

השימוש במוסדות השלטון לחסימת תחרות

סיכום הכנס שהתקיים בתאריך 29 לינואר 2019

מסמך זה מהווה את תמצית הדיונים שערכו במסגרת הכנס, מתוך מטרה לשתף את הקהל הרחב בעיקרי הדברים. בקריאת המסמך יש להביא בחשבון שמדובר בתמצית הדיון ולא בפרוטוקול מלא. יודגש כי הדברים מייצגים את עמדותיהם האישיות והמקצועיות של חברי הפורום ואינם מייצגים בהכרח את העמדות הרשמיות של הגופים אליהם משתייכים.

דוברים:

VP General Counsel International Markets IP & Regulatory litigations,
טבע תעשיות פרמצבטיות
שותפה וראש מחלקת הגבלים עסקיים, משרד מיתר ליקוורניק גבע לשם טל ושות'
מומחה לדיני מכרזים
נשיא איגוד לשכות המסחר
הפקולטה לניהול, אוניברסיטת תל-אביב
המחלקה המשפטית, רשות ההגבלים העסקיים
הפקולטה לניהול, אוניברסיטת תל-אביב

עו"ד אורלי אלסטר
עו"ד ניבה ברג לבנת
פרופ' עו"ד עומר דקל
עו"ד אוריאל לין
ד"ר טל מופקדי
עו"ד יונתן צויקל
ד"ר רועי שלם

חומרי רקע מקצועיים באתר של פורום הגבלים עסקיים ורגולציה:
<https://www.hurvitz-institute.tau.ac.il/professional-material/>

ניהול מקצועי של פורום הגבלים עסקיים ורגולציה: ד"ר רועי שלם וד"ר טל מופקדי, הפקולטה לניהול, אוניברסיטת תל-אביב.

דברי פתיחה

ד"ר רועי שלם (הפקולטה לניהול, אוניברסיטת תל אביב)

אנחנו נפגשים היום לכנס של פורום הגבלים עסקיים ורגולציה, בנושא "השימוש במוסדות השלטון כדי לחסום תחרות".

הפורום פועל במכון אלי הורביץ לניהול אסטרטגי בפקולטה לניהול באוניברסיטת תל-אביב, אשר פועל לפתח ולקדם את הידע המחקרי והיישומי בתחום האסטרטגיה.

זה כבר הכנס הארבעה-עשר שאנחנו עורכים בפקולטה לניהול במסגרת הפורום. הפורום הוקם על מנת לאפשר ולסייע לקובעי מדיניות, למנהלים ולחוקרים לנהל שיח מעמיק ומאתגר אשר יקדם את החשיבה ואת העשייה בנושאים של הגבלים עסקיים ורגולציה כלכלית.

בכנסים הקודמים של הפורום ניתחנו סקטורים שונים כגון: ענף המזון, משק החשמל, משק הגז הטבעי, ענף התקשורת וענף החיסכון הפנסיוני.

כמו כן ניתחנו נושאים שונים של רגולציה כלכלית, כגון: תחרות בעידן הדיגיטלי, יחסים אנכיים בין פירמות, פיקוח מחירים, קביעת מחיר מופרז, הסדרים כובלים, אכיפה פרטית, אכיפה מנהלית וניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי וגם עסקאות בעלי ענין ושכר הבכירים.

מלבד קיום הכנסים, מטרת הפורום היא לרכז ולייצר מאמרים וחומר מקצועי בנושאי הגבלים עסקיים ורגולציה כלכלית, אשר זמינים לציבור באתר האינטרנט של הפורום, שם וגם בלינקדאין מתנהלת באופן שוטף גם קבוצת דיון.

אז כאמור, הכנס היום יעסוק בנושא "השימוש במוסדות השלטון כדי לחסום תחרות". במסגרת הכנס נעסוק בדרך שבה נעשה שימוש במוסדות השלטון, בבתי המשפט ובחוקים על מנת למנוע תחרות ולהדיר מתחרים מהשוק. לדוגמה: השימוש בבתי המשפט על מנת להגיע להסדרים חוסמי תחרות בין מתחרים; השימוש בגופי תקינה על מנת לחסום תחרות מייבוא, השימוש בחוקים כגון העדפת תוצרת מקומית כדי לחסום תחרות אפקטיבית מחו"ל, והשימוש במנגנונים מכרזיים כדי לפגוע ביכולת התחרות של חלק מהמתמודדים.

לפני שנפתח רשמית בדיונים ובהרצאות, אני רוצה להודות לדוברים המכובדים היום. אני מבקש לומר גם תודה למי שעמל על הכנת המפגש ומשקיע להצלחה שוטפת של הפורום: רות כהן-מיתר, מנהלת המכון, עדי בן-נון – רכזת המכון; ולצוות השיווק של הפקולטה לניהול.

התכנית לכנס היא אוסף של שבע הרצאות של מרצים מהאקדמיה, מהרגולציה ומהשוק הפרטי שיאירו על הנושא מכיוונים שונים. לצערנו עמית לנג, שהיה מנכ"ל משרד הכלכלה, ועמד בראש ועדה להקלת היבוא לא חש בטוב ולכן לא ירצה היום, ולכן נסתפק בשש ההרצאות האחרות.

אני מאחל לכולם כנס מוצלח ומעניין.

פרופ' משה צבירן (דקאן הפקולטה לניהול, אוניברסיטת תל אביב)

הפקולטה לניהול חוגגת 53. אנחנו עומדים על 3 רגליים כל השנים, רגל המחקר, רגל ההוראה, הקמנו עד עכשיו מעל 27 אלף בוגרים והרגל של הממשק, שהוא ממשק דו כיווני, אחד בינינו ובין האקדמיה בארץ ובעולם ולא פחות הממשק בתעשייה, האקו סיסטם הישראלי, לייצר ידע אקדמי ומצד שני לייצר בלנד של ידע שבא מהפרקטיקה ויחד אתנו כדי ליצור ידע הוליסטי ולהכניס קצת חיים לתהליך הזה.

בקונטקסט הזה הפקולטה משתמשת, בין היתר, במכוני מחקר. האירוע שלנו היום ברגולציה במכון אלי הורביץ והמשפחה אחרי לכתו החליטה שהיא תומכת הלאה בפעילות של המכון ומרחיבה אותה. בראש המכון עומדת ד"ר רוית מיתר, חלק מהפעילויות, מהלך אסטרטגי, פעילות הוראתית, חלק מהפעולות זה אותו פורום רגולציה. דבר אחד בטוח, גם מהמקום שאני נמצא בו כרגע וגם מעבודתי בפקולטה, לא חסר על מה לדבר רגולציה במדינת ישראל, בלי עין הרע לאורך כל הזמן מכל הכיוונים וכל הזמן יש על מה לדבר חדש, לא כל רגולציה היא בת 50-60-70, כך שלא משעמם לנו כאן. אבל הרגולציה משפיעה על כל חיינו ומצאנו לנכון לחבר בקונטקסט הזה את האקדמיה ואת הפרקטיקה ולנסות להפרות.

היום בכלל בסיפור של הקשר עם השלטון זה בכלל מעניין.

אני מאחל לכולנו בהצלחה.

אני רוצה להקדים ולומר תודה רבה לקרן הורוביץ, תודה רבה למכון הורוביץ, תודה רבה לרוית ותודה כמובן לצמד המארגנים, האמת היא שהרעיון התחיל מהם וממשיך מהם, הביצוע שלהם, אז תודה רבה לשניהם, רועי וטל, והבמה שלכם.

ד"ר טל מופקדי וד"ר רועי שלם (הפקולטה לניהול, אוניברסיטת תל אביב)

קישור למצגת

דוח ועדת טרכטנברג מיפה רשימה חלקית של גורמים ממשלתיים וחצי ממשלתיים במשפיעים על התחרות. כך למשל, ישנם עשרות מפקחים רלוונטיים שמשפיעים על התחרות: משרד התקשורת, המשרד להגנת הסביבה, משרד הבריאות, משרד הביטחון. אין סוף מפקחים רלוונטיים. כמו כן, יש המון גורמי תקינה, למשל שר התמ"ת, היום שר הכלכלה, רשאי למנוע שיווק של מוצרים מתחרים מייבוא. יש את הממונה על היטלי סחר ממשרד התמ"ת. כמו כן יש את נושא הכשרות שמייצר עוד מעין חסם רגולטורי אחד מאד גדול. יש מעל 600 גורמי כשרות בישראל.

כמובן שלרגולטורים יש יכולת מאד גדולה להשפיע על התחרות בשווקים השונים ובאופן טבעי שחקנים וחברות ינסו להשתמש ברגולטורים כדי למנוע תחרות ולבצר את המעמד שלהם בשוק. בהקשר זה ראוי לצטט את הפסקה הבאה מתוך דוח ועדת טרכטנברג: "את כל אלו קובעת המדינה בכוחה השלטוני שבהקשר זה הוא (כמעט) בלתי מוגבל. ואת העלות הנגזרת מקיומם של כל אלו – לעולם ישלמו האזרחים. רבות הן קבוצות האינטרסים המודעות לכוחה של המדינה ולהטבות המופלגות שביכולתה להמטיר על ראשן. כל אלו מצויות במאבק מתמיד על מנת לזכות בהגנה מתחרות, בסובסידיה עודפת, בזיכיונות או בחקיקה המיטיבה איתן. אל מול כוחות אלו, מצויים האינטרסים של משקי הבית והאזרחים. ובתוכם, מצויים פקידי הממשלה העוסקים ברגולציה, חברי הממשלה, וחברי הכנסת עצמם." כלומר יש לנו בעצם שלושה סוגים של שחקנים: הציבור, החברות והרגולטורים. יש פה מעין משחק או קבוצות לחץ שונות שמופעלות מכל הכיוונים.

עוד חשוב לציין שהתוצאות האלה לא תופעה ייחודית לישראל, לא שמדברים פה על שחיתות או דברים קיצונים ורעים, אבל מדובר על נתוני פתיחה בסיסיים שצריך לקחת אותם בחשבון במשחק הרגולטורי, גם כשאר כל אחד מהרגולטורים מנסה כמיטב יכולתו לעשות את תפקידו באופן הטוב ביותר. כך מתוך דוח ועדת טרכטנברג: "חשוב לציין כי תוצאות לחצן של קבוצות אינטרסים שונות על המערכת הממשלתית אינה תופעה ייחודית לישראל והיא קיימת בכל המדינות – מתפתחות ומפותחת כאחד. יובהר מיד כי אין המדובר על שחיתות חס ושלום או על שוחד. אלא, מדובר בתנאי הפתיחה הבסיסיים של הכלכלה הפוליטית בהקשר זה, שבהם המעטים (שיש לכל אחד מהם הרבה מה להפסיד או להרוויח) יצליחו להשפיע באופן אפקטיבי יותר על דרך קבלת ההחלטות של המדינה מאשר הרבים (שההשפעה על כל אחד מהם נמוכה

יחסית).". כלומר, יש מעט מאד מקבלי החלטות, שיש תמריץ מאד גדול לחברות להפעיל עליהם לחץ כדי לצמצם תחרות.

נעבור כעת לכמה דוגמאות מעולמות שונים בשביל להראות לכם שזה נוגע באמת בהרבה תחומים.

הנה דוגמה ראשונה: תקינה. תחשבו שיש לי איזה שהוא מוצר שבניגוד למוצרים המתחרים, שלי נגיד יותר עמיד בפני שריפה, אז כמובן שאני ארצה שהרגולטורים מאד יתעניינו בנושא של עמידות בפני שריפות וזה יהיה הדבר הראשון שיעמוד לנגד עיניהם ואם אפשר שיהיה אולי תקן שמי שמציע מוצר שלא עמיד בפני שריפות לא יכול להיכנס לשוק. כך אני מצליח אולי להגיע למצב שבו אני מונופול בשוק. שימו לב שעמידות בפני שריפות היא אכן דבר רצוי אבל ככל שעושים את התקן יותר ויותר מחמיר בפרמטרים שונים, למעשה מצמצמים לחצים תחרותיים. ועדת טרכטנברג התייחסה לזה ארוכות ובעצם מצאה שיש בהרבה מקומות דרישות בדיקה ייחודיות לישראל שחלות על המוצרים וזה חל גם על מוצרים שיש לגביהם תקינה כבר נגיד בארה"ב או באירופה. הם עברו את התקינה בארה"ב ואירופה אבל בשביל להיכנס לישראל אנו מבקשים מהם דרישות חדשות ובעצם חוסמים את התחרות בדרך הזאת. אחת ההמלצות של ועדת טרכטנברג בזמנו הייתה אימוץ אוטומטי של תקנים בינלאומיים שהיו קיימים בשביל לאפשר לפריטים האלה גם להתחרות על לבם של הצרכנים.

דוגמה שנייה: פונקציית המטרה של הרגולטור. דיברנו על כך שיש גורמים שונים ואחרים שמשפיעים על השוק, על המגוון של המוצרים, על המחירים ועל האיכות. הרגולטורים האלה כל אחד יש לו מטרה מאד ספציפית. אם אני נגיד עובד במשרד הבריאות ואחראי על בריאות הציבור, הדבר היחיד שמעניין אותי זה שהמוצרים יהיו הכי בריאים שלא ייכנס מוצר שהוא טיפה אפילו לא בריא ואז אני עושה את עבודתי בצורה האופטימלית. הבעיה שאם כל אחד מסתכל רק דרך פריזמה מאד צרה, זה אומר שיכול להיות שאנחנו שוב נגרום להרבה מוצרים לא להיכנס בכלל לישראל ולגרום לכך שלא תהיה מספיק תחרות בישראל. ועדת טרכטנברג אמרה בואו נעזכן את פונקציית המטרה של אותם רגולטורים. מעכשיו לא צריכים לשקול רק את השיקולים המאוד צרים שלכם, צריכים להכניס פנימה את המטרות של תחרות, ויש לכם אחריות ברורה גם לרווחה של הצרכנים ולתחרות בתחום הרלוונטי שבו אתם עובדים כדי שתוכלו לאזן בין המטרות האלה.

דוגמה שלישית: הניסיון של הובר להיכנס לישראל. היה לחץ מאד חזק של נהגי המוניות שלא יהיה אפשר להסיע אנשים שלא באמצעות מונית מורשית. הם עבדו

בכל מני דרכים ובאמצעות ביהמ"ש הצליחו לקבל החלטה שהובר לא פועלת בישראל ואכן עד היום היא לא פועלת בישראל.

