



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

נייר עמדה 47

ירושלים, שבט התשס"ד, ינואר 2004

המונופוליסט כקרובן:

על זכויות חוקתיות בדיני ההגבלים העסקיים

עדי אייל בהנחיית ידידיה צ' שטרן ודוד נחמיאס

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא גוף עצמאי, המסייע לכנסת ולוועדותיה, למשרדים ולמוסדות ממשלתיים, לגופי השלטון המקומי ולמפלגות, באמצעות הגשת מחקרים והצעות לביצוע שינויים ורפורמות בדפוסי פעילותם.

בנוסף לכך מממש המכון הישראלי לדמוקרטיה את שליחותו על-ידי מידע משווה בנושאי החקיקה ודרכי התפקוד של משטרים דמוקרטיים שונים. כמו כן הוא שואף להעשיר את השיח הציבורי ולעודד דרכי חשיבה חדשות על-ידי ייזום דיונים בנושאים שעל סדר היום הפוליטי, החברתי והכלכלי, בהשתתפות מחוקקים, בעלי תפקידי-ביצוע ואנשי אקדמיה, ועל-ידי פרסום מחקריו.

עורך ראשי: אורי דרומי
ראש מינהל מחלקת פרסומים: עדנה גרניט
עורכת הספרייה: יעל מושיוב
רכז הפקה: נדב שטכמן
עריכת לשון: מירי הורביץ בת-משה
עיצוב גרפי: רון הרן
סודר ונדפס בהתשס"ד ב'ארט פלוס', ירושלים

מסת"ב 965-7091-79-9 ISBN

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה
Copyright by the Israel Democracy Institute
Printed in Israel 2004

עדי אייל הוא ד"ר למשפטים באוניברסיטת בר-אילן
ידידה צ' שטרן היא עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה; פרופ' בפקולטה למשפטים,
אוניברסיטת בר-אילן
דוד נחמיאס הוא פרופ' למדע המדינה באוניברסיטת תל-אביב

הדברים המתפרסמים בניירות העמדה אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

תוכן העניינים

5	הקדמה
7	פרק ראשון: הנחות היסוד של דיני ההגבלים העסקיים
15	פרק שני: הזכויות המוגנות בחוקי היסוד החדשים
24	א. הזכות לקניין
30	ב. הזכות לחופש עיסוק
37	פרק שלישי: הכוח המסור לרשות ההגבלים העסקיים
39	א. הסדרים כובלים
56	ב. אישור מיזוגים
61	ג. מונופולין
67	פרק רביעי: פסקות ההגבלה
69	א. "בחוק [...] או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו"
70	ב. " [...] ההולם את ערכיה של מדינת ישראל"
75	ג. " [...] שנועד לתכלית ראויה"
78	ד. " [...] ובמידה שאינה עולה על הנדרש"
81	פרק חמישי: מבחן המידתיות בחוק ההגבלים העסקיים
85	א. מבחן המידתיות – יישום והבחנות
89	ב. מבחן המידתיות – הצעות קונקרטיות
93	סיכום
102	English Summary

הקדמה*

דיני ההגבלים העסקיים נחשבים בדרך כלל לתחום של "מומחים בלבד", ועל כן ציבור המשפטנים הרחב כמעט אינו עוסק בו. הסיבות לכך מגוונות, החל בידע הכלכלי הנדרש להבנת מטרות הדין ומורכבותו, עובר בפרוצדורות הייחודיות לדין זה (רשות אכיפה עצמאית, בית דין ייחודי העוסק רק בסוגיות הגבלים עסקיים) וכלה ברושם כאילו הדין חל על מספר קטן יחסית של עסקים, וגם זאת – בהקשרים מסוימים בלבד. למרות זאת, בקרב משפטנים רבים, כמו גם בקרב הציבור הרחב, רווחת הדעה שיש להגביל את כוחם של "המונופולים הדורסניים" ולהגן על "האזרח הקטן". נייר עמדה זה בא לבקר גישה זו מצד הנחות היסוד של דיני ההגבלים העסקיים ומצד הדעה הרווחת שתחום זה הוא מעין "מובלעת משפטית" הפועלת באופן עצמאי, שלא לומר מנותק, מן ההתפתחויות בדין הכללי.

נייר העמדה יפתח בסקירה כללית של הנחות היסוד של תחום ההגבלים העסקיים כולו ובהצגת הגורמים לגיבוש הדעה הרווחת כל כך בגנות המונופול מכאן ובזכות תפקידה של המדינה כמגנה על התחרות החופשית מכאן. לאחר הבהרת יסודות הגישה המקובלת, תוצג בנייר עמדה זה הביקורת על אותן הנחות היסוד וייטען כי לחוק ההגבלים העסקיים במתכונתו הנוכחית דרוש שינוי מהותי ומידי.

חקר ההגבלים העסקיים מתמקד במקביל בהשאת היעילות המצרפית ובשמירה על ההגינות כלפי אלה העלולים להיפגע ללא הגנת הדין. אמנם בדרך כלל ניתן להצדיק את דיני ההגבלים העסקיים בשל תרומתם לשני ראשי חץ אלה, אך גם לעיקרון זה יש חריגים. כך לדוגמה, בנייתו כלכלי עולה שמגבלות על תופעות מונופוליסטיות דווקא פוגעות לעתים ביעילות המצרפית, ומשום כך יש הטוענים כי עלינו להקטין את אכיפת הדין כדי לאפשר יעילות מירבית. לעומת זאת, ההגינות משמשת כמעט תמיד להצדקת הדין הקיים ולמילוי הצורך להגן על צרכנים תמימים מפני כוחו הכלכלי העדיף של המונופוליסט.

* ברצוני להודות לבנימין אורן, לבלה ברדה, לאסף מוזס ולשלומי תורגימן על סיוע במחקר ולמשתתפי הסמינרים המחלקתיים בפקולטות למשפטים באוניברסיטת בר-אילן ובאוניברסיטת חיפה על הערותיהם לגרסה קודמת של חיבור זה. במיוחד אני חב תודה לפרופ' ידידיה שטרן ולפרופ' אבי וייס על הנחייתם ועל השראתם בפרויקט המחקר שממנו צמח נייר עמדה זה.

בנייר עמדה זה בחרתי להתמקד בפן ההפוך. במקום לנתח את הפגיעה בצרכנים, אדגיש דווקא טענות הגינות המצדדות במונופוליסט. דגש זה לא נועד לכפור בחשיבות ההגינות כלפי קרבנות המונופולין, אלא לחדד את מה שבדרך כלל אינו זוכה לדיון מעמיק, ואולי אף לחדש בו. מכל מקום, השאיפה לדיון עקיב ומלא, כך נראה, דורשת הכרה בזכויותיו של המונופוליסט לא פחות מאשר בזכויותיהם של קרבנותיו: צרכנים, מתחרים ואחרים.

בניתוח אתמקד בחוקי היסוד החדשים, "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" ו"חוק יסוד: חופש העיסוק". חוקי יסוד אלה יצרו שיח חוקתי חדש בישראל והוחלו במגוון תחומים גדול. תחום ההגבלים העסקיים טרם זכה לבחינה מעמיקה לאור חוקי היסוד החדשים, ובנייר העמדה יש משום שאיפה למלא את החלל שנוצר. כאן תיבחנה זכויות היסוד שהמונופוליסט יכול לטעון להן במקביל לאלו של קורבנותיו. נראה כי נוצר צורך באיזון אינטרסים בין הזכויות המתנגשות, ופסקת ההגבלה שבכל אחד ואחד מחוקי היסוד היא המגדירה את תוכן האיזון הראוי. לאחר סקירת הבעיות הנוצרות מן ההסדרים הקיימים בחוק ההגבלים העסקיים וההשלכות של המבחנים המוגדרים בפסקות ההגבלה, אפנה ליישום הנדרש של חוקי היסוד בחוק ההגבלים.

בפרק האחרון יוצגו שלוש חלופות ליישום הדיון בדיני ההגבלים העסקיים: תיקון החוק, ביקורת שיפוטית ושינוי מדיניות האכיפה. בחינת ההשלכות המסתברות של כל חלופה וחלופה מצביעה על עדיפות ברורה לתיקון החוק: מקור הסמכות יישאר בידי הרשות המחוקקת, והוודאות המשפטית תישמר. ובכל זאת, גם אם לא יתוקן החוק, נראה כי צדדים מעוניינים יוכלו ליישם את הטיעונים כאן גם בהתדיינות בבתי המשפט. על כן, מוצע לפעול ליישום הדיון באופן מוסדי, יישום שיאפשר שמירה של שיקול הדעת הדרוש של רשויות האכיפה בד בבד עם השמירה על כלליות הניתנת להשגה בתיקון לחוק. בכל מקרה, נראה כי יישום חוקי היסוד החדשים ישנה שינוי מהותי את אופן הבנתנו את דיני התחרות כיום.

1

הנחות היסוד של דיני ההגבלים העסקיים

מה לחוקי היסוד החדשים ולדיני ההגבלים העסקיים? לכאורה, מעט מאוד. חוקי היסוד עוסקים בשאלות בסיס בדבר מהות היחסים בין הפרט למדינה ובעקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי בישראל. לעומת זאת, דיני ההגבלים העסקיים עוסקים בבעיות כלכליות ואחרות הנוצרות בשל קיומם של עסקים גדולים בעלי שליטה בשוק שבו הם פועלים. קשה למצוא שני תחומים משפטיים הנראים לכאורה כה שונים זה מזה באופיים ובנושאי המיקוד שלהם. ובכל זאת, בנייר עמדה זה אטען כי יישום נאות של הזכויות המוגנות בחוקי היסוד החדשים דורש בחינה מחדש של דיני ההגבלים העסקיים ושינויים מפליגים באופן יישומם.

אפתח בסקירה קצרה של דיני ההגבלים העסקיים מחד גיסא ובזכויות המוגנות בחוקי היסוד החדשים מאידך גיסא. לאחר מכן אראה כיצד זכויות היסוד המוגנות אינן מתיישבות עם הקו המוביל בדיני ההגבלים העסקיים כיום ואבחן את הבעייתיות העולה מכך לנוכח שני פסקי דין מרכזיים בדיני ההגבלים העסקיים שפסק לאחרונה בית המשפט העליון. לבסוף אראה את השינוי המחשבתי הנדרש לגבי מעמדם של מונופוליסטים בדיני ההגבלים ואת השלכות המדיניות הנובעות מכך.

לפני בחינת החוק, הנה מילים אחדות על מהות דיני ההגבלים, על מטרתם ועל הגורמים המושפעים מהם. דיני ההגבלים העסקיים – עניינם מגוון מקרים בהם עסקים מגבילים את התחרות כדי לזכות במנת רווחים גדולה, בדרך כלל על חשבונם של צרכנים בציבור הרחב. הגם שהחוק מגדיר במדויק את סוג הפעולות שניתן להחילו עליהן, חשוב להבין את קו המחשבה הבסיסי שהוביל לא רק לחקיקת החוק בארץ, אלא גם להתפתחות דומה של הדין במדינות אחרות.

הנחת היסוד של משטרים התומכים בכלכלה תחרותית היא שתחרות חופשית תוביל בדרך כלל לשמירה על מחירים נמוכים ועל איכות גבוהה, לטובת הצרכנים. לפי הנחה זו, יצרנים שונים יתחרו זה בזה, ובשל כך ייווצר לחץ לשמור על רמת מחירים נמוכה ככל האפשר במגמה למשוך לקוחות חדשים ולשמור על הקיימים; במקביל, יצרן שלא ישמור על איכות מרבית של מוצריו (ביחס לאיכותם של מוצרים דומים במאפייניהם ובמחירים) ימצא

עצמו ללא לקוחותיו, שכן אלה יזנחו אותו בעבור מוצריו של יצרן מתחרה. עם זאת, יש כמובן מקום למגוון מוצרים ברמות שונות של איכות ומחיר, שכן הצרכנים נבדלים זה מזה באשר לתוספת המחיר שהם מוכנים לשלם בעבור איכות טובה יותר של המוצר.

תהליך התחרות על לבס ועל כיסם של הצרכנים יצר את המונח "מחירים תחרותיים". בכל סוג מוצר ובכל רמת איכות פועלים יצרנים אחדים המתחרים ביניהם על אותו פלח שוק, והצרכנים בוחרים את המוצר המתאים להם ביותר מן המגוון הקיים. המחיר התחרותי הוא נקודת האיזון בין עלויות הייצור והשיווק מחד גיסא ובין הביקוש מצד הצרכנים מאידך גיסא. בכל פעם שיצרן מסוים מרשה לאיכות מוצריו לרדת או למחיריהם לעלות ביחס למתחרים, ההפסד הנגרם לו מ"בריחת לקוחות" יוצר בעבורו תמריץ חזק לתיקון המעוות. במקביל, קיומם של צרכנים פוטנציאליים מהווה תמריץ לחדשנות במוצרים קיימים ולפיתוח מוצרים חדשים. יצרנים חדשים וקיימים מחפשים אפוא ללא הפסק רעיונות חדשים לשיפור הקיים ולפיתוח החדש, רעיונות שאם יצלחו, יניבו לצרכנים מוצרים חדשים ומשופרים. הצרכנים ייהנו מן החידוש ויהיו מוכנים לשלם תמורתו במיטב כספם, והיצרנים ייהנו מתקבולים שיחזירו את עלויות הפיתוח ואף יותירו בידיהם רווח נאה. הלחץ התחרותי פועל גם במישור החדשנות, כשיצרנים מתחרים זה בזה בפיתוח מוצרים עדיפים בשילוב הוזלת עלויות הייצור והשיווק, וזאת – כדי שיוכלו להציע מחירים נמוכים יותר או מוצרים חדשים ומושכים יותר שימשכו את הלקוחות הפוטנציאליים ועדיין יאפשרו שמירה על מתח רווחים סביר. אין ספק כי כל יצרן שואף להרוויח מעסקיו, ומכיוון שאינו יכול להעלות את מחיר המוצר מעל למחיר שגובים מתחריו, ישקיע מאמצים רבים ביעול פנימי שיאפשר לו להציע כמות גדולה ככל האפשר במחיר התחרותי. אם כן, תחרות בין יצרנים שונים תורמת גם ליעילות כללית, שכן כל יצרן מנסה למנוע בזבוז משאבים פרטיים שלו, והמשק בכללו נהנה מייצור יעיל החוסך במשאבים היקרים לחברה כולה.

קעת נכניס לתמונה את ההגבלים העסקיים. נניח כי מוצר מסוים נמכר רק על ידי גורם אחד, מונופוליסט. במצב כזה אין לחץ תחרותי, והמונופוליסט יכול לכאורה להעלות את מחיריו באין מפריע, כמו גם לזלזל בבקרת האיכות, שכן ללקוחותיו אין אפשרות לזנוח אותו ולצרוך את מוצריו של יצרן אחר. התמריצים המבטיחים שכל יצרן בשוק תחרותי יוזיל את עלויות הייצור וישמור על איכות המוצרים כבר אינם קיימים, וניתן לצפות לפגיעה בצרכנים ובמשק כולו. כמובן, אין להגזים בתיאור החשש ממצב זה, שכן גם ללא

תחרות מיצרנים אחרים, כל לקוח רשאי להחליט כי במחיר מסוים וברמת איכות מסוימת המוצר כבר אינו רצוי לו ולוותר על הרכישה כולה, גם ללא אפשרות למוצר חלופי. מונופוליסט המעוניין ברווח מקסימלי מוגבל בקבלת ההחלטות שלו בשל הבחירה החופשית שיש לכל צרכן אם לבצע את הקנייה או לוותר עליה כליל, ולכן לא יעלה את המחיר לרמה שתרחיק ממנו כמות גדולה מדי של לקוחות פוטנציאליים.

היכן נקודת האיזון בין כוחו המונופוליסטי של היצרן לבין כוחם של הצרכנים להתנזר מצריכת מוצריו? התשובה תלויה בסוג המוצרים ובמאפיינים הסובייקטיביים של הצרכנים, ועל כן היא משתנה ממקרה למקרה. בדרך כלל ניתן לצפות למחיר גבוה בשוק מונופוליסטי יותר מאשר בשוק תחרותי. את ההפרש בין שתי רמות המחירים מכנים "רווח מונופול". חשוב לזכור כי חלק מן הצרכנים היו שמחים לרכוש את המוצר לו הוצע במחיר התחרותי, ובכל מקרה המחיר הגבוה יותר שגובה המונופוליסט הופך את המוצר לפחות אטרקטיבי בעיניהם. התוצאה היא שהמונופוליסט מוכר פחות יחידות מוצר, וכל אחת מהן במחיר גבוה מזה שהיה מוצע בשוק תחרותי. המתח בין הקטנת הכמות להעלאת המחיר נשמר באופן שישיא את רווחי המונופוליסט (שכן הוא המחליט כמה לייצר בסופו של דבר), אך גם משאיר את המחיר מתחת לסף מסוים, שחצייתו תרחיק חלק גדול מדי של קהל צרכנים פוטנציאליים.¹

בדומה למצב במונופול פשוט, דהיינו יצרן אחד למוצר מסוים, כך גם כאשר מתחרים אחדים מתאגדים ומתאמים ביניהם את המחיר שידרשו: הצרכנים הפוטנציאליים מאבדים את כוחם בבחירה בין המתחרים, והם נדרשים לשלם מחיר גבוה. התאגדות כזו, קרטל, מאפשרת ליצרנים נפרדים ליהנות מרווח מונופול, אף שעליהם לחלק ביניהם את פרותיו.² לא תמיד יש

1 במונחים כלכליים, המחיר ייקבע בנקודת המפגש בין עקומת הפדיון השולי ובין עקומת העלות השולית. בהנחה שמדובר במוצר בעל עקומת ביקוש סטנדרטית, היורדת משמאל לימין, עקומת הפדיון השולי נמוכה מעקומת הביקוש, ולכן הכמות קטנה והמחיר גבוה לעומת אלו שייקבעו בשוק תחרותי. לניתוח כלכלי מפורט יותר, ראו עדי איל, "הבסיס הכלכלי לדיני ההגבלים העסקיים", בתוך: מיכל גל ומנחם פרלמן (עורכים), **ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים**, 2004.

2 כבר בשלב זה יש להדגיש כי תיאום בין מתחרים תלוי ברצונם הטוב של המעורבים בפרשה. אם חלק מן המתחרים מסרבים להסדר, הם יכולים להמשיך בייצור מקסימלי ולמשוך קונים בהצעת מחיר הנמוך ממחיר מוצרי הקרטל. מעבר לכך, גם אם כל היצרנים בשוק מסוים יתאמו ביניהם מחיר הגבוה מן המחיר התחרותי, או אם קיים רק יצרן מונופוליסטי יחיד, יצרנים חדשים יכולים להיכנס לשוק, ובהצעת מחיר נמוך

צורך בתיאום המחיר ישירות, שכן לעתים די בהסכמה על הגבלת הכמות שכל יצרן ייצר (אז יעלה המחיר ממילא בשל תחרות בין הצרכנים על המוצרים שבמחסור) או בחלוקת השוק ביניהם, כך שכל יצרן יינה למעשה ממונופול בתחום שהוקצה לו. התוצאה בעבור הצרכן דומה: מחיר גבוה ובחירה מצומצמת.

עיסוקנו כאן הוא בבעיות היסוד המתעוררות בתחום, בין שמדובר במונופול מלא (קרי שליטה של גורם יחיד על השוק כולו) ובין שמדובר בקרטל, הסדר כובל, או במבנה מונופוליסטי אחר. למען הפשטות, נכנה "מונופוליסט" כל מי שחוק ההגבלים העסקיים מגביל את פעולתו ושהניתוח דלעיל חל על עניינו (באופן מלא או באופן חלקי). הבחנה בין המקרים השונים תתאפשר בשלב מאוחר, לאחר הצגת הטיעון הבסיסי הרלוונטי לכולם.

גם מבלי להיכנס עדיין לפרטי ההסדרים השונים המאפשרים לעסקים להגביל את התחרות ביניהם, ניתן לראות כי מקרים כאלה מחוללים בעיות בשני מישורים – מישור היעילות ומישור ההגנות.

במישור היעילות, רצונו של המונופוליסט בהשאת רווחיו יגרום להעלאת מחירים, ומכאן – להקטנת כמות המוצר שירכשו הצרכנים (שכן את המוצר ירכשו רק צרכנים המוכנים לשלם בעבורו מחיר גבוה). עצם הקטנת הכמות המיוצרת נתפסת כפגיעה ביעילות המשק כולו, שכן אין מנצלים את מלוא היכולת להפוך חומרי גלם למוצרים שהציבור מעוניין בהם ואף מוכן לשלם בעבורם יותר מעלות הייצור שלהם. המוצרים שאין מייצרים אינם אלא "בזבוז" הפוטנציאל הגלום במשאבים קיימים, וכך רווח פוטנציאלי לחברה כולה אינו ממומש. מלבד זאת, ייתכן שהלחץ לחדש במוצרים ובתהליכי הייצור יפחת, שכן ללא תחרות אין חשש שיצרן אחר יציע מוצר טוב יותר או זול יותר מזה של עמיתו.

הפגיעה בחדשנות נחשבת לעתים בעייתית אף יותר מהקטנת הכמות המיוצרת, שכן איבוד ההזדמנויות כמעט אינו ניתן להערכה מראש. מניעת פיתוחים חדשים עלולה לעלות באיבוד ההזדמנות למוצר טוב בהרבה מן המוצר הקיים ובמניעת שיפורים גם בתחומים אחרים שהמוצר החדש היה

במקצת למשוך אליהם קונים רבים. השמירה על רווח המונופול לאורך זמן יכולה לדרוש מאמץ ותכנון באותה מידה שדרשה יצירת המעמד המונופוליסטי מלכתחילה, ואף יותר. גורמים אלו נלקחים בחשבון בבניית המערך החוקי המסדיר את דיני התחרות, והם דורשים התאמה לנסיבות הספציפיות של כל מקרה ומקרה.

יכול לתרום בעקיפין לפיתוחם ולחדשנותם. ככל שהתעשייה נשענת על חדשנות בפיתוח, כך יגדל הנזק ממניעת הפיתוח על ידי מונופוליסט גדול. בכל מקרה, ברור כי יעילותו הכוללת של המשק תיפגע מעצם המונופולין, הן בבזבוז ישיר של משאבים והן באי-ניצול הזדמנויות לחדשנות.

מנגד, ניתן לטעון כי גם בהיעדר מגבלה חוקית על התנהגות מונופוליסטית, הנזק למישור היעילות אינו בהכרח כה גדול. כפי שראינו, כל יצרן רציונלי רוצה בהשאת רווחיו, ולשם כך הוא יעשה לשמירה על מחיר שמרבית לקוחותיו יראוהו סביר. כך גם לגבי החדשנות. האפשרות למשוך לקוחות חדשים או לעודד רכישות נוספות מצד הלקוחות הקיימים טומנת בחובה פוטנציאל לרווח נוסף – תמריץ מכובד דיו בעבור כל יצרן, בין שהוא מונופוליסט ובין שלא. אם המונופוליסט יעריך השקעה בחדשנות או בייעול כהשקעה כדאית, לא יהיה צורך דווקא במתחרים כדי לעודדו להמשיך בכיוון זה. לבסוף, אף אם זכה יצרן מסוים במעמד מונופוליסטי בשוק מסוים, קיים ברוב המקרים איום מתמיד שיצרנים חדשים "יאיימו" על שליטתו בשוק וינסו לחזור אליו. ככל שהמונופוליסט של היום גורף רווח מונופול גדול יותר, כך גדלה המשיכה למתחרים פוטנציאליים לנסות את כוחם מול המונופוליסט, או לפחות "להצטרף לחגיגה" באמצעות מכירה של מוצרים או שירותים במחיר נמוך במעט מזה שהוא גובה. חשוב לזכור: מבחינת מתחרים פוטנציאליים, רווח המונופול מתפקד כקול קורא לחדירה לשוק, שכן הוא סימן שבשוק זה ניתן למכור מעל למחיר התחרותי, ובכך להרוויח יותר מאשר בשווקים אחרים. כל מתחרה פוטנציאלי היה שמח להשת את המונופוליסט הקיים, אך אפשרות טובה כמעט באותה מידה היא לפעול במקביל לו, תוך כדי גביית מחירים גבוהים מן המחירים התחרותיים שהם עדיין נמוכים במעט משלו. ככל שיותר מתחרים יחדרו לשוק המונופוליסט המקורי, כך יגדל הלחץ על הכול להוריד מחירים כדי למשוך לקוחות. או אז המבנה התחרותי שתואר לעיל מתחיל להופיע.

מובן שיש מקרים שמגבלות על כניסת מתחרים חדשים מגנות על מעמדו של מונופוליסט קיים, ולעתים מגבלות אלה הן פרי מאמציו המודעים של המונופוליסט עצמו. כל מקרה ומאפייניו הייחודיים, ואדון בחריגים בהמשך. בשלב זה די בהבחנה שמישור היעילות נפגע מעצם קיומו של מונופול, גם אם פגיעה זו משתנה בהיקפה ממקרה למקרה, ויש שהפעילות המסחרית העצמאית של יצרנים בשוק תניב פתרון יעיל גם ללא התערבות חוקית. בניגוד למישור היעילות, המתמקד בפגיעת המונופול במשק ובאינטרס המצרפי, במישור ההגינות נבחנת הפגיעה בפרט. בדרך כלל המיקוד הוא

בהגנת הצרכן, הנדרש כעת לשלם מחיר גבוה יותר או הסובל מהקטנת מגוון האפשרויות הפתוחות בפניו. קל לראות כי כל רווח שמפיק המונופוליסט מהעלאת המחיר מעל למחיר התחרותי בא ישירות על חשבונם של הצרכנים, המוצאים עצמם משלמים מחיר גבוה יותר בעבור אותה כמות מוצר. בדומה לכך, גם כל ירידה בחדשנות או במניעת כניסה של מתחרים חדשים מונעת מן הצרכנים את ההנאה הגלומה באותם מוצרים שאינם מיוצרים ושאינם מגיעים עדיהם.

כאשר משווים את המחיר ואת מגוון המוצרים בשוק מונופוליסטי לאלה של שוק תחרותי, קל לראות כי הצרכנים הם הסובלים הישירים מעצם קיומו של מונופול. הרוב הגדול של הדיונים על החלת חוקי הגבלים עסקיים בארץ ובעולם הדגישו את הצורך להגן על הצרכנים מפני כוחם המסחרי של המונופוליסטים ואת תפקידה של המדינה בהגנה על החלש מפני החזק. גם ניתוח כלכלי טכני של הסוגיה מראה לא רק את מישור היעילות, אלא גם את הפגיעה הישירה בצרכנים. התיאור המקובל מצביע בבירור על מה שמכונה "העברת עושר" מידם של הצרכנים אל המונופוליסט. "העושר" המועבר נוצר לכל צד ביחסים המסחריים כאשר הוא קונה דבר מה על מנת ליהנות ממנו. כל צרכן מעריך את הנאתו מן המוצר באופן שונה, לפי צרכיו באותו הזמן, לפי העדפותיו הסובייקטיביות ולפי מאפיינים ייחודיים אחרים. לעומת זאת, המחיר שמשלם הצרכן אינו נקבע מטעמו ורק לפי עמדותיו האישיות, אלא בדרך כלל מטעם המוכר ולפי כמות הצרכנים שהוא מעוניין למכור להם ביחס למוכנותם לשלם ולעלויות הייצור של המוצר עצמו. יוצא שכדי להצליח ולמכור מספר גדול של יחידות מוצר, נקבע המחיר בהתאם ללקוח "האחרון בשורה", קרי הלקוח השולי המוכן לשלם את הסכום הנמוך ביותר, וזאת – כדי שהכמות הנמכרת לעולם לא תרד מתחת לסף מסוים. שאר הלקוחות נהנים ממצב זה, שהרי הם היו מוכנים לשלם אף יותר מן הנדרש, אך המוכר אינו מסוגל לגבות מהם מחיר גבוה מן הנדרש מבלי להפסיד את הלקוחות "האחרונים". ההפרש בין הסכום שהיו הצרכנים מוכנים לשלם ובין הסכום שנדרשו לשלם בפועל מכונה "עודף צרכן", והוא הרווח שלהם מן העסקה. כמובן, באופן מקביל נוצר "עודף יצרן" גם בעבור המוכרים, שכן גם הם היו אולי מסוגלים למכור חלק מיחידות המוצר בפחות מן המחיר הסופי, אך היות שהמחיר אחיד לכל יחידות המוצר שנמכרו, הם יכולים לגרוף רווח נאה מאותו חלק שעלות ייצורו נמוכה מן המחיר הסופי. כל תלמיד כלכלה מתחיל מכיר את הניתוח דלעיל בשוק תחרותי, ונהוג לומר כי הצרכנים והיצרנים מחלקים ביניהם את "העודף" הנוצר. כך יוצא

שכל צד וצד יוצא ורווח בידו מעצם קיום יחסי המסחר. תיאור זה אף יוצר חזקה של יתרונות הן במישור היעילות והן במישור ההגינות. במישור היעילות, כל מוצר שניתן לייצרו בעלות נמוכה משוויו הסופי ללקוח – ייוצר, וכך החברה נהנית מניצול מלא של משאביה לסיפוק צורכי התושבים. במישור ההגינות, הצרכנים והיצרנים גם יחד נהנים מקיום יחסי המסחר, שכן הם חולקים ביניהם את העודף שנוצר. מלבד זאת, הואיל ומדובר ביחסים רצוניים, מודגשת ההחלטה האישית של כל המעורבים ליטול חלק בתהליך כדי להשיא לעצמם את תועלתם האישית.

לעומת זאת, מרגע שהשוק נשלט בידי מונופוליסט, התמונה משתנה. המונופוליסט מעלה את המחיר ומקטין את הכמות. התוצאה היא שחלק מן הצרכנים נדחקים החוצה וכלל אינם רוכשים את המוצר, וחלקם האחר נאלץ לוותר על חלק (לעתים נכבד) מ"עודף הצרכן" שלו, וזה מועבר לכיסו של המונופוליסט. לעומת מישור היעילות, שבו ניתן דגש בבזבוז המצרפי ממצב זה, במישור ההגינות נתפסת "העברת עושר" זו כמרכז הבעיה שמוטל על המדינה למנוע אותה באמצעות אכיפת חוקי הגבלים עסקיים.

מלבד הפגיעה בצרכנים, יש גם פגיעה במתחרים קיימים ופוטנציאליים. מונופוליסט המעוניין לשמר את מעמדו ואת שליטתו בשוק יידרש להשקיע מאמץ בהרחקת מתחרים העלולים לחתור תחתיו ולהציע מחיר נמוך משלו. מתחרה ש"סולק" מן השוק (או שכניסתו אליו נמנעה מלכתחילה) סובל מאבדן הזדמנויות מסחריות וממגבלות על החופש שלו לייצר ולמכור בשוק הרלוונטי. לעתים מדובר במצבים אובייקטיביים המגבילים כניסת מתחרים, והמונופוליסט מנצל את קיומם לטובתו ומעלה את מחירו.³ לעתים מדובר במצבים בלתי הכרחיים, ורק רצונו של המונופוליסט ברווח מונופול מניע אותו ליצור חסמי כניסה, המונעים ממתחרים פוטנציאליים לחדור לשוק "שלו". במקרים מסוימים המונופוליסט אף נוקט פעולות התקפיות ממש כלפי מתחריו כדי להרתיעם ממלחמת מסחר וכדי לעורר את חששם מפני תגובתו. בהיסטוריה ידועים מקרי פעולות פליליות ואף אלימות ממש, מטעמים אלה, אך גם בלעדיהם יש למונופוליסט דרכים רבות לדחיקת מתחריו אל מחוץ לשוק או לפחות להעמידם בעמדת נחיתות ניכרת לעומתו, אם יצליחו כלל למכור.

3 למשל, שוק קטן ש"אין בו מקום" למספר גדול של יצרנים שיתחרו זה בזה ועדיין ייוותר בידיהם רווח הודות ליתרון לגודל בייצור. לחלופין, ייתכן שתכנון מס לגיטימי נותן ליצרן הקיים יתרון על פני מתחרים חדשים, ואלה מתקשים בחדירה לשוק וכד'.

בניתוח הקלסי של המונופול ניכר שמישור ההגיונות ומישור היעילות מושפעים ממנו בו-זמנית, ולכן ניסוח ואכיפה של חוקים שימנעו שליטה מונופוליסטית ישיגו מטרות בשני המישורים כאחד. ואכן, חלק גדול מכתבת מלומדים בתחום מוקדש לחשיבותם של דיני ההגבלים העסקיים כמשיאים את היעילות המצרפית **במקביל** להגנה על ההגיונות. אם אכן ניתן להשיג מטרות בשני המישורים בו-זמנית, תגדל מאוד החשיבות של התחום כולו ושל יכולת הדין להועיל לפרט ולחברה גם יחד. ובכל זאת, חשוב להתייחס לכל אחד ואחד מן המישורים גם באופן עצמאי, שכן עוד נראה שיש מקרים שדיני ההגבלים משרתים רק אחד משני המישורים, בעוד שהשני אינו מושפע מהם כלל או אף מושפע מהם באופן שלילי.⁴

תמונת עולם זו שהוצגה בקווים כלליים בלבד בשלב זה, היא העומדת בבסיס "תפיסת העולם" של דיני ההגבלים העסקיים. המחוקקים רואים בדרך כלל את היתרונות בחקיקת חוקים בתחום בשני ראשי החץ, קרי יעילות כוללת מחד גיסא והגיונות ביחס לצרכנים בודדים או למתחרים מאידך גיסא. חוק ההגבלים העסקיים אמור לשרת את שני האינטרסים, ויפיו הוא ביכולתו להשיג בו-זמנית יתרונות לפרט ולכלל, להגיונות וליעילות. אין ספק כי קיימים גם חריגים, דהיינו קיומו של המונופול הכרחי, ושמירה על תחרות אינה אפשרית (לדוגמה, קשה לדמיין תחרות חופשית בין כוחות צבא שונים בהגנה על אזרחי מדינת ישראל). ואולם מקרים אלו נחשבים חריגים, והם מטופלים בהתאם למאפייניהם הייחודיים. נייר עמדה זה מכון אפוא לבחינה מחדש של תמונת העולם דלעיל ולהעמדתה מול הגדרת זכויות היסוד, המהוות בסיס למשטר החוקתי בישראל.

4 דוגמה למקרה כזה היא מונופול המסוגל למכור לצרכנים שונים במחירים שונים. וכך, צרכנים המוכנים לשלם יותר משלמים את המחיר המקסימלי, ואילו הצרכנים שלא היו קונים במחיר הגבוה משלמים מחיר נמוך מן המחיר המרבי. תופעה זו מכונה "אפליית מחירים", ואם המונופוליסט מסוגל לבצע בשלמות, היא תביא לייצור כמות שווה לכמות שהייתה מיוצרת בשוק תחרותי, בעוד המונופוליסט נהנה מרווח מונופול בשל ניצול המוכנות של חלק מן הצרכנים לשלם יותר מאחרים. תאורתית, ביצוע מושלם של אפליית מחירים אינו פוגע כלל ביעילות, שכן הייצור זהה לזה בשוק תחרותי, אך חלק גדול מן הצרכנים נפגעים – פגיעה בהגיונות. רוב המדינות האוכפות דיני הגבלים עסקיים אוסרות אפליית מחירים, ובחלקן אף יש חקיקה מיוחדת לעניין זה. דוגמה קיצונית זו ממחישה את אשר עתיד לקרות גם ממצבי ביניים שנסקרו בהמשך, כשהמטרות במישור היעילות עלולות לעמוד בניגוד גמור למטרות במישור ההגיונות.

הזכויות המוגנות בחוקי היסוד החדשים

"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" ו"חוק יסוד: חופש העיסוק" יצרו מציאות משפטית חדשה בישראל.⁵ ברור לכול כי זכויות יסוד היו קיימות בישראל שנים רבות לפני חקיקת חוקי היסוד החדשים, ודיון משמעותי בהן נערך זה זמן רב.⁶ ובכל זאת, חוקי היסוד החדשים היוו "עליית מדרגה", משום שחוקי הכנסת עצמם הוכפפו במישרין לשריון מהותי של הזכויות המוגנות, ומשום שנוסחו מבחנים שחוקים הפוגעים בזכויות היסוד חייבים לעמוד בהם.

רבות נאמר ונכתב בדבר השימוש השיפוטי בחוקי היסוד החדשים ובדבר קיומה או היעדרה של "מהפכה חוקתית" בישראל לאחר כניסתם לתוקף. אין הכוונה בחיבור זה להיכנס לעובי קורה זו, אלא לבחון את זכויות היסוד המוגנות ואת יישומן הנדרש בתחום ההגבלים העסקיים. לאחר סקירת הבסיס המקובל לדיני ההגבלים דלעיל, אראה כי ההצדקות הסטנדרטיות נכשלות באמצען רק את נקודת המבט של הצרכנים ובהתעלמן מנקודת המבט של הצד השני של המטבע – המונופוליסטים. אמנם ניתן היה לבקר את ההצדקות המקובלות בדיני ההגבלים העסקיים גם קודם, ואולם חוקי היסוד החדשים נתנו משנה תוקף לצורך באיזון אינטרסים אמת, המתחשב בשני הצדדים של סוגיה זו כבעלי זכויות בנות הגנה. מיקוד חוקי היסוד החדשים בהגנה על זכויות אדם (ולעתים במגבלה של "אזרח או תושב", כפי שנראה להלן) דורש התחשבות דומה בזכויות **שני הצדדים גם יחד**. כמובן, במצבים שאנו דנים בהם אין בדרך כלל שוויון ביחסי הכוחות בין הצדדים, והמדינה רשאית להתערב כדי להגן על הצד שנפגע יותר מן הצד האחר או כדי להגן על אינטרס חברתי חשוב. ועם זאת, מודגש הצורך בבחינה ראשונית שתהיה פתוחה לטענות שני הצדדים, ומסקנות סופיות בדבר התערבות חוקית אפשרית תתקבלנה רק לאחר ביסוס ראוי של הדיון במלואו.

