

בעקבות הספר: ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים¹

סקירת ספרות משפטית

איריס סרוק*^{*}

החיבור מציג בפני הקוראים ספר בעריכתם של מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן: **ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים** (כרך ראשון). הספר עוסק באופן מעמיק ונרחב בניתוח התאוריה והדין של חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988. החיבור מתמקד בפרקו של ד"ר עדי אייל: "הבסיס הכלכלי לדיני ההגבלים העסקיים". החיבור, בעקבות הפרק, סוקר את המודלים הכלכליים שביסוד דיני ההגבלים העסקיים – התחרות המשוכללת והמונופול. מתוך הסקירה יוצא החיבור לעיון רחב במושג היעילות הכלכלית, על שתי פניה: היעילות ההקצאתית והיעילות הדינמית. בין שני סוגי היעילות קיים מתח מובנה. השגת אחת מהן עשויה לבוא על חשבון רעותה. מתח זה מודגם באמצעות מוסד הפטנט, שבגדרו מוענקת לממציא "מונופול" על המצאתו. יעדו של הפטנט הוא לקדם תהליכי חדשנות, אך מחירו מתבטא בנגיסה ביעילות ההקצאתית. על כן הפטנט מהווה מקרה מבחן מעניין לעימות בין שני סוגי היעילות. החיבור עומד על שורשיה הרעיוניים של היעילות הדינמית. אין חולק בדבר חשיבותה לצמיחה חברתית. מכאן הצורך לבחון מהו מבנה השוק שבו תושג היעילות הדינמית בדרך מיטבית – תחרות או מונופול. כפי שנראה, הפטנט סוטה ממודל התחרות המשוכללת, על מנת לאפשר לממציא לממן את המצאתו ולהפיק תועלת מפרות עמלו. ואולם בה בעת נולד החשש להיווצרותו של מונופול, העלול לאיים גם על המשך התהליך החדשני. דומה

1 **ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים** כרך ראשון (נבו הוצאה לאור בע"מ, מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008).
* דוקטור למשפטים, שופטת בית משפט השלום.

כי המנוע לדחיפתם של תהליכי החידוש מצוי באיזון העדין שבין הענקת פטנט לבין שמירה על שוק פתוח ותחרות.

א. מבוא. ב. הבסיס הכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים. ג. ניתוח כלכלי של הידע. ד. פטנט ומונופול. ה. ואיזו יעילות מטרידה את דיני ההגבלים העסקיים? ו. סיכום.

א. מבוא

הספר היפה בעריכת גל ופרלמן הוא ראשון מסוגו בישראל. חשיבותו היא בראש ובראשונה בעיסוק המקיף והיסודי שלו בדיני ההגבלים העסקיים, שטרם זכו למחקר ממצה בשפה העברית. ואולם חשיבות הספר חורגת בעיניי מגבולות הדין הספציפי שבו הוא עוסק. הספר חושף את המשפטן לעקרונות כלכליים היפים ליישום בענפי משפט נוספים, בעיקר בתחום המסחרי. מטרתה של רשימה זו היא לגרות את סקרנות הקורא להתוודע לעקרונות אלה מקרוב, ולאמצם ככלי חשיבה ודיון ראויים בשיח המסחרי-משפטי. משום כך בחרתי בסקירת הספר להתמקד בפרק המרתק של ד"ר עדי אייל – "הבסיס הכלכלי לדיני ההגבלים העסקיים"². אף כי בספר פרקים טובים וראויים נוספים, הרי פרק זה מציג בפני הקורא מושגים כלכליים המשמשים יסוד בניתוח כלכלי של המשפט. ניתן למצוא בהם מורה דרך, בעיקר בשני היבטים: האחד – הצבת יעד היעילות כאמת מידה נורמטיבית לעיצוב כללי הדין; האחר – התבוננות במגבלות הרגולציה כמכשיר להסדרת פעילות חברתית. היבט היעילות הוא מהותי ועוסק בתוכנם הרצוי של כללי המשפט. זווית הראייה הכלכלית מניחה כי המשפט אינו אלא כלי ייעודי, שמטרתו להסדיר פעילות חברתית. אין למשפט משל עצמו אלא את כוחות האכיפה שהוא מעניק, ואולם תוכנו המהותי צריך להיגזר מתוך פילוסופיה חברתית חיצונית. הספר מדגים דרך חשיבה כלכלית, המעצבת את כללי המשפט במטרה להשיג ולהשיא את יעד היעילות. בהיבט הרגולציה, אייל מפנה את המבט לטעויות בלתי נמנעות בהערכת הפתרון הרצוי, בעיקר במקרים שבהם מעורבות סוגיות של חדשנות³. הגישה הכלכלית הקלאסית קוראת להמעיט ברגולציה, בייחוד במקרים שבהם הרגולטור נתקל בבעיית מידע ומתעורר חשש משמעותי לטעות. יישומה של גישה כלכלית בתחום ההגבלים העסקיים הוא טבעי ומתבקש, מחמת השקתו לתחומי המסחר והכלכלה. ואולם שתי התובנות הכלכליות שהוצגו – במישור היעד ובמישור הדרך – אינן מוגבלות לתחום ההגבלים העסקיים. במונח זה, אני סבורה כי הספר צפוי לעניין

2 לעיל ה"ש 1, בעמ' 111.

3 שם, בעמ' 135–141.

בעקבות הספר: ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים

משפטנים העוסקים בממשק שבין משפט לכלכלה. המקרה של ההגבל העסקי מהווה הדגמה ליישום הגישה הכלכלית בעיצוב הסדרי המשפט.

הספר מחולק לשני חלקים. החלק הראשון מוקדש ל"ניתוח רוחב של החוק", ועוסק בענייני מבוא. פרופ' מיכל (שיצר) גל פותחת את הדיון ב"תפקידו של חוק ההגבלים העסקיים במארג החוקים הכלכליים של מדינת ישראל"⁴. כאן ניתן למצוא תיאור היסטורי של התפתחות החקיקה בתחום, לצד מגמות באכיפה. כידוע, בשנות התשעים של המאה הקודמת זכה החוק להתחדשות והעצמה על ידי גורמי אכיפה אפקטיביים שגיבשו מדיניות פרו-תחרותית⁵. פרופ' גל עומדת גם על המתח בין תחרות לרגולציה, כשני מנגנונים חלופיים (ולעתים משלימים) להסדרת שווקים כלכליים. פרופ' ברק אורבך משלים את הדיון ההיסטורי, ומקנה לקורא רקע פוליטי וחקיקתי להבנת הדין הקיים⁶. ד"ר עדי אייל מנתח את הבסיס הכלכלי לדיני הגבלים עסקיים, בחיבור חשוב להבנת הרציונל החברתי של החוק. את החלק הראשון חותם מאמרו של הכלכלן מנחם פרלמן, המוקדש ל"הגדרת שווקים"⁷. כידוע, הגדרת שוק המוצר מהווה שלב בסיסי ומקדמי להחלת הסדרי הדין. ההגדרה תוחמת את זירת העיון בהשלכותיה של הפרקטיקה ההגבלית הנבחנת, ועל כן היא חוצה את גבולות ההסדרים הפרטניים (הסדר כובל, מונופול או מיזוג חברות).

החלק השני של הספר עובר לעסוק ב"ניתוח פרטני של איסורי החוק", והוא מחולק לשני פרקים ראשיים. בפרק הראשון נבחן ההסדר הכובל (מחבריו הם פרופ' גל, עו"ד אמיר ישראלי ומר מנחם פרלמן)⁸. ניתן למצוא בו דיון רחב בענף עיקרי זה של החוק, הן מן ההיבט הכלכלי והן מן ההיבט המשפטי. הפרק השני, פרי עטם של פרופ' דיויד גילה ופרופ' יוסי שפיגל, מוקדש להסדרים אנכיים⁹. הדיון הכלכלי והמשפטי בפרק זה משקף את אחד האתגרים החשובים העומדים כיום בפני העוסקים בתחום ההגבלים העסקיים: עד כמה יש להותיר לכווחות השוק את הטיפול במגבלות אנטי-תחרותיות ביחסי יצרן-מפיץ, כגון תניות להכתבת מחירים, בלעדיות בשיווק או בלעדיות ברכישה. דילמה מעניינת זו הודגמה לאחרונה בפסק דין של בית המשפט העליון בארצות-הברית, Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS Inc.¹⁰. פסק הדין הפך הלכה בת כמאה שנה, אשר לפיה נפסלו

| | |
|----|----------------------|
| 4 | שם, בעמ' 31–62. |
| 5 | שם, בעמ' 45–48. |
| 6 | שם, בעמ' 63–100. |
| 7 | שם, בעמ' 167–192. |
| 8 | שם, בעמ' 193–322. |
| 9 | שם, בעמ' 323–508. |
| 10 | 551 U.S. 877 (2007). |

באופן גורף תניות להכתבת מחירי מינימום, ללא צורך בניתוח שוק¹¹. הדין הישן פסל תניות אלה כבלתי־חוקיות כשלעצמן, ללא צורך בניתוח שוק. ההלכה החדשה המירה את הכלל הנוקשה בכלל הסבירות, הקורא לעמת בין עלויות המגבלה לבין תועלותיה, על רקע ניתוח שוק כולל. גם בארץ ניכרת מגמה של הגשמת הדין בכל הקשור לדיון בהסדרים אנכיים. בעבר נלכדו הסדרים אלה בגדר החזקות המוחלטות של סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים¹². כידוע, הוראת חוק זו מגדירה מקרים שבהם השלכתו השלילית של ההסדר על התחרות אינה מוטלת בספק, ועל כן אין צורך בהוכחתה. והנה, ההלכה הפסוקה כיום מכירה במורכבותו של ההסדר האנכי ובצורך לבחון אותו בראייה כוללת, שלא על דרך החלה מכנית של חזקות חלוטות¹³.

כמובן, אין טעם בסקירה פרטנית של כל אחד מפרקי הספר. כאמור, בחרתי להתמקד בפרקו של ד"ר עדי אייל, העוסק בבסיס הכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים. הבסיס הכלכלי מציב את שער הכניסה להפעלה מושכלת של החוק. העובר בו יוכל להיטיב ולהבין תופעות הגבליות הנצפות בשווקים, כמו גם את הסדרי החוק הפרטניים הנוגעים לתופעות אלה. מתוך הבסיס הכלכלי נגזרות תובנות המשליכות על מדיניות האכיפה הראויה. להלן אסקור את התכלית הכלכלית של דיני ההגבלים העסקיים, כפי שהיא מוצגת בחיבורו של ד"ר אייל. הסקירה תיעשה מתוך פזילה לסוגיית העימות בין דיני ההגבלים העסקיים לבין מוסד הפטנט – סוגיה מרתקת העומדת בפני עצמה, ואשר צוברת רלוונטיות בעידן הטכנולוגי העכשווי. מוסד הפטנט מעניק הזדמנות ראויה ליישם את מושכלות היסוד של הניתוח הכלכלי על סוגיה משפטית קונקרטית.