דוגמה רביעית: שימוש לרעה בחוק להשפעה על התחרות. בארה"ב פלטפורמות דיגיטליות יש איזה שהוא חוק אמריקאי שקוראים לו דיגיטל מילניום, שאומר שאני יכול להפעיל פלטפורמה כזו שאנשים אחרים יעבדו דרכה, למשל אמזון יכולה לאפשר לסוחרים אחרים להציע מרכולתם באמצעות הפלטפורמה שלה, אבל אם מישהו ידווח שהסוחרים האחרים נגיד פועלים בדרך שהיא לא חוקית, נגיד הם מפרים איזה שהן זכויות יוצרים או עושים איזה שהוא משהו, צריך להיות מנגנון שמדווחים לאמזון ואז היא מסירה אותם. זה דוגמה שהחוק הסדיר את הפעילות באמזון. אם אני סוחר באמזון ורואה שיש לי מתחרה שלוקח לי לקוחות באמזון, אז אני יכול לדווח עליו לאמזון ולהגיד שהוא מפר זכויות יוצרים, או שהוא עושה משהו לא בסדר. אמזון לא בודקת את זה יותר מדי לעומק כי היא עצמה מפחדת מתביעות ובעצם מסירה את המתחרה מיד. רואים איך נעשה שימוש לרעה בחוק כזה שיש לו מטרה טובה באופן עקרוני בשביל מטרה של חסימת תחרות.

דוגמה חמישית: שימוש בבתי המשפט כדי לפגוע במתחרים פוטנציאליים. פורסם בתקשורת על זה שהיבואן הרשמי של טומי הילפיגר תבע את היבואן המקביל על כך שהוא השתמש בסימני המסחר של טומי הילפיגר: שם שלטים, פרסומות וכו'. שימו לב מה קורה בתביעות מהסוג הזה, השופט בא ורואה שני צדדים רבים ביניהם והוא צריך להכריע מה לעשות, במקרה הזה, זה היה בגדול נגד היבואן המקביל, אבל תחשבו ששני הצדדים היו מגיעים אליו לשופט כעבור שבוע ואומרים "תראה, הגענו לפשרה. צד א' ישלם לצד ב' 400 אלף שקל ובתמורה הוא יפסיק לפעול ביבוא מקביל". לכאורה מבחינתו של השופט, הרי שבמחלוקת שהציגו לו הצדדים כבר הגיעו לאיזה שהיא הסכמה, זה הדבר הכי טוב שיכול להיות. לכן הוא עשוי לתת לזה תוקף של פסק דין ובזה נגמר הסיפור. אבל למעשה צד אחד שילם לצד השני בשביל להפסיק להתחרות, כלומר הסדר כובל. הצדדים עשו ביניהם הסדר שכל המטרה שלו להפסיק תחרות ואין מישהו שבעצם מבקר את זה, יותר גרוע, הם מקבלים את זה כפסק דין ויכולים לפעול לאור זה.

דוגמה ששית: מחקרים מוזמנים. בכתבה שפורסמה בניו יורק טיימס, גילו מסמכים משנות ה-60 שבהם תעשיית הסוכר ניסתה להשפיע באמצעות מחקרים שהיא פרסמה בעקיפין דרך האקדמיה על זה שמה שגורם להתקפי לב בתזונה זה בעיקר שומן רווי. זו הייתה התזה שהלכו איתה במשך עשרות שנים בעצם להסית את תשומת הלב מההשפעה של סוכר על מחלות לב, לכיוון של שומן רווי. בעצם כל

הרגולציה והדרך שבה התנהגו גופי השלטון היו לכיוון שומן רווי ולא לכיוון מאבק בסוכר בגלל אותם מחקרים שהוזמנו על ידי תעשיית הסוכר.

דוגמה שביעית: חסימת יבוא. הרבה פעמים אנחנו שומעים שצריך להגן על התעשיות המקומיות על ידי נכסים, מכסות, תעריפים, חסמי כניסה ויציאה וכאלה. אני רוצה לצטט לכם את המשפט הבאמת נהדר של דיויד פרידמן שלמיטב הבנתנו הוא הבן של מילטון פרידמן: יש שתי דרכים לייצר מכוניות, דרך ראשונה לייצר אותן והדרך השנייה לגדל אותן. איך מגדלים מכוניות? זה נשמע נורא מוזר. זורעים זרעי חיטה, מגדלים את החיטה, קוצרים אותה, שמים אותה על אניה ושולחים ליפן, האניה חוזרת עם מכונית טויוטה במקום עם חיטה. כלומר אנחנו מקבלים כאן דוגמה מאוד ציורית שמבהירה שלמעשה לא כל כך אכפת לי איך מחליפים את החיטה למכונית, יכולה להיות מכונית קסומה במרכז האוקיינוס שמחליפה לפי יחס מסוים את החיטה למכוניות. הגנה על תעשיית המכוניות בעצם מגנה על התעשייה לא מפני היפנים, לא מפני טויוטה, אלא מפני מגדלי החיטה. חשוב לזכור שמדובר בהסבר שמתייחס לעולם הכלכליחסר חיכוך ותמיד במציאות יש בפרטים דברים שצריך לשים לב אליהם. אני לא אומר שצריך להסיר לחלוטין את כל הרגולציה, אבל זו נקודה נורא חשובה. הניסיון להגן על תעשייה מקומית מפני תעשייה מקומית אחרת.

עוד בעניין יבוא, זה גרף נהדר שמשכנע אתכם בסיפור הקודם ואומר את הדבר הבא. הוא מראה לכם את הייצוא והייבוא מישראל ולישראל. הגרף הספציפי הזה נלקח על ידי אסף צמרינג ועומר מואב. כתוב פה משהו נורא פשוט: כשאני מייצא למישהו משהו, יש לי 100 דולר ביד, מה אני יכול לעשות איתם? יש שני דברים שאני יכול לעשות איתם: אחד, לשמור אותם, שתיים, לקנות איתו משהו אחר, זאת אומרת, לייבא איתו. אם אני מתעלם מעניין הזמן, לא לייבא היום אלא מחר, הייתי מצפה שיהיה מתאם מלא בין הייבוא לייצוא וזה מה שרואים בפועל, זה לא תיאוריה אלא פרקטיקה לחלוטין. לכן כשמנסים לעצור את הייבוא, אנחנו באופן אוטומטי גם עוצרים את הייצוא. הגרף הזה מראה שבתמונה הכוללת כל הפעולות של הרגולטור בניסיון להגן על תעשייה מקומית, הן פעולות שבטווח הבינוני והארוך לא באמת טובות, למרות שבאמת בטווח הקצר תנודות עשויות להשפיע לרעה על המשק ובאמת בשוליים זה תמיד נורא כואב לסגור תעשייה כלשהי.

אני רוצה להגיד משפט באמת כללי: כשהיינו בעולם של אבטלה של 11% - 15% השאלה הזו הייתה שאלה מאד חשובה ורלוונטית, האם אנו באמת רוצים להגדיל את האבטלה או לא? יכול להיות שהתשובה היא לא, ויכול להיות שאנו רוצים להקריב חלק מהיעילות הכלכלית. היום אנחנו באפס אבטלה, בהשוואה למשק הגדול היא שונה לחלוטין מהשאלות שהיו בשנות ה-90 במשק הישראלי.

המשק שלנו מאד קטן ולכן התנאים פה לא יאפשרו ליצור המון מתחרים בכל ענף. לכן צריך שתהיה אלטרנטיבה של ייבוא כדי לטפל בתחרות שלא מתפתחת באופן טבעי בישראל. דבר אחד נוסף שחשוב להגיד פה זה שייבוא, גם אם הוא לא אפקטיבי ברמה הכמותית, עדיין מאד אפקטיבי במשמעת ובריסון שהוא כופה על החברות המקומיות. מודל כלכלי נורא פשוט יודע להסביר את זה, שאם האלטרנטיבה מחיר הייבוא אז חברות בתעשייה ייצרו עד המחיר הזה. האלטרנטיבה מאד חשובה ולא הכמות.

דוגמה נוספת על מכסות ייבוא. ניתן לראות כאן דוגמה שתנובה השקיעה מיליוני שקלים במפעל על מנת לייבא בשר טרי מפולין ומשרד הכלכלה הודיע כי הוא שוקל לאסור על תנובה לגשת למכרז לקבל מכסות ייבוא. אני לא מדבר על ההשקעה שהלכה לטמיון והכול. מי שקיבל את האפשרות לגשת ולקבל מכסות זה בעצם אחד מיצרני הבשר הגדולים האחרים בארץ. אז עולה השאלה מי מקבל את המכסה הזאת? זהות מאד משפיעה על תחרות, אם כבר יצרן מקומי זה שמקבל את המכסה הוא מתחרה עם עצמו, אם זה מתחרה אחר, צריך להבין את השיקולים האלה. באופן כללי, אפשר להגיד בצורה מאד קטגוריאלי, שיש מעט מאד מכסות שברמה הכלכלית משפרות את הרווחה של המשק, מכסות פוגעות ברווחה של המשק ומייצרות עיוות מאד גדול, בכך שבמקום שהייבוא יאיים על כל הכמות המיוצרת, ובהתאם ירסן את כל המחירים, הוא מוגבל מאוד על ידי המכסות ובכך כוחו לרבן מחירים מסורס.

עוד דוגמה על מגבלה של יבוא: נושא רכש גומלין. הדוגמה שיש לנו פה זה דן: דן הזמינה 116 אוטובוסים מפולין, אבל הרכש גומלין היה צריך להתבצע בסך של 35% מהעסקה, החברה הפולנית הייתה צריכה לרכוש משהו מהמשק הישראלי, לא היה לה מה לרכוש ולכן העסקה הזו לא התבצעה. תחשבו מה זה בעצם אומר שאנשים היום נוסעים באוטובוסים או פחות טובים, או יותר יקרים, או לא משנה איך תרצו להסתכל על זה, בגלל איזו תקנה שיכול להיות שהפולנים האלה רוצים בכלל למכור מאיטליה והאיטלקים כן רוצים לקנות מישראל. זה לא בהכרח יעיל במקרה הספציפי הזה רכש גומלין לא שונה מהותית מסבסוד התעשייה המקומית וחסמת תחרות וכמו שאנו מבינים, בטווח הארוך זה לא מוצלח.

עוד חסם לייבוא: היטלי סחר. חלק מהדיונים על היטלים בשוק המלט, נושא נורא חם מהימים האחרונים, זה לא התחיל היום זה התחיל יותר מ-20 שנה אחורה, פה זה בתקופה שבנימין נתניהו היה שר האוצר והסיפור של היטל הוא הסיפור הבא: אנחנו נורא חוששים ליצרן המקומי בגלל שיש תחרות מייבוא והיא מתחת לעלויות של היצרן המקומי ולכן לא יוכל לעמוד בהם, החשש הוא מאד ברור, אנחנו מפחדים שהיצרן

המקומי יצא מהתחרות ואז יישאר משק בלי יצרן מקומי. אפשר לראות כאן שבפועל הוטל היטל סחר במשך שנים ארוכות כדי להגן על המונופול המקומי. השאלה אם זה כל כך הרבה זמן מחירים יותר נמוכים, לא בהכרח רוצים להגן על התעשייה ויכול להיות שרוצים להגן עליה עד כמות מסוימת ולא בהכרח לכל הכמויות. למשל – לפי ההיגיון הזה היינו עד היום מגינים על תעשיית הטקסטיל מפני יבוא. אני רק רוצה לומר שהעובדה שאנו מוכרים בזול מתחת למחיר שאנו מוכרים בשוק המקומי, נגיד שאנחנו טורקים רוצים למכור מלט בישראל ומוכרים אותו ביותר זול מהמחיר בטורקיה לא בהכרח מעיד על היצף ומטרה לגרום ליצרן המקומי בישראל לפשוט רגל. זוכרים את התמונות ממחאת פסק הזמן שמוכרים בדולרים במחיר נמוך יותר מהמחיר בשקלים ולכאורה עושים, זו הייתה הטענה. אי אפשר לטעון שעלית שטראוס ניסתה להרוס את תעשיית החטיפים בארה"ב. יש כאן עלות של מכירה מתחת לעלות הממוצע ומעל העלות השולית. זה דיון מאד חשוב אם זה בסדר או לא בסדר כשמדברים על תקופות מאד ארוכות, כי זה בהכרח לא אומר שאנו רוצים לשמר את המצב הלא תחרותי בישראל. הגנה על התעשיות האלה שקולה לסבסוד במידה מסוימת.

הציטוט הזה זה צילום משנות ה-30 או 40 בארץ הקודש שפה יש דיון על כך ששוק משלוח הקרח, אנשים שבעצם קווי החלוקה של הקרח הוא שוק שנמצא בסכנה מאד חמורה וצריך לטפל בו והסכנה היא כמובן על ידי המכשיר הטכנולוגי החדש שנקרא מקרר. אז הדיון היה האם רוצים להגן עליו וכן הלאה. זה הכריח את מוכרי הקרח להוריד מחירים. בסוף התעשייה הזו נעלמה ולא קרה שום דבר רע, אולי אפילו קרו רק דברים טובים בהקשר הספציפי הזה.

נסיים בנושא השימוש במכרזים כזירת תחרות. הסיבה שאנו מדברים על מכרזים בגלל שמכרז זו זירת תחרות מתוכננת וזה קל לראות אם אפשר להשפיע עליה ואיך. נציג כמה דוגמאות בהקשר זה.

דוגמה ראשונה: מכרז עם תנאי סף שאתה חייב שיהיה לך לפחות ניסיון של ככה וככה ולפחות עבדת עם משרדי הממשלה בתקופה האחרונה וכו'. מה אומרים תנאי הסף האלה? זה בעצם להגדיר את זירת התחרות. מצד אחד מאפיינים לנו בדיוק מיהו הזוכה הרצוי – אני רוצה מישהו עם ניסיון וזה בסדר. מצד שני, הם גם קובעים מי יכול להשתתף במכרז. האם זו זירת תחרות שיש המון מתחרים וכולם נורא מנסים להתאמץ ולהיות הזוכים ובד"כ רוצים דווקא את זה, אז השאלה איך מאזנים בין זה שמצד אחד אנו רוצים תחרות מאד עזה ומצד שני רוצים זוכה עם מאפיין מאד רצוי. כמובן הבעיה היא השאלה אם מתמודדים במכרז יכולים להשפיע על מי שמתכנן את המכרז לקבוע דווקא דברים מאד ספציפיים, כמו הדוגמה שנתתי מקודם שהמוצר יהיה

גם עמיד באש, על פניו זה נשמע מצוין, אנחנו אוהבים מוצרים שעמידים בשריפה, אבל אם זה מביא לכך שיש רק מתמודד אחד, אז זה לא בהכרח.

דוגמה שניה: הנושא של מבנה האינפורמציה במכרזים. יש הרבה ספרות כלכלית שמתייחסת למכרזים ובין השאר יש מה שנקרא linkage principle, שהוא חלק מנושא שזכו עליו בפרס נובל לכלכלה. מה שהוא אומר בגדול שמי שמתכנן מכרז יש לו אינטרס לגלות מראש את כל המידע שיש לו, לרשום את זה במכרז שיהיה זמין לכל המתמודדים, אם הוא לא מגלה את זה, אז המתמודדים מראש מעדכנים כלפי מטה את ההערכות שלהם וזה יוצר יעילויות וכל מני דברים נוספים ופוגע במכרז. תחשבו על מצב בו יש מישהו שכבר פועל בשוק ומעצם זה יש לו אינפורמציה על מה קורה בשוק, יש לו אינפורמציה עדיפה. אם הוא יצליח לשכנע את מתכנן המכרז לא לגלות את האינפורמציה הזו ולא לחשוף אותה למתמודדים אחרים הוא יוצר לעצמו יתרון מובנה שיכול להיות מאד משמעותי במכרז הזה שבעצם זה פוגע בתחרות.

