

# מחברת בחינה

## הגבלים עסקיים

ד"ר גיא שגיא

**תוכן**

3.....מבוא

4.....שוק מונופוליסטי

6.....שוק מרוכז/ שוק אוליגופול

12.....מונופולים

12.....הגדרת המונופול

15.....האם חוקי להיות מונופול?

16.....האם מותר למונופול לגבות מחיר מונופוליסטי?

22.....הגדרת שווקים

23.....אפליית מחירים

27.....סירוב לסחור

37.....PRICE SQUEEZE / מחיר דחיקת

38.....PREDATORY PRICING/ תמחור טורפני

41.....הגנת ינוקא

42.....הסדרי קשירה

48.....הנחות נאמנות, מטרה, כמות

51.....הסדרים כובלים

51.....הסדרים אופקיים

71.....הסדרים אופקיים בישראל

83.....הסדרים אנכיים

92.....הסכם בלעדיות

31/10/17

Guy.sagi@gmail.com

**מבוא****המבוא הכלכלי**

תחום ההגבלים העסקיים נוטה לשלב משפט וכלכלה, ניתוחים דיני חוזים בהתאם לעקרונות. בתחום ההגבלים העסקיים הקשר למשפט וכלכלה הוא מובהק ביותר, השאלה האם התנהגות מסוימת היא חוקית או לא חוקית היא נגזרת של ניתוח כלכלי.

הגבלים עסקיים נוגע להסדרת התחרות והפעילות בשוק ובמשק הישראלי. הסדרת הפעילות התחרותית- ההנחה היא שככל שיש יותר תחרות בשוק מסויים זה פועל לטובת הצרכן (הנחות מחירים). תחום ההגבלים העסקיים הופך להיות יותר ויותר רלוונטי ככל שהשוק פחות תחרותי. יש קשר בד"כ בין מספר המתחרים לרמת התחרות בשוק, סביר להניח שזה כלל שכלכלן יסתור אותו. אם יש רק ייצאן אחד ואין לו מתחרים (מונופול), שווקים כאלו הם לא תחרותיים או שיש בהם נטייה לתחרות מועטה. כשיש ייצאן אחד שאין לו תחרות, הנטייה שלו היא לעלות מחירים, לתת שירות פחות טוב.

מה קורה בשווקים שיש יותר ממתחרה אחד אבל עדיין מעט? אם יש 100 יצרנים מתחרים, זהו שוק תחרותי וכנראה שאין צורך בהתערבות. מה קורה בשווקים עם 4-5 מתחרים? אלו שווקים מרוכזים / שווקים אוליגופולים' והם מעוררים בעיה מורכבת מהפן של התחרות. כיוון שיש מצד אחד אומה למחירים. יש סיבה לסבור שכאשר יש כמה יצרנים, הם גם לא מצליחים לעלות מחירים, אם הם מתאמים מחירים וכו'. מבחינת משפטית זה פחות בעיה, כי אוסרים את זה. אך גם אם לא הייתה תקשורת ברורה בין המתחרים, עדיין קל יותר לעלות מחירים. שוק הסלולר- לפני שגולן טלקום היו 3 יצרנים עיקריים (פרטנר, פלאפון וסלקום) והמחירים היו כ-200 ₪ לחודש. נניח ולא היה קרטל ובכל זאת המחירים שהיו נהוגים הם גבוהים בהרבה ממה שצריך להיות נהוג. לפני שגולן טלקום הרווחים היו גבוהים – 'אל תחרותיים'. הם לא עשו קרטל, וזה אומר שבשווקים שבהם יש מספר קטן של מתחרים, הם יצליחו לעלות מחירים גם בלי לדבר אחד עם השני.

יוקר המחיה בישראל- יוקר המחיה נובע משווקים שיש בהם מחירים מרוכזים (סלולר, אשראי, בנקים, דלק, תקשורת קווית, טלוויזיה מסחרית, טלוויזיה רב ערוצית) בישראל חלק גדול מהשווקים הוא מרוכז. אפשר להניח שהמחיר הוא גבוה ממה שהיה אם היה מצב תחרותי.

אלו דוגמאות לרלוונטיות של תחולת דיני ההגבלים העסקיים. נבדוק לאורך הסמסטר האם הכללים של דיני ההגבלים בישראל שנועדו לטפל בשווקים שכנראה יש בהם בעיה בתחרות (מונופולים) והאם דיני ההגבלים עסקיים יכולים לתת מענה.

**איך נקבע מחיר בסוגים שונים של שווקים?**

סוגים שונים – מבחינת המבנה התחרותי של השוק.

מחיר בשוק תחרותי שווה לעלות הייצור. **מחיר = עלות ייצור**

לפחות ברמה העקרונית, היצרנים לא מרווחים הרבה. אם היצרן מייצר כיסא, עלות הייצור היא 4 ₪. C המחיר הוא – 4 ₪ P

כשמתייחסים בכלכלה לעלות, כוללים בתוך העלות גם רווח סביר. זה לא רווח, זה יכול להיות תשואה של 5% על ההון. ברמה העקרונית, לא אמורים להרוויח בשוק התחרותי אבל זה טוב לצרכן כי הוא קונה את המוצר בזול. למה שהמחיר יהיה קרוב למחיר העלות שלו? בשוק תחרותי עם הרבה יצרנים, יש תחרות. רוצים לקנות את המוצר במחיר הזול ביותר, בהנחה הכי גדולה שאפשר להשיג. היצרנים צריכים להתחרות אחד בשני. התחרות בין היצרנים גורמת לכך שהמחיר של המוצר ילך וירד עד שהם יגיעו לרמה שהם לא יכולים להוריד יותר. ברור שהיצרנים לא ימכרו במחיר הפסד. זאת הדינמיקה הטבעית של שוק תחרותי, זה לא נובע מפקודה. כך נקבע מחיר בשוק תחרותי. **המחיר בשוק תחרותי הוא חשוב בהשוואה לשווקים אחרים.**

**שוק מונופוליסטי**

איך נקבע מחיר בשוק מונופוליסטי? נניח שמונופול זה יצרן שפועל לבד בשוק, ללא מתחרים. הוא לכאורה יכול לעשות מה שהוא רוצה. כשיש מונופול, מה המטרה שלו? למקסם רווחים, להרוויח כמה שיותר. האם זה שהוא רוצה להרוויח כמה שיותר זה דבר? זה לא דבר רע, זה דבר טבעי ואולי גם בלתי נמנע. אם הוא רוצה למקסם רווחים הוא ינקוט באסטרטגיה בכל מה שנוגע למחיר שתוביל למקסום הרווחים שלו. התקרה בשוק מונופוליסטי היא הרבה יותר גבוה משווקים אחרים. כדי להגדיל את הרווח מבחינת המחיר- הוא צריך לעלות את המחיר. גם מונופול בסופו של דבר הוא בעל תקרה, הוא לא יכול לעלות את המחיר עד אינסוף. (גם מונופול של חשמל, מים וכו') המונופול יעלה את המחיר עד לנק' מסוימת, ההעלאה היא לא לנצח. יש נק' שההעלאה היא לא כדאית, אותה נק' לא תגדיל את הרוויח אלא תקטין את הרווח. כשמונופול מעלה את המחיר, על כל מוצר שהוא מוכר הוא מקבל יותר כסף. ככל שהוא מעלה את מחיר, פחות אנשים קונים. **יש קשר ישיר בין מחיר לכמות** ← **כשהמחיר עולה הכמות יורדת.** כשהמחיר עולה, הציבור רוכש פחות. לדוגמא- בבדיקות אמפיריות נראה כי כל פעם שמעלים את המס על סיגריות, ברכישות הכלליות במשק רוכשים פחות. יש מוצרים שהם בעלי 'ביקוש קשיח' (סיגריות, דלק, מים, תרופות) **כשהמחיר עולה, רוכשים פחות.** אם הייצור נפגע ומייצרים פחות, המחיר יעלה.

❖ המונופול רוצה למקסם רווחים – ככל שהמחיר עולה קונים פחות

❖ המונופול מעלה את המחיר בהדרגתיות – עד לשלב בו הוא רואה שאם הרווח לא גדל, אלא קטן. שם הוא יעצור.

כשמדובר בשוק מונופוליסטי הוא מעלה את המחירים לצרכן, אבל הוא מצמצם את הכמות. במקום לייצר מיליון יחידות הוא מייצר רק חצי מיליון, זה אומר שהשוק שיש לו יכולת לייצר ייצר רק חצי. זה אומר שהשוק לא פועל בצורה האופטימלית. בשוק מונופוליסטי יש פחות לצרכנים, המשק בכללותו מפסיד. הוא מייצר פחות רווח. הבעיה הזאת של הקטנת הייצור היא הבעיה שמכונה **'כשל השוק המונופוליסטי'**. בכלכלה, אין העדפה של אחד על פני האחר. אכפת

מה יש סה"כ. אם יש 2 כוסות קפה ו2 אנשים יש 2 חלופות – או לתת אחד ולשני לא יהיה, או לתת אחד לזה ואחד לזה. מבחינה כלכלית, זה לא באמת משנה מי יקבל מה. כאשר השוק מייצר פחות ממה שהוא מסוגל, זה כן בעייתי מבחינה כלכלית. זאת הסיבה העיקרית לקיום דיני ההגבלים העסקיים. דיני ההגבלים העסקיים מנסים למקסם את הייצור ולהוריד את המחיר.

**כשל שוק** - בתקופה הנוכחית התפישה הכלכלית הרווחת בעולם ובישראל נוטה ל'שוק חופשי' – פחות התערבות של הרגולטור והממשלה בשווקים. אין כמעט מצב של 'חוק חופשי' שאין רגולציה והסדרה. כשמדברים על שוק חופשי מדברים בהשוואה למה שהיה בעבר או בהשוואה למדינה קומוניסטית. ההנחה הכלכלית הייתה 'היד הנעלמת' – שהשוק יפעל באופן חופשי והתוצאות יהיו אופטימליות. התפישה הכלכלית היא שנכון להתערב בשווקים רק שיש בהם כשל שוק. מונופול זה סוג של כשל שוק שמצריך התערבות.

חוק הפטנטים – אילולא חוק הפטנטים לא היה פיתוח, ולכן נותנים מונופול במקרים מסוימים. יש למונופול גם צדדים טובים. למה למונופול יש צד טוב? הוא מגדיל את הרווחים של העסק, של היצרן. זה גורם לכך שנוצר תמריץ לחדשנות. בשוק דינאמי, מתפתח צריך לדאוג שמי שיוצר מרוויח. תחרות לא יכולה להתקיים אם אין מנצח או אפשרות לנצח. הפרס הוא כסף, רווח. המשמעות היא שגם אם יש מונופול בזמן מסוים, אולי בראייה דינאמית זה לא דבר רע. המדינה לפעמים כן מגנה על המונופוליסט. וויז – יזמים פרטיים שפיתחו מוצר והשיגו מעמד מונופוליסטי.

מתי באמת יצרן הוא מונופול? אם יצרן לגמרי לבד בשוק ויש לו נתח 100%, ברור שהוא יעלה מחירים. מה קורה שהיצרן הוא רק 70%-95%? הוא לא חייב נתח שוק של 100%, הוא צריך להיות בעל כוח דומיננטי. ככל שנתח השוק יורד זה נמצא בסימן שאלה גדול. יצרן עם 40% - קשה לומר שהוא יכול להתנהג כמו מונופול. יכולת מונופוליסטית-ההיבט הכלכלי, זה היכולת של היצרן לבד לעלות מחירים באופן שיינב לו רווחים גדולים יותר. מה שמייחד יצרן מונופוליסטי זה שהוא יכול לעלות מחירים ולהרוויח – זה אומר שכנראה יש לו כוח בשוק. בכלכלה אין סף שממנו ואילך זה מונופול, זה תלוי במאפיינים הפרטניים של כל שוק. ס' 22 בחוק ההגבלים העסקיים אומר כי מונופול זה יצרן עם 50% ומעלה. ההגדרה הכלכלית למה זה מונופול, לא זהה להגדרה המשפטית של מונופול. יש הנחה כלכלית, ש70% ומעלה של נתח שוק זה כנראה מספיק להוות בסיס לכוח מונופוליסטי.

כדי שייצרן יהיה מונופול הוא צריך את התנאים הבאים :

### 1. נתח שוק גבוה

אם מעלים מחירים וישר לוקחים נתח שוק, אי אפשר להעלות מחיר

### 2. חסמי כניסה

נדרש שיהיה משהו שימנע שיפריע להתפתחות של תחרות, שיימנע ממתחרים פוטנציאליים להתחרות

- חסם כניסה רגולטורי : המדינה קובעת שבתחום מסוים לא ייכנסו מתחרים.

❖ חסם טוטאלי - בעבר, חוק בזק שקבע שרק בזק מקבלת זיכיון להפעלת השירות.

❖ חסם כניסה מסוג מכס (לא טוטאלי) – לפני כמה שנים תנובה הייתה עם 60% נתח שוק. יצרן אחר יכל היה לקנות באירופה מוצרים מגבילים באותו מחיר ולמכור אותם בחצי מחיר. היה לו מכס של 100%.

חסם כניסה רגולטורי יכול להיות מטעמים פוליטיים, אבל יכול להיות גם שלא בהכרח וכן מסיבות מוצדקות.

- גיוס הון : יש תחומים בהם כדי לפעול, צריך לגייס כסף. נניח ומישהו רוצה לפתוח דוכן פלאפל, הוא צריך לשכור מקום, מכשירים וכו'. אם זה שוק שצריך לגייס אליו כסף, זה שוק שאפשר להיכנס אליו. **יש תחומים בהם כדי שמתחרה חדש יוכל להיכנס, הוא צריך לגייס סכומים גבוהים ← ככל שהסכום גבוה יותר, חסם הכניסה גבוה יותר.**

נניח ומישהו רוצה לייצר חשמל, הוא צריך טורבינות וזה עולה מאות אלפי שקלים, משמע יש מעט אנשים שיכולים להיכנס לשוק. ככל שהעלות גבוה יותר, החסם גבוה יותר.

- זמן : יש שווקים שכדי להיכנס ולהתחיל להתחרות צריך מעט זמן.

### שוק מרוכז/ שוק אוליגופול

כיצד נקבע מחיר בשוק מרוכז? בשוק תחרותי, המחיר שואף לעלות הייצור.

המחירים יותר גבוהים ממחיר תחרותי. המחירים בשוק זה כנראה בין מחיר תחרותי למונופוליסטי. הצרכנים כנראה משלמים פרמיות יותר גבוהות.

קרטל – 2 תחנות דלק, תחנה A ותחנה B. התחנות מצויות אחת ליד השנייה בכביש הערבה. נניח שאין מגבלה על המחיר, הם יכולים לגבות איזה מחיר שהם רוצים. הם יודעים שאם הם יעלו את המחיר הם ירוויחו יותר. אבל כדי שזה יקרה, שניהם צריכים לעלות את המחיר. אם שניהם יעלו את המחיר בתאום, במשותף, נניח ל-8 שם הם ירוויחו יותר. הם יודעים שאם יעלו את המחיר הם ימכרו פחות. כשהם העלו את המחיר באופן הזה, הם הקטינו את הייצור, הם הקטינו את העוגה. לכן, קרטל מוביל לתוצאה שדומה להתנהלות של מונופול. לכן, מבחינה משפטית בישראל ומדינות נוספות קרטל זה לא דבר חוקי. על קרטל מעמידים לדין פלילי. כשיש תאום מפורש בין מתחרים בשוק שהוא די מרוכז, זה מעלה את המחירים לצרכנים. מה יקרה אם רק תחנה A יעלה את המחירים?

07/11/17

התחום של השווקים המרוכזים הוא בעל חשיבות מיוחדת. חלק מהשווקים בהם אנו כצרכנים מוצאים כספים, הם שווקים מרוכזים. חלק גדול מהשווקים שאנו כצרכנים באים אתם במגע כשאנחנו מבקשים לצרוך מוצר/שירות הם שווקים מרוכזים. הטענה היא שהמחירים היא יותר גבוהים משוק תחרותי, ושזה בא על חשבון הצרכן.

לכאורה בשווקים תחרותיים המחיר הוא תחרותי, קרוב לרמת הייצור. בשווקים המונופוליסטיים המחירים גבוהים עד כמה שאפשר. בשווקים מרוכזים אוליגופוליסטיים המחירים יכולים להיות על כל הטווח והקושי הוא שלא ניתן לזהות.

מבחינת קרטלים, בדוגמא של תחנות דלק. נניח ויש תחנות B+A ונניח A פונה B ומתאם אתו 1 העלאת מחירים. הם מתנהגים במשותף ומתנהגים כמו מונופול. כשהם מעלים את המחיר בתאום הם מתנהגים בצורה שדומה למונופול. כדי שעליית המחירים תהיה כדאית לאחד מהם, הוא חייב לשתף את השני. להעלות מחיר לבד, יכול להיות לא רווחי ולא כדאי.

ברגע שהם דיברו אחד עם השני, הם עברו עברה. זו לא התנהגות חוקית מבחינה משפטית. קרטל אסור פר-סה. זה מונח שגור בתחום ההגבלים העסקיים. אסור פר-סה = איסור מוחלט ללא הגנות, ללא הצדקות.

באופן עקרוני קרטל, או הסכמים של קרטל יכולים לבוא לידי ביטוי ב-3 אופנים:

1. הסכם על מחיר

מחיר מסוים, הימנעות מהנחות

2. הסכם על כמות

אם הכמות קטנה המחיר יעלה. יש תעשיות לא יציבות, שהמחיר עולה ויורד. אי אפשר להגיע להסכמה על מחיר. במקרה כזה, יהיה יותר קל להסכים על כמות. כל אחד מתחייב שלא לייצר מעל כמות מסוימת וזה מוביל למחירים גבוהים למה שהיה יכול להיות, אלמלא ההסכם. (דוגמאות: קרטל אופק-חברות נפט, בארץ-חלב)

3. חלוקת שוק

חלוקת לקוחות - ענפים שמאופיינים במכרזים. יש גופים גדולים שרוכשים לחם (כמו משרד הביטחון, משרד לביטחון פנים) דרך מכרז. המאפיות רוצות להרוויח, והן לא יכולות שלא להגיש הצעות מחיר למכרז כי זה יהיה שקוף. כולן יגשו לכל המכרזים, רק שהמאפיה שלא רוצה לזכות, תגיש הצעה מאוד מאוד גבוה. במכרז שהמאפיה אמורה לזכות, היא תגיש הצעה גבוה כי היא יודעת שמאפיה אחרת, מציעה מחיר מאוד גבוה. דוגמא לקרטל שנתפס - חברות שתאמו הצעות מחיר ולא סמכו יותר מידי אחת על השנייה. חברה A לא סמכה על חברה B, שאמרה תגיש הצעה יותר גדולה. ההסכמה הייתה שיראו לחברות את ההצעות לפני ההגשה, ויתנו להם להגיש את ההצעה. המזכירה בחברה שהייתה אמורה לזכות במכרז, שלחה מעטפה אחת עם 2 הצעות. ערבו את רשות ההגבלים.

חלוקת שוק גיאוגרפי - בישראל: צפון, מרכז ודרום. החברות רוצות לצמצם את התחרות ולהגדיל את הרווחים. חברות יכולות להסכים ביניהם על חלוקת האזורים. לפי ההסכם זה אומר שחברה אחת תשווק בצפון ולא תשווק במרכז ובדרום וכן הלאה. ברגע שכל חברה מקבלת אזור והיא יודעת שחברות אחרות לא יכנסו, היא יכולה להעלות מחירים

כי אין תחרות והיא יכולה להתנהג כמו מונופול בשטח שלה. בקרטל המאפיות נטען כי הם עשו גם חלוקת שוק. הם הסכימו שברגע שיש מאפיה חזקה יותר, המאפיות האחרות לא ינסו להיכנס כי זה מקטין את התחרות ומגדיל את הרווחים.

יש פעמים שיש קרטלים שכולל כמה סוגים של קרטלים ביניהם. בשווקים מרוכזים לא תמיד יש קרטל. אבל כשבדקים את הקרטלים שנתפסו, רובם היו בשווקים מרוכזים. קרטל בשוק תחרותי, קרטל לא משתלם.

מה קורה אם הם לא מתאמים, אלא שניהם מעלים את המחיר? תחנת הדלק, A רוצה לתאם אבל חושש כי הוא יודע שזה אסור. הוא מעלה את המחיר ל 8 ₪. B יעלה את המחיר ל 7.5 ₪. A יוריד ל- 7 ₪. מה יעשה B? אם הוא לא יעלה ל-8, יביא למצב ש 2 התחנות יחזירו ל-5. הפעולה היחידה שתקבע את המצב ותביא לרווחיות, תהיה אם תחנה B תשווה ל-8 ₪. שניהם מרוצים, ואין סיבה לשנות. מצב כזה, כמו בדוגמת הדלק = **תמחור אוליגופולי** – הדרך שנקבע מחיר בשוק אוליגופולי. העלאת מחיר שלא בתאום.

הדינמיקה הזאת מובילה לאותה תוצאה של קרטל שבפועל הם לא דיברו ביניהם ולא תיאמו. מחיר הקוטג' המחיר היה בפיקוח. תנובה, שטראוס וטרה שיווקו את הקוטג' ב- 5 ₪. הסירו את הפיקוח, ותנובה הודיעה שהיא תעלה את המחיר ב-5%. טרה ושטראוס גם העלו. לאחר מכן, תנובה העלתה שוב ב-5% ושטראוס וטרה גם העלו וכך קרה כמה פעמים. יש מקרים שכן יש עליית מחירים (שינוי בשכר המינימום) ובמקרה כזה כן סביר שמחיר ישתנה. רפורמת הטלפון- היו 3 מתחרים בשוק. (פרטנר, סלקום, פלאפון) ולמירס היו 4%. היה אסור להתנייד, והניוד היה ללא מספר וכו'. עלתה השאלה האם החברות גובות מחיר או לא, ולא הייתה תמימות דעים. חברות הסלולר השוו את מצבם לחברות הטלפון באירופה. אחוזי הרווח היו דומים. היה מחקר של חברת סלולרי אירופית ואמרה שהמחירים לא גבוהים והייתה חוו"ד אחרת שהמחירים היו גבוהים. לא היו יכולים להוכיח שהמחיר הוא מחיר אוליגופולי כי זה לא ידוע. הייתה רפורמה, היה מכרז למדינה. מי שישלם הכי הרבה יזכה. התנאי למכרז היה תשתית לארץ ב- 7 שנים, ושאלם החברה תגיע לנתח שוק של 8%, הם יקבלו את מה ששילמו כדי לזכות במכרז. זה יצר תמריץ אצל החברות החדשות לנסות להשיג מחיר, והם הורידו מחירים. גולן טלקום נכנס לשוק והייתה **מחוללת תחרות**'. גולן לא פרסו את התשתית וגם הוט לא, אבל השוק השתנה. העלויות של החברות נחתכו, הם פיטרו עובדים. השווי של החברה נחתך, הרווחים נחתכו – אבל הם עדיין מרווחים. מי שהיה בעלים בעבר, ספג מכה קשה. דנקר קנה את סלקום כשהחברה הייתה במינוף. הרפורמה חתכה את הרווחים של סלקום, ו IDB של דנקר קורסת.

כדאי לדעת מהו שוק אוליגופולי, צריך להסתכל על רשימה של פרמטרים כדי לראות מתי החשש לתיאום הוא גבוה יותר או נמוך יותר. הפרמטרים הם מבחינה כלכלית ולא משפטית. הבחינה של שווקים אוליגופולים היא לא רק בחינה דו ממדית (כמה מתחרים) הפרמטרים נועדו לבחון מתי השווקים פחות תחרותיים, מתי החשש לפגיעה תחרותית גבוה יותר או נמוכה יותר.



**הפרמטרים:****1. מידת הריכוזיות**

כמה יצרנים יש בשוק. ברור שאם יש הרבה מתחרים, אין מה להתעסק איתו. ככל שהשוק יותר מרוכז- 10, 5, 3 מתחרים השוק יותר מרוכז. החשש להתנהגות לא תחרותית או תוצאות לא תחרותיות, יעלה.

המדד לבחינה של ריכוזיות שווקים, ברמה הכלכלית מבקשים מספר.

**יש מדד כלכלי לחישוב הריכוזיות והוא מכונה HHI.**

HHI מבוצע כאשר מעלים בריבוע את נתחי השוק של החברות שפועלות בשוק ומחברים את הסכומים.

לדוגמא: 5 יצרנים בשוק ← לכל אחד מהם 20%. מעלים את אחוז נתח השוק בריבוע.

20 בריבוע = 400. השלב השני, זה לחבר את הסכומים =  $HHI = 2,000$

דוגמא נוספת: חברה עם 30%, חברה עם 20%, וחברה עם 50%.

30 בריבוע = 900, 20 בריבוע = 400, 50 בריבוע = 500.

$HHI = 900 + 400 + 2,500$

ככל ש HHI יותר גבוה, השוק יותר מרוכז.

לכמה הוא יכול להגיע? ה HHI המקסימלי הוא 10,000. בשוק מונופוליסטי שהוא 100% מהשוק, HHI שלו יהיה 10,000.

ה HHI המינמלי שואף ל-0. אם יש שוק עם מיליון מתחרים שלכל אחד מהם 0.01% מהשוק.

מאיזה שוק זה נחשב שוק מרוכז? אין תשובה אחידה. כשמתקרבים ל-2,000 HHI זה כבר נחשב שוק שמתחיל להיחשב ריכוזי. חלק מהגדול מהשווקים הוא עם HHI יותר גבוה. נניח שוק הסלולר. פרטנר, פלאפון וסלקום מחזיקות בסביבות ה-30% כל אחד. זה שוק לפחות עם  $HHI = 2,700$ .

אם יש שוק עם  $HHI = 1,000$ . זה לא שוק מרוכז, זה שוק תחרותי. הוא לא מטריד. אם יהיו חברות שיבקשו להתמזג, כנראה שזה יאושר. אם זה יהיה שוק עם  $HHI = 5,000$  ו-2 חברות יבקשו להתמזג, כנראה שזה יהיה בעייתי. HHI זה לא מדד של חברה, זה מדד של שוק.

**2. חסמי כניסה**

אם זה שוק עם 3 מתחרים ו HHI גבוה ואין חסמי כניסה, כל אחד יכול להיכנס בזול פחות ניטה לדאוג. גם אם יהיה קרטל, יהיו מתחרים שיוכלו להיכנס ולהוריד מחירים. חסמי כניסה – רגולציה, גיוס הון, זמן.

בסלולאר: אם הרגולטור לא אישר כניסת מתחרים חדשים החברות ידעו שהם ירוויחו. אם זה שוק שהרגולטור לא מתערב, אם חברות מעלות מחירים, אנשים אחרים יוכלו להיכנס לשוק. כדי שיבואו לאותן חברות, יצטרכו להוריד מחירים. כדי ששוק יעורר חשש צריך שתהיה בו ריכוזיות גבוה וחסמי כניסה.

**3. גודל העסקאות**

יש שווקים בהם כל עסקה היא קטנה. מנוי לחברת טלפון סלולר זו עסקה קטנה, היא לא עסקה גדולה. בשוק הזה יש הרבה עסקאות קטנות. לעומת זה יש שווקים בהם יש מעט עסקאות גדולות מאוד. ענף מטוסי הנוסעים (בואינג, איירבס) בריטיש אירוויז או חברות אחרות שצריכות מטוסים, הן קונות בכמויות. כל מטוס עולה כמה מאות מיליונים כך שהעסקה היא עסקה של מילארדים. כשהעסקאות הן גדולות, החשש מפגיעה בתחרות יורד. נניח שאיירבס ובואינג עושות קרטל, ומעלות את המחירים ב-40%. בריטיז אירוויז תבקש לרכוש 30 מטוסים ופונה לאיירבס ובואינג לקבל מחיר. נניח והם פונות לבואינג, מצד אחד ובואינג העלו את המחירים בתאום עם איירבס, מצד שני העסקה כ"כ גדולה ובואינג לא סומכים על איירבס. הפיתוי לרמות את המתחרה, הוא גדול מידי. כשמדובר בעסקאות גדולות, התמריץ הוא מאוד גדול. אם לא ניתן לסמוך על המתחרה שיעמוד בתנאי הקרטל אז לא יהיה קרטל מלכתחילה.

כשהעסקאות קטנות, כמו בגבינת קוטג' ויש חברות שהגיעו להסכמה על המחיר. אם תהיה הנחה ללקוח ביחס למה שהוא סיכם עם החברה, הוא ירוויח את ההפרש אבל לא שווה לו לרמות בד"כ. לא שווה לרמות עבור לקוח אחד. אם התרמית תתגלה, לא שווה לגלות. כשמדובר בקרטל, אם לא משתלם לרמות – לא מרמים.

**4. הומוגניות / סטנדרטיזציה**

יש שווקים בהם המוצרים של מתחרים שונים מאוד מאוד דומים למוצרים של המתחרים אחרים. יש מוצרים שלצרכנים לא משנה מי המתחרים (דלק- סונול, פז, דור אלון) כשהמוצר הוא הומוגני לא אכפת מי היצרן. במחצבים קונים פחם/ חצץ וכו' וגם במוצרי חקלאות (ירקות, פירות)

נניח שיש יצרנים בשוק הומוגני, אם המוצר הוא הומוגני והמוצר הוא אותו דבר. הפרמטר היחיד שצריך להסכים עליו זה המחיר. כשהמוצרים הם כאלו, יותר קל להגיע לתאום. צריך להסכים על מחיר. לעומת זאת, כשהמחיר לא הומוגני יש בעיה. יצרן רכב, טיוטה, פיג'ו והם רוצים להעלות מחיר ב-30%. האם מספיק שהם יסכימו רק על המחיר כדי להגיע לקרטל? לא. יש מערכות נלוות לרכב. הם צריכים להסכים גם על המחיר וגם על מה המוצר יכלול. (זמן אספקה, מערכת מולטימדיה, צבעים, מסכי טלוויזיה וכו')

צריך להסכים לא רק על פרמטר אחד, אלא כמה פרמטרים. כדי שצריך להסכים על יותר פרמטרים, זה יותר מסובך. אם עושים בדיקה של קרטלים שנתפסו, בד"כ מדובר במוצרים שמאוד דומים (קרטל הלחם – היה בלחם האחיד)

במוצרים הומוגניים קל יותר.

**5. ביקוש קשיח**

ביקוש למוצר מסוים יכול להיות קשיח או גמיש. כשביקוש למוצר מסוים קשיח – גם אם המחיר עולה, אנחנו כצרכנים נקנה אבל פחות. הביקוש פחות קשור למחיר.

ביקוש גמיש- יש מוצרים שאם המחיר יעלה ב-10% הצרכנים יפסיקו לקנות דוגמאות לביקוש קשיח – סיגריות, תרופות, מים, דלק.

בשווקים בהם הביקוש קשיח עולה החשש לפגיעה בתחרות כי בשווקים כאלו מאוד משתלם להפחית את התחרות. נניח והמחיר עולה מ-5 ₪, ל-10 ₪ אם מדובר בשוק שיש בו

ביקוש קשית, במקום למכור 1,000 יח', ימכרו רק 990 יח'. המחיר הוא פי 2, ומוכרים כמעט אותה כמות- יש תמריץ לקרטל, זה משתלם.  
אם יש ביקוש הרבה פחות קשית, המחיר הוא 10 ש"ח במקום 5 ש"ח, מוכרים במקום 1,000 יח' רק 600 יח'. אין תמריץ לעשות קרטל מלכתחילה.

#### 6. שווקים יציבים

כשיש שוק יציב יעלה החשש. שוק לא יציב – טכנולוגיה, עתיר חדשנות.  
הסלולר זה שוק מרוכז (אפל, סמסונג) כל פעם יש חידושים ודור חדש, עדכוני גרסה וכו'.  
בכאלו שווקים שהם דינמיים יהיה קשה לעשות קרטל.  
הרבה פעם שחברה עושה שדרוג זוכה בכל השוק (פייסבוק, מיקרוסופט) יש חשש למונופוליאזציה.

עד פה המבוא הכלכלי.

המבוא המשפטי:

מונופולים

הסדרים כובלים

מיזוגים

**מונופולים****הגדרת המונופול****ארה"ב**

בארה"ב אין הגדרה פורמאלית למונופול בחוק ההגבלים. חוק ההגבלים העיקריים בארה"ב מכונה Sherman Act. החוק מ-1890, והוא בעל 2 סעיפים עיקריים. הסעיפים מאוד כלליים וביהמ"ש ממלאים אותם תוכן. ביהמ"ש בארה"ב נתן הגדרה למונופולין, וזו הגדרה שבמהות שלה תואמת את ההגדרה הכלכלית של מונופולין. זוהי פירמה שיש לה כוח לעלות מחירים לתקופה ממושכת באופן רווחי. בפס"ד Alcoa ביהמ"ש התייחס לנתחי שוק. ביהמ"ש אמר כי 90% נתח שוק זה כנראה מונופול. 33% כנראה לא מונופול, והאמצע 64% תלוי בנסיבות. בארה"ב אין סף של נתח שוק, זה מקרה שנבחן לגופו בהתאם לנסיבות המקרה. ככל שנתח השוק גדול יותר, כך תגדל הסבירות שמדובר במונופול.

**האיחוד האירופי**

אין הגדרה שקובעת נתח שוק. באירופה מדברים על מעמד דומיננטי. המשמעות של 'מעמד דומיננטי' כנראה שמדובר בכוח בשוק שהוא פחות ממונופול. הם קצת מקלים ומנמכים את הרף. גם באירופה לא מדברים על נתח שוק בצורה ברורה. אין רף ברור ממנו ברור אם יש דומיננטיות או אין. התפישה הזאת מבחינה כלכלית נכונה, זה מאוד תלוי ענף ושוק ואי אפשר לקבוע רף שיהיה תקף לכל הענפים.

**ישראל**

סעיף 26 לחוק ההגבלים קובע הגדרה למונופול

**מונופולין ובעל מונופולין**

26. (א) לענין חוק זה יראו כמונופולין ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או מכלל רכישתם, או של יותר ממחצית מכלל מתן שירותים, או מכלל רכישתם, בידי של אדם אחד (להלן - בעל המונופולין). על קיומו של מונופולין כאמור יכריז הממונה בהודעה ברשומות; על הכרזה כאמור יחולו הוראות סעיף 43(ב) עד (ה), כאילו היתה קביעה לפי סעיף 43(א).

(ב) המונופולין יכול שיהיה באזור מסויים.

(ג) השר רשאי, לפי המלצת הממונה, לקבוע כי לגבי נכסים מסויימים או שירות מסויים, יראו כמונופולין ריכוז בשיעור נמוך ממחצית אם ראה כי למי שבידו ריכוז כאמור יש השפעה מכרעת בשוק לגבי אותם נכסים או אותם שירותים/

הכוונה של המחוקק היא ליצור וודאות. שאם חוק ההגבלים אוסר דברים מסויימים, שהחברות ידעו מה מותר ומה לא. הוודאות הזאת באה על חשבון דיוק. צריך לדעת כי יש שווקים בהם אפילו 55% לא הופך חברה למונופול. 50% לפי החוק = מונופול יש הצעה לרפורמה בחוק. החברות הגדולות אמרו כי ההגדרה לא טובה, לא כל מי שיש לו 60% מנתח השוק הוא מונופול. צריך לשנות את ההגדרה למי שמחזיק בכוח השוק' מי שמחזיק בכוח שוק = יש את הכוח להעלות מחירים או שיש את הכוח לדחוק מחירים. מי שיכול להעלות את המחיר של המוצר בשוק, יש לו כוח בשוק. קשה להוכיח כוח שוק.

היום הצעת החוק מדברת על 50%, אך היא גם אומרת שאם מישהו עם פחות מ-50% מחזיק בכוח שוק, הוא גם ייחשב למונופול. כך שיכול להיות מצב שזה יפגע.

למה ההגדרה בישראל לא באמת מקנה וודאות?

כשאומרים 50% נתח ושוק ומעלה צריך לדעת מאיזה שוק כדי לדעת מה השוק, צריך להגדיר את השוק. **הגדרת שווקים** זה עניין מורכב שיכול להיות נתון למחלוקת גדולה.

סעיף 43 מקנה לרשות ההגבלים להכריז שפרימה מסוימת היא מונופול בתקופה מסוימת ברגע שהיא שהכריזה, הרשות מכריזה על נכונותה בכל הליך משפטי. ההכרזה היא רק הצהרתית. הכריזו על ידיעות בשנות ה-90 כמונופולין. מאז נוסף ישראל היום, והיום היא כבר פחות. אם הרשות תבדוק ותשכנע, היא תבטל את ההכרזה.

קודם כל צריך להגדיר את **השוק הרלוונטי** – השוק הרלוונטי נועד לכלול את המוצרים הקרובים שמהווים תחליף טוב או קרוב אחד לשני. באופן עקרוני קוקה קולה וקפה יכולים להיות תחליף אחד לשני. צריך להגדיר את המוצרים, ואז אפשר להגדיר את השוק. זה העיקרון. איך מגדירים את השוק? אין מבחן כלכלי או משפטי פשוט שמניב תוצאות חד משמעיות. יש מבחן מקובל ← **'מבחן המונופול ההיפותטי' / SSNIP / מבחן גמישות הביקוש הצולבת** איך המבחן עובד?

1. בוחרים את השוק, את ההגדרה הצרה ביותר האפשרית

יצרן הקוקה קולה = שוק הקולה.

בהנחה ויש רק יצרן אחד בשוק הקולה, אם היצרן ההיפותטי יעלה מחירים בשיעורים של 5%-10%, האם הוא ירוויח או יפסיד? אם הוא ירוויח, זה אומר שמבחינת הצרכנים המוצרים האחרים לא מספיק קרובים. המוצר השני לא תחליף מספיק קרוב. אם זאת התוצאה של השאלה ← הגדרנו את המוצר הרלוונטי. המוצר הרלוונטי יהיה משקאות קולה. האחרים יכולים להוות תחליף אבל לא מספיק קרוב.