ב. הבסיס הכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים

הגישה הקלאסית לרגולציה בתחום ההגבלים העסקיים מבוססת על שני מודלים כלכליים בסיסיים המסמנים תופעות קצה: התחרות המשוכללת מול המונופול המושלם. במודל התחרות המשוכללת בשוק קיים מספר גדול של יצרנים המתחרים ביניהם על ייצור מוצר ושיווקו. כל אחד מהם צפוי לפעול על פי עלויות הייצור שלו, במגמה להשיא רווחיו. היצרן יקבע את היקף התפוקה על פי ההחזר שיקבל מן השוק, המבוטא במחיר המוצר. הכלכלה

11 ההלכה בעניין זה עוגנה בפסק הדין המפורסם בעניין ד"ר מיילס : Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 US 373 (1911)

12 למשל: דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56.

13 ראו: רע"א 6233/02 אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשיה שיווק אלומיניום זכוכית ופרזול בע"מ, פ"ד נח(2) 634; ע"פ 2560/08 (פורסם בנבו, 6.7.2007).

בעקבות הספר: ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים

מציגה בהקשר זה את המושג של עלות הייצור השולית, הנוגעת לעלויות לייצור יחידת המוצר האחרונה. עלות הייצור השולית הולכת ויורדת עד לגבול מסוים, שבו על היצרן להוסיף ולהשקיע בתשתית על מנת להגדיל את התפוקה (כגון כוח אדם נוסף או רכישה של חומרי גלם). מכמות מסוימת תחל העלות השולית לעלות. כמה היצרן ייצר? היצרן ייצר עד לנקודה שבה העלות השולית משתווה למחירו של המוצר בשוק¹⁴. אם היצרן ייצר מתחת לרמה זו – הוא צפוי להפסיד הכנסות צפויות; אך אם ייצר מעבר לכך – תעלה העלות על ההחזר, והייצור לא ישתלם. הצרכן פועל כתמונת ראי לפעולת היצרן. ביחס אליו פועל המושג של התועלת השולית הפוחתת: ההנחה היא כי הצרכן מפיק את מירב התועלת מיחידת המוצר הראשונה, וכי תועלתו מיחידות מוצר נוספות הולכת וקטנה. ניתן להדגים זאת באמצעות דוגמת הנעליים: זוג הנעליים הראשון חיוני לצרכן מאין כמותו; זוג הנעליים העשירי אינו אלא מותרות. כך מתקבלת עקומת הביקוש, ההולכת ויורדת, עם העלייה בכמות המוצעת. המפגש בין שתי העקומות – עלות הייצור ועקומת הביקוש – משיג את שיווי המשקל התחרותי. לא אצא ידי חובתי ללא הצגת הגרף המפורסם, המדגים מפגש זה¹⁵:

14 נהוג לתאר את הקשר בין היקף הייצור למחיר בתחרות משוכללת באמצעות נוסחה המשווה

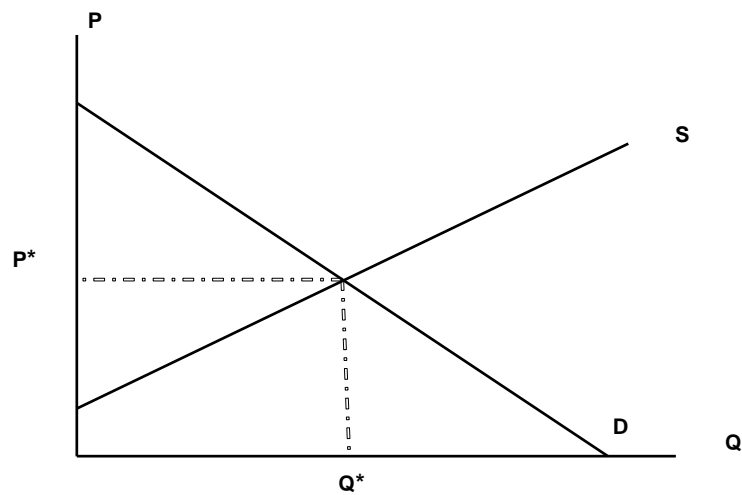
בין המחיר (Price) לבין העלות השולית (Marginal Cost) $P=MC$.

15 לעיל ה"ש 1, בעמ' 116.

גרף שיווי משקל בתחרות משוכללת

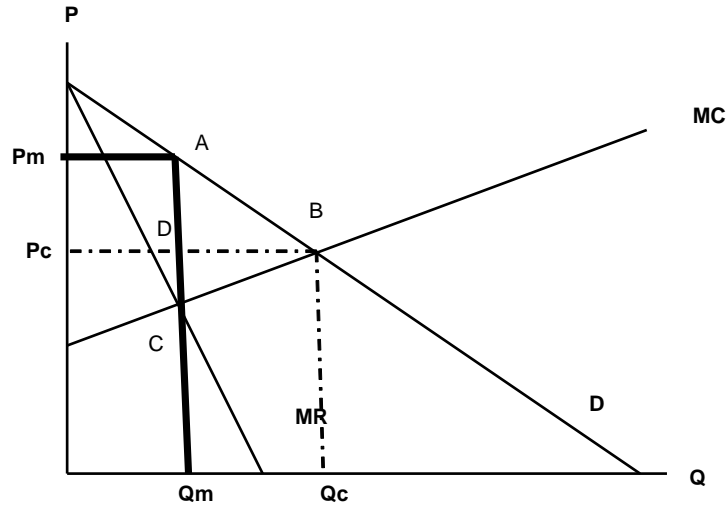
המחיר המתקבל בנקודת המפגש משקף איזון בין הכמות שהיצרנים מוכנים לייצר לבין הכמות שהצרכנים מעוניינים לרכוש. זוהי נקודת שיווי משקל השואבת את השוק להתכנס אליה: אם היצרן ינסה להעלות את המחיר, יעברו הצרכנים לרכוש מיצרן שיסכים למכור במחיר נמוך יותר. כדי לשרוד, היצרן יאלץ להוריד את המחיר חזרה לרמתו התחרותית. וגם ההפך הוא הנכון: אם יימצא שהמחיר בשוק נמוך מדי, ייווצר ביקוש מעבר להיצע שבשוק ויימצא צרכן שיציע מחיר גבוה יותר כדי לזכות במוצר. בסופו של דבר, בכל מחיר – זולת נקודת המפגש – ייווצר לחץ של עודף היצע או עודף ביקוש והמחיר יחזור לשיווי המשקל התחרותי.

קסמו של המודל התחרותי נעוץ בכך שהמחיר נקבע על ידי כוחות השוק וללא פיקוח



חיצוני. כלכלה ריכוזית מקצה את המשאבים העומדים לרשות החברה בדרך של החלטות חיצוניות לשוק, המתקבלות על ידי רגולטור. כלכלת שוק, לעומת זאת, מוסרת את ההכרעה בידי הפרטים בחברה. לעניין זה, הצרכנים הם הריבון. הקצאת המשאבים בכלכלת שוק נעשית באמצעות עסקאות וולונטריות להחלפת סחורות ושירותים. המשאבים לייצור הסחורות והשירותים מתועלים בדרך זו אל השימושים המוערכים ביותר שלהם מזווית הראייה של הפרטים בחברה. ניתן לראות במחירים מעין אינדקס להערכת התנועה היעילה של המקורות. הצרכנים, באמצעות תגובה למחירים, קובעים איזו סחורה תיוצר בשוק ובאיזו כמות. הצרכנים מכריעים בדרך זו בדבר השימושים שאליהם יזרמו המשאבים המוגבלים העומדים לרשות החברה.

בעקבות הספר: ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים



שיווי משקל תחרותי פירושו שלא ניתן להפיק מן המשאב ערך גבוה יותר מזה שהוא כבר נותן. לכן תחרות ממקסמת את ערך התפוקה. מודל המונופול מציג את התופעה הקיצונית הנגדית. במודל זה, אין ליצרן מתחרים. במקום מספר גדול של יצרנים המתחרים זה בזה, עומד לפנינו יצרן יחיד, שברצותו מייצר וברצותו יוצר מחסור. על כן המונופול הוא "קובע מחיר". הוא אינו חושש כי מחיר גבוה מדי יגרום למעבר לקוחות ליצרן אחר, שהרי יצרן כזה אינו בנמצא. עם זאת, המונופול מסתכן בכך שהצרכן יוותר על המוצר כליל. על כן המונופול יקבע את היקף התפוקה בהתחשב במחיר שהוא מסוגל לגבות על יחידת הייצור האחרונה, ובהפסד הצפוי מאבדן מכירות בנקודת מחיר זו. היקף התפוקה המונופוליסטי צפוי ליפול מהיקף התפוקה האופטימלי, ולהותיר ביקוש שאין לו מענה בצד ההיצע. זוהי פגיעה ביעילות המצרפית, שכן נוצר "בזבוז" שבא־ייצור המוצר בכמות המבוקשת. המשאבים שהיה ראוי לנצלם למוצר שבמונופול יועתקו לייצור מוצר חלופי, מוערך פחות. לצד הפגיעה ביעילות, נהוג לזהות גם פגיעה בהגינות: המונופול מעביר עושר מצד הצרכן לצד היצרן, בגבותו מחיר הגבוה מן המחיר התחרותי המושג בשיווי משקל. גם כאן, גרף המונופול המפורסם מסייע להבין את הטיעון הכלכלי¹⁶:

גרף המונופול

תשומת הלב מופנית בגרף זה לשתי צורות גאומטריות המשקפות שני סוגים של עלויות חברתיות הנובעות מן המונופול: האחד הוא "משולש הבזבוז" (ABC) – המדגים את אבדן התפוקה בשוק מונופוליסטי; השני הוא "מלבן פוזנר" (Pm-Pc-D-A) – המשקף את הרווח העודף שגורף המונופול. ריצ'רד פוזנר הציע, כי חברה מונופוליסטית תהא מוכנה להשקיע את כל הרווח העודף לשמירה ולביצור מעמדה המונופוליסטית¹⁷. הוצאות אלה אינן דווקא מהסוג המקדם יעילות (כגון תהליכי מחקר ופיתוח), אלא הוצאות אסטרטגיות שנועדו לדחוק תחרות (כגון ריגול תעשייתי או לובי); ככאלה גם הוצאות אלה הן בבחינת "בזבוז". שני מודלים אלה – תחרות ומונופול – הם עמודי תווך לניתוח כלכלי של דיני ההגבלים העסקיים. דינים אלה מבקשים לשמר את יתרונות המשטר התחרותי ולהגן מפני נזקי המונופול.

