



## טיוטא לשימוע

### גילוי דעת : שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים באכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה

#### 1. פתח דבר

בשנים האחרונות זכתה הסוגייה של גבית מחיר לא הוגן על ידי בעל מונופולין לתשומת לב רבה מצידה של רשות הגבלים עסקיים ובעקבותיה גם מצד הציבור הרחב. עד פירסומו של גילוי הדעת בדבר האיסור על גביית מחיר מופרז בידי בעל מונופולין ("גילוי דעת 1/14") רשות הגבלים עסקיים ("הרשות") לא עסקה בנושא ופעולות האכיפה שלה כנגד בעלי מונופולין התרכזו בעיקר בפרקטיקות שעניינן דחיקת מתחרים אל מחוץ לשוק. ב-9 באפריל 2014 פרסם הממונה על הגבלים עסקיים ("הממונה") את גילוי דעת 1/14, אשר הציג לראשונה עמדה של הרשות בנוגע לגביית מחיר בלתי הוגן גבוה על ידי בעל מונופולין. גילוי דעת 1/14 ראה בגביית מחיר בלתי הוגן גבוה הפרה של סעיף 29 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 וקבע כי הרשות תעסוק באכיפתו של האיסור. גילוי דעת 1/14 ביקש לייצר פרמטרים לקביעה מהו מחיר בלתי הוגן גבוה תוך פירוט שיטות חלופיות שונות לחישוב המחיר ההוגן שאותו רשאי לגבות בעל מונופולין. לבסוף - גילוי דעת 1/14 קבע כלל נמל מבטחים לפיו מונופולים שמחיריהם לא יעלו מעבר ל-20% מעל עלויות שהוכרו בגילוי הדעת לא יהיו נתונים לאכיפה של האיסור על ידי הרשות.

מאז פורסם גילוי דעת 1/14 הוא היה נתון לויכוח ציבורי רחב הן באשר לעצם קביעת האיסור, הן באשר לשאלה מהו מחיר בלתי הוגן גבוה והן באשר לנמל המבטחים שנקבע בו. עובר לפרסום גילוי דעת זה ובמהלך כחמישה חודשים ערכה הרשות שימוע רחב היקף בסוגיה.<sup>1</sup> לרשות הוגשו מגוון עמדות; הרשות פנתה למומחים בינלאומיים לצורך התייעצות והזמינה חוות דעת ממומחה בינלאומי להגבלים עסקיים ותחרות; כמו כן נעשה הליך של הפקת לקחים פנימי מהניסיון שצברה הרשות בהפעלת גילוי דעת 1/14 מאז שפורסם. לאחרונה ערכה הרשות יום עיון שהוקדש לנושא, אשר בו עסקו מומחים בתחום בהיבטים שונים של האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה.

גילוי הדעת הנוכחי מחליף את גילוי דעת 1/14 ומציג את מדיניותה המעודכנת של הרשות בנושא והוא פרי התובנות של הרשות הן מיישום גילוי דעת 1/14 מאז פירסומו והן ממגוון הדעות והעמדות השונות שהובאו בפניה.

גילוי דעת זה עוסק באופן יישומו ואכיפתו של האיסור על ניצול מעמד לרעה שבסעיף 29 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, במקרים בהם גבה בעל מונופולין מחיר בלתי הוגן גבוה. גילוי הדעת מציג את השיקולים והכללים אשר ינחו את הממונה, החל מיום פרסום גילוי הדעת, בבואה לנקוט צעדי אכיפה במקרים אלו. אין בגילוי דעת זה כדי לגרוע או לשנות מהוראת כל דין ויש לקרוא את האמור בו בצד הכללים שנקבעו בחוק ובפסיקה.

<sup>1</sup> מסמך זה מפורסם לאחר פירסומו של מסמך רקע לעיון מחדש בגילוי דעת 1/14 – האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין (18.04.2016), הגבלים עסקיים 500966.



## טיוטא לשימוע

### 2. פיקוח על בעל מונופולין בדיני ההגבלים העסקיים - כללי

דיני ההגבלים העסקיים מעמידים בידי הממונה והאדם הפרטי כלים להגנה מפני פגיעה בתחרות ובציבור. התחרות ראויה להגנה, שכן היא מקדמת את היעילות, מגדילה את התועלת הכלל משקית ומטיבה עם הצרכנים, בין השאר, בדרך של הפחתת מחירים והגדלת מגוון ואיכות המוצרים. ליבת פעילותה של הרשות ותכליתם של דיני ההגבלים העסקיים ממוקדים בהגנה על התחרות החופשית וקידומה במטרה להגדיל את הרווחה המצרפית במשק.<sup>2</sup>

אחת התופעות עמן מבקשים דיני ההגבלים העסקיים להתמודד היא הפגיעה בתחרות ובציבור הצרכנים מצד גורמים בעלי מעמד מונופוליסטי בשוק. חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "**חוק ההגבלים העסקיים**" או "**החוק**"), קובע כי מי שמחזיק בידו למעלה ממחצית מכלל אספקת הנכסים או רכישתם בשוק הינו "בעל מונופולין". בכך טמונה הנחה כי מי שמחזיק בנתח שוק משמעותי או דומיננטי מחזיק בידיו גם כוח שוק.<sup>3</sup> כוח שוק מזהה עם היכולת לפגוע לאורך זמן בתנאי אספקתו של מוצר, במחירו או באיכותו ביחס לתנאים שהיו שוררים בתנאי תחרות.

חוק ההגבלים העסקיים אינו אוסר על עצם קיומו של מונופולין. למעשה, השאיפה של מתחרה בשוק להגדיל את חלקו בשוק על חשבון מתחריו נתפסת כזו שמניעה את גלגלי התחרות ומתמרצת את המתחרים להתייעלות ולחדשנות. כאשר מתחרה בודד מצליח להגשים שאיפה זו, הוא עשוי להגיע למעמד מונופוליסטי בשוק ובעובדה זו, לכשעצמה, אין פסול. יחד עם זאת, החוק מחיל על בעל מונופולין נורמות התנהגות מיוחדות, אשר תכליתן למנוע ממנו לנקוט בדרכי פעולה העלולות לפגוע בתחרות או בציבור.<sup>4</sup>

החוק קובע שורת הוראות ייחודיות החלות על בעל מונופולין, הנובעות ממעמדו הייחודי בשוק ואשר מטרתן למנוע ניצול לרעה של מעמד זה באופן העלול להפחית את התחרות או לפגוע בציבור. שתי המגבלות העיקריות החלות על בעל מונופולין על פי החוק, הן האיסור לסרב לספק את המוצר שבמונופולין מטעמים בלתי סבירים, הקבוע בסעיף 29 לחוק, והאיסור הרלוונטי לעניינו בדבר ניצול מעמד לרעה באופן העלול לפגוע בתחרות או בציבור, הקבוע בסעיף 29א לחוק.

<sup>2</sup> ראו למשל: ע"פ 5823/14 שופרסל בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקאות לא ומג לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 22.10.2015); ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ פ"ד נב(5) (213), פס' 17 לפסק דינו של הנשיא ברק (כתוארו אז) (1998); ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ' פ"ד נט(6) 776, פס' 79 (2005).