דוגמה שלישית קשורה למשהו שאני ראיתי באופן אישי, במסגרת שיחות שהיו לי עם חברה ממשלתית כלשהי. השאלה היא האם לאפשר שיתוף פעולה בין מתחרים לפני או אחרי הזכייה. אחרי הזכייה האם אני יכול לקחת את אחד המתחרים שלי בתור קבלן משנה שיעשה חלק מהעבודה. אז הדוגמה הזו מבוססת על סיפור אמתי, הייתה חברה ממשלתית שהייתה צריכה אלף יחידות ממשוהו, אבל אין אף מתחרה בארץ שיש לו קיבולת כזו שיכולה לייצר אלף יחידות. נניח שהמתחרה הכי גדול יכול 800 וכל השאר זה באזור הזה ומטה. יש עכשיו שתי אפשרויות, מה שהם רצו לעשות זה לפרסם מכרז עם כמות של אלף בכל זאת, אבל אז אם עושים את זה די ברור מה הולך לקרות, או שאנשים ייגשו מראש ביחד, זאת אומרת שיתופי פעולה מראש שגם יכול להחליש את התחרות על המכרז, או שאתה ניגש וכולם יודעים שאחרי שתזכה אתה תיקח את האחרים בתור ספקי משנה. גם זה בפני עצמו מחליש את התחרות, כי אני לא אתאבד על המכרז הזה, כי לא אכפת לי שמישהו אחר יזכה ואני אקח את העבודה אחר כך כקבלנות משנה. זה מה שהם עשו בפועל, כשיש אולי אלטרנטיבות אחרות. דוגמה לדרך פעולה אלטרנטיבית תהיה לעשות שני מכרזים כל אחד על היקף של 500 ובכל אחד מהם יהיה מספיק תחרות בשביל לקיים אותו.

לסיכום, לרגולציה, מעצם טבעה, יש פוטנציאל להשפיע באופן עמוק על השווקים. אז מה ניתן לעשות כדי שלא תפגע בתחרות בשווקים? ראשית, צריך לדאוג לכך שהרגולציה לא תפריע בשווקים שיכולים להגיע לתחרות באופן טבעי. לא להכיל רגולציות במקום שבו אין צורך. שנית, יש לנסות להכניס שיקולי תחרות לפעולה של הרגולטורים, על מנת שידאגו גם לזה במסגרת השיקולים שלהם. שלישית, בנושא של בית משפט צריך אולי לנסות גם כן לערב את רשות התחרות בתור גורם שלישי שייתן

חוות דעת בנושאים כאלה. רביעית, אנחנו חושבים שצריך לשנות את המדיניות הממשלתית לטובת הסרת חסמי ייבוא כמה שאפשר, גם וועדת טרכטנברג ראתה את זה כמקום שאפשר להפעיל ממנו לחצים תחרותיים וזה בסדר. אפשר לראות את וועדת לנג שדנה על זה וגם את המאמרים של עומר מואב מי שמתעניין, הם מאד משכנעים. לבסוף, צריך לפתח תורה תחרותית לכתיבת מכרזים וגופי ממשלה, לנסות למפות את המכשולים התחרותיים, או את היתרונות התחרותיים שמצליחים להשיג ולגרום לכולם בעצם להתכווץ למקום שבו הזירה התחרותית תהיה יותר טובה.

=====

הערה ממשלתית בקהל: לגבי הייבוא, השאלה מי ישלם את המחיר אם אתה בערך טועה. בחלק מהדברים קל מאד ממגדל האקדמי לדבר על מודלים אבל כשאתה בקרקע ויודע כמה אתה משלם על תשומות, כמה אתה חשוף לתחרות לא זהה, אולי המציאות שונה.

הערה ממשלתית בקהל: אני פעיל חברתי מב"ש ואני רוצה להציג עמדה של פעיל חברתי. לדעתי מה שאנחנו צריכים לחתור אליו זה נכון גם לישראל וגם למדינות אחרות וזה שקודם כל בענף המזון מצד אחד תהיה תחרות מסוימת ומצד שני אנחנו צריכים לעשות תחרות בצורה כזו שלפחות 70% מתוצרת מזון, תוצרת חקלאית תהיה מקומית על מנת לשמור על עצמאות תזונתית וביטחון תזונתי של המדינה. היום אנחנו לא עומדים ביעד הזה, אבל אנחנו צריכים לחתור לזה. דבר שני, אנחנו צריכים לחתור ליצירת כמה שיותר מקומות עבודה מקומיים בתחום התעשייה, אנחנו אמנם מדינה קטנה ואנחנו לא יכולים לייצר הכול אצלנו, אנחנו צריכים גם לייבא, אבל כל הייבוא וכל התחרות צריכה להיות סביב זה שכמה שיותר ייצור הוא מקומי, כי זה גם ייצר מקומות עבודה. את המחירים המדינה מסוגלת להוריד מחירים על ידי החלטות ממשלתיות וזה כבר במשך שנים היה קיים. בראשית המדינה בארץ התוצרת החקלאית הייתה מאד זולה בגלל שהמדינה ניהלה מדיניות נכונה בתחום.

הערה ממשלתית בקהל: בעניין האבטלה, אני לא בטוח לגמרי שהתמונה כל כך ורודה, כי סופרים בארץ משרות חלקיות בתור אדם עובד. אדם רוצה לעבוד משרה מלאה ואם הוא עובד שליש משרה הוא לא מובטל ואם הוא עובד בשכר חציוני כל כך נמוך...

הערה ממשלתית בקהל: התעשייה משלמת שכר הרבה יותר גבוה מהשכר הממוצע במשק.

עו"ד ניבה ברג לבנת (משרד מיתר ליקוורניק גבע לשם טל ושות')

קישור למצגת

תודה רבה שהזמנתם אותי לדבר כאן. אני מאד שמחה להשתתף בכנס המעניין הזה. הנושא עליו אדבר היום זה הסדרים כובלים ב"חסות" בתי המשפט וספציפית בשוק הפארמה. האמת שמאד התלבטתי לגבי עניין ה-"בחסות" כי אפשר להבין מזה שבתי משפט נותנים יד באופן מודע להסדרים כובלים או פורסים עליהם את חסותם וחלילה לי לפגוע בכבודם של בתי המשפט או לרמוז לדבר כזה. לאחר לבטים הוספתי את המרכאות.

בכל זאת המציאות המצערת היא שבתי משפט, כנראה שלא במודע, נותנים תוקף של פסק דין להסדרי פשרה בין צדדים שבסופו של דבר ההסכמים האלה בהחלט עלולים לפגוע בתחרות ולעלות כדי הפרה בתחרות הכלכלית כפי שנקרא היום וחוק ההגבלים העסקיים.

בתי המשפט, זה לא סוד, נתונים לעומס גדול ביותר, קראתי סטטיסטיקות שמדברות על זה שכל שופט חדש מונחים על סדר יומו 360 תיקים, מיליון תיקים או מיליון תביעות מוגשות בשנה ובסוף כל שנה יש 80 אלף תיקים שעדיין לא ניתנה בהם הכרעה. אין ספק שהעומס בבתי משפט הוא בעיה מאד גדולה ושופט שיש בפניו עומס כזה רוצה לפנות את הזמן השיפוטי שלו, עד כמה שאפשר, לתיקים אחרים ופועל מצורך רצון לגיטימי לעשות צדק כמה שיותר מהר. כשמגיע אליו הסדר פשרה שנראה טוב, לכאורה למה שלא ייתן פסק דין ונסגור גם את התיק הזה? אלא אולי במקרים בולטים שביהמ"ש רואה שיש בהסדר משהו שעל פניו מאד ברור שהוא בלתי חוקי. אם יגיע הסדר פשרה שהצדדים יתחייבו לשלם אחד לשני כסף ויהיה כתוב שם שחור בלי לדווח למע"מ, כנראה שבית משפט לא ייתן את זה. שמדברים על תחום הגבלים עסקיים הדברים הרבה יותר פשוטים ולא תמיד בית המשפט יודע לזהות שיש סוגיה הגבלית אם הצדדים לא הציגו להם את זה. אולי חוסר היכרות עם הנתונים ועם הנסיבות של השוק, מיהם המתחרים, מה רמת התחרות. לכן בעצם מגיעים לסיטואציות שביהמ"ש עשוי לתת תוקף של פסק דין להסדר שפוגע בתחרות.

ניסיתי לחשוב על דוגמאות בעניין הזה, רועי הזכיר את העניין של טומי הילפיגר, לא רוצה להתייחס למקרה הספציפי ולהגיד שזה היה הסדר כובל אסור, אבל ניקח את המקרה הזה ונעשה ניואנס, אולי אותו מפר לכאורה שהפר את הסימנים של היבואן הרשמי וישלם פיצוי ליבואן הרשמי, היבואן הרשמי משלם למפר כסף. אני חושבת

שזה באינטואיציה נתפס כמשהו קצת פחות לגיטימי, בוודאי באמת אם הסדר כזה אומר לא רק אני לא אפר את סימני המסחר או אבהיר בכל מקום שאני לא היבואן הרשמי, כפי שדובר באותו מקרה, אלא אם ההסדר למשל אני מפסיק לייבא יבוא מקביל, ככל שהראייה רחבה יותר נוכל להבין למה זה פוגע יותר בתחרות.

דוגמה אחרת שאפשר לחשוב עליה, למשל חברה זכתה במכרז וחברה אחרת הגישה עתירה מנהלית בטענה שהיא לא תקפה, הטיית שוק, לא עמדו בתנאי סף. עתירה מנהלית שמוגשת נגד עורך המכרז וצדדים שמגיעים לאיזה פשרה, למשוך את הפשרה המנהלית, הזכייה שלי תישאר בתוקף אבל במכרז הבא שיתקיים אני לא אגש ואתה תיגש או שניגש ביחד וכולם יהיו מאושרים.

אם המכרז הבא של אותו עורך מכרז יכול להיות שאותו עורך מכרז יקפוץ ויגיד בבית משפט ההסדר הזה פוגע בי ובאינטרסים שלי ואני לא מוכן לזה. יכול להיות שעורך המכרז שמח והצדדים שמחים ובית משפט במקרה כזה ייתן תוקף של פסק דין להסדר כובל.

גם תובענות ייצוגיות זה עוד הקשר שבו הסיטואציה הזו יכולה לעלות. קחו למשל דוגמה של מקרה שקרה של תביעה ייצוגית נגד חברה מרכזית למשקאות, מי שמייצרת את קוקה קולה בישראל, לגבי הנחות שהיא נותנת על פחיות משקה למכונות אוטומטיות, נטען שהייתה שם אפליה לא לגיטימית לטובת חברת הבת של קוקה קולה ישראל והגיעו שם לפשרה שהייתה שיינתנו עוד הנחות כאלה ואחרות לכל הרוכשים של הפחיות ונקבע גם בדיוק מה יהיה ולכמה שנים ההנחות האלה, איזה כמות צריך לקנות כדי לזכות לאיזה הנחות. לכאורה זה נשמע משהו טוב לכולם וטוב לציבור אולי, אבל גם כאן יש אלמנט של הסדר כובל כי מה שקורה שספק מחליט יחד עם אחד הצרכנים שלו מה יהיה המבנה ומדרג ההנחות לכל הלקוחות האחרים שהם מתחרים של אותו תובע. אמנם חלק מקבוצת התובעים בתביעה נפגעו מהאפליה הנטענת, אבל הוא בסוף מייצג את האינטרס שלו לסגור כאן פשרה.

במקרה הזה שאני מדברת עליו הצדדים פנו מבעוד מועד לרשות להגבלים עסקיים והגישו בקשת פטור ולאחר שהיא בחנה את בקשת הפטור ראו שאין כאן מניעה לתחרות. אולי זה לא פגע בתחרות אבל הפרה ברמה הפורמלית לפחות בוודאי יש כאן.

דוגמה אחרונה, למשל מקרים של הקפאת הליכים נגד חברה שהיא בקשיים פיננסיים, נערך תיחור מי יקנה את החברה שנמצאת בקשיים והרבה פעמים במקרים האלה מי שמציע את ההצעות בכלל זה מתחרים של אותה חברה, הם בענף, רוצים להתרחב והם אלה שמוציאים את ההצעות. הנאמנים שאחראים בסוף לשלם לעובדים ולכל

הנושים רוצים לקבל את התמורה הגבוהה ביותר משיקולי תחרות ובד"כ אלה גם אינטרסים שעומדים לנגד עיניו של בית משפט שצריך לאשר את הפתרון.

במקרים האלה, בניגוד להסדרי הפשרה שדיברתי עליהם, די ברור לכולם שצריך לקחת בחשבון גם את שיקולי התחרות ואת רשות התחרות, במקרה כזה מיזוג החברה שרוכשת ביצעה מיזוג וצריך לקבל את אישור רשות התחרות ובתהליך הזה יפנו לקבל את עמדת הממונה על התחרות כדי שלא יהיה מצב שיאשרו הסדר שבדיעבד יאשרו הסדר שהרשות לתחרות לא תאשר. אולי לא יפנו לרשות התחרות ועדיין זה יגיע לרשות התחרות ויצטרכו לקבל את חוות דעתה.

אני רוצה לדבר על הסכמים פרטניים באופן ספציפי מסוג Pay for Delay בתעשיית הפארמה בארה"ב, בישראל פחות מצאתי את הכלים לזה. תשלום עבור עיכוב.

על מה מדברים בהסכמים האלה? מדברים על מצב שיש חברת פטנט שמשווקת חברה כלשהי תחת פטנט ונכנסת יצרנית תרופות גנרית בשוק ומתחילה למכור את הגנריקה שלה ואני לוקחת את המקרה הפשוט ביותר, חברת הפטנט מגישה תביעה בגין הפרת הפטנט. בתביעה הזו אפשר לנהל שנים ולחכות לראות מה יקרה ומי יזכה, כמובן שבינתיים חברת הפטנט עם החברה הגנרית נכנסת לשוק והיא נפגעת. מבחינת החברה הגנרית יש סיכונים אם היא תפסיק ותצטרך לשלם פיצויים. יש תמריצים להגיע להסכם פשרה הרבה פעמים. בהסכמים מסוג זה חברת הפטנט משלמת לחברה הגנרית סכום כסף, לפעמים היא נותנת לה להקפיץ עבורה את תרופות הפטנט, שזה שווה כסף, בתמורה לכך שהחברה הגנרית לא תיכנס לשוק. יש להם התדיינות מאד מורכבת שיכולה לגזול המון זמן שיפוטי ולערוך שנים, אבל אם הגיעו להסדר פשרה אז הכול בסדר. הסכמים כאלה יכולים לפגוע בתחרות בצורה מאד משמעותית.