ואולם כאן אייל מקשה, ובצדק: האם תאוריה זו חזקה דיה כבסיס לדיני ההגבלים העסקיים? המודלים מותנים בקיומן של הנחות יסוד, המקשות לאתרם במציאות. אייל מונה את חמש הנחות היסוד למודל התחרותי: אין סופיות יצרנים, אין סופיות צרכנים, אחידות המוצר, מידע מלא והיעדר עלויות עסקה. במודל המונופול, ההנחה היא כי קיים יצרן יחיד בשוק וכי השוק חסום לכניסת מתחרים. מבלי לפרט, ברור כי בדרך כלל הנחות אלה אינן מתממשות במציאות. ואולם דומה כי חסר זה אינו יוצר קושי אמיתי: יש להבין כי מדובר במודלים נורמטיביים ולא תיאוריים. חיוניותם נגזרת מתוך האיכויות שהם מציגים. המודל התחרותי מסמן יעד נכסף של השאת יעילות (סטטית), ואילו המונופול מסמן מצב שבו שיא היעילות (הסטטית) לעולם אינו בר השגה. אך אלה הם שני סמני קצה; במציאות מתרחשות תופעות ביניים, הממוקמות במקומות שונים על פני המנעד שביניהם. המודלים מסייעים לבחון את המציאות ולאחר כשלים בדרך להשאת היעילות, על דרך של בחינת המקרה הספציפי מתוך השוואתו למודלים הקיצוניים.

עם זאת, אייל צודק בטענתו שלפיה אין מקום לשמר תמיד את התחרות ולעולם להגן מפני המונופול. הניתוח הכלכלי מצביע על מקרים שבהם דווקא המונופול מצליח להשיג יתרונות של יעילות. זאת, למשל, כאשר ניתן לזהות יתרונות לגודל: זהו המקרה שבו הגדלת כמות הייצור של יצרן אחד מאפשרת ניצול יעיל יותר של תשומות (כוח אדם, ידע, מכונות ועוד). כאשר הביקוש בשוק אינו גדול דיו כדי לאפשר לכל מפעל לייצר מעל לכמות יעילה מינימלית, קיים יתרון למפעל ה"גדול" המצליח לממש את היתרון לגודל שלו. המונופול הטבעי הוא המצב הקיצוני של תופעה זו, שבה עלות הייצור של המפעל הבודד נמוכה מזו שהייתה מתקבלת אם שני מפעלים היו מחלקים ביניהם את אספקת הביקוש. דוגמאות

17 ראו: Richard A. Posner, *The Social Cost of Monopoly and Regulation*, 83 J. POL. ECON. : 807 (1975).

בעקבות הספר: ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים

מוכרות לכך הן רשת חשמל, מים וגז, הדורשות הנחת תשתית יקרה לצורך אספקת המוצר. אייל מציג גם את היתרון לטווח כסייג למודל התחרותי – מקום שבו קיימים סוגי מוצרים שייצורם במשותף זול מאשר ייצורם בנפרד, וזאת בשל טכנולוגיות ייצור דומות. לעתים גם קיים יתרון של יעילות באספקת טווח של שירותים לצרכן (כגון חנות כל-בו, או חברה המעניקה ללקוח שירותים מסוגים שונים). מקרים כאלה עשויים לחייב מיזוג וריכוזיות, חלף ביזור ותחרותיות.

טיעונו של אייל בעניין זה הוא חשוב. הוא מזמין הבחנה בין מושג התחרות לבין מושג היעילות. הניתוח הכלכלי מעמיד את היעילות כיעד, ואילו התחרות מהווה אך אמצעי להשגתו. בפסיקה ניתן למצוא לעתים ערבוב בין שני המושגים, באופן שהתחרות מועלת לרמה של יעד העומד בפני עצמו¹⁸. אך התחרות עשויה לעתים להידחות מפני המונופול, במצבים שבהם דווקא מבנה מונופוליסטי עשוי לקדם את יעד היעילות. במקרים כאלה, יש להכיר במגבלות המודל התחרותי. תובנה זו חשובה לגיבוש מדיניות האכיפה של דיני ההגבלים העסקיים. אייל קורא להימנע מאכיפה "עיוורת"¹⁹. ראשית, ראוי לערוך ניתוח של השוק הקונקרטי שבו מדובר. ניתוח כזה עשוי לגלות כי השוק אינו מאפשר תחרות מלאה. כך הוא המקרה של המונופול הטבעי, כאשר העלויות הקבועות מהוות את המרכיב העיקרי בהוצאות היצרן, והביקוש מוגבל יחסית. במקרה כזה השוק שואף לריכוזיות דווקא. שנית, ראוי לבחון את מידת הצורך בהתערבות משפטית. האכיפה עלולה להתברר כמיותרת מקום שבו השוק צפוי לתקן את עצמו. בעניין זה קיימת חשיבות מרובה לבדיקת קיומם של חסמי הכניסה. אלה הם גורמים המונעים או מקשים על מתחרים חדשים להדור את השוק (כגון דרישות תקינה, מיסוי, מומחיות מיוחדת או הון רב). כאשר אין חסמי כניסה גבוהים, המונופוליסט יפעל מתוך התחשבות באפשרות לכניסת מתחרים. הוא יביא בחשבון כי העלאת מחיר לרף מונופוליסטי תזמין כניסת יצרנים חדשים אל השוק, שיזהו את הזדמנות ההשקעה. ממילא המונופוליסט חייב במקרה כזה להסתפק במחיר תחרותי. עצם קיומה של תחרות פוטנציאלית פועל כגורם מרסן על התנהלות המונופול, אף בהיעדר מתחרים בפועל. על כן בשוק ללא חסמי כניסה משמעותיים גם אין חשש משמעותי לניצול כוח מונופוליסטי לרעה.

הדיון במדיניות האכיפה מחייב בחינה רחבה יותר של מושג היעילות. ההשוואה בין מודל התחרות למודל המונופול מתמקדת ביעילות החלוקתית – שעניינה הקצאה אופטימלית של משאבים. אך ליעילות שני פנים חשובים נוספים: יעילות יצרנית ויעילות

18 ראו למשל ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ, פ"ד נב(5) 213, 229–230 (1998).

19 לעיל ה"ש 1, בעמ' 132–134.

דינמית²⁰. היעילות היצרנית משמעה יעילות המושגת בהפיכת תהליכי ייצור לזולים ביותר האפשריים מבלי לפגוע באיכות. יעילות זו מושגת במודל התחרות המשוכללת: שוק תחרותי לוחץ לייעול, שכן היצרן שיציע מחיר נמוך יותר צפוי למשוך את הלקוחות אליו. לעומת זאת, שוק מונופוליסטי מאופיין ביעילות יצרנית נמוכה יחסית. אמנם גם המונופול ישאף להוזיל את עלויות הייצור שלו, במגמה להשיא רווחיו; ואולם בהיעדר נקודת התייחסות אין הוא נלחץ להתייעל, והוא צפוי לפעול ברמת התייעלות נחותה יחסית. היעילות החדשנית היא המעניינת יותר, מחמת המורכבות שהיא מציגה. יעילות זו עניינה בפיתוח מוצרים ויצירת שווקים חדשים, ומכאן אופייה הדינמי. אין חולק בדבר עליונותה של היעילות הדינמית מפאת תרומתה המכרעת לצמיחה חברתית. על כן חשוב לברר מהו המשטר שיביא לשגשוגה: תחרות או מונופול? ניתן לטעון כי המונופוליסט המעוניין בשימור מעמדו יתנגד לחידושים המאיימים למצוא לו תחליף. מצד שני, ייתכן כי דווקא מונופוליסט המעוניין לשמר את מעמדו ישקיע יותר מאחרים במחקר ופיתוח, עד כדי הגזמה. הוא ידאג להימצא בתנופת פיתוח מתמדת ובכך להגביה את חסמי הכניסה אל השוק. לכאורה, אין פסול בניסיון לחדש; ואולם פיתוח מוצרים חדשים כרוך בעלויות משמעותיות. השאלה היא אם השיפור המבוקש אמנם מצדיק את ההשקעה. החשש הוא כי המונופוליסט אינו פועל במגמה לשפר ולחדש (שאז ההשקעה היא מוצדקת), כי אם מתוך מניע אסטרטגי להעלות את עלויות היריב, על ידי קביעת קו פתיחה גבוה יותר לכניסה לענף. השקעה כזו אינה אלא בזבוז, ועשויה להיתפס כחדשנות טורפנית.

כמובן, קו הגבול בין שתי האפשרויות הוא דק, ושרטוטו כרוך בבעיות מידע משמעותיות. יש להסכים עם אייל, כי היעילות הדינמית מציבה אתגר משמעותי בפני רשויות האכיפה, מחמת הקושי לפעול לפי כללים מוגדרים מראש. דומה כי הדיון שעורך אייל בעניין זה ניתן לפיתוח ולהרחבה, וזאת מזווית הראייה של מוסד הפטנט. הפטנט משקף ניסיון חברתי להגשים את יעד היעילות הדינמית באמצעות הענקת זכאות קניינית לממציא, המפתח ידע טכנולוגי. כאשר בוחנים את היעילות הדינמית כיסוד ליישום דיני ההגבלים העסקיים, ראוי להתחקות אחר שורשיה העיוניים המבססים אותה. הדילמה שמציג אייל מהווה הזדמנות לעיון נוסף במושג היעילות, מן הזווית הזו. להלן אבקש להציג את הניתוח הכלכלי הבסיסי של הידע, כבסיס להבנת היעילות הדינמית.

20 לחשיבותה של היעילות הדינמית בעיצוב מדיניות אכיפה אופטימלית של דיני ההגבלים העסקיים ראו למשל: F.M. Scherer, *Antitrust, Efficiency and Progress*, in COLLABORATIONS AMONG COMPETITORS: ANTITRUST POLICY AND ECONOMICS 33, 37 (Eleanor M. Fox & James T. Halverson eds., 1991).

בעקבות הספר: ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים

ג. ניתוח כלכלי של הידע

ידע אנושי מהווה כלי דומיננטי להתפתחות ולצמיחה, אישית וחברתית²¹. תרומתו הכלכלית מחייבת מחשבה בדבר הדרכים הראויות להסדרתו. שאלה מכרעת היא, כיצד נבטיח פיתוח רציף ונמשך של ידע, חלף פעילות אקראית או מזדמנת. הניתוח הכלכלי מלמד, כי מודל התחרות המשוכללת אינו מניח תשתית מספקת למחקר ופיתוח בתחומים הטכנולוגיים. מדוע? הטעם לכך נעוץ בשתי תכונות מרכזיות המייחדות את הידע. תכונה מרכזית אחת מכונה "אפקט הגלישה". תכונה אחרת היא תכונת הסיכון. באפקט הגלישה הכוונה היא להשלכותיה החברתיות הכוללות של הפעילות החדשנית, ה"גולשות" אל מעבר לתועלת הפרטית הצומחת למי שייצר את החידוש²². ידע – מעת שנוצר – אינו נעצר ברמת התועלת הפרטית של היוצר. יתר הפרטים בחברה נהנים אף הם מקיומו של דבר מה חדש, אשר לא היה קודם לכן²³. גלישה זו יוצרת פער בין התועלת הפרטית של הממציא לבין התועלת החברתית הכוללת הצומחת מן החידוש. פער זה מוליד חשש לייצור נמוך מן ההיקף החברתי האופטימלי.