לעומת זאת, אם התשובה לגבי שינוי המחיר היא כי היצרן מפסיד, המשמעות תהיה כי חלק גדול מהצרכנים נוכח העלייה במחיר הלכו למוצר תחליפי ולכן עלית המחיר לא רווחית. אם היא לא רווחית, שוק הקולה הוא לא מוצר נפרד.

רק אם התשובה היא שלילית, ממשיכים הלאה:

מכניסים להגדרה את המוצר הכי קרוב, נניח 'משקאות תוססים' מניחים שיש רק יצרן אחד של קולה ושוב בוחנים האם בהנחה והוא יעלה את המחירים הצרכנים ימשיכו לרכוש או לא. אם הוא ירוויח, המשמעות היא שזה השוק. אם הוא לא ירוויח, מרחיבים שוב את ההגדרה.

איך מוכיחים את ההנחות ההיפותטיות הללו?

❖ סקרים - יש בעיה עם נתונים לא מדויקים ונתונים למניפולציה

❖ לפעמים כתוצאה מנסיבות של שוק מסוים – המחירים עלו ואז אפשר לבדוק מה קרה.

לכן, בישראל לא מיישמים את המבחן באמת. כשיש פסיקה בהם ביהמ"ש דן בעניין כזה, הוא ידון במבחן ויעבור למבחנים המשלימים.

בפועל, בישראל מיישמים מבחנים משלימים, והם מצטברים. בשאיפה שבשימוש בכל המבחנים נגיע לתשובה מספיק טובה. בהרבה מקרים לא מגיעים לתשובה חד משמעית וחותרת. **מהם המבחנים?**

### 1. המבחן הפונקציונאלי

צרכן של קולה, למה הוא שותה קולה? כי זה משקה מרענן, מצנן. בוחנים את מה שהכי קרוב מבחינת המאפיינים. אולי חלק מהפונקציות של קולה תואמות לקפה (מעורר) אך לא כולן.

### 2. מבחן הנתונים הפיזיים אובייקטיביים

לפי המבחן הזה בוחנים את המוצר, את הקולה ומנסים לבדוק מה המוצר מכיל. בכל המשקאות התוססים יש את אותם רכיבים. במשקאות ממותקים כבר אין את אותם הרכיבים, אין את הסודה.

### 3. מחיר

פחית קולה עולה 5 ש"ח, פחית רדבול עולה 11 ש"ח. המחיר יכול להוציא את משקה האנרגיה מהמשוואה. יכול להיות שהפער בין המחירים מנתק את הקשר

### 4. מבנה הביקוש וההיצע תוך אפיון הלקוחות והצרכנים

אם הצרכנים שונים בין מוצר אחד לשני, זה אומר שהם לא באותו שוק. אם קוקה קולה זה מוצר משפחתי שיכול לשתות אותו ילד ויכול לשתות אותו סבא. משקאות אנרגיה, יכול להיות שהוא לא מתאים לילד או לסבא אלא לפלח מסוים. אם אנשים שונים קונים מוצרים שונים – כנראה שלא מדובר בתחליפים.

### 5. מבחן הפרספקטיבה בקרב הנפשות הפועלות

אפשר לשאול את הצרכנים מה המוצרים הכי קרובים? אם 90% אומרים כי המשקה הכי קרוב זה משקאות תוססים. חשוב גם לבדוק מה היצרנים חושבים. שואלים יצרן של משקאות תוססים האם יש משמעות למחירים של המתחרה וגם את הדעה שלהם לוקחים בחשבון. רשות ההגבלים שולחת שאלונים ומחייבת לענות מכוח חוק ההגבלים.

זה השלב הראשון בהגדרת השוק הרלוונטי – שוק המוצר.

### 2. השוק הגיאוגרפי

נניח שהגענו למסקנה כי מבחינת המוצר קולה, משקאות תוססים ומשקאות טבעיים. יש 2 ערים הנמצאות אחד ליד השנייה. בעיר אחת, יש ציבור מסוים שנניח פחות ער לשמירה על הבריאות, מתוך כל המוצרים, לקוקה קולה 90% מהמכירות. עיר ליד, נניח באותו גודל אוכלוסייה, שותים קוקה קולה רק ב-5%. אם מבחינה גיאוגרפית השוק כולל את 2 המקומות, עושים ממוצע והיא פחות מ-50% ולכן היא לא מונופול.

אם מדובר בשוקים גיאוגרפים נפרדים, אזי שלקוקה קולה מונופול בעיר אחת, ולא בעיר השנייה ואפשר לתבוע אותה רק בעיר הראשונה. איך אפשר להגדיר אותה רק בשוק

מסוים? יש ליישם את מבחן המונופול ההיפותטי. בוחרים את השוק הצר ביותר, מניחים שיש רק יצרן אחד של המוצר. מניחים כי הוא מעלה את המחיר בין 5%-10%. אם הוא מפסיד, זה אומר שכנראה ההגדרה הגיאוגרפית של השוק היא יותר רחבה. לקוקה קולה אין מעמד מונופוליסטי. אם הצרכנים נשארים ולא עוברים למקום אחר, סימן שזה השוק הגיאוגרפי. זה אומר שהמחיר בעיר הסמוכה לא מספיק שווה.

**ככל שהשווי של המוצר הוא קטן, השוק הגיאוגרפי מבחינת הצרכן יהיה קטן יותר.**

בוחנים מה נתח השוק של היצרן, אם הוא מעל 50% הוא מונופול. ההגדרה בישראל לא באמת מביאה לרמה של וודאות, בטח לא גבוה.

### האם חוקי להיות מונופול?

מונופול מצמצם תפוקה ומעלה מחירים. אבל להיות מונופול זה חוקי. זה לא אסור בישראל ארה"ב או אירופה. הדין בישראל דומה לאירופה. למה זה חוקי? כי יש מצבים של מונופול טבעי. כמו חב' החשמל. בארה"ב בשנות ה-80 הייתה מגמה לפרק מונופולים מעל 8 שנים עפ"י חוק. מה הבעיה בלהגביל את מס' השנים?

בארה"ב ניסו להילחם ב-IBM שהייתה מונופול חזק בתום המחשבים כמעט 100%. גבו מחיר גבוה, דחק מתחרים. רשות ההגבלים פתחה בהליכים כדי לפרק אותם. IBM, נלחמה עם עו"ד. פרקטית פתיחה בהליך של פירוק מונופול הוא ילחם וזה ייקח שנים.

"יעילות לגודל" - ככל שיצרן יותר גדול הוא יותר יעיל. ככל שמוכר יותר עלויות הייצור יורדות. בשווקים אלו של יעילות לגודל עדיף לצרכן לרכוש מיצרן מונופוליסטי מאשר לקנות את המוצר בשוק תחרותי לא יעיל.

נניח, שיש שתי חלופות. יצרן אחד יעיל המוצר 3 ש' עלות יצור מוכר ב-12 (P). חלופה שניה מס' יצרנים לא יעילים 15 ש' עלות יצור © מוכר ב-15.5 (P) (יעילות נמדדת במחיר יצור ככל שנמוך אני יעיל יותר). אותם צרכנים בשוק תחרותי משלמים 15.5 ובשוק מונופוליסטי משלמים 12. מה עדיף? שוק מונופוליסטי היותר יעיל. אם נפרק את המונופול הצרכן ישלם יותר. המטרה של ההגבלים העסקיים לדאוג ליצרן ולא נגדו. ההצעה שבעבר בארה"ב לפרק מונופול באופן גורף. ההצעה נדחתה ולא דנים בה יותר. ההנחה היא שככל שאתה גדל אתה משדרג יעילות שלך. ולכן עלות הייצור שלו יותר נמוכה. כשמזהים שוק שיש בו מעט יצרנים גדולים הם יעילים יותר. פלאפון יותר יעיל מרמי לוי כי יותר גדולים.

חוקי להיות מונופול, אין חקיקה שקובע שמונופול יש לפרק אבל יחד עם זה לרשויות ההגבלים יש סמכות לפעול לפירוק מונופול גם בישראל וגם בארה"ב. מכוח חוק ההגבלים העסקיים אם הם מאמינים שהמונופול פוגע בצרכן. (פירוק לא הכוונה לסור אלא לפרק לחלקים)

**האם מותר למונופול לגבות מחיר מונופוליסטי?**

**בארה"ב** - התשובה היא שמותר. הם גובים מחיר גבוה ומייצרים פחות, אז למה לא לכפות עליהם שיגבו מחיר תחרותי? בארה"ב מונופול מותר לו לגבות איזה מחיר שרוצה למנה שם הכלל כזה?  
2 סיבות:

**1. פרקטית**

דוגמה: קולה גובה 2 ש"ח לפחית. בישראל קולה היא מונופול. האם 2 ש"ח זה גבוה? סביר? לא יודעים. לא ייתן לדעת כמה עולה להם לייצר. הרבה פעמים לא יודעים מה המחיר התחרותי כשאין תחרות. לכן מותר למונופול לגבות איזה מחיר שרוצים. פרקטית קשה לדעת שהמחיר אכן גבוה. אבל הרבה פעמים כן אפשר לדעת. נכון שיש בעיה פרקטית אבל לא פעם יש מוצר שבורו שהמחיר גבוה.

דוגמה: אשלגן. כימיקל שמופק בים המלח. חשוב לחקלאות מאפשר לגידולים לגדול מהר. מגדיל תפוקה. חקלאות מודרנית חייבת אשלגן. בישראל כימיקלים לישראל יש להם 100% נתח שוק. קל לחשב עלות. כימיקלים גבתה 1000 ש"ח לטון היה ברור שהמחיר גבוה כי העלויות הם 200. הבעיה הפרקטית בארה"ב שנתלים בה שקשה להעריך אם המחיר גבוה היא נכונה אבל לא תמיד. מאוד קשה לדעת שהמחיר גבוה. אבל הרבה פעמים, כן אפשר לדעת. זה נכון שיש בעיה פרקטית לגבי מוצר, אבל לא פעם מוציאים מוצר שזה ברור שהמחיר גבוה. יש מקרים בהם כן ניתן לדעת שהמחיר גבוה.

**2. תמריץ יזמי**

רוצים בארה"ב שאנשים יתחרו, ינסו לפתח מוצרים חדשים, לשדרג אותם. רוצים שאנשים ייקחו סיכון. יזמים לוקחים את הסיכון ורוצים להתחרות בתנאי שאם הם מצליחים יש פרס, יש תגמול. אם נניח גוגל, החברה הגאוניס שהחלו עם גוגל לקחו סיכון בשלב בין הסטודנטים הקטנים לחברת ענק היו צריכים לקבל השקעות מחברות הון. ללולא ההשקעות האלו לא היו חברות. לחברה כזאת, ההשקעה היא מסוכנת. שווה להיות בעסק של ההשקעה כי כשהחברה תצליח, זה יאפשר לחברה לרווח מונופוליסטי. הרווח המונופוליסטי זה פרס למי שהצליח ביזמות. הוא לא יהיה מונופול לנצח.

בארה"ב מ-2 הסיבות המוזכרות לעיל, בפס"ד Trinko ביהמ"ש אמר כי מונופול יכול לגבות איזה מחיר שהוא רוצה.

בישראל – ס' החוק הרלוונטי הוא ס' 29א(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים.

**ניצול מעמד לרעה (תיקון מס' 2) תשנ"ו-1996**

29א. (ב) יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור, בכל אחד מן המקרים האלה:  
(1) קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין;



אסור למונופול לגבות מחיר בלתי הוגן. במשך הרבה זמן היה וויכוח מה זה 'בלתי הוגן'. יש תמימות דעים שבלתי הוגן יכול להיות נמוך. מחיר בלתי הוגן יכול להיות גם נמוך, מחיר טורפני. מונופול עשוי לגבות מחיר נמוך כדי שהמתחרה שלו לא יוכל לשרוד, ויקרוס. פרופ' מיכל גל תומכת בגישה האמריקאית, זה לא פרקטי, זה פוגע בתמריצי היזמות. אסור לרדוף אחרי מחיר גבוה. לעומתה, פרופ' דויד גילה גורס כי במקרים בהם המחיר הוא גבוה, צריך לאסור את זה. העניין עלה לראשונה בפס"ד ידוע רע"א 729/04 **מדינת ישראל נ' קו מחשבה**. פורסם בנבו- בשנות ה'90 מדינת ישראל החליטה שהיא רוצה ליצור תחרות בשוק הטלפון (הקווי והסלולארי) המקרה מתמקד בשיחות הבינלאומיות. כל השנים רק לבזק בינלאומי היה מותר לתת שירות של שיחות בינלאומיות. מאחר והיא הייתה מונופול של 100%, כדי שלא יעשקו את הציבור, המחיר היה בפיקוח. המדינה כן רצתה לעורר תחרות ולכן היא הרשתה למתחרים אחרים להיכנס לשוק. מיד המחירים ירדו ב-80%. הוגשה תובענה ייצוגית נ' בזק בינלאומי. בזק בינלאומי לא יכולה להכחיש שהיא מונופול, היא גבתה מחיר גבוה אבל היא טענה 2 דברים:

1. אין איסור. ס' 29א(ב)(1). 'בלתי הוגן' לא בהכרח זה מחיר גבוה
2. היא טענה להגנת סעיף 6 בפקני"ז- אם הנתבע פעל לפי הרשאה חוקית

#### מעשה לפי חיקוק

6. בתובענה שהוגשה על עוולה, חוץ מרשלנות, תהא הגנה שהמעשה שמתלוננים עליו היה לפי הוראות חיקוק ובהתאם להן או שנעשה בתחום הרשאה חוקית או מתוך אמונה סבירה ובתום לב בקיומה של הרשאה חוקית; בסעיף זה, "מעשה" – לרבות מחדל.

התובעים הראו בפועל איך נקבעו המחירים. בזק אמרה למשרד התקשורת מה התעריפים. העניין מגיע לעליון. יש שאלה לגבי מהות ס' 29א(ב)(1), אבל זה לא משנה כי בזק פטורה מכוח ס' 6 לפקני"ז. הרגולטור היה רגולטור שבוי, הוא מתחיל לחשוב על שיקולים שלא לטובת הציבור. לכן, אי אפשר לתבוע כי זה מה שהחוק חייב אותם לגבות.

#### לקריאה לשיעור הבא:

רע"א 2616/03 ישרכארט נ' רייס

תובענה ייצוגית 11-07-46010 נאור נ' תנובה (החלטה ניתנה ב5.4.16)

14/11/17

מחיר מונופוליסטי מופרז

קו מחשבה- בזק בינלאומי הייתה מונופול בשוק השיחות בינלאומיות. זה מונופול מכוח זיכיון, כדי שלא תעשוק את הציבור- המחיר שלה נקבע ע"י משרד התקשורת. בזק אמרה למשרד התקשורת מה 'מחיר הוגן' לדעתה וזה המחיר שהיה. ברגע שהייתה תחרות ונכנס שחקן חדש, המחירים צנחו ב-70%. זה אומר שהמחיר היה פי 4 או פי 5 ממחיר תחרותי. הייתה תביעה נגדם לאור המחיר המופרז. הטענה הייתה שזה נוגד את סעיף 29א(ב)(1) שאוסר למונופול לגבות לפי מחיר בלתי הוגן. הייתה ועודנה האם 'מחיר בלתי הוגן' יכול להיות גם מחיר גבוה. בארה"ב אין את המגבלה הזאת. בישראל, הייתה מחלוקת. העליון קבע כי הוא לא מכריע במחלוקת והוא פסק לטובת בזק מסיבה אחרת. ס' 6 לפקנ"ז נותן פטור למישהו שגרם לנזק אם הוא האמין שהוא פועל תחת הרשאה חוקית.

בהמשך הגיע לביהמ"ש העליון רע"א 2616/03 **ישראל נ' רייס** – חלק מטיעוני התובעים היו לכאורה לקיום של מחיר מונופוליסטי. כ.א.ל, דיינס, ישראל ואמריקן אקספרס. 4 חברות כרטיסי אשראי, חברת כרטיסי אשראי יכולה להפיק את ההכנסות מכמה גורמים. גורם אחד זה מהעסקים, הם גובים 'עמלת בית עסק' – אם אדם שילם בכרטיס אשראי לבית עסק, אחוז מסויים מסכום העסקה עובר לחברת האשראי. נניח שהם גבו 4%, זה אומר שאם אדם שילם 100 ₪ עבור העסקה- העסק קיבל 96 ₪ וחברת האשראי 4 ₪. מאחר והשימוש בכרטיסי האשראי גדל, סכום העמלות שהרוויחו החברות היה גבוה. בשלב מסוים מנסה להיכנס חברת כרטיסי אשראי חדשה 'אלפא כארד'. היא נכנסת לשוק, מורידה את התעריף לבית העסק. החברות האחרות משוות עמלות, מיד מוגשת בקשה לתובענה ייצוגית ע"י הווארד רייס. הוא תובע את חברות כרטיסי האשראי על כך שהם גבו 4% הם קבעו מחיר בלתי הוגן. אלפא כארד יוצאת מהשוק, והעמלות עולות. לתובע יש שני שלבים שהוא צריך לעמוד בהם, זו תביעה בעולה מונופוליסטית:

1. הוא צריך להוכיח שיש מונופול

אי אפשר לתבוע 4 גופים נפרדים הפועלים באותו שוק על זה שכל אחד מהם מונופול. שוק אחד יכול להיות רק מונופול. התובע העלה טענה מעניינת, שהיא לא מופרכת בהכרח. הוא טען שכל פירמה היא בעצם בעלת מונופולין בשוק שלה, הטענה היא זאת היא טענה שבד"כ נוטים לדחות אותה על הסף. לכאורה אפשר לומר כי לכל ענף יש מונופול על הפירמה שלה. זה שוק דו צידי ולכן יש לו מאפיינים מיוחדים.

**שוק דו צידי** = שוק שיש לו שני צדדים. זהו שוק שבו יש לעסק 2 קבוצות שמהן הוא עשוי להרוויח כסף והקבוצות הללו קשורות אחת לשנייה. בשוק כרטיסי האשראי, חברת האשראי יכולה להרוויח מהצרכנים אם היא בוחרת לגבות עמלות מהצרכנים והיא יכולה לגבות מבית העסק. אם אין לקוחות שמחזיקים את כרטיסי האשראי, לבית העסק לא שווה לכבד את כרטיסי האשראי. שחברת כרטיסי אשראי מציעה לנו כרטיס, לצרכן היא תחליפית לכל האחרות. מבחינת העסקים זה שונה, עסק לא יכול לכבד רק סוג אחד. אנשים לא משתמשים במזומן, אם על 4 קונים, ניתן יהיה לכבד רק אחד – העסק יפשוט רגל. בית העסק חייב לכבד את החברות הגדולות, לכן כל אחד מהם הוא שוק נפרד.

## 2. מחיר מופרז

הוא חייב להראות שיש פער.

אלפא כארד נכנסה, קרסה ויצאה מהשוק. החברות טענו שמי שגבה את זה, קרס בסוף. החברות טענו כי רייס לא הוכיח שבכלל אסור לגבות מחיר גבוה. חוק ההגבלים כלל לא אוסר את זה.

האם יש מונופול?

האם נגבה מחיר מופרז?

האם בכלל אסור לגבות מחיר מופרז?

ביהמ"ש העליון דוחה את הבקשה. הוא לא עונה האם כל אחת מהן מונופול והוא לא עונה בכלל האם אסור לגבות מחיר גבוה. השופטת נאור לא הוכיחה כי מדובר במחיר מופרז. מה משמעות המחיר הזה, אם מי שגבה את המחיר הנמוך יצא מהר מהשוק? השופטת נאור אמרה כי כדי להוכיח מחיר מופרז יש קושי הוכחתי ויש להוכיח חו"ד מומחה. זה הפך לכל התביעות הקשורות לתמחור גבוה ליקרות. תביעה ייצוגית באופן עקרוני לא עולה הרבה, אין אגרה ובהתאם לכך תובעים עושים שיקול דעת אם ההוצאות המשרדיות שוות. בשלבים אלה, מי שמגיש את התביעה הייצוגית לא רוצה להוציא כסף. ברגע שיש סוג מסוים של תביעות שדורשות חו"ד, זה הופך את התביעות האלו ליקרות ביחס למי שמגיש אותם. עלות חו"ד היא אלפי שקלים, וזה סכום גדול להוציא מהכסף, ביחס לאפשרות של זכייה בתביעה. נאור אומרת כי יש דרישה לחו"ד. אם הייתה נכנסת חברה לשוק במחיר נמוך וזה היה מחיר שנשאר, זה היה יכול להעיד על כך שיש מחיר גבוה. אלפא כארד ולכן אי אפשר ללמוד מזה או לא. השופטת נאור מוכנה להניח כי סעיף 29א(ב)(1) אוסר על מחיר גבוה. הווארד רייס זה המקרה האחרון בו העליון נדרש לדון בסוגיה הזאת. כך שמבחינה העקרונית, אין עוד הכרעה לשאלה הזאת.

**תובענה ייצוגית 11-07-46010 נאור נ' תנובה (החלטה ניתנה ב-5.4.16)** – התובע הוא עו"ד אופיר

נאור. עורך דין מוכר וידוע בכל מה שקשור לתביעות ייצוגיות ונגזרות. לא הייתה להם התמחות בהגבלים עסקיים והם החליטו כקו פעילות ללכת לרשימה לחברות שהוכרזו כמונופולין בישראל ולתבוע אותם על המוצרים שלהם. 'תנובה' הוכרזה כמונופול והם תבעו. הם לא עצרו רק בתנובה, אלא תבעו גם את 'שטראוס' את 'מטרנה', את 'מילקי' וכו'. הם אחראים לבין 5-10 תיקים כאלה. במקרה המדובר זאת תביעה נגד מחיר הקוטג'. מחיר הקוטג' היה תחת פיקוח עד 2006. הרגולטור קבע מחיר של 4.90 ₪. ההנחה היא שאם מייצרים משהו מסוים לאורך זמן, זה מחיר שאין בו הפסד. אם כן היה ייצור, כנראה שלא הפסידו. ב-2006 הסירו הרבה מהמוצרים שהיו תחת פיקוח, ההנחה הייתה שהשוק החופשי יפעל יותר טוב. לא תמיד המחיר יורד, המחיר עלה במקרה הזה. הקוטג' הגיע ל-7 ₪, למעשה יותר מ-40%. הם הגישו תביעה. הוכרז ש'תנובה' היא מונופול והמחיר המופרז, הפער הוא כנראה רווח מופרז.

למה התביעה חשובה? תובע לא יכול להגיש תביעה ייצוגית הוא צריך לקבל אישור מביהמ"ש, ב-2012 השופטת שטמר אמרה כי סעיף 29א(ב)(1) אוסר על גבייה של מחיר מופרז. השופטת שטמר בודקת את המחיר המופרז ב-3 מבחנים :

### 1. מבחן העלות

אם נצליח לגבש מספר, נראה בכמה מוכרים את המוצר. אם יש פער בין העלות למחיר נראה שיש פער גדול מידי.

### 2. מבחן השוואה

בד"כ קשה לדעת מה עלות הייצור של מוצר מסוים מהצורה הסיבה שאלו לא נתונים גלויים לשוק. העלות הקונקרטית לא ברורה, החברה אולי יודעת אבל היא לא מפרסמת את זה ואין לה חובה לפרסם את זה. הרבה פעמים לא ניתן לדעת או להעריך מה העלות של המוצר. אם מוצר מסוים עולה בישראל 100 ₪ ומוצר מקביל עולה במקום אחר 15 ₪ זה יכול להוות אינדיקציה שהמחיר גבוה. סופו של דבר מבחן השוואה זה מבחן שצריך להשתמש בו בצורה זהירה. אם נניח נאמר כי בהודו אוטו עולה 5,000 ₪ זה לא בהכרח בר השוואה כי עלויות הייצור הן עשירית ממה שבארץ. כשמנסים להשוות, צריך להשוות לשוק עם אותו מאפיינים ומאוד קשה למצוא שווקים כאלה ולהשוות ביניהם. לפעמים אפשר לעשות השוואה למוצר אחר של אותו יצרן – ההנחה כי העלויות הן דומות, אבל מוצר אחד עולה פי 4.

בתביעה אחרת שהוגשה נ' תנובה בגין מחיר מונופוליסטי על הגבינה הצהובה הארוזה שלה. התובעים טענו כי תנובה מייצרת את אותה גבינה צהובה, חלק הם מוכרים באריזה וחלק הם מוכרים במשקל במעדניות השונות. העלות, היא בערך אותה עלות (אריזה) אבל זה לא מסביר את הפער במחירים.

מקרה אחר היה בתביעה נגד חברות הטלפון השונות המספקות שירותים של שיחות בינלאומיות. אם בשוק הזה יש כמה מנויים לחברה, המחיר יהיה יותר מוזל, נניח 10 אג' לדקה. הנטל של להיות מנוי דורש רישום. אם הצרכן לא מנוי בשום חברה, המחיר יהיה נניח 0.5 ₪ לדקה. התובע טוען כי החברות עשו רווח מופרז. זה אותן עלויות, אותו חיבור. אם את המנויים שלהם הם יכולים לתת ב10 אגורות והם גבו פי 5, זה אומר שהרווח לא הוגן.

### 3. מבחן הרווח

נניח רואה חשבון בקוקה קולה, לא יודע להשוות את העלויות למול פפסי. הוא יודע כי החברה שמייצרת בעיקר את המוצר הזה מאוד רווחית ומרוויחה כל שנה לערך 30%, זה יכול להוות אינדיקציה שהמחיר גבוה. גם את המבחן הזה קשה ליישם. בדוגמה של קוקה קולה, הרי שהיא חברה פרטית. המידע שיש למס הכנסה הוא חסוי. לפעמים ניתן לדעת אם חברה מרוויחה יפה, ואם ניתן להוכיח את זה, זה יכול להיות אינדיקציה למונופול.

לא תמיד ניתן ליישם את כל המבחנים, ויש מקרים בהם לא ניתן ליישם אף אחד מהמבחנים. במקרה של נאור נ' תנובה השופטת שטמר קבעה כי 29א(ב)(1) אוסר על גבייה של מחיר גבוה והיא החליטה כי התובעים עמדו בשלב ההוכחות הנדרשות ואישרה את הבקשה.

לאחר מכן, **בתביעה נ' כיל** – תביעה מוצלחת מבחינת התובעים. כימיקלים לישראל חברה גדולה המתעסקת בהפקה של כימיקלים. בין היתר היא מפיקה אשלגן בים המלח. אשלגן זה חומר שהוא קריטי לחקלאות מודרנית. הוא מאפשר גידול מהיר של תבואה וצמחיה. זה קריטי לעולם החקלאות. השוק של האשלגן הוא עולמי, כימיקלים לישראל היא משהו כמו 20% מהשוק העולמי. מאחר והיא היחידה בישראל, יש לה 100% בישראל. כנראה היה קרטל גלובאלי, המחיר עלה ל-1,000 ₪ לטון כשבעבר הוא היה 100 ₪. העלויות לא יכולות להיות יותר מ-200 ₪. הוגשה תביעה למחוזי מרכז על 100 מיליון ₪. השופט גרוס, שבתחום הייצוגיות יש לו מוניטין של שופט שנוטה להקשיב לתובעים והוא לא מפחד לקבוע לטובת התובע אם הוא חושב שהנימוקים מוצדקים. במקרה הזה, כיל לא יכלה לטעון שהיא לא מונופול ויש פער גדול. הוא המליץ לצדדים להגיע לפשרה. הצדדים הגיעו לפשרה בגובה 40 מיליון. היא התחייבה לא למכור במחיר גבוה למעלה מ-300 ₪, 20 מיליון היא הוציאה. השופט גרוס חזר על דברי השופט שטמר שמחיר גבוה אסור לפי 29א(ב)(1) אינדיקציות נוספות :

1. גילויי דעת של רשות ההגבלים – גילוי דעת 2/14. דויד גילה אסור על מחיר גבוה. יש שאלה כי נניח אסור מחיר מופרז. כשמישהו מרוויח 10% זה מופרז. מתי זה באמת נהיה מופרז? דויד גילה אומר כי הוא לא יכול להגיד מתי זה מופרז, אבל עד 20% זה לא מופרז. יש ענפים בהם רווח של 20% זה רווח גבוה.
2. גילוי דעת 1/17 – מיכל הלפרין מייצגת קו שהרבה באקדמיה תומכים בו, שזה לא נכון להגביל מחיר גבוה. כשהיא הגיעה לרשות ההגבלים הייתה מחשבה לבטל את 2/14 והם פרסמו טיוטה של ביטול גילוי דעת 2/14. עו"ד אופיר נאור הגיש נגדה בג"צ והוא טען כי היא מנועה וכי חלק גדול מהתביעות זה נגד לקוחות שלה בעבר ושמדובר בניגוד עניינים. מן הצד השני, היא הממונה על הגבלים, זה עניין כללי. בנוסף, טען כי הרשות לא יכולה לשנות את זה כי החוק קובע אחרת. בג"צ קבע גבולות גזרה לרשות. בגילוי דעת 1/17 הפסיקה אכן אוסרת על גביה של מחיר מונופוליסטי מופרז, ויש לאכוף אותו בצורה זהירה. רק מונופולים חזקים לתקופה ארוכה. הוגשה תביעה נ' אסם כי הוכרז שהיא מונופול בתחום הפתיתים- זה מקרה שהרשות לא תתעסק בו.
3. הרשות לא תתערב בתחום שיש בו רגולטור שאמור לפקח על המחיר. היו כמה מקרים שהגיעו לעליון, והרושם הכללי היה כי העליון בגישה חיובית להלכה הזאת. תביעה נגד חברות הגז, נובל אנרגי- חברות הגז שמחזיקות את תמר הן מונופול. המחיר שהן גובות עבור הגז מחברת החשמל הוא גבוה. המחיר הזה מגולגל אל הצרכנים. סכום התביעה הוא על עשרות מיליארדים, זאת תביעה עצומה. חברות הגז הביאו את היועמ"ש, הגישו בקשה לסלק את התביעה על הסף כי היה מתווה והייתה החלטה ממשלה וכו'. כל המחיר הוא חלק מהמתווה, אם ישנו את המחיר – המתווה קורס. השופט שטמר לא דחתה על הסף. יכול להיות שהיא תדחה את התביעה, אבל היא לא מסלקת על הסף. הוגש ערעור לביהמ"ש העליון. העליון טען כי לא ניתן לומר סעיף 29א(ב)(1) חל על מחיר גבוה, אבל גם לא דוחים את התביעה על הסף.

**ירון זליכה נ' תנובה-** הגיש תביעה נ' תנובה ע"י עו"ד אופיר נאור על מחיר השמנת. המחיר היה לא מפוקח, גבו 8 ₪ ואז הכניסו לפיקוח של 6 ₪. הוגשה בקשה לקבל מתנובה נתונים פנימיים. תנובה טענה שבשלב של אישור בקשה הנטל הוא גבוה ולכן המבקשים לא עמדו בנטל בכדי שתנובה יקבלו את המסמכים. הוגש ערעור לעליון, והעליון אמר כי בתביעה כזאת הנטל לא צריך לדקדק עם התובעים יתר על המידה. התובע לא יודע מה העלויות של הנתבע, וכן אישורו. יש לביהמ"ש במרשם תביעות הייצוגיות המון תביעות כאלה, וזה הכלי העיקרי בתחום ההגבלים העסקיים.

21/11/17

תביעה על מחיר גבוה רק אם נקבע שהיצרן הוא מונופול? תביעה בהגבלים רק אם מונופול.

מונופול:

על מנת להגדיר שוק רלוונטי נדרש לעבוד בשתי שלבים:

1. להגדיר שוק המוצר הרלוונטי (מים/ קולה...)
2. להגדיר שוק גיאוגרפי רלוונטי

בוחנים מי היצרנים שפועלים בנתח שוק הזה ואם עובר 50% הוא מונופול. אם התנהג בניגוד לחוק ההגבלים אפשר לנקוט נגדו.

## הגדרת שווקים

### ערר 10,11/99 תבל נ' הממונה-

חב' הכבלים לפני שהתמזגו. בשנות ה-90 היו 3 חב'. כל אחת קיבלה שטח של עצמה אזור גיאוגרפי של עצמה. אח"כ התמזגו והפכו להוט. הממונה הכריז מונופול כל אחת באזור שלה. הגישו ערר טענו שלא מונופול כי יש מוצרים תחליפיים.

### טענו

המוצר "טלוויזיה רב ערוצית". לכל ערוץ יש מאפיין. ערוץ ספורט 24/7 וכו'. יש מוצרים קרובים למוצר שלהם "טלוויזיה מסחרית". "ערוצים לוויניים". "קלטות וידאו". "קולנועים" "תיאטרון". "תחרויות ספורט". ואמרו זה השוק הרלוונטי ולכן אין מונופול.

### הממונה:

רק "טלוויזיה רב ערוצית" שונה מהמוצרים האחרים. המחוזי יישם את כל המבחנים, במשלימים ראה שטויזיה רב ערוצית זה מוצר שונה מהשירותים האחרים ולכן זה המוצר הרלוונטי ולכן הם במעמד מונופוליסטי.

בימ"ש

**קיבל את טענות הממונה.** נכון שגם באחרים יש ספורט עדיין זה לא מוצר קרוב. זה שונה מספיק שלא ייחשב מוצר רלוונטי. חב' הכבלים היא מונופול.

**ה"ע 506/04 שטראוס עלית נ' הממונה על ההגבלים –**

הממונה הכריז על שטראוס עלית בעלת מונופולין בשוק הקפה השחור. שטראוס עלית טענה כי היא לא מונופול כי יש לה גם תה וסוגי קפה אחרים. עלתה טענה של שטראוס עלית במהלך הדיון כי הממונה לא בדק מוצר נוסף. הוא לא בדק 'קפה לבישולי'. הקפה נבחן מול הקפה רגיל ונבחן שזה שוק אחר. השופטת מזרחי טענה כי הממונה לא בדק את המוצר שהיה צריך לבדוק מטילה עליו נטל הוכחה גבוה יותר ולכן פסקה לטובת שטראוס עלית.

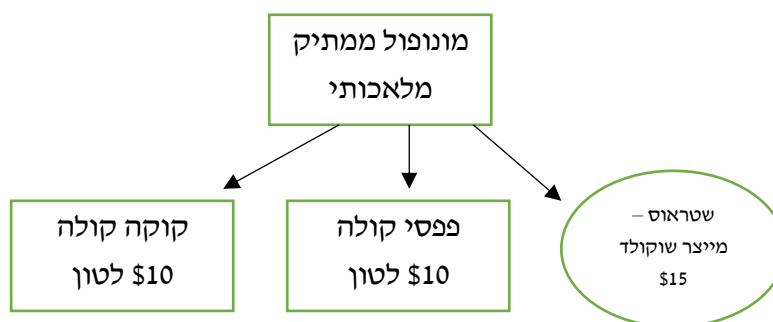
הגדרת שווקים תחת פרק המונופולין, אך הוא רלוונטי גם לשווקים נוספים כמו הסדרים כובלים וגם למיזוגים.

**אפליית מחירים**

סעיף 29א(ב)(3) לחוק ההגבלים העסקיים:

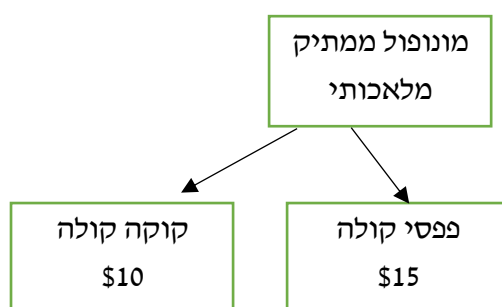
**ניצול מעמד לרעה (תיקון מס' 2) תשנ"ו-1996**

29א. (ב) יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור, בכל אחד מן המקרים האלה:  
(3) קביעת תנאי התקשרות שונים לעסקות דומות אשר עשויים להעניק ללקוחות או לספקים מסויימים יתרון בלתי הוגן כלפי המתחרים בהם;



המונופול מוכר לשטראוס \$15 ומפלה אותם לרעה. מישהו שהוא לא מונופול יכול לעשות את זה ואין בזה שום בעיה. מונופול יכול להפלות במחירים או בתנאי שוק אחרים יכולה להוות עבירה על חוק ההגבלים.

בדוגמה מעלה אין בעיה, כי שטראוס לא מייצרת שתייה אלא שוקולד ← כך שלא מדובר במתחרים. שוקולד לא מהווה תחליף לקולה. שטראוס תוכל לטעון למחיר מונופוליסטי. אם מפפסי וקוקה קולה גובים \$10 זה אומר שעדיין יש רווח. לא ידוע מה העלות של המונופול, אבל ברור כי הוא לא מפסיד עם \$10. אם הוא גובה עוד 50% על המחיר, אפשר לטעון למחיר מופרז. אבל אפליית מחירים זה לא יהיה! (אולי יהיה תחת מחיר מופרז)



במקרה כזה כן תהיה אפשרות לאפליית מחירים. לא ברור אם זה יעלה כדי אפליה. צריך להתייחס לכמה פרמטרים:

#### - כמות

אם קוקה קולה קונה פי 100, אולי יש לה הנחת כמות. (הנחת כמות היא דבר מקובל בשוק, יש הנחה כי אם קונים כמות גדולה אז העלויות של האספקה הן נמוכות יותר. עלויות, משלוח, מו"מ וכו') הנחת הכמות היא לא אוטומטית. הממונה על ההגבלים יבדוק האם הכמות הקונקרטית מצריכה הנחה. בהקשר של כמות, גם אם יש הצדקה להנחה בגלל כמות עדיין צריך לראות כי ההנחה שניתנת היא בגבול של מה שמוצדק. אם הכמות נותנת הנחה של 10% זה מוצדק, אם זה הנחה בגובה 60% זה לא מוצדק.