5 "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", ס"ח 1391; "חוק יסוד: חופש העיסוק", ס"ח 1545.
6 ראו לדוגמה, בג"ץ 1/49 **בז'רנו ואח' נ' שר המשטרה ואח'**, פ"ד ב 80. לפסיקה זו קדמה פסיקה מנדטורית שעסקה בזכויות האדם. ראו אסף לחובסקי, "בין 'מנדט' לימדינה: על חלוקת ההיסטוריה של המשפט הישראלי לתקופות", **משפטים** כט (התשנ"ח) 689, 712-704. לחשיבות ההסטורית של פסק הדין ראו גם פנינה להב, "יד הרוקם: יריעת חירויות הפרט על פי השופט אגרנט", **עיוני משפט** טז (התשנ"א) 475, בעמודים 487-488. ראו גם בג"ץ 337/81 **מיטרני נ' שר התחבורה**, פ"ד לו (3) 337, 353, ומנחם גולדברג, "חופש העיסוק – מזכות יסוד לחוק יסוד", **הפרקליט** מא 291.

ייתכן שישאל הקורא בשלב זה מדוע לנו להגן על מונופוליסט. הרי למונופול כוח כלכלי כה רב עד כי הוא יכול להגן על עצמו, גם בלי שנדרוש אנו את זכויותיו. המונופוליסט "מגן על עצמו" הרבה יותר ממה שיכולים קרבנותיו הפוטנציאליים להגן על עצמם. שאלה זו אכן מטרידה, ולטעמי היא הגורם הראשון להתנגדות להגנה כלשהי על הצד החזק במשוואה שבפנינו, והיא המונעת דיון מלא בסוגיה. בהמשך אראה כי הצורך "להגן על המונופוליסט" אינו רק צורך תאורטי לשם שלמות הדיון ולשם הגינות הניתוח, אלא הוא עניין יישומי שבלעדיו אנו עלולים להגיע לתוצאות מעוותות.

אקדים ואעיר כי "מונופוליסט" אינו בהכרח תאגיד ענקי בעל כוח כלכלי רב. לעתים מדובר בעסק שאינו מן הגדולים, ולעתים השוק שלעסק יש בו מעמד מונופוליסטי הוא כה מוגבל, עד שעולה תמיהה לגבי עצם הצורך בהסדרתו. וחרף זאת, נראה בהמשך כי חוק ההגבלים העסקיים מטיל מגבלות על קטנים כגדולים, וללא בחינה מדוקדקת של זכויות המונופוליסט, עלולים אנו להרשות פגיעה "מיותרת" בו. זאת ועוד: יש מקרים שהפגיעה בבעלי עסקים עלולה להיות חסרת כל יחס סביר לתועלת החברתית והצרכנית המושגת ממנה, אלא שחוק ההגבלים העסקיים (כאשר אינו נבחן לאור הדיון המוצע כאן) אינו מאפשר איזון בין האינטרסים הנוגדים. טענותיי בשלב זה דורשות הוכחה, ולכך נגיע בהמשך.

מן הראוי להקדים כבר בשלב זה הערה בדבר יישומם של חוקי היסוד החדשים על חוק ההגבלים העסקיים, שנכנס לתוקף ב-1988, הרבה לפני שחוקי היסוד המדוברים נוסחו. לכאורה, חוקי היסוד לא נועדו לחול באופן רטרואקטיבי, וחוק ההגבלים העסקיים מוגן מפני תחולתם, גם אם נגיע למסקנה כי הוא (או יישומו) סותר את הזכויות המוגנות בחוקי היסוד באופן כלשהו. האמת מורכבת מעט יותר: "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" כולל אמנם פסקת שימור דינים, ולכן אינו אמור לחול באופן רטרואקטיבי, אך הלכה פסוקה היא שכל תיקון בחוק ההגבלים העסקיים לאחר כניסת חוק היסוד לתוקף יידרש לעמוד בתנאיו.⁷ מכאן שתיקונים שנעשו, או שעתידיים להיעשות, בחוק ההגבלים העסקיים לאחר כניסת חוק היסוד לתוקף ייבחנו כדינים חדשים הכפופים לפסקת ההגבלה במלואה. זאת ועוד: כאשר אפשר לפרש את חוק ההגבלים העסקיים באופנים שונים, תועדף

7 ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל, כפר שיתופי, פ"ד מט (4) 221, בעמודים 262-263 (להלן – בנק המזרחי).

הפרשנות המונעת סתירה בינו לבין חוק היסוד.⁸ וכאילו לא די באלה, חוק ההגבלים העסקיים מותיר שיקול דעת באשר לאופן יישומו לממונה על ההגבלים העסקיים ולבית הדין להגבלים עסקיים. אלה, כמו הרשויות הכפופות להוראות חוק היסוד, עשויים להידרש להפעיל את סמכויותיהם באופן שונה מבעבר, וזאת – כדי להמעיט בפגיעה בזכויות מוגנות.

לגבי "חוק יסוד: חופש העיסוק", המצב חמור אף יותר. בחוק יסוד זה לא נתקבלה פסקת שימור דינים רחבה, אלא ניתנה "תקופת חסד", שבה חקיקה קודמת מוגנת מפני ביקורתו, ונקבע תאריך מפתח, שלאחריו חוקים הסותרים את הוראות חוק היסוד (גם כאלה שהיו בתוקף בטרם נחקק חוק היסוד) בטלים אוטומטית. גם הפרשנות ה"מיוחדשת", שב"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" נקבעה רק על ידי בית המשפט, מוסדרת ב"חוק יסוד: חופש העיסוק" במפורש, כך שהוראה הסותרת את חופש העיסוק תפורש בהתאם לקבוע בחוק היסוד.⁹

אם יהיה בכוחו של הדיון להלן להראות כי חוק ההגבלים העסקיים אכן פוגע בזכויות יסוד מוגנות, ההשפעה המידית על הדין הקיים תהא מרחיקת לכת. הגם שנראה כי "חוק יסוד: חופש העיסוק" מתיר את קיומו של חוק ההגבלים העסקיים עצמו, ניוכח מן הדיון שחלק מהוראות חוק ההגבלים או אופן הפעלת סמכויות האכיפה לפיו דורשים תיקון ושינוי. תאריך המפתח שנקבע ב"חוק יסוד: חופש העיסוק" הוא 14.3.2002 – מועד שחלף זה מכבר. הדיון, שתחילתו תאורטית, הופך מיד למשמעותי ביותר ביישום דיני ההגבלים כבר כעת, ויש צורך מידי בשינוי נוסח החוק הקיים או בחשיבה מחדש לגביו.

יישום פרשנות חדשה על דין ישן והאפשרות שחלק מהוראות החוק יבוטלו עם סיומה של "תקופת החסד" שהעניק "חוק יסוד: חופש העיסוק" מביאים אותנו לפתחה של המסקנה הברורה כי הדיון כאן אינו בעל חשיבות רק מבחינה עקרונית וציבורית, אלא הוא אף בעל השלכות יישומיות מן המדרגה הראשונה. והעובדה כי מדובר בחוק המעניק שיקול דעת רחב לרשויות המופקדות על אכיפתו רק מחזקת מסקנה זו. ככל שהחוק מנוסח כחוק סגולי (ספציפי), כך קטנה מלאכתו של הפרשן, וקטנה יכולתו להציע

8 דני"פ 3216/95 גנימאת נ' מ"י, פ"ד מט (4) 589, 657. וכן ראו אהרן ברק, **פרשנות במשפט** (כרך 2) בעמ' 564. מצד שני, יש החולקים על אפשרות זו ורואים בפרשנות חוק חלק בלתי נפרד מהחלתו, כך שפרשנות "חדשה" תשנה את החוק בניגוד לפסקת שימור הדינים. ראו פסקות 6-12 לפסק דינו של השופט חשין ב**גנימאת** לעיל.

9 סעיף 10 ל"חוק יסוד: חופש העיסוק".

פרשנות חדשה ושונה מקודמותיה. לעומת זאת, בתחום ההגבלים העסקיים נראה שהוראות החוק עמומות במכוון כדי להותיר בידי רשויות האכיפה את הכוח ואת הסמכות ליישם את עקרונותיו בנסיבות שונות. וכך, פרשנות החוק לאור עקרונות המוגנים בחוקי היסוד תגביל את יישום החוק, ועל כן יש צורך לבחון את המגבלות החדשות החלות על רשויות האכיפה. אם כך, הדיון המוצע כאן ניתן ליישום כבר כעת בדרישה מרשויות האכיפה לכלול שיקולים נוספים במסגרת הפעלת סמכויותיהן ובדרישה לביקורת שיפוטית עליהן ועל החוק עצמו בעת הצורך.

מלבד שאלת הרטרואקטיביות, עולה גם השאלה אם יש כלל אפשרות להחיל את הוראות חוקי היסוד באופן שיגן על מונופוליסטים בכלל ועל תאגידים מונופוליסטים בפרט. חוקי היסוד החדשים מגדירים זכויות יסוד בעבור מגוון רחב מאוד של בעלי זכויות פוטנציאליים. "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" עוסק בהגנת זכויותיו של "כל אדם באשר הוא אדם", ו"חוק יסוד: חופש העיסוק" מגן על זכויותיהם של כל "אזרח או תושב".¹⁰ הגדרה רחבה זו נועדה לפתוח דלת רחבה ככל האפשר למבקשים להיכנס אל תחום חלותו של חוק היסוד ולדחות לשלב מאוחר יותר את המבחנים של איזון האינטרסים בין זכויות נוגדות או בין זכות מוגנת אחת לאינטרס חברתי נוגד. ניסוח זה כולל צרכנים ויצרנים כאחד, ואין דרך לומר מראש כי לקבוצה אחת צומחת הגנה חוקתית, בעוד שהשנייה נותרת בלעדיה. בהקשר שלנו, אולי מוזר יהיה לחשוב על מונופוליסטים בעלי עצמה כלכלית המסתופפים בצל קורתם של חוקי היסוד, אך "מוזרות" זו היא פרי אינטואיציה ראשונית בלבד, ומחשבה מעמיקה והניתוח שלהלן יראו כי שומה עלינו להתגבר עליה.

יש שיאמרו שהגנת זכויות היסוד של היצרנים, או לפחות של היצרנים שבידיהם כוח מונופוליסטי, אינה תואמת את כוונת המחוקק בהגנתו על זכויות יסוד של "אדם באשר הוא אדם", שכן בדרך כלל המונופוליסטים הם תאגידים (ואולי אף הגדולים שבהם), ולא יחידים. ובכל זאת, גם טענה זו יש לדחות על הסף משתי סיבות, ואלה הן:

ראשית, מקובל לראות גם בתאגידים גורמים בעלי זכויות הזכאים להגנת החוק, באותה מידה שזכאים לה יחידים. עמדה זו מקובלת בארץ ובעולם,

10 סעיף 2 ל"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" וסעיף 3 ל"חוק יסוד: חופש העיסוק", בהתאמה. ראו אהרן ברק, "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א (התשנ"ב) 9.

הן בספרות האקדמית בתחום והן בפסיקה מפורשת של בית המשפט העליון. אף חוקי היסוד החדשים עצמם יושמו כבר כמגנים על תאגידים, וזכויותיהם לפי חוקי היסוד אינן שונות מזכויות היסוד של כל "אדם" אחר.¹¹ דעה זו ניתנה לבסס פורמלית ביישום מילולי של חוקי היסוד עם חוקים אחרים, אך גם עקרונית, כגישה ראויה הודות למשמעויותיה החברתיות. מבחינה פורמלית, חוק הפרשנות, המקור החקיקתי לאופן ההבנה הנכון של חוקי המדינה, קובע במפורש ש"מקום שמדובר באדם – אף חבר-בני-אדם במשמע, בין שהוא תאגיד ובין שאינו תאגיד". כלומר אין נפקא מינה אם הוזכרה במפורש זכותו של תאגיד אם לאו; בכל מקרה יש לראות בתאגיד "אדם" ליישום החוק.¹²

מלבד הצידוק הפורמליסטי, ניתן להיעזר בהבנת ההקשר החקיקתי של חוקי היסוד ולקדם את תכליות החקיקה באמצעות הפרשנות הראויה. מטרת חוקי היסוד היא לעגן בנורמה מיוחדת את ההגנה על אינטרסים שהמחוקק ראה כחשובים במיוחד. חלק מאינטרסים אלה ממומשים במציאות המודרנית בהתאגדות, והגבלת ההגנה החוקתית כמי שחלה רק על יחידים, ולא על תאגידים, פוגעת באלה הבוחרים באמצעי הלגיטימי, קרי התאגדות, למימוש האינטרסים שלהם. בחברה המודרנית והתעשייתית דהיום, ההתאגדות היא לרבים אמצעי להגשים אינטרסים מגוונים, בעיקר בקניין, במסחר וכיו"ב.

11 ראו בג"ץ 726/94, 878 כלל חברה לביטוח נ' שר האוצר, פ"ד מח (5) 441, 471-472. שם קבע השופט לוי: "עיסוק יכול שיהיה של פרט ויכול שיהיה של תאגיד, וכשם שיש להגן על זכות היסוד של האדם, כפרט, לחופש העיסוק שלו, כן יש להגן על זכות היסוד לעיסוק של התאגיד, שהוא אישיות משפטית העומדת בפני עצמה. לא עולה על הדעת כי זכות יסוד של האזרח או של האדם תוגבל לאישיות פיזית ותישלל או תידחה מאישיות משפטית, שהרי חיים אנו בתקופה ובמציאות כלכלית אשר בהן רוב רובה של הפעילות הכלכלית והעסקית היא במסגרת של תאגידים, שהאדם מאחוריהם הוא בבחינת הזרוע המוציאה אל הפועל. אמור מעתה כי חוק יסוד: חופש העיסוק בא להגן על זכותו היסודית של העוסק בין כפרט ובין כתאגיד". בע"א 105/92 **ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית ואח'**, פ"ד מז (5) 189, נקבע ע"י השופט ברק כי "חופש העיסוק, זכות הקניין, זכויות נאשם וכיוצא בהן זכויות שקיומה של ישות פיזית ('בשר ודם') אינה חיונית בהן (כגון הזכות למשפחה) הן נחלתה של כל אישיות משפטית. על כן נהנה תאגיד מחופש הביטוי כמו כל בשר ודם". כן ראו בג"ץ 2313/95 **קונטקט לינסן נ' שר הבריאות**, פ"ד נ(4) 397, 410; **בנק המזרחי** (הערה 7 לעיל) בעמ' 471; בג"ץ 5277/96 **הוד, חברה לתעשיות מוצרי מתכת נ' שר האוצר**, פ"ד נ (5) 854, 866. לביקורת על עמדה זו, ראו עלי זלצברגר ואלכסנדר (סנדי) קידר, "המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי היסוד החדשים", **משפט וממשל ד'** (התשנ"ח), 489.

12 ס' 4 לחוק הפרשנות, התשמ"א – 1981, ס"ח 1030.

מניעת ההגנה מתאגידים תעמיד את החברים בתאגיד בעמדת נחיתות, בעיקר כאשר מימוש האינטרס כמעט אינו אפשרי ללא שיתוף פעולה בין יחידים, שיתוף פעולה שההתאגדות מקלה אותו.¹³ בפשטות, אדם המקים תאגיד בישראל עושה זאת ממגוון טעמים לגיטימיים שהמחוקק הכיר בהם, ואין היגיון ב"הענשתו" במניעת חופש הפעולה של התאגיד או בפגיעה סתמית בזכויותיו.

מובן שניתן לטעון כי עצם המונח "אדם באשר הוא אדם" בצירוף הזכויות האישיות והראשוניות הנקובות ב"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" מרחיקים אותנו מתאגידים מסחריים ונותנים משקל לפרשנות שאין הכוונה כאן לתאגידים.¹⁴ אך בדרך זו נמצא עצמנו מונעים הגנה חוקתית, בין השאר, מתאגידים שנוצרו במפורש למטרות תיאום בין יחידים כדי להגן על זכויותיהם.¹⁵ ניתן אמנם לטעון שיש להבחין בין סוגי תאגידים: תאגידים מסוימים יזכו להגנה חוקתית בשל האינטרס שהם באים לממש, ואילו תאגידים אחרים ייתפסו כישות אינסטרומנטלית בלבד, ללא זכויות משלהם. הבעיה בטענה זו היא שבמקרה זה חובה עלינו לספק כלים להבחנה בין התאגידים השונים, כמו גם בין פעולות שונות של תאגיד אחד (חלקן יהיו ראויות להגנה חוקתית וחלקן לא). מלבד הבעיות ביישום גישה כזו, ייווצר כאן דין חדש, הרבה מעבר למה שניתן לקרוא בחוקי היסוד כפי שנתקבלו. אם גישה כזו ראויה (וכלל לא שוכנעתי בכך), יישומה הראוי הוא בניסוח מחדש של חוקי היסוד, ולא בפרשנות מצירה שלהם בבתי המשפט.

וחרף זאת, מתקיימים דיונים רבים על אודות קיומן האפשרי של מגבלות על מעמדם של תאגידים כבעלי זכויות. מבלי להיכנס יתר על המידה לעובי הקורה, אומר כי ייתכן בהחלט שיש זכויות מסוימות שאנו מעניקים רק לבני אדם בשר ודם. מאפיינים "אנושיים" של זכויות מסוימות עשויים להצדיק הטלת מגבלות על תאגידים השונות מאלה שאנו מוכנים להטיל על בני אנוש. כאן, לעומת זאת, אדון ביישומן של זכות הקניין והזכות לחופש עיסוק, שתי זכויות שהחלתן על עולמם של תאגידים מקובלת בדרך כלל

13 לתמיכה בעמדה זו ראו גם אמנון רובינשטיין, **על המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל**, כרך ב התשנ"א, בעמ' 966; אהרן ברק, **פרשנות במשפט** (כרך 2), בעמ' 438-441; מנחם גולדברג, **חופש העיסוק ומגבלותיו**, בעמ' 54-56.

14 ואמנם ראו לטענה זו אצל אייל גרוס, "כיצד הפכה התחרות החופשית לזכות חוקתית? – בנפתולי הזכות לחופש העיסוק", **עיוני משפט** כג (2000) 229, 243-244.

15 ראוי לזכור כי אין אנו עוסקים רק בחברות מסחריות שמטרתן מיקסום הרווח, אלא אף בעמותות שנסדו למטרות אידאולוגיות, בארגוני עובדים ועוד.

כמובנת מאליה. אותה סיבה המשמשת להצדקת מעמד מוגבל של תאגיד לעומת יחיד היא המצדיקה החלה מלאה של זכויות אלו על תאגידים, שרובם נועד בדיוק להשגת מטרות רכושיות או לביצוע מהלכים עסקיים. גם אם זכויות מסוימות לכאורה אינן עולות בקנה אחד עם זכויות תאגידים למטרות רכושיות, הזכות לקניין היא הבסיס החוקתי לאותן מטרות, והזכות לחופש העיסוק מהווה כלי מרכזי במימושן. מניעת זכויות אלו מתאגידים תהווה מכה ניצחת ליכולת של יחידים לעשות שימוש בכלי המשפטי שהעניק להם המחוקק בדיוק למטרה זו. תאגיד שאין לו זכות קנויה להגנה על קניינו לא יוכל להתגונן מפני פגיעה שרירותית ברכושו, ותאגיד שאין לו זכות קנויה לחופש עיסוק לא יוכל להתגונן מפני התערבות שרירותית במהלכים העסקיים שהוא נדרש לבצע. למותר לציין כי אדם המשקיע ממיטב כספו ומרצו בעסק המוחזק בידי תאגיד משולל זכויות כזה, עלול להיפגע בחומרה, וסופו שימצא עצמו במצב גרוע בהרבה ממצבו אילו פעל במסגרת חוקית אחרת שאיננה מבנה תאגיד.¹⁶

שנית, יש להכיר בזכויות היסוד של תאגידים מטעם סגולי דיני ההגבלים העסקיים. כפי שראינו, הנחת היסוד של דיני ההגבלים היא שיש להגן על צרכנים מפני כוחם העדיף של יצרנים מונופוליסטיים. בשום מקום בדיון עד כה לא נטען שהצרכנים הם תמיד הצרכנים הסופיים של המוצר או שהם יחידים. גם מפעל הרוכש חומר גלם משמש כצרכן, והוא סובל מכל הבעיות שתוארו לעיל לגבי צרכנים, כאשר הספק של אותו חומר גלם הוא בעל מעמד מונופוליסטי. אותו מפעל הוא הצרכן שיסבול ממחיר גבוה, מכמות מוקטנת של חומר הגלם בשוק ומחדשנות רלוונטית מצומצמת של סוג המוצר שהוא רוכש. מסיבה זו דיני ההגבלים העסקיים מוחלים על מקרים מסוג זה, בדיוק כשם שהם מוחלים בשוק המוצרים הסופיים הנמכרים רק למשקי בית. בשני המקרים כאחד, המונופוליסט שלא יוגבל באמצעות הדין יעלה מחירים ויקטיין את הכמות המיוצרת, ובכך יפגע בו-זמנית במישור היעילות ובמישור ההגינות, כפי שתואר לעיל.

16 מן הראוי להדגיש בהקשר זה כי תחולת דיני התאגידים תמנע מאדם להפעיל את "זכויותיו" האישיות בקניין השייך לתאגיד. על פי דיני החברות למשל, לא תהא לבעל מניות אפשרות להגיש תביעה אישית בשל פגיעה בקניין של החברה במנותק מזכות תביעה של החברה גופה. אם כלל זה יוגמש, דהיינו זכותו של היחיד לקניין היא שתגן על קניינו של התאגיד, נמצא את עצמנו שוללים למעשה את מעמדה הבסיסי של החברה כאישיות משפטית נפרדת, ולכאורה אין צורך בתאגיד מלכתחילה.

אם אי-אפשר לדחוק תאגידיים אל מחוץ למעגל הרכיבים המוגנים לפי חוקי היסוד, חובה עלינו לבחון בקפידה את הזכויות המגנות עליהם בהקשר זה. גם יצרן מונופוליסטי, בין שהוא יחיד ובין שהוא תאגיד, יוכל להעלות את אותם הטיעונים שהיה מעלה אחרון הצרכנים, כשחוקי היסוד מגנים עליו. נותר לנו אפוא לבחון את תחולתם של חוקי היסוד החדשים על ענייננו ואת מעמד זכויות היסוד המוגנות של הצדדים העלולות להיפגע במסגרת הסדרת דיני ההגבלים העסקיים. חשוב להדגיש כי ה**ציזוקים** לחקיקת חוק ההגבלים העסקיים נדונו בהרחבה באינספור הקשרים בארץ ובעולם, בחקיקה עצמה או ביישומה בבתי המשפט או בכתבי מלומדים שעסקו בסוגיה. החידוש המוצע כאן הוא במיקוד הצד השני של הסוגיה, קרי בהעלאת טענותיהם של המונופוליסטים כצדדים מקבילים ברמת הזכויות שלהם וברמת ההגנה שיש לתת להם, כמו גם במיקוד התנגשות האינטרסים בין הצדדים כבעלי זכויות מוגנות, דהיינו כשוים במעמדם בפני המשפט החוקתי, גם אם הם אינם שווים במעמדם החברתי או הכלכלי.

מובן שמכל זאת אין להסיק שחופש הפעולה של התאגיד בלתי מוגבל. ככל אדם הפועל בחסות המשפט, גם לזכויות המוענקות לו יש גבול, וניתן להראות כי במקרים מסוימים יש אינטרס הגובר על הגנת הזכות שיטען לה כאן. לכיוון זה בדיוק ינוע הדיון כאן: בחינת האינטרסים המצדיקים הטלת מגבלות על זכויות היסוד של מונופוליסטים, לאחר שיוגדרו במדויק ההשלכות המעשיות של אותן זכויות.

לאור זאת, אתחיל דווקא בהצגת הטיעונים שיעלו המונופוליסטים להגנה על זכויותיהם, ואעשה זאת בהרחבה. לאחר מכן אבחן את טענות הנפגעים ממונופולין כמעין "טענות הגנה" לחוק ההגבלים העסקיים ולהסדרים הקיימים בו. סדר דיון זה, הגם שאינו שגיתי, מתחשב בהקשר שאנו פועלים בו בשני רבדים: ראשית, מתן דגש בחידוש המוצע ולא בטענות המוכרות לרוב העוסקים בתחום; שנית, מיקוד הדיון ביישומה האפשרי, בהתחשב בכך שדיני ההגבלים קיימים זה מכבר ומקובלים כלגיטימיים וכמועילים לחברה כולה. נייר עמדה זה מציג בעצם ביקורת על המבנה החוקי הקיים, וככזה עליו הנטל להראות כי הצורך בשינוי מוצדק לאור עקרונות המשפט החוקתי ולאור חוקי היסוד הקיימים. כמובן, אין להסיק ממבנה הדיון ומיקוד זכויותיהם של המונופוליסטים שיש כאן העדפה של הצד שלהם על פני צד אחר או שיש כאן הצעה לבטל את הצורך בדיני הגבלים עסקיים בכלל. ההפך הוא הנכון: בדיון יוכח שדיני ההגבלים העסקיים הכרחיים ומוצדקים, אלא שמתכונתם אינה משביעת רצון. מטרתי להראות כי בחינה

מחודשת של הדין הקיים נדרשת כדי להתאימו להקשר החקיקתי שבו הוא פועל, וכי שינויים ביישום הדין ובדרכי החשיבה השגורות לגביו הכרחיים לאור חוקי היסוד החדשים. בחינת טענות הנגד שיעלו הצרכנים (ואחרים) הנפגעים מן המונופול תסייע במציאת איזון אינטרסים בין הזכויות הנוגדות ובהתחשבות במטרות החברתיות הלגיטימיות. גם איזון כזה ייעשה לאור המבחינים המוגדרים בחוקי היסוד עצמם, בפסקות ההגבלה הכלולות בהם. אפתח אפוא בהצגת זכויות היסוד שיטענו להן מונופוליסטים תוך כדי ביסוסן על חוקי היסוד החדשים. לאחר מכן אבחן את חוק ההגבלים העסקיים עצמו מנקודת מבט המדגישה את פגיעתו באותן זכויות שחוקי היסוד מגנים עליהן. לאחר שאעמוד בנטל ההוכחה כי יש בדין הקיים בעיה אמיתית הדורשת פתרון, אכנס לעומקו של מבחן איזון האינטרסים בין הזכויות המתנגשות, המבחן הקבוע בפסקות ההגבלה. בדרך זו אבנה דיון מאוזן הלוקח בחשבון את האינטרסים של הצרכנים ושל המתחרים, "קרבות המונופולין", ואת האינטרסים של המונופוליסטים, שעד כה סבלו מהזנחה יחסית לצרכנים של מוצריהם.¹⁷ יישום פסקות ההגבלה על דיני ההגבלים העסקיים מהווה חידוש בתחום, ושאפתי היא להראות כי ניתן להשתמש במבחינים שפותחו בהקשרים אחרים גם להעשרת תחום זה.

שני חוקי היסוד החדשים מפנים מקום לטענות משכנעות של יצרנים ושל צרכנים כאחד. "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" קובע בס' 3 את הזכות לקניין. "חוק יסוד: חופש העיסוק" קובע בס' 3 את הזכות לחופש עיסוק. כיצד יוכלו המונופוליסטים לעשות שימוש בשתי זכויות יסוד אלו כדי לתקוף את המגבלות המוטלות עליהם בשם חוק ההגבלים העסקיים?

17 יש שיתמהו על כך שרק צרכנים ומתחרים זוכים כאן להתייחסות כ"קרבות המונופולין". אמנם ראינו לעיל כי קיומו של מונופולין עלול לפגוע לא רק באלה הנמצאים בקשר ישיר (של רכישה או תחרות) עם המונופוליסט, אלא המשק כולו עלול להיפגע בבזבוז משאביו או במניעת חדשנות; ניתן לומר כי קבוצת הנפגעים כוללת כל פרט ופרט שהפגיעה במשק משפיעה עליו, ולו בעקיפין. ובכל זאת, ההבחנה בין הפגיעה הישירה בצרכנים ובמתחרים לבין הפגיעה העקיפה בשאר הפרטים בחברה היא הבחנה חשובה שיש לשמר. הסיבה היא שהפגיעה העקיפה היא בעצם ניסוח מחדש של מישור היעילות שהוגדר לעיל, בעוד שהפגיעה הישירה היא **בזכויותיהם** של הצרכנים והמתחרים (שיפורטו ויוגדרו להלן), קרי במישור ההגנות. ההפרדה בין הדיון ביעילות לבין הדיון בהגנות מאפשרת הגנה על זכויות הנפגעים, גם כאשר המשק בכללותו אינו נפגע, ולעתים אף נהנה, מתופעות מונופוליסטיות.

א. הזכות לקניין

הזכות לקניין נחשבת זכות יסוד המוגנת בכל משטר דמוקרטי, והיא אינה חדשה בישראל. זכות זו הייתה מוגנת ומוכרת בדין כזכות יסוד הרבה לפני "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו". ובכל זאת, חוק היסוד רומם את הזכות למעמד חדש בנתנו לה מעמד על-חוקי, לפחות במגבלות מסוימות שנדון בהן להלן.¹⁸ הזכות לקניין ניתנת לפירוש כמגנה על מגוון אינטרסים, אישיים וכלכליים כאחד. הזכות לקניין מקובלת כבעלת תחולה רחבה וכמגנה על זכויות חפציות וחוזיות כאחת. באופן כללי "הדגש הוא [...] על התכלית, והיא בעיקרה מניעת שלילתו של מה שיש לאדם".¹⁹

מתנהל ויכוח בדבר הגדרת היקף תחולתה של ההגנה החוקתית על הקניין, אם היא מוחלת על כל פגיעה ברכוש, אפילו היא קטנה, או שהיא (ההגנה החוקתית) קמה רק כאשר מדובר בפגיעה ניכרת.²⁰ באשר לדיון שלנו

18 ראו למשל יהושע ויסמן, **דיני קניין** – חלק כללי (א), עמ' 37; אהרן ברק, **פרשנות במשפט** (כרך 2), עמ' 467; אוריאל פרוקצ'יה, "הגנה חוקתית על הקניין בראי התיאוריה הכלכלית", **משפטים** כח 621 (תשנ"ז); אהרן יורן, "היקף ההגנה החוקתית על הקניין וההתערבות השיפוטית בחקיקה כלכלית", **משפטים** כח 443 (תשנ"ז); יהושע ויסמן, "זכות קניין בפסיקה: התיאוריה בשירותי הפרקטיקה", **עיוני משפט** טו 53 (תש"ן). בבג"ץ 2390/96, 360/97, 1947/97 **יהודית קרסיק ואח' נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה (2) 625 קבע השופט חשין כי "[...] חוק היסוד חדר אל ליבתה של זכות הקניין; העלה אותה במעלות המשפט החוקתי; וממילא הפגיעה מתחמומו הבלעדי של המשפט הפרטי. זכות קניין ניתן לתארה – מאז חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – גם כזכות יסוד מן המשפט החוקתי". בע"א 7112/93 **צודלר ואח' נ' יוסף ואח'**, פ"ד מח (5) 550, נקבע כי "זכות הקניין הינה מן הזכויות בעלות העוצמה הרבה ביותר, והרי היא מעין זכות יסוד טבעית שהטילה עוגן במתחם החוקתי אף הוא".

19 ראו פ"ד **בנק המזרחי**, הערה 7 לעיל, בסי' 69 לפסק דינו של הנשיא (דאז) שמגר. כן ראו יהושע ויסמן, "הגנה חוקתית לקניין", **הפרקליט** מב (1995) 258, 267. מנגד, יש הטוענים כי יש לפרש את זכות הקניין באופן מרחיב, כך שתגן לא רק המצב הקיים, אלא גם על המצב כפי שראוי שיהיה, קרי גישה חלוקתית. ראו לדוגמה אייל גרוס, "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", **עיוני משפט** כא (3) (התשנ"ח) 405. באשר לענייננו, לא ברור כי גישה כזו תשנה באופן ניכר את הדיון, שכן גם אם נקבל שיש צורך להגן באופן מוגבר על אלה שמזלם לא שפר עליהם מלכתחילה, עדיין נמצא עצמנו נדרשים לבחון כל מקרה ומקרה לגופו כדי לראות איזה מן הצדדים זכאי להגנה מוגברת (אם בכלל). כפי שצרכן בידי ההגבלים העסקיים יכול להיות גם מפעל המוצא עצמו מול ספק מונופוליסטי, כך גם עשוי אותו מפעל להיות בעל קניין (במובן המסורתי של המילה) רב יותר מן הספק המונופוליסטי שאותו אנו באים להגביל.

20 ראו הדיון בפ"ד **בנק המזרחי**, הערה 7 לעיל. בסעיף 100 לפסק דינו של השופט (כתוארו דאז) ברק, הוא דוגל בהגדרה רחבה של זכות הקניין, כך שגם פגיעה קלה תקים את ההגנה החוקתית, הגם שזו תוכשר אולי אחר כך ביישום פסקת ההגבלה. לעומתו,

בחוק ההגבלים העסקיים, אין צורך להכריע בסוגיה זו, שכן הפגיעות שאנו דנים בהן הן בדרך כלל ניכרות בעבור שני הצדדים לדיון – בין שמדובר במונופוליסט, שאופן ניהול עסקיו מוגבל על ידי רשויות האכיפה, ובין שמדובר בקרבנות המונופולין, הנפגעים ממניעת מוצרים או מיצירת מחסור מלאכותי, כפי שתואר לעיל.

יישום הזכות לקניין דווקא כדי להגן על מונופוליסטים אינו מקובל בתחום, ויש לבחון בקפידה. הטענה הבסיסית שיוכלו המונופוליסטים להעלות היא שמעצם מהותו, חוק ההגבלים העסקיים מיועד לפגוע ביכולתם לעשות שימוש חופשי בקניין שרכשו וליהנות מרווח מקסימלי מפעילותם המסחרית. על עניין זה קשה לחלוק. כפי שראינו לעיל, ניסיונם של המונופוליסטים "ליהנות מקניינם", לשון אחר, להשיא את רווחיהם, הוא בדיוק מקור הבעיה לקרבנותיהם הישירים והעקיפים. אם נאפשר למונופוליסטים לנצל את קניינם באופן חופשי, ללא מגבלות חיצוניות, התוצאה תהיה מונופולים, קרטלים וכיו"ב, על כל התוצאות השליליות המשתמעות מכך ושנידונו לעיל.

ועם זאת, יש לשים לב כי טענת המונופוליסטים להתערבות בזכות הקניין שלהם אינה באה לסתור את החששות המועלים כאן לגבי הנזק שייגרם לאחרים מכך. בשלב זה, הצגת הדברים היא מנקודת המבט של המונופוליסטים עצמם, המציגים עמדה חד-צדדית של זכויות היסוד המוגנות שלהם. אם נשתכנע כי לטענותיהם יש על מה להתבסס, נפנה אל הצד השני של המטבע, אל הנזקים לפרט ולחברה מקיום המונופולין, ונבחן אם ומתי נזקים אלה מצדיקים פגיעה בזכויות המונופוליסטים. המבחן הסופי יהיה כמובן לאור איזון האינטרסים של כל המעורבים בסוגיה ולאור הוראות חוקי היסוד עצמם.

מהי אותה "הנאה מקניין" שהמונופוליסטים טוענים לה? פן ראשוני שלה הוא הזכות לעשות שימוש ברכוש קיים ולהפיק ממנו רווח. המונופוליסט יטען בפשטות כי אל לה למדינה להתערב במידת הרווח שהוא מפיק מקניינו, וכי כל מגבלה על מידת הרווח או על ההחלטות העסקיות שלו המייצרות לו מידת רווח מקסימלית מהווה פגיעה בזכותו להגנה על קניינו. מלבד אמירה

הנשיא (כתוארו דאז) שמגר סובר שהגדרה כזו תגרום למעורבות-יתר של בית המשפט בכל יישום של חקיקה או מדיניות כלכלית, ויש לשמור את ההגנה החוקתית רק לאותם מקרים שהפגיעה ניכרת (ראו סעיף 69 לפסק דינו).

כללית זו, ניתן לקשור את הזכות לקניין לחופש החוזים המקובל אצל כול כמוגן גם הוא. חופש החוזים הוא ביטוי מעשי של הזכות לקניין, שכן בחברה המודרנית חלק מרכזי בשימוש של אדם בקניינו הוא בביצוע עסקות שונות באותו קניין, עסקות שיאפשרו לו לנצל את היתרונות הגלומים בבעלות על רכוש.²¹ קשה לדמיין את הזכות לנכס מסוים ללא הזכות למכרו לאחר וליהנות מפרות ההשקעה. חופש החוזים מקובל כמגן על בחירתו החופשית של אדם למכור או לרכוש נכס מסוים בתנאים ובמחיר שרצה בהם. במובן זה, חופש החוזים מהווה חלק מזכותו של אדם לאוטונומיה אישית בקבלת החלטותיו, אוטונומיה שניתן לקשרה להגדרת כבוד האדם עצמו או באופן ישיר כאן – להיקף ההגנה על הקניין.²²

המונופוליסטים יטענו כי זכותם לייצר כאוות נפשם ולמכור במחיר מוסכם מרצון בינם לבין קונים ויכולתם לנצל לטובתם את היתרונות הגלומים במעמדם בשוק נפגעות מהתערבות המדינה בתנאי העסקה. זכותם לקניין, יוסיפו, כוללת את הזכות להעלות למקסימום את הרווח שיפיקו מן הרכוש שבעלותם, מבלי שגורם חיצוני יחליט בעבורם בדבר תנאי העסקה או ימנע מהם להגיע למעמד שיאפשר להם למקסם את אותו הרווח.