אשר לתכונת הסיכון – זו מובנית בפעילות החדשנית ומהווה גורם נוסף אשר צפוי להחליש את התמריץ לחדש. פעילות חדשנית היא פעילות עתירת הוצאות. הון רב נדרש כדי לקיים מעבדות מחקר ולממן צוות חוקרים השוקד על ניסוי מדעי זה או אחר. המשקיע אף אינו יודע אם הניסוי החדשני יצליח ברמה המדעית. אפילו יעבור את המשוכה המדעית, ניצב לפניו האתגר המסחרי. המשקיע אינו יכול לחזות במדויק את היקף הביקוש לתוצרי הניסוי²⁴. לפיכך המשקיע בפעילות חדשנית פועל בתנאים של חוסר ודאות תוך נטילת סיכון. ההנחה הרווחת היא, שמשקיע רציונלי יעדיף להשקיע בהשקעה נמוכת סיכון, אלא

- 21 על חשיבותו החברתית של תהליך המחקר ופיתוח (R & D) נכתב רבות, ודומה כי אין מחלוקת בין כלכלנים על תרומתו המכרעת לפיתוחו של הכלכלה. ראו, למשל: PEPALL, RICHARDS & NORMAN, להלן ה"ש 43, בעמ' 584–587, BALDWIN, להלן ה"ש 41, בעמ' 276.
- 22 במונחים כלכליים מודרניים מקובל לתאר את אפקט הגלישה כ"השפעה חיצונית". אדון בכך בהמשך.
- 23 ראו למשל: F.M. SCHERER, NEW PERSPECTIVES ON ECONOMIC GROWTH AND TECHNOLOGICAL INNOVATION 36, 37 (1999).
- 24 דרהוס מבחין בין שלושה גוונים של חוסר ודאות המלווים את יצירת הידע: חוסר ודאות מדעית, חוסר ודאות חברתית וחוסר ודאות תחרותית. הוודאות המדעית עוסקת בהצלחה הטכנולוגית של הניסוי. הוודאות החברתית עוסקת בשאלת הביקוש הצרכני לתוצר הניסוי. הוודאות המסחרית עוסקת בשאלת קיומם של מתחרים בשוק. הפטנט נועד להתמודד עם חוסר הוודאות מן הסוג השלישי, בכך שהוא מקנה למשקיע בלעדיות בהמצאתו ומונע שימוש בלתי מורשה מצד מתחרים. ראו: PETER DRAHOS, A PHILOSOPHY OF INTELLECTUAL PROPERTY ch. 6 (1996).

אם כן ההשקעה המסוכנת מציעה לו פרמיה המצדיקה את נטילת הסיכון. בהיעדר ציפייה לפרמיה – צפוי המשקיע לפנות לאפיקי השקעה בטוחים יותר בהשוואה לפעילות המחקרית. תכונת הסיכון ואפקט הגלישה חוברים לכלל חשש משמעותי, כי הפרט ירתע מהשקעה בפעילות של מחקר ופיתוח. לכל הפחות, היקף ההשקעה צפוי להיות נמוך מן ההיקף החברתי האופטימלי.

הכלכלה המודרנית מתארת בעיה זו במונחים של "מוצר ציבורי"²⁵. מדובר במוצר המשלב שתי תכונות: היעדר תחרותיות והיעדר בלעדיות בצריכה²⁶. במונח "היעדר תחרותיות" מתארים מצב שבו צריכה של המוצר על ידי פרט אחד אינה פוגמת באפשרות לצרוך אותו על ידי אחרים. היא גם אינה מגדילה את עלויות הייצור: עלות הייצור השולית שלה היא אפס. דוגמאות לכך הן צפייה בטלוויזיה על ידי צופה נוסף, מעבר על גשר קיים או שימוש בפארק ציבורי. עד לגבול מסוים, שימוש סימולטני ומרובה משתתפים במוצר הציבורי אינו גורע מהנאת הפרטים האחרים המשתמשים. על כן, מעת שהמוצר הציבורי נוצר – קיים אינטרס חברתי להעמידו לשימוש פתוח ורב-משתתפים. גם ידע מקיים תכונה זו, שהרי צריכתו על ידי פרט פלוני אינה שוללת מאלמוני את האפשרות לצרוך אותו גם כן²⁷.

בנוסף, יש לזכור שידע אינו מתכלה ואינו ניתן למיצוי. הוא ניתן לשימוש חוזר ונשנה²⁸. גם משום כך, האינטרס הציבורי מזמין שימוש חופשי בידע, מעת שנוצר. אינטרס זה מתחזק

- 25 ROBERT P. MERGES, PETER S. MENELL & MARK A. LEMLEY, INTELLECTUAL PROPERTY IN THE NEW TECHNOLOGICAL AGE ch. 1.A.3 (1997); JOHN W. SCHLICHER, PATENT LAW: LEGAL AND ECONOMIC PRINCIPLES ch. 1 (1998); דפנה לוינסון-זמיר "שיקולים כלכליים בהגנה על המצאות" משפטים יט 143, 145–147 (1989).
- 26 ROBERT S. PINDYCK & DANIEL L. RUBINFELD, MICROECONOMICS ch. 18 (5th ed. 2000); DAVID A. BESANKO & RONALD R. BRAEUTIGGOM, MICROECONOMICS: AN INTEGRATED APPROACH ch. 17 (2002); ARMEN ALCHIAN & WILLIAM R. ALLEN, EXCHANGE AND PRODUCTION: COMPETITION, COORDINATION, AND CONTROL 122–124 (2nd ed. 1977).
- 27 כדוגמה לכך ניתן לתת את תחזית מזג האוויר: פרטים רבים עשויים ליהנות מן המידע המוצג בתחזית, מבלי שהנאת האחד תבוא על חשבון האחר. שימוש סימולטני בידע הוא אפשרי, אך יש לסייג זאת בכך שמידת ההנאה שיכול פלוני להפיק מן הידע עשויה להיות מושפעת מן האופן שבו אלמוני מנצל את הידע. ראו, למשל: Partha Dasgupta, *The Welfare Economics of Knowledge Production*, 4(4) OXFORD REV. OF ECON POLICY 1, 2 (1988).
- 28 THOMAS MANDEVILLE, UNDERSTANDING NOVELTY: INFORMATION, TECHNOLOGICAL CHANGE, AND THE PATENT SYSTEM 57–66 (1996); LAWRENCE .LESSIG, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE ch. 10 (1999).

בעקבות הספר: ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים

נוכח ההתפתחות האבולוציונית המאפיינת את הידע, כמגדל הנבנה לבנה על לבנה²⁹. ואולם השאלה החשובה היא – האם "היד הנעלמה" המפורסמת של השוק החופשי תצליח לייצר ידע ברמה החברתית הרצויה. כאן עלינו להכיר גם את התכונה השנייה של הידע כמוצר ציבורי – היעדר בלעדיות בצריכה. "היעדר בלעדיות בצריכה" פירושו, כי לא ניתן לחסום שימוש במוצר על ידי מי שלא תרם ליצירתו ולא שילם עבור צריכתו. דוגמה רווחת לכך היא תאורת רחוב, אשר מעת שנוצרה – לא ניתן לחסום את הכול מליהנות ממנה. אין זה מעשי לסנן בין עוברי רחוב ששילמו עבור התאורה לבין עוברי רחוב שנהנים מן האור ללא תשלום. על כן מי שהשקיע בייצור התאורה אינו יכול להפיק תועלת מהשקעתו בדרך של גביית תשלום. תכונה זו מעוררת את הבעיה של "נסיעת החינם": המשתמשים ללא תשלום "נוסעים חינם" על גב השקעותיו של היצרן. בהינתן האפשרות לנסוע חינם, פרט רציונלי ייטה למשוך ידו מן הייצור. הוא יעדיף להימנע מן השקעה ומן המאמץ וחלף זאת להמתין להזדמנות לקטוף את פרי מאמצי הייצור של האחר. ואולם, מכיוון שכל הפרטים חושבים באופן דומה, התוצאה הצפויה היא תת-ייצור.

ידע מקיים תכונה של היעדר בלעדיות בצריכה. מעת שהידע נוצר, אין זה מעשי לחסום את תפוצתו. עצם השימוש בידע צפוי להפיצו, ודאי בעולם רווי ערוצי תקשורת ומידע המאפיין את ימינו. אם מתחריו של היצרן יוכלו להעתיק את הידע ולעשות בו שימוש מסחרי חופשי, לא יוכל המשקיע להחזיר לעצמו את הוצאות השקעתו. המחיר שיקבעו המתחרים למוצר נשוא הידע ייקבע על פי עלויות שכפול המוצר בלבד, מבלי להביא בחשבון את הוצאות המחקר והפיתוח – שהרי הם לא נשאו בהן. כך, למשל, אם מדובר בתרופה חדשה, המעתיקים יוכלו לתמחרה על פי העלות השולית של ייצור היחידה האחרונה, מבלי להביא בחשבון את הכסף הרב שהושקע בפיתוחה. העתקה צפויה להוריד את מחיר השוק אל רמת העלות השולית שבשכפול היחידה האחרונה. הממציא או היוצר לא יוכלו להשיב לעצמם את ההשקעה שהושקעה בפיתוח, בדרך של תמחור המפנים השקעה זו. התוצאה הטבעית היא החלשת התמריץ להשקיע בפעילות המחקרית.

המוצר הציבורי מהווה חלק מתופעה רחבה יותר המוכרת בכלכלה כבעיית ההשפעות החיצוניות. במונח זה הכוונה היא להשפעות של הפעילות הפרטית – חיוביות או שליליות – על פרטים אחרים בחברה. ההשפעה החיצונית היא שלילית, מקום שבו פעילות פרטית מטילה עלויות על פרטים אחרים, ללא הסכמתם. השפעה חיצונית היא חיובית, מקום שבו פעילות פרטית יוצרת יתרון לפרטים אחרים. השפעה חיצונית שלילית מתרחשת, למשל, מקום שבו מפעל לייצור מכוניות מזהם מי נהר, גורם למטרדי רעש לשכנים או יוצר זיהום

29 באופן כללי ראו: Mark A. Lemley, *The Economics of Improvements in Intellectual Property Law*, 75 TEXAS L. REV. 989 (1997).

אוויר. המפעל אינו מביא בחשבון עלויות אלה בחישוב שהוא עורך בדבר הייצור והיקפו. מנגנון המחיר של השוק אינו מבטא עלויות אלה, שכן מחיר המכונת אינו מביא אותן בחשבון. לכן מפעל המכונות צפוי לייצר בהיקף רחב מדי, אשר אינו מפנים את מלוא העלויות החברתיות הנובעות מן הייצור. רמת התפוקה החברתית האופטימלית היא זו שבה מחיר המוצר שווה לעלות החברתית השולית. עלות זו מחברת את עלות הייצור השולית עם העלות החיצונית השולית של הזיהום. אך המפעל מתעלם בחישוביו מן העלות החברתית. הוא מייצר "יותר מדי". השאלה "כמה יותר מדי" נחתכת על פי הפער בין העלות הפרטית לבין העלות החברתית.