#### - יתרון בלתי הוגן

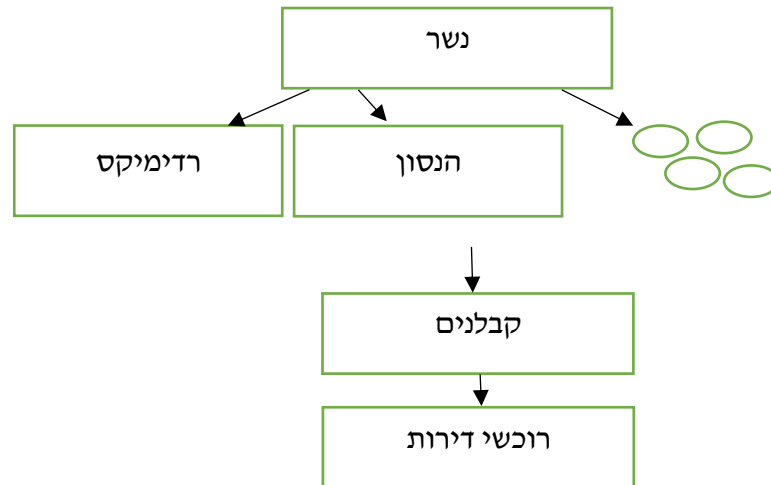
נניח והעסקאות דומות. קוקה קולה הוא לקוח ותיק של 40 שנה שמעולם לא איחר בתשלום. פפסי הוא לקוח חדש פחות מבוסס, ויש יותר חשש שהוא לא יעמוד בתשלום. אם העסקה יותר מסוכנת, יכול שתנאי התשלום יהיו שונים. (לא יינתן אשראי אלא תשלום מזומן) דוגמה כזאת היה בהקשר של מגה אחרי קריסתה – ספקים לא הסכימו לספק. אם היו מוכנים לשלם בתנאי שישלמו להם במזומן. היא לא יכלה להתלונן שלשורפסל עושים תנאי אשראי אחרים כי שופרסל כן שילמו. כך שזה לגיטימי, זה יכול לעלות כדי יתרון אבל הוגן.

כדי שתהיה הפרה של 29א(ב)(3) – צריך לראות שיש עסקה, בין מתחרים דומים, ואם יש יתרון שהיתרון הוא לא מוצדק.

**העילה של אפליית מחירים** – יש ניתוחים כלכליים שאומרים שאפליית מחירים זה דבר טוב. מדוע? אם מונופול יכול להפלות מחירים, ברמה התיאורטית לפחות, הוא לא יצמצם ייצור. אם אפשר להפלות במחירים, ולגבות מכל אחד מה שהוא יכול לשלם ← יש ייצור של אותה כמות עם רווח גבוה יחסית. מי שיוכל לשלם יותר, ישלם יותר. מי שישלם פחות, ישלם פחות. התיאוריה ממשיכה וטוענת לכך שלא ברור למה צריך לאסור את האפליה.



דיני ההגבלים נועדו על התחרות – על הצרכנים, לא על המתחרים. אם הצרכן לא נפגע לא אמורה להיות עילה. ברמה העקרונית, אם קוקה קולה מקבלת יתרון לא הוגן היא מגלגלת אותו לצרכנים (הנחה וכו') ופספסי לא תוכל לעמוד בזה, ומתישהו גם קוקה קולה תהיה מונופוליסטית. מקרה שיכול להראות איך עליית מחירים יכולה לפגוע בצרכנים נמצא בתביעה ייצוגית שמתנהלת כיום - **הצלחה נ' נשר**. נמצא אצל השופט גרוסקוף בביהמ"ש המחוזי בלוד.



נשר היא מונופול בייצור מלט. היא מוכרת את המלט ליצרני בטון. בשוק הזה יש 2 יצרניות מלט גדולות – הנסון ורדימיקס ועוד יצרניות בטון קטנות. להנסון ורדימיקס היא מוכרת את המלט ב-40. הוגשו 2 תביעות ייצוגיות:

- חברות הבטון הקטנות על המחיר
- חברה ייצוגית בשם הצרכנים הקטנים על מילארד וחצי ₪ בעילה של אפליה מחירים אסורה

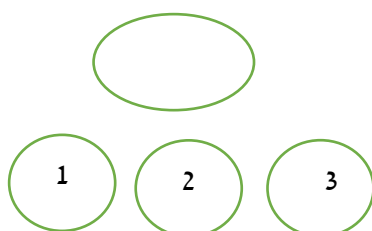
הטענות של נשר:

1. כמות

נשר טוענת כי אין לה ברירה אלא לתת להם ב-40 ₪ כי הם רוכשים הרבה בכמות. אם היא תעלה את המחיר, הם ירכשו מטורקיה. אם הם לא ייקנו אצלה, חלק מהייצור שלה יילך ל'איבוד' וזה ייעלה את העלויות שלה. הם טוענים כי יש יעילות לגודל. הם טוענים שאם רדימיקס והנסון יעזבו אותם, הם יצטרכו לעלות את המחיר ל-100. כך שלטענתם, החברות הקטנות מכך שרמדיקס והנסון ישלמו פחות. הם ממחישים בדוגמה מעניינית לכך שאפליית מחירים יכולה להיות חיובית: ליצרן יש עלות של מפעל- 100 ₪.

נניח ויש 3- רוכשים ← נניח ו-2 מוכנים לשלם 50 ₪ עבור המוצר, ה-3 יהיה מוכן לשלם 20 ₪. ליצרן יש 2 אפשרויות:

- למכור ל-3 ב-20 ₪
- למכור ל-2 ב-40 ₪
- למכור ל-1 ב-20 ₪



אם הוא ימכור לכולם במחיר אחיד – 33.3 ₪

מספר 3 – לא יקנה, גבוה לו מידי.

היצרן צריך להחזיר העלות מ-1, 2. ואז כל אחד ישלם 50 ₪.

גם אלה שהופלו לרעה, עדיף להם. זה מוריד את המחיר שהם מקבלים.

נשר השוותה את המקרה שלה לדוגמה, ואם היא הייתה גובה מחיר אחיד מכולם – נניח 60 ₪ ← הנסון ורדימיקס לא היו קונות ואז הייתה צריכה להחזיר את העלויות ולגבות יותר מהקטנים.

2. לא מדובר ביתרון בלתי הוגן

טענה שנייה של נשר היא כי לא מדובר ביתרון בלתי הוגן.

רידימיקס והנסון גדולות יותר, יש להן יותר יכולות להפעיל על נשר לחץ והן מקבלות מחיר יותר טוב.

3. יתרון בלתי הוגן

טענה שלישית, בסופו של דבר אין יתרון בלתי הוגן ← כשמוכרים הלאה לקבלנים, רידימיקס

הנסון והחברות הקטנות מוכרות את הבטון לקבלן באותו מחיר.

ברגע שרמדיקס והנסון מוכרות את הבטון באותו מחיר לקבלנים, כמו חברות הבטון הקטנות –

הן לא נפגעות. מי נהנה מרווח גדול? נשר, אבל גם רדימיקס והנסון.

התביעה הזאת מתבררת בימי אלה, ההוצאות בניהול התיק גבוהות.

עוד אין הכרעה בתיק הזה.

#### ה"ע 3574/00 הפדרציה למוסיקה נ' הממונה על ההגבלים העסקיים-

הגופים שאמורים לייצג את זכויות האמנים, חברות המוסיקה, אקו"ם וכו', זה סוג של הסדר

כובל כי זה מתחרים שפועלים ביחד (נרחיב בעניין ההסדרים כובלים)

כדי לא לעבור על הפעילות, צריך לקבל אישור מהמונה. הפדרציה פועלת נגד גופים שמשמיעים

מוזיקה. כשהם פנו לממונה לקבל את האישור, הייתה התנגדות.

הייתה טענה שהפדרציה מפלה במחירים – היא נותנת להשמיע במחירים לא שווים.

לחברת טלוויזיה היא נותנת מחיר מסוים, לאולמות אירועים מחיר אחר, ולברים ולבתי קפה

מחיר יותר גבוה. עלתה טענה ע"י הברים ובתי הקפה למה הם צריכים לשלם יותר כדי לקבל את

הזכויות להשמיע את המוזיקה.

בית הדין אמר כי הפרה של 29א(ב)3 – אין הפרה של מחיר בלתי הוגן. זה לא שאם מישהו תכנן

ללכת לאירוע ילך למועדון במקום. כל אחד מקבל את המחיר שהוא מוכן לשלם זה יכול לגרום

לכך שהמונופול יגביר תפוקה וזה דבר רצוי.

אפליית מחירים היא לא עילה שעושים בה הרבה שימוש, זאת עילה שקשה להוכיח אותה כי צריך

להוכיח שהמתחרה מקבל תנאים שונים וזה לא בהכרח דבר ידוע.

בנוסף, לא ברור אם זה עסקאות דומות ולא ברור כמה צד אחד קונה, וקשה להוכיח את עניין

ה'בלתי הוגן'. לא ידוע מה השיקולים של העסק שמוכר.

## סירוב לסחור

מונופול לא רוצה למכור למישהו, או לשתף פעולה עם מישהו. יש כל מיני דברי חקיקה אחרים שאוסרים על עסק לסרב לסחור עם מישהו (נניח על רקע, דת, לאום, מין וכו') בודקים את חוקיות הסירוב רק לפי דיני ההגבלים העסקיים. כל הסוגיה של האם חייבים לסחור או לא חייבים לסחור רלוונטית רק למונופולים. פירמה שהיא לא מונופול, יכולה לסרב לסחור. המגבלה רלוונטית רק ליצרן של מונופול. נניח כי טרה, שמייצרת מוצרי חלב מסרבת למכור למכולות – לא ניתן לתבוע אותה לפי חוק ההגבלים כי היא לא מונופול. יש לה נתח שוק של 15%. אבל אם תנובה מסרבת למכור, והיא נתח שוק של 50% והיא מונופול, אסור לה לסרב.

## ארה"ב

חוק ההגבלים העיקרי הוא ה Sherman act. זה חוק מ-1890, חוק וותיק שיש בו 2 סעיפים. אחד מתעסק בהסדרים כובלים והשני במונופולים. אסור למונופול לנצל לרעה את כוחם. כיוון שמדובר בחוק ישן, בתי המשפט בארה"ב קבעו הלכות.

### ההלכות בארה"ב לגבי הסירוב לסחור:

1. Lorain Journal משנת 1951

עיתון בעיר במדינת אוהיו. כל עסק בעיר שרוצה לפרסם, צריך לפרסם בעיתון. בשנת 1948, הוקם רדיו והוא מתחרה בעיתון. כי ניתן היה לפרסם ברדיו. העיתון כמובן לא אהב את התחרות, ולכן הוא יוצא בתנאי חדש: כל מי שיפרסם ברדיו, לא יפרסם אצלו. התוצאה של התנהלות כזאת יכולה להיות כי בסופו של דבר העסקים מעדיפים את הגורם המבוסס על פני עסק חדש שלא יודעים אם הוא יצליח או לא. הרדיו נפגע כתוצאה מהעיתון ומוגשת תביעה על ניצול כוח לרעה של מונופול.



העניין מגיע לביהמ"ש הפדרלי (אותם חוקים בכל המדינות) העיתון טוען לחופש החוזים, הוא חופשי לכוזר חוזה והוא חופשי לסרב לכוזר חוזה. נקי' המוצא היא שיש חופש לעסקים, להתקשר או לא להתקשר. הזכות הזאת קיימת גם לגבי מונופולים. ביהמ"ש מוסיף כי את החופש הזה מגבילים כאשר המונופול מסרב לסחור מתוך כוונה לחזק/לבסס/לשמר את המעמד המונופוליסטי. אם הוא מסרב כי המתחרה יפגע זה לא לגיטימי. אם המונופול מסרב לפרסם בית עסק מפוקפק, זה לגיטימי. הוא פוסק נגד העיתון.

## 2. Aspen Skiing משנת 1985

אספן זה אזור בקולרדו, יידוע כאזור נופש לעשירים עם אתרי סקי יוקרתיים. יש 4 מסלולי סקי – 3 נמצאים בבעלות חברת אספן. מסלול אחד בבעלות היילנד. במשך תקופה ממושכת, אספן והיילנד שיתפו פעולה. הם שיווקו כרטיס 'כניסה חופשית' לתיירים לכל הפסגות.

בסוף שנה אספן והיילנד היו מתחשבות ובד"כ היילנד הייתה מקבלת 15%.

אספן פנתה להיילנד וביקשה לשנות את התנאים, אחוז קבוע – 11%.

היילנד לא קיבלה את התנאי, ואחרי דין ודברים אספן ביטלו את כרטיס הכניסה החופשית. אספן יכולים להציע כרטיס חופשי ל-3 מסלולים.

היילנד ניסנו לקנות מאספן את הכרטיס החופשי של אספן, כשהם התכוונו לשווק אותו ללקוחות ותמורת מחיר מסוים להוסיף את המסלול שלהם.

אספן לא הסכימו. היילנד לא אהבו את הסיטואציה והגישו תביעה על ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי.

יש 3 ערכאות: ביהמ"ש מחוזי, ערעורים ועליון.

ערכאת המשפט קובע 2 דברים:

1. אספן הנתבעת היא מונופול

2. אספן ניצלה כוח לרעה

הוגש ערעור, והיה עוד ערעור עד שהעניין התגלגל לפדרלי.

ביהמ"ש לא מוכן לדון אם אספן היא מונופול, הוא דן רק אם היא ניצלה מכוח לרעה.

(לא ברור למה הוא לא דן בשאלה הראשונה מאחר וניתן לטעון לשוק גיאוגרפי, יכול להיות שזאת החלטה שגויה) נמשיך בהנחה כי אספן היא מונופול, למרות שזה לא בהכרח נכון.

מדובר בסיפור של שיתוף פעולה רווחי והמונופול מפסיק אותו. היו כמה טענות:

היילנד מדרדר. זו טענת עובדתית שביהמ"ש קבע שהיא לא נכון ושהמדרון של היילנד מתוחזק טוב.

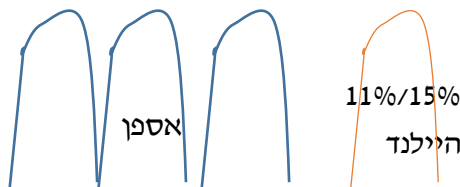
אספן טענו שיש סיבות שהם לא רוצים להתקשר עם היילנד. אחת מהסיבות שהמדרון של היילנד מדרדר. זו טענת עובדתית שביהמ"ש קבע שהיא לא נכון ושהמדרון של היילנד מתוחזק טוב.

אספן טענו כי היילנד סירבו לשיתוף פעולה. הם טענו שהם הציעו 11% והיילנד סירבו. היילנד ביקשו לקנות את הכרטיסים של אספן (ואספן מרוויחים על זה) למה הם לא מוכנים למכור להם את הכרטיסים שלהם?

אספן טענו שלא כמו ב Loren, שם העיתון סירב לסחור עם לקוח. פה זה לא סירוב עם לקוח, היילנד היא לא באמת לקוח אלא שהיא מתחרה וזה צריך להיות פקטור רלוונטי.

ביהמ"ש העליון פסק נגד אספן וקבע כי היה שיתוף פעולה מוצלח, ממושך וולנטרי.

אספן נהנו, היילנד נהנו והצרכנים נהנו מהכרטיס המשולב. אספן לא נותנים סיבה עסקית לגיטימית. המדרון של היילנד לא הדרדר. אין הצדקה עסקית לגיטימית ובנסיבות האלה הוא קבע שאספן פעלו שלא כדין ופסק נגד אספן. או שאספן ימכרו להיילנד כרטיסים או שישתפו איתם פעולה.



אם מנסים להוציא ממקרה זה את ההלכה, לא בטוח שאפשר להוציא כלל ברור. לא היה ברור אם שיתוף פעולה וולנטרי קודם הוא הכרחי כדי לחייב מונופול לשתף פעולה. אם הם לא היו משתפים פעולה לעולם, האם ביהמ"ש היה מחייב שיתוף פעולה? על פס"ד זה נמתחה לא מעט ביקורות. אחת מהביקורות הייתה שיכול להיות שמה שהיה במקרה זה, זה שותפים למיזם עסקי שאחד מהם לא היה מרוצה מהתנאים שהצד השני הציג לו, לא היה מרוצה מהמו"מ שהתנהל אז הוא פנה לביהמ"ש בטענה של הגבלים עסקיים. לא פעם יש תביעות של הגבלים כדי להפעיל לחץ על המתחרים.

יש בארה"ב דוקטרינה שהמטרה שלה לקבוע את התנאים והמקרים בהם מונופול חייב לשתף פעולה עם המתחרים – 'דוקטרינת המשאב החיוני' בעניין אספן ביהמ"ש השאיר את תחולת הדוקטרינה בצריך עיון, הוא לא קבע שהיא חלה או שהיא לא חלה.

### 3. Trinko משנת 2004

מדובר ברשת טלפון בניו יורק – Verizon. הייתה הנחה שרק יצרן אחד יכול לספק את השירות. בסוף שנות ה-90 התפיישה משתנה והתחילו לחשוב שהענף הזה כן יכול להיות תחרותי, בין היתר בגלל התשתית והשינוי הטכנולוגי. חוק התקשורת בארה"ב – Telecommunication act, עד שנות ה-90 קבע שרק מפעיל אחד קיבל זיכיון והמונופול היה לפי חוק. ב-1996, החוק הזה מתוקן בעקבות התפיישה החדשה והתיקון בחוק מאפשר כניסה של מתחרים עם רשתות חדשות. החוק קבע חובה של חיבור בין הרשתות כי זה הכרחי. אם אין חיבור בין הרשתות, אף אחד לא יעבור לרשת החדשה. למה שמישהו יעבור לרשת חדשה אם הוא לא יכול לדבר עם אף אחד? (לדוגמה – סלקום יוכל לחייג רק למנוי של סלקום ולא יוכל לחייג למנוי מחברת פרטנר או פלאפון)

אפקט רשת- יש מוצרים שההנאה לא תלויה בכמה אנשים צורכים אותה. אדם שותה פחית קולה ונהנה. לא מעניין אותו מישהו אחר שותה. לעומת זאת, יש מוצרים שיש בהם אפקט רשת. במקרים האלו, ההנאה שיש מהפקת המוצר תלויה בשאר המוצרים. טלפון למשל, אם רק אי רכש טלפון, הוא לא יכול ליהנות ממנו כי הוא לא יכול להתקשר. ככל שיהיו יותר אנשים בעלי טלפון, הוא יוכל להתקשר אליהם יותר. בענפים כאלו, ככל שיש יותר מצטרפים – הרשת גדלה, וזה נותן כוח לבעלים של אותה הרשת. זה יכול להוות אלמנט המבסס את המעמד המונופוליסטי בשוק, לכן בשווקים שמאופיינים באפקט רשת יכול להיווצר מונופול שיהיה עמיד. כך שגם אם תהיה אלטרנטיבה עדיפה, הוא לא יכול לחדור שוק. דוגמאות ליצרנים שנהנים מאפקט רשת – גוגל, פייסבוק, מיקרוסופט

בחזרה לפס"ד טרינקו - כדי להתגבר על אפקט הרשת אם רוצים ליצור תחרות, חייבים לקבוע הוראה שמחייבת קישור בין הרשתות. היו שיבושים בחיבור, וכתוצאה מכך צרכנים של הרשת החדשה T&AT נפגעו. השיחות היו משובשות. לכן, לקוח של הרשת החדש, משרד עוה"ד בשם TRINKO הגיש ייצוגית נגיד VERIZON על כך שהיא לא קיימה את מה שהייתה אמורה. התביעה התבססה על 2 עילות:

- הפרה של חוק התקשורת
- ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי

העניין מגיע לביהמ"ש העליון. העליון אומר כי התביעה לפי חוק התקשורת לא רלוונטית. הוא דן רק בסוגיה ההגבלית. מבחינת התובעים, הסוגיה ההגבלית חשובה כי בתביעה של הגבלים עסקיים בארה"ב מקבלים פיצוי משולש. **פיצוי משולש – הוכח שנגרם נזק של מיליון, הפיצוי יהיה בגובה של 3 מיליון.**

שיתוף הפעולה במקרה הזה משונה במקרה של אספן לא נבע משיתוף פעולה וולונטרי, אלא מכוח החוק. ביהמ"ש בפס"ד טרינקו רוצה לנתח את המקרה מבחינה כלכלית כדי לראות אם הוא מגיע לתוצאה הנכונה.

### יש כמה פרמטרים שחשוב לקחת בחשבון:

#### 1. התמריץ היזמי

- התמריץ היזמי של יוצר התשתית יזם שלוקח סיכון, משקיע הון, יוצר תשתית. הוא יכול להצליח ויכול להיכשל. אם הוא נכשל, הוא הפסיד. מישהו משתתף אתו בהפסד? לא. אם הוא מצליח – הוא רוצה להרוויח. הוא לא עושה את זה משעמום, הוא רוצה להרוויח כסף. האפשרות להרוויח כסף היא זאת שמניעה את התמריץ היזמי. התמריץ היזמי חשוב, הוא מקדם את הקדמה וחשוב להגן עליו. הבעיה היא שאם מישהו לקח סיכון והקים תשתית והצליח, ואחרי פרק זמן הוא חייב לשתף את התשתית במתחרים. המתחרים פחות נושאים בסיכון. אם נחייב את המונופול לתת להם גישה, יש פגיעה בתמריץ היזמי שלו. יקטינו את הרווחים שלו וזה יכול ליצור עיוות. כשהיזם מפסיד – לא משתתפים אתו. כשהוא מרוויח – משתתפים אתו ברווח. יכול להיות שבמצב כזה עדיף להיות 'זה שמצטרף' ולא להיות היזם שנושא בסיכון. אם ביהמ"ש ייקבע חובה לשיתוף הוא ייפגע במי שיוזם את התשתית.

#### - התמריץ היזמי של המתחרה

עדיף מצב שבה כל מתחרה עם תשתית משלה. עדיף שסלקום עם תשתית שלה תתחרה בפרטנר עם תשתית משלה, מאשר מצב שגולן וסלקום יתחרו כשהם יושבים על אותה תשתית. זאת לא תחרות אמיתית שמביאה למיצוי הפוטנציאל. ביהמ"ש טוען שאם יחייב את בעל התשתית הראשונה לחלוק אותה עם השני, שזה יפגע בתמריץ של המתחרה ליצור רשת עצמאית ומתחרה. זה יפגע גם בתמריץ היזמי של הראשון וגם של המתחרה להקים תשתית עצמאית משלו. ניתן לראות את זה בשוק הסלולרי- ברגע שמשרד התקשורת מאפשר לשבת על אותה תשתית, כולם יושבים על אותה תשתית. ברגע שהוא יושב על תשתית של מפעיל קיים, התחרות לא מלאה.

## 2. קידום התחרות

ביהמ"ש נזהר בכל מה שנוגע לשיתוף פעולה בין מתחרים. שיתוף פעולה בין מתחרים יכול להוביל לפגיעה בתחרות. אם מחייבים מתחרים לשותף פעולה יש פוטנציאל גדול לפגיעה בתחרות, שזה אולי הערך המרכזי בדיני ההגבלים העסקיים.

לכן, במקרה של טרינקו ביהמ"ש קובע כי אין חובה לשותף פעולה. הוא קובע כי VERIZON לא הפרה את חוק ההגבלים. אולי היא הפרה את חוק התקשורת, אבל לא את חוק ההגבלים. צריך להיזהר עם העילה של השיתוף עם המתחרה, אבל מה שנפסק באספן זה הגבול של מה שאפשר לקובע. ביהמ"ש לא אומר את זה בצורה הכי ברורה אבל בהחלט משתמע כי באספן היה שיתוף פעולה שהופסק בלי סיבה לגיטימית, במקרים אחרים – לא זאת תהיה הנסיבה.

**אירופה**

החקיקה מאוד דומה לחקיקה בישראל, לשון החוק מאוד דומה. הייתה החלטה מאוד גדולה בנוגע לגוגל. לגוגל יש מוצרים רבים, אבל המוצר הכי חזק שלה זה מנוע החיפוש. הנציבות האירופית, המקבילה לרשות ההגבלים בישראל, קבעה כי גוגל היא מונופול במקרה של מנועי החיפוש ובאמת רוב החיפושים מבוצעים ע"י מנוע החיפוש של גוגל. גוגל פעילה בתחומים נוספים, בין היתר היא מעניקה שירות של קבלת מידע על מוצרים – google store. נניח וא' רוצה לקנות מכשיר טלפון ומקליד את זה מנוע החיפוש של גוגל, הוא יקבל תוצאות שמעדכנות אותו איפה הוא יכול לרכוש את המוצר. מנוע החיפוש של גוגל נותן את התוצאה הכי טובה, שהכי הרבה התכוונו אליה. כנראה שגוגל הקפיצה את החברה שלה גבוהה בחיפוש. הם הקפיצו את עצמם למעלה, וזה פגע בחברות שאולי היו מופיעות לפני google store. הנציבות האירופית הטילה קנס על גוגל בגובה 2.4 מיליארד דולר. הקנס הוא לא פיצוי צרכני אלא קנס מנהלי. לנציבות יש סמכות להעמיד קנס של עד 10% מהמחזור. הטענה של הנציבות הייתה תחת 'סירוב לסחור' – שגוגל פגעה במתחרות שלה. זה לא שהיא מחקה אותה לגמרי מהחיפושים. הנציבות טוענת שהמחפשים ייפנו לתוצאות הראשונות (בעמוד הראשון) לכן, ברגע שגוגל הקפיצה את עצמה קדימה והמתחרים יורדים בדירוג – זה חסם במידה רבה מתחרות. וזה דה פקטו כמו להוציא חברות אחרות מהחיפוש. גוגל הגישה ערעור וזה עוד עתיד לידון.

**לקריאה לשיעור הבא:**

- ס' 29
- ס' 29א
- הי"ע י-ם 8011/03 תנובה נ' נציגי מובילי חלב. נבו 20.1.05
- בזק

28/11/17

האם ומתי מונופול חייב לשתף פעולה או לסחור עם לקוחות ואם הוא חייב לסחור/לשתף פעולה עם מתחרים? בפס"ד האחרון בארה"ב – טרינקו – ביהמ"ש מגלה זהירות מאוד גדולה ומחשש לפגיעה בתחרות לא רוצה לקבוע שיש חובה לשתף פעולה עם מתחרים. ביהמ"ש העליון השאיר את **דוקטרינת המשאב החיוני** בצריך עיון.

### 'דוקטרינת המשאב החיוני'

בארה"ב הדוקטרינה הושארה בצריך עיון. היא תהיה רלוונטית לגבי הדין בישראל כיוון שיש פרשנות של רשות ההגבלים העסקיים לפי הדוקטרינה אומצה בדין הישראלי. למה הדוקטרינה נועדה? היא נועדה לקבוע מתי מונופול חייב לשתף פעולה עם מתחרים שלו. לדוקטרינה יש כמה תנאים מצטברים. לא מספיק שאחד מהם יתקיים. התנאים המצטברים:

#### **1. משאב חיוני**

צריך שיהיה משאב חיוני. משאב חיוני = משאב שבלעדיו אי אפשר לפעול /להתחרות/לייצר בשוק מסויים. לדוגמא, רשת הובלת חשמל בישראל. אם אין גישה לרשת הובלת החשמל, אי אפשר לפעול בשוק. אי אפשר לספק ללקוח את החשמל שמייצרים. זוהי דוגמה למשאב שהוא חיוני לכל מי שרוצה לפעול בשוק ייצור בישראל. המשאב נמצא בידיים של המונופול. (חשמל של חברת החשמל – להם רשת הובלה בישראל)

#### **2. משאב שאינו ניתן לשכפול**

מתחרה רוצה גישה למשאב שיש גישה כמו מונופול, הוא נותן אפשרות לגישה של המשאב של המונופול רק אם אין אפשרות לשכפל את המשאב. זה לא שיצרן ספציפי לא יכול, אלא שבכלל אי אפשר. יכול להיות שאחד לא יכול, אבל אחר כן יכול. רשת הובלת החשמל – האם אפשר לשכפל את המשאב הזה? כן, אבל זה לא ישים. השוק לא יכול לשאת בעלות של 2 תשתיות מקבילות. הכוונה היא שלא ניתן לשכפל אותו פרקטית.

#### **3. שיתוף במשאב חיוני לשיפור התחרות**

נניח ולא כלכלי להקים מתווה גז במתווה קיים. מי שרוצה להעביר גז מ A ל B צריך גישה לצינור הזה. נניח ויש הספק של כמות הגז שהוא יכול להעביר. נניח שנחייב את המונופול לתת גישה לצרכן נוסף. זה יועיל לצרכנים? הצרכנים יקבלו את אותה כמות, הם לא יקבלו יותר. אם הכמות לא משתנה, המחיר לא משתנה. אם היצרן מנצל באופן מלא את הצינור, ונכריח אותו להעניק גישה גם לספק גז נוסף הכמות תישאר נוסף אותה כמות. לצרכן זה לא ישנה מבחינתו, המחיר ישאר אותו מחיר. נניח ומונופול יעביר 200 בצינור שיש לו אפשרות ל600. האם במקרה כזה המחיר ירד? כשהכמות עולה, המחיר יורד. זה טוב לצרכן. זה צריך להגדיל את הכמות שהצרכן יכול לקבל.



**4. שניתן יהיה באופן יעיל לקבוע את תנאי האספקה ע"י ביהמ"ש**

יש מקרים בהם השיתוף, התנאים לגישה למשאב מאוד מורכבים. כמו בטרינקו, עם רשתות הטלפון ← יש רשתות קוויות. הייתה חובה לקשור בין הרשתות. החיבור יכול להיות עם כל מיני מאפיינים שונים. רוחב פס החיבור, טכנולוגיה מתקדמת וכו'. גם לרשת כזאת יש בלאי. מה הסטנדרטים של התיקונים? מה בנוגע לתנאי השימוש? ביהמ"ש קבע בטרינקו כי גם אם הייתה חובה לשתף פעולה, היה קשה לקבוע סטנדרטים כאלה. זה היה גורם לכך שביהמ"ש היה צריך לפקח באופן רציף שהחובה הייתה מתקיימת. משרד התקשורת אמור לפקח על זה, ולא ביהמ"ש.

**5. האם ישנה סיבה לגיטימית לסרב לשתף?**

בסופו של דבר, המונופול יקים את התשתית הזאת ויש אלמנט לא הוגן לחייב אותו לשתף את המשאב שלו אם זה ייפגע בו. נניח כי המונופול מלכתחילה מעביר 1000 טון, זה יכול לגרום למונופול להפסד אם הוא ייתן למישהו לאחר להעביר 200 טון במקומו. זאת סיבה לגיטימית לכך שמתחרה לא צריך לגשת למשאב.

**בישראל**

האם מונופול חייב לסחור עם לקוחות?

האם ומתי מונופול חייב לשתף פעולה עם מתחרים שלו?

**האם מונופול חייב לסחור עם לקוחות?**

ס' 29 לחוק ההגבלים העסקיים:

**סירוב בלתי סביר (תיקון מס' 8) תשס"ד-2004**

29. לא יסרב בעל מונופולין סירוב בלתי סביר לספק או לרכוש את הנכס או השירות שבמונופולין.

נק' המוצא בישראל היה שלמונופול יש חובה לסחור. אנו מדברים על הנחה כי מדובר במונופול, אם היצרן לא מונופול- הוא לא חייב לסחור. אם לתנובה יש 60% ממוצרי החלב, יש חובה לספק את החלב לכל מכולת ולכל סופר. אם תנובה יורדת בנתחי שוק, והיא יורדת ל-47% היא כבר לא חייבת לספק.

סעיף 29 קובע כי בעל מונופולין חייב לספק אלא אם הסירוב לספק הוא סירוב סביר.

**מקרים שהעניין עלה בישראל:****❖ סברינה שיווק**

תיק פלילי די יוצא דופן בו רשות ההגבלים פתחה בהליכים פליליים בגין התנהגות מונופוליסטית. סברינה שיווק הוכרזה כמונופולין בתחום של שיווק גרביונים. לסברינה שיווק יש דגם שנקרא יוקרתי, דגם 'קאן קאן'. סברינה ייצרה סוג אחד של גרביונים ושיווק אותו תחת 2 שמות: בל וקאן קאן. אחד עם עטיפה פושטית ואחד יותר יוקרתי. זה אותו גרביון מאותו פס ייצור. אחד היא מכרה ב-20 ₪ ואחד ב-50 ₪. סברינה רצתה שאת הגרביונים שלה ימכרו במחיר מינמלי. היא אמרה לחנויות למכור את דגם 'קאן קאן' בלפחות 50 ₪.

חנות בשם 'תחרה' בבת ים לא עמדה בתנאי. היא מכרה את הגרביונים ב-35 ₪. פנו אליה משווקים מטעם סבריינה וביקשו ממנה לעלות את המחיר ל-50 ₪. החנות המשיכה למכור ב-35 ₪. סבריינה הפסיקה לשווק לחנות את הגרביונים והיא הועמדה לדין על סירוב לסחור. סבריינה לא טענה לסירוב בגלל המחירים, אלא כי החנות היא חנות קטנה והם מוכרים מעט. הדרך שבה הם שומרים את הסחורה היא קלוקלת, היא טענה להיתכנות פגיעה במוניטין. ביהמ"ש אמר כי הם סירבו לסחור בגלל המחיר ולא בגלל הטענות של סבריינה. ביהמ"ש מרשיע את סבריינה. ההרשעה של סבריינה לא משפיעה על התחרות בשוק. הצרכן בסופו של דבר מקבל את אותו מוצר. הפסיקה של בימה"ש היא לא פסיקה שמסתכלת על התחרות בשוק כולו.

#### ❖ ה"ע 8011/03 תנובה נ' נציגי מובילי חלב

תנובה ב-2003 הייתה מונופול חזק בתחום החלב. היא מייצרת מוצרי חלב. היא מקבלת חלב מרפתות לא שלה. מובילים אליה חלב, היא מקבלת את החלב למפעל שלה – עושה ממנו מוצרים ומוכרת אותו לקמעונאים ומשם לצרכן. תנובה עשתה הסדר עם 6 קורפוראטיביים להובלת חלב. היא לא מובילה את החלב עם המשאיות שלה, יש קואופרטיביים שמעבירים בעבורה את החלב שיעבירו חלב בתנאים שמקובלים עליה. מה הבעיה? הבעיה שיש בעלי משאיות פרטיים שגם רוצים להעביר חלב לתנובה. תנובה לא רצתה את השירות שלהם. אותם בעלי משאיות פונים לביהמ"ש בטענה שתנובה מסרבת לסחור איתם והרי שתנובה מונופול. נקבע כי הסירוב הוא סביר. אין לה שום צורך עסקי לשתף איתם פעולה. השיתוף פעולה לא משפיע על התחרות בשוק. המטרה היא להגן על הצרכן. אם סירוב לשתף פעולה עם מוביל, לא משפיע על המחיר של הצרכן, לא מחייב את תנובה לשתף פעולה אתו.

#### ❖ ת.א 12430-07-09 קילשטיין נ' דשנים

דשנים היא מונופול בייצור של דשנים, היא חברת בת של כימקלים לישראל. היא מוכרת את הדשנים למשווקים שאח"כ מוכרים את הדשנים לחקלאים. הוחלט בעקבות פשרה, כי דשנים תמכור את הדשנים שלה במחיר מסוים ל-7 שנים. עם הזמן, המחיר נהיה נמוך ממחיר שוק. ה-7 שנים האלו היו לקראת סיום. קילשטיין שלח לדשנים הזמנה בגובה 40 אלף טון בשנה, כשבד"כ הוא קונה פוחת. הוא ידע כי דשנים תעלה את המחיר בתום ה-7 שנים, ולו יהיה הרבה מלאי והוא יוכל למכור ביותר זול. דשנים הסכימו לספק את הכמות שרכש בעבר. קילשטיין הגיש תביעה על סעיף 29. ביהמ"ש אמר כי זה יכול להיחשב לסירוב, אך הסירוב הוא סביר כי ברור שההתנהגות של קילשטיין נובעת מרצון לספסר במחיר. אם היא תמכור לו 40,000 לא יישאר לאחריים. בכזה מקרה- שיש עודף ביקוש לפני שהמחיר עולה, דשנים מוכנה לספק לפי ההזמנות בשנים הקודמות. ביהמ"ש פוסק לטובת דשנים.

זה הדין ביחס לסירוב שיתוף פעולה/לסחור עם רוכשים. באופן עקרוני הפסיקה אומרת שהסירוב צריך לפגוע בתחרות. אם הוא לא פוגע בתחרות, אין צורך להתערב.

שיתוף פעולה עם מתחרים

הסעיף הרלוונטי לסרוב שיתוף פעולה עם מתחרים הוא גם סעיף 29.

**סירוב בלתי סביר (תיקון מס' 8) תשס"ד-2004**

29. לא יסרב בעל מונופולין סירוב בלתי סביר לספק או לרכוש את הנכס או השירות שבמונופולין.

סעיף נוסף הוא 29א(א)

**ניצול מעמד לרעה (תיקון מס' 2) תשנ"ו-1996**

29א. (א) בעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור.

