

מכון אלי הורביץ
לניהול אסטרטגי



הפקולטה לניהול
אוניברסיטת תל-אביב

פורום הגבלים עסקיים ורגולציה

ברוכים הבאים לכנס:

ניצול לרעה של
מעמד מונופוליסטי



מכון אלי הורביץ
לניהול אסטרטגי

פורום הגבלים עסקיים ורגולציה



הפקולטה לניהול
אוניברסיטת תל-אביב

פרופ' מיכל גל



תורת ההחלטות וניצול לרעה של כוח מונופוליסטי



פרופסור מיכל (שיצר) גל
הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה
ראש המרכז למשפט ושווקים

מבוא

- עיצובו של כלל: ניתוח השפעותיה של ההתנהגות על הגשמת מטרות החוק
- הגבלים: הבחנה בין התנהגויות עסקיות הפוגעות ברווחה ואלו שלא:
 - ניתוח כלכלי
 - מגבלות הליך קבלת ההחלטות הכרוך ביישומן
- משנתה של תורת ההחלטות
- הדגמה על ניצול לרעה

תורת ההחלטות

■ הנחת המוצא: מקבלי ההחלטות פועלים בתנאי חוסר וודאות.

■ מידע חלקי ובלתי שלם

■ מידע עובדתי (האם התנהגות קרתה, תנאי השוק)

■ מידע עובדתי-כלכלי: (השפעתה בתנאי השוק)

■ להחליט: איזה מידע, באיזה שלב ועל מי יוטל הנטל.

■ לאזן עם עלויות הטעויות:

■ טעות מסוג ראשון (false positive error) תחולת-יתר

■ טעות מסוג שני (false negative error) תחולת-חסר

■ השפעתה: מכפלת הסתברות התגבשותה בגובה הפגיעה

■ מאפייניהם של מקבלי ההחלטות

ביקורת



הסדרת פעולות מונופולין

הגדרת מונופולין?

- חוסכת עלויות המידע הדרוש להוכחת כוח שוק
- הסיכון לתחולת-יתר קטן
- עלות הטעות מצטמצמת: מונופולין אינו אסור
- טעויות מסוג תחולת-חסר גבוה
- מגביר ודאות
- עם זאת, נתון לטעות
- שינוי נטל הוכחה

התרת מונופולין?

- ניתוח כלכלי סטטי מול דינמי
- עלות תחולת-יתר מאד גבוהה במרבית השווקים

איסור ניצול לרעה

- שתי דרכים לשימור כוחו
- ניצול לרעה אינו מקדם רווחה חברתית. חזקה.
- האתגר: זיהוי ניצול לרעה

חזקות חלוטות

- מסקנה משפטית מחייבת ללא יכולת לסתור.
- תורת ההחלטות: מקטינה העלות בהשגת המידע
- מתי הצדקה? מחיר אי החלטה עולה על הטעויות שיוצרת
 - מחיר תחולת יתר: אפקט הצינון
- טריוויאלי: ניתוח כלכלי מורה שפעולה תפגע ברווחה
- גם אם חסכון העלויות הנובע מייתור הוכחה בצירוף היתרונות הנובעים מהקטנת טעויות של תחולת-חסר, עולה על תחולת-יתר.
- בפועל, מושגי שסתום.

מחיר טורפני

- טקטיקה דו שלבית: שלב הטרף ושלב כיסוי ההפסדים
- מה התנאים להוכחת העילה?
- עלות תחולת חסר: פגיעה תחרותית
- עלות תחולת יתר: צינון, אין השבה, מלאי
- תמחור מתחת לעלויותיו המשתנות: סיכוי נמוך לטעות, בצירוף חסכון עלות איסוף המידע
- האם חלוטה?
- הוכחת השבה? על מי הנטל?

האם ראוי להכיר בעילת ניצול לרעה בדרך של מחיר גבוה בלתי הוגן?



האיחוד האירופי וחברותיו

ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי

ארה"ב, קנדה

לא מהווה עבירה הגבלית

האם אכן הבדל קיים בפועל?

בארץ: טרם הוכרע על ידי בית המשפט העליון (רייס)

מקום להסדרה דרך ניצול לרעה?