עלויות חיצוניות חיוביות יוצרות אף הן בעיה של יעילות, אך הפעם מן הכיוון ההפוך. כאן הסכנה היא לייצור בחסר. הסכנה מתעוררת משום שהפרט אינו מפנים את מלוא התועלת החברתית הנובעת מפעילותו. החלטתו אם לייצר וכמה לייצר מתחשבת בתועלתו הפרטית ואינה מביאה בחשבון את התועלת החברתית, הרחבה יותר. לפיכך הפרט ייצר בנקודת תפוקה שהיא נמוכה מרמת התפוקה האופטימלית מנקודת הראות החברתית. כדוגמה לכך נהוג לתת השקעה של הפרט באיכות הסביבה, כגון ניקיון גינה ציבורית או טיפוח חוף הים. פרטים אחרים בסביבה צפויים ליהנות מפעילות זו, אף שלא תרמו לה. לכן התועלת החברתית המצרפית גדולה מן התועלת שמפנים הפרט. כך גם ידע: זהו מוצר בעל השפעות חיצוניות חיוביות. הוא מקרין החוצה, במובן זה שסך תועלתו החברתית עולה על אלה שהפרט יכול לתפוס. המחיר שהפרט צריך לשלם כדי להפיק תועלת מפעילותו מאפשרת לו פעילות ברמה נמוכה מן הרמה החברתית האופטימלית. החשש הוא שמעט מדי מקורות יופנו לפעילות רצויה מן הבחינה החברתית, במובן זה שסך תועלתיה החברתית עולה על עלויותיה. ואולם הפרט לא ישקיע בהיקף הרצוי, שכן מבחינתו האישית, התועלת נעצרת ברמה נמוכה יותר³⁰.

יש לשים לב שידע סובל מהשפעה חיצונית חיובית באופן קיצוני. לא רק שהתועלת החברתית הנובעת ממנו גדולה מן התועלת הפרטית, אלא שבהיעדר הגנה, אין הפרט מסוגל לממש את השקעתו בייצור. חוסר היכולת לחסום אחרים משימוש בלתי מורשה בידע, והבעיה של נסיעת חנינם מצד מתחרים, פוגמים בהכרח במוטיבציה של הפרט לעסוק מלכתחילה בפעילות חדשנית. מטבע הדברים יש לצפות כי בהיעדר יכולת לממש את ההשקעה, יירתע הפרט מלעסוק במחקר ופיתוח. התוצאה היא כשל שוק. היד הנעלמה אינה מסוגלת להבטיח את המשך קיומה של הפעילות החדשנית. לכל הפחות, אין בכוחה להניע

30 ראו, למשל: PINDYCK & RUBINFELD, לעיל ה"ש 26, בעמ' 624; BESANKO & BRAEUTIGGOM, לעיל ה"ש 26, בעמ' 743-774.

בעקבות הספר: ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים

פעילות בהיקף אופטימלי מזווית הראייה החברתית. התוצאה היא שמעט מדי משאבים יזרמו לפעילות מחקרית.

אלמנט הסיכון הטבוע בפעילות מחקרית מאפשר להיעזר גם במודלים מתחום תורת המימון, הבוחנים את סוגיית התמריץ להשקיע בנכס הון שקיים בו סיכון. מחקרים מתחום זה מתבוננים בשיקוליו של משקיע רציונלי, מתוך ניסיון להבין מה יגרום לו להשקיע בנכס הון אשר יש בו סיכון, בהינתן האפשרות לרכוש נכס הון נטול סיכון, אשר תשואתו מובטחת. תורת המימון מצביעה בעניין זה על קשר הדוק בין שני ערכים: סיכון ותשואה. התשואה הצפויה עומדת ביחס ישיר לסיכון הניטל. היחס בין שני הערכים הוא ישר: ככל שהסיכון גבוה יותר, כך גדלה גם התשואה הצפויה. ולהפך: ככל שהסיכון מצטמצם, כך תקטן התשואה הצפויה. הסיכון הוא הגורם אשר מעמיד בספק את עצם החזר ההשקעה או את המידה שבה ההשקעה תניב רווחים. התשואה היא התקבול שאותו המשקיע צפוי לקצור – במקרה של הצלחת ההשקעה. ככל שגדל הסיכון, ידרוש המשקיע תשואה צפויה גדולה יותר. הציפייה לתשואה גבוהה משמשת פיצוי על נטילת הסיכון. מקובל לומר כי זוהי "פרמיית סיכון". פרמיית הסיכון היא התוספת על התשואה אשר ממילא ניתן לקבל בהשקעה על נכס הון חסר סיכון. בנכס שיש בו סיכון, קבלת התשואה הצפויה אמנם איננה מובטחת, אך הסיכוי לקצור רווח גבוה יותר ב"סוף הדרך" הוא אשר ממריץ את המשקיע ליטול עתה את הסיכון.³¹

הזיקה בין סיכון לתשואה באה לידי ביטוי בתמחור נכסי הון. בעניין זה פותח מודל ידוע: מודל תמחור נכסי הון³². המודל מצביע על כך ששוק ההון קובע "מחירון סיכון", וזאת בהתאם להשקעה אפשרית בנכס נטול סיכון. ה"מחירון" מבחין בין נכסים על פי מידת הסיכון הטמונה בכל השקעה. הטענה היא כי מחיר השוק יוכרע בהתאם ליחסי הסיכון-מול-

31 התאוריה הכלכלית אשר מציגה את התשואה והסיכון כשני פרמטרים מכריעים בבחירת השקעה מוכרת כ"תאוריית הפורטפוליו", והיא פותחה לראשונה על ידי הרי מרקוביץ (Markowitz) במחקר משנת 1959: HARRY M. MARKOWITZ, PORTFOLIO SELECTION: EFFICIENT DIVERSIFICATION OF INVESTMENTS (1959) Harry M. ראו גם מאמרו: Markowitz, *Foundations of Portfolio Theory*, 46 THE J. OF FINANCE 469 (1991) לסקירה כללית בעניין זה ראו: STEPHEN A. ROSS, RANDOLPH W. WESTERFIELD & JEFFREY F. JAFFE, CORPORATE FINANCE chs. 9, 10 (2002).

32 המודל, המכונה בקיצור CAPM, פותח באופן נפרד על ידי שני חוקרים: שארפ (Sharpe), במאמר משנת 1964, ולינטר (Lintner), בשני מאמרים משנת 1965: William F. Sharpe, *Capital Asset Prices: A Theory of Market Equilibrium under Conditions of Risk*, 19 THE J. OF FINANCE 425 (1964); John Lintner, *Security Prices, Risk, and Maximal Gains from Diversification*, 20 THE J. OF FINANCE 587 (1965); John Lintner, *The Valuation of Risk Asset and the Selection of Risky Investments in Stock Portfolio and Capital Budgets*, 47 .REV. OF ECONOMICS AND STATISTICS 13 (1965).

תשואה אשר נכס ההון מציג. מניה אשר תשואתה הצפויה אינה מצדיקה את הסיכון הכרוך בה, מחירה ילך וירד עד לרמה אשר תצדיק את רכישתה. מניה אשר התשואה שהיא מציגה גבוהה מהסיכון שהיא מגלמת – מחירה ילך ויעלה עד לנקודת ההתאמה. באופן הזה מבטא מחיר השוק שיווי משקל בין תשואה לסיכון. שוק ההון אינו מפלה בעניין זה בין נכסי ההון השונים: כולם נמדדים על פי יחסי הסיכון מול תשואה שהם מציגים³³. תורת המימון מלמדת כי הפרט ישקיע בנכס שיש בו סיכון רק אם התשואה הצפויה ממנו מהווה פיצוי הולם כנגד הסיכון שהוא נוטל. הטענה שלפיה קיים קשר ישיר בין סיכון לתשואה מבוססת על שתי הנחות בסיסיות: הראשונה היא שנאת הסיכון: ההנחה היא כי משקיע רציונלי שונא סיכון, ועל כן יבקש תוספת תגמול עבור עצם הסכמתו ליטול את הסיכון. ההנחה השנייה היא כי התגמול הצפוי צריך לעמוד ביחס מידתי לרמת הסיכון שניטלה³⁴.

תובנה זו מתקיימת גם מקום שבו מדובר בהשקעה בפעילות חדשנית. אם מדמים זאת לשוק ההון, ניתן לראות בפעילות מחקרית משום השקעה בנכס רווי סיכון. סיכון זה לא יינטל, אלא אם כן עומדת לצדו תשואה צפויה ברמה אשר תואמת את רמת הסיכון. בנקודה זו משתלבת זכות הקניין הרוחני: הפטנט נועד להוות משקל-נגד לסיכון אשר המשקיע נוטל על עצמו כאשר הוא נכנס ל"הרפתקה" הכרוכה בפעילות חדשנית. ניתן להשקיף על הענקת הקניין כדרך להתמודד עם הסיכון הכרוך בפעילות זו. הפטנט מעניק לממציא זכות בלעדית לנצל את המצאתו למשך תקופה נתונה³⁵. הבלעדיות מקנה שליטה: פירושה הוא כי בעל הפטנט מחליט אם ההמצאה תנוצל וכיצד. בעל הפטנט אדון לעסקאות שתיעשנה בהמצאה, והוא קובע את כמותן, היקפן ותוכנן. הקניין מאפשר לבעל הפטנט לתמחר את המוצר המוגן ולעצב את רישיונות השימוש בו. שליטה זו נועדה לבסס את יכולתו של המשקיע לקבל תגמול בגין השקעתו. היא מבטאת את התשואה הצפויה מן הפעילות המסוכנת. ניתן לומר כי הקניין הרוחני יוצר את ערך התשואה, אשר נועד להמריץ רכישה של נכס סיכוני.

הקניין מקים את משוואת הסיכון-מול-תשואה החיונית לנטילת הסיכון שבפעילות החדשנית. בשוק ההון, יחסי הסיכון-מול-תשואה נקבעים באמצעות מנגנון השוק. ערכו הנוכחי של נכס ההון מוכרע בהתאם לרמת הסיכון הקיימת בו, בהינתן נכס הון שהשקעה בו נטולת סיכון. להבדיל ממחיר הסיכון בשוק ההון, זכות הפטנט היא פרי של החלטה חברתית. ההחלטה להעניק קניין היא התערבות מודעת בפעילות של השוק. ההנחה היא כי בהיעדר התערבות – הפעילות החדשנית הייתה נעשית בחסר, נוכח רכיב הסיכון אשר אין

33 ראו גם: Jan Mossin, *Equilibrium in a Capital Asset Market*, 34 *ECONOMETRICA* 768 (1966); Eugene F. Fama, *Risk, Return, and Equilibrium*, 79 *J. OF POL. ECON.* 30 (1971).
 34 הסבר יפה ובהיר בקשר לכך מוצג בספרו של ברילי: RICHARD A. BREALEY, AN INTRODUCTION TO RISK AND RETURN FROM COMMON STOCKS 159–161 (2nd ed. 1983).
 35 ברגיל, מדובר בבלעדיות לתקופה של 20 שנה, ראו ס' 52 לחוק הפטנטים, התשכ"ז-1967.