**❖ תיק מונופול 1/93 דובק בע"מ**

היה מדובר בשוק הסיגריות. הנתונים בשנות ה-90 הנתונים היו שונים מהנתונים של היום. אז, דובק הייתה מונופול בשוק הסיגריות בישראל והיו לה 70%. בנוסף הייתה את אל-ישר שהיה לה 25%, היא הייתה יבואנית של פיליפ מוריס. היו עוד 2 יבואניות קטנות – סאקל ודיווידס. לאורך השנים התפתחה פרקטיקה שלפיה כל החברות השתמשו באותו מערך הפצה כדי להפיץ את הסיגריות שלהם. מערך הפצה נדרש בהרבה מאוד ענפי ייצור (מאפייה, קוקה קולה וכו') מפיץ של סיגריות מקבל סיגריות מכולם ופורק סחורה לאורך הדרך. המפיץ מתפרנס מעמלה. נניח שהמפיץ מקבל עמלה על סיגריות של דובק כ- 6%, שאר החברות נתנו עמלה בגובה 9%. זה יצר בעיה לדובק, כי המפיצים ירצו לשווק רק את של החברות האחרות. דובק רצתה להתנתק מהמערך הפצה המשותף. רשות הגבלים מתערבת, היא אומרת כי דובק לא יכולה לעשות את זה מאחר וזה יפגע במתחרים. אל-ישר מספיק גדולה. היא תוכל להקים לעצמה רשת הפצה. היבואניות הקטנות לא יכולות להקים רשת הפצה עברון, לא משתלם להן להפיץ. אין להן מספיק מכירות כדי להחזיק מערך הפצה עצמאי. העניין מגיע לרשות הגבלים. אל-ישר לא הביעה עניין. השופטת נאור, שהייתה שופטת ביהמ"ש הגבלים עסקיים, בוחנת האם ההתנהלות שכולם נעזרים באותו מערך הפצה חוקי. האם זה בכלל זה הסדר כובל?

נאור יכולה להבין את האינטרס של דובק, אל-ישר יסתדרו. כדי שבאמת לא תהיה פגיעה בהם, דובק יצטרכו להמתין 4 חודשים כדי שאל-ישר יסתדרו. נאור מציינת כי דובק במערך הפצה תהיה חייבת לשווק גם את החברות הקטנות. לא רק שהיא תהיה חייבת לשווק את החברות הקטנות, היא לא תוכל לקבוע איזה עמלה ישלמו. למה שדובק תצטרך לשווק את הסחורות של המתחרות שלה? היה הסדר קודם, ממושך, וולנטרי. יש עליהם נטל יותר כבד מאחר והם כבר שיתפו פעולה (בדומה למקרה אספן)

כנראה שאם לא היה שיתוף פעולה מעולם, הוא לא היה חייב להכריח את דובק לשתף פעולה עם המתחרים. הוא חשוב כיוון שרשות הגבלים בהחלטה אחרת קבעה כי בפס"ד דובק בית הדין להגבלים אימץ את דוקטרינת המשאב החיוני למשפט הישראלי. הדוקטרינה אכן אוזכרה בדובק, אבל ביהמ"ש לא התבסס עליה.

יתרה מכך, המקרה בדובק לא מתאים לדוקטרינת המשאב החיוני. מערך הפצה הוא ניתן לשכפול. עובדה, אל-ישר היו צפויים לשכפל אותו. כדי שדוקטרינת המשאב החיוני תתאים, היה

צריך להיות משאב שאי אפשר לשכפל אותו. אם זה משהו שניתן לשכפל אותו – הדוקטרינה לא תחול.

#### ❖ הי"ע 801/08 בזק נ' הממונה

בזק הייתה בעלת זיכיון בלעדי לאספקת שירותי טלפון קווי בישראל. בזק בהתחלה הייתה יחידה במשרד התקשורת, אח"כ חברה ממשלתית ואח"כ הפריטו אותה. התפישה ששוק הטלפון ששוק יכול לפעול רק אם הוא מונופוליסטי. בסוף שנות ה-90 השתנתה התפישה ושינו את החוק – אפשר לתת רישיון גם לספקים אחרים. החוק קבע כי כל מי שמחזיק ברשת טלפון חייב לקשור אותה בחברות אחרות. חיכו למתחרים חדשים, אף אחד לא רצה להיכנס לשוק הטלפון הנייח. שוק הטלפון הקווי הוא שוק שהולך וקטן. בשנות ה-90 היו 3 חברות כבלים, והם החליטו להתמזג. פנו לרשות ההגבלים וביקשו רשות להתמזג. רשות ההגבלים הסכימה בתנאי שייכנסו לשוק הטלפון. הוט לא רצו, העדיפו שלא. לבסוף, הם נכנסו לשוק הטלפון. בזק לא אהבו שיש להם מתחרה בשוק. היה חיבור בין הרשתות. עובדי בזק החלו ב'שביתה איטלקית'. הגיעו לעבודה ולא באמת עבדו. נוצרו תקלות, שיבושים בין שיחות מנוי הוט למנוי בזק. אם יש מנוי חדש בהוט, הוא לא מרוצה. רוב השיחות שלו הן למנוי בזק. לא שומעים טוב, שיחות מתנתקות. בשלב מסויים, השיבושים התעצמו עד שלא היה אפשר לנתק. הנהלת בזק ניסתה לדבר עם העובדים שיעבדו וניסו אפילו לפנות לבית הדין לעבודה. זה הגיע למצב שלא היה קו במשך 34 שעות ללקוח הוט. בנוסף, לקוח בזק לא יכל ללקוח של הוט. הוט היא מתחרה חדשה, בזק היא מונופול גדול ולמעשה יש פגיעה במועד רגיש- מועד הכניסה לשוק. רשות ההגבלים יוצאת בהודעה כי בזק ניצלה את כוחה לרעה. בזק טענה שההנהלה לא תמכה בזה והם פעלו למנוע את זה. וודאי הם פנו לבית הדין לעבודה. הם טענו כי הפתרון שהתקבל זה בזכותם. בזק ערערה על הקביעה לבית הדין להגבלים עסקיים. האם תאגיד יכול לחוב בגלל ההתנהגות של העובדים? בית הדין להגבלים עסקיים קבע שכן. יכול להיות שההנהלה לא יזמה את הפגיעה בהוט. האחריות מוטלת על התאגיד. ועד העובדים יכול להיקבע כחל מהתאגיד אם הפעילות שלו משפיעה על חלק של התאגיד. האם זה נכון לחייב את התאגיד בגלל העובדים? לדעת המרצה כן. ועד עובדים יכול להשפיע על התנהלות תאגיד. כל תאגיד שהוא מונופוליסטי ושמחזיק שירות חיוני לציבור – ועד העובדים חזק מאוד.

בפס"ד טרינקו ביהמ"ש קיים דיון מעמיק ברציונלים שרוצים לשמר תמריץ ייזמי של היצרן, של המתחרה, רוצים לחזק שיתוף פעולה בין המתחרים. בפס"ד של בזק לא היה שום דיון. טרינקו קדם לבזק. זה קצת מוזר. אם כן היו דנים שתמריץ יזמי וכו', המקרה של בזק קצת שונה. חלק גדול מהמונופולים בישראל, הם לא מונופולים של יזם פרטי שלקח סיכון והקים תשתית. חלק גדול מהמונופולים בישראל, זה או שהמדינה הקימה תשתית ואז הפריטה ואז רמת הסיכון מאוד נמוכה. או שיזם הקים תשתית כשהמדינה נתנה לו הגנה מוחלטת כמו זיכיון בלעדי. יש מקרים בהם רשות ההגבלים אמרה שמתחרות שיושבות על אותה תשתית זה הסדר כובל כמו חברות הסלולאר. יש להגדיר מתי מותר ומתי אסור.

**דחיקת מחיר / Price Squeeze**

ידוע כי בזק היא מונופול. היא ספקית אינטרנט, היא מעבירה אינטרנט בכל הארץ. יש את הרשת ויש את הצרכן הסופי. יש את החיבור של בזק לבית. אפשר להתקשר עם ספקים אחרים לאינטרנט, כמו 013 או נטוויזין. נטוויזין יושבת על תשתית של בזק. בזק יכולה לתת חיבור אינטרנט עד הבית. כשרוצים לחבר את הבית לרשת האינטרנט, אפשר לקבל הצעת מחיר מהספקים השונים אבל כולם יושבים על התשתית של בזק. למה שבזק תיתן להם לשבת על התשתית שלה? היא חייבת. היא לא עושה את זה בחינם. יש מחיר שבזק גובה מנטוויזין עבור השימוש בתשתית. נניח והיא גובה 20 ₪ מנטוויזין ומלקוח היא גובה 18 ₪ ← זה הופך את נטוויזין ללא רלוונטית. במקרה כזה ברור כי בזק יכולה למנוע תחרות. **העילה של דחיקת מחירים היא בעלת קשר הדוק לסירוב לסחור למתחרה.** בארה"ב הגישה שאם מלכתחילה המתחרה לא חייב להעניק גישה לתשתית, אז הוא גם יכול לגבות כמה שהוא רוצה ממנו שהוא נותן בעצמו. העילה הזאת מאוד נחלשה אחרי טרינקו. בישראל – עדיין יש מקום לחובה של העילה לסחור, במקרה כמו של בזק ניתן לטעון כי בזק הפרה את החובה לסחור. ואכן היה, רשות ההגבלים קבעה כי בזק עברה על סעיף 29א(א) כי היא דחקה מחיר.

**ניצול מעמד לרעה (תיקון מס' 2) תשנ"ו-1996**

29א. (א) בעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור.

**תמחור טורפני / Predatory pricing**

תמחור טורפני רלוונטי בסיטואציה בה יש מונופול חזק, וותיק, דומיננטי שגובה 10 אגורות. נכנס מתחרה חדש. המונופול מוריד את המחיר ל-3 ש. יצרן חדש נמחק. הורידו את המחיר כדי למחוק את המתחרה. ברגע שהמתחרה חוסל, המחיר עלה מחדש. אם יש מונופול גדול, נכנס מתחרה והמחירים יורדים – זה טוב לצרכן. יש חוסר וודאות עצום, כשגולן נכנסו לשוק היו להם דרישות רגולטוריות. איך אפשר לדעת במה הם יכולים לעמוד ובמה לא?

המטרה של דיני ההגבלים היא הורדת מחירים. מה מקובל ברמה התיאורטית? צריך לדעת מה העלויות של הייצור של המונופול.

נניח והוא 10 ש, ועלות הייצור היא 3 ש.

יצרן אחר- הוא לא יעיל כמו מונופול. עלות הייצור שלו היא נניח 5 ש ולכן הוא לא יכול לעמוד בתחרות.

כשמיקרוסופט נכנסו לתחום הפעלות המחשבים, היו סטודנטים שלא סיימו תואר. הם ניצלו הזדמנות יותר טוב והפכו להיות מונופול.

המונופול לא אחראי לזה שהמתחרה יצא, הוא שולט במחירים של עצמו. העמדה של דיוד גילה בעייתי.

נניח ועלות מונופול היא 10 ש למוצר, והוא מוכר ב-4 ש. נכנס מתחרה חדש, יעיל כמוה והוא מייצר את המוצר בארבעה שקלים. למונופול אין יתרון יעילות על המתחרה החדש. המונופול מוריד ל-3.5 ש. התרחיש הזה לכאורה הוא בעייתי כי המונופול יצא מהשוק. הוא לא ימכור ב-3.5 ש. התרחיש בעייתי מהסיבה הפשוטה שיש תחרות. מי שניצח לא ניצח בגלל יתרון יעילות. אין לו יתרון יעילות. הוא ניצח מסיבות שלא בהכרח רוצים לקדם אותן.

כדי שהורדת מחירים תהיה טורפנית היא צריכה להיות למחירי הפסד.

במקרה הזה, יש כלכלנים מאסכולת שיקו. אוני' שיקו חזקה במיוחד בכל הקשור למחלקת

כלכלה. הכלכלנים של אסכולת שיקו תרמו במידה רבה לכל מה שמכונה 'משפט וכלכלה'.

הזרם הזה של משפט וכלכלה משפיע בתחום המשפטי ובעיקר בתחום ההגבלים העסקיים.

לשיטתם, הדוגמה מעלה פשוט לא אמינה.

05/12/17

אם נאסור על המונופול להוריד מחירים נוריד סיטואציה להורדת מחירים. עצם זה שהוא מוריד מחירים לא הופך את זה לא בסדר. יכול להיות שמונופול מוריד מחירים ויצרן אחר יוצא מהשוק. זה יכול להיות בסדר במקרים שהמונופול יותר יעיל מהיצרן החדש.

התפישה המקובלת זה שזה לא ייחשב לא תחרותי, נאמר כי הייתה תחרות – המונופול ניצל את היעילות שלו והוא ניצח בתחרות. רוצים לעודד יעילות והתייעלות. פרופ' גילה שהיה הממונה חושב שזה תרחיש בעייתי מבחינה תחרותית, אך רשות ההגבלים אף פעם לא פתחה בהליכים ובחקירה בסיטואציה כזאת.

נניח והמונופול יעיל כמו היצרן החדש, המונופול מייצר ב-3 ש והוא מוריד את המחיר ל-2.5 ש.

נראה כי בתרחיש הזה המונופול הזה מפסיד. המונופול יחזיק מעמד, היצרן יצא מהשוק. זה יותר בעייתי. המונופול ניצח בתחרות בגלל זה לא מסיבות שרוצים לעודד, לא מתחרות הוגנת. אם מנצלים יעילות והמונופול מנצח – אין עם זה בעיה. לכאורה, זאת סיטואציה יותר בעייתית – כשמונופול מנצח לא בגלל יעילות.

מלומדי אסכולת שיקגו טוענים שהתרחיש הזה הוא כנראה מאוד נדיר אם הוא בכלל קיים. הם טוענים כי נניח שבאמת המונופול עם 90% והיצרן החדש עם 10%. המונופול מוריד למחירי הפסד. היצרן הקטן יכול לנקוט באסטרטגיה שתחמיר את מצב המונופול, הוא מפסיק לייצר אבל לא יוצא מהשוק. יש לו הוצאות (משכורות, הוצאות מפעל וכו') הוא לא ממשיך לייצר, הוא בהפסד והוא מגדר את ההפסדים. המונופול מייצר 100% מהשוק של ייצור – ככה הוא מחזק את ההסתברות כי בסוף המונופול יפסיד את ההתנהגות ולא ינצח. לדעתם, האסטרטגיה של לדחוק מתחרה בעייתית. היצרן הגדול יפסיד כסף וזה לא ישתלם. המטרה של כל השחקנים בשווקים היא למקסם רווחים.

בשנים האחרונות, כשנכס יצרן חדש (ספק גז חדש) הוא לא נכנס לכל הארץ, הוא נכנס לאזור מסוים. החברות הוותיקות שפרוסות בכל הארץ, הורידו מחירים רק באותו אזור. הם גרמו לו להפסיד, כשהן מרוויחות ביתר הארץ. הן יכולות להמשיך ככה לאורך זמן – הן מרוויחות אולי פחות בגלל אותו אזור, אבל הן מרוויחות באזורים אחרים. היצרן יוצא, וכך הן גם למעשה מאותות ליצרנים אחרים שלא להיכנס. תרחיש כזה כן יכול לקרות. תמחור טורפני כן יכול להתקיים, לא בכל ענף.

פסיקה בארה"ב –

#### ❖ Matsushita משנת 1986

יצרנים של טלוויזיות. יפן ניסתה לשקם את הכלכלה שלה ולהיכנס לתחום האלקטרוניקה. בתחילה נחשבו ליצרנים זולים שהאיכות לא כל כך טובה. עם הזמן האיכות של העבודה הולכת ומשתפרת והם הופכים להיות תחרותיים בארה"ב ולייבא לארה"ב במחירים זולים. היצרנות האמריקאיות מגישים תביעה, הם לא מרוצים מהתחרות בשוק. הטענה היא כי היצרניות היפניות מוכרות לארה"ב בתמחור טורפני – שיפן מוכרים בזול, כדי שהאמריקאים יצאו מהשוק ואז היפנים יעלו את המחירים. כדי להראות שהם צודקים, העניין מגיע לביהמ"ש העליון ב-1986. עורכי הדין של היצרניות היפניות מבקשים לדחות את התביעה על הסף. הם טענו כי הטיעון של היצרניות האמריקאיות הוא אבסורדי ואין סיכוי שביהמ"ש ישתכנע. למה הוא אבסורדי? 20 שנה כבר לכאורה הם מוכרים בהפסדים, למה שיימכרו לשוק גדול בארה"ב בהפסד עצום. כך שהם לא מכרו בהפסד, והם מכרו הפסד – אין אפשרות שהיו מעלים מחירים באופן שהיה מחזיר להם את ההפסדים. העליון מאמץ את התובנות של אסכולת שיקגו ולכן דוחה את התביעה על הסף. יש את הגישה הביקורתית ביחס לתמחור טורפני, אך לא נקבעו מבחנים לראות מהו תמחור טורפני.

### ❖ Brooke Group משנת 1993

שוק הסיגריות - פיליפ מוריס 40%, ריינלדוס 20%, בראון 20%, ליגט 5%-2. ליגט היא ברוקי גרופ. שוק הסיגריות בעבר היה שונה ממה שהוא יום. יצרני הסיגריות היו המפרסמות המובילות, השקיעו בפרסום, במיתוג. היצרן צריך להשקיע הרבה במיתוג כדי שהצרכן יקנה את המוצר שלו ולא של יצרן אחר. הבעיה של ליגט היא לא יכולה להשקיע את הסכומים הגדולים שהיצרניות הגדולות יכולות. הם מנסים אסטרטגיה עסקית. הם מנסים לייצר סיגריות גנריות. סיגריה שהצרכן רוכש אותה – שלא אכפת לו מי היצרן. קופסה עם סיגריות בפנים. רוב העלויות הכרוכות בייצור ושיווק זה המיתוג, חותכים בעלויות ולכן אפשר למכור אותה בזול. האסטרטגיה שלהם די הצלחה. הם העלו את המכירות שלהם והם הסתדרו. בשלב הזה, בראון שהיא לא חברה ענקית (12% נתח שוק) נכנסת גם היא לגנריות. מתחילה מלחמת מחירים בין ליגט לבראון. המחירים יורדים עד שליגט מגישה נגדם תביעה על תמחור טורפני. ליגט טוענת כי בראון נכנסה לשוק של הסיגריות הגנריות כדי שליגט תפסיק את הייצור, כי הפעילות שלה בתחום הגנרי פוגע בפעילות הממותגת. למה שיקנו כאמל אם אפשר לקנות אותה חפיסה רק בלי ציור של גמל בעלות פחותה?

בראון מבקשת דחיה על הסף – הסיפור בתביעה הוא לא הגיוני שאף ביהמ"ש סביר לא יקבל אותו. ליגט טוענים שהכניסה לגנריות במחירי הפסד, כדי ששוק הגנריות ייסגר. אם הוא ייסגר מי ייהנה מזה? בעיקר החברות הגדולות. למה שהוא יפסיד, כדי שמישהו אחר ייהנה מהרווח? השוק הגנרי תפס נפח, אחוזים בודדים יחסית. מלכתחילה הסיפור שרצו לחסל את ליגט לא הגיוני בפני בראון. ביהמ"ש הסכים לדחות את התביעה על הסף. ביהמ"ש העליון גם ניסח מבחנים- מתי תובע בתביעה על תמחור טורפני יכול להצליח.

המבחנים מצטברים :

#### 1. מחירי הפסד

יש להוכיח מחירי הפסד של מי שמוריד מחירים.

(לצורך העניין – ליגט צריכה להוכיח שבראון מייצרת במחירי הפסד, על מנת לחסל אותה)

#### 2. הסתברות ממשית להחזרת השקעה באמצעות מחירים גבוהים

מונופול מוכן להפסיד כדי לדחוק מתחרה, כדי שאחרי שהוא ייצא הוא יעלה מחירים.

איך אפשר להוכיח הסתברות ממשית שהוא יחזיר את השקעה בעתיד?

העילה של תמחור טורפני קיימת, אך המבחנים ליישום מאוד קשים מבחינת תובע.

יש מקרים שהיצרנים מוכרים במחירי הפסד לתקופה מסוימת. יצרן חדש בשוק ורוצה ליצור

מוניטין, יש לו מחירי הרצה. צריכים להיות מחירי הפסד לאורך תקופה, ממושך – לדחוק

מתחרים. אין תיקים כאלו בישראל, לא הוגשו תביעות כאלה.

הסעיף הרלוונטי לתמחור טורפני הוא 29א(ב)(1)

#### ניצול מעמד לרעה (תיקון מס' 2) תשנ"ו-1996

29א. (ב) יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות

בעסקים או לפגוע בציבור, בכל אחד מן המקרים האלה :

(1) קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין ;

היו 2 מקרים בהם הסוגיות אמנם היו אחרות אך ביהמ"ש התייחס באמרת אגב כי תמחור

טורפני מצריך את התנאים בסעיף 29א(ב)(1)



## הגנת ינוקא

סוגיה שבמהות שלה היא הגבלית אך בפועל היא מיושמת על דברים מחוץ להגבלים העסקיים. אם יש מונופול בשוק מסוים ונכנס יצרן חדש, הרגולטור יגביל את המונופול בהיבטים מסוימים כדי להגן על היצרן החדש. רשימת האפשרויות להגנה על היצרן החדש היא בלתי נגמרת. הדוגמאות הבולטות זה להגן עליו במחירים ובשדרוג מוצר. אם המחיר עלה לפני שהיצרן נכנס עלה 10 ש"ח - המונופול לא יוכל להוריד מחירים לשנה. היצרן החדש ייכנס וימכור ב-7 ש"ח. כשהגנת הינוקא תסתים, תהיה תחרות. דרך נוספת להגנת ינוקא – המונופול לא יכול לשדרג את המוצר במשך תקופה מסויימת. (חבילת טלפון משודרגת באותו מחיר) הרעיון הוא לאפשר קיום של התחרות, כדי שמונופול לא ידחוק יצרנים חדש. ההגנת הינוקא אין בסיס מוצדק למתי ליישם אותה. יש מקרים שיישמו אותה ויש מקרים שלא. היא יושמה בעיקר בתחום התקשורת. 2 דוגמאות מובהקות לכך :

### ❖ הטלפוניה הקווית – בזק

במועד שהוט נכנסה לשוק הזה, הטילו על בזק מגבלות ע"י משרד התקשורת. הוא אסר עליה להוריד מחירים, המחירים שלה היו בפיקוח כדי שלא תוריד מחירים. בהחלטה הזאת, נקבע כי מגבלת המחיר על בזק תחול כל עוד היא מחזיקה מעל 85% נתח השוק. היא ירדה מהנתח הזה, אבל הפיקוח על המחירים שלה לא הוסר. אם בד"כ הגנת ינוקא צריכה להיות מתוחמת בזמן, הגנת הינוקא עדיין בתוקף. נשאלת השאלה האם הצרכן לא מקבל מחיר יותר זול לאור הגנת הינוקא. הוט זאת חברה רצינית. האם חברה גדולה שנכנסת לשוק חדש צריכה הגנת ינוקא?

### ❖ הטלוויזיה הרב ערוצית

הוט היו מונופול בשוק הטלוויזיה הרב ערוצית, יס נכנסה לשוק. הטילו על הוט הגנת ינוקא לשדרג תכניות. הטענה הייתה כי הוט הייתה מציעה 200 ערוצים כשאין צורך בכולם. ליס אפשרו לתת תכנית יותר גמישה. על הוט אסרו לעשות את זה במשך כמה חודשים. ברגע שיש נכנסה ועד שהיא התארגנה, הינוקא חלפה. הוט הגישה בג"צ. **בג"צ 7852/98 ערוצי זהב נ' שרת התקשורת** – טענו טענות חוקתיות נגד הינוקא. ביהמ"ש דחה את העתירה וטען כי אפשר כי קידום תחרות זו מטרה ראויה לפגיעה בפסקת ההגבלה.

יש ביקורת על הגנת הינוקא. לדעת המרצה היא בעייתית כי בסופו של דבר היא עשויה להוביל במקום לקידום התחרות לפגיעה בתחרות ובצרכן. האם צריך לתת הגנת ינוקא לחברות ענקיות? הוט ובזק. אם יש חברה שהיא חלשה וחברה שהיא חזקה- איך נותנים לכל אחת מהם בתורה הגנת ינוקא?

## הסדרי קשירה

טענות על ההתנהלות של קוקה קולה, רשות ההגבלים רוצה להטיל עליהם קנסות, יש ייצוגיות נגדם. טענו כי קולה נתנה לבעלי עסקים מקרר בתנאי שרק מוצרים שלהם יהיו במקררים. מבחינת בעל הקיוסק אין לו מקום לשים כמה מקררים כדי לשים את המשקאות של המתחרים. כך שאם הוא מקבל את המקרר- הוא ימכור רק את של קוקה קולה. למסעדות – הם התנו למכור את הקולה בתנאי שיקנו מים, מיצים טבעיים, נסטי וכו'. הם יקנו את כל המשקאות רק מקוקה קולה. כך שאם מסעדה קונה מקוקה קולה – הם לא יקנו מטמפו ולהפך. קוקה קולה מגנה על עצמה בפני תחרות. יכול להיות יצרן בשוק המים, שלא פחות יעיל מקוקה קולה יכול לתת הנחה אבל בעל המסעדה מאבד את הקוקה קולה.

נניח כי יש יצרן של מחשבים והוא מונופול. והוא יצרן עם 100% נתח שוק. צרכן בעבר, היה צריך לקנות מחשב וצג בנפרד. נניח והמונופול של המחשבים היה גובה מחיר גבוהה- נניח \$200 המוניטור היה עולה \$50. סך החבילה היה \$250. המחיר הסופי מעניין את הצרכן. נניח כי המונופול מקים חטיבה של צגים – ומי שקונה את המחשב חייב לקנות מהם צג. היצרנים האחרים נמחקים. חייבים לקנות את המחשב מהיצרן, והוא מתנה את זה בקניית הצג. מה החשש המקורי? שהמונופול ימנף את הכוח שלו משוק המחשבים לשוק המוניטורים. כמה יגבו מהצרכן על המוניטור? \$100. העלו את הרווח על חשבון הצרכן מ-\$250 ל-\$300. לכאורה המונופול ניצח לא משיקולים עסקיים לגיטימיים. החשש העיקרי היא מבעיה של מינוף. להכריח את הצרכן לרכוש מוצר נקשר במחיר גבוה. גם מחיר גבוה על המוצר שלו, וגם מחיר גבוה על המוצר שנרכש.

מלומדי אסכולת שיקגו טוענים שהתרחיש לא הגיוני – אם המונופול חושב שהוא ירוויח יותר עם מחיר גבוה יותר, הוא לא צריך קשירה יותר. אם הוא חושב שהוא יכול למכור ב-\$300 הוא מאפשר ליצרנים למכור את הצגים ב-\$50. כנראה שזה לא יקרה כי המונופול כנראה העלה את המחיר לרמה הכי רווחית עבורו. יש שלב מסוים שהעלאת מחיר מסוימת מקטינה את הרווחים. אם קוקה קולה תעלה את מחיר הפחית ל-30 ש"ח לא יקנו ממנה. הוא לא יקשור את המוניטור אליו כדי לגבות עוד 50 על הצג. כשמונופולים קשרו כדי למנף, והם טענו שזה לא נכון- כנראה שזאת הייתה טענה נכונה. יכולה להיות סיבה אחרת לכך שמונופולים מבצעים קשירה שהיא לא תחרותית. מיקרוסופט היא מונופול בתחום הפעלת תוכנות מחשב. היא מונופול מסוף שנות ה-80. בשנות ה-90 הייתה התפתחות של האינטרנט. קמה חברה חדשה בשם Netscape - הם נתנו דפדפן אינטרנט. הם מוכרים את הדפדפן. ווינדוס מפתחת את האקספלורר. מיקרוסופט מחייבת את היצרנים להתקין את המיקרוסופט וגם את האקספלורר. Netscape יוצאים מהשוק. האקספלורר ניתן בחינם, אז למה היא עשתה את זה? הוגשה תביעה נגדם בארה"ב. ככל הנראה הם חיסלו את netscape כי הם ראו בהם. היה חשש למיקרוסופט ש netscape תהיה בכל מחשב. ברגע שישתמשו בדפדפן שלהם, הם יוכלו להכניס לדפדפן שלה אלמנטים של תוכנת הפעלה ומיקרוסופט הייתה יכולה להיפגע. האקספלורר היה הדפדפן הכמעט יחיד עד שהגיע כרום. הכרום של גוגל.

גוגל גם קשרה את הכרום, בסופו של דבר חלק ממי שהוריד את הכרום הוריד אותו לאור השימוש במייל. גם גוגל קשרה בין ג'ימייל לכרום. רוב הפעילות שלה 'בחנים'. היא מקבלת מידע מהמשתמשים שלה, את המידע שלה היא משתמשת כדי ליצור פרופיל על המשתמש וכך היא יכולה להפנות פרסומות מותאמות. אם קשירה נועדה למנף כוח מונופוליסטי זה בעייתי מבחינה תאורתית. סיבה עיקרית לצאת נגד הסדרי קשירה, כנראה שמינוף לא יכול להוות בעיה כזאת. קשירה יכול ליצור חסמי כניסה או לדחוק מתחרים מהשוק ואולי פגיעה כזאת לא נרצה לאפשר.

### הצדדים החיוביים של הקשירה

לקשירה יש גם פוטנציאל או הצדקות של יעילות של תחרותיות. הטלפונים החדשים עם המצלמות מחקו את חברת קודק. היו מצלמות דיגיטליות קטנות וטלפונים. בעבר היו מצלמים, מורידים למחשב, ואז אפשר לשלוח. לפעמים שמחברים שני מוצרים נפרדים משיגים תועלת כאשר הם ביחד. לקשירה יכולים להיות יתרונות תחרותיים. זה חשוב להדגיש כי כשיש התנהגות שבנסיבות מסוימות היא מזיקה ובנסיבות אחרות היא מועילה, כנראה שהיא לא מזיקה באופן גורף.

### איך אפשר לבצע קשירה?

1. קשירה הסכמית  
מונופול או יצרן מחייב לרכוש מוצר ועוד מוצר נוסף (או אחריות, או כמו בדוגמה בקולה)
2. קשירה טכנולוגית  
מחברים טכנולוגית 2 מוצרים. (טלפון ומצלמה)
3. כפייה כלכלית  
המונופול מחייב לרכוש את המוצר שלו והוא ייתן לו מוצר נוסף בהנחה גדולה, או אפילו בחינם. ההנחה היא שמקבלים בחינם, זה סוג של כפייה. אתה לא יכול לסרב.

במקרה של מיקרוסופט היו את כל סוגי קשירות.

הסכמי קשירה – פסיקה

## ❖ International Salt משנת 1947

יצרנית של מכוונות שמרסקות גושי מלח ומזריקות אותן למוצרי מזון. זה רלוונטי בעיקר למזון מוכן, קופסאות שימורים. המכוונות שלה היו מוגנות בפטנט. היא לא מוכרת את המכוונות שלה למפעלי מזון, היא מחכירה בליסינג. בהסכמים מול המפעלים היא אחראית לתחזוקה של המכונה אבל היא קושרת מוצר מסוים למכוונות – את המלח. מוגשת נגדם תביעה על קשירה אסורה. צריך לבדוק האם היא מונופול והיא ניצלה את הכוח שלה לרעה. ביהמ"ש טוען כי מאחר ויש לה פטנט היא מונופול – בהיבט הזה, ההחלטה התהפכה. ביהמ"ש טוען כי קשירה זה דבר רע מיסודו, לא יכולה להיות סיבה לגיטימית לקשירה. כשמונופול מבצע קשירה, זה אסור פר-סה. החברה טוענת כי יש סיבה לקשירה, הם אחראים לתחזוקה. מה יקרה אם יש שימו מלח באיכות נמוכה? כשהם מכריחים לקנות מהם מלח, הם נותנים מלח שלא יפגע בפעילות של המכונה. הייתה הרבה ביקורת על הפסיקה. קשירה יכולה להיות מועילה ורצויה. אי אפשר שיהיה איסור גורף על התנהגות שהיא אולי יותר מועילה ממזיקה. זה כלל משפטי לא טוב – לא יעיל. הוא גורם יותר נזק מתועלת.

## ❖ Jeffereso Parish - משנת 1984

הרפואה פרטית בארה"ב. אם חולה רוצה לעבור ניתוח הוא יכול להרכיב ניתוח בעצמו, את המנתח, את המרדים, את החדר וכו'. ביה"ח הזה אפשר למטופלים לשכור חדרי ניתוח ולהביא את המנתחים – את המרדמים צריך לקחת מהרופאים של ביה"ח. תבעו אותם רופאים פרטיים שלא מועסקים בביה"ח. הם טענו שיש קשירה בין ביצוע הניתוחים אצלו לבין קבלת שירות אצלו. הם הציגו את הפסיקה של international salt. ביהמ"ש הכריע ברוב של 5-4. 5 שופטים מבקשים לשמור על הפר-סה, 4 שופטים כלל אחר ← Rule of reason (כלל הסבירות/היגיון) = יש התנהגות מסוימת תחת בבחינה. במקרים מסוימים היא מועילה, באחרים היא מזיקה. בוחנים את זה לפי מקרה ספציפי. ההלכה היא עדיין שכלל הפר-סה הוא בתוקף להסדרי קשירה. ביהמ"ש פסק לטובת בית החולים בכל זאת, מהסיבה שהוא לא מונופול.

**לפי ארה"ב איסור פר-סה הוא עדיין פורמאלי.** יחד עם זאת, הגיעו מקרים לעליון בו הוא בחן את ההצדקות להסכמי קשירה. הוא לא שינה את ההלכה. ההלכה לא השתנתה. יש ציפייה שהיא תשתנה, אבל זה עדיין לא קרה. יש כמה חריגים בכל זאת:

❖ מיקרוסופט חיסלה את netscape - מיקרוסופט כבר הייתה מונופול חזק ודורסני שאי אפשר להתמודד איתו. כשמחקו את netscape רשויות ההגבלים הגישו נגדם תביעה, בין היתר על קשירה אסורה. ביהמ"ש של הערכאה הראשונה, המחוזי פסק נגד מיקרוסופט. מיקרוסופט היא מונופול כזה דומיננטי ואגרסיבי. איזו סנקציה אפשר להטיל עליה שבאמת תרתיע אותה? קנס כספי לא יזיז להם. זה לא יגרום להם להתנהל אחרת.

ביהמ"ש החליט כי פירוק. פירוק של מיקרוסופט, כדי לא לעמוד מול התנהגות מונופוליסטית. מיקרוסופט ערערה על ההחלטה לביהמ"ש לערעורים וטענה שהיא לא מונופול. היא כן מונופול, יש לה 90%. מיקרוסופט העלתה כמה טענות מענייניות: אם היא פועלת בשוק ההיי-טק, הכלכלה החדשה. הרבה פעמים בשוק של כלכלה חדשה התחרות היא על השוק ופחות תחרות בתוך השוק. יש יצרן חדש שמגיע לשוק וזוכה בכל השוק. גוגל, פייסבוק, מיקרוסופט.

כשיש תחרות על השוק, זה אומר שמי מנצח הופך להיות מונופול. מיקרוסופט, גוגל פייסבוק אמזון וכו'. יש נטייה למונופול. בנוסף לכך, מיקרוסופט טוענת כי בשוק הכלכלה החדשה, חלק מהחדשנות הוא בקשירה של מוצרים. אם בנסיבות הללו נפעיל איסור על קשירה, תהיה פגיעה בענף הזה. ביהמ"ש של ערעורים, השתכנע מהטיעון הזה. הוא חושב שזה לא יהיה נכון להפעיל את האיסור פר-סה על מיקרוסופט על ענף פיתוח התכונות באופן ספציפי. יש הלכה מחייבת של העליון.

הדרך היחידה של ביהמ"ש לפסוק בניגוד להלכה המחייבת, היא לומר כי ההלכה המחייבת לא חלה במקרה זה. ביהמ"ש אומר כי במקרה של המלח – ביהמ"ש לא דיבר על שוק ההייטק אלא על שוק התעשייה המסורתית. ביהמ"ש אומר כי זה לא נכנס תחת ההלכה. לעניין הזה של קשירה בתוכנות – ביהמ"ש אומר כי יש להפעיל את מבחן הסבירות. Rule of reason רשות ההגבלים ניסו לערער על הקביעה אך הערעור לא התקבל. ההחלטה להחיל את מבחן הסבירות היא של ביהמ"ש לערעורים – לא של העליון. מצד שני, מזה שהעליון בחר לא לדון בעליון זה מראה שהוא לא מתנגד לפסיקה הזאת. מה שקרה בהמשך, זה שיש לבחון את המקרה לגופו אם מה שמיקרוסופט עשתה בסדר או לא. הצדדים הגיעו לפשרה. התיק בסופו של דבר נסגר.

למה מיקרוסופט עשתה את הקשירה?

כנראה שהסיבה מאופיינת ב'אפקט רשת/החצנת רשת' – ככל שיש יותר משתמשים, כך ההנאה גדלה. (פס"ד וריזיון) בכאלו ענפים שיש החצנת רשת, היצרן הראשון שמשיג הרבה צרכנים ויוצר רשת – יוצר יתרון על פני מתחרים עתידיים. וזה מה שהגן על מיקרוסופט, שהיה לה אפקט רשת. היא חשש שהמתחרה יצור תשתית נגדית עם רשת חופפת.

בסוף קמו חברות ענק בתחום ההייטק (גוגל, אפל, אמזון) והם מאוד מחלישות או ממתנות את הכוח של מיקרוסופט. חלק מהכוח שהיה למיקרוסופט בשנות ה-90 היה צפי שהיא תתפתח בהייטק. חברות אחרות תפסו נישות עיקריות. נפח גדול מהפעילות שזה שירותי ענן ויכול להיות שבעתיד הלא רחוק, מיקרוסופט תהיה מיושנת.

בישראל –

סעיף החוק הרלוונטי 29א(ב)(4)

**ניצול מעמד לרעה (תיקון מס' 2) תשנ"ו-1996**

29א. (ב) יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור, בכל אחד מן המקרים האלה:

(4) התניית ההתקשרות בדבר הנכס או השירות שבמונופולין בתנאים אשר מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים אינם נוגעים לנושא ההתקשרות.

