת המפעל או תשתית הייצור, ואז טרם תחילת המכירה בפועל יוריד מחירים או ישפר את המוצר). לעומת זאת אם רגע הכניסה ייקבע למועד מוקדם יותר, אזי כדי שההגנה תהיה אפקטיבית יהיה עליה להימשך תקופה ארוכה מאוד (שתכלול גם את השלבים המוקדמים של הקמת המפעל או תשתית הייצור וכן את תקופת החדירה של היצרן החדש לשוק). כפי שראינו לעיל, יש השלכות חמורות להגבלה על יכולת היצרן הדומיננטי להוריד מחירים או לשפר את המוצר הן מבחינת יעילות הייצור והן מבחינת התועלת הצרכנית, והשפעת השלכות אלו רק תגבר ככל שמועד ההגבלה יתארך.<sup>94</sup> יישום הגנת הינוקא בשוק הטלוויזיה הרב-ערוצית ממחיש סוגיה זו היטב. ההחלטה בדבר יישום הגנת הינוקא התקבלה במאי 1999 (ולפיה לא יתאפשר להוט לשדר בשיטת ה-Tiering), למשך 18–27 חודשים או עד אשר יגיע מספר מנוייה של Yes ל-250 אלף. אולם בפועל החלה Yes בשידוריה רק ביולי 2000, ולכן כבר מאמצע שנת 2001 הייתה הוט יכולה להציע גם היא שירות טלוויזיה רב-ערוצית בטכנולוגיה דיגיטלית המאפשרת אספקת מקבצי ערוצים – Tiering<sup>95</sup> – מה שכנראה פגם באפקטיביות שהייתה עשויה להיות להגנת ינוקא זו.

#### **ד. ניתוח כלכלי להשפעותיה של הגנת הינוקא בתרחישי הכניסה האפשריים**

פרק זה יסקור את השפעת הגנת הינוקא המגבילה את יכולתו של היצרן הדומיננטי להוריד מחירים או לשפר את איכות המוצר בכל אחד מתרחישי הכניסה האפשריים. ראשית אבחן את השפעת יישום ההגנה על כניסתו של יצרן אשר לכל הפחות משתווה לרמת יעילותו של היצרן הדומיננטי; לאחר מכן אבחן את השפעת יישום ההגנה על כניסתו של יצרן אשר אינו משתווה ואינו צפוי להשתוות לרמת יעילותו של היצרן הדומיננטי; ולבסוף אבחן את השפעת יישום ההגנה על כניסתו של יצרן יעיל פחות

94 שם, בעמ' 809–814.

95 ראו סקירת המקרים שבהם יושמה ההגנה, לעיל בפרק א.1.

מהיצרן הדומיננטי במועד הכניסה אך אשר יכול וצפוי לכל הפחות להשתוות לרמת יעילותו של היצרן הדומיננטי בחלוף הזמן.<sup>96</sup>

### 1. השפעת יישום הגנת הינוקא על יצרן אשר משתווה, לכל הפחות, לרמת יעילותו של היצרן הדומיננטי

(א) בחינת יכולתו של היצרן הדומיננטי לפגוע ביצרן החדש והיעיל באמצעות קביעת מחירי הפסד<sup>97</sup>

(1) הרקע הכלכלי-תאורטי

עילת "התמחור הטורפני" נועדה למנוע מיצרן דומיננטי, בעל כוח שוק רב, לנצל את כוחו כדי לדחוק מן השוק יצרנים קטנים ממנו ויצרנים שאך זה מקרוב החלו בפעולתם בשוק, וזאת לצורך עידוד התחרות. החשש מתעורר כאשר יצרן דומיננטי מנצל את כוחו כדי לדחוק מן השוק מתחרה שהוא יעיל לפחות כמותו. במצב שכזה התנהגות היצרן הדומיננטי אינה לגיטימית מכיוון שהוא אינו מנצל יתרון יעילות (שאינן בחזקתו) כדי לגבור על מתחריו. על כן מקובל שהורדת מחיר על ידי יצרן דומיננטי לרמה גבוהה מעלות ייצור המוצר על ידיו לגיטימית, שכן אין היא יכולה להוביל לדחיקתו מן השוק של יצרן יעיל לא פחות.<sup>98</sup> במצב דברים זה ייחנה ציבור הצרכנים מהתחרות המתמשכת ומהורדת המחיר הנלווית לה. לעומת זאת כאשר היצרן הדומיננטי קובע את מחיר המוצר ברמה הנמוכה מרמת עלות הייצור שלו, קרי "במחיר הפסד" מבחינתו, עשוי לעלות החשש כי הדבר ידחק מן השוק יצרנים יעילים לא פחות. אמנם ברמת מחיר זו גם היצרן

96 עלינו לסקור ולבחון את כל תרחישי הכניסה האפשריים מכיוון שככלל הרגולטור בעת קבלת ההחלטה אם ליישם את הגנת הינוקא איננו יכול לדעת ברמת ודאות גבוהה בפני איזה תרחיש הוא עומד. היצרן החדש איננו מעוניין בהכרח לחשוף את מידת יעילותו הצפויה, בעיקר אם נביא בחשבון שאם יצליח לשכנע כי אינו יעיל יוכל לזכות בהטבות הנובעות מיישום הגנת הינוקא, וגם היצרן הדומיננטי עשוי לנסות ולהמעיט במידת יעילותו כדי למנוע יישום של הגנה כאמור. לכן נוכח אופייה הספקולטיבי של ההערכה לאיזה תרחיש כניסה מתאים כל מקרה פוטנציאלי קונקרטי, יש להניח שההגנה עשויה להיות מיושמת בפועל בכל אחד ואחד מתרחישי הכניסה האפשריים.

97 יצרן דומיננטי יכול לקבוע מחירי הפסד באופנים האלה: (א) באמצעות הורדת המחיר לרמת מחיר הפסד; (ב) באמצעות שיפור המוצר ושדרוגו, מה שעשוי להגדיל את עלות ייצורו עד שהיא מגיעה לעלות הגבוהה ממחירו של המוצר; (ג) באמצעות שילוב האופנים דלעיל. מבחינה מהותית כלכלית אין הבדל בין האופנים הללו, ולכן לשם פשטות הצגת הדברים נתייחס רק לאפשרות הורדת המחיר, אך הדברים יהיו תקפים גם לאפשרות שיפור איכות המוצר באופן שעלות ייצורו תהיה גבוהה ממחירו לצרכן.

98 זאת מכיוון שברמת מחיר זו המתחרה אינו מפסיד מהמשך הייצור, ועל כן אין כל סיבה מבחינתו להפסיק את פעילותו בשוק.

הדומיננטי מפסיד מהמשך הייצור, אך לכאורה ייתכן שבשל מעמדו והרווחים שצבר יוכל הוא להחזיק מעמד זמן ממושך מזה של מתחריו, ובכך לדחוק אותם מן השוק. יש הסוברים כי התאוריה הכלכלית העדכנית אינה נותנת תשובה ברורה וחד-משמעית באשר לסבירות שהתרחיש האמור אכן יתממש במציאות.<sup>99</sup> מחד קיימת הכתיבה של מלומדי אסכולת שיקגו (ובהקשר זה הצטרפו אליהם גם מלומדים בולטים המשויכים לאסכולת הרוורד כגון טרנר, ארידה והובנקמפ), הרואים באסטרטגיית התמחור הטורפני אסטרטגיה שסיכויי הצלחתה נמוכים מאוד, ועל כן יצרנים מונופוליסטים רציונליים לא ינקטו אותה, או שינקטו אותה אך במקרים נדירים.<sup>100</sup> מאידך קיימת כתיבתם של מלומדים המשויכים לאסכולת פוסט-שיקגו, המציגים תרחישים עובדתיים מסוימים שלשיטתם עשויים להוביל להצלחת יישום האסטרטגיה הטורפנית. להלן אציג בקצרה את עמדות שתי הגישות הכלכליות האמורות בכל הנוגע לסוגיית התמחור הטורפני.

מלומדי אסכולת שיקגו והרוורד רואים בתרחיש התמחור הטורפני השקעה לכל דבר ועניין של היצרן הדומיננטי – השקעה הבאה לידי ביטוי בהורדת המחיר לרמת הפסד, כדי לדחוק את המתחרה, וכך עם סיום פרק הטורפנות יוכל היצרן הדומיננטי להעלות את המחיר לרמתו הגבוהה כדי להחזיר את ההשקעה ואף להרוויח. הבעיה מבחינתו של היצרן הדומיננטי היא שהשקעה זו, לשיטתם של מלומדי אסכולת שיקגו והרוורד, היא ככל הנראה השקעה לא מוצלחת ולא כדאית, שסופה הקרוב לוודאי הוא הפסד.<sup>101</sup> ראשית מדובר בהשקעה בהווה כאשר התגמולים נדחים לעתיד, ועל כן יש להוונם לשווי נוכחי (והמשמעות היא שיש להרוויח בעתיד סכומים גבוהים בהרבה מסכומי ההפסד בתקופת הטורפנות כדי שההשקעה תהיה כדאית ורווחית). שנית, הרווחים העתידיים אינם ודאיים כלל, משתי סיבות עיקריות: (1) מרב הסיכויים שניסיון הטורפנות יכשל מכיוון שהיצרן הדומיננטי לא יצליח לדחוק את מתחרהו היעיל מן השוק, מכיוון שסביר להניח שלמתחרה יהיה קל יותר לשרוד את תקופת הטורפנות מאשר ליצרן

99 ראו למשל VISCUSI ET AL., לעיל ה"ש 62, בעמ' 311. לצורכי מאמר זה אין צורך לנסות ולהכריע בשאלה עד כמה ניסיונות לתמחור טורפני אכן נפוצים במציאות, אך בכל זאת אציין שעמדתי נוטה לכיוון התפיסה שתמחור טורפני הוא אסטרטגיית השקעה מסוכנת, שעל כן תיושם, אם בכלל, במקרים מועטים בלבד.

100 ראו למשל BORK, לעיל ה"ש 69, בעמ' 144–155; Frank H. Easterbrook, *Predatory Strategies*; AREEDA & HOVENKAMP; and *Counterstrategies*, 48 U. CHI. L. REV. 263 (1981); לעיל ה"ש 71, 7C; Phillip Areeda & Donald F. Turner, *Predatory Pricing and Related Practices*; Under Section 2 of the Sherman Act, 88 HARV. L. REV. 697, 699 (1975).

101 ראו למשל HERBERT HOVENKAMP, FEDERAL ANTITRUST POLICY: THE LAW OF COMPETITION AND ITS PRACTICE 340 (3rd ed. 2005); William E. Kovacic, *The Intellectual DNA of Modern U.S. Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix*, 2007 COLUM. BUS. L. REV. 1, 43–51 (2007).



הדומיננטי, וזאת גם אם נניח שהיצרן הדומיננטי הוא בעל משאבים כספיים עדיפים שאותם צבר בפעילותו בשוק.<sup>102</sup> הסיבה לאמור נעוצה בכך שהיצרן הדומיננטי ייאלץ להגדיל את הייצור הגדלה ניכרת מאוד כדי להוריד את מחיר המוצר לרמת מחירי הפסד. בעקבות זאת ייאלץ היצרן הדומיננטי לספוג הפסדים כבדים בהרבה מן ההפסד שבו יישא המתחרה שמייצר חלק קטן יחסית מכלל ייצור המוצר. יתר על כן, המתחרה עוד יכול לצמצם את הפסדיו בכך שיחדל זמנית לייצר כל עוד נמשכת הטורפות, וכך לצד הקטנת הפסדיו יגרום ליצרן הדומיננטי עוד הפסדים, שכן עתה יהא על האחרון לשאת בכלל הייצור למשק ועוד במחירי הפסד. כל זאת בהנחה שהגדלת הייצור תוביל גם להעלאת העלויות ליצרן הדומיננטי, שכן הרחבת הייצור תחייב אותו לחרוג מטווח הייצור היעיל עקב מיצוי יעילות הגודל. כאשר הפסדו של היצרן הדומיננטי גדול פרופורציונלית מהפסדו של המתחרה, אין כל סיבה להניח שדווקא המתחרה הוא שיידחק מן השוק. דווקא התרחיש המנוגד, אליבא דמלומדי שיקגו והרוורד, הוא הסביר יותר, ולפיו היצרן הדומיננטי הוא שייחלש בגלל ניסיון הטורפנות אפילו עד הגעה לסף חדלות פירעון; (2) הרווחים העתידיים אינם ודאיים כלל מכיוון שיתכן שייכנסו לשוק מתחרים חדשים נוספים (למשל עקב שינוי טכנולוגי המוזיל מאוד את עלות הייצור), וכן מכיוון שהביקוש למוצר עשוי להצטמצם עד מאוד (בעקבות שינוי בטעם הצרכני או בעקבות פיתוח של מוצר חדש וחליפי). בהתקיימותה של כל אחת מן האפשרויות הללו תרד לטמיון השקעתו של היצרן הדומיננטי בתקופת הטורפנות מכיוון שבכולן הרווח העתידי לא יתממש.

בדיון האקדמי הועלו על ידי מלומדי אסכולת פוסט-שיקגו כמה תרחישים המתבססים על הנחות עובדתיות מסוימות, ונטען כי הם עשויים לאפשר תמחור טורפני אפקטיבי. להלן יוצגו המרכזיים שבהם: התרחיש האחד נוגע למצב שבו היצרן הדומיננטי פעיל בכמה שווקים גאוגרפיים והוא מוכן לשאת בהפסדים הכרוכים בדחיקת מתחרה אחד משוק מסוים כדי ליצור לעצמו מוניטין מרתיע שימנע תחרות בשווקים האחרים;<sup>103</sup> בתרחיש השני היצרן הדומיננטי נושא בהפסדים הכרוכים בדחיקת מתחרה אחד כדי למנוע כניסתם של יצרנים אחרים בעתיד בזכות המוניטין המרתיע שיצר

102 והנחה זו אינה הכרחית כלל מכיוון שבמקרים רבים היצרן החדש שנכנס לשוק שייך לאגד תאגידי גדול בעל יכולת כלכלית ניכרת. רק לצורך המחשה אפשר להפנות לסקירת כניסתה של Yes, הקשורה לחברת בזק, לשוק הטלוויזיה הרב-ערוצית או לכניסתה של הוט לשוק הטלפונייה הנייחת.

103 להתייחסות לתרחיש זה ראו HOVENKAMP, לעיל ה"ש 101, בעמ' 347; כמו כן ראו Janusz A. Ordovery, *Predatory Pricing*, in 3 THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS AND THE LAW 77, 80 (Peter Newman ed., 1998); David Easley, Robert T. Masson & Robert J. Reynolds, *Preying for Time*, 33 JOURNAL OF INDUSTRIAL ECONOMICS 445, 447-454, 457 (1985). דומה שתרחיש זה אינו רלוונטי כל כך לישראל בשל קוטנו של השוק שבגיניו האפשרות לקיומם של שווקים גאוגרפיים שונים איננה קיימת בענפי תעשייה רבים – ודומה שזהו אכן הדין בכל הקשור למקרים שבהם יושמה הגנת הינוקא מושא מאמר זה כפי שנסקרו לעיל.

לעצמו.<sup>104</sup> חשוב לציין כי בכל הנוגע לתרחישים אלה הוצגו אסטרטגיות פעולה נגדיות ומאמרי ביקורת המטילים ספק בתוקפם. למשל באשר לכניסה לכמה שווקים – ראשית היא איננה רלוונטית במקרים שבהם היצרן הדומיננטי מחזיק בכוח שוק רק בשוק אחד, ושנית ליצרן הדומיננטי לא יהיה מענה אם כמה יצרנים פוטנציאליים (או יצרן אחד לצורך העניין) יבקשו להיכנס בסמיכות זמנים לשווקים שבהם הוא פועל.<sup>105</sup> באשר לתרחיש שבו היצרן הדומיננטי מוכן להפסיד כדי לדחוק יצרן חדש ובכך ליצור לעצמו מוניטין שירתיע ניסיונות כניסה עתידיים, הרי שלכשיהיה מספר הנכנסים הפוטנציאליים גבוה ממספר הפעמים שבו יכול היצרן הדומיננטי לעמוד בהתנהגות טורפנית, יהפוך האיום שלו ללא אמין ולכן גם ללא אפקטיבי. זאת מכיוון שכל היצרנים הפוטנציאליים מודעים לעובדות האלה: את היצרן האחרון שמעוניין להיכנס לשוק אי אפשר להרתיע (מכיוון שאין מתחרים פוטנציאליים נוספים שבגינם כדאי ליצרן הדומיננטי להשקיע ביצירת מוניטין מרתיע); על כן גם את היצרן שמעוניין להיכנס לשוק לפני היצרן האחרון אי אפשר להרתיע (שוב אין טעם בהשקעה ליצירת המוניטין המרתיע, שכן את היצרן האחרון כאמור בלאו הכי אי אפשר להרתיע) וכך הלאה בדדוקציה הפוכה עד שנגיע ליצרן הראשון שמעוניין להיכנס לשוק, שגם אותו אפוא אי אפשר יהיה להרתיע מכניסה לשוק.<sup>106</sup> מובן שאם בשוק קטן יחסית עסקינן, כשוק הישראלי, ייתכן שמספר הנכנסים הפוטנציאליים לא יהיה גבוה ממספר הפעמים שבו יכול היצרן הדומיננטי לעמוד בהתנהגות הטורפנית, ואם כך הם פני הדברים – האיום בטורפנות עשוי להיות אמין. התרחיש השלישי מתקיים במציאות שבה שווקים פיננסיים ושוקי האשראי אינם מושלמים, ובשל כך עשוי להימנע המימון לנכנס הפוטנציאלי, והוא לא יוכל לעמוד בהפסדים שיגרמו לו היצרן המונופוליסטי בתקופת הטורפנות.<sup>107</sup> במשק האשראי הישראלי יכול הדבר לבוא לידי ביטוי בכך שגורמי האשראי המובילים עשויים להיות

104 ראו Ordovery, לעיל ה"ש 103, בעמ' 79–80.

105 ראו Elhauge, לעיל ה"ש 6, בעמ' 723; Easterbrook, לעיל ה"ש 100, בעמ' 286–287.

106 ראו Elhauge, לעיל ה"ש 6, בעמ' 723; וכן Reinhard Selten, *The Chain Store Paradox*, THEORY & DECISION 127 (1978). למעשה נימוק זה תקף גם לעניין התרחיש שבו היצרן הדומיננטי פועל בכמה שווקים ומוכן להפסיד עקב טורפנות בשוק אחד כדי להרתיע כניסה לשווקים האחרים. לעומת זאת אם למתחרים הפוטנציאליים אין מידע מלא בנוגע לשוק, ולכן לא ידעו בכמה אפיוזות של טורפנות יכול היצרן המונופוליסטי לעמוד, ייתכן שהאיום בטורפנות יהיה אמין ולכן אפקטיבי. ראו Ordovery, לעיל ה"ש 103, בעמ' 80.