<sup>3</sup> ראו למשל: הי"ע 506/04 שטראוס עלית בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, פס' 7 לפסק הדין (פורסם בנבו, 9.7.2007).

<sup>4</sup> ראו למשל: מוני (הגבלים עסקיים) 1/93 הממונה על הגבלים עסקיים נ' חברת דובק בע"מ, פס' 9 לפסק הדין (1995) הגבלים עסקיים 3005459; מוני (הגבלים עסקיים) 2/96 הממונה על הגבלים העסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פס' 53 לפסק הדין (פורסם בנבו, 7.6.2000).



## טיוטא לשימוע

נהוג לחלק את החששות שעלולים לנבוע מהתנהגות המונופול לשתי קטגוריות: הדרה (exclusion) וניצול (exploitation).<sup>5</sup> פעולות מדידות הן פעולות שנקיטתן על ידי בעל המונופולין עלולה לדחוק מתחרים מהשוק או למנוע את כניסתם של מתחרים חדשים לשוק, ובכך מביאות לחיזוק או שימור של מעמדו המונופוליסטי. ניצול הוא שימוש של בעל המונופולין במעמדו הדומיננטי בשוק לצורך עשיית רווחים על חשבון הצרכן או על חשבון חוליות אחרות בשרשרת השחקנים בשוק. קיימת הסכמה רחבה, כי על דיני ההגבלים העסקיים להתמודד עם החשש מהדרה של מתחרים ותחרות. לעומת זאת, השאלה האם דיני ההגבלים העסקיים הם האכסניה הראויה להתמודדות עם החשש מניצול שנויה במחלוקת. גילוי דעת זה עוסק בפעילות בעלות אופי נצלני, ואינו עוסק בהדרה העלולה לפגוע בציבור על-ידי דחיקת מתחרים מהשוק או מניעת כניסתם של מתחרים פוטנציאליים.

### 3. ניצול מעמד לרעה בדרך של גביית מחיר בלתי הוגן גבוה

סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים קובע:<sup>6</sup>

29א. (א) בעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור.

(ב) יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור, בכל אחד מן המקרים האלה:

- (1) קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין;
- (2) צמצום או הגדלה של כמות הנכסים או היקף השירותים המוצעים על-ידי בעל מונופולין, שלא במסגרת פעילות תחרותית הוגנת;
- (3) קביעת תנאי התקשרות שונים לעסקות דומות אשר עשויים להעניק ללקוחות או לספקים מסויימים יתרון בלתי הוגן כלפי המתחרים בהם;
- (4) התניית ההתקשרות בדבר הנכס או השירות שבמונופולין בתנאים אשר מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים אינם נוגעים לנושא ההתקשרות.

הוראות סעיף קטן זה באות להוסיף על הוראות סעיף קטן (א)."

<sup>5</sup> ראו למשל: מוני' (הגבלים עסקיים) 1/93 הממונה על הגבלים עסקיים נ' חברת דובק בע"מ, פס' 15 לפסק הדין (1995) הגבלים עסקיים 3005459; קביעה בדבר ניצול לרעה של מעמד בשוק: בזק בינלאומי בע"מ הגבלים עסקיים 3010364 (9.11.1997) עמ' 10-13 לקביעה.

<sup>6</sup> סעיף 29א נוסף לחוק בתיקון משנת 1996 על רקע הרצון להרחיב את גדר ההוראות הנוגעות לנומרות ההתנהגות המותרות לבעלי מונופולין, בדומה למקובל בדיני הקהילה האירופית. ראו דברי הסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 2), התשנ"ו-1995, ה"ח 2446, 228 (14.11.1995). עוד בעניין התכלית שעמדה בבסיס תיקון החוק ראו פרוטוקול ישיבה מס' 606 של ועדת הכספים, הכנסת ה-13 (22.1.1996) ופרוטוקול ישיבה מס' 624 של ועדת הכספים, הכנסת ה-13 (27.2.1996).



## טיוטא לשימוע

הרשימה המופיעה בסעיף 29א(ב) אינה ממצה את כלל המקרים העולים כדי ניצול מעמד לרעה. החזקה שתידון במסגרת גילוי דעת זה היא זו הקבועה בסעיף 29א(ב)(1) לחוק ולפיה ייראו בעל מונופולין הקובע רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של מוצר שבמונופולין כמי שניצל את מעמדו לרעה.

עובר לפרסום גילוי דעת 1/14, פורשה חזקה זו על ידי הרשות באופן מסורתי כחלה על מקרים בהם נגבו מחירים "טורפניים", שהם מחירי הפסד שעלולים לדחוק מתחרים מהשוק. איסור זה על גביית מחיר טורפני על ידי מונופולין נועד למנוע מבעל מונופולין מלפגוע בתחרות בשוק. האיסור מסווג כאיסור הדרה ולא כאיסור ניצול והוא קשור במבנה התחרותי של השוק וקשור קשר הדוק עם התכלית המרכזית של דיני ההגבלים העסקיים.

באשר למחירים בלתי הוגנים גבוהים, עד לפרסום גילוי דעת 1/14 לא פרסמה הרשות עמדה עקרונית, אך בפועל לא נקטה צעדי אכיפה נגד מחירים גבוהים. גישתה של הרשות השתלבה עם חוסר בהירות בפסיקה. בפעם היחידה בה נדרש בית המשפט העליון לסוגית קיומו של האיסור, הוא נמנע מלהכריע בה והעיר שאין מדובר בשאלה מובנת מאליה.<sup>7</sup>

גישתה המסורתית של הרשות בסוגיה זו התבססה על כך שתכליתו המרכזית של חוק ההגבלים העסקיים היא הגנה על התחרות, ובלשונו של בית המשפט העליון: "ביסוד החוק מונחת התחרות, אשר נועדה להבטיח הקצאה יעילה של משאבים והגברת היעילות".<sup>8</sup> ההתערבות הישירה במחיר גבוה שנגבה על ידי בעל מונופולין אינה מבוססת על מניעת פגיעה בתחרות או קידום התחרות כי אם על צמצום הפגיעה ברווחת הצרכן הנובעת מהיעדרה של תחרות.<sup>9</sup> בנוסף, כפי שיובא להלן, איסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה כולל בתוכו קשיים עיוניים ויישומיים רבים. על רקע האמור ניתן להבין היטב את משנה הזהירות בו נקט בית המשפט העליון ביחס לעיגונה של העילה בדין הישראלי.

בגילוי דעת 1/14 פירטה הרשות לראשונה עמדה לפיה גביית מחיר בלתי הוגן גבוה על ידי בעל מונופולין נכללת בגדר ההגבלות על התנהגותו של בעל מונופולין מכוח החזקה החלוטה שבסעיף 29א(ב)(1) לחוק, וכן שהרשות תנקוט צעדי אכיפה נגד מחירים מופרזים של בעלי מונופולין. מאז, ניתנה גם החלטת בית המשפט המחוזי בעניין נאור, לפיה האיסור שבסעיף 29א(ב)(1) כולל הן איסור על גביית מחיר נמוך-טורפני והן איסור על גביית מחיר גבוה-בלתי הוגן.<sup>10</sup> זוהי גם נקודת המוצא לגילוי הדעת הנוכחי: גביית מחיר בלתי הוגן גבוה עשויה, בנסיבות המתאימות, להיות עילה לניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי.