טענה זו נראית ככפירה בעיקר, שכן ההתערבות כאן אינה שרירותית גרדא, אלא היא באה להגן על הצד השני לחוזה, אותם הקונים הנדרשים כעת לשלם מחיר או לעמוד בתנאים שלא היו מקובלים עליהם, ללא המעמד המונופוליסטי של המוכר. למרות זאת, טענת המונופוליסטים מבוססת על עקרונות מקובלים: החופש החוזי שלהם מתבטא ביכולתם לדרוש כל מחיר או תנאי הנראים להם רצויים, ואילו החופש החוזי של הקונים הפוטנציאליים מתבטא ביכולתם של אלה להעמיד תנאים אחרים לעסקה או לסרב לה ולהתנזר מאותו מוצר. יש שיאמרו שהצרכנים במקרים מעין אלה משוללים יכולת לסרב לעסקה, שהרי הגדרנו מראש שעסקינן במונופול, וממילא אין אפשרות לבחור ברכישה מיצרן אחר. לשון אחר, ניתן לומר כי אנו עוסקים לא בחופש חוזי, אלא בדרישת המונופוליסטים לחופש **לכפות** את רצונם על

21 ראו גבריאלה שלו, "חופש וצדק בדיני חוזים", **שנתון משפט העבודה**, כרך ה (התשנ"ה), בעמ' 153-163; דניאל פרידמן ונילי כהן, **חוזים**, (כרך א, 1991) בעמ' 15; גבריאלה שלו, **דיני חוזים** (התש"ן), עמ' 26. ראו גם את דברי השופט ברק בד"נ 22/82 **בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ ואח'** פ"ד מג (1) 441, 486.

22 ראו אביגדור לבונטין, "זכות קניין – מהי?", **משפטים** ט 384-415 (התשל"ט); נילי כהן, "השוויון מול חופש החוזים", **המשפט** א 131 (1993).

הצרכנים. "חופש" מסוג זה אינו בגדר ההגנה על זכות הקניין או הזכות לחוזה מרצון.

באופן מפתיע אולי דווקא טיעונם של המונופוליסטים הוא החזק יותר כאן, משני טעמים. ראשית, הגדרנו מראש כי ענייננו כעת הוא אך ורק בהעלאת הטיעון שלמונופוליסטים יש זכויות יסוד מוגנות שראוי להתחשב בהן, ולכן טיעון הנגד של צרכנים שגם להם יש זכויות מוגנות אינו רלוונטי **בשלב זה**. ניתן יהיה לקבוע אם ההגנה על זכויות הצרכנים מוצדקת, **לאחר** שנבחנו זכויות המונופוליסטים, לאור מבחן איזון האינטרסים הקבוע בחוק היסוד עצמו המאפשר פגיעה בזכויות צד אחד כדי להגן על הצד השני. מבחן איזון האינטרסים, שימלא תפקיד מכריע בביסוס המסקנה הסופית בסוגיה, הופך לרלוונטי רק לאחר שביססנו את השלב הראשוני שאנו נמצאים בו כעת: הגדרת זכויות המונופוליסטים. שנית, הניסיון לומר כי אין כאן חופש חוזי אלא כפייה חוזית מתאים אולי לחלק מן הנסיבות שיש בהן מונופול, אך בוודאי לא לכולן. באופן פורמלי, כוחו של המונופוליסט כלפי צרכניו הוא רק בקביעת **תנאי** העסקה. ההחלטה אם להתקשר בעסקה או לא היא החלטה חופשית של הצרכנים עצמם, הבוחנים את הרצוי להם. ניתן לומר כי אם בסופו של דבר יצאה עסקה אל הפועל, אותה הוא שהצרכנים החליטו כי עדיפה להם הרכישה, גם במחיר ובתנאים שקבע המונופוליסט, על פני התנזרות מצריכה. הווה לומד מכאן שהעסקה רצונית גם מבחינתם. כמובן, הגדרה פורמלית כזו אינה מספקת לענייננו, שכן ניתן להגדיר באופן דומה גם מצב שצד אחד לחוזה מחזיק אקדח מול רקתו של הצד השני ונותן לו "בחירה חופשית" אם להסכים לתנאים או ליהרג. מסיבה זו בדיוק מגדירים דיני החוזים את המושג "כפייה" באופן רחב דיו כדי לפסול חוזה שצד מסוים "הסכים" לו בלית בררה ממשית, גם ללא תנאי קיצוני, כגון אקדח או איום על חיים. הגדרה חוזית זו יכולה להיות רלוונטית גם לענייננו.

מדוע בכל זאת אטען כי אל לנו למהר ולדחות את טענת המונופוליסטים? הסיבה היא שחשוב לזכור כי מונופול קיים לא רק במוצרים שהצרכן אינו מסוגל לוותר עליהם, אלא גם במוצרים שיש להם תחליף מסוים או שהתנזרות מצריכתם לא תיחשב כפגיעה כה נוראה, עד שהמדינה חייבת להגן על הנפגע מפניה.

נבחן דוגמה להמחשת העניין: נניח כי יש מונופול מסוים לממכר מכוניות יוקרה. נניח גם כי אם לא נערב את דיני ההגבלים העסקיים, המונופול יציב דיו עד כדי כך שאל השוק לא יוכל להיכנס מוכר מתחרה, ונוסיף אף שאין בשוק מכוניות יוקרה אחרות הנחשבות תחליף ראוי בעיני הצרכנים

הפוטנציאליים. ללא ספק, דיני ההגבלים הקיימים יראו במצב זה מונופול ויאפשרו (או אף יחייבו) את התערבות רשויות האכיפה ביחס לתנאי העסקה וכך הלאה. לעומת זאת, הטיעון הנוכחי מתמקד בשאלה אם יש כאן רצונויות של הצדדים או כפייה המאיינת את משמעותו של חופש חוזי. אין ספק כי הצרכנים הפוטנציאליים של מכוניות היוקרה יעדיפו כי רשות חיצונית תגביל את המחיר שהמונופוליסט רשאי לדרוש, אך לא זו השאלה כאן. השאלה היא אם ניתן לראות בדרישתו זו של בעל המונופולין לשלם מחיר גבוה בתמורה למוצריו כפייה על הצרכנים לשלם מחיר זה, או שמא הם אינם אלא קונים מרצון, הרשאים לקבל את תנאי העסקה או לסרב לה (ולהסתפק במכונית הנראית בעיניהם פחותה ברמתה או כל פתרון אחר שימצאו). נראה לי שקשה לקבל כאן טענה של כפייה חוזית, שכן הקונים לא הועמדו במצב של "אין בררה". הם נותרו עם יכולת בחירה, והודות לה יכלו בקלות יחסית להחליט כי הם מעדיפים להמשיך בחייהם גם בלי מכונית היוקרה ששאפו לקנותה. מצד שני, אילו היה המונופול במוצר כדוגמת חלב, לחם או אף דירת מגורים, קל יותר היה לטעון כי צרכן סביר ירגיש שאין לו בררה ממשית אלא לרכוש את המוצר שבמונופול, ועל כן הוא עלול להסכים גם לתנאים שאינו רוצה בהם כלל וכלל.

מהו הבסיס להבדל בין המקרים השונים? נראה כי כל עוד מדובר במוצר המקובל כמוצר יסודי, שצרכן סביר מרגיש שאינו יכול בלעדיו, אין רצונויות מלאה בהחלטה אם לרכשו או להתנזר ממנו. גם אם קיימת האפשרות התאורטית להסתדר ללא המוצר המסוים, בשלב מסוים אנו אומרים שההחלטה אינה החלטה רצונית המבטאת את החופש החוזי של שני הצדדים לעסקה, אלא שהיא כפייה, שגם אם אינה פיזית ממש (דוגמת האקדח המכוון לרקאה), היא בגדר לחץ דומה על הצרכן.²³

23 אין לנו צורך כאן להיכנס למורכבות טענת הכפייה בדיני החוזים. יש שטענת כפייה תתקבל, על אף שהצד "הנכפה" יכול היה לוותר על החוזה מלכתחילה, אלא שיחסי כוחות בלתי שוויוניים בעליל בתוספת תוצאה מסתברת חמורה שהייתה נגרמת לצד הנכפה לו סירב לעסקה, מחילים את ההגדרה הרחבה של כפייה. ועם זאת, חשוב לזכור כי בשלב זה של הדיון בדיני ההגבלים העסקיים, איננו עוסקים דווקא במוצרים מסוג מסוים; להפך: ההגדרות הרחבות של חוק ההגבלים, כפי שנראה בהמשך, חלות על כמעט כל מוצר, ולכן אנו נדרשים לביסוס רחב ככל האפשר של הצדקתן. מלבד זאת, אם בכפייה ממש עסקינן, ניתן להחיל את הפתרונות המגוונים שיצרו דיני החוזים, ואין לכאורה צורך בתחולה מקבילה של דיני ההגבלים העסקיים. התוצאה היא כי אין ממש בטענה חוזית של כפייה בהקשר הנדון כאן, וכי טיעון המונופוליסטים בדבר רצונויות החוזה והצדקת האי-התערבות הוא בעל משקל.

דיני החוזים דנים בהרחבה בהגדרת מצבי כפייה, ואילו כאן אין לנו צורך בכך, למעט ההבהרה כי מרבית המצבים שדיני ההגבלים עוסקים בהם לא יקימו טענות של כפייה חוזית, ולכן נותרת העסקה עסקה רצונית שחופש החוזים מגן עליה. מכיוון שכך, טיעוני המונופוליסטים להגנת זכויותיהם, יש להם ברוב המקרים על מה לסמוך, ונדרש בירור של איזון האינטרסים הראוי בין זכויותיהם לבין הזכויות של אלו שייפגעו מקיום המונופול. השאלה היכן עובר קו הגבול היא לב הדיון, לאחר שביססנו היטב את עצם הטיעון שיש צורך בקו גבול כזה מלכתחילה. אם הראיתי כי איננו יכולים לדחות את טענותיהם של המונופוליסטים על הסף, וכי יש צורך באיזון אינטרסים ובבחינת מקרים שונים מצד מידת הפגיעה בזכויותיהם של הצדדים השונים (לרבות זכויותיהם של המונופוליסטים עצמם), דיני בשלב זה.

בסיכומי של עניין, באותם מקרים שאי-אפשר לומר כי מתקיימת בבירור כפייה המאיינת את רצונית העסקה מלכתחילה, עלינו לקבל את הטענה כי התערבות המדינה במחיר החוזי או בתנאים אחרים למסחר פוגעת בזכות הקניין של המונופוליסט. השאלה אם ההתערבות והפגיעה מוצדקות היא שאלה נפרדת, והיא תיבחן להלן.

המשפט החוקתי בכלל והדיון בזכויות יסוד בפרט עוסקים באיזוני אינטרסים, וכל אחד ואחד מן הצדדים לדיון מעלה טיעונים להגנת זכויותיו. הצורך באיזון אינטרסים תוך כדי שקילת מעמדם של כל טיעון ושל כל זכות אינו חדש, אלא שהדיון בדיני ההגבלים העסקיים ממעיט בכך – ולא בצדק. מכיוון שמנקודת המבט הבסיסית של דיני ההגבלים התופעות המונופוליסטיות מסכנות את רווחתם של צרכנים ושל מתחרים פוטנציאליים, נוח לחשוב על זכויות הצד החלש. והנה, ראינו כי גם המונופוליסטים עצמם רשאים להעלות טיעונים להגנת זכותם לקניין, ואיננו רשאים להתעלם מהם. יתרה מכך, המונופוליסטים הם אמנם "הצד החזק" ביחסי המסחר בינם לבין צרכניהם, אך מרגע שדיני ההגבלים עירבו את המדינה ואת רשויותיה ביחסים אלה, המונופוליסטים עומדים לא רק מול הצרכנים, אלא גם מול רשויות אכיפה בעלות סמכויות נרחבות, כפי שנפרט מיד, ומולן הם דווקא הצד החלש. התוצאה היא שדיון מלא בסוגיה חייב לכלול התעמקות בשאלה אם התערבות המדינה בזכויות המונופוליסטים ופגיעתה בהן מוצדקות ומתחשבות בזכויות היסוד שלהם.

"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" אינו מגדיר זכויות מוחלטות. הגנה על מימוש זכותו של אחד כרוכה בהכרח בהגבלת מימוש זכותו של אחר,

במקרים הרבים שזכויות אלה מתנגשות זו בזו. מכיוון שכך, רשאית המדינה להגביל את מימוש הזכויות הנקובות בחוק היסוד, אלא שהגבלה כזו תצטרך לעמוד בתנאים הנקובים ב"פסקת ההגבלה" הכלולה בחוק היסוד. מכיוון שפסקת ההגבלה זהה בתוכנה לפסקה המצויה ב"חוק יסוד: חופש העיסוק", אפרט את העילות הרלוונטיות גם לו, ואחר כך אנתח את יישום פסקות ההגבלה של שני חוקי היסוד בדיני ההגבלים העסקיים.

ב. הזכות לחופש עיסוק

כמו הזכות לקניין, גם חופש העיסוק אינו יצירה חדשה של חוק היסוד. כבר ב-1949 דן בג"ץ בסוגיה והגדיר את חופש העיסוק כזכות יסוד שמשטר דמוקרטי מחויב לכבד.²⁴ כמוכך, כיבוד הזכות אין משמעו שהיא חסינה מכל פגיעה, ולכך נגיע בהמשך.

מהו חופש העיסוק? מקובל להגדיר את חופש העיסוק כזכות לבחור עיסוק, לעסוק בו, להפעיל שיקול דעת עצמאי ביחס לאופן הפעולה במהלכו ולבחור את העת ואת האופן של הפסקתו. מובן שאין עיסוק נקי ממגבלות, בין אם הן מגבלות מן הדין ובין אם הן מגבלות מן המציאות. למשל, עיסוקים רבים דורשים רישיון או עמידה בתנאים שהמדינה הציבה, כגון עריכת דין, הנדסה אזרחית, ראיית חשבון ועוד רבים אחרים. עצם קיומן של המגבלות מקובל כיסוד לגיטימי, אך יש להכיר בעובדה כי בסיס לגיטימי (ואף מובן מאליו) ניתן לעיוות ולשימוש לרעה. מכיוון שכך, בתי המשפט מוכנים לדון בהיקף המגבלות המוטלות על עיסוק כלשהו, ויש מקרים שמגבלות מסוימות תיחשבנה לחורגות מן ההיקף המותר.²⁵ "חוק יסוד: חופש העיסוק" עיגן את מעמד הזכות, וכך מה שבעבר זכה להגנה של בתי המשפט ושל עקרונות יסוד מקובלים נהנה כעת מהגנת המחוקק (ואולי אף בסמכותו כרשות מכוננת). המעמד העל-חוקי שסקרנו לעיל ביחס לזכות הקניין ניתן גם לחופש העיסוק באמצעות חוק היסוד.

24 בג"ץ 1/49 בז'רנו ואח' נ' שר המשטרה ואח', פ"ד ב 80.

25 ראו למשל בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא (4) 367, ובו הכריז לראשונה בית המשפט העליון על סעיף חוק כבלתי חוקי בגלל היותו עומד בסתירה לחוקי היסוד החדשים. ביהמ"ש קבע כי החוק לא עמד בתנאים של פסקת ההגבלה, שכן הוראות המעבר שבו פגעו בחופש העיסוק במידה העולה על הנדרש.

חופש העיסוק ניתן ליישום בהקשר דיני ההגבלים העסקיים להגנה על הצדדים המעורבים. מנקודת מבטו של הצרכן, יש לזכור כי מונופולין עלול להתקיים לא רק במוצרים סופיים, המיועדים לצריכה מיידית, אלא גם בחומרי גלם המשמשים לייצור לאחר מכן או אף במוצרים הכרחיים בתחום עיסוק מסוים. וכך, מונופוליסט המקטין את ההיצע ומעלה מחירים עלול לפגוע בצרכנים לא רק בכיסם, אלא אף ביכולתם להמשיך ולעסוק בתחום שבחרו לעסוק בו. לדוגמה, נניח כי העיסוק בבניית בנייני משרדים דורש ברזל מסוג מסוים, שרק הוא בעל התכונות המאפשרות בניית בניין בגודל המבוקש. נניח שאספקת אותו סוג ברזל נשלטת בידי מונופוליסט המבקש להעלות את מחירו, ולכן הוא מקטין באורח ניכר את הכמות בשוק הבנייה. במקרה כזה, העוסקים בתחום בנייה זה עשויים לטעון כי לא רק שמקור פרנסתם נפגע במובן הקנייני, אלא שגם עצם יכולתם לעסוק בתחום שבחרו והתמחו בו נפגעה; אשר על כן, ההגנה על חופש העיסוק שלהם דורשת גם פיקוח על עסקיו של אותו מונופוליסט והסדרתם. באופן דומה, מתחרה בכוח או בפועל הנדחק אל מחוץ לשוק שבו ביקש לפעול מוצא את חופש העיסוק שלו נפגע מיד בשל כוחו הכלכלי העדיף של המונופוליסט בתחום. הדוגמה הקודמת ניתנת ליישום כאן בתוספת קטנה: אותו מונופוליסט בתחום הברזל לבנייה אינו מבקש רק להגדיל את מתח הרווחים שלו, אלא גם להיכנס לשוק הבנייה בעצמו, ובהקטנת האספקה למתחריו הוא משפר את מעמדו בשוק הבנייה, נוסף לביצור מעמדו כמונופוליסט בתחום חומר הגלם.²⁶ יוצא שבשאיפתו להשאת רווחיו, המונופוליסט עלול לדחוק רגלי אחרים אל מחוץ לשוק שבחרו לפעול בו ולמנוע מהם את חופש הפעולה לעסוק בתחום לפי רצונם ובחירתם. ניתן להוסיף דוגמות למכביר, אך ברור כבר כעת כי חופש העיסוק של קרבנות המונופולין עלול להיפגע קשות ללא ההגנה של החוק ושל רשויות האכיפה.

מנגד, גם המונופוליסט יכול להצטייד בטענות רלוונטיות בתחום חופש העיסוק. ככל אדם אחר (או לפחות כל "אזרח או תושב" ש"חוק יסוד: חופש העיסוק" מגדיר כבעלי זכויות), גם המונופוליסט מעוניין לפעול בתחום עיסוקו בלי שיגבילו את פעולתו. מלבד אבדן הרווח ומלבד החופש החוזי שניתן להגדרה במסגרת "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", חופש העיסוק

26 דוגמת המונופוליסט כמתחרה מוסיפה את הצורך לדון בתחומים המוכרים כאינטגרציה אנכית וקשירת מוצרים. מכיוון שמטרתנו כאן רק להאיר אפשרויות ליישום ולא להתמקד בדוגמה מסוימת, אין צורך להיכנס לפרטי ניתוח הרווחיות של פעולות מסוג זה.

מכוון ישירות אל יכולתו של בעל הזכות להפעיל את עסקיו כראות עיניו, להיכנס אל התחום הרצוי לו או לבחור את הלקוחות ואת הספקים שהוא מעוניין להתקשר עמם, לרבות תנאי העסקה. כפי שראינו, מהותם של דיני ההגבלים העסקיים היא בהגבלת כוחו של המונופוליסט בכוח או בפועל לנהל את עסקיו "כראות עיניו". גם אם המגבלות המוטלות על פי דין הכרחיות או מוצדקות כדי להגן על אחרים, אין ספק כי מדובר בהתערבות ישירה ובוטה בחופש הפעולה של המונופוליסט. באופן ספציפי, דיני ההגבלים מונעים מן המונופוליסט בכוח או בפועל לחרות חוזים כרצונו (האיסור על הסדרים כובלים), להרחיב את מעגל האחזקות שלו (המגבלות על מיזוגים) ואף למכור בתנאים הרצויים לו (פיקוח על כוח מונופולין). בקיצור, דיני ההגבלים העסקיים מהווים מעצם הגדרתם מגבלה על חופש העיסוק של המונופוליסט, מתחילתם ועד סופם. בכך אין הפתעה מרובה, שהרי תכלית החקיקה היא להגן על החלשים מפני החזק ולמנוע ממנו את האפשרות לנצל את כוחו לרעה.

ניתן כמובן לבחון באופן שונה את טענותיו של המונופוליסט ולומר כי "חופש העיסוק" שהוא טוען לו הוא בפועל החופש לעשוק את מתחריו ואת צרכניו, וכי המחוקק יצר רשות ממלכתית בדיוק כדי למנוע עושק מעין זה. דווקא כוחו הכלכלי של בעל המונופולין הוא המאפשר לו חופש כמעט בלתי מוגבל בניהול עסקיו. המגבלות שמטיל הדין באמצעות הפיקוח של רשויות האכיפה, מטרתן להחזיר את האיזון שהופר באמצעות כוח השוק שבידי המונופוליסט. בכל מקרה, ברור שחופש העיסוק של המונופוליסט עומד בניגוד מוחלט לחופש העיסוק של אלו העלולים להרגיש את נחת זרועו, ואין משמעות להגנה על האחד מבלי לפגוע בשני.

עד כאן אין כל חידוש. הניתוח לעיל הוא המשמש להצדקת מעורבותה של המדינה בשוק המסחרי כדי למנוע פגיעה בהגינות וביעילות שמונופול בלתי מוסדר עלול ליצור. הבעיה היחידה כעת היא שהעמדת המונופוליסט מול קרבנותיו מקלה עלינו את המשימה יתר על המידה. תמונת השחור-לבן, טוב מול רע, המצטיירת אינה מתאימה למורכבות ולאחריות שאנו מצפים להן בדיון חוקתי. גם אם אינטואיטיבית נדמה לנו שיש צורך להגביל בסופו של דבר את כוחו של המונופוליסט, אין כל הצדקה לעשות כן בשלילת טיעוניו מראש ובהעמדתו חסר זכויות בפני החוק. הטלת מגבלות על חופש הפעולה של המונופוליסט מבלי לשקול את זכויותיו המוגנות, אלא רק את אלה של קרבנותיו הפוטנציאליים, היא התעלמות הדין ממעמד המונופוליסט כבעל זכויות ומזכאותו להגנה בהוראות חוק היסוד. כפי שנראה

להלן, רבות מהוראות דיני ההגבלים המוכרות כיום חוטאות חטא זה: התחשבות בזכויות הקרבנות הפוטנציאליים וביתרונות למשק כולו מהגבלת המונופולין, בצד התעלמות מפליאה מזכויות היסוד של המונופוליסטים. כל דיון משמעותי בחופש העיסוק מעמיד את זכותו של האחד מול האינטרס הנוגד של האחר, ונוצר צורך לא להכריע בין השניים, אלא לאזן ביניהם. כך גם כאן. נכון שקבלת טענותיו של צד מסוים תפגע בצד השני, אך עובדה זו אינה חדשה או ייחודית להקשר זה, והיא מהווה בדרך כלל הצידוק העיקרי לבחינת הנושא מבעד מסנן איזון האינטרסים שעליו אמורים המשפט החוקתי ופסקות ההגבלה בחוקי היסוד. בדומה ליכות הקניין, גם כאן נוצר מצב שיש לבחון בו לא רק אם להתערב, אלא עד כמה ובאילו תנאים. הנטייה האינטואיטיבית לפסוק לטובתו של הקרבן ולרעת מי שנתפס כ"איש הרע" צריכה לעמוד במבחן החוק. מלבד זאת, המציאות רוויה מקרים מורכבים, שבהם אין בהכרח הצדקה להתערבות פעילה מן הסוג שהדוגמות הפשוטות והחד-ממדיות מזמינות. השאלות שנבחן בעצם הן מהי ההצדקה להתערבות בכלל, ומהן הנסיבות הספציפיות שיחזקו או יחלישו את הנטייה להפעיל את כוחו של החוק.

יש הטוענים כי קיים קשר ישיר בין תחרות חופשית לבין חופש העיסוק.²⁷ במשטר תחרותי, כך נטען, כל המעוניין להיכנס לתחום עיסוק מסוים יכול לעשות זאת, והצלחתו או כישלונו תלויים בעיקר בו. כמובן, גם תנאים בלתי נשלטים משפיעים, החל מתגובת הצרכנים למוצר שהוא מציע וכלה בגורמים אקראיים לחלוטין התלויים במזלו הטוב. ובכל זאת, משטר תחרותי מזמן את הפוטנציאל להצלחה כלכלית בידי כל מי שמעז להרים את הנטל ולהשקיע בייצור, בשיווק או במסחר. מונופול מהווה אפוא מעצם הגדרתו חסם לתחרות חופשית, ולכן הוא פוגע גם בחופש העיסוק. ראוי לבחון טענה זו בצורה מעמיקה יותר מזו. אמנם התחרות מאפשרת השתתפות של מספר גדול של מוכרים וקונים בשוק הרלוונטי, אך ברור כי בכך לא די. ראשית, מראש ידוע שהמשתתפים בשוק התחרותי הם בעלי המשאבים הדרושים והכישורים המתאימים, ובל נשכח – הם אלה שלא אתרע מזלם להיקלע לכישלון עסקי היכול להיגרם ממגוון גורמים אקראיים המשפיעים על העסק התחרותי. כבר משלב זה ניתן לראות כי רבים וטובים אינם יכולים להשתתף ב"משחק התחרותי" וכי חופש העיסוק שלהם מוגבל. זכות היסוד, יש לזכור, אינה מוגבלת לבעלי ממון ומזל, אלא היא אמורה

27 ראו למשל, נילי כהן, "תחרות מסחרית וחופש העיסוק", עיוני משפט יט 353.

להיות נחלת הכלל. האם נסיק מכך כי חובתה של המדינה לספק לאזרחיה אמצעים להשתלבות בשוק התחרותי? נראה כי התשובה השלילית ברורה ביותר. אם מטרתנו לאפשר לכל אזרח או תושב חופש עיסוק במסגרת המדינה, חופש זה כולל את הזכות לקבל משאבים שיאפשרו את מימוש הזכות. המשטר הקיים במדינה אינו מקבל הגדרה רחבה מעין זו, ודי לנו לבחון אם מוטלת על המדינה חובה לשמור על השווקים מפני עיוות התחרות שבהם על ידי מונופוליסטים למיניהם.

בטרם נכריע בסוגיה זו, נזכור כי התחרות אינה בהכרח המשטר היעיל ביותר מבחינה כלכלית לכל תחום מסחר. גורמים מבניים בשוק המוצר הספציפי עשויים לגרום לכך שתחרות של ממש לא תתאפשר (למשל במונופול הטבעי) או שמשטר תחרותי יביא להשקעת-יתר של משאבים מצד מתחרים רבים, ואילו פרות התחרות לא יספיקו כדי לכסות את ההוצאות כולן. גורמים מבניים אלו אינם בהכרח תולדה של פעולה מכוונת, אלא הם מאפיינים פיזיים וטכנולוגיים שיש לקבלם כנתונים. ברור לכול כי מצבים מעין אלו אינם עילה להתערבות משפטית, הגם שקיימים מתחרים בכוח ובפועל שיכולתם לממש את בחירתם התעסוקתית מוגבלת, גם בלי שמישהו ניסה באופן מודע למנוע מהם להשתלב בשוק. ההבנה הנוכחית של חופש העיסוק אינה מאפשרת הגנה חוקתית על מי שלא הצליח במשק התחרותי, הגם שניתן תאורטית להרחיב את חופש העיסוק גם לכך.²⁸

יש הטוענים כי הפירוש המקובל היום לחופש העיסוק לוקה בחסר בדיוק בגלל הטיה לטובת גישה ליברטנית של חופש מהתערבות, אך ללא מתן אמצעים למימוש החופש. המתנגדים לפירוש המקובל היום ימשיכו לטעון כי אל לה לתחרות להפוך ל"זכות חוקתית", שכן בכך אנו מנציחים את חלוקת העושר והכוח הקיימת ומתעלמים מאלו שאין ביכולתם לממש חופש מסוג זה.²⁹ דיון זה מושך את תשומת לבנו אל שאלות יסוד בדבר

28 חשוב להבין כי הרחבה מעין זו תהפוך את חופש העיסוק לזכות חברתית במובן המלא של המילה, קרי חובתה של החברה בכללותה לאפשר לכל יחיד בה בחירה בלתי מוגבלת של עיסוק כרצונו. מי שלא יצליח לממש את בחירתו בתחרות יבקש מעין "סובסידיה" כדי שלא יידחק אל מחוץ לשוק שהוא מבקש להשתתף בו. קשה להניח כי רבים יסכימו לפירוש מסוג זה של חופש העיסוק, וכאן אנו בוודאי פטורים מלדון בבעייתיות יישומו.

29 ראו למשל, אייל גרוס, בהערה 14 לעיל. גרוס אינו מעמיק בפן של חלוקת העושר הבלתי שוויונית, אלא מראה בעיקר כיצד ראייה חוקתית של התחרות החופשית באה על חשבון זכויות חברתיות אחרות, כדוגמת הגנה על עובדים. לשיטתו, תפיסת "התחרות

מהותה של המדינה כמספקת זכויות חברתיות מול זכויות פרט, בדבר מידת ההתערבות הרצויה בכלכלה ועוד. לצורך הדיון הנוכחי אין צורך להיכנס לעובי קורה זו, שכן החידוש המוצע כאן אינו בהגדרה שונה או רחבה יותר של חופש העיסוק, אלא בבחינת חופש העיסוק של שני הצדדים, המונופוליסט וקרבתו כאחד, והאיזון ביניהם.³⁰ בדרך כלל, איזון זכויות ואינטרסים הוא כמעט מובן מאליו במשפט החוקתי, ולעומת זאת דיני ההגבלים העסקיים סבלו מהזנחה בתחום זה, הזנחה שנבעה מהנחת יסוד מוטעית ולפיה אין בכך צורך.

גם אם נקבל את הטענות שהתחרות היא אינטרס חשוב ושיש להגן עליה, עדיין יהיה עלינו לאזן פן זה של הדיון עם ההגנה על זכויות המונופוליסט המפורטות כאן. ההכרעה אם התחרות החופשית היא זכות יסוד או אינה זכות יסוד לא תעלה ולא תוריד באשר לצורך לאזן בין הזכויות המוקנות לקרבתו המונופולין ובין הזכויות המוקנות למונופוליסט עצמו. מכיוון שהוכח שלשני הצדדים יש זכויות יסוד מפורשות, שהצורך להגן עליהן אינו מוטל בספק, מוטב להשאיר את הדיון במעמדה של התחרות החופשית ב"צריך עיון" ולהתרכז בטענות המרכזיות ליישום דנן.

בסיכומו של עניין, נותרו טיעונים חזקים משני הצדדים. הטענות המסורתיות שהמונופוליסט פוגע בחופש העיסוק של צרכנים ושל מתחרים תקף, ותקף גם הטענות של המונופוליסט עצמו שהתערבות המחוקק (או רשויות האכיפה הפועלות בהסמכת המחוקק) מגבילה את חופש העיסוק שלו. כאמור בסוגיית הזכות לקניין, אין דרך לסתור את טיעונו של מי מן הצדדים, וחובה למצוא דרך לאזן בין הפגיעה באחד והפגיעה באחר. כמו "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", גם "חוק יסוד: חופש העיסוק" צופה את הצורך באיזון אינטרסים, ופסקת ההגבלה שבסעיף 4 בו מפרטת את הקריטריונים לאיזון. כדי לאפשר

החופשית" גירשה את הזכות לחופש העיסוק מתחום הזכויות החברתיות, שם לדעתו נולדה, ושלחה אותה אל מגרש הזכויות הכלכליות-הרכושיות.

30 קרבתו המונופולין מוגדרים כאן בהרחבה, והם כוללים צרכנים, מתחרים, עסקים קטנים, קהילות מקומיות ועוד. חקר דיני ההגבלים העסקיים רואה בכל אלה צדדים העלולים להיפגע מקיומו של כוח שוק, ודיני ההגבלים העסקיים מכוונים להגן על חלקם או על כולם במגבלות המוטלות על המונופוליסט. לענייננו, אין צורך להפריד בין התת-קבוצות השונות, שכן מיקוד הדיון כעת הוא בצד המוזנח בדרך כלל, המונופוליסט (וגם הוא מוגדר באופן גורף כצד הנהנה מקיומו של כל הגבל עסקי שהוא). כאן אניח כי כל אחת ואחת מן הקבוצות הללו עלולה להיפגע מקיומו של כוח שוק ואציע איזון בין זכויותיהן באופן כללי לבין זכויותיו של המונופוליסט הנפגע מאכיפת הדין מנגד.

יישום, אבחן כעת את הוראות חוק ההגבלים העסקיים באמצעות הבחנה בין המקרים השונים שהוא מטפל בהם, ולאחר מכן איישם את פסקות ההגבלה לאיזון בין האינטרסים המתנגשים.

3 הכוח המסור לרשות ההגבלים העסקיים

רשות ההגבלים העסקיים שואבת את כוחה מחוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח-1988. חוק זה החליף חוק קודם באותו שם שנחקק ב-1959, אך יושם לעתים רחוקות בלבד. תפקידה של רשות ההגבלים העסקיים לחקור מקרים המעלים חשש לעברות על חוק ההגבלים ולהביא את האחראים לדין. כרשות חוקרת, יש לרשות ההגבלים סמכות להיכנס למקרקעין, לבצע חיפושים, להחרים מסמכים, וכמובן לחקור באזהרה את אלו העלולים להיות מעורבים בפרשות מסוג זה.³¹ אין צורך להכביר מילים על הפגיעה הפוטנציאלית ביחידים ובחברות בחקירות מעין אלו.

בכך לא תמה רשימת הסמכויות של הרשות. רשות ההגבלים היא גם המחליטה אם להעמיד לדין פלילי את הנחקרים, ונציגייה הם פרקליטי התביעה במשפט.³² ואם לא די בכך, חוק ההגבלים העסקיים מגדיר את הממונה על ההגבלים העסקיים כעומד בראש הרשות, ומתוקף תפקידו מוענקות לו סמכויות הכוללות שיקול דעת רחב לאישור פעולות עסקיות שונות בעלות פוטנציאל לפגיעה בתחרות. לדוגמה, הוא המחליט אם לפטור עסקים מן החובה להגיש הסדרים כובלים לאישור בית הדין להגבלים עסקיים, אם לאשר מיזוגים או לסרב לאשרם או להתנותם בתנאים וכן

31 סעיפים 45 ו-46 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988.

32 היו שטענו כי עצם ריבוי "הכובעים" שחובשת הרשות פוגע בשלטון החוק ומונע משפט הוגן מנאשמים בתיקים של הגבלים עסקיים. לדעתי, אין צורך להרחיק לכת עד כדי כך. מדובר ברשות המפעילה מספר מחלקות שונות, וקיימת הפרדה מוסדית בין מחלקת החקירות ובין המחלקה המשפטית. הנקודה המשמעותית בעיניי כאן היא ההכרה **בכוחה ובסמכויותיה** של הרשות, לא משום שיש פגם באלה לעצמן, אלא משום שקיים צורך אמתי להעמיד כוח כזה לפיקוח שיפוטי, בעיקר כאשר אנו רואים שהקריטריונים הנקובים בחוק להגדרת אופן הפעלת הכוח לוקים בחסר. כמו כן ראו ת"פ 1131/00 **מדינת ישראל נ' מוטורגרייזר בע"מ ואח'** (לא פורסם); שם קבע אב בית הדין להגבלים עסקיים, השופט עדיאל כך: "לטענת הנאשמים, הזכות להליך הוגן כוללת בתוכה את הזכות להפרדה מלאה בין הגוף החוקר לגוף המחליט על הגשת האישום והמייצג את המאשימה בבית המשפט. לפיכך, נטען, הזכות המוסדית של הגוף החוקר והגוף המחליט על הגשת האישום, יש בה, כשלעצמה, כדי לפגוע בזכותם למשפט הוגן". טענה זו נדחתה מכול וכול ע"י בית הדין. כמו כן ראו בג"ץ 1523/94 **דובק בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים**, תקדים עליון 94 (2) 873.

להכריז על עסק כעל מונופולין ולהסדיר את פעולתו. ובכל אלה שיקול הדעת הוא רחב במיוחד.

קיצורו של דבר, אנו עוסקים ברשות המפעילה כוחות משטרה ופרקליטות גם יחד ביחס לעברות המוגדרות כפליליות בחוק ההגבלים העסקיים והפעולת באותו הזמן גם כקובעת נורמות התנהגות לעסקים שבפיקוחה, באמצעות סמכויותיו האישיות של הממונה. מעמדו של הממונה על ההגבלים העסקיים כיוצר נורמות מקבל משנה תוקף, כאשר אנו בוחנים את המעמד המרכזי שיש להחלטות הממונה בקרב עורכי הדין הפועלים בתחום. החלטות אלו נתפסות כמעין פסקי דין, והן מתפרסמות הן בקבצים מודפסים והן באתר האינטרנט של הרשות להגבלים עסקיים.³³ העוסקים בתחום קוראים החלטות אלו דרך קבע כדי ללמוד על הקריטריונים ועל דרכי הפעולה המותרות והאסורות. חשוב להדגיש כי דינמיקה זו מחזקת עוד את מעמדו ואת השפעתו של הממונה, שכן ברי לכול שבעל עסק החושש מפיקוח "הדוק מדי" של הרשות או הממונה יעדיף ליישם מראש את הקריטריונים שאלה קבעו מאשר להיכנס לדיון ארוך ובעייתי מולם בבית הדין. מלבד הסמכויות הרשמיות המופקדות בידי הממונה והרשות, נוצרה פרקטיקה של התדיינות מקדימה בין בעלי עסקים לבין הרשות, וזאת כדי להגיע לדרך המוסכמת על הצדדים מבלי להצטרך לנהל דיון מלא בבית הדין. כוחו של הממונה אינו אפוא רק בכוח המסור לו בחוק עצמו, אלא ביכולתו להפעיל את השפעתו גם מעבר לכך ולקבוע תנאים שבעלי עסקים יצטרכו לעמוד בהם, כדי שלא יגיעו להפעלה רשמית של הסמכויות הנתונות בידו.