בארה"ב יש פסיקה וכתובה ענפה על הסכמים מהסוג של Pay for Delay. יש שם גם רקע קצת שונה מבחינת דיני הפטנטים, לא ארחיב על זה כי המרצה אחריי תתייחס לזה, אבל יש גם איזון שהוא קצת שונה מאשר האיזון בישראל מבחינת אם חברה גנרית רוצה להיכנס לשוק שיש לי חברת פטנט לפני תום תקופת הפטנט, אם היא טוענת שהפטנט בתוקף, או אם מוגשת נגדה תביעה של חברת הפטנט, יש השהייה אוטומטית של 30 חודשים כדי לנסות למצות את ההליכים ביניהם. בסוף התקופה הזו אם לא הגיעו לפסק דין, אז בעצם תיכנס התרופה הגנרית לשוק. אפשר להבין את האיזון מבחינת התרופה הגנרית שמאשרים לה את הכניסה לשוק ב- 30 חודשים וחברת הפטנט שיוזעת שבתום 30 החודשים אם לא תהיה החלטה התרופה תיכנס לשוק. זה איזה שהוא רקע לכך שכנראה בארה"ב הסכמים מהסוג הזה כל כך נפוצים.

התקדים המנחה בארה"ב בעניין הזה הוא פסק הדין בעניין נציבות הסחר ההוגן נגד אקטביס, אותו מקרה אקטביס רצתה לאשר תרופה גנרית שלה עוד לפני שתמה תקופת הפטנט על פטנט לתרופה בשם אנדרו ג'ל לטיפול ברמות טוסטסטרון נמוכות אצל גברים. אקטביס נתבעה על ידי חברת הפטנט וההליכים התמשכו ביניהם ובסוף התרופה הגנרית אושרה על ידי ה-FDA ולפני שהיא נכנסה לשוק הם חתמו על הסכם של Pay for Delay שהיא תחכה כמה שנים לפני שהיא נכנסת עם הגנריקה שלה לשוק והיא תמליץ בקרב הרופאים על התרופה והיא תשלם לה לאורך כמה שנים כמה מאות מיליוני דולרים.

רשות התחרות האמריקאית לא אהבה את ההסדר הזה וחשבה שהוא פוגע בתחרות ותבעה את שתי החברות. הערכאות הנמוכות סברו שקודם כל בעצם מה שנתנה סולביי לאקטביס לא חרג מהפטנט המקורי שהיה לה, היה לה איזה פטנט, אם אקטביס לא הייתה נכנסת הפטנט היה בתוקף לכמה שנים, זה אי מבודד של דיני התחרות שלא חלים בו והיא נתנה לה במלא משהו שהיה לה ואין בזה בעיה תחרותית. אי אפשר להכריח צדדים להתדיין לנצח וצריך בסוף לאפשר להם להגיע לפשרה. ה-FTC לא התייאש וערער לביהמ"ש העליון בארה"ב ושם נהפכה במונח מסוים ההחלטה, כי ה-FTC רצה שיגידו שכל הסכם כזה הוא בלתי חוקי מעצם מהותו בלי שבדקים את הנסיבות. ביהמ"ש לא קיבל את הטענה עד כדי כך ואמר שצריך לבדוק כל מקרה לגופו, אבל במקרה הזה בהחלט קבעו שהסכמים כאלה יכולים להיות בלתי חוקיים ולא כפי שקבעו הערכאות הנמוכות שכל עוד זה במסגרת הפטנט המקורי הכול בסדר. אמר ביהמ"ש העליון בארה"ב שצריך להסתכל לא רק על הגנה פטנטית ואין ספק שיש לה חשיבות רבה לעודד המצאה ונכון שכבודה במקומה מונח והפטנט נותן הגנה, אבל מעבר לזה צריך להסתכל על כל המערך הרגולטורי בארה"ב ולעודד כניסה גנרית לשוק ולא ייתכן להתערב בזה ולהתייחס רק לחשיבותו של הפטנט שבאים לפסוק מה טיבם של הסכמים כאלה של Pay for Delay. נטען שאפשר להגיע להסכמים לאו דווקא מהסוג של Pay for Delay, כי הייתם מצפים שהחברה המפרה תשלם לחברת הפטנט, אבל זה הולך לכיוון ההפוך וזה מעורר את תחושת אי הנוחות שזה לא תשלום לגיטימי על נזק אלא תשלום לא לגיטימי עבור קניית אי תחרות ולכן הם נקראים גם הסכמי Reverse Payment.

מקרה נוסף בארה"ב על Pay for Delay, כי יש אין סוף תיקים שנידונים בתחום הזה. גם כאן 4 יצרניות שהגישו בקשות לאישור תרופות גנריות שדומות לתרופת הפטנט של ספלון, תרופה לטיפול בהפרעות שינה, חברת הפטנט כצפוי תבעה אותם, תשלום מאד גדול של חברת הפטנט לחברות הגנריות עבור דחיית כניסת התרופות לשוק. הגיעו במקרה הזה להסדר פשרה, היא נרכשה מול טבע והיה הסכם מול טבע דווקא בכובע של חברת הפטנט ולא החברה הגנרית שהסכם לפיו טבע תשלם 1.2 מיליון

דולר כפיצוי על הנזקים מההסדר הזה והתחייבה לא לקחת חלק בהסכמי Pay for Delay בעתיד.

יש כאן גרף שמעניין לראות את אפקטיביות האכיפה בארה"ב של רשות התחרות נגד הסכמים של Pay for Delay שבעצם בהתחלה הייתה להם איזה שהיא תאוצה בפופולריות של ההסכמים האלה וכמותם הלכה וגדלה, אבל בעקבות מאמצי האכיפה של הרשות לתחרות ובעקבות הפסיקה שבסופו של דבר הצליחה להשיג העובדת ברשות לתחרות, המקרים האלה של Pay for Delay הולכים ומתמעטים. כנראה שזה משתלם. לא הייתי בכובע של חברת תרופות ולא יודעת אם זה משתלם בדיעבד אם לוקחים בחשבון את הקנסות שמשלמים לרשות לתחרות אם נתפסים או מפסידים.

קנסות בתיקים אזרחיים לסכומים שמוקצים כדי לשלם את הנזקים של התובעים, אבל בסופו של דבר אם ממשיכים ועושים את זה, כנראה שזה משתלם.

באיחוד האירופי המגמה היא קצת מחמירה יותר במובן שבאופן כללי האיחוד האירופי מחמיר יותר וגם בתיקים מהסוג הזה נתפסים הסכמים מסוג זה כהסכמים שפוגעים בתחרות ופחות יש צורך להיכנס ולהסתכל על הנסיבות של כל מקרה ומקרה. כאן אני מזכירה פסק דין שנקבע ממש לאחרונה בדצמבר 2018 שעדיין יש אפשרות לערער עליו בביהמ"ש העליון של האיחוד האירופי, זה עדיין בשלבי התהוות ויהיה מעניין לראות מה יהיה בסופו.

בישראל חיפשתי והצלחתי למצוא מקרה אחד שבכלל נתון, תיק של Pay for Delay, זה היה ב- 2006 הסכם בין אוניפארם לבין חברת פייזר, זה הסכם משובש, לא אומרת שזה נעשה מאחורי הגב, זה הסכם שעד כמה שאני יודעת כי קשה למצוא, החלטה מאד לקונית, אבל הסכם שלא מצא הרשות להגבלים עסקיים לתת לו תור ואמרו שיש לו השפעה מאד משמעותית. אוניפארם ופייזר הגישו הסכם ביניהם לבית הדין להגבלים עסקיים ודחו את הבקשה כי היא התייתרה כי אוניפארם משכה את ההתנגדות שלה לפטנט של פייזר. אותו סעד שאוניפארם הייתה אמורה לתת כחלק מההסכם היא עשתה באופן חד צדדי לפני שהגיעה לבית הדין ולא זכינו לדיון רציני ומעמיק בנושא של הסכמי Pay for Delay בישראל.

אני לא מכירה התעסקות של רשות התחרות בהסכמים כאלה.

היו בארה"ב עשרות תיקים ואני לא מתיימרת להכיר כל אחד מהם באירופה.

הבאתי כמה כדי לתת לכם טעימה על קצה המזלג של הקושי שיכול להיות כמקרה פרטני של מצב שבו בעצם צדדים לליטיגציה מביאים לבית משפט הסדר פשרה, הוא טוב להם, הוא טוב לביהמ"ש במובן זה שבאמת נחסך זמן שיפוטי, אבל בסופו של דבר

ביהמ"ש לא ער בכלל אולי לעניין שיש כאן חשש תחרותי, גם אם הוא ער לא בטוח שיש לו את הכלים לטפל בזה, כי ביהמ"ש לא מכיר את כל רמת התחרות בשוק, את הגדרת השוק, אולי יש עוד מתחרים מתרופות דומות אבל לא בדיוק זהות ולכן יש כאן קושי. שחושבים איך ניתן לפתור את הקושי ומה מצפים מביהמ"ש לעשות, אפשרות אחת שאפשר להעלות על הדעת זה אולי חקיקה ספציפית כמו שקיימת בארה"ב שמחייבת צדדים, אני מדברת ספציפית על Pay for Delay, קשה לי לחשוב על חקיקה כזו לגבי שאר הסכמי פשרה, שיש אפשרות לדווח לרשות לתחרות על כל הסכם שנחתם. כל הסדר פשרה מסוג כזה צריך לדווח לרשות לתחרות. אם היה כזה בישראל אז אולי הרשות בצורה יותר אקטיבית הייתה לומדת על התיקים האלה ומתווה את הדרך מתי הם לגיטימיים ומתי לא. אולי שתהיה יוזמה של ביהמ"ש במקרים מהסוג הזה לבקש התייצבות יועץ משפטי לממשלה בדומה למה שנעשה בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות ושם יש איזה שהוא הסדר בין התובע הייצוגי לחברה הנתבעת שאולי הוא טוב לשניהם אבל היא לא מייצגת את קבוצת התובעים. בהסדרים כאלה צריך למנות בודק וליידע את היועמ"ש ואם הוא ירצה הוא יוכל להצטרף ולהביע את עמדתו. אולי זה משהו שנכון גם להסכמים של Pay for Delay שלמעלה מרחפת השאלה הגדולה מה עושים עם עשרות סוגי הסכמים אחרים בביהמ"ש שפוגעים בתחרות ואי אפשר ליצור חקיקה ספציפית ולא הייתי ממליצה, לא רוצים לעבור למצב של רגולציה מכבידה מדי.

הערה ממשותף בקהל: הפער הגדול בין ישראל לארה"ב שבארה"ב הוא שמי שניגש בגנריקה יש את האקסקלוסיביות של 6 חודשים. אם מגיעים להסדר איתו אף אחד אחר לא יכול לגשת לשוק. בישראל, גם למיטב ידיעתי, חוץ מהמקרה של אוניפארם לא היו הסכמים כאלה וגם אם מישהו נסוג מתחרות הוא לא מונע ממתחרה אחר לבוא ולתקוף פטנט ולהתחרות בו כי אין אקסלוסיביות לגנריות. בהסכם שלנו עם פייזר שצינת, באמת נסוגנו מההסכם, אבל מה קרה? אף אחד לא קם להתחרות כולל אוניפארם מאז נסוגנו. זה מראה שלמרות שאף אחד לא נחסם להתחרות מול פייזר אף אחד לא באמת ניסה כי הפטנט שם כן היה חזק משמעותי.

עו"ד אורלי אלסטר (טבע תעשיות פרמצבטיות)

אני שמחה שתחום הפארמה עלה כאן לא רק על ידי אלא גם על ידי הדוברים האחרים.

אני אחראית על תחום הקניין הרוחני בטבע בשווקים הבינלאומיים, מטפלת בליטיגציות פטנטיות, רגולטוריות, גם נגזרות שמגיעות אחר כך מהסכמים של Pay for Delay.

אני רוצה לדבר היום על כל הנושא של חסמים פטנטיים, שזה גם סוג של רגולציה ואיך הם משפיעים על התחרות הגנרית ואיך אנחנו פוגשים את זה למעשה במקומות שונים בעולם.

מי היא טבע? התחלנו כחברה ישראלית ב-1901 על ידי שלושה יזמים, סלומון ליפשיץ ואפשטיין, בשנות ה-70, ב-76 אלי הורוביץ הפך למנכ"ל והפך את טבע למה שהיא היום, בשנות ה-80 התחלנו להיסחר בבורסה האמריקאית ולמעשה הפכנו להיות החברה הגלובלית שאנחנו היום עם בסיס בישראל, עם הנהלה בישראל שמייצרת, מפתחת ומשווקת מוצרים ותרופות לכלל ציבור החולים.

המודל העסקי של טבע, מה שמיוחד בו זה בעצם שזה מודל דואלי, מצד אחד אנחנו חברה שמפתחת ומוכרת מוצרי מקור, ואני אסביר אחר כך בהמשך מה זה אומר יותר. מהצד השני אנחנו חברה שבאמת אולי מוכרת מהעבר יותר כחברה גנרית, אבל אנחנו חברה גנרית משמעותית. יש לנו רגל עסקית שלישית שזה מוצרים Over the Counter שנמכרים למעשה ללא צורך במרשם רופא וחומרי גלם לייצור תרופות.

אם מסתכלים על הדואליות המשמעותית של חברת תרופות מקור אל מול חברה גנרית, זה מדהים עד כמה אנחנו במתח למעשה בין שני צדי המתרס. מצד אחד יש לנו את כל התמריץ שאנחנו מסתכלים על עצמנו כחברת תרופות מקור להגן ולייצר את החסמים המקסימליים מפני תחרות גנרית אחרת, ומן הצד השני שאנו חברה גנרית אנו באמת מעוניינים לבוא ולעשות צ'לנג' לחסמים האלה ולהבין אותם ולנסות לראות איך אנחנו נכנסים לשוק מוקדם יותר.

הרגל העסקית הגנרית שלנו, אולי רק להסביר קודם, מוצר גנרי זה מוצר שמפותח למעשה במשך זמן קצר יותר מתרופת מקור והליך הפיתוח הוא זול יותר. לכן כשמסתכלים על מוצר גנרי אנחנו באופן ישיר כבר למעשה מבינים שהכניסה שלו לשוק בהגדרה תפחית את מחיר התרופה ותייצר הפחתת מחירים כללית יותר ועל ידי זה תנגיש את המוצרים הרפואיים ואת התרופות לחולים ולכלל הציבור.