<sup>7</sup> פסי' 15-17 לפסק דינה של השופטת נאור (כתוארה אז) ברע"א 2616/03 **ישראל כרטיס בע"מ נ' רייס** (פורסם בנבו, 14.3.2005).

<sup>8</sup> ע"א 2247/95 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ** פ"ד נב(5) 213, פסי' 17-18 לפסק דינו של הנשיא ברק (כתוארו אז) (1998) וכן ראו הי"ש 2 לעיל.

<sup>9</sup> ראו למשל: Richard Whish COMPETITION LAW (8<sup>th</sup> Ed. 2015) pp.759-761.

<sup>10</sup> תצ (מרכז) 46010-07-11 **נאור נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 5.4.2016).



## טיוטא לשימוע

אולם, ההכרה בקיומו של איסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה אינה סוף הדיון אלא ראשיתו בלבד. הבחינה האם מחיר גבוה שגובה בעל מונופולין ייחשב כבלתי הוגן אינה קלה. עמד על כך בית המשפט העליון עוד בעניין רייס:<sup>11</sup>

"קביעת קו הגבול בין מחיר הוגן ומחיר שאינו הוגן – קשה היא. אני מוכנה לקבל שלא צריך להציג קו גבול 'מדויק', אך יש לבסס לכאורה, כבר בשלב הראשון את אי-הוגנות המחיר... תובע ייצוגי המבקש ליטול על עצמו משימה מאוד בלתי פשוטה שכזאת יכול למשל להגיש חוות דעת כלכלית היפותטית בשאלות כמו מה העלויות של הקמת חברת כרטיסי אשראי, מה הסיכונים ומה הרווחים וכל כיוצא באלה וכפועל יוצא מכך מדוע המחיר המונופוליסטי איננו, לכאורה, מחיר הוגן."

הדברים מתיישבים היטב גם עם לשונו של סעיף 29א(ב)(1), המותירה כר נרחב לפרשנות, שהרי תוכנה של התבנית "רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים" רחוקה מאד מלהיות מובנת מאליה. גילוי דעת זה קובע רשימת שיקולים, שבהתקיימם תיטה הממונה לאכוף את האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה על בעל מונופולין.

## 4. שיקולי האכיפה הראויים במבט השוואתי

בעולם קיים מנעד רחב של גישות באשר לעצם ההכרה בעילת מחיר בלתי הוגן גבוה ובאשר לאופן אכיפת העילה. כפי שיפורט להלן קיימים טעמים כבדי משקל לכל אחת מהגישות הללו.

כך, יש השוללים לחלוטין אכיפה כנגד מחירים גבוהים ואף רואים במדיניות אכיפה שכזו כמדיניות מזיקה הפוגעת בסופו של יום ברווחת הצרכן. גישה זאת באה לידי ביטוי בדין האמריקאי, לפיו גביית מחיר בלתי הוגן גבוה, כשלעצמה, אינה אסורה. החקיקה האמריקאית אוסרת על מונופוליזציה, דהיינו על נקיטת פעולות שמטרתן להשתלט על השוק או לדחוק מתחרים ממנו שלא במסגרת תחרות לגופו של עניין.<sup>12</sup> לעומת זאת, לא קיים בה איסור על ניצול של מעמד מונופוליסטי בשוק על מנת לגרוף רווח מהצרכנים.

בקליפת אגוז, הגישה השוללת אכיפה כנגד גביית מחירים גבוהים מוסברת על-ידי שלושה נימוקים מרכזיים.<sup>13</sup> האחד הוא, שהאפשרות לגביית מחיר גבוה מהמחיר שהיה נגבה בתנאי תחרות

<sup>11</sup> עניין רייס, סעיף 26.

<sup>12</sup> Sherman Act, 15 U.S.C. (2011).

<sup>13</sup> ראו § 720 (3<sup>rd</sup> ed. 2008) Phillip E. Areeda and Herbert H. Hovenkamp ANTITRUST LAW (להלן: "ארידה והובנקאמפ"); Evans, D.S. and A.J. Padilla (2005), "Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules", *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 1, No.1, Oxford Massimo Motta & Alexandre de Streel, *Excessive Pricing in* ;University Press, Oxford, pp. 97 – 122



## טיוטא לשימוע

משוכללת יכולה לתמרץ השקעה מקדמת רווחה מלכתחילה. היכולת לגבות מחירים גבוהים היא המתמדת תאגידים להשקיע במחקר ופיתוח, בחדשנות, בהשקעה במוניטין, ביצירה ובייצור.<sup>14</sup> הנימוק השני הוא שמחיר גבוה מדי עשוי "לתקן את עצמו" על ידי משיכת כניסה לשוק מצד מתחרים פוטנציאליים.<sup>15</sup> הנימוק השלישי נעוץ בקושי לקבוע מהו בדיוק מחיר בלתי הוגן גבוה ולאמוד אותו, ובעלויות המנהליות הכבדות הכרוכות בניסיון לעשות כן ובשאלת מומחיותה של רשות תחרות לעסוק בנושאים המשיקים לפיקוח על מחירים.<sup>16</sup> טיעונים אלה חייבים להישקל במסגרת עיצוב מדיניות ראויה וזאת גם אם מכירים כי בנסיבות המתאימות, גביית מחיר בלתי הוגן גבוה מהווה ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי.

מנגד, גישות אחרות, אשר המייצגת הבולטת שלהן היא זאת של הקהילה האירופית, גורסות כי יש לכלול במסגרת דיני ההגבלות העסקיים גם איסור על גביית מחירים בלתי הוגנים גבוהים על ידי פירמה דומיננטית. על פי גישות אלו, גביית מחיר בלתי הוגן גבוה עלולה לעוות את ההקצאה היעילה של מוצרים ושירותים במשק ולפגוע ברווחת הצרכן הניצבת במוקד מטרותם של דיני ההגבלות העסקיים. זאת, מאחר שצרכנים מסוימים, שלולא היה נגבה מחיר זה היו רוכשים את המוצר או השירות, נמנעים כעת מרכישתו ואילו יתר הצרכנים נאלצים לרכוש את המוצר במחיר גבוה יותר באופן שמסיט חלק מהרווחה מהצרכנים אל בעל המונופולין.<sup>17</sup>

סעיף 29א לחוק מבוסס על סעיף 102 לאמנה האירופאית, ועל כן יש לתת משקל מיוחד לדין האירופי בבואנו לפרש את דיני המונופולין בישראל, בייחוד בסוגיה כמו זאת שבה אנו עוסקים כאן, שהפסיקה ביחס אליה בישראל מועטה מאד. הדין האירופאי פורש בפסיקה ככזה האוסר על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה, אך אכיפת האיסור מתבצעת לעיתים רחוקות ובאופן מרוסן, וזאת נוכח הכרה בעדיפות ברורה של אכיפה מכוונת תחרות, כמו גם בקשיים הטמונים באכיפה של איסור על מחיר בלתי הוגן גבוה. זהירות ושיקול דעת באכיפת האיסור עשויים גם למנוע, או לכל הפחות להפחית, את החשש מפגיעה בתחרות וברווחת הצרכן בטווח הארוך העומדת בבסיס טיעוניהם של השוללים אכיפה בגין גביית מחיר בלתי הוגן גבוה.<sup>18</sup>