מבחינה תיאורטית: ניתן להצדיק הסדרה

- השוק לא תמיד יתקן (איתות חלקי, חסמי כניסה)
- כלכלה קטנה
- אי נטילת פרות מי שניצה בזכות? (ALCOA)
- חוזה חברתי המבוסס על הוגנות המחיר ועל צדק מחלק

תנאי להצדקה זו:

- רק כאשר משרת את הרווחה החברתית לטווח הארוך
- מחייב איזון בין שיקולים סטטיים לדינמיים
- מתוך הרצאתי 2004: "יכולתם של בתי המשפט לשרטט קו גבול בין מחיר בלתי הוגן ברמת וודאות גבוהה היא אשר תקבע האם הדין הראוי [מבחינה תאורטית], הוא גם הדין הרצוי."

השפעות דינמיות של מחיר גבוה

■ ניתוח דינמי: שיקולים ארוכי-טווח של טובת הצרכן
למחירים גבוהים תפקיד חשוב כקטליזטור לתחרות ויעילות

Trinko:

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

האם יש מקום להסדרה?

■ מחיר טעות גבוה:

■ סטיגליץ: היעילות הדינמית של השוק הקפיטליסטי היא הבסיס לאמון שלנו בעליונותו על צורות אחרות של משטר כלכלי

■ פגיעה ביעילות הדינמית: אפקט מצנן

■ פגיעה במנגנון התיקון- העצמי של השוק (איתות)

■ ישראל: הגבלת צמיחה פנימית עד גבול של 49%



■ בעייתיות מתחזקת:

■ 29א אינו מאפשר קביעה מראש: הסדרה בדיעבד

■ 29א כולל קשת רחבה מאד של סעדים

שורה תחתונה: הצדקה לאיסור לפי תורת ההחלטות: רק אם יש דרך לאזן נכונה בין השיקולים וכן ליצור וודאות א-פרירית לשחקנים בשוק


המבחן המוחל

- שימוש במבחן האירופי (רייס, גילוי הדעת)
- שלב ראשון: האם ההפרש עלות הייצור למחיר שנגבה הוא מופרז?
 - השוואה עלות/מחיר
 - השוואה למחירי מוצרים דומים
 - גילוי הדעת: אם ההפרש קטן מ-20% לא ייחשב מופרז
- שלב שני: האם ההפרש הוא גם בלתי הוגן?
 - מהו בלתי הוגן?
 - כיצד מכניסים לתוך המשוואה את הערך שנוצר עבור הקונה?



חוסר וודאות ברמה גבוהה

- **רייס:** "שני המבחנים....[מבחן הפרש עלויות ייצור למחיר ומבחן ההשוואה לשווקים אחרים] (ואחרים) אינם מתווים קו ברור לעניין "מחיר הוגן" או לעניין גובה הנזק, שהרי נותרות השאלות מהו גובה הרווח ה"מותר" למונופולין, ומהו ההפרש בין מחירים של חברות דומות, שמעליו נחשב המחיר ל"בלתי הוגן"."
- **Padilla and O'Donogue:** "there is simply no reliable way of approximating a "reliable" profit, in particular if this involves an analysis of items such as the intangible value of assets and any opportunity cost."
- **Whish:** "There are persuasive arguments against direct control of prices under competition law."
- **OECD:** 'interventions by competition authorities to deal with [excessive prices] directly are considered controversial at best.'

- 
- **Furse:** "there are significant problems in applying [the prohibition]... Neither the EC Commission nor the European Court of Justice, or the relevant UK authorities, has provided a robust working method for determining when a price is to be held excessive."
 - **Korah:** worrying and disturbing...
 - **Bellamy and Child:** "Decisions by the Commission and national courts demonstrate the considerable difficulties of establishing this abuse"
 - **Monti:** There is no workable policy to identify and penalize excessive pricing"
 - **Furse:** "It is difficult to find any unequivocal support of the policy of dealing with excessive pricing under competition law in the literature."

"תנאי הארץ ותושביה"

טענה: הועתק מסעיף 82 לאמנת רומא, הכולל איסור כאמור

טענות-נגד:

פרשנות תכליתית ולא החלה עיוורת:

■ האם לא ניתן ללמוד מטעויות?