אנחנו כחברה גנרית עם מובילות גם בארץ וגם בעולם ואנחנו עוסקים במגוון עצום של מולקולות, מעל 1800 מולקולות שמפותחות בטבע, מעל 550 תחומים תרפויטיים והמגוון הוא אדיר ולמעשה טבע נוגעת מבחינה טכנולוגית ומבחינת תחומי פעילות בכל אחד מהתחומים האלה כשהיא משלבת גם את היכולת שלה מבחינת שימוש בתשתיות ובטכנולוגיות מכל העולם עם מו"פ ייחודי שלמעשה מפתח מוצרים ועם יכולת להיכנס לשוק על ידי התחלה של תהליך פיתוח מאד מוקדם. אני לא יודעת אם הרבה יודעים זאת, אבל תהליך פיתוח של תרופה גנרית מתחיל עוד לפני שתרופת המקור משווקת. כלומר, אתה מתחיל את זה כבר מהידע המדעי, מהידע המשפטי, מפרסומים שונים לגבי ניסויים קליניים שנעשים ולמעשה הפיתוח כל כך מוקדם בשלב של תרופת המקור שהמוכנות לכניסה גנרית היא שהיא תהיה הכי מוקדמת שאפשר, ברגע הראשון שבו ניתן למעשה להיכנס לשוק. כמו שאמרתי קודם, תרופה גנרית מייצרת בהגדרה הפחתת מחירים, המשמעות הציבורית היא כמובן טובה, התמריץ של הציבור של רשויות הבריאות לבוא ולמעשה לעודד את הכניסה הגנרית ועל ידי הפחתת המחירים התרופות נגישות יותר ויש אפשרות בישראל להכניס יותר תרופות לסל הבריאות. יש לנו אפשרות להשקיע משאבים של משרד הבריאות בעתיד הרפואי וכיו"ב, לכן התמריץ אדיר. המספר של כמעט 260 מיליארד דולר, זה מספר אסטרונומי. החיסכון שטבע יצרה להוצאות הרפואה בארה"ב בעשור האחרון וגם בישראל אני חייבת לומר שאנחנו לא עומדים במקום מביך הרבה יותר. אנחנו למעשה נמצאים ממש במקום מאד משמעותי מבחינת ההשפעה על ההוצאות הרפואיות בארץ של משרד הבריאות. בשנה האחרונה 1.4 מיליארד שקלים נחסכו מההוצאות הרפואיות בישראל שעומדות על כ- 9 מיליארד, למעלה מ- 10% שנחסכו על ידי כניסה גנרית לשוק של תרופות של טבע. יכולים לראות באופן חד משמעי את היתרון וטובת הציבור שנוצרת מעצם הכניסה הגנרית של מוצרים. מהצד השני, רק לציין שיהיה לנו את המאזן, פנימית אנחנו עוסקים בשני הצדדים, גם בהגנה על הפטנטים שלנו וגם מצד השני, אבל בצד של תרופות המקור טבע מתרכזת ב- 4 תחומים מרכזיים: מערכת העצבים הכללית, נשימה וכאב וסרטן. אלה עיקרי הברנדים שלנו היום, אולי רק לציין את אג'ובי שממש אושר לאחרונה, תרופה ביולוגית לטיפול במגרנה, זה לא רק עניין שולי או של נשים בלבד, זו המחלה השלישית בגודלה בעולם והיא אושרה בארה"ב בספטמבר ובישראל ממש לאחרונה והתחילה כבר עם השיווק. הייתה התרגשות מאד גדולה.

בפיתוח תרופה גנרית החומר הפעיל שלה זהה והיא צריכה להשפיע באופן זהה לחלוטין לתרופת המקור. זה לא העתקה. יש הרבה מאד אנשים שאומרים שזו תרופת העתק, זה לא תרופת העתק בדיוק מהמקום הזה של התחרות ובדיוק מהמקום

שנדבר עליו על החסם הפטנטי, כי אנחנו צריכים לייצר תרופה לחלוטין בהשפעתה אבל לא זהה לחלוטין במרכיבים שלה.

לא כל המרכיבים זהים ולכן הפיתוחים טועים בניסויים ובמבחנים שצריכים להיעשות ולא כל תרופה עוברת את זה, אבל המשפך ללא ספק הרבה יותר רחב מבחינת אחוזי ההצלחה, אם אתה משווה את זה לפיתוח של תרופת מקור לתרופה חדשה לחלוטין.

אם אנחנו מסתכלים על השקה גנרית, יש 3 תנאים מרכזיים שטבע צריכה לעמוד בהם כדי להצליח בהשקה של תרופה גנרית, למעשה כל חברה אחרת:

1. יכולת לייצר ולפתח.
2. היכולת לקבל אישור רגולטורי.
3. היכולת להתגבר על החסם המשפטי והפטנטי בשוק.

החסם הגנרי, כדי להבינו, צריך קודם להבין מה זה פטנט בכלל. פטנט זו זכות קניינית שנרשמת עבור הממציא בתור חלק מעסקה כוללת שנועדה לתת את התמריצים לחברות תרופות המקור לבעל הפטנט לקבל את ההחזר שלו מהעובדה שהוא משתף את הציבור כולו בידע הטכנולוגי, לכן הוא מצד אחד בא ומשתף אותנו בהמצאות החדשות, איך מגיעים להמצאה חדשה שיעזור לרווחת כלל ולקדמה ומצד שני הוא מקבל בתמורה את הזכות למנוע מאחרים לעשות שימוש במידע המוגן. הזכות הזאת היא מקומית, כלומר, כל מדינה ומדינה הפטנט נרשם, הפטנט לא חייב להיות זהה, המורכבות של כמה מדינות שכל אחד מהם יכול להיות פטנט אחר מבחינת הגבלות שהוא יוצר, עבור חברה גלובלית זה מאד משמעותי. אם אנחנו מפתחים בהודו, מייצרים בקרואטיה, מייצרים את חומר הגלם בישראל ומשווקים בארה"ב, יש לי 4 מדינות שאני צריכה להתמודד עם דיני הפטנטים.

הנושא של משך פטנט, שזה 20 שנה באופן כללי עם 5 שנים נוספות הארכה בתחום הפארמה במקרים מסוימים, אבל הנושא של פטנטים זה לא פטנט אחד שנרשם עבור מוצר, למעשה בעבר היו פטנטים על מולקולה על שימוש מרכזי, אבל אם מסתכלים על זה היום יש פטנטים נרחבים על תחומים נרחבים וההגנה למעשה של ה-20 שנה האחרונות הולכת ונמשכת על כל פטנט שנרשם ועל ידי זה למעשה החסם הפטנטי הופך להיות ארוך יותר ויותר. באמת צריך לחשוב איך אנחנו כחברה שרוצה להיכנס ראשונה לשוק, המשמעות של כניסה ראשונה לשוק היא משמעותית, היא קריטית, כמו שרון ציין קודם בארה"ב אמנם יש בלעדיות, אבל במדינות אחרות שאין המשמעות של כניסה ראשונה יכולה לפעמים להיות 100% מהשוק. למשל במקום שבו יש מכרז לצורך כניסה גנרית, הרבה מדינות שבהן הכניסה הגנרית הראשונה תגדיר לך כמעט לחלוטין את נתח השוק שלך, ירידת המחירים שקורת מתוך כניסה גנרית לאורך

השנים הראשונות מגיעה עד 70% ובשנה הראשונה האחוזים יותר נמוכים. הכניסה הראשונה לשוק היא קריטית ולכן מוצאים עצמנו מחויבים לא רק לחקות את תרופת הפטנט אלא לראות איך אנחנו מתמודדים עם זה ועושים צ'לנג' בשלב מוקדם יותר כדי לייצר לעצמנו כחברה גנרית את התחרותיות.

המבנה של החסם הפטנטי יכול לפגוש אותנו גם במסגרת הרגולציה, כלומר, הרישום עצמו, באותם מקרים שיש קשר בין הפטנט לבין הרישום. כלומר, יש מדינות, ארה"ב אחת מהן והיא באמת חוד החנית בנושא, אבל הרבה מדינות נוספות אחריה שלמעשה בעקבות הסכמי סחר אימצו חוקי לינקג' דומים, קושרים את הרישום עצמו למצב הפטנטי ולמעשה רשות הבריאות לא תאשר את התיק במקרה שבו יש פטנט רשום והוא לא נתקף כמו שצריך ובמקרים אחרים בין אם יש לינקג' או אין, אבל למעשה הפטנט כדי שיהווה חסם, הוא צריך להיאכף על ידי חברות הפארמה כנגד החברות הגנריות בבתי המשפט. כמו שהבנו קודם, בתי המשפט יש בזה אי וודאות, משך ההליכים, יכול להיות מאד ארוך ולפעמים יש מקומות, גם בישראל הליכים יכולים להימשך 4-5 שנים ואם אתה רוצה פסק דין סופי לערעור בעליון אז גם 10 שנים, לכן החסם הזה של בתי המשפט כאוכפים זה חסם שהוא מאד משמעותי.

הנושא של הלינקג' בארה"ב הוא הכי מפורסם, לא אכנס לפרטים שלו.

יש לנו מדינות נוספות בהן רואים את זה. מה שחשוב להבין פה זה לא האם יש לינקג' או אין, האם החסם משמעותי או לא, אלא איך החסם הזה מיושם במדינות שונים ומייצר על ידי זה מאזן שונה. המתח קיים בכל מדינה, הצורך מצד אחד לתת את האינסנטיב לחברת הפארמה כדי שתמשיך לפתח מוצרים חדשים, תרופות חדשות, כדי שבאמת נוכל לראות רפואה למחלות קשות נוספות בעתיד, ומצד שני איך אנחנו מאפשרים בטווח הקצר יותר את מערכת הבריאות שהיא תוכל לעמוד במחירי תרופות סבירים ובעצם ע"י זה לעודד את הגנריקה. בכל אחת מהמערכות של הלינקג' יוצרות מאזן טיפה שונה.

בנושא של אכיפה בבתי משפט, ובעצם אנחנו קוראים לזה אצלנו בטבע השקה וסיכון, כל פעם שטבע רוצה להשיק באופן תחרותי וכל עוד הפטנט עוד בתוקף היא למעשה צריכה לנסות להתמודד איתו. לא רואים בחסם הזה, אולי בשונה מחסמים אחרים, אם מסתכלים על חסמים שהם אולי אפילו דיני מכרזים, שהכללים הם ברורים ואתה רק צריך לשחק בהם, אולי קצת יותר מסובך. הפטנט, עם כל זה שזה זכות רשומה בחוק ושהיא מוגדרת, היא למעשה יש שני פתחים לנסות לתקוף אותה. דרך אחת לנסות לבטל את הפטנט ודרך אחרת לנסות לעקוף אותו על ידי פיתוח שעוקף את זה. אנחנו עסוקים כל הזמן לנסות למצוא את הפתרונות לאיך אנחנו עושים צ'לנג' לחסם הזה ואיך אנחנו מקדימים על ידי עקיפה של החסם הזה ולמעשה לאורך כל הזמן אנו



עסוקים בשקילת הסיכונים, כשהסיכונים עבור החברה הגנרית הם סיכונים משמעותיים. מעבר לנושא של תדמית במידה וצריך להוציא את המוצר מהשוק אחרי החלטת בית משפט והוצאות משפטיות, ברוסיה זו עבירה פלילית להפר פטנט ויש שם אחריות אישית של נושא משרה וזה דבר מאד מלחיץ מעבר לכל. גם אם מסתכלים על זה רגע במאזן, מצד אחד רוצים לעודד תחרות גנרית ומצד שני החשיפה לנזקים, אני מדברת רק ברמה הכספית, החשיפה לנזקים של החברה הגנרית גדולה יותר מהרווחים שהיא צופה לקבל, בגלל שהנזקים שהיא תגרום לחברת המקום בהכרח יהיו גבוהים יותר מהרווחים שהיא צפויה לקבל, היא תוריד להם את המחיר, היא תתפוס נתח שוק, אבל בסוף היא תמכור במחיר זול יותר ולכן האקספוז'ר שיש לנו כחברה בכניסה גנרית היא משמעותית גדולה יותר. מפה נולד בעצם בשנים האחרונות איך אנחנו רואים כאן ניסיון מצד הרגולטור, מצד בתי המשפט וגם על ידי גופי עניין נוספים שנכנסים שזה בעצם הציבור עצמו, אותם גופים שאחראים על הסבסוד של התרופות כמו דוגמת קופ"ח אצלנו, אבל במדינות אחרות איך בעצם יש כאן צורך לנסות ולאזן כדי שהסיכון לא יהיה רק על ידי החברה שאנו רוצים לתת לה את התמריץ להיכנס לשוק, אלא שיהיה כאן סיכון כלשהו על חברות הברנד שתורפות המקור שהמונופול שלהם לא לגיטימי, גם הן יצטרכו לשלם. ניבה נגעה בזה בנקודה אחת של הסכמי Pay for Delay שבסופו של דבר אם המונופול שהגעת אליו דרך הסכם פשרה לא לגיטימי, משך המונופול תצטרך לשלם עליו את הסכום המשמעותי, את מלוא הרווחים שלך.

יש חקיקה בקנדה שמאפשרת את תביעת הנזקים, יש גופים ציבוריים שתובעים את הנזקים גם על המחיר הגבוה שהם שילמו לפני שבעצם נפסק שהמונופול הוא לא לגיטימי. הנושא שגם יונתן ירחיב עליו קצת יותר שעלה כסנונית בפסק דין בישראל של השופט גרוס שעומד לערעור, הנושא שעלה שם שבעיני הוא הנושא הכי מעניין של פסק הדין, זה לא רק האחריות שיש לחברת הפארמה מתקופת בלעדיות לא לגיטימית שלמעשה נקבע שהמונופול שלה היה לא לגיטימי מלכתחילה, אלא בסיס הנזק שנקבע על ידי השופט שמרחיב את הנזקים, את הזכות לקבלת פיצוי עבור חברה גנרית לא רק לסכום שהיא יכלה להרוויח, אלא בעצם על ידי דיני עשיית עושר ולא במשפט, הרחיב את זה לכך שהנזקים, הפיצוי יהיה בגובה הרווחים של חברת הפארמה, שזה בעצם שוב התפתחות שלמה שנועדה לאזן ולייצר, לקחת את החסם הזה ולוודא שהשימוש בו הוא באמת נעשה באופן הלגיטימי ביותר.

פרופ' עומר דקל, עו"ד (מומחה בדיני מכרזים)

היה לי קושי להחליט על מה לדבר מכיוון שמכרזים זה בדיוק הפוך למניעת תחרות. כל הרעיון של מכרז הוא לייצר תחרות, מכרז נולד בשביל לחולל תחרות, הוא נולד ממקום של היעדר תחרות בסקטור הציבורי שהמטרה שלו היא ליצור סביבה תחרותית, לאפשר לשחקנים חדשים להיכנס לשוק, לאפשר יעילות, לאפשר למנוע שחיתות, ליצור שיוויון הזדמנויות וכל הדברים שהם שמות שונים ונרדפים לתחרות, בעצם בשביל זה נולד המכרז וזה התכלית והמטרה שלו.

באחד מפסקי הדין שהשופט ברק נדרש לשאלה איך להגדיר את המושג שנקרא "מכרז" כי לפעמים יש כאלה שאומרים רגע, בכלל מה שעשיתי זה לא מכרז. אז מכרז זו תחרות מאורגנת, אז לא סתם שמכרז הוא תחרות, התחרות היא לב המכרז, לא יכול להיות מכרז בלי תחרות.