אין לפרש את דבריי כאילו פעולת הממונה מהווה חריגה ממנהל תקין או נגועה בפגם אישי או מוסדי. הכוח הרב המסור בידי הממונה על ההגבלים העסקיים מאפשר לו לכפות הסדרים גם על בעלי עסקים גדולים וחזקים, ובהחלט ניתן לטעון כי מדובר בסמכויות הכרחיות להשגת פתרונות יצירתיים ויעילים, העדיפים בעיני כל הצדדים על פני ניהול דיונים משפטיים ממושכים, שיעכבו את הפעילות העסקית הדחופה ויגרמו אף נזק רב לצדדים המעורבים. ובכל זאת, היקף הסמכות מלמד על היקף האחריות, והדיון שלהלן יראה כי הדין המתיר את הפעלת שיקול הדעת אינו מגדיר קריטריונים ראויים להפעלתו.

במה הדברים אמורים? שלושה ראשי חץ יש לחוק ההגבלים העסקיים, וכולם מוטלים לפתחה של הרשות ושל הממונה בראשה: טיפול בהסדרים

כובלים, אישור מיזוגים ופיקוח על בעלי מונופולין. אסקור בקצרה כל אחד ואחד מהם.

א. הסדרים כובלים

הסדרים כובלים הם כנראה הבעיה השכיחה ביותר בתחום ההגבלים העסקיים. מדובר בכל סוג של הסכם, מפורש או מכללא, שבו אחד הצדדים או שניהם מגבילים את חופש הפעולה המסחרי שלהם באופן הפוגע בתחרות באופן כללי או באחד מן הקריטריונים הנקובים בחוק באופן ספציפי. סעיף 2 לחוק מגדיר הסדרים כובלים משני הסוגים הבאים:

(א) הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, ולפחות אחד הצדדים מגביל את 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 שהכבילה בו נוגעת לאחד העניינים הבאים:

(1) המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם;

(2) הרווח שיופק;

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

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

עינינו הרואות כי יש שתי דרכים להיכנס אל הגדרת הסדר כובל. האחת, לפי ס' 2(א), השם דגש בפגיעה בתחרות, והשנייה לפי ס' 2(ב), הקובע רשימה סגורה בת ארבעה סוגי כבילות שיש לגביהם חזקה חלוטה שמדובר בהסדר כובל. כדי להחיל את הגדרת ס' 2(א), עלינו להידרש לחשש מפגיעה בתחרות, כך שכל פעולה העלולה להביא לתוצאה זו תהווה (אם שאר רכיבי הסעיף מתקיימים) הסדר כובל. לעומת זאת, כדי להחיל את הגדרת ס' 2(ב), אנו נדרשים רק לסוג הכבילה עצמה, כך שגם כבילה שאין בה חשש לפגיעה בתחרות, אך היא נוגעת לאחד המדדים המצוינים בסעיף, תגדיר הסדר ככובל. מטרת ההגדרה הרחבה של ס' 2(ב) היא ליצור חזקה לקיומו של הסדר כובל, כך שבאותם מקרים שהניסיון וההיגיון הכלכלי מראים כי הפגיעה בתחרות מובנת מאליה, לא יהיה צורך בהוכחה נקודתית הגוזלת זמן, מאמץ ועלויות משפטיות.

למרות היתרון הברור בקיומה של החזקה החלוטה המוגדרת בס' 2(ב), קיים חיסרון בולט אחר: גם הסדרים שאין צורך או הצדקה בהתערבות משפטית בהם ייחשבו הסדרים כובלים, אם הם נוגעים לאחד העניינים המוזכרים בס' 2(ב). מעמדה של חזקת הכבילות בס"ק (ב) נבחן לאחרונה בבית המשפט העליון, אך קשה לומר כי בעיה זו נפתרה. מצד אחד, קבע ביה"מ ברורות כי חזקת הכבילות היא אכן חזקה חלוטה, ולכן אין להפריכה גם בראיות שלא היה בהסדר כדי לפגוע בתחרות.³⁴ מצד שני, במקרה אחר נדון הסדר המתמין גם הוא לאותה חזקה, אלא שישמה בו פרשנות תכליתית של ס' 2(ב), וההסדר הוצא מתחולת הסעיף; בלשונו של בית המשפט: "יש להחריג מהוראת החוק את אותם מקרים – והמקרה שלפנינו הוא אחד מהם – הנכללים לכאורה בלשון הרחבה של הוראת סעיף 2, אולם בחינה תכליתית תבהיר כי הם נופלים מחוץ לגבולות החוק".³⁵ פתרון זה, עם כל הכבוד, אינו מספק. לכאורה ניתן לעשות שימוש בפרשנות התכליתית כדי להכשיר הסדרים המוגדרים ככובלים, לפי ס' 2, הגם שאינם פוגעים בתחרות, אך גישה זו תכפיף את ס"ק (ב) כולו לס"ק (א), ולפיכך אין עוד לדבר על חזקה חלוטה של כבילות, כאשר ההסדר מתמין כחלק מן הרשימה הסגורה בס"ק (ב). אין צורך לומר כי בית המשפט העליון לא פירש כך, וקשה להניח כי יקבל פרשנות מרחיבה עד כדי כך. התוצאה היא שאנו נותרים עם חזקה חלוטה שעוגנה בתקדים המחייב של בית המשפט העליון ועם פרשנות תכליתית המוציאה מתחולת ס' 2 מקרים קיצוניים במיוחד של היעדר אינטרס תחרותי בהם. בתחום שכה חשובה בו הוודאות המשפטית לתכנון חיי המסחר, אל לנו להסתפק בפתרון הדורש החלטה בדיעבד של בית משפט בכל מקרה ומקרה, בהחילו את הפרשנות התכליתית על עובדות שכבר התרחשו. מלבד זאת, הדגש הוא עדיין רק בפגיעה בתחרות – קרי האינטרסים של צדדים שלישיים להסדר – וזכויות המונופוליסט שבהן עסקינן כלל אינן מוזכרות.

34 ע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' מדינת ישראל, משרד הביטחון ושף הים, פ"ד נב(3) 145; דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ ואח', דינים עליון כרך ס 195.

35 ע"א 3700/98 א.מ. חניות (ירושלים) נ' עיריית ירושלים פ"ד נו (2) 590. כן ראו דנ"א 3113/03 א.מ. חניות (ירושלים) נ' עיריית ירושלים (שם נדחתה עתירה לדיון נוסף שבוססה על חריגת הכרעה זו מהלכה קודמת), ודיויד גילה, "האם ראוי לפרוץ את שגר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוקיים? הגיעה השעה לחצוץ בין הסדרים אופקיים לאנכיים", עיוני משפט כ"ז (2003).

מובן שהממונה אינו חייב להגיש תביעה נגד מקרים שברור לו כשמש שאין אינטרס ציבורי באכיפת החוק לגביהם ושהגדרתם כהסדרים כובלים היא יותר טכנית מאשר מהותית. היום גם שופר המצב באורח ניכר בעקבות תיקון מס' 6 לחוק ההגבלים העסקיים (ביזמתה ובעידודה של הרשות להגבלים עסקיים עצמה ושל הממונה שעמד אז בראשה), המאפשר לממונה לקבוע "פטורי סוג", קרי פטורים כלליים החלים על נסיבות מוגדרות מראש; כיוון שכך, אין אפילו חובה לפנות ישירות לממונה בכל הסדר והסדר בנפרד. ואמנם הממונה קבע רשימת פטורים כאמור, ומקרים אבסורדיים מעין אלו ייפתרו באבם.³⁶ חרף זאת, עלולים להיות מקרים שפטורי סוג אלה לא יחולו בהם, והפגיעה בציבור או בתחרות תהיה מזערית לכל היותר. כך למשל הן התקנות הקובעות פטור גורף להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך, אך הן מוציאות מתחולתן הסכמים שהכבילה בהם היא בתיאום או בהגבלה של המחיר ושל הכמות או בחלוקת השוק. התוצאה היא שחזקת הכבילות שקובע סעיף 2(ב) לא השתנתה באופן מהותי, וניתן לומר שהסכמים שהוגדרו ככובלים בשל חזקה זו גם אינם נהנים מפטור הסוג, ובעיית התחולה הרחבה של הסעיף עודנה מטרידה אותנו.

ומה בכך, ניתן לשאול. הרי אם תוגש בקשה לממונה או לבית הדין, חזקה עליהם שיכירו במצב לאשורו וייתנו את המבוקש, וההסדר יוכל להתבצע כדין. כאן חשוב לשים לב להבדל בין תפקידיהם של הממונה ושל בית הדין ביחס לאישורם של הסדרים כובלים. החוק מציין במפורש שהסמכות לאישור הסדר כובל היא בידי בית הדין בלבד. אמנם הממונה רשאי לפטור צדדים להסדר מן החובה **לבקש אישור** בית הדין, ובכך להקל עליהם את ההליך ולפשטו, אך הוא עושה זאת רק במקרים ששוכנע שההסדר לא יפגע באופן ניכר בתחרות. אם קיימת פגיעה ניכרת בתחרות, חובה על הצדדים לפנות לבית הדין כדי לאשר את ההסדר, בדרך כלל באמצעות הוכחה שיש בו יתרונות העולים על פגיעתו האפשרית. סעיף 9 לחוק מסמיך את בית הדין לאשר הסדר שכזה ומגדיר מפורשות את השיקול המכריע כ"טובת הציבור". אותה טובה לציבור מוגדרת אף היא במפורש בסעיף 10

36 כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית), התשס"א 2001. כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי זכיינות), התשס"א 2001. כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי רכישה בלעדית), התשס"א 2001. כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים לביצוע מחקר ופיתוח), התשס"א 2001. כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך), התשס"א 2001 וכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים), התשס"א 2001.

לחוק, והיא כוללת את המדדים השונים שבית הדין יתחשב בהם.³⁷ כל המדדים כולם מפנים, במישרין או בעקיפין, להשפעת ההסדר על מי שהם באופן מסורתי צדדים שלישיים להסדר (צרכנים או הציבור בכללותו), שכן תפקידו של בית הדין הוגדר כשומר האינטרס של הציבור וכמגן עליו מפני פגיעתו הרעה האפשרית של ההסדר.

נעיר כאן, בבחינת הצופה את המאוחר, כי התעלמות מטובתם הפרטית של הצדדים להסדר ומרצונם להשיא את רווחיהם בולטת לאור הדיון המקדים שערכנו לעיל. אמנם חלק מן המדדים הרלוונטיים לעניין מתייחסים לכוחם של הצדדים לייעל את הייצור, את השיווק ואת אספקת חומרי הגלם הדרושים, אך גם אלה מכוונים להשפעה העקיפה שתהיה לייעול המדובר על מחירו הסופי או על תנאי אספקתו של המוצר שהם מוכרים. ושוב, טובתם של קרבנות המונופולין היא מרכז התמונה, ואילו האינטרסים הפרטיים של הצדדים להסדר אינם נתפסים כגורם חשוב דיו כדי להשפיע על שיקולי בית הדין. לנקודה זו אחזור בהמשך ובהרחבה.

מלבד שאלת אישורם של הסדרים כובלים, נותרה עוד בעיה בלתי פתורה: ההגדרה הרחבה של המונח "הסדר כובל" עצמו. רשימת הכבילות האסורות כוללת הסדרים פוטנציאליים רבים שלפחות חלקם עלולים לגרור את המעורבים בהם לדבר עברה מבלי משים, וממילא – לתוצאות חמורות (בעבורם). מצד אחד, ניתן להניח כי עברה בלא נפגעים שנעברה מבלי משים

37 סעיף 10 לחוק קובע: "בעת שיבחן את טובת הציבור לעניין 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) ייעול 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 שבידיו חלק ניכר של האספקה, או לספק בתנאים סבירים נכסים או שירותים לאדם שבידיו 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.

לא תגרור העמדה לדין וענישה ברוב המקרים. הרי גם רשויות האכיפה מפעילות שיקול דעת, והן אינן חפצות ברדיפתו של מי שלא פגע באיש. ועודנה נותרת על כנה הבעיה בדבר שלטון החוק, שהרי יש מי שעובר עברה וכלל אינו מודע לכך, ויש מי שעובר עברה בהנחה סבירה כי לא יבולע לו לפי שהוא מכיר את המדיניות של רשויות האכיפה.

המצב הראשון בעייתי, שכן תפקידה של המדינה הוא להגדיר את החוק בלשון ברורה ושווה לכל נפש, שכל אזרח יבין ממנה את המוטל עליו ויימנע מדבר עברה. הגדרת איסורים רחבים יתר על המידה, המביאים אזרחים לכלל עברה מבלי משים היא מכשול בפניהם. ההסבר כי רשויות האכיפה תקפדנה לא לאכוף איסורים מסוג זה אינו מניח את הדעת, שכן האזרח נאלץ "לסמוך" על הרשויות שתדענה להפעיל שיקול דעת סביר. כל עוד בעלי התפקידים הרלוונטיים פועלים בסבירות כמתואר, הבעיה לכאורה תאורטית בלבד, אך לטעמי אין הצדקה שהאזרח יחויב להסתמך על שיקול דעת מסוג זה. מי יערוב לנו כי נציגי הרשות לא ייטעו בהפעלת שיקול דעת? מי יערוב לנו כי תמיד יפעלו נציגי הרשות באותה סבירות מתוארת? הרי אם החוק עצמו מטיל את האיסור, לא יוכל האזרח אף לסמוך על בתי המשפט שיגנו עליו מפני טעות של הרשות, שכן מרגע שהופעל מנגנון אכיפת החוק, קשה להחזיר את הגלגל אחורנית. עברה פלילית שנעברה ושהוגש בגינה כתב אישום, אין להניח שתגרור זיכוי בבית הדין (או לאחר מכן, בבית המשפט העליון בשבתו כערכאת ערעור). תפקיד בתי המשפט הוא לאכוף את האיסורים שהטיל המחוקק, ולא "לסנן" עברות לכאלה שראוי היה להגיש בגינתן כתב אישום ולכאלה שראוי היה להתעלם מהן. גם אם סיכון זה נראה כבעל הסתברות מימוש נמוכה, אין כל סיבה להשאיר בתוקפו חוק המאפשר מצב מעין זה, מה גם שניתן לתקן את הלקוי מראש, ומיד אראה כיצד.

האפשרות השנייה, ובה צדדים להסדר כובל יודעים היטב את האיסור שהם עוברים עליו, אך בוחרים לא לבקש פטור בהנחה שהאיסור לא ייאכף, גרועה עוד יותר מן הראשונה. מצב זה אינו מומלץ לאזרח הלמד כי לא כל חוק ראוי לכבד, והוא אינו מומלץ לרשויות האכיפה, ה"זוכות" לכוח להפעיל שיקול דעת הולך ומתרחב. מבחינת האזרח, הפגיעה במעמד החוק מיידית וברורה, שכן החוק הופך מכלל מוגדר שעליו לכבדו ל"שאלה פתוחה" שהאזרח מתלבט בה אם חובת הציות חשובה דיה להגשת ההסדר לאישור הממונה אם לאו. השפעותיו השליליות של מצב זה עלולות להיות הן במסגרת דיני ההגבלים העסקיים והן מחוצה להם. בתחום ההגבלים העסקיים, האזרח

מניח כי חלק מהוראות החוק אינן מחייבות ציות, והנחה זו עלולה להשליך גם על הוראות אחרות. טעותו של האזרח ביחס ל"רצינות" ההסדר שהוא צד לו עלולה להביאו לאי-בקשת פטור גם בהסדר שרשויות האכיפה רואות כמחייב דיון. כך ימצא עצמו האזרח במצב בעייתי, כי אפשר שיתקבלו טענותיו ולפיהן הניח שאין צורך בפנייה לממונה, אך גם אפשר שלא יתקבלו; שהרי לפי הנוהג הקיים ומחויב המציאות בשל הגדרתו הרחבה של החוק, לא כל הסכם המוגדר כהסדר כובל מוגש בפועל לממונה או לבית הדין. כך נוצר "תחום אפור" של הסדרים שניתן להתווכח על אודותיהם אם ראוי היה להגישם לממונה אם לאו. מכל מקום, קשה לבוא בטענות לאזרח בגלל חוק שהוגדר בצורה כה רחבה, עד שכמעט בלתי אפשרי שכל הסדר המוגדר ככובל יוגש בפועל למתן פטור או אישור.

ההשלכות השליליות של מצב זה אל מחוץ לתחום ההגבלים העסקיים מידידות פחות, אך מטרידות לא פחות. כאשר אדם יודע כי החוק מוגדר מראש ברוחב שאין אפשרות ליישמו כלשונו, וכאשר הוא יודע כי ממילא קיימת הסכמה שבשתיקה של הרשויות להיעדר אכיפה של "עברות שוליות", נוצר גם ספק לגבי תחולתן של הוראות חוק אחרות. אותו "תחום אפור" בתחום ההסדרים הכובלים עלול ליצור רושם כאילו קיים ספק דומה גם בתחומים אחרים, ועקרון שלטון החוק, המהווה בסיס לציות לחוק בחברה דמוקרטית, נפגם. אמנם גם בתחומים אחרים קיימות דוקטרינות של "זוטי דברים", שאין מפעילים בגינם את כובד משקלו של החוק, אך מדוע להרחיב את חוסר הוודאות ואת הספק לגבי אכיפת החוק במקום שאין בכך הכרח? מסקנתי היא כי ראוי לצמצם ככל האפשר את חוסר הוודאות לגבי אכיפת החוק, ובכל מקום שאנו יכולים להגדיר את תחולת החוק בצמצום, אך בדיוק רב, כך ראוי לעשות.

נשאלת השאלה אם חוסר הוודאות כה מעיק על צדדים להסדר והם ממילא בטוחים כי הם זכאים לפטור מן הממונה, מדוע לא יטרחו ויגישו אותו כחוק? כאן יש לשים לב כי השיקול אם להגיש הסדר כובל לממונה כורך חישוב עלות-תנועת שמפעילים הצדדים. מצד אחד, הגשת ההסדר מועילה להם בהקניית ודאות לגבי חוקיותו ומפיגה את החשש מפני אכיפה עתידית. מצד שני, צדדים להסדר כובל שאינו פוגע בתחרות עלולים לבכר לא "לעורר את עניינו" של הממונה בשל עיסוקים אחרים שלהם על פני המצפון הנקי והוודאות החוקית. הפנייה לממונה כרוכה בטרדה ובטרחה ובעיכוב אפשרי בניהול עסקיהם (שהרי עד למתן הפטור אסור להם להתקשר בהסכם) ובחשש ממעורבות-יתר של הממונה בענייניהם. מלבד זאת, ניתן

לחשוב על מקרים שהצדדים מעדיפים ששיתוף הפעולה שלהם יישאר חסוי, לא מעיני הממונה, אלא דווקא מעיני מתחרים אחרים בשווקים שהם פועלים. עצם קיומם של הסדרים בין שני עסקים עלול לאותת לשחקנים האחרים בשוק שמתרחש כאן דבר מה הדורש תגובה, והיתרון הגלום בשיתוף פעולה עסקי עלול להיעלם אם יתפרסם בטרם עת. אין ספק, אם ההסדר מעלה חשש אמתי לפגיעה בתחרות, כוונת המחוקק היא שלא יצא לפועל בטרם קיבל פטור או אישור כנדרש. אך כאן עסקינן רק באותם הסדרים שהגדרתם ככובלים באה בגלל הגדרה רחבה יתר על המידה של החוק ולא בגלל פגיעתם בתחרות.

ניתן לטעון כי מבחינתו של הממונה על ההגבלים העסקיים, ההגדרה הרחבה של ההסדרים הכובלים בחוק רצויה ואף מקלה עליו את מלאכתו. טענה זו נסמכת על מצב דברים המאפשר לממונה "להחזיק את הקלפים" אצלו ולהפעיל את סמכותו או לוותר על אכיפה, הכול לפי שיקול דעתו. מדוע, ישאל השואל, להגביל את סמכות האוכפת חוק? אין ספק כי אנו סומכים על הממונה יותר מאשר על אנשי עסקים הרואים לנגד עיניהם רק את טובתם והעלולים לעשות שימוש לרעה בהגדרה מצמצמת יותר של ההסדר הכובל. כאן יש לחזור להנחת היסוד של דיונו. המונופוליסט או כל צד להסדר כובל אינו "איש רע" שיש להגבילו כדי להגן על החברה. הגבלת אנשי עסקים בהתקשרות בהסכמים מסוימים או דרישה מהם לפנות תחילה לאישור ההסכם אפשריות ורצויות רק במקום שאותו הסכם עלול להזיק לצד אחר הזכאי להגנה. לכאורה רצוי שרשות ההגבלים העסקיים, כנציגת הנפגעים הפוטנציאליים והחברה כולה, תגביל את חופש הפעולה של המונופוליסט (בפועל או בכוח) במקום שהגבלה זו דרושה לשם הגנה על אחרים. לעומת זאת, הדיון שלנו כאן מכוון בדיוק **להגדרת הגבולות הלגיטימיים** של הטלת מגבלות מעין אלו. מרגע שיש התערבות העלולה לפגוע ביכולתם של אנשי עסקים לנהל את עסקיהם כראות עיניהם, יש ליישם את שנטען לעיל לגבי זכויות היסוד של המונופוליסטים. פגיעה בזכויות יסוד אפשרית אך רק במגבלות איזון האינטרסים הנדרש ופסקות ההגבלה בחוקי היסוד. מנגד, בהסדרים המוגדרים ככובלים לא בשל פגיעה ממשית בתחרות או בצד מוגדר, אלא בשל הגדרה רחבה יתר על המידה של החוק, לא נראה שמבחינים אלו מתממשים. מסקנה חד-משמעית במקרים השונים העשויים לדרוש הכרעה דורשת דיון מעמיק בפסקות ההגבלה ובמבחינים הנדרשים כדי לעמוד בהם. זאת בדיוק אעשה בהמשך.

אמנם ביחס לרכיב הפלילי שבהסדר הכובל, שיקול דעתן של רשויות

האכיפה מציע פתרון (ולו חלקי) לבעיית ההגדרה הרחבה, ואולם הרכיב האזרחי בעייתי בהרבה. הסדר כובל שלא קיבל פטור מן הממונה או אישור של בית הדין אסור על פי חוק ההגבלים העסקיים. בדרך כלל הסדר כזה בא בדמות חוזה בין שני אנשים או שתי חברות, חוזה שהצדדים מתחייבים בו זה כלפי זה במגוון פעולות עתידיות. כאשר הנסיבות המסחריות משתנות עם הזמן, עלול אחד הצדדים לחפש דרכים להתנער מהתחייבויותיו לפי החוזה, והגדרתו כהסדר כובל האסור על פי דין עשויה לזמן לו בדיוק את מבוקשו. חוק החוזים מגדיר חוזה בלתי חוקי כבטל מעיקרו, קרי כאילו לא נחתם מעולם.³⁸ צד לחוזה המוגדר כהסדר כובל יכול אפוא לנצל את האי-חוקיות של ההסדר כדי לבטל את החוזה בדיעבד, לא מדאגה לשלום הציבור או הצרכנים דווקא, אלא כמהלך אופורטוניסטי המנצל הזדמנות שיצר המחוקק. התוצאה היא שהסדר כובל שלא אושר יכול לגרום הפסדים ניכרים לאחד הצדדים בחוזה. הוסיפו לכך את המציאות המסחרית שרבים בה אינם מודעים לתחולת חוק ההגבלים העסקיים על הסכם שהתקשרו בו או שאינם טורחים לאשרו מן הסיבות שצוינו לעיל, והתוצאה היא אי-ודאות חוזית ואפשרות לנצל לרעה את החוק; שתיים שפגיעתן רעה. לאחרונה נדון ניצול לרעה שכזה בפסק דין תקדימי, הראשון בדיני ההגבלים העסקיים שהגיע לערכאה מיוחדת בדיון נוסף בביה"מ העליון. נביא את סיפור המעשה בקיצור נמרץ מאוד, ונראה כיצד יישומו לענייננו מיד, הכרחי ומאיר עיניים.

מקרה טבעול נ' שף הים³⁹

מעשה שהיה כך היה: שני צדדים העוסקים בייצור ובשיווק של מוצרי מזון, **טבעול וקיבוץ אילון**, כרתו חוזה להקמת שותפות שקראוה **שף הים** ושעשתה שימוש בידע ייחודי המצוי בידי כל אחד ואחד מן הצדדים. לאחר שניסו את כוחם בשיתוף פעולה באמצעות השותפות, הסכימו לחזור לדרכיהם הנפרדות וניסחו הסכם פירוק השותפות. במסגרת הסכם פְרְדה זה ניסחו תניית אי-תחרות, קרי הסכימו שלא לעסוק זה בעיסוקו של זה במשך חמש שנים.⁴⁰

38 סי' 30 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג, 1973.

39 ראו הערה 34 לעיל.

40 נוסח התניה כפי שניסחוה הצדדים: "אילון, שף הים וחברת הניהול מתחייבים בזה, ביחד ולחוד, כי עד לחלוף חמש שנים מתום התקופה הקובעת הם יימנעו מלעסוק, במישרין או בעקיפין, בין כבעלים, כשותף, כמספק שירותי כח אדם, כיועץ או בכל דרך אחרת, בפיתוח טכנולוגיה או ייצור של מוצרי מזון דמויי בשר המורכבים בעיקרם

ואולם עוד בטרם חלפו חמש השנים האמורות, ניגשה שף הים למכרז של משרד הביטחון לקניית מוצרי שניצל צמחי, מוצר המבוסס על הידע והטכנולוגיה שהביאה עמה טבעול לשותפות ושבמסגרת תניית האי-תחרות התחייבה לא לעסוק בייצורו או בשיווקו (לעניין זה, שף הים וקיבוץ אילון הם היינו הך). שף הים זכתה במכרז, וטבעול פנתה לבית המשפט כדי למנוע את כריתת החוזה בין משרד הביטחון לבין שותפתה לשעבר. הדבר לא עלה בידה, ומשלא הצליחה במניעת ההתקשרות, ביקשה טבעול לתבוע ישירות את שף הים בשל הפרת חוזה, אותו הסכם פרדה דלעיל.

הנה בתמצית גמורה מוקד הדיון הנוסף בבית המשפט העליון: לכאורה, מדובר במקרה פשוט של הפרת התחייבות מפורשת וברורה. ולא היא. שף הים התגוננה בטענה כי ההסכם הוא בבחינת הסדר כובל, ומכיוון שלא אושר כדין לפי חוק ההגבלים העסקיים, הוא מהווה חוזה בלתי חוקי ולפיכך בטל מעיקרו. טענתה זו נתקבלה בבית המשפט המחוזי ובערעור לבית המשפט העליון (ברוב דעות), והדיון הנוסף נסב כולו סביב שתי שאלות: האם אכן מדובר בהסדר כובל, ואם כן – האם די בכך להצדיק הושטת סעד לצד להסכם המבקש להתנער מהתחייבותו, רק בשל נסיבות ההופכות את הפרת ההסכם לכדאית בעבורו מבחינה עסקית. עניינו הרואות כי מדובר ביישום מדויק של הדיון דלעיל, הן בהשלכות האזרחיות של היות הסכם מסוים הסדר כובל והן ביכולתו של צד להסכם לנצל לטובתו את עצם האי-חוקיות. הנקודה המרכזית לענייננו אינה דווקא הגדרת הסעיף החוזי כהסדר כובל, אלא השאלה העקרונית בדבר זכאותו של צד לחוזה לטעון לבטלות תניה חוזית שחדלה לשרת את האינטרס המסחרי שלו. ברגיל, ברור לכול שאין כל יסוד ל"זכאות" מעין זו, שכן מטרת החיוב העתידי במסגרת החוזה היא בדיוק לכבול את הצדדים לתנאים מוסכמים ולמנוע את הפרתם עם השתנות הנסיבות. כאן לעומת זאת, נכנסים שיקולים נוספים מתחום ההגבלים העסקיים, והיעדר פטור או אישור להסדר הכובל עשוי לתת בידי צד לחוזה הזדמנות פז לעילת ביטול. עומדים כאן אפוא זה מול זה שני אינטרסים חשובים: מצד אחד, האינטרס הציבורי בדבר בטלותם של הסדרים

מחלבון צמחי וכן ימנעו כל פעילות כאמור בדרך אחרת כלשהי במתקן שף הים בקיבוץ אילון. כמו כן מתחייבים בזה אילון, שף הים וחברת הניהול שהם לא יעסקו בייצור מוצר כלשהו ו/או לא יבצעו פעולה אחרת כלשהי אשר יש בהם משום הפרה של הזכויות על פי הפטנטים". במקביל, התחייבה טבעול התחייבות דומה לא לעסוק בתחום העיסוק של קיבוץ אילון, ייצור מוצרי סורימי.

כובלים בשל הצורך להגן על התחרות ולהרתיע צדדים עתידיים מהתקשרות בהסכמים מסוג זה; מצד שני, חשיבות הוודאות החוזית והרצון לא לתת הגנה משפטית לצד שהיה מוכן להתקשר בהסדר כובל, ופנייתו כעת אינה נובעת אלא מאופורטוניזם פשוט. לשון אחר, המערכת המשפטית לא נועדה לתת הגנה דווקא לסוג זה של פונים; והנה, הגנת הציבור מאפשרת למעוול ליהנות מעוולתו.

בדיון הנוסף נחלקו שבעת השופטים לגבי עדיפות האינטרסים דלעיל. לפי דעת הרוב, תניית האי-תחרות איננה רק הסכם בין שני צדדים, אלא היא כוללת גם השפעה על צד שלישי – הציבור בכללותו. עובדות המקרה אף חיזקו עמדה זו, שכן באותו מכרז לאספקת מוצרי מזון למשרד הביטחון השתתפה גם טבעול כמתחרה לשף הים. שף הים זכתה במכרז הודות למחיר הנמוך שהציעה, מה שמעיד שתחרות בין השתיים אכן רצויה מבחינת המחיר ללקוח. האינטרס הציבורי אף הודגש בעובדה שהרוכש המיועד היה משרד הביטחון, שקנה מזון לחיילי צה"ל, והעלאת המחיר הייתה מביאה לתוצאה כי מתקציב ההגנה של מדינת ישראל היה מוצא סכום הגדול באופן ניכר מזה שהיה מוצא לולא ההסדר הכובל.⁴¹

מנגד, דעת המיעוט, שנכתבה בידי השופט טירקל הן בערעור האזרחי והן בדיון הנוסף, התמקדה בבעיה אחרת: מתן "פרס" לצד על התנערותו מהתחייבות שלקח על עצמו בחתימת החוזה. האיזון שראוי לבחון, לטעמו של השופט, הוא בין היעילות הכלכלית של הפעלת דיני ההגבלים העסקיים בסוגיה לבין ההשלכות המוסריות של הפגיעה בעקרון כיבוד הסכמים חוזיים; וכלשונו: "אם הבררה היא בין חברה עשירה, אך חסרת ערכים, לבין חברה דלה, שערכים על דגלה, אני בוחר בשנייה. אם עומדת התחרות מול אמתותו של החוזה, אמת עדיפה".⁴² התחרות החופשית, לפי השופט טירקל, אינה אפוא חזות הכול, ואין "טובת הציבור" רק בעידוד התחרות, אלא גם בעידוד "תום לב, הגינות, ויושר". מובן שהשופט טירקל אינו היחיד הרואה חשיבות בעידוד ערכי מוסר, וראוי להעמיד מול דבריו את תשובתו של השופט חשין, המקבל את הבעייתיות המוסרית במקרה, אך מכריע הכרעה שונה: "הלוחמים ביניהם הם ערכים מוסריים כנגד ערכים מוסריים (למצער) – ודעתי היא כי במלחמה זו ראוי שיגבר הערך של מניעת ניצול יחידי החברה לרעה".⁴³

41 שם, ראו פסק דינו של השופט אנגלרד.

42 שם, סי' 1 לפסק דינו של השופט טירקל.

43 שם, סי' 56 לפסק דינו של השופט חשין.

שופטי בית המשפט העליון נחלקו אפוא בשאלה מי מבין הערכים ראוי שיגבר, אך כולם הסכימו שמדובר בערכים חשובים בשני הצדדים: שמירת ערך ההתחייבות החוזית והאמון בין צדדים לחוזה מכאן ושמירת אינטרס הציבור בתחרות חופשית והיתרונות הגלומים בקיומה של תחרות זו מכאן. בזיקה לבעייתיות בהגדרת ההסדרים הכובלים, שעליה כבר הערתי לעיל, מעירה אף השופטת שטרסברג-כהן: "תחום פריסתם של איסורי חוק ההגבלים רחב הוא ביותר [...] אכן כך! פריסתו הרחבה עד למאוד של החוק מלווה בהיתרים ובפטורים שונים ומפותלים. אלה תלויים ברשויות שונות, במדיניותן ובפרשנות הניתנת על ידן לסעיפיו ולסעיפי סעיפיו של החוק. כל אלה יוצרים חוסר יציבות, חוסר ודאות וחוסר ביטחון בתחום שהיציבות, הוודאות והביטחון יפים לו."⁴⁴ ממצב בעייתי זה מסיקה השופטת שטרסברג-כהן כי על בית המשפט לנקוט משנה זהירות באיזון השיקולים והאינטרסים הרלוונטיים, ולא להקל יתר על המידה במתן פטור לצד לחוזה מעמידה בהתחייבויותיו. בסופו של דיון הכריעו רוב השופטים בעד אינטרס הציבור בתחרות חופשית ומניעת הסדרים כובלים, בעוד שהמיעוט הכריע בעד שימור עקרונות האמון והיושר החוזי, הדורשים לא לאפשר למפר אופורטוניסטי עילה חוקית להתחמק מהתחייבות שנטל על עצמו.

לדעתי, הבעיה העולה מפסק הדין בסוגיה זו אינה העדפת צד מסוים על פני צד אחר לפי השיקולים שהעלו השופטים, אלא דווקא השיקולים **שלא הועלו כלל** ולא נתפסו כחשובים דיים להיכלל בדיון המפורט והמאלף שפרסו בפנינו. הדיון הנוסף התמקד אך ורק בשאלת תניית האי-תחרות עצמה, הגדרתה כהסדר כובל והשפעתה על הציבור בכללותו. ואולם דווקא היזקקות לרקע העובדתי ולגורמים שהביאו לניסוחה של אותה תניה עשויים להאיר את הדיון באור שונה.

השותפות בין טבעול לקיבוץ אילון החלה ב-1989 במיזם משותף בין שני עסקים שפעלו קודם לכן בנפרד ובתחומי עיסוק שונים. הסכם הפרדה שנוסח ב-1993 אכן כלל תניית אי-תחרות שתעמוד בתוקפה חמש שנים, אלא שאין מדובר כלל בהסדר כובל סטנדרטי, העומד לעצמו, לחלוקת השוק בין שני יצרנים. כאשר אנו מעמידים לנגד עינינו את מועד **יצירת** המיזם המשותף, אנו רואים כי הצדדים לא התחרו ביניהם על אותו שוק מוצר כבר אז, וכי יצירת המיזם המשותף הייתה כרוכה מבחינת שני הצדדים בגילוי מידע רגיש וטכנולוגיות ייצור לצד השני; מידע שהיו שומרים על סודיותו

44 שם, פסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן.

בקפדנות, לולא רצו לשתף פעולה ב"שף הים". טבעול התמחתה עוד קודם למיזם המשותף בייצור מוצרי מזון דמויי בשר מחלבון צמחי, ואילו קיבוץ אילון התמחה בייצור מוצרי סורימי מדגים. תחרות ישירה בין השניים לא הייתה קיימת לפני השותפות, ומשהגיעה השותפות אל סיומה, רצו הצדדים לחזור אל מצבם הקודם. כיצד יתגוננו מפני שימוש במידע ובטכנולוגיות שכל אחד ואחד מהם פיתח בנפרד והביא כ"נדוניה" לשותפות? רק הסכם אי-תחרות שנוסח בקפידה וכלל **אך ורק** את תחומי ההתמחות של כל צד להסכם לפני תחילת השותפות, רק הוא יכול היה לספק את המבוקש. ניתן אף להרחיב מעט ולשאול מה היו עושים הצדדים, לו ידעו מראש ששתי המשפטים לא יאפשרו לתניית אי-תחרות שכזו לעמוד בתוקפה, ולחלופין מה יעשו כעת בעלי עסקים אחרים בתחומים שונים השוקלים מיזם משותף הדורש חשיפת מידע ייחודי רגיש זה בפני זה.⁴⁵ נראה שלו ידעו הצדדים שאין אפשרות לשמור על סודותיהם המסחריים במקרה של פירוק השותפות, היו שוקלים בכובד ראש את כדאיותה של שותפות שכזו מלכתחילה. אם אכן פסיקת בית המשפט העליון, שגובתה בסופיות של דיון נוסף, תגרום למתקשרים פוטנציאליים במצב דומה להימנע מכניסה לשותפות שכזו, השופטים שרצו לברך יימצאו מקללים. כמובן, עדיין אפשר לפנות מלכתחילה לממונה או לבית הדין לאישור ההסדר, אלא שראינו שקיימים מקרים לא מעטים שפנייה כזו לא תהיה.⁴⁶ הצרה היא שהנוק אינו רק לצדדים לחוזה, אלא לאותה יעילות כלכלית – הורדת מחירים ותחרות חופשית – ששופטי הרוב העמידו כאינטרס המוביל בסוגיה. הדגשתי קודם כי התחרות בין טבעול לבין שף הים הורידה לכאורה את המחיר שהוצע במכרז, ושהאינטרס הציבורי המומחש במחיר שישלם משרד הביטחון בעבור מזון לצה"ל לא נעלם מעיני השופטים. נראה ששופטי בית המשפט העליון הניחו כי פסיקתם מאפשרת את הורדת המחיר ואף תביא להורדת מחירים דומה במקרים

45 חשוב לציין כי מקרה זה נדון, לפני שנכנסו לתוקפם כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים) התשס"א 2001, שייתכן שהיו מונעים את הבעיה מלכתחילה. ובכל זאת, הדיון כאן חשוב שכן הוא מעיד על השיקולים הנראים רלוונטיים לו בעיני שופטי בית המשפט העליון, ומקרה דומה שלא ייכנס לגדר המגבלות של פטורי הסוג עלול להגיע לאותה תוצאה גם כיום.

