

## דוקטרינת ההשפעות כבסיס לתחולה חוץ-טריטוריאלית של חוק התחרות

מאת

תמר אינדיג\* ומיכל גל\*\*

### תקציר

דוקטרינת ההשפעות (The Effects Doctrine) מהווה בסיס חשוב להחלת הדין המקומי באופן חוץ-טריטוריאלי. דוקטרינה זו, המהווה חלק מהמשפט הבינלאומי הפומבי המנהגי בדיני התחרות, מרחיבה בתנאים מסוימים את סמכות השיפוט של מדינה גם למעשים של בני אדם או של תאגידים זרים אשר נעשו מחוץ לגבולותיה, אך משפיעים עליה ומפירים את חוקיה. הדוקטרינה משקפת את התובנה שהמסחר בעידן הגלובלי המודרני, המתאפיין בפעילות עסקית חוצת גבולות שבגדרה התנהגות הננקטת במדינה אחת עלולה להסב פגיעה במדינה אחרת, מחייב חריגה מתפיסה טריטוריאלית צרה של ריבונות. בהיותה חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי ובהיעדר הוראה נוגדת, הדוקטרינה מאמצת אוטומטית אל תוך הדין הישראלי.

תחולתה של הדוקטרינה בדיני התחרות עומדת כיום לפתחו של בית המשפט העליון בשני מקרים שעניינם קרטלים בינלאומיים. התנאים שייקבעו לתחולתה ישפיעו על האפשרות להחיל את חוק התחרות על מעשים חוץ-טריטוריאליים של זרים הפוגעים בתושבי ישראל, ועשויים להשליך גם על תחולתם של חוקים נוספים. על כן יש חשיבות רבה לקביעתם באופן שיעלה בקנה אחד עם המנהג הבינלאומי וכן ישירות את מטרות הדין הישראלי. פסקי הדין שיינתנו ישליכו על רמת ההרתעה כלפי מעוולים פוטנציאליים. המאמר מבקש לתרום לעיצוב מתווה מיטבי כאמור. לשם כך הוא סוקר את המנהג הבינלאומי בנושא, ובפרט את השינויים הרבים שחלו בעשור האחרון. הסקירה מזהה ארבעה מודלים המקובלים כיום בעולם, המשקפים מנעד נרחב של שיקול דעת בעת עיצוב הדוקטרינה. כן הוא פורס את השיקולים אשר ראוי כי ידריכו את מקבלי ההחלטות בבחירת המתווה בישראל, ומציע

---

\* דוקטור למשפטים, פוסט-דוקטורנטית במרכז למשפט ולטכנולוגיה, אוניברסיטת חיפה; בעבר עוזרת משפטית בבית המשפט העליון ועורכת דין בייעוץ המשפטי למערכת הבטחון.

\*\* פרופסור למשפטים וראש המרכז למשפט ולטכנולוגיה, אוניברסיטת חיפה; נשיאת הארגון העולמי לחוקרים בתחום דיני התחרות (ASCOLA).

הכותבות מבקשות להודות לשי צדיק על עזרת מחקר יוצאת מן הכלל ולקוראים החיצוניים ולצוות המערכת של "עיוני משפט" על הארות מצוינות לגרסאות קודמות.

שתחולה חוץ־טריטוריאלית של דיני התחרות בישראל תותנה בשני תנאים המצויים בליכת הזיקה הנדרשת במשפט הבינלאומי: השפעה משמעותית פוטנציאלית על השוק הישראלי, הצפויה אובייקטיבית באופן סביר. כן מוצעת פרשנות מתונה לתנאים אלה, המתישבת עם הנוהג ברחבי העולם ועם מאפייניה של ישראל.

319	מבוא
322	א. דוקטרינת ההשפעות כחלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי
322	1. סקירה כללית
324	2. תחולת הדוקטרינה בארה"ב
	3. שינוי המגמה העולמית מהסתייגות לתמיכה והתפתחות הגוונים (וריאציות)
332	של הדוקטרינה
333	(א) האיחוד האירופי
336	(ב) אימוץ הדוקטרינה במדינות נוספות
340	(ג) ארבעה מודלים עיקריים
342	4. דוקטרינת ההשפעות בדיני התחרות – מנהג בינלאומי
349	ב. הדין ונחיצות האכיפה בישראל
349	1. כללי: דוקטרינת ההשפעות היא חלק מהדין הישראלי
	2. ישראל ככלכלה קטנה: האם ראוי להימנע מהחלת החוק הישראלי בשל
351	החצנות חיוביות?
356	3. עניין רלפי
360	ג. שיקולים מדריכים לעיצוב מתווה דוקטרינת ההשפעות בישראל
364	ד. המתווה המוצע לתחולה החוץ־טריטוריאלית של דיני התחרות בישראל
365	1. התנאים להחלת הדוקטרינה
365	(א) השפעה משמעותית פוטנציאלית
366	(ב) צפיות סבירה לפגיעה
368	(ג) אין לדרוש ישירות, ולמצער יש להחיל פרשנות מקילה
370	(ד) אין לאמץ את תנאי הפגיעה המכוונת
	(ה) סיכום המתווה המוצע – השפעה משמעותית פוטנציאלית, הצפויה
372	אובייקטיבית באופן סביר
373	2. היבטים חיצוניים לדוקטרינה
373	(א) כללי הנימוס הבינלאומי
473	(ב) מבחן היישום כמבחן חלופי
374	(ג) תביעות פרטיות מול אכיפה של רשות התחרות
375	סיכום

## מבוא

לאחרונה התבקש בית המשפט העליון להכריע בשאלת אימוצה של דוקטרינת ההשפעות (The Effects Doctrine) והיקפה הראוי במשפט הישראלי בשני מקרים שונים שעניינם קרטל בינלאומי אשר פגע גם בצרכנים ישראליים.<sup>1</sup> דוקטרינה זו, המהווה חלק מהמשפט הבינלאומי הפומבי המנהגי (להלן: "המשפט הבינלאומי המנהגי"), מרחיבה בתנאים מסוימים את סמכות השיפוט של מדינה גם למעשים של בני אדם או של תאגידים זרים (להלן: "זרים") אשר נעשו מחוץ לגבולותיה אך משפיעים עליה ומפירים את חוקיה, גם ללא מעורבות של חברות ישראליות. הדוקטרינה משקפת את התובנה שהמסחר חוצה הגבולות בעידן המודרני, שבגדרו התנהגות הננקטת במדינה אחת עלולה להסב פגיעה של ממש למדינה אחרת, מחייב חריגה מתפיסה טריטוריאלית צרה של ריבונות. הכלכלה הדיגיטלית, המקשרת יצרנים וצרכנים מרחבי העולם במהירות וביעילות חסרות תקדים, האיצה צורך זה. בהתאם לכך הכירו מדינות רבות בחיוניות התחולה החוץ-טריטוריאלית של חוקיהן לשם מיגור התנהגות של זרים הפוגעת באזרחיהן בתוך מדינותיהן, ואימצו את הדוקטרינה.<sup>2</sup>

סיפור גלגולה של הדוקטרינה, עד שנהפכה לחלק מהמשפט הבינלאומי ולבסיס לפסיקה ולחקיקה ברחבי העולם,<sup>3</sup> הוא מרתק. סיפורה משקף שינויים בדפוסי המסחר הבינלאומי, כמו גם שינויים תפיסתיים באשר לגבולות המדינה הריבונית ולהשפעות של (אי-) אכיפה במדינה אחת על מדינות אחרות. מקורה בהחלטה שנתן בית המשפט האמריקני לפני יותר ממאה שנה, ומאז עברה תמורות משמעותיות במולדתה.<sup>4</sup> מעניין מכך, כי אף שהדוקטרינה הייתה לאורך שנים רבות מושא להתנגדות עזה מחוץ לארצות הברית, היא נפוצה וקנתה

1 רע"א 6646/19 ר.ל.פ.י. חקלאות בע"מ נ' MAN Truck and Bus AG (נבו 8.9.2019) (ערר) על החלטת בית המשפט המחוזי בת"צ (מחוזי מרכז) 31367-09-16 ר.ל.פ.י. חקלאות בע"מ נ' MAN TRUCK & BUS AG (להלן: עניין רלפי), וכן רע"א 1152/20 Royal Philips Electronic N.V נ' לנואל (נבו 16.3.2020) (להלן: עניין פיליפס 2020). ראו עוד ת"צ (מחוזי מרכז) 10812-11-14 מירום נ' Royal Phillips Electronics NV (נבו 2.5.2019) ורע"א 925/17 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ער"ר) נ' AU Optronics Corporation (נבו 31.7.2017) (להלן: עניין התנועה הצרכנית).

2 ראו Org. for Econ. Coop. & Dev. [OECD], *Executive Summary of the Roundtable on the Extraterritorial Reach of Competition Remedies*, 2, DAF/COMP/WP3/M(2017)2/ANN1 (Nov. 2, 2018), [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M\(2017\)2/ANN1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M(2017)2/ANN1/en/pdf) (להלן: OECD 2017A) "Almost all jurisdictions rely on the qualified effects test to establish jurisdiction over foreign conduct, meaning that they are able to review foreign conduct that causes domestic harm, and impose remedial measures against it"; ראו גם Brendan Sweeney, *International Governance of Competition and the Problem of Extraterritorial Jurisdiction*, in *COMPARATIVE COMPETITION LAW* 345, 349, 371-72 (John Duns et al. eds., 2015).

3 ראו סקירה להלן בפרקים 2-3.

4 *Strassheim v. Daily*, 221 U.S. 280 (1911), וראו דיון להלן בפרק א.2.

אחיזה איתנה ברחבי העולם, לרבות במדינות אשר הסתייגו ממנה נחרצות.<sup>5</sup> בעשור האחרון הורחבו גבולות הדוקטרינה משמעותית.

שאלת תחולתה וגדרי היקפה של הדוקטרינה עלתה לאחרונה בישראל בעניין רלפי, בבקשה לגילוי מסמכים במסגרת בקשה לאישור תביעה ייצוגית – נזיקית – נגד קרטל בינלאומי בין יצרניות משאיות זרות, אשר על פי הנטען גרם לכך שמשאיותיהן נמכרו במחירים על-תחרותיים גם בישראל.<sup>6</sup> התובעים טענו שניתן וראוי להחיל את חוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק התחרות הישראלי") בין היתר על בסיס דוקטרינת ההשפעות,<sup>7</sup> כיוון שהקרטל השפיע על המחיר בישראל והשפעה זאת הייתה משמעותית, ישירה וצפויה מראש. חברות המשאיות הזרות התנגדו לכך בין היתר מן הטעם שהן אינן רשומות בישראל ושלא הייתה להן כוונה מובהקת לפגוע בתחרות בישראל. בית המשפט המחוזי צידד בהכרה בדוקטרינה, אולם קבע כי העניין שלפניו אינו עומד בתנאים לתחולתה, שהם לשיטתו פגיעה מהותית, ישירה ומכוונת בישראל,<sup>8</sup> תוך שהוא משלב את התנאים המחמירים של שני המבחנים העיקריים הנהוגים בארצות הברית. שאלת תחולתה של הדוקטרינה עומדת עתה לפתחו של בית המשפט העליון במסגרת בקשת רשות ערעור בעניין זה,<sup>9</sup> וכן בבקשת רשות ערעור על החלטת ביניים בבקשה לתביעה ייצוגית בנוגע לנזק שנגרם בישראל מקרטל בינלאומי לתיאום מחירי שפופורות קתודיות.<sup>10</sup>

דוקטרינת ההשפעות היא דוקטרינה בינלאומית המיושמת במדינות רבות. כפי שעולה מעצם טיבו וטבעו של המשפט הבינלאומי המנהגי, בעוד מטרתה של הדוקטרינה וקווי המתאר הבסיסיים שלה משותפים, ישנה שונות מסוימת בין המדינות בתנאי החלתה. משכך, ראוי לברר מהם גבולות הגזרה שלה בהתאם למשפט הבינלאומי. בגדרי גזרה זו ראוי לאמץ את התנאים המיטביים להחלה חוץ-טריטוריאלית, בשים לב למטרות החוק הישראלי, למאפיינים המיוחדים של ישראל ולניסיון שהצטבר בעולם בהחלת הדוקטרינה.

בהתאם לכך, המאמר יראה כי לא נכון להעתיק באופן עיוור את תנאי דוקטרינת ההשפעות מארצות הברית, קל וחומר לשלב את התנאים המחמירים של שני המבחנים העיקריים המוחלים שם. הסתמכות על המתווה האמריקני ויישמו בדווקנות יתר, כפי שעשה

5 ראו OECD, *Roundtable on the Extraterritorial Reach of Competition Remedies*, DAF/COMP/WP3(2017)4 (Nov. 24, 2017), [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2017\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2017)4/en/pdf) (להלן: OECD 2017B) "The test of 'direct, substantial) and reasonable effects', with some differences in wording or intensity, is accepted by most jurisdictions as the limit for extraterritorial application of domestic antitrust laws" (ההדגשה במקור).

6 עניין רלפי, לעיל ה"ש 1, בפס' 20-25.

7 מאמר זה מוקדש לעיון בדוקטרינת ההשפעות. אין בהיעדר התייחסות לאפיקים אלטרנטיביים להכרה בסמכות משום הבעת עמדה.

8 עניין רלפי, לעיל ה"ש 1, בפס' 55-57.

9 עמ' 11-14 לבקשת רשות ערעור (מתוקנת ומקוצרת) ברע"א 6646/19 ד.ל.פ.י חקלאות בע"מ נ' MAN Truck and Bus AG (6.11.2019) (עותק בידי המחברות).

10 עניין פיליפס 2020, לעיל ה"ש 1. השאלה של תחולת הדוקטרינה עלתה שם במסגרת הסוגיה של רכישת סמכות שיפוט בהמצאה מחוץ לתחום.

בית המשפט המחוזי בעניין רלפי – בלי לתת משקל לרקע ההיסטורי הייחודי שהשפיע על תבניתו ולקשיים שהתעוררו בהחלתו, ומבלי לבחון מקורות השראה עדיפים מעבר לים ואת השינוי התפיסתי שעברה הדוקטרינה בעשור האחרון – יובילו לתוצאה בעייתית. אכן, לארצות הברית שמור מקום של כבוד בכך שהיא הייתה הראשונה שהחילה סמכות חוץ-טריטוריאלית על בסיס דוקטרינת ההשפעות. אולם אין בכך כדי להצדיק אימוץ של תנאים מחמירים לתחולת הדוקטרינה שנתקבעו בה לפני כמה עשורים בתגובה להתנגדות מצד מדינות אחרות, תנאים אשר היא ריככה מאז. עוד מתבקש לתת את הדעת לכך, שגם הגרסה המחמירה יותר שאימצה ארצות הברית אפשרה לה לרוב להשיג את יעדיה, לאור מעמדה בזירה הבינלאומית וגודל כלכלתה. אולם הדבר אינו נכון בנוגע לכלכלות קטנות, דוגמת ישראל.

חשוב מכך, מרבית המדינות שייסקרו במאמר זה, לרבות האיחוד האירופי, קנדה, שווייץ ויפן, אימצו תנאים מקילים יותר להחלת הדוקטרינה. כפי שיבואר, תנאים אלו מתאימים יותר להחלה בישראל, והם משקפים את השינוי המעשי והתפיסתי שהתחולל בעולם באשר לאכיפה חוץ-טריטוריאלית של דיני התחרות. הדוקטרינה מיושמת כיום במציאות שבה מרבית המדינות חוקקו דיני תחרות ורבות מהן אוכפות אותם. יתרה מכך, בנוגע לאכיפה נגד קרטלים בינלאומיים, החשש מקונפליקט בין-מדינתי פחת משמעותית בשל ההכרה שנדרשת אכיפה מקבילה מצד מדינות שונות על מנת להרתיע ולמנוע את קיומם מלכתחילה. גם דפוסי העסקים הבינלאומיים השתכללו והשתנו בשנים אלה, תוך הגדלת האפשרות שפעולה שנקטת מחוץ לגבולותיה של מדינה תשפיע משמעותית על אזרחיה. במציאות דינמית זו, ראוי שהתנאים שישראל תאמץ להחלת הדוקטרינה ישקפו שינויים אלו.

על רקע זה יש לנקוט משנה זהירות מאימוץ תנאים מכבידים לתחולת הדוקטרינה, אשר אינם מתחייבים מכללי המשפט הבינלאומי, ואשר פוגעים משמעותית באפשרות למנוע פעולות של זרים הפוגעות באזרחי ישראל, כמו גם בזכותם של ישראלים שניזוקו להיטיב את נזקיהם. כפי שהניסיון הבינלאומי מראה, מדיניות מצמצמת מדי עלולה להפוך את ישראל למתחם מוגן למפירים זרים של דיני התחרות, לרבות קרטלים בינלאומיים. מוצע שלא להחמין הזדמנות חשובה זו לעצב כרבעי את גדר הדוקטרינה בישראל, בשים לב למנהג הבינלאומי בתחום.

דוקטרינת ההשפעות אינה זרה למשפט הישראלי. היא אומצה ויושמה בישראל בהחלטות של הממונה על התחרות הכלכלית (להלן: "הממונה")<sup>11</sup>, אוזכרה בחיוב בפסיקה של בית הדין

11 ראו למשל קביעה לפי סעיף 43(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בעניין שוק הבשמים הסלקטיביים (11.2.1999) רשות התחרות 3002438, בעמ' 43 (להלן: עניין ריצ'רדסון): "תכליתו של חוק ההגבלים העסקיים – הגנה על התחרות בישראל – מלמדת כי פרשנות הדין הישראלי ברוח דוקטרינת ההשפעות מחויב המציאות... המציאות העסקית כלכלית חוצה גבולות מדיניים, ופרשנות מצמצמת לתחולת דיני ההגבלים העסקיים תפתח פתח רחב לפגיעה בתחרות בישראל"; קביעה לפי סעיף 43(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר הסדר כובל בין יצרניות מסדרי מתח מבורדי גז (16.9.2013) רשות התחרות 500473, בפס' 129-127 (להלן: עניין מסדרי המתח).

לדיני תחרות,<sup>12</sup> צוינה בפסיקת בתי המשפט,<sup>13</sup> והספרות מצדדת בתחולתה.<sup>14</sup> אולם המתווה הראוי לתחולתה בישראל טרם התברר כיאות, בפרט לאור ההתפתחויות בעשור האחרון, אשר הובילו מדינות רבות לאמץ גישה מרחיבה לתחולתה. הגם שהסוגיה באה עתה לפני בית המשפט העליון במסגרת תביעה ייצוגית בנזיקין, יש חשיבות לקביעת גדריה של דוקטרינת ההשפעות מתוך ראייה כוללת, הנותנת מענה גם להליכי אכיפה מנהליים. החלטתו עשויה להשליך גם על ענפי משפט נוספים שלהם מאפיין חוצה גבולות ניכר, דוגמת חוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ם-1980, דיני הגנת הצרכן או דיני ניירות ערך.<sup>15</sup>

מאמר זה מבקש לתרום תרומה לעיצוב המתווה הרצוי. מפת הדרכים היא כדלקמן: סקירה השוואתית וביקורתית של תנאי הסמכות החוץ-טריטוריאלית בכמה מדינות (פרק א); הדין בישראל (פרק ב); השיקולים המדריכים לעיצוב מתווה דוקטרינת ההשפעות בישראל (פרק ג); והצעה למתווה מיטבי (פרק ד). אנו מציעות להתנות את תחולת הדוקטרינה בישראל בשני תנאים המצויים בליבת הזיקה הנדרשת במשפט הבינלאומי, תוך נקיטת פרשנות מתונה: השפעה משמעותית פוטנציאלית על השוק הישראלי, הצפויה אובייקטיבית באופן סביר. מתווה זה מתיישב היטב עם הנוהג ברחבי העולם, ומקדם את תכלית החוק בישראל.

## א. דוקטרינת ההשפעות כחלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי

### 1. סקירה כללית

המשפט הבינלאומי מגדיר את היקף סמכות השיפוט של מדינה כאשר מעורבים בעניין גם אינטרסים של מדינות זרות. עקרון היסוד להקמת סמכות שיפוט מחייב שיהיה אינטרס

12 ה"כ (הגבלים עסקיים) 513/04 אק"ם בע"מ – אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פס' 26 (נבו 2.6.2011) (להלן: עניין אק"ם).

13 ת"צ (מחוזי מרכז) 10538-02-13 עמותת הצלחה לקידום חברה הוגנת נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ (נבו 19.1.2020) (להלן: עניין אל-על). בפס' 61 שם הטעים בית המשפט כי הוא אינו נדרש להכריע בנושא בשים לב לנסיבות שלפניו. הדוקטרינה הוזכרה גם בעניין התנועה הצרכנית, לעיל ה"ש 1.

14 ראו Michal S. Gal, *Extraterritorial Application of Antitrust – The Case of a Small Economy: Israel, in COOPERATION, COMITY, AND COMPETITION POLICY* 97 (Andrew T. Guzman ed., 2010) (להלן: Gal, *Extraterritorial Application*); אריאל אזרחי ודניאל גילה דיני התחרות האירופאים בראי דיני ההגבלים העסקיים הישראליים (2019) 465-462.

15 לכאורה אין הכרח לנקוט מדיניות זהה בכלל ענפי המשפט, וייתכן שיימצאו שיקולים ייחודיים שעליהם יש לתת את הדעת. לפיכך, את הדיון ואת ההסדר המוצעים כאן בהקשר של דיני התחרות רצוי לראות כנקודת מוצא להשראה ולבירור פרטני כאשר הסוגיה תתעורר בהקשרים אחרים. לנקיטת עמדה שונה בדיני התחרות ובדינים אחרים, ראו למשל William S. Dodge, *The New Presumption Against Extraterritoriality*, 133 HARV. L. REV. 1582 (2020). קצרה היריעה כאן מלנתח אם עסקינן במגמה רצויה.

לגיטימי או שתהיה זיקה מספקת בין המדינה האוכפת להתנהגות הרלוונטית.<sup>16</sup> סמכות השיפוט של מדינה היא בעיקרה טריטוריאלית, ומוגבלת לרוב לבני אדם המצויים בתחומה (subjective territoriality principle).<sup>17</sup> לצד עיקרון זה התפתחו במשפט הבינלאומי עקרונות אשר הרחיבו את סמכותה של מדינה להחיל את דיניה גם כאשר המעשים לא נעשו בתחומה. במסגרת זו צמחה דוקטרינת ההשפעות, המאפשרת למדינה להחיל – בתנאים מסוימים – את משפטה על זרים שהייתה להתנהגותם השפעה בתחום השיפוט המקומי.<sup>18</sup> בתחום דיני התחרות, שבגדרו נעשה מרב הפיתוח של דוקטרינה זו, דוקטרינת ההשפעות מקימה תחולה חוץ-טריטוריאלית של הדין המקומי בתנאים מסוימים כלפי נתבע זר, אשר להתנהגותו מחוץ לגבולותיה הייתה השפעה אנטי-תחרותית בתחום המדינה האוכפת וההתנהגות מהווה הפרה של חוק התחרות שלה.<sup>19</sup> למעשה, דוקטרינת ההשפעות מאפשרת להכיר בנזק שנגרם או שעלול להיגרם במדינה בגין ההתנהגות הזרה כבסיס לאינטרס הלגיטימי או לזיקה המספקת כנדרש להחלת דיניה.

מקורה של הדוקטרינה בפסק דין של בית המשפט העליון האמריקני משנת 1911.<sup>20</sup> בעשורים האחרונים היא אומצה בידי מדינות רבות נוספות ברחבי העולם וחלה בה תמורה עצומה.<sup>21</sup> בתחילת דרכה עוררה הדוקטרינה ביקורת ותגובות נגד קשות, אשר הובילו את בתי המשפט ואת המחוקקים שבארצות הברית לסייג את תחולתה. בהדרגה חלחה חשיבותה בעולם שבו גבולות טריטוריאליים אינם מונעים מחברות זרות מלפגוע באזרחי מדינות אחרות. לבסוף היא הפכה לנורמה בינלאומית מקובלת ולגיטימית, המוחלת כיום בידי מדינות רבות, לרבות המתנגדות החריפות ביותר להחלתה בעבר. מחקר אמפירי העלה, כי

16 ראו למשל CHRISTOPHER L. BLAKESLEY ET AL., THE INTERNATIONAL LEGAL SYSTEM 131-91 (5th ed. 2001).

17 Am. Banana Co. v. United Fruit Co., 213 U.S. 347, 357 (1909).

18 עיקרון זה נבחן בידי בית הדין הבינלאומי לראשונה בפרשת לוטוס, S.S Lotus (Fr. V. Turk.), Judgment, 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (Sep. 7) Int'l Law Comm'n, Rep. on the גם Int'l Law Comm'n, Rep. on the Work of Its Fifty-Eighth Session, 522, U.N. Doc. A/61/10 (2006) ("The effects doctrine may be understood as referring to jurisdiction asserted with regard to the conduct of a foreign national occurring outside the territory of a State which has a *substantial effect* within that territory. This basis... does not require that an element of the conduct take place in the territory of the regulating State").

19 United States v. Aluminum Co. Of Am., 148 F.2d 416, 444 (2d Cir. 1945) (להלן: עניין "Alcoa") "Both [agreements] were unlawful, though made abroad, if they were intended to affect import and did affect them"

20 KO UNOKI, COMPETITION LAWS, NATIONAL INTERESTS AND INTERNATIONAL RELATIONS 80 (2019).

21 ראו דיון להלן.

בין השנים 1980–2010 חל גידול דרמטי (פי 6 לערך) במספר המדינות שבהן יש תחולה חוץ-טריטוריאלית של דיני התחרות,<sup>22</sup> ומדינות נוספות הצטרפו למגמה זו בעשור האחרון.<sup>23</sup> עם זאת כפי שעולה מטבעה כדוקטרינה מנהגית, אין אחידות בתנאי החלטה. ארצות הברית למשל, מסייגת את תחולתה בתנאים אשר לפחות חלקם אומצו בתגובה להתנגדות הבינלאומית בעבר. מספר קטן של מדינות מחילות גישה מרוסנת אף יותר. אולם מרבית המדינות בחרו לאמץ תנאים מרוככים בהשוואה לאלו האמריקניים. אין עסקינן, אפוא, ב"תבנית אחת שאין בלתה". זאת ועוד, גם במדינות שסללו את הדרך לאימוץ הדוקטרינה לפני עשרות שנים אין קפיאה על השמרים. נהפוך הוא, התנאים לתחולתה נתונים בתהליך מתמשך ומתמיד של פרשנות ושל שינוי תוך התאמתה לעידן הגלובליזציה, להתעצמות המסחר המקוון, המטשטש את הגבולות המדינתיים והגאוגרפיים, ולתובנות החדשות בדבר הצורך באכיפה מקבילה של כל המדינות המושפעות מהתנהגות אנטי-תחרותית קרטליסטית על מנת לשרת את הרווחה המצרפית. שינויים רבים חלו בעשור האחרון, כגון אלו: בית הדין של האיחוד האירופי אימץ לראשונה את דוקטרינת ההשפעות בשנת 2017; בארצות הברית פרסמו רשויות התחרות בשנת 2017 הנחיות המרחיבות את תחולת הדוקטרינה; ביפן נדרש בית המשפט העליון לקביעת תנאי הדוקטרינה בשנת 2017; וגם בדרום קוריאה, בסין ובשווייץ התקבלו החלטות חשובות. משכך, בחינת התנאים העכשוויים להחלת הדוקטרינה היא הכרחית למיפוי המנעד הלגיטימי להחלטה בהתאם למשפט הבינלאומי המנהגי. לכך נפנה עתה.

## 2. תחולת הדוקטרינה בארה"ב

דוקטרינת ההשפעות הוחלה לראשונה בארצות הברית, ומשם נפוצה בעולם. סיפור התפתחותה מתכתב עם שינוי הנסיבות הבינלאומיות על פני ציר הזמן. לראשונה עלתה סוגיית התחולה החוץ-טריטוריאלית בפסק הדין *Am. Banana Co.* של בית המשפט העליון משנת 1909, אשר עסק בקרטל של חברות זרות שייבאו בננות לארצות הברית.<sup>24</sup> בית המשפט דחה את הרעיון שחוק התחרות המקומי יחול על התנהגות שהתרחשה כולה מחוץ לגבולות ארצות הברית. החלטתו ביטאה תפיסה צרה של משפט בינלאומי שהייתה מקובלת באותה עת, שלפיה השאלה אם פעולה היא חוקית אם לאו תוכרע לפי חוקי המדינה שבה נעשתה הפעולה, וחריגה מכך תהיה התערבות בסמכותו של ריבון אחר. שנתיים לאחר מכן הפך בית המשפט העליון את החלטתו. בעניין *Strassheim* נקבע העיקרון, שלפיו "Acts done outside a jurisdiction, but intended to produce and producing detrimental effects

22 Anu Bradford et al., *Competition Law Gone Global: Introducing the Comparative Competition Law and Enforcement Datasets*, 16 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 411, 423 (2019). תרשים 6 למאמר מלמד, כי כבר לפני עשור ביותר ממחצית מחוקי התחרות בעולם נקבעה הסמכות לתחולה חוץ-טריטוריאלית. כיוון שעסקינן בדוקטרינה מנהגית, אשר במדינות רבות אין חובה לעגנה בחוק ספציפי, מספר המדינות בעלות סמכות שכזו הוא אף גבוה מהמצוין במאמר.

23 ראו להלן פרק א.3.

24 עניין *Am. Banana Co.*, לעיל ה"ש 17.



within it, justify a state in punishing the cause of the harm as if he had been present at the effect”<sup>25</sup>. תקדים זה הרחיב את סמכות השיפוט כך שתחול גם על פעולות שנעשו מחוץ לגבולות המדינה, כל עוד הן היו מכוונות להשפיע ואכן השפיעו השפעה שלילית בארצות הברית.

לראשונה יושמה הדוקטרינה דיני התחרות בשנת 1945 בעניין *Alcoa*<sup>26</sup>. שם הוחלו דיני התחרות האמריקניים על חברה קנדית שהייתה צד לקרטל אשר גרם לעליית מחירי האלומיניום בארצות הברית.<sup>27</sup> פסק הדין מבטא את התפיסה, שלפיה עם התפתחות הסחר הבינלאומי פעולה שמבוצעת במדינה אחת עשויה להשפיע לרעה על מדינה אחרת. נקבע, כי הצורך להגן על צרכנים מקומיים מפני ההשפעה של פעולה כאמור מקים למדינה זכות להחיל את חוקיה על פעולה שיש לה השפעה מכוונת בתוך גבולותיה (were intended to affect imports and did affect them)<sup>28</sup>.