אז איך מכרז מונע תחרות? או איך מכרז עומד בסתירה לתחרות? למעשה בשתי סיטואציות מרכזיות: אחת, כשהוא לא מצליח, ותיכף ניתן דוגמאות. רוצים תחרות אבל זה לא הולך מכל מני סיבות. שתיים, המכרז מראש מוותר על התחרות כי הוא מעדיף איזה שהוא ערך אחר שהוא בנסיבות העניין יותר חשוב מתחרות. תחרות היא חשובה, אבל לפעמים היא לא הכי חשובה.

מתי מכרז לא מצליח? או – מתי מכרז לא מצליח במטרתו? כי כולם מסכימים שבתיאוריה המכרז נועד להשיג תחרות. מתי זה לא קורה ומתי המכרז נכשל בזה? יש כמה סיטואציות שאפשר לאפיין אותן.

הראשון הוא מכרז תפור – סיטואציה שבה מי שעורך את המכרז יודע מראש לאיזו תוצאה הוא רוצה להגיע. לא תמיד זה כתוצאה משחיתות, תמיד מייחסים מכרז תפור כשחיתות ופגיעה בטוהר השקיפות, לא תמיד זה נכון. לפעמים אני פקיד שמרוצה מספק מסוים, נותן לי שירות טוב ואני רוצה להמשיך איתו אבל הדין לא מאפשר לי, כי אחרי איקס שנים אתה צריך לעשות מכרז, אני עושה מכרז ורוצה מאד שאותו ספק יזכה שוב, אין לי איתו כלום ולא מכיר אותו, חושב שהוא טוב ואני רוצה אותו, זה גם מכרז תפור. לפעמים מכרז תפור נובע משיקולים של שחיתות, אבל לא תמיד. בוודאי שמכרז תפור זה סיטואציה של מניעת תחרות, זה מצב שבו אני יוצר תנאי תחרות כאלה שאני יודע מראש, או מקווה, לא תמיד זה מצליח, לפעמים מכרזים תפורים נעשית שם תחרות כי לא תפרתי אותו מספיק טוב או הדוק, אבל אם עשיתי מכרז תפור מספיק טוב, אני גורם לזה שבסופו של דבר מי שרציתי שיזכה אכן יזכה. למשל

יש מכרז להתקשרות עם עו"ד ותנאי סף שהשם הפרטי שלו יתחיל ב- ע' ושם משפחתו ב- ד', כנראה חוץ מעומר דקל אין אחד כזה.

אגב, זה לא קל לעשות מכרז תפור, כי המערכת בקרות בעולם המכרזים היא די יעילה, תיכף אגיד למה, ויהיה קל לסקל את זה. אם אני כמציע שרואה את המכרז הזה והוא מעניין אותי ואני אומר רגע, הוא תפור, אם הוא תפור בתפרים יותר מדי גסים, אני אסקל את זה, אני אגיד שאני אלך לבית משפט ובית המשפט מאד רגיש בדברים האלה, הכל תלוי אם זה תפור בתפרים גסים או בחכמה.

זה מצד אחד שהמכרז לא מצליח במטרתו התחרותית.

מצב שני שהמכרז לא מצליח במטרתו התחרותית זה בכל מה שקשור בעסקים קטנים ובינוניים.

בעיה ידועה שמנסים להתמודד איתה ולא חושב שברמת הצלחה מאד גבוהה, אבל יש ניסיון והמון מאמצים להתמודד איתה.

למה עסקים קטנים ובינוניים הם בעצם לא נהנים מהמנגנון המכרזי? משתי סיבות: עלויות עסקה גבוהות למכרז, זה לוקח הרבה עבודה והתעסקות לכתוב הצעות למכרזים, זה מחייב מקצועיות, אז אם תלכו לחברות גדולות יש להם מחלקת מכרזים ויש אנשים שמתמחים בזה, משלמים להם בשביל זה משכורת לעומת עסק קטן של כמה עובדים שלא יכול להרשות לעצמו את הרמה הזאת של המקצועיות וכתוצאה מזה הוא נמצא בנחיתות.

שתיים, הרבה פעמים עורכי מכרזים נותנים יתרון לגודל, לא משיקולים של תפירה כי הם רוצים מישהו ספציפי, אבל אומרים אנחנו רוצים מישהו רציני, מישהו גדול, מישהו עם חוסן כלכלי, אז קובעים תנאי סף די מכבידים למשל לגבי מחזור כספים, לגבי מספר עובדים, לגבי פריסה, כל מני דברים כאלה שמשאירים בחוץ את העסקים הקטנים והבינוניים. יש על זה הרבה התעסקות סביב הדבר הזה, יש רשות שנקראת הרשות להגנת העסקים הקטנים והבינוניים. נעשו שינויים בחוק חובת המכרזים כדי לנסות להתמודד עם זה. לדעתי בשטח ברמת הצלחה מאד נמוכה, כי יש פה נטיות טבעיות שקשה מאד להתמודד איתן והמדינה גם לא משקיעה מספיק משאבים כדי באמת לסייע לעסקים הקטנים, לתת להם תמיכה, ללמד, לתת ליווי בכל מני מובנים כאלה וכתוצאה מזה עסקים קטנים ובינוניים הרבה פעמים נשארים בחוץ.

הערה ממשותף בקהל: זה גם מתוך רצון של המזמין להגן על עצמו.

הרבה פעמים זה לא לגיטימי. לפעמים זה למשל בא לא מהשיקולים האלה, למשל משיקולים של נוחיות. נגיד אני רוצה, יש מכרז שנקרא "מכרז לציוד משקי", באותה

נשימה אני קונה תה, קפה, נייר טואלט, מטאטאים וניירות למדפסת, אז מן קרביץ כזה יכול לספק לי את הכול ולי זה נורא נוח בתור משרד החקלאות. אני לא רוצה 5 ספקים שצריך להתנהל מולם, טוב לי אחד, אבל זה שוחק את הקטנים. זה לא בא ממקום של שחיתות או דברים כאלה, אבל זה בא ממקומות שבוודאי פוגעים בתחרות. המערכת מודעת לזה, הרגולטור מודע לזה, הוא מנסה להתמודד עם זה, לא תמיד ברמת הצלחה מספקת.

סוג שלישי של כשל נקרא לזה עדיפות שנהנה ממנה הספק הנוכחי. מה שקודם רועי דיבר עליו על עניין של מידע, אז הספק הנוכחי באופן מובנה יש לו תמיד יתרון, הוא מכיר את השוק, הוא יודע בדיוק מה היתרונות, החסרונות, איפה עולה יותר, איפה עולה פחות, הוא כבר השקיע בהטמעה, בהכשרה של עובדים, לפעמים בחלק מהציוד, אין לו את המחיר חדירה שיש לספק חדש וזה כמובן נותן לו יתרון. היתרון הזה אפשר למזער אותו או להקטין אותו, אי אפשר למנוע אותו, אפשר להקטין אותו על ידי זה שהרשויות יתנו כמה שיותר אינפורמציה ועל ידי זה יקטינו את היתרונות של הספק הנוכחי, אבל זה נכון עד גבול מסוים. גם הספק הנוכחי יש לו את החשש, וזה עולמות של טקטיקה שיבוא מישהו ולא יבין את הקשיים. זאת אומרת, הוא יחשוב שזה קל מדי והוא יוציא אותו החוצה, הספק הנוכחי גם יודע את הקשיים, יודע עלויות, יודע שכתוב בחוזה שוטף פלוס 30 אבל משלמים שוטף פלוס 90, הוא יודע שכשהוא צריך להתנהל מול הרשויות הוא לפעמים דופק את הראש בקיר והספק החדש לא יודע את זה והוא חושב שהוא הולך לחיות בגן עדן ואז נותן מחיר נורא זול והספק הנוכחי עף החוצה והספק החדש נתן מחיר מאד זול ועכשיו לך תדע מה יקרה.

לא מזמן זה קרה, היה איזה שהוא מכרז של משרד התחבורה להקמת של סככות תחב"צ, יש שני ספקים שבמשך שנים נתנו את זה וכל הזמן זכו במכרזים, ואז משרד התחבורה משיקולים של תחרות מאד הוריד את תנאי הסף ומישהו ברמת המסגריה זכה במכרז. בא זה שעובדים איתם 15 שנה ואומר הוא הולך ליפול. מה זה עוזר לו? הוא בינתיים צריך לצמצם את העסק שלו, משרד התחבורה יבין שהוא הולך ליפול רק בעוד שנה.

מצב רביעי זה המצב של הגבלים עסקיים. זאת אומרת, תיאום בין הצהרות. אני תמיד אומר – הקרטל הוא האויב של המכרז, כי ברגע שיש פעילות קרטלית בין המציעים, כולם חושבים שהם משחקים במכרז אבל זה משחק בנדמה לי כי הכול מסודר מראש, לא מצד מי שתפר את המכרז אלא מי שמתמודד במכרז ותופר את התוצאות. גם מצבים כאלה זה מצב שבו המכרז רוצה תחרות אבל נכשל. זה מצבים שבהם המכרז נכשל. המצב השני שהמכרז מוותר מראש, המכרז אומר אוקי תחרות זה נחמד, חשוב, נהדר, נפלא, אבל יש מצבים שבהם יש שיקולים אחרים, ואז אנחנו רואים וזה תמיד

יהיה ברגולציה וזה לא יכול להיות בהחלטה של מדיניות של עורך המכרז, אז ברמה של רגולציה אנחנו רואים סיטואציות של עקרונות של תחרות או יעילות נדחקים הצידה. אחד המצבים הוא שמירה על זכויות עובדים. בא רגולטור ואומר אחת הבעיות שהמכרזים יצרו זה תחרות אגרסיבית על המחיר פוגעת בזכויות עובדים. לא ניכנס לכל המורכבות וכל ההתפתחויות בעניין הזה, אבל בא רגולטור ואומר בנושא של זכויות עובדים אני קובע מגבלות ואתם לא יכולים לתת מחירי הפסד ולא יכולים לעשות כל מני דברים כדי להגן על זכויות עובדים אז הוא בא ואומר אני שם את התחרות בסוגריים או באיזה שהיא מגבלה כי יש פה משהו שיותר חשוב. אפשר להתווכח על זה ולא, זה העמדה של רגולטור. מצד שני, העדפה של תוצרת הארץ. גם במקרה זה בא הרגולטור ואומר חשוב מאד תחרות, אבל יש לי פה שיקול נוסף והוא הגנה על תוצרת הארץ, זו שאלה בכלל לא מובנת מאליה האם זה יעיל או לא, האם זה פוגע בתחרות באמת. יש למשל כתיבה רבה בתחום תורת המשחקים שאומרת שמכיוון שספקים זרים זה כל מני חברות ענק, תאגידי ענק עם עלויות יותר נמוכות ועם כל מני יתרונות, יש יתרון ביעילות לתת דווקא העדפה ליצרן המקומי שלמשל חומרי גלם עולים לו יותר וכו' וזה אולי יגרום אגב לאותו יצרן זר לתת הנחה יותר גדולה מכיוון שהוא יודע שאם הוא ייתן הנחה קטנה מדי, אז הספק המקומי יזכה. לעומת אם הוא יתן מחיר הרבה יותר זול לא תעזור העדפה כי היא עד 15% ואם הפער יותר מ-15% אז היצרן הזר בכל זאת יזכה ואז יש לו תמריץ לתת תמחור יותר נמוך. מעבר לשיקולים של איפה משלמים את המס, לאן הולכים המסים, האם הם נשארים פה או יוצאים החוצה, שכר העובדים משולם פה ולא שם, זה גם שיקולים של יעילות אבל מעבר למנגנון המכרזי.

הערה ממשותף בקהל: זה ניקוד ולא תנאי סף.

זה לא תנאי סף, אבל זה קובע את תוצאת המכרז. בהעדפת תוצרת הארץ זה לא בתנאי סף. אם נתת הצעה של 115 שקלים, לצורך המכרז יחשבו 100, אבל שיגיע הרגע ישלמו לך 115.

עוד סוג של העדפת תוצרת הארץ זה הנושא של שיתוף פעולה עסקי, חובת רכש גומלין.

שני הדברים האלה, גם העדפת תוצרת הארץ וגם רכש גומלין במידה רבה מנוטרלות על הסכם שנקרא GPA, נובע מהשתתפות של ישראל בארגון הסחר העולמי ולכן הוא מונע את האפשרות לתת העדפה לתוצרת מקומית בשורה מאד ארוכה של התקשרויות, לא הכול אבל הרבה ובעיקר בהתקשרויות הגדולות, אבל זה שם את זה בצד כרגע.

הסוג האחרון של העדפה שאני מכיר נקרא העדפת תוצרת מאזורי עדיפות לאומית, זה חל רק על משרד הביטחון, במכרזים של משרד הביטחון הוא מחויב לתת העדפה למפעלים או מציעים שבאים מאזורי עדיפות לאומית שזה עוטף עזה, צפון, דרום, ירושלים, יש מפה של אזורי עדיפות לאומית ובא הרגולטור ואומר שתחרות זה חשוב ויש לי עוד כמה שיקולים חוץ מתחרות ואני מעדיף אותם על תחרות עד כמה מסוימת, זה לא שמישהו באזור עדיפות בהכרח יזכה, אבל הוא מקבל עדיפות.

המכרז בגדול הוא בעד תחרות, כל התכלית שלו היא התחרות, אבל לא תמיד התחרות היא לפני הכול, בין אם המכרז לא מצליח ובין אם יש שיקול אחר שגובר עליו.

עו"ד אוריאל לין (נשיא איגוד לשכות המסחר)

ערב טוב לכולכם,

קודם כל אני חייב למען השקיפות לומר לכם שבעבר הייתי חבר כנסת. העברתי את חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. העיסוק שלי בהרצאה היום בעיקר חוק יסוד: חופש העיסוק, שגם אותו העברתי בכנסת.

מה שקרה הוא שבאמת אני גם הייתי פעם בוועדת הכלכלה והיה לי את הכבוד לחוקק את חוק ההגבלים העסקיים, זה היה לפני שנים. לא האמנתי בחלומות הכי גרועים שלי שחוק ההגבלים העסקיים יכול להתפתח ולהיות מה שהוא היום. מה שאני רואה היום בעבודת החקיקה בכנסת הוא שטחיות מסוכנת מאין כמוה. התעלמות מוחלטת מיסודות המשפט בישראל. עשיית דברים שפוגעים בעקרונות הכי בסיסיים שלנו בתחום הפלילי, שבירה של כל דבר שאנחנו האמנו עד היום שנותן את היסודות לכלכלה חופשית אמיתית בישראל.

מה שנעשה כאן בחקיקה הזו של התיקון האחרון לחוק ההגבלים העסקיים, מבלי שמחוקקים, מבלי שעורכי דין, בלי שמשרד המשפטים ושרים שמו לב, זה הרס יסודות המשפט בישראל במלוא מובן המילה. פגיעה בזכות חוקתית, פגיעה בחופש הניהול העסקי וערעור העקרונות הכי בסיסיים של המשפט המקומי.