107 ראו למשל Drew Fudenberg & Jean Tirole, *A 'Signal-Jamming' Theory of Predation*, 17 THE RAND JOURNAL OF ECONOMICS 366 (1986); Patrick Bolton & David S. Scharfstein, *A Theory of Predation Based on Agency Problems in Financial Contracting*, 80 AM. ECON. REV. 93 (1990).

קשורים ליצרן המונופוליסטי או באמצעות קשר תאגידי<sup>108</sup> או בקשר כלכלי למשל במימון פעילותו, ומימון יצרן מתחרה עלול לפגוע בהשקעתם האמורה או להטיל עליהם נטל מימוני כבד.<sup>109</sup>

התרחיש הרביעי עשוי להתקיים במקרים שבהם קיימים פערי מידע אסימטריים בין היצרן המונופוליסטי ובין היצרן הנכנס. ההנחה בתרחיש זה היא כי ליצרן המונופוליסטי קל להעריך את עלויות הייצור של היצרן הנכנס יותר משקל ליצרן הנכנס להעריך את עלויותיו של היצרן המונופוליסטי. פער המידע האמור מעניק יתרון ליצרן המונופוליסטי, שבעזרתו יוכל לגרום ליצרן הנכנס להאמין כי עלויות הייצור של היצרן המונופוליסטי נמוכות מכפי שהן בפועל. זאת יוכל היצרן המונופוליסטי לעשות בכך שיאותת ליצרן הנכנס – באמצעות הורדת מחיריו לרמת מחירי הפסד (אך היצרן הנכנס לא ידע כי אכן מדובר במחירי הפסד בשל פער המידע האסימטרי האמור) – כי למעשה עלויות הייצור של היצרן המונופוליסטי נמוכות מכפי שהן במציאות. במצב דברים זה עשוי היצרן החדש להחליט לצאת מן השוק מכיוון שאם יאמין שהיצרן המונופוליסטי יעיל ממנו, הוא לא יוכל להתמיד במלחמת מחירים עמו.<sup>110</sup>

על כן נראה שיהיה נכון להניח כי במקרים שאינם תואמים את ההנחות הנדרשות להתקיימות התרחישים שהוצגו בכתיבה הפוסט-שיקגואית, על פי הניתוח הכלכלי המוצג, יצרן דומיננטי לא יהיה מסוגל ככלל לדחוק מן השוק יצרנים שהם יעילים לפחות כמותו באמצעות תמחור טורפני. מכיוון שאסטרטגיה זו של תמחור טורפני אינה כדאית

108 להתייחסות למצב דברים זה ראו למשל הוועדה להגברת התחרותיות במשק המלצות סופיות [www.mof.gov.il/Pages/default.aspx](http://www.mof.gov.il/Pages/default.aspx) (18.2.2012).

109 כך למשל בהקשרה של הרפורמה במשק החשמל מעמידה המדינה ערכות בסך של 7 מיליארד ש"ח למימון ולסיוע בהקמת תחנות כוח של יצרני חשמל פרטיים שישתלבו בשוק ייצור החשמל בישראל. הערכות נדרשת מכיוון שחברת החשמל ויצרני החשמל הפרטיים נסמכים על אותם הבנקים לשם מימון, ובכך עשוי להיווצר מצב שבו גוף פיננסי יישא הן בנטל מימון התחייבויותיה של חברת החשמל לרכוש את החשמל הפרטי והן בנטל מימון הקמת תחנות הכוח הפרטיות. ערכות המדינה נועדה להקל על הבנקים בנשיאת נטל מימוני כה כבד. ראו לעיל ה"ש 14.

110 ראו למשל Garth Saloner, *Predation, Mergers, and Incomplete Information*, 18 THE RAND JOURNAL OF ECONOMICS 316–312 (1987); VISCUSI ET AL., *JOURNAL OF ECONOMICS* 62, לעיל ה"ש 62, בעמ' 316–312; Patrick Bolton et al., *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*, 88 GEO. L.J. 2239, 2312–2318 (2000); Ordover, לעיל ה"ש 103, בעמ' 80–81. מובן שאם אין אסימטריה במידע בין היצרן המונופוליסטי ובין היצרן הנכנס יוכל היצרן הנכנס להשיב ליצרן המונופוליסטי באותו המטבע בכך שיוריד אף הוא את מחיריו ובכך יאותת ליצרן המונופוליסטי שיעילותו אינה נופלת מזו של היצרן המונופוליסטי, ולכן לא יהיה כדאי לאחזרן להמשיך באסטרטגיית התמחור הנמוך. בנוסף יש המפקקים ביכולתו של יצרן דומיננטי לשטות בנכנסים פוטנציאליים ובשוקי האשראי לאורך זמן כאשר עומד רווח פוטנציאלי רב על הפרק, וראו Elhauge, לעיל ה"ש 6, בעמ' 721–722.

ליצרן הדומיננטי כאמור, גם איום בשימוש בה כדי למנוע כניסתו לשוק של יצרן יעיל לא פחות לא יהיה אמין ועל כן לא אפקטיבי. מכיוון שכך, בהקשרה של הגנת הינוקא נראה כי אין סיבה לחשש של ממש לפגיעה של יצרן דומיננטי ביצרן מתחרה שיעילותו איננה פחותה, גם מכיוון שזוהי אסטרטגיה לא רווחית וגם כפי שאראה להלן, מכיוון שהיא עומדת בניגוד לדיני ההגבלים העסקיים ועל כן אסורה. בשל כך הגנת הינוקא מיותרת ככל הנראה בתרחיש זה. בשווקים אשר מאפייניהם מאפשרים את התקיימות התרחישים הפוסט-שיקגואים לתמחור טורפני אציע לאפשר לרגולטור לשקול ליישם את הגנת הינוקא מושא מאמר זה אך בכפוף לעמידתו בתנאים המפורטים להלן בפרקים ו-ז.

ראוי לציין כי במקרים שבהם יושמה הגנת הינוקא מושא המאמר בישראל אסטרטגיה של תמחור טורפני הייתה ככל הנראה בלתי אפשרית, ועל כן יישום ההגנה, ככל שנועד למנוע יישום אסטרטגיה זו, היה מיותר. בשוק הטלפוניה הנייחת לא נראה שהפעלת אסטרטגיה טורפנית מצד בזק כנגד הוט הייתה יכולה להצליח, מכמה סיבות: ראשית, שוק הטלפוניה הנייחת הולך וקטן, ולכן ההכנסות העתידיות בו צפויות להיות נמוכות מן ההכנסות הנוכחיות ונמוכות עוד יותר מן ההכנסות בעבר.<sup>111</sup> הדבר נובע מהתבססותו של שוק התקשורת הסלולרית ומהתרחבותו, ויש אף הסוברים כי בעתיד השימוש באמצעי התקשורת הסלולרית יהיה תחליף קרוב דיו לשימוש בטלפון הקווי עד ששני השווקים ישתלבו לכדי שוק כלכלי אחד. מכיוון שכך, גם אם היה אפשר לדחוק את הוט מן השוק, לא סביר להניח כי בזק הייתה יכולה להחזיר את ההשקעה בטורפנות באמצעות גביית מחירים מונופוליסטיים עתידיים.<sup>112</sup> שנית, הוט היא חברה מבוססת, מהגדולות שבמשק הישראלי,<sup>113</sup> ולכן דחיקתה מן השוק תצריך השקעה אדירה במשאבים מצד בזק, וספק אם השקעה זו יכולה להיות כדאית. כמו כן מכיוון שכניסתה של הוט לשוק הטלפוניה הצריכה השקעה שקועה גדולה מאוד, האפשרות לדחיקתה מן השוק באמצעות תמחור טורפני הפכה לכמעט בלתי אפשרית.<sup>114</sup>

111 ראו דוח ועדת קרול, לעיל ה"ש 67, בעמ' 5, 20, 29; דוח ועדת גרונאו, לעיל ה"ש 30, בעמ' 22, 26-28, 41-46.

112 ראו HOVENKAMP, לעיל ה"ש 101, בעמ' 355. על כך יש להוסיף את אפשרות הכניסה הפוטנציאלית לשוק של גופים בעלי תשתיות היכולות לשמש גם לצורכי תקשורת טלפונית נייחת, כגון חברת החשמל, רכבת ישראל, מקורות, חוצה ישראל, תשתיות נפט ועוד. ראו דוח ועדת קרול, לעיל ה"ש 67, בעמ' 10, 31, 34, 38, 46.

113 ראו דוח ועדת גרונאו, לעיל ה"ש 30, בעמ' 48.

114 להתייחסות להשקעה השקועה הניכרת שביצעה הוט טרם כניסתה לשוק הטלפוניה הנייחת ראו להלן בפרק ה.2, וכן ראו דוח ועדת קרול, לעיל ה"ש 67, בעמ' 12, 24, 35. דחיקת יצרן שהשקיע סכום גבוה בהקמת תשתית ייצור ייחודית תחייב תקופת טורפנות ממושכת במיוחד עד שלמעשה התשתית תתיישן ותתבלה, אולם ככל שמשך הטורפנות מתארך, כך תתארך גם התקופה המונופוליסטית הנדרשת לשם החזרת ההשקעה, עובדה ההופכת את האסטרטגיה לספקולטיבית ומסוכנת יותר, וראו פסקי הדין *Matsushita Electric Indus. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986); Brooke

בשוק הטלוויזיה הרב-ערוצית לא נראה שהוט הייתה יכולה לדחוק את חברת הלוויין Yes מכיוון שגם במקרה זה כניסתה של Yes לתחום הצריכה השקעה שקועה ניכרת,<sup>115</sup> ומכל מקום לא נראה שהיה אפשר להשיג רווחים מונופוליסטיים עתידיים בשל קיום תשתיות חלופיות לשידורי טלוויזיה רב-ערוציים, שדחיקתה של Yes הייתה מזרזת את פיתוחן.<sup>116</sup> לבסוף, מאפייני הגנת הינוקא בשוק זה (הגבלת השימוש בשיטת ה-Tiering מצדה של הוט) שאינם נוגעים למחיר שגבתה הוט לא היו יכולים בלאו הכי למנוע אסטרטגיית תמחור טורפני אילו בחרה הוט ליישמה.

בשוק השיחות הבין-לאומיות תמחור טורפני איננו בגדר אסטרטגיה מוצלחת מכיוון שחסמי הכניסה בשוק זה נמוכים מאוד יחסית,<sup>117</sup> ועל כן גם אם הייתה יכולה חברת בזק בינלאומי להצליח לדחוק את המתחרות החדשות אל מחוץ לשוק, היא לא הייתה יכולה להרוויח רווח מונופוליסטי עתידי, שכן יצרנים חדשים היו נכנסים לשוק עם עליית המחירים.<sup>118</sup>

נוסף על הקושי הכלכלי להצליח באסטרטגיה של תמחור טורפני, קיים איסור של דיני ההגבלים העסקיים על פרקטיקה זו. בארצות הברית אימץ בית המשפט הפדרלי העליון בעניין *Matsushita*<sup>119</sup> באופן מפורש את עיקרי תובנות הניתוח הכלכלי של אסכולות שיקגו והרוורד בנוגע לסוגיית התמחור הטורפני כפי שהוצגו לעיל. בית המשפט קבע כי ניסיונות לתמחור טורפני הם נדירים, ורק לעתים נדירות עוד יותר הם עשויים גם להצליח. בעניין *Brooke Group*<sup>120</sup> חזר בית המשפט העליון הפדרלי על העמדה שהוצגה בפסק הדין בעניין *Matsushita*, והוסיף וקבע את המבחנים הבסיסיים

וכן *Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993); *HOVENKAMP*, לעיל ה"ש 101, בעמ' 346, 355.

115 ראו ע"א 2082/09 יורוקום די. בי. אס בע"מ נ' בזק חברת התקשורת הישראלית בע"מ, פס' 20–21 לפסק הדין (פורסם בנבו, 20.8.2009) (להלן: עניין יורוקום).

116 תשתית האינטרנט IPTV היא התשתית הפוטנציאלית העיקרית, ראו שם, פס' 2–3 לפסק הדין, וכן דוח ועדת קרול, לעיל ה"ש 67, בעמ' 26–27. נוסף על תשתית זו גם טכנולוגיות אחרות עשויות להיות בעתיד חלופה, כגון ה-DTT וה-WiMAX, ראו עניין יורוקום, שם, פס' 3 לפסק הדין.

117 וזאת מכיוון שהספקים המתחרים בבזק בינלאומי חוכרים קווי תמסורת ורוכשים שירותי השלמת שיחה ברשתות האחרות במחירים מפותחים, משמע הם אינם נדרשים להקים תשתית עצמאית משלהם, ולכן אין עלויות שקועות ניכרות לצורך כניסה לשוק. ראו דוח ועדת גרונוא, לעיל ה"ש 30, בעמ' 74.

118 ראו דוח ועדת קרול, לעיל ה"ש 67, בעמ' 22–23. כמו כן ראו *VISCUSI ET AL.*, לעיל ה"ש 62, בעמ' 319; *HOVENKAMP*, לעיל ה"ש 101, בעמ' 346, 353–354; וכן *Paul L. Joskow & Alvin K. Klevorick, A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy*, 89 *YALE L.J.* 213, 227–231 (1979).

119 לעיל ה"ש 114.

120 שם.

שבהם נדרש תובע לעמוד כדי לזכות בחביעה בגין תמחור טורפני. ראשית, על התובע להוכיח כי היצרן הדומיננטי קובע למוצר מחיר הפסד הנמוך מעלות הייצור;<sup>121</sup> שנית יש להוכיח כי קיימת הסתברות גבוהה שהיצרן הדומיננטי יצליח "להחזיר" את ה"השקעה" (או את ההפסד) באמצעות גביית מחיר גבוה במשך פרק זמן מספק בעתיד.<sup>122</sup>

בדין האיחוד האירופי חל בהקשר סוגיית התמחור הטורפני סעיף 82 לאמנה האירופית,<sup>123</sup> הדן בניצול לרעה של כוח על ידי יצרן או יצרנים "דומיננטיים". הסעיף אוסר בסעיף קטן (a) על "קביעת מחיר רכישה או מכירה לא הוגן או קביעת תנאי מסחר לא הוגנים אחרים". הסעיף פורש, בהקשר של סוגיית התמחור הטורפני, כאוסר על יצרן דומיננטי להוריד את מחיר המוצר לרמה הנמוכה מרמת עלות הייצור<sup>124</sup> אם כתוצאה מכך "ייסגר" (*foreclosure*) השוק בפני מתחרים, ובכך יתחזק כוח השוק של היצרן הדומיננטי.<sup>125</sup>

בישראל סעיף 29א(א) לחוק ההגבלים העסקיים<sup>126</sup> הוא הסעיף הכללי האוסר על ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי. סעיף 29א(ב)(1) אוסר על קביעת מחירים "בלתי הוגנים", וסעיף קטן (2) אוסר על "צמצום או הגדלה של כמות הנכסים או היקף השירותים המוצעים על-ידי בעל מונופולין, שלא במסגרת פעילות תחרותית הוגנת". באשר לפרשנותם של סעיפים אלה בהקשר של סוגיית התמחור הטורפני דומה פרשנות ההגבלים העסקיים בישראל אימצה את עמדת הרשויות ובתי המשפט שבארצות הברית.

121 בית המשפט העליון הפדרלי בארצות הברית נמנע מלהכריע מהי עלות הייצור הרלוונטית – אם זו עלות הייצור השולית, עלות ייצור משתנה ממוצעת, או שמה עלות ייצור אחרת. מפאת קוצר היריעה לא ארחיב את הדיון בסוגיה זו.

122 יש לציין כי בית המשפט בעניין *Brooke Group* (לעיל ה"ש 114) מבחין בין תביעה המתבססת על הפרת סעיף 2 ל-Sherman Act, שאז נדרשת "הסתברות גבוהה" ("*dangerous probability*") להצלחת החזרת ההשקעה, ובין תביעה המתבססת על סעיף 2 ל-Clayton Act, אשר לפיה נדרשת "הסתברות סבירה" ("*reasonable probability*") ל"החזרת" ההשקעה.

123 Treaty Establishing the European Community, art. 82, Apr. 24, 2002 O.J. (C325) 33  
124 Case c-62/86, *AKZO Chemie BV v. Comm'n*, 1991 ECR I-3359. גם באיחוד האירופי לא נקבע בסיס קבוע לחישוב עלות הייצור. בפסק הדין בעניין *AKZO Chemie BV* נעשה שימוש בעלויות המשתנות הממוצעות (שם, פס' 71–72), אך עשויות להילקח גם עלויות אחרות כפי שעולה מתשובת האיחוד האירופי לשאלון ה-International Competition Network (ICN) – *International Competition Network (ICN), Unilateral Conduct Working Group Questionnaire on Predatory Pricing and Exclusive Dealing/Single Branding and Responses* (2007) European Commission Response, Answer 3 [www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/unilateral/questionnaires-responses/predatory-pricing.aspx](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/unilateral/questionnaires-responses/predatory-pricing.aspx) (להלן: מחקר ה-ICN בנוגע לטורפנות).

125 Case T-83/91, *Tetra Pak II International SA v Comm'n*, 1994 ECR II-00755

126 התשמ"ח-1988, ס"ח 128.

לכן בין היתר ביצעה רשות ההגבלים העסקיים רק קומץ של חקירות בגין עילה זו.<sup>127</sup> באשר לעמדת הפסיקה בישראל אציין כי אין הלכה ברורה בסוגיה זו מכיוון שהעניין לא נדון עד כה ישירות. מן המקרים המעטים שבהם נבחנה טורפנות בהליך שיפוטי בישראל (וגם בחינה זו נעשתה אגב אורחא בהליכים שהתמקדו בסוגיות הגבליות אחרות) עולה כי נטיית בתי המשפט היא לאמץ את אמות המידה שנקבעו בארצות הברית.<sup>128</sup> מן הניתוח הכלכלי-משפטי עד כה עולה כי עשויה להיות הצדקה מסוימת ליישום הגנת הינוקא מושא מאמר זה לשם הגנה על יצרנים הפועלים ברמת יעילות שאינה פחותה מזו של היצרן הדומיננטי כדי למנוע את האפשרות שיידחקו מן השוק על ידי באמצעות קביעת מחירי "הפסד". אך זאת רק במקרים העשויים לאפשר תמחור טורפני על פי התרחישים שהוצעו על ידי מלומדי אסכולת פוסט-שיקגו, וכן בכפוף לכך שיתמלאו התנאים המפורטים להלן בפרקים ו-ו'. בהקשר זה חשוב לזכור כי לא ברור כלל עד כמה נפוצים תרחישים אלו במציאות; כי הדין הקיים מעניק מענה מסוים<sup>129</sup> לאסטרטגיה הטורפנית בדמות האיסור על תמחור טורפני; וכן כי יישום ההגנה כרוך בעלויות, הפסדים ונזקים כבדים כפי שנסקרו לעיל.