הדוקטרינה זכתה במהירות להחלה נרחבת בארצות הברית, אך לא ליישום אחיד.<sup>29</sup> בתי משפט רבים אימצו רף הוכחה נמוך לדרישת הכוונה, עד כדי התעלמות ממנה, וגם באשר לחומרת ההשפעה אומצו אמות מידה שונות, ובהן השפעה “נראית לעין” או “ניכרת” על המסחר.<sup>30</sup>

- 25 עניין *Strassheim*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 285. דעת הרוב בפסק הדין בעניין *Hartford Fire Ins. Co. v. California*, 509 U.S. 764, 795-96 (1993) (להלן: עניין *Hartford Fire*) חזרה על קביעה זו. עורר לעניין התפתחות הדוקטרינה, ראו Richard W. Beckler & Matthew H. Kirtland, *Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Law: What is a “Direct, Substantial, and Reasonably Foreseeable Effect” Under the Foreign Trade Antitrust Improvements Act?* 38 *TEX. INT'L L.J.* 11, 12-14 (2003).
- 26 יש מי שמפנים לפסק הדין בעניין *United States v. Sisal Sales Corp.*, 274 U.S. 268 (1927) אולם לא ברור אם היה צורך להחיל את הדוקטרינה באותו עניין כדי להקנות סמכות.
- 27 עניין *Alcoa*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 444-445.
- 28 שם. בית המשפט התייחס גם לצורך בהגבלה עצמית של הפעלת הסמכות. ראו גם *Cont'l Ore* Michael Faure & Xinzhu Zhang, *Towards an Extraterritorial Application of the Chinese Anti-Monopoly Law that Avoids Trade Conflicts*, 45 *GEO. WASH. INT'L L. REV.* 501, 507 (2013).
- 29 *Won-Ki Kim, The Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Law and its Adoption in Korea*, 7 *SING. J. INT'L COMPAR. L.* 386, 390-91 (2003); Claire L. Leonard, *In Need of Direction: An Evaluation of the “Direct Effect” Requirement Under the Foreign Trade Antitrust Improvement Act*, 73 *WASH. & LEE L. REV.* 489, 495-96 (2016).
- 30 *Sweeney*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 352; Beckler & Kirtland; *Timberlane Lumber Co. v. Bank of Am., N.T. & S.A.*, 549 F.2d 597, 613 (9th Cir. 1976) (להלן: עניין *Timberlane*) דרש בית המשפט הוכחה של השפעה נראית לעין על המסחר (“cognizable injury”). בעניין *Nat'l Bank of Can. v. Interbank Card Ass'n*, 666 F.2d 6, 9 (2d Cir. 1981) דרש בית המשפט הוכחה של השפעה צפויה וניכרת על המסחר (“foreseen to have any appreciable anticompetitive effects on United States commerce”).



התנגדות זו הובילה חלק מבתי המשפט האמריקניים להקשיח את התנאים להחלת הדוקטרינה. היא גם הובילה לחקיקת ה־Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982 (להלן: "FTAIA"),<sup>38</sup> אשר תיקן בין היתר<sup>39</sup> את חוק שרמן, החוק העיקרי המסדיר את דיני התחרות בארצות הברית.<sup>40</sup> לחוק ה־FTAIA היו שני יעדים עיקריים הרלוונטיים לענייננו – הפחתת הקונפליקט עם מדינות אחרות ויצירת בהירות בדבר התנאים הנדרשים להחלת הדוקטרינה.<sup>41</sup>

חוק ה־FTAIA הוסיף את סעיף a6 לחוק שרמן, המבחין בין התנהגות זרה שהיא "יבוא" לארצות הברית, לבין פעילות זרה אחרת. יבוא זר, אשר פורש בהרחבה, נותר בגדר התחולה הקיימים של חוק שרמן.<sup>42</sup> בהתאם, כפי שנקבע עוד בהלכת *Alcoa* בשנת 1945 ובהמשך בעניין *Hartford Fire* בשנת 1993, במקרה של התנהגות זרה שהיא יבוא חל חוק שרמן כאשר ההשפעה בארצות הברית היא "מכוונת ומשמעותית" ("intended and substantial effect").<sup>43</sup> לעומת זאת קבע ה־FTAIA, כי התנהגות זרה שאינה יבוא, כולל יצוא מארצות הברית ומסחר במדינה זרה, כפופה לתנאי תחולה מצמצמים יותר, כמפורט בסעיף 6a(1) שנוסף לחוק שרמן: ככלל, חוק שרמן לא יחול על התנהגות זו, אלא אם יש לה השפעה ישירה, משמעותית וצפויה באופן סביר ("direct, substantial, and reasonably foreseeable effect")

38 Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982, 15 U.S.C. § 6a  
 39 הסדר דומה נכלל בס' (3)5(a) לחוק ה־FTC (Federal Trade Commission Act of 1914, U.S.C. Sec. 45(a)(3)). הגם שחוק ה־FTAIA לא התייחס לתחולת ה־Clayton Act, רשויות התחרות הבהירו כי הן יישמו מדיניות זהה כאשר לרכישות ולמיוזגים המערבים מסחר זר, ראו U.S. DEP'T OF JUST. AND FED. TRADE COMM'N, ANTITRUST GUIDELINES FOR INTERNATIONAL ENFORCEMENT AND COOPERATION 18 (2017) (להלן: ANTITRUST GUIDELINES 2017).  
 40 ה־Sherman Act (The Sherman Antitrust Act of 1890, 15 U.S.C. §§ 1-7) נחקק בשנת 1890 והיה הבסיס למשטר התחרות האמריקני. להרחבה על אודות תוכנו, ראו למשל Antitrust Laws, U.S. FED. TRADE COMM'N, <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/ANTITRUST-GUIDELINES> (last visited May 30, 2021) וכן guide-antitrust-laws/antitrust-laws (last visited May 30, 2021).  
 2017, לעיל ה"ש 39, בעמ' 4.

41 Sweeney, לעיל ה"ש 2, בעמ' 360; Beckler & Kirtland, לעיל ה"ש 25, בעמ' 13.  
 42 הרגש בבחינה אם מדובר ביבוא הושם על אופי הפעולה ולא על מאפייניו של מבצע הפעולה. כמו כן, הסכם בין יצרנים זרים המתייחס למכירות ברחבי העולם ואינו מתייחס מפורשות למכירות לארצות הברית נחשב ליבוא, אף אם המכירות לארצות הברית הן חלק קטן מהמכירות נשוא ההסכם. גם פעולה הקשורה ליבוא, דוגמת שירותי תובלה, תיחשב ליבוא. ראו ANTITRUST GUIDELINES 2017, לעיל ה"ש 39, בעמ' 19.

43 עניין *Hartford Fire*, לעיל ה"ש 25, שם. ראו גם *United States v. Nippon Paper Indus. Co.*, 109 F.3d 1 (1st Cir. 1997) (להלן: עניין *Nippon*); ANTITRUST GUIDELINES 2017, לעיל ה"ש 39, בעמ' 17; Beckler and Kirtland, לעיל ה"ש 25, בעמ' 14-15. מבחן זה אומץ גם ב־RESTATEMENT (THIRD) OF FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES § 402(1)(c) (Am. L. Inst. 1987) (להלן: RESTATEMENT), הקובע שלמדינה יש סמכות לאסור בחוקיה "conduct outside its territory that has or is intended to have substantial effect within its territory". ס' 431 מחיל תנאים אלו גם על אכיפת חוקים. ס' 415 מחיל סמכות זאת במפורש על התנהגות אנטי־תחרותית.

על המסחר בתוך ארצות הברית, על היבוא לארצות הברית או על היצוא של יצואן אמריקני, והשפעה זו נותנת בסיס לתביעה ("חריג ההשפעה של ה-FTAIA").<sup>44</sup>

למרות הניסיון ליצור אחידות באמצעות חקיקת ה-FTAIA, נוצרו מחלוקות חדשות כאשר לפרשנות תנאיו.<sup>45</sup> התנאי של ישירות ההשפעה מדגים זאת. בשנת 2004 אימץ בית המשפט לערעורים של הערכאה התשיעית גישה מחמירה, ולפיה תנאי הישירות מתקיים רק כאשר ההשפעה על הצרכן במדינה האוכפת היא תוצאה מיידית של ההתנהגות האנטי-חרותית הנבחנת.<sup>46</sup> בתי משפט אחרים לערעורים הסתייגו מפרשנות מחמירה זו, וקבעו שהשפעה היא ישירה אם יש קשר סיבתי קרוב באופן סביר ("reasonably proximate causal nexus").<sup>47</sup> די בקשר סיבתי מרוכך ועקיף, כל עוד אין מדובר בהשפעה שהיא כל כך מרוחקת בשל חוליות רבות בשרשרת הייצור והשיווק של המוצר עד להגיעו לצרכן הסופי, שההשפעה היא בבחינת "אדוות גלים".<sup>48</sup> כמו כן קבע בית המשפט לערעורים של הערכאה השביעית, כי יש לפרש את שלושת תנאי החוק בצורה אינטגרטיבית. כאשר יתר התנאים מתקיימים בבירור, אפשר להסתפק ברף נמוך יותר באשר לתנאי הישירות.<sup>49</sup>

גבולותיו של תנאי הישירות שבו והתחדדו בשנת 2015 בהקשר של קרטל בין יצרנים זרים של רכיבי ביניים, הנמכרים להרכבה המבוצעת לעיתים במדינה אחרת ומהווים חלק ממוצרים מוגמרים המיובאים ונמכרים בארצות הברית, לרוב בידי יבואנים אשר לא היו צד לקרטל (להלן: "קרטל רכיבי ביניים").<sup>50</sup> בעניין *Motorola Mobility* עלתה שאלת סמכות השיפוט בעניין קרטל רכיבי ביניים בתחום החומרה (קרטל ה-LCD), במקרה שבו חברות בנות של חברות אמריקניות שפעלו במדינות זרות קנו את המוצר המוגמר שכלל את הרכיב שמחירו תואם, ומכרו את המוצר המוגמר לחברת האם האמריקנית, והיא אשר הגישה את התביעה.

- 
- 44 למכלול פרטי הסדר ה-FTAIA, ולדוגמאות ליישומו של חריג ההשפעה של ה-FTAIA כפי שנהוג לכנותו, ראו ANTITRUST GUIDELINES 2017, לעיל ה"ש 39, בעמ' 21-26.
- 45 Leonard, לעיל ה"ש 29, בעמ' 500-510.
- 46 ראו למשל, *United States v. LSL Biotechnologies*, 379 F.3d 672, 680 (9th Cir. 2004); *United States v. Hui Hsiung*, 778 F.3d 738 (9th Cir. 2015).
- 47 *Lotes Co., Ltd v. Hon; Minn-Chem v. Agrium Inc.*, 683 F.3d 845, 857 (7th Cir. 2012); *Hai Precision Indus. Co., Ltd* 753 F.3d 395, 398 (2d Cir. 2014).
- 48 שם, בעמ' 860 (תנאי הישירות אינו מתמלא כאשר "action in a foreign country filters through many layers and finally causes a few ripples in the United States").
- 49 שם, בעמ' 857. פסק הדין התייחס לקרטל האשלג שהורכב כולו מיצרנים זרים, הקיף 70% מהשוק העולמי, ונועד להעלות את המחיר של אשלג ברחבי העולם. חלק מהתובעים בארצות הברית קנו אשלג ישירות מאחד מחברי הקרטל. כיוון שעסקאות אלו היו בגדר "US import trade or commerce" הן נפלו לגדר מבחן *Hartford Fire*, לעיל ה"ש 25. עסקאות אחרות נפלו לגדר ה-FTAIA. כמו כן, ראו Sweeney, לעיל ה"ש 2, בעמ' 363, Eleanor M. Fox, *Antitrust: Updating Extraterritoriality*, 2019 ANTITRUST & PUB. POL'YS 5-6, <http://a-p-p-review.com/article/download/12893/11663> (להלן: Fox, *Updating*).
- 50 ראו Lizl Leonardo, *A Proposal to the Seventh and Ninth Circuit Split: Expand the Reach of the U.S. Antitrust Laws to Extraterritorial Conduct that Impacts U.S. Commerce*, 66 DEPAUL L. REV. 175, 189-93 (2017); *Updating*, Fox, בעמ' 7-9.

בית המשפט היה מוכן להניח שהשפעת הקרטל על המסחר בארצות הברית הייתה ישירה, כיוון שהיא לא הסתכמה רק ב"ארוות גלים".<sup>51</sup> גם בעניין *Hui Hsiung*, הליך פלילי נגד נושא משרה בחברה זרה שהיה מעורב באותו קרטל, נקבע כי התקיים תנאי הישירות בהתאם למבחן הסיבתיות הקרובה במידה סבירה.<sup>52</sup> בהתאם להנחיות שפורסמו בשנת 2017, רשויות התחרות מצדדות אף הן בפרשנות המרחיבה, שלפיה כאשר ההתנהגות האנטי-תחרותית הנטענת הייתה גורמת במהלך הטבעי והרגיל של האירועים להשפעה על המסחר – יתמלא תנאי הישירות.<sup>53</sup> בהתאם לכך, לשיטתן של רשויות התחרות גם קרטל זר של רכיבי ביניים מקיים את תנאי הישירות, גם אם רכיבי הביניים נרכשו מהחברות בקרטל, הורכבו במקום אחר, והמוצר שבו שולבו הרכיבים עבר כמה ידיים עד שהגיע לארצות הברית.<sup>54</sup> בעשור האחרון חלה הגמשה גם של יתר התנאים. בהתאם להנחיות של רשויות התחרות שעודכנו בשנת 2017, תנאי המשמעותיות והצפיות הסבירה מתקיימים בין היתר גם אם המוצרים המוגמרים נמכרו ברחבי העולם, וגם כאשר יצרני רכיבי הביניים החברים בקרטל לא היו מודעים או היו אדישים לשאלה אם המוצר הסופי נמכר בארצות הברית.<sup>55</sup> נקבע כי תנאי המשמעותיות אינו מותנה במידת ההשפעה בארצות הברית בהשוואה למדינות אחרות, אלא במידת ההשפעה בארצות הברית עצמה. כמו כן נקבע, שדרישת המשמעותיות אינה מציבה רף כספי מינימלי ושלא נדרש לכמתה.<sup>56</sup> עוד נקבע, שתנאי הצפיות הסבירה – תנאי

51 אולם נקבע שם כי לא התקיים התנאי הנוסף והנפרד של עילת תביעה בהתאם לדיני התחרות, בין היתר כיוון שדוקטרינת הצרכן העקיף, שחלה בארצות הברית, הגבילה את עילת התביעה לצרכנים ישרים בלבד. ראו *Motorola Mobility LLC v. AU Optronics Corp.*, 775 F.3d (7th Cir. 2015) (להלן: עניין *Motorola Mobility*).

52 עניין *Hui Hsiung*, לעיל ה"ש 46, בעמ' 756-760. כמה מלומדים טענו לסתירה בין הפסיקות. ראו למשל Eleanor M. Fox, *Extraterritoriality and Input Cartels*, CPI ANTITRUST CHRON. (Jan. 2015, no. 2), <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/FoxJAN-152.pdf>. בעניין *Hui Hsiung* יישב בית המשפט את הסתירה הלכאורית בקובעו, שבעניין *Motorola Mobility* נכשלה התביעה בשל דוקטרינת הצרכן העקיף אך דוקטרינה זו אינה מונעת אישום פלילי בעבירת הקרטל. ראו עניין *Hui Hsiung*, שם, בעמ' 760. עם זאת נציין, שבית המשפט בעניין *Motorola Mobility*, לעיל ה"ש 51, התייחס גם לטיעון של התנגשות בין האינטרסים של מדינות, אם צרכנים זרים יורשו לתבוע את נזיקתם בארצות הברית דרך חברות האם שלהם. התנגשות כאמור יכולה לקום גם בתביעה פלילית. בית המשפט העליון בחר להימנע מלהתערב. ראו Fox, *Updating*, לעיל ה"ש 49, בעמ' 8.

53 ANTITRUST GUIDELINES 2017, לעיל ה"ש 39, בעמ' 21-22.

54 ראו תשובת ארצות הברית ב-*Roundtable Cartels Involving Intermediate Good: United States*, DAF/COMP/WP3/WD(2015)37 (Oct. 7, 2015), [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/ANTITRUST GUIDELINES 2017](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/ANTITRUST%20GUIDELINES%202017&doclanguage=en); (OECD United States: להלן: *WD(2015)37*); וכן ב-*OECD United States*, 2017, לעיל ה"ש 39, בעמ' 23-24.

55 שם, בעמ' 23. לעומת זאת, הגודל היחסי של עלות הרכיב הרלוונטי בעלות ייצור המוצר הסופי עשוי להשפיע על השאלה אם ישנה השפעה משמעותית. שם.

56 שם, בעמ' 21-22. ראו גם Koren W. Wong-Ervin & Andrew Heimert, *Extraterritoriality: Approaches Around the World and Model Analysis*, in CONCURRENTS BOOK HONORING

הכוונה – מהווה אמת מידה אובייקטיבית, הבוחנת אם איש עסקים סביר העורך ניתוח עסקי פרקטי היה צופה את ההשפעה.<sup>57</sup> גישה זו מקילה הקלה ניכרת על החלת דוקטרינת ההשפעות בהשוואה למצב ששרר עשור קודם לכן, כאשר ההכרעה נקבעה במידה רבה מנקודת הראות הסובייקטיבית של המפר והיה צורך לבחון אם ארצות הברית הייתה יעד מרכזי לפעולתו ואם הוא צפה בפועל שיפגע בצרכנים בה.<sup>58</sup>

במקביל חלה התפתחות בפסיקה גם בכללי כיבוד הריבונות והנימוס הבינלאומיים (comity) (להלן: "כללי הנימוס הבינלאומיים"), החלים במקביל לדוקטרינת ההשפעות.<sup>59</sup> כללים אלו מכירים בנסיבות מסוימות שבהן האינטרסים של מדינה אחרת מחייבים ריסון ביישום סמכות שיפוט, גם כאשר ישנו בסיס להפעלת סמכות זו על פי אחד מעקרונות המשפט הבינלאומי, כעניין שבשיקול דעת שיסודו בנוהג ובציפייה להדדיות.<sup>60</sup> שאלת תוכנם של כללי הנימוס התאפיינה בדיון ער ובמחלוקות. בפסק הדין בעניין *Timberlane*, שניתן בשנת 1976, החיל בית משפט לערעורים מבחן איזון אינטרסים על מנת לוודא שיש די באינטרסים של ארצות הברית כדי להקים סמכות שיפוט. בית המשפט קבע, כי נוסף על בחינת תחולתה של דוקטרינת ההשפעות יש לבחון אם הקשרים של הפעולה הנבחנת לארצות הברית חזקים דיים וישנו פוטנציאל אכיפה – לרבות בראייה השוואתית למדינות נפגעות אחרות – כדי להצדיק החלה של סמכות חוץ-טריטוריאלית.<sup>61</sup> בית המשפט קבע כי לא קמה לו סמכות שיפוט באותו מקרה.<sup>62</sup> לא למותר להדגיש, שההחלטה ניתנה בתקופה שבה נתקלה דוקטרינת ההשפעות בהתנגדות גדולה מחוץ לארצות הברית. הגם שכך, מבחן איזון האינטרסים האמור נתקל בביקורת, בטענה שהוא מטיל על המתדיינים ועל בית המשפט עול ניכר בנושא הנתון לסמכות הרשות המבצעת.<sup>63</sup>

ELEANOR FOX (forthcoming), Available at [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3518661](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3518661).

- 57 ANTITRUST GUIDELINES 2017, לעיל ה"ש 39, בעמ' 23.
- 58 לפי כללי הרשויות בגרסתם בשנת 1995, קרטל זר שלא התכוון להשפיע על ארצות הברית אך בפועל השפיע, אינו ממלא אחר תנאי ה-FTAIA: ראו U.S. DEP'T OF JUST. AND FED. TRADE COMM'N, Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations para. 3.121 (illustrative example c(1)) (1995), <https://www.justice.gov/atr/antitrust-enforcement-guidelines-international-operations> (להלן: ANTITRUST GUIDELINES 1995). Beckler & Kirtland, לעיל ה"ש 25, בעמ' 16, 19.
- 59 *Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corp.*, 595 F.2d 1287, 1296 (3d Cir. 1979); RESTATEMENT, לעיל ה"ש 43, בעמ' 231 "[Comity] emerged as principles of customary international law".
- 60 Sweeney, לעיל ה"ש 2, בעמ' 357-355; Kim, לעיל ה"ש 29, בעמ' 394-395.
- 61 לפירוט, ראו עניין *Timberlane*, לעיל ה"ש 30, בעמ' 613.
- 62 למקרים נוספים שבהם קבע בית המשפט בהתבסס על עקרונות הנימוס הבינלאומיים כי אין סמכות שיפוט, ראו למשל, *O.N.E. Shipping, Ltd. v. Flota Mercante Grancolombiana*, S.A., 830 F.2d 449 (2d Cir. 1987).
- 63 Sweeney, לעיל ה"ש 2, בעמ' 357.



בפסיקה מאוחרת יותר אימץ בית המשפט העליון מבחן צר להחלת כללי הנימוס הבינלאומיים. בעניין *Hartford Fire*<sup>64</sup> קבעה דעת הרוב, שכללים אלו רלוונטיים רק במקרה שנוצרת התנגשות אמיתית ("true conflict") בין החוק המקומי לחוק זר. התנגשות כאמור אינה מתקיימת כאשר אדם הנתון למרות שלטונית של שתי מדינות יכול לעמוד בדרישות החוק של שתיהן. בשים לב לכך שמרבית חוקי התחרות בעולם מחילים איסורים דומים, תוך הקטנת הסיכון להתנגשות כאמור, צמצמה הלכה זו את משקלם של כללי הנימוס הבינלאומי במשפט האמריקני צמצום ניכר. בהתאם להלכה זו לא נותר כמעט שיקול דעת לבתי המשפט להסיג את תחולת החוק לטובת כיבוד אינטרסים זרים.<sup>65</sup>

פסק דין זה ספג אף הוא ביקורת קשה.<sup>66</sup> בין ערכאות הערעור נוצרה מחלוקת באשר לתחולת כללי הנימוס הבינלאומיים. חלק מן הערכאות החילו את מבחן ההתנגשות האמיתית; אחת אף הדגישה, כי "comity is more an aspiration than a fixed rule, more a matter of grace than a matter of obligation"<sup>67</sup>; ערכאות אחרות קבעו, שמבחני הסבירות אשר נקבעו בעניין *Timberlane* חלים בתנאים מסוימים.<sup>68</sup> רשויות התחרות אימצו גישה משולבת;<sup>69</sup> מחד, הובהר שקונפליקט נוגע למצבים שבהם מי שכפוף לחוקים של שתי מדינות אינו יכול לעמוד בשניהם, וכי קונפליקט עם חוק תחרות זר הוא נדיר כיום. מאידך, עולה נכונות – בתנאים מסוימים – לבחון אם ניתן מענה לאינטרסים של ארצות הברית באמצעות אכיפה זרה.<sup>70</sup>

64 עניין *Hartford Fire*, לעיל ה"ש 25, בעמ' 765.

65 Sweeney, לעיל ה"ש 2, בעמ' 358; Faure & Zhang, לעיל ה"ש 28, בעמ' 507-508.

66 ראו למשל: Phillip R. Trimble, *The Supreme Court and International Law: The Demise of* Restatement Section 403, 89 AM. J. INT'L L. 53 (1995); Kenneth W. Dam, *Extraterritoriality in an Age of Globalization: The Hartford Fire Case*, 1993 SUP. CT. REV. 289.

67 ראו עניין *Nippon*, לעיל ה"ש 43, בעמ' 8. ראו גם את דעת הרוב בעניין F. Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran S.A., 542 U.S. 155, 167-69 (2004), שם הסתייג בית המשפט העליון מיישום של שיקולי נימוס לטובת הרחבת הסמכות במקרה של נזק זר עצמאי, ועמד על המורכבות של ניתוח שיקולי הנימוס הלכה למעשה בידי בית משפט. 68 *In re Vitamin C Antitrust Litig.*, 837 F.3d 175, 184 (2d Cir. 2016) (להלן: עניין *Vitamin C*); *Animal Sci. Prods. Inc. v. Hebei Welcome Pharm. Co. Ltd.*, 138 S. Ct. 1865, 1868 (2018) (להלן: עניין *Animal Sci. Prods.*).

69 ANTI-TRUST GUIDELINES 1995, לעיל ה"ש 58, פס' 27-29 (חלק 2.7). יובהר, כי להנחיות הרשויות האמריקניות האמונות על אכיפת משטר התחרות האמריקני (ה-Department of Justice וה-Federal Trade Commission) חשיבות רבה בהבהרת עמדתן העדכנית והמתואמת בתחומי המדיניות והאכיפה שעליהם הן אמונות, כפרט בנושאים שבהם נותרו מחלוקות בין ערכאות נמוכות אשר טרם הוכרעו בידי בית המשפט העליון, בהינתן לקוניה בחוק ובהתייחס לדפוסי מסחר חדשים הקוראים לקביעת מדיניות עכשווית. הנחיות אלו אינן מחייבות את בתי המשפט, אולם יש להן השפעה רבה על המדיניות בפועל. כך למשל, גם כאשר בחר בית המשפט במתווה צר של שיקולי נימוס, ככל שרשויות האכיפה בחרו בהמשך – כעניין שבמדיניות בעקבות שקילה מחודשת או לחצים חיצוניים – להימנע מאכיפה על יסוד שקילה נרחבת יותר של שיקולי נימוס, דומה כי הדבר היה נתון בגדר שיקול דעתן.

70 לדיון במגבלות היכולת להסתמך על אכיפה זרה כדי לתת מענה לאינטרסים הלגיטימיים המקומיים, ראו דיון להלן בפרק ב.2.

לפני כעשור נדונו שיקולי נימוס בינלאומי בעניין קרטל הוויטמינים הסיני. יצרני ויטמין C סיניים הודו כי תיאמו את מחיר היצוא לארצות הברית, אולם טענו שהתיאום התרחש במסגרת התאחדות מסחר שפעולותיה מונחות בידי הממשל הסיני. משרד המסחר הסיני הודה כי הוא הורה לחברות לתאם את מחירי היצוא. בית המשפט לערעורים קבע כי שיקולי נימוס בינלאומי מחייבים לקבל את טענותיו של הממשל הסיני, בשל קיומו של קונפליקט אמיתי.<sup>71</sup> בית המשפט העליון ביטל את ההחלטה והחזיר אותה לבית המשפט לערעורים לבחינה מחודשת, מן הטעם שהוא טעה בכך שקיבל את ההצהרה הסינית בלא לבדוק אותה עובדתית.<sup>72</sup> אלינור פוקס מבקרת את הלך המחשבה המתבטא בהחלטה זו, המעניק משקל לדרישה של מדינה זרה מחברה שלה לפעול בצורה אנטי-תחרותית; לשיטתה אין במצב זה כל אינטרס לגיטימי למדינה הזרה המצדיק הסגת הסמכות החוץ-טריטוריאלית של ארצות הברית.<sup>73</sup>

לסיכום, מאפיין מובהק ומתמשך של ההסדר האמריקני הוא אי-בהירות וקשיים רבים בהחלת התנאים שנקבעו לדוקטרינה. אין מדובר בהסדר פשוט ליישום. עם זאת העשור האחרון מאופיין במגמה של פרשנות מקילה ומרחיבה, במטרה לגשר בין תנאיה הפורמליים של הדוקטרינה לבין אתגרי האכיפה העכשוויים (דוגמת קרטלים של רכיבי ביניים). נקבע, כי קשר סיבתי קרוב באופן סביר והשפעה שאינה בבחינת "אדוות גלים" די בהם כדי לענות על תנאי "ישרות" ההשפעה, וכי אין בהתגלגלות המוצר בין כמה ידיים טרם הגיעו לארצות הברית כדי לשנות מכך; ניתן להסתפק ברף נמוך באשר לאחד התנאים, מתוך ראיית התנאים כמכלול; תנאי הצפיות הסבירה נבחן אובייקטיבית, במנותק מהמפר המסוים, ותנאי המשמעותיות נבחן מזווית הראייה האמריקנית והוא אינו תחום בסף כספי מינימלי. במקביל חל צמצום ברור בנכונות להסיג את האכיפה משיקולי נימוס בינלאומי.

### 3. שינוי המגמה העולמית מהסתייגות לתמיכה והתפתחות הגוונים (וריאציות) של הדוקטרינה

חרף התנגדותן בעבר של מדינות לא מעטות ליישום חוץ-טריטוריאלי של דיניה של ארצות הברית, המגמה התהפכה ובעשורים האחרונים ניתן לזהות מגמה גלובלית של אימוץ דוקטרינת ההשפעות.<sup>74</sup> כיום החלתם של חוקי תחרות מקומיים על חברות זרות המשפיעות

71 עניין *Vitamin C*, לעיל ה"ש 68, בעמ' 192-194.

72 עניין *Animal Sci. Prods.*, לעיל ה"ש 68, בעמ' 1869. בית המשפט העליון קבע פה אחד, כי כאשר בית משפט פדרלי בוחן פרשנות שנתנה ממשלה זרה לחוקיה, עליו לשקול אותה באופן מכבד ("respectful consideration"), אך אין הוא מחויב לקבלה אלא בסמכותו לבחון מקורות הרלוונטיים מעבר לעמדה זו. לניתוח ביקורתי של הפסיקה, ראו למשל, Qingxiu Bu, *Respectful Consideration, But Not Deference: Chinese Sovereign Amici in the US Supreme Court Vitamin C Judgment*, 11 J. EUR. COMPETITION L. & PRAC. 274 (2020); Christopher A. Whytock, *Introductory Note to Animal Science Products, Inc. v. Hebei .Welcome Pharmaceutical Co. Ltd. (U.S. Sup. Ct.)*, 59 INT'L LEGAL MATERIALS 1 (2020).