בעקבות הספר: ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים

לו פיצוי. החברה מבקשת להפוך תוצאה זו באמצעות הענקת קניין (מוגבל) בהמצאה. התערבות חברתית זו מחייבת הכרעה בשאלה "כמה קניין" לתת. מחיר הסיכון של נכס ההון מוכרע באמצעות מנגנון השוק, ואילו מחיר הסיכון של הפעילות החדשנית נותר להכרעה שלטונית. ההחלטה להעניק זכות קניין אינה מתמצית אפוא בעצם העמדת הזכאות. עלינו להוסיף ולהכריע בשאלת היקפו של הקניין.

בסוגיה של הענקת זכות קניין לפיתוח של ידע נרשמו עבודות כלכליות חלוציות, שלא נס ליחן: מחקר של ארו (Arrow)³⁶ וכן של נורדהוס (Nordhaus)³⁷. עבודתו המונומנטלית של ארו מציגה את המודל הבסיסי להצדקת הפטנט כמנוע לפעילות חדשנית. ארו טען כי יש בתעשייה נטייה להשקעה בחסר במחקר ופיתוח, נוכח קשייה של החברה לנצל את פירות השקעתה בשוק תחרותי. קושי זה עלול לסכל זרימה מיטבית של משאבים לפעילות מחקרית. ארו זיהה שלוש בעיות הניצבות בפני שוק תחרותי כמודל להשגת יעילות בהקצאת משאבים למחקר ופיתוח: תמחור בעלות שולית, הפער בין תועלת פרטית לתועלת חברתית ובעיית חוסר הוודאות. הגנת הפטנט נועדה להתמודד עם בעיות אלה ולעודד השקעה מיטבית בפעילות חדשנית, על פי קנה מידה חברתי. נורדהוס תיאר שני כשלי שוק הדורשים פתרון. האחד הוא היקף התשומות הכולל הנדרש כדי לייצר ידע והשני הוא ההשפעות החיצוניות הגבוהות המלוות את התהליך החדשני³⁸. אשר להיקף התשומות, קיים חוסר פרופורציה בין ההשקעה הנדרשת לייצור הידע, לבין העלות – הנמוכה יחסית – הנדרשת לשכפול הידע ולהפצתו. זניחות העלות השולית לשכפול הידע ביחס לעלות הממוצעת הנדרשת לפיתוח מובילה לכישלון המנגנון של השוק החופשי. ההנחה היא שבמצבים כאלה, השוק לא יתפקד ביעילות. התוצאה תהא היעדר ייצור ידע או ייצור תת-אופטימלי של ידע, או שייצורו יתרכז במספר קטן של גורמים כלכליים. כשל השוק השני – השפעות חיצוניות – נובע מחוסר יכולתה של החברה "לתפוס" את כל פירות ההמצאה. גם בעיית הניצול אינה מאפשרת למנגנון השוק לתפקד ביעילות. דיני הפטנטים נועדו להתגבר על בעיית הניצול בדרך של הפנמת ההשפעות החיצוניות והקניית האפשרות לנצל את פרי ההמצאה. זאת ועוד: מקום שבו יש פער כה גדול בין ההשקעה הראשונית הנדרשת לייצור

36 ראו: Kenneth J. Arrow, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in THE RATE AND DIRECTION OF INVENTIVE ACTIVITY: ECONOMIC AND SOCIAL FACTORS: A CONFERENCE OF THE UNIVERSITIES-NATIONAL BUREAU COMMITTEE FOR ECONOMIC RESEARCH AND THE COMMITTEE ON ECONOMIC GROWTH OF THE SOCIAL SCIENCE RESEARCH COUNCIL 609 (1962).

37 ראו: WILLIAM D. NORDHAUS, *INVENTION, GROWTH, AND WELFARE: A THEORETICAL TREATMENT OF TECHNOLOGICAL CHANGE* (1969).

38 שם, בעמ' 35-38.

המוצר ובין העלות השולית לשכפולו, נוצר יתרון לגודל (Economies of Scale)³⁹. יתרון לגודל מתקיים במצב שבו עלות הייצור הממוצעת פוחתת עם הגידול בתפוקה. קיומו של יתרון לגודל מטיל ספק ביעילותו של מודל התחרות המשוכללת כמשטר לקיומה של פעילות חדשנית.

בסיכומם של דברים, השילוב בין שתי התכונות המאפיינות את שוק הידע – עצמת ההשקעה הראשונית והחצנת התוצאות – מסכל את מנגנון השוק החופשי כפתרון יעיל, ומצדיק התערבות רגולטיבית. הפטנט אינו אלא רגולציה בעקבות זיהויו של כשל שוק, ששורשיה נעוצים בשאיפה לקדם יעילות דינמית. ואולם השאיפה להשיא את היעילות הדינמית אינה מושגת בשלמות באמצעות מוסד הפטנט. אחת השאלות המטרידות בהקשר זה עוסקת במתח שבין הענקת פטנט לבין היווצרות מונופול. החשש הוא כי הפטנט יהווה קרש קפיצה להיווצרות מונופול – על כל העלויות החברתיות הנובעות ממנו. הקשר בין פטנט למונופול מחזיר לקדמת הבמה את השאלה שהציג אייל, בדבר המתח בין פניה השונים של היעילות. להלן אציג בקווים כלליים את הדילמה שבין מוסד הפטנט לבין המונופול.

ד. פטנט ומונופול

היסודות למחשבה המודרנית בתחום זה נטועים בעבודתו הוותיקה של הכלכלן ג'וזף שומפיטר (Schumpeter). מלומד זה טען כי מתקיים קשר אינטימי בין תהליכי חדשנות לבין מונופול⁴⁰. הקשר מתבטא בשני היבטים: היבט אחד נעוץ בזה, שכדי להניע את הפרט לחדש, יש לאפשר לו מידה מסוימת של כוח שוק, על מנת שיוכל להרוויח רווחים שהם מעל לרווחים תחרותיים. ללא הפיתוי שיוצר הרווח העודף – לא יתקיים די תמריץ לחדש. היבט זה בטיעונו של שומפיטר נהנה ממידה רבה של הסכמה בקרב כלכלנים. ההנחה הרווחת היא כי הגנת הקניין תורמת להיקף ההשקעה והעיסוק במחקר ופיתוח ומקרכת אותם לרמתם המיטבית⁴¹.

- 39 להגדרת המושג ראו, למשל: DENNIS W. CARLTON & JEFFREY M. PERLOFF, MODERN INDUSTRIAL ORGANIZATION 35–36 (3rd ed. 1999).
- 40 ספרו המרכזי של שומפיטר המפתח את הטיעון הזה הוא: JOSEPH A. SCHUMPETER, CAPITALISM, SOCIALISM & DEMOCRACY chs. VII, VIII (5th ed. 1994).
- 41 ראו למשל: WILLIAM L. BALDWIN, MARKET POWER, COMPETITION, AND ANTITRUST POLICY: 270–271 (1987).

בעקבות הספר: ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים

ההיבט האחר בטיעונו של שומפיטר מצוי בשאלת הקשר בין מבנה שוק מונופוליסטי לבין התמריץ להמשיך ולחדש. לכאורה, מונופול מצוי במצב טוב יותר בהשוואה ליצרן הפועל במשטר תחרותי, בכל הקשור ליכולת לקיים תהליך של מחקר ופיתוח. שומפיטר סבר כי רק פירמה גדולה מסוגלת לשאת במאמץ ובסיכון הכרוכים בפיתוח טכנולוגי. לשיטתו, הרווח המונופוליסטי הוא מקור אידאלי למימון הפעילות המחקרית. בנוסף, מעמד של מונופול מאפשר ניצול יעיל של הטכנולוגיה החדשה, באמצעות מערך של ייצור ושיווק, כמו גם יכולת טובה יותר לבטח את עצמו מפני סיכונים הפעילות החדשנית⁴².

במרכז השקפה זו עמד הטיעון בדבר כוחו של העודף הכלכלי: חברה תחרותית נאלצת להסתפק ברווחים "נורמליים" המאפשרים לה רק לשרוד, ואילו המונופול השיג רווח עודף ("רנטה"). המונופול מסוגל להשתמש ברווח זה לפעילות של מחקר ופיתוח. החלופה לכך היא גיוס כספים ממקור חיצוני, ואילו המונופול מסוגל לרתום לפעילות זו רווחים עצמיים. הסיכון הגבוה הכרוך בפעילות החדשנית מחייב מידה גבוהה של חוסן כלכלי אשר ישמש כרשת ביטחון במקרה של כישלון. שומפיטר הסיק כי מודל של תחרות משוכללת – לא רק שהוא בלתי אפשרי כאשר מדובר בפעילות חדשנית, אלא שהוא גם נחות בהשוואה למודל של מונופול.

המודל של שומפיטר הוליד מחקרים בשאלה של מבנה השוק האופטימלי לפעילות חדשנית⁴³. קיימת הסכמה רחבה כי היעילות הדינמית היא בעלת השפעה דומיננטית על איכות החיים של הפרט, ומשום כך היא זוכה לעדיפות על פני היבטים אחרים של היעילות הכלכלית⁴⁴. השאלה היא, מהם הכוחות הכלכליים המניעים פעילות חדשנית ואילו כוחות עלולים לדכא את תהליך החדשנות. הטענה של שומפיטר הייתה, כי מבנה שוק של מונופול הוא המבנה היעיל לפעילות מחקרית. ואולם התזה שפיתח הכלכלן ארו קראה תיגר על טענה זו. ב-1962 השווה ארו בין התמריץ של המונופול לבין התמריץ של המתחרה לעסוק בפעילות חדשנית⁴⁵. הוא הצביע על כך, שהמונופול כבר גורף רווח עודף בגין המוצר

42 שם, בעמ' 267–268.

43 לסקירת מחקרים שנעשו בתחום זה ראו: CARLTON & PERLOFF, לעיל ה"ש 39, בעמ' 532; DON E. WALDMAN & ELIZABETH J. JENSEN, INDUSTRIAL ORGANIZATION: THEORY AND PRACTICE ch. 14 (1998); LYNNE PEPALL, DANIEL J. RICHARDS & GEORGE NORMAN, INDUSTRIAL ORGANIZATION: CONTEMPORARY THEORY AND PRACTICE ch. 11 (1999); LUIS M.B. CABRAL, INTRODUCTION TO INDUSTRIAL ORGANIZATION ch. 9 (2000); JEAN TIROLE, THE THEORY OF INDUSTRIAL ORGANIZATION ch. 10 (1989).

44 ראו למשל: Scherer, לעיל ה"ש 23; Jerry Ellig & Daniel Lin, *A Taxonomy of Dynamic Competition Theories*, in DYNAMIC COMPETITION AND PUBLIC POLICY: TECHNOLOGY, INNOVATION, AND ANTITRUST ISSUES ch. 1 (Jerry Ellig ed., 2001).

45 ראו: Arrow, לעיל ה"ש 36, בעמ' 619–622.