**(ב) האם אפשר למנוע את כניסתו של יצרן יעיל באמצעות איום לקבוע מחיר הגבוה ממחיר עלות?**

עד כה התייחסנו לאפשרות דחיקתו מן השוק של יצרן יעיל או לאפשרות מניעת כניסתו לשוק מלכתחילה באמצעות קביעת מחיר טורפני, הנמוך ממחיר עלות. כדי להשלים את התמונה יש לבחון אם אפשר למנוע כניסה של יצרן יעיל באמצעות איום בהורדת המחיר למחיר שיהיה גבוה מעלות הייצור, משמע למחיר שאיננו בגדר "מחיר הפסד".

127 בהתבסס על תשובת ישראל למחקר ה-ICN בנוגע לטורפנות, לעיל ה"ש 124, בוצעו בישראל בשנים 1999–2007 רק שתי חקירות בגין תמחור טורפני על ידי רשות ההגבלים העסקיים, ומסקנתן בשני המקרים הייתה כי לא בוצעה טורפנות אסורה. ראו International Competition Network (ICN), *Report on Predatory Pricing*, April 2008, P. 34, Table 2 [www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc354.pdf](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc354.pdf); וכן תשובת ישראל למחקר ה-ICN בנוגע לטורפנות, שם, תשובות 1, 13.

128 ראו תשובת ישראל למחקר ה-ICN, שם, תשובה 9. כמו כן ראו ערר (ה"ע י-ם) 9/99 אמנה (תש"י) חברה להחסנה וערובה בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פס' 15 לפסק דינו של השופט עדיאל (פורסם בנבו, 21.2.2002); ערר (מחוזי י-ם) 1/00 פוד קלאב בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פס' 97 לפסק הדין (פורסם בנבו, 29.5.2003).

129 המענה שמעניקים דיני ההגבלים העסקיים לחשש מפני תמחור טורפני איננו מלא מכיוון שעל אף האיסור על תמחור טורפני לא יהיה פשוט לזכות בתביעה משפטית בגין עילה זו בשל קשיי הוכחה (שכן קיים צורך למשל להוכיח כי המחיר שקבע היצרן הדומיננטי נמוך ממחיר עלות הייצור שהיא אינה בגדר הגלוי, וקשה מאוד להוכיחה).

נניח כי יצרן יעיל (הכוונה היא ליצרן שאינו יעיל פחות מהיצרן הדומיננטי) נמצא בשלב שקילת ההחלטה אם להיכנס לשוק שפועל בו יצרן דומיננטי. היצרן הדומיננטי כבר השקיע את העלות השקועה הנדרשת לפעילותו – הוא כבר שכר קרקע לתקופה ממושכת, הקים מפעל, רכש מכונות וכדומה. עתה נמצא המתחרה הפוטנציאלי היעיל בנקודה שבה עליו להחליט אם לבצע את ההשקעה אף הוא לשם כניסה לשוק. אם היצרן הדומיננטי צפוי להוריד עם הכניסה את מחיר המוצר לרמה הקרובה לעלות הייצור, אך שעדיין תהיה רווחית מבחינתו (כדי שלא יהיה זה תמחור טורפני), ייתכן שבכך תהפוך הכניסה של היצרן הפוטנציאלי היעיל ללא כדאית, מכיוון שייתכן שברמת המחיר הנמוך אי אפשר יהיה להחזיר את ההשקעה הכרוכה בכניסה לשוק או להפיק ממנה תשואה הגבוהה מתשואה שאפשר להפיק מהשקעה חלופית.

כפי שנראה להלן, התממשותו של תרחיש זה איננה סבירה כלל מכיוון שלמעשה אין שום סיבה להניח שבמקרה של כניסה לשוק של היצרן הפוטנציאלי היעיל יממש היצרן הדומיננטי את האיום. זאת משום שלכשתבצע כניסתו של היצרן היעיל בפועל כבר לא יהיה בהורדת המחיר על ידי היצרן הדומיננטי כדי להשיג את מטרתה והיא לא תגרום לדחיקת המתחרה החדש מן השוק. בשלב זה גם המתחרה היעיל השקיע את העלויות השקועות, ולכן יוכל להמשיך לייצר ולפעול בשוק גם אם המחיר שבו ירד, כל עוד אין מדובר במחיר הפסד. מכיוון שאלו הם פני הדברים, לא ישתלם כלל ליצרן הדומיננטי להוריד את המחיר לאותה רמת מחיר נמוכה, שכן בכך יפגע גם בעצמו וברווחיו מבלי שישגיג כל תועלת מצעד זה. על כן מוטב ליצרן הדומיננטי לקבוע את המחיר ברמת המחיר הדואופולי<sup>130</sup> שתמקסם את רווחיו בנסיבות אלו (שבהן הוא איננו היצרן היחיד בשוק), אך בה בעת תניב רווחים על-תחרותיים גם ליצרן החדש. אשר על כן אי אפשר למנוע כניסה של יצרן יעיל גם באמצעות איום בהורדת המחיר לרמה הגבוהה מרמת עלות הייצור.<sup>131</sup>

130 שוק דואופולי הוא שוק שבו פועלים שני יצרנים. על פי מרבית התאוריות הכלכליות צפוי המחיר בשוק שכזה להיות גבוה מן המחיר התחרותי אך נמוך מרמת המחיר המונופוליסטי.

131 ראו Elhauge, לעיל ה"ש 6, בעמ' 719–724. למעשה כל עוד היצרן הדומיננטי מעריך כי היצרן הפוטנציאלי יעיל לפחות כמותו הוא יימנע מהורדת המחיר לרמה הקרובה לרמת עלות הייצור. אם ישגה היצרן הדומיננטי בהערכתו ויסבור שהיצרן הפוטנציאלי יעיל פחות ממנו, אזי הוא עשוי להוריד את המחיר לרמה הנמוכה, אך כאשר ייווכח שהיצרן החדש שורד בשוק, יבין את טעותו בהערכת מידת יעילותו של היצרן החדש ויתקן את אסטרטגיית התמחור שלו כמתבקש. יש שעשויים לטעון כי אם היצרן הדומיננטי יצליח להונות את היצרן הפוטנציאלי היעיל וכן את שוק האשראי (אשר יממן את הכניסה לשוק) ולגרום להם להאמין כי היצרן הדומיננטי יעיל מכפי שהוא באמת, הרי שבכך יוכל הוא למנוע את הכניסה לשוק. זאת מכיוון, כפי שנראה בהמשך הדברים, שיתרון יעילות ליצרן הדומיננטי יאפשר לו לדחוק את היצרן החדש אל מחוץ לשוק בכך שיקבע את המחיר ברמה הגבוהה מעלות הייצור שלו עצמו אך נמוכה מעלות הייצור של כל יצרן פוטנציאלי יעיל פחות. אך לא נראה כי אסטרטגיה שכזו יכולה להיות אפקטיבית לאורך זמן, מכיוון שראשית גם היצרן



(ג) תוצאות יישום הגנת הינוקא במקרים שבהם הייתה הכניסה מתבצעת בכל מקרה במקרים שבהם כניסתו של היצרן היעיל לשוק הייתה מתבצעת בכל מקרה תוצאות יישום ההגנה תהיינה באופן מובהק וחד-משמעי שליליות. יישום הגנת הינוקא במקרים אלו יהיה כרוך בעלויות, בהפסדים ובנזקים שסקרנו לעיל,<sup>132</sup> והתוצאות החיוביות מן הכניסה לא תנבענה כלל מיישום ההגנה. אפשר אולי לטעון כי יישום הגנת הינוקא עשוי להקדים את הכניסה לשוק מכיוון שהוא מעניק הגנה ומגביר את מידת הכדאיות שלה מבחינת היצרן הפוטנציאלי, אך למעשה נראה כי הטיעון ההפוך – שיישום ההגנה עלול דווקא לעכב את הכניסה – סביר לא פחות וייתכן שאף יותר. הטעם לאמור נעוץ בכך שישתלם ליצרן היעיל להמתין ולדחות את מועד הכניסה לשוק עד לאחר שתתקבל החלטה ליישם את הגנת הינוקא שתוסיף לרווחיו לאחר הכניסה. עובדה ידועה היא שהליך קבלת ההחלטה אם ליישם את הגנת הינוקא, ואם כן באיזה אופן ובאיזה היקף, עשוי לארוך זמן ובכך דווקא לעכב את הכניסה.

פגיעה נוספת, שהיא ככל הנראה החמורה מכולן, עלולה להתרחש אם יישום הגנת הינוקא יוביל לכניסתו לשוק של יצרן יעיל פחות במקום כניסתו של היצרן הפוטנציאלי היעיל. תרחיש זה אפשרי וסביר מכיוון שיישום הגנת הינוקא (בעיקר אם הוא צפוי להיות ממושך ולקבוע מגבלות חמורות על יכולתו של היצרן הדומיננטי להתחרות ביצרן החדש) צפוי להגדיל מאוד את רווחיו של היצרן החדש עד כי ייתכן שיהפוך את הכניסה לשוק לכדאית גם ליצרנים פוטנציאליים יעילים פחות (ולכן ייתכן שגם היצרן בעל הפוטנציאל ליעילות יבחר שלא להשקיע את המשאבים הנדרשים לשם השגת פוטנציאל היעילות, שכן השקעה זו עשויה להיות מיותרת משום שאפשר להרוויח מן הכניסה גם בלעדיה). על כן אם בסופו של דבר יצליח יצרן יעיל פחות להיכנס לשוק, עשויה הכניסה היעילה להימנע לחלוטין או להצטמצם בהיקפה בשל האפשרות לעודף ייצור והיצע. בכך יפסיד השוק את יתרונותיה של הכניסה היעילה שהייתה מתרחשת אילו לא יושמה הגנת הינוקא, ונוסף על כך יישא בתוצאות השליליות של הכניסה היעילה פחות שעליהן נעמוד בהרחבה בהמשך הדברים.

(ד) תוצאות יישום הגנת הינוקא במקרים שבהם יישום ההגנה הוביל לכניסת היצרן היעיל לשוק שאם לא כן לא הייתה מתבצעת

עד כה נוכחנו כי אין סיבה ממשית לחשש שיצרן דומיננטי יצליח לדחוק מן השוק יצרן פוטנציאלי יעיל, פרט אולי למקרים התואמים את התרחישים שהעלו מלומדי אסכולת פוסט-שיקגו. על כן לא נראה כי קיימת הצדקה ליישום הגנת הינוקא פרט אולי לאותם

הפוטנציאלי יכול לנסות ולהטעות את היצרן הדומיננטי כדי שיחשוב שהיצרן הפוטנציאלי יעיל יותר מכפי שהוא במציאות, ושנית לא נראה סביר שיהיה אפשר לשטות ביצרנים הפוטנציאליים ובשוק האשראי לאורך זמן כאשר עסקינן בשוק אשר הרווחים שבו ניכרים, וראו לעיל ה"ש 110.  
132 ראו את סקירת העלויות וההפסדים של יישום הגנת הינוקא לעיל בפרק ג.2.

תרחישים אמורים שבהם תוצאות יישום ההגנה עשויות להיות חיוביות מבחינת התועלת המצרפית.

אפשר להעלות הצדקה נוספת ליישום הגנת הינוקא, שלפיה ההגנה תגדיל את ההסתברות לכניסה חדשה לשוק בכך שתהפוך את הכניסה לרווחית יותר בשל המגבלות שיוטלו על יכולתו של היצרן הדומיננטי להתחרות, ועל כן גם ליותר כדאית מבחינת היצרן הפוטנציאלי. בכך יישומה של ההגנה עשוי להוביל לכניסת היצרן היעיל לשוק שאם לא כן לא הייתה מתבצעת. לדעתי אין בטיעון זה ככלל כדי להצדיק את יישומה של הגנת הינוקא. כפי שטענתי לעיל, לא כל כניסה חדשה לשוק כדאית ורצויה מבחינה כלכלית. כניסה חדשה תהיה רצויה וכדאית רק אם היא מגדילה את התועלת ואת הרווחה המצרפית. סביר להניח שכניסה שתהיה כדאית ליצרן החדש ותתרום גם להשאת התועלת המצרפית היא כניסה שתניב פירות לפרק זמן ממושך, אך במקרה שכזה הרווחים ארוכי הטווח מהכניסה ייצרו תמריץ מספק לכניסה עצמאית שאינה נזקקת למעורבות מצדו של הרגולטור. כמו כן תמיכה מצדו של הרגולטור עשויה לפגוע ביעילות הייצור של השוק לטווח הארוך, מכיוון שהיא תעודד כניסה של יצרן שיעילותו, הגם שאינה נופלת מיעילות היצרן הדומיננטי, אינה מספיקה לצורך כניסה עצמאית ורווחית, אך בכך היא עשויה למנוע כניסה יעילה יותר בעתיד מכיוון שזו כבר לא תהיה כדאית בשל עודף היצע פוטנציאלי.

נוסף על האמור לעיל, אם אנו מניחים כי יישום הגנת הינוקא הוא הגורם לכניסה של יצרן חדש ויעיל, הרי שמבחינת היצרן הפוטנציאלי הרווח שאפשר להפיק מן הכניסה ומהפעילות בשוק ללא הגנת הינוקא אינו גבוה מספיק, ועל כן אינו מצדיק את ההשקעה הכרוכה בכניסה. אילו הייתה הכניסה כדאית מבחינתו של היצרן הפוטנציאלי, יש להניח כי בהיעדר כשל שוק בשוק האשראי היה שוק האשראי בוחר לממנה. אין כל סיבה להניח שבהיעדר כשל שוק בשוק האשראי ידע הרגולטור להעריך טוב יותר משוק האשראי החופשי אם הכניסה לשוק צפויה להיות רווחית מבחינת היצרן הפוטנציאלי אם לאו. לשוק האשראי החופשי יש יתרונות מובהקים על פני הרגולטור בהיבט זה. ראשית, בשוק האשראי החופשי מתקבלות החלטות על ידי גורמים בעלי אינטרס כלכלי אישי בהצלחת הכניסה. שנית, שוק האשראי החופשי יודע לנפות את אותם גורמים שרקורד החלטות העבר שלהם לא היה טוב דיו (במעין הליך של בררה טבעית), וכך הגורמים שנותרו בשוק הם כאלו שהוכיחו את יכולתם להעריך נכון יחסית את כדאיותן של ההשקעות השונות.<sup>133</sup> בשונה מן האמור לעיל, במקרה שבו מתקיים כשל שוק בשוק האשראי עשוי להימנע מימון להשקעה כדאית. כשל שוק שכזה עשוי להתקיים למשל כתולדה של קשר עסקי או תאגידי של גורמי המימון המובילים עם היצרן המונופוליסטי,

133 ראו למשל Elhauge, לעיל ה"ש 6, בעמ' 785-786; וכן Kent Daniel, David Hirshleifer & Siew Hong Teoh, *Investor Psychology in Capital Markets: Evidence and Policy Implications*, 49 JOURNAL OF MONETARY ECONOMICS 139, 141-142 (2002).

ובעקבותיו עשויים אותם גורמי מימון להימנע מלממן את הכניסה לשוק.<sup>134</sup> מקרה שכזה עשוי להצדיק התערבות רגולטורית<sup>135</sup> אך לא התערבות מסוג הגנת הינוקא מושא מאמר זה, מכיוון שזו אינה מתמודדת ואינה פותרת את כשל השוק האמור, שכן גם אם תיושם ההגנה עדיין יצטרך היצרן הפוטנציאלי להשיג מימון מאותם גורמי אשראי הקשורים ליצרן המונופוליסטי. על כן ככל שאכן קיימת בעיה של ניגוד אינטרסים בין היצרן החדש ובין נותני המימון, בעיה זו תיוותר בעינה גם אם תיושם הגנת הינוקא הנדונה. אפשר לטעון כי במסגרת השיקולים אם ראוי לעודד כניסה חדשה לשוק יש להביא בחשבון לא רק את התועלת שיפיק היצרן הפוטנציאלי מן הכניסה, אלא גם את התועלת המצרפית שיפיקו ממנה כלל הגורמים בשוק. זוהי אכן טענה הגיונית התואמת את תפקידו של הרגולטור לדאוג לתועלת ולרווחת הכלל. לפיכך אפשר להעלות את האפשרות שעלויות הכניסה אולי אינן מצדיקות אותה מבחינת האינטרס הצר של היצרן הפוטנציאלי, אך הן עשויות להצדיק אותה אם שוקלים את התועלת ואת הרווחה הכללית-מצרפית. המשך הטיעון יהיה שסביר להניח כי להשקעה בכניסה לשוק תהיה החזנה כלכלית חיובית, כלומר היא תניב תועלת לא רק ליצרן הפוטנציאלי אלא גם לצרכנים שיוכלו ליהנות מן המוצר במחיר נמוך יותר, וכי בכך טמונה ההצדקה ליישום ההגנה.

הקושי הטמון בטענה זו נעוץ בכך שאם השוק החופשי בחר שלא לממן את הכניסה (טרם התערבות הרגולטור), אזי סביר להניח שקיימת השקעה חלופית העדיפה עליה מנקודת מבטם של ספקי האשראי. אמנם להשקעה לצורך הכניסה לשוק עשויה להיות החזנה כלכלית חיובית, אך בהחלט ייתכן שגם ההשקעה החלופית הייתה עשויה להניב תועלת שכזו,<sup>136</sup> ואין כל סיבה להניח אפריורית ובאופן גורף שהתועלת הכללית שתניב

134 על פי הטענה, בנקים וספקי אשראי אחרים עשויים להימנע מלממן חברות שעשויות להתחרות בחברות ובגופים אחרים שכבר ממומנים על ידי אותם בנקים וספקי אשראי גם אם ההשקעה כשלעצמה באותן חברות צפויה להיות רווחית. זאת בעיקר בשווקים מונופוליסטיים ובייחוד במערכת כלכלית ריכוזית וקטנה כמו בישראל. ההנחה היא שבמקרים רבים ספקי האשראי יעדיפו שלא לפעול נגד המונופול שהוא גורם מרכזי במשק, או בניגוד לאינטרס הכלכלי של ספקי האשראי עצמם אם הם כבר מממנים את המונופול או קשורים אליו תאגידית, ובכך מימון המתחרה עשוי לסכן את השקעתם. תרחיש זה עשוי בהחלט להתממש, אך יש לזכור כי יהיו מקרים שבהם יעמדו ליצרן הפוטנציאלי חלופות מימון נוסף על גופי האשראי המוסדיים המקומיים. למשל, אפשר לגייס הון מן הציבור בישראל (הנפקת מניות או אג"ח בבורסה), וחברות רבות אכן נוהגות כך, אפשר לגייס הון ממוסדות אשראי בחו"ל, ואפשר לגייס הון מן הציבור בחו"ל.