אחרי שאני הצהרתי את ההצהרות האלה, אני אוכיח לכם שאני מתכוון ברצינות לכל מה שאני אומר.

אני אומר את זה כי אני מסתכל על הלכי החקיקה בכנסת ישראל ואומר מה קורה כאן? משום שאתם חושבים שאתם יצרתם עכשיו אמצעי נוסף כדי להילחם במונופולים או להגביר את התחרות מותר לכם לקעקע את כל יסודות המשפט בישראל? אתם לא מבינים מה שאתם עושים?

פעם כשדיברנו על חוק ההגבלים העסקיים ופעולות שפוגעות בתחרות, ידענו שצריכה להיות איזה שהיא תשתית ראייתית, משהו שהוא בבחינת פעולה, משהו שבבחינת מצב קיים בתחום האובייקטיבי שאני יכול להגיד היי, יש פה התנהגות של גוף עסקי שפגעה בתחרות, יש פה התנהגות של גוף עסקי שפגע בתחרות, או אם אנחנו הגדרנו בזמנו מה זה הסדר כובל, אז אנחנו אמרנו על פי סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים לרשות ההגבלים העסקיים אתם תגדירו מה זה הסדר כובל, הסדר כובל זה מצב משפטי אובייקטיבי. זאת אומרת, אתה לא יכול לבוא ולתת הנחות, סמכויות מופלגות על סמך הנחות ערטילאיות, הזויות, בלתי ברורות, מעורפלות. אתה בא ואתה צריך שתהיה איזה שהיא תשתית ראייתית כדי לתת סמכות לגוף רגולטורי, שזה גוף אה רגולטורי, לבוא ולומר לי מה אני חייב לעשות. אני רוצה שנבין כולנו שאנחנו נותנים לרשות להגבלים עסקיים כוח אדיר לבוא ולומר לעסק מה הוא חייב לעשות, נורמה של התנהגות. מצד אחר אנו באים וקובעים שיש לנו כאן נורמות מסוימות של התנהגות שנוגעות במונופול, מניח שמרביתנו מכירים את זה. מונופול יש לנו חובות, אסור לנצל את מצבו לרעה והוא חייב למכור במחיר הוגן. היום חלק גדול מכל התביעות הייצוגיות מתבססות על הנושא הזה שמכירה היא לא במחיר הוגן. יש הרבה דרישות על מונופול, גוף עסקי שאמור להתנהל על פי יסודות של חוק. באים היום ואומרים לו אנחנו יכולים לתת לך את כל אותן הנחיות וכל הסמכויות פועלות כלפיך, מתי ובהתבסס על מה אני נותן לרשות רגולטורית את הכוח לתת לי הוראות?

בשנת 2011 נעשה השינוי הגדול. התיקון לחוק שהכניס את פרק קבוצות ריכוז. באנו ואמרנו זה לא מספיק שהוא מונופול על פי המדד של נתח שוק, זה אומר מדד כמותי, אנחנו עכשיו באים ואומרים אנחנו לוקחים קבוצת עסקים שיחד הם מהווים 50% נתח שוק וכל אחד מהקבוצה הזו אני מפעיל כלפיו את הסמכויות כאילו שהוא לבדו היה מונופול, יכול להיות שבתוך הקבוצה הזו יש אנשים שכל חלקם בשוק רק 3-4% אבל באים ואומרים קבוצת ריכוז שיש תחרות מועטה ביניהם ועכשיו סמכות לאפיין כנגד כל אחד סמכות מופלגת ובין הסמכויות שאני נותן כדי שנבין מה עוצמת הסמכויות ברשות להגבלים עסקיים, נתנו לה את הסמכויות לתת הוראה לעסק להפסיק פעילות, לא מפני שהוא פוגע בתחרות על פי סעיף 31ג', אלא על שום שעסק אחר באותה קבוצת ריכוז יכול לחקות את פעילותו. לחקות במובן של חיקוי, אני מקווה שאנחנו מבינים על מה אנחנו מדברים כאן. התערבות שאתה לא יכול לחשוב על חריפה ממנה בחופש הניהול העסקי, סמכות כה מופלגת שאני בא ואומר לעסק "אתה



חייב להפסיק פעולה". לא, אתה לא פגעת בתחרות וזה לא חשוב אם פגעת בתחרות, מספיק שגוף אחר יכול לחקות את צורת ההתנהגות שלך. עד כדי כך הרחקנו לכת בהענקת סמכויות כדי להבין מה ההיקף של הענקת סמכויות. אז יש לנו את ההתדרדרות הזו שהחלה בשנת 2011 שאנחנו אמנם באנו ואמרנו שאנחנו מקנים את הזכויות לא רק מחמת התנהגות, התנהגות – רכיב אובייקטיבי שאני צריך להוכיח אותו שהייתה התנהגות כזו והייתה פעולה, לא, אני בא ואני עובר עכשיו למצב שבו אני יכול להעניק סמכויות על בסיס חשש בלבד שזה יכול לפגוע. שימו לב, אין צורך בתשתית ראייתית, אין צורך בשום פעולה שהיא אומרת אני אכן עשיתי משהו שיכול לפגוע בתחרות. אחרי שנת 2011, עם כל הסמכויות המופלגות האלה, אגב, הסמכויות האלה בוא נאמר את האמת, הן כל כך מופלגות שלא השתמשו בהן, זו האמת, אבל זה לא אומר כלום, זה אומר שהמחוקק, זה לא משנה לי כרגע שלא השתמשו בסמכויות, הייתה פעם אחת שהשתמשו בה לגבי הנמלים, זה לא אומר כלום. זה שלא השתמשו זה לא אומר שהחוק הוא טוב, חוק אסור שיהיה גרוע, אסור שניתן סמכויות כאלה בחוק שהן לא מתקבלות על הדעת, שהן פוגעות ביסודות המשפט שלנו, משום שאני אומר אחד הדברים הכי ברורים שאתה בא ונותן כוח מופרז לרשות רגולטורית זה חייב להתבסס על משהו כמו תשתית ראייתית, אבל לא שאתה יכול לבוא ולהגיד אני נותן כרגע הוראות על בסיס חשש, ואז אנחנו הלכנו צעד נוסף קדימה והחלטנו שלא מספיק לנו בסמכויות המופלגות האלה, אלא אנחנו גם נבצע עכשיו רדיפה סקטוריאלית וזה אומר, אני אאז בתוך המגזר העסקי, אני אבחר לי ענף מסוים ואני אחליט אני רודף את הענף הזה ואני מקנה סמכויות כדי לפגוע באופן מיוחד בענף הזה ומי זה הענף הזה? הענף הזה הוא היבואן הישיר. משרד הכלכלה החליט בחזיונות שלו, ברעיונות ובחלומות שלו שהיבואן הישיר הוא אויב התחרות. למה הוא אויב התחרות? קודם כל, הוא קורא לו "יבואן בלעדי". הוא לא יבואן בלעדי, שתבינו, אין דבר כזה יבואן בלעדי על מוצרי צריכה, יש מספר יבואנים שלכל אחד יש מותג נפרד על אותו מוצר. אם אני למשל מדבר על נעלי ספורט זה המוצר, יש לנו מספר יבואנים ישירים שכל אחד מייבא מוצר אחר, אם זה נייקי, אדידס וכו', הם כולם מתחרים על אותו מוצר, אף אחד לא בלעדי על מוצר, מוצר היה בלעדיות בהרצאות ששמענו על פטנטים בתחום התרופות. בתחום מוצרי צריכה אין בלעדיות, יש תחרות, בא משרד הכלכלה וקורא לו יבואן ישיר כדי לתקוף אותו ואחרי זה תיקון 20 לחוק ההגבלים העסקיים והחוק אומר שאם ראה הממונה שכתוצאה ממעמדו או התנהגותו, והדגש כאן הוא שמספיק מעמדו, הרי שאם כתוצאה מהמעמד קיים חשש לפגיעה בתחרות, ניתן להטיל על היבואן הישיר הוראות בלתי מוגבלות בהיקפן. אתם מבינים? כלום, יש לו מעמד.

הייתה פה חברת דיפלומט, יש לה מעמד בשוק, קיים חשש, נו? אז קיים חשש, אז אני יכול לתת לו הוראות עכשיו. מספיק שלי יש חשש. יסוד כל כך הזוי ומעורפל, לא ברור ולא מוגדר שעל פיו נותנים אפשרות לגוף רגולטורי להתערב בחופש הניהול העסקי לפגוע בזכות יסוד חוקתית רק על סמך חשש פלוס רדיפה רגולטורית.

אנחנו מגיעים לתיקון הרחב ביותר, שזה כוח שוק משמעותי.

אפשר אכן לבטל את המבחן של נתח כמותי ולהעביר אותו לכוח שוק, אבל אצלנו עושים את השניים, גם מבחן כמותי של 50% וגם כוח שוק. כל אחד בפני עצמו מהווה מונופול. אבל איפה הבעיה? הבעיה היא שאני כרגע עסק משוטט לי במגזר העסקי ואני לא יודע אם אני כוח שוק משמעותי, אולי כן אולי לא, זה שאני לא יודע זה לא פותר אותי מכלום, למה? כי על פי החוק במדינת ישראל לא צריך להגדיר אותי ככוח שוק משמעותי כדי שכל החובות שמוטלות על מי שהוא בעל כוח שוק משמעותי יוטלו עליי. זאת אומרת, אני נמצא כרגע בסיכון אמיתי שאני עברתי עבירה על חוק ההגבלים העסקיים מבלי שאני עדיין יודע אם יש לי בכלל כוח שוק משמעותי, משום שבחוק הזה שבא ואומר שאני כוח שוק משמעותי, שמכניס אותי להגדרת מונופול. אין שום הוראות המגדירות מה זה כוח שוק משמעותי. אנחנו אמרנו שם בוועדה למחוקקים אמרנו להם תגדירו מה זה כוח שוק משמעותי שאנחנו לפחות נדע מה זה כוח שוק משמעותי. "לא, אין צורך, הרשות כבר פחות או יותר תוציא מנשר", מה זה הרשות תוציא מנשר? אתה מטיל חובות משמעותיים וחמורים מאין כמותם על מגזר עסקי ואתה בא להטיל את החובות האלה על פי מנשר או נייר שתנסח רשות רגולטורית? אתה אפילו לא טורח להגדיר בחוק מה זה כוח שוק משמעותי? אם כן, שאנחנו בזמנו הגדרנו מונופול הגדרנו מה זה מונופול, לא רק, לא רשימה כוללת, לא רשימה ממצה, אבל נתנו דוגמאות מה זה מונופול. פה לא, כוח שוק משמעותי אף אחד לא יודע. אני יכול להגיד לכם שיושב פה אדם שהיה יו"ר בנק הפועלים, הוא כוח שוק משמעותי, לא בטוח אם הוא כוח שוק משמעותי. ברגע זה הוא יכול מבלי לדעת אם הוא כוח שוק משמעותי לעשות פעולה שתגדיר אותו כעבריין פלילי. אז פעם אנחנו כתבנו באופן מפורש בחוק שהרשות תכריז על מונופולים, כאמור יכריז הממונה בהודעה ברשומות על חברות ודרשנו פעם בזמנו בסעיף 11 בחוק המקורי שהרשות תכריז על מישהו שהוא בעל מונופול. באו ואמרו לאחר מכן אין צורך בהכרזה, החוק נופל עליו בין שהוכרזת ובין שלא הוכרזת ובין שאתה יודע ובין שאתה לא יודע. 50% מבחן כמותי. כוח שוק משמעותי, אני לא יודע, אבל מוטל עלי הכול, אני יכול לעבור עבירה פלילית בלי שבאו וקבעו באיזה שהוא הליך שאני מוגדר ככוח שוק משמעותי, מבלי שניתנה לי אולי האפשרות לבוא ולומר רגע אחד, אני בעצם לא כוח שוק משמעותי, מה אתם רוצים ממני? זה לא סתם שאני כוח שוק משמעותי, אני רוצה שתבינו שהרבה הוראות, מסה של חוקים נופלים עליי ומחייבים אותי אם אני כוח שוק משמעותי. כדי שלא לחשוב לרגע אחד שמסתפקים

בדבר הזה, הולכים ועושים את אחד המעשים הכי בזויים והכי מסוכנים בהליך חקיקה, מעבירים ברגע האחרון סעיף שאף אחד לא יכול להעלות על דעתו שאפשר להעלותו בספר החוקים בישראל. סעיף שממוטט לגמרי את הכול, אם אי פעם חשבנו שיש לנו יסודות משפט, עקרונות וכו'. שימו לב לסעיף 48 שעבר במחטף ברגע האחרון והוא היה בנוסח של קריאה ראשונית ולא ראתה אותו וועדת שרים לענייני חקיקה. הוא אומר שנושא משרה בתאגיד חייב לפקח ולעשות כל שניתן למניעת עבירה לפי חוק זה בידי התאגיד, לא עשה כך, דינו מאסר שנה. אתם בעצם בסעיף הזה הפכנו את כל נושאי המשרות בתאגידים, אם סרוסי עדיין היה יו"ר בנק הפועלים הוא היה כרגע פקיד של הרשות להגבלים עסקיים, אל תחשבו שאני צוחק, אני מדבר ברצינות כי משמעות הסעיף הזה שכל נושא משרה בתאגיד הוא פקיד של הרשות להגבלים עסקיים ולא סתם פקיד. פקיד של הרשות להגבלים עסקיים אם לא יעשה את עבודתו לא יקרה לו כלום, אני מבטיח לכם. אם הוא יתרשל, לא יקרה כלום, אני מבטיח לכם את זה, תאמינו לי! אבל נושא משרה בתאגיד, אם יוכח שהוא לא פיקח כפי שצריך, פיקח כפי שצריך, צפוי לשנת מאסר. זאת אומרת, אנחנו נמצאים כרגע במצב שאני לא יודע עדיין, אפילו שלא נעברה עבירה על פי החוק על ידי התאגיד, אני פשוט לא פיקחתי, לא עשיתי כל מה שניתן, אני צפוי לשנת מאסר בלי שיש איזה וודאות ואני עברתי פלילי, לא עברתי פלילי, עברתי עבירה, לא עברתי עבירה. כך מכניסים לנו לתוך ספר החוקים דברים שמערערים את יסודות המשפט הפלילי, פוגעים בזכות יסוד חוקתית, מערערים את יסודות שלנו, פוגעים ביסודות של כלכלה חופשית וכולם נהנים ואומרים אוי, עשינו עוד מהלך גדול כדי להילחם במונופולים. אני אומר לכם את האמת, אנחנו נצטרך, לדאבוני הרב ראש הממשלה שלנו עסוק מדי, אבל אני מקווה שראש הממשלה הבא לא יהיה יותר מדי עסוק ולהקים מחדש ועדה ציבורית ולבחון מחדש את חוק ההגבלים העסקיים, שחוקקנו אותו לפני 30 שנה לא האמנו שהוא יוכל להתפתח כך.