*Competition Law: Never Say Never?*, in SWEDISH COMPETITION AUTHORITY, THE PROS AND CONS OF HIGH PRICES 14, 18-20 (2007) (להלן: "מוטה ודה סטריל")

<sup>14</sup> בפסק הדין האמריקאי בעניין Trinko הובע טיעון הגורס כי עצם האפשרות להשגת רווח מונופוליסטי, אף לטווח קצר, מתמרץ פירמות להתחרות בעוז זו בזו ולחפש דרכי התייעלות וחדשנות. כך, הגבלת האפשרות מראש לגביית מחיר מונופוליסטי, עשויה לצנן את תמריציה של פירמה להתחרות ולחתור למעשה תחת המטרה הבסיסית של דיני ההגבלות העסקיים השואפים לקידום התחרות לטובת הצרכן (ראו: Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, 407 (2004)).

<sup>15</sup> שם.

<sup>16</sup> כפי שיפורט בהמשך, הקושי בקביעה מהו מחיר גבוה בלתי הוגן אינו נובע רק מהקשיים הטכניים הנוגעים לאיסוף החומר הרלוונטי ועיבודו אלא גם מהצורך לקבוע מהו קו הגבול שמעבר לו יראו מחיר כבלתי הוגן בכל מקרה ומקרה.

<sup>17</sup> דיויד גילה "מחיר מופרז כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" **עתידי להתפרסם במשפטים התשע"ו עמ' 6** (להלן: "דיויד גילה, מחיר מופרז").

<sup>18</sup> ראו למשל מוטה ודה סטריל, עמ' 20 וכן בסקירת השולחן העגול שנערך על ידי OECD בנושא מחיר מופרז שנערך

בשנת 2011: OECD, Competition Committee, Policy Roundtables: Excessive Pricing (2011), עמ' 27 (להלן: "מסמך השולחן העגול של OECD").





## טיוטא לשימוע

הגישה המרוסנת באכיפת האיסור באירופה באה לידי ביטוי כבר בדו"ח השנתי של נציבות התחרות האירופאית לשנת 1994, בו הובהר כי התערבות ישירה במחירים איננה דרך המלך בכל הנוגע לפעילות רשויות תחרות והוסבר שהנציבות תתמקד לרוב בפעולות הפירמה הדומיננטית המונעות כניסה והתרחבות של מתחרים.<sup>19</sup> גם במסמך ההנחיות שהוציאה הנציבות בשנת 2008 בנוגע לניצול מעמד לרעה היא התמקדה במתן הנחיות הנוגעות לאקטים הפוגעים במבנה התחרות בשוק עם פירמה דומיננטית ולא באכיפה ישירה של המחיר הנגבה בשוק. הנציבות נימקה עמדה זאת בחשש מהצורך לעסוק באכיפה מתמשכת של מחירים הוגנים ובטעם שעדיף למנוע את הבעיה התחרותית מאשר לנסות לרפא אותה בדיעבד.<sup>20</sup>

בשולחן העגול שערך ארגון ה-OECD בשנת 2011 ועסק בסוגיית המחיר הבלתי הוגן הגבוה, הביעה נציבות התחרות האירופית עמדה, לפיה יש לפעול לאכיפה כנגד מחיר בלתי הוגן גבוה רק במקרים מתאימים, שבהם אין סעד אחר שיכול להטיב את מצב התחרות בשוק. על פי העמדה שהובעה שם, ומשתקפת גם מהפסיקה האירופית, אכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה באיחוד האירופי נעשית כמוצא אחרון, במצבים בהם שוררים מחירים ורווחים גבוהים לאורך זמן וקיימים חסמי כניסה והתרחבות משמעותיים.<sup>21</sup>

כמו כן, הנציבות ציינה במסמך השולחן העגול כי איזון בין החששות לבין הקשיים הפרקטיים והמתודולוגיים הנוגעים לאכיפה כלפי פירמות דומיננטיות הביא למיקוד מאמצי האכיפה בהורדת חסמי הכניסה וזאת על פני אכיפה ישירה כנגד מחיר בלתי הוגן גבוה:

"...As a consequence the balance in the EU over the last 50 years has been tilted towards addressing exclusionary conduct, to prevent that exclusionary leads to market conditions which allow exploitation of consumers, rather than intervening directly against exploitative conduct. This has resulted in rather limited case law concerning excessive prices."<sup>22</sup>

ואכן, ניתן לראות כי נציבות התחרות האירופית פועלת להלכה למעשה באופן מרוסן ביותר כלפי אכיפה של מחיר בלתי הוגן גבוה ומרבית החלטותיה הנוגעות לניצול מעמד לרעה של פירמות דומיננטיות עוסקות בפעולות מדירות ולא בפעולות ניצול (exploitation).<sup>23</sup>

<sup>19</sup> European Commission XXIVth report on Competition Policy (1994) p. 207

<sup>20</sup> Commission Press Release MEMO/08/761, "Antitrust: Guidance on Commission enforcement priorities in applying Article 82 to exclusionary conduct by dominant firms—frequently asked questions" (3.12.2008)

<sup>21</sup> ראו עמדת האיחוד האירופי במסמך השולחן העגול עמ' 316.

<sup>22</sup> מסמך השולחן העגול, עמ' 312.

<sup>23</sup> Frederic Jenny "Abuse of dominance by firms charging excessive or unfair prices: an assessment" pp.

4-5 זמין באתר הרשות: [www.antitrust.gov.il](http://www.antitrust.gov.il) (להלן: "חוות דעת Jenny");  
Faull & Nikpay: The EU Law of Competition, Jonathan Faull, Ali Nikpay, and Deirdre Taylor (Assistant Editor) (eds) (3rd Edition, OUP 2014) (157) ¶ 4.826



## טיוטא לשימוע

גם מעיון באופן יישום ואכיפת איסור על מחיר בלתי הוגן גבוה במדינות השונות באירופה, עולה כי המיקוד האכיפתי הוא על מקרים מובהקים, בהם משקלן של התועלות מאכיפת האיסור על מחיר בלתי הוגן גבוה גובר על טיעוני הנגד. מבחינה של הליכים לאכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה, אשר נפתחו בשנים האחרונות במדינות אירופיות, עולה הרושם כי ההתערבות נעשית בצורה מרוסנת יחסית.