135 וראו למשל את עניין הכניסה לשוק ייצור החשמל, לעיל ה"ש 14.

136 אמנם עשויות להיות השקעות שאינן מניבות רווח ותועלת כלליים, וקיימות השקעות שאפילו גורמות לפגיעה בתועלת המצרפית (כמו למשל השקעה בלובי פוליטי כדי לשמר מעמד מונופוליסטי), אבל השקעות רבות הן כדאיות מכיוון שהן מספקות צורך צרכני (שיפור מוצר, כניסה לשוק שיש בו מחסור בייצור וכד'), והשקעות אלו יניבו תועלת רבה לכלל המשק. לפיכך ההערכה היא כי התועלת

הכניסה תהיה גדולה מהתועלת שתניב ההשקעה החלופית. בהקשר זה עלינו לשאול אם הרגולטור מחזיק ביתרון על פני שוק האשראי החופשי בהערכת מידת התועלת הצפויה מן הכניסה לשוק לעומת התועלת של ההשקעה החלופית. דומני שהדעה הרווחת תעניק יתרון בהקשר זה לשוק האשראי החופשי בשל יתרונותיו, שעליהם עמדתי לעיל, ומלבד זאת כל הנחת המוצא של הליך ההפרטה ויצירת התחרות בשווקים מניחה את יתרוננו של השוק החופשי על פני ההסדרה הרגולטורית של שווקים. על כך כמובן יש להוסיף גם את ההנחה שההשקעה החלופית אינה כרוכה בכל העלויות, ההפסדים והנזקים הניכרים הכרוכים ביישום הגנת הינוקא, אשר על חלקם עמדתי לעיל ועל אחרים עוד ארחיב בהמשך הדברים. לכן דומני שכדי להצדיק את יישום הגנת ינוקא בשם הגדלת הרווחה המצרפית, על הגורמים התומכים בכך לשכנע כי אכן במקרה הספציפי הרגולטור הוא הגורם בעל היכולת העדיפה להעריך מהי ההשקעה שתניב תועלת רבה יותר לרווחה המצרפית.<sup>137</sup> כפי שאנסה להראות בהמשך הדברים, יקשה מאוד על הרשות לעמוד בנטל זה. כמו כן יהיה על הרשות להראות ולשכנע כי אין בכוונת היצרן היעיל להיכנס לשוק בכל מקרה (שאו הגנת הינוקא מזיקה באופן מובהק), וסביר להניח, כפי שעוד אדון בכך בהמשך, שיקשה עליה מאוד לעמוד גם בכך.

בכל הנוגע ליתרונות הנוספים שיש לתחרות (פרט לצמצום ה-Dead Weight Loss), שעליהם עמדתי לעיל (קרי עידוד החדשנות בשוק, תועלת חלוקתית, גיוון וביזור מוקדי הכוח הכלכלי-פוליטי),<sup>138</sup> הרי שדומה שאין בהם כדי להצדיק את יישום הגנת הינוקא בתרחיש זה שבו היצרן היעיל נכנס בזכות יישום ההגנה, משני טעמים עיקריים: ראשית, כאמור לעיל, ייתכן שאילולא יושמה ההגנה היה נכנס בעתיד לשוק יצרן יעיל עוד יותר שמבחינתו הכניסה עשויה הייתה להיות כדאית, ובעקבות כניסתו היו גם היתרונות הנוספים לתחרות מניבים תועלת חברתית רבה יותר. כניסה זו עלולה להימנע מכיוון שכניסת היצרן בעקבות יישום ההגנה תצמצם את הביקוש לכניסה נוספת; שנית, מידת התועלת של אותם יתרונות נוספים לתחרות כמעט שאיננה ניתנת למדידה, להערכה

לכלל הציבור מחדשנות עולה בהרבה על התועלת שמפיק היום האחראי לפיתוח החדשני, וראו Charles I. Jones & John C. Williams, *Measuring the Social Return to R&D*, 113 Q. J. ECON. 1119 (1998).

137 ו חשוב שאבהיר כי ייתכנו בהחלט מקרים בהם עשוי להתקיים כשל שוק בשוק ספקי האשראי, כמו למשל בשוק שבו קיימת החצנה חיובית בעלת משקל רב, אך עדיין ההנחה היא כי אלו הם המקרים היוצאים מן הכלל שלפיו פעולת שוק האשראי החופשי עדיפה על פני הסדרה רגולטורית. באשר למקרים שבהם מתקיים בשוק האשראי כשל השוק הנובע מקשרים של ספקי האשראי עם היצרן המונופוליסטי, אזי כאמור לעיל התערבות רגולטורית עשויה להיות מוצדקת, אך לא התערבות רגולטורית מסוג יישום הגנת הינוקא מושא המאמר, מכיוון שזו אינה מתמודדת עם כשל השוק האמור ואינה פותרת אותו.

138 ראו לעיל ה"ש 67-69 והטקסט המפנה אליהן.

ולכמות, ולכן יהיה קשה מאוד למקבל ההחלטה לשכנע כי התועלת שבהם עולה על העלויות הכרוכות ביישום ההגנה בתרחיש זה.

## 2. השפעת הגנת הינוקא על כניסת יצרנים יעילים פחות מן היצרן הדומיננטי

עד עתה בחנתי את השפעת הגנת הינוקא על כניסתם לשוק של יצרנים שלגביהם אין ליצרן הדומיננטי יתרון יעילות, ומסקנתי הייתה שבמרבית המקרים יישום הגנת הינוקא הוא ככל הנראה מזיק, אינו נחוץ ואינו כדאי. עתה אמשיך בבחינת השפעת הגנת הינוקא על מקרים שבהם היצרן הפוטנציאלי נמצא במצב של חיסרון מבחינת רמת יעילותו בהשוואה לרמת יעילותו של היצרן הדומיננטי. ראשית אבחן כיצד תשפיע הגנת הינוקא על הסתברות הכניסה לשוק, ולאחר מכן אבחן את תוצאות יישום ההגנה במקרה זה מבחינה כלכלית.

(א) השפעת יישום הגנת הינוקא על הסתברות הכניסה לשוק של יצרנים בלתי יעילים יצרן פוטנציאלי ייחשב יעיל פחות מן היצרן הדומיננטי אם עלויות הייצור שלו גבוהות יותר, או אם איכות המוצר שלו נמוכה יותר באותה עלות ייצור, או במילים אחרות: אם הוא מציע יחס של עלות-איכות הנתפס כנחות בעיני קהל הצרכנים לעומת יחס כזה שמציע היצרן הדומיננטי. מבחינה כלכלית אפשר להתייחס לכל החסרונות הללו כבאים לידי ביטוי בעלות ייצור גבוהה יותר מכיוון שהיצרן הפוטנציאלי אינו יכול לייצר את המוצר ברמת איכות השווה לזו של המוצר המיוצר על ידי היצרן הדומיננטי באותה עלות ייצור. בתת-פרק זה ההנחה היא כי חסרון היעילות הוא נמשך וקבוע. מכיוון שכך, במצב שבו יפעל השוק בחופשיות, ללא התערבות רגולטורית, צפוי היצרן הדומיננטי לגבור על היצרן הפוטנציאלי ולדחוק אותו מן השוק בכך שיוריד את מחיר המוצר לרמה הגבוהה מעלות הייצור שלו אך הנמוכה מעלות הייצור של היצרן הפוטנציאלי. על כן, למעט במקרים מיוחדים, לא יהיה כדאי ליצרן הפוטנציאלי להיכנס לשוק מלכתחילה.<sup>139</sup>

139 היצרן הפוטנציאלי עשוי כמובן להיכנס לשוק מתוך טעות בהערכת מידת יעילותו הצפויה או בשל הערכת חסר של מידת יעילות היצרן הדומיננטי. בנוסף, Elhauge מונה מקרים שבהם בכל זאת עשוי להשתלם ליצרן הפוטנציאלי להיכנס לשוק. למשל, אם היצרן הדומיננטי אינו מסוגל להגדיל משמעותית את יכולת הייצור שלו במהירות ובעלות סבירה; אם הצרכנים יכולים לאגור את המוצר הם עשויים לרכוש כמויות ניכרות מהיצרן החדש בידעם שהמחיר הנמוך בעקבות הכניסה זמני בלבד; לבסוף בשוקים שבהם החוזים הם ארוכי טווח, הנכנס יכול לנסות להיקשר למספיק חוזים כדי להבטיח את הישרדותו לפרק זמן ממושך דיו. מנגד בשוקים שבהם אגירת המוצר אינה אפשרית, המוצרים אינם עמידים, השירות מוגבל בזמן, וצורכי העתיד קשים להערכה, יהיה אפשר לדחוק יצרן חדש אל מחוץ לשוק במהירות יחסית. ראו Elhauge, לעיל ה"ש 6, בעמ' 758-762.

במקרה שכזה עשויה הגנת הינוקא ליצור את התמריץ לכניסה לשוק של היצרן היעיל פחות, ותמריץ זה יגדל ויתעצם ככל שיתארך פרק יישומה של הגנת הינוקא. בתקופת ההגנה יוכל היצרן היעיל פחות להרוויח ממחיר אשר יהיה גבוה מעלות הייצור של המוצר, וככל שתקופת ההגנה תתארך ילך הרווח ויצטבר עד שיוכל לכסות את עלות הכניסה לשוק. לכן דומה כי יישום הגנת הינוקא לפרק זמן ממושך הכרחי לשם עידוד כניסתם של יצרנים יעילים פחות לשוק.<sup>140</sup>

להלן אבחן את תוצאות יישום הגנת הינוקא במקרים שבהם היצרן הנכנס יעיל פחות מהיצרן הדומיננטי, ואתחיל בבחינת המקרים הנפוצים פחות, שבהם הייתה מתבצעת כניסה לשוק בכל מקרה, גם בלי יישומה של הגנת הינוקא.

(1) תוצאות יישום הגנת הינוקא במקרים שבהם הייתה הכניסה מתבצעת בכל מקרה<sup>141</sup> דומה שבמקרים שבהם הכניסה לשוק הייתה מתבצעת בכל מקרה, תוצאות יישום ההגנה תהיינה מעורבות, אם כי סביר להניח שבסיכום הדברים תהיה התוצאה הכוללת שלילית. יישום הגנת הינוקא במקרים אלו יהיה כרוך בעלויות, בהפסדים ובנוזקים שנסקרו לעיל (כשהדגש הוא בהפחתת התחרות בשוק שלאחר הכניסה, במניעה של הורדת מחירים או שיפור המוצר, בפגיעה ביעילות היצרנית בשל מעבר הייצור מן היצרן הדומיננטי היעיל ליצרן החדש היעיל פחות ובאבדן מסוים ביעילות הגודל).<sup>142</sup> את הממד החיובי ליישום הגנת הינוקא אפשר למצוא בכך שההגנה עשויה להאריך את פרק הזמן שבו יפעל היצרן החדש בשוק. אל אותה תוספת זמן שבה יפעל היצרן החדש בשוק בשל יישום הגנת הינוקא אפשר להתייחס כאל כניסה לשוק שאילולא יושמה בו הגנת הינוקא לא הייתה מתרחשת, ולכן הניתוח שיוצג להלן תקף גם בעניינה.<sup>143</sup>

140 יצוין כי ההנחה היא שבשוק האמור עלויות הכניסה הן נכבדות, שאם לא כן, כך יש להניח, כניסה או אפילו כמה כניסות כבר היו מתבצעות. שוק שבו עלויות הכניסה נמוכות, בהיעדר מגבלות רגולטוריות לכניסה, הוא שוק שאין בו חסמי כניסה טמירים, ועל כן יהיה קשה ליצרן הדומיננטי לשמור על מעמדו, ומכל מקום אותו יצרן יהיה חסר "כוח שוק", ועל כן חסר יכולת לפגוע בצרכנים באמצעות העלאת מחירים מלכתחילה.

141 ראו לעיל ה"ש 139 המתייחסת למקרים האמורים.

142 ראו את סקירת העלויות וההפסדים של יישום הגנת הינוקא לעיל בפרק 2.2, וכן Elhauge, לעיל ה"ש 6, בעמ' 762-765.

143 ניתוח תרחיש זה מתחלק בעצם לשניים: המועד שבו היה היצרן הפוטנציאלי פעיל בשוק בכל מקרה – שלגביו ההשפעה של הגנת הינוקא היא שלילית בלבד; המועד המאוחר שבו היצרן הפוטנציאלי פעיל בשוק אך ורק עקב יישום הגנת הינוקא. הניתוח הכלכלי של המועד המאוחר זהה לניתוח התקף לעניין כניסה שמתבצעת עקב יישום הגנת הינוקא, וכפי שנראה להלן, התוצאות הכלכליות של כניסה זו הן מעורבות, אך דומה שהכף נוטה לכיוון השלילי.

(2) ניתוח תוצאות המקרים שבהם יישום הגנת הינוקא הוביל לכניסת היצרן  
הבלתי יעיל לשוק

ראשית חשוב לציין כי אחת המטרות החשובות המיוחסות לקיומה של תחרות בשווקים היא הוצאת יצרנים בלתי יעילים מן השוק. מקובל שבתחרות היצרן היעיל יותר גובר על היצרנים היעילים פחות אפילו עד כדי דחיקתם מן השוק כאשר יתרון היעילות העומד לרשותו גדול במיוחד. האם יש אפוא למנוע מיצרן דומיננטי בעל יתרון יעילות גדול מלנצל יתרון זה? דיני התחרות עונים על שאלה זו בשלילה גורפת. מונופולים הם חוקיים, והם רשאים להתחרות ולנצל את יתרונות היעילות העומדים לרשותם.<sup>144</sup> כל קביעה אחרת תגרור עיוותים חמורים לשוק כמו גם לתהליך התחרות עצמו.<sup>145</sup> על כן כל עוד יצרן דומיננטי בעל כוח שוק מנצל את יתרון היעילות שלו כדי להשיא את רווחיו, גם אם תוך דחיקת מתחרים בלתי יעילים מן השוק, הרי שזהו חלק מתהליך התחרות הלגיטימי והרצוי. כאשר היצרנים הבלתי יעילים יצאו מן השוק, יגדל התמריץ ליצרנים יעילים להיכנס אליו, וכך בטווח הזמן הארוך צפויים הצרכנים ליהנות משוק יעיל ותחרותי. על כן יש להדגיש כי תוצאת יישום הגנת הינוקא בתרחיש זה מנוגדת לעמדה העקרונית של דיני התחרות, וזאת כפי שיהיה אפשר להיווכח מן הדיון להלן – ללא הצדקה מספקת.

מנקודת מבטם של הצרכנים התוצאות הכלכליות של הגנת הינוקא במקרים שבהם יישומה יוביל לכניסת היצרן החדש והבלתי יעיל הן מעורבות. אתחיל בסקירת ההשפעה החיובית. ההשפעה החיובית תבוא לידי ביטוי באפשרות שהרוכשים מהיצרן החדש ירכשו את המוצר במחיר נמוך מן המחיר שהיו משלמים (ליצרן הדומיננטי) אילו לא הכניסה. אך חשוב לסייג ולהדגיש כי ייתכן שהיצרן החדש יקבע את אותו המחיר שקבע היצרן הדומיננטי מיד או לאחר תקופת זמן מסוימת שבה יבסס מעט את מעמדו בשוק וירכוש לעצמו מוניטין, או שיקבע מחיר הנמוך אך במעט מן המחיר שגובה היצרן הדומיננטי. על כן במקרים אלו ההשפעה החיובית עשויה להיות מתונה וקצרת מועד.

144 ראו למשל United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416, 430 (2d Cir. 1945), שם פסק בית המשפט כי: "The successful competitor, having been urged to compete, must not be turned upon when he wins"

145 ראו למשל BORK, לעיל ה"ש 69, בעמ' 196–197; וכן ראו דבריה של השופטת פרוקצ'יה המאמצת עיקרון זה בפס' 28 לפסק דינה בע"א 3398/06 הרשות להגבלים עסקיים נ' דור-אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ, פ"ד סא(3) 757 (2006): "חופש התחרות הוא אינטרס ציבורי מובהק; הוא מבטיח הקצאה יעילה של משאבים, חופש בחירה של הצרכן, והגברת התמריצים לייעול, לפיתוח וחדשנות כלכלית וחברתית. התחרות משמשת מנוף לצמיחה כלכלית ולשיפור ברמת החיים ואיכות החיים: 'תחרות חופשית מהווה גם תנאי הכרחי לקיומו של משק יעיל ובריא, ואף לצמיחה כלכלית. התחרות מעודדת יזמות, גורמת לשיפור מתמיד של היצע המוצרים בשוק, ולהדרתם של יצרנים בלתי יעילים ממנו'" (ההדגשה הוספה – ג"ש).

כמו כן ייתכן שגם הרוכשים של היצרן הדומיננטי ייהנו משיפור מה בתנאי הרכישה ככל שהגנת הינוקא תתיר ליצרן זה לשפר את המחיר או את המוצר. ככל שתיקבע הגנת ינוקא מחמירה שלא תאפשר ליצרן הדומיננטי לשפר את המוצר או להוריד את מחירו, אזי יש לזכור כי הרוכשים של היצרן הדומיננטי, שהם עדיין מרבית הרוכשים בשוק, לא ייהנו משיפור בתנאי הרכישה, וכפי שנראה להלן, ייתכן שאף יאלצו לספוג עלייה במחיר. באשר ליתרונותיה הנוספים של התחרות, קרי חדשנות, גיוון, תועלת חלוקתית וביזור מוקדי הכוח, הרי שיפה לכך הדיון דלעיל בהקשר של כניסת היצרן היעיל,<sup>146</sup> ועל הדברים שכבר נאמרו יש להוסיף כי בתרחיש שבו הכניסה היא של יצרן בלתי יעיל (ואנו מניחים חוסר יעילות קבוע בתרחיש זה), הרי שכניסה זו אינה צפויה ליצור תמריץ מיוחד לחדשנות מבחינת היצרן הדומיננטי.