73 Fox, *Updating*, לעיל ה"ש 49, בעמ' 9-11.

74 UNOKI, לעיל ה"ש 20, בעמ' 82-83; Marek Martyniszyn, *Japanese Approaches to Extraterritoriality in Competition Law*, 66 INT'L & COMP. L.Q. 747 (2017) (להלן:



בצורה שלילית על התחרות ועל הצרכנים במדינה האוכפת אינה שנויה במחלוקת.<sup>75</sup> נהפוך הוא, הגידול במסחר הבינלאומי, כמו גם העלייה הדרמטית במספר המדינות שאימצו דיני תחרות, הביאו מדינות רבות לאמץ גרסה כלשהי של דוקטרינת ההשפעות.<sup>76</sup> ישנן מדינות המביאות בחשבון גם שיקולי נימוס בינלאומי, בפרט כאשר ישנו קונפליקט חזיתי עם פסיקה, עם החלטת רשות או עם חוק זר, כך שהנתבע הזר אינו יכול לעמוד בנדרש בכל המדינות הרלוונטיות.<sup>77</sup>

במקביל, החל משנות השבעים של המאה הקודמת החלו גם ארגונים בינלאומיים העוסקים במשפט הבינלאומי להכיר בדוקטרינת ההשפעות כעיקרון תקף.<sup>78</sup> בשלהי שנת 2018 ניתנה אינדיקציה נוספת למעמדה של הדוקטרינה במשפט הבינלאומי עם הכללתה בהסכם סחר כלכלי בינלאומי אשר נחתם בין אחת עשרה מדינות.<sup>79</sup> אולם בעוד הרעיון שביסוד הדוקטרינה (למדינה יש אינטרס לגיטימי להסדיר התנהגות זרה המשפיעה עליה) ותנאי הבסיס לתחולתה (השפעה על המדינה) משותפים לכל המדינות המאמצות, ישנו מנעד באשר לתנאים הנוספים שיש לדרוש, אם בכלל, לתחולתה.<sup>80</sup> בהתאם לכך, נפנה עתה לניתוח ההסדר בכמה מדינות מרכזיות.

#### (א) האיחוד האירופי

גישתו של האיחוד האירופי לתחולתם החוץ-טריטוריאלית של חוקי התחרות עברה גם היא התפוכות. הסתייגות של חברות עיקריות באיחוד לפני כיובל שנים התחלפה בתהליך הדרגתי של הכרה בחיוניות התחולה להגנה על אזרחיהן. כיום האיחוד האירופי אוכף באינטנסיביות את דיני התחרות שלו כלפי גורמים זרים, תוך הטלת סנקציות כבדות. המקרה הראשון שבו נדרשו באיחוד להחלה חוץ-טריטוריאלית מובהקת של דיני התחרות הוא עניין *Wood Pulp*. בשנת 1985 קנסה הנציבות האירופית כמה יצרניות זרות של חומרי גלם המשמשים לייצור של עיסת נייר בשל מעורבותן בפעילות קרטליסטית שהשפיעה על מחירי מוצרים בשוקיה, הגם שההסכמים נערכו מחוץ לגבולותיה. בערעור קבע בית הדין הגבוה האירופי, כי מקום היישום של ההסכם רלוונטי לשם החלת דיני התחרות האירופיים, ולא מקום עריכתו או מקום מושבן של החברות בקרטל. מכירת מוצרים לצרכנים מקומיים במחירים שסוכמו בין מתחרים מהווה יישום של ההסכם, ולא משנה אם לשם כך נעזרו

(Martyniszyn, *Japanese Approaches*).

75 Wong-Ervin & Heimert, לעיל ה"ש 56, בעמ' 10-7; OECD 2017B, לעיל ה"ש 5, בעמ' 6-5.

76 שם.

77 ראו OECD 2017A, לעיל ה"ש 2, בעמ' 3.

78 UNOKI, לעיל ה"ש 20, בעמ' 82, מצייני כי בשנת 1972 ה"International Law Association", ארגון בינלאומי שאינו למטרות רווח העוסק במשפט הבינלאומי, אישר לראשונה את דוקטרינת ההשפעות כעיקרון של המשפט הבינלאומי, ואילו ה"Institut du Droit International" קבע בשנת 1977, כי דוקטרינת ההשפעות חלה אם לפעולה היו "Intentional, or at least foreseeable, substantial, direct, and immediate effects within a territory".

79 שם, בעמ' 79, 83.

80 Sweeney, לעיל ה"ש 2, בעמ' 371-372, 383.

היצרנים בגורם מקומי, דוגמת חברות בת, סוכנים או סניפים מקומיים. הלכה זו ידועה בתור מבחן היישום (implementation test).<sup>81</sup> בית הדין הרגיש, שהחלטתו מתבססת ועולה בקנה אחד עם כללי המשפט הבינלאומי.<sup>82</sup>

מבחן היישום הוחל בשורה של פסקי דין נוספים, לרבות במסגרת תביעות נגד קרטלים בין חברות זרות לתיאום מחירים של רכיבי ביניים. נקבע כי די בעצם המכירה של המוצרים המוגמרים באיחוד כדי להחיל את דיני התחרות שלו על יצרני הרכיבים, וכי כל תוצאה אחרת תאפשר למפירים להתחמק שלא כדין מתחולת החוק.<sup>83</sup> כן הוטעם כי אין הכרח שהאיחוד האירופי יהיה יעד עיקרי של הקרטל, אלא די שלפעולה הייתה השפעה על צרכנים באיחוד דרך מכירת המוצרים הסופיים.<sup>84</sup> בנוגע לקרטל עולמי הרגיש בית המשפט כי מבחן היישום מתמלא מעצם העובדה שמוצרי הקרטל נמכרים באיחוד.<sup>85</sup>

תקנות המיזוגים האירופיות שפורסמו בשנת 1989 אימצו גישה מרחיבה יותר לתחולה החוץ-טריטוריאלית באשר למיזוגים.<sup>86</sup> כעשור לאחר מכן קבע בית משפט קמא של האיחוד האירופי (General Court) בעניין *Gencor*, שהחלת החוק המקומי בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי היא מוצדקת במקרה שלפעולת החברה הזרה השפעה אנטי-תחרותית מיידי, משמעותית וצפויה מראש על האיחוד (it is foreseeable that a proposed concentration will have an immediate and substantial effect in the Community).<sup>87</sup> הלכה זו, אשר הוחלה לראשונה בהקשר של מיזוגים ובהמשך הוחלה גם על פעולות אנטי-תחרותיות באשר

- 81 Joined Cases C-89, 104, 114, 116, 117, 125 to 129/85, *Osakeyhtiö v. Comm'n*, 1988 E.C.R. 5193 (להלן: עניין *Wood Pulp*). ראו גם Joined Cases C-239/11 P, C-489/11 P and C-498/11 P, *Siemens AG v. Comm'n*, ECLI:EU:C:2013:866, C 52/5 (Dec. 19, 2013).
- 82 ראו למשל Case T-91/11 *InnoLux Corp. v. Comm'n*, ECLI:EU:T:2014:92, par. 59-60 (להלן: עניין *InnoLux*). (Feb. 24, 2014).
- 83 Case T-92/13 *Koninklijke Philips Elecs NV v. Comm'n*, ECLI:EU:T:2015:605, para. 152 (להלן: עניין *פיליפס 2015*) (Sep. 9, 2015) “[T]he criterion of the implementation of an agreement as a factor linking the latter to EU territory is satisfied by *mere sale* within the European Union of the product that is the subject of the agreement, irrespective of (the location of the source of supply and the production plants) (ההרגשה הוספה).”
- 84 Case T-104/13 *Toshiba Corp. v. Comm'n*, ECLI:EU:T:2015:610, para. 158 (Sep. 9, 2015).
- 85 עניין *InnoLux*, לעיל ה"ש 82, בפס' 66; Case T-8/16 *Toshiba Samsung Storage Tech. Corp. v. Comm'n*, ECLI:EU:T:2019:522, para. 165-172 (Jul. 12, 2019) (להלן: עניין *Toshiba 2019*).
- 86 תחילה ה-395 (L) Council Regulation 4064/89, 1989 O.J. (L 395) – בעמ' 2 בס' 7, 11 סיפא למבוא – הרגש על ההשפעה על מבנה התחרות באיחוד האירופי, ובעמ' 4, Article 1 – הגדרת “Community Dimension”; ובהמשך ה-20, 2004 Council Regulation 139/2004 of Jan. 20, 2004, On the Control of Concentrations Between Undertakings, 2004 O.J. (L 24) ס' 6, 24 ו-26 למבוא המדגישים את ההשפעה, וכן בעמ' 6, Article 1 הקובע את המבחן ל-“Community Dimension”. ראו סקירה של החלטות בתחום המיזוגים בין חברות זרות אצל Faure & Zhang, לעיל ה"ש 28, בעמ' 511-513.
- 87 Case T-102/96 *Gencor Ltd. v. Comm'n*, 1999 E.C.R II-753, para. 90

הן, ידועה בתור מבחן ההשפעות המותאם (qualified effects test). בשנת 2017 נתן בית הדין הגבוה של האיחוד בעניין *Intel*<sup>88</sup> גושפנקה נוספת לשני המבחנים – מבחן היישום ומבחן ההשפעות המותאם – כמבחנים חלופיים, אשר די באחד מהם כדי לבסס תחולה חוץ-טריטוריאלית של דיני התחרות של האיחוד בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי.<sup>89</sup> הגם שהאיחוד האירופי אימץ גרסה של מבחן ההשפעות הדומה בניסוחו למבחן ה-FTAIA האמריקני, הפרשנות שניתנה לו בעניין *Intel* מבטאת גישה מקילה יותר. לעניין הדרישה לצפיות הסתפק בית הדין בהשפעה מסתברת ("it is sufficient to take account of the probable effects of conduct on competition in order for the foreseeability (criterion to be satisfied)".<sup>90</sup> בית הדין הדגיש שאין צורך בהשפעה ממשית, אלא די בהיתכנות להשפעה על השוק.<sup>91</sup> עוד נקבע, שכאשר ההתנהגות העסקית הנבחנת היא חלק מאסטרטגיה כוללת שנקטה החברה הזרה, יש לבחון אותה כחלק מהמכלול של ההתנהגות האנטי-תחרותית. אחרת עלול כל חלק מהמכלול, אם ייבחן לבדו, שלא להיות בעל השפעה מספקת כדי להיתפס תחת סמכות השיפוט.<sup>92</sup> עולה מכך שמבחן ההשפעות מוחל באיחוד

88 Case C-413/14 P Intel Corp. v. Comm'n, ECLI:EU:C:2017:632 (Sep. 6, 2017) (להלן: עניין *Intel*), שם קבע בית הדין האירופי הגבוה לצדק שיש סמכות לתחולת החוק האירופי על

החברה האמריקנית אינטל, במקרה שבו החברה מכרה שבבים לחברה סינית (Lenovo) בסין, תוך עידוד הפרת התחייבויותיה לרכוש אותם מחברה אמריקנית אחרת (AMD). רק כמה אלפים של המוצרים המוגמרים (מחשבים שהורכבו בידי Lenovo בסין) הושפעו מן ההתנהגות, ולא ברור כמה מהם הגיעו לאזור הכלכלי האירופי (ה-EEA). בהכרעתו אם ההתנהגות של אינטל הייתה עשויה להיות בעלת השפעה שהיא "מהותית, מיידית וצפויה" בתוך ה-EEA, קבע בית הדין שמספיק לשקול את "ההשפעות המסתברות" ("probable effects", שם, בפס' 51) של ההתנהגות על התחרות, וכי התנהגותה של אינטל הייתה חלק מאסטרטגיה כוללת שתכליתה הייתה לחסום את גישתה של AMD לערוצי המכירות החשובים ביותר. על מבחן זה חזרה הנציבות בעניין *Google Android*, ראו Commission Decision of 18 July 2018 in Case AT.40099, *Google Android*, para. 1360-72, C(2018) 4761 final (Jul 18, 2018).

89 עניין *Intel*, לעיל ה"ש 88, בפס' 40-46, 49. ראו גם Case T-772/15 *Quanta Storage, Inc. v. Comm'n*, ECLI:EU:T:2019:519, para. 46 (Jul 12, 2019).

90 עניין *Intel*, לעיל ה"ש 88, בפס' 51.

91 שם, בפס' 59. היבט זה שב והתחדד בהחלטת הנציבות בעניין *Google Android* בשנת 2018, לעיל ה"ש 88, בפס' 1363 וכן בפס' 1372: "The Commission only has to demonstrate that Google's conduct is capable of having substantial, immediate and foreseeable effects in the EEA, not that Google's conduct would harm competition immediately, substantially and foreseeably" (ההדגשה הוספה). לסקירה של פסיקה נוספת, ראו Omar Shah et al., *Intel, Power Cables: A Revolution in the Treatment of Territoriality and Jurisdiction in EU Competition Law?*, 10 J. EUR. COMPETITION L. & PRAC. 80 (2019).

92 Eleanor M. Fox, *Extraterritorial Jurisdiction, Antitrust, and the EU Intel Case: Implementation, Qualified Effects, and the Third Kind*, 42 FORDHAM INT'L L.J. 981 (2019).

באופן מרחיב ופרגמטי, במטרה למנוע התחמקות מן הדין ולהגן על צרכנים אירופיים מפני התנהגות אנטי-תחרותית.<sup>93</sup>

### (ב) אימוץ הדוקטרינה במדינות נוספות

החל משנת 2015 לערך, אנו עדים למגמה הולכת וגוברת של אימוץ תנאים מקילים יותר לתחולת דוקטרינת ההשפעות בידי מדינות שונות, גישה המסתייגת מתנאיו המגבילים של המודל האמריקני, בין היתר לאור אי-התאמתם לתנאי המסחר העכשוויים. מרחב הניווט בעת קביעת גרדי הדוקטרינה בכל מדינה גדל מאוד, עד כדי כך שניתוח שנערך בשנת 2009<sup>94</sup> לרווטי כיום רק בחלקו. יפן היא דוגמה מובהקת ומעניינת, בין היתר בשל השינוי הדרמטי ביחסה לדוקטרינה: במשך שנים התנגדה יפן לתחולתה, בטענה שהיא מנוגדת לדין הבינלאומי;<sup>95</sup> התנגדות זו התחלפה בהדרגה בהכרה בכך שמדובר בדוקטרינה תקפה ונחוצה,<sup>96</sup> עד שלאחרונה הורחבה תחולתו החוץ-טריטוריאלית של חוק התחרות היפני אף מעבר למקובל בעולם.<sup>97</sup>

הגישה הערכנית ביפן באה לידי ביטוי במקרה של קרטל השפופרות הקתודיות (רכיב ביניים עיקרי בייצור טלוויזיות מהדור הישן), שבו השתתפו חברות ממדינות שונות. בדומה למקרה *Toshiba 2019* האירופי, גם כאן ההתנהגות הקרטליסטית לא התרחשה ביפן והרכיב נשוא הקרטל יוצר מחוץ ליפן ולא נמכר בה ישירות. מי שהושפעו ישירות מתיאום המחירים היו יצרניות טלוויזיה זרות בדרום-מזרח אסיה, שכללו גם חברות בת זרות של חברות יפניות. לאחר ייצורן סיפקו חברות הבת הזרות את מרבית הטלוויזיות לחברות האם ביפן, אשר מכרו אותן בעיקר מחוץ ליפן. בהחלטה משנת 2015 קבעה רשות התחרות היפנית, שבנסיבות אלו קמה לה סמכות להחיל את חוק התחרות מתוקף כללי המשפט הבינלאומי,<sup>98</sup> כיוון שהמשא ומתן החוזי לאספקת הרכיבים לחברות הבת היפניות נערך ישירות בין חברות הקרטל הזרות לבין חברות האם היפניות, אשר רווחיהן נפגעו כתוצאה מהקרטל.

ערר על החלטה זו נדחה בידי בית המשפט הגבוה בטוקיו.<sup>99</sup> בית המשפט קבע שההסכם הזר לקביעת המחיר נועד לפגוע בצרכנים-רוכשים יפניים, דהיינו בחברות האם היפניות,

93 אם להתנהגות המפירה אין ממד משותף הנוגע לאיחוד, עולה שאלת האכיפה החוץ-טריטוריאלית מצד המדינות החברות באיחוד. החלה זו תלויה בדין החל בכל מדינה, אולם מרביתן מאמצות את תנאי האיחוד. ראו למשל, בנוגע לאנגליה, *OECD, Roundtable Cartels Involving Intermediate Good: United Kingdom*, para. 23-25, DAF/COMP/WP3/WD(2015)25 (Oct. 2, 2015), [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)25&doclanguage=en](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)25&doclanguage=en); בגרמניה, אצל Sweeney, לעיל ה"ש 2, בעמ' 371.

94 Gal, *Extraterritorial Application*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 100-105.

95 UNOKI, לעיל ה"ש 20, בעמ' 82.

96 Martyniszyn, *Japanese Approaches*, לעיל ה"ש 74, בעמ' 752-755.

97 שם, בעמ' 758-760.

98 שם, בעמ' 759.

99 שם, בעמ' 761; Tadashi Shiraishi, *Customer Location and the International Reach of National Competition Laws*, 59 JAPANESE Y.B. INT'L L. 202 (2016).

וכי חוק התחרות היפני חל על הפעולות כיוון שההתנהגות שהגבילה את התחרות התרחשה במהלך משא ומתן עם חברות האם היפניות. גם ערר לבית המשפט העליון נדחה.<sup>100</sup> בית המשפט קבע שלאור מטרות חוק התחרות, ניתן להחילו גם על התנהגות אנטי-חרותית שהתרחשה מחוץ ליפן אם היא מפריעה לתחרות החופשית ביפן. תנאי זה יתמלא במקרה שהקרטל משבש את התחרות בשוק שבו פועלות חברות יפניות.<sup>101</sup> בה בעת הודגשה העובדה, שיצרניות הטלוויזיה היפניות וחברות הבת הזרות בקבוצתן פעלו כיחידה כלכלית אחת. בעוד שבית המשפט לא הזכיר את דוקטרינת ההשפעות, המבחן היפני מבוסס על השפעה של ההתנהגות האנטי-חרותית על התחרות החופשית ביפן, והעוגן המרכזי של ההחלטה נסמך על מטרות החוק. עמדתה הערכנית של יפן משתקפת גם בהסכמתה בשנת 2018 להכללת דוקטרינת ההשפעות בהסכם סחר שעליו היא חתמה.<sup>102</sup>

מעניין לציין, כפי שמתאר מארק מרטיניזין, כי הפסיקה האמורה חשפה סתירה בין שתי עמדות. העמדה האחת היא העמדה המסתייגת אשר יפן הביעה בהתדיינות בארצות הברית בשנת 2014 בנוגע לסמכותה של ארצות הברית בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי להחיל את חוק התחרות על קרטל לתיאום מחירים של רכיבי ביניים כאשר רק המוצר הסופי נמכר בארצות הברית;<sup>103</sup> העמדה האחרת מבטאת גישה מרחיבה יותר, אשר יושמה באותה עת בידי רשות התחרות היפנית ובהמשך בבתי המשפט ביפן, כמתואר לעיל, במקרה שההתנהגות האנטי-חרותית השפיעה על יצרנים יפניים הגם שהם לא ייצרו או מכרו את המוצר המוגמר בשטח יפן.<sup>104</sup> סתירה זו היא פועל יוצא של הצטלבות של שני תהליכים שהתרחשו במקביל: מחד התמתנות הדרגתית של ההתנגדות היפנית להחלה חוץ-טריטוריאלית של משטר התחרות בידי ארצות הברית, ומאידך שינוי מגמה מבית לעבר החלה נרחבת של משטר התחרות היפני עצמו באופן חוץ-טריטוריאלי.

יפן אינה המדינה היחידה ששינתה את גישתה ואימצה גישה מרחיבה באשר לתנאי הדוקטרינה. חוק התחרות השוויצרי קובע כי סמכות תחול במקרים המשפיעים על התחרות בשווייץ.<sup>105</sup> בעבר דרשה שווייץ שההשפעה תהיה ישירה וניכרת לעין.<sup>106</sup> בשנת 2013,

Kazuaki Nishioka, *International Scope of the Japanese Anti-Monopoly Act in Cross-Border Cartel Cases: A Japanese Approach to "Extraterritorial Application"*, J. ANTITRUST ENF'T 590, 596-97 (2019).

101 שם, בעמ' 596.

102 ראו UNOKI, לעיל ה"ש 20, בעמ' 83.

103 Martyniszyn, *Japanese Approaches to Extraterritorial Application of Competition Law*, 10 J. INT'L COMPETITION L. & ECON. 1, 10 (2010). המפנה לעמדת יפן במסגרת ההתדיינות בארצות הברית בעניין *Motorola Mobility* ומצביע על סתירה זו.

104 שם, בעמ' 758-760.

105 ס' 2(2) של ה-Swiss Cartel Act, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz] [Federal Act on Cartels and other Restraints of Competition], [T]his Act, of Competition] Oct. 6, 1995, As 546 (1996), art. 2(2) (Switz.) applies to practices that have an effect in Switzerland, even if they originate in another country". ראו Nishioka, לעיל ה"ש 100, בעמ' 600.

106 OECD, *Roundtable on Cartel Jurisdiction Issues, Including The Effects Doctrine: Switzerland*, 2, DAF/COMP/WP3/WD(2008)91 (Oct. 3, 2008), <https://www.oecd.org/competition/cartels/2008-09-03-switzerland/>.

בעניין *Gaba*, פורש סעיף זה לאור מטרות דיני התחרות, שנועדו להגן על הסדר הכלכלי והחברתי בשווייץ מפני פעולות אנטי-תחרותיות. בית המשפט קבע כי לצורך תחולה חוץ-טריטוריאלית של דיני התחרות די שיתקיימו הדרישות המהותיות של החוק, לרבות פגיעה בתחרות בשווייץ. בית המשפט הסתייג מפורשות מן המודל האמריקני של דוקטרינת ההשפעות בהתאם לכללי ה-FTAIA, בקובעו שתנאיו מכבידים ומובילים לאי-ודאות משפטית.<sup>107</sup> בערר על החלטה זו אימץ בית המשפט העליון גישה זו, תוך שגם הוא מסתייג מהיזקקות לאמות מידה המנוסחות ניסוח מופשט. הוא קבע כי עוצמת הפגיעה ומיידיותה אינן רלוונטיות לצורך הקניית הסמכות, אך ניתן לבחון אותן במסגרת ההוראות המהותיות של החוק. בית המשפט הדגיש שגישתו עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי.<sup>108</sup>

גישה מרחיבה, המסתייגת מאימוץ התנאים המחמירים האמריקניים, אומצה לאחרונה במדינות נוספות. כך למשל, חוק התחרות הדרום קוריאני קובע כי: “This Act shall also apply to acts done outside Korea, if such acts affect the domestic market”<sup>109</sup>. מעניין לציין שבעוד שבארצות הברית יש שימוש בשיקולי נימוס בינלאומי לעניין עצם החלת החוק באופן חוץ-טריטוריאלי, בדרום קוריאה ניתן לאחרונה משקל לשיקולים אלו בשלב קביעת הסנקציה.<sup>110</sup>

גם בסין<sup>111</sup> חוק התחרות כולל הוראה מפורשת בדבר יישום חוץ-טריטוריאלי של החוק כאשר להתנהגות יש השפעה המגבילה או המבטלת את התחרות בשוק המקומי.<sup>112</sup> יש מי שטוענים שמנסחי החוק אימצו במכוון סמכות חוץ-טריטוריאלית רחבה, המבוססת רק על השפעה.<sup>113</sup> אף שאין בחוק תנאים לעניין זה, בשנת 2013 קבע בית משפט שהחוק הסיני חל

- 
- oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/  
WD(2008)91&docLanguage=En (להלן: OECD Switzerland).  
107 Nishioka, לעיל ה"ש 100, בעמ' 600, ה"ש 47, המפנה אל - BVGer, 19 December 2013-  
Gaba, 2013/4 RPW 760, s 3.3.14.1.  
108 Nishioka, לעיל ה"ש 100, בעמ' 600-601, ה"ש 49, 51, המפנה אל - BGER, 2C\_18012014,  
.28 June 2016, s 3.2.3, 3.7.  
109 Monopoly Regulation and Fair Trade Act, art. 2-2 (S. Kor.), translated in Korea  
Legislation Research Institute's online database, [http://elaw.klri.re.kr/eng\\_service/  
main.do](http://elaw.klri.re.kr/eng_service/main.do) (search required).  
110 Wong-Ervin & Heimert, לעיל ה"ש 56, בעמ' 2, המפנים ל-, Korea Fair Trade Comm'n,  
Case No. 2015 SiGam2118, In re Alleged Abuse of Market Dominance of Qualcomm  
.17-16, בעמ' 5, ה"ש 5, OECD 2017B; Inc., Decision No.2017-0-25 (Jan. 20, 2017)  
111 Sweeney, לעיל ה"ש 2, בעמ' 375-377, *The Application of the Anti-Monopoly*;  
*Law of China to Monopolistic Conduct*, 6 CHINA LEGAL SCI. 117 (2018).  
112 "... eliminative or restrictive impact on competition in the domestic market", ראו  
Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China (promulgated by the Standing  
Committee of the National People's Congress on Aug. 30, 2007 and effective on Aug.  
1, 2008) [AML], art. 2, בהתאם לתרגום המופיע אצל Wong-Ervin & Heimert, לעיל ה"ש  
56, בעמ' 14.  
113 Faure & Zhang, לעיל ה"ש 28, בעמ' 528.

על התנהגות מחוץ לסין בתנאים דומים לאלו הכלולים ב-FTAIA האמריקני.<sup>114</sup> עם זאת הספרות מפנה למקרים שבהם התקבלו החלטות בעניין מיוזגים בין חברות זרות שנגעו לתשומות משמעותיות עבור סין, אשר לא עמדו בתנאים אלו.<sup>115</sup> עוד מוקדם לדעת היכן יתייצבו גבולות הסמכות החוץ-טריטוריאלית של כלכלה זו.

קנדה, אשר הייתה במדינות שהתנגדו בעבר להחלת הדוקטרינה בידי ארצות הברית, היא דוגמה נוספת לשינוי הגישה. בית המשפט העליון של קנדה קבע שקמה לה זכות בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי להחיל את חוקיה על פעולות שהתרחשו מחוץ לגבולותיה, אם ישנה זיקה ממשית ומשמעותית ("*real and substantial connection*") בין הפעולות הנבחנות לבין קנדה.<sup>116</sup> בשנים האחרונות אומצה גישה מקילה יותר. כך למשל, רשות התחרות הבהירה כי היא תפעל נגד חברות זרות בקרטל שנוצר מחוץ לגבולותיה אך משפיע בצורה שלילית על השוק הקנדי.<sup>117</sup> בהחלטת בית הדין לתחרות הקנדי משנת 2017 בעניין HarperCollins נמצא, כי התקיים קשר אמיתי ומשמעותי במקרה שבו מו"לים זרים תכננו (contemplated) שקרטל בנוגע למכירת ספרים אלקטרוניים ייושם בקנדה, כי הם פעלו דרך חברות בת קנדה וכי הקרטל גרם נזק לשוק הקנדי של ספרים דיגיטליים. בהחלטה מובעת גישה מצמצמת בנוגע לשיקולי נימוס בינלאומי. בהתאם להחלטת בית הדין, עקרון הנימוס הבינלאומי אינו נפגע כאשר יש קשר אמיתי ומשמעותי בין העבירה או ההתנהגות לבין קנדה, גם אם אנשים או מעשים מחוץ לקנדה מושפעים מכך.<sup>118</sup>

גישה מרחיבה לדוקטרינת ההשפעות ניכרת גם בחוק התחרות בהודו, המקנה סמכות איכפה במקרה שבו להתנהגות יש או סביר שתהיה השפעה שלילית על התחרות בשוק הרלוונטי בהודו, ואין נפקא מינה אם היבט כלשהו הנוגע להתנהגות האמורה נעשה מחוץ להודו.<sup>119</sup> כברזיל חוק התחרות חל על התנהגות שנערכה, כולה או חלקה, בשטח המדינה,

114 בית המשפט בסין התייחס להתנהגות אשר "*directly has a major, substantial and reasonably foreseeable effect of impairing and restricting the domestic production activities, export opportunity and export trade of domestic enterprises*" (Huawei Jishu Youxian Gongsi Su Jiaohu Shuzi Tongxin Youxian Gongsi (华为技术有限公司诉交互数字通信有限公司) [Huawei Tech. Co. v. InterDigital Commc'n, Inc. (Huawei v. IDC)], Section II, 2013 Yue Gao Fa Min San Zhong Zi No. 306 (Guangdong High People's Ct. No. 306 2013) (China) (ההדגשה הוספה).

115 Faure & Zhang, לעיל ה"ש 28, בעמ' 531-530, Sweeney; לעיל ה"ש 2, בעמ' 376. ראו גם Fox, *Updating*, לעיל ה"ש 49, בעמ' 14-17, לניתוח ביקורתי.

116 Sweeney, לעיל ה"ש 2, בעמ' 378-380.

117 OECD, *Summary of Discussion of the Roundtable on the Extraterritorial Reach of Competition Remedies*, 5, DAF/COMP/WP3/M(2017)2/ANN2/FINAL (Oct. 5, 2018), [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M\(2017\)2/ANN2/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M(2017)2/ANN2/FINAL/en/pdf)

118 The Comm'r of Competition v. HarperCollins Publishers LLC, 2017 Comp Trib 10, para. 5, 65-159 (Can.), <https://decisions.ct-tc.gc.ca/ct-tc/cdo/en/item/462885/index.do>

119 כלשון ס' 32 של The Competition Act, 2002: "has, or is likely to have, an appreciable adverse effect on competition in the relevant market in India" (ההדגשה הוספה). ראו Wong-Ervin & Heimert, לעיל ה"ש 56, בעמ' 16, Appendix I, וכן באתר רשות התחרות



או שיש או שעשויות להיות לה השפעות בשטח המדינה. רשות התחרות בברזיל הבהירה שהחוק מאמץ הלכה למעשה את דוקטרינת ההשפעות.<sup>120</sup> ודוק, בדומה לדין באיחוד האירופי, שני חוקים אלו מסתפקים בהשפעה פוטנציאלית.