כך למשל **בגרמניה**, קבעה רשות התחרות בשנת 2012, כי תאגיד המים בברלין גבה מחיר בלתי הוגן גבוה, זאת בהשוואה למחירי המים בערים אחרות בעלות מאפיינים דומים.<sup>24</sup> אולם, בצד ההכרה של רשות התחרות הגרמנית באיסור על גביית מחיר בלתי הוגן בידי פירמה דומיננטית, היא מציינת כי אכיפת האיסור על ידה נעשית תוך התמקדות במקרים מובהקים וקיצוניים וזאת על רקע החשש מאפקטים מצננים על התחרות הנובעים מאכיפת האיסור.<sup>25</sup> **בבריטניה**, קבעה נציבות הסחר ההוגן (OFT) בשנת 2001 כי NAPP גבתה מחיר בלתי הוגן גבוה עבור מורפיום בשחרור איטי לבתי מרקחת וזאת בין השאר על רקע פערים משמעותיים במחיר שהוצע לבתי מרקחת ולבתי חולים. עמדתה של הנציבות התקבלה על ידי טריבונל התחרות בשנת 2002.<sup>26</sup> כיום מנהלת נציבות התחרות הבריטית (CMA), שהחליפה בתפקידה את ה-OFT, הליך בדיקה כנגד פיזור ופלין פארמה בעניין תרופות נגד אפילפסיה והחלטתה אמורה להתקבל בחודשים הקרובים.<sup>27</sup> בעמדתה לשולחן העגול הבהירה בריטניה כי יש ליישם את האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה רק בהתקיים תנאים אשר מצביעים על כך שהחשש מפני אפקט מצנן להשקעה הוא מצומצם, שהשוק מאופיין בחסמי כניסה גבוהים ושאינן תרופה עדיפה לתיקון מבנה השוק.<sup>28</sup>

## 5. עקרונות באכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה

הגישה המתונה בעולם ביחס למחיר בלתי הוגן גבוה מבוססת על הכרה בצורך להתמודד, במקרים מסוימים, עם מחירים גבוהים מדי, וזאת בצד ההבנה כי התערבות שכזו בעייתית אף היא. בהקשר אחרון זה יש לתת את הדעת לקושי נוסף שאין להקל בו ראש. התבנית "מחיר בלתי הוגן גבוה" היא

<sup>24</sup> ראו הודעת רשות התחרות הגרמנית לעיתונות משנת 2012:

"Bundeskartellamt orders Berliner Wasserbetriebe to cut drinking water prices by a total of 254 million euros for the period 2012-2015"  
[http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2012/05\\_06\\_2012\\_Wasser-Berlin.html?nn=3591568](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2012/05_06_2012_Wasser-Berlin.html?nn=3591568)

כמו כן, ראו את הודעת רשות התחרות הגרמנית משנת 2014 בעניין החלטת בית המשפט בדיסלדורף לאשר את החלטת רשות התחרות:

"Düsseldorf Higher Regional Court confirms decision on reduction of Berlin water prices" Available at:  
[http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Meldungen%20News%20Karussell/24\\_02\\_2014\\_Wasser.html](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Meldungen%20News%20Karussell/24_02_2014_Wasser.html)

<sup>25</sup> עמדת גרמניה, מסמך השולחן העגול של ה-OECD, בעמ' 239-245.

<sup>26</sup> ראו:

*NAPP Pharmaceutical Holdings Limited and Subsidiaries v Director General of Fair Trading* [2002] CAT 1, (15.1.2002)

<sup>27</sup> ראו: <https://www.gov.uk/cma-cases/investigation-into-the-supply-of-pharmaceutical-products>

<sup>28</sup> מסמך השולחן העגול של ה-OECD, נספח לעמדה של בריטניה בעמ' 296. במסמך השולחן העגול ההתייחסות למשטר בבריטניה היא בהקשר של עילה נצלנית ולא מדירה (ר' בעמ' 288).





## טיוטא לשימוע

תבנית הנעדרת משמעות בהקשר הכלכלי. מדע הכלכלה, עליו מבוססים דיני ההגבלים העסקיים, אינו עוסק בהוגנות. על רקע זה מתעוררות השאלות, מהו בדיוק מחיר בלתי הוגן גבוה ומתי הופך מחיר מהוגן לבלתי הוגן. התשובות לשאלות אלה אינן ברורות. ניתן לומר בהקשר זה שני דברים: ראשית, שאלות אלה אינן מעוררות קושי יישומי בלבד, אלא קושי מהותי קונספטואלי העומד בלב ליבו של האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה. שנית, יש להיזהר מהניסיון להתמודד עם קושי זה בכלים משפטיים בלבד. העולם המשפטי עשוי לאפשר, לכאורה לקבוע רף מסוים כ-"רף ההוגנות". אולם פרשנות משפטית המנותקת מההשלכות הכלכליות עלולה למוטט את הבסיס העיוני שעליו ניצבים דיני ההגבלים העסקיים, כך שאכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה תידרדר לשרירותיות. וזאת לזכור – גם אם אין במדע הכלכלה מבחנים וכלים לקביעת הוגנות של מחיר, יש במדע הכלכלה כלים לבחון את ההשלכות הכלכליות של שימוש במונח הוגנות בכל הנוגע למחיר. שימוש רחב מדי, בלתי אחיד או בלתי מידתי במונח מחיר בלתי הוגן גבוה, הוא בעל השלכה כלכלית. כפי שיובהר בהמשך, לחידוד זה חשיבות רבה בעיצוב מדיניות אכיפה נכונה והוא מכוון אותנו להתמקד במקרים בהם ניתן לומר ברמה גבוהה של בטחון, כי התועלת הכלכלית של התערבות בדרך של מחיר בלתי הוגן עולה על הנזק.

להלן נביא את העקרונות שלאורם תיבחן נקיטת צעדי אכיפה במקרים בהם עולה חשש לגביית מחיר בלתי הוגן גבוה.

**אכיפת האיסור על מחיר בלתי הוגן גבוה תתבצע רק במקרים המתאימים לכך.** הקשיים בדוקטרינת המחיר הבלתי הוגן הגבוה, המהותיים כמו גם הפרקטיים, אינם מובילים למסקנה השוללת אכיפה נגד מחיר בלתי הוגן גבוה.

התרופות המקובלות בעולם ההגבלים העסקיים לפגיעה ברווחת הצרכן וברווחת המצרפית הן מניעת היווצרותן של מכשלות לתחרות וקידומה של תחרות בשווקים בהם יש תחרות מועטה, זאת, למשל על ידי הסרתם או הנמכתם של חסמי כניסה ומעבר בשווקים אלו. ברם, ייתכן כי יהיו מקרים בהם פעולה בדרכים אלו לא תהיה אפשרית. כאשר לא ניתן לפעול לתיקון מבנה השוק, תבחן הרשות את האפשרות לרפא חלק מהפגיעה על ידי אכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה.