קשירה שמבצע מונופול, שהיא לא טבעית או שהיא לא מקובלת בשוק – תהיה אסורה. המחוקק לא אימץ את המבחן האמריקאי של איסור פר-סה. אין איסור גורף ומוחלט על אמצעי קשירה.

12/12/17

29א(ב)(4) – בנוסח המקורי של חוק ההגבלים היה רק את סעיף 29 שאסר על מונופול על סירוב בלתי סביר לסחור. לא הייתה מספיק הגבלה על מונופולים ולכן בשנות ה-90 בעקבות נוסח חוק ההגבלים באיחוד האירופי התווסף סעיף 29א על סעיפי המשנה שלו. 29א מבוסס על סעיף מקביל באמנה האירופית (102). סעיף 29א נועד להפעיל יותר פיקוח על מונופולים מעבר לרק לחייב אותם לסחור.

29א(א) הוא סעיף כללי שאוסר על בעל מונופול להשתמש בכוחו לרעה. מעין סעיף סל. הוא יושם כמה פעמים. כשמונופול עושה משהו לא בסדר וזה לא נכנס לקטגוריה ברורה, אפשר לפנות לסעיף הזה. סעיף כללי – אוסר על מונופול לנצל לרעה על כוחו

29א(ב) – קובע חזקות. בהתקיימות אותן חזקות – המונופול מנצל לרעה את כוחו

29א(ב)(1) – מחיר לא הוגן

29א(ב)(2) – כמות

29א(ב)(3) – אפליה

29א(ב)(4) – קשירה

29א(ב)(4) – למונופול אסור לקשור, להתנות שירות בשירות אלא אם מדובר בקשירה שהיא טבעית. הסעיף מתיר קשירה 'טבעית' או קשירה שהיא מקובלת בשוק. אם יש משהו שכולם עושים, נאפשר לכולם לעשות. 'קשירה טבעית' – אפשר לפרש כיעילה. קשירה הרבה פעמים תחרותית, משדרגת את המוצר, משפרת אותו. במובן זה, לפרש את המונח טבעי כ- יעילה. אם זה משפר את המוצר ומייעל אותו – זה טבעי.

פס"ד המרכזי בו נדונה עניין הקשירה הוא ה"ע 2/96 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' ידיעות אחרונות – היו 2 עיתונים, ידיעות ומעריב. מעריב הלך ונחלש. היה חשש שידיעות יהיה מונופול חזק. זה תחום שהוא אולי יותר רגיש כי זה תחום העיתונות. ידיעות אחרונות הוכרזה כמונופול – מעל 50% נתח שוק. בשנות ה-90 החלו להפיץ מקומונים, אשר הפיצו ידיעות מקומיות. המקומונים יצאו בימי שישי. העיתונים האלו נמכרו בכסף. ידיעות החלו להפיץ עיתונים באזורים שונים. הם ניסו לעשות קישור בין המקומון שלהם לעיתון של שישי.

היו 3 אזורים – באזור 1 מי שקנה את העיתון ורצה את המקומון שילם מחיר מלא. באזור 2 מי שרצה את המקומון, שילם מחיר חלקי. באזור 3- המקומון היה חינם.

רשות ההגבלים חששה מההתנהלות של ידיעות, רצתה לאסור את האסטרטגיה הזאת. הם אמרו שימכרו את העיתון והמקומון בנפרד ושלא יהיה ביניהם קשר. רשות ההגבלים אומרת שמדובר בקשירה, היא זאת שפתחה בהליך נגד העיתון. היא עוד טוענת כי לפי הדין בישראל, קשירה אסורה PER-SE לפי ההלכה בארה"ב. בית הדין להגבלים מינה מומחה מטעמו שיבחן מה ההשלכות של האסטרטגיה החדשה של ידיעות אחרונות. רשות ההגבלים טענה כי ידיעות האחרונות, שהוא בעל מערכת ההפצה והוצאה לאור – יכול להשתמש במשאבים אלו, כדי באופן יחסי וזול יותר להיכנס לשוק המקומונים. זה גם ייתן לה יתרון על פני העיתונים הארציים. עכשיו, לא מספיק שהיא מוביל על הארץ ומעריב. ברגע שהיא תשיג מעמד בשוק המקומונים, המעמד שלה יתחזק יותר. כך שהיא טוענת לפגיעה בשוק המקומונים והחמרה בפגיעה בשוק העיתונות הארצית. המומחה מטעם בית הדין בדק מה השלכות צירוף המקומון לידיעות. הוא הגיש דוח שיש ירידה בתפוצה של העיתונים האחרים. סעיף 29א(ב)(4) – לא אוסר קשירה שהיא פוגעת במתחרים. לפעמים קשירה, טבעית – יעילה, יכולה לפגוע במתחרים. כשחברות הסלולר הכניסו למצלמה לטלפון, קודק שהייתה חברת ענק – קרסה. אם מתחרה נפגע כי יש יתרון יעילות וזאת תחרות לגיטימית – זה לא אמור שהקשירה אסורה.

בית הדין בדק האם בכלל יש קשירה. לעניין המקומות בהם העיתון מחולק או נרכש במחיר מלא – האם זאת קשירה? לא. רשות ההגבלים ניסתה לומר כי מדובר בקשירה טכנית. לקחו את המקומון והכניסו אותו לעיתון של שישי. בית הדין אומר כי זאת לא קשירה טכנית. קשירה היא קשירת מוצר שלאדם הפשוט יהיה קשה להפריד ביניהם (נייד עם מצלמה)

גם לאזור 2 לא הוכח כי מדובר בקשירה. לגבי אזור 3- שהמקומון מצורף בחינם, בית הדין מסכים כי אלה מקרים של קשירה מסוג כפייה כלכלית. נותנים לצרכן בחינם, ובעצם שוללים את היכולת שלו לסרב. ברגע שנותנים עיתון ומקומון, אין צורך בעוד עיתונים וזה עלול לגרום לכך שהצרכן לא ירכוש עוד עיתונים. יש קשירה באזור 3. היא לא קשירה אסורה. כי ככה כולם עשו. עד שבית הדין נתן את החלטה שלו – מעריב והארץ לא חיכו, הם הוציאו מקומונים וצירפו אותם לעיתונים שלהם. לכן, בית הדין טוען כי זה מקובל בשוק ואין סיבה שידיעות לא יקבלו את האפשרות להתחרות באחרים. קשירה מקובלת בשוק לא תהווה הפרה של החוק.

בית הדין פוסק לטובת ידיעות.

**הנחות נאמנות, מטרה, כמות**

אם מונופול נותן הנחות – למה שזה יהיה רע?  
לא רוצים ליצור הרתעת יתר – למנוע התנהגות שכן רוצים שיתקיים. רוצים שמונופול ייתן הנחות.  
הנחות נאמנות, מטרה וכמות – התבררו בפס"ד ידיעות אחרונות.

**הנחת נאמנות**

פירמה שיש לה רוכשים. נניח רוכשים של חומר גלם. הפירמה טוענת כי המחיר ליחידה הוא 10 ₪ אם יקנו אצלה 100% מכל הכמות שהם רוכשים, הם יקבלו 10% הנחה – 9 ₪ ליחידה.  
ההנחה לא תהיה מהיחידה הראשונה, רק לאחר שיתברר כי באמת הם רוכשים רק מאותה הפירמה, אז היא תחזיר להם כספים.  
אם מדובר בשוק מונופוליסטי, ויש לו מתחרה קטן-זו יכולה להוות בעיה. חלק מהכמות, הרוכש יהיה חייב לקנות מהמונופול כי היצרן השני הוא קטן, אולי הוא פחות אמין, אולי הוא יקרוס והרוכש לא ירצה להסתבך עם המונופול ולכן הוא מוכן לקנות ממנו חלק. נניח שהוא שוקל לקנות מהיצרן הקטן 10% - ונניח שהוא מציע את ה-10% ב-7 ₪. לכאורה, זו הצעה יותר טובה ממה שהמונופול נותן. לא כדאי לרוכש לקבל את ההצעה הזאת. נניח והוא קנה 90% מהמונופול. הוא יבדוק ממי כדאי לו לקנות – מהיצרן הקטן ב-7 ₪ או מהגדול? כדאי לו מהגדול, הוא יקבל החזר. יכול להיות שה-10% הנוספים לא יעלו לו כלום. המשמעות היא שהיצרן הקטן לא יכול להתמודד בתחרות כי היצרן הגדול, המונופול יכול לתת את האחוז הזה במחיר שלילי (להחזיר לרוכש כסף) להנחות כנראה תמיד יש פוטנציאל חיובי, גם להנחת נאמנות. הנחת נאמנות זה דבר מקובל. מצד שני, אפשר לראות שמונופול יכול באמצעות הנחת נאמנות לדחוק מתחרים משוק או למנוע כניסה שלהם מהשוק ולבצר את הכוח שלהם – כך שגם יש פוטנציאל שלילי.

**הנחת מטרה**

היצרן, הפירמה תיתן הנחה אם הרוכש יגיע לרף של כמות.  
נניח ורוכשים 100 טון מהפירמה, היא תיתן הנחה של 10%. אם צרכן צריך 1,000 טון – הוא יכול לקנות 100 טון מהפירמה. להנחת מטרה יש פחות פוטנציאל לפגוע בשוק, כי הם לא בהכרח סוגרים את השוק ממתחרים אחרים. הכמות בגינה מקבלים הנחה היא רק חלק ממה שצורכים, אפשר לקנות גם אחרים. בהנחת מטרה, היצרן- בדוגמה שלנו זה מונופול, לכל רוכש הוא קובע מטרה אינדיבידואלית.  
הנחת מטרה יכולה במקרים מסוימים יכולה לפעול כמו הנחת נאמנות. אם למשל, הרוכש קונה בכמות מסוימת (100 טון), הפירמה יכולה לקבוע לו את אותה כמות להנחת המטרה ואז הוא לא ירכוש מאחרים. (זה יהיה כמו הנחת נאמנות) במקרים כזה, שיש מונופול שיודע להעריך מה רוכש צריך והוא מתאים את הכמות להנחת מטרה, זה יהיה מקביל להנחת נאמנות.

**הנחת כמות**

המונופול נותן הנחה שתקפה לכל הרוכשים. מי שרוכש מעל 100 טון מקבל 5% הנחה. מי שקונה מעל 200 טון- מקבל 10% הנחה. מי שקונה מעל 300 טון מקבל 15% הנחה.  
הנחת כמות לא סוגרת את השוק למתחרים.



הנחות כמות לגיטימיות, לא מעלות חשש לפגיעה בתחרות. אם הנחת כמות יכולה לתפקד כמו הנחת נאמנות – כן יהיה מקום להגביל אותן. צריך שיהיה בשוק כל מיני תנאים מיוחדים כדי שהנחת כמות תהיה כמו הנחת נאמנות. נניח והרוכשים זהים, וידוע מה הכמות שהם צריכים. נניח שכולם צריכים 200 טון. במקרה כזה, רק ההנחה של ה-200 תהיה רלוונטית ואז זה כמו הנחת נאמנות והנחת מטרה.

#### קיים סוג נוסף של הנחה – הנחות פרוספקטיביות

כל ההנחות עד כה, הן הנחות רטרו- אקטיביות. הצרכן מגיע לרף והוא מקבל את ההנחה אחורה. הנחה פרוספקטיבית – 100 יחידות – 10 ₪, 90 יחידות = 50 ₪, 50 יחידות = 8 ₪. גם המתחרה יכול להציע אותו הנחה. ההנחה הזאת לא חוסמת את השוק. הנחה בטוחה – לא יוצרת חשש מספק לפגיעה בתחרות.

במקרה של ידיעות אחרונות, בית הדין קבע כי הנחות נאמנות בעייתיות – הן יכולות לדחוק מתחרים החוצה. בית הדין סקר את הדין בארה"ב ובאירופה. באירופה יש הנחה כי הנחת נאמנות מהווה ניצול לרעה. בארה"ב הדין לא כל כך ברור. לעניין הנחות מטרה- בית הדין פחות חושש מהם, לעניין הנחות כמות – באירופה וארה"ב אין הגבלות על הנחות כמות.

הסקירה בעניין ידיעות לא הייתה נחוצה כיוון שהם לא עשו הנחות מהמוזכרות לעיל. יש 2 דרכים להפיץ את העיתון –

- קיוסק משלם בעבור כל העיתונים, אם נשארים עודפים- הפסד של בעל הקיוסק. במקרה כזה, הקיוסק רוצה הנחה על העיתונים, כי הוא לא רוצה להישאר עם כמות גדולה.
- הקיוסק קונה את העיתונים, מה שלא נמכר הוא מחזיר ומקבל החזר. הוא לא מפסיד על מה שהוא לא מכר.

ידיעות ניסתה למכור את העיתונים שלה בקיוסקים רק בדרך הראשונה. שבעלי הקיוסקים ישימו את ידיעות בפרונט, כדי שיקנו את ידיעות ולא את מעריב. זאת לא בדיוק הנחת נאמנות והנחת כמות. הממונה ובית הדין טענו כי מבחינת המאפיינים זה מאפיינים דומים להנחת נאמנות. הם גורמים לבעל הקיוסק- שהוא הרוכש של העיתונים, לקדם את ידיעות על פני מעריב.

הכרזה של רשות ההגבלים בעניין נמל אשדוד – בישראל יש 3 נמלים (חיפה, אשדוד, אילת) רכבים לא מיוצרים בישראל, ייובאו ממדינות אחרות. יש ייבוא רכבים מהמזרח הרחוק (הודו, יפן, סין, קוריאה) ורכבים מיובאים מאירופה וארה"ב. אלו 2 קווי ספנות. כל מה שייובא מהמזרח- נפרק בנמל אילת. כמעט כל מה שייובא מארה"ב ואירופה נפרק בנמל אשדוד. המדינה רצתה ליצור תחרות באזור הנמלים ולכן המדינה פיצלה את הנמלים. כל נמל הוא חברה נפרדת. נמל אילת הופרט. אשדוד וחיפה בבעלות המדינה. תחום פריקת הרכבים הוא תחום רווחי, זה חלק גדול מהכנסות הנמלים. זה מעט עבודה יחסית. נמל אשדוד מציע לאוניות

שמובילות רכבים הנחת נאמנות – אם פרקו 80% מהרכבים אצלה – הייתה הנחה. האוניות שמייבאות רכבים, עושות כבר דרך. חברות ההובלה מעמיסות כמויות עצומות ויש להם נתיב לכל נמל וממשיכים לנמל הבא. כניסה לנמל מאוד יקרה לאונייה, ולכן האוניות האלה יכנסו רק לנמל אחד. ברגע שיש הנחה לנמל אשדוד, שהיה יותר גדול ובעל יותר יכולת- מציע את הנחת הנאמנות ולכן אף אחד כמעט לא פרק. רשות ההגבלים קבעה כי נמל אשדוד מונופול בשוק פריקת הרכבים בנתיב האטלנטי- בנתיב של הרכבים מאירופה וארה"ב. הרשות קבעה כי נמל אשדוד ניצל לרעה את כוחו. הרשות הטילה על הנמל קנס של 9 מיליון ₪. מאז הוטלו כמה קנסות יותר גדולים. הרשות הטילה קנס על המנהלים של נמל אשדוד.

נמל אשדוד רצו להגיש ערר, הם טרם הגישו. חלק מהסיבות שהם רצו להגיש ערר זה חשש מייצוגית שתהיה נגדם. מאז יצאה הקביעה – משנת 2014, נמל אשדוד מפסיק להציע את הנחת הנאמנות ומאז הפעילות בנמל חיפה הולכת ומתחזקת והם הגיעו ל-30% מהשוק.

האם כל הקטגוריות הן קטגוריות ממצות לעניין פיקוח והגבלה על מונופולין?  
אם האיסור שיש ב29א(א) – שהוא סעיף כללי שאוסר על מונופול לנצל לרעה את הכוח שלו. אין פירוט מעבר. המשמעות היא שאין רשימה סגורה של פרקטיקות שהן בלבד מוגבלות מבחינת מונופול. היו כמה מקרים בהם ביהמ"ש או רשות ההגבלים התבססו על 20א(א):

- בזק בינלאומי הייתה מונופול בשוק השיחות הבינלאומיות. משרד התקשורת פתח לתחרות, בזק יצאו בקמפיין מטעה. הם ניסו ליצור את הרושם שהמחיר שלהם יותר נמוך ממה שאמור להיות. רשות ההגבלים קבעה כי היה ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי. זה שוק שנפתח לתחרות, שוק שבו המתחרים החדשים פגיעים. במועד הזה, בנסיבות האלו- היו ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי.
- סנופי – חברת תרופה עולמית. סנופי היא אינובטיבית (מפתחת תרופות חדשות) הם פיתחו תרופה מוצלחת והם היו מוגנים בפטנט. ברגע שהמועד לסוף הפטנט עומד להיגמר, הן לא פעם מנסות ליצור שדרוג של התרופה ולרשום את השדרוג כפטנט ולהאריך את תקופת הרווחים הגבוהים שלהם. סנופי הגישה בקשה לפטנט חדש. הוציאו גרסה טובה יותר של התרופה, וטענו שרצו לכתוב פטנט על דרך פיתוח התרופה החדשה. כנראה, שיטת ההפקה של התרופה החדשה שהם הציגו בבקשה לרישום הפטנט- הייתה לא נכונה והם ידעו את זה. בבקשה להארכת הפטנט הם לא דייקו ביודעין. הפטנט המקורי פג, יש בקשה לפטנט חדש. חברה גנרית יכולה למכור. רק שזה יהיה 'כניסה בסיכון' אם הפטנט יאושר- הגנרית תפר אותו. טבע לא נכנסה לשוק הזה וגם יוניפארם. בהמשך, סנופי משכה את הבקשה שלה. היא כן נהנתה מתקופה של שנה וחצי לאור בקשת ההגשה. יוניפארם תבעה את סנופי כי היא ניצלה את הכוח המונופוליסטי שלה לרעה, כי היא הגישה בקשה. אפשר להכניס כל מיני סוגים של התנהגויות ל29א(א) – בעקבות כך הוגשה תביעה נגד סנופי. היא גרמה לכך שהתחרות בשוק התעכבה- כשיש חלופה גנרית, המחירים יורדים ולכן היא דחתה את הורדת המחירים.

**הסדרים כובלים****שרשרת הייצור:**

יצרנים של מוצר

משווקים סיטונאים

משווקים קמעונאים

צרכן

**שרשרת הייצור** – המוצר עובר כמה ידיים עד שהוא מגיע לצרכן. זהו קשר אנכי.

**קשר אופקי** – קשר בין שחקנים באותו שלב בשרשרת הייצור. אם יש קשר בין אותם יצרנים של המוצר – זה יהיה אופקי.

יש חלוקה בין הסדרים אופקיים לבין הסדרים אנכיים. הם שונים באופי שלהם, במהות שלהם ובחשש לפגיעה בתחרות. הסדרים אופקיים הם בעלי פוטנציאל גבוה יותר לפגוע בתחרות. היצרנים מתחרים אחד בשני. אם עושים הסדר- יש חשש כי ההסדר הזה יצמצם בתחרות ביניהם.

**הסדרים אופקיים****ארה"ב**

קרטל זה סוג של הסדר אופקי. 3 מתחרים, המחיר הוא 5 ש, הם מסכימים לעלות את המחיר 8- ש. הם מגדילים את ההכנסות, הצרכנים נפגעים. בעיקרון, יש 3 סוגים להסדרי קרטל:

1. מחיר

2. כמות

כשהמחיר עולה, הצרכנים קונים פחות. כשהיצרנים מייצרים פחות, המחיר עולה.

3. חלוקת שוק

יש אפשרות גיאוגרפית, כל אחד ישווק לאזור מסוים. מבחינה משפטית, קרטל אסור. המבחן שחל על קרטלים הוא איסור PER SE. בד"כ בקרטלים מפעילים את הסנקציה הפלילית.

בארה"ב פרסם משרד המשפטים תכנית חדשנית ששינתה את התמונה- תכנית החסינות. לאורך השנים היא קצת השתנה ויש לה כל מיני ורסיות. תכנית החסינות קובעת כך: פירמה שמעורבת בקרטל – שתפנה לרשות ההגבלים ותדווח על הקרטל ותשתף פעולה באופן מלא עם הרשות, תקבל חסינות מלאה מהעמדה לדין פלילי. הפירמה הראשונה שפונה מקבלת חסינות מלאה – לא יעמדו לדין פלילי. זה גורם לכך שחברה כזאתי מלשינה, זה מעמד את החברות האחרות במצב שלא כדאי להן להכחיש. אפילו אין שלב הוכחות, יש את הקראת האישום ואם הנאשם לא מודה – הולכים למשפט. אם הוא מודה – אין משפט. הוא מורשע, נגזר דינו. לא תהיה תביעה הייצוגית בהליך האזרחי נגד המלשין, לא יפורסם שהוא זה שחשף את הקרטל. העונשים הפליליים בארה"ב בגין הפרה של קרטלים –

מאסר של עד 10 שנים

קנס של עד פי 2 מהנזק שהקרטל גרם / רווח שהחברות הפיקו ממנו

מאחר והענישה חמורה, יש תמריץ להפעיל את תכנית החסינות. בארה"ב תובע ייצוגי שזוכה, מקבל החזר ריאלי של שכ"ט עו"ד והוצאות. בהליך אזרחי בתביעה ייצוגית לאור תביעה הגבלית – התובע מקבל פי 3 מהנוק שהוא הוכיח. בארה"ב רצו לעודד הגשה של תביעות כאלו. יש תמריץ ממשי למעורב בקרטל לנסות לזכות בחסינות. תכנית החסינות תחול רק על הראשון שמדווחת על הקרטל. אם רשות ההגבלים בעצמה חשפה את הקרטל, היא לא תיתן חסינות. חסינות תינתן רק בשלב שלרשות אין מידע. בנוסף, חסינות לא תינתן לפירמה שהיא מלכתחילה יזמה את הקרטל. מי שאכף את הקרטל, גם לא יקבל את החסינות. **חסינות + -** אם יש קרטל שנחשף, אם אחת מהחברות תדווח על קרטל אחרת שהיא מעורבת בו, הוא יקבל חסינות מהקרטל החדש, והקלה בעונש בקרטל שנחשף. בארה"ב התכנית הזאת מאוד מצליחה, היא חושפת הרבה קרטלים. גם בישראל, גם באירופה ומדינות אחרות אימצו אותה. באיחוד האירופי, לדיני ההגבלים אין מימד פלילי ברמת האיחוד האירופי (יכול להיות שבמדינות עצמן כן יש מימד פלילי – כמו לבריטניה) יש אפשרות להטיל קנסות מאוד כבדים. לנציבות האירופית (המגבילה לרשות) יש אפשרות להטיל קנס עד גובה 10% מהמחזור השנתי. אם נתפס קרטל, ושהוא של חברה גלובאלית בהיקפים של מילארדים. אפשר להטיל עליהם קנס של מילארדים. גם באירופה שיש לה תכנית דומה, התכנית אפקטיבית ומובילה לחשיפה של קרטל. בישראל, תכנית החסינות קיימת אבל היא לא אפקטיבית. כמעט כל הקרטלים שנתפסו, נתפסו כאשר רשות ההגבלים השיגה ראיה, המשיכה לחקירה סמויה ואז גלויה.

בארה"ב חוק ההגבלים מכיל 2 סעיפים – Sherman Act משנת 1890.

ס' 1 – הסדרים כובלים

ס' 2- מונופולים

לשני הסעיפים התייחסות לכך שהם יכולים להיות פליליים. בארה"ב התפתחה פרקטיקה שאת המימד הפלילי מפעילים רק על קרטלים. מתי נפעיל את הפן הפלילי? **קרטל** כשאנשים דיברו ביניהם והסכימו לא להתחרות – במקרים האחרים לא נפתח מולם בהליך פלילי.

מה קורה כשיש משהו שהוא לא קרטל והוא מאוד דומה?

**Appalachian Coals** משנת 1933 - יש 3 מכרות פחם- אם הם יתאמו ביניהם מחירים, יענישו אותם. אז מה הם עושים? מקימים חברת הפצה, כולם ישווקו באמצעות חברת הפצה והיא תפיץ במחיר גבוה יחסית לצרכן. ביהמ"ש העליון בארה"ב קובע כי המקרה הזה לא נופל לכלל ה per se אלא לכלל הסבירות (rule of reason)

ההתביעות ההגבליות שהולכות לכלל הסבירות, הן יותר מורכבות. אם יש תובע שמחפש תביעה ייצוגית ויש עילה נגד חברה גדולה, צריך לקחת כלכלן מומחה ולעבוד על התיק הזה 6-8 שנים.

היה קשה להצליח כי אין את הראיות, והתביעה לא תוגש.

כל קרטל שמפורסם בעיתון שנחקר ע"י רשות ההגבלים – תוגש נגדו ייצוגית.

כלל הסבירות הוא פחות מחמיר

19/12/17

בקרטלים מבחינה משפטית, הסוגיה המשפטית הנוגעת להגבלים העסקיים – קרטלים אסורים פר-סה. אם יש קושי, זה הקושי למצוא אותם ולהוכיח. תכנית החסינות מעניקה תמריץ לראשון שמודה וגורמת לכך שהרבה קרטלים נחפשים. המעורבים בקרטל מדווחים בעצמם על הקרטל כדי לזכות בחסינות – הם חושפים אחרים וכו'. הדברים מסתבכים כשלוקחים את התרחיש הקלאסי של קרטל ומשנים אותו קצת.

Appalachian Coals - הקימו גוף שיווק שישווק את 3 החברות. אם בוחנים את ההתנהגות לפי כלל הסבירות – אם ההסדר פגע או עלול היה לפגוע בתחרות. צריך לעשות בחינה כלכלית של השוק, לבחון מהו השוק הרלוונטי. במבחן של סבירות, יכולות להיות הצדקות; צריך לבחון מהן ההצדקות. כלל הסבירות מאוד מורכב וקשה. ההבחנה המקדמית במידה רבה קובעת את התוצאה הסופית. יכול להיות שהחברה עושה את מה שהיא עושה כדי להעלות מחירים – אפשר להקים גורם משווק בין החברות ושיהיה חוקי.

ביהמ"ש העליון בארה"ב פסק שזה לא קרטל, שלא מדובר ב'כבילה עירומה'. כל ההסדר הוא כבילה למנוע תחרות. (קרטל הוא כבילה עירומה – החברות משתפות פעולה כדי לא להתחרות)

**SOCONY Vacum משנת 1940** – רקע- תחום הפקת בנזין ונפט. בעבר אנשים השתמשו בשמן כדי להאיר את הבית שלהם. היו משתמשים בשומן לוותינים. לקראת סוף המאה ה-19 הבינו שאפשר להשתמש בנפט כתחליף לשומן לוותינים ולהאיר את הבתים. את הנפט שמפיקים, הוא נפט גולמי ולא מזוקק. הוא צריך לעבור תהליך זיקוק כדי להשתמש בבטחה. בשנים הראשונות לא היה הליך מסודר מפוקח של זיקוק. לכן, המוצר היה מסוכן. רוקפלר, הקים חברה בשם standard oil הוא הקים מפעלים לזיקוק, לפי דבר אחיד ומפוקח. התוצרת שלו הייתה אמינה. רשות ההגבלים החליטה שהכוח שלו מופרז והחליטה לפרק את החברה לפי אזורים גיאוגרפיים. התביעה הייתה נגד החלקים הגדולים של החברה הגדולה לשעבר.

מה היה במקרה? ברגע שמגלים באר נפט ומתחילים להפיק ממנה נפט אי אפשר לעצור אחרת הבאר נהרסת. כמעט בכל התעשיות, מפסיקים לייצר. אם חברה מגלה באר מאוד גדולה והיא מתחילה להפיק נפט, והמחירים צוללים היא בבעיה. אם היא תפסיק לייצר – היא תהיה בסדר. אבל אם המחירים ינסקו, היא תהיה בבעיה כי לא יהיה לה באר.

בארה"ב היו כמה חברות גדולות שהפיקו נפט שברובן הן של החברה המונופוליסטית הגדולה, ויש יצרנים קטנים יותר. כשהנפט יורד, היצרנים הקטנים שיושבים על באר אחת הם בצרה. הם לא יכולים להפיק בהפסד.

ממשלת ארה"ב כינסה את ראשי החברות הגדולות ויזמה ביחד איתם הסדר (לא חקיקה) לפיו כל חברה גדולה תתקשר עם חברות קטנות והמטרה היא שכאשר המחירים יורדים, הם ייקנו מהחברות הקטנות. לחברות הגדולות יש מאגרים, יש להם דרך לשמור. כאשר המחירים עולים, החברות הקטנות ימכרו לשוק. רשות ההגבלים החליטה כי ההתנהלות הזאת בעייתית. הם עשו שותפות שיכול להשפיע על המחירים. זה הסדר לקביעה על ניסיון לשלוט בכמות.

רשות ההגבלים רוצה להפסיק את ההסדר כדי לא לפגוע בתחרות ושה אסור פר-סה. הוויכוח הוא איזה מבחן צריך להחיל – per-se או rule of reason. אם זה per-se, זה קל. צריך להוכיח שהם פגעו בתחרות, בכוח שוק.

העליון אומר כי יש בעיה שמתחרים עושים ביניהם הסדר שיכול להשפיע על המחיר. אם נטען כי ה per se יחול רק באותם מקרים של קרטלים מובהקים – כל מי שרוצה לעשות קרטל ייקח עו"ד ממולח וייבנה הסכם קרטליסטי בצורה קצת שונה, יוציא אותו לכדי rule of reason וכך יעקפו את האיסור. כדי למנוע קרטלים והסדרים אופקיים-

**Per-se יחול על כל שיתוף פעולה בין מתחרים שיש לו פוטנציאל להשפיע על המחיר. לא צריך להראות כי בפועל המחיר השתנה בשוק או לא.**

ביהמ"ש העליון את ההנחה הבאה – נניח ששיתוף פעולה בין מתחרים יכול או להזיק לתחרות או להועיל לתחרות. אם כמעט כל המקרים שיש בהם שיתוף פעולה בין מתחרים שיכול להשפיע על המחיר, אם כמעט תמיד מזיקים = זה לא משתלם מבחינה מערכתית לבדוק כל מקרה לגופו כי זה יהיה מאוד יקר. כל יתר המקרים ימשיכו חופשי. לכן, בכאלו מקרים מה שנכון לעשות מבחינה משפטית ויעילות המערכת זה לקבוע איסור מוחלט. לא צריך לבדוק כל מקרה לגופו – זה ה PER SE. אין ברירה, אי אפשר לבדוק כל מקרה לגופו ולנסות לסווג, אוסרים את הכל. ביהמ"ש יוצא ששיתוף פעולה מתוך הנחה להשפיע על המחיר מזיקים ולכן אוסרים אותם. זאת ההלכה ב socony vacuum. (הכלל לא בתוקף)

#### Topco משנת 1972 –

מדובר ברשת קמעונאית של בתי כולבו. Topco זה לא תאגיד אחד, אל שיתוף בין חנויות כלבו עצמאיות שכולן קוראות לעצמן Topco. בהסכם ביניהם הם קבעו מאפיינים דומים. זאת לא הייתה זכיינות. זאת רשת קטנה, 5% נתח שוק. בהסדר ביניהן יש סעיף שאומר שהן לא ייקבלו לרשת חנות נוספת אם היא פועלת באזור שכבר יש חנות של Topco. מבחינת רשות ההגבלים, הסעיף הזה בעייתי. הוא נותן בלעדיות גאוגרפית ועושה חלוקה של שווקים, צריך למחוק אותו וזה אסור per-se. כאמור, אחת הדרכים לעשות קרטל היא הקצאת אזור גאוגרפי. לפי socony vacuum אם הם עושים מעשה שיש בו כדי להשפיע על השוק זה אסור per se. Topco לא רשת גדולה. היא טוענת שיש לה הצדקה לפרקטיקה ביניהם. אם יש לה 5% בשוק היא לא יכולה להעלות מחיר ולהרוויח. אם היא תעלה מחירים – יילכו למתחרים. הם עשו את זה כי הם רשת קטנה – הם לא יכולים לפרסם את הרשת ברמה הארצית, זה ייקר ואין להם את הכסף. את הפרסום של הרשת הם לא עושים ברמה הארצית אלא ברמה המקומית. סניף שפועל באזור מסוים מפרסם בעיתון מקומי, שלטי חוצות וכו'. הם רצו להימנע מבעיית טרמפיסט – שסניף אחד יפרסם, ואם יהיה עוד סניף באותו אזור גאוגרפי ← הוא לא יהיה חייב לפרסם כי כבר פרסמו את Topco. בעיית טרמפיסט זה מצב של כשל שוק- כשיש בעיית טרמפיסט, זה שמשקיע לא נהנה לבד מההשקעה שלו. לכן, הם קבעו את המגבלה הגיאוגרפית, כדי שכל אחד ישקיע בסניף שלו. העליון, שוב שוקל את per-se מול rule of reason. הטיעון של topco נשמע הגיוני.

יכול להיות אפילו שהחלוקה הגיאוגרפית מועילה לשוק. **ביהמ"ש רוצה להגן על per se. הרוב המכריע של המקרים הוא מזיק, ולכן ביהמ"ש העליון פוסק נגד topco בגלל per se.**

#### BMI משנת 1979 –

אקו"ם מתעסק בזכויות יוצרים של מוזיקה. BMI מקביל לאקו"ם בישראל. הוא מקבל היתר מאמנים לשווק את היצירות שלהם לקהל שמעוניין לשמוע. לגורמים שמוכנים לשלם כדי לשמוע את היצירות. BMI משווקים את הרישיון לכל מיני תחנות טלוויזיה ורדיו. אחת מהן – CBS. היא לא לבד בשוק, יש עוד שמייצגים. נהוג כי החברות מעניקות 'רישיון שמיכה'. **רישיון שמיכה** – זכות להשמיע את כל האמנים במחיר פיקס מסוים. CBS לא מגיעים להסכמה. לכן, היא מגישה תביעה הגבלית והיא טוענת כי ההסדר הוא שיתוף פעולה אופקי. יש להסדר הזה פוטנציאל להשפיע על המחיר. לפי ההלכות הקודמות, על כל אמן לייצג את עצמו. עם הדרישה הזאת יש בעיה, השוק הזה לא יעבוד. השוק של המוזיקה המסחרית לא יוכל להתקיים. אם אמן צריך לקיים מו"מ עם כל מי שרוצה להשמיע את היצירות שלו – העלויות המשפטיות לא ייגמרו. במקרה שזה יהיה per se תהיה פגיעה בכל ענף המוזיקה. לכן ביהמ"ש שכנראה ההנחה המקדמית כי רוב המקרים שיש שיתוף פעולה אופקי שמשפיע על המחיר – לא בהכרח הרוב משפיע על המחיר. לכן לקבוע איסור מוחלט וגורף – זאת לא מדיניות משפטית יעילה. יכול להיות שהיא תגרום יותר מידי נזק. נוכח השיקולים האלו ביהמ"ש העליון קובע כי אפשר לאסור את זה PER SE כי זה יגרום נזק. **לכן הוא משנה את הכלל בהבחנה בין PER SE ל-RULE OF REASON – בהסדרים בין מתחרים שעל פניו מצמצמים תפוקה, יהיו אסורים PER SE.** כנראה שבלי BMI אף אמן לא ישקיע זמן ליצור יצירות. אם לא נאפשר להם לשותף פעולה זה יקטין תפוקה. אם הסדר הוא על פניו מצמצם תפוקה, הוא יהיה אסור פר סה. אם הוא לא מצמצם תפוקה, הוא ייבחן לגופו לפי כלל הסבירות.

#### California delta association משנת 1996 –

ארגון או איגוד רופאי השיניים בקליפורניה, ארה"ב. האיגוד הוא וולונטרי. בישראל, אם עו"ד לא חבר בלשכת עורכי הדין אסור לפעול בישראל. אם כן, בארה"ב זה לא חובה להיות באגוד. יש תועלת להיות חבר באיגוד הזה. הוא פועל למען החברים שלו מול המחוקק והרגולטור. האיגוד יכול להציע לחברים ביטוח בתעריף זול יותר. איך האיגוד יכול להציע את זה? יש להם מספר גדול של אנשי מקצוע, של חברים וחברת הביטוח מוכנה לתת הצעה זולה יותר. 70% מרופאי השיניים בקליפורניה באופן וולונטרי הצטרפו לאיגוד. לאיגוד יש תקנון אתיקה, ויש כל מיני כללים מה מותר להם לעשות או מה לא. יש להם כלל שאוסר על החברים לפרסם פרסום מטעה. מה מהווה פרסום מטעה לפי התקנון?

- פרסום של תעריפים

- פרסום של הנחות

רשות ההגבלים אומרת שזה בעייתי, זה פוגע בתחרות. איך תהיה תחרות אם הם לא מפרסמים הנחות או מחירים? זה על פניו מצמצם תפוקה.

מה אומר האיגוד? להפך, זה נועד להגדיל תפוקה. התחום של רפואת שיניים הוא עם פער מידע

מובנה, אינהרנטי בין מי שנותן את השירות למי שמקבל את השירות.