46 ניתן לומר כי במקרים ששווי העסקה בעבור הצדדים גדול מן העלות של הגשת ההסדר לאישור (כולל עלויות עקיפות, כגון פרסום ההתקשרות, חשש שהממונה יתעניין "יתר על המידה" גם בשאר עסקיהם וכו'), די באפשרויות הקיימות בחוק. יחד עם זאת, דווקא אותם הסדרים שהצדדים בהם אינם ערים לכבילה שבהתקשרותם יישארו חשופים לניצול לרעה של אחד הצדדים את החוק בדיעבד.

עתידיים.⁴⁷ לעומת זאת, בחינת המקרה בהקשרו מובילה למסקנה כי ייתכן שהצדדים היו נמנעים מלכתחילה משיתוף פעולה, לו ידעו שסודותיהם המסחריים ישמשו כנגדם, ובלא המיזם המשותף מלכתחילה, ממילא אין טעם לדבר על תחרות בין צדדים שעסקו בתחומי ייצור שונים. בפשטות, שף הים לא הייתה קיימת לולא שיתפו הצדדים פעולה ולולא עסק קיבוץ אילון במוצרי בשר מן הצומח. אם נשליך זאת למקרים עתידיים, פסיקת בית המשפט העליון לא שירתה בהכרח את התחרות ואת היעילות הכלכלית שכיוונה אליהן, שכן מיזמים משותפים המגבירים את הייצור והמפיצים את הידע המסחרי לא יצאו אל הפועל, כאשר הצדדים אינם משוכנעים שיוכלו להגן על האינטרסים שלהם במקרה של פירוק המיזם.

מלבד שאלת היעילות הכלכלית או בחינת האינטרס של הציבור בכללותו, ראוי לבחון את נקודת המבט של טבעול עצמה כצד לסכסוך. בחתימתה על הסכם הפרדה ותניית האי-תחרות, לא ביקשה טבעול דבר שלא היה לה לפני כניסתה לשותפות. מנקודת המבט של טבעול וכן של שף הים, שנמצאה במצב זהה (שכן אז לא ידעו הצדדים מי מהם ירצה בעתיד להפר את ההתחייבות), תניית האי-תחרות משיבה לה את שהיה לה קודם להתקשרות ומחזירה אותה למצב שהייתה בו לפני שהסכימה לשתף אחרים במידע שהיה קניינה הפרטי. אין כאן אפוא ניסיון ליהנות מחלוקת שוק המעניקה לכל צד מונופול בתחום מסוים, אלא לחזור למבנה העסקים הנפרדים לאחר הניסיון הכושל לאחדם. טבעול לא הייתה היצרנית היחידה בתחום הבשר מן הצומח (ואף נאמר מפורשות בדיון הנוסף כי הייתה משתתפת שלישית במכרז, שאינה קשורה לשני הצדדים הנצים, וכי משתתפת זו הייתה זוכה במכרז לו נפסלה שף הים), ואין יסוד להניח כי תניית האי-תחרות נועדה להעניק לה מעמד מונופוליסטי. וכך מצאה טבעול את סודותיה מסחריים, שהייתה זכאית לשמור על חסיונם, חשופים לעינה של שף הים במסגרת שותפות שתנאיה לא מולאו ובתימוכין של בית המשפט העליון. התמונה מפסק הדין בדבר הסדר כובל הפוגע בציבור מכאן ובדבר כיבוד התחייבות חוזית מכאן מוארת באור שונה מעט, כאשר אותו הסדר נראה כחלק הכרחי מקיום שותפות שאת תוצאותיה מברך בית המשפט.

47 כאן חשוב לשים לב כי עמדה זו אינה רק של השופטים שהצטרפו לדעת הרוב, אלא גם של השופט טירקל שהתנגד לה. עמדתו הייתה כי **למרות** שיפור היעילות הכלכלית והורדת המחיר במקרים מעין אלה, יש להעדיף את אינטרס הודאות ואת תום הלב החוזי.

מלבד השאלה אם היה בתניית האי-תחרות כדי להוסיף או לגרוע מן התועלת לציבור בכללותו, דיוננו עד כה מראה כי שאלה מרכזית אחת כלל לא נשאלה, שאלת הפגיעה בזכויותיהם של הצדדים עצמם, וכאן – הפגיעה בטבעול.⁴⁸ הואיל וגם למונופוליסט שמורה הזכות להגנה על פי חוקי היסוד, שומה עלינו לבחון את זכות הקניין של טבעול ואת זכותה לחופש עיסוק בנסיבות שעלו בפסק הדין. כפי שראינו, זכות הקניין על פי "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" רחבה דיה לכלול גם זכויות חוזיות וקניין בלתי מוחשי, כגון סודות מקצועיים. כאשר בחרה טבעול לחשוף בפני קיבוץ אילון את הטכנולוגיה המשמשת לייצור "בשר מן הצומח", עשתה כן מבחירתה החופשית בהנחה, שגובתה בהסכמים חתומים, שמידע זה לא ישמש בידי המתחרה לפגוע בעסקיה. כאשר פסל בית המשפט העליון את התניה החוזית, הותר בעינה את חשיפת המידע של טבעול, אך ללא ההגנה החוזית שהצדיקה את חשיפת המידע מלכתחילה. דומה הדבר להתערבות בדיעבד בעסקה לממכר מוצר, כך שמכירת המוצר תיוותר בעינה, אך בלי שהמוכר יקבל את המחיר שהוסכם עליו. התערבות מעין זו מהווה פגיעה ברורה בזכות הקניין של טבעול, והיא אינה יכולה להתקבל ללא דיון בנפקויות החוקתיות של פגיעה בזכות יסוד. לא מן הנמנע להניח שגם לאחר איזון אינטרסים קפדני,

48 אעיר כי בהצגת הדברים התעלמנו מן האינטרס של שף הים כצד השני לאותו הסכם שנוי במחלוקת. ניתן להתייחס בקצרה גם לצד זה של הדיון באחת משתי דרכים: מחד גיסא, ברור כי שף הים מעוניינת בפסילת ההסכם שעליו חתמה, שכן כך תוכל להשתמש במידע שבידיה ולזכות במכרז זה ובחוזים עתידיים דומים. מנגד, ניתן לבחון לא את האינטרס המידי שלה בשלב זה, אלא את האינטרס המשוער שלה בעת חתימה על הסכם הפרדה, ובהשלכה – את האינטרס המשוער של צדדים עתידיים להסכמים דומים שפסק הדין בענייננו יחול עליהם כתקדים. קשה להאמין כי האינטרס המידי בהפרת החוזה יזכה להתייחסות אוהדת, שכן מדובר ברצונו של צד לחוזה להפר אותו אך ורק בשל הזדמנות עדיפה שנקרתה בדרכו. קיימות מספר דוקטרינות משפטיות העומדות לרשותנו כדי למנוע הגנה על אינטרס מסוג זה, וקיימים תקדימים המראים כי בית המשפט העליון כנראה יעשה בהם שימוש כדי לא לאפשר למעוול ליהנות מעולתו (ראו לדוגמה, ד"נ 20/82 **אדרס נ' הרלו וג'ונס** פ"ד מב (1) 22). לגבי האינטרס המשוער בעת הכריתה או אינטרס של צדדים דומים בעתיד, ניתן להעמיד את שף הים במקומה של טבעול ולראות כי לא היה הבדל ניכר בין הצדדים בעת ניסוח הסכם הפרדה. כמובן, קיימות האפשרות שההסכם נוסח בעת שצד אחד היה בעמדת נחיתות יחסית לצד השני, ופסילת ההסכם מהווה לא רק הגנה על הציבור אלא גם על צד שלא יכול היה להגן על עצמו בעת ניהול המו"מ לקראת כריתת החוזה. אם כך, עומדים לנו דיני החוזים הכלליים המאפשרים התערבות בדיעבד בחוזה שנכרת בכפייה או בפגם אחר ברצון, ויש לבחון כל מקרה לגופו. ראו לדוגמה, ע"א 1569/93 **מאיה נ' פנפורד**, פ"ד מח (5) 705.

תעמוד הצדקה לפגיעה בזכותה של טבעול לחסיון המידע, אך ראוי להדגיש כי הדיון הנוסף, על מגוון הדעות של השופטים השונים, לא בחן את הבעיה מנקודת מבט זו.

שופטי בית המשפט העליון סברו כי ההסכם בין טבעול לבין שף היס וקיבוץ אילון פוגם בתחרות, ובכך – באינטרס הציבור בכללותו. ייתכן כי צדקו, אף שהניתוח לעיל מעמיד בספק אפשרות זו. וייתכן, כפי שסבר השופט טירקל, שהנזק המוסרי לחברה בכללותה בגלל אי-כיבוד התחייבויות חוזיות גדול מן הנזק בגלל פגיעה בתחרות. ובכל זאת, בשני אלה לא סגי. האינטרס הישיר של טבעול כצד לסכסוך שנפגע מפגיעה בקניינו מועלה כאן כקרוב על מזבח האינטרס החברתי. הוויכוח בין שופטי בית המשפט העליון נסב סביב השאלה מהו האינטרס **החברתי** הראוי להגנה, ואילו השאלה שאני מעלה היא בדבר האינטרס של **הפרט** בהגנה על זכויותיו.

מדוע מתעלמים שופטי בית המשפט העליון מן זה של הדיון? נראה כי הלכו שבי אחר ההצגה המקובלת של הדברים בהקשר דיני ההגבלים העסקיים, ולפיה צדדים להסדר כובל הם מונופוליסטים בכוח המעוניינים להפיק רווח מהגבלת התחרות והמהווים סכנה פוטנציאלית לציבור בכללותו. הצגת הדברים באור זה, כפי שראינו לעיל בסקירת יסודות דיני ההגבלים העסקיים, מקלה על מקבל ההחלטות את המלאכה של הצגת המונופוליסט כ"בחור הרע" מול הציבור כ"בחור הטוב", ולכן ההגנה על האחרון מובנת כמעט מאליה. חשוב לציין כי מקור הבעיה אינו בשופטים עצמם או בפן מסוים של הדיון שנעלם מעיניהם. חוק ההגבלים העסקיים עצמו הוא המעמיד את השיקולים הרלוונטיים לסוגיית ההסדרים הכובלים והוא הקובע בעצם את תוכן הדיון בסוגיות הסדרת התחרות. לאור הגדרת החוק את הקריטריונים לאישור הסדרים כובלים, כפי שראינו לעיל, טובת הציבור היא מרכז הדיון, ואילו זכויותיהם של הצדדים להסדר אינן מוזכרות כלל. תקפתי לעיל את התפיסה המקובלת המאפשרת הצגה פשטנית מעין זו, ובנסיבות הדיון הנוסף דלעיל משימתי קלה אף יותר מאשר קודם. טבעול לא פעלה למנוע מן הציבור תחרות ששירתה את האינטרסים שלו בעבר ולא ניסתה למנוע מקיבוץ אילון להשתמש במידע ובטכנולוגיה שעמדו לרשותו קודם. כל שניסתה טבעול לעשות, כפי שעולה מפסק הדין, הוא להקים שותפות שתקדם את האינטרסים של כל המעורבים, תוך שמירה על אינטרסים לגיטימיים שלה, אם שותפות זו לא תצליח. מלבד זאת, אין שום סיבה להניח שעצם המיזם המשותף פגע בציבור, אלא להפך: זו תופעה עסקית ברוכה המעודדת את החדשנות ואת היעילות בייצור. כאשר נחתם

הסכם הפרדה, לא נמנע מן הציבור או ממי מן הצדדים דבר שהיה זכאי לו קודם. הצדדים רק ניסו להחזיר את הגלגל לאחור, למצב שהיה לפני הקמת השותפות. אדגיש כי הדיון לעיל בזכויות יסוד הראה כי אף במקרה של מונופוליסט ממש, אין אנו רשאים להתעלם מזכויותיו על פי חוקי היסוד. וכאן, במקרה הסבוך מעט יותר ממקרה המונופוליסט המובהק והמציגי אינטרסים עסקיים לגיטימיים, על אחת כמה וכמה.

גם אם נקבל שיש תועלת אפשרית העשויה לצמוח לציבור מביטול תניית האי-תחרות, לא די בכך להצדיק התעלמות מזכויותיה של טבעול על פי חוק. אמנם ניתן להתווכח אם הפקעת זכותה לחיסיון של מידע עסקי שפיתחה מועיל או מזיק בסופו של דבר לאינטרס הציבורי, ואולם שומה עלינו לראות בכך הפקעה הפוגעת בזכויות של בעל הזכות ולהצדיקה רק לאחר דיון מקיף ואיזון אינטרסים קפדני. ראוי להדגיש כי אינטרס הציבור בתחרות, ובנזר מכך – בחשיפת מידע עסקי וטכנולוגיה שישמשו לאותה תחרות, אינו מצדיק בדרך כלל חדירה לתחום הפרט (של טבעול, במקרה דנן) וכפייה לחשוף מראש את המידע שבידיה. רק לאחר שחשפה טבעול מרצון את המידע בפני שותפתה למיזם החדש, במסגרת הסכם שאמור היה להגן עליה מפני ניצול אותו מידע נגדה, הופעלה דוקטרינה משפטית המונעת ממנה את יישום ההגנה החוזית. ראינו כבר לעיל כי לא ודאי שטבעול הייתה חושפת את המידע, לו ידעה מלכתחילה שתועמד במצב זה, אך מלבד השיקול העסקי שלה (ושל תעשיינים אחרים הלומדים כעת את פסק הדין), מדובר כאן בסטנדרט כפול. טבעול רשאית הייתה להימנע מראש מחשיפת המידע, ותביעה לגילוי ברבים הייתה נדחית על הסף, הגם שאינטרס הציבור בתחרות נותר בעינו. ואם כך, מדוע ההגנה שטבעול זכאית לה מראש אינה עומדת לרשותה כעת, משנכנסה להסכם שאמור היה לספק את אותה הגנה בדיוק?

אעיר כי מטרת הדיון כאן אינה תקיפת החלטה מסוימת של בית המשפט העליון. יתרה מזאת: ייתכן כי גם אילו נשקלו השיקולים שאני מבקש למצב כחלק מן הדיון ההכרחי, עדיין היו האינטרס של הציבור או של יחידים (העלולים להיפגע מקיום ההסדר הכובל בין טבעול לבין שף הים) גובר על האינטרס של הצדדים.

אקצין ואומר: לו הגישו הצדדים את הסכם הפרדה לאישור בית הדין מלכתחילה, לא ודאי שהיו זוכים לאישור המיוחל. כך לדוגמה, ייתכן שאורך התקופה שהצדדים התחייבו לאי-תחרות היה מוגזם, ובית הדין היה דורש את קיצורה על מנת לאשר את ההסכם; ואולי הצדדים צפו שההסכם לא

יאושר כלשונו, ולכן נמנעו מהגשתו; גם ייתכן שכלל לא היו ערים לסיכון בביטול בדיעבד של תניית האי-התחרות.⁴⁹

ואולם בכל אלה אין כדי להעיב על חשיבות הדיון, וזאת משני טעמים. ראשית, השיקולים שבית הדין היה מפעיל בבואו להחליט על אישור הסכם שכזה מוכתבים בסעיף 10 לחוק, וראינו לעיל שגם שם נפקד מקומם של הצדדים כבעלי זכויות שיש להגן עליהן. יישום הדיון המוצע כאן היה משנה מהותית את אופן קבלת ההחלטות מלכתחילה ברשות ההגבלים העסקיים ובבית הדין. הגם שעדיין ייתכן כי שיקולים אחרים יגברו על הרצון להגן על זכויות הצדדים, ברור כי המאזן היה משתנה בהכניסנו משתנים חדשים למשוואה. שנית, שופטי בית המשפט העליון הושפעו גם הם מעקרונות היסוד של דיני ההגבלים העסקיים, כפי שהבינו אותם מלשון החוק ומהקשרו. הדיון כאן היה אולי משנה את החלטתם במקרה זה, אך ניתן לחשוב על רשימה ארוכה של מקרים נוספים שתוצאתם הייתה שונה מהותית בשל יישום הדיון כאן.

אמנם שופטי בית המשפט העליון ערכו איזון אינטרסים, אך עם כל הכבוד הם טעו בשימת דגש באינטרס הציבור. האיזון שאני מכוון אליו הוא בין אינטרס הציבור מכאן לבין אינטרס הפרט הנפגע מכאן. את השאלה אם הציבור נפגע או נהנה מפסילת תניות אי-תחרות בנסיבות שתוארו יש לראות כהצבת שאלה לגבי **צד אחד בלבד** של המשוואה – האינטרס הציבורי. אם יוכרע כי עדיף לו לציבור שבמקרים כגון אלה תכובדנה תניות האי-תחרות, אין צורך להתקדם הלאה, שכן אין כל סיבה לפגוע בפרט. רק אם נסיק כי לציבור עדיף שהסכמים כגון אלה יבוטלו, נצטרך לבחון גם את אינטרס הפרט (כאן, האינטרס של טבעול בחסיון המידע שהביאה לשותפות) וגם את האיזון בין שני הצדדים. הווה אומר, הדיון הנוסף שיקף את הכרעת בית המשפט העליון רק באשר לצדה האחד של המשוואה, אך בכך רק החלה

49 יוער שקשה להניח כי הצדדים נמנעו באופן מודע מהגשת ההסכם. לו זה היה המצב, ברור היה להם מלכתחילה כי במקרה הפרה, לא יוכלו לאכוף את ההסכם בשל אי-חוקיותו, בדיוק כפי שקרה. קביעת תנאי בהסכם שביצעו בעתיד ושברור מלכתחילה שאי-אפשר לאכפו אינה מועילה לצדדים, ולא ברור איזו תועלת יצפו הצדדים להשיג מתנאי שכזה. המסקנה היא שסביר להניח כי לא ראו בהסכם הפרדה הסדר כובל, או לפחות לא חששו מן התוצאה ש"קיבלו" בסופו של דבר. וחרף זאת הדיון העקרוני שלנו חשוב בשל השלכותיו על מקרים עתידיים, ללא קשר לכוונת הצדדים וההכרעה הקונקרטית במקרה זה.

המלאכה, וכעת יש לבחון אם התועלת לציבור מצדיקה את הנזק לפרט.⁵⁰ איזון מסוג זה נערך כדבר שבשגרה בשאלות במשפט החוקתי בכלל ובמסגרת חוקי היסוד בפרט. אמשיך כעת במלאכת היישום במסגרת דיני ההגבלים העסקיים.

ב. אישור מיזוגים

"מיזוג" מוגדר בחוק ההגבלים העסקיים בהגדרה מקיפה ורחבה מן ההבנה הרווחת בציבור ביחס למונח זה או אף בחוקים אחרים. בעוד שהמשמעות היומיומית של המונח "מיזוג" היא איחוד של שתיים או יותר חברות המאחדות את פעילותן למסגרת של חברה יחידה, המשמעות של "מיזוג" בחוק ההגבלים העסקיים כוללת התהוות מצב ולפיו חברה אחת רכשה 25% או יותר ממניות החברה האחרת.⁵¹ אם אחת החברות הללו היא בעלת מונופולין, שילובן יוצר מונופולין, ואם מחזור המכירות המשולב שלהן עולה על 150 מיליון ש"ח בשנה, חובה עליהן לבקש את אישור הממונה למיזוג.⁵² מטרת החוק פשוטה: מיזוג שמעורבת בו חברה כזו עלול ליצור כוח שוק או כוח חזק מדי, ובשל כך עלולות להתעורר בעיות מסוג הבעיות שדיני ההגבלים העסקיים עוסקים בהן. על הממונה להתנגד למיזוג (או להתנותו), אם לדעתו קיים חשש סביר כי תיפגע התחרות או אם ישתנו מחיר המוצרים, איכותם או אספקתם באופן שיפגע בציבור.⁵³ אמנם החוק מנוסח כמגן על

50 לכאורה, השאלה שעלתה לדיון היא הגדרתו של הסדר כובל ומעמדו של צד להסדר הטוען לבטלותו. האפשרויות לבקשת פטור או אישור להסדר נותרו בעינן, ושם אמור להיעשות איזון האינטרסים המתואר. ואף על פי כן הדיון כאן רלוונטי ומתאים, שכן פסקי הדין שנכתבו מדגישים את הנחות היסוד של השופטים ביחס לתפקידם של דיני ההגבלים העסקיים והאינטרסים המוגנים בהם. קבלת הצורך לאיזון אינטרסים הכולל את זכויות היסוד של הפרט המעורב (או המונופוליסט), תשליך על הערכת פסק הדין כאן ועל השיקולים המכוונים דיון במתן פטור או אישור להסדר כובל כאחד.

51 "מיזוג חברות" – לרבות רכישת עיקר נכסי חברה בידי חברה אחרת או רכישת מניות בחברה בידי חברה אחרת המקנות לחברה הרוכשת יותר מרבע מהערך הנקוב של הון המניות המוצא, או מכוח ההצבעה או מהכוח למנות יותר מרבע מהדירקטורים או השתתפות ביותר מרבע ברווחי החברה" – סעיף 1 לחוק. השווה לסעיף 1 לחוק החברות, התשנ"ט – 1999.

52 סכום זה מתעדכן מפעם לפעם. העדכון האחרון (שהעלה את סף המינימום מ-50 מיליון ש"ח ל-150 מיליון ש"ח) התפרסם בקי"ת 5966, התשנ"ט (19.4.1999), עמ' 669.

53 סעיף 21 לחוק קובע: "הממונה יתנגד למיזוג חברות או יתנה אותו בתנאים אם לדעתו

"הציבור", אך בחינת ההקשר המעשי מראה כי ברוב הגדול של המקרים מדובר אך ורק בציבור הצרכנים של מוצרי החברות המעוניינות להתמוג. מיהו המעוניין במחיר, באיכות ובאספקת מוצרים שיושפעו מן המיזוג? בדרך כלל, הצרכנים הישירים של אותם מוצרים או לכל היותר צרכנים עקיפים, כאשר המוצר מהווה חומר גלם בייצור מוצר אחר, וגם זאת, רק בתנאי שוק ספציפיים שניתן להעריך בהם השפעה עקיפה שכזו. מיקוד הצרכנים כנפגעים העיקריים מקיומו של כוח שוק (במקרה זה, כוח שוק הנוצר ממיזוג) מתאים לקווים המנחים של דיני ההגבלים העסקיים, כפי שראינו לעיל.

מלבד ההשפעה על הצרכנים, ניתן לבחון כאן גם השפעה על מתחרים בכוח או בפועל באמצעות הגדרת "הפגיעה בתחרות"; אם מיזוג עלול לתת בידי החברות המתמוגות כוח לדחוק רגלי מתחרים בהווה או בעתיד, ישקול זאת הממונה בבואו לאשר את אותו המיזוג או להתנגד לו. אם כן, המיקוד הוא רק באלה שכיניתי "קרבות המונופולין", ואין מילה בחוק לגבי שיקולים אחרים של תועלת לצדדים העשויה לנבוע מן המיזוג. חזרנו אפוא למצב שתואר בתחילה: ציבור הצרכנים והמתחרים זוכים להגנה בשמירה על רמת מחירים נמוכה ועל איכות גבוהה או על תחרות מרבית, ישירות על חשבונם של יצרנים המעוניינים למזג את עסקיהם, אפילו במובן הרחב של המונח "מיזוג", כפי שהוגדר בחוק ההגבלים העסקיים. נראה כי נוסח החוק מטיל על הממונה חובה לראות לנגד עיניו את טובתם של הנפגעים הפוטנציאליים בלבד, מבלי לאזנה עם האינטרס של היצרנים בהשאת רווחיהם או אף עם היעילות הכללית של העסקים דנן (אלא אם כן זו תורמת במישרין גם לצרכני אותם עסקים).

אבהיר נקודה אחרונה זו. יש הטוענים בחקר דיני ההגבלים העסקיים כי יש לאפשר מיזוג חברות כדבר שבשגרה, אם המיזוג יאפשר לחסוך בעלויות ולשפר את יעילותם הכללית של העסקים באמצעות איחוד הייצור, הפיתוח או השיווק. טענה זו, המוכרת כ"הגנת היעילות", אף זכתה לעיגון בשיטות משפט מסוימות כשיקול רלוונטי שיש להתחשב בו, גם אם אינו השיקול

קיים חשש סביר כי כתוצאה מן המיזוג כפי שהוצע תיפגע באופן משמעותי התחרות באותו ענף או ייפגע הציבור באחת מאלה:
(1) רמת המחירים של נכס או של שירות;
(2) איכות נמוכה של נכס או של שירות;
(3) הכמות המסופקת של הנכס או היקף השירות, או סדירות האספקה ותנאיה."

המכריע או הבלעדי.⁵⁴ לפי הגנת היעילות, טובתו המצרפית של המשק דורשת לאפשר ייעול כאמור, גם אם צרכני אותו מוצר אינם נהנים מכך באופן ישיר ואף נפגעים מהגברת כוח השוק של החברות המתמזגות. חוק ההגבלים העסקיים אינו מתייחס לשיקול זה במפורש, ונוסח ס' 21, המגדיר מתי יתנגד הממונה למיזוג, מפנה רק ל"טובת הציבור" ולתחרות עצמה. הסעיף לא רק שאינו מתייחס להגנת היעילות, אלא אף קובע כי "הממונה יתנגד", קרי לכאורה ללא מתן שיקול דעת לממונה להחליט אחרת.⁵⁵ מלבד נוסח הסעיף, ניתן ללמוד ממקרה מקביל שנדון בתחום ההסדרים הכובלים. שם, כפי שראינו, צדדים להסדר כובל חייבים בהגשת ההסדר לבית הדין לשם קבלת אישור, אם לא זכו לפטור מקדים מן הממונה. ניסוחו של ס' 14, העוסק במתן פטור מן הצורך לאשר הסדר כובל, מאפשר לממונה לפטור הסדרים שפגיעתם בתחרות אינה גדולה.⁵⁶ תפקידו של הממונה, לפי לשון הסעיף ופסיקת בית הדין להגבלים עסקיים, לבדוק את היקף הפגיעה בתחרות בלבד. אם הסדר מסוים פוגע באופן ניכר בתחרות, ועדיין יש סיבות טובות לאפשר את קשירתו, תפקידו של בית הדין (ולא הממונה) הוא לשקול סיבות אלו ולהכריע בין התועלת לבין הנזק שבהסדר.

הסעיף העוסק באישור מיזוגים חריף אף יותר. בסעיף 21 לחוק אין כל אזכור של האפשרות להעמיד מול הפגיעות בציבור הצרכנים יתרון שיצמח למי מן הצדדים או אף לחברה בכללותה. כמובן, בפני הצדדים עומדת האפשרות לפנות לבית הדין בערר על החלטת הממונה, אך לכך נגיע מיד.

54 ראו למשל את הנחיות המיזוגים של רשויות ההגבלים העסקיים בארה"ב: U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines (1992), 4 Trade Reg. Rep. (CCH) P 13,104.

55 למרות נוסח הסעיף, הפרשנות המקובלת היא כי לממונה יש שיקול דעת אם להפעיל את סמכותו ולהתנגד למיזוג. ראו ערר הגבלים עסקיים 2/94 **תנובה – מרכז שיתופי לשיווק נ' הממונה על הגבלים עסקיים**, קובץ החלטות בענייני הגבלים עסקיים, כרך ב 159.

56 סעיף 14 (א) קובע: "(א) הממונה רשאי, לבקשת צד להסדר כובל ולאחר התייעצות עם הוועדה לפטורים ולמיזוגים לפי סעיף 23 (להלן – הוועדה), 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".

כשם שקבע בית הדין כי ס' 14 אינו מאפשר לממונה לשקול שיקולים מחוץ לפגיעה בתחרות, כך ברי שס' 21 אינו מאפשר לממונה לשקול שיקולים מחוץ לפגיעה בתחרות או בציבור באותם שלושה מדדים המצויינים בסעיף עצמו. הגנת היעילות שתיארתי לעיל אולי רלוונטית לשיקולים המצרפיים בעבור הציבור בכללותו, אלא שאין לה מקום בשיקולי הממונה על ההגבלים העסקיים.

מלבד השיקולים המצרפיים הנעדרים מסעיפי החוק העוסקים במיזוגים, בולט עוד יותר מכך היעדרם של שיקולים ביחס לטובת הצדדים למיזוג עצמם. ראינו לעיל כי אישור או התנגדות של הממונה למיזוג מותנים בהכרעה בשיקולים של הנפגעים הפוטנציאליים בלבד – הציבור בכללותו או הצרכנים של אותו מוצר ספציפי. כעת נבחן את סמכותו של הממונה מנקודת מבטם של הצדדים למיזוג. אלה פונים לממונה בבקשה לאשר מהלך עסקי האמור לשרת אינטרסים פרטיים שלהם באיחוד העסקים או לעתים בגיוון ההשקעות שלהם בעסקים נפרדים (שהרי ראינו כי גם רכישת מניות בחברה אחרת עשויה להתפרש כמיזוג). אנשי עסקים, רדיפתם אחר תועלת אישית היא לגיטימית ומתמדת, ולמעשה כל המשטר הכלכלי התחרותי שאנו מתבססים עליו מושתת על כך. כאשר הם באים לממונה, הוא בוחן לא את הלגיטימיות של פעולתם או את השאלה אם אכן טענתם שתצמח להם טובה עסקית מן המהלך המוצע משכנעת, אלא רק את הצד העלול להיפגע מן המיזוג. גם אם ישתכנע הממונה כי המיזוג יממש פוטנציאל עסקי חשוב, החוק מכוונו לשקול את שיקולי הצד שכנגד. מנקודת מבטם של הצדדים למיזוג יוצא שזכותם לנהל את העסק לפי מיטב השיפוט המסחרי שלהם מותנית בשיקולי טובתם של צדדים חיצוניים למיזוג, צדדים הזוכים להגנת החוק והממונה.

לכאורה, אין בכך פסול. מטרת חוק ההגבלים העסקיים היא להגן על התחרות ועל ציבור הצרכנים, ותפקידו של הממונה הוא להיות נציגם של אלה העלולים להיפגע מכוחם המסחרי של צדדים "חזקים". הבעיה היא שהחוק אינו מאפשר את שקילת כל השיקולים הרלוונטיים זה בצד זה והכרעה מלומדת לאורם. מלבד זאת, תפקידו של הממונה מעולם לא הוגדר כנציגו של צד מסוים, אלא דווקא כדמות חסרת פניות המכריעה לאור מכלול השיקולים. ואולם אנו רואים כי בבחינה מדוקדקת מתגלה שהחוק משקף מגמה חד-צדדית – יש להגן על הקרבנות הפוטנציאליים של יצרנים בעלי כוח מונופוליסטי, הנתפסים כצד שיש להגבילו כאשר הוא מסכן את מוטבי החוק. הממונה אינו רשאי לאשר בשלמותו מיזוג הפוגע בציבור שהחוק מכוון להגנתו, גם אם שוכנע כי התועלת הצפויה מן המיזוג רבה מנזוק.

מובן שהמטרות המוצהרות של החוק יקודמו באופן המרבי, אם ניתן להתנות את המיזוג בתנאים שיאפשרו להשיג את ההתייעלות במלואה בד בבד עם ביטול הסכנה לתחרות ולציבור, אך אין לצפות שמצב אופטימלי זה ניתן תמיד להשגה. ייתכן שהממונה ירצה לאשר מיזוג היוצר יעילות ניכרת גם במחיר פגיעה ניכרת בתחרות, אך לא ברור כי לשון הסעיף מתירה לו זאת. כמובן, הוא יוכל "להתחכם" ולהתנות מיזוג כזה בתנאים מקלים, אך בקריאת הסעיף עולה ספק לגבי הלגיטימיות של מהלך כזה, ויהיו שיטענו (ובמידה רבה של צדק, לדעתי) כי על הממונה לכוון שיקוליו לאור הנחיות המחוקק ולא לפי נטיות לבו או לפי מטרה הראויה בעיניו יותר מזו שנוסחה בחוק. כשם שהממונה אינו רשאי לפטור הסדר כובל הפוגע "פגיעה של ממש" בתחרות מקבלת אישור מבית הדין, אף אם ההסדר נראה לו רצוי מבחינת השפעותיו האחרות, כך הוא אינו רשאי לאפשר למיזוג הפוגע בתחרות או בציבור להתקיים באין מפריע.

מלבד שיקוליו של הממונה, קיימת תמיד ערכאת הערעור של בית הדין להגבלים עסקיים. החוק אינו מכוון את שיקולי בית הדין, ולכאורה רשאי זה לשקול כל שיקול הנראה לו רלוונטי לכך. ובכל זאת, נראה לי כי יקשה על בית הדין להתעלם מכוונת המחוקק שמיזוג יותנה באי-פגיעתו באינטרסים המנויים בחוק עצמו. באישור הסדרים כובלים, הממונה מהווה רק מסנן ראשוני לעניין הפגיעה בתחרות, וכך ההסדרים שאינם מעלים סוגיות אחרות לא יגיעו כלל לבית הדין. שם, החוק עצמו מורה לבית הדין לשקול שיקולים מלבד אלה ששוקל הממונה. באישור מיזוגים, החוק מפרט את השיקולים שינחו את הממונה בהכרעתו, אך מגדיר את בית הדין רק כסמכות להכרעה בערר שיוגש נגד החלטת הממונה. אם כן, מרכז הכובד הוא בשלב הראשוני של הפנייה לממונה. קשה לגזור מן החוק עצמו סמכות לבית הדין לשקול שיקולים נוספים מלבד אלה שפורטו בס' 21, וגם אם ניתן לפרש בהרחבה את סמכות בית הדין בהכרעה בערר, קשה להניח כי חברי בית הדין יסכימו לפסוק לפי שיקולים הנעדרים לא רק מן הפרק בחוק הדין במיזוגים, אלא מן החוק כולו.⁵⁷ נדגיש את הבעיה המוצגת כאן: שיקולי יעילות כללית (מלבד הקבוע בס' 21) נעדרים מן הפרק הדין במיזוגים; ולא זו אף זו: זכותם של

57 בנוסף לכך, סעיף 25 מסמיך את בית הדין להפריד חברות שמוזגו בניגוד להוראות החוק, כאשר בית הדין מופנה שוב לאותם השיקולים הנשקלים על ידי הממונה לפי סעיף 21. מתחזקת אפוא המסקנה כי אלה השיקולים הרלוונטיים בעיני המחוקק בכל הקשור למיזוגים לפי חוק זה.

אנשים המנהלים עסקים למזג את עסקיהם אינה מוזכרת כלל ואינה בגדר שיקול המנחה את מקבלי ההחלטות אם לאפשר מיזוג או להגבילו. זכויות היסוד שלנו בהן לעיל ניתנות ליישום מידי. זכותו של בעל קניין להפעילו בדרך שתשיא את רווחיותו, הזכות לחופש חוזי ביחס לקניין פרטי והזכות לעסוק בתחום העיסוק הנבחר בחופשיות וללא מגבלות חיצוניות – כל אלה נפגעות חמורות. בעלי עסקים המעוניינים בעסקת מיזוג (ושוב, חוק ההגבלים העסקיים מגדיר עסקה כזו בצורה כה רחבה, עד שמדובר בעסקה שכחה למדי) נתפסים כאיום פוטנציאלי על אחרים. בעוד **שקימו של האיום** על זכויות מתחרים, על צרכנים ואולי אף על הציבור בכללותו מובן, לא ברור מדוע הסמכויות המכריעות בעניינים אלה אינן אמורות להתחשב בזכות היסוד לנהל עסקים בחופשיות.

יודגש כי איני טוען כאן שיש לאשר כל מיזוג או שזכויותיהם של המתמזגים בכוח גוברות תמיד על זכויותיהם של קרבנות פוטנציאליים של המיזוג. טענתי היא אך שאין להכריע א-פריורית לטובת צד אחד, מבלי לשקול בקפידה גם את טובתו של הצד השני. איזון האינטרסים, שהמשפט החוקתי כה אמון עליו במקרי התנגשות זכויות, ראוי ליישום גם כאן. חוקי היסוד החדשים, המגדירים הן את הזכויות האמורות והן את הדרך המתאימה לאיזון אינטרסים ביניהן, דורשים את בחינת ההתערבות לאור פסקות ההגבלה. במקרים שנתגבר על המבחנים המוגדרים בפסקות ההגבלה, הגבלת מיזוגים ראויה ואף הכרחית. במקרים שפסקות ההגבלה גוזרות מסקנה כי התערבות כאמור אינה ראויה, שומה עלינו לכבד את זכויות היסוד של המונופוליסטים (בכוח או בפועל), כפי שאנו מכבדים את זכויות היסוד של כל אדם אחר.

ג. מונופולין

הגדרת המונופולין וההסדרה החוקית של מעמד המונופוליסט הן אבני היסוד של דיני ההגבלים העסקיים. כפי שראינו, תפיסת העולם המנחה את העוסקים בתחום היא כי יש לשמור על התחרות בשל היתרונות שהיא מקנה ברמת מחיר המוצר, באיכותו וכיו"ב. כמו כן, ההנחה המקובלת היא כי התחרות היא המשטר הראוי בתחום המסחר בשל האפשרויות הפתוחות בפני כולי עלמא להשתתף בעשייה ובהזדמנות לרווחים. המונופולין, בהגדרתו, עומד נגד כל אלה בבחינת חסם המונע ממתחרים את חופש העיסוק שלהם

ומצרכנים – את קבלת המוצר הרצוי להם במחיר נמוך ובאיכות גבוהה. ראינו כבר כי תמונה זו אינה נקייה מספקות, וכי היא מבוססת על נקודת מבט חד-צדדית: המונופוליסט נתפס כ"איש הרע", וזכויותיו אינן זכות לדיון ברמה שווה ומקבילה לדיון בזכויות קרבנותיו.