עו"ד יונתן צויקל (רשות התחרות)

אני לא יכול להתייחס לכל הדברים שנאמרו על ידי קודמי, ולא באתי בשביל זה. אם הייתי צריך לעבור על כל הטענות שהיו הייתי צריך להשאיר אתכם עד 12 בלילה כדי להוכיח למה הניתוח המשפטי לא נכון.

אגיד רק שאם באמת ראש הממשלה הבא יוכל להקדיש את הזמן להסתכל על חוק ההגבלים העסקיים, הוא יראה שבגדול, חוץ מכמה סעיפים, התיקון שהבאנו במיוחד בנושא של כוח שוק זה בעצם איזה שהיא דרך ליצור הרמוניזציה עם העולם.

דבר שני, שאדוני לא דיבר עליו, שיש בתי משפט בישראל שמפקחים עלינו. נמצאים פה עמיתי מהשוק הפרטי, בוודאי מייצגים לקוחות שהם לא כל כך מסכנים במקרים רבים. אותם לקוחות לא מסכנים משלמים הרבה כסף עבור ייצוג משפטי הכי טוב שיש, אבל המצב הוא שאנחנו עומדים מול כרישים. זו עבודתי. 11 שנה כל יום אני בא לעמוד מול כרישים מהשוק הפרטי וכמובן שנגזר גם מזה הריסון שאנחנו מפעילים על עצמנו. אנחנו לא מפעילים את הסמכויות שלנו באופן שרירותי, לא זוכר שאי פעם אמרו לנו את זה, אני מקווה שכך נמשיך לנהוג, כי יש ביקורת שיפוטית שמאד קשה, שאנחנו לוקחים אותה מאד ברצינות ומאתגרים אותנו. האמת היא שהביקורת השיפוטית הזו כל כך טובה, או האתגר כל כך גבוה שגם ציבור שגורלו שפר עליו פחות נהנה ממנה. אם רוצים להתחקות אחרי חלק מפיתוח של ההגנה מן הצדק במשפט הפלילי, שזה דבר שהוא משמעותי מאד במיוחד לאנשים שמתעמרים בהם, שהרשויות מתעמרות בהם, או שלא שפר גורלם, או שהופלו לרעה מכל מיני סיבות על ידי המשטרה או הפרקליטות, אז חלק גדול מהפיתוח נעשה במסגרת הליך לפי חוק ההגבלים העסקיים ובמקרה הזה זו דוגמה טובה להנאת חינום ראווה.

אני רוצה כן לדבר על הנושא לשמו באתי. אני לוקח אותנו למקום טיפה שונה ממה שדובר עליו ברוב ההרצאות הקודמות בהן דובר על מקרים בהם נעשה שימוש לגיטימי ברגולטור. משכנעים את הרגולטור להקים חסם כניסה. למה? דיברו על הדוגמה של חסינות האש, אז יכול להיות שהרגולטור חושב באמת זה האינטרס שאני צריך להגן עליו, אני צריך לוודא שהצעצועים חסיני אש ובסוף משכנעים אותו באמצעים שאולי אנחנו פחות אוהבים כציבור כי אנחנו נאלצים לשלם, לוביסטים וכאלה, אבל התהליך הוא תהליך דמוקרטי רגיל שבא מישהו בעל עניין ומצליח לשכנע את הרגולטור. בקשת המקרים שאני הולך לדבר עליהם מדברים על סיטואציה שבה נעשה מעשה נפסד. בא גורם דומיננטי ועושה משהו פסול במצג שווא ותרמית, ברשלנות חמורה מביא מידע שהוא לא נכון למאסדר הרלוונטי וכתוצאה מכך ההסדר הרלוונטי יוצר

חסם לתחרות בשוק, זה המקרה שאנחנו מדברים עליו. למעשה באמת כפי שכבר צוין קודם הדוגמה הבולטת למקרה הזה היא פסק הדין בעניין אוניפארם נגד סנופי שלא אכנס לפרטיו יותר מדי וכשהתכוננתי להרצאה אמרתי שאין לי זמן להיכנס לפרטים כי הם פרטים מאד מורכבים. רק בקצרה, נספר את הסיפור ממש באופן הכי פשוט, אוניפארם חברה גנרית, סנופי חברת מקור בעלת פטנט לתרופה לצורך טיפול בשבץ, בלחץ דם, הפטנט הזה פקע ב- 2008. לקראת שנת 2008, או כמה שנים לפני שנת 2008, סנופי הגישה בקשת פטנט נוספת באופן נפסד, הוגשה בקשת פטנט מטעה, הפטנט ב- 2008 פקע אבל בקשת הפטנט עמדה, הוגשו התנגדויות ולמעשה עד שנת 2010 השאלה האם הפטנט החדש יעמוד בתוקף הייתה שאלה שלא הוכרעה. בשנת 2010 סנופי מכל מני טעמים זנחה את בקשת הפטנט שלה והשוק נפתח לתחרות. לכאורה לא קרה כלום, לא נוצר פה איזה שהוא חסם, סה"כ בא מישהו ומגיש בקשה כמו שלכל אדם מותר להגיש בקשת פטנט ולא קרה שום דבר. אלא שמה ביהמ"ש סבר בעקבות התביעה? שעצם ההתנהלות הזאת באותו מקרה ספציפי שבה הוגשה בקשת פטנט פסולה במובן מסוים, הגבירה את הסיכון ויצרה חוסר וודאות לחברות גנריות כמו אוניפארם וטבע. כתוצאה מחוסר הודאות הסיכון שראו החברות הגנריות מכניסה לשוק היה גבוה יותר. פה צריך לפתוח סוגריים, בדיני המונופולין מה שבאמת מעניין אותנו ובמוקד העניין של הרשות וצריך להיות במוקד הרשות זה אותן פעולות שמדירות מתחרים, אבל המילה הדרה היא מילה חזקה. אנחנו לא תמיד מחפשים בהכרח את המקרה שבו מונופול מצליח להעיף את המתחרה מהשוק. די בכך שנוצר חשש, וזו תפיסה מקובלת בכל העולם, מספיק לכך שכושר התחרות של מתחרים ייפגע כדי שנוכל להתחיל להתעניין בנושא כדי שנוכל להתחיל להגיד זה עשוי לעלות לכדי פעולה שהיא מדירה.

חוזר לסיפור – נוצר סיכון שהחברות אמרו שלאור הסיכונים האלה אני לא נכנסת לשוק. פה נשאלת השאלה למה זה מעניין את רשות ההגבלים העסקיים? יכול להסתכל מישהו על החוק ולומר: החוק מתעסק בפרקטיקות שבין עוסק לחברו, או בין עוסק לציבור. אם מסתכלים על האיסורים שמנו בחוק ההגבלים העסקיים, רואים שאסור למונופולין לסרב סירוב בלתי סביר לספק, אסור לו לעשות פעולות שפוגעות בתחרות, אסור לו לקשור בין מוצרים, כל מני דברים שהם בשוק ובהתנהלות המסחרית והעסקית, וכאן אנו נכנסים לעולם אחר, נכנסים לעולם שבו ההתנהלות היא בין בעל המונופולין לבין הרגולטור, זה לא כתוב באופן מפורש בחוק שהוא אסור. יחד עם זאת בחוק יש סעיף כללי שבא למנוע ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה. לצד ההליך שדיברתי עליו עד עכשיו התקיים הליך נפרד. אוניפארם במוקד הפעם נגד חברת תרופות אחרת, באותו הליך השופט אמר עוד דברים אבל גם אמר פחות או יותר "זה לא מה שהחוק מדבר עליו באופן כללי". אנחנו טוענים אחרת. בעמדת יועמ"ש

בתהליך הערעור שמתנהל בין סנופי לאוניפארם, אנחנו, לצד הרבה מאד דברים שנכתבו על כל מני סוגיות שאני באמת לא רוצה להיכנס אליהן, אנחנו הסברנו שקיומו של בעל מונופול בשוק יוצר סיכון לתחרות. מעצם קיומו של המעמד נגזרות חובות מיוחדות ויש לבעל מונופול אחריות מיוחדת. זה קונספט שמוכר בדין הישראלי, זכה לאישור בפסיקה והוא זכה גם כמובן לאישור הפסיקה האירופאית שמי שרוצה לעיין ולהשוות בין הסעיפים שעוסקים בדיני המונופולין בישראל לאיחוד האירופי יראה שהדמיון הוא רב ולא במקרה, במידה רבה העתקנו חלק גדול מהסעיפים שלנו משם. בדין האירופי המושג של אחריות מיוחדת אפשר לתארו באופן שלילי, מה אסור לבעל המונופול לעשות, יש לנו את קשת המעשים שכתובים בחוק מה אסור לו לעשות, ויש גם פסיקות גם בישראל וגם באירופה שמסבירות כל מני פרקטיקות אסורות, אבל יש גם אמירה לגבי מה כן מותר לו לעשות וזה להתחרות לגופו של עניין. למונופולין מכוח האחריות המיוחדת שמוטלת עליו כבעל מונופול וכמי שיש לו מעמד חזק בשוק, מה שמותר לו לעשות זה להתחרות לגופו של עניין: להציע מחירים טובים, להציע איכות טובה של מוצרים, להציע תנאי אספקה טובים יותר, זה מה שהוא אמור לעשות ולא שום פעולה אחרת שמעוותת את התחרות באופן שיוצר חסמים לתחרות או מונעת תחרות.

אנחנו חושבים שהתנהלות מטעה של המונופולין מול מאסדר מקימה עילה לפי דיני ההגבלים העסקיים, ממש כמו שסבר השופט גרוסקופף בפסק הדין בעניין סנופי.

אנחנו מבינים, שיש פה קושי מסוים. אנחנו לא רוצים שאנשים שחושבים שיש להם בקשה ראויה לפטנט יירתעו מהחשש שמתמחה במשרד שכח לפקסס איזה עמוד וכתוצאה מכך לא נמסר איזה שהוא פרט מהותי, לכן פה נכנס העניין של הביקורת השיפוטית או הרסנים שאנחנו מפעילים על עצמנו. כשאנחנו מקבלים איזה תיק כזה אנחנו מסתכלים על מכלול הנסיבות ולא מחפשים דווקא את אותם מקרים בהם נעשתה איזה שהיא טעות זניחה. אנחנו לא חושבים שבעלי מונופולין הם חסינים מטעויות, כך גם נאמר בפסיקה האירופית ומקובל עלינו. אנחנו כן אבל רוצים להבהיר שלבעלי מונופולין יש להם סטנדרט מוגבר להיזהר גם בפעולות מול מאסדר בגלל הפיתוי שיכול להיות דווקא לבעלי המונופולין, בגלל השליטה שלהם בשוק לעשות כל מני פעולות כדי לפגוע בתחרות, חשוב לנו שהסטנדרט לגביהם יהיה בבירור יותר מחמיר ועל רקע זה אני חושב שאתם תראו, אני מקווה שביהמ"ש העליון לא ישנה את ההלכה שנקבעה בסנופי, ידחה את הפסיקה בתיק המקביל ויכריע בין הערכאות, יכריע לטובת העמדה שלנו בפסק הדין בסנופי. למעשה זה יסייע לנו להתמיד בכיוון שאנחנו בעצמנו כבר חושבים ללכת אליו בהקשרים דומים. הסיפור הזה לא חייב להיות מול רשם הפטנטים, יכול להיות מישהו שבא ומקשקש כל מני קשקושים למכון התקנים. יכול להיות מישהו שבא לרבות ומקשקש קשקושים וכתוצאה מכך מתחרה

לא מקבל תעודת כשרות. יש המון רגולטורים שיש להם הרבה מאד כוח ליצור חסמים ואנחנו רוצים לוודא שאותם בעלי מונופולין יודעים שאם הם עושים פעולות כלפי אותם רגולטורים, אנחנו וגם הציבור שיכול להגיש תביעה פרטית, יהיו שם כדי להרתיע מפני הפעולות האלה.

עוד נקודה שכן חשוב לשים אליה לב בהיבט הזה היא שאנחנו צריכים לקחת בחשבון שיש רגולטורים שונים, יש רגולטורים שיש להם יותר שיקול דעת ויש להם יותר יכולת לאמת את הנתונים שהם מקבלים מהגורמים שפונים אליהם ויכול להיות שלגביהם הסטנדרט של הזהירות הוא אולי טיפה יותר נמוך. לעומת זאת, אנחנו מכירים את התופעה, וזה גם לא חייב להיות כתוצאה משבי רגולטורי אלא גם מני הסדרים חקיקתיים כאלה ואחרים, יש סיטואציות בהן הרגולטור חי מפיו של המבקש, ממש ניזון בעיקר מהמידע שהוא מקבל מהגורם שפונה אליו ובמצבים המסוכנים האלה שבהם יש כוח לתת הגנה מפני תחרות ואין הרבה שיקול דעת, אלה המצבים המסוכנים במיוחד שאנחנו נרצה ושבהם סטנדרט האחריות יהיה מוגבר.

לסיכום, אני מזמין אתכם לפנות אלינו אם אתם מכירים מקרים מהסוג הזה. אני רואה שיש פה אנשים מהתעשייה ואנחנו מחפשים את זה, חושבים שזה מקום שראוי שהרשות תיכנס אליו גם כן. לא חושבים שזה מקום שצריך להישאר בידיים רק של השוק הפרטי. אני מאד מודה לכם.

הערה ממשלתית בקהל: הביקורת שהייתה לי על הרשות להגבלים אנחנו באוניפארם עשינו את הצעד והגשנו תביעה נגד סנופי כי חשבנו שהיא צודקת למרות שכולם אמרו שאין תקדים משפטי לזה וחבל על הכסף שלכם. אני מודה לעורכי הדין שלנו. פסק דין שכתוב כ- 52 עמודים שכתוב כסיפור מאד מעניין. הביקורת שלי לרשות ופסק הדין של הביקורת שהיא משום מה מאד נוגעת בתחום מוצרי הצריכה המזון וכך הלאה, ותחום התרופות שנוגעים לנו ביום ורואים את זה בסל התרופות, היא לא נוגעת, יש לזה עלות גבוהה לציבור שם. אני כחברה נפגע וגם הציבור נפגע כי התרופות יקרות ולא זמינות לו. למעשה עד היום באירופה הרשות להגבלים עסקיים עושה דוחות ובוחנת את הסקטורים האלה ואנגליה קנסה את גלקסו שמעורבת באחד התיקים ב- 40 מיליון פאונד וצרפת קנסה את סנופי ב- 40 מיליון יורו על אותן תרופות. אני מרגיש שהרשות פה פסיבית יותר. לא יודע איך ליצור את העניין ולהביא אתכם לחקור את זה. אני אהיה מוכן לבחון זאת אתכם. באמת חושב שיש מקום להסדרה מסוג אחר שייתן את הכבוד לממציאי התרופות, אבל יעצור את הניצול שלו לרעה על חשבון הציבור בצורה מאד גדולה. לפסק הדין השני, חבל שהרשות לא התערבה כי ניסינו להביאה להתערב פה. פסק הדין השני נדחה על בסיס התיישנות וגם מאמין שיתהפך בהקדם.