מנגד עשויות להיות גם תוצאות שליליות ליישום הגנת הינוקא בתרחיש זה מבחינת ציבור הצרכנים. למשל, ייתכן שהרוכשים מהיצרן הדומיננטי יאלצו לשלם מחיר גבוה יותר עבור המוצר, מכמה סיבות: ראשית, היצרן הדומיננטי עשוי להעלות את המחיר כדי לזרו את מועד פקיעת ההגבלה (ככל שהמחיר יעלה כך יקטן נתח השוק של היצרן הדומיננטי, וכך יוכל הוא לקצר את משכה של ההגנה המוענקת ליצרן החדש – ככל שהיא תלויה בגודל נתח השוק של היצרן הדומיננטי); שנית, הירידה הצפויה בכמות הייצור של היצרן הדומיננטי עלולה לגרום לפגיעה ביעילות שעלולה להוביל לקביעת מחיר אופטימלי גבוה מהמחיר הקודם; ושלישית, ייתכן שהמחיר טרם הכניסה לא היה אופטימלי מבחינתו של היצרן הדומיננטי מתוך ניסיון למנוע, או לפחות לדחות, את הכניסה, אך עתה משהתרחשה הכניסה מתבטל התמריץ להימנע מקביעת המחיר הגבוה האופטימלי מבחינתו.<sup>147</sup> נזק נוסף וחשוב הכרוך ביישום הגנת הינוקא בתרחיש זה הוא הפגיעה באפשרות כניסתם של יצרנים יעילים לשוק. בהקשר זה עלינו לשים לבנו לכך שאשראי, ככל יתר המשאבים, מצוי במחסור, וככל שהגנת הינוקא תעודד כניסה של יצרנים יעילים פחות, שיידרש בגינה גיוסו של אשראי רב, יבוא הדבר על חשבון האשראי שיהיה אפשר לגייס בשביל כניסות יעילות לשוק. בעקבות זאת הגנת הינוקא תוביל להעלאת מחיר האשראי ליצרנים פוטנציאליים יעילים, וכמו כן תקטין את רווחיהם הצפויים מכיוון שהם עשויים להיאלץ להתחרות גם ביצרנים לא יעילים שהגנת הינוקא עודדה את כניסתם לשוק. הקטנת ההכנסה הצפויה מן הכניסה היעילה תקטין את התמריץ לכניסה שכזו מלכתחילה ועלולה לגרום לפגיעה ביעילות הייצור בשוק לטווח הארוך ואף למנוע כניסה יעילה שאלמלא כן הייתה מתרחשת.<sup>148</sup> על כן לסיכום, דומה שתוצאת יישום הגנת הינוקא מבחינת הצרכנים היא מעורבת אם כי נראה לי כי במקרים שבהם הגנת הינוקא תיושם לפרק זמן ממושך, על נזקיה, ההוצאות הכרוכות בה

146 ראו לעיל בפסקה האחרונה בפרק ד.1(ד).

147 ראו Elhauge, לעיל ה"ש 6, בעמ' 770–773.

148 שם, בעמ' 774–777.



וההפסדים שלהם תגרום, כפי שנסקרו לעיל, תגדל הסבירות כי פגיעתה בצרכנים תתברר כגדולה מהתועלת שבה.

בבחינת השפעת הגנת הינוקא על הרווחה המצרפית עלינו לבחון גם את השלכות יישומה על עלות הייצור, וכפי שכבר נטען לעיל, השפעה זו עשויה להיות רבה מהשפעת הירידה האפשרית במחיר בשל יישום ההגנה. בעניין זה נראה כי יישום הגנת הינוקא עלול להוביל לפגיעה ביעילות הייצור הכוללת של השוק בשל כניסתו של יצרן שרמת יעילותו פחותה מזו של היצרן הדומיננטי. זאת מכיוון שהגבלות ההגנה תובלנה להעברת ייצור מהיצרן הדומיננטי היעיל אל היצרן החדש הבלתי יעיל, וכמו כן היצרן הדומיננטי עלול לאבד מידה מן היעילות של הגודל בשל הצמצום בכמות הייצור שלו. לבסוף, בהנחה שחסרון היעילות של היצרן החדש קבוע, בסופו של דבר לכשיוסרו הגבלות הגנת הינוקא הוא צפוי להידחק אל מחוץ לשוק, ובמקרה שכזה ירדו לטמיון המשאבים שהושקעו בכניסה. אבדן זה פוגע בעושר המצרפי של השוק, שכן עקרונית היה אפשר להשקיע משאבים אלו בהשקעה חלופית יעילה שהייתה תורמת תרומה קבועה ונמשכת לרווחה המצרפית.<sup>149</sup>

מסיכום הדברים עד כה נראה כי התוצאה הכוללת לעניין יישום הגנת הינוקא בתרחיש זה היא שלילית (כלומר, ככל הנראה היא תגרע מסך התועלת והרווחה המצרפית ולא תגדיל אותה), מכיוון שאמנם ההשפעה על טובת הצרכנים מעורבת, אך ההשפעה על יעילות הייצור היא בבירור שלילית. אוסיף ואדגיש כי גם אם התועלת לצרכנים עולה על ההפסדים והעלויות הכרוכים ביישום הגנת הינוקא, עדיין ייתכן שהיישום אינו כדאי, מכיוון שאת המשאבים שהושקעו ביישום הגנת הינוקא היה אפשר להשקיע בהשקעה חלופית שכאמור הייתה עשויה להיות כדאית ומועילה יותר לתועלת ולרווחה המצרפית, כפי שנטען לעיל בהקשר של יישום ההגנה במקרה של הכניסה היעילה לשוק. טעם הדברים, בקליפת האגוז, נעוץ בכך שאמנם אפשר לטעון כי להשקעה בכניסה לשוק עשוי להיות אפקט של החצנה חיובית, אך עלינו לזכור כי גם להשקעה החלופית עשויה להיות החצנה חיובית, שעשויה להיות אף רבה מזו של כניסת היצרן החדש לשוק עקב יישום הגנת הינוקא. על כך יש להוסיף כמובן את כל העלויות, ההפסדים והנזקים הכרוכים ביישום הגנת הינוקא שלא היו מתקיימים אילו הושקעו משאבי הכניסה בהשקעה החלופית.

### 3. השפעת הגנת הינוקא על נכנסים פוטנציאליים שיכולים להתגבר עם חלוף הזמן על חסרון היעילות שלהם

קיימות שתי סיבות עיקריות לאפשרות שיצרן פוטנציאלי ישפר את יעילותו ביחס ליעילות היצרן הדומיננטי עם חלוף הזמן: ראשית, קיימת יעילות הגודל שאותה אפשר למצות עם הגדלת המכירות והייצור; ושנית, קיימת עקומת למידה המאפשרת ליצרן

להתייעל בעקבות הליכי לימוד והפקת לקחים במהלך הייצור. מטרתה של הגנת הינוקא בתרחיש זה תהיה להגן על היצרן החדש מפני תחרות מצדו של היצרן הדומיננטי עד אשר יגיע היצרן החדש לרמת היעילות הנדרשת אשר תאפשר לו להתחרות ביצרן הדומיננטי בהצלחה בלא הגנה או עזרה מהרגולטור. להלן נבחן את השפעת הגנת הינוקא במקרה זה על שני תרחישי הכניסה האפשריים: הראשון שבו היצרן הפוטנציאלי היה נכנס לשוק בכל מקרה, והשני (וזהו התרחיש הפחות סביר) שבו הכניסה נובעת מיישום הגנת הינוקא ולא הייתה מתבצעת בלעדיו.

(א) היצרן הפוטנציאלי ייכנס לשוק בכל מקרה, עם הגנת הינוקא או בלעדיה בתרחיש שבו צפוי הנכנס הפוטנציאלי להשתוות לרמת יעילותו של היצרן הדומיננטי עם חלוף הזמן סביר להניח שהכניסה לשוק תתבצע בכל מקרה עם יישומה של הגנת הינוקא או בלעדיו. זאת בעיקר אם היצרן הפוטנציאלי רואה אופק מתמשך של רווחים לאחר שתושג רמת היעילות הנדרשת. אציין כי אלו הם השווקים החשובים לנו ביותר, מכיוון שכניסה לשוק שבו התועלת הנובעת ממנה היא קצרת מועד איננה צפויה להניב תועלת מצרפית רבה, ולכן ספק אם יש בה כדי להצדיק מעורבות רגולטורית. בתרחיש זה, שלפיו כניסת היצרן החדש כדאית, שוק ההון יסכים לממנה, על עלויות הקשורות לתהליך הלימוד ושיפור היעילות, בדיוק כפי שהוא מסכים לממן עלויות אחרות בכניסות שהן כדאיות מבחינה כלכלית. מבחינה זו אין כל הבדל מהותי בין העלויות הכרוכות בהכשרת עובדים, בהתנסות ובהרחבת הייצור והשיווק ובין עלויות הכרוכות בהקמת מפעלים, פסי ייצור, פרסום וכדומה, הזוכות למימון ככל שהן כדאיות. מכיוון שההשקעה הנובעת מהצורך ללמוד ולהתייעל אינה שונה מכל השקעה אחרת הנדרשת לצורך הכניסה לשוק, הרי שאין כל הצדקה להתייחסות שונה אליה מבחינת המעורבות הרגולטורית.

דומה כי התוצאות הכלכליות ליישום הגנת הינוקא בתרחיש זה הן שליליות. יישום הגנת הינוקא לא יוביל לתוצאות המבורכות של התחרות (שכן אלו היו מושגות בכל מקרה, גם אילו לא יושמה ההגנה), אך יגרום לכל העלויות וההפסדים הכרוכים בעצם היישום שעליהם עמדתי לעיל. על כך יש להוסיף גם את הקטנת התמריץ להתייעל מצדו של היצרן החדש מכיוון שהגנת הינוקא תאפשר לו להרוויח גם בלא להשקיע את המשאבים הנדרשים לצורך ההתייעלות. אפשר לטעון כי ייתכן שיישום ההגנה יוביל לכניסה במועד מוקדם יותר, וכך היא תניב תועלת מסוימת לציבור הצרכנים, אך נראה כי הטענה הפוכה סבירה לפחות באותה המידה. זאת מכיוון שיצרן פוטנציאלי המתכוון להיכנס לשוק עשוי לעכב את כניסתו בהמתנה לקבלת החלטה בדבר יישום הגנת הינוקא, או אפילו כאמצעי לחץ על מקבל החלטה בדבר יישום ההגנה. כמו כן אפשר לטעון כי הגנת הינוקא עשויה להוביל לכניסה בהיקף נרחב מכפי שהייתה מתבצעת ללא יישומה. הבחינה של מידת התועלת של אותו "היקף כניסה נוסף" כלולה למעשה בדיון להלן

בדבר כניסת היצרן הפוטנציאלי עקב יישומה של ההגנה, וכפי שנראה, תוצאות ממד זה של הכניסה אף הן ככל הנראה שליליות.

### (ב) היצרן הפוטנציאלי ייכנס עקב יישומה של הגנת הינוקא

משמעותו של תרחיש זה היא כי אף על פי שהיצרן הפוטנציאלי צפוי להגיע עם חלוף הזמן לפחות לרמת היעילות של היצרן הדומיננטי, הרווח שיוכל להשיג מהכניסה אינו גבוה מספיק כדי להצדיק אותה מבחינתו. הגנת הינוקא, אם תיושם, תוביל להגדלת הרווח הצפוי ליזם, ועל כן גם אולי תהפוך את הכניסה לשוק לכדאית. אפשר גם לטעון שיישום הגנת הינוקא ימנע מצב של איום מצדו של היצרן הדומיננטי להוריד את מחיר המוצר אם ייכנס היצרן הפוטנציאלי לשוק. ברם כפי שהראינו בניתוח התרחיש שבו היצרן הפוטנציאלי יעיל לפחות כמו היצרן הדומיננטי, איום שכזה בבסיסו אינו אמין, שכן לכשתתבצע הכניסה הורדת המחירים כבר לא תהיה כדאית ליצרן הדומיננטי.<sup>150</sup>

תוצאת הכניסה מבחינת ציבור הצרכנים היא מעורבת אך עשויה להיות חיובית. מחד הכניסה עשויה להוביל להורדת מחירים מסוימת מצדו של היצרן החדש, שלא הייתה מתקיימת אילו לא יושמה הגנת הינוקא שהובילה לכניסה. אם כי ייתכן שהורדת מחיר זו תהיה זמנית, ולאחר הכניסה ותקופת ההתבססות יעלה היצרן החדש את המחיר לרמת המחיר של היצרן הדומיננטי או קרוב לרמה זו. המחיר לרוכשים של מוצרי היצרן הדומיננטי עשוי להיות נמוך יותר בתקופת יישום ההגנה, ככל שמגבלות ההגנה יתירו זאת, אך ייתכן גם שהמחיר יעלה, מהסיבות האלה: פגיעה אפשרית ביעילות הייצור של היצרן הדומיננטי (אבדן חלק מיעילות הגודל); רצון מצדו לקצר את משך יישום ההגנה; או מכיוון שטרם הכניסה קבע מחיר שאינו אופטימלי מבחינתו כדי למנוע את הכניסה, אך מרגע שזו התבצעה אין מניעה עוד מבחינתו להעלות את המחיר. מרגע שבו תוסר ההגנה מחיר השוק צפוי להיות נמוך מכפי שהיה טרם הכניסה, שכן השוק מבחינה מבנית יהפוך לתחרותי יותר,<sup>151</sup> אם כי קיימת גם האפשרות שהכניסה הנובעת מיישום ההגנה תמנע – או תגביל – כניסה עתידית של יצרן יעיל עוד יותר בשל צמצום הביקוש לה. במקרה שכזה תוביל הכניסה לפגיעה ארוכת טווח בציבור הצרכנים. באשר לטיעון בדבר היתרונות הנוספים לקיומה של תחרות יפה הדיון שנערך בהקשר של כניסת היצרן היעיל בעקבות יישום ההגנה.<sup>152</sup>

מאידך, מבחינת יעילות הייצור, יחווה השוק פגיעה בתקופת יישומה של הגנת הינוקא מכיוון שהייצור יוסט מהיצרן הדומיננטי היעיל אל היצרן החדש, וזאת בפרק

150 לטיעון בהרחבה ראו לעיל בפרק ד.1(ב).

151 על פי מרב התאוריות הכלכליות המקובלות, המחיר בשוק דואופולי צפוי להיות נמוך מהמחיר בשוק מונופוליסטי.

152 ראו לעיל בפסקה האחרונה בפרק ד.1(ד).

הזמן שבו היצרן החדש יעיל פחות מן היצרן הדומיננטי. על כך כמובן יש להוסיף את כלל העלויות וההפסדים הרלוונטיים הכרוכים ביישום הגנת הינוקא כפי שנסקרו לעיל. כאמור, אם שוק האשראי החופשי בוחר שלא לממן את הכניסה, אזי סביר להניח שהשוק אינו רואה בכניסה כדאיות מבחינתו של היצרן הפוטנציאלי.<sup>153</sup> גם בהקשר זה אפשר להעלות את הטענה שהרגולטור שוקל שיקולים של תועלת מצרפית שלפיה לכניסה עשויה להיות החצנה חיובית שתועיל מבחינה מצרפית לשוק. אך גם בהקשר זה אפשר לחזור על הטיעון שגם להשקעה החלופית עשויה להיות החצנה חיובית והיא עשויה להיות מועילה לא פחות מההחצנה החיובית הנובעת מן הכניסה לשוק.

### **ה. בחינת המקרים שבהם יושמה בישראל הגנת הינוקא המגבילה את יכולתו של היצרן הדומיננטי להתחרות בראי הניתוח הכלכלי**

כפי שנוכחנו עד כה, יישום הגנת הינוקא המגבילה את יכולתו של היצרן הדומיננטי להתחרות היא ככלל בעלת השפעה שלילית על תוחלת התועלת והרווחה המצרפית. בפרק זה אנסה לבחון אם המקרים שבהם יושמה ההגנה בישראל נופלים בגדרם של המקרים החריגים, המיוחדים והיוצאים מן הכלל שבהם התועלת מיישום ההגנה עשויה לעלות על עלויותיה. התשובה לשאלה זו היא ככל הנראה שלילית.

כדי לבחון לאילו מבין התרחישים השונים שהוצגו בפרק הקודם מתאימים המקרים שבהם יושמה ההגנה בישראל נדרש עקרונית לנתח את מבנה העלויות של היצרנים השונים לצורך הערכת מידת יעילותם. כך יהיה אפשר לדעת למשל אם היצרנים החדשים שנכנסו לשוקים בחסות הגנת הינוקא היו בלתי יעילים דרך קבע, יעילים פחות במועד הכניסה אך שיפרו את יעילותם והשתוו ליצרן הדומיננטי בהמשך, או יעילים ממועד הכניסה. את המשימה הזו אי אפשר יהיה לבצע במסגרתו של מאמר זה בשל היעדר נתונים גלויים (שכן מבנה העלויות של החברות חסוי) וכן בשל מידת מורכבותה של הסוגיה.<sup>154</sup>

<sup>153</sup> מובן שעשויה להיות מחלוקת לעניין כדאיות זו בין שוק האשראי החופשי ובין הרגולטור. אם אכן אלו הם פני הדברים, אזי דומה שברור שהעדיפות צריכה להינתן לשוקי האשראי בשל יתרונותיו שעליהם עמדנו לעיל. לכל הפחות אפשר לצפות כי התומכים בהפעלת הרגולציה יישאו בנטל השכנוע מדוע מוצדק להעריך כי לרגולטור עדיפות על שוק האשראי החופשי במקרה הנדון.

<sup>154</sup> ניתוח שכזה עשוי להיות מורכב במיוחד, שכן החברות פועלות על סמך מודלים עסקיים שונים, וכך גם מבנה העלויות שלהן, ולכן השוואת מידת היעילות ביניהן היא מורכבת ביותר. כך למשל המודל העסקי של הוט מתבסס על השקעות שקועות (*sunk costs*) ניכרות הכרוכות בהקמת תשתית הכבלים,

עם זאת אפשר לגלות אם החברות שנכנסו לשווקים עשו זאת מכיוון שיושמה הגנת הינוקא או שמא היו נכנסות בכל מקרה, עם או בלי ההגנה. מסקירת תרחישי הכניסה השונים לעיל עולה תמונה ברורה ולפיה הגנת הינוקא מושא מאמר זה היא בעלת השפעה מצרפית שלילית באותם תרחישים שבהם היה היצרן החדש נכנס לשוק בכל מקרה. אנו ניווכח כי ככל הנראה במקרים שבהם יושמה ההגנה בישראל היו היצרנים החדשים נכנסים לשוק בכל מקרה ובהיקף כניסה דומה, ועל כן אפשר להסיק ברמת ודאות גבוהה למדי שיישום ההגנה לא היה כדאי מבחינת השאת התועלת המצרפית למשק הישראלי.