זה גורם לבעיה במוניטין של בעלי המקצוע. יש פוטנציאל לאבדן אמון בין נותן השירות למקבל השירות. כשיש חוסר אמון זה גורם לצמצום תפוקה. כיוון שהצרכן לא יודע להעריך תעריף או

להעריך הנחות (הנחה של 20% על סתימה – באיזה חומרים בדיוק הרופא משתמש) האיגוד רוצה שאנשים ילכו לרופאים מקצועיים. הם מעדיפים שהתחרות תהיה על האיכות ולא במחיר. הדילמה של העליון היא איך לגשת למקרה – האם per se או rule of reason האם הסדר מסוים מצמצם תפוקה? האיגוד טוען שיש הצדקה. רשות ההגבלים טוענת שאם מדובר בהצדקה, כל אחד ימצא הצדקה. ביהמ"ש בדילמה. ביהמ"ש מפתח מבחן לסיווג – **מבחן המבט המהיר - a quick look** המבחן נועד לעזור לקבל החלטה, האם הולכים ל rule of reason או per se. אם יש הסדר שלא בהכרח יודעים לאן הוא הולך, והוא לא קרטל מובהק – מקרה של ברור לאן הוא הולך ← בוחנים רק את ההצדקה. בוחנים את ההצדקה אבל לא בחינה מעמיקה, אלא שטחית. לא כדאי לראות אם היא תקפה, רק כדי לראות אם בבחינה שטחית יכולים לפסול אותה. אם מדובר בבחינה שטחית וניתן לפסול אותה = איסור PER SE אם אחרי הבחינה השטחית, נראה כי לא ניתן לפסול את ההצדקה, זה מצריך ברור יותר מעמיק זה מצריך את RULE OF REASON. צריך לבדוק נתחי שוק, את ההשפעה על התחרות, הצדקות, לבדוק השפעה אנטי תחרותית ובסוף מגיעים למסקנה האם חוקי או לא.

### **בכל הנוגע לדין בארה"ב והסדרים אופקיים בוחנים בצורה הבאה:**

1. בהסדרים שעל פניו ממצמצים תפוקה, בעיקר קרטלים ← PER SE ההליכים האלה בד"כ גם הולכים לאפיקים פליליים
2. כל מה שלא מצמצם תפוקה, הולך rule of reason בארה"ב ממעטים לפעול לפי כלל הסבירות, עדיף לרכז את הפעילות בתחומים שגוזלים פחות משאבים. תיקים של RULR OF REASON ידונו יותר בתביעות אזרחיות.

### **כיצד הכלל בא לידי ביטוי בהסדרים אופקיים?**

#### **1. מיזמים משותפים**

הסדר בין פירמות שיכולות להיות מתחרות (לא חייבות) שפועלות ביחד כדי לייצר מוצר חדש, לשפר את המוצר, אולי להוזיל את עלויות הייצור שלו, אולי את עלויות השיווק שלו. פירמות נפרדות שעושות משהו ביחד. אנו מתמקדים במיזמים משותפים בין פירמות מתחרות. (בישראל – רשת התקשורת עליה יושבות חברות סלולר) כששני מתחרים משתפים פעולה תמיד יש חשש שהשיתוף פעולה יוביל להחלשת התחרות. מצד שני, לפעמים המיזם המשותף יוצר יעילות. מיזם משותף הוא לא על פניו מצמצם תפוקה. למשל, ליגת ספורט NBA. כל קבוצה היא תאגיד נפרד. היא יכולה להרוויח ויכולה להפסיד. האחרים לא משתפים איתה. בעלי הקבוצות ביניהם משתפים פעולה שמנהלים מו"מ מול רשתות שידור. זה לא שיש רשת טלוויזיה, נניח שיש קבוצות מאוד מצליחות. זה לא שהן ינהלו מו"מ לחוד על תעריף שהרשת שידור תשלם להם בתמורה לשידור המשחק. המו"מ מתנהל בין כל הקבוצות לרשת לשנה בתמורה שהיא תוכל לצלם ולשדר איזה משחק שהיא תרצה ובסכום הזה הקבוצות מתחלקות.



השיתוף פעולה מגדיל תפוקה. יש קבוצות שיש להן קהל אוהדים יותר גדולה, יש לה עדיפות על פני אזור יותר קטן. רשתות טלוויזיה יעדיפו לשלם לקבוצות היותר עשירות. במקום ליגה של 30 קבוצות, תיווצר ליגה של 4 קבוצות מאוד עשירות. ועוד 26 קבוצות עניות. החשש הוא שיקרה מה שקרה בישראל – המשחקים לא יהיו מעניינים. אם יש 2 קבוצות בחיפה – הפועל ומכבי. ונניח שהבעלים של הקבוצות מגיעים להסכמה ביניהם כי את הכרטיסים למשחקים הם יעלו מ- 50 ₪ ל-100 ₪. הסכמה כזאת היא קרטל. לעלות מחירים של כניסה למשחקים – זה קרטל וזה יהיה אסור PER SE המבחנים שדיברנו עליהם עד כה, היא המתודה לבדוק את כל סוגי שיתופי הפעולה האופקיים. במיזם משותף זה לא מצמצם תפוקה בד"כ ולכן זה ייבדק לפי כלל הסבירות. אם יהיה אלמנט שמצמצם תפוקה עדיין הוא יהיה אסור PER SE

## 2. החלפת מידע בין מתחרים

בהרבה ענפים יש איגוד מקצועי – כמו חברות הסלולר. בשיחות האלו מחליפים מידע, מדברים על העסק. מתי זה לגיטימי? מתי לא? מו"מ לקראת מיזוג- אי אפשר לנהל מו"מ מבלי לקבל מידע גלוי על החברה המתחרה. עצם זה שמתחרים נפגשים ומשוחחים זה כשלעצמו יוצר פוטנציאל לפגוע בתחרות. אי אפשר לאסור את זה, בטח לא גורף. ברור שמוחלף מידע מתחרים יש פוטנציאל לפגיעה בתחרות. אם מתחרים אחד בשנייה ומחליפים מידע וכל אחד מספר על הפעילות שלו זה יכול להקל להגיע לקרטל. זה יכול להקל על תאום אוליגופול. יש פוטנציאל לפגיעה בתחרות. מהצד השני, יש פוטנציאל שהוא חיובי תחרותי לגיטימי. הרבה פעמים החלפת המידע נעשות בסיטואציה שיש רגולציה. בנוסף, החלפת מידע בין מתחרים עוזרת למתחרים להעריך את תנאי השוק. יכול להיות שחברה לא יודעת להעריך מספיק טוב מה יהיו המגמות בשוק. אם יתאפשר לשבת עם כמה מתחרים ולדבר איתם, יכול להיות שהחברה תגיע למסקנה שאפשר יהיה להגדיל את הייצור. כשהחלפת מידע מצמצמת את חוסר הוודאות של העסק- זה פוגע בצרכנים.

### איזה כלל מיישמים על החלפת מידע בארה"ב?

החלפת מידע לא אסורה PER SE, היא נמדדת לפי כלל הסבירות. לאור ריבוי המקרים שהגיעו לבתי המשפט. בתי המשפט ניסחו כל מיני כללים שיכולים לעזור לחברות לדעת מי החלפת המידע היא בעייתית יותר ומתי פחות.

- אם החלפת המידע נוגעת לעבר הרחוק
  - אם החלפת המידע נוגעת למידע כללי
  - אם המידע מופץ גם ללקוחות
  - אם המידע מועבר לגורם בלתי תלוי
- אם אלו מתקיימים, רשות ההגבלים לא תאסור את החלפת המידע.

**3. הסכמי MFN (MFB)**

Most favorite nation. יצרן, שיש לו לקוחות. הוא לא יכול למכור ללקוחות במחיר זול יותר. נניח בעל מכולת קונה קוטג' מתנובה. לבעל מכולת 1 חשוב שלבעל מכולת 2 לא יימכרו את הקוטג' במחיר יותר זול. לכן, בעל מכולת 1 יבקש לסכם מול היצרן כי אם הוא ימכור את הקוטג' יותר זול, הוא ישווה את המחיר לבעל מכולת 1.

אם יש קרטל בין היצרנים, הסכמי MFN יכולים לעזור ליצרנים לפקח על הקרטל. נניח והחברות הסכימו שהמחיר לצרכן בעבור מוצר יהיה 10 ₪ לכל חברה יש אינטרס לרמות את המחירים. אם כולם עושים את זה, ההסכם יקרוס. אם יש כל מיני דרכים לדאוג שלא יורידו מחירים. ההסכם יהיה יציב. אחת הדרכים למנוע הורדת מחירים זה כאשר כל יצרן משתמש במחירי MFN. אם יצרן מוכר ב-10 ₪ ואז לקוח מבקש הנחה, יכול להיות שהמחירים ירדו והקרטל יקרוס. אם יצרן נתן ללקוח מחיר זול יותר, בהסכם MFN, על ההנחה הזאת יש גורמים שרוצים לדעת שהיא התקיימה. (כמו חברות אחרות) לא רק המתחרים ירצו לדעת אם יש הנחה למוצר ספציפי, גם הרוכשים ירצו לדעת שהוא קיים. הם הופכים את ההסכם לכך שהקרטל יוכל להחזיק יותר מעמד ולגרום יותר נזק. לא יודעים על רוב הקרטלים, יש להם אינטרס לשמור את זה בסוד.

גם אם חברה מתחייבת שהיא הכי זולה, היא הפכה את הצרכנים ל'סוכנים שלה'. יהיה להם מוטיבציה לברר בעבור החברה אם יש מחירים יותר זולים. כשהחברות מעורבות בקרטל יודעות שאם הן ייתנו הנחות, יענישו אותם- הן לא ייתנו הנחות.

בארה"ב נקבע כי זה לא אסור PER SE. כיוון שמאוד קשה לעשות הערכה עד כמה הסדרים מזיקים או לא. ההלכה היא כי הסכמי MFB הם חוקיים **אלא** אם היצרנים הסכימו ביניהם שהם יימכרו ביניהם.

**4. הנהגת מחירים / Price leaderships**

גבינת קוטג' הייתה תחת פיקוח. ב-2006 הפיקוח הוסר והמחיר עלה לאט לאט. תנובה שטראוס וטרה שמייצרות קוטג'. איך המחירים עלו? תנובה פרסמה כי תעה את המחירים בשיעור מסוים, מתוך בד"כ והמתחרות היו מפרסמות הודעה דומה. המחירים עלו באותו זמן, באותו שיעור – אצל כל המתחרות והגיעו עד 8 ₪. מהי אותה הנהגת מחירים? תנובה הנהיגה את המתחרות שלה להעלות מחירים ביחד איתה.

26.12.2017

**הסדרים אופקיים:**  
הסדרים כובלים**הדין בארה"ב:**

דיברנו על **המבחנים** בשיעור שעבר. "מיזמים משותפים". "הסכמי MFB". "החלפת מידע" ו"הנהגת מחירים".

**הנהגת מחירים / Price Leadership:**

**דוגמה:** "שוק מרוכז". שלושה יצרנים של מוצר. יצרן א' - מעלה את המחיר של המוצר שמכור ואחריו היצרנים האחרים. היצרנים יטענו שהם לא עשו "קרטל" כי לא דיברו אחד עם השני. **דוגמה:** תנובה הייתה מודיעה בתקשורת שמתכוונת להעלות את מחיר הקוטג', ואז המתחרים שלה העלו אחריה.

**הגישות בארה"ב:****יש לאסור את ההודעה מראש:**

**עצם זה שאחד מעלה וכולם אחריו זה לא תמים:**  
פוגע בצרכן. יכול להוביל לתוצאה של קרטל.

**הבעיה עם "הודעה מראש":**

**דוגמה:** מעלה ל-4.5 ש"ח. המתחרים מוכרים במחיר 4 ש"ח. קיים הסיכון שהמתחרים לא יעלו. יש אלמנט של הפסד פוטנציאלי כי הצרכנים ילכו למתחרים. איך יתגבר על הסיכון? יודיע מראש. "עוד שבוע אני מעלה ל-4.5 ש"ח". אם המתחרים הבינו את המסר **וגם יעלו את המחיר** הוא לא יפסיד כי עכשיו כולם מוכרים באותו מחיר. **אם המתחרים לא יעלו את המחיר** יכול להודיע "הלקוחות חשובים לי והחלטתי לא להעלות את המחיר". וכך לא הפסיד. כשהמוביל מודיע מראש או מאותת על הכוונה להעלות מחיר - הפרקטיקה הזו יותר מסוכנת כדי שלא יגשש מול המתחרים מה הם חושבים.

**אין לאסור את ההודעה מראש:**

**בימ"ש קבע שלא ניתן לאסור את ההודעה מראש כי זה משפיע על הצרכנים:**

**דוגמה:** חב' נשר. הרוכשים ירצו לדעת שהם מעלים מחיר. כי 70% מהעלויות שלהם פתאום עלו יש אינטרס צרכני אם מחירים הולכים להשתנות. **תיאום מחיר זה אסור פר-סה אבל הודעה של יצרן על כוונתו להעלות מחיר זו לא עבירה חוקית.** **דוגמה:** תנובה מודיעה שמעלה מחיר ואחריה המתחרים גם מעלים מחיר - זו לא עבירה חוקית.

**הגישה בישראל:**

הרשות הודיעה שתבחן כל התבטאויות בתקשורת. הרשות קצת הרחיבה את "הירייה".

**דוגמה:** ראיון בתקשורת עם מנהלי הוצאות ספרים גדולות. מנכ"ל אי פנה למנכ"ל ב' המתחרה ואמר שצריך להפסיק את ההנחות של שלוש במאה. אם זה היה בחדר סגור זה "קרטל" הרשות טענה זה שזה היה מול הטלוויזיה זה לא אומר שזה אסור.

**דוגמה:** גולן טלקום היו בקשיים ונרכשה ע"י אלקטרה. המנהל של גולן טלקום הודיע בתקשורת שמתכוון להעלות מחיר. האם צריך לחקור פירמה שמתכוונת להעלות מחיר? לא, אבל יש בעיה אם פירמה תדבר עם המתחרות שלה שצריך להעלות מחיר.

היום בישראל כבר לא מודיעים מראש שמתכוונים להעלות מחיר. אם אני רוצה להעלות מחיר אני לא צריך לדווח למתחרים שלי.

**מחיר אוליגופולי:**

"שוק אוליגופולי" = "שוק ריכוזי".

**מהו מחיר אולוגיפולי:**

**דוגמה:** תחנות דלק. אי מעלה מ-7 ש"ח ל-9 ש"ח. ב' בלי לתאם עם א' גם מעלה. עדיף לו להעלות ולהשוות ל-א' כך ירוויח יותר אמנם לא דיברו ולא תיאמו ביניהם אבל היו מגיעים לאותה תוצאה אם היו מתאמים ומדברים ביניהם, היו נכנסים לכלא. אם מה שחשוב זה שהם הגיעו לאותה תוצאה, אז למה זה בסדר ש-ב' העלה מחיר להשוות עם א'?

**גישה אחת:**

אי אפשר להילחם בזה כי כל עסק האינטרס שלו למקסם רווח.

**דוגמה:** אי העלה מחיר. לא דיבר עם ב'. ב' מוכר ב-7 ש"ח מרוויח מעט. אם יעלה ל-9 ש"ח ירוויח יותר. לא דיבר עם א' ולא מתייעץ איתו. צריך לקבל החלטה אם להישאר עם 7 ש"ח או להעלות ל-9 ש"ח. טבעי שבית עסק יבחר בחלופה שמגדילה את ההכנסות שלו ולא ניתן לדרוש ממנו שימנע ממקסום רווח.

**גישה שנייה:**

המחירים כל הזמן עולים ויורדים זה לא פרקטי לבחון כל פעם מדוע העלו מחיר, יש כל מני סיבות מדוע מחיר יכול להעלות

רוב השווקים בישראל מרוכזים **דוגמה**: בנקים, סלולר. אם כל פעם שיעלו מחיר נחקור מדוע העלו מחיר זה לא פרקטי. כי יש כל מני סיבות שמעלים.

### גישה שלישית:

אם יצרן מעלה מחיר ייתכן וההעלאה **סבירה ומוצדקת**, קשה לדעת עלויות כמה עולה לפירמה לייצר. זה לא מידע גלוי.

דעת המרצה: ברוב המקרים ניתן לדעת שגובים מחיר גבוה בשוק מרוכז. לא בדיוק יודעים מה המחיר תחרותי אבל יודעים מה המקסימום שיכול להיות.

### **בישראל אין עילת תביעה לעניין "מחיר אוליגופולי"**

**דוגמה**: תנובה נתח שוק 66% שטראוס 25% טרה 12%. **כולם העלו מחיר** הקוטג' מ-5 ₪ ל-8 ₪. אם היה אפשר להוכיח שמקסימום העלויות שלהם 6 ₪ - היה ניתן לתבוע את תנובה על **מחיר "מונופוליסטי"** כי יש לה 66% נתח שוק

לעומת זאת... האחרות לא ניתן לתבוע למרות שעשו אותו הדבר כי אין עילה נגדן הן לא "מונופול". אם לתנובה היה נתח שוק 30% לא היה אפשר לתבוע אותה למרות שהתוצאה אותו הדבר - הצרכן נפגע.

לדעת המרצה: אם המחיר גבוה ממחיר השוק כן צריך לתבוע אבל בפועל אין עילה.

### **פס"ד Interstate Circuit 1939:**

**ההלכה: עצם זה שהסתמכת שגם המתחרה יעלה זה לא חוקי! לכאורה תמחור אוליגופולי הוא לא חוקי!**

רשתות של בתי קולנוע וחב' שמפיקות סרטים. כשחב' מפיצה סרט בקולנוע צרכנים משלמים על הכרטיס. בית הקולנוע מתחלק עם המפיקה על מכירת הכרטיסים חצי חצי. סרט מצליח הקולנוע והחב' המפיקה נהנים ולהיפך.

רשת בתי קולנוע Interstate Circuit בשנות ה-30 שולחת מכתב לכל המפיקות בנוסח אחד **ומציעה להם הסדר: כשמפיקה תפיץ סרט תדאג שהמחיר לצרכן לא ירד מ-40 סנט**. המפיקות מודיעות לבתי הקולנוע שלא יורידו מחיר כרטיס פחות מ-40 סנט. **מי נפגע? הצרכן**. מי נהנה? **הקולנוע והמפיקות** כי כשהמחיר של הכרטיס עולה הם מרוויחים יותר.

### רשות ההגבלים:

הגישה תביעה.

### בימ"ש:

המכתב שכולם קיבלו זו הראייה וההוכחה שתיאמו ביניהם. **מבחינתו היה "הסדר אופקי" בין המפיקים שהוא לא חוקי**.

בפועל המפיקים לא תיאמו ביניהם, אבל אם רק חב' הפקות אחת הייתה מעלה מחיר לא כדאי לה כי יכולה לפסיד, זה יהיה משתלם רק אם כולם יעלו יחד.

**ההלכה:** עצם זה שחברות ההפקה העלו מחיר בהסתמך שכולן יעלו- עברו על החוק! לפי ההלכה לכאורה תמחור אוליגופולי אסור!

**דוגמה:** תחנות דלק. א' העלה ל-9 ש"ח כי הסתמך שגם ב' יעלה. א' לא היה מעלה אם לא חשב שגם ב' יעלה אחרת היה מפסד, כי הצרכן ילך ל-ב'.

### **פס"ד 1946 American Tobacco:**

**עצם זה שהסתמכת שגם המתחרה יעלה זה לא חוקי! לכאורה תמחור אוליגופולי הוא לא חוקי!**

שוק הטבק תמיד היה "מרוכז" "ואוליגופולי". לאורך שנים הרווחים של החב' היו מאוד רווחיות. תמיד היה חשד שההתנהלות שם היא לא בהכרח כשרה ואולי עושים "קרטלים" כל הזמן אבל לא היה ראיות ולא תפסו אותם מדברים.

10 שנים קודם לפני שהגיע לעליון היה שנה וחצי ששינו מחיר 39 פעמים. אצל כולם בו זמנים שונו המחירים באותו שיעור. 3% אח"כ 1%. אובייקטיבית לא היה הצדקה להעלאה. אצל כולם המחיר יורד עולה בו זמנית בלי הצדקה אובייקטיבית בשוק. היה גם שפל כלכלי בשנות ה-30. וכשיש פחות ביקוש המחיר יורד, ובכל זאת אצלם המחיר עלה

### **בימ"ש:**

בחנו אם חוקי או לא. לפי פס"ד לאינטרסטייט אין אלטרנטיבה אלא ששינו את המחיר בכך שהסתמכו שגם האחר יעלה בין אם דיברו או לא זה לא משנה עצם זה שהסתמכת שגם המתחרה יעלה זה לא חוקי!

**לכאורה שתי הפס"ד הנ"ל מגבילים תמחור אוליגופולי**

פסיקה מאוחרת הייתה שונה, בתקופה של חב' הסלולר. לפני 10 שנים בחנו אם המחיר בשוק סביר בהשוואה לשווקים בעולם. עפ"י העלות של הייצור ההעלאה לא הייתה מנותקת מהמחיר. החב' הרוויחו יפה.

אם צריך להוכיח שהמחיר "אוליגופולי" או "מופרז" לא היה ניתן. ואז נכנסה הרפורמה הורידו מחיר בכל השוק ועדיין הרוויחו. זה גרם למהפכה בשוק. החב' הורידו מחיר לא מרוויחות כמו פעם מאות מיליונים בשנה אבל עדיין מרוויחות. נשאלת השאלה: האם בעבר היה מחיר "אוליגופולי"? אפשר לומר שכן, אבל בעבר לא היה ניתן לדעת. אם נאסור מחיר אוליגופולי זה לא אומר שנוכל להוריד מחיר בכל ענף, מצד שני, יש מקרים שאפשר לדעת שהמחיר אוליגופולי:

**דוגמה:** מטרנה נתח שוק 50%. סימילאק 40% נוטרילון 8%. יודעים שיש להם רווחים גבוהים בשוק הזה. לא ניתן להגיש תביעה נגד מטרנה בגין "מחיר אוליגופולי" אלא בגין "מחיר מונופוליסטי" מופרז. האם ניתן לתבוע את סימילאק? לא! "תמחור אוליגופולי" בישראל הוא לא עבירה.

**בארה"ב לפי שתי הפס"ד "מחיר אוליגופולי" הוא לא חוקי!** יש בעייתיות בבימ"ש ויש הרבה כתיבה אקדמית אם זה נכון או לא. הבעיה בישראל חלק גדול מהשווקים שלנו הם שווקים "אוליגופולים" הטלוויזיה, האינטרנט בנקים וכו'. לכאורה אם גובים מחיר גבוה ולא דיברו ביניהם לפי חוק ההגבלים לא יכולים לעשות כלום.

**בארה"ב הציעו שלא יהיו "שווקים מרוכזים" ע"י פירוק של חברות:** שוק שיש בו ארבע חברות והם מעלות מחיר אם יפורקו 16 חברות ואז זה כבר לא "שוק מרוכז" אלא "שוק תחרותי". (כמעט עבר בחקיקה).

### **גישה נוגדת:**

נקבע שפירוק הוא לא כלי יעיל. ההלכות שלמדנו לעיל לא התהפכו אבל בארכאות נמוכות יותר לא הלכו אחרים.

### **יעלות של הגודל:**

שוק שיש בו 4 חב' ולא מתווספות חב' נוספות ייתכן וזה שוק מתגמל- יש יעילות כתוצאה מהגודל. הרבה פעמים יצרן גדול יעיל ממכולת.

**דוגמה:** סופר לעומת מכולת קונה כמות גדולה מקבל מחיר נמוך יותר מהיצרן והצרכן משלם פחות. לעומת זאת, שוק עם 4 מכולות במקום הסופר הצרכן ישלם יותר. לצרכן עדיף יותר שוק עם יצרנים יעילים מאשר לא יעילים.

### **קושי לפרק חברה:**

אי בי אם התנגדה וגררה את רשות ההגבלים שנים עד שהשוק עצמו הוריד אותם מהמעמד המונופוליסטי.

**פס"ד Ethyl 1984:**

**מחיר אוליגופולי "טהור" הוא חוקי- שפירמה שמעלה מחיר בגלל שהשנייה העלתה זה לא עבירה על החוק.**

תוסף זלק על בסיס עופרת. 3 חב' שמוכרות את התוסף. הוא מזהם ומשחרר רעלים לחב'. גופי איכות הסביבה התנגדו לשווק ובקליפורניה הרגולציה הגבילה את השימוש בתוספים. החב' יודעות שעד 1990 מוחקים להם את התעשייה. נקרא "תעשייה גוועת". בסיטואציה כזו אין מי שייכנס לשוק הזה שעוד מס' שנים ייסגר לא שווה לעשות את ההשקעה כי לא יוכלו להחזיר אותה. הם יודעים שלא יכנסו מתחרים ומצמצמים ייצור ומעלים מחיר.

**רשות ההגבלים:**

תבעה אותם על גביית מחיר גבוה. אין ראיות שדיברו ביניהם אין הוכחות. הכלכלנים שהביאו אמרו "מחיר אוליגופולי" אחד מעלה והשני גם מעלה.

**"תמחור אוליגופולי" זה גם לא להזיז את המחיר:**

הרבה פעמים עלות יורדת בגלל התייעלות ובכל זאת לא מורידים מחיר ואז יש פער גדול זה קורה בעיקר בשוק טכנולוגי.  
דוגמה: א' לא מוריד אז גם ב' לא.

**ביה"ד:**

מחיר אוליגופולי "טהור" הוא חוקי. לא ניתן לאסור. עצם זה שפירמה רואה את השנייה שלא מורידה מחיר וגם לא מורידה או מעלה בגלל שהשנייה העלתה זה לא עבירה על החוק.

**איך נזהה אם יש עבירה על החוק:**

1. פירמה א' דיברה עם ב' שהיא מעלה מחיר. זה לא "קרטל" כי אין תיאום ממשי של מחיר אבל יש דיבור ביניהם.
2. פס"ד באינטרס המכתב הוא פקטור. כל המפיקים קיבלו את המכתב וכולם העלו את המחיר בהתאם
3. החלפת מידע
4. אם היה "קרטל" בעבר ועכשיו יש פער במחיר

**רשות ההגבלים:**

ביקשה לערער לעליון (בארה"ב אין זכות ערער לעליון כי בוחר לדון במעט מקרים)

**בימ"ש עליון:**

החליט לא לדון בזה. זו לא הלכה לא של העליון אבל המקובלת בארה"ב

**ההלכה:** "מחיר אוליגופולי" "טהור" הוא חוקי!



עצם זה שפירמה רואה את השנייה שלא מורידה מחיר וגם לא מורידה או מעלה בגלל שהשנייה זו לא עבירה על החוק **אבל אם חרגו בקשר ביניהם אז יש פקטור נוסף ייתכן ומדובר במחיר אוליגופולי שאינו חוקי.**

### **חרם Boycott:**

אחד לא רוצה לדבר עם משהו זה לא חרם. אבל אם קבוצה לא מדברת עם משהו זה כבר "חרם".

### **פס"ד FOGA:**

#### **חרם אסור פר-סה!**

**יצרניות בגדים מקוריים** מתחרות עם **יצרניות בגדים לא מקוריים**. אלו שמחקים לא מעתיקות את המותג רק את העיצוב. יש יצרנים מקוריים ויש את החקיינים. **חלק המשמעותי בעלויות זה פרסום ומיתוג.** העלויות של המקוריים מאוד גבוהות מעצבים/ פרסום וכו'.

**כשל השוק:** אם דגם מצליח החקיין יתפור זהה במחיר חצי מחיר. החקיין בוחר רק מה שמצליח. היצרן המקורי צריך לשרוד גם עם מה שלא הצליח. **דיני קניין רוחני** - לא ניתן להחיל כי לא מעתיקים את שם המותג.

**החרם:** היצרנים המקוריים פנו לרשתות חנויות שאם ימכרו לחקיינים הם לא ימכרו להם. חלק מהחנויות לא הייתה להן ברירה והפסיקו לקנות מהחקיינים.

### **החקיינים:**

זו התנהגות לא תחרותית. עצם זה שהמקוריים הלכו יחד ואמרו לחנויות לא נמכור לכם זה לא תחרותי

### **בימ"ש:**

**חרם אסור פר-סה.** איסור גורף אין הצדקות.

### **דעת המרצה:**

זה יכול להיות מוצדק בהתנהגות שהיא כמעט תמיד מזיקה אבל **חרם לא תמיד מזיק**. במקרה של החקיינים מדובר **בטרמפיסט – כשל שוק**. ואז נוצר תמריץ להיות טרמפיסט אז למה שמהו ייצר מוצר מקורי וייקח סיכון. לא תמיד חרם הוא מזיק.

**פס"ד Associated Press:****חרם הוא לא בהכרח אנטי תחרותי**

שוק העיתונים בעולם. בישראל ידיעות וכל מדינה יש לה עיתון שלה ואין קשר ביניהם. העיתון בישראל כמו בניו יורק חשוב לתת לקהל ידיעות מקומיות 80%-ו-20% מה קורה בעולם. אין תקציב לשלוח כתבים לכל מדינה. יש שיתוף פעולה בין העיתונים להעביר את החדשות שלהם.

איגוד Associated Press מקבל כתבות מכולם ומי שחבר באיגוד יכול לקבל ידיעות מכל העולם זה מאוד יעיל. דוגמה: ידיעות יעדכנו מה קורה בניו יורק בלי לשלוח לשם כתב. זה יעיל, מגדיל תפוקה וטוב לכולם.

**הבעיה - כשל שוק:** עיתון נוסף מניו יורק שרוצה להצטרף אם יצטרף לאיגוד יקבל לא ידיעות רק מפריז ורומא אלא גם בניו יורק כלומר, מהמדינה בה הוא נמצא ואז הוא לא יצטרך כתבים בתוך ניו יורק כי המתחרה שלו כבר נושא בכל בעלויות והוא יקבל ידיעות בחינם בלי להשקיע זה מצב של טרמפיסט - כשל שוק.

התפתח כלל באיגוד אם יש עיתון חבר בעיר מסוימת לא יקבלו עיתון נוסף. זה שלא מכניסים אותו יגיד שעשו עליו חרם. **חרם אסור פר סה** אז יצטרכו להכניס אותו הטרמפיסט שידווח בלי להשקיע כלום. מקרה כזה החרם הוא לא בהכרח אנטי תחרותי ולכן הייתה ביקורת על הכלל הזה כי ייתכן שאיסור פר סה על חרם זה לא מוצדק. מוצדק על התנהלות שהיא כמעט תמיד מזיקה.

**הסדרים "אופקיים" "ואנכיים" / "הסדר כובל":****הדין בישראל:**

בארה"ב יש כמה דברי חקיקה שעוסקים בהגבלים עסקיים, הכללים בעיקר פותחו מהפסיקה

**Sherman act 1890 שתי סעיפים עיקריים:**

1. אסור לנצל כוח מונופוליסטי
2. הסדרים שעלולים לפגוע בתחרות.

בישראל דיני הגבלים התפתחו מאוחר, החקיקה בשנות ה-50 אות מתה ככל שהמשק הפך להיות יותר מודרני. המדינה מעורבת פחות במשק. בעבר היה ההסתדרות שהחזיקה שלישי, הממשלה שליש וקונצרן שלישי. הכל היה "מונופולים". ככל שהמשק הפך יותר מודרני ודומיננטי התפתח צורך בהגבלים עסקיים.

בשנת 1990 נכנס החוק החדש. עלתה השאלה איך לאכוף את זה. בימ"ש יפתח הלכות או סעי ברורים.

**יתרון להלכות:**

**פיתוח הלכות זה יותר גמיש** מה שהיום בסדר מחר לא. קביעת איסורים בחקיקה מאבדים את הגמישות כי אם קובעים היום התנהגות אסורה נגלה עוד 20 שיעילה ולשנות חוק זה מאוד מורכב כי הגבלים עסקיים פחות מעניין את הפוליטיקאים ואז "נתקעים" עם **איסור שלמעשה גורם נזק למשק**.

יש קושי להגדיר מה מותר ואסור כי ניתוח השפעות אנטי תחרותיות זה מורכב. יש הרבה התנהגויות שלעיתים מועילות/ מזיקות וקשה לנסח כללים ברורים.

**חיסרון כשאינן סעיפים ברורים:**

יש חוסר וודאות כי עד שיש הלכה לא יודעים מה מותר ואסור.

ישראל העתיקה מהחקיקה האירופאית של ההגבלים שם החקיקה יותר פרטנית, יש יותר וודאות אבל הבעיה שאין גמישות. כמו "**הסדרים אנכיים**" שהחוק לא בנוי טוב לטפל בהם ונראה מה בימ"ש עושה עם זה.

**מהו "הסדר כובל":**

**סעי' 2 (א) לחוק ההגבלים**: מגדיר מהו "הסדר כובל". **4 רכיבים מצטברים**:

1. "הסדר"
2. בין "בני אדם שמנהלים עסקים"
3. "כבילה" - שאחד מהם כובל את עצמו
4. "עלילות" - באופן העלול לפגוע בתחרות

הסדר בין בני אדם יש בו כבילה שעלולה להוביל לפגיעה בתחרות. **צריך לבחון אם התנהגות מסוימת עונה על התנאים**.

**החזקות:**

**סעי' 2 (ב) לחוק ההגבלים**: **4 מקרים חלופיים שחזקה שהם פוגעים בתחרות**:

1. "מחיר" - הסדר שנוגע למחיר
2. "רווח"
3. "חלוקת שוק"
4. "כמות או איכות או סוג" - של נכסים או שירותים

**"הסדר":**

כדי שהסדר יהיה "הסדר כובל" קודם צריך להיות "הסדר".

**סעי' 1 לחוק** מגדיר מהו "הסדר": בין במפורש ובין מכללה, בין בכתב ובין בעל פה או בהתנהגות, בין אם הוא מחייב על פי דין ובין אם לאו; רשות ההגבלים ובימ"ש נותנים פרשנות רחבה ל"הסדר".

**פס"ד קיסין- השופט זיילר**: הסדר כולל מה שבמפורש/ מכללא/ קריצת עין/ צחוק הבנה או כל דרך אחרת.

הכוונה של בימ"ש שלא יטענו צדדים "לא היה חוזה" או "לא הייתה גמרת דעת ומסוימות". יש הבחנה בין "הסדר" "לחוזה". חוזה נדרש גמירות דעת. ומסוימות הצעה מפורשת מוצר/ מחיר/ תנאים. אם היו התנאים של "חוזה" אז לא היו "הסדרים כובלים" לכן להגיע "להסדר" הרף מאוד נמוך.

### מה נכנס בגדר "הסדר":

האם "החלפת מידע" מתחרים שרק מחליפים ביניהם מידע עסקי. האם כשיש שתי מתחרים בשוק מרוכז אוליגופולי, אחד מעלה מחיר מ-5 ש"ח ל-7 ש"ח וגם המתחרה שלו מעלה האם "תמחור אוליגופולי" זה "הסדר"? עולות שאלות מה נכנס למונח "הסדר". לשאלות הנ"ל אין תשובה חד משמעית.

### "החלפת מידע":

### גישת בימ"ש ורשות ההגבלים- "החלפת מידע" מהווה "הסדר":

גם אם אין פיסקה ברורה לגבי החלפת מידע. מתחרים כשמחליפים מידע רגיש מבחינה תחרותית ניתן לומר שזה "הסדר" אבל מה ההסדר? הרי מדובר רק בהחלפת מידע. יש לפרש את תכלית החוק כשיש התנהגות שפוגעת בתחרות זה מבחינת "הסדר". מידע רגיש לתחרות עשוי להיות "הסדר".

**דוגמה**: שבנקים החליפו מידע על עמלות. רשות ההגבלים הקליטה שיחות והכריזה שמדובר "בהסדר כובל". הבנקים הגישו ערעור. הגיעו להסכמה ורשות ההגבלים משכה את התביעה והבנקים שילמו 80 מיליון. למרות שהרשות ביטלה את התביעה הכריזה שמדובר "בהסדר כובל".

### גילוי דעת של רשות ההגבלים:

1. "מיזוגים"

2. "איגודים מקצועיים": כשמתחרים מחליפים מידע תיתכן פגיעה בתחרות. מהו מידע רגיש מבחינה תחרותית? מידע של אסטרטגיות/ מחיר/ כמות. איגוד בתי קפה ומסעדות/ איגוד הבנקים זו לא עבירה שיהיה איגודים כאלו אבל צריכים להיזהר שלא יעבירו ביניהם מידע שהוא רגיש מבחינה תחרותית.

**דוגמה**: במיזוג/ רכישת מתחרה עושים Due Diligence ומידע רגיש של חב' המטרה נחשף לחב' הרוכשת- אם המשא ומתן לא מצליח החב' הרוכשת כבר יודעת הכל על חב' המטרה שהיא המתחרה שלה כמו רשימת לקוחות/ רשימת ספקים/ נכסים/ עלויות ייצור וכו' וזה יפגע בתחרות.

**"ראיון לרדיו" / שיחה בין מתחרים" / "קרטל":**

לא נדרש שיהיה חוזה. **דוגמה:** רשות הגבלים הקליטה שיחה בין מאפיות ברמן ודוידוביץ'. הורשעו כולם היה **"קרטל"**. שיחה שהוקלטה כראיה "להסדר": "באפריקה כשיש אריות ומתקוטטים החזק לא יגרום לחלש נזק". היה מסר. "נתחרה אבל לא נעשה נזק אחד לשני" "נצמצם את התחרות בינינו אבל לא צריך להרוג אחד את השני". **ההסכמים שעשו:** כל אחד יש את האזורים שפועל בה אחד לא ייכנס לשני.

**דוגמה:** גיל שרוני המנכ"ל של גולן טלקום (היה אמור לנהל באלקטרה אחרי שתרכוש את גולן) **אמר ברדיו שהמחיר נמוך מדי** צריך להעלות ל-100 ₪ טען שדיבר לרדיו לכל עם ישראל. **הרשות טענה דיבר גם למתחרים זה סוג של "הסדר"**. הרשות מנחה כיום להימנע מהתבטאויות וראיונות כמו שקופיקס נכנס המתחרים שלהם אמרו שלא יורידו מחירים.

**"תמחור אוליגופולי":****גישה אחת - תמחור אוליגופולי נכנס "להסדר":**

אם "הסדר" יכול להיות גם מכללא - "בהתנהגות" ניתן לומר שתמחור אוליגופולי נכנס "להסדר". **דוגמה:** תחנות דלק שמעלות/ מורידות מחיר

**גישה שנייה - כשמתחרים מעלים מחיר אוליגופולי זה לא "הסדר":****פרופ' מיכל גל:**

תומכת בעמדה האמריקאית שלא ניתן לבחון כל שוק מרוכז. אם משהו מעלה וגם השני מעלה זו **התנהגות עסקית לגיטימית ובלתי ניתן לאסור את זה** מבחינת הפסיקה אין הכרעה חד משמעית.