**לאיסור על מחיר בלתי הוגן גבוה חסרונות שיש לתת להם משקל בעיצוב מדיניות האכיפה.** בצד המהותי פיקוח מחירים מצנן תמריצים להשקעה וחדשנות; בצד הפרקטי אכיפת האיסור על מחיר בלתי הוגן גבוה גוזלת משאבים כבירים וסיכויי ההצלחה שלה אינם מהטובים; בצד המוסדי ספק אם רשות התחרות היא הגורם המתאים ביותר לפקח על מחירים, וזאת בהשוואה לוועדת הפיקוח על המחירים לפי חוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, תשנ"ו-1996, כמו גם מאסדרים ענפיים בעלי סמכויות פיקוח על המחיר (כגון תעריפים שונים לעניין חיבור לרשת החשמל ושימוש בחשמל, שנקבעים על ידי רשות החשמל – הרשות לשירותים ציבוריים). אלה הם רק חלק מן החששות העולים משימוש באיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה באופן העלול להזיק יותר מאשר להועיל. לפיכך בצד ההכרה בקיומו של איסור על גביית מחיר הוגן גבוה על ידי בעל מונופול מתחייבת גישה



## טיוטא לשימוע

מרוסנת בכל הנוגע למקרים בהם נכיר בקיומה של הפרה ובכל הנוגע למקרים המצדיקים נקיטת הליכי אכיפה בנוגע להפרה.

**הדין האירופי ומדיניות נציבות התחרות האירופית הם מקור פרשני בעיצוב מדיניות האכיפה.** כאמור, סעיף 29א לחוק נכתב בהשראתו של סעיף 102 לאמנה האירופאית, ועמדת רשות ההגבלים העסקיים היא, כי השיקולים שישקלו ביחס לאכיפה יהיו דומים לאלו המקובלים בעולם. יחד עם זאת, כאשר תשקול הרשות אכיפה ביחס למוצר מסוים שבמונופולין תתחשב הרשות במאפייניו הספציפיים של השוק הנבחן ובין השאר במאפיינים הנובעים מהדינמיקה הייחודית של שוק המוצר בישראל.<sup>29</sup>

**המסקנה המתבקשת היא שאכיפת האיסור על מחיר בלתי הוגן גבוה תיעשה בזירות ומתינות.** כאמור, אכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה מחייבת זהירות והתמקדות במקרים המובהקים בהם התועלת שבאכיפת האיסור תגבר על הנוזק.<sup>30</sup> משכך, הרשות תבסס את אכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה על שני שיקולים מנחים, שמהם ייגזרו אמות מידה קונקרטיות בהמשך:

ראשית, אכיפה כאמור תתמקד בנסיבות בהן הניתוח התחרותי הסטטי בשוק, כפי שייערך על ידי הרשות, יעיד על כך שהגוף המונופוליסטי דומיננטי במיוחד, ואילו הניתוח התחרותי הדינמי יוביל למסקנה כי אין בלחצים תחרותיים טבעיים או בהסרת חסמים כדי לעורר תחרות או לתת מענה להיעדרה של תחרות בשוק הרלוונטי.<sup>31</sup>

שנית, חומרתה הלכאורית של ההפרה תישקל מול ההשפעות השליליות שעלולות להיגרם בשל אכיפת יתר של האיסור. כך, למשל, הרשות תיטה להתערב כאשר המרווח מעל העלויות גבוה במיוחד וכאשר קיימים פערי כוחות ניכרים בין בעל המונופולין לצרכני המוצר או השירות, אך מנגד תיטה להימנע מלהתערב במקרים שבהם ההסתברות לפגיעה בתמריצים חיוביים כתוצאה מאכיפת האיסור גדולה.

<sup>29</sup> המשק הישראלי הוא משק ייחודי. מדובר בכלכלה קטנה וריכוזית, עם מגבלות יבוא, המתנהלת בפועל כמעט ככלכלת אי. מאפיינים אלה של המשק הישראלי העלו את השאלה האם יש להנהיג בישראל מדיניות שונה ביחס לאיסור על גביית מחיר גבוה בלתי הוגן מהמקובל בעולם. מלומדים שונים הגיעו למסקנות סותרות לעניין זה. כך, פרופ' דיויד גילה רואה את מאפייניו הייחודיים של המשק הישראלי כמצדיקים מדיניות תקיפה יותר באכיפה כנגד מחיר גבוה בלתי הוגן, בעוד פרופ' מיכל גל וד"ר הילה נבו גורסות שמאפייניו של המשק הישראלי מצדיקים דווקא להימנע עוד יותר מאכיפת של האיסור, וזאת נוכח החשש מהפחתת התמריצים העומדים הפני יבואנים או שחקנים מקומיים השוקלים כניסה לשוק. ראו: דיויד גילה "מחיר מופרז כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" **עתידי להתפרסם במשפטים התשע"ו** עמ' 8 ומיכל (שיצר) גל והילה נבו "השפעת תורת ההחלטות על עיצוב כללים משפטיים: מחיר בלתי הוגן כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" **משפטים מה** 277, 305-306 (התשע"ה) וכן מיכל (שיצר) גל והילה נבו "מחיר גבוה כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי: סוס טרויאני" **עתידי להתפרסם במשפטים התשע"ז** חלק ג'. רשות ההגבלים העסקיים סבורה, כי אין במאפייניו הייחודיים של המשק הישראלי בכדי לשנות את רשימת השיקולים שישקלו ביחס לאכיפה, אך יתכן שתהיה להם השפעה בבחינה ספציפית של שוק מוצר מסוים.

<sup>30</sup> זוהי גם התפיסה המקובלת בקרב רשויות תחרות הפועלות לאכיפת האיסור על מחיר מופרז וכן עמדתם של מרבית המלומדים העוסקים בתחום. ראו פרק 4 לעיל וחוות דעת Jenny פרקים IV ו II.

<sup>31</sup> להבחנה בין ניתוח סטטי ודינאמי ראו גילוי דעת 1/11: הנחיות לניתוח תחרותי של מיזוגים אופקיים (23.01.2011), **הגבלים עסקיים** 5001710 עמ' 3 לגילוי הדעת.



## טיוטא לשימוע

### 6. שיקולי רשות הגבלים עסקיים באכיפת האיסור על מחיר בלתי הוגן גבוה

מדיניות רשות הגבלים עסקיים ליישום ואכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה תתבסס על העקרונות שהותוו לעיל. על המדיניות לאזן, כמקובל ברשויות תחרות שמחילות איסור זה, בין גורמים ושיקולים שונים, להגשים באופן מיטבי את תכלית חוק ההגבלים העסקיים, להשתלב במערך הפעילות הכולל של הרשות ולייצר וודאות מספקת בשוק.

להלן, יפורטו השיקולים אותם תשקול רשות ההגבלים העסקיים בבואה לבחון, האם לאכוף את האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה על בעל מונופולין. יובהר כי שיקולים אלו יבחנו כקבוצה, מתוך ניסיון לאזן נכונה ביניהם בדרך שתתחם את גבולות האיסור באופן המיטבי. בנסיבות המקרה הספציפי, יתכן כי שיקול אחד יקבל משקל גבוה יותר לעומת שיקול אחר.

#### א. היעדרם של סעדים תחרותיים חליפיים

תפיסת היסוד של דיני ההגבלים העסקיים היא שצעדים מבניים המקדמים תחרות או מונעים פגיעה בה עדיפים על התערבות ישירה במחירים.