רשימת המדינות שאימצו את דוקטרינת ההשפעות עוד ארוכה.<sup>121</sup> חלקן אימצו תנאים הדומים לאלו של מבחן ה-FTAIA. כך למשל, בטייוואן אומצה דוקטרינת ההשפעות בהנחיות רשות התחרות בנוגע למיזוגים.<sup>122</sup> ההחלה מותנית בהשפעה ישירה, משמעותית וצפויה באופן סביר, לצד מגוון שיקולים נוספים, חלקם שיקולי נימוס בינלאומי.<sup>123</sup> עם זאת יש כמה מדינות שהמצב החקיקתי הקיים בהן אינו מאפשר להן לאמץ דוקטרינה זו. כך הם למשל פני הדברים באינדונזיה.<sup>124</sup> מלומדים מדגישים שמצב זה מעורר קושי בייחוד נוכח הקמת הקהילה הכלכלית האסיאתית, אשר חושפת את אינדונזיה לפוטנציאל של התנהגות אנטי-תחרותית זרה המשפיעה על כלכלתה בלא יכולת להתגונן.<sup>125</sup>

### (ג) ארבעה מודלים עיקריים

מן המקובץ עולה, כי ניתן לזהות ארבעה מודלים עיקריים הקיימים בעולם ליישום חוץ-טריטוריאלי של דיני התחרות מכוח דוקטרינת ההשפעות. המודל המרחיב ביותר הוא המודל שאומץ בין היתר בשווייץ, ולפיו די בהשפעה על השוק המקומי ובכך שיתקיימו התנאים המהותיים של חוק התחרות, אשר במסגרתם תיבחן מידתיות הפגיעה. לציוד עומד מודל המסתפק בהשפעה משמעותית על התחרות. בבסיס מודלים אלו עומדת התפיסה ולפיה בהינתן השפעה (או השפעה משמעותית) על שוקיה, יש למדינה אינטרס לגיימי

- בהודו בכתובת: [https://www.cci.gov.in/sites/default/files/cci\\_pdf/competitionact2012.pdf](https://www.cci.gov.in/sites/default/files/cci_pdf/competitionact2012.pdf)
- 120 כלשון ס' 2 של חוק התחרות בברזיל, ה- Lei No. 12.529, de 30 de Novembro de 2011, "practices performed, in full :Diário Oficial da União [D.O.U.] de 1.12.2011 (Braz.). or in part, on the national territory, or that produce or may produce effects thereon" (ההרגשה הוספה). ראו OECD, *Roundtable on Extraterritorial Reach of Competition* – Note by Brazil, DAF/COMP/WP3/WD(2017)42 (Dec. 3, 2017), [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2017\)42/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2017)42/en/pdf).
- 121 ראו למשל, OECD United States, OECD 2017B; OECD 2017B, לעיל ה"ש 5.
- 122 FAIR TRADE COMM'N [FTC], DISPOSAL DIRECTIONS (GUIDELINES) ON EXTRATERRITORIAL MERGERS (Promulgated 2016) (Taiwan), <https://www.ftc.gov.tw/internet/english/doc/docDetail.aspx?uid=744&docid=2720>.
- 123 Wong-Ervin & Heimert, לעיל ה"ש 56, בעמ' 13-19, Appendix I.
- 124 בשל ההגדרה הצרה של "עסק" בחוק התחרות האינדונזי, אין לרשות התחרות סמכות לאכוף את החוק נגד עסקים הנמצאים מחוץ לאינדונזיה. בשנת 2014 הוגשה הצעה לתיקון החוק, כך שהסמכות תתייחס לכל עסק העורך פעילות כלכלית בתוך אינדונזיה או מחוץ לשטחה המשפיע על התחרות בה. ראו Muhammad Rifky Wicaksono et al., *Implementing the Extraterritoriality Principle to Strengthen Competition Law Enforcement in Indonesia in the AEC Era: A Comparative Study*, 1 *INDON. L. REV.* 27, 29 (2019).
- 125 חברות אחרות בקהילה זו, דוגמת סינגפור ומלזיה, כבר אימצו סמכות חוץ-טריטוריאלי לחוקי התחרות שלהן.



כנדרש בכללי היסוד של המשפט הבינלאומי הפומבי, להחיל את חוקי התחרות שלה על ההתנהגות האנטי-תחרותית, גם בהיעדר יתר התנאים שנדרשו בארצות הברית. בעברו השני של המנעד עומדים שני המבחנים האמריקניים על גווניהם. האחד (המודל השלישי) הוא המבחן החל בארצות הברית במקרים של יבוא, הדורש השפעה מכוונת ומשמעותית, אך אינו מותנה בתנאי של ישירות. המבחן האחר (המודל הרביעי) הוא מבחן ה-FTAIA האמריקני, הדורש שההשפעה תהיה משמעותית, ישירה וצפויה מראש באופן סביר. בעשור האחרון פורשו כאמור תנאים אלה בצורה המרחיבה את התחולה החוץ-טריטוריאלית (לרבות מקרים שבהם תואמו מחוץ לארצות הברית מחירים של רכיבים אשר שולבו לאחר מכן במוצרים ועברו כמה ידיים עד שהגיעו לארצות הברית). וריאציות של מבחן זה הוחלו במדינות נוספות ברחבי העולם, לרבות באיחוד האירופי, כסין ובטייוואן.

מן הניתוח שלעיל עולה כי ישנם גוונים בפרשנות התנאים של כל המבחנים האמורים, אך ככלל שוררת לעת הזו מגמה פרשנית מקילה, המרחיבה את הסמכות. בפרט, חלק מהמדינות מסתפקות בהשפעה פוטנציאלית. מרכז הכובד של הסקאלה נע לעבר הרחבת הסמכות – חלק מהמדינות המסתפקות בהשפעה נמנעות כמודע מתנאים נוספים ומכבידים, בעוד שמדינות אשר דרשו תנאים נוספים ממתנות אותם בדרך הפרשנות. כמו כן, יש מדינות המחילות כללי נימוס בינלאומי.<sup>126</sup> גם באשר לתוכנם של כללים אלה ישנן גישות שונות, וקצרה היריעה מלמצות היבט זה. מסמך ההמלצות של ה-OECD בנוגע לשיטת פעולה בין המדינות החברות בארגון נתן משקל לשיקולי נימוס בינלאומיים, אך מציין היעדר אחידות בעניין זה.<sup>127</sup> באיחוד האירופי לא ניתן כמעט משקל לשיקולים אלו, למעט במקרים שישנה התחייבות להתחשב בשיקוליה של מדינה אחרת בהסכמים בילטרליים שעליהם חתום האיחוד.<sup>128</sup> בארצות הברית קבע כאמור בית המשפט העליון כי רק בעת התנגשות חזיתית עם חוק זר, שאינה מאפשרת עמידה בשתי הדרישות במקביל, יש מקום לבחינת האינטרסים המתנגשים. עם זאת רשויות התחרות האמריקניות אימצו גישה רחבה יותר.<sup>129</sup> נראה שהכלל שקבע בית המשפט העליון האמריקני השפיע גם במקומות אחרים בעולם, אולם הסגת הסמכות המקומית תלויה פעמים רבות בתנאים נוספים, דוגמת ההצדקה שבבסיס ההחלטה הזרה או האפשרות של האכיפה הזרה לפתור את הבעיה האנטי-תחרותית

126 ראו Wong-Ervin & Heimert, לעיל ה"ש 56, בעמ' 4: "Most major jurisdictions also take into consideration comity concerns, both in deciding whether to apply domestic laws to foreign conduct and whether to impose extra-jurisdictional remedies". ראו שם לסקירה של מגוון השיקולים המובאים בחשבון במסגרת כללי הנימוס שבארצות הברית ובכמה מדינות נוספות.

127 OECD 2017A, לעיל ה"ש 2, בעמ' 3.

128 OECD, *Roundtable on the Extraterritorial Reach of Competition Remedies – Note by the European Union*, 7, DAF/COMP/WP3/WD(2017)35 (Nov. 30, 2017), [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2017\)35/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2017)35/en/pdf).

129 ANTITRUST GUIDELINES 2017, לעיל ה"ש 39.

המקומית.<sup>130</sup> ואולם כפי שיפורט להלן, לא תמיד די בפעולות אכיפה של מדינה זרה כדי למנוע פגיעה אנטי-תחרותית במדינה נוספת.<sup>131</sup>

#### 4. דוקטרינת ההשפעות בדיני התחרות – מנהג בינלאומי

מזן המקובץ עולה, כי לעת הזו ישנה הסכמה רחבה, הולכת וגדלה, באשר לתחולתם החוץ-טריטוריאלית של דיני התחרות על בסיס דוקטרינת ההשפעות. על רקע זה אנו סבורות שהדוקטרינה היא חלק אינטגרלי מן המשפט הבינלאומי המנהגי, למצער בתחום דיני התחרות. גם אם מדינות שאימצו אותה לא תמיד קראו למנהג בשמו, הן שבו וציינו כי פעילותן תואמת את המשפט הבינלאומי הפומבי או תיארו והסתמכו על תפוצתה הרחבה של הדוקטרינה, ובכך הניחו את התשתית, הלכה למעשה, להתמלאות התנאים להכרה במנהג בינלאומי.

המנהג הבינלאומי משמש אחד המקורות המרכזיים למשפט הבינלאומי הפומבי.<sup>132</sup> משנוצר, הוא חל גם במדינות אשר לא היו צד ליצירתו.<sup>133</sup> בשנים האחרונות ישבה ועדת המשפט הבינלאומי של האו"ם על המדוכה במטרה לגבש אמות מידה לקביעת עצם קיומו ותוכנו של מנהג בינלאומי.<sup>134</sup> ברוח שפרסמה הוועדה (להלן: דוח הוועדה), אשר היווה בסיס להחלטה של העצרת הכללית,<sup>135</sup> אימצה הוועדה את הגישה שלפיה נדרשים שני תנאים מכוננים – פרקטיקה מקובלת (general practice), ה"מקובלת כחוק" (opinio juris).<sup>136</sup>

130 טענה שכזו נטענה למשל מצד הרשויות של טייוואן ודרום קוריאקה במסגרת ההליכים בעניין *Motorola Mobility בארצות הברית*. ראו *Allen & Overy, Antitrust Enforcement 2014 (Mid-Year) Cartel Report*, ALLEN & OVERY (2014), <https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/antitrustfines>

131 ראו דיון להלן בפרק ב.2.

132 ס' 38(1)(b) לחוקת בית הדין הבינלאומי (Statute of the International Court of Justice) (ICJ) קובע כי המנהג הוא אחד ממקורות המשפט הבינלאומי ("The Court... shall apply:...")  
Georg Nolte, *How to Identify Customary International Law? – On the Final Outcome of the Work of the International Commission* (2018) (Berlin Potsdam Research Group, International Rule of Law – Rise or Decline? Working Paper No. 37, 2019)

133 בשונה מהסכם בינלאומי, ראו רובי סיבל "מקורות המשפט הבינלאומי" משפט בינלאומי 49, 52-53 (מהדורה שלישית, רובי סיבל ויעל רונן עורכים) (2016) (הספר להלן: משפט בינלאומי).

134 Int'l Law Comm'n, *Rep. on the Work of Its Seventieth Session*, 119-120, U.N. Doc. A/73/10 (2018), [https://legal.un.org/ilc/reports/2018/english/a\\_73\\_10\\_advance.pdf](https://legal.un.org/ilc/reports/2018/english/a_73_10_advance.pdf) (להלן: דוח הוועדה). לסטטוס ההתקדמות של ההתדיינויות בנושא, ראו Int'l Law Comm'n, *Summaries of the Work of the International Law Commission*, [https://legal.un.org/ilc/summaries/1\\_13.shtml](https://legal.un.org/ilc/summaries/1_13.shtml) (last visited May 5, 2021)

135 G.A. Res. 73/203, art. 4 (Dec. 20, 2018)

136 דוח הוועדה, לעיל ה"ש 134, בעמ' 119, מסקנה 2.

גישה זו מקובלת על רבים בישראל ובעולם.<sup>137</sup> גם בית המשפט העליון אימץ תנאים אלו.<sup>138</sup> בהתאם לדוח הוועדה, לצורך הוכחת התנאי הראשון נדרש שהפרקטיקה תהיה נפוצה במידה מספקת וכן עקבית ("consistent").<sup>139</sup> בהקשר זה הוועדה הקפידה להותיר מידה של גמישות. אומנם דברי ההסבר למאפיין העקביות נראים תחילה קפדניים למדי,<sup>140</sup> אך הודגש כי אין דרישה לעקביות מוחלטת,<sup>141</sup> תוך מתן אפשרות להכרה במנהג גם בהינתן מידה של שונות. לצורך הוכחת התנאי השני נדרש כי הפרקטיקה תינקט עם תודעה של זכות או של חובה משפטית (להבדיל משימוש סתמי או מהרגל).<sup>142</sup> ייתכנו ראיות מגוונות להוכחת מנהג, לרבות הצהרות ופרסומים רשמיים בשם המדינה, חוות דעת של הממשל, התכתבויות דיפלומטיות, החלטות של בתי משפט של מדינות והוראות באמנות בינלאומיות.<sup>143</sup> זאת ועוד, היעדר תגובה לאורך זמן לאימוץ כלל מסוים בידי מדינות אחרות יכול לשמש עדות לקיומו של מנהג, כל עוד מדינות יכלו להגיב.<sup>144</sup>

137 ראו סיבל, לעיל ה"ש 133, בעמ' 50-51; שבתאי רוזן **בנככי המשפט הבינלאומי** 35 (2012); רות לפידות "מקומו של המשפט הבינלאומי הפומבי במשפט הישראלי" **משפטים** יט 807, 809-810 (1990); יפה זילברשץ "קליטת המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי – הדין המצוי, רצוי" **משפטים** כד 317, 337 (1994).

138 ראו דיון להלן.

139 דוח הוועדה, לעיל ה"ש 134, מסקנה 8: "The relevant practice must be general, meaning that it must be sufficiently widespread and representative, as well as consistent"

140 ראו שם, וכן בעמ' 136-137 וה"ש 713 בדברי ההסבר למסקנה 8: "The practice should... make it possible to discern a virtually uniform usage... Divergences from the alleged rule may suggest that no rule exists or point, inter alia, to an admissible customary exception that has arisen; a change in a previous rule; a rule of particular customary international law; or the existence of one or more persistent *objectors*... The requirement that the practice be consistent means that where the relevant acts are divergent to the extent that no pattern of behaviour can be discerned, no general practice (and thus no corresponding rule of customary international law) can be said to exist" (ההדגשות הוספו).

141 שם, בעמ' 151, בס' 7: "At the same time, complete consistency in the practice of States is not required. The relevant practice needs to be virtually or substantially uniform, meaning that some inconsistencies and contradictions are not necessarily fatal to a finding of 'a general practice'" (ההדגשה הוספה).

142 שם, בעמ' 120, מסקנה 9: "The requirement... that the general practice be accepted as law (*opinio juris*) means that the practice in question must be undertaken with a sense of legal right or obligation... to be distinguished from mere usage or habit"

143 שם, מסקנה 10.

144 שם, בס' 3. ס' 38(1)(d) לחוקת בית הדין הבינלאומי, לעיל ה"ש 132, קובע כי אחד מאמצעי העזר לקביעת המשפט הבינלאומי הוא "משנתם של גדולי הסופרים המומחים אשר לאומות השונות". גם הספרות בישראל עמדה על המגוון הרחב של מקורות שבהם ניתן להיעזר על מנת לקבוע אם נוצר מנהג, הכוללים בין היתר פסיקה, חקיקה והצהרות של מדינות, אך גם

דוח הוועדה גרר ביקורת. יש מי שטוענים כי גישת הדוח, ובפרט דרישת ה"opinio juris", אינה משקפת את הדרך שבה נוצר ופועל מנהג בינלאומי הלכה למעשה, וכי הדוח מבקש לאלץ את המנהג הבינלאומי לתוך מסגרת תנאים מלאכותית.<sup>145</sup> מוניקה חכימי סבורה, כי המדד המשמעותי ליצירתו של מנהג הוא העמדה בפועל של הגורמים הרלוונטיים המשתתפים ביצירתו וביישומו לאורך זמן, ולעיתים קרובות עמדה זו היא דינמית ולא אחידה.<sup>146</sup> בדומה, רובי סיבל מצייין כי "בפועל, מדינות לא נוהגות להצהיר על הכרה כזאת", וכי "יש אסכולה הטוענת שהמחויבות המשפטית היא פיקציה והמנהג למעשה נוצר על בסיס תגובות של מדינות לדרישות או התנהגות מדינות אחרות".<sup>147</sup>

עיון בתקדימים הנוגעים ליצירתם של מנהגים בינלאומיים מלמד, כי בפועל בחינת התנאים מתאפיינת בפרגמטיות ובשכל ישר. כך למשל, בהסתמך על פסיקות של בית הדין הבינלאומי בהאג (ה-ICJ) סיבל מראה, כי לשם הוכחת מנהג בינלאומי יש לבדוק את התנהגות המדינות הנוגעות לעניין, גם אם מדובר במספר מוגבל של מדינות. לא נדרש לבחון את ההתנהגות של כל מדינות העולם, ותיתכן גם הכרה במנהג אזורי.<sup>148</sup> הגם שנדרשת עקביות בהתנהגות לשם יצירת מנהג, אין הכרח בעקביות מושלמת. ככל שרוב המדינות רואות בסטייה של מדינות מסוימות מהכלל את הפרתו, די בכך כדי שייווצר מנהג.<sup>149</sup> גם אם האימוץ החל רק זמן קצר לפני כן תיתכן היווצרות של מנהג, ובלבד שהאימוץ הוא נרחב וקרוב לאחידות.<sup>150</sup> לאור גמישויות אלה, הדעת נותנת כי קיומו של טווח מקובל אשר בגדרו כל מדינה מגבשת לעצמה את פרטי הכלל, די בו לשם הכרה במנהג. דרישה לאחידות של ממש הייתה מעניקה כוח רב מדי בידי כל מדינה או קבוצת מדינות לסכל את היווצרותו של מנהג שאינו לרוחן באמצעות חריגה מסוימת ממנו. זאת ועוד, תפיסה נוקשה שלפיה רק פרקטיקה אחידה יכולה להוות מנהג מכרסמת למעשה ביכולת הבחירה של האומות, בכך שהיא שוללת מהן את חירות הפעולה להכיר במנהג שחלק אינהרנטי ממנו עניינו מידה של גמישות וייחודיות מקומית, אשר לעיתים יש בה הכרח או תועלת. גישה נוקשה שכזו אינה נותנת מענה ראוי לשונות תרבותית או כלכלית ולמאפיינים אחרים שהם רלוונטיים למנהג המסוים. כמו כן יש נפקות גם לאופן ניסוח המנהג הבינלאומי: המנהג יכול לבטא את המסד המשותף (סמכות חוץ-טריטוריאלית במקרה של השפעה בגבולות המדינה) לצד אפשרות להגוון (מדינות יכולות לבחור להימנע מלפעול, אלא אם ההשפעה עונה על תנאים מגבילים נוספים).

התנהגות פסיבית המבטאת השלמה עם התנהגותן של מדינות אחרות וכן ספרות מלומדים. ראו רוזן, לעיל ה"ש 137, בעמ' 36; סיבל, לעיל ה"ש 133, בעמ' 54, 62.

Monica Hakimi, *Making Sense of Customary International Law*, 118 MICH. L. REV. 145 (2020), 1491. חכימי מדגימה בשורה ארוכה של מקרים שגישת שני התנאים אינה מתארת נכונה את הדין הקיים (שם, בעמ' 1524, 1536).

146 שם, בעמ' 1505-1518.

147 סיבל, לעיל ה"ש 133, בעמ' 51.

148 שם, בעמ' 51-52.

149 שם, בעמ' 52.

150 שם.

זאת ועוד, אין לתת משקל יתר לקושי בזיהוי הנקודה שבה הגוון הרחיק לכת והחל לכרסם תחת המסד המשותף; פעמים רבות התנגדות או תגובות אחרות מצד מדינות ל"הגוון" לכאורי שכזה הן נייר לקמוס יעיל לאיתורו.<sup>151</sup> בענייננו, המדינות שבחרו בתחולה מרחיבה (כגון יפן או שווייץ) לא התנגדו לכך שאחרות יטלו לעצמן חופש פעולה צר יותר (ארצות הברית), ואילו המדינות המחמירות עם עצמן (ארצות הברית) מנסות להשתחרר מכבליהם של חלק מהתנאים המגבילים שהן הטילו על עצמן בעבר על דרך הפרשנות המקילה, ואינן יוצאות נגד מדינות שבחרו בסמכות נרחבת יותר. לפיכך המגוון הוא מקובל ונוטה להתכנסות לעבר הצד המרחיב. חשוב מכך, בתי המשפט שיישמו את הדוקטרינה בהגוונים שונים זיהו את פסקיהם כעולים בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי הפומבי; כך בשווייץ, כך באיחוד האירופי. המדינות עצמן אינן מתייחסות אל ההגוון הקיים כאל חסם לתפיסתו כתואם את המשפט הבינלאומי הפומבי. בנסיבות אלה, הכרה במנהג על הגוונים משקפת בצורה אמיתית ומייצגת את רצונן ואת התנהלותן של המדינות.

דומה שיש להיזהר שלא לאמץ גישה נוקשה מדי גם בנוגע לתנאי השני, היוצר קושי אינהרנטי בדמות "ביצה ותרנגולת"; שהרי בתחילת היווצרותו של מנהג ודאי שלא תיתכן "מחויבות משפטית" לפעול לפיו (מאחר שהוא עדיין אינו קיים ככזה), וממילא שלא ייתכן להחילו מתוך תחושה שמדובר בכלל בינלאומי מחייב. עמידה דווקנית על תנאי זה אינה מאפשרת למנהג להתגבש ולמחויבות אמיתית שכזו להיווצר.<sup>152</sup>

אומנם בית המשפט העליון נקט בעניין אבו עיטה<sup>153</sup> גישה מחמירה ודווקנית להוכחת "פרקטיקה המקובלת בתורת דין", הן מבחינת ההיקף הרב של מקורות שהוא חקר, הן בדרישה כי המנהג יהיה מקובל בעקביות לפחות על הרוב המכריע של המדינות, מתוך דעה אחידה ומגובשת. לאורך השנים שב בית המשפט והפנה לתקדים זה, כאשר בחן את גבולות הסמכות של כוחות הביטחון לאור המשפט הבינלאומי המנהגי.<sup>154</sup>

151 כפי שניתן לראות בדוגמה של ההתפתחויות בריני היס. ראו James Andrew Black, *A New Custom Thickens: Increased Coastal State Jurisdiction Within Sovereign Waters*, 37 B.U. Int'l L.J. 355 (2019).

152 Lepard מכנה זאת "הפרדוקס של ה-opinio juris", וכדי להימנע מכשל אינהרנטי זה הוא מציע לפרש רכיב זה כדרישה שמדינות יאמינו באופן כללי שרצוי כעת או בעתיד הקרוב שיהיה כלל משפטי מחייב אשר יצוה, יתיר או יאסור על התנהגות מסוימת. ראו BRIAN D. LEPARD, *CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW: A NEW THEORY WITH PRACTICAL APPLICATIONS* 8-9, 112, 171 (2010).

153 בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אוור יהודה והשומרון, פ"ד לז(2) 197, 242 (1983) (בית המשפט העליון מפנה לספרו של גאורג שוורצנברגר, 2 GEORG SCHWARZENBERGER, *INTERNATIONAL LAW AS APPLIED BY INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS: THE LAW OF ARMED CONFLICT* (1968), אשר הציב "שני תמרורי אזהרה, החייבים ללוות את כל מי שבוחן שאלת קיומו של כלל מחייב של דיני המלחמה", וברוח זו מסקנתו המעשית של בית המשפט היא כי "מתחייבת בדיקה זהירה, קפדנית ומקיפה... כדי להסיק, אם מדובר על השקפה המקובלת על הרוב המכריע").

154 ראו למשל בג"ץ 87/85 ארג'וב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מב(1) 353 (1988).

אולם גישה מתונה במידה ניכרת להכרה במנהג בינלאומי אומצה בידי בית המשפט העליון לפני כעשור בעניין שוחט, אשר בחן אם ישנו מנהג התוחם את חסינותן של מדינות זרות והמאפשר תביעה בנזיקין נגדן במדינת הפורום.<sup>155</sup> ההיקף המוגבל של מדינות שגישתן נסקרה והמבט הגמיש והמכיל הגוונים הניכר בפסק הדין נבדל עד מאוד מרוח הדברים בפסיקה שהתפתחה בהקשר הביטחוני. בעניין שוחט עמד בית המשפט על קשת של גישות במשפט המשווה – דומות אך לא זהות. בכל אחד מן המקורות שנבחנו נקבעו תנאים שונים מעט. הגם שכך, בית המשפט הפנה ל"תפיסה המקובלת בדין המנהגי" ול"מכנה המשותף בין הגישות המתוארות", אשר די היה בהם כדי להכריע באותו עניין על בסיס מנהג בינלאומי.<sup>156</sup> ייתכן שאפשר להסביר הבדל זה בין שתי הגישות בהבדל שבין מנהג מחשק למנהג מזכה. חלק לא-מבוטל מהמנהגים הבינלאומיים מטילים מגבלות על יכולתן של מדינות לנהוג כרצונן, ומצירים את סמכותן הריבונית. במקרים מעין אלה ראוי להציב דרישות קפדניות לשם הכרה בקיומו ובתוכנו המדויק של מנהג בינלאומי. חלק ניכר מהדינים הנוגעים למנהגים בינלאומיים בפסיקת בית המשפט העליון ובעקבותיה בספרות בישראל היו בהקשר של מנהגים מעין אלה, המטילים סייגים ומחויבויות על המדינה והתוחמים את צעדיה. יש לקרוא את הפסיקה שתחילתה בעניין אבו עיטה על רקע אופיים הגורר של המנהגים המחשקים.

גישה נוקשה זו אינה מתאימה עת מדובר במנהג מזכה – מיטיב – המאפשר למדינה לקנות סמכות ולהחיל את דיניה על התנהגות מחוץ לגבולותיה אשר פגעה בה או בתושביה. מנהג שכזה אינו מחייב את המדינה לממש את יכולתה זו, אך הוא מרחיב את המנעד האפשרי הלגיטימי של סמכותה. משכך, חששות הנלווים להכרה במנהגים המגבילים סמכות והמטילים חובות נעדרים בהקשר דנן. להפך, ראוי להיזהר מהעמסת יתר של תנאים לזיהוי ולהכרה במנהג מזכה וממתן פרשנות דווקנית ומכבידה לתנאים קיימים, באופן שישלול שלא לצורך מן המדינה ומתושביה יכולת לממש וליהנות מפרקטיקה רווחת המיטיבה עימם. המנהג שנדון בעניין שוחט, כמו גם דוקטרינת ההשפעות, נופלים לגדר סוג זה של מקרים. קצרה היריעה במאמר זה מלדון עוד לעומק בשאלת הזיהוי של מנהג בינלאומי. די לעניינו בעובדה, שמחקרנו מעלה שגם התנאים הנוקשים שהציבה ועדת האו"ם מתקיימים בנוגע לדוקטרינת ההשפעות בגדר דיני התחרות. ניתן בהחלט לטעון כי התגבש מנהג בינלאומי להחלת דוקטרינת ההשפעות כדיני התחרות, גם לאור המבחן הנוקשה יותר וודאי שלאור המבחן הגמיש יותר. באשר לתנאי הראשון של פרקטיקה נפוצה ועקבית, ישנה הסכמה נרחבת שדוקטרינת ההשפעות היא כלל מקובל בעולם. כך למשל, מרטיניזון טוען כי "Extraterritoriality in competition law is now a well-entrenched feature of the global

155 רע"א The United States of America 7484/05 נ' יוסף שוחט ז"ל, פס' 14, 22-36, 42-53 (נבו 3.8.2010) (להלן: עניין שוחט).

156 שם, בפס' 32-33: "המחוקק הקנדי, אף שאימץ בסעיף 6 לחוק הסדר הדומה במאוד להסדר האנגלי ולהסדר האוסטרלי, בחר לזנוח את דרישת 'מוחשיות' הרכוש הניזוק... הסדר שונה במעט נקבע בסעיף... לחוק האמריקאי... שלא כמו החוק האנגלי, בחר המחוקק האמריקאי, כשכנו הקנדי, שלא להגביל את תחולת החרג לתביעות בגין נזק לרכוש 'מוחשי'". גם בהינתן מגוון זה בית המשפט מוצא כי קיים דין בינלאומי מנהגי (שם, בפס' 53).