**דוגמה:** **תביעה ייצוגית נגד שלוש בנקים**. הגישו בקשה לאשר את התביעה הייצוגית. לפי **חוק התובענות** בימ"ש כדי לאשר צריך שיהיו ראיות לכאורה להצלחה בתובענה. מה שהיה לתובעים שהריביות גבוהות. לא הייתה ראיה "לקרטל" או שהבנקים דיברו ביניהם. בימ"ש: יש מספיק מידע כדי להגיש תביעה. "בשוק מרוכז" אסור לקבוע "מחיר אוליגופולי" גבוה. **בנקים:** הגישו רעור. בימ"ש עליון לא הכריע. הוכח שהייתה "החלפת מידע". הגיעו לפשרה. אין הכרעה שמחיר אוליגופולי יכנס ל"הסדר" אבל בעניין "קרטל" חד משמעית מדובר "בהסדר"

**פס"ד בורוביץ':**

חב' ביטוח. הגיע לעליון שקבע במקרה שמתחרים מעלים מחיר אוליגופולי זה לא "הסדר". היה באוביטר כי היה מדובר בתיק "קרטל" שהיה בכתב.

**תמחור אוליגופולי "טהור"**

לא נכנס תחת הגדרה של "הסדר" אבל אם יהיו פקטורים נוספים יכול להפוך את "ההסדר" מחוקי ללא חוקי.

מה "טהור"? מה "הפקטורים"? : אין כללים ברורים בישראל מה "טהור" ואילו "פקטורים". אם משהו ירצה לתבוע בתביעה ייצוגית בשוק אוליגופולי על מחיר גבוה לא יוכל כי אין כלכלן שיסכים. בפרקטיקה ההתייחסות "לתמחור אוליגופולי טהור" לא יכול להיות "הסדר" ולהיכנס לסעי' 2 לחוק.

"תמחור אוליגופולי" לא נכנס "להסדר" אבל יתר הדברים יכנסו...

### "בני אדם שמנהלים עסקים"

האם משהו שהוא רוכש סופי הוא חלק "מההסדר"? לא דוגמה: מחאת הקוטג' שהעלו מחיר. כי הם לא מנהלים עסקים. הם בגדר "בני אדם שלא מנהלים עסקים" הסדרים של הציבור הרחב זה לא "הסדר כובל". דוגמה: ציבור חרדי מחרימים חב' כי התמונות לא צנועות הם לא בגדר "בני אדם שמנהלים עסקים".

### רשות שלטונית:

דוגמה: האם עיריית ירושלים יכולה להיות צד "להסדר כובל"? האם יחול עליה חוק ההגבלים עסקיים? כן! יש פסיקה ברורה אבל לא חד משמעית אין הרבה פסיקה שעיריות עברו על חוק ההגבלים העסקיים.

### פס"ד א. מ חניות:

עיריית ירושלים בעלים של חניון מפעילה באמצעות מפעיל חניון חב' קבלנית טענו שהעירייה כפתה עליהם לא למכור יותר מ-50 מנויים. האם עירייה היא "בני אדם שמנהלים עסקים"? בימ"ש קבע שכן. רשות פועלת תחת שתי כובעים תחת כובע שלטוני לא כפופה להגבלים עסקיים. כי אם יש לה 90% קרקע היא "מונופול" אז נתבע על מחיר גבוה? לא. החזקת קרקעות זה מדיניות שלטונית לעומת זאת, כשמפעילה חניון פועלת תחת כובע עסקי כגורם שפועל בשוק העסקי. אין הרתעה בתביעה של רשות לעומת זאת חב' פרטית בעלי מניות יכעסו על מנכ"ל שלקח החלטה שפגעה בהם בניגוד להגבלים עסקיים. בכל מקרה ניתן לתבוע רשות בכובע השני.

### "כבילה":

הבעיה: לכל הסדר בין צדדים יש "כבילה" דוגמה: מכר לי עט שמוכר רק לי יש "כבילה". דוגמה: המרצה מלמד ביום ג' בנתניה לא יכול ללמד במקום אחר כל הסכם יש בו "כבילה". איך בוחנים? בימ"ש והמלומדים קבעו המשמעות של כבילה יש בעיה של פרשנות אבל זה פחות חשוב, "כבילה" - זה הרכיב השולי. מה שחשוב זה לבחון אם יש כבילה שמשפיעה על התחרות, הרכיב המרכזי זה "הסדר" עלול לפגוע בתחרות

### "עלילות"

"באופן העלול לפגוע בתחרות". בפסיקה נקרא "עלילות" האם ההסדר עלול לפגוע בתחרות. כדי שהסדר יהיה הסדר כובל לא צריך לפגוע בתחרות אלא "עלול".

אז מה זה עלול? סבירות גבוה? מינימלית? אין פסיקה חד משמעית שאומרת מה ההסתברות/ סף / סבירות אבל זו לא עבירת "תוצאה".

דוגמה: הסכמנו לעשות "קרטל" ובסוף לא פעלתי. זה לא משנה לגבי העבירה. עשית "הסדר שעלול לפגוע בתחרות" פגעת בחוק ההגבלים אם מימשת או לא זה לא משנה

### שאלת יעילות במבחן "עלילות"

הסדר שמצד אחד יכול לפגוע בתחרות ומצד שני עלול להיות יעיל.

**דוגמה:** פרטנר והוט מסכימות להיות שותפות באותה תשתית לשבת על אותה רשת התחרות ביניהם תהיה פחות משמעותית להחליש את התחרות כי מתחברים ומדברים. מצד שני יש הסדר שיש לו הצדקה של יעילות חוסכים בעלויות והצרכן יקבל במחיר יותר נמוך.

האם זה "הסדר כובל"? אין תשובה חד משמעית בפסיקה. אם אפשר לשקול הצדקה ויעילות במקרה הזה, זה נשאר בפסיקה בצריך עיון.

יש אפשרות לבקש אישור מרשות ההגבלים העסקיים. **דוגמה:** הוט ופרטנר פועלים באישור רשות ההגבלים לא פעלו לבד אחרת זה היה "הסדר כובל".

שאלת יעילות במבחן "עלילות" חשובה ואין תשובה ברורה והנטייה לחשוב שאם יש "הסדר שעלול לפגוע בתחרות" ויש הצדקה של יעילות זה יהיה עדיין "הסדר כובל".

(הערה: כשיש תחרות מאוד גדולה הסבירות שההסדר ייפגע בתחרות קטן מאוד כמו שתי עו"ד פותחים משרד)

### הסדר כובל

2. (א) הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר.
- (ב) מבלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף קטן (א) יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת לאחד העניינים הבאים:
- (1) המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם;
  - (2) הריווח שיופק;
  - (3) חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו;
  - (4) כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם.

02/01/18

המבחן הוא אמריקאי עם 20 שאלות.  
נדרש לדעת פסיקה חשובה.

### הסדרים אופקיים בישראל

ס' 2 לחוק ההגבלים העסקיים מגדיר מה זה הסדר כובל.

להסדר כובל 2 חלקים להגדרות:

**2(א) –** ההגדרה הכללית, הסדר בין בני אדם שיש בו כבילה העלולה לפגוע בתחרות. **מצטברים** יש אמירה ברורה באוביטר כי מה שמקובל לכנות 'תמחור אוליגופולי טהור' הוא לא הסדר כובל. כל הסכם יש בו כבילה, זה שיש הסכם עם מישהו יש בו כבילה בין הצדדים. הפרשנות לכבילה היא תכליתית. המונח המרכזי זה עלילות – האם עלולה פגיעה בתחרות. צריך לבדוק האם ההסדר יכולה לפגוע בעלילות התחרות. הסדר יכול להיות כובל אם הוא היה עלול לפגוע בתחרות. כך שאם יש הסדר שהיה עלול לפגוע, והם הבינו שהוא לא בסדר – זה עדיין לא בסדר. מה זה אומר

עלול? אין תשובה חד משמעית בפסיקה. סבירות מאוד רחוקה לא מספיקה, אך אין דרישה לסבירות ממשית לפגיעה בתחרות. יותר מזה, הפגיעה בתחרות לא צריכה להיות משמעותית וחמורה וזה חשוב. (במיזוגים – לרשות ההגבלים סמכות למנוע מיזוג אם יש חשש לפגיעה) בהסדרים כובלים הפגיעה לא צריכה להיות ממשית. נדרש ניתוח כלכלי לבחון אם הסדר יכול לפגוע בתחרות בבחינת הכוח שוק. יחד עם זאת, נראה כמה מקרים בהם ביהמ"ש קבע כי הסדר עלול לקבוע בתחרות גם בלי שהיה ניתוח כלכלי.

בשקלול הסופי אם היעילות תגבר לתועלת לצרכן בארה"ב לא ייפסלו אותו. בישראל אין את המשקל של עלול לפגוע בתחרות. בישראל, בשונה מארה"ב אין הצדקת יעילות בשלב הזה. יכול להיות הסדר שיש בו פגיעה בתחרות אבל הוא רצוי כי הוא משפר את יעילות הפעילות של הצדדים וזה טוב לצרכן – אבל זה לא משנה כי מספיק שהוא עלול לפגוע בתחרות. מסתכלים על פגיעה בתחרות ולא על הצדקות אחרות.

**2(ב) – סעיף חזקות.** בפסיקה נקבע כי אלו פסיקות חלוטות שלא ניתנות לסתירה. הוא קובע כי

באותם מקרים חזקה שיש פגיעה בתחרות. **חלופיים**

- (1) המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם;
- (2) הריווח שיופק;
- (3) חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו;
- (4) כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם.

אם תובעים, עדיף לתבוע לפי 2(ב) כי לא יצטרכו להוכיח שזה עלול לפגוע 2(א)) אלא כבר יש חזקה.

#### **איסור הסדר כובל (תיקון מס' 6) תש"ס-2000**

4. לא יהיה אדם צד להסדר כובל, כולו או מקצתו, אלא אם כן קיבל מאת בית הדין אישור לפי סעיף 9 או היתר זמני לפי סעיף 13 או פטור לפי סעיף 14, או שכל הכבילות שבהסדר פטורות בהתאם לפטור סוג שנקבע לפי סעיף 15א; היו האישור, ההיתר הזמני, הפטור או פטור הסוג מותנים – לא יהיה להם תוקף, אלא אם כן נתמלאו תנאיהם.

**ע"פ 4855/02 מד"י נ' בורוביץ' (הפניקס) – קרטל פלילי.** חברות הביטוח עשו ביניהם קרטל. הם היו נפגשים ובין היתר היו מפיצים ביניהם תעריפון. רשות ההגבלים העמידה את החברות לדין, חתמו על הסדרי טיעון. הפניקס ואיילון לא הודו והעלו מגוון טענות. בין היתר, העלו טענות לא רלוונטיות לקורס.

הם טענו את הטענות הבאות:

- הם הצטרפו לאחר שהקרטל התחיל לרוץ. ביהמ"ש טען כי זאת לא הגנה. הסדר כובל מתמשך ולכן הוא צד להסדר.
- דף עם מחירים שהוא לא חתום, לא אומר שיש הסדר כובל. ביהמ"ש זה אומר כי מדובר בהסדר ברגע שהמתחרים מביאים דף מחירים.



- הם טענו שלא התכוונו לממש את ההסדר, הם ייצרו מצג כאילו הם מסכימים כדי שהחברות לא ייפגעו בהם. ביהמ"ש אומר כי הם כן מימשו את ההסדר. זה לא משנה, כי ברגע שהם ייצרו מצג של הסכמה, יש הסדר כובל. הם גם גרמו באמצעות מצג ההסכמה שאחרים יישמו את ההסכם.

בבורביץ' היה מדובר בקרטל. למרות זאת, ביהמ"ש אמר כי אם היה מדובר בהתאמה, זה לא היה הסדר כובל. בבורביץ' נקבע כי סעיף (ב) של החזקות החלוטות הוא גם פלילי.

**הגנה מן הצדק** - העלו טענה של הגנה מן הצדק. הם טענו כי מדובר באכיפה בררנית. רשות ההגבלים טענה כי היו לה משאבים מוגבלים. ביהמ"ש מקבל את נימוק רשות ההגבלים. מעבר לכך הוא קובע כי אכיפה בררנית יכולה להתקבל רק שמראים זדון מטעם התביעה (בחרו בנתבע מסוים כי רוצים לעשות בכוונה). הנימוק של הרשות היה ענייני. לא בכל עבירה הרשות מעמידה לדין את כל המעורבים. היא תחליט מבחינת שיקולים מערכתיים את מי עדיף לה לתבוע. **טענת אכיפה בררנית - צריך להוכיח כי הרשות פעלה בשרירותיות או בזדון.**

**דני"א 4465/98 טבעול נ' שף הים** – טבעול וקיבוץ אילון. טבעול מייצרת מאכלים דמויי בשר. קיבוץ איילון מתחמה בייצור דגים מעובדים. הם הקימו שותפות לנסות לשלב בין המומחיות של שני הגופים. הם הקימו את שותפות 'שף הים'. השותפות לא הצליחה והם התפרקו אחרי 4 שנים. עלה בינם חשש שיהיה יתרונות לא הוגנים. הייתה הסכמה שהם לא יתחרו אחד בשני במשך 5 שנים. בשנת '97 משרד הביטחון יוצא למכרז של שניצלים טבעיים. קיבוץ אילון מגיש הצעה וזוכה. הגישו תביעה נגד קיבוץ איילון. בדני"א השופט חשין קובע כי הסעיף יכול לכלול הגדרה רחבה, החוק נותן איזון להגדרה הרחבה של ס' 2. חשין אומר כי החזקות הן חלוטות ואי אפשר להוכיח אחרת. עולה גם השאלה של תום לב. האם זה תום לב שצד שנוח לו יכול לשמור על ההסדר כובל ושלא נוח – להגיד שזה לא חוקי? ביהמ"ש העליון, השופט חשין בדעת רוב אומר כי יש טעם לטענה הזאת. כשמדובר בהסדר כובל, זה לא רק בין שני הצדדים. בהסדר כובל מי שרלוונטי זה הציבור. אם יש הסדר כובל ומטעמים של מניעות ותום לב נאפשר את קיומו, הציבור ייפגע. לכן, למרות שיש טעם לטענה בדבר חוסר תום הלב, היא לא תופעל ולא יהיה שתק נגד קיבוץ איילון שמעלה טענה להסכם שחתם עליו מרצונה. ביהמ"ש קובע כי זה הסדר לא תקין, קיבוץ איילון סיפקו את המכרז למשהבי"ט.

כלי שקיים בישראל ובאירופה ולא קיים בארה"ב מאפשר לחלק מההסדרים למרות שהם כובלים ולכאורה לא חוקיים מאפשר לקבל פטורים ואישורים. בארה"ב אין דרך לאפשר אישור להסדר כובל. בישראל, יש אפשרות.

ס' 3 לחוק ההגבלים העסקיים :

### הסדרים שאינם הסדרים כובלים

3. על אף האמור בסעיף 2, לא ייחשבו כהסדרים כובלים ההסדרים הבאים :

(1) הסדר שכל כבילותיו נקבעו על פי דין ;

### (תיקון מס' 19) תשע"ז-2017

(2) הסדר שכל כבילותיו נוגעות לזכות השימוש באחד הנכסים הבאים : פטנט, מדגם, סימן מסחרי, זכות יוצרים, זכות מבצעים או זכות מטפחים ובלבד שנתקיימו שניים אלה –

א. ההסדר הוא בין בעל נכס כאמור ובין מקבל זכות השימוש בו ;

ב. אם נכס כאמור טעון רישום על פי דין – שהוא נרשם ;

(3) הסדר, בין מי שמקנה זכות במקרקעין לבין מי שרוכש את הזכות, שכל כבילותיו נוגעות לסוג הנכסים או השירותים בהם יעסוק רוכש הזכות באותם מקרקעין ;

### (תיקון מס' 14) תשע"ד-2014

(4) (א) הסדר שכל כבילותיו נוגעות לגידול ושיווק בסיטונות של תוצרת חקלאית מגידול מקומי מסוגים אלה : פירות, ירקות, גידולי שדה, חלב, ביצים, דבש, בקר, צאן, עופות או דגים (להלן – תוצרת חקלאית), ומתקיים לגביו אחד מאלה :

(1) כל הצדדים להסדר הם המגדלים של כל התוצרת החקלאית שאליה נוגע ההסדר ;

(2) כל הצדדים להסדר הם מגדלים של תוצרת חקלאית מאותו סוג שאליה נוגע ההסדר ; ובלבד שלא יהיה צד להסדר מי שהוא או אדם קשור אליו הוא משווק סיטונאי של תוצרת חקלאית מאותו סוג שאליה נוגע ההסדר, אשר למעלה ממחצית התוצרת החקלאית כאמור שהוא משווק מקורה במגדלים אחרים, ואם הוא תאגיד מגדלים – מקורה של למעלה ממחצית התוצרת החקלאית כאמור שהוא משווק במגדלים שאינם מחזיקים בתאגיד ;

(3) הצדדים להסדר הם מגדל אחד או יותר ורוכש תוצרת חקלאית של אותו מגדל או של אותם מגדלים, וכל כבילותיו נוגעות לשיווק בסיטונות של התוצרת החקלאית שאותו מגדל או שאותם מגדלים מכרו לרוכש ;

(ב) הוראת פסקת משנה (א) לא תחול על מוצרים שיוצרו מתוצרת חקלאית ;

(ג) השר, בהסכמת שר החקלאות ופיתוח הכפר ובאישור ועדת הכלכלה של הכנסת, רשאי, בצו, להוסיף סוגים של תוצרת חקלאית לסוגים המנויים בפסקת משנה (א) או לגרוע מהם ;

(ד) בפסקה זו –

"אדם קשור" – כל אחד מאלה :

(1) אדם השולט בתאגיד ;

(2) תאגיד הנשלט בידי אדם כאמור בפסקה (1) ;

(3) תאגיד הנשלט בידי מי מהאמורים בפסקאות (1) ו-(2) ;

"אמצעי שליטה", "החזקה" ו"שליטה" – כמשמעותם בחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 ;

"מגדל" – מי שעוסק בגידול תוצרת חקלאית לשיווק או תאגיד מגדלים ;

"תאגיד מגדלים" – תאגיד שמי שעוסקים בגידול תוצרת חקלאית לשיווק מחזיקים לפחות 75% מאמצעי השליטה ומהזכות לרווחים בו, ומתקיימים כל אלה :

(1) אם הוא תאגיד העוסק בשיווק סיטונאי של תוצרת חקלאית ויש לו בעל שליטה או שיש אדם שזכאי להשתתף ביותר ממחצית מרווחיו – בעל השליטה או האדם האמור מגדל את החלק הגדול

ביותר מהתוצרת החקלאית שמשווק התאגיד לעומת החלק שמגדל כל אחד מהמחזיקים בתאגיד שאינם שולטים בו ;

(2) מי שאינו עוסק בגידול תוצרת חקלאית לשיווק אינו שולט בתאגיד ואין לו זכות להשתתף ביותר ממחצית מרווחיו ;

(3) מי שאינו עוסק בגידול תוצרת חקלאית לשיווק, והוא משווק סיטונאי או משווק קמעונאי של תוצרת חקלאית, או אדם קשור למי מהם, לא מחזיק בתאגיד, בשיעור כלשהו ;

"סוג", של תוצרת חקלאית – סוג מסוגי התוצרת החקלאית המפורטים בפסקת משנה (א), או פרט מפרטי אותו סוג, אם החליט על כך הממונה כדי למנוע חשש לפגיעה בתחרות ; החלטת הממונה לפרוט סוג כאמור לפרטים תיכנס לתוקפה בתום שלושים ימים מיום פרסומה ברשומות ; ההחלטה תפורסם באתר האינטרנט של הרשות ;

(5) הסדר שהצדדים לו הם חברה וחברת בת שלה ;

**(תיקון מס' 16) תשע"ה-2014**

(6) (נמחקה) ;

**(תיקון מס' 11) תשע"א-2011**

(7) הסדר שכל כבילותיו נוגעות לתובלה בינלאומית באויר, או לתובלה בינלאומית משולבת, באויר וביבשה ובלבד שכל הצדדים לו הם –

1. מובילים באויר ; או,

2. מובילים באויר, ואיגוד בינלאומי של חברות תעופה שאושר לענין זה על-ידי שר התחבורה ;

ושהודעה עליו נמסרה לשר התחבורה בדרך שקבע ; שר התחבורה יודיע, אחת לשנה, לועדת הכלכלה של הכנסת על הודעות כאמור ;

(8) התחייבות של מוכר עסק, בשלמותו, כלפי רוכש העסק שלא לעסוק באותו סוג עסק, כשהתחייבות אינה בניגוד לנוהגים סבירים ומקובלים ;

(9) הסדר שארגון עובדים או ארגון מעבידים צד לו וכל כבילותיו נוגעות להעסקתם של עובדים ולתנאי העבודה.

ס' 3 לחוק קובע פטורים סטטוטוריים, רשימה של הסדרים כובלים שלמרות שהם מהווים הסדרים כובלים הם לא יהיו בגדר עבירה על החוק.

**3(1) – הסדר שכל כבילותיו ע"פ דין.**

לשכת עורכי הדין, פועלת לפי חוק מכוח חוק. בעבר, לשכת עורכי הדין פרסמה תעריף מנדטורי (לעו"ד היה אסור לחרוג ממנו)

**3(2) – הסדר שהכבילות בו נוגעות לשימוש בזכויות יוצרים**

הסדרים שבהם בעל הזכות מגביל את השימוש של מקבל הנכס. למשל – נקנה ווינדוס של מיקרוסופט. למיקרוסופט יש את הזכות לקניין הרוחני. היא מקנה רישיון להפעלת התוכנה על מחשב אחד. אסור למכור את התוכנה הלאה. זה כעיקרון הסדר כובל.

**3(3) – פוטר הסדרים בין מי שמקנה זכות במקרקעין למקבל הזכות בנוגע לסוג נכסים.**

אם יש נכס מקרקעין ומשכירים אותו למישהו, אפשר להתנות את השוכר למכור פיצות ולא המבורגרים. למשל, בעל קניון משכיר את ה-100 חנויות, הוא צריך תמהיל מוצרים. אי אפשר שכולם יהיו בית קפה, הוא צריך מגוון חלופות. למשל, בקומה של המזון מהיר – אי אפשר שכולם ימכרו המבורגר אז מגבילים אותם. זה חלוקת שוק, אבל זה לא יותר טוב לצרכן. בהקשר הזה עלו

כמה טענות. למשל, גם חברות שבהן מקבל הזכות הגביל את נותן הזכות (שופרסל בקניון הגבילה מתחרים להיכנס לקניון. ביהמ"ש קבע כי 3(3) מעניק את הפטור כאשר מי שמוגבל זה מי שמקבל את הזכות ולא מי שנותן את הזכות)

מקרה נוסף שעלה בהקשר הזה – בעלי תחנות פרטיים שעובדים עם סונוול שהתחייבות לבלעדיות לחברות. נניח שלמי שיש זכות על הקרקע זה לחברת הדלק, היא טוענת לפטור 3(3). ביהמ"ש טען כי זה לא נכנס. סוג נכסים – על איזה סוג נכס מדובר; עמדה למכירת דלק ולא סטקיה. אי אפשר לטעון לסוג נכסים – תחנת דלק, שהוא ימכור דלק מסויים. ההסדרים בין תחנת הדלק לבין תחנת הדלק לא נכנסים ל3(3)

### **3(4) גידול ושיווק של תוצרת חקלאית**

הרשויות קובעות מכסות, מאפשרות למעשה קיום של קרטלים. למשל, חלב – כל רפת מקבלת מכסה. כנ"ל לולים, פירות וירקות. החלקאי הקטן לא נהנה מזה. למה זה מוצדק? כנראה שיש אלמנט של לובי.

### **3(5) הסדר בין חברת אם לחברת בת**

אם יש הסדר כובל בין חברת אם לחברת בת הוא לא יהיה אסור. למרות שהן 2 יישויות נפרדות פורמלית. מבחינה כלכלית זאת יישות אחת. כדי שיהיה הסדר צריך 2 גופים.

### **3(6) – בוטל**

### **3(7) תובלה בין לאומית באוויר או בים**

יש אלמנט של יעילות. אם שני מטוסים צריכים להגיע לישראל אבל כל אחד 1/3 מלא אולי היה שווה לאפשר להוציא מטוס אחד במקום שניים.

### **3(8) הסדר כובל בין מוכר לעסק**

הסדר לפיו תהיה אי תחרות. אדם רוכש עסק שפועל, המוכר מתחייב לא לפתוח אותו עסק. יש לזה הצדקה.

### **3(9) פטור להסדר בנוגע לתנאי העסקה ועבודה בין ארגוני עובדים לארגוני מעבידים**

עלה החשש שכל ההסדרים של ההסתדרות עם ארגון המעבידים זה הסדר כובל. הפטור צריך להיות בין ארגוני עובדים לארגוני מעבידים.

ס' 4 לחוק ההגבלים העסקיים:

**איסור הסדר כובל (תיקון מס' 6) תש"ס-2000**

4. לא יהיה אדם צד להסדר כובל, כולו או מקצתו, אלא אם כן קיבל מאת בית הדין אישור לפי סעיף 9 או היתר זמני לפי סעיף 13 או פטור לפי סעיף 14, או שכל הכבילות שבהסדר פטורות בהתאם לפטור סוג שנקבע לפי סעיף 15א; היו האישור, ההיתר הזמני, הפטור או פטור הסוג מותנים – לא יהיה להם תוקף, אלא אם כן נתמלאו תנאיהם.

ס' 5 לחוק ההגבלים העסקיים:

**קביעת קו פעולה בידי איגוד עסקי**

5. קו פעולה שקבע איגוד עסקי לחבריו או חלקם העלול למנוע או להפחית תחרות בעסקים ביניהם, או קו פעולה כאמור שהמליץ עליו לפנייהם, יראו כהסדר כובל כאמור בסעיף 2, ואת האיגוד העסקי וכל אחד מחבריו הפועל על פיו כצד להסדר כובל.

כשנחתם ההסכם לעניין המונויות בנתב"ג, כנראה שהמחיר היה נמוך לדעת נהגי המונויות ואיגוד נהגי המונויות קרא לכל נהגי המונויות לא להסכים. זה לכאורה שהנהגים לא יסכימו למחיר. אם כולם לא מסכימים, אף אחד לא ייסע במחיר נמוך. רשות ההגבלים אמרה שזה לא חוקי ושהפעולה הזאת תגרור הליכים מנהליים נגד איגוד המונויות ולהטיל עליהם קנסות.

ס' 6 לחוק ההגבלים העסקיים:

**התאמת פעולה להסדר כובל**

6. אדם המנהל עסק וביודעו על קיום הסדר כובל מתאים את פעולותיו להסדר, כולו או מקצתו, יראו אותו כצד להסדר.

נניח 4 חברות בשוק, 3 גדולות ו-1 קטנה. את החברה הקטנה לא כוללים. מעלים את המחיר מ-5 ל-8. היא יודעת שיש קרטל, היא גם מעלה את המחיר ל-8 ש. יראו אותה כחלק מההסדר הכובל. כמובן שנדרש להוכיח שהיא ידעה.

**פנייה לבית הדין לאישור הסדר כובל – אישור שניתן מראש**

מה שנכנס לס' 3 הוא פטור מכוח החוק – לא צריך לבקש רשות ולא פטור. עדיין אין הסדר כובל, רוצים לעשות הסדר כובל ורוצים לקיים אותו מבחינת המשק והצרכנים. לגבי הסדרים כאלו אפשר לקבל אישור של בית הדין או הממונה, כל עוד האישור ניתן מראש!

ס' 7 לחוק ההגבלים העסקיים:

**בקשה לאישור הסדר כובל**

7. (א) המבקש לעשות הסדר כובל יגיש לבית הדין בקשה לאישור ההסדר הכובל, בדרך שתיקבע בתקנות, לאחר שהעתק ממנה נרשם לפי סעיף קטן (ב).  
(ב) המבקש ימסור העתק מן הבקשה לממונה; הממונה ירשום את הבקשה במרשם המנוהל לפי סעיף 42 ויפרסם על כך הודעה ברשומות ובשני עתונים יומיים; פרטי הפרסום ודרכיו ייקבעו בתקנות.

ס' 7 לחוק מאפשר לפנות לבית הדין להגבלים עסקיים לקבל אישור להסדר הכובל. בית הדין להגבלים עסקיים יושב בביהמ"ש שלום בירושלים. (צד שלישי שמעוניין להגיש ערעור על אישור יגיש אותו לעליון)

ס' 8 לחוק ההגבלים העסקיים:

**שמיעת הממונה והתנגדויות**

8. (א) הממונה יוזמן להשמיע בפני בית הדין את עמדתו וטענותיו בענין הבקשה.

מדובר בהליך ליטיגציה ממושך. זה הליך לא אפקטיבי. בית הדין נותן 2-3 אישורים בשנה. יש כמה עניינים שיושבים אצל בית הדין כבר כמה שנים – כמו אקו"ם והפדרציה למוזיקה. אלו איגודים של בעלי זכויות יוצרים. אקו"ם מייצגת כותבים, הפדרציה מייצגת את תאגידי המוזיקה. בשלב מסוים, אקו"ם מוציאים רישיון להשמעת המוזיקה. הם לא ביקשו אישור להסדר כובל הזה. עסקים התחילו לתקוף את אקו"ם בטענה שהם לא יכולים לייצג את כל האמנים. בתי משפט דחו את הטענות הללו של העסקים כדי לשמור על זכויות היוצרים. אקו"ם הגישו בקשה לאישור הסדר כובל וקיבלו אישור שהם צריכים לחדש אותו כל 5 שנים.

ס' 9 לחוק ההגבלים העסקיים:

**החלטת בית הדין**

9. בית הדין יחליט לאשר הסדר כובל, כולו או חלקו, אם הוא סבור כי הדבר הוא לטובת הציבור, ורשאי הוא להתנות את אישורו בתנאים.

ס' 10 לחוק ההגבלים העסקיים :

#### שיקולים לטובת הציבור

10. בעת שיבחן את טובת הציבור לענין פרק זה, ישקול בית הדין, בין השאר, את תרומת ההסדר הכובל לעניינים המפורטים להלן ואם התועלת הצפויה לציבור תעלה באופן ממשי על הנזק העלול להיגרם לציבור או לחלק ממנו או למי שאינו צד להסדר ואלה העניינים :

- (1) יעול הייצור והשיווק של נכסים או שירותים, הבטחת איכותם או הורדת מחיריהם לצרכן ;
- (2) הבטחת היצע מספיק של נכסים או שירותים לציבור ;
- (3) מניעת תחרות בלתי הוגנת העלולה להביא להגבלת התחרות באספקת הנכסים או השירותים שבהם עוסקים הצדדים להסדר, מצד אדם שאינו צד להסדר ;
- (4) מתן אפשרות לצדדים להסדר להשיג אספקה של נכסים או שירותים בתנאים סבירים מידי אדם שבידו חלק ניכר של האספקה, או לספק בתנאים סבירים נכסים או שירותים לאדם שבידו חלק ניכר של הרכישה של אותם נכסים או שירותים ;
- (5) מניעת פגיעה חמורה בענף החשוב למשק המדינה ;
- (6) שמירה על המשך קיום מפעלים כמקור תעסוקה באיזור שבו עלולה להיווצר אבטלה ממשית כתוצאה מסגירתם או מצמצום הייצור בהם ;
- (7) שיפור מאזן התשלומים של המדינה על ידי צמצום היבוא או הוזלתו או על ידי הגדלת היצוא וכדאיותו.

ס' 11 לחוק ההגבלים העסקיים :

#### תקופת האישור

11. אישור בית הדין יהא לתקופה שהוא יקבע ; לא קבע בית הדין תקופה, יהא ההסדר מאושר לתקופה שקבעו הצדדים או לשלוש שנים, לפי הקצר.

ס' 12 לחוק ההגבלים העסקיים :

#### ביטול ושינוי אישור

12. (א) בית הדין רשאי לבטל אישור שנתן או לשנות את תנאיו, אם שוכנע, על פי בקשה של הממונה, כי חלו שינויים מהותיים בנסיבות שהיו קיימות בעת מתן האישור.

(ב) אדם העלול להיפגע מהסדר כובל וכן ארגון צרכנים ואיגוד עסקי הסבורים שחל שינוי מהותי בנסיבות הסדר שאושר, רשאים לפנות לממונה בבקשה להפעיל סמכותו לפי סעיף קטן (א) ; החליט הממונה שהנסיבות אינן מצדיקות הפעלת סמכותו כאמור, יודיע על כך לפונה, בכתב מנומק, תוך שלושים ימים מיום קבלת הפניה.

ס' 13 לחוק ההגבלים העסקיים :

#### היתר זמני

13. (א) הוגשה בקשה לאישור הסדר כובל, רשאי אב בית הדין, אם הממונה המליץ על כך ואם שוכנע כי לכאורה ההסדר הוא לטובת הציבור כמשמעותה בסעיף 10, לתת לצדדים, על פי בקשתם, היתר זמני לנהוג על פי ההסדר; ההיתר יהיה לתקופה קצובה שלא תעלה על שנה, או עד למתן החלטת בית הדין לפי סעיף 9, לפי המוקדם; אב בית הדין רשאי להתנות את ההיתר בתנאים.

(ב) הממונה ימסור הודעה על מתן היתר זמני למי שהגיש התנגדות לאותו הסדר לפי סעיף 8.

(ג) אב בית הדין רשאי, לפי בקשת הממונה או מי שהגיש התנגדות להסדר, לבטל היתר זמני שנתן או לשנות את תנאיו, ובלבד שניתנה לצדדים להסדר הכובל ולממונה וכן למבקש הביטול, הזדמנות להשמיע טענותיהם.

אישור הגופים כהסדר כובל לא נותן מענה לשאלה האם הסדר כובל הופך להיות מונפול.

#### הליכים בפני הממונה

אפשר לקבל גושפנקא מראש ע"י הממונה 80:

#### פטור מקבלת אישור (תיקון מס' 6) תש"ס-2000

14. (א) הממונה רשאי, לבקשת צד להסדר כובל ולאחר התייעצות עם הועדה לפטורים ולמיזוגים לפי סעיף 23 (להלן - הועדה), לפטור, בהחלטה מנומקת, צדדים להסדר כובל מהחובה לקבל את אישור בית הדין להסדר, אם שוכנע כי התקיימו כל אלה:

(1) הכבילות שבהסדר הכובל אינן מגבילות את התחרות בחלק ניכר של שוק המושפע מן ההסדר, או שהן עלולות להגביל את התחרות בחלק ניכר משוק כאמור, אך אין בהן כדי לפגוע פגיעה של ממש בתחרות בשוק כאמור;

(2) עיקרו של ההסדר הכובל אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו.

#### (תיקון מס' 6) תש"ס-2000

(ב) הממונה רשאי, לאחר התייעצות עם הועדה, להתנות את הפטור בתנאים, לשנותו או לבטלו.

(ג) הודעה על פטור ותנאיו, על שינוי בתנאים ועל ביטול פטור, תימסר לצדדים להסדר ולאב בית הדין ותפורסם ברשומות.

(ד) הוגשה בקשה לפטור לגבי הסדר בענין שהוא בתחום אחריותו של משרד ממשרדי הממשלה, יודיע הממונה למנהל הכללי של אותו משרד על דבר הבקשה ולא יחליט בבקשה לפני שעברו ארבעה עשר ימים מיום שנשלחה ההודעה.

#### (תיקון מס' 7) תשס"ב-2002

(ה) הגשת בקשה לפטור מקבלת אישור בית הדין להסדר לפי סעיף זה מותנית בתשלום אגרה, כפי שיקבעו השר ושר האוצר; בתקנות לפי סעיף קטן זה רשאים השרים לקבוע את דרך עדכון האגרה.



**14(א) – תנאים מצטברים**

14(א)(1) – פגיעה בתחרות מצומצמת –

השיקולים שניתנים לממונה לאישור מתן פטור רק אם היא חושבת שההסדר אינו מגביל את התחרות בחלק ניכר מהשוק או שאין בו כדי לפגוע בפגיעה של ממש בתחרות. אם ההסדר פוגע הוא יפגע בחלק קטן של השוק, או אם זה חלק גדול של השוק הפגיעה תהיה קטנה.  
14(א)(2) – הפגיעה היא אגבית-

עיקר ההסדר איננו בהפחתת התחרות ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו. הסדר שהכבילה היא לא המטרה. הסדר שיש לו כבילה לגיטימית, כתופעת לוואי יש פגיעה בתחרות. למשל, הפעילות של הוט ופרטנר על אותה תשתית. למה מקימים תשתית ביחד? הפגיעה בתחרות היא קטנה, המטרה העיקרית היא חיובית – לא לפגוע בתחרות.

ס' 15 לחוק ההגבלים העסקיים:

**ביטול הפטור (תיקון מס' 6) תש"ס-2000**

15. (א) אדם העלול להיפגע מהסדר כובל שניתן עליו פטור לפי סעיף 14, איגוד עסקי וכן ארגון צרכנים, רשאים, בכתב מנומק, לערור בפני אב בית הדין על החלטת הממונה, להעניק פטור או לערור על החלטתו שלא לבטל את הפטור שהעניק.  
(ב) ראה אב בית הדין כי ההסדר הכובל אינו ממלא אחר התנאים האמורים בסעיף 14(א) - יבטל את הפטור; תוקף הביטול יהיה מהמועד שיקבע אב בית הדין.  
(ג) החלטת אב בית הדין לא תינתן אלא לאחר שניתנה לצדדים להסדר ולממונה הזדמנות להשמיע טענותיהם.