חשוב לציין בהקשר זה כי השאלה אם היה יצרן נכנס לשוק אילולא יושמה הגנת הינוקא היא מטבע הדברים שאלה היפותטית, וקשה לענות על שאלות מסוג זה בביטחון מלא, בעיקר כל עוד אין הודאה ברורה בכך מפיו של היצרן החדש, וספק אם הודאה שכזו תשרת את האינטרסים הכלכליים של אותו יצרן. על כן אנסה לבחון את השאלה לאורן של ראיות אובייקטיביות ולהציג תשובה מתקבלת על הדעת.<sup>155</sup>

### 1. כניסת Yes לשוק הטלוויזיה הרב-ערוצית

ההחלטה בדבר יישום הגנת הינוקא שליוותה את כניסתה של Yes לשוק שידורי הטלוויזיה הרב-ערוצית התקבלה במועד הענקת הרישיון ל-Yes. משמעות הדברים היא שבמועד שבו ביקשה Yes את הרישיון לא הייתה החלטה בת תוקף בעניין יישום הגנת הינוקא, ו-Yes לא הייתה יכולה לדעת אם בכלל תתקבל החלטה שכזו, ומה יהיו אופייה ומשכה אם אכן תתקבל. בכל זאת הייתה Yes מעוניינת בקבלת הרישיון לצורך הכניסה לשוק שידורי הטלוויזיה הרב-ערוצית. נוסף על כך, חלף פרק זמן של למעלה משנה מיום קבלת הרישיון ועד לתחילת שידוריה של Yes בפועל, עובדה שהפכה את יישום ההגנה לבעל חשיבות פחותה מכיוון שמשכה הוגבל במועד קבלת ההחלטה לתקופה שבין 18–27 חודשים. כך למעשה ידעה Yes טרם תחילת שידוריה כי תוכל ליהנות מן ההגנה לפרק זמן קצר בלבד כפי שאכן קרה בפועל, שכן הוט החלה אף היא להשתמש בטכנולוגיה דיגיטלית המאפשרת אספקת חבילות ערוצים (Tiering) כבר ממחצית שנת 2001.<sup>156</sup>

סביר להניח שגם הפוטנציאל התחרותי של Yes לא הושפע מיישום הגנת הינוקא, שכן המודל העסקי של Yes מתבסס על רכיב עלויות קבועות (*fix costs*) שאינו קשור

ואילו המודל העסקי של Yes מתבסס על עלויות משתנות (*variable costs*) המתבטאות בהתקנת צלחת הלוויין בכיתו של כל מנוי (אם כי גם Yes השקיעה עלויות שקועות ניכרות).  
155 אציין שמשיחות רקע עם גורמים הקשורים לעניין עולה הערכה ברורה למדי שלפיה הכניסות היו מתבצעות בכל מקרה – עם או בלי הגנת הינוקא מושא מאמר זה. ברור כמובן שהערכה שכזו אינה מספקת לענייננו, ועל כן יש לנסות ולתמוך אותה בראיות אובייקטיביות וחיזונית כפי שיעשה להלן.

156 ראו סקירת יישום הגנת הינוקא בשוק שידורי הטלוויזיה הרב-ערוצית לעיל בפרק א.1.

בקשר ישיר למספר הצרכנים בפועל. בעלויות אלו נכללים התשלומים עבור זמן הלוויין ועבור גיבוש מערך התכניות והערוצים.<sup>157</sup> לכן גם אם הייתה להגנת הינוקא השפעה על נתח השוק של Yes בתקופת תחילת פעילותה בשוק, עדיין לא הייתה לו השפעה על היקף הכניסה הפוטנציאלי, ולכן גם לא על האיום התחרותי שהציבה למול הוט. כל זאת בעיקר נוכח פרק הזמן הקצר שבו יושמה ההגנה בפועל ונוכח אופי ההגנה שהעניק ל-Yes יתרון תחרותי מוגבל בלבד.

## 2. כניסת הוט לשוק הטלפוניה הקווית

גם מבחינת השתלשלות האירועים שקדמו לכניסתה של הוט לשוק הטלפוניה הנייחת עולה תמונה ברורה למדי, ולפיה החלטת הוט להיכנס לשוק זה לא הייתה מותנית ביישום הגנת הינוקא מושא מאמר זה. ההחלטה ליישם את הגנת הינוקא בשוק זה פורסמה במרס 2004,<sup>158</sup> אז כבר היה תהליך כניסתה של הוט לשוק בשיאו. כבר באפריל 2002 עם קבלת אישור הממונה על רשות ההגבלים העסקיים למיזוג בין חברות הכבלים הותנה האישור מפורשות בכך שהוט תחל לספק שירותי טלפוניה נייחת בהיקף כלל-ארצי, וכי הוט תשקיע סכום מינימלי לפיתוחה של תשתית זו.<sup>159</sup> הרישיון להפעלת רשת טלפוניה נייחת ניתן להוט ממשרד התקשורת כבר בנובמבר 2003, ואילו הבקשה לקבלת הרישיון הוגשה כבר בחודש יולי 2002.<sup>160</sup> למעשה חברות הכבלים החלו בתהליך שדרוג תשתית הכבלים הפרוסה בכל רחבי המדינה כבר בסוף שנות התשעים בהשקיען כ-2.5 מיליארד ש"ח בשנים 1999–2001 בתהליך זה.<sup>161</sup> לבסוף, חברת "הוט טלקום", שנועדה לרכז את פעילות חברות הכבלים בתחום הטלפוניה הנייחת, הוקמה כבר בינואר 2004. כאמור, כל הצעדים הללו ננקטו על ידי הוט לפני שפורסמה החלטת משרד התקשורת בנוגע ליישום הגנת הינוקא, והם מעידים בבירור כי החלטת הוט להיכנס לשוק נתקבלה במועד מוקדם בהרבה, ועל כן היא איננה מסתמכת על יישום ההגנה.

גם בהקשר כניסתה של הוט לשוק הטלפוניה הנייחת יש להדגיש כי היקף הכניסה מבחינת היקף התשתית והיקף יכולתה להעניק שירות לציבור הצרכנים בישראל איננו קשור כלל ליישום הגנת הינוקא, מכיוון שהוט מחויבת להעניק שירות אוניברסלי על פי חוק הבזק, הכולל את החובה לספק את השירות בכל רחבי הארץ לכלל הציבור באופן

157 כאשר ברכיב העלויות המשתנות אפשר לכלול את העלויות הכרוכות בהתקנת הציוד לקליטת שידורי הלוויין והתקנת הממיר בבית הצרכן.

158 ראו לעיל ה"ש 29.

159 ראו לעיל ה"ש 27; כמו כן ראו דוח ועדת קרול, לעיל ה"ש 67, בעמ' 6–7, 13.

160 דוח ועדת קרול, שם, בעמ' 19, 35.

161 שם, בעמ' 24.

אחיד ושוויוני.<sup>162</sup> למעשה "ההשקעה ברשת קובעת את מספר הצרכנים הנהנים מן השירות, ואולי לא פחות חשוב, את מגוון ואיכות השירותים ממנה נהנה הצרכן המחובר לרשת".<sup>163</sup> לכן מבחינה אפקטיבית לא היה ליישום הגנת הינוקא כל קשר להיקף כניסתה של הוט לשוק מבחינת היקף התשתית לאספקת שירותיה לציבור הצרכנים הכללי.<sup>164</sup>

### 3. פתיחת שוק הטלפוניה הבין-לאומי לתחרות

יישום זה של הגנת הינוקא היה בעל ההשפעה הכלכלית המועטה ביותר, שכן ההגבלה שהוטלה על בזק בינלאומי הייתה מינורית וקצרת מועד (שרת התקשורת התירה לבזק בינלאומי להוזיל את תעריפיה בכ-70% אך לא ביותר מכך, ומגבלה זו נותרה בעינה חודשים ספורים).<sup>165</sup> חברות קווי זהב וברק לא יכלו לדעת מראש שתוטל הגבלה על חברת בזק בינלאומי, ואם תוטל מה יהיה אופייה. לא הייתה התחייבות בעלת תוקף מצדו של משרד התקשורת ליישם את ההגנה, ועל כן המסקנה המתבקשת היא שלשאלת יישום ההגנה לא הייתה ככל הנראה השפעה ממשית על שיקוליהן של החברות קווי זהב וברק אם להיכנס לשוק השיחות הבין-לאומיות.<sup>166</sup> נוסף על האמור, כניסה לשוק השיחות הבין-לאומיות אינה מצריכה השקעה שקועה ניכרת מכיוון שהחברות החדשות נעזרות למעשה בתשתית הקיימת של בזק. לכן אם נכנסו לשוק בציפייה שתיושם הגנת הינוקא לטובתן וציפייה זו נכזבה, הרי שהצעד המתבקש מבחינת החברות קווי זהב וברק היה פשוט לצאת מן השוק. העובדה שהחברות קווי זהב וברק עודן פועלות בשוק זה, ואף בהיקף רחב, מעידה על חוסר חשיבותה של הגנת הינוקא מבחינת החלטתן להיכנס לשוק מלכתחילה.

162 ראו דוח ועדת גרונאו, לעיל ה"ש 30, בעמ' 57–58.

163 שם, בעמ' 23; וכן דוח ועדת קרול, לעיל ה"ש 67, בעמ' 7, 11–12.

164 ובהקשר זה החשיבות העיקרית היא לפוטנציאל התחרות הנובע מן הכניסה ולא למספר הצרכנים בפועל של היצרן החדש. ייתכן שאילולא יושמה ההגנה היה נתח השוק של הוט קטן יותר או קצב הגידול שלו היה אטי יותר, אך זאת לא משום שהכניסה נועדה מלכתחילה להיות בהיקף מצומצם יותר, אלא משום שהכניסה עודדה את התחרות. בטווח הארוך, לאחר הסרת ההגנה יהיה השוק צפוי להגיע לשיווי משקל המבוסס על היקף יכולת הייצור של המתחרים, וכאמור יכולת זו של הוט לא הייתה תלויה ביישום ההגנה.

165 ועל כן אפשר להניח שהשפעותיה הכוללות השליליות של ההגנה במקרה זה אינן חמורות. עם זאת אם אלו הם דברי הסנגוריה שאפשר להעלות בעד יישום ההגנה במקרה זה, אזי הדברים אומרים דרשני.

166 יש לציין כי הסמכות של שרת התקשורת לפקח על תעריפיה של בזק בינלאומי הייתה בתוקף כבר במועד שקדם לכניסה לשוק, אך לא הייתה כל ודאות שבכלל ייעשה שימוש בסמכות זו, וגם אם ייעשה שימוש בסמכות, לא היה ידוע מה יהיה אופי היישום של הפיקוח על תעריפי בזק בינלאומי.

## ו. האם אפשר לזהות ולאבחן את מיעוט התרחישים שבהם יישום הגנת הינוקא רצוי ומועיל מבחינה מצרפית?

כפי שנוכחנו עד כה, ליישום הגנת הינוקא המגבילה את יכולת היצרן הדומיננטי להתחרות יש ככל הנראה תוחלת תועלת מצרפית שלילית. עם זאת, מבחינה תאורטית לפחות, עשויים להיות מקרים חריגים שבהם יישום הגנת הינוקא יוסיף תועלת מצרפית למשק. למשל, במקרים שבהם תמחור טורפני עשוי להיות אפשרי, או בתרחיש שבו יישום הגנת ינוקא יוביל לכניסת יצרן יעיל פחות אשר יתייעל עם הזמן, וייתכן שבשל נסיבות מיוחדות התועלת המצרפית בשל כניסה זו תהיה גדולה מן התועלת המצרפית שעשויה להניב השקעה חלופית. על כן תישאל השאלה אם אפשר לזהות את המקרים הללו מראש ולאבחן אותם מיתר המקרים שבהם יישום ההגנה איננו רצוי. אם התשובה לשאלה זו חיובית, אזי אפשר להציע ליישם את הגנת הינוקא באופן ממוקד באותם מקרים ספציפיים שבהם היא עשויה להועיל. כפי שיעלה מן הדיון להלן, ככלל יהיה קשה מאוד לזהות את מיעוט המקרים שבהם יישום הגנת הינוקא יוסיף לתועלת המצרפית ולאבחנם מתוך כלל התרחישים האפשריים. יתר על כן, ניווכח שגם אילו היה אפשר לזהות את המקרים הבודדים הללו מתוך כלל המקרים, הרי שככלל אי אפשר לקבוע את מאפייני היישום של הגנת הינוקא שיובילו להגשמתה ולמיצויה של התועלת באותם מקרים מיוחדים.<sup>167</sup>

### 1. האם אפשר לזהות את המקרים המיוחדים?

כדי לזהות את התרחישים שבהם יישום הגנת הינוקא עשוי להיות כדאי מבחינה כלכלית, עלינו לזהות כשלב ראשון מהי התועלת שיישום ההגנה עשוי להניב. בשלב השני עלינו לגלות מהם העלויות וההפסדים הישירים הכרוכים ביישום ההגנה (העלויות וההפסדים שאינם כוללים את הפסד התשואה החלופית) ומהן העלויות הכרוכות בכניסה עצמה. אם בשלב זה נגלה כי התועלת עולה על העלויות וההפסדים הישירים, יהיה עלינו לנסות בשלב השלישי לגלות אם קיימת השקעה חלופית של משאבי הכניסה ויישום הגנת

<sup>167</sup> חשוב להדגיש בהקשר זה כי קיים פער, שהוא במקרים מסוימים מהותי, בין יכולתנו להתבסס על מדע הכלכלה לשם הגעה להערכה כללית אמינה באשר לסוג רגולציה מסוים (כגון ההערכה הכללית המובעת במאמר זה שלפיה ככלל יישום הגנת הינוקא מושא המאמר יצמצם את התועלת המצרפית) ובין יכולתנו להתבסס על מדע הכלכלה לצורך הערכה הנוגעת למקרים ממוקדים וקונקרטיים. כך למשל אנו מעריכים שככלל עקומת הביקוש יורדת משמאל לימין (ולהערכה כללית זו יש גם ביסוס אמפירי מוצק), אבל קשה מאוד לשרטט את עקומת הביקוש של שוק ספציפי. לכן אין סתירה בין השאיפה המובעת במאמר זה להעריך את אופי השפעתה הכללית של הגנת הינוקא לבין הטענה המובעת בפרק זה שיהיה קשה, ואולי אף בלתי אפשרי, להעריך את השפעת ההגנה בשוק ספציפי.



הינוקא אשר עשויה להניב תשואה מצרפית עדיפה. כפי שנראה להלן, לרגולטור ככלל אין את הכלים לעמוד בהצלחה אף לא באחד מן השלבים האמורים.

**(א) מהי התועלת שהגנת הינוקא עשויה להניב אם תיושם?**

כפי שציינתי לעיל, הגנת הינוקא נועדה להוביל לכניסה לשווקים הסובלים מכשל השוק המונופוליסטי (אשר יכול לבוא לידי ביטוי גם בגרסתו האוליגופוליסטית המרוככת). כשל שוק זה גורם לכך שבשל העלאת המחיר וצמצום התפוקה השוק מאבד חלק מהתועלת המצרפית. אברן זה מכונה כאמור "Dead Weight Loss". בנוסף, קיימים הפסדים הנובעים מכשל השוק המונופוליסטי הכוללים את הפסד החדשנות, הפסד תועלת חלוקתית, מגוון המוצרים וריכוזיות הכוח הכלכלי-פוליטי. באופן עקרוני התועלת שאפשר להשיג מכניסה לשוק והפיכתו ממונופוליסטי לתחרותי לחלוטין תהיה בסכום ה-Dead Weight Loss לטווח הזמן הקצר, ולסכום זה עשויה להתווסף התועלת מהתייעלות הייצור בשוק בטווח הארוך יותר בזכות המבנה התחרותי שיווצר, החדשנות, תועלת חלוקתית, גיוון במוצרים וביזור הכוח הכלכלי-פוליטי. כפי שאראה להלן, קשה מאוד לכמת את ה-Dead Weight Loss, לגלות מהו החלק של ה-Dead Weight Loss שאותו תבטל הכניסה לשוק, וכן קשה עד בלתי אפשרי להעריך את התועלת הנוספת הנובעת מן התחרות (חדשנות, גיוון, תועלת חלוקתית וביזור הכוח). לבסוף, אך חשוב לא פחות, ניווכח שעשוי להיות גם קשה מאוד להעריך אם יישום הגנת הינוקא נחוץ בכלל לצורך הכניסה, או שמא הכניסה צפויה להתרחש בכל מקרה.<sup>168</sup>

(1) האם אפשר לכמת את ה-Dead Weight Loss ואת היתרונות הנוספים לתחרות? כפי שאפשר להיווכח מתרשים התמחור בשוק מונופוליסטי,<sup>169</sup> כדי לחשב את סכום ה-Dead Weight Loss או צריכים לדעת כיצד נראית עקומת הביקוש, וכיצד נראית עקומת עלות הייצור השולית של היצרן המונופוליסטי, וזאת בין היתר כדי לגלות מהו המחיר שישרור בשוק בתנאי תחרות מלאה. לרגולטור אין דרך אמינה לגלות אף לא אחד מהרכיבים הללו או לחשבם. מן המפורסמות היא שאי אפשר לדעת מהו המחיר התחרותי בהיעדר תחרות. כל ניסיון להעריך מהו מחיר זה בהיעדר תחרות אמתית בפועל הוא ניסיון הערכה בלבד, שהוא על גבול הניחוש, ועל כן ספק רב אם אפשר להסתמך

168 יהיו למעשה מקרים שבהם יהיה קל יחסית לגלות שהגנת הינוקא לא הובילה לכניסה לשוק (ראו למשל המקרים שבהם יושמה ההגנה בישראל אשר נסקרו לעיל), ולכן בהם יישומה מיותר. ביתר המקרים יהיה קשה מאוד לדעת מהי המוטיבציה האמתית אשר עמדה בבסיס ההחלטה של יצרנים להיכנס לשוק, בין היתר נוכח התמריצים שיש ליצרנים הפוטנציאליים לשכנע את הרגולטור הרלוונטי ליישם את הגנת הינוקא שבכל מקרה תגדיל את רווחיהם.

169 ראו לעיל תרשים 1.

עליו.<sup>170</sup> כמו כן אי אפשר לדעת כיצד נראית עקומת הביקוש ומהי גמישותה בנקודות המחיר השונות.<sup>171</sup> לבסוף את עקומת העלויות אולי קל יותר לחשב, אך הנתונים הרלוונטיים לכך, ככל שאפשר לגלותם, מצויים בידי המונופול שיכול שלא לחשוף אותם, או לחשוף אותם באופן חלקי. נוסף על האמור, קל מאוד יחסית לבצע מניפולציות בכל הנוגע לנתונים אלו,<sup>172</sup> ואכן למונופול, אשר איננו מעוניין בכניסה החדשה וביישום הגנת הינוקא, יש תמריץ שלא להציג נתונים אמנים בכל הנוגע למבנה עלויות הייצור שלו. באשר ליתרונות הנוספים לתחרות אפשר לומר שלמעשה אין כל דרך אמינה להעריך מהי מידת התועלת שיניבו לשוק מכיוון שאין להם ככלל פרמטרים מדידים והם ספקולטיביים במהותם.

(2) האם אפשר לדעת עד כמה תקטין הכניסה החדשה את ה-Dead Weight Loss ועד כמה תניב תועלת נוספת?