היתרון להידרש בראש ובראשונה לפתרון היוצר פוטנציאל תחרותי בשוק, אם קיים, טמון בעיקר בתפיסה לפיה המנגנון התחרותי הוא זה שיביא להקצאת המשאבים היעילה ביותר, ושלא ניתן להגיע לתוצאה דומה באמצעות הכרעה חיצונית בדבר המחיר הראוי.<sup>32</sup>

מעבר לאמור לעיל, פיקוח בדיעבד על מחירי הפירמה המונופוליסטית עשוי לפתור את הפגיעה בציבור בטווח הזמן הקצר אולם אין בו כדי להעניק פתרון ארוך טווח לבעיה השורשית ממנה סובל השוק ובמובן זה הוא משול להתמודדות עם הסימפטומים חלף טיפול במחלה עצמה.<sup>33</sup> גם לאחר שימוש בכלי של מחיר בלתי הוגן גבוה, בעל המונופולין עדיין מחזיק בידיו כוח שוק, המאפשר לו להעלות מחירים בתואנות שונות או לדרדר את איכות השירות והמוצרים הנמכרים בשוק. יש לזכור כי בעל מונופולין יכול לפצות על הפחתת מחיר באמצעות פגיעה באיכות, אך האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה עוסק בסוגיית המחיר בלבד.

לעומת זאת, סעד מבני או שינוי רגולטורי אחר המביאים להנמכת החסמים בשוק עשויים להטיב עם השוק באופן שלא מחייב פיקוח מתמיד ובאופן שיאפשר שינוי מהיסוד של השוק למבנה יעיל יותר.

לפיכך, ככלל, נקיטת צעדים מבניים כגון הסרת חסמים המקשים על כניסה, חסמי התרחבות או חסמי מעבר של לקוחות, או הטלת איסורים התנהגותיים שתכליתם מניעת פגיעה בתחרות ויצירת תהליך תחרותי אשר יטיב עם הצרכנים יהיו בעדיפות ראשונה של הרשות.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> וראו לעניין זה ה"ע 46791-03-14 אל רוב מסחרי ממילא (1993) בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים; הגבלים עסקיים 500730 (4.12.2014) פסי' 74 לפסק הדין.

<sup>33</sup> ראו חוות דעת Jenny עמ' 40-41.

<sup>34</sup> חוות דעת Jenny פרק V.



## טיוטא לשימוע

משכך, כאשר ניתן לקדם את התחרות בשוק, ולהתמודד עם היכולות של הפירמה המונופוליסטית להעלות מחירים בדרך זאת, יש להעדיף פתרון זה על פני התערבות ישירה במחיר. יש לזכור כי גם לעצם ההתערבות במחירים יש השלכות על הדינמיקה של הפעילות בשוק – לכן כאשר תזוהר הרשות התפתחות של תחרות בשוק או כאשר ננקטים צעדים מבניים, שינויים רגולטריים או הוראות אחרות שמטרתן קידום התחרות בשוק, תימנע הרשות מהתערבות על דרך של אכיפת מחיר בלתי הוגן גבוה.<sup>35</sup>

על רקע האמור, גם כאשר בשוק מסוים מתקיימת תחרות מעטה והשוק נשלט על ידי פירמה מונופוליסטית הרשות תיבחן בראשונה, האם ניתן לתקן את המצב בשוק באמצעות יצירת תהליך תחרותי. במקרים אלו תפעל הרשות על מנת למנוע מהפירמה המונופוליסטית לנקוט בפרקטיקות שמטרתן ביצור מעמדה המונופוליסטית ודחיקת מתחרים. בצד זאת, עשויה הרשות לעשות שימוש בסמכותה לתת הוראות לבעל המונופולין במטרה להסיר חסמים ולשפר את המצב התחרותי בו. בנוסף, הרשות יכולה לפעול גם על ידי מתן ייעוץ למשרדי ממשלה בדבר פעולות שמטרתן לשפר את המצב התחרותי בשוק.

### ב. המחיר גבוה באופן משמעותי מהמחיר שהיה צפוי להיקבע בתנאים תחרותיים

צעד הכרחי באכיפת נורמה האוסרת על בעל מונופולין לגבות מחיר בלתי הוגן גבוה, הוא כמובן קביעה כי המחיר שגבה בעל המונופולין הוא מחיר גבוה מזה שהיה נקבע בתנאי תחרות. כבר בגילוי דעת 1/14 הובהר, כי מדובר באתגר מורכב הן מבחינה מתודולוגית והן מבחינה מעשית, ולעניין זה אף חשוב לקבוע מבחן ברור דיו, על מנת שגם בעל המונופולין יוכל לדעת מראש, באופן סביר, שהמחיר שהוא גובה הוא מחיר גבוה, אשר עשויים להינקט בגינו אמצעי אכיפה.

מסמך הרקע לעיון מחדש והספרות המשפטית והכלכלית בתחום עמדו על כך שאף אחד מהמבחנים המקובלים לזיהוי מחיר בלתי הוגן גבוה איננו חף מקשיים. לכן, יש לגבש מסקנה בדבר קיומו של מחיר בלתי הוגן גבוה במקרים בהם מכלול רחב ככל האפשר של אינדיקציות מלמד על קיומם של מחירים גבוהים בלתי הוגנים.<sup>36</sup>

נראה כי המקרים בהם ניתן יהיה לעמוד באתגר זה, יהיו המקרים בהם תעלינה אינדיקציות ברורות לכך שהמחיר הנגבה גבוה באופן משמעותי מהמחיר שהיה נגבה בתנאי תחרות. אינדיקציות אלו יכול שיעלו ממכלול נסיבות העניין, ויכול שילמדו משימוש במבחני העזר המקובלים בעולם ושמפורטים בנספח לגילוי דעת זה. כך, במקרים המתאימים ניתן להשתמש במבחן ההשוואה ולהשוות בין המחיר שגבה בעל המונופולין למחירים שנגבו בעבר עבור אותו מוצר או שירות, או

<sup>35</sup> ראו לעניין זה את מסקנת רשות התחרות הבריטית בעניין Durex, שם נמנעה רשות התחרות מלנקוט צעדים נגד המחיר שנגבה על ידי הפירמה הדומיננטית וזאת על רקע התפתחות התחרות בשוק, ראו: Gunnar Niels, Helen Jenkins, James Kavanagh, Economics For Competition Lawyers 4.10.1 (2011)

<sup>36</sup> מוטה ודה סטריל, עמ' 37-38.



## טיוטא לשימוע

למחירים החשופים ליותר תחרות, כגון המחיר של מוצרים קרובים המיוצרים על ידי בעל המונופולין, מחירי מוצרים מתחרים או המחיר הנגבה בשווקים אחרים בגין מוצר דומה.