International<sup>157</sup>. בדומה, ה-regulatory framework governing transnational business”  
 “There is... widespread consensus that the ‘effects’-based כי קובע, Bar Association  
 test is consistent with each sovereign’s need to detect and punish anti-competitive  
 behavior... Virtually all jurisdictions apply some form of an ‘effects’ test”  
 הרוחות של ארגון המדינות המפותחות שנסקרו לעיל מצביעים על ההיקף הרחב של אימוץ  
 הדוקטרינה ברחבי העולם, ואין אזכור למדינות המתנגדות לתחולתה.<sup>159</sup>

Marek במאמרו 157 Martyniszyn, *Japanese Approaches*, לעיל ה"ש 74, בעמ' 750; וכן  
 Martyniszyn, *Competitive Harm Crossing Borders: Regulatory Gaps and a Way*  
 Martyniszyn, (להלן: *Forward*, 17 J. COMPETITION L. & ECON. 686, 692-693 (2021)  
*Competitive Harm*): “Asserting jurisdiction over foreign entities has been practiced in  
 competition law for decades. The United States spearheaded extraterritoriality in this  
 area. Its persistence, despite considerable international protests and opposition, led to  
 the development of international law and a gradual recognition, through increasing  
 usage and fading objections, of a new jurisdictional principle – the effects doctrine...  
 extraterritoriality in... competition law is no longer contentious... Although thus far  
 no uniform jurisdictional test has emerged, the doctrine is very much alive. The limits  
 of the acceptable reach of domestic law continue to be tested in new cases”  
 “Enforcement of... competition laws :1 בעמ' 56, Wong-Ervin & Heimert  
 beyond the boundaries of a jurisdiction’s border has, as a general matter, *become*  
*uncontroversial*, for example when conduct outside the jurisdiction has an adverse  
 effect on competition and consumers in the enforcing jurisdiction”  
 Sweeney, לעיל ה"ש 2, בעמ' 372-371; Kim, לעיל ה"ש 29, בעמ' 386.  
 Int’l Bar Ass’n [IBA], *Report of the Task Force on Extraterritorial Jurisdiction*, ראו 158  
 57, 60 (2009), <https://documents.law.yale.edu/sites/default/files/Task%20Force%20on%20Extraterritorial%20Jurisdiction%20-%20Report%20.pdf>  
 OECD 2017A, לעיל ה"ש 2, בעמ' 2: “Almost all jurisdictions rely on the qualified effects test to establish jurisdiction over foreign conduct, meaning that they are able  
 to review foreign conduct that causes domestic harm, and impose remedial measures  
 against it” OECD 2017B; לעיל ה"ש 5. דוחות ה-OECD מהשנים 2015 ו-2017 אינם  
 מזכירים מדינה המתנגדת לעצם התחולה החוץ-טריטוריאלית, אלא הם רק מצביעים על דקויות  
 כאלו או אחרות במתווה (ראו OECD, *Executive Summary of the Roundtable on Cartels Involving Immediate Goods*, DAF/COMP/WP3/M(2015)2/ANN3/Final (Feb. 8, 2017),  
 ;[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M\(2015\)2/ANN3/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M(2015)2/ANN3/FINAL/en/pdf)  
 OECD, *Roundtable on the Extraterritorial Reach of Competition Remedies*, DAF/  
 COMP/WP3(2017)4 (Nov. 24, 2017), [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicationsdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2017\)4&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicationsdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2017)4&docLanguage=En)  
 בכרר אם בקרב המדינות המתפתחות תמונת המצב היא שונה, פנינו לפרויקט של UNCTAD  
 בנושא (ראו UNCTAD, *Developing Country Experience with Extraterritoriality in Competition Law*,  
 UNCTAD, <https://unctad.org/Topic/Competition-and-Consumer-Protection/Research-Partnership-Platform/Extraterritoriality> (last visited Jun. 7, 2021). הגם שדוח סיכום של  
 מחקר זה טרם פורסם, תכתובת עם Martyniszyn, אשר ריכז את הפרויקט, לימדה כי רק קומץ



ישנן אינדיקציות חזקות גם להתקיימות התנאי השני. הספרות חוזרת ומדגישה, שדוקטרינת ההשפעות צמחה מתוך עקרונות מוכרים במשפט הבינלאומי והחלתה עולה בקנה אחד עימו.<sup>160</sup> כמו כן ישנן אמירות של בתי משפט המכירות בדוקטרינה כחלק מכללי המשפט הבינלאומי הפומבי. כך למשל קבע בית המשפט האירופי בעניין *Toshiba* בשנת 2019: “The Commission’s jurisdiction *under public international law* to find and punish conduct adopted outside the European Union may be established on the basis of either the implementation test or the qualified effects test”<sup>161</sup>. מאמירות מעין אלו ניכר כי אין מדובר רק בפרקטיקה רווחת של מדינות שונות, אלא שמדינות הפועלות בדרך זו רואות בכך התנהלות מותרת מבחינת המשפט הבינלאומי. הדוקטרינה גם מאוזכרת באמנות בינלאומיות. זאת ועוד, בשנים האחרונות אין נשמעת מחאה מצד מדינות כלפי מדינות אחרות שבחרו לאמץ את הדוקטרינה. ההסתייגות היחידה שנשמעת בספרות היא לגישה המרחיבה את הדוקטרינה מעבר לגבולותיה המקובלים כיום (כגון ב'פן). היעדר מחאה מעין זו מביעה למעשה הסכמה לאימוצה. היא מקבלת משנה תוקף לאור העובדה, שההתנגדות העזה שנשמעה בעבר כלפי ארצות הברית מלמדת כי בתחום זה מדינות מבטאות תרעומת על חריגה מהגבולות המקובלים.<sup>162</sup>

של מדינות קטנות מתוך 40 המדינות המתפתחות שהשיבו על שאלונים לא אימצו תחולה חוץ-טריטוריאלית, ולפי ההערכה הסיבה לכך היא שהן פשוט טרם נדרשו לכך. חריגה היא אינדונזיה, אשר טרם השלימה רפורמה משפטית בנושא, כנראה מסיבות פוליטיות פנימיות. מנגד, כמה מדינות מתפתחות אימצו את התחולה בשנים האחרונות ממש. 160 ראו למשל *Nishioka*, לעיל ה"ש 100, בעמ' 593: “Today, it has also been widely accepted that the application of competition law based on effects in a state’s territory does not contravene public international law”. נציין, כי גם בספרות המשפטית כתיבה המסתייגת מהדוקטרינה לגופה נתפסה כחריגה מאוד בשיח כבר לפני שנים. ראו מאמר משנת 2008 הפורס שורה של טיעונים ערכיים ומעשיים נגד הדוקטרינה, אך מכיר היטב בכך שעמדתו הביקורתית חריגה, עד שקשה למצוא מלומדים המצדדים במגבלות גאוגרפיות לסמכות: Austen L. Parrish, *The Effects Test: Extraterritoriality’s Fifth Business*, 61 *VAND. L. REV.* 1455, 1493 (2008).

161 עניין *Toshiba 2019*, לעיל ה"ש 85, בפס' 165 (ההדגשה הוספה).  
162 במחקרו מצא Martyniszyn מגמה ברורה מניחות עמדות שהגישו גורמי חוץ לבתי המשפט בארצות הברית, בשנים 1978–2015, עמדות אשר להן יכולת לעצב את גבולות המנהג הבינלאומי. מתועד תהליך הדרגתי של מעבר מהתנגדות לתחולה החוץ-טריטוריאלית לעיסוק רק בגבולותיה, עד שעצם החלת הסמכות אינה מצויה עוד במחלוקת. ראו Marek Martyniszyn, *Foreign States’ Amicus Curiae Participation*, לעיל ה"ש 33, בעמ' 630 ו-640: “The recurring objections to U.S. jurisdictional assertions are not surprising from the international law perspective, since a protest to be effective (and have the capacity of preventing recognition of a new customary norm) must be maintained and actively manifested. Later a shift took place from contesting extraterritoriality in itself towards demarcating its internationally permissible limits. In other words, U.S. extraterritoriality in antitrust gradually became uncontested... Looking through the lens of international law, amicus briefs are unilateral acts of states. They are one of the tools shaping international law,



אכן, הדוקטרינה היא דוגמה לתהליך התהוות הדרגתי של מנהג.<sup>163</sup> ארצות הברית החלה את התהליך אל מול התנגדות עזה, עד אשר ההבנה כי הדוקטרינה נחוצה קנתה אחיזה גם בקרב העיקשים שבמתנגדיה, ובהמשך בקרב מדינות נוספות שהחלו מיישמות דיני תחרות; קו פרשת המים להיווצרות מנהג נחצה כאשר התבסס מספר ניכר של מדינות הנוהגות בדרך זו, מתוך שכנוע שאימוצם את הדוקטרינה תואם את כללי המשפט הבינלאומי.

## ב. הדין ונחיצות האכיפה בישראל

### 1. כללי: דוקטרינת ההשפעות היא חלק מהדין הישראלי

כללי המשפט הבינלאומי המנהגי משולבים במשפט הישראלי בהיעדר הוראת חוק סותרת,<sup>164</sup> ללא צורך באקט תחיקתי פורמלי.<sup>165</sup> יתרה מזו, כאשר יש התנגשות פוטנציאלית בין הדין הישראלי לכללי המשפט הבינלאומי, החוק הישראלי יפורש באופן המתיישב עם כללי המשפט הבינלאומי, כל עוד אין בחוק הוראה מפורשת המנוגדת לפירוש כאמור.<sup>166</sup> חוק התחרות הישראלי אינו כולל הוראה המתנגשת בתחולה חוץ-טריטוריאלית של הוראותיו, למעט בנוגע למיזוגים.<sup>167</sup> בהתאם לכך, דוקטרינת ההשפעות חלה בגדרו של חוק זה.<sup>168</sup>

*by expressing states' understanding of the scope of existing and emerging principles and customary norms* (ההרגשה הוספה).

163 בהקשר זה הוצעה הבחנה בין מנהג מסורתי, שבו יש לפרקטיקה משקל רב יותר, למנהג מודרני, המתפתח ביתר מהירות בעקבות דיונים במוסדות בינלאומיים, ובו לאלמנט המחויבות המשפטית יש משקל רב יותר. ראו Anthea Elizabeth Roberts, *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation*, 95 AM. J. INT'L L. 757 (2001).

164 ראו למשל, תומר ברודי "מקומו של המשפט הבינלאומי במשפט המדינתי" *משפט בינלאומי*, לעיל ה"ש 133, 65, 67-68; זילברשץ, לעיל ה"ש 137, בעמ' 319-320; בג"ץ 785/87 עפ"ו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 4, 35 (1988); עניין שוחט, לעיל ה"ש 155, פס' 13. לאימוצו של עיקרון זה במדינות נוספות, ראו OPPENHEIM'S INTERNATIONAL LAW (Robert Jennings & Arthur Watts eds., 9th ed. 2008).

165 ע"פ 174/54 שטמפפר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 5, 15 (1956); לפידות, לעיל ה"ש 137, בעמ' 808.

166 בג"ץ 302/72 אבו חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2) 169, 177 (1973); ברודי, לעיל ה"ש 164, בעמ' 68.

167 ניתן לטעון שההגדרה של "חברה" ביני המיזוגים מחילה הגבלה כאמור. "חברה" מוגדרת בס' 1 לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 כ"חברה שנוסדה ונרשמה לפי פקודת החברות... לרבות חברת חוץ שנרשמה כאמור". בהנחיות הממונה על הגבלים עסקיים "הנחיות הממונה על הגבלים עסקיים לגבי הליכי הדיווח והבדיקה של מיזוגי חברות לפי חוק הגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988" 23-24 (9.1.2008) נקבע, שהגדרת חברה תחול גם במקרה שבו חברה זרה מצויה בזיקת מיזוג לישראל, כך למשל כאשר עובר לעסקה חברה זרה מחזיקה למעלה מרבע בחברה ישראלית. ביתר המקרים דיני המיזוגים הישראליים אינם חלים, גם אם המיזוג משפיע באופן משמעותי על התחרות בשוק הישראלי.

168 כאשר התנהגות מסוימת מהווה עבירה פלילית, יחולו גם עקרונות סמכות השיפוט על פי פרק ג לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ולרוב לא יהיה צורך בתחולת הדוקטרינה. פרק ג מתנה את

דוקטרינת ההשפעות הוחלה בישראל לראשונה כבר לפני שנים בהקשר של דיני התחרות בהחלטתו של הממונה בעניין ריצ'רדסון.<sup>169</sup> חברת ג'יימס ריצ'רדסון, אשר הפעילה חנות בשדה התעופה, הגיעה להסדרים כובלים עם יצרניות שהיו חברות זרות אשר מרכז פעילותן מחוץ לישראל, שלפיהם יישמר פער מחירים של 30% בינה לבין חנויות אחרות בישראל. הממונה החיל את חוק התחרות על היצרניות, תוך הפניה לדוקטרינת ההשפעות, בקובעו כך:<sup>170</sup>

"הסדר כובל – אפילו הוא נערך בין שני גופים לא ישראלים, ומחוץ לישראל, שיעדו ותוצאתו, החלקיים או הבלבדיים, פעולה הפוגעת בגיעה משמעותית בתחרות בשוק בישראל, בא כ-ד' אמות חוק [התחרות]... תכליתו של חוק [התחרות] – הגנה על התחרות בישראל – מלמדת כי פרשנות הדין הישראלי ברוח דוקטרינת ההשפעות מחויב המציאות. אינני מעלה על דעתי כי פעילויות עסקיות הנערכות מעבר לים, ואשר פוגעות בתחרות בישראל, התיינה פטורות כעניין שבדין מתחולת דיני [התחרות] בישראל. המציאות העסקית כלכלית חוצה גבולות מדיניים, ופרשנות מצמצמת לתחולת דיני [התחרות] תפתח פתח רחב לפגיעה בתחרות בישראל".

כמו כן הוחלה דוקטרינת ההשפעות בידי הממונה בעניין מסדרי המתח, אשר יפורט בהמשך הדברים, שם היא הותנתה בקיום "זיקה ברורה" בין הפעילות הפוגענית לבין ישראל.<sup>171</sup> בעניין אקו"ם נטען, שחוק התחרות אינו חל על הסדרים כובלים שנערכו בחו"ל בין אגודות זרות לניהול זכויות יוצרים. בית הדין לתחרות דחה את הטענה, וקבע כי קשה להעלות על הדעת פרשנות אחרת לדיני התחרות מלבד הפרשנות המאמצת את דוקטרינת ההשפעות.<sup>172</sup> גם אריאל אזרחי ודיויד גילה גורסים, שלדיני התחרות הישראלים "תחולה על כל פירמה, לרבות פירמה זרה שהתנהגותה משליכה על הצרכן הישראלי. הווה אומר, בישראל הדוקטרינה השלטת היא דוקטרינת [ההשפעות]".<sup>173</sup> חשוב להדגיש שכאשר צד זר לקרטל מעורב בפעילות ישירה בישראל, החוק חל בלא צורך להיזקק לדוקטרינת ההשפעות.<sup>174</sup>

החלת דיני העונשין הישראליים בקיומו של היסוד העובדתי של העבירה, כולו או מקצתו, בישראל, ראו ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 260 (1984) וכן עניין ריצ'רדסון, לעיל ה"ש 11, בעמ' 44. שם הכיר הממונה באופן תאורטי בדרישה כאמור באשר לעבירות של ניצול כוח מונופוליסטי: "מקום שנסיבה [עובדתית של העבירה]... מתקיימת בישראל – דהיינו בעל מונופולין [זר] פועל באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים בישראל או לפגוע בציבור בישראל – מדובר בעבירת פנים וניתן להעמיד לדין בגינה בישראל".

169 שם.

170 שם, בעמ' 39, 43.

171 עניין מסדרי מתח, לעיל ה"ש 11.

172 עניין אקו"ם, לעיל ה"ש 12.

173 אזרחי וגילה, לעיל ה"ש 14, בעמ' 462 (ההדגשה הוספה).

174 שם; עניין אקו"ם, לעיל ה"ש 12; קביעה לפי סעיף 43(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988: קבוצת תעשיות מלח לישראל בע"מ – צד להסדר כובל עם MP Theodorou (Salt Industry) & Co. Ltd. ובעליה (2.4.2006) רשות התחרות 5000446; קביעה לפי סעיף 43(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988: הסדר כובל בין המובילים הימיים חברי הקונפרנס EMTA (30.4.2003) רשות התחרות 3017236; עניין אל-על, לעיל ה"ש 13, בפס'

בהחלטה בעניין ברמן הוכרו כללי הריבונות והנימוס הבינלאומי כמערכת כללים בעלת "חשיבות נכבדה בעולם המודרני ובמיוחד ביחסים שבין ארה"ב לישראל. משמעותה היא כיבוד ריבונות של מדינות זרות דבר המכתיב המנעות עד כמה שאפשר מ'פלישה' לתחומה של מדינה זרה על ידי החלטה שיפוטית שיש לה השפעה מחוץ לגבולות מדינת ישראל".<sup>175</sup> עם זאת עקרונות אלו טרם הוחלו בדיני התחרות, למעט במקרים שישאל התביעה לשקול שיקולים כאמור במסגרת הסכמים בינלאומיים.

השינויים שחלו בתנאי הדוקטרינה בעשור האחרון קוראים לעיון מחודש, מתוך מבט מקל ומרחיב, בגדרי הדוקטרינה כפי שהותוו בהחלטות האמורות. השאלה העומדת על המדוכה היא מהם תנאי התחולה אשר ראוי לאמץ כיום בישראל, מתוך המנעד הלגיטימי הקיים בהתאם למשפט הבינלאומי העדכני. שאלה זו עלתה בעניין רלפי.<sup>176</sup> בטרם ננתח את פסק הדין, נדון במאפיינים המיוחדים של ישראל אשר עשויים להשליך על בחירת המתווה המיטבי במסגרת המנעד כאמור.

## 2. ישראל ככלכלה קטנה: האם ראוי להימנע מהחלת החוק הישראלי בשל החצנות חיוביות?

ישראל היא כלכלה קטנה.<sup>177</sup> ככזו, עולה שאלת יכולתה ותמריציה להחיל את חוקיה על חברות בינלאומיות המשפיעות על שוקיה אך אינן פועלות ישירות בשטחה. מחקר אמפירי אשר ערכה אחת המחברות של מאמר זה הראה, שכלכלות קטנות נוטות שלא להחיל את חוקי התחרות שלהן בצורה חוץ-טריטוריאלית.<sup>178</sup> אפשר לשער שבבסיס ממצא זה עומדות כמה סיבות. בעוד שעלות הוכחתה של עבירה תחרותית אינה משתנה לפי גודלה של כלכלה, לכלכלה קטנה יש משאבי אכיפה מוגבלים יותר מאשר לכלכלה גדולה.<sup>179</sup> זאת ועוד, אם ההתנהגות נאסרת בידי מדינה אחרת, הכלכלה הקטנה יכולה ליהנות מהחצנות חיוביות מסוימות. על כן רשויות האכיפה של כלכלות קטנות בוחרות לרוב להקדיש את משאביהן להתמודדות עם התנהגות אנטי-תחרותית של חברות מקומיות, אשר אין גורם אחר שיטפל

61: "מאחר שהקרטל העולמי בו עסקינן חל על שירותים הנוגעים לשוק הישראלי במישורין – שילוח של סחורות מישראל ואליה – וממילא ברור שלדיני התחרות הכלכלית הישראליים [יש] תחולה".

175 פש"ר (מחוזי ת"א) 1225/01 ברמן נ' Trans World Airlines, Inc. (תקדין 28.3.2001).

176 עניין רלפי, לעיל ה"ש 1.

177 ראו Michal S. Gal, Competition Policy for Small Market Economies 1-3 (2003) (להלן: Gal, Small Economies).

178 ראו Michal S. Gal, Antitrust in a Globalized Economy: The Unique Enforcement Challenges Faced by Small and Developing Jurisdictions, 33 FORDHAM INT'L L.J. 1, (2009) 31-37 (להלן: Gal, Unique Challenges).

179 שם, בעמ' 33-34.

בהן.<sup>180</sup> בעניין רלפי ציין בית המשפט המחוזי שיקול זה: "כאשר ההשפעה על השוק הישראלי היא אגבית או זניחה, נוכל להינות מפירות האכיפה במדינות הכלכלות הגדולות".<sup>181</sup> אלא שהישענות על אכיפה זרה היא מוגבלת. אכן, מדינות נהנות ממאמצי האכיפה של מדינות אחרות נגד התנהגות אנטי-חרותית המשפיעה על כולן.<sup>182</sup> אם המטרה העיקרית היא למנוע את המשך הפעילות הפוגענית, לעיתים אין טעם באכיפה מקבילה כלפי אותה פעילות שממילא נחשפה ונאסרה. עם זאת היו מקרים שחרף נקיטת צעדים נגד קרטל במדינות מסוימות, המשיך הקרטל לפעול בעזרת מצח ולאורך שנים במדינות אחרות שכשלו באכיפה.<sup>183</sup> מכל מקום, לרוב אין די באכיפה זרה כדי לשרת את כל האינטרסים הלגיטימיים – ולעיתים הייחודיים – של המדינות המעורבות.<sup>184</sup> חשוב מכול, אכיפה בידי מספר מועט של מדינות נגד קרטל בינלאומי או נגד ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי בידי חברה בינלאומית אינה משרתת את האינטרס המשותף של מדינות העולם. אין בה די כדי ליצור הרתעה מספקת מפני פעילות אנטי-חרותית, כיוון שמרבית רווחיהם של המפירים נותרים בידיהם.<sup>185</sup> קנסות שמטילות מדינות ספורות בלבד, גם אם הם גבוהים מבחינה אבסולוטית, מבוססים לרוב על הפגיעה במדינה האוכפת (גם אם – במקרה של ארצות הברית – ניתן לשלש את הפיצוי על הנזק המקומי במסגרת תביעה פרטית). יותר ממחצית

180 Martyniszyn מפקפק בהיגיון הכלכלי של גישה זו, בשים לב למחקר אמפירי אשר מצא כי ההפסד הנגרם בשל פעילות של קרטלים בינלאומיים גבוה פי ארבעה עשר מההפסד שנגרם בידי קרטלים מקומיים, ראו Martyniszyn, *Competitive Harm*, לעיל ה"ש 157, בעמ' 699, בהסתמך על John M. Connor & Yuliya Bolotova, *Cartel Overcharges: Survey and Meta-Analysis*, 24 INT'L J. INDUS. ORG. 1109, 1134 (2006). (להלן: Connor & Bolotova).

181 עניין רלפי, לעיל ה"ש 1, בפס' 48.

182 Daniel Lim, *State Interest as the Main Impetus for U.S. Antitrust Extraterritorial Jurisdiction: Restraint Through Prescriptive Comity*, 31 EMORY INT'L L. REV. 415, 439 (2017).

183 ראו אצל Martyniszyn, *Competitive Harm*, לעיל ה"ש 157, בעמ' 13-14, סקירת התקדים בעניין Soda Ash, קרטל יצוא מארצות הברית, אשר על אף נקיטת צעדים באיחוד האירופי בשנת 1990 וניסיון אכיפה בהודו בשנת 1996 שנכשל בשל לחץ אמריקני, רק בשנת 1999 הושגה אכיפה בדרום אפריקה – וחרף כל אלה המשיך הקרטל לפעול לאורך זמן במדינות אחרות. לאור זאת המחבר מגיע לתובנה ולפיה. "Enforcement freeriding will not necessarily work. There may be no trickle down benefit to countries that forego domestic enforcement". סיבות נוספות שהמחבר מפרט לחוסר תוחלת של "רכיבה חופשית" הן מצבים שבהם הקרטל הוא אזורי או מוגבל לסוגי טובין או שירותים שאינם נצרכים בכלכלות הדומיננטיות בתחום האכיפה – מצבים שבהם התמקדות באכיפה רק נגד קרטלים מקומיים תותר מעולים אלה לחלוטין "מתחת לרדאר"; ראו גם Ariel Ezrachi, *Cross Border Transfer of Wealth: Reflections on Competition Law and Developing Economies* (The Univ. of Oxford Ctr. for Competition Law and Developing Economies) (The Univ. of Oxford Ctr. for Competition Law and Developing Economies Working Paper No. 32, 2012), L. & Pol'y, אשר מצביע על הקשיים לערוך אכיפה נגד תאגידי בינלאומיים שבהם נתקלות כלכלות אלה, ועם זאת הוא עומד על הצורך בכך גם בהינתן אכיפה זרה.

184 ראו Gal, *Extraterritorial Application*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 115-116.

185 ראו גם עניין אל-על, לעיל ה"ש 13, בפס' 47.

הקרטלים הבינלאומיים שנחשפו נתבעו רק במדינה אחת.<sup>186</sup> המשמעות היא שגם אם קרטל בינלאומי נתבע במדינה מסוימת, נותרים בכיסו מרבית רווחיו מפעילותו האנטי-תחרותית ביתר מדינות העולם. בפרשת קרטל הוויטמינים למשל,<sup>187</sup> אשר פגע משמעותית ולאורך שנים בכל כלכלה שבה מגדלים חיות המקבלות ויטמינים, שיעור הקנסות המצטבר היווה רק כחמישה אחוזים (!) מרווחי הקרטל, הגם ששם הוגשה תביעה בידי שש רשויות תחרות, מספר גבוה מאוד יחסית לתביעות נגד קרטל בינלאומי. על כן ישנו תמריץ כלכלי משמעותי לחברות להמשיך ולנקוט פעילות אנטי-תחרותית.

הצורך באכיפה מקבילה מתחזק לאור שיעור הקרטלים שאינם מתגלים – אותו חלק של הקרחון שנמצא מתחת למים – המוערך כגדול מאוד. אכן, הנתונים האמפיריים מצביעים על כך שחרף שיעור הקנסות הגבוה בכמה כלכלות עיקריות,<sup>188</sup> מדי שנה מתגלים יותר קרטלים חוצי גבולות מבעבר, ואף ישנה תופעה של הישנות קרטלים שכבר נחשפו – באותה המדינה או במדינות אחרות.<sup>189</sup> מהמקובץ עולה, כי מדינות הנמנעות מאכיפה מוציאות במידת מה את העוקץ ממאמצי האכיפה שנקטו מדינות אסרטיביות מהן, וגם פוגעות בעצמן. בהיעדר רשות אכיפה עולמית מרכזית,<sup>190</sup> רק הגברת האכיפה בכלל הכלכלות הנפגעות יכולה להוביל לתיקון מצב דברים זה.<sup>191</sup> כדברי השופט גרוסקופף בעניין אל-על, "כדי להגיע להרתעה יעילה, כל מדינה אשר הושפעה מהקרטל נדרשת לפעול בתחומה".<sup>192</sup> כיום יש הכרה גוברת

OECD, REVIEW OF THE 1998 OECD RECOMMENDATION CONCERNING EFFECTIVE ACTION AGAINST HARD CORE CARTELS 65 (2019), <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-review-1998-hard-core-cartels-recommendation.pdf> (להלן: OECD HCC).

187 לדוגמה להתדיינות בנושא, ראו לעיל ה"ש 68.

188 לנתונים על אודות המגמה המגוונת בשנים האחרונות באשר לשיעור הקנסות בכמה כלכלות עיקריות, ראו *Allen & Overy, Global Cartel Enforcement Report* (2021), <https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/global-antitrust-enforcement-report> (להלן: *Allen & Overy, 2020 Report*); *Morgan Lewis, Global Cartel Enforcement Report* (2021), <https://www.morganlewis.com/pubs/2021/01/global-cartel-enforcement-report-year-end-2020>.

189 OECD HCC, לעיל ה"ש 186, שם: "Monetary sanctions against cartels are... on the rise. Still, the number of cartel cases has increased. In certain sectors... companies have been found to have colluded repeatedly... [This] may suggest sanction levels remain insufficient"; מסד הנתונים הערכני של ה-OECD מפנה לעשרות קרטלים בינלאומיים או אזורים אשר נקנסו בשנים האחרונות, ומאיר על חומרת הבעיה: *The OECD International Cartels Database*, OECD, [https://qdd.oecd.org/subject.aspx?Subject=OECD\\_HIC](https://qdd.oecd.org/subject.aspx?Subject=OECD_HIC) (last visited Jun. 8, 2021).

190 Michal S. Gal, *Free Movement of Judgments: Increasing Deterrence of International Cartels Through Jurisdictional Reliance*, 51 VA. J. INT'L L. 57, 62, 69-70 (2010) (להלן: Gal, *Free Movement*).

191 שם, בעמ' 63-64.

192 עניין אל-על, לעיל ה"ש 13, בפס' 47.

והולכת של מדינות העולם בתובנה זו.<sup>193</sup> זאת ועוד, מחקר אמפירי העלה, כי נקיטת אכיפה בידי מדינות מסוימות מביאה להגברת האכיפה גם מצד מדינות נוספות.<sup>194</sup> משכך, כאשר מדינה בוחרת לאכוף היא תורמת ליצירת כדור שלג חיובי המשיא את התועלת המצרפית. יתרה מזו, הסתמכות על פעולתן של רשויות אכיפה אחרות אינה מעניקה סעד או פיצוי אשר ישיב את מצב הניזוקים בישראל לקדמותו. ברוח זו העיר בית המשפט העליון ש"מצב שבו הצרכן הישראלי לא יוכל להיפרע מגופים שחברו, לכאורה, לקרטל בינלאומי שבעטיו נגרם לו נזק הוא מצב בלתי רצוי".<sup>195</sup> על כן, גם אם רשות התחרות מחליטה בעניין מסוים להימנע מנקיטת הליכים בשל מגבלות ותיעודף משאבים או מטעם אחר, ראוי לאפשר לניזוק לתבוע את נזקיו בדרך של אכיפה פרטית.<sup>196</sup> בדיני התחרות גם אי-אפשר לקבל פיצוי על פגיעה במדינה אחת בבתי משפט של מדינה אחרת, מכיוון שהדינים אינם מעניקים זכות תביעה לצרכנים שנפגעו במדינות אחרות, גם אם הפגיעה אירעה מהתנהגות דומה.<sup>197</sup> נובע מכך שיישום ראוי של דוקטרינת ההשפעות בידי בתי המשפט הוא חיוני כדי לאפשר לניזוקים ישראלים להיטיב את נזקיהם מהתנהגות אנטי-תחרותית של זרים. פסיקת פיצויים במסגרת תביעות פרטיות שוחקת אף היא את הרווח הקרטליסטי, ובכך משיאה תועלת של ממש להרתעה העתידית.<sup>198</sup>

זאת ועוד, אכיפה מקומית תאפשר לכלכלות קטנות למנוע מצב שקרטלים בינלאומיים יבחרו להחריג מתחולתם את אותן מדינות שאוכפות את חוקי התחרות שלהן ולממש את

193 OECD HCC, לעיל ה"ש 186, בעמ' 11, 14, Gal, *Free Movement*, לעיל ה"ש 190, בעמ' 63-62.

194 Sarah C. Kaczmarek & Abraham L. Newman, *The Long Arm of the Law: Extraterritoriality and the National Implementation of Foreign Bribery Legislation*, 65 INT'L ORG. 745 (2011).

195 עניין התנועה הצרכנית, לעיל ה"ש 1, בפס' 6. ראו גם Martyniszyn, *Competitive Harm*, לעיל ה"ש 157, בעמ' 15.

196 ניתן ללמוד על החשיבות שמדינות מייחסות לפיצוי של נפגעי התנהגות אנטי-תחרותית גם מכך שכמה מדינות מעודדות תשלום שכזה כחלק מתוכנית החסינות, ובאחרות הרשויות רשאיות או חייבות לתעדף פיצוי על פני קנס, או להפחית פיצוי ששולם מגובה הקנס המוטל. ראו International Competition Network, *Development of Private Enforcement of Competition Law in ICN Jurisdictions*, CARTEL WORKING GROUP 6 (2019) <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/privateenforcement> (להלן: ICN, *Private Enforcement*). לדיון בחשיבותה של האכיפה הפרטית, הן עבור הנפגע מהפרת החוק והן להשאת ההרתעה, ראו מיכל גל ואמיר ישראלי "דלות הסעדים הגבוליים – ניתוח מצבת הסעדים הקיימים והצעות לשיפור" עיוני משפט לה 5, 30-31 (2012).

197 בארצות הברית, ראו עניין *Empagran*, לעיל ה"ש 67, בעמ' 166-170; עניין *Minn-Chem*, לעיל ה"ש 47, בעמ' 858: "U.S. antitrust laws are not to be used for injury to foreign customers".

198 OECD HCC, לעיל ה"ש 186, בעמ' 75: "The importance of allowing private claims and granting compensation to injured private parties is twofold... it compensates the actual victims... it helps prevent cartels from forming" ICN, *Private Enforcement*; ראו גם לעיל ה"ש 196, בעמ' 2.