כאמור לעיל, אי אפשר להעריך הערכה אמינה את גודלו של ה-Dead Weight Loss מלכתחילה, אך גם אילו היה אפשר לעשות זאת, למעשה לא היינו יכולים לדעת עד כמה כניסת המתחרה חדש לשוק תקטין אותו. זאת, מכיוון שהפסד ה-Dead Weight Loss יתבטל כליל רק אם יהפוך השוק לכזה הפועל בתחרותיות מלאה (כלומר שמחיר השוק ייקבע על רמת מחיר השוק התחרותית). אולם כניסה של יצרן אחד לשוק מונופוליסטי (או אפילו לשוק אוליגופוליסטי לצורך העניין) ככל הנראה לא תוביל את מחיר השוק לרמתו התחרותית. למעשה, כניסתו של היצרן החדש צפויה להוריד את המחיר לתוך שבין רמת המחיר המונופוליסטי הקודם לבין רמת המחיר התחרותי. כפי שאפשר להיווכח מתרשים 2, ידיעת המחיר החדש שייקבע לאחר הכניסה נחוצה לנו כדי שיהיה אפשר להעריך עד כמה צפוי הפסד ה-Dead Weight Loss להצטמצם בעקבות הכניסה.

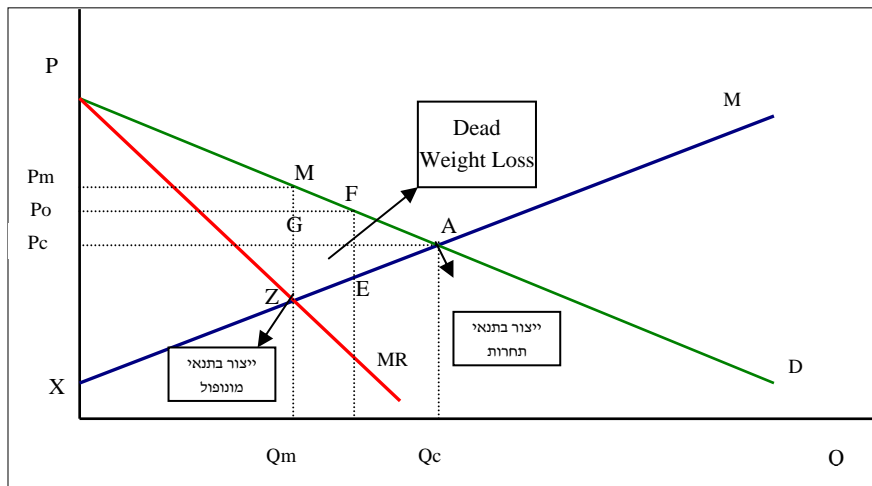
170 ראו למשל רע"א 2616/03 ישראלכרט נ' רייס, פ"ד נט(5) 701, 712-717 (2005); Michal S. Gal, *Monopoly Pricing as an Antitrust Offense in the U.S. and the EC: Two Systems of Belief About Monopoly?*, 49 ANTITRUST BULLETIN 343 (2004). חשוב להדגיש כי קושי זה קיים גם כאשר הרגולטור הוא גוף מקצועי האמור לשקול שיקולים כלכליים-מקצועיים, לכן אם תועבר הסמכות לקבלת ההחלטה מרגולטור השוקל גם שיקולים פוליטיים (למשל שר בממשלה) לגורם מקצועי לחלוטין, לא יהיה בכך כדי להתגבר על מכשול זה.

171 להרחבה בדיון בדבר גמישות הביקוש של השוק וגמישות ההיצע של המתחרים ראו AREEDA & HOVENKAMP, לעיל ה"ש 71, ¶¶ 506-507; Dennis W. Carlton, *Market Definition: Use and Abuse*, 3 COMPETITION POLICY INTERNATIONAL 3, 10-11 (2007); Robert G. Harris & Thomas M. Jorde, *Antitrust Market Definition: An Integrated Approach*, 72 CAL. L. REV. 1, 4 (1984).

172 ראו AREEDA & HOVENKAMP, לעיל ה"ש 71, ¶ 504b; William M. Landes & Richard A. Posner, *Market Power in Antitrust Cases*, 94 HARV. L. REV. 937, 941 (1981); וכן Carlton, לעיל ה"ש 171, בעמ' 7.

אך למעשה אין כל דרך להעריך מראש עד כמה ירד המחיר לאחר הכניסה ובאיזו רמה ייקבע מחיר שיווי המשקל החדש בשוק בטרם תתבצע הכניסה בפועל. זאת מכיוון שקיימים אין-ספור מודלים לקביעת מחיר בשוק אוליגופוליסטי, שלכל אחד מהם תשובה שונה לשאלה כיצד תשפיע כניסתו של יצרן נוסף לשוק.<sup>173</sup> בתרשים 2 מייצג המשתנה  $P_0$  את המחיר לאחר הכניסה, ולמעשה אין כל דרך לדעת מראש מה צפוי מחיר זה להיות, אך זהו נתון הכרחי כדי לחשב את שטח הטרפז MFEZ שמייצג את הצמצום ב-Dead Weight Loss בעקבות הכניסה הצפויה. על כן אי אפשר לדעת מראש, במועד קבלת ההחלטה אם ליישם את הגנת הינוקא, מה יהיה מחיר שיווי המשקל של השוק לאחר כניסת היצרן החדש, ועל פיו מהו סכום התועלת שעשויה הכניסה להניב.

## תרשים 2



באשר לתועלת הנוספת שהתחרות אמורה להניב, כאמור לעיל, קשה מאוד להעריכה או לכמתה.

(3) האם אפשר לדעת אם יישום הגנת הינוקא יוביל לכניסה החדשה לשוק, או שמא הכניסה תתבצע בכל מקרה?

כאמור לעיל, כניסה של יצרן חדש צפויה להוביל לצמצומו של ה-Dead Weight Loss. השאלה שיש להעלות בהקשר זה היא אם יישום הגנת הינוקא הוא הגורם שיוביל לכניסה, או שמא תתבצע הכניסה בכל מקרה, שאז יישום הגנת הינוקא מיותר ומוביל

173 ראו Sagi, לעיל ה"ש 70, בעמ' 272–286.

לעלויות, להפסדים ולנזקים ניכרים. דומה שלרגולטור אין כלים אמניים לבחון שאלה זו. אין לרגולטור יכולת אמיתית לאמוד את סיכויי ההצלחה ואת התשואה הצפויים ליצרן הפוטנציאלי, נתונים אשר יקבעו אם יכנס היצרן הפוטנציאלי לשוק באופן עצמאי ללא ההתערבות הרגולטורית. כמו כן לא צפוי שהרגולטור יקבל נתונים אמניים בנוגע לכך, משני טעמים: ראשית, יצרן פוטנציאלי השוקל כניסה לשוק יימנע מלחשוף הערכות פנימיות ותכניות אסטרטגיות שעשויות לפגוע בסיכויי הצלחתו; ושנית, ליצרן הפוטנציאלי יש אינטרס ביישום הגנת הינוקא, שכן בכך יגדלו רווחיו, ולכן הוא עשוי להציג לרגולטור נתונים והערכות מוטעים כדי לקדם אינטרס אישי זה.

מסקירת המקרים שבהם יושמה הגנת הינוקא מושא מאמר זה בישראל עולה תמונה ברורה למדי, ולפיה החליט הרגולטור הישראלי ליישם את ההגנה אף על פי שידע (או לכל הפחות היה יכול לדעת או להעריך) שהכניסה לשוק תבצע גם בלא שתיושם ההגנה. משכך, יישום ההגנה לא היה הגורם שהוביל לתוצאות החיוביות של קיום התחרות אלא גרם להוצאות והפסדים בחשבון המצרפי. כפי שהיה אפשר להיווכח מניתוח תרחישי הכניסה האפשריים,<sup>174</sup> לא סביר גם שיישום הגנת הינוקא הוא שאפשר ליצרנים החדשים להיוותר בשוק לאחר שנכנסו.

(4) האם לרגולטור יש את הכלים להשוות בין התועלת הצפויה מן ההשקעה ביישום הגנת הינוקא ובין זו הצפויה מן ההשקעה החלופית?

גם אם נצא מתוך הנחה כי אפשר לגלות אם יישום הגנת הינוקא רווחי מבחינה "נומינלית", כלומר מבלי להביא בחשבון את התשואה להשקעה החלופית,<sup>175</sup> עדיין כדי לגלות אם ההשקעה כדאית מבחינה כלכלית על מקבל ההחלטה אם ליישם את הגנת הינוקא לוודא שאין השקעה חלופית למשאבים הכרוכים ביישום אשר צפויים להניב תשואה גבוהה יותר. שכן אם אכן קיימת השקעה חלופית שכזו, ובכל זאת יושקעו המשאבים ביישום הגנת הינוקא, הרי שהמשק יאבד את פער התשואה שבין שתי ההשקעות. מבחינה כלכלית זהו אבדן והפסד משאבים ככל אבדן או הפסד משאבים אחר. לשם כך על הרגולטור לנסות ולהעריך את תוחלת הרווח וההפסד של השקעות חלופיות, ולהעריך גם את רמת הסיכון הכרוכה בהן אף על פי שאין לו במובהק הכלים לעשות כן. אפשר אף לחזור על הטיעונים שכבר הועלו, שככלל שוק האשראי החופשי, על חוסר המושלמות שלו, עדיף על הרגולטור בהיבט זה מכיוון ששם מצוי הניסיון, האינטרס האישי בקבלת ההחלטה הנכונה, והליך של בררה טבעית אשר ינפה מן השוק מקבלי החלטות בעלי רקורד בלתי מוצלח. לכן דומה שאם השוק החופשי בחר שלא לממן כניסה מסוימת, הרי שהוא מעריך שלפחות מנקודת מבטו של היזם-היצרן

174 ראו לעיל בפרק ד.

175 כלומר בפשטות שאם השקענו סכום מסוים קיבלנו תועלת העולה על סכום זה – אם למשל הושקעו מיליון ש"ח, אזי ההשקעה הניבה תועלת ששווייה מיליון וחמישים ש"ח.

הפוטנציאלי ההשקעה אינה כדאית, ויש לחזור ולהזכיר גם כי להשקעה החלופית עשויה להיות החצנה חיובית אשר תועיל לכלל המשק (כמו למשל השקעה חלופית שנועדה לשפר את יעילות הייצור או השקעה שנועדה להגדיל יכולת ייצור בשוק שבו קיים מחסור), וזו בהחלט עשויה להיות מועילה יותר מן ההחצנה החיובית של הכניסה לשוק בחסות הגנת הינוקא. נראה לי שבשל האמור יש לדרוש מן הרגולטור לבחון ולהראות כי אכן ההחצנה החיובית הנובעת מן הכניסה החדשה לשוק בחסות הגנת הינוקא צפויה להיות מועילה במיוחד כדי שיישום ההגנה יוכל להיות מוצדק.

בהקשר זה חשוב לציין כי הרגולטור בישראל לא הציג לפני קבלת ההחלטה ליישם את הגנת הינוקא מושא מאמר זה, ואף לאחריה, ניסיון לכמת את עלויות יישום ההגנה לעומת התועלת הצפויה ממנה.<sup>176</sup> כלומר, לא הוצג כלל ניסיון של הרגולטור להצדיק את יישום ההגנה ולהראות שתועלתה עולה על עלויותיה. יותר מכך, בנוסח ההחלטות וכן בדוחות של ועדות רשמיות שהובילו ליישום ההגנות אין כמעט כל אזכור או התייחסות לכך שליישום הגנת הינוקא מושא מאמר זה בכלל יש עלויות ודאיות וניכרות שעליהן עמדתה לעיל. עובדה זו עשויה לרמוז שנתון זה לא זכה למשקל שהיה ראוי להעניק לו בעת קבלת ההחלטה ליישם את הגנת הינוקא.

#### (5) האם אפשר לקבוע את מאפייני יישום הגנת הינוקא שיובילו למיצוי פוטנציאל היעילות?

לבסוף, גם אם נניח כי גילינו מקרה שבו יישום הגנת הינוקא עשוי להניב תועלת לשוק וזאת אף בהשוואה לתועלת הצפויה מן ההשקעה החלופית, עדיין אין לרגולטור את היכולת להעריך מה אמורים להיות מאפייני יישום הגנת הינוקא שאכן יכולים להוביל לתוצאה הרצויה. כך, על הרגולטור לקבוע אם לאפשר ליצרן הדומיננטי להוריד מחירים נוכח הכניסה, ואם כן באיזה שיעור; אם יוכל היצרן הדומיננטי לשפר את איכות המוצר ואם כן עד כמה; מה יהיה משך יישום ההגנה וכדומה. קביעת המאפיינים להגנת הינוקא חשובה מאוד לענייננו, שכן אם למשל יקבע הרגולטור מגבלות שאינן מספיקות לצורך עידוד הכניסה, הרי שיישום ההגנה יוביל להפסד.<sup>177</sup> לעומת זאת אם הרגולטור יחמיר מדי, הרי שייתכן שעלויות יישום ההגנה תהפוכנה את ההשקעה בכניסה ללא כדאית למשק מבחינה מצרפית. לרגולטור יהיה למעשה קשה מאוד להעריך מהו הטווח הנכון למגבלות הגנת הינוקא אשר יגרום ליישומה להיות כדאי (וזאת כאמור במקרים המעטים שבהם היישום אכן יכול להיות כדאי, ובהנחה שהצלחנו לזהות ולבודד מקרים אלו מן

176 לפחות בכל הנוגע לדוחות פומביים, וראו להתרשמות דוח ועדת קרול, לעיל ה"ש 67; וכן דוח ועדת גרונאו, לעיל ה"ש 30.

177 זאת מכיוון שיש עלות לעצם קיומו של ההליך שבו נשקלת האפשרות ליישם את הגנת הינוקא, וכן ייתכן שתוטלנה מגבלות על היצרן הדומיננטי מתוך תקווה שאלו יעודדו כניסה אשר עשויה שלא לצאת לפועל בסופו של דבר.

האחרים שבהם היישום בכל מקרה אינו כדאי). יתר על כן, הקוראים הקפדנים בוודאי ישימו לב שקיים קשר הדוק בין קביעת מאפייני הגנת הינוקא ובין העלויות הכרוכות ביישומה, ומכאן גם בין קביעת המאפיינים ובין קביעת מידת כדאיותה. על כן למעשה קיים קשר מעגלי, אשר רק יהפוך את ההחלטה אם ליישם את הגנת הינוקא לבעייתית עוד יותר.

#### (6) סיכום הפרק

לסיכום, נראה ברור למדי עד כמה בעייתית עשויה להיות יישום הגנת הינוקא. ראשית, רק במקרים ספורים (אם בכלל) עשוי יישומה של ההגנה להניב תועלת, אך קשה מאוד, ואולי אף בלתי אפשרי, לזהותם מתוך כלל המקרים האפשריים. בנוסף, גם אם נצליח לזהות את אותם המקרים המעטים, יהיה קשה מאוד "לתפור" את מאפייני היישום אשר יובילו להגשמת אותה תועלת פוטנציאלית של הגנת הינוקא במקרים אלו. כל זאת כשעלינו להביא בחשבון כי ליישום הגנת הינוקא מושא מאמר זה ישנן עלויות ניכרות, והוא אף גורם לנזקים ולהפסדים ניכרים וודאיים. לבסוף, במקרים אשר בהם יושמה ההגנה בפועל נראה שלא נעשה כלל ניסיון לבחון אם הם אכן יכולים להתאים לתרחישים יוצאי הדופן שבהם ההגנה עשויה להיות מועילה, כאשר למעשה כפי שנטען לעיל ברור למדי מהניתוח העולה במאמר זה כי ההגנה יושמה במקרים שאינם מתאימים ושבהם עלויות יישום ההגנה ככל הנראה עלולות על התועלת הנובעת ממנה.

### ז. המלצות ליישום ותפקידה של הביקורת השיפוטית

מאמר זה שם את הדגש על הבחינה אימתי יישום הגנת הינוקא עשוי להיות מוצדק, ולא מדוע יושמה ההגנה במקרים שבהם יושמה. לפיכך נוכחנו כי להגנת הינוקא, המגבילה את יכולתם של יצרנים דומיננטיים להתחרות ביצרנים חדשים, פוטנציאל ממשי לפגיעה בתועלת המצרפית. עם זאת אין בכוונתי להציע להימנע באופן גורף ומוחלט מיישום הגנה זו, וזאת משום שיתכנו מקרים חריגים ויוצאי דופן (אם כי ההסתברות לכך היא בהחלט נמוכה) שבהם הגנה זו תהיה דרושה להבטחת קיומה של תחרות רצויה. מכל מקום, בטרם אציג את המלצותיי ליישום ואת תפקידה של הביקורת השיפוטית, אתייחס בקצרה לתהייה שבוודאי עלתה בלבו של הקורא: אם יישום ההגנה איננו כדאי על פי רוב, וכן לא היה כדאי במקרים שבהם יושמה ההגנה בפועל, אזי מדוע בחר הרגולטור ליישמה? האם הרגולטור איננו מודע לתובנות שהועלו במאמר זה, או שמא אין הוא מעוניין בקידום התועלת הציבורית?

תשובה ממוקדת וחד-משמעית לתהייה מדוע יושמה ההגנה בפועל אין בידי לתת במסגרתו של מאמר זה, אבל כן אוכל להציע כמה הסברים אפשריים לכך שההגנה

יושמה למעשה בניגוד לתועלת המצרפית.<sup>178</sup> ראשית, בהחלט ייתכן שהרגולטור לא שקל רבים מן הטיעונים שהועלו במאמר זה, וייתכן שאף לא היה מודע להם. לראיה, ועדות המומחים השונות שדנו בסוגיית העצמת התחרות בשוק התקשורת לא התייחסו כלל להיותה של הגנת הינוקא מושא מאמר זה כרוכה בעלויות ממשיות וניכרות למשק. מלבד זאת השאלה מדוע כללי רגולציה כלכלית מיושמים תדיר במקרים שאינם מתאימים לכך זכתה להתייחסות נרחבת במחקר ובכתיבה האקדמיים. תשובה אחת מצויה בספרות העוסקת בתחום ה-"Public Choice", המניחה כי גם רגולטורים שוקלים בפעולתם שיקולים אישיים, כגון שיקולי קידום, יוקרה, הרחבת סמכויות וכדומה, ועל כן עשויים לקבל החלטות שאינן דווקא לטובת הציבור כאשר האינטרס האישי שלהם אינו תואם את האינטרס הציבורי.<sup>179</sup> את התשובה השנייה והמשלימה אפשר למצוא בספרות העוסקת בתחום ה-"Behavioral Economics" העוסקת בבחינת הטיות א-רציונליות שיטתיות ומבוססות אמפירית בעת קבלת החלטות,<sup>180</sup> הטיות אשר משפיעות גם על החלטותיהם של רגולטורים.<sup>181</sup> אמנם אי אפשר לגבש רשימה מלאה של כל ההטיות האפשריות, וזאת גם אינה מטרתו של המאמר, אך עדיין אפשר להציג בקצרה רשימה של הטיות אפשריות שיכול שהשפיעו על קבלת ההחלטות בדבר יישום הגנת הינוקא עד כה. למשל, ייתכן שההחלטה בדבר יישום הגנת הינוקא הושפעה מהטיית המחקר המוגבל;<sup>182</sup> הטיית קביעת מסגרת הדיון;<sup>183</sup> הטיית ההערכה העצמית המופרזת;<sup>184</sup> הטיית החיזוק בדיעבד;<sup>185</sup> והטיית החשיבה הקבוצתית.<sup>186</sup>

178 עם זאת אבקש להבהיר כי בכוונתי להציג את הסיבות הכלליות העשויות להוביל לקבלת ההחלטות שגויות, ואין בכוונתי לנסות ולהעריך מדוע בדיוק התקבלו ההחלטות השגויות בעניין שנסקרו לעיל. כמו כן בכוונתי לקיים את הדיון ברמה האקדמית-תאורטית מבלי להטיל כל דופי אישי במקבלי ההחלטות האמורות.