הקיים. מכיוון שכך, הוא משווה בין הרווח המתקבל בגין המוצר הנוכחי לבין הרווח הצפוי עקב הפעילות החדשנית. גם המתחרה משווה בין הרווח הנתון לבין הרווח הצפוי מן החידוש. ההבדל נעוץ בכך שרווחיו הנתונים של המתחרה הם רווחים תחרותיים, ואילו רווחי המונופול הם מונופוליסטיים. הפער בין הרווח הקיים לרווח הצפוי קטן יותר כאשר מדובר במונופול וגדול יותר כאשר מדובר במתחרה. המתחרה צפוי להרוויח יותר מן המוצר החדש. על כן, הסיק ארו, יש למתחרה תמריץ גבוה יותר לחדש. טיעונו של ארו הצביע על כך, שהמונופול איננו "רעב" כמו המתחרה לרווחים נוספים. רווחיו הם כבר מונופוליסטיים, ואילו המתחרה משיג רווחים נורמליים בלבד. לעומת המונופול, המתחרה צפוי להשיג מעמד חדש שטרם היה לו⁴⁶.

אכן, ניתן להניח במידה רבה של היגיון, כי המונופול השבע ייטה לנוח על זרי דפנה. ואולם הנחה זו עשויה להיסתר, אם המונופול הקיים מאוים על ידי כניסה של מתחרים פוטנציאליים. ריצ'רד גילברט (Gilbert) ודיויד ניוברי (Newbery) טענו שלמונופול הקיים יש דווקא תמריץ גבוה יותר לעסוק בפעילות חדשנית בהשוואה לנכנס חדש אל השוק⁴⁷, משום שכניסת מתחרה עלולה לערער את מעמד המונופול ולשלול ממנו את הכתר. האבדן של כוח השוק המונופולי עלול להיות משמעותי יותר מרווחיו הצפויים של המתחרה הנכנס: המונופול מפסיד רווח מונופוליסטי קיים. המתחרה מאבד רווח עתידי שאינו ודאי. אם המתחרה יגבר על המונופול – המונופול צפוי ליפול ממרומי מעמדו. לעומתו, אם הנכנס יפסיד במרוץ, ייגרם לו אבדן רק בשיעור הוצאותיו למחקר ופיתוח. אם נניח כי עקב כניסת המתחרה החדש אל השוק ייווצר מבנה שוק של דואופול, הרי שהמונופול צפוי להפסיד את רווחו המונופולי ולהסתפק ברווח דואופולי. במשחק הזה, ההפסד של המונופול (הפער בין רווח מונופולי לבין רווח דואופולי) צפוי לעלות על הרווח הצפוי לנכנס החדש אל השוק (הרווח הדואופולי). המסקנה שהוצעה היא, כי מונופול המאיים בכניסה של מתחרים חדשים עשוי להיות בעל מניע חזק להשקיע בפעילות חדשנית⁴⁸. המחקר הכלכלי התאורטי מצביע על מגוון שיקולים העשויים להשפיע על הזיקה שבין כוח מונופולי לבין פעילות חדשנית. קו הטיעון התומך בתזה של שומפיטר מדגיש את יכולותיו הטובות של המונופול לעסוק במחקר ופיתוח: גודל הפירמה וכוח השוק עשויים לאפשר פיזור טוב יותר של הסיכון הכרוך בפעילות המחקרית; האמצעים הפיננסיים

46 ראו: TIROLE, לעיל ה"ש 43, בעמ' 392.

47 ראו: Richard J. Gilbert & David M. G. Newbery, *Preemptive Patenting and the Persistence of Monopoly*, 74 AM. ECON. REV. 514 (1982).

48 ראו גם: TIROLE, לעיל ה"ש 43, בעמ' 392; CARLTON & PERLOFF, לעיל ה"ש 39, בעמ' 532; PEPALL, RICHARDS & NORMAN, לעיל ה"ש 43, בעמ' 595, 614–616; CABRAL, לעיל ה"ש 43, בעמ' 295–297.

בעקבות הספר: ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים

העומדים לרשות המונופול מאפשרים לשכור שירותי כוח אדם ומומחים טובים ואיכותיים; המונופול עשוי לנצל יתרונות לגודל לצורך פעילות של מחקר ופיתוח; הוא גם מסוגל להעמיד את מערך השיווק וההפצה אשר כבר קיים ברשותו לצורכי הפצת תוצרי הפעילות החדשנית; בדרך זו יש ביכולתו לשווק במהירות וביעילות את המוצר החדש וכך להפיק את המרב מהשקעתו. דגש עיקרי הושם על יכולתו של המונופול לממן את המחקר והפיתוח ממקורות עצמאיים. המימון העצמי חוסך נטילת הלוואה, אשר כרוכה לא רק בעלויות עסקה, אלא גם בסיכון של חשיפת תכנית המחקר ואבדן היתרון העסקי הגלום בה⁴⁹. מנגד, קו הטיעון התומך בתזה של ארו מדגיש את התמריץ החלש יחסית של המונופול להמשיך ולעסוק במחקר ופיתוח⁵⁰. המונופול, אם יחדש, כביכול מחליף את עצמו, אך לא מגדיל את כוחו הכלכלי בשוק. מוצר מונופוליסטי אחד ממיר את עצמו במוצר מונופוליסטי אחר, מבלי שהמונופול גורף תוספת רווח משמעותית. תופעה זו זכתה לכינוי Replacement Effect. היא מצביעה על התמריץ הנמוך של המונופול לעסוק במחקר ופיתוח⁵¹. הוויכוח התאורטי הוליד מחקר אמפירי⁵². מטבע הדברים, הניסוי האמפירי נתקל בבעיות מדידה הכרוכות בהשוואה בין תעשיות שונות⁵³. למרות זאת, חוקרים הסיקו כי הממצאים סותרים בדרך כלל את התזה הקושרת באופן חיובי בין כוח שוק קיים לבין המשך הפעילות החדשנית. המחקר הראה כי פרט למידה צנועה של ריכוזיות שוק וגודל מינימלי של פירמה – הרי מאמצי חידוש מופיעים באופן יחסי שווה למדי בין החברות בתעשיות שונות וכן בין חברות בגדלים שונים⁵⁴. כהן ולוין הצביעו על כך שלא נמצאה תמיכה

- 49 לשיקולים מעין אלה ראו למשל: II Wesley M. Cohen & Richard C. Levin, *Empirical Studies of Innovation and Market Structure*, in HANDBOOK OF INDUSTRIAL ORGANIZATION ch. 18 (Richard Schmalensee & Robert Willig eds., 1989); P.E. AREEDA, H. HOVENKAMP, J.L. SOLOW, ANTITRUST LAW s. 407c (2nd ed. 2002)
- 50 ראו: MORTON I. KAMIEN & NANCY L. SCHWARTZ, MARKET STRUCTURE AND INNOVATION: ch. 2 (1982)
- 51 למשל: PEPALL, RICHARDS & NORMAN, לעיל ה"ש 43, בעמ' 594, CABRAL, לעיל ה"ש 43, בעמ' 294.
- 52 לסקירת המחקרים האמפיריים ראו: WALDMAN & JENSEN, לעיל ה"ש 43, בעמ' 360–364; PEPALL, RICHARDS & NORMAN, לעיל ה"ש 43, ס' 11.2.2, Cohen & Levin; לעיל ה"ש 49, פרק 18; PAUL A. GEROSKI, MARKET STRUCTURE, CORPORATE PERFORMANCE AND INNOVATIVE ACTIVITY ch. 4 (1994); F.M. SCHERER, INNOVATION AND GROWTH: SCHUMPETERIAN PERSPECTIVES ch. 9 (1984)
- 53 לבעיות המדידה במחקר אמפירי המבקש לבדוק את השפעת מבנה השוק על רמת החדשנות בו ראו למשל: Cohen & Levin, לעיל ה"ש 49, פרק 18.
- 54 לסקירת מחקרים אמפיריים הסותרים את התזה של שומפיטר ראו גם: BALDWIN, לעיל ה"ש 41, בעמ' 284–285; PEPALL, RICHARDS & NORMAN; לעיל ה"ש 43, בעמ' 600.

אמפירית בטיעון של שומפיטר על אודות זיקה חיובית בין כוח שוק לבין מחקר ופיתוח⁵⁵. שירר (Scherer) טען כי ניתוח הנתונים – לא רק שמעלה ספק אם המונופול הוא המנוע היעיל להתפתחות טכנולוגית, אלא שהעובדות סותרות את הטענה "סתירה ניצחת"⁵⁶. ויליאם בלדווין (Baldwin) וג'ון סקוט (Scott) סיכמו בספרם ארבעים שנים של מחקר אמפירי בעקבות עבודתו של שומפיטר⁵⁷. המחקר הצביע על כך שהקשר בין גודל החברה לבין פעילות חדשנית הוא חלש. ישנן ראיות המצביעות כי רמה גבוהה של ריכוזיות דווקא מחלישה מחקר ופיתוח. לעומת זאת, פירמות חדשות, או פירמות מבוססות הנכנסות לשוק חדש, הציגו תרומה ניכרת לחדשנות, העומדת ביחס לא פרופורציונלי לכוח השוק שבידן. גרוסקי (Geroski) סיכם כי המחקר מסמן את "החברות הקטנות" כגורמים מובילים בפעילות של פיתוח⁵⁸. לדעתו, דווקא לשחקני השוליים יש מניע חזק ביותר לחדש ובדרך זו לגרוף נתח שוק, ואילו חברות אשר כבר נהנות מרנטה כלכלית – צפויות להתנגד לשינוי. כך, אף על פי שחברות מונופוליסטיות נהנות ממקורות טובים יותר ליצירת תהליכים חדשניים, הרי הפעילות ההמצאתית עבורן אינה אלא המרת רנטה אחת באחרת.

הנה כי כן, אף שניתן לזקוף לטובת המונופול את יכולתו הפיננסית ליטול את הסיכון שבפעילות המחקרית – הרי שבה במידה ניתן להניח כי בהיעדר איום תחרותי יימנע המונופול מן המאמץ, נוכח העובדה שהוא כבר הגיע אל פסגת ההר. איום תחרותי על המונופול נתפס כגורם משמעותי – אולי גורם שבלתו אין – להנעת המונופול לחדש. ויליאם באומל (Baumol) וג'אנוז אורדובר (Ordover) הציעו כי מבנה השוק המיטבי לתהליכי חדשנות הוא זה שבו החברות הן בינוניות וחשופות כל העת ללחץ תחרותי יעיל⁵⁹. גודל הפירמה ביחס לגודל השוק עשוי לתמוך ביכולתה להשקיע במחקר ופיתוח. האיום התחרותי הכרחי כדי להניע את החברה להוציא יכולתה מן הכוח אל הפועל. ארידה (Areeda), הובנקמפ (Hovenkamp) וסלו (Solow) הצביעו אף הם על חשיפת השוק לכניסת מתחרים חדשים כגורם משמעותי בתהליכי חדשנות. כניסת מתחרים צפויה לקדם פעילות חדשנית בשני מישורים: הן בצד היזמים החדשים והן בצד הפירמות הקיימות, המאוימות על ידי הנכנסים. לכן פוטנציאל של כניסת מתחרים נראה כגורם בעל חשיבות גדולה יותר

55 ראו: Cohen & Levin, לעיל ה"ש 49, בעמ' 1078.

56 ראו: Scherer, לעיל ה"ש 52, בעמ' 198.

57 ראו: William L. Baldwin & John T. Scott, Market Structure and Technological Change ch. 3 (1987).