הקרטל במדינות שבהן האכיפה חסרה או מוגבלת. על מפת העולם ניתן לסמן אזורים אדומים, צהובים וירוקים – בהתאמה למידת הסיכון של הקרטל להיחשף ולרמת הענישה הצפויה מזה, <sup>199</sup> ולרווח הצפוי מזה. <sup>200</sup> בדומה לכך, אכיפה מקומית היא הדרך היחידה למנוע פגיעה המכוונת רק לישראל, גם כאשר היא ננקטת בידי חברה זרה שאינה מוכרת ישירות בישראל. <sup>201</sup> מדינות המסתפקות בשיירי ההרתעה, פרי החצנות של אכיפה במדינות אחרות, הן יעד אטרקטיבי לבעלי כוונות אנטי-חרותיות. כך עולה בכירור ממחקרים כלכליים-אמפיריים. <sup>202</sup> לגישת "שב ואל תעשה" יש מחיר. אם ישראל מבקשת להרחיק את מפגע הקרטלים הבינלאומיים משוקיה, אין תחליף לאכיפה מקומית. "רכיבה חופשית" על מאמצי האכיפה של מדינות אחרות אינה פתרון קסם. <sup>203</sup>

אכן, העובדה שישראל היא כלכלה קטנה עלולה להשפיע גם על האפשרות שלה לאכוף את פסקי הדין נגד החברות הזרות, בעיקר אם אין להן קשר ישיר לישראל. <sup>204</sup> עם זאת אין למנוע בשל כך את עילת התביעה מלכתחילה. יש להניח שתובעים (בעיקר פרטיים) יביאו עובדה זו בחשבון בעת החלטתם אם להגיש תביעה. כאשר מדובר באכיפה מצד הרשות, חתירה

199 מפה מעין זו, המצביעה על האזורים שבהם פעילות קרטליסטית כרוכה בסיכון לסנקציה משמעותית, מופיעה בדוחות מחקר אמפירי. ראו למשל, Allen & Overy, 2020 Report, לעיל ה"ש 188, בעמ' 5, 10-11.

200 Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 J. POL. ECON. 169 (1968).

201 ראו למשל: קרטל המכוון רק לשוק הישראלי; הימנעות יצרן זר מהעברת מידע לגורם אחר מלבד היבואן הרשמי כדי להקשות על יבוא מקביל לישראל; או יצירת מכשלות מלאכותיות לתחרות באמצעות דרישת בלעדיות ממי שמוסמך להעניק בחו"ל את תעודת הכשרות למפעלים המייצרים מוצרים המיובאים לישראל.

202 Julian L. Clarke & Simon J. Evenett, *The Deterrent Effects of National Anticartel Laws: Evidence From the International Vitamins Cartel*, 48 ANTITRUST BULL. 689, 717-18, 725 (2003); Wolfgang Wurmnest, *Foreign Private Plaintiffs, Global Conspiracies and the Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Law*, 28 HASTINGS INT'L & COMP. L. 1115-1113 (2005); Connor & Bolotova, *REV.* 205, 205, 217, 224 (2005), בעמ' 1132-1133. מחקרים אלה מראים, כי שיעור הרווח האנטי-חרותי שגבו קרטלים בינלאומיים זהים או דומים השתנה בין מדינות שונות שבהן הם פעלו, בהתאמה למידת החוסן של אכיפת דיני התחרות בכל מדינה. גם בית המשפט הגיוני זילנדי לערעורים הכיר בכך: "In cases with an international agreement entered into offshore and outside the jurisdiction of the Act... the role of penalties is to deter parties from extending the operation of those agreements into New Zealand" (*Com. Comm'n v. Kuehne + Nagel Int'l AG* [2014] NZHC 705 at [27]).

203 בקנדה נקבע, שאי-אפשר להסתפק בפסק דין או בפעולה של רשות תחרות זרה אם העניין הקנדי לא מצא מזור במסגרתו. ראו עניין HarperCollins, לעיל ה"ש 118.

204 ראו, למשל, Michal S. Gal, *Regional Competition Law Agreements: An Important Step for Antitrust Enforcement*, 60 U. TORONTO L.J. 239, 244-45 (2010).



להשגת שיתוף פעולה עם רשויות תחרות נוספות יכולה למתן קשיי אכיפה אלה.<sup>205</sup> זאת ועוד, יש להניח כי לפחות חלק מהחברות הבינלאומיות לא ירצו להיראות כמי שמתחמקות ממילוי פסקי דין שניתנו נגדן.<sup>206</sup>

### 3. עניין רלפי

סוגיית גדרי דוקטרינת ההשפעות בישראל עלתה לאחרונה בעניין רלפי.<sup>207</sup> ההתדיינות התלויה ועומדת בעניין זה טומנת בחובה צורך והזדמנות – לתקן את הדרוש בנסיבות המקרה, לעצב את גדרי הדוקטרינה בישראל כך שהיא תיתרום להרתעה ולאכיפה עתידית, ואף להשיא תרומה לפיתוח המנהג הבינלאומי בנושא.

בית המשפט המחוזי נדרש לקבוע אם ניתן להחיל את חוק התחרות על קרטל בינלאומי שנערך מחוץ לגבולות ישראל, שבמסגרתו לפי הנטען תיאמו חברות משאיות זרות את מחירי משאיותיהן בשער המפעל, מחירים ששימשו בסיס למחירי משאיות שנמכרו בכל העולם. חברי הקרטל מעולם לא התייחסו ישירות לישראל, אולם גם לא החריגו אותה מתחולת הקרטל. השאלה עלתה כחלק מהבקשה לגילוי מסמכים במסגרת בקשה לאישור תביעה ייצוגית נזיקית. התביעה הוגשה לאחר שמרבית הנתבעים הודו בקיום הקרטל בפני רשות התחרות האירופית, והושת עליהם קנס בסך 2.93 מיליארד יורו בגין הפגיעה בתחרות באיחוד. נתבעת יחידה שלא הודתה חויבה לשלם קנס של 880 מיליון יורו.

בית המשפט קבע כי ראוי להכיר בתחולה חוץ-טריטוריאלית של דיני התחרות הישראליים,<sup>208</sup> ובחן שתי דרכים חלופיות לעשות כן. הדרך הראשונה נסמכת על "פרשנות חוק התחרות על רקע תכליתו: מניעת פגיעה בתחרות בישראל".<sup>209</sup> באשר לדרך זו נדגיש, שאין די בחוק התחרות לבדו כדי להקים סמכות כאמור. הסמכות החוץ-טריטוריאלית יונקת את חיותה מכללי המשפט הבינלאומי, הקובעים את המקרים שבהם מותר למדינה להחיל את חוקיה על פעולות ועל אנשים שמחוץ לגבולותיה, ולכן אי-אפשר לנתק מהם. ניתן ליישב את שתי מערכות הדינים, כפי שעשו בתי המשפט ביפן ובשווייץ, במקרים שההתנהגות פוגעת במטרות חוק התחרות המקומי והסמכות נגזרת ממושכלות היסוד של כללי המשפט הבינלאומי (על בסיס הטענה שבמקרה שכזה קם "אינטרס לגיטימי" כמשמעותו במשפט הבינלאומי). גישה מרחיבה זו מצויה בקצה המנעד של תנאי דוקטרינת ההשפעות. יתרונה

205 למגמה של כלכלות קטנות לחבור להסכמים אזוריים בדרגות משתנות של שיתוף על מנת לאגם את משאבי האכיפה ולהגביר את יכולתן להתמודד עם גורמים אנטי-תחרותיים בינלאומיים, ראו למשל COMPETITION POLICY AND REGIONAL INTEGRATION IN DEVELOPING COUNTRIES (Josef Drexl et al. eds., 2012).

206 כך למשל, במסמך שהגישה ניו זילנדר ל-OECD מצוין, בהקשר של קרטלים בינלאומיים, כי משקבע בית המשפט שישנה סמכות והטיל קנסות – הצדדים לא התנגדו לשלמם (ראו, OECD Roundtable on Extraterritorial Reach of Competition – Note by New Zealand, DAF/COMP/WP3/WD(2017)39 (Dec. 4, 2017), [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2017\)39/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2017)39/en/pdf)).

207 עניין רלפי, לעיל ה"ש 1.

208 שם, בפס' 54.

209 שם, בפס' 46.



הוא בכך שהיא מותירה יתר גמישות לפרשן לקבוע את גבולות הסמכות באופן המתאים למדינתו. אולם התנאי לתחולתה הוא שהפרשנות מתיישבת עם המשפט הבינלאומי. בראייתנו נכון יותר לאמץ גישה קצת יותר מצומצמת של הדוקטרינה, כפי שיפורט בהמשך, אשר מעניקה ודאות רבה יותר לכך שהיא מתיישבת עם כללי המשפט הבינלאומי הנוהג. באשר לדרך השנייה, בית המשפט המחוזי קבע כי "הוצעה האפשרות להחיל את חוק התחרות בתחולה אקס-טריטוריאלית, תוך אימוץ 'דוקטרינת ההשפעות' בדרך של החלתה כחלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי, אולם יש ספקות המתלווים לאפשרות זו, שכן לא ברור די הצורך כי קיים קונצנזוס בין-לאומי ביחס לתחומי השתרעות הדוקטרינה".<sup>210</sup> קביעה זו מעוררת קושי. כפי שהובהר מוקדם יותר, דין מנהגי, מעצם טיבו וטבעו, יכול לכלול הגוונים שונים לתחולתו במדינות שונות. אין בכך כדי לגרוע מהיותו "פרקטיקה כללית" עקבית דיה. על כן אין בשונות בדקויותיו כדי להביא למסקנה שאין בנמצא דין מנהגי ולמנוע את תחולתו. בית המשפט העליון אימץ גישה זו בעניין שוחט. כמו כן, כפי שעלה בבירור מהסקירה שלעיל, העובדה שישנם הגוונים לתנאים להחלת הדוקטרינה לא מנעה ממדינות רבות ברחבי העולם לאמצה, לראותה כתואמת את המשפט הבינלאומי ולקבוע איזה הגוון מתאים להן מתוך מנעד האפשרויות הלגיטימי. מן הספרות ומן הכתיבה שמטעמם של ארגונים בינלאומיים בתחום התחרות עולה אמירה ברורה ולפיה דוקטרינת ההשפעות היא הנורמה המקובלת כיום. על כן היא מהווה חלק אינטגרלי מהמשפט הנוהג בישראל, ובידי ישראל לבחור את התנאים לתחולת הדוקטרינה מתוך המנעד הלגיטימי של המנהג. זאת ועוד, בית המשפט המחוזי קבע שהמקרה האמור אינו עומד, "ולו אף לכאורה, בתנאי דוקטרינת ההשפעות",<sup>211</sup> שהם לשיטתו "השפעה מהותית, ישירה ומכוונת של ההסדר הכולל על הפגיעה בתחרות בישראל".<sup>212</sup> קביעה זו מסתמכת על פסיקה ועל חקיקה אמריקניות ואירופיות באשר לדוקטרינת ההשפעות. כן הפנה בית המשפט למאמרה של אחת ממחברות מאמר זה מלפני יותר מעשור, אשר סקר חלק מן ההגוונים של דוקטרינת ההשפעות שהיו מקובלים אז.<sup>213</sup>

ואולם הסקירה המשווה שפורטה לעיל מלמדת, כי התנאים שהציב בית המשפט המחוזי לתחולת הדוקטרינה מחמירים אף יותר מן התנאים שחלים באותן מדינות אשר עליהן הוא הסתמך בהחלטתו. בית המשפט שילב את התנאים המחמירים של שני המבחנים האמריקניים, האחד הדורש פגיעה משמעותית, ישירה וצפויה באופן סביר, והאחר הדורש פגיעה משמעותית ומכוונת. בעשותו כך החמיר בית המשפט יותר מההסדר הקיים בארצות הברית, שהוא גם כך המחמיר ביותר בעולם, והוביל לתוצאה שעלולה לפגוע במטרתה המוצהרת של דוקטרינת ההשפעות. זאת ועוד, כאמור לעיל בעשור האחרון חלה הקלה ניכרת בתנאים להחלת הדוקטרינה, לרבות בארץ מכורתה. במצב זה הסתמכות על פסקי דין ועל ספרות ישנים מעוררת קושי. נדרשת חשיבה מחודשת, המעודכנת למצב השורר כיום. כפי שיפורט בהמשך הדברים, אין לדעתנו לדרוש את שילובם של שלושת התנאים הללו בישראל.

210 שם, בפס' 25, וכן בפס' 46.

211 שם, בפס' 25.

212 שם, בפס' 46 (ההדגשה הוספה).

213 Gal, *Extraterritorial Application*, לעיל ה"ש 14.

בית המשפט מצדיק את הצבתם של תנאים מחמירים אלו בשלושה נימוקים. הנימוק הראשון נוגע להקטנת הסיכון להתנגשות דינים ולפגיעה בריבונות המדינות הזרות.<sup>214</sup> תאורטית קו חשיבה זה הוא ראוי ומבטא את מקור הסמכות – המשפט הבינלאומי. אולם הלכה למעשה, החשש לפגיעה לא-מוצדקת בריבונותן של מדינות זרות אם ישראל תחיל כלל דומה לזה המקובל ברחבי העולם הוא קטן ביותר. התנאים שבית המשפט דורש בשם חשש זה מרחיקים לכת מהגדרש כיום בכל המדינות.<sup>215</sup>

הנימוק השני נוגע להחצנות החיוביות שמהן ישראל נהנית בשל פעולות אכיפה במדינות זרות ולהשפעת פעולותיה על ההרתעה הכללית. להערכת בית המשפט, "קשה להניח, בכל הכבוד, שאכיפה בישראל עשויה להצמיח תוצאות שוות ערך... ביחס לגובה הקנס שהוטל על המשיבות... בהקשר זה נהנית הכלכלה הישראלית כ- 'FREE RIDER' מתוצאות האכיפה במדינות הכלכלות הגדולות".<sup>216</sup> אך כאמור אין די בהחצנות חיוביות כדי להבטיח את האינטרסים של ישראל. חשוב מכך, שלושת התנאים שבית המשפט דורש אינם מאפשרים לוודא שישראל תוכל להיבנות מהחצנות חיוביות כאמור. נניח למשל, שקרטל בינלאומי לא הובא לדין בשום מדינה ברחבי העולם. החלת תנאי מחמיר במסגרת הדוקטרינה באשר לכוונה ברורה לפגוע דווקא בישראל, למשל, תגביל את האפשרות להביאו לדין בישראל גם במקרה שאין בנמצא החצנות חיוביות מאכיפה במקום אחר. זאת ועוד, גם השתתפות או חובת פיצוי עבור נזקים קטנים בהרכה מאלו שהוטלו במדינות גדולות תורמת למטרה המשותפת של הרתעת קרטלים בינלאומיים ונותנת מענה לנפגעים הישראליים.

הנימוק השלישי שבית המשפט מעלה עניינו באילוץ פרגמטי: "בשים לב למשאבים המוגבלים, מטבע הדברים, של מערכת המשפט, ספק אם ניהול הליכים מורכבים, ארוכים, ויקרים הוא דבר רצוי או אף אפשרי".<sup>217</sup> אכן, תביעה נגד פעולה אנטי-תחרותית של חברה זרה עלולה להיות יקרה. אולם חזקה על התובע – בין אם מדובר ברשות התחרות או בתובע פרטי – כי הוא שקלל עלות זו בטרם בחר להגיש תביעה. כן ייתכן שהרשות תבחר להגיש תביעות גם במקרים שבהם לא משתלם כלכלית במקרה הספציפי לאכוף את החוק, על מנת ליצור הרתעה במקרים דומים. ראוי לציין שאף הרשות רואה באכיפה הפרטית מנגנון משלים לאכיפה הציבורית, המקדם את מטרת החוק.<sup>218</sup> אשר למעמסה מנקודת המבט של מערכת בתי המשפט, יצוין כי כיום יש ניסיונות ליצור מנגנונים שלפיהם מדינה תוכל להסתמך על החלטה של בית משפט במדינה אחרת בדבר קיומו של הקרטל, ובכך לייתר את הוכחת קיומו ולהתמקד רק בהוכחת נזקו במדינה הספציפית.<sup>219</sup> יתרה מזו, תביעות פרטיות רבות בדיני התחרות מסתיימות בפשרה, בעיקר במקרה שכבר הוכח קיומו של הקרטל בהליך אחר. משכך, יש להניח שבמרבית המקרים בית המשפט לא ידרש לשאת בנטל של ניהול

214 עניין רלפי, לעיל ה"ש 1, בפס' 47.

215 עוד לעניין היחלשות חשש זה, ראו דיון להלן בפרק ד.2(a), וכן בטקסט הסמוך לה"ש 235.

216 עניין רלפי, לעיל ה"ש 1, בפס' 48.

217 שם, בפס' 49.

218 לעניין אכיפה פרטית על דרך התובענה הייצוגית, ראו "סיוע והכוונה לתובענות ייצוגיות

בתחום ההגבלים העסקיים" רשות התחרות (6.5.2019) <https://www.gov.il/he/Departments/General/claims>

219 Gal, *Free Movement*, לעיל ה"ש 190.

הליכים אלה עד לקו הסיום. אם לעומת זאת בית המשפט יסגור את שערו מראש או יותר רך סדק דק לכניסת ניוזקים, תקשה גם הדרך להשגת פשרות. לפיכך ראוי לעצב את דוקטרינת ההשפעות באופן המקדם עניינית את תכלית חוק התחרות. זאת ועוד, קשיים דוגמת מורכבות ועלות ההליכים אינם פוטרים את הערכאות מלתת סעד לנפגעים ישראלים. הדרך הראויה לתת משקל לאילוצים אלה היא לאמץ כללי סמכות חוץ-טריטוריאלית נהירים ופשוטים ליישום, המייעלים את המלאכה והמקילים עליה. לכך נחזור בהמשך.

לבסוף, ראוי לציין שדוקטרינת ההשפעות, כפי שהיא מוחלת היום במרבית מדינות העולם שסקרנו, תופסת בגדרה כמובהק נסיבות כמו אלה שנטענו בעניין רלפי, דהיינו קרטל בינלאומי לתיאום מחירו של מוצר מוגמר שנמכר בכל העולם אשר השפיע על מחיר המוצרים שנמכרו במדינה האוכפת, גם אם נניח שהחברים בקרטל לא כיוונו אותו במפורש לפגיעה במדינה האוכפת. מקרים מעין אלו מצויים בליכת ההחלה החוץ-טריטוריאלית של דיני התחרות כמקובל בעולם. ודוק, אם הקרטלים של רכיבי הביניים (שם מדובר ברכיבים המהווים חלק מהמוצר המוגמר, המיוצרים והנמכרים במדינות זרות והמשולבים במוצרים סופיים בידי צדדים שלישיים, וליצרני רכיבי הביניים אין כל שליטה היכן יימכר המוצר המוגמר והם אף אדישים לשאלה זו) נתפסים תחת הדוקטרינה, הרי היא חלה מקל וחומר כאשר עניינו של הקרטל הוא המוצר המוגמר. למקרא פסקי הדין מהשנים האחרונות ברחבי העולם, קשה לשוות מצב שבית משפט בארצות הברית, באיחוד האירופי, ביפן, בדרום קוריאה ובמדינות רבות נוספות היה נמנע מיישום הדוקטרינה בנסיבות זהות לאלו של עניין רלפי. מוקדי הספק מצויים הרחק משם.

על רקע זה יש לקוות, כי בית המשפט העליון יידרש לנושא לעומק ויקבע כדבעי את המתווה הראוי לתחולת הדוקטרינה בישראל, הן בהקשר שעל המדוכה והן בראייה עתידית. אכן, הן ועדת האו"ם<sup>220</sup> והן הספרות<sup>221</sup> עמדו על התפקיד הדואלי של פסיקת בתי המשפט

Int'l Law Comm'n, *Rep. on the Work of Its Sixty-Eighth Session*, 109, U.N. Doc. A/71/10 220 (2016) ("It should be noted that decisions of national courts may serve a dual role in the identification of customary international law. On the one hand, as draft conclusions 6 and 10 indicate, they may rank as practice and/or evidence of acceptance as law (*opinio juris*) of the forum State. Draft conclusion 13, on the other hand, indicates that such decisions may also serve as a subsidiary means for the determination of rules of customary international law when they themselves investigate the existence and content of such rules") עם זאת יש נטייה של חלק מהמדינות המתייחסות לתת משקל נמוך יותר בהקשר זה להחלטות של בתי משפט מדינתיים מאשר לערכאות בינלאומיות, הגם שהדבר הוא תלוי נסיבות (איכות ההחלטה והמידה שבה היא התקבלה בידי מדינות וערכאות נוספות), ראו Michael Wood (Special Rapporteur), *Fifth Rep. on Identification of Customary International Law*, 42-44, U.N. Doc. A/CN.4/717 (Mar. 14, 2018)

Filiz Kahraman et al., *Domestic Courts, Transnational Law, and International Order*, 221 26 EUR. J. INT'L REL'S. 184, 193-95 (2020); Anthea Roberts, *Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law*, 60 INT'L COMPAR. L.Q. 57, 63 (2011) ("Judicial decisions play an extremely important role in the identification and formation of international law... This duality of national

המדינתיים בכגון זה: יישום של המנהג הבינלאומי הקיים וכן תרומה להמשך פיתוחו וחידודו. המגוון והדינמיות המאפיינים כעת את דוקטרינת ההשפעות נותנים ערך מוסף לאימוץ הגוון המבטא את נקודת המבט של כלכלות קטנות והמשקף תובנות מלקחי היישום במדינות אחרות, אשר יתרום גם לשיח הבינלאומי בנושא.

### ג. שיקולים מדריכים לעיצוב מתווה דוקטרינת ההשפעות בישראל

כפי שראינו, דוקטרינת ההשפעות הפכה לנורמה מקובלת ברחבי העולם. עוד עולה מהניתוח, שבעוד שהבסיס לסמכות זו הוא ההשפעה של ההתנהגות הנבחנת במדינה הנפגעת, ישנו מנעד של תנאים שמדינות שונות אימצו כדי לקנות לעצמן סמכות כאמור. לא זו אף זו, הדוקטרינה מצויה בתהליך דינמי של השתנות, המשקף בין היתר את התמורות שחלו בעולם. שלושה שינויים רלוונטיים בהקשר זה. ראשית, בעוד שלפני שנות דור למיעוט של מדינות העולם היה משטר תחרות יעיל, כיום למרבית המדינות יש חוקי תחרות שעשויים לתפוס בגדרם פעולות של חברות זרות, תוך יצירת הרדיות. שנית, השיח הבינלאומי בתחום מתאפיין בחיפוש אחר ההסדרים המיטביים, תוך הכרה בעובדה שתנאים שונים עשויים לתמוך בהחלת כללי תחרות מגוונים ומותאמים.<sup>222</sup> שלישית, ישנה הכרה גוברת בעובדה שנדרשת אכיפה משמעותית יותר מצד מדינות העולם כלפי קרטלים בינלאומיים כדי לגרום להרתעה מספקת.<sup>223</sup> משכך, יש לעצב את דוקטרינת ההשפעות בישראל במסגרת המנעד המקובל לפי המשפט הבינלאומי, בדרך שהיא מיטבית לישראל. מהם אם כן השיקולים אשר ראוי שידריכו את בית המשפט הישראלי בקביעת תנאי הדוקטרינה?

שיקול ראשון הוא גישה ביקורתית להעתקת תנאים שהם תולדה של נסיבות פוליטיות-בינלאומיות זרות. יש להיזהר מגישה של "העתק והדבק" של מתווה קיים בלא לבחון את הרציונלים, את האינטרסים ואת האילוצים שהשפיעו על עיצובו, אשר אינם רלוונטיים לישראל. סקירה של התפתחות הדוקטרינה בארצות הברית מזוויית הראייה של יחסי הכוחות בזירה הבינלאומית מלמדת על קשר ברור בין התנאים שהוצבו מעת לעת לתחולת הדוקטרינה לבין התגובות של שותפות הסחר של ארצות הברית. בפרקי זמן שבהם ארצות הברית נהנתה ממעמד איתן ננקטו צעדים להרחבת סמכותה החוץ-טריטוריאלית, וההפך.<sup>224</sup> כך למשל, משהלכו והסלימו צעדי המחאה של מדינות אחרות בשנות השישים והשבעים נגד תחולתה של דוקטרינת ההשפעות, צמצמה ארצות הברית את התחולה החוץ-טריטוריאלית, לרבות במסגרת הלכת *Timberlane* וחקיקת ה-FTAIA. והנה, משהתפרקה ברית המועצות

court decisions – representing evidence of State practice and a subsidiary means of determining international law – is unique... National court decisions alone have the potential to wear both hats")

222 ראו למשל Gal, Small Economies, לעיל ה"ש 177; Michal S. Gal & Eleanor M. Fox, Drafting Competition Law for Developing Jurisdictions, in The Economic Characteristics of Developing Jurisdictions 296, 300 (2015).

223 ראו לעיל ה"ש 193.

224 ראו Lim, לעיל ה"ש 182, בעמ' 419-427; Kim, לעיל ה"ש 29; Tonya L. Putnam, Courts Without Borders: Law, Politics, and US Extraterritoriality 113-30 (2016).

וארצות הברית זכתה למעמד של מעצמה יחידה, שבה המוטטלת לעבר חיזוק ההחלה החוץ-טריטוריאלית.<sup>225</sup>

לא רק בארצות הברית הושפעה קביעת הסמכות החוץ-טריטוריאלית משיקולים פוליטיים. כך למשל, באירופה התקשו כמה חברות באיחוד ובראשן בריטניה, שהייתה מנושאי דגל ההתנגדות למדיניות ארצות הברית בנושא, לסגת מעמדתן בעבר. יש מי שטוענים, שרגישות זו הובילה להתמהמהות של בית הדין האירופי עד לאחרונה מלאמץ את דוקטרינת ההשפעות בנוסחה המקובל בעולם, אף שהנציבות האירופית והתובע הכללי תמכו באימוצה זה זמן.<sup>226</sup> בית הדין פיתח במקום זאת מבחן דומה – מבחן היישום. רק כאשר בשנת 2017 בעניין *Intel* לא סיפק מבחן היישום מענה, כיוון שהניצול לרעה לא יושם בשטח האיחוד, אימץ בית הדין רשמית את דוקטרינת ההשפעות.<sup>227</sup> באותה עת גם האקלים המשפטי הבינלאומי באשר לדוקטרינה, לרבות גישתן של החברות באיחוד האירופי, השתנה ללא היכר. התפתחותה של דוקטרינת ההשפעות אינה נקייה אפוא ממניעים מדיניים-כלכליים. ההחלטה אילו תנאים ליישם בישראל צריכה להיות מודעת היטב לרגישויות ולאינטרסים הזרים אשר השליכו על עיתוי אימוצה של הדוקטרינה במדינות שונות ועל תוכנה הדינמי. אין כל הצדקה לכך שישראל תחשק את עצמה כיום שלא לצורך בתנאים מגבילים שנבעו מנסיבות היסטוריות שהשתנו מאז, בעיקר כאשר היום האקלים הבינלאומי לאימוץ תנאים מרוככים לתחולת הדוקטרינה הוא נוח מתמיד.

שיקול שני הוא פישוט האכיפה לשם קידום מטרת הדין הישראלי ויעדי הדוקטרינה – להגן על אזרחי המדינה מפני פעולות פוגעניות המפירות את חוקיה, גם כאשר הן מבוצעות מחוץ לגבולותיה. חשוב שלא לאמץ תנאים מיותרים ומכבידים, שאינם מתחייבים מכללי המשפט הבינלאומי; תנאים שכאלה יהיו קרדום לחפור בו עבור מפירי החוק להתחמק מתחולת החוק, להאריך את ההליכים ולהתיש את מערכת המשפט ואת התובעים בהתדייניות מקדמיות מייגעות שלא לצורך. בהקשר של דיני תחרות, תת-האכיפה נגד קרטלים בינלאומיים מחייבת לא רק הטלת קנסות ופיצויים בהיקף נכבד, אלא גם התוויה של כללים לתחולה חוץ-טריטוריאלית בדרך המקשה על התחמקות.<sup>228</sup> לעניין זה יש להתחשב בעובדה שבין המפגעים ובין ניווקיהם יש לעיתים פערי מידע ניכרים. כך למשל, קיומו של קרטל מוסתר מטבע הדברים מעיני הציבור; הוכחת קיומו של קרטל שנערך מעבר לים הוא קשה עשרות

225 Kim, לעיל ה"ש 29, בעמ' 390-391, 396-399.

226 Sweeney, לעיל ה"ש 2, בעמ' 368; Peter Behrens, *The Extraterritorial Reach of EU Competition Law Revisited: The "Effects Doctrine" Before the ECJ*, 8, 13 (Europa-Kolleg Hamburg, Inst. for Eur. Integration, Discussion Paper No. 3/15, 2016).

227 שם, בעמ' 13, וכן ראו עניין *Intel*, לעיל ה"ש 88, לתיאור נסיבות המקרה המבירות מדוע מבחן היישום לא נתן מענה.

228 שיקול זה עולה לא אחת בפסיקה הזרה. כך למשל, בהנמקת הבחירה במקום היישום ולא במקום עריכת ההסכם כבסיס לסמכות באיחוד האירופי, הדגיש בית הדין כי "If the applicability of prohibitions laid down under competition law were made to depend on the place where the agreement... was formed, the result would obviously be to give undertakings an easy means of evading those prohibitions". ראו עניין *פיליפס 2015*, לעיל ה"ש 83, בפס' 150.

מונים.<sup>229</sup> על כן יש לקבוע תנאים אשר יאפשרו את אכיפת החוק על פעולות שעלולות לפגוע פגיעה של ממש בישראל. דרך מקילה זו נקט השופט גרוסקופף בעניין אל-על בקביעתו בעניין נטל הראיה להוכחת קרטל בינלאומי בשוק התובלה העולמית.<sup>230</sup> הלך רוח דומה צריך להדריך את עיצוב תנאי דוקטרינת ההשפעות.