179 וראו לעיל ה"ש 64.

180 ראו למשל Christine Jolls, Cass Sunstein & Richard Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 STAN. L. REV. 1471 (1998).

181 ראו למשל Daniel et al., לעיל ה"ש 133, בעמ' 141-142; Richard A. Posner, *Rational Choice*, ; 142-141, *Behavioral Economics, and the Law*, 50 STAN. L. REV. 1551, 1575 (1998).

182 על פי הטיה מוכרת זו מקבלי החלטות נוטים לאסוף נתונים הנדרשים לקבלת החלטות ולפתרון בעיות באופן מוגבל, וראו Chip Heath, Richard P. Larrick & Joshua Klayman, *Cognitive Repairs: How Organizational Practices Can Compensate for Individual Shortcomings*, 20 REVIEW OF ORGANIZATIONAL BEHAVIOR 1, 11-12, 16 (1998), כאשר נתונים שקשה להשיגם או לנתח את משמעותם נדחים כבלתי ניתנים לניהול (*unmanageable*). ראו Donald C. Langevoort, *Organized Illusions: A Behavioral Theory of Why Corporations Mislead Stock Market Investors (and Cause Other Social Harms)*, 146 U. PA. L. REV. 101, 137 (1997) בהקשר של יישום הגנת הינוקא ברור שהרגולטור לא אסף נתונים מלאים בדבר עלויות הרגולציה,

ואם היא באמת נחוצה לשם ביטוס הכניסה, וייתכן שהסיבה לכך נעוצה לפחות בחלקה בהטיה האמורה.

- 183 כאשר על פי הטיה זו בעצם קביעת גבולות הדיון יש כדי להשפיע השפעה רבה על תוצאותיו. ראו למשל Steven M.H. Wallman, *Competition, Innovation, and Regulation in the Securities Markets*, 53 BUS. LAW. 341, 346 (1998). בהצגת הכניסה החדשה לשוק כחזות הכול נדחת לקרן זווית האפשרות שהרגולציה אולי אינה מעודדת את הכניסה בפועל, או האפשרות שהכניסה אינה יעילה כלל, או שהעלויות הכרוכות בעידוד הכניסה אינן כדאיות.
- 184 הטיית אי-הרציונליות הנובעת מהערכה עצמית מופרזת של מקבלי החלטות מוכרת היטב במחקר ובספרות, והיא חלה אף ביתר תוקף בקרב מקבלי החלטה הנחשבים בעלי מומחיות בתחום קבלת ההחלטה, וראו Dale Griffin & Amos Tversky, *The Weighing of Evidence and the Determinants of Confidence*, 24 COGNITIVE PSYCHOLOGY 411, 411–412, 427, 430 (1992) ואף נאמר כי "[experts are] often wrong but rarely in doubt". שם, בעמ' 412. הערכה עצמית מופרזת של מקבלי ההחלטה בעניין יישום הגנת הינוקא הייתה עשויה להוביל לאי-בחינתן לעומק של שאלות מהותיות כגון עצם כדאיות יישום ההגנה כמו גם עלויותיה.
- 185 לאחר שהחלטה התקבלה קיימת הטיה של מקבלי החלטות להצדיק את ההחלטה שנתקבלה, ולא לבחון את תועלתה באופן ביקורתי. ראו Joshua Klayman, *Varieties of Confirmation Bias*, 32 PSYCHOLOGY LEARNING & MOTIVATION 385 (1995). הטיה זו מתחזקת כאשר מקבל ההחלטה נושא באחריות ציבורית, וראו Langevoort, לעיל ה"ש 182, בעמ' 137. באור זה למשל אפשר לראות את עצם המשך יישומה של הגנת הינוקא בשוק הטלפוניה הקווית גם לאחר שחלפו שנים מספר ממועד כניסתה והתבססותה של הוט בשוק זה, ואת חוסר נכונותו של הרגולטור להסירה גם לאחר שנתח השוק של בזק ירד אל מתחת לסף שקבע הרגולטור בעבר לצורך הסרת ההגנה.
- 186 הטיית קוגניטיביות של בודדים אך מתעצמות כאשר מקבלי ההחלטה משתייכים לקבוצה בעלת מטרות משותפות. מרגע שנוצרה מחויבות כלפי הקבוצה וכלפי המטרה המשותפת, תיחלש מידת הבחינה הביקורתית להצעות ולהחלטות המתקבלות, כדי לרכך את המתיחות האפשרית בתוך הקבוצה. בנוסף קיימת נטייה להתכנסות עמדות לכדי קונצנזוס ולצמצום מספר אפשרויות הפעולה הנבחנות בעת התמודדות עם בעיות שיש לפתור. ראו IRVING L. JANIS, *VICTIMS OF GROUPTHINK* (1972); James D. Cox & Harry L. Munsinger, *Bias in the Boardroom: Psychological Foundations and Legal Implications of Corporate Cohesion*, 48 L. & CONTEMP. PROBS. 83, 99–108 (1985); Robert J. Haft, *Business Decisions by the New Board: Behavioral Science and Corporate Law*, 80 MICH. L. REV. 1, 37–49 (1981); Donald C. Langevoort, *Ego, Human Behavior, and Law*, 81 VA. L. REV. 853, 874 (1995); Heath et al., לעיל ה"ש 182, בעמ' 20. כמו כן קיימת נטייה להקצנה בעת קבלת ההחלטות בקבוצה, וראו Cass R. Sunstein, *Deliberative Trouble? – Why Groups Go to Extremes*, 110 YALE L.J. 71 (2000). בהקשר של יישום הגנות הינוקא אפשר לזהות שני מוקדים של הטיית "החשיבה הקבוצתית": האחד בקרב מקבלי ההחלטות במשרד התקשורת (שכן הגנת הינוקא מושא המאמר יושמה בענף התקשורת), והשני בעבודות ועדות שמונו כדי לגבש המלצות לפתיחת שוק התקשורת לתחרות (כאשר הוועדות החשובות בהקשר זה הן ועדת קרול וועדת גרונאו). בשל הטיה זו ייתכן שלא עלתה ולא נדונה לעומק שאלת כדאיות יישום ההגנה.



מכל מקום, תהיה הסיבה ליישום השגוי של ההגנה עד כה אשר תהא, אפשר להציע המלצות שיובילו ליישום ההגנה במקרים המתאימים לכך בלבד. ראשית, יש לצפות שההחלטה ליישום הגנת הינוקא תגובה בתשתית ראייתית מוצקה לכך שיישום ההגנה אכן נדרש לצורך הכניסה, שכן כפי שנוכחנו לעיל, ההגנה אינה נחוצה ואף מזיקה אם הכניסה החדשה לשוק הייתה מתקיימת בכל מקרה ובהיקף דומה, עם ההגנה או בלעדיה. במקרים אלו ההגנה לא תגרום להתממשות התועלת הנובעת מקיום התחרות אלא רק להתממשות ההפסדים, העלויות והנזקים שעליהם עמדתי לעיל. כדי שדרישה זו לא תוביל לעיכוב הכניסה לשווקים,<sup>187</sup> חשוב שעמדת הרגולטור שלפיה ההגנה תיושם במקרים מיוחדים, חריגים ומועטים תהיה ברורה וידועה היטב. בנוסף חשוב שההחלטה אם ליישם את ההגנה אם לאו תתקבל במהירות וללא כל דיחוי, וכך אם אין ראיות ברורות המעידות על הצורך ביישום ההגנה, תתקבל החלטה ברורה ומהירה שההגנה לא תיושם.

שנית, על ההחלטה ליישם את ההגנה להיות מבוססת היטב על ניתוח כמותי אמין בדבר מידת תוחלת הנזק שלה (או העלויות) לעומת מידת התועלת הצפויה ממנה. כפי שהוסבר בהרחבה לעיל, יישום ההגנה איננו רצוי במרבית התרחישים האפשריים לכניסה לשוק. כמו כן נוכחנו שיהיה קשה עד מאוד לאתר ולזהות את המקרים החריגים שבהם עשויה ההגנה להועיל. חשוב מאוד לדעתי לעמוד על כך שהגנת הינוקא תיושם רק במקום שבו הרגולטור יצליח לעמוד בדרישה לא פשוטה זו, שאם לא כן מרב הסיכויים הם שההגנה תגרום לפגיעה בתועלת המצרפית.<sup>188</sup>

שלישית, חשוב לדעתי שבג"ץ יבחן בעתירות עתידיות נגד יישום הגנת הינוקא מושא מאמר זה בביקורתיות את שאלת התקיימותן של שתי הדרישות דלעיל, קרי אם בידי הרשות תשתית ראייתית מוצקה לכך שיישום ההגנה אכן נדרש לצורך הכניסה, וכן אם הרשות ניסתה בכלל לכמת את מידת התועלת לעומת מידת הנזק הצפויה מיישום ההגנה, ואם היא מציגה ניתוח אמין על פני הדברים אשר עשוי להצדיק את יישום ההגנה. כל זאת מתוך מודעות לכך שמלכתחילה ובאופן כללי קשה מאוד מבחינה כלכלית לאתר ולזהות את מיעוט המקרים שבהם יישום ההגנה רצוי.<sup>189</sup> בכך בג"ץ נדרש להרחיב את היקף ביקורתו על הליך קבלת ההחלטה בדבר יישום הגנת הינוקא. אם עד כה התרכז בג"ץ

187 שכן קיים חשש שלפיו יצרנים חדשים ימתינו עם כניסתם עד לקבלת ההחלטה ליישום ההגנה ואולי אף ינסו לשכנע את מקבל ההחלטה בצורך ביישום ההגנה בכך שיימנעו מכניסה בלעדיה.

188 דרישה זו תואמת את הדרישות המנהליות הבסיסיות בדבר גיבוש תשתית ראייתית הולמת וניתוח משמעותי השונות לצורך גיבוש ההחלטה הרגולטורית, וראו למשל בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, פס' 7-19 לפסק דינו של השופט זמיר (1994).

189 בכך יש לדעתי כדי להצדיק חריגה ממדיניותו הידועה של בג"ץ לצמצם את מידת ביקורתו על החלטות כלכליות שמקבלות רשויות המנהל.

בסוגיית הפגיעה בזכויות היסוד של היצרן המונופוליסטי, הרי שנוכח האמור עד כה יהא עליו לשים את הדגש על סוגיית הפגיעה בציבור הרחב ובמשק בכללותו ולבחון אותה לעומק.

בשולי הדברים אבקש להתייחס בקצרה לאפשרות הקמתה של רשות תקשורת מקצועית ובלתי תלויה שאמורה להסדיר בין היתר את סוגיית קידום התחרות בענף התקשורת.<sup>190</sup> רשות תקשורת כאמור – האמורה להיות מקצועית ובלתי תלויה – תוכל לקבל את החלטותיה במנותק משיקולים ומלחצים פוליטיים. מבלי לנקוט עמדה נחרצת באשר לנחיצותה של רשות מקצועית שכזו בענף התקשורת אציין שנראה סביר להניח שרשות מקצועית תיטה יותר לאמץ את ההמלצות שרוכזו בפרק זה. עם זאת מכיוון שהקשיים בזהווי התרחישים המעטים שבהם הגנת הינוקא מושא מאמר זה עשויה להוביל לתועלת מצרפית הם קשיים כלכליים או בייקטיביים, הרי שגם גוף מקצועי יתקשה לעמוד בהצלחה באתגר. על כך יש כמובן להוסיף שגם עתה, כאשר ההחלטות מתקבלות על ידי משרד התקשורת, נודעת ליועצים מקצועיים ולהמלצות של ועדות מומחים השפעה רבה. לכן גם הקמתה של רשות תקשורת (או גורם מקצועי אחר בענפי התעשייה השונים) לא תוכל לדעת להצדיק יישום נרחב של הגנת הינוקא המגבילה את יכולת היצרן הדומיננטי להתחרות.<sup>191</sup>

לקראת סיום נראה לי שאפשר להציע שההמלצות דלעיל יישמשו את הרגולטור גם בבואו להחליט אם ליישם את כל אחת מהגנות הינוקא האחרות שבהן לא עסק מאמר זה. אמנם ניתוח מידת התועלת של כל הגנה הוא בעל ייחודיות, ועשויות להיות הגנות שתועלתן העקרונית עולה על התועלת שעשויה להיות ביישום הגנות אחרות, אבל עמידה במתאר ההמלצות דלעיל תעזור להבטיח יישום נכון ומועיל של ההגנות ותוכל לצמצם את המקרים שבהם יישום ההגנות יוביל להפסד תועלת מצרפית. ייחודיותו של הניתוח לכל סוג וסוג של הגנות הינוקא תבוא לידי ביטוי בעיקר בבחינה עד כמה רב הפוטנציאל השלילי שעשוי להיות ליישום ההגנה. לאור פוטנציאל זה יש לבחון אם ההגנה אכן נחוצה לעצם התממשותה של הכניסה, ואם התועלת הנובעת ממנה עולה על עלויותיה.

לסיום פרק זה אבקש להתייחס לטענה שהייתה מוכרת בעבר ושלפיה נודעת חשיבות כללית להטלת מגבלות על מונופולים גם אם אין באותן מגבלות כדי להתמודד במישור עם התנהגות מונופוליסטית בלתי רצויה, וזאת כדי להרתיע מונופולים מפני ניצול כוחם.

190 עניין זה זכה לתמיכתן של כמה ועדות מקצועיות, אושר על ידי החלטות ממשלה, ואף הבשיל לכדי טיוטת חוק. להרחבה ראו יזהר טל ודינה עברי-עומר, הרגולציה של שירותי התקשורת האלקטרונית בישראל – הצורך בהקמת רשות תקשורת, 164–166 (מחקר מדיניות 76, הוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2009); וכן מבקר המדינה דוח שנתי 58ב – לשנת 2007 ולחשבונות שנת הכספים 2006, 1147, 1164–1166 (2007).

191 אני מבקש להודות לעו"ד דרור שטרם על שהעלה בפניי אפשרות זו.

כפי שתיאר זאת פרופסור Bork: "I have heard an eminent professor of antitrust law argue that the economic problems of antitrust are too difficult and that the government should, for that reason, eschew policy analysis and just keep bringing lawsuits in order to keep businessmen 'shook up'".<sup>192</sup> המענה לטענה זו הוא חד-משמעי: אין כל היגיון וכל הצדקה בניסיון להרתיע מונופולים באמצעות פגיעה רנדומלית בהם, בעיקר כאשר ציבור הצרכנים נפגע גם הוא מהרגולציה (וכפי שראינו עד כה במאמר זה הפגיעה היא חמורה). מלבד זאת אם "הסנקציה" מוטלת על המונופולים גם אם אלו לא הפרו כל חוק, אזי בכך יפגע התמריץ למלא אחר הוראות החוק, שכן הענישה עלולה להיות מוטלת עליהם בכל מקרה.

## סיכום

מאמר זה סקר את יישום הגנת הינוקא המגבילה את יכולתו של היצרן הדומיננטי להתחרות בשווקים בישראל, ובחן אם יישום זה מוסיף לתועלת המצרפית של השוק או גורע ממנה. נוכחנו לגלות כי ליישום הגנת הינוקא עלויות רבות, וכי הוא גורם להוצאות משקיות ולהפסדים ניכרים, והפוטנציאל החיובי הטמון בו עשוי להתממש רק במיעוטם של התרחישים האפשריים. על כך יש להוסיף כי למקבל ההחלטה אם ליישם את הגנת הינוקא לא תהיה על פי רוב יכולת אמינה לברור מבין אותם המקרים המיטיבים המועטים (ככל שהם מתקיימים) מתוך כלל המקרים. לפיכך עולה מן הניתוח שככל הנראה הגנת הינוקא מושא מאמר זה יושמה בישראל במקרים שבהם עלויותיה עלו על תועלתה הכלכלית. על כן נראה ששיקולי עלות-תועלת כלכליים יצדיקו את יישום הגנת הינוקא מושא מאמר זה רק במקרים חריגים ומועטים – כאשר מתאפשר למקבל ההחלטה להעריך ברמת ודאות גבוהה כי יישום ההגנה אכן יועיל מבחינה מצרפית למשק. אשוב ואדגיש כי מאמר זה התמקד בשיקולים הכלכליים הנוגעים לכניסת יצרנים חדשים לשווקים; אני מודע לכך כי בשאלת הכניסה עשויים לשחק תפקיד גם שיקולים נוספים שחלקם בעלי חשיבות ציבורית רבה. אם כן, ההמלצה לצמצם את יישום הגנת הינוקא מושא המאמר חלה ככל שהשיקולים הכלכליים הנוגעים לכניסה החדשה הם השיקולים

192 ראו BORK, לעיל ה"ש 69, בעמ' 5-6. בורק ממשיך בתיאור הזה: "Several hundred lawyers at a meeting of the Antitrust Section of the American Bar Association listened to a nationally prominent attorney, who subsequently became an Associate Justice of the Supreme Court, contend that it was fruitless to worry about antitrust's intellectual problems. Antitrust, the attorney said, is the good old American tradition of the sheriff of a frontier town: he did not sift evidence, distinguish between suspects, and solve crimes, but merely walked the main street and every so often pistol-whipped a few people".<sup>6</sup> בעמ' 6.

הבלעדיים, או למצער העיקריים, העומדים בפניו של מקבל ההחלטה. ברצוני להדגיש בסיום הדברים כי מאמר זה אינו יוצא חוצץ נגד כל התערבות רגולטורית שמטרתה עידוד תחרות אלא מתמקד בניתוח תועלתה של הגנת ינוקא ספציפית. עם זאת ראוי שכל התערבות רגולטורית בעלת משקל תיושם רק במקום שבו לאחר בחינה מעמיקה, הכוללת את כל המרכיבים הכלכליים והאחרים הרלוונטיים, יהיה אפשר להסיק שתועלתה עולה על עלויותיה.