הערעור יהיה לבית הדין להגבלים.

המנגנונים הללו לא נתנו את המענה המבוקש, לא אפשרו למסה הגדולה של ההסדרים הרצויים לעבור את המסננת. חוק ההגבלים תוקן והוסף לו ס' 15א.  
ס' 15א לחוק ההגבלים העסקיים:

**פטור סוג (תיקון מס' 6) תש"ס-2000**

15א. (א) הממונה רשאי, באישור הועדה, לקבוע כללים לסוגי הסדרים כובלים אשר צדדים להם יהיו פטורים מקבלת אישור בית הדין (להלן - כללי פטור סוג), ובלבד שמתקיימים בהם כל אלה:  
(1) הכבילות שבהסדרים אינן מגבילות את התחרות בחלק ניכר של שוק המושפע מן ההסדרים, או שהן עלולות להגביל את התחרות בחלק ניכר משוק כאמור, אך אין בהן כדי לפגוע בפגיעה משמעותית בתחרות בשוק כאמור;  
(2) עיקרם של ההסדרים אינו בהפחתת התחרות או במניעתה והם אינם כוללים כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרם.  
(ב) הממונה יפרסם, בשני עיתונים יומיים, הודעה בדבר כוונתו להגיש כללי פטור סוג לאישור הועדה, לפחות 60 ימים בטרם הגשתם, ויעמיד את נוסחם לעיון הציבור.

(ג) נתקבלו טענות מן הציבור בקשר לכללי פטור סוג, יפרט הממונה, בעת הגשת הכללים לאישור הועדה, את תגובתו לטענות.

(ד) אישרה הועדה את כללי פטור הסוג, יגישם הממונה לחתימת השר; השר יחתום על הכללים אלא אם כן שוכנע, מטעמים מיוחדים, כי אין לאשרם.

(ה) תוקפו של פטור סוג יהיה לחמש שנים, אלא אם כן נקבע מועד מוקדם מכך בכללי פטור הסוג.

(ו) הממונה רשאי, באישור הועדה, לתקן את כללי פטור הסוג מעת לעת, וכן לחדשם לתקופות נוספות שלא יעלו על חמש שנים בכל פעם, בשינויים או בלא שינויים; הוראות סעיף זה יחולו גם לענין תיקון או חידוש הכללים.

(ז) הממונה רשאי לקבוע כי פטור המוענק בכללי פטור הסוג לא יחול על הסדר כובל מסוים ממועד שיקבע, ולהורות לצדדים לו לקבל אישור מבית הדין לפי סעיף 9; על קביעה כאמור יחולו הוראות סעיף 43(ב) עד (ה).

הממונה יכולה לקבוע בתנאים מסוימים שהסדר מסוג מסוים הוא במסגרת החוק. ואז חברות יכול לטעון לפטור מהסוג הזה. הבעיות מתעוררות עם סיווג של נתח שוק (אם הרשות מגבילה אחרת את הנתח שוק) הממונה רשאית לתת את הפטור לפי התנאים של ס' 14 - אם הפגיעה בתחרות היא מצומצמת שהמטרה העיקרית היא לא לפגוע בתחרות. רשות ההגבלים פרסמה כמה פטורי סוג שמתחדשים. הפטורים הללו די קצרים, התנאים שלהם גם די חוזרים על עצמם. יש כמה חשובים.

ס' 16 לחוק ההגבלים העסקיים:

#### שינוי בהסדר כובל

16. (א) שינוי בפרט מהותי בהסדר כובל שאישר בית הדין או בהסדר שניתן לגביו היתר זמני לפי סעיף 13 או בהסדר שניתן עליו פטור לפי סעיף 14, דינו כדין הסדר כובל חדש, הטעון בקשה לאישור לפי סעיף 7, תוך שלושים ימים מיום השינוי.

(ב) הצדדים להסדר כובל כאמור יודיעו לממונה על כל שינוי בו שלדעתם אינו שינוי מהותי; סבר הממונה כי השינוי הוא מהותי, יפנה לאב בית הדין כדי שיכריע במחלוקת.

(ג) בסעיף זה, "שינוי" - לרבות הוספת צד להסדר או השמטת צד ממנו.

**הסדרים אנכיים**

1. הכתבת מחיר אנכי
2. חלוקת שוק אנכית
3. הסדרי בלעדיות

בשלב הראשון נדון בהכתבת מחיר אנכית וחלוקת שוק אנכית. בשלב השני, נדון בהסדרי בלעדיות.

**מהו הסדר אנכי?**

שרשרת הייצור - ייצרן של המוצר, סיטונאים ומשווקים קמעונאים שמשווקות לצרכן הסופי.  
הסדרים אופקיים – הסדרים בין שחקנים שהקשר ביניהם אפקי (יצרנים ויצרנים, סיטונאים וסיטונאים וכו')

הסדרים אנכיים – בין שחקנים שהקשר ביניהם אנכיים. (מיצרן לסיטונאי וכו')  
היצרן לא מתחרה בסיטונאי והם הכרחיים, הם חייבים להתקיים כדי שהצרכן יקבל את המוצר.  
לכן הסדרים אנכיים נחשבים בעלי פחות פוטנציאל לפגוע בשוק, מתייחסים אליהם בצורה פחות ביקורתית.

**הכתבת מחיר אנכי**

מכונים RPM.

יצרן, משווקים של המוצר וצרכנים. היצרן מוכר את המוצר למשווק ב-5 ₪. המורכבות היא שהיצרן מנסה לקבוע למשווק באיזה מחיר הוא ימכור את המוצר הלאה, לצרכן. נניח, 10 ₪. זאת היא הכתבת מחיר אנכי. היא יכולה לבוא לידי ב-2 אופנים:

- תמכור במינימום 10 ₪
- תמכור במחיר מקסימום 10 ₪

**פוטנציאל שלילי - הפוטנציאל לפגיעה בתחרות**

למה חוששים מהתנהגות כאלה? הן יכולות לפגוע בתחרות וזאת התנהגות שיכולה לקדם אינטרסים עסקיים לגיטימיים של היצרן ושל המשווקים.

**- פוטנציאל אנטי תחרותי**

יצרנים מוכרים וביניהם יש קרטל או תיאום אוליגופולי. נניח ויש להם הסכמה או הבנה על המחיר. אם מגיעים להסכמה כי מחיר למוצר הוא 4 ₪. הם מוכרים למשווקים. הבעיה היא שהם לא יוכלו לפקח אחד על השני שהם ימכרו למשווקים ב-3 ₪. איך המתחרים אמורים לדעת? המחיר שהמשווק מקבל לא שקוף. מחירים לצרכן כן שקוף. זה יוצר קושי ליצרנים ליצור קרטל ביניהם, כי הם לא ידעו אם השותפים שלהם ידעו אם הם מקיימים את הקרטל. יש דרך לאכוף את זה – כל צרכן ימכור ב-5 ₪. אם זה המצב, ליצרנים יהיה פחות אכפת אם מישוהו מוכר בפחות, ועל המחיר לצרכן הוא כן יכול לפקח. שכולם בשוק מתנהגים כך זה יכול לעזור לקיים קרטל בין היצרנים.  
נניח ויש קרטל בין שטראוס לתנובה על מחיר הקוטג', הם רוצים לעלות את המחיר. הם מסכימים שימכרו את הקוטג' לרשתות השיווק ב-5 ₪. לכל אחת יש תמריץ לרמות את

השנייה. ללכת לשופרסל ולמכור ב4.80 כדי שיקנו יותר מתנובה ולא משטראוס. ברגע שיתנהגו ככה וכל אחת תנסה לרמות את השנייה, האחת לא תדע שהשנייה מרמה אותה. המחיר ששופרסל משלמת לשטראוס או תנובה הוא פרטי. בכזה מקרה, קרטל בין שטראוס לתנובה יהיה לא יציב. אפשר להתגבר על זה בכך שכל חברה תגיד למשווקים (שופרסל, רמי לוי וכו') ואז ליצרנים פחות אכפת בכמה ימכרו למשווקים. זה לא שטראוס ימכרו לצרכן במחיר יותר זול, כי זאת תהיה בעיה. זה יכול להפוך את הקרטל ליותר עמיד וכדאי.

#### - שוק חזק

כשיש שוק חזק מבחינת משווקים. נניח ויש משווקים שרוצים לעשות קרטל והם רוצים שהמחיר לצרכן יהיה 5 ₪. זאת יוזמה שלהם. לכל אחד מהם יש תמריץ לרמות את האחר ולמכור ב4.80 ₪ כדי שיקנו מהם. איך אפשר להתמודד עם התופעה הזאת? כדי שהקרטל יהיה יותר יציב מכניס את היצרנים, שהם יודאו שלא מורידים את המחירים. אם אחד מהמשווקים מרמה, היצרנים יענישו אותו.

#### - יצרן מונופוליסטי של מוצר

יש יצרן מונופוליסטי ויש לו 3 משווקים. הוא מוכר להם במחיר מונופוליסטי ב-6 ₪. אם ביניהם תהיה תחרות הם ימכרו למשווק ב-7 ₪ כי יש עלויות נוספות. הם רוצים להרוויח יותר. מה היצרן? גם להרוויח יותר. היצרן רוצה גם שהם יעזרו לו למנוע כניסה של מתחרה. יכול להיות שהיצרן ימכור ב-5 ₪ ולא ימכרו בפחות מ-7 ₪. הוא ידאג שהשקל של הרווח לא יישחק בתחרות ביניהם. הוא יעשה את זה בתמורה שאם יהיה מתחרה חדש, הם יתחייבו שלא יעברו אליו. יצרן חדש לא יוכל להסתדר לבד, אם יוצא שהצרכן מפסיד. במקום שתהיה תחרות- אין לו תחרות. היצרן מרוויח כי הוא שומר על מעמדו כמונופוליסטי, המשווקים שלו מרוויחים רווח שהוא יפה כי היצרן דואג לזה. בסוג הזה אין אלמנטים אופקי.

#### מחיר מינימום

יש כמה סיבות לגיטימיות שיצרן יבקש ממשווק למכור במחיר מינימום. LOSS LEADER- מוצר הנמכר ברשתות שיווק במחיר הפסד כפעולה שיווקית. במקרים מסוימים זה יכול ליצרנים בעיה. נניח וזה מוצר שהוא LOSS LEADER, המשווק שמוריד מחיר למחיר הפסד, פוגע במשווקים אחרים מול הצרכן. תיקי יד לנשים – תיק לואי ויטון \$100, עלות העבודה היא \$5. יש לו מוניטין ומיתוג והוא רוצה שהשם של המותג יהיה יקר. אם ימכרו את התיק בזול, יהפכו את התיק לתיק שכל אחד יכול לקנות וללכת אתו וזה יפגע במוניטין של היצרן.

יש מקרים שהמשווק יוצא במבצע (עוף בשקל של רמי לוי) זה שווה את הפרסום. הוא מוכן ל'להפסיד' 5 מיליון ₪, למכור עופות באותו מחיר ולקבל פרסום. ברגע שהפרסום נגמר, הצרכנים חוזרים לשלם מחיר גבוה. במקרים שמשווק יוצא במבצע גדול ואז מפסיק, הצרכנים נרתעים. הנחות שכאלה יכולות לפגוע ביצרן בכך שהוא לא יהיה מוכן לשלם את המחיר הרגיל. יש רציונלים שהם יותר מקובלים, **הרציונל הליגטימי המקובל לקביעת מחיר זה למנוע את בעיית הטרמפיסט**. דוגמה - יצרן עם שני משווקים, הוא מוכר לשניהם את המוצר ב-4 ₪. הוא רוצה שהמשווקים שלו ישקיעו בשיווק המוצר. נניח כי שיווק כזה עולה 3 שקלים למוצר, אז הציפייה היא למכור את המוצר ב-5 ₪. אז יש בין המשווקים בעיית טרמפיסט. משווק אחד משקיע בפרסום, בתנאים, בחנות. צרכן יגיע אליו ויקבל הסבר על המוצר. בחנות ליד, משווק אחר – בלי תנאים ובלי מיזוג ימכור את המחיר ביותר זול שהוא רק מוכר. הוא לא נותן שירות, הוא לא מסביר, אבל הוא ימכור ביותר זול. אם היצרן יתנה את המחיר למחיר מינמום – מי שמשקיע ירוויח.

### מחיר מקסימום

#### הצד השלילי של מחיר מקסימום

יש חשש לפגיעה בתחרותית. החשש הוא כי מחיר מקסימום למשווקים הופך להיות מחיר פיקס. יצרן אומר לצרכנים למכור במקסימום ב-7 ₪, הם כולם ימכרו ב-7 ₪. בעצם, היצרן נותן מחיר שכולם נצמדים אליו ויכול להיות שזה מחיר גבוה. מחירי דלק- מחיר הדלק לצרכן הוא מחיר מפוקח – 6.12 אג'. זה מחיר מקסימום. התחנה יכולה לקבוע מחיר נמוך יותר. התחנות הגדולות קובעות בד"כ את המחיר המפוקח. רשות ההגבלים שוקלת לבטל את הרגולציה על הדלק. יש את האפשרות שהרגולטור קובע את המחיר בתחנות, הוא עוזר להם לקבוע את המחיר. יכול להיות שהייתה נוצרת יותר תחרות והמחיר היה יותר נמוך.

#### הפוטנציאל לפגיעה בתחרות

יצרן, שיש לו משווקים שנותן לכל משווק אזור. אם המשווקים היו מחלקים את השטח היינו טוענים לקרטל. אם היצרן היה מחלק, החשש לפגיעה בתחרות היא שכל משווק יעלה את המחירים. אם כן, זה לא שווה ליצרן. אם כל משווק יעלה את המחיר – כשהמחיר עולה הכמות יורדת. זה לא כדאי ליצרן. יכול להיות שהיצרן מוכן להפסיד קצת כדי שהמשווקים יישארו איתו אם יגיע מתחרה. הצרכנים מפסידים מכך.

#### יש פוטנציאל אנטי תחרותי – יכול להתקיים בחלוקת שוק אנכית.

אם יש 2 משווקים ורוצים שכל אחד מהם ישקיע, בין אם זה בחנות, בעובדים וכו'. המחיר של המוצר הוא 5 ₪, היצרן חושש כי אחד ישקיע וימכור ב-8 ₪ והשני לא ישקיע, לא בחנות, לא בידע על הפריטים והוא יהיה 'חנות עודפים' וימכור ב-30% הנחה. אפשר להפריד ביניהם, אחד יהיה בחיפה ואחד בירושלים. מניחים כי מדובר במוצר שחיפאי לא ייסע לירושלים לרכוש אותו. כך שאם רק משווק אחד ימכור בחיפה, אפשר לרכוש אותו במחיר של המשווק מחיפה. ליצרן זה מצב טוב, כי יש 2 משווקים למוצר שמפרסמים אותו ואף אחד לא תופס טרמפ.

להתנהגות אנכית יש פוטנציאל שלילי וחיובי. לדעת המרצה - ככל הנראה, הפוטנציאל החיובי דומיננטי יותר, למרות שאין גיבוי מחקרים מקיפים. המחקרים שכן קיימים מעידים על כך שהסדרים בד"כ מועילים.

#### פסיקה בארה"ב – הסדרים אנכיים

##### **קביעת מחיר אנכי:**

##### **❖ Dr. Miles משנת 1911**

יצרן שהייתה לו תרופה מוכר אותה למשווקים, הוא קבע למשווקים שלו מחיר מינימום (נניח 8 ₪) ומשווק אחד גבה מחיר נמוך יותר (נניח 6 ₪) ואז היצרן הפסיק את ההתקשרות אתו. השאלה היא האם ההתנהלות חוקית או לא הגיעה לעליון, ביהמ"ש אמר כי כשיצרן קובע מחיר אחיד לכולם זה צרכנים זה אסור פר-סה. זאת הייתה ההלכה עד השנים האחרונות.

##### **❖ Colgate משנת 1919**

היצרן אמר כי הוא מעוניין למשווקים שהמחיר לצרכן יהיה 8 ₪. משווק אחד מוכר ב-6 ₪, והיצרן לא מעוניין להתקשר איתו. קולגייט טוענים כי זה לא כמו ד"ר מיילס. הם בשוק חופשי, מותר להם להחליט עם מי הם עובדים ועם מי לא. הם יכולים להמליץ מה יהיה המחיר לצרכן. המשווק לא חייב, הוא יכול למכור במחיר המומלץ, בפחות או ביותר. וקולגייט לא חייבים להתקשר עם משווק. ביהמ"ש טען כי זה לא אסור. אסור לקולגייט לאיים, אלא רק להפסיק את ההתקשרות. החריג של קולגייט הוא חריג של חברות קשה לעמוד בו. אם משווק ישאל מה יקרה אם ימכרו בפחות, ונציג של קולגייט יאמר שהם יפסיקו את ההתקשרות – זה כבר יהיה איום ולא חוקי. במעידה קטנה של מישהו מהעובדים, זה הופך מבסדר לאיסור פר-סה.

##### **חלוקת שוק אנכית:**

##### **❖ Schwinn משנת 1967**

יצרנית אופניים קובעת למשווקים שלה טריטוריה. אחד המשווקים חודר לטריטוריה של השני, היצרן מפסיק אתו את ההתקשרות. המשווק טוען כי זאת הפרה של חוקי ההגבלים. ביהמ"ש טוען כי בדומה לד"ר מיילס, שזה אסור פר-סה. ביהמ"ש לא רואה את ההבדל בין הממד האופקי לממד אנכי.

בשלבם האלו התחילו מומחי אסכולת שיקגו, והבינו שהממד האופקי לא דומה לאנכי. אם יפרידו בין המשווקים, כל אחד ישקיע יותר טוב בשיווק. זה התחיל גם להשפיע על הפסיקה.

❖ **Sylvania משנת 1977**

העליון בארה"ב מנתח שוב חלוקה גיאוגרפית. היה מדובר ביצרנית טלוויזיה קטנה עם 2% נתח שוק, שעשתה למשווקים שלה חלוקה גיאוגרפית.

ביהמ"ש מאמץ את אסכולת שיקגו. ביהמ"ש קובע כי הסדרים אנכיים של חלוקה גיאוגרפית כנראה לא מזיקים מעצם טיבם, אפשר לחשוב על סיבות לגיטימיות. **הוא מבטל את הכלל של**

**איסור פר-סה וקובע את כלל הסבירות. Rule of reason - כל מקרה לגופו.**

מבחינת התביעה יש הבדל עצום בין איסור פר-סה לכלל הסבירות. אם תובעים בגין פר-סה לא צריך להוכיח את השוק, לא צריך להראות נתחי שוק ולנתח השפעה של התנהגות על התחרות בשוק. לעומת זאת, בתיק של כלל סבירות זה הליך יותר יקר, מורכב והתיק הופך להיות יותר מורכב. רשויות ההגבלים נמנעות להגיש תביעות במקרים של כלל הסבירות.

**עד 1977 קביעת מחיר אנכית עדיין אסורה פר-סה, חלוקת שוק גיאוגרפית – מבחן הסבירות**❖ **State Oil v. Khan משנת 1997**

משווקת סיטונאית של דלק נגד בעל תחנה. בארה"ב מחיר הדלק לא מפוקח, כל אחד יכול לגבות איזה מחיר שהוא רוצה. המשווקת קובעת לתחנות שלה מחיר מקסימום – 5¢ לליטר. איזה אינטרס יש לה שלא יגבו יותר מ-5¢? היא בשוק תחרותי. היא רוצה לשמור על מוניטין תחרותי, זה יוצר אינטרס לכל בעל תחנה לתפוס טרמפ.

נניח ויש נהג, שידע על רשת ידועה יחסית ונכנס לרשת אחרת ורואה שמחירים יותר גבוהים. פעם אחת הוא יתדלק, ופעם אחרת הוא כנראה לא יתדלק. לבעל התחנה, חאן – לא אכפת. האחרים יורידו מחירים כדי לשמור על המוניטין. חאן יתפוס טרמפ על ההשקעה של האחרים, זה יגרום לצרכנים לבוא אליו הוא יעשה מהם רווח. לא אכפת לו.

State oil לא מוכנים להתקשר איתו יותר. ביהמ"ש העליון קובע שקביעת מחיר מקסימום היא בעלת פוטנציאל שלילי, אבל יש גם פוטנציאל חיובי.

**ביהמ"ש קובע כי במקרה של קביעת מחיר מקסימום ← rule of reason**

בשלב הזה, רק קביעת מחיר מינימום זה איסור פר-סה.

❖ **Leegin משנת 2007**

קבעו מחיר מינימום של \$100, חנות אחת מוכרת ב-\$80 וטוענת להלכת ד"ר מילס. ביהמ"ש מכירים בכך שיש לשנות את ההלכה. קביעת מחיר מינימום יכולה להיות מוצדקת, ולכן מכאן ואילך גם קביעת מחיר מינימום יש לבחון לפי כלל הסבירות.

**היום בארה"ב הסדרים אנכיים של קביעת מחיר וחלוקת שוק לא אסורים פר-סה אלא ייבחנו לפי מבחן הסבירות. כל מקרה ייבחן לגופו.**

פסיקה בישראל – הסדרים אנכיים

ס' 2 לחוק ההגבלים העסקיים, המגדיר מהו הסדר כובל.

**הסדר כובל**

2. (א) הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר.

(ב) מבלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף קטן (א) יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה

נוגעת לאחד העניינים הבאים:

(1) המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם;

(2) הריווח שיופק;

(3) חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו;

(4) כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם.

חלוקת שוק אנכית תיכנס ל(ב)(3) ותהיה אסורה פר-סה למרות שזה הסדרים שיכולים להיות רצויים. אם יאסרו באופן גורף, ייפגעו במשק ובצרכן.  
יש 2 מגמות:

1. פרשנות תכליתית לחוק ההגבלים – להקל על הצרכן

2. בימה"ש פועל לפי החוק – אם החוק לא טוב, שהמחוקק ישנה אותו

❖ ע"א 3700/98 א.מ חניות נ' עיריית י-ם

חניון כיכר ספרא ליד העירייה. העירייה לא רוצה להפעיל את החניון בעצמה, היא משכירה את החניון למפעיל. העירייה שמה כמה מגבלות:

- שלא ישווק יותר מ-100 מנויים, כדי שיהיה מקום לנהגים מזדמנים

- שהמחיר למנוי לא יעלה מעל 500 ₪ לחודש

א.מ חניות טענו כי זה הסדר כובל –  $2(ב) + 2(ב) + 4(ב)$ .

זה הגיע לעליון – האם בכלל העירייה יכולה להיות צד להסדר כובל. האם העירייה מנהלת

עסקים? היא רשות שלטונית, היא לא עסק. ההלכה המקובלת שרשויות שלטוניות יש צדדים שהם רשויות שלטוניות וצדדים שהיא בעלת עסקים. כשעיריית ירושלים עוסקת בעניין של הפעלת חניון מסחרי, היא תחת כובע מנהל מסחרי עסקי ולא בכובע של העירייה.

**השופט ריבלין** טוען כי הסדר אנכי נכנס ל(ב)2. במקרה שלנו זה לא הסדר כובל, אין פה הסדר. זה מגרש חנייה של העירייה. אם העירייה הייתה מפעילה אותו ומוכרת אותו במקסימום 500 ₪, אין עם זה בעיה. מותר לעסק להחליט על המחיר שהוא גובה ואיך הוא מחלק את המוצרים שלו. הם לקחו משהו שיפעיל בשמם ולכן אין שם הסדר.

הפסיקה של ריבלין שגויה. אם העירייה הייתה מפעילה בעצמה, אין הסדר כובל. רק שהעירייה

לקחה מפעיל ולא הפעילה בעצמה. ריבלין קבע כי זה לא הסדר כובל.

**השופט אור** אומר כן בין העירייה למפעיל כי זה כן יכול להיות הסדר כובל. 2(ב)1 לכאורה, זה אסור להיות אסור פר-סה. אך יש הגנה של זוטי דברים. חוק ההגבלים לא נועד למחיר רישיון ולכן



הוא דוחה את התביעה. אור טועה כי הוא קובע שיש מגבלה על הגבלים עסקיים שהשפעה על תחומים מסוימים היא לא רלוונטית.

הסדרים אנכיים נכנסים ל2(ב)

#### ❖ רע"א 6233/02 אקסטל נ' קאלמא

אקסטל מייצרת מוצרי אלומיניום. קאלמא משווקת. בהסכם הייתה חלוקת גיאוגרפית. קאלמא הוגבלה למקום גיאוגרפי. בנוסף, אקסל התחייבה למכור לקאלמא לפי הסכם MFN – היא מוכרת לקאלמא במחיר זול שלה והיא מתחייבת לא למכור למתחרה במחיר זול יותר. אם יתברר שימכרו במחיר זול יותר, קאלמא תוכל לדרוש את ההפרש. יש גם תניית בוררות – אם תהיה מחלוקת בעניין לא נפנה לברר את המחלוקת בביהמ"ש אלא לבורר. קאלמא טוענת שאקסטל הפרה את ההסכם כי אפשרה לאחרים להיכנס לה לטריטוריה וגם מכרה במחיר זול יותר. קאלמא פנתה לבוררות לפיצוי. אקסטל הולכת לעורכי דין שמיעצים לה לטעון להסדר כובל והיא פונה לביהמ"ש לסעד הצהרתי. אם ההסכם בטל, גם תניית הבוררות לא תקפה. הסדר MFN הוא גם הסדר אנכי – היצרן והשווק קובעים מה המחיר של מתחרה. גם החלוקה הגיאוגרפית האנכית, אם היא נכנסת ל2(ב)3 היא גם הסדר כובל.

#### האם הסדרים אנכיים נבחנים לפי 2(א) או 2(ב)

**נאור- 2(ב)** לא עושה הבחנה בין הסדר אנכי לאופקי. הסדר שפוגע בתחרות הוא הסדר כובל. נאור אומרת כי בנוסף החוק קבע כי אם זה הסדר כובל רצוי – שיגישו בקשה לפטור. הסדר כובל הוא לא חוקי אלא אם יש פטור. השופטת נאור כי הסדר אנכי נכנס ל2(ב), יש חלוקת מחיר וחלוקת שוק. הסדר כובל לפי ס' 30 לחוק החוזים הוא חוזה פסול ולכן לא ניתן לאכוף את תניית הבוררות.

**טירקל-** הסדרים אנכיים צריכים לקבל את פרשנות תכליתית ולפרש אותו כאילו רק חל רק על הסדרים אופקיים. ההסדר הוא לא הסדר כובל, ההסכם בתוקף ולכן עליהם ללכת לבוררות.

נמתחה על ביקורת, גם אם הסדר אנכי לא נכנס ל2(ב), צריך לבחון לפי 2(א) הוא לא עשה את זה

**פורקציה-** אין צורך להיכנס לסוגיה הגבלית, כיוון שידוע שאם פונים לדיני החוזים יודעים כי לא כל מימד של אי חוקיות בהסכם מוביל לפסילה של כל הסכם. עיקרון העיפרון הכחולי- יכול להיות שרק חלק תקף. התניות האלו ככל שהן הסדר כובל, היו פוסלים רק אותם ולא רק את ההסכם. לכן, התניית הבוררות היא כשלעצמה חוקית.

בפס"ד אין הלכה ברורה בנוגע לשאלה אם הסדר אנכי נכנס ל2(ב) או לא נכנס. טירקל היה בדעת מיעוט, נאור הייתה בדעת יחיד ומיעוט, ופורקציה לא התייחסה לסוגייה. שלחו את אקסטל לבוררות.

## ❖ ע"פ 4783/09 שולשטיין נ' רשות ההגבלים

שולשטיין היה מנכ"ל טמבור שמשוקת צבעים שלהם. יש זכיינים של טמבור. בנוסף, טמבור משוקת את הצבעים שלה ברשתות יותר גדולות כמו אייס וכו'. טמבור קבעה מחירים לכולם במכירה של צבעים לצרכנים. זה נועד להגן על טמבוריות (זכיינים) מפני הוזלות ברשתות הגדולות. רשות ההגבלים הגישה תביעה. תבעו את טמבור ואת שולשטיין, שהיה המנכ"ל שלה. את שולשטיין תבעו מכוח סעיף 48 לחוק ההגבלים.

**אחריות של חבר-בני-אדם**

48. נעברה עבירה לפי חוק זה בידי חבר-בני-אדם, יואשם בעבירה גם כל אדם אשר בשעת ביצוע העבירה היה, באותו חבר-בני-אדם, מנהל פעיל, שותף - למעט שותף מוגבל - או עובד מינהלי בכיר האחראי לאותו תחום, אם לא הוכיח שהעבירה נעברה שלא בידיעתו ושנקט כל אמצעים סבירים להבטחת שמירתו של חוק זה.

הגיעו להסדר עם שולשטיין כי הוא יודה. נגזר דינו והוא מערער לעליון כאן לכאורה, אפשר לטעון כי זה הסדר אנכי אבל לא ברור שהוא נכנס ל(ב). בעסקת הטיעון הוא הסכים שירשיעו אותו, לכן הם לא יכולים לפתוח את הדיון לשאלות שהצדדים לא העלו. ביהמ"ש לא יכל לדון בשאלה עצמה שמעניינת.

## ❖ ע"פ 5823/14 שופרסל נ' מדינת ישראל

שופרסל והמנכ"ל שלה דאז, אפי רוזנהאוז, שופרסל יצאו בהנחות לקראת החגים. יום לפני שהמבצע עומד להתפרסם בעיתונות, הם מגלים מבצע דומה של מגה – שכלל את המבצעים העיקריים של שופרסל והנחות יותר גדולות משופרסל. זה הכעיס את שופרסל, לאחר מכן בוצעו פעולות שהן עיקר פס"ד. רוזנהאוז פונה לאסם, קוקה קולה, נסטלה, תנובה – כל הספקים הגדולים. הספקים משווקים גם למגה. הוא פונה לכל אחד – הוא אומר להם לא לספק למגה. שהצרכן יגיע ולא יהיה למגה פריטים. הוא לא רוצה שיספקו להם פריטים. הוא גם אומר לספקים שזה יפגע במוניטין ויגרום לנזק. הספקים הבינו כי מדובר כי זה מסוכן ואף אחד מהספקים לא מסכים. רשות ההגבלים מגלה את זה, פותחת בחקירה ומגישה כתב אישום נגדו בגין ניסיון להסדר כובל. היו כמה טענות כנגדו, שמדובר בקביעת מחיר אנכי, הייתה הפרה של תנאי מיזוג. הוגש ערעור לעליון. העליון בדק את ההתנהלות של רוזנהאוז לפי 2(א). יש דיון האם הסדר אנכי נכנס ל(ב) או לא.

**השופט רובינשטיין** חושב שצריך לקבוע כלל כי הסדר אנכי לא נכנס ל-2(ב). יש לו הצדקות חיוביות ואם נאסור את כולם יהיה פגיעה בצרכנים, במשק. הוא לא רוצה שזה יהיה כלל טוטאלי. הוא רוצה להשאיר אפשרות למקרים חריגים בהם ההסדר פוגע בתחרות באופן מובהק אז כן אפשר יהיה להחיל עליהם את 2(ב).

**השופט הנדל** מסכים לכלל של רובינשטיין – 2(ב) לא חל על אנכי. הוא לא מסכים שיהיו חריגים. זה יצור בלבול. הציבור לא יידע אם זה כלול או לא.

**השופט שהם** לא מכריע.

לכאורה, אפשר לומר שגם אחרי שופרסל אין כלל חד משמעי. נראה כי עמדת העליון היא כי 2(ב) לא מתאים להסדרים אנכיים. רשות ההגבלים מעתה בוחנת הסדרים אנכיים לפי 2(א).

בתי המשפט לא בהכרח הלכו ככה. יש פסיקה מאוחרת של המחוזי- ת"א(י-ם) 9269/07 ג'אן נ' **לובינסקי**. פס"ד ניתן באוגוסט 2016 – שוק של ייבוא חלפים לרכב. לובינסקי מייבאים חלפים של פגיו וסיטוראין. ג'אן הוא ייבואן והלקוחות הם בד"כ מוסכים. לובינסקי פנו למוסכים ואמרו להם כי לא כדאי להם להזמין חלפים מהמתחרים, למשל ממר ג'אן. מה יקרה אם יזמינו מהם? יכול להיות שהם לא יספקו. ג'אן מגיע למוסכים ומציע הצעות אטרקטיביות – לובינסקי מוכרים ב-100, והוא מציע ב-65. הם מסרבים ומסבירים לו למה. ג'אן תובע על חלוקת שוק. ביהמ"ש המחוזי קבע כי זה הסדר כובל מכוח סעיף 2(ב). אמנם מה שנאמר בעליון היה מפורש, אבל זה היה בגדר אוביטר. המחוזי לא פסק פיצוי, כיוון שלא הוכח נזק.

כיום, כל תביעה בגין הסדר אנכי מוכיחים לפי סעיף 2(א) ניתן להוכיח גם לפי 2(ב).

**הסכם בלעדיות**

יש יצרנים ויש משווקים. יצרן יכול לפנות למשווקים ולהגיד להם שישווק את המוצר שלו. הוא רוצה שישווקו במקרה בלעדי. הבלעדיות יכולה להיות בכיוון ההפוך – משווק מוכן לשווק יצרן, רק אם הוא ישווק רק לו.

בלעדיות יכולה להיות גם דו- צדדית, בין היצרן למשווק. המשווק משווק רק דרך היצרן והוא משווק רק את היצרן.

יש חשש שיש יצרן דומיננטי שיתפוס את כל המשווקים בשוק ויצור חסימת שוק. כדי שתרחיש כזה יתקיים, צריך שיהיה יצרן שיצליח לחסום חלק מהשוק. בנוסף, צריך שיהיו חסמי כניסה לשוק שנחסם. אם למשל, מאוד קל להיכנס לשוק השיווק. נניח שכל מה שצריך לעשות זה אתר באינטרנט, לא חוסמים מתחרה חדש אם יגיע. יהיה אתר חדש, ולא תהיה בעיה להגיע לצרכנים. אם מדובר בשוק שיש בו חסמי כניסה ואי אפשר להקים מערך שיווק בזול בקלות. התנהלות שכזאת יכולה לפגוע בתחרות. בהקשר למשל של עלית – עלית לא חסמה את כל המשווקים. היא זיהתה לכמה רשתות שיווק. כל רשת שיווק שהמתחרה ניסתה לפנות אליה, עלית חסמה אותה. **יש פוטנציאל שלילי להסדרי בלעדיות, לחסימה של השוק.**

**פוטנציאל חיובי –**

יצרנים ומשווקים בשוק תחרותי. למשווק יש כמה יצרנים. המשווק לא עובד קשה בהכרח כדי לקדם מוצרים של יצרן ספציפי. היצרן רוצה שישווקו רק את המוצרים שלו ולכן הוא יבקש מהמשווק רק את המוצר שלו והוא יוצר תמריץ לשווק את המוצר שלו. יוצרים אינטרסים בין היצרן למשווק כדי להתחרות במתחרים של היצרן. זה אינטרס תחרותי לגיטימי. הרבה פעמים, גם יש הצדקה לגיטימית לבלעדיות כדי למנוע בעיית טרמפיסט.

**הסדרי בלעדיות בארה"ב**

הסדרי בלעדיות נבחנים לפי מבחן הסבירות. כל מקרה ייבחן לגופו, בבחינת חשש ממשי לפגיעה בתחרות מצד אחד, הצדקות יעילות מצד שני. ביהמ"ש כן קבעו פרמטרים למתי התנהגות היא תקינה ← Safe harbor, נמל מבטחים.

כשיש התנהגות שלא בטוחים אם היא בסדר או לא, ביהמ"ש או הרגולטור מצמצמים את חוסר הוודאות ומונה כמה פרמטרים שאם הם מתקיימים, זה אומר שזה בסדר:

- **אם היעילות גורמת לסגירה של פחות מ-30%.**

אם סוגרים פחות מ-30% חזקה שההתנהגות תקינה. בארה"ב יטענו כי אין בעיה, למתחרים יש מספיק אלטרנטיביות לשיווק ואף אחד לא נפגע.

- **בלעדיות לזמן קצר**

בלעדיות מקובלת עד שנה. אם סגרו 50% מהשוק, אבל כל ההסדרי הבלעדיות הם כאלה שהמשווק יכול להשתחרר בהודעה של חודש מראש, זה תקין.

הסדר בלעדיות שנתי שמתחדש כל שנה- לא תופס.

צריך לראות מה יקרה למשווק שיגיד ליצרן שהוא מפסיק את הסכם הבלעדיות. האם במידה שהיצרן החדש יצא, האם אז היצרן הוותיק יעניש את המשווק הזה?

- **היעדר חסמי כניסה**

**גם אם לא נכנסים לפרמטרים של נמל המבטחים לא אומר שעוברים על החוק, רק צריך לבדוק את זה.**

### **הסדרי בלעדיות בישראל**

האם הסדר אנכי נכנס ל2(א) או 2(ב)?

הוא צריך להיבדק לפי 2(א).

**דלק** – לפז סונול ודלק, חלקם לא היה של החברה. חלק גדול היו תחנות של אנשים פרטיים. נתנו לפז בלעדיות באספקה ל-50 או 100 שנה. זה גורם לכך שאם יצרן חדש או משווק רוצה להיכנס, אין תחנות פנויות עבורו. באמצעות רשות ההגבלים היו תחנות ששחררו מההסכמים. פז אומרת כי זה לא צודק, היא הקימה את התחנה והם רוצים בלעדיות.

**שופרסל וסופר-פארם** – שהם פותחות סניפים בקניונים או משרדים הם דורשים בלעדיות. הבלעדיות הזאת פוקעת. עכשיו יכניסו סניפי פארמה נוספים והבלעדיות חדלה.

חסר השיעור האחרון לסמסטר

בהצלחה 😊