שיקול שלישי הוא התאמה לדפוסי המסחר הבינלאומי העכשווי.<sup>231</sup> המסחר הבינלאומי הדיגיטלי הרווח כיום משקף מידה גבוהה של טשטוש גבולות, ומעצים את הספק בנוגע לרלוונטיות של מיקום ההתנהלות האנטי-תחרותית לעניין רכישת הסמכות. הצורך בדוקטרינת ההשפעות לשם הגנה על התחרות ועל הצרכנים מקבל משנה תוקף. ביטוי לחיוניות של חשיבה רעננה, משוחררת מכבלי תנאים שאפשרו הגנה ראויה על מטרות החוק במציאות עסקית ארכאית של מחצית המאה הקודמת, עולה מן השאלה שהציגה לאחרונה במאמרה אלינור פוקס, מהחוקרות הבולטות באקדמיה בארצות הברית בתחום דיני התחרות: "אלו כללים היינו מאמצים אילו התחלנו עתה, מנקודת המוצא של העולם העכשווי?"<sup>232</sup> הביקורת העולה מחלק מפסקי הדין ומן הספרות האמריקנית מהווה תמרור אזהרה: המודל שלפניכם יוצר דרך תחתית ואם יש לכם את היכולת – בחרו בדרך אחרת.<sup>233</sup> כך למשל, מן הפסיקה האמריקנית עולה דיסוננס בין תנאי הישירות שנותר בחוק לבין המתווה העסקי הרווח כיום של ריבוי שלבים נבדלים – לעיתים במדינות שונות – עד להגעת המוצר הסופי ליעדו, דיסוננס אשר בתי המשפט ניסו לרכך בדרך של מתן פרשנות מצמצמת לתנאי הישירות. ההבנה, שלפעמים תנאי מסוים אשר מצא את דרכו לדוקטרינה מנהגית כפי שהיא מיושמת במדינה מסוימת נוצר בדרך ישיש בה מידה של רנדומליות ושל אילון, תומכת במבט ביקורתי ועצמאי כאשר שוקלים אם נכון לאמצו. בהתאם לכך, אין חובה לאמץ מבחן זר כלשהו כגורסתו, בפרט כאשר הכתיבה המשפטית במדינת המקור עומדת על חולשותיו.

229 עניין אל-על, לעיל ה"ש 13, בפס' 39, 47.

230 כלשונו: "בשים לב לקשיים הקיימים בהוכחת קיומם של קרטלים בכלל, וקרטלים בינלאומיים בפרט, מחד גיסא, ולחשיבות הרבה שבאכיפת הדין בעניין זה, לרבות באמצעות תובענות ייצוגיות, מאידך גיסא, הבסיס הראייתי הלכאורי שהניחה המבקשת די בו על מנת לעמוד בנטל המוטל עליה בשלב בקשה האישור" (שם, בפס' 39).

231 ראו למשל עניין ריצ'רדסון, לעיל ה"ש 11, בעמ' 39.

232 Fox, *Updating*, לעיל ה"ש 49, בעמ' 2 (כלשונה: "Our norms of restraint are generally traceable to rules from a different era before global effects of routine transactions were the norm. What rules and conventions would we adopt if we start from the baseline of the world today?") (התרגום החופשי שלנו – ת' א', מ' ג').

233 ראו למשל עניין *Minn-Chem*, לעיל ה"ש 47, בעמ' 857, שממנו עולה תחושה חזקה של רוויה מעורף התנאים ("Superimposing the idea of 'immediate consequence' on top of the full phrase ['direct, substantial, and reasonably foreseeable' – T.I. & M.G.] results (in a stricter test than the complete text of the statute can bear" לביקורת נוספת, ראו גם Joseph P. Bauer, *The Foreign Trade Antitrust Improvements Act: Further Limitations on the Ability of the Antitrust Regime to Promote Consumer Welfare*, in COMPETITION AND THE STATE 134 (D. Daniel Sokol et al. eds., 2014).

שיקול רביעי הוא כי אין להפריז בחשש מקונפליקט. תנאים מצמצמים לסמכות חוץ-טריטוריאלית אומצו בעבר בראש ובראשונה כדי למנוע קונפליקט בין האינטרסים של מדינות שונות. בעוד שלפני שנות דור רק למעט מדינות היה משטר תחרות יעיל, כיום למרבית המדינות יש חוקי תחרות שעשויים לתפוס בגדרם פעולות של חברות זרות, תוך יצירת הדריות. עם ההכרה הרחבה בדבר חשיבות ההגנה על התחרות בעשורים האחרונים פחת החשש מקונפליקט בצורה ניכרת.<sup>234</sup> כיום מצב שבו מדינות מגינות על קרטלים היוצאים משטחן ופוגעים במדינות אחרות כבר אינו חיזיון נפוץ כמו בעבר.<sup>235</sup> יתרה מכך, באשר לקרטלים בינלאומיים, הלך והתגבש קונצנזוס בנוגע לצורך באכיפה משמעותית יותר נגדם בידי מדינות רבות במקביל, כדי לוודא שהשתתפות בקרטל אינה משתלמת וכך להשיג הרתעה מספקת. משכך, כפי שמציינת פוקס, יש להכיר באינטרס עולמי משותף בהקשר זה המשליך על התחולה הראויה של דיני התחרות המדינתיים.<sup>236</sup> יש להימנע אפוא מתנאים המצמצמים את תחולת הדוקטרינה אשר נקבעו בעבר בשל חשש מקונפליקט, שאינו רלוונטי עוד. שיקול חמישי הוא היותה של ישראל כלכלה קטנה. יש לזכור, כי כיום השיח הבינלאומי בתחום התחרות מתאפיין בחיפוש אחר ההסדרים המיטביים, תוך הכרה בעובדה שתנאים מקומיים שונים ובהם גודלה של הכלכלה עשויים לתמוך בהחלת כללי תחרות מגוונים ומותאמים.<sup>237</sup> בהתאם לכך ראוי לבחור מתוך מנעד התנאים הלגיטימיים את אלו המתחשבים באופיה של ישראל ככלכלה קטנה. בהקשר זה חשובה במיוחד העובדה, שבשל גודל השוק הישראלי וריחוקו הגאוגרפי מיצרנים רבים רוב רובן של הפעולות האנטי-תחרותיות לא ייעשו תוך כוונה מובהקת לפגוע בתחרות בישראל דווקא. הפגיעה בישראל היא לרוב נלווית למטרת הפגיעה בתחרות ולגריפת רווחים גבוהים כפועל יוצא מכך בשווקים מרכזיים. גם מטעם זה יש לתת משקל לעובדה, שתנאים שנקבעו בכלכלות גדולות אינם מתאימים בהכרח לכלכלות קטנות. כך למשל, כללי הנימוס הבינלאומי שהוחלו בארצות הברית בפסק הדין בעניין *Timberlane*<sup>238</sup> כוללים בין היתר שיקולים המתמקדים בשאלה אם הייתה מטרה להשפיע על המסחר בארצות הברית וכן במידת החשיבות של ההשפעה על ארצות הברית בהשוואה להשפעה במקום אחר. בכלכלה גדולה דוגמת ארצות הברית תנאים אלו יתמלאו במקרים רבים. לא כך הדבר בכלכלה קטנה. למעשה, בכלכלה קטנה התנאי האחרון כמעט לעולם לא יתמלא. כפי שפורט לעיל, גם ארצות הברית נסוגה מתנאי זה מאוחר יותר, באחד המקרים החריגים שבהם היא לא הייתה מטרה עיקרית לקרטל.

- 234 כפי שמצוין בהנחיות האמריקניות, ANTITRUST GUIDELINES 2017, לעיל ה"ש 39, בעמ' 28-29 "As more jurisdictions have adopted and enforce antitrust laws that are compatible) with those of the United States, it has become increasingly common that no conflict exists between U.S. antitrust enforcement interests and the laws or policies of a foreign (sovereign)". גם Sweeney, לעיל ה"ש 2, בעמ' 350, מציין שבהתחשב בהיקף הסחר הבינלאומי ובכך שלמרבית המדינות יש דיני תחרות, היקף הקונפליקטים החזיתיים הוא נמוך מאוד.
- 235 עם זאת שניות הנובעת מאינטרסים מדינתיים צרים עודנה קיימת. ראו למשל Fox, *Updating*, לעיל ה"ש 49, שם.
- 236 שם, בעמ' 4, ס' 4. ראו גם Wong-Ervin & Heimert, לעיל ה"ש 56, בעמ' 9-13.
- 237 ראו למשל Gal, *Small Economies*, לעיל ה"ש 177, בעמ' 1, 46-57.
- 238 עניין *Timberlane*, לעיל ה"ש 30, בעמ' 614-615.



השיקול השישי הוא שיש לתת את הדעת להדדיות ולעקביות בענישה: האם ראוי לקבל מצב דברים שבו מפר ישראלי אשר פגע בצרכנים זרים (או ישראליים) עשוי להישלח אל מאחורי סורג ובריח, בעוד שמפר זר שפגיעתו בצרכנים ישראליים זהה ואף חמורה יותר לא יהיה חשוף לענישה כלל? ההחמרה בענישה בעבירות כלכליות בישראל בשנים האחרונות מחדדת את הבעייתיות שבתוצאה כזו. התנהלות שכזו גם עומדת בניגוד לדפוס ההתנהגות של ארצות הברית. מחקר אמפירי מצא, כי ארצות הברית מטילה קנסות גבוהים יותר על חברות זרות שהיו חברות בקרטל מאשר על חברות אמריקניות, וכי היא מתמקדת באכיפה כלפי חברות זרות, למעט מן האיחוד האירופי.<sup>239</sup> רקע זה מחזק את הקריאה לעיצוב תנאי הדוקטרינה באופן שיקל על החלת החוק המקומי על מעוולים זרים שפגעו בתחרות ובצרכנים בישראל.

השיקול השביעי והאחרון הוא, שכלכלות קטנות עשויות להיתקל בקושי בהתמודדות עם חברות בינלאומיות גדולות. החשש מיציאת תאגידים בינלאומיים בתגובה לניסיונות אכיפה נגדם בשל התנהלותם האנטי-תחרותית עלול לרפות ידיים.<sup>240</sup> ואולם אין להתוות את גודלי הסמכות החוץ-טריטוריאלית של דיני התחרות מתוך זווית ראייה זו. אם יאומצו תנאים מצמצמים, לרשות התחרות ולבתי המשפט לא יהיה מתחם של שיקול דעת להפעיל את סמכות האכיפה באופן מושכל, מתוך מודעות לאילוצים המשתנים ולנסיבותיו של כל מקרה. דווקא כלכלות קטנות נדרשות יותר להישען על יבוא, עובדה המעלה את הפוטנציאל לחשיפה להתנהגות אנטי-תחרותית שמקורה זר, ומחזקת את הצורך להותיר בידיהן את האפשרות להתגונן כראוי במקרים המתאימים ולאפשר לפצות ניווקים. יתרה מזו, החשש מיציאה מהשוק אינו גדול כאשר עסקינן ביצרני רכיבי ביניים או כאשר ההפסד מהיציאה מישראל גדול מהישארות בה ומעמידה בתנאי התחרות בה. לבסוף, יש לשקלל חשש זה אל מול התפקיד החשוב של אכיפה גם בידי כלכלות קטנות כדי למנוע יצירה של קרטלים בינלאומיים מלכתחילה. במצב הנוכחי, הרתעה יעילה תושג רק אם חלק גדול מהמדינות הנפגעות – לרבות כלכלות קטנות – יאכפו את האיסור על יצירת קרטל ויאפשרו להטיל קנס או תשלום עבור הנזק.

## ד. המתווה המוצע לתחולה החוץ טריטוריאלית של דיני התחרות בישראל

לאור שיקולים אלה, נבחן אילו מהתנאים שהוחלו בישראל ובמדינות שונות ראוי לאמץ, ונציע להם פרשנות העולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי ועם מטרות החוק.

Pierre Cremieux & Edward A. Snyder, *Enforcement of AntiCollusion Laws Against Domestic and Foreign Firms*, 59 J.L. & ECON. 775 (2016) 239

ראו Gal, *Unique Challenges*, לעיל ה"ש 178, בעמ' 31-33; עניין אל-על, לעיל ה"ש 13, בפס' 60; לחשש מפני יציאה מהשוק כגורם להימנעות מהטלת איסור על מיזוג, ראו גם Katri Paas-Mohando, *Extraterritorial Merger Control Enforcement in Small Economies – Challenges and Possibilities*, 21 JURIDICA INT'L 137 (2014) 240

## 1. התנאים להחלת הדוקטרינה

## (א) השפעה משמעותית פוטנציאלית

התנאי המשותף היחיד המופיע בנוסחאות המחמירות יותר של דוקטרינת ההשפעות הוא הדרישה להשפעה משמעותית (substantial) של הפעולה האנטי-תחרותית על התחרות או על הצרכנים במדינה האוכפת. תנאי זה, אשר אינו מסתפק במילוי ההוראות המהותיות של החוק בלבד, הוא מוצדק. הוא מתיישב עם דרישות המשפט הבינלאומי. הדרישה להשפעה משמעותית מקורה בבסיס להרחבת הסמכות הטריטוריאלית – קיומו של אינטרס לגיטימי או קיומה של זיקה מספקת למדינה האוכפת.<sup>241</sup> התנאי מבטא את האיזון הראוי שבין זכותה של המדינה הנפגעת להגן על אזרחיה מפני התנהגות זרים מחוץ לשטחה אשר מפירה את חוקיה, לבין ציפייה של מדינה אחרת שבני אדם הפועלים בשטחה לרוב ימצאו מחוץ לתחום ההשגה של דיניה של מדינה אחרת. בהתאם לכך, כאשר ההשפעה היא זניחה, להבדיל מהשפעה של ממש, זיקה מספקת המצדיקה את הרחבת מעגל הסמכות אינה קמה. זאת ועוד, דרישה להשפעה משמעותית יוצרת שסתום ביטחון, המאפשר למנוע אכיפת יתר המעמיסה שלא לצורך על מערכת האכיפה.

כפי שעולה מהפסיקה ברחבי העולם, עוצמת ההשפעה נבחנת מנקודת המבט של המדינה הנפגעת – ההשפעה על שוקיה, על צרכניה ועל התחרות בה, ולא מנקודת המבט של הגורם הזר. בארצות הברית למשל, כל עוד ההשפעה על המסחר בארצות הברית אינה בלתי-משמעותית, ואפילו אם היא קטנה יותר מההשפעה שמחוצה לה, מתקיים תנאי ההשפעה המשמעותית.<sup>242</sup> פרשנות אחרת הייתה מגבילה את היכולת לאסור התנהגות אשר פגיעתה הכוללת ברחבי העולם היא גדולה, אך היא נפרסת על פני מדינות רבות; היא גם הייתה מגבילה במיוחד את יכולתן של כלכלות קטנות להחיל את חוקיהן על בסיס הדוקטרינה. עקב כך בחינה מנקודת המבט של הגורם הזר הייתה פוגעת ברווחה המצרפית העולמית בשל תת-אכיפה נגד פעילות פוגענית של חברות בינלאומיות, כמו גם ברווחת התושבים בכלכלות קטנות.

עם זאת אין להפריז ברף המוצב. הדרישה להשפעה משמעותית נועדה כדי להימנע מהחלת הסמכות במקרים שבהם ההשפעה היא זניחה. ואולם כאשר עסקינן בהשפעה של ממש – המורגשת בשוק הרלוונטי והמותירה אחריה שובל של פגיעה ושל ניזוקים – די בכך כדי להצדיק את החלת הסמכות, לאור מחויבותה של מערכת המשפט של מדינה להגן על אזרחיה, לאפשר להם להיטיב את נזקיהם ולהרתיע מפני פגיעה עתידית בכלכלתה.<sup>243</sup> כמו כן, מוצע לאמץ את הפרשנות שבכללי הרשויות האמריקניות, שלפיה התובע אינו

241 כפי שמסכם זאת מסמך ה-OECD 2017B, לעיל ה"ש 5, בעמ' 5-6 (The FTAIA and the Hartford Fire tests thus qualify the effects required to establish jurisdiction, stipulating (that trivial harm does not pass the bar"').

242 ANTITRUST GUIDELINES 2017, לעיל ה"ש 39, בעמ' 23.

243 כך למשל, נמצא כי תנאי זה התמלא במקרים של תיאום מחירים של רכיבי ביניים דוגמת שופרות קתודיות, מסכי LCD לטלוויזיות ולמחשבים ומצעים קרמיים המשמשים בתעשיית הרכב. ראו Mich. May 5, 2017 (להלן: עניין *Auto Parts*).  
In re Auto. Parts Antitrust Litig., 12-MD-02311, 2017 WL 7689654 (E.D. Mich. May 5, 2017).

נדרש לעמוד ברף כספי מסוים הידוע מראש. הסכום הכספי שישקף "השפעה של ממש" הוא תלוי נסיבות, וממילא אינו אחר.

זאת ועוד, מוצע לאמץ את הגישה המקובלת באיחוד האירופי, ביפן, בברזיל ובהודו, המסתפקת בהשפעה משמעותית אפשרית פוטנציאלית ללא דרישה שהפגיעה תתממש, ככלל או בישראל. דרישה אחרת לא הייתה מאפשרת, למשל, למנוע מראש התנהגות אנטי-תחרותית אשר ניתן לצפות שתפגע בתחרות במדינה האוכפת.<sup>244</sup> יש חשיבות – הרתעתית ופרקטית כאחת – לאמירה ברורה כבר עתה שלפיה די בהשפעה משמעותית פוטנציאלית לשם תחולת הדוקטרינה.

בהקשר זה עולה השאלה, אם ניתן להחיל חזקות חלוטות לפגיעה משמעותית בתחרות – המהוות חלק מחוקי התחרות<sup>245</sup> – בעת בחינה של משמעותיות הפגיעה. אנו סבורות כי התשובה על כך היא שלילית, לפחות בשלב של בחינת התביעה לעומקה,<sup>246</sup> בשל מבנה החוק הישראלי אשר תופס בגדר החזקות גם "דגי רקק" מבחינת השפעתם על התחרות.<sup>247</sup> אשר על כן, אי-אפשר להסתמך על חזקות חלוטות אלו, לפחות לא בשלב בירור התובענה לגופה. עם זאת אין מניעה לבסס הוכחת תנאי זה על עובדות המקרה, ויש מקום לאמץ את הגישה האמריקנית שלפיה בשלב הראשון התובע אינו נדרש לכמת את הנזק. זאת ועוד, עת עסקינן בקרטל לתיאום מחירים או לחלוקת שוק, אשר בהתאם לתובנות הכלכליות ישנה סבירות גבוהה שהוא פוגע בתחרות, נראה לנו שלפחות עד שלב גילוי המסמכים ניתן להסתמך על החזקות כניתנות לסתירה, כלומר חזקות המעבירות את הנטל לנתבע להוכיח אחרת.<sup>248</sup>

## (ב) צפיות סבירה לפגיעה

מדינות רבות דורשות גם תנאי המתמקד במצבו התודעתי של מפר סביר על מנת שתקום סמכות לתחולה חוץ-טריטוריאלית.<sup>249</sup> הצפיות הנדרשת היא אובייקטיבית ולא סובייקטיבית.<sup>250</sup> כלומר, אין דרישה לכך שהמעוול הספציפי אכן צפה את הפגיעה, אלא שאיש עסקים סביר היה צופה אותה. פרשנות אחרת הייתה מטילה עול הוכחה כבר על התובע, ויוצרת פרצה רחבה להתחמקות מאחריות. כמו כן, הצפיות נוגעת לאפשרות ההשפעה של ההתנהגות הרלוונטית על התחרות או על הצרכנים בשוק במדינה האוכפת, ולא לכך שמדינה זו תבחר להחיל את חוקיה על פעולה זו.

244 עניין Intel, לעיל ה"ש 88, בפס' 51, 59.

245 למשל ס' 2(ב) לחוק התחרות הישראלי.

246 Gal, Extraterritorial Application, לעיל ה"ש 14.

247 דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד (נו1) 56, פס' 19-21 לפסק הדין של השופט חשין (2001).

248 לעניין החזקות החלוטות ותורת ההחלטות, ראו מיכל (שיצר) גל והילה נבו "השפעת תורת ההחלטות על עיצוב כללים משפטיים: מחיר בלתי הוגן כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" משפטים מה 277 (2015).

249 באיחוד האירופי התגבשו שתי דוקטרינות חלופיות. דוקטרינת ההשפעות דורשת צפיות סבירה, ומבחן היישום מתמקד במצב העובדתי.

250 Animal Sci. Products, Inc. v. China Minmetals Corp., 654 F.3d 462, 471 (3d Cir. 2011).

תנאי זה הגיונו בצידו – אי-החלת אחריות במצבים שבהם מעוול סביר כלל לא היה מעלה על דעתו שהוא עלול לפגוע בתחרות או בצרכנים במדינה זרה. תנאי זה הוא חלק מהאיזון הנדרש בין האינטרסים של המדינות המעורבות בהתאם למשפט הבינלאומי. למעשה, בשל ההיגיון הטמון בו הוא מהווה פעמים רבות גם חלק מדרישות הדין המקומי. פרשנותו של תנאי זה נדרשת כדי לשרת את מטרת הדין הבינלאומי והמקומי. אכן, תנאי זה פורש במדינות רבות באופן שלא יאפשר למעוול לחמוק בקלות מאחריות. גישה זו משתקפת במבחני ביניים שיצרו בתי המשפט, לרבות מבחן הצפיות האובייקטיבית של איש עסקים סביר ופגיעה הנובעת ממהלך הדברים הטבעי.

זאת ועוד, אין לדרוש שהצפיות תתייחס במפורש לכל אחת מהמדינות שעליהן השפיעה הפעולה האנטי-תחרותית. כך למשל, אין לדרוש שחברה בקרטל בינלאומי תצפה במפורש פגיעה בכל אחת ואחת מהמדינות שבהן נמכרים מוצריה; די בכך שאיש עסקים סביר צריך להיות מודע לכך שהתנהגותו תשפיע על צרכנים שירכשו ישירות את מוצריו או שירכשו מוצרים שבהם משולבים רכיבים מתוצרתו בכל מדינה שעשויה להיות מושפעת מהקרטל. פרשנות אחרת הייתה מאפשרת לחברה לחמוק מאחריות במדינות רבות. לא זו אף זו, היא הייתה פוגעת פגיעה משמעותית ביכולתן של כלכלות קטנות או מתפתחות, שהיקף הביקוש למוצרים רבים בהן אינו גדול אבסולוטית, למנוע פגיעה של התנהגות בעלת השפעה משמעותית על שוקיהן. קביעה שכזו הייתה מעניקה למעוולים יד חופשית לפגוע בצרכנים בכל כלכלה אשר אינה יעד עיקרי למוצריהם.

גם בעולם התפתח המתווה לכיוון זה. בדרום קוריאה ובשווייץ, למשל, נקבע מפורשות שלא משנה אם חברי הקרטל ידעו שהמוצרים יימכרו בהן, כל עוד הם ידעו שהרכיב שאת מחירו הם תיאמו ישולב במוצרים מוגמרים שיימכרו בהמשך ברחבי העולם.<sup>251</sup> גם הפסיקה האירופית העדכנית מבהירה כי בקרטל עולמי לא נדרש שהפגיעה באיחוד האירופי תהיה המטרה העיקרית של הקרטל, וכי די בעובדה שהאיחוד הוא חלק אינטגרלי מהשוק העולמי אשר בתחרות בו ביקש הקרטל לפגוע.<sup>252</sup> בארצות הברית נקבע, שחוסר מודעות או אדישות של חברות בקרטל לשאלה אם המוצרים הסופיים יימכרו בארצות הברית, אין משמעותם שההשפעה אינה צפויה באופן סביר.<sup>253</sup> בהתאם לכך, בקרטל רכיבי ביניים יסוד הצפיות האובייקטיבית מתקיים כאשר צד לקרטל עולמי מודע לכך שרכיביו ישולבו במוצרים מוגמרים שיימכרו בעולם וישפיעו על מחיריהם.<sup>254</sup> אם כך יפה לכלכלות גדולות, ודאי שכך ראוי לקבוע בכלכלה קטנה כישראל, אשר ספק אם מפירי חוק גלובליים יכוונו ויתנו את דעתם אליה במיוחד. פרשנות זו של התנאי גם עולה בקנה אחד עם מטרת הדין הבינלאומי

OECD, *Roundtable on Cartels Involving Intermediate Goods*, para. 17, DAF/COMP/ 251  
WP3/WD(2015)27 (Oct. 12, 2015), [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)27&doclanguage=en](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)27&doclanguage=en)  
על אודות שווייץ, ראו OECD Switzerland, לעיל ה"ש 106.

Commission Decision of 8 December 2010 in Case COMP/39.039, LCD – למשל – 252  
Liquid Crystal Displays, C(2010) 8761 final (Dec. 8, 2010). (להלן: עניין LCD).

ראו OECD United States, לעיל ה"ש 54, בפס' 13. 253

דרישת הצפיות מתקיימת כאשר ישנו קשר סיבתי סביר בין הקרטל להשפעתו בפועל. ראו 254  
למשל עניין Minn-Chem, לעיל ה"ש 47, בעמ' 857.

והמקומי: אם חברי הקרטל ממילא התכוונו למכור את מוצריהם במחיר הקרטליסטי, מאי נפקא מינה היכן יושבים מי שנפגעו מהתנהגותם, כל עוד ישנה ציפייה סבירה שצרכנים ייפגעו? מי ששוקל לפעול באופן בלתי-חוקי צריך לדעת, שהיקף האחריות שיוטל עליו תלוי בנזקים שהיה צפוי שהוא יגרום בפעולתו באופן אובייקטיבי ובמהלך העניינים הטבעי, ולא במקום מושבם של הצרכנים שנפגעו בפועל.

### (ג) אין לדרוש ישירות, ולמצער יש להחיל פרשנות מקילה

תנאי ישירות ההשפעה (direct), אשר לעיתים מוחל בהגוון של מיידיות ההשפעה (immediate), נעדר מתחולת הדוקטרינה במדינות רבות, ובשל הקושי שהוא מעורר רוקן מתוכנו ברכות מהמדינות שבהן הוא הוחל. לא זו אף זו, תנאי זה מקשה ללא הצדקה על הגשמת האיזון הראוי בין האינטרסים המתחרים על הבכורה במשפט הבינלאומי. על כן מוצע שלא לאמצו בישראל. נפרט הצדקות אלו להימנעות מאימוץ דרישת הישירות.

סביר להניח שהתמודדותן של מדינות אשר אימצו את תנאי הישירות, אשר העידה על הערמת קשיים שלא לצורך, השפיעה על ההחלטה להימנע ממנו, ולכן הוא אינו נדרש במדינות רבות. ניסיונה של ארצות הברית, ארץ המקור של התנאי, מדגימה את הקושי שהוא מעורר. כפי שתואר לעיל, דרישת הישירות הקשתה עליה להתמודד כראוי עם קרטלי רכיבי הביניים, עד שניתנה לו בשנים האחרונות פרשנות שכמעט מרוקנת אותו מתוכו.<sup>255</sup> ודוק, קיומו של שלב ביניים בין ייצור הרכיב נשוא הקרטל ועד להשפעה על הצרכן הסופי אינו מבטל את העובדה שעסקינן בהשפעה מן הסוג שדיני התחרות מבקשים למנוע ולפצות בגינה, מן הטעם שהנזק, המגולגל בין החוליות השונות בשרשרת הייצור והשיווק, פוגע בצרכן הסופי. בעולם של מסחר גלובלי, שבו ניתן לייצר ולנייד טובין בין כמה מדינות ולערוך כל שלב בייצור עד למוצר הסופי באתר שונה, דרישת הישירות עלולה ליצור פרצות לעקיפת החוק באמצעות עיצוב מלאכותי של ההתנהגות העסקית.

אכן, לאחרונה קבעו מדינות רבות שדרישת הישירות או המיידיות של ההשפעה מתקיימת גם בקרטלים של רכיבי ביניים, גם במצבים שבהם הרכיב מיוצר, נמכר ומורכב במדינה זרה והמוצר עובר כמה ידיים עד שהוא מגיע לצרכן במדינה האוכפת, כאשר המחיר הקרטליסטי השפיע על החוליות השונות בשרשרת עד לצרכן הסופי.<sup>256</sup> כלומר, תנאי הישירות לא רק שאינו מחייב מכירה ישירות ללקוח הסופי או פעולה של החברה הזרה בארץ האוכפת, אלא

255 כמפורט לעיל, בעניין *Minn-Chem* דרש בית המשפט האמריקני שכדי שהפגיעה במדינה הזרה לא תיחשב לפגיעה ישירה, עליה להיות רחוקה עד שיהיה אפשר לתאר אותה כ"אדוות גלים", ובית המשפט היה נכון להסתפק ברף נמוך באשר לתנאי זה מתוך ראייתו כחלק אינטגרלי ממכלול תנאי מבחן ההשפעה (שם).

256 OECD, *Summary of Discussion of the Roundtable on Cartels Involving Intermediate Goods*, DAF/COMP/WP3/M(2015)2/ANN2/FINAL (Feb. 7, 2017), [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M\(2015\)2/ANN2/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M(2015)2/ANN2/FINAL/en/pdf) וכן עמדתה של שווייץ, שלפיה פגיעה במישורין כוללת גם מצב שבו צרכנים בשווייץ מושפעים מן ההתנהגות האסורה, ואין דרישה שהמוצר נרכש ישירות מהקרטל (OECD Switzerland), לעיל ה"ש 106, בעמ' 1, 3, 7-8).

הוא מתקיים גם במקרה שישנן חוליות רבות בין היצרן החבר בקרטל לבין הצרכן הסופי, אשר רובן ככולן מעורבות גורמים זרים.

על רקע זה אנו סבורות, כי במקום לאמץ תנאי זה ואז לפרשו בדרך אשר תדללו עד שיהיה דהוי דיו, דרך המלך היא להשמיטו כליל. אכן, אם נהיר שיש למנוע פגיעה מעין זו אף שהיא אינה ישירה במובן הפשוט והטבעי של מילה זו (שהרי רכיב הביניים נשוא הקרטל אינו נמכר ישירות לצרכן), ראוי להשמיט את תנאי הישירות. בתי המשפט שבארצות הברית, המחויבים לתנאי זה אשר מצא את דרכו לתנאי הדוקטרינה ולכללי ה-FTAIA, נאלצו להגיע לתוצאה זו באקרובטיקה פרשנית. בדומה לכך, גישה מרחיבה אומצה גם באיחוד האירופי לתנאי המכירות הישירות הנדרש לשם קביעת גובה הקנס על ההפרה. בעניין קרטל מסכי ה-LCD אישר בית הדין של האיחוד את החלטתה של רשות התחרות שלפיה קרטל בין יצרני רכיבי ביניים זרים אשר היו חלק מטלוויזיות שטוחות וממסכי מחשבים שהם מכרו באירופה עונה על תנאי זה, כיוון שמדובר במכירות ישירות דרך מוצרים ששוננו (direct sales through transformed products).<sup>257</sup>

פרשנות זו היא מלאכותית ומנוגדת להבנה הפשוטה של המונח "ישיר". היא תולדה של אילוצים. כאשר גרדי הדוקטרינה מעוצבים עתה בישראל, יש ללמוד מניסיון זה ולהימנע מראש מאימוץ תנאי מיותר ומכביד זה. אכן, חלק מהמדינות כבר הפעילו את חוקי התחרות שלהן גם כלפי קרטלים של רכיבי ביניים בינלאומיים, ללא דרישה לישירות הפגיעה.<sup>258</sup> לאור זאת, החלטה שלא לאמץ תנאי זה עולה בקנה אחד עם משפט העמים הנוהג.