המונופולין הוא הדוגמה הבולטת ביותר של כוח השוק שנגדו מכוונים דיני ההגבלים העסקיים. עד כה השתמשתי בהרחבה במושג "מונופוליסט" כדי לכלול את כל אלה שדיני ההגבלים העסקיים מגבילים את פעולתם, ועשיתי זאת כדי לאפשר התייחסות כללית לטענות העקרוניות המאחדות את כולם. כעת אבחן את השפעת הדין (והניתוח המוצע כאן) על אלה המחזיקים מונופולין ממש, כהגדרתו בחוק.

כאמור, בעוד שבעיני הציבור הרחב "מונופולין" נתפס כהתקיימות מצב ובו מוכר יחיד מסוגל לנווט את תנאי השוק כרצונו, חוק ההגבלים העסקיים מגדיר את המונופולין בצורה גורפת יותר:

"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)".⁵⁸

הגדרה זו רחבה בשני מובנים. לפי המובן האחד, אין הפרדה בין סוגי מוצר שונים (נכסים או שירותים) ובין מונופולין במכירה לבין מונופולין ברכישה. במובן זה, אין כאן כל חידוש, שכן גם הדיון הבסיסי דלעיל הראה שהבעיה שאנו מנסים להתמודד עמה היא של הכוח הכלכלי המסור בידי בעל המונופולין ביחס לאלה שעמם הוא עושה עסקים. כוח כלכלי יכול שיהיה קיים בידי רוכש בלעדי, בדיוק כפי שהוא קיים בידי מוכר בלעדי ובידי סוחר בשירותים או נכסים כאחד. לפי המובן השני, הרחב, ריכוז של מעל 50% מנתח השוק יוצר מונופולין. מובן זה רחוק מרחק רב מן התפיסה המקובלת בדבר יצרן יחיד שאין לו מתחרים ושביכולתו לכפות תנאי עסקה לפי רצונו. גם הרחבה זו של החוק יש לה על מה לסמוך. כוח שוק, קרי היכולת לכפות תנאי מכירה שונים מאלו שהיו נקבעים בשוק תחרותי, אינו דורש דווקא שליטה בכל שוק המוצר. בתנאי שוק מסוימים, יכול שיהיה בידי יצרן יחיד כוח שוק גם אם יש לו מתחרים, ומקובל לראות בדרישת ה-50% סף מינימום, שממנו ואילך על רשויות האכיפה להפעיל שיקול דעת ענייני. אמנם סף ה-50% כולל גם מקרים רבים של יצרנים המצויים בשוק

58 ס' 26א לחוק.

תחרותי ואין להם כוח שוק בכלל, אך מצד שני, סף גבוה יותר עלול לא לאפשר פיקוח על שווקים שהתנאים הייחודיים להם דורשים זאת.⁵⁹ עניינו כאן אינו בשאלת תנאי השוק המשתנים מתחום לתחום ומזמן לזמן, אלא בעיקרון, ולפיו בעל מונופולין כפוף לפיקוח של רשות ההגבלים העסקיים, ובעיקר במשמעותו של פיקוח זה לאור זכויות היסוד של בעל המונופולין. לדיון העקרוני דנן, אחוז הסף שנקבע אינו מעלה ואינו מוריד, ונראה מיד כי אפילו היה מדובר רק בעסקים המחזיקים בנתח שוק של 100%, עדיין היה עלינו להעלות את אותן השאלות.

קיומו של כוח שוק, קרי היכולת לקבוע את המחיר או התנאים שמוצר יימכר בשוק, מאפשר למונופוליסט להעלות את המחיר מעל למחיר התחרותי, למגינת לבם של צרכנים ושל כלכלנים כאחד. צרכנים – שכן ברור כי העלאת המחיר פוגעת באינטרס שלהם; כלכלנים – שכן ברור שהעלאת המחיר כרוכה בהכרח גם בהקטנת הכמות המסופקת, כך שבעקיפין נפגע המשק כולו באופן מצרפי, ויעילותו נפגמת. מלבד הגדרת המונופולין עצמו, ראוי לשים לב כי גם שתי הקטגוריות הקודמות, הסדרים כובלים ומיזוגים, הוגדרו כבעייתיות בהתבסס על בעיית המונופולין. הסדר כובל נחשב לבעייתי בעיקר בשל פגיעתו הפוטנציאלית בתחרות ויצירת מונופול (או קרוב לכך) של הצדדים להסדר הכובל. כך, יצרנים המחליטים יחדיו לתאם מחירים או לחלק ביניהם את השוק יוצרים את אותן הבעיות שתוארו לגבי המונופולין, קרי במתן מונופולין בפועל לכל יצרן בתחום מסוים או ביצירת קרטל ביניהם, כאשר כוח השוק מסור לקרטל כולו והיצרנים הבודדים נהנים בעקיפין. כך גם לגבי מיזוגים. מיזוג חברות שאינו יוצר כוח שוק, אינו מדריך את מנוחתו של הממונה על ההגבלים העסקיים. המגבלות על מיזוגים רלוונטיות לפיקוח ולדאגה, כאשר יש סיבה לחשש שבגלל המיזוג ייווצר כוח שוק (כוח מונופוליסטי) במגזר עסקי מסוים שהמיזוג משפיע עליו.

59 אמנם סף ה-50% נחשב בעולם לנמוך יחסית, ויש המעדיפים סף גבוה יותר, 60%-70%, אך עניין זה אינו העיקר. הנקודה החשובה היא להמשיך ולאפשר ניתוח של כל מקרה ומקרה לגופו, שכן יש מקרים שגם נתח שוק גדול בהרבה אינו מעניק כוח שוק בשל מאפייני שוק ספציפיים. גם תחרות **פוטנציאלית** עשויה לשמר את המחיר התחרותי, כך שמוכר בלעדי (המחזיק בנתח שוק 100%) יימנע מלנצל את מעמדו לרעה מחשש שהמתחרה הפוטנציאלי "יפלוש" מיד לשוק ויציע מחיר נמוך ממנו. ראו William J. Baumol, John C. Panzar and Robert D. Willig, **Contestable Markets and the Theory of Industry Structure** (New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1982).

כל זאת, לפי הבחינה הסטנדרטית והמוכרת של דיני ההגבלים העסקיים. אם הכוונה היא אך ורק לשמור על אינטרס הצרכנים במחיר ואיכות תחרותיים, כל המתואר לעיל קביל ורצוי. לעומת זאת, אם יתקבלו טענותיהם של אלה שפעולותיהם יוגבלו בשל תחולת דיני ההגבלים העסקיים, רצוי לבחון מחדש את היקף הדין הקיים.

סמכויותיו של הממונה ביחס למונופולין מגוונות. ראשית, שלב ההגדרה: הממונה יכול להכריז על עסק מסוים כעל מונופולין, ולעתים קרובות שלב מקדמי זה כרוך במאבקים ובניסיונות של בעלי העסק למנוע הכרזה זו. הגם שלכאורה מדובר רק בהגדרה פורמלית ובצעד הצהרתי, נראה מיד כי משמעויותיה הפרקטיות רבות, וכי ההתנגדות לה מובנת. לאחר שעסק מסוים הוכרז כמונופולין בתחומו, הוא כפוף לפיקוחו של הממונה במגוון נושאים, החל בכל חוזה אחד שהמונופוליסט מציע לצרכניו, עובר באיסור לסרב סירוב "בלתי סביר" לספק את מרכולתו או לנצל את כוחו לרעה וכלה בפיקוח ישיר על המחיר שהוא גובה.⁶⁰ הממונה רשאי "להסדיר את פעולות המונופולין" בהוראות ישירות על פעולות שיש לנקוט כדי למנוע פגיעה בתחרות או בציבור. ולבסוף, אם כל אלה לא עלו יפה, יפנה הממונה לבית הדין להגבלים עסקיים, וזה רשאי לצוות על הפרדת המונופולין לשני תאגידים נפרדים או יותר.⁶¹ הכרזה על עסק כעל מונופולין היא אפוא הצעד הראשון בשורה ארוכה ומגוונת של דרכי פיקוח והסדרה המיועדות לשמור על האינטרסים של המתחרים ושל הציבור, אך פגיעתם בבעל המונופולין קשה וברורה.

בעוד שפגיעת המונופולין בצרכנים ובציבור כולו נבחנת לעתים קרובות, והסמכויות הרחבות המוענקות לממונה ולבית הדין מיועדות לאפשר פעולות שימנעו או יצמצמו נזקים אלה, מוקדשת פחות תשומת לב לפגיעה שנגרמת לבעל המונופולין עצמו מן הפיקוח ההדוק עליו. כפי שראינו, זכויות היסוד עומדות לבעל מונופולין ואמורות להגן עליו בדיוק כפי שהן מגנות על כל אדם אחר. ניתן בקלות לראות כי נגד כל פעולת פיקוח שנועדה להגן על "קרבנותיו" מפניו, המונופוליסט יכול להעלות טענת נגד על פגיעה בזכויותיו; לדוגמה, האיסור על גביית מחיר "בלתי הוגן" בעבור מוצריו אינו אלא שמירה על מחירים נמוכים יותר ממה שהיה דורש לולא חל עליו החוק, במטרה להגן על הצרכנים. אין חולק כי הצרכנים ייהנו מהגנת החוק, אך בתוך כך

60 ראו פרק ד לחוק ההגבלים העסקיים.

61 ראו סעיפים 30, 31 לחוק.

נפגעת זכותו של המונופוליסט ליהנות מרווח מקסימלי על המוצרים שבעלותו (רכיב זכות היסוד לקניין שנבחנה לעיל). כך גם האיסור על "סירוב בלתי סביר" מצדו לספק את המוצר או את השירות שיש לו מונופולין בו; איסור זה מהווה בעצם כפייה למכור לגורם שהמוכר היה נמנע מכל מגע עסקי אתו. זו אפוא פגיעה בחופש החוזים של המונופוליסט.

חופש העיסוק ניתן גם הוא לפרשנות המגנה על המונופוליסטים. אדם המקים עסק וזוכה במעמד מונופוליסטי ימצא עצמו מוגבל בסוג ההתקשרויות המסחריות המותרות לו, בחובה למכור את מרכולתו "בתנאים הוגנים", באיסור לקבוע תנאים שונים ללקוחות שונים, בדרישה להעמיד לפיקוח כל מיזוג חברות שהוא מעורב בו ועוד. אין כל ספק כי חופש העיסוק של בעל המונופולין מוגבל בצורה ניכרת בחוק ההגבלים העסקיים.

כמובן, מגבלות אלו אינן מרצון סתמי לפגוע בזכויותיו של אדם מסוים. חופש הפעולה של המונופוליסט מוגבל בשל החשש שינצל את כוחו הכלכלי העדיף לפגוע בצרכנים או במתחרים חלשים ממנו, שאינם יכולים להגן על עצמם בלא מעורבותה של המדינה. השאלה אפוא אינה רק הטיעונים הלגיטימיים של כל צד וצד ביחס לפגיעה מוגזמת בו או להגנה עליו, אלא בעיקר האיזון בין הצורך להגן על אוכלוסייה מסוימת לבין החובה לא לפגוע יתר על המידה בזכויותיה של אוכלוסייה אחרת.

אולי ראוי להקדים ולומר כבר כעת כי איני טוען שרשות ההגבלים העסקיים או מי מן העומדים בראשה שואפים לנצל את מעמדה לרעה ולפגוע סתם ביצרן בודד שלא הרע לאיש. חזקה על האחראים לטיפול בסוגיות המורכבות בתחום ההגבלים העסקיים שמטרתם להגן על הדרושים הגנה ולהיטיב עם המשק כולו בהשאת היעילות המצרפית. ובכל זאת, חשוב לשים לב למקומות שהחוק עצמו מכוון אותם לשקול אך ורק את שיקוליהם של קרבנות המונופולין ושל הציבור בכללותו ולזנוח כמעט כליל את שיקוליהם של בעלי המונופולין.

דנו לעיל בצדדיה השונים של חשיבות היישום של הזכויות המוגנות בחוקי היסוד החדשים וראינו את הפגיעה האפשרית בזכויותיהם של מונופוליסטים לסוגיהם. משנתבררה הפגיעה האפשרית במונופוליסטים ובקרבנותיהם, יש להעמיד למבחן את החוק ואת הכוחות שהוא מקנה לרשויות האכיפה, מבחן איזון האינטרסים המוגדר בחוקי היסוד עצמם – פסקות ההגבלה.

המשותף לשני חוקי היסוד החדשים הוא שהם מגדירים מפורשות שורה של זכויות כמוגנות במיוחד מפני פגיעה, והדגש הוא במניעת חקיקה ופעולה שלטונית סותרת. וכך, כל זכות שהוגדרה כמוגנת על פי חוקים אלה מחייבת את כל רשויות השלטון. לו היה הדבר כרוך רק בכוחות שמירת החוק (משטרה, מערכת בתי המשפט וכיו"ב), הייתה הגנת המחוקק על האזרח ברורה. ואולם שני חוקי היסוד כוללים "פסקת הגבלה" המגדירה במפורש את התנאים שבהם צריך לעמוד המחוקק בבואו להגביל זכויות יסוד. פסקה זו, המנוסחת באופן דומה בשני חוקי היסוד, קובעת כך:

אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.⁶²

התוצאה היא כי כל חוק העומד בסתירה לחוקי היסוד או מגביל אף במעט את זכויות היסוד המוגנות בהם, יועמד למבחנה של פסקת ההגבלה – אם הוא הולם את ערכי המדינה, אם הוא נועד לתכלית ראויה, ואם הוא אינו פוגע בזכויות במידה העולה על הנדרש.

מדוע עלינו להידרש לפסקות ההגבלה בחוקי היסוד בהקשר דיני ההגבלים העסקיים? מכיוון שבכל אחד ואחד מחוקי היסוד מוגנת במפורש זכות העשויה להתפרש כמוגבלת בסיטואציה של הגבלים עסקיים.⁶³ "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" קובע בסעיף 3 את זכות הקניין, ו"חוק יסוד: חופש העיסוק" קובע בסעיף 3 את הזכות לחופש עיסוק. בסיטואציה דלעיל, כשמונופול קובע מחירים גבוהים ומונע מן הצרכנים למצוא חלופות זולות יותר למוצרו, ניתן לטעון לשימורת החוק בהגנה על הצרכנים או על מתחרים ה"נדחפים החוצה" על ידי המונופוליסט. וכך, צרכן שחופש הבחירה שלו צומצם מהשתלטות המונופוליסט על השוק מוצא עצמו מחויב בתשלום

62 ס' 8 ב"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" זהה לס' 4 ב"חוק יסוד: חופש העיסוק", למעט המילים "זכויות שלפי חוק יסוד זה", המחליפות את המילים "חופש העיסוק".

63 זכות מפורשת הקיימת בכל אחד ואחד מחוקי היסוד מאפשרת לנו להסתפק בבחינת אופן ההגנה עליה ובהתאמת דיני ההגבלים העסקיים למציאות החוקתית החדשה. ראוי לציין כי גם לולא נמצאו זכויות המוגנות במפורש ושניתן ליישמן לענייננו, היה עלינו לבחון אם קיימות זכויות המוגנות **במשתמע** בחוקי היסוד החדשים ומהו האופן הראוי (אם בכלל) להגן על זכויות מעין אלו.

גבוה יותר באורח הפוגע לכאורה בזכותו לקניין. מתחרה שאינו יכול להמשיך ולמכור מוצר מסוים בשל מגבלות שהטיל היצרן המוביל על דרכי ההפצה (למשל, חוזי בלעדיות עם הרשתות המובילות), יטען כי חופש העיסוק שלו נפגע באורח ניכר וכי כעת עליו לחפש תחום עיסוק אחר.

הגנה על צרכנים, ולעתים על מתחרים, מפני כוחו העדיף של המונופוליסט (או כוחם המשולב של החברים בקרטל) היא חלק מהותי מן השמירה על ההגינות שראינו לעיל. אף שהסדרת הזכויות במסגרתם של חוקי יסוד עשויה לתת לצידוק זה משנה תוקף, אין בה שינוי ניכר של המצב הקיים. השינוי הגדול המוצע כאן הוא ביישום חוקי היסוד לא כדי להגן על "החלשים" שבעבורם, בין השאר, נחקק חוק ההגבלים העסקיים מלכתחילה, אלא דווקא כדי להגן על אלו הנתפסים כ"חזקים", המונופוליסטים עצמם.

אחד המאפיינים של משפט חוקתי הוא הרחבת המבט לכלול את כל הפרטים המושפעים ממצב מסוים או מחקיקה מסוימת. זכויות היסוד אינן שייכים רק לצד אחד בעסקה מסחרית. כאן נקבע במפורש שזכויות אלה מגונות על כל פרט ופרט (במגבלת "אזרח או תושב" לגבי חופש העיסוק), ללא קשר לכוחו היחסי במשא ומתן מסחרי או לעצמתו הכלכלית. כל אזרח יכול לטעון לתחולת חוקי היסוד בהגנה על זכויותיו, ללא קשר למעמדו החברתי, לכוחו הכלכלי או לדעותיו הפוליטיות. כמוכן, עצם החלתם של חוקי היסוד במקרה מסוים אינה מחייבת להסיק כי אזרח מסוים נפגע, או אף אם כך אירע – שהפגיעה בו אסורה על פי חוקי היסוד. הטיעון חייב לכלול צעד פרוצדורלי וצעד מהותי: הצעד הפרוצדורלי הוא להראות את תחולת חוק היסוד המדובר במקרה המסוים (לרבות זכאותו של הטוען להגנה לחסות בצלו של חוק היסוד); הצעד המהותי הוא להוכיח לגופו של עניין שהזכות המוגנת נפגעה ושפגיעה זו אסורה לפי הקריטריונים בחוק היסוד.

את הדיון בצעד הפרוצדורלי הראשוני, לגבי עצם זכאותו של מונופוליסט לטעון להגנת זכויות היסוד שלו, ערכנו כבר, וברור שאין צורך לחזור עליו. הדיון יתרכז אפוא בשאלה המהותית בדבר חריגת הפגיעה בזכויות היסוד של המונופוליסט מן המותר לאור פסקות ההגבלה. מובן שהיכולת של חלק מן החברים בקבוצה שבה נעסוק להגן על עצמם והחשש האמתי שכוחם המסחרי ישמש לפגיעה באחרים (שגם ביקרם אנו חפצים) יילקחו בחשבון בהסקת המסקנות. אתקדם אפוא בהדרגה, תוך כדי בחינת הרכיבים השונים הכלולים בפסקות ההגבלה. כל רכיב ורכיב במבחן איזון האינטרסים, אראה כיצד הוא ניתן ליישום בהקשר ההגבלים העסקיים.

א. "בחוק [...] או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו"

רצונו של פקיד ממשל מסוים לפגוע בזכות יסוד הוא חסר משמעות בדיון מסוג זה. פעולה פוגעת חייבת לקבל את ברכתו של המחוקק במישרין, בנוסח החוק עצמו, או בעקיפין, בהסמכה מפורשת של גורם נוסף שיפעיל שיקול דעת בנידון. כאשר המחוקק מסוגל לבחון את האינטרסים הנוגדים, הוא עשוי לתת הכרעה ברורה כבר בלשון החוק, והכרעה זו יכול שתפגע בזכויות המוגנות בחוקי היסוד. לעומת זאת, אפשר גם שהאינטרסים הנוגדים טרם התבררו לו דיים או שתחולת החוק רחבה מכדי לתת תשובה חד-משמעית לכל מגוון המקרים העתידיים. במקרים כאלה יבחר המחוקק להסמך מי מטעמו שיקבל הכרעות קונקרטיות בהמשך, והחוק משמש אמת מידה להפעלת הסמכות או לתחימת גבולותיה.

בחוק ההגבלים העסקיים ראינו לעיל שילוב של שני הסוגים: החוק עצמו מגדיר את האיסור לערוך הסדר כובל, מגדיר את הדרישות למתן פטור או אישור להסדר, מגדיר את הפיקוח על מיזוגים וכו'; ובנוסף לכך הוא מסמך את הממונה ואת בית הדין להחליט במקרים ספציפיים וליישם את העקרונות ואת המבחנים המוגדרים בחוק. שילוב זה עומד בדרישות פסקת ההגבלה ואף ממחיש את האופן הראוי, לטעמי, של חקיקה בנושאים בעייתיים מסוג זה. המחוקק, בהכירו בחשיבות הנושאים המוסדרים בחוק, הגדיר במפורש את סוגי האיסורים הרלוונטיים ואת דרכי הפיקוח והקריטריונים שיש להפעיל. יחד עם זאת, בהכירו במורכבות העובדתית של המקרים הדורשים טיפול, הסמך רשות מבצעת שתפעיל שיקול דעת בכל מקרה ומקרה לפי מאפייניו הייחודיים.

יש הגורסים כי לא די בקיומו של חוק כעין זה, אלא יש גם לבחון מהותית את עמידתו של החוק האמור בעקרון שלטון החוק.⁶⁴ גם כאן נראה כי חוק ההגבלים העסקיים עומד יפה בדרישות המתבקשות: זהו חוק כללי, המגדיר את מושאי תחולתו ואינו כולל ענישה רטרואקטיבית. מצד שני, ראינו לעיל כי ההגדרות הרחבות הכלולות בו בעייתיות במישור זה, שכן הלכה למעשה ברור שאין אוכפים (ואף בלתי אפשרי לאכוף) את החוק במלואו. למרות הביקורת שמתחתי לעיל על בחירת המחוקק בעמימות כה

64 ראו אהרן ברק, **פרשנות במשפט**, (כרך 3) (ירושלים, התשנ"ג), עמ' 323-354, 484-490, 615-614.

רבה של הגדרת איסורים פליליים ומשמעויות אזרחיות מרחיקות לכת, אין להסיק שחוק ההגבלים העסקיים נכשל במבחן חוקי היסוד. ניתן לומר בשלב זה כי מרבית המקרים הנדונים במסגרת דיני ההגבלים העסקיים ברורים דיים כדי לעמוד בכל בחינה של רכיב זה בפסקת ההגבלה וכדי להשאיר את המקרים שבהם האזרח טוען כי החוק עמום מכדי לאפשר לו לדעת מה אסור ומה מותר, להכרעה נקודתית לפי נסיבות המקרה.

ב. "[...] ההולם את ערכיה של מדינת ישראל"

מקובל לראות בדרישה זו בפסקת ההגבלה הפניה לסעיף המטרות של חוק היסוד, קרי לערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית.⁶⁵ רבות נכתב על הגדרת "יהודית ודמוקרטית" ועל הסתירה האפשרית בין שני הרכיבים עצמם. מטרתי כאן אינה לחזור ולהעלות את הטיעונים המוכרים, אלא רק לבחון אם יש בהם כדי לשפוך אור על דיוננו. שני הצדדים לדיון, המונופוליסטים וקרבתניהם, יכולים להיסמך על זכויות קניין וחופש העיסוק, שניהם יכולים לטעון שמשטר דמוקרטי לא יאפשר פגיעה סתמית בזכויותיהם, ושניהם יכולים לפנות למקורות המורשת היהודית שיוכיחו את עמדתם. במובן זה, אין לצפות להכרעה גורפת לטובת צד מן הצדדים. ואולם יש להוסיף לדיון את הצורך באיזון אינטרסים בין שני צדדים לגיטימיים.

מעצם טיבו המשטר הדמוקרטי עוסק בלי הרף באיזונים בין גורמים שונים המנסים לדור בכפיפה אחת. רוב ומיעוט, גברים ונשים, בני דתות שונות, מעמדות חברתיים שונים, רמות כלכליות שונות – המשטר הדמוקרטי אמור לתת מענה לחיים בצוותא של כל אלה ועוד, בכיבוד זכותו של כל אחד ואחד לחיות לפי דרכו. מקובל שהכרעות בדמוקרטיה מתקבלות בהכרעת רוב, ועדיין קיימות מגבלות על כוחו של הרוב כדי להגן על זכויות יסוד של המיעוט. צורך זה בדיוק הוליד את חוקי היסוד ואת פסקות ההגבלה עצמן. כל מהותה של פסקת הגבלה היא בהגבלת כוחו של הרוב (הרי מניחים כי חוקים המתקבלים בכנסת זכו לתמיכת הרוב) מכבוד לעקרונות יסוד. דווקא חשיבה בכיוון זה עשויה להועיל למונופוליסטים המעוניינים להיסמך על

65 ראו חיים כהן, "ערכי מדינה יהודית ודמוקרטית", **ספר הפרקליט** (1993), עמ' 40; אריאל בנדור, "פגמים בחקיקת חוקי היסוד", **משפט וממשל**, ב (התשנ"ד), 443, 451; אהרן ברק, **פרשנות במשפט**, (כרך 3) (ירושלים, התשנ"ג), עמ' 517, 615-616.

הגנת חוקי היסוד. העובדה כי הם מעטים ביחס לצרכנים הרבים (וכן שרוב הציבור אינו בדיוק חפץ ביקרם...) אינה מעלה ואינה מורידה, שכן המשטר הדמוקרטי יגן על זכויותיהם הראויות להגנה.

מנגד, חוק ההגבלים העסקיים בא להגן על הציבור ככלל ועל קרבנות ישירים של המונופולין בפרט כדי לשמור על אינטרסים חשובים: הגינות ויעילות כאחת. חוקים דוגמת חוק זה קיימים ברוב המדינות, וקשה לטעון שעצם קיומו סותר באופן כלשהו את הדמוקרטיה עצמה. להפך, קריאה נכונה של חוק ההגבלים תראה שביכולתו לאפשר איזון רצוי בין זכויות בעלי המונופולין לבין זכויות הנפגעים ממנו, איזון שהמשטר הדמוקרטי חותר אליו במגוון רחב של מקרים דומים של אינטרסים מתנגשים. הטענות בדבר פגיעה אפשרית במונופוליסטים מידי רשויות האכיפה של דיני ההגבלים אינן באות ללמד על אי-התאמת החוק עצמו למשטר הדמוקרטי, אלא להפך – על הצורך ליישמו במגבלות המשטר והאיזונים המתבקשים ממנו. לאור זאת, ניתן לראות כאן חיזוק לטענתי הבסיסית, שיש לבחון את דיני ההגבלים העסקיים גם מנקודת מבטם של המונופוליסטים הנפגעים ממנו, אך אין לקבל טענה כי החוק סותר את הערך הדמוקרטי המוגן בחוקי היסוד.

באשר למעמדה של המדינה כמדינה יהודית, הטיעון דומה בעיקרו. הצורך באיזון בין אינטרסים שונים וזכויות מתנגשות היווה מקור בלתי נדלה לאינספור דיונים בדבר האופן הראוי לפתור בעיות המתעוררות בשל חיים בצוותא. איזון אינטרסים נעשה במקורות היהדות גם בהסדרת חיי המסחר, לרבות טיפול מפורש בבעיות המכונות היום "מונופולין". במקרים מסוימים נדון תפקיד השוק בקביעת המחירים וההתייחסות הראויה למכונה היום "כשלי שוק".⁶⁶ חז"ל ראו במנגנון התחרות יסוד חיובי ברובו והעריכו את חופש הפעולה ליחידים ממנגנון של שוק חופשי. ובכל זאת, מכיוון שהדגש היה בערכים ולא בתפקוד השוק, ניתן לראות הבדלים בין היחס ההלכתי לבעיות תחרות לבין היחס המקובל כיום.⁶⁷ קיים למשל הבדל ברור בין

66 לדוגמה, בתלמוד הירושלמי, מסכת בבא מציעא, פרק ה, הלכה א, ניתן למצוא דיון מרתק בשאלה בדבר ההבדל בין "בצורת" לבין "כפנה". במקרה הראשון מדובר בכשל זמני הנובע מבעיה מקומית שיש להשאיר לתיקון עצמי על ידי השוק. במקרה השני, מדובר בבעיה רחבה יותר שהשוק לא יפתור ללא מעורבות חיצונית, ולכן חשוב שהקהילה תקבע דרך התערבות ראויה.

67 לדוגמה, ערך התחרות מאפשר לאדם להקים חנות חדשה ליד חנות קיימת, מבלי שלבעל החנות הקיימת תעמוד טענת פגיעה בעסקיו. ראו תלמוד בבלי, מסכת בבא בתרא, דף כא, עמוד ב. מצד שני, באותו עמוד נדון מקרה של דייג שפרש רשתו וזכאי לדרוש שדייגים אחרים יתרחקו מרחק "שחיית דג" מן המקום. את ההבדל בין הסוחרים

היחס למוצרי יסוד לבין היחס לשאר המוצרים: "בית הדין חייבים לפסוק השערין ולהעמיד שוטרים לכך. ולא יהיה כל אחד ואחד משתכר כל מה שירצה [...] במה דברים אמורים, בדברים שיש בהם חיי נפש, אבל העיקרין כגון הקושט והלבנה וכיוצא בהן, אין פוסקין להן שער אלא ישתכר כל מה שירצה".⁶⁸ חיי נפש, הכוונה למוצרי יסוד שבלעדיהם אי-אפשר; "קושט ולבנה", הכוונה למיני בשמים, ובהרחבה – מוצרי מותרות אחרים.

הבחנה זו בין מוצרים שונים או בין נסיבות שונות המצדיקות התערבות ברמה שונה בחיי הכלכלה והמסחר, עולה במגוון רחב של הלכות ושל דיונים, וניתן לראות בה מאפייין של יחסה של היהדות למתח שבין הרצון לאפשר תחרות חופשית ולעודד את המסחר לבין הרצון לשמור על חלשים בחברה, כדי שלא ייפגעו פגיעה קשה מדיי מכוחות השוק.⁶⁹

מצד שני, יחסה של ההלכה לחשיבותה של תחרות שונה מן המקובל כיום. הסכמי אי-תחרות היו כמעט לדבר שבשגרה, והטיפול בהם היה מכוון לשמירת אינטרס הצרכנים לרמת מחיה מינימלית (משום כך הדגש במוצרי יסוד) או למניעת ניצול-יתר של הסוחרים את היעדר הלחץ התחרותי. לפיכך נקבע כי סוחרים רשאים לתאם ביניהם חלוקת שוק בהתאם לימים שונים, דהיינו בכל יום יהיה מונופול דה-פקטו לסוחר אחר, אך התנאי היה ש"איש חשוב" יאשר את ההסדר.⁷⁰ ניתן לראות ב"איש החשוב" פיקוח חיצוני שייצג גם את אינטרס הצרכנים, אך מאיר עיניים לראות כי לא היה די באינטרס שלהם בלבד כדי למנוע את "אישור ההסדר הכובל".

לבין הדייג הסביר רבנו תם במסכת **קידושין**, דף נט, עמוד א כך: מרגע שפרס הדייג את רשתו, ניתן לראות בדג כאילו הוא כבר ברשותו, ואילו הלקוחות אינם יכולים להיחשב כאילו הם "ברשותו" של איש, שכן לבני אדם יש שיקול דעת עצמאי, והם לעולם אינם שייכים לסוחר זה או אחר. מאיר עיניים לראות את ההבדל בין גישות אלו לבין החשיבה הכלכלית המודרנית, הרואה בלקוחות עוד משאב מבין המשאבים השונים שיש לנתח את המאפיינים שלהם, בהתייחסות מועטה, אם בכלל, לאופן שהניתוח משליך על אנושיותם של השחקנים השונים בזירה.

68 הרמב"ם, **משנה תורה**, הלכות מכירה, פרק יד, הלכה א. כך גם בהלכה ד, קובע הרמב"ם כי אין להתפרנס מתיווך במכירתם של מוצרים בסיסיים בארץ ישראל. מנגד, בהלכה י נקבע כי בני העיר רשאים לקבוע שער לכל דבר שירצו, וניתן להעניש את העובר על קביעה זו. ההפרדה בין סוגי מוצרים שונים אינה אפוא מחליפה באופן מוחלט את נטיית ההלכה לאפשר מגבלות על התחרות כשהציבור נהנה מכך.

69 ראו Meir Tamari, **With All Your Possessions: Jewish Ethics and Economic Life** (1987), בעמ' 88.

70 הרמב"ם, **משנה תורה**, הלכות מכירה, פרק יד, הלכות י-יא. לפי דוגמה אחרת, כך חילקו ביניהם קצבים אחדים את ימות השבוע, וההסכם בוטל – לא בשל הפגיעה בציבור, אלא בשל אי-קבלת אישור מראש כנדרש; מסכת בבא בתרא, דף ט עמ' א.

ההבדלים בין יחסה של ההלכה בשאלות של מסחר ותחרות לבין היחס הרווח היום בולטים בפיקוח על המחירים. כיום אנו מורגלים בפיקוח על המנגנון התחרותי, קרי במבנה שוק המאפשר מחירים תחרותיים, ואילו ההלכה מכוונת לפיקוח ישיר על המחיר הנדרש. במקומות מסוימים ההתייחסות שלה לפיקוח על המחירים היא כמעט דבר מובן מאליה,⁷¹ ובמקומות אחרים היא דנה בסוגיה סגולית בדבר מעמד מונופוליסטי והפיקוח הנדרש בשל כך. מסכת בבא בתרא מטפלת במקרה ובו אדם קונה את כל הזרעים העומדים למכירה בשנה אחת כדי ליהנות ממונופולין על היבול בשנה הבאה.⁷² בעוד שהמונופול עצמו אינו אסור, המחיר שייגבה על היבול מוגבל. זו כמובן אך דוגמה אחת מני רבות, אך היא כבר מאירה את סוג היחס שיש לצפות לו: איזון בין הרצון לאפשר חופש מסחר (קניית הזרעים ויצירת המונופולין) לבין הרצון להגן על צרכנים מפני עושה. חשוב לזכור כי דוגמה זו, עניינה היבול ההכרחי באותה תקופה, ולפיכך אין היא דווקא עיסוק במונופול עצמו, אלא בבעיה צרכנית רחבה ממנו.

מנגד, ניתן למצוא דיון מעניין בסוגיית הוראת תורה. נושא זה, שיישום דיני התחרות לגביו אינו מובן מאליה, מראה שוב כי התלמוד מתייחס לאו דווקא למונופולין עצמו כאל בעיה הדורשת פתרון, אלא לתחום שיש בו המונופולין. התלמוד רואה אינטרס חברתי חשוב בהוראת התורה ושואף לעודדו ככל האפשר. וכך, כאשר מלמדים מנסים ליצור הסכמים שימנעו תחרות עתידית, פוסקת ההלכה כי הסכמים אלה בטלים מעיקרם, שכן "קנאת סופרים תרבה חכמה", או בלשון השגורה בנושאינו כאן – "התחרות תעודד ייצור". בניגוד לכלל ההלכתי המקובל לגבי תניות אי-תחרות במקצועות אחרים המאפשר לעוסקים להגביל את התחרות, כאן האינטרס החברתי בעידוד הייצור (לימוד תורה) גדול במיוחד. לכן קובעת ההלכה חריג לכיבוד הסכמי אי-תחרות ושואפת "להציף" את השוק במלמדים שייטיבו בעקיפין לא רק עם הציבור כולו, אלא עם האינטרס החשוב, לימוד תורה. בדומה לדיון דלעיל בפרשת טבעול, האינטרס של המלמדים בשימור מעמדם, כמו גם האינטרס שלהם בכפיית חוזים שנכרתו ברצון הצדדים, נסוג מפני אינטרס רחב מזה: הרחבת בסיס הידע של מקורות היהדות.⁷³

71 למשל, ר' יוסף קארו קובע כי על בתי הדין הרבניים לפקח על המחירים. ראו **הבית יוסף**, חושן משפט, פסקה 231. כך גם הרמב"ם, המתייחס לגביית מחיר מעל למחיר השוק כאל הונאה; **משנה תורה**, הלכות מכירה, פרק 14, הלכה א.

72 **תלמוד בבלי**, מסכת בבא בתרא, דף צ, עמוד ב.

73 לניתוח סוגיה זו בכלים כלכליים מודרניים, ראו Dennis W. Carlton and Avi Weiss,

מה ניתן ללמוד ישירות מדיון זה? קודם כול, נושא הסדרת התחרות אינו חדש לימינו אלה, אלא הוא אחת הבעיות שהטרידו את קובעי המדיניות זה זמן רב. מלבד זאת, אנו רואים את הדגש בתחום המדובר ואת ההשפעה של סוג המוצר או של המגבלה על ערכים חוץ-תחרותיים לא פחות, ואולי אף יותר, מאשר על ערכי התחרות. ניתן לראות כי ההסדר ההלכתי נקבע לפי ההקשר המדובר ולפי השלכות החברתיות הצפויות, וקשה למצוא קו מאחד שניתן להגדירו כנובע מתחום ההגבלים העסקיים כקטגוריית-על. בניגוד לכך, דיני ההגבלים העסקיים דהיום חלים באותה מידה על בנקים המתאמים ביניהם שעות פתיחה של סניפים מרכזיים ועל מוכרים המתאמים ביניהם את מחיר המכירה של לולבים ואתרוגים לחג הסוכות. לשון החוק אינה מאפשרת לכאורה הבחנה בין אלה, שכן כל הסכם המוגדר "הסדר כובל" אסור, זולת אם זכה לפטור או לאישור כדן.