■ שונות מהותית:

■ בסיס לעוולה נזיקית: צורך לקבוע קו גבול ברור

■ בסיס לעבירה פלילית: הגברת הצורך בוודאות

■ מאפיינים מוסדיים: בתי המשפט הרגילים

■ מצטרף לחזקת בעל המונופולין

■ כלים חלופיים עדיפים

בעייתיות הסדרה דרך ניצול לרעה

טענה: לא שונה מהותית מהסדרה של פרמטרים עסקיים אחרים שאינה יוצרת ודאות. למשל, מחיר טורפני.

תשובה: במחיר טורפני הקושי הוא באיסוף העובדות הרלוונטיות ובהוכחתן, אולם הכלל הוא בהיר וודאי.

האם גילוי הדעת משתמש בכלי הנכון?

■ שתי אופציות: סעיף 29א (ו29) וסעיף 30:

■ ראה הממונה כי כתוצאה "מהתנהגותו של בעל מונופולין נפגעת התחרות בעסקים או נפגע הציבור, רשאי הוא לתת לבעל המונופולין הוראות בדבר הצעדים שעליו לנקוט כדי למנוע את הפגיעה."

■ אמנם 29א נותן לממונה יותר כוח.... אבל-

■ הסדרה מינהלית אל מול ניצול לרעה. בן חורג לפעולות מזירות

■ הסדרה מינהלית אל מול עבירה פלילית עם אפשרות לקנס גבוה

■ צופה פני עתיד (ודאות) אל מול צופה פני עבר

■ החצנה על תביעות נזיקיות: בתי משפט רגילים, קביעת קו גבול ברור

■ אפקט מצנן חזק

■ יותר גרוע מחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים!

לכל הפחות יש להחליף את השימוש בכלי ההסדרתי

בעיות נוספות בגילוי הדעת

- מגביר ודאות רק לגבי החלק הראשון של המבחן
- אין די בציון פרמטרים כלליים שיילקחו בחשבון
- נמל מבטחים של 20%:
- מקטין משמעותית אפשרות להרוויח "בגדול" ולהיות פטור מבדיקה
- מגדיל סיכון לבדיקת דו"חות על ידי הרשות ובתי המשפט
- יוצר BENCHMARK: מנמל מבטחים לנמל סופי
- נקודת המוצא: מחיר ההוגן הוא המחיר בתנאי תחרות
- מערך הסנקציות הכי גדול בעולם כולו!
- לכאורה מותיר פתח לעבירה פלילית
- רחוק מאד מהרווחים המותרים באיחוד האירופי
- מעבר מהגנה על תחרות לרגולציה



EU cases

CASE	PRICE DIFFERENTIALS	PRICE ALLOWED
Sirena	"Particularly high"	Not determined
Deutsche Grammophon	"particularly marked difference"	Not determined
General Motors	40 times actual costs	Comm.: 8 times actual costs ECJ: not determined
United Brands	Up to and over 100% price margins	Comm.: Price decrease of 15% ECJ: not determined
British Leyland	Over 500% price differences	Price decrease of 66%
Ahmed Saeed	"excessively high"	Not determined
SACEM	Several times higher	Not determined
Bodson	Prices of others "markedly lower"	Not determined
ITT Promedia (Comm.)	Margins over 900%	Price decrease of 90%
Deutsche Telecom (Comm.)	100% differences	Price decrease of 38% and 78%

שלוש שאלות בסיסיות

שאלה: האם יש מקום להסדרה ישירה של מחירים גבוהים
דרך עילת הניצול לרעה של כוח מונופוליסטי?

תשובה: לא. בעייתי ביותר.

שאלה: גם אם כן - האם הממונה בחר בכלי הנכון להסיר
מחירים גבוהים?

תשובה: חד משמעית לא!

שאלה: האם גילוי הדעת יוצר את רמת הודאות הנדרשת
ופותר את הבעיות אותן לא הצליחו לפתור בכל העולם?

תשובה: חד משמעית לא!

יודגש: לא סותם הגולל על פיקוח מחירים

Gal, Abuse of Dominance- Exploitative Abuses
**In Handbook of European Competition
Law- Substantive Aspects**

Edgar Elgar, 2013

מיכל (שיצר) גל והילה נבו

השפעת תורת ההחלטות על עיצוב כללים משפטיים: מחיר בלתי
הוגן כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי



תודה על ההקשבה!

mgalresearch@gmail.com

<http://papers.ssrn.com>