נראה כי החשוב מכול הוא, שתנאי הישירות גם אינו נדרש לביסוס הזיקה המספקת או האינטרס הלגיטימי לפי המשפט הבינלאומי. אכן, ממה נפשך: ככל שמטרתו של תנאי הישירות היא להבטיח את צפיות הפגיעה, לשם כך נועד תנאי הצפיות העומד בפני עצמו. אם הפגיעה במדינה האוכפת היא משמעותית, אין חשיבות לכך אם היא נעשתה בעקיפין או שתוצאותיה אינן מיידיות. אם הפגיעה היא ישירה במובהק אולם תוצאותיה זניחות, ממילא לא קם אינטרס לגיטימי לקביעת סמכות. יתרה מכך, מבחן "אדוות הגלים", המשמש לבחינת ישירות הפגיעה בידי חלק מבתי המשפט שבארצות הברית, הוא למעשה גרסה אחרת של מבחן ההשפעה המשמעותית. השפעה זניחה – אדוות גלים – ממילא לא תעמוד בתנאי המשמעותיות, והדוקטרינה לא תיושם. על כן התנאי של משמעותיות הפגיעה הוא העוגן, בעוד תנאי הישירות הוא מיותר ושגוי.

על כן אנו סבורות כי ראוי לדחות את העמדה שביטא הממונה בהחלטתו בעניין מסדרי המתח, אשר הסתייג מהחלת הדוקטרינה כאשר ההשפעה היא עקיפה,<sup>259</sup> כמו גם את הצבת דרישה זו בידי בית המשפט המחוזי בעניין רלפי. לדעתנו יש להימנע מדרישה לישירות,

257 עניין LCD, לעיל ה"ש 252, בפס' 394 וכן עניין *InnoLux*, לעיל ה"ש 82, בפס' 47-49. בשים לב לכך שבאיחוד האירופי ישנה אפשרות חלופית להחלת מבחן היישום, ניטל העוקף מתנאי המיידיות שנכלל במבחן ההשפעה כפי שאומץ בעניין *Intel*, לעיל ה"ש 88, שהרי גם אם תנאי זה לא יתקיים במקרה נתון, יוחל הדין מכוח מבחן היישום. משכך, באיחוד האירופי לא היה צורך לדוק פורתא בעיצוב תנאי זה. דוגמה לכך ניתן למצוא בעניין *Toshiba 2019*, לעיל ה"ש 85, אשר הוכרע לפי מבחן היישום, אף שגם מבחן ההשפעה הוזכר כאפשרות חליפית.

258 OECD United States, לעיל ה"ש 54.

259 עניין מסדרי מתח, לעיל ה"ש 11, בפס' 126.

כך שהדוקטרינה תחול בבירור כל עוד מתקיימת זיקה ברורה מכוח משמעותיות ההשפעה בין ההתנהגות לפגיעה בשוק הישראלי, ואין נפקא מינה אם החברה הפוגעת פועלת ישירות בישראל. חשוב להדגיש שהחלטת הממונה בעניין מסדרי המתח ניתנה בשנת 2013, טרם התבררו מעבר לים הקשיים והמחלוקות שנבעו מתנאי הישירות ולפני שמדינות אחרות בחרו להימנע מלאמץ תנאי זה או לתת לו פרשנות המדללת את תוכנו. גם עמדתו של בית המשפט המחוזי בעניין רלפי מתבססת על פסיקה ועל כתיבה בטרם שינויים אלו.<sup>260</sup> למצער, אם בכל זאת יאומץ התנאי, ראוי לעמדתנו לתת לו פרשנות מצירה, בהתאם להלכת *Minn-Chem* האמריקנית מן העשור האחרון,<sup>261</sup> וכן לאמץ את הלכת *Auto Parts* האמריקנית ואת הלכת *Iiyama* האנגלית, שלפיהן הבחינה של ישירות ההשפעה לא ראוי שתידרש בשלבים הראשוניים של התביעה.<sup>262</sup>

#### (ד) אין לאמץ את תנאי הפגיעה המכוונת

מספר מצומצם של גרסאות של דוקטרינת ההשפעות אינן מסתפקות בצפיות סבירה לפגיעה, ודורשות תנאי סובייקטיבי שעניינו פגיעה מכוונת (intended). בארצות הברית תנאי זה חל רק במקרים אשר אינם נופלים תחת דוקטרינת ההשפעות כפי שהיא נחקקה ב-FTAIA (אשר במסגרתו מוחל תנאי הצפיות הסבירה). בשל מיעוט האימוץ של תנאי זה ברחבי העולם, הרי בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי אין צורך לאמצו בישראל, ויש לעקוב אחר המנהג הנוהג במרבית מדינות העולם שאימצו את הדוקטרינה, הדורש צפיות סבירה להשפעה.

ראוי לדחות תנאי זה גם מטעם מהותי: הדרישה של פגיעה מכוונת במדינה אינה יוצרת את האיזון הראוי העומד בבסיס כללי המשפט הבינלאומי, בעיקר בנוגע לכלכלות קטנות. הטעם לכך הוא כאמור שכאשר חברים בקרטל בינלאומי משווים לנגד עיניהם את השווקים שבהם הם מתכננים להפיק את הרווח האנטי-חרוטי, הם יכללו לרוב בעיקר את שוקי הכלכלות הגדולות שבהן הם פועלים. הצבת תנאי זה בידי בתי המשפט האמריקניים שיקפה את מעמדה המיוחד ככלכלה מרכזית, אשר הפגיעה בה היא לרוב מכוונת. ביטוי לכך אפשר למצוא בכללי האכיפה של הרשויות בארצות הברית בנוסחם הקודם; הדוגמאות שפורטו בהם לתחולת התנאי נגעו למצב שבו חברי הקרטל החריגו במפורש את ארצות הברית או למצב שבו הייתה התייחסות מפורשת לארצות הברית כאל יעד.<sup>263</sup> הלך מחשבה זה מתאים לכלכלה גדולה, המניחה שחברים בקרטל בינלאומי הקדישו מחשבה לשוק זה.

260 עניין רלפי, לעיל ה"ש 1.

261 עניין *Minn-Chem*, לעיל ה"ש 47.

262 עניין *Auto Parts*, לעיל ה"ש 243, ב-9\* "Whether the effects are direct or are mere ripple effects' would depend on evidence that the damages are traceable through the supply chain, thus requiring sophisticated economic analysis not properly considered at this stage"; *Iiyama (UK) Ltd. v. Samsung Elecs. Co. Ltd.* [2018] EWCA Civ 220, [2018] 4 C.M.L.R. 23.

263 לעיל ה"ש 58, דוגמה C.



משכך, כאשר דרש בית המשפט בעניין *Hartford Fire* שההשפעה תהיה מכוונת,<sup>264</sup> הוא לא היה צריך לחשוש שבכך הוא מותיר את שוקי מדינתו חשופים לקרטלים זרים בינלאומיים רבים שפגיעתם תהיה משמעותית. לא כך בכלכלות קטנות כישׂראל. בראייה גלובלית מדובר בשווקים זניחים יחסית מבחינת הרווח שיפיקו קרטליסטים בינלאומיים. לפיכך לא מן הנמנע שהם לא ינקטו עמדה מפורשת באשר לכלכלות קטנות שכאלה, גם במקרים שהפגיעה בתחרות ובצרכנים שבהן היא קשה לפחות באותה מידה של פגיעתו של הקרטל בכלכלה גדולה. לכן, אימוץ התנאי של פעולה המכוונת לפגוע בישראל תיצור מסגרת גסה מדי, שתאפשר התחמקות לא-ראויה של מעוולים אשר התכוונו להעשיר את כיסם על חשבון צרכניהם, בניגוד למטרות המשפט הבינלאומי ותוך פגיעה ביכולת להתמודד עם פגעי הכלכלה הגלובלית.

לא זו אף זו, גם בארצות הברית, ארץ מוצאו, רוכך תנאי זה, לאור ההכרה בעובדה שהוא יוצר מכשלה שאינה עולה בקנה אחד עם מטרות המשפט הבינלאומי והמקומי. בהקשר זה ראוי להדגיש שהקושי הראייתי לבחון צפונות כליות ולב מתגבר שבעתיים עת עסקינן בפעולה שנעשתה מחוץ לתחום השיפוט.<sup>265</sup> בהתאם לכך, כללי האכיפה של הרשויות האמריקניות אינם שוללים החלת סמכות חוץ-טריטוריאלית רק בשל חוסר מודעות או אדישות של משתתפי קרטל לכך שמוצרים המושפעים מהקרטל ימצאו את דרכם לארצות הברית.<sup>266</sup> נוסף על כך, הפסיקה האמריקנית מדגישה שתנאי של כוונה יפגע בבהירות, באובייקטיביות ובפרקטיות של החלת החוק.<sup>267</sup> כמו כן נשוב ונדגיש, שדרישה זו אומצה בידי ארצות הברית בתקופה שבה התייחסותן של מרבית מדינות העולם לדוקטרינת ההשפעות הייתה שונה מאוד מהתייחסותן כיום. על כן לא מפתיע שמרבית מדינות העולם לא אימצו אותה, ואף ארצות הברית נסוגה ממנה בחלק מהמקרים.

לבסוף, החלטת בית המשפט המחוזי לאמץ תנאי זה נסמכת בחלקה על החלטת הממונה בעניין מסדרי המתח.<sup>268</sup> ואולם ניתוח מעמיק של החלטה זו מעלה שהיא אינה מחייבת תנאי זה. שם נערך קרטל מסוג חלוקת שוק בין יצרניות בינלאומיות של מסדרי מתח, שבמסגרתו הוחלט שחברות אירופיות ויפניות לא ייכנסו זו לשוק המקומי של זו; כן הוחלט שחברות הקרטל יפעלו להקצאת מכרזים בכל העולם בהתאם למכסות שנקבעו לכל אחת מהן לפי

264 עניין *Hartford Fire*, לעיל ה"ש 25.

265 על קושי זה עמד השופט גרוסקופף בעניין אל-על, לעיל ה"ש 13, בפס' 39. על הקושי בהוכחת קרטלים, ראו גם ע"פ 5823/14 שופרסל בע"מ נ' מדינת ישראל, בפס' לד לפסק הדין של השופט רובינשטיין (נבו 10.8.2015) ("הסדר כובל... נעשה פעמים רבות, מעצם טבעו, במחשכים, תוך הבנה בין העושים אותו כי הם עוברים על החוק או מהלכים על תפר החוקיות, ולכן עליהם להיזהר בלשונם ובפעלם").

266 ANTITRUST GUIDELINES 2017, לעיל ה"ש 39, בעמ' 23.

267 *Biocad JSC v. F. Hoffmann-La Roche*, 942 F.3d 88, 100 (2d Cir. 2019) ("These considerations of clarity, objectivity, and practicality would be undermined if the applicability of the import exclusion turned on the subjective intent of companies doing business abroad").

268 עניין רלפי, לעיל ה"ש 1.

נתחי השוק ההיסטוריים שלה.<sup>269</sup> ההחלטה נוגעת גם לחברות היפניות שהיו חלק מהקרטל ולא הגישו הצעות במכרזים בישראל. הממונה אינו מחיל את האיסור על החברות היפניות, בקובעו כי:<sup>270</sup>

"ביחס להסדר כובל דנא, שנערך מחוץ לגבולות ישראל ואשר אינו מכוון כל כולו לשוק הישראלי, יש מקום לסברה, כי ביחס לחברות שלא נטלו חלק פעיל ביישום ההסדר – היינו מעולם לא ניגשו למכרזים בישראל וממילא מעולם לא זכו בפירוויקטים בישראל – לא מתקיימת זיקה מספקת לשוק בישראל, בשל האפשרות כי ההמנעות מהגשת הצעות בישראל הינה חיצונית להסדר ואינה נובעת הימנו".

מאמירה זו הסיק בית המשפט המחוזי, כי "לצורך החלת דיני התחרות הישראלים מכוון 'דוקטרינת ההשפעות' נדרשת לפי עמדת הממונה... כוונה לחול על השוק בישראל... כאשר ההסדר נערך מחוץ לישראל והוא אינו מכוון 'כל כולו' לשוק הישראלי, ובמצב דברים בו מתקשרות זרות בהסדר לא נטלו חלק פעיל ביישומו של ההסדר בישראל נמצא כי לא מתקיימת זיקה מספקת לשוק בישראל".<sup>271</sup> פרשנות זו של החלטת הממונה היא שגויה, כיוון שהיא אינה מתייחסת לנסיבות המקרה ולקשיי ההוכחה הייחודיים לו. בקרטל מסוג חלוקת שוק, מוסכם שחלק מהחברות יימנעו מלהיכנס לשווקים מסוימים. אולם יכולות להיות גם סיבות אחרות, לגטימיות, לאי-הכניסה לשוק מסוים. על כן, אף שהחברות היפניות היו חלק מההסכמה הכללית, במקרה שישנו הסבר חלופי המניח את הדעת לאי-השתתפות במכרז, לא היה ניתן להניח שהן נמנעו מכניסה לשוק הישראלי בשל הקרטל. עולה כי ההחלטה בעניין מסדרי המתח, שבה מצא בית המשפט המחוזי תמיכה להתניה של תחולת הדוקטרינה בכוונה, דווקא מאירה על הקושי הרב לעמוד על המניע לפעילותה של החברה הזרה. להבנתנו, ניסיון זה מוסיף משנה תוקף לנימוקים להימנעות מאימוץ של תנאי הכוונה.

(ה) סיכום המתווה המוצע – השפעה משמעותית פוטנציאלית, הצפויה אובייקטיבית באופן סביר

על כן מוצע להתנות את תחולת הדוקטרינה בישראל בשילוב של שני תנאים – השפעה משמעותית פוטנציאלית, הצפויה אובייקטיבית באופן סביר על השוק הישראלי – ולפרש תנאים אלו באופן המוצע לעיל. תנאים אלו עולים בקנה אחד עם המנהג הנוהג ברחבי העולם. הם מחמירים יותר מהתנאים החלים בחלק ממדינות העולם, ואינם כוללים את אותם תנאים אשר גם בארצות שאימצו אותם הוחלה לאחורונה פרשנות המרוקנת אותם מתוכן בשל אי-התאמתם למטרות המשפט הבינלאומי והמקומי. ודוק, דין זה אינו בהכרח הדין הטוב ביותר מבחינת מטרות החוק הישראלי; שאם לא כן, ייתכן שהיה רצוי שכאשר מוכחת פגיעה משמעותית, המעוול יידרש לשכנע שתנאי הצפיות הסבירה אינו מתקיים. ואולם שילוב תנאים אלה ממוקם היטב במרכז של מנעד התנאים המוחלים ברחבי העולם, ומשקף את התובנות החדשות של העשור האחרון באשר לדפוסי המסחר הבינלאומי ולדרכים

269 עניין מסדרי המתח, לעיל ה"ש 11, בפס' 4.

270 שם, בפס' 134.

271 עניין רלפי, לעיל ה"ש 1, בפס' 44.

להתמודד עם הפגיעות של חברות בינלאומיות. הצבת תנאים אלו גם יוצרת סיכון נמוך להתנגשות הדינים ולפגיעה לא-מוצדקת בריבונות המדינות הזרות. כן מוצע לאמץ את הגישה האינטגרטיבית של "מקבילית הכוחות" שהציע בית המשפט האמריקני בעניין *Minn-Chem*,<sup>272</sup> שלפיה ככל שהתנאי של משמעותיות ההשפעה מתקיים באופן מובהק יותר, כך ניתן להסתפק ברף נמוך יותר של צפיות.

המבחן המוצע יאפשר לתפוס בגדרו קשת של פעולות אנטי-תחרותיות אשר לא היו נתפסות תחת המבחן שאימץ בית המשפט המחוזי בעניין *רלפי*,<sup>273</sup> אף שהשפעתן על השוק הישראלי היא משמעותית וצפויה באופן סביר: כך יתאפשר לנקוט צעדי מניעה נגד קרטל בינלאומי אשר לא כיוון מפורשות לפגיעה בשוק הישראלי, אולם באופן סביר היה צפוי שיפגע בו, ואף לאפשר שיפוי בגין נזקים שנגרמו מפגיעה זו; יהיה ברור שדי בהשפעה של ממש, שאינה זניחה; תימנע האפשרות להסתתר מאחורי הטענה שעסקינן ברכיב ביניים ועל כן הצרכן הסופי אינו בעל זכות תביעה; ויהיה אפשר לעצור התנהגות אנטי-תחרותית בעלת השפעה משמעותית באופן פוטנציאלי, עוד בטרם תפגע בפועל בשוק הישראלי. מבחן זה גם יעמיד את הצרכנים הישראליים בעמדה דומה לזו של צרכנים במדינות אחרות ברחבי העולם.

## 2. היבטים חיצוניים לדוקטרינה

### (א) כללי הנימוס הבינלאומי

כללי הנימוס הבינלאומי התפתחו במקביל לדוקטרינת ההשפעות, והם מיועדים להגביל במידה כזו או אחרת את הסמכות החוץ-טריטוריאלית של מדינה אחת במצבים שבהם ברור שלמדינה אחרת יש אינטרס שראוי לקבל בכורה. גם בית המשפט הישראלי הכיר בכללים אלו כחלק מהדין הישראלי. אולם בניגוד לדוקטרינת ההשפעות, אין כמעט בסיס משותף מוסכם לתחולתם בתחום דיני התחרות, אשר יאפשר להתייחס אליהם כאל משפט מנהגי. מציאות זו, שבה אין ציפייה במישור הבינלאומי להימנעות מאכיפה במרבית המקרים הנוגעים לדיני תחרות, ובהינתן ההבנה שבדיני התחרות במרבית המקרים אין די בהחצנות החיוביות של אכיפה וזה כדי לשרת את כלל האינטרסים הלגיטימיים של מדינה אחרת ואזרחיה, מוצע שגם ישראל תאמץ גישה מצמצמת כאשר לשיקולי הנימוס. גישה שכזו לא תאפשר את הפיכתם של כללי הנימוס, אשר נוצרו מלכתחילה כדי למתן חיכוכים במישור היחסים הבינלאומיים בין מדינות (אשר כיום החשש להתרחשותם קטן משמעותית), לכלי שרת בידי מפירי חוק בינלאומיים. ראוי לציין שכללי נימוס הדדי מוגבלים בהיקפם מוחלים לעיתים ובנוסח מצומצם בין ישראל לבין מדינות אחרות בהסכמי סחר.<sup>274</sup>

272 עניין *Minn-Chem*, לעיל ה"ש 47.

273 עניין *רלפי*, לעיל ה"ש 1.

274 ראו למשל ס' 6 להסכם בין ממשלת מדינת ישראל לבין ממשלת ארצות הברית בדבר יישום חוקי התחרות שלהן, כ"א (1293)43 (1) (נחתמה ב-1999) (נכנסה לתוקף ב-2001).

## (ב) מבחן היישום כמבחן חלופי

האיחוד האירופי אימץ בסיס חלופי להחלת סמכות חוץ-טריטוריאלית – מבחן היישום. בגדרו של מבחן זה די ביישום ההתנהגות המפירה בתחום האיחוד האירופי. לצורך קרטל, די במכירה בתוך האיחוד של המוצר שמחירו תואם, בלא קשר למקום ייצורו או אספקתו.<sup>275</sup> אנו סבורות כי הדין הרצוי כולל גם את אימוץ מבחן היישום, כיוון שישנם מצבים שבהם חלופה זו מפשטת את האכיפה ומתגברת על חלק מהקשיים שעליהם עמדנו לעיל. בהיעדר הוראת חוק המאמצת את מבחן היישום מפורשות בחוק הישראלי, ניתן לאמץ אם הוא מהווה חלק מהדין הבינלאומי. לא נוכל למצות את העיון בנושא במסגרת מאמר זה, שיוחד לדוקטרינת ההשפעות. נציין רק כי ישנם מלומדים הטוענים שמבחן היישום הוא הגיון של דוקטרינת ההשפעות.<sup>276</sup> דעה זו נסמכת על העובדה שבמקרה שההתנהגות האנטי-תחרותית מיושמת במדינה מסוימת, היא ממילא ממלאת אחר תנאי ההשפעה עליה. על כן מבחן היישום עולה בקנה אחד עם המודל הכי מקל של הדוקטרינה, הדרוש רק השפעה. דרך אחרת היא להתייחס למבחן כמבוסס על עקרון הטריטוריאליות הסובייקטיבי, המהווה אף הוא חלק מהמשפט הבינלאומי. בהתאם לפרשנות זו, יישום המעשה האנטי-תחרותי בטריטוריה של המדינה הוא חלק אינטגרלי של ההתנהגות שהייתה מיועדת לפגוע בתחרות, אשר ניתן להתייחס אליה בתור מקשה אחת (single and continuous infringement).<sup>277</sup> כיוון שחלק מהמעשה הנמשך התבצע בטריטוריה של המדינה האוכפת, קמה לה סמכות טריטוריאלית להחלת דיניה על אותו מעשה. כדי לרכוש סמכות טריטוריאלית סובייקטיבית בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי יש צורך בזיקה טריטוריאלית מספקת. על כן יש לשאול אם ישנם מספיק מרכיבים טריטוריאליים כדי ליצור סמכות ריבונית כאמור. בית הדין של האיחוד סבור שמבחן היישום עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי.<sup>278</sup> כאמור, עיון ממצה בשאלות חשובות אלו חורג מגדרו של מאמרנו זה.

## (ג) תביעות פרטיות מול אכיפה של רשות התחרות

לכסוף עולה השאלה אם יש לאמץ תנאים שונים לתחולת הדוקטרינה בתביעות פרטיות ובאכיפה בידי רשות התחרות. שאלה זו עולה לאור הפרוצדורות השונות הנהוגות בהליכים אלו, כמו גם לאור המאפיינים השונים של התובעים.<sup>279</sup> כך למשל, ייתכן שפערי המידע שבין תובע ונתבע במקרה של אכיפה בידי רשות התחרות יהיו קטנים יותר, בשל כלי החקירה העומדים לרשות הרשות. אנו סבורות כי אין לשנות את תנאי הדוקטרינה בהתאם להליך

275 עניין פיליפס 2015, לעיל ה"ש 83, בפס' 150-152.

276 ראו Faure & Zhang, לעיל ה"ש 28, בעמ' 507, 511-513, 536. עם זאת ייתכן, שמבחן היישום מתבסס על העיקרון שלפיו למדינה סמכות שיפוט כאשר חלק מרכיבי העבירה בוצע פיזית בשטחה.

277 ראו למשל עניין InnoLux, לעיל ה"ש 82, בפס' 101-103.

278 עניין Intel, לעיל ה"ש 88, בפס' 49; עניין Toshiba 2019, לעיל ה"ש 85, בפס' 165.

279 במקרים המתאימים ניתן להצדיק שונות כאמור על בסיס תורת ההחלטות. ראו למשל, Isaac Ehrlich & Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*, 3 J. LEGAL STUD. 257 (1974); גל ונבו, לעיל ה"ש 248.

שבו היא נאכפת, מכמה סיבות. ראשית, ככל הידוע לנו בכל העולם תנאי תחולתה של הדוקטרינה אינם מושפעים מזהות התובע, למעט שיקולי נימוס שבכמה מדינות רק לרשות התחרות יש סמכות לשקול. ככל שאימוץ הדוקטרינה מבוסס על מנהג בינלאומי, יש לשאוף לעמוד בתנאיו המקובלים בעולם. שנית, אחידות בפרשנות הדוקטרינה תיצור ודאות בשוק. זאת ועוד, במקרים שבאותו עניין ננקטים הליכים בידי שני סוגי התובעים גם יחד, קביעה שונה של גרדי הסמכות תיצור דיסוננס מיוחד. שלישית, התנאים לתחולת הדוקטרינה שעליהם עמדנו – השפעה משמעותית הצפויה באופן סביר על השוק הישראלי – יוצרים את האיזון הראוי בין השיקולים השונים גם בתביעה פרטית. עם זאת אין מניעה – ואף ראוי לרעתנו – להתאים את נטל ההוכחה הראשוני שתנאי הדוקטרינה התמלאו, בטרם הותר גילוי מסמכים וחקירת עדים, לאופי התביעה ולמיהות התובע, כפי שעשה השופט גרוסקופף בנוגע לאישור התביעה הייצוגית והליך גילוי המסמכים בעניין אל-על, כך שתיושם גישה מקילה יותר בשלב זה של התובענה.<sup>280</sup> ואולם אין להפריז בשונות שבין תובעים פרטיים לבין הרשות כתובעת במקרה המיוחד של תביעות נגד תאגידי ענק בינלאומיים. בהקשר זה גם רשות התחרות עשויה להימצא בנחיתות בנגישות למידע בהשוואה לנתבעים, בשל חיסיון המוטל לא פעם – כתנאי לשיתוף פעולה מצד המפירים – על הראיות שהיוו את הבסיס להחלטות של טריבונלים מעבר לים בנוגע לאותו קרטל בינלאומי.

## סיכום

רפואי המסחר הגלובליים מחייבים את הרחבת סמכות האכיפה החוץ-טריטוריאלית של מדינות ברחבי העולם. דוקטרינת ההשפעות משמשת כיום ככלי המנהגי העיקרי להרחבת סמכות זו, למצער בתחום דיני התחרות. על כן יש חשיבות רבה לאימוצה, כמו גם לקביעת התנאים להחלתה. קביעת תנאים מחמירים מן הנדרש עלולה לפגוע ביכולתה של ישראל למנוע פעולות הפוגעות באזרחיה, כמו גם בזכותם של נפגעים לתבוע את נזיקיהם. קביעת התנאים הראויים להחלת הדוקטרינה בישראל, כמו גם פרשנותם, מחייבת לתת משקל לתמורות במשפט הבינלאומי המנהגי בעשור האחרון. גם המדינות שאימצו תנאים מחמירים בעבר משילות אותם או מעצבות אותם מחדש על דרך הפרשנות, לאור האקלים המשפטי-כלכלי הקיים כיום, השונה לחלוטין מזה שהיה קיים עת עוצבו התנאים לראשונה: מעל מאה ושלושים מדינות חוקקו חוק תחרות; תחולה חוץ-טריטוריאלית הפכה מקובלת; ישנה הכרה בלגיטימיות של מגוון מסוים באשר לתחולה החוץ-טריטוריאלית של דיני התחרות בהתאם למאפיינים השונים של כל מדינה; קרטלים בינלאומיים הם יעד מוסכם למאבק; וישנה נכונות לשיתוף פעולה בין רשויות האכיפה.<sup>281</sup> תמורה אדירה זו הביאה לשינוי בנקודת האיזון הבסיסית של דוקטרינת ההשפעות לעבר הרחבת התחולה החוץ-טריטוריאלית.

280 עניין אל-על, לעיל ה"ש 13, בפס' 43-49.

RANDOLPH TRITELL & ELIZABETH KRAUS, THE FEDERAL TRADE COMMISSION'S INTERNATIONAL ANTI-TRUST PROGRAM (2019), [https://www.ftc.gov/system/files/attachments/international-competition/ftc\\_international\\_antitrust\\_program\\_october\\_2019.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/attachments/international-competition/ftc_international_antitrust_program_october_2019.pdf)

דוקטרינת ההשפעות אינה המשוכה היחידה למימוש תחולה חוץ-טריטוריאלית. משוכות נוספות הן בין היתר אלה: דרכי ההמצאה מחוץ לתחום;<sup>282</sup> מרוץ ההתיישנות והשיהוי; קביעת הרף שנדרש לעמידה בתנאים נוספים להגשת תובענה ייצוגית, דוגמת גובהו של נטל ההוכחה בשלב אישור הבקשה והתנאים לגילוי מסמכים. קצרה היריעה מלהידרש לסוגיות אלה, אולם ברי כי רק מענה הולם למכלול הצמתים – כפי שנהג השופט גרוסקופף בענין אל-על<sup>283</sup> – ייתן רוח גבית נחוצה לאכיפה. עם זאת בחירה ופרשנות מיטבית של התנאים לדוקטרינת ההשפעות מתוך המנעד הלגיטימי היא צעד חשוב בכיוון הנכון.

282 שאלה זו עלתה בהקשר של בקשה לתובענה ייצוגית נגד החברות בקרטל היצרניות של פנלים למסכי LCD שטוחים בעניין התנועה הצרכנית, לעיל ה"ש 1. בתי המשפט קבעו שאי-אפשר לתת היתר המצאה מחוץ לתחום לפי תק' 500(7) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. באשר לדוקטרינת ההשפעות קבע בית המשפט, כי גם אם יש לצאת מנקודת הנחה שדוקטרינה זו חלה בישראל בדיני התחרות, השפעת הקרטל על ישראל היא "תוצאת הנוק" ולא "מעשה" שבוצע בישראל, כנדרש בתקנה. בית המשפט העליון דחה ערר על ההחלטה, אולם ציין כי מצב שבו הצרכן הישראלי לא יוכל להיפרע מגופים שחברו יחדיו לקרטל בינלאומי שגרם לו נזק איננו רצוי (שם, בפס' 6). בעקבות כך תוקן החוק והוספה תק' 500(א7), היוצרת אפשרות להגיש בישראל תביעה בגין נזק שאירע בתחום המדינה גם כאשר המעשה או המחל' שגרמו לו היו מחוצה לה "ובלבד שהנתבע יכול היה לצפות שהנזק ייגרם בישראל וכן שהנתבע, או אדם קשור לו, עוסק בסחר בין-לאומי או במתן שירותים בין-לאומיים בהיקף משמעותי".

283 עניין אל-על, לעיל ה"ש 13, בפס' 39, 43-44, 47-48, 76-77, 106. ניתן לראות בכיורור קו מקשר זה, מתוך מודעות ראויה לחשיבות של קידום האכיפה והירתמות בית המשפט להקל על התובע המתמודד עם משימה שאינה פשוטה, בפרט כאשר מדובר בקרטלים בינלאומיים, ובמאמציו אלה בית המשפט מקדם בכך את טובת הכלל.