האם מכך יש להסיק כי קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית סותר את הגדרות חוק ההגבלים העסקיים? רחוק מכך. הדוגמות לעיל באות להאיר עיניים ולפתוח את הדיון, ולא לסתמו. מקורות המשפט העברי מראים כי בחינת האינטרסים השונים נעשתה לאור הקשרם, וההלכה גמישה דיה כדי לאפשר את שקילתם של אינטרס הציבור במחירים תחרותיים מכאן ושל אינטרס הסוחרים מכאן, ואפילו לבחון שיקולים ציבוריים וערכיים נוספים העולים בכל מקרה באופן שונה. באופן דומה, ניתן לומר כי אם רצוננו בבחינה חוקתית של דיני התחרות, עלינו להביא בחשבון כי ברגע שראינו ניגודי אינטרסים בין מושאי החקיקה לבין הנהנים ממנה, יש צורך בבחינה תלוית הקשר. ההקשר הרלוונטי לעניין חייב לכלול אינטרסים של כל הצדדים לדיון, שזכויותיהם עומדות על הפרק, וכן של הציבור בכללותו, באותם מקרים שההסדר שייקבע ישפיע לא רק על היצרנים ועל הצרכנים הספציפיים. מדיונו בדבר השיקולים המחויבים לפי חוק ההגבלים העסקיים עולה כי את האינטרסים של הצרכנים ושל הציבור בכללותו קל לשקול, אך האינטרסים של היצרנים נפקדו מלשון החוק. ובכל זאת, ניתן לומר כי שיקול הדעת הרחב המוענק לרשויות מאפשר שקילה של כל השיקולים אלה.

בבחינת הדין לאור הגדרת "יהודית ודמוקרטית" נראה שאין בנמצא תשובות קלות. ערכי הדמוקרטיה וערכי היהדות גם יחד מאפשרים הסדרה

"The Economics of Religion, Jewish Survival and Jewish Attitudes Toward Competition in Torah Education", 30 *Journal of Legal Studies* 253 (2001).

של חיי המסחר והגנה על האינטרסים של כל הצדדים המעורבים. חוק ההגבלים העסקיים בא לשרת מטרות ראויות הן של פרטים ספציפיים והן של הציבור בכללותו. הבסיס הרעיוני הוא הסדרת יחסי הפרט במסגרת חברתית, ובהיותו כזה קשה לטעון שאינו תואם את ערכי הדמוקרטיה. אותו חוק נסמך גם על מקורות תלמודיים, המסדירים את המסחר והמגבלים את חופש הפעולה של מי שבידו שליטה מונופוליסטית בשוק, כך שקשה לטעון שאינו תואם את ערכי היהדות. הן המקורות היהודיים והן הרעיון הדמוקרטי דורשים שהסוגיה תיבחן בהקשרה הרחב, קרי ללא התעלמות מזכויותיהם של המונופוליסטים או של כל צד מעוניין אחר. במובן זה, התעלמותו לכאורה של חוק ההגבלים העסקיים מזכויותיהם של המונופוליסטים, כפי שתואר בחלקים הקודמים, מעוררת קושי.

קושי זה מודגש עוד יותר כאשר עקרונית יסוד של הדמוקרטיה, כמו רוחב היריעה של הדיון ההלכתי, מראים לנו כי אין זה הכרח שהסדרת יחסי מסחר תיעשה בחלוקת הצדדים ל"טובים" ול"רעים", כפי שלעתים נדמה שדיני ההגבלים עושים. וחרף זאת, נראה לי מוגזם ומופרך לראות בתנאי זה בפסקת ההגבלה תנאי מכשיל את חוק ההגבלים העסקיים כולו או יישום מסוים שלו. אם החוק מגן על זכויותיו של מי מהצדדים, גם על חשבוננו של צד אחר שזכויותיו לא נשקלו כראוי, יש לבחון כל מקרה ומקרה לפי נסיבותיו, ולא לדון לכף חובה את החוק כולו. בסיכומו של דבר, תנאי זה בפסקת ההגבלה אינו פוגם בתחולת חוק ההגבלים העסקיים, אלא הוא בא להזכיר לנו את הצורך באיזון אינטרסים וכיבוד **כל** הצדדים לדיון.

ג. "[...] שנועד לתכלית ראויה"

נפסק כי "תכלית ראויה" בהקשר זה היא כל תכלית שנועדה להגשים זכויות אדם או מטרות חברתיות חשובות:

"תכלית היא ראויה, אם היא משרתת מטרה חברתית חשובה הרגישה לזכויות האדם. על כן, חקיקה שנועדה להגן על זכויות האדם היא בוודאי לתכלית ראויה. גם חקיקה שנועדה להשיג תכליות חברתיות כלליות, כגון מדיניות רווחה או שמירה על אינטרס הציבור, היא לתכלית ראויה".⁷⁴

74 ראו פ"ד בנק המזרחי, הערה 7 לעיל, בעמ' 434.

מהי תכלית חוק ההגבלים העסקיים? התכלית המוצהרת שוב ושוב היא להגן על התחרות, אך זו אינה עומדת בפני עצמה. התחרות מאפשרת למספר יתרונות להתקיים: ראשית, היא מוגדרת כמצב שיש בו ריבוי קונים וריבוי מוכרים, ומצב זה מעמיד כל אחד ואחד מהם בפני שוק שהמחיר בו נקבע מצרפית, ולא כפעולה חד-צדדית של גורם מסוים. מרגע שקיבלנו הגדרה רחבה זו, התחרות מאפשרת למספר בלתי מוגבל של שחקנים פוטנציאליים להיכנס לשוק האמור ולקחת בו חלק. הערך של חופש המסחר, קרי ההזדמנות שיש לכל אחד ואחד להשתתף בפעילות המסחרית, זוכה לעדנה במשטר תחרותי, שכן אין מגבלות ישירות ומכוונות על השתתפותו של איש. שנית, התחרות נחשבת ליעילה מצרפית, קרי למקדמת אינטרסים כלליים של המשק כולו ולמובילה למחירים זולים ולאיכות גבוהה לרווחת הצרכנים. מובן שיש מקרים חריגים של נסיבות מיוחדות הגורמות למשטר התחרותי לאבד מיתרונו, אך לא באלה עסקין בשלב זה. בסיכומו של דבר, קידום התחרות יכול להיחשב לתכלית ראויה, ונראה שחוק ההגבלים עובר גם את המבחן הזה.

ואולם יש לסייג את המסקנה האחרונה. קידום התחרות הוא אולי אינטרס מצרפי, מכיוון שלמשק בכללותו צומח יתרון, אך לא נובע מכך שהוא אינטרס של הכול. ניתן להצביע על צדדים שאינטרס התחרות אינו בראש מעייניהם, בעיקר המונופוליסטים עצמם. קידום התחרות, במובן הפשוט של המונח שדנו בו לעיל, מהווה בעצם יצירת משטר מסחרי המעדיף את האינטרס של הצרכנים על פני זה של היצרנים, לפחות אותם היצרנים שהיו יכולים ליהנות ממעמד מונופוליסטי, לולא התערבה המדינה וכפתה משטר תחרותי. ציור תמונה רעיונית של אינטרס רחב שהכול שותפים בו אולי תורם לתמיכה אינטואיטיבית בחוק ועקרונותיו, אך הוא לאו דווקא עומד במבחן המציאות. נכון יותר יהיה לטעון שהתחרות היא אינטרס של רבים בחברה הישראלית, ואף שיתרונותיה של התחרות רבים על חסרונותיה, הם אינם מחולקים באופן שווה בין אזרחי המדינה.⁷⁵

75 יש הטוענים כי רימוס התחרות החופשית לדרגת עקרון-על, המגן לכאורה על הכול, מוטעה גם ביחס לאלה הנמצאים במצוקה כלכלית, ואותה תחרות דוחקת אותם לשוליים החברתיים. בעבור אלה, התחרות אינה תורמת לרווחתם אלא לעתים להפך, כאשר פיטוריהם מנומקים בצורך בהתייעלות הייצור. והרי התחרות היא הגורם המחייב כל מפעל להתייעל ללא הפסקה, גם על חשבונם של חלק מהעובדים. מנגד, ניתן לטעון ובצדק לדעתי, כי בעיית העוני והאבטלה ראויה לפתרון נפרד, וכי ניתן לשלב בין משטר תחרותי למדיניות רווחה, כך שהחברה תינהג מן היעילות היצרנית הנובעת מתחרות חופשית, מבלי לוותר על ההגנה על חלשים, בכלים אחרים.

הפגיעה במונופוליסטים ראויה להתייחסות ישירה במסגרת דיון זה. בעוד חוק ההגבלים מקדם את התחרות לרווחת המשק כולו, הוא עושה זאת במישרין על חשבונם של יחידים המשלמים מחיר אישי להנאה של החברה כולה. התכלית אולי ראויה, אך האם הדרך נכונה? צורך חברתי בביצוע פעולות הפוגעות ביחידים אינו חדש או ייחודי לתחום ההגבלים העסקיים. השאלה הנשאלת כאן היא מהי ההצדקה להטלת מלוא העלות החברתית דווקא על כתפיהם של אותם יחידים. השוואה למקרים אחרים מראה כי כאשר מתקבלת החלטה להטיל את מחיר השיפור החברתי על כתפיהם של יחידים, חובה לבחון את הצדקתה או את הצורך בפיצוי היחידים, כדי שהמחיר יתחלק באופן שווה בין רבים.⁷⁶ קל לומר כי היות שמדובר במונופוליסטים, ברור שאל להם לצפות לפיצוי על כך ש"נמנע מהם" לעשוק את לקוחותיהם. אך כאן חשוב להזכיר כי דיון זה נפתח בבחינת אותן אינטואיציות המעמידות את המונופוליסט כ"רע", שיש להגן על הצרכנים "הטובים" מפניו, ובבחינה מדוקדקת כבר ניכר שאי-אפשר להסתפק בזה. כאמור, זכויותיהם של המונופוליסטים נפגעות מקיומו ומאכיפתו של חוק ההגבלים העסקיים, ואי-אפשר להתעלם מפגיעה זו.

ועם זאת, המסקנה המרומזת כי יש לפצות מונופוליסטים על כך שנמנע מהם "לעשוק" את הצרכנים אינה הכרחית, בלשון המעטה. מה שהכרחי הוא שלפני שנפגע בזכויותיהם לקניין ולעיסוק חופשי, נבחן בקפידה את **ההצדקה** לפגיעה זו, ואת שאלת **האיזון** בין המחיר המושג עליהם לבין הרווחה המושגת לחברה כולה. המסקנה מן הדיון עד כה היא שהגברת התחרות היא מטרה ראויה, כמו גם הגנה על חופש העיסוק של מתחרים בכוח ועל זכות הקניין של צרכנים במקרים מסוימים; כלומר תכלית החוק ראויה; אלא שנדרש דיון מורכב יותר בנסיבות מיוחדות המשנות את מאזן האינטרסים בין הצדדים. דיון מסוג זה מקומו בשאלת המידתיות.

76 כך נעשה לדוגמה בהפקעות. כל מדינה מודרנית נדרשת להפקעת קרקעות כדי ליצור ולהרחיב תשתית שתשרת את כלל האוכלוסייה. כאשר קרקע חיונית נמצאת כבר בבעלות פרטית, אין אפשרות ריאלית לקדמה חברתית בלא הפקעתה לצרכים ציבוריים. ובכל זאת, מקובל כי מי שקרקעו הופקעה זכאי לפיצוי, ולא – יימצא בנושא במחיר לא פרופורציונלי ביחס למחיר שמשלמים חבריו. פיצוי היחיד בשל הפקעה שנכפתה עליו מאפשר לחברה להשיג את המטרה הרחבה, מבלי שיחיד מסוים יישא בנטל כבד מדי או בלתי הוגן באופן יחסי לאחרים.

ד. "[...] ובמידה שאינה עולה על הנדרש"

כאן ליבת המחלוקת. מהי "מידה שאינה עולה על הנדרש"? דרישת המידתיות מעמידה אלה מול אלה את האינטרסים השונים שהזכרנו קודם. השאלה אינה ממוקדת בחוק ההגבלים העסקיים כמקשה אחת, אלא בכל יישום ויישום שלו בנפרד. כלומר עד כה נבחנו האינטרסים המצדיקים והמאפשרים את **קיומו** של חוק ההגבלים לאור המבחנים החוקתיים, ומכאן ואילך יש לדון בשאלה כיצד **ראוי ליישמו** כדי שתושגנה המטרות שבעבורן נחקק בד בבד עם שמירה על האינטרסים ועל הזכויות של הצד השני – המונופוליסטים.

ההסתכלות האינטואיטיבית של טוב מול רע, צודק מול מוטעה, נפרמת כאן לחלוטין. גם אם נסכים כי המונופוליסטים כקבוצה מאיימים על הצרכנים או אף על החברה כולה, אין בכך כדי לפטור את עצמנו מדיון משמעותי ביחס למידת הפגיעה הלגיטימית בהם ובזכויותיהם בתהליך ההגנה על קרבנותיהם. לעומת זאת, ראינו לעיל כי כאשר החוק מתייחס רק לאינטרס של הציבור ולקרבנות המונופולין, ניתן לכאורה להצדיק פגיעה עצומה באינטרס של המונופוליסט, אפילו רק כדי להגן על קרבנותיו מפני פגיעה קטנה עד כדי אבסורד. כמוכן, במסגרת שיקול הדעת הרחב המוענק לרשויות האכיפה, הן יכולות להימנע מהתערבות במקרים מסוג זה. ובכל זאת, המגבלות על שיקול הדעת של הרשות אמורות לנבוע מן המשפט החוקתי ומחוקי היסוד ישירות, ולא רק מן ה"שכל הישר" שאנו מקווים שתפעיל הרשות. כאן דרישת המידתיות שבפסקות ההגבלה מגבילה ומכוונת את הפעלת שיקול הדעת, אלא שיישום מעין זה עדיין לא נידון בתחום ההגבלים העסקיים. אציג תחילה את המדדים העיקריים שיש לקחת בחשבון ביישום מבחן המידתיות, ולאחר מכן אבחן את היישומים הספציפיים הנדרשים לחוק ההגבלים העסקיים ולרשויות שהופקדו על אכיפתו.

לכאורה מבחן המידתיות פשוט. אם זכות מסוימת הוגדרה כזכאית להגנת חוקי היסוד, אין לפגוע בה אלא במידה המינימלית ההכרחית שתאפשר הגנה על זכויות אחרות או על אינטרסים חברתיים ראויים. הגם שתנאי זה נראה לכאורה ברור וקל ליישום, הוא זכה לפרשנויות רבות המשליכות על יישומו לענייננו כאן. מקובל לפרוט את מבחן המידתיות לשלושה מבחני משנה – חלקם מוסכמים על רבים, וחלקם שנויים במחלוקת⁷⁷:

77 ראו אהרן ברק, **פרשנות במשפט**, (כרך 3) (ירושלים, התשנ"ד), עמ' 536, 620-624. חלוקה זו מקובלת על רבים בישראל, והיא מצויה גם בכתבי מלומדים נוספים, כגון

1) **מבחן ההתאמה/הקשר הרציונלי:** נדרשת התאמה בין הפעולה שנוקטים (והיא כוללת פגיעה בזכות יסוד מוגנת) לבין המטרה שמנסים להשיג. במובן הפשוט ביותר, האמצעי חייב להוביל באופן מסתבר להשגת המטרה המבוקשת שהוגדרה כתכלית ראויה, נְלֵא – אין שום דרך לטעון שתכלית זו מצדיקה הפעלת אמצעי פוגעני.

2) **מבחן הצורך/האמצעי שפגיעתו פחותה:** אם קיימים אמצעים אחדים להשגת המטרה המבוקשת, חובה לבחור בזה הפוגע בזכות היסוד במידה הפחותה ביותר.

3) **מבחן האמצעי המידתי:** יש לבחון את היחס בין המטרה שמנסים להשיג לבין הנזק הנגרם לפרט שזכות היסוד שלו נפגעת. מבחן זה יוצר מעין מבחן עלות-תועלת מסכם, כך שגם אם האמצעי ישיג את המטרה, ואין שום אמצעי שזקו פחות וביכולתו להשיג את אותה מטרה, לא בהכרח נקבע שמבחן המידתיות הצדיק הפעלת אמצעי זה.

מבחני ההתאמה והצורך מקובלים ואף נגזרים ישירות מלשון החוק. ברור כי אם האמצעי לא ישיג את התכלית הראויה, זו איננה מצדיקה את הפעלתו, שכן אין כלל קשר בין השניים. כך גם ברור שאם יש אמצעי מוצלח באותה מידה ופוגעני פחות, יש לבחור בזה שזקו אינו עולה על הנדרש להשגת מטרות החוק, נְלֵא – מה משמעות השאיפה למזער את הפגיעה בזכויות יסוד? לעומת זאת, המבחן השלישי מאפשר לשופט לקבוע כי לעתים יש לוותר על השגת התכלית הראויה עצמה, שכן הנזק שייגרם גדול מדי. הרחבת שיקול הדעת השיפוטי במבחן זה חוללה מחלוקת בין שופטי בית המשפט העליון.⁷⁸ מן הצד האחד של המתרס ניצבו המצדדים בכך שיש היגיון רב בבחינת היחס הסופי בין המטרה הראויה לבין הנזק הנגרם תוך כדי השגתה. ללא מבחן זה, עלולים אנו לאשר פגיעה חמורה בזכויותיו של צד אחד, רק כדי לתרום באופן שולי להגנה על זכויותיו של הצד האחר או להשגת מטרה חברתית ראויה. כאשר היחס בין הפגיעה הנגרמת לתועלת המושגת מוטה באופן קיצוני לצד אחד, ניתן לראות בכך התעלמות למעשה מן הצד שפוגעים בו, וקשה לומר שקיומן של זכויות יסוד האמורות להגן עליו השפיעו באופן כלשהו על התוצאה. ממה נפשך? אם ניתן לפגוע בזכויות

דליה דורנר, "מידתיות", **ספר ברנזון**, ב (ירושלים, התש"ס) 281, בעמ' 289, ובפסקי דין של בית המשפט העליון, כגון בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא (4) 367, 384-385.

78 ראו פ"ד **בנק המזרחי**, הערה 7 לעיל, בסעיף 84 לפסק דינו של הנשיא (כתוארו דאז) שמגר.

יסוד של אדם גם כאשר התועלת שתושג קטנה בהרבה מן הנזק שנגרם לו, מה הועילו לו זכויות אלה? מן הצד השני של המתרס ניצבים המצדדים בכך שמבחן זה ממקם את השופט כפוסק אחרון, לא רק ביחס להגדרות החוקתיות של הזכויות הראויות להגנה (נושא בעייתי כשלעצמו), אלא אף ביחס למבחן העלות-תועלת שבחר בו המחוקק. עצם קיומו של חוק המאפשר פגיעה בזכויות יסוד לצורך הגנה על תכלית שהמחוקק רצה להשיג (וכל חוק שהגיע לשלב זה במבחני פסקת ההגבלה הוא כזה), מעיד על הכרעת המחוקק לגבי היחס בין הנזק שייגרם לבין התועלת שתושג. אם המחוקק מעוניין להגן על אינטרס מסוים של קבוצה מוגדרת או של הציבור בכללותו והוא פוגע לשם כך (פגיעה קטנה ככל האפשר) באינטרס של קבוצה אחרת, האם ראוי שבית המשפט יחקור בדבר היחס הראוי בין אלה? ניתן לטעון כי קריטריון שלישי זה, המאפשר לפסול חוק המכוון לתכלית ראויה והפוגע במידה המינימלית האפשרית בזכות המוגנת, מעמיד את הרשות השופטת מעל לרשות המחוקקת, והעמדה זו סותרת את מבנה המשטר בישראל.

ענייני כאן הוא יישום בדיני ההגבלים העסקיים. לפיכך אבחן תחילה את יישום המבחנים שאין מחלוקת על אודותיהם, ולאחר מכן – את ההשפעות של קבלה או דחייה של המבחן השלישי. בדרך זו אתמקד ביישומים שניתן להסכים עליהם תחילה, ולאחר מכן אתחם את מסגרת הדיון שבמחלוקת.

5 מבחן המידתיות בחוק ההגבלים העסקיים

ראינו כי פסקות ההגבלה דורשות שחוק הפוגע בזכויות יסוד יעמוד בארבעה מבחנים מצטברים על מנת שלא יבוטל בידי חוק היסוד. שלושת הראשונים – הפגיעה מעוגנת בחוק, היא הולמת את ערכי המדינה, והיא לתכלית ראויה – נבחנו ביחס לחוק ההגבלים, וזה "עמד בהצלחה" בדרישותיהם. בתנאי הרביעי, מידתיות הפגיעה, דרוש יישום ספציפי יותר מהם, משום שאין בוחנים את חוק ההגבלים כמקשה אחת, אלא מעמידים למבחן נפרד כל יישום ויישום שלו.⁷⁹ וכך, רשות ההגבלים העסקיים כמופקדת על אכיפת החוק נדרשת שכל פעולה שלה הפוגעת בזכויות יסוד של מי מן הצדדים תעמוד לכל הפחות בשני מבחני המשנה הראשונים דלעיל של מבחן המידתיות.

מבחן הקשר הרציונלי אינו מציב בעיה ממשית. דרישת הקשר הרציונלי בין האמצעי שנקט לבין התוצאה המבוקשת היא הכרחית, אך אין סיבה לחשוב שרשויות האכיפה לא תקיימנה אותה כמובנת מאליה. בהנחה שמטרת הרשויות היא לאכוף את רוח החוק ולהגשים את תכליתו המוצהרת, קרי הגנה על התחרות לרווחת הצרכנים והציבור בכללותו, הן תימנענה מבחירת אמצעים שאינם מתאימים למטרה המבוקשת. כמובן, כל אדם וכל רשות עלולים לטעות, וניתן לצפות כי יהיו גם מקרים שביט המשפט יסבור שאמצעי מסוים לא הוכח כאפקטיבי להשגת המטרות המוגדרות. במקרה כזה, בית המשפט (או בית הדין) יפסול את הפעולה השנויה במחלוקת תוך כדי הפעלת שיקול דעת שיפוטי הגובר על זה של הרשות. ובכל זאת, אין צורך להעמיק באפשרות זו, שכן אין כאן שאלה מהותית לליבון. במבנה המערכת המופקדת על אכיפת חוק ההגבלים, טעויות מעין אלו תהיינה נדירות, וממילא חזקה על בתי המשפט שישקלו כראוי את הטעונונים ואת הראיות שיעלו הצדדים לדיון.

מבחן "האמצעי שפגיעתו פחותה" מעניין יותר. הוא דורש שמבין אפשרויות שונות להשגת התכלית הראויה, נבחר את זו הפוגעת פגיעה מינימלית בזכויות היסוד של המונופוליסטים. לכאורה, זהו שוב תנאי מובן

79 ראו דברי השופטת דורנר בבג"ץ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מט (4) 94, בעמודים 138, 143.

מאליו, שהרי מי ירצה לפגוע פגיעה גדולה, אם יוכל להשיג אותה מטרה בפגיעה מצומצמת ממנה? אלא שכאן ראוי לחזור להנחות היסוד של דיני ההגבלים העסקיים דלעיל. לפי הגישה הקלסית בדיני ההגבלים העסקיים, מתקיימת הנחה סמויה שיש "טובים" ויש "רעים", ותפקיד רשויות האכיפה הוא לוודא שהמונופוליסטים "הרעים" בכללם אינם פוגעים בצרכנים ובציבור "הטובים" וחסרי הישע בכללם. מובן שזו הצגה פשטנית וחד-ממדית של הדברים, אך ראינו כי הגדרות החוק רחבות במיוחד כדי לא לאפשר התחמקות מתחולתו, בעוד שאין בחוק ולו מילה אחת בדבר הצורך להגן גם על זכויותיהם של המונופוליסטים. ראינו דוגמות רבות, ואזכיר רק את אישור ההסדרים הכובלים בידי בית הדין להגבלים עסקיים. אישור כזה אפשרי, אם בית הדין "סבור כי הדבר הוא לטובת הציבור".⁸⁰ ראינו כי החוק מפרט שורת שיקולים רלוונטיים להחלטה מהי טובת הציבור במקרה נתון, חלקם שיקולים מצרפיים בדבר יעילות כלכלית או תעסוקה, וחלקם שיקולי בדבר ההשפעה על הצרכנים, כולל הורדת מחיר המוצרים. לעומת זאת, בשום מקום לא מצוין כי ניתן לשקול, **אפילו במסגרת שאר השיקולים**, את הרווח שיצמח לצדדים להסדר הכובל.⁸¹

תופעה דומה ראינו בפרק הדין במיזוג חברות. לממונה יש סמכות לאשר מיזוג, אך ורק כאשר שוכנע כי אין בו פגיעה בתחרות או בציבור (ושוב, האינטרס הציבורי כולל את השמירה על מחיר, על איכות ועל אספקה לטובת הצרכן). בית הדין רשאי לקבל ערר על החלטת הממונה, אך החוק אינו קובע את השיקולים שיפעיל. כפי שראינו, אין לצפות כי בית הדין ירחיב מבטו אל אופק שיקולים שאינם צרכניים או מצרפיים במהותם, וכך לא סביר שזכויות המונופוליסט תילקחנה בחשבון כגורם עצמאי. לכאורה, רוחב שיקול הדעת שהחוק מעניק לממונה ולבית הדין מאפשר ליישם את הניתוח המוצע כאן כבר כעת, אך לשון החוק בציון השיקולים הרלוונטיים במפורש והעובדה שמדובר בשינוי מערכתי באופן הפעלת הסמכות מונעות ישימות זו. גם בסוגיה המרכזית השלישית של החוק, הסדרת המונופולין, ראינו לעיל כי החוק מטיל על בעל המונופולין מגבלות ניכרות ביחס לניהולו את

80 סעיף 9 לחוק ההגבלים העסקיים. ראו הדיון לעיל בפרק השלישי, חלק א.
81 ראו סעיף 10 לחוק. יש התייחסויות אחדות להשפעת ההסדר על הצדדים לו, אך גם אלה מכוונות רק לפן ההגנה על התחרות, בעיקר כאשר ההסדר נועד לאפשר לבעלי עסקים שאינם מרכזיים בשוק להגן על עצמם מפני כוחו העדיף של בעל כוח שוק אחר. מכאן שגם שיקולים אלה הם חלק מן המגמה הכללית של תחרות כערך מוגן, ולא האינטרסים הפרטיים של הצדדים להסדר.

המסחר. החוק דורש חד-משמעית שבעל המונופולין לא יסרב "סירוב בלתי סביר" לספק את המוצר שבמונופולין, כשם שהוא אוסר חד-משמעית ניצול לרעה של המעמד בשוק.⁸² כאשר המחוקק מגדיר את תוכן מגבלות אלה, הוא מתייחס שוב לשימור התחרות ולמניעת הפגיעה בציבור ומפרט תנאים ביחס למחיר ולאיכות ולאספקה מנקודת מבטו של הצרכן. סמכויות הממונה בהסדרת פעולות המונופולין הן נרחבות וכוללות הוראות ספציפיות לניהול העסק, למחיר שנגבה ולתנאים המוצעים לצרכנים. באותו הזמן, החוק כלל אינו מתייחס לשיקולים כגון מיעוט ההתערבות או שמירה על זכויות המונופוליסט עצמו. ניתן לראות שהחוק מסמיך את בית הדין גם למתן סעד הפוגע פגיעה חריפה ביותר בבעל המונופולין – הפרדתו לשני תאגידים נפרדים או יותר.⁸³ סעד זה חריף במיוחד הן בשל ההתערבות הנרחבת בהפרדת העסק עצמו והן בשל הדרישה האפשרית שחלק מן המניות יועברו לגוף שאינו קשור לבעל המונופולין. ההתערבות בקניין הפרטי כאן בוטה וברורה. גם אם שיקולים ראויים מצדיקים אותה, איננו צריכים לקבלה בשוויון נפש, אלא לבחון בקפדנות אם דרישות פסקות ההגבלה אכן מתמלאות. מבחן "האמצעי שפגיעתו פחותה" מחייב אותנו להעמיד החלטה מעין זו של בית הדין (חשוב לציין שזו דוגמה קיצונית בלבד ושכל סעד פוגעני ייבחן באותו אופן) לביקורת הלוקחת בחשבון את האפשרות להשגת המטרה הרצויה בד בבד עם מיעוט הפגיעה בבעל המונופולין. לשון אחר, ככל שהפגיעה חמורה יותר, כך תידרש בחינה קפדנית יותר של חלופות פוגעניות פחות וכך יינקט משנה זהירות בהפעלת הסמכות הדרקונית. למותר לציין כי מבחן הצורך המוצג כאן – פגיעה מינימלית בזכויות המונופוליסטים – אינו מוגדר בחוק ההגבלים העסקיים כשיקול רלוונטי לעניין שעל הממונה או בית הדין לשקול.

המסקנה המתבקשת מן הדיון עד כה היא כי שיקול הדעת שהמחוקק העניק לממונה ולבית הדין נועד להגנה על התחרות, על הציבור ועל הצרכנים, בעוד שההגנה על המונופוליסטים נפקדת לחלוטין ממערך השיקולים. בכך תואם החוק את ההקשר הרחב יותר של ספרות ההגבלים העסקיים בארץ ובחו"ל שתוארה בפתח לחיבור זה. המונופול מוגדר כבעיה בשל פגיעתו באינטרס ההגיונות (פגיעה בקבוצות מוגדרות, בעיקר צרכנים ומתחרים) ובאינטרס היעילות (פגיעה מצרפית במשק המדינה). שני האינטרסים זוכים

82 סעיפים 29, 29א לחוק.

83 סעיף 31 לחוק.

להתייחסות מפורשת בחוק ההגבלים העסקיים: אינטרס ההגניות – בהצגת הצרכנים כקרבנות עיקריים שיש להגן עליהם (ריבוי ההפניות של גופי האכיפה לשיקולי האיכות, המחיר והאספקה) ובצד המתחרים העלולים להידחק הצדה מן השוק (הגנה על התחרות, דרישה ל"תחרות הוגנת בעסקים"); אינטרס היעילות – בהפניות הרבות להגנה על התחרות (כמשטר כלכלי המקובל כיעיל מצרפית) ולהגנות הספציפיות על אינטרסים כלל-משקיים (מאזן התשלומים, תעסוקה).

יוצא שגופי האכיפה זוכים לשיקול דעת רחב לגבי העיתוי וההיקף של האכיפה כדי לאפשר פעולה "חכמה", הלוקחת בחשבון את ריבוי המשתנים שיש להתחשב בהם, הן בשל האפשרות להתנגשות בין אינטרס ההגניות לאינטרס היעילות והן בשל הקבוצות השונות שאת האינטרסים שלהן ואת הפגיעה האפשרית בהן יש לקחת בחשבון בעת ההחלטה. הקבוצה היחידה שעניינה אינו נזכר בחוק כולו ושאת האינטרסים שלה אין חובה לשקול (ואף ראינו כי לעתים **אסור** לשקול) היא קבוצת המונופוליסטים, שהגדרונה הגדרה רחבה הכוללת את כל מי שחוק ההגבלים העסקיים חל עליו ומגביל את פעילותו העסקית. אינטרס ההגניות, האמור להגן על זכויותיהם של כל המעורבים בסוגיה, מוגן אפוא הגנה חלקית בלבד.

כעת, משראינו כי זכויות היסוד המוגדרות בחוקי היסוד החדשים חלות במידה שווה על יצרנים ועל צרכנים כאחד, ומשראינו כי בעבור המונופוליסטים הזכות לקניין והזכות לחופש עיסוק עלולות להיפגע במידה ניכרת באכיפת חוק ההגבלים, עלינו לבחון את מידתיות הפגיעה לאור המבחנים המקובלים במשפט החוקתי. בכך ניישם את חוקי היסוד בהגנה על זכויותיהם של מי שללא חוקי יסוד אלה מקומם היה נפקד ממערך השיקולים של רשויות המדינה. יישום כזה תואם בדיוק את מטרת המחוקק בחוקי היסוד – שקילה מלאה של כל הזכויות הרלוונטיות ושל כל בעלי הזכויות, טרם שקובעים את היקף הפגיעה הנדרשת. נכון הוא כי קשה להניח שהמחוקק ראה לנגד עיניו דווקא את המונופוליסטים כקבוצה טעונה הגנה, אך אין בכך להפריע לטיעון כאן. קיומה של זכות יסוד והטעמים להגנה עליה אינם נושא להכרעה אינטואיטיבית, אלא לביסוס מהותי לאור עקרונות-על המנחים את הדיון מתחילתו. מעמדם העל-חוקי של חוקי היסוד נועד בדיוק למקרים מסוג זה, שהחוק המפורש אינו שוקל את כל השיקולים הרלוונטיים להם, ויש צורך בביקורת שיפוטית לאחר מעשה כדי להגן על זכויותיו של מיעוט שהכרעת הרוב בתהליך החקיקה פסחה עליו.

א. מבחן המידתיות – יישום והבחנות

כאשר בוחנים את מידתיות הפגיעה בזכויות יסוד במסגרת התנגשות בין זכויות המונופוליסטים לזכויות קרבנות המונופולין, חשוב להבחין בין התנגשות זכויות אנכית לבין התנגשות זכויות אופקית. התנגשות זכויות אנכית היא בין שתי זכויות שונות שהאחת חשובה מרעותה או שלפחות זכתה להגנה חוקתית נרחבת מזו של רעותה בחוקי היסוד. התנגשות זכויות אופקית היא בין שתי זכויות יסוד המוגנות במידה שווה, אלא ששני צדדים נפרדים טוענים שיש להגן דווקא על הזכות שלהם על חשבון ההגנה על זכותו של הצד האחר. לענייננו, הטיעון החזק ביותר של הגנת הצרכנים מתבסס על זכות היסוד שלהם לקניין, והטיעון החזק ביותר של הגנת המתחרים מתבסס על זכות היסוד שלהם לחופש עיסוק. מנגד, המונופוליסטים יטענו כי החוק הקיים פוגע הן בזכותם לקניין (מניעת רווח, חופש חוזי) והן בזכותם לחופש עיסוק (מגבלות על פעילותם העסקית). משמע שמדובר באיזון אופקי לא רק בין זכויות במעמד שווה, אלא בין זכויות זהות שכל צד לדיון מאמץ להגנתו. השאלה אפוא היא עד כמה מותר לנו לפגוע בזכות הקניין של המונופוליסט כדי להגן על זכות הקניין של צרכניו בכוח או בפועל, ועד כמה מותר לנו לפגוע בחופש העיסוק של המונופוליסט כדי להגן על חופש העיסוק של מתחריו בכוח או בפועל.

כאשר מעמידים כך את הדברים, ברור מן הדיון עד כה כי חוק ההגבלים העסקיים אינו מתחשב כיאות בכל המדדים הרלוונטיים לנידון וכי התעלמותו מזכויות המונופוליסטים פוגמת בשלמותו. ועם זאת, אין לדעתי לדבר על חוק ההגבלים כמקשה אחת, שכן דווקא ההגדרות הרחבות הכלולות בו ושיקול הדעת הרחב שהוא מעניק לרשויות האכיפה מעבירים את עיקר המשקל ליישום בנסיבות ספציפיות ולאיזון האינטרסים הנדרש בכל מקרה ומקרה בנפרד. כך גם ראינו שמבין המבחנים שפסקות ההגבלה מגדירות, הדגש הוא במבחן המידתיות בשל המיקוד שבו בנסיבות השונות ובשל ההבחנה בין מקרים שונים. בסיכומו של דבר, עלינו לבחון את האופן הראוי להפעלת מבחני המידתיות לאור חוקי היסוד החדשים ולהנחות את רשויות האכיפה בהתאם. יש לשים לב לא לפגוע ביכולתן של רשויות האכיפה להתאים סעדים שונים לנסיבות המשתנות ממקרה למקרה, שכן דווקא בנקודה זו, שהמשקל שיש לעובדות הספציפיות ולניתוחים כלכליים נקודתיים רב במיוחד, מתבקש שיקול דעת רחב שיאפשר למפעילים אותו להתחשב בכל המדדים הרלוונטיים לדיון.

כיצד נכריע בין הזכויות המוגנות של המונופוליסטים לבין הזכויות המוגנות של קרבנותיהם הפוטנציאליים? מכיוון שמדובר באיזון אופקי, בזכויות בעלות משקל זהה שכל צד טוען להן, אין דרך להכריע מראש ובאופן כללי. איזון האינטרסים יוכרע בכל מקרה ומקרה לגופו, לפי נסיבות העניין ולפי מידת הפגיעה בכל אחד ואחד מן הצדדים. נראה כי מקרה זה הוא מן המתאימים ביותר להפעלת התת-מבחן השלישי בהגדרת המידתיות, מבחן האמצעי המידתי. כאמור, מבחן זה משווה בין התועלת שתושג מן החוק הפוגע (אותה תכלית ראויה ששואפים אליה) לבין הנזק שייגרם (הפגיעה בזכות היסוד). יישום תת-מבחן זה יאפשר לנו לבקר כל מקרה ומקרה לגופו לאור השאלה אם ההתערבות המגבילה את זכותו של המונופוליסט ראויה, בהינתן הפגיעה בו מול התועלת שתושג בהגנת זכויותיהם של צרכני ומתחריו. מנגד, מבחן זה שנוי בעצמו במחלוקת, וכלל לא ברור שהוא מוצדק מבחינת השלכותיו על חלוקת הסמכויות הראויה במשטר דמוקרטי. ראינו כי בחינת "האמצעי המידתי" מעבירה את מרכז הכובד של איזון האינטרסים החוקתי מן המחוקק אל השופט, וכך נסתר לכאורה עקרון הריבונות של המחוקק. קיימת אפשרות אחרת. גם מבלי להרחיב יתר על המידה את מבחן המידתיות במקרה האיזון האופקי בין זכויות זהות של צדדים שונים, ניתן לערוך איזון אינטרסים מלא באמצעות מבחן התכלית הראויה. התכלית הראויה של חוק ההגבלים העסקיים גופו נדונה לעיל, והיא כאמור ההגנה על קרבנות המונופולין ועל האינטרסים החברתיים (יעילות מצרפית) שחוק ההגבלים משמר. עם זאת, כאשר בוחנים כל מקרה ומקרה לגופו, רואים כי ייתכן שחוק ההגבלים ייושם באופן המתעלם לחלוטין מזכויות המונופוליסטים. נשאלת אפוא השאלה אם אכן זוהי תכלית ראויה. לשון אחר, כשם שאנו מיישמים את החוק ומעניקים לרשויות האכיפה שיקול דעת רחב שיאפשר להם להתחשב בנסיבות השונות של כל מקרה ומקרה, כך ראוי לערוך בחינה מחדש של התכלית המושגת בכל התערבות שלטונית בנפרד. פעולה שתכליתה להגן על אינטרס חשוב של ציבור צרכנים רחב במחיר פגיעה קלה יחסית במונופוליסט עשויה בהחלט להיחשב לגיטימית במסגרת התכלית הראויה של החוק. לעומת זאת, פעולה אחרת שתכליתה להגן על אינטרס זניח של ציבור קטן במחיר פגיעה ניכרת בזכויות יסוד של קבוצת בעלי עסקים אינה במעמד זהה. פעולה מן הסוג השני משרתת בעצם תכלית של העדפה גורפת של סוג מסוים של האוכלוסיה על פני סוג אחר. העדפה כזו, אם אינה מגובה בצורך מוגדר בשל הנסיבות הקיימות, מתעלמת מקיומם של המונופוליסטים כבעלי זכויות. התעלמות זו סותרת הן את

העיקרון הבסיסי, קרי הגנת חוקי היסוד על כלל הציבור, והן את התכלית הראויה שטענו לה מלכתחילה.