58 ראו: Geroski, לעיל ה"ש 52, בעמ' 42.

59 ראו: William J. Baumol & Janusz A. Ordover, *Antitrust: Source of Dynamic and Static Inefficiencies?*, in *ANTITRUST, INNOVATION, AND COMPETITIVENESS* ch. 4, p. 82 (Thomas M. Jorde & David J. Teece eds., 1992).

בעקבות הספר: ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים

לחדשנות בהשוואה למבנה הספציפי של השוק⁶⁰. הכלכלן דייוויד טיס (Teece) תקף את הטענה המוצאת יתרון משמעותי באמצעים הכספיים העומדים לרשות המונופול. לדעתו, טיעון זה הוא אנכרוניסטי, באשר הוא מתעלם משוק ההון המודרני ומן היכולת לגייס הון מן הציבור. לדעתו, אף שחדשנות דורשת גישה להון, הרי אין מקום להניח כי חברה החסרה כוח מונופוליסטי לא תוכל לגייס לשם כך את ההון הנדרש⁶¹.

נראה כי השאלה מה משפיע על תהליכי חדשנות היא מורכבת, ואין לה תשובה אחת. למרות זאת, המחקר המצטבר מבוסס דיו על מנת לזנוח את האמונה השומפיטריאנית – "הרומנטית אך נאיבית"⁶² – הרואה בחברות ענקיות את המקור הבלעדי או העיקרי לקדמה טכנולוגית. דומה כי תחרות ויזמות מהוות מנוע חיוני ובוודאי לא פחות חשוב להמשך התהליך החדשני⁶³.

ה. ואיזו יעילות מטרידה את דיני ההגבלים העסקיים?

נחזור עתה אל דיני ההגבלים העסקיים. מהי היעילות העומדת ביסודם? כיצד עליהם להתייחס למתח שבין היעילות ההקצאתית ליעילות הדינמית? באופן מסורתי, מדיניות האכיפה של דיני ההגבלים האמריקניים נועדה למנוע היווצרות של מונופול ולכל הפחות

60 ראו: AREEDA, HOVENKAMP & SOLOW, לעיל ה"ש 49.

61 ראו: DAVID J. TEECE, MANAGING INTELLECTUAL CAPITAL: ORGANIZATIONAL, STRATEGIC, AND POLICY DIMENSIONS ch. 2.3.1 (2000).

62 ראו: Scherer, לעיל ה"ש 20, בעמ' 49.

63 המקרה המפורסם של U.S. v. Microsoft Corp מדגים זאת פעם נוספת: באותו עניין הגיש משרד המשפטים האמריקני תביעה נגד ענקית המחשבים, בטענה של מונופולרזציה ודחיקת מתחרים. במישור המעמד המונופולי נמצא כי מיקרוסופט אוזרת ב-95% משוק מערכת ההפעלה למחשבים. אחת מן הפרקטיקות שנבחנה הייתה האינטגרציה הטכנולוגית בין מערכת ההפעלה של מיקרוסופט (Windows) לבין דפדפן האינטרנט שלה – Internet Explorer. מיקרוסופט ביקשה להבטיח את ניצחון הדפדפן שלה, תוך דחיקת רגליו של דפדפן מתחרה של חברת נטסקייפ (Navigator). כדי להשיג זאת, מיקרוסופט חסמה את האפשרות הטכנולוגית של המשתמש להסיר את הדפדפן, ועיצבה את מערכת ההפעלה כך שכל ניסיון למחקר יגרום נזק בתפקודי המחשב. בית המשפט הפדרלי פסק כי מיקרוסופט לא הצביעה על כל יתרון טכנולוגי הנובע מפרקטיקה זו. נפסק כי אין מדובר אלא באסטרטגיה לדחיקת חלופה תחרותית. ההנחה היא כי התנהלות מונופוליסטית מעין זו צפויה לחבל ביזמות מצד מתחרים, ועל כן גם בהימשכותם של תהליכי החידוש. לפסק הדין של הערכאה הראשונה ראו: F.Supp. 87 (2000) 2d 30. לפסק הדין של ערכאת הערעור ראו: 253 F.3d 34 (2001).

לפקח על הפעלתו⁶⁴. ביסודם של דינים אלה מונחת ההנחה כי המונופול הוא שורש כל רע מבחינת פעילותו התחרותית של השוק. ההנחה היא כי מודל של תחרות משוכללת מהווה מעין מפת דרכים אשר יש ללכת לפיה⁶⁵. באופן ציורי אפשר לומר כי הרעיון הוא לתקן את הגרף. אם גרף התחרות המשוכללת מבטא מצב יעיל ואילו המונופול יוצר כשל שוק – ראוי להסיר את כשל השוק באופן שיאפשר לנקודת המפגש בין תפוקה למחיר לחזור למקומה המיטבי.

ואולם החתירה ליעד של יעילות הקצאתית עלולה לבוא על חשבון היעד של יעילות דינמית. כאשר עוסקים ביעילות הקצאתית, ההתייחסות היא למערך משאבים נתון. היעילות הדינמית, לעומת זאת, מתרוממת מעל תמונת המצב הסטטית ושואפת להגדיל את מגוון המשאבים העומדים לרשות החברה. כאשר זהו היעד, אנו נדרשים לסטות ממודל של תחרות משוכללת. דיני הקניין הרוחני עושים זאת באמצעות ה"מונופול" הטמון בפטנט. מהי העמדה שדיני ההגבלים העסקיים צריכים לנקוט כלפי הערך של יעילות דינמית? דינים אלה, כמכשיר של רגולציה חברתית, אינם יכולים להתחמק מן הפוטנציאל החברתי הטמון ביעילות הדינמית, ככלי לצמיחה כלכלית. כלכלנים החוקרים את תחום הארגון התעשייתי מציינים את עליונותה של היעילות הדינמית על פני היעילות ההקצאתית. וולדמן (Waldman) וג'נסן (Jensen) עמדו על כך, שגם תעשייה המשיגה יעילות סטטית עשויה להימצא במצב עלוב מבחינת הביצועים הכלכליים שהיא מציגה, אם היא נכשלת בקיום פעילות של מחקר ופיתוח בשיעור מיטבי⁶⁶. שירר טען כי אם דיני ההגבלים העסקיים קשורים רק ליעילות ההקצאתית, הרי שמידת חשיבותם החברתית היא קטנה ביותר. הרווחים וההפסדים הכרוכים בתמחור מונופוליסטי הם קטנים בהשוואה לפוטנציאל הרווח הטמון בפעילות חדשנית. הרלוונטיות של דיני ההגבלים העסקיים תהא מירבית, אם הם יעמידו לנגד עיניהם גם את היעילות הדינמית⁶⁷.

הצבת היעילות הדינמית כמטרה של דיני ההגבלים העסקיים יוצרת מתח פנימי בעיצוב הדין. הטעם לכך נעוץ בקונפליקט שבין היעילות ההקצאתית ליעילות הדינמית, כשני ערכים מתנגשים. יעילות אחת עלולה לדרוש הקרבה של רעותה. הקפדה על יעילות סטטית (למשל, תוך הטלת מגבלות על התנהגות המונופול), עלולה לבוא על חשבון היעילות

64 למשל: Joseph F. Brodley, *The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress*, in REVITALIZING ANTITRUST IN ITS SECOND CENTURY ch. 4, p. 99 (Harry First, Eleanor M. Fox & Robert Pitofsky eds., 1991)

65 ראו, למשל: F.M. SCHERER & DAVID R. ROSS, *INDUSTRIAL MARKET STRUCTURE AND ECONOMIC PERFORMANCE* ch. 2 (3rd ed. 1990).

66 ראו: BALDWIN, לעיל ה"ש 41, בעמ' 9.

67 ראו: Scherer, לעיל ה"ש 20, בעמ' 37.

בעקבות הספר: ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים

הדינמית (משום החשש להחלשת התמריץ לחדש). מנגד, אם בשם היעילות הדינמית נתיר פרקטיקות לדחיקת מתחרים מצד בעל הפטנט, עלול המחיר הסטטי להיות כבד מדי. אין להירתע מן הקונפליקט הפנימי. קיומו מבטא ראייה כלכלית רחבה. דומה כי המתח שבין יעילות סטטית לבין יעילות דינמית צריך לקבל מענה מתוך בחינת השאלה הבאה: מהו המחיר שנהיה מוכנים לשלם, במונחים של יעילות סטטית, כדי לקדם ערכים של יעילות דינמית? זוהי שאיפה לאיזון ולפשרה בין שני סוגי היעילות⁶⁸.

ו. סיכום

הספר בעריכתם של גל ופרלמן מעורר עניין. הוא מציג לקורא תובנות מתחום החשיבה הכלכלית, אשר צפויות לתרום לשיח המשפטי הכללי בתחומים מסחריים רחבים. הניתוח הכלכלי שבספר גולש אל מעבר לחוק ההגבלים העסקיים. מושג היעילות הכלכלית, על פניו ועל ניגודיו, מאיר דילמות חברתיות בעיצובם של פתרונות משפטיים. ברשימה זו הדגמתי יעילות אחת מהן באמצעות עיון כלכלי במוסד הפטנט. ראינו כי השאיפה לדחוף את חזית הצמיחה החברתית (יעילות דינמית) מחייבת הענקת הזכאות הבלעדית שבפטנט; ואולם החשש מהיווצרות כוח שוק מונופוליסטי קורא לרסן את הפטנט ולהגביל את היקפו. הדיון מלמד כי מושג היעילות ממריא מעל לחוק ספציפי זה או אחר ("חוק ההגבלים העסקיים", "חוק הפטנטים"). מושג היעילות הכלכלית אינו נצמד למשבצת משפטית מסוימת, אלא עוטף את המשבצות המשפטיות היחידניות בעטיפה רעיונית אחת.

סקירתי לא נועדה להחליף קריאה בספר, אלא לעורר עניין לקריאה בו. בכך אני מצטרפת לדברי ההקדמה של כבוד השופטת (בדימוס) מרים נאור: "הספר ניתוח כלכלי ומשפטי של דיני ההגבלים העסקיים בעריכת מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן ממלא חסר במדף הספרים הישראלי ויש בו תרומה חשובה להתפתחות החשיבה המשפטית והתשובה הכלכלית והחברתית, בדיני ההגבלים העסקיים. תרומתו בעיני היא למחקר העיוני ולחיי המעשה כאחת"⁶⁹. יש לשמוח כי על כריכת הספר מופיעה הכותרת "כרך ראשון" – המרמזת ומבטיחה כי המשך יבוא. ברכותיי לכותבים ולעורכים על הוצאת ספרם.

68 על הצורך בפשרה בין היעילות הסטטית ליעילות הדינמית ראו, למשל: CABRAL, לעיל ה"ש 43, בעמ' 26–29; Baumol & Ordover, לעיל ה"ש 59, בעמ' 82; Janusz A. Ordover, *Economic Foundations and Considerations in Protecting Industrial and Intellectual Property*, 53 ANTITRUST L.J. 503 (1984).

69 לעיל ה"ש 1, בעמ' 15.