מן הראוי להדגיש כי חוקי היסוד נועדו למנוע התעלמות מזכויות הפרט באופן כללי, ובמיוחד מזכויותיהם של חברים בקבוצת מיעוט שהרוב אינו חפץ ביקרה. כמובן, מונופוליסטים אינם הדוגמה המובהקת שאנו חושבים עליה בהקשר קבוצת מיעוט מופלית לרעה, וזאת בלשון המעטה. ובכל זאת, ראינו כי דיני ההגבלים העסקיים מושתתים על הנחות בדבר הצורך להגן על הצרכן החלש מפני היצרן החזק, הגם שרוב המקרים בקטגוריה זו חורגים מכך. המונופוליסטים נתפסים לעולם בעיני הציבור (ואף בעיני המחוקק) כ"איש הרע" שיש להגבילו ולהצר את צעדיו. אמנם אין חולק כי תפיסה זו מעוגנת במציאות, אך יש לזכור כי במשטר דמוקרטי אנו מגנים גם על זכויותיהם של פושעים, לא כל שכן של חשודים. והנה, בהגבלים העסקיים, המונופוליסטים, אלה שהגדרנו בצורה רחבה הכוללת את כל מי שאכיפת חוק ההגבלים עלולה להצר את צעדיו, אפילו אינם חשודים. מונופוליסט יכול להיחשב ככזה מעצם מעמדו בשוק, כאשר אין עדיין ראשית ראייה כי הפעיל את כוחו בדרך בלתי לגיטימית. חשוב לזכור כי עצם קיום **הפיקוח** על מונופוליסט והחובה לבקש אישור על צעדים עסקיים שהוא מעוניין לבצע פוגעים לכשעצמם. וגם אם האישור ניתן, אין בכך כדי לבטל לחלוטין את טענותיו של המונופוליסט (אף שברור שהפגיעה בו קטנה יותר מן הפגיעה שהיה נפגע לו נענה בסירוב). חוק ההגבלים העסקיים מאפשר את הצרת צעדיו של המונופוליסט **מחשש** שפעילותו תפגע באחר, ובמסגרת שיקול הדעת של הממונה על ההגבלים העסקיים, קובע החוק שיש להתחשב בטובת הציבור, באינטרס התחרות ובאינטרסים של הצרכנים. האינטרס ואף הזכויות של המונופוליסט אינם נמצא במפורש. חוק המורה לאוכפיו להתחשב רק בקבוצות מסוימות מבין אלו שתושפענה ממנו ולהתעלם באופן גורף מקבוצות אחרות, חוק כזה אינו מגבש תכלית ראויה.

עד כה עסקנו ביישום מבחן המידתיות בשאלת הפגיעה בזכויות המונופוליסטים בשם ההגנה על זכויות קרבנותיהם הפוטנציאליים. ראוי לזכור כי לדיני ההגבלים יש הצדקה מקובלת נוספת, והיא שמירה על אינטרסים מצרפיים, קרי שיקולים כלל-חברתיים של תחרות כמשטר כלכלי. חוק ההגבלים העסקיים קובע במפורש את שיקול הדעת של הממונה ושל בית הדין, כדי שיוכלו לבחון כל מקרה ומקרה לגופו ולהתאימו לנסיבות הכלכליות הספציפיות, ובכך לתת מענה שישירת את האינטרסים שהם מופקדים עליהם. מבלי להיכנס לדקויות ההצדקות השונות למתן הכשר

לתופעות מונופוליסטיות במקרים מוגדרים, שיקול הדעת נדרש בשל הבדלים מהותיים בתוצאות פעולות דומות, אם הן נעשות בתנאי שוק שונים. יש תנאי שוק שקיומו של מונופול איננו רק מתקבל כלגיטימי, אלא אף **משפר** את היעילות המצרפית. בדומה, יש תנאים שהסדר כובל מסוים הכרחי להמשך התחרותיות או לעידוד השקעה יעילה חברתית, כגון מחקר ופיתוח. בחירת המחוקק בהנחיות כלליות בלבד והותרת שיקול הדעת בהפעלת הסמכויות בידי אנשי מקצוע ראויות במיוחד בנושא זה, מכיוון שאי-אפשר לִצְפוֹת את המורכבות העובדתית של כל מקרה ומקרה. ואכן, הממונה ובית הדין מפעילים את שיקול דעתם לאור העובדות הרלוונטיות לכל בקשה ובקשה.⁸⁴ ועם כל זאת, הדיון שערכנו עד כה רלוונטי לעניין. בדיוק כשם שרשויות האכיפה מפעילות שיקול דעת כדי להגן באופן היעיל ביותר על זכויות צרכנים ומתחרים העלולים להיפגע מקיום המונופולין, כך עליהן להפעיל שיקול דעת כדי להגן כיאות על השיקולים הכלל-חברתיים. בשני המקרים המחוקק מנחה באופן כללי בלבד בדבר השיקולים הרלוונטיים לכך, ובשני המקרים מקומם של המונופוליסטים נפקד ממערך השיקולים. יישום המבחנים המוצעים כאן יחייב את הרשויות להתחשב לא רק בתועלת הצפויה לציבור מהסדרת המסחר, אלא גם בנוק העלול להיגרם למונופוליסטים מפגיעה בזכויות היסוד שלהם. כמתברר מן הדיון, הרצון להגן על זכויות המונופוליסטים לא ימנע את יישום דיני ההגבלים העסקיים, אלא ידרוש שאכיפתם תעלה בקנה אחד עם המבחנים החוקתיים שסקרנו. וכך, מאזן התועלת מול הנוק מהתערבות עשוי להשתנות, ובחלק מן המקרים אף יהיה ויתור על תועלת ציבורית מסוימת בשל הרצון להימנע מפגיעה מוגזמת בזכויות המונופוליסטים. וחרף זאת, האפשרות להכריע שהתערבות מסוימת עברה בהצלחה גם את מבחני פסקת ההגבלה עדיין קיימת, וייתכן שתאפשר המשך מדיניות אכיפה דומה לזו דהיום. קיצורו של דבר, רשויות האכיפה תחויבנה להתחשב בניזוקים הפוטנציאליים מפעולותיהן, ולא רק בנהנים.

84 מלבד זאת, פטורי הסוג שנדונו לעיל (ראו שוב הערה 36) כוללים פטורים מיוחדים למקרים כגון אלה. ראו למשל את כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים לביצוע מחקר ופיתוח), התשס"א 2001.

ב. מבחן המידתיות – הצעות קונקרטיות

ניתן לקוות ולהעריך שרשויות האכיפה מפעילות גם היום שיקול דעת שייקח בחשבון גם את הסובלים מן ההתערבות השלטונית, אך בין תקווה לבין מבחן חוקתי רחוקה הדרך. כשם שאנו מקווים ומניחים שרשויות המדינה פועלות כראוי ברוב הגדול של המקרים, ועדיין רואים אותן כפופות לביקורת שיפוטית בהפעלת סמכויותיהן, כך יש לבחון את אופן הפעלת הסמכות על ידי רשות ההגבלים העסקיים ובית הדין להגבלים עסקיים, לאור המבחנים שכופים חוקי היסוד. המצב הקיים, דהיינו בעלי זכויות שאין להם על מה להיסמך מלבד על הרצון הטוב של רשויות האכיפה, אינו עומד בקריטריונים החוקתיים שמדינתנו מתברכת בהם. את המבחן המוצע לעיל אפשר ליישם בדרכים אחדות – חלקן ישימות מיד, וחלקן דורשות היערכות מיוחדת. אפשרות אחת היא שהמחוקק יתקן את חוק ההגבלים העסקיים ויעמד בצד השיקולים דהיום גם את החובה לשיקול את זכויות המונופוליסט. הגבלת חופש הפעולה העסקי של המונופוליסט (במובן הרחב של המילה) תותר, רק כאשר הפגיעה בזכויות היסוד שלו ראויה לנוכח הסכנה האורבת לאינטרסים המוגנים במישור ההגינות ובמישור היעילות. במישור ההגינות יש להגן על זכויות היסוד של צרכנים ושל מתחרים העלולים להיפגע ללא הגנת הרשויות. במישור היעילות יש להגן על החברה בכללותה בשימור יעילות יצרנית, בחדשנות ובצמיחה כלכלית.

תיקון החוק יפנים את העקרונות המודגשים בחוקי היסוד בד בבד עם שימור מעמדו של המחוקק כמקור נורמטיבי עליון. בנוסף לכך, מבנה חוק ההגבלים העסקיים, על הוראותיו הכלליות ומרחב התמרון שיש לרשויות האכיפה בו, יישמר. בתיקון החוק תינתן תשומת הלב הראויה לאיזון בין הפיקוח החוקתי שיש להפנימו לבין החשיבות בהותרת שיקול דעת יישומי נרחב בידי רשויות האכיפה.

אפשרות שנייה היא שבתי המשפט יאמצו את הפירוש המוצע כאן ליישום חוקי היסוד; אימוץ זה, תוצאתו היא אכיפת יישומם של החוקים בלויית ביקורת שיפוטית על הפעלת הסמכויות של רשויות האכיפה. יישום כזה אפשרי בשני שלבים: בשלב הראשון והמידי יפורש החוק הקיים בהתאם לחוקי היסוד במידת האפשר. פרשנות כזו, כפי שראינו, מקובלת ונעשית בבתי המשפט באשר לחוקים אחרים. אשר על כן לא יהיה בכך אלא שמירת אחדות המגמה השיפוטית תוך כדי הרחבתה אל תחום שההתעלמות ממנו נבעה, ככל הנראה, מהיעדר הזדמנות ראויה וממכשול אינטואיטיבי המרחיק

את המונופוליסטים מרשימת מושאי המחקר של העוסקים בתחום. בשלב השני תבוטלנה פעולותיהם של הרשות ושל בית הדין שאינן מתחשבות במידה הראויה בזכויות היסוד של המונופוליסטים במסגרת הפיקוח השיפוטי. וזאת – למרות שחוק ההגבלים העסקיים מרשה (וכאמור, לעתים אף מחייב) את שקילת הצד הנפגע בלבד. שלב זה, שהביקורת החוקתית קשה בו יחסית, מוצדק בשל פקיעת "תקופת החסד" שהעניק "חוק יסוד: חופש העיסוק". כעת, לנוכח הוראות חוק היסוד, חוק הפוגע בחופש העיסוק ואינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה יהיה בטל מאליו. בעיניי, הכרעה כזו קשה במיוחד, שכן חוק ההגבלים העסקיים אכן מכוון להשגת מטרה ראויה, ושיקול הדעת שהוא מעניק לרשויות האכיפה מאפשר פתרונות מעודנים יותר מאשר שאלת "הכול או כלום" של בטלות הוראות חוק. ועם זאת, אין להתעלם מכך שחוק ההגבלים העסקיים, כפי שנוסח, פוגע בזכויות יסוד של מונופוליסטים, וביניהן – חופש העיסוק.

האפשרות השלישית ביישום הדיון המוצע היא שרשויות האכיפה עצמן יפנימו את המגבלות החוקתיות שהוטלו עליהן באמצעות חוקי היסוד וישלבו במערך השיקולים שלהן את זכויות היסוד של מונופוליסטים בצד השיקולים הלגיטימיים האחרים. כך, איזון האינטרסים ייערך בשקילת מעמדם של כל הצדדים לדיון, גם של אלו שמקומם לכאורה נפקד ממנו עד כה. יודגש כי ייתכן שאפשרות זו פחות חדשנית משנראה במבט ראשון. רשויות האכיפה, כמפורט לעיל, מורכבות מבעלי תפקידים הממלאים את תפקידם בהפעלת שיקול דעת נרחב, וסביר להניח כי גם הם אינם ששים לפגוע באיש, אם אין צורך בכך. המונופוליסטים, הגם שמקומם נפקד מרשימת בעלי האינטרס שהחוק מכתוב התחשבות בהם, עשויים לזכות באזון קשבת דווקא ממי שמפקח עליהם יום-יום, שכן מפקחים אלה מודעים להשלכות העסקיות של פעולת הפיקוח ורואים באופן שגרתי גם את הצד "החיובי" של הטוענים בפניהם. ועם זאת, ראוי בעיניי להסדיר נושא מהותי זה מעבר למרחב שיקול הדעת של אוכפי החוק, משלושה טעמים. ראשית, בשל לשון חוק ההגבלים העסקיים עצמו. ראינו לעיל כי לשון החוק מפורשת ביחס לשיקולים הרלוונטיים לעניין בכל שלב ושלב של הפעלת סמכות ושהאינטרסים של המונופוליסטים אינם נזכרים בו. הותרת היישום של חוקי היסוד בידי רשויות האכיפה תאלץ אותן לשנות למעשה את יישום החוק המסמיך את עצם פעולתן, תוך כדי פגיעה בריבונות המחוקק ובעקרון שלטון החוק. שנית, ראוי שלמונופוליסטים, שזכויותיהם נפגעות מיישום החוק, יהיה יותר מאשר הבטחה בעל פה של רשויות האכיפה שאכן כל האינטרסים נשקלו כיאות.

יישום הדיון המוצע כאן משנה אפוא את מערך השיקולים שעל הרשות לשקול, וראוי שגוף חיצוני לרשות עצמה יכתוב את "כללי המשחק החדשים", הן בשל השיקול המערכתי של הייררכיה נורמטיבית והן בשל מראית עין של צדק. בסופו של דבר, ממילא יצטרך הדיון להתקיים בבתי המשפט, שכן מונופוליסט שזכויותיו נפגעו ירצה בירור מעמיק של איזון האינטרסים שהופעל וינצל את זכותו לערער לרשות שיפוטית. שלישית, וזה אולי השיקול הפרקטי מכולם, אם הרשות פעלה עד כה לאור הנחיות חוק ההגבלים, הדיון המוצע משנה את מערך השיקולים שהיא מפעילה. בלי השינוי, היא עלולה להמשיך לפעול לפי אותם שיקולים באינרציה מוסדית, שכן שינוי דפוסי חשיבה אינו מתרחש בנקל. מבנה החוק, המותיר בידי הרשות את מרב שיקול הדעת ביישום החוק, עלול לא ליצור לחץ חזק דיו שיתגבר על הנטייה הטבעית להמשיך במגמה שהורגלו בה מקבלי ההחלטות. דווקא שינוי פומבי בחוק עצמו או בהכרזת בית המשפט עשוי לעזור לרשויות האכיפה להפנים את השינוי שחוקי היסוד אכן חוללו בדיני ההגבלים העסקיים.

מבין שלוש האפשרויות, יש להעדיף תמיד את הראשונה. דיני ההגבלים דורשים בחינה מדוקדקת של פרטי כל מקרה ומקרה כדי לבסס מסקנה בדבר הנזק המסתבר לתחרות או לצדדים מעורבים. בחינה כזו יש לעשות במסגרת גוף מקצועי ואמין המנוסה בכגון זה, ורשות ההגבלים העסקיים נוסדה בדיוק למטרה זו. תיקון החוק יאפשר את יישום הדיון תוך כדי שמירה על האיזון הנאות בין השיקולים השונים, בד בבד עם הותרת שיקול דעת מקצועי בידי הממונה ובידי הרשות שבראשה הוא עומד. המבנה הבסיסי של החוק, ולפיו יש צורך בקבלת אישור מן הממונה או מבית הדין לפני נקיטת פעולה העלולה לפגוע בתחרות, יכול להישאר על כנו. לעומת זאת, רשימת השיקולים שעל הרשויות לקחת בחשבון במסגרת תהליך האישור חייבת להשתנות. חוק המפנה במפורש לשיקולים מצרפיים בדבר תחרות ולשיקולים בדבר זכויותיהם של הנפגעים מהגבלים עסקיים אינו יכול להתעלם משיקולי הזכויות של הנתונים למרותו של אותו חוק. השינוי יכול להיעשות במסגרת סעיפים ספציפיים, כגון הסעיפים המנחים את בית הדין בשיקולי "טובת הציבור" ואת הממונה באישור מיזוגים, או בהוספת סעיף סל, הדורש שכל התערבות על פי חוק ההגבלים תהיה חייבת להיעשות רק לאחר בחינה של מידת הפגיעה בזכויות הצד שאותו מגבילים. בכל מקרה, חשוב שחוק ההגבלים העסקיים עצמו יפנים את הביקורת החוקתית ויעוצב מחדש כדי להנחות את הפועלים על פיו לפני פעולתם, ולא יראה בה ביקורת שיפוטית בדיעבד. השארת החוק הקיים על כנו מבלי לתקנו כנדרש מאלצת למעשה את

רשויות האכיפה לקיים חובה שלילית, דהיינו לא לשקול את כל השיקולים הרלוונטיים לעניין ולהתעלם מצד אחד לסוגיה. חובה זו מפורשת בחוק המסמיך אותן, והיא יוצרת מצב ובו יישום החוק נוגד את חוקי היסוד החדשים. גם אם בעלי התפקידים ברשות ובבית הדין מוכנים להרחיב את מבטם ולפעול לפי המוצע בנייר עמדה זה, לא ראוי שיאלצו לחרוג מהיקף סמכותם על פי חוק ההגבלים, רק כדי לעמוד במבחן החוקתי.

האפשרות השנייה, השארת המלאכה בידי הפיקוח השיפוטי, בעייתית במיוחד. בתחום כה משמעותי לניהול העסקים בישראל, שכה חשובות בו הוודאות המשפטית והיכולת לתכנן מהלך עסקי בהסתמכות על תוצאותיו המסתברות, אין מקום להתערבות בדיעבד שיכולה הייתה להיעשות מראש. ללא תיקון החוק, יהיה יישום הדין כאן בבתי המשפט בגדר הכרח בלתי נמנע, שכן אין ספק כי חוקי היסוד קובעים מבחנים הגוברים על חוק ההגבלים העסקיים, וכי על בתי המשפט להישמע להיררכיה הנורמטיבית שקבע המחוקק. התוצאה היא שבעלי עסקים המרגישים נפגעים מן הגבלות שהוטלו עליהם עלולים לפנות לבתי המשפט בציפייה מוצדקת שאלו יקחו בחשבון את זכויותיהם המוגנות בחוקי היסוד, ובכך יפגעו במעמדה של רשות ההגבלים העסקיים ויערערו את הוודאות המשפטית בתחום.

בסופו של דבר, חקיקת "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" ו"חוק יסוד: חופש העיסוק" שינתה את מערך השיקולים הרלוונטיים לתחומים רבים, ודיני ההגבלים בכללם. חוקי היסוד חידדו את הצורך בבחינת זכויותיהם של ה"מונופוליסטים" בצד בחינת הזכויות של קרבנותיהם, צורך שהיה קיים גם קודם אלא שלא פורש בחוק.⁸⁵ השינוי המתואר כאן במעמדו של חוק ההגבלים העסקיים הוא תוצאה מסתברת של השינוי הרחב יותר במשפט החוקתי, ולמרבה הצער הוא חמק עד עתה מעיניהם של העוסקים בתחום. מרגע שיחלחל לתודעתם של משפטנים העוסקים בהגבלים עסקיים, יש לצפות שיעזרו בו לצורך הגנה על אינטרסים של בעלי עסקים הנתונים לפיקוח הרשות. אין ספק כי עדיף להקדים רפואה למכה ולעדכן את החוק, וכך לא יהיה צורך בפיקוח שיפוטי מאוחר יותר או ב"אקרובטיקה משפטית" מצד הממונה ובית הדין, שיאפשרו להם להרחיב את שיקוליהם מעבר למפורש בחוק ההגבלים העסקיים עצמו.

85 במקום אחר הצגתי טיעון מקיף בדבר הצורך לאזן בין זכויות הצדדים להגבל עסקי לבין זכויות הנפגעים מקיומו, גם ללא היזקקות לחוקי היסוד. אותו טיעון מסתמך על עקרונות יסוד בהגבלים עסקיים בארץ ובעולם וחורג ממסגרת נייר עמדה זה. ראו עדי אייל, **המונופולין כבעיה דמוקרטית: מודל מוצע להצדקת דיני ההגבלים העסקיים**, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, רמת גן.

סיכום

דיני ההגבלים העסקיים מבוססים על הכרה בצורך לפקח על המסחר בשוק חופשי כדי להגן על המשך קיומו. בהינתן תופעה מונופוליסטית, בין שהיא שליטה בשוק של יצרן יחיד ובין שהיא שיתוף פעולה בין מתחרים או כל הסדר כובל אחר, השוק החופשי חדל מלספק את תועלותיו העיקריות. תועלות אלו נתפסות בדרך כלל ככוללות שיקולים כלל-חברתיים, כגון יעילות יצרנית ועידוד השקעות, וכן שיקולי הגינות כלפי קבוצות מוגדרות, כגון שמירה על מחיר ועל איכות סבירים בעבור הצרכנים ומניעת פגיעה במתחרים העלולים להידחק את מחוץ לשוק. שיקולי היעילות הכלל-חברתיים ושיקולי ההגינות הקבוצתיים או הפרטניים גורמים להגבלת פעילותם המסחרית של גורמים עסקיים המעורבים בתופעות המונופוליסטיות השונות. חוק ההגבלים העסקיים משלב איסורים ספציפיים עם דרכי הסדרה ופיקוח על הסדרים כובלים, על מיזוג חברות ועל המעמד המונופוליסטי עצמו.

"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" ו"חוק יסוד: חופש העיסוק" דורשים חשיבה מחדש על אודות דיני ההגבלים העסקיים. ההגנה המוענקת לזכות לקניין ולחופש עיסוק חלה גם על בעלי עסקים שפעילותם מוסדרת בחוק ההגבלים, ופסקת ההגבלה שבשני חוקי היסוד מונעת פגיעה בזכויות אלה, למעט פגיעה העומדת בארבעה תנאים מצטברים הנקובים שם.

נייר עמדה זה קורא ליישום חוקי היסוד בתחום הסדרת התחרות. ביישום זה, הצורך להגן על צרכנים, על מתחרים ועל הציבור כולו לא יעורר את עינינו בפגיעתנו בזכויות היסוד של המוגדרים "מונופוליסטים" בהגדרתם הרחבה. פגיעה בזכויות יסוד אפשרית אך רק במגבלות החוקתיות שהטילו חוקי היסוד החדשים, ונראה שחוק ההגבלים העסקיים במתכונתו הנוכחית אינו עומד במגבלות אלה.

בדיון זה הוצג כיצד יישומים של חוקי היסוד משתלבים עם מטרות דיני ההגבלים שחשיבותן אינה מוטלת בספק. מוצע אפוא בזאת לבחון את הצורך בהסדרת התחרות בהקשר הרחב יותר של שמירה על זכויות **כל** הצדדים המעורבים, לרבות המונופוליסטים עצמם. דיון נרחב נערך בזכויות המונופוליסטים, לא מכיוון שאלו חשובות מזכויותיהם של הצדדים האחרים, אלא מכיוון שעד כה הספרות בתחום המעיטה לדון בכך והתמקדה בקרבנות המונופולין בלבד. פסקת ההגבלה זוכה כאן לא ל**פרשנות** חדשה, אלא ל**יישום** חדש, לפי עקרונות מקובלים במשפט החוקתי הקיים. שאלת התחולה

הרטרואקטיבית של חוקי היסוד נדונה אף היא, והראיתי כי למרות הסעיפים בדבר שימור דינים בשני חוקי היסוד, אין מנוס מהחלת מגבלות מסוימות גם על חוק ההגבלים העסקיים הקודם בזמן. פרשנות חוקים ישנים לאור חוקי היסוד, עניין מקובל במקרים אחרים, מאפשרת יישום מידי של הדין המוצע כאן.

לבסוף, בדיון צוינו אפשרויות שונות של יישום, החל בשינוי חוק ההגבלים שיכלול במפורש את ההתחשבות בזכויות המונופוליסטים, עובר בפרשנות שיפוטית וכלה בהפעלת שיקול הדעת של רשויות האכיפה. הצעתי היא לנוע לכיוון שינוי החוק כדי למנוע ביקורת שיפוטית שתערער את הוודאות בחיי המסחר ואת מעמדם של הממונה על ההגבלים העסקיים ושל בית הדין להגבלים עסקיים. יישום המסקנות כאן ישירות על ידי רשויות האכיפה הוא יישום הכרחי בשל מעמדם המתחזק של חוקי היסוד, אך הוא מוגבל מפורשות בחוק ההגבלים גופו. התוצאה היא כי ללא שינוי החוק אנו מעמידים את רשויות האכיפה בפני הצורך לסטות ממתווה השיקולים שאליו מפנה החוק במפורש, על ההשלכות השליליות הנובעות מכך לעקרון שלטון החוק ולהפרדת הרשויות במשטר דמוקרטי. מוצע לשמור על שיקול הדעת הרחב של הממונה ושל בית הדין בבחינת כל מקרה ומקרה בהתאם להקשר העובדתי והכלכלי שלו, ועם זאת להגביל את כוחם בפיקוח על המסחר רק לאותם מקרים שהנזק הנגרם מתופעות מונופוליסטיות עולה בבירור על הפגיעה בבעלי עסקים, פגיעה הנגרמת מאכיפת דיני ההגבלים העסקיים.

ניירות העמדה של המכון הישראלי לדמוקרטיה

- **רפורמה בשידור הציבורי**
פרופ' ירון אזרחי, ד"ר עמרי בן-שחר וגב' רחל לאל
- **עקרונות לניהול ולתקצוב על-פי תפוקות במגזר הציבורי**
פרופ' דוד נחמיאס ואלונה נורי
- **הצעת חוק השב"כ: ניתוח משווה**
אריאל צימרמן בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר
- **דתיים וחילוניים בישראל: מלחמת תרבות?**
פרופ' אביעזר רביצקי
- **לקראת רפורמה מבנית במגזר הציבורי בישראל**
פרופ' דוד נחמיאס, מרל דנון-קרמזין ואלון יראוני
- **היועץ המשפטי לממשלה: סמכות ואחריות**
ד"ר גד ברזילי ופרופ' דוד נחמיאס
- **הסתה, לא המרדה**
פרופ' מרדכי קרמניצר וחאלד גנאים
- **בנק ישראל: סמכות ואחריות**
פרופ' דוד נחמיאס וד"ר גד ברזילי
- **השתלבות קבוצות "פריפריה" בחברה ובפוליטיקה בעידן שלום: א. החרדים בישראל**
פרופ' מיכאל קרן וד"ר גד ברזילי
- **מבקר המדינה: סמכות ואחריות**
ד"ר גד ברזילי ופרופ' דוד נחמיאס
- **חופש העיסוק**
פרופ' מרדכי קרמניצר, ד"ר עמרי בן-שחר ושחר גולדמן
- **הפריימריס המפלגתיים של 1996 ותוצאותיהם הפוליטיות**
גדעון רהט ונטע שר-הדר

- **השסע היהודי-ערבי בישראל: מאפיינים ואתגרים**
פרופ' רות גביזון ועסאם אבו-ריא (הופיע גם בערבית)
- **100 הימים הראשונים**
פרופ' דוד נחמיאס וצוות המכון הישראלי לדמוקרטיה
- **הרפורמה המוצעת במערכת בתי המשפט**
שחר גולדמן בהנחיית פרופ' רות גביזון ופרופ' מרדכי קרמניצר
- **תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945**
מיכל צור בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר
- **חוק ההסדרים: בין כלכלה ופוליטיקה**
פרופ' דוד נחמיאס וערן קליין
- **פסיקת הלכה בשאלות מדיניות**
פרופ' ידידיה צ' שטרן
- **הרבנות הממלכתית: בחירה, הפרדה וחופש ביטוי**
איל ינון ויוסי דוד
- **משאל-עם: מיתוס ומציאות**
דנה בלאנדר וגדעון רהט
- **השסע החברתי-כלכלי בישראל**
איריס גרבי וגל לוי בהנחיית פרופ' רות גביזון
- **מדינה משפט והלכה – א. מנהיגות ציבורית כסמכות הלכתית**
פרופ' ידידיה צ' שטרן
- **מעברי שלטון בישראל: השפעות על מבנה הממשל ותפקודו**
פרופ' אשר אריאן, פרופ' דוד נחמיאס ודורון נבות
- **העדפה מתקנת בישראל: הגדרת מדיניות והמלצות לחקיקה**
הילי מודריק-אבן-חן בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר ופרופ' דוד נחמיאס
- **הטלוויזיה הרב-ערוצית בישראל: ההיבט הציבורי**
פרופ' ירון אזרחי, ד"ר זוהר גושן וגב' חני קומנשטר
- **דגמים של שיתוף אזרחים**
אפרת וקסמן ודנה בלאנדר בהנחיית פרופ' אשר אריאן

הכנס הכלכלי התשיעי – יוני 2001
מנהל הכנס והעורך: פרופ' ראובן גרונאו

- אסטרטגיה לצמיחה כלכלית בישראל
- אי-שוויון בישראל: חצי הכוס הריקה וחצי הכוס המלאה
- הרפורמה במערכת הבריאות: עבר ועתיד
- המדיניות המקרו-כלכלית לשנים 2001–2002
- מזדינה, משפט והלכה – ב. עושר שמור לבעליו לרעתו: מקומם של המשפט ושל ההלכה בחברה הישראלית.
פרופ' ידידיה צ' שטרן
- חקיקה פרטית
דנה בלאנדר וערן קליין בהנחיית פרופ' דוד נחמיאס

הכנס הכלכלי העשירי – יולי 2002
מנהל הכנס והעורך: פרופ' ראובן גרונאו

- איום ביטחוני ומשבר כלכלי
- הגלובליזציה
- מדיניות הפנסיה
- המדיניות המקרו-כלכלית לשנים 2002–2003
- רגולציה – הרשות המפקחת
אורי ארבל-גנץ בהנחיית פרופ' דוד נחמיאס ופרופ' ידידיה צ' שטרן
- רגשות דתיים, חופש הביטוי והמשפט הפלילי
(בשיתוף עם קרן קונרד אדנאואר)
פרופ' מרדכי קרמניצר, שחר גולדמן וערן טמיר
- דת ובג"ץ: דימוי ומציאות א. פרסום "מנוף – המרכז למידע יהודי" במבחן הביקורת
ד"ר מרגית כהן, ד"ר אלי לינדר ופרופ' מרדכי קרמניצר

- האומנם מדינת כבוד האדם?
אלוף הראבן
- פורנוגרפיה – מוסר, חירות, שוויון: הצעה לתיקון האיסור על פרסום והצגת תועבה, ועבירות קרובות
רם ריבלין בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר
- המשמעות הפוליטית והחברתית של פינוי יישובים בי"ש"ע
יאיר שלג

- הכנס הכלכלי האחד-עשר – יולי 2003
מנהל הכנס והעורך: פרופ' ראובן גרונאו
- המדיניות המקרו-כלכלית לייצוב המשק ולצמיחה
- הצעה לארגון מחדש של החינוך הציבורי בישראל על בסיס ביזור ואיזור
- אמניות ושקיפות במשק
- מערכת ההשכלה הגבוהה לעשור הקרוב

- המונופוליסט כקרוב: על זכויות חוקתיות בדיני ההגבלים העסקיים
עדי אייל בהנחיית ידידיה צ' שטרן ודוד נחמיאס

- الصدع العربي اليهودي في إسرائيل: مميزات وتحديات
الاستاذ عصام ابو ريا البروفيسورة روت جبيزون

English Publications of The Israel Democracy Institute

- **Religious and Secular Jews in Israel: A Kulturkampf?**
By Prof. Aviezer Ravitzky
- **State, Law, and Halakha: Part One – Civil Leadership as Halakhic Authority**
By Prof. Yedidia Z. Stern
- **Incitement, Not Sedition**
By Prof. Mordechai Kremnitzer and Khalid Ghanayim

- **State, Law and Halakha: Part Two – Facing Painful Choices**
Law and Halakhah in Israel Society
By Prof. Yedidia Z. Stern

**אפשר לרכוש את ניירות העמדה
במכון הישראלי לדמוקרטיה**

ת"ד 4482, ירושלים 91044

טלפון: 02-5392888, 1-800-202222; פקס: 02-5631122

result is that instead of balancing the rights of all involved in an antitrust dispute, current antitrust law works to ignore the constitutional rights of one side – the monopolists.

While many have argued for the rights of a monopoly's victims, this position paper innovates by using the same type of fairness arguments traditionally employed on behalf of consumers, to argue in the opposite direction. Constitutional scholarship is replete with balancing tests when the rights of two opposing groups countervail. The fact that one side is considered to be the culprit is not reason enough to ignore its protected rights – the goal is to balance accordingly. In antitrust this is decidedly not the case. Enforcement agencies rely on current doctrine to consider one side only, leaving monopolists to rely upon the goodwill and common sense of the antitrust director and members of the antitrust court, that they will give appropriate weight to monopolists' rights.

The two new Basic Laws prohibit such a situation, voiding any law or state action that infringes upon protected rights unless they pass a "limitation clause," including four cumulative tests. The fourth section of this paper details these four tests, applying each in turn to the Restrictive Trade Practices Act. While the Act itself passes scrutiny on most counts, it is shown to be problematic with regard to the fourth test of excessiveness. Among other things, the broad illegality of unauthorized restrictive arrangements carries with it both criminal and civil ramifications that are difficult to account for, given the overreaching definitions employed. Implementing the excessiveness test demanded by the Basic Laws to antitrust doctrine requires the latter's amendment, and accordingly the final section considers alternatives to that effect. Legislation is recommended, both to fully implement the new constitutional constraints on antitrust doctrine given institutional inertia, and to avoid judicial review that would ultimately force the same, though in a less predictable, *ad-hoc* manner.

provide a firm constitutional basis for the protection of rights in antitrust. While both monopolists and their victims have viable arguments for protection of their constitutional rights, the Restrictive Trade Practices Act is shown to be biased towards one side only: protecting the monopoly's victims. While this is unquestionably a legitimate and worthy goal, the new Basic Laws are shown to encompass the rights of monopolists as well, and disallow the type of bias from which antitrust law currently suffers. The constitutional discourse created by the enactment of the new Basic Laws has yet to be seriously applied to the domain of antitrust, and this position paper seeks fill this important gap.

The rights protected by Basic Law: Human Dignity and Freedom and Basic Law: Freedom of Occupation, include the right to property, freedom of contract, and the freedom for self-determination of one's business endeavors. While this is undisputed, it has have never before been argued that these rights include the monopolists' right to maximize profit, including by methods disallowed by the Restrictive Trade Practices Act. Limitations to monopolists' rights are undoubtedly necessary, yet current antitrust doctrine is misguided in its *a priori* preference of the victims' side, as it creates an unbalanced approach to the detriment of monopolists. True, monopolists are generally much more powerful economically, necessitating state intervention on behalf of the victims, but legal empowerment of the state's enforcement agencies reverses the balance of powers.

The third section details the statutory powers conferred upon the antitrust authority and its director in three spheres: restrictive arrangements, mergers, and monopoly regulation. In each of these spheres I will show that the broad statutory language allows for wide discretion, thus generating extensive powers of enforcement. Furthermore, those sections of the law outlining considerations that the antitrust director and court must address, specify only interests of the monopoly's victims, altogether excluding the monopolists themselves as bearers of rights. The

Summary

The Monopolist as Victim: Constitutional Rights in Antitrust Law

Adi Ayal

Antitrust law is often considered a field “for experts only,” one that most legal scholars and practitioners avoid. The reasons for this range from the specialized economic knowledge needed to assess the law and its implications, to the specific enforcement mechanisms devoted to antitrust alone (the antitrust authority, its director, and the antitrust court). While in recent years we have seen increasing interest in the impact on society of the problems caused by monopolies (due, in no small part, to the evolving world of software), the general view is that antitrust law pertains primarily to large businesses, and a minority of them at that. The antitrust authority is thought to protect “the little guy” from the monopolistic grasp of large economic predators. The commonly-held view is that antitrust law protects both economic efficiency (by ensuring competition) and the interest of fairness (by helping the weak against the strong).

This position paper undertakes to debunk this perception, in a number of ways. I open by surveying the assumptions upon which antitrust law is based, and explain the intuitive foundation for perceiving the state as justifiably curtailing monopolists’ activities. In antitrust law, fairness arguments are often relied upon to justify protecting the victims of monopoly (a term broadly construed to include consumers, competitors, local communities, and other constituencies). The thesis presented here is a counter-intuitive one – that the same notion of fairness calls for the protection of monopolists themselves, as well.

In the second section I analyze the two newest basic laws – Human Dignity and Freedom, and Freedom of Occupation – to