כמו כן, אינדיקציות למחיר הגבוה באופן משמעותי מהמחיר שהיה צפוי להיקבע בתנאים תחרותיים יכולות להילמד גם משיעור תשואה חריג לעומת זה הנפוץ בקרב פירמות אחרות המייצרות מוצרים דומים או ממרווח גדול במיוחד בין מחיר המוצר לעלות ייצורו. באשר למבחן העלות, יש לקחת בחשבון כי במציאות, בשונה ממודלים כלכליים בסיסיים ופשטניים, גם בתנאים תחרותיים, נדירים ביותר הם המקרים בהם המחיר מתקרב לעלות הייצור השולית. כמו כן, מאחר שהתבססות על מבחן העלות עשויה לתמרץ את בעלי המונופולין לתמחר את מוצריהם באופן מבוסס עלויות (Cost-Plus), הרשות תימנע, ככלל, מלבסס את מסקנותיה בדבר גובה המחיר על מבחני עלות בלבד. זאת, מאחר ששיטת בחינה זאת של קיומו של מחיר הוגן מעלה קשיים עיוניים רבים ועשויה להשפיע בצורה שלילית, בין השאר, על התמריצים להתייעלות, על התמריצים לחיסכון בעלויות ייצור ועל התמריצים לחדשנות ולנטילת סיכונים בהשקת מוצרים חדשים.

סיכומם של דברים, רשות הגבלים עסקיים תנקוט פעולות אכיפה נגד מחיר בלתי הוגן גבוה רק כאשר יעלו אינדיקציות ברורות לכך שהמחיר אותו גבה בעל מונופולין גבוה באופן משמעותי ביחס למחיר שהיה נגבה בתנאי תחרות. רשות ההגבלים העסקיים סבורה, כי לא קיים שיעור מסוים מעל עלות הייצור שמעליו מחיר ייחשב באופן גורף כגבוה באופן בלתי הוגן.

הרף שמעליו תיתכן החלטה על נקיטת פעולות אכיפה ייקבע ביחס לכל מקרה ומקרה, בהתחשב במאפייני המוצר, הן מצד ההיצע והן מצד הביקוש, וכן במאפייני השוק כגון השקעות, סיכון, נטייה לחדשנות ועוד.

בשלב זה, נדרש לתת את הדעת, בין השאר, לחשש משמעותי המובע בספרות ועל ידי רשויות תחרות בהקשר של אכיפת איסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה, הוא החשש מפני פגיעה בתחרות הדינאמית ובתמריצי פירמות לחדשנות ולהשקעה.<sup>37</sup> תמריצי הפירמה להשקיע במחקר ופיתוח פוחתים כאשר נגדעת אפשרותן ליהנות מפירות ההשקעה. אפקט מצנן זה מתעצם נוכח אי הוודאות והבהירות בהחלת איסור בדיעבד כאשר לפירמה לא ידוע מראש מהו המחיר המקסימלי שמותר לה לגבות.<sup>38</sup> לפיכך, חשש מפגיעה בתמריצים מתעצם בעיקר כאשר המוצר או השירות בעדו נגבה מחיר גבוה משתייך לתחום עתיר סיכון, והרשות תראה בכך שיקול כנגד נקיטת צעדים לאכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה.

לעומת זאת, כאשר בעל המונופולין הגיע למעמדו הודות לנסיבות היסטוריות הנוגעות לאופן תכנון השוק על ידי המדינה או כתוצאה מסביבה רגולטורית אשר מנעה או הכבידה על התפתחותה של

<sup>37</sup> ראו למשל מוטה ודה סטריל, עמ' 17, David S. Evans & A. Jorge Padilla *Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules* CMFI Working Paper No. 0416 (sep. 2004) pp. 3-4. ראה במסמך הרקע של השולחן העגול של ארגון ה-OECD בעמ' 24, 33, עמדת הנציבות האירופית בשולחן העגול עמ' 311 ועמדת דרום אפריקה בשולחן העגול עמ' 371.

<sup>38</sup> ראו מוטה ודה סטריל, עמ' 18.



## טיוטא לשימוע

תחרות או פעילות של בעל המונופולין עצמו שנועדה לדחוק מתחרים ולבצר את מעמדו, החשש מפני פגיעה עתידית בתמריצי פירמות לחדשנות ולהשקעה קטן.

### ג. המחיר הגבוה שנגבה הוא בלתי הוגן

ההחלטה מתי מחיר **גבוה** מהמחיר שהיה נקבע בתנאי תחרות הופך להיות גם **בלתי הוגן** היא הכרעה מורכבת, הכוללת בחובה הכרעה ערכית במהותה בדבר הוגנות המחיר שנגבה מהצרכנים.<sup>39</sup> בשונה מהמקרה של מחיר "טורפני", בו משמשת תכליתו המרכזית של חוק ההגבלים העסקיים, קרי ההגנה על התחרות, ככלי עזר משמעותי בקביעה האם המחיר אינו הוגן, במקרה של מחירים גבוהים התכלית המרכזית של האיסור, מניעת פגיעה בציבור, עמומה יותר, ובהתאם ההכרעה בעניין זה מורכבת יותר. כאמור, הערכה זו אינה יכולה לכוון לתשובה כלכלית, אך עליה לקחת בחשבון את השלכותיה על המשק הנבחנות בכלים כלכליים. הכרעה זאת משלבת בתוכה איזון בין שיקולים של הטווח הקצר לבין שיקולים של הטווח הארוך.<sup>40</sup>

כאשר שאלה זאת תעמוד לפתחה של הרשות, יילקחו בחשבון יחסי הכוחות בין בעל המונופולין לבין הצרכן. ככל שפערי הכוחות בין הצדדים גדולים יותר, כך שלצרכנים לא עומדת אלטרנטיבה אמיתית לרכישת המוצר,<sup>41</sup> תיטה הרשות לראות בגביית מחירים הגבוהים באופן משמעותי מהמחירים שהיו נגבים בתנאי תחרות כפעולה לא הוגנת מצד בעל המונופולין.

בהקשר זה, תביא הרשות בחשבון גם את מעמדו בשוק של בעל המונופולין והנזק הישיר שנגרם לצרכנים. ככלל, נקיטת צעדים בגין גביית מחיר בלתי הוגן גבוה תתבצע כאשר בעל המונופולין, באופן עקבי ולאורך זמן, קרוב לשליטה מוחלטת בשוק.<sup>42</sup> קיומו של מעמד הקרוב לשליטה מוחלטת בשוק, מעצים את הפגיעה בצרכנים נוכח המחיר הגבוה הנגבה מהם והאלטרנטיבות המוגבלות הקיימות עבורם.

כמו כן כאשר עולה חשש שהמחירים הגבוהים הנגבים ע"י הפירמה מונעים היווצרות מוצרים ושירותים חדשים בשווקים משיקים או גורמים לדחיקת מתחרים משווקים משיקים, יהיה גם בכך שיקול מיוחד לטובת התערבות במחיר.<sup>43</sup>

שיקול מרכזי נוסף לעניין זה יהיה הנזק הישיר שנגרם לצרכנים. כאשר המחיר הגבוה נגבה על ידי בעל המונופולין לאורך זמן, ככל שמדובר במוצר המשתייך לקבוצת מוצרים חיוניים בעיני הצרכנים

<sup>39</sup> חוות דעת Jenny, פרק III

<sup>40</sup> ראו: מוטה ודה סטריל, עמ' 19; מיכל (שיצר) גל והילה נבו "השפעת תורת ההחלטות על עיצוב כללים משפטיים: מחיר בלתי הוגן כניצול לרעה של כוחו מונופוליסטי" **משפטים** מ"ה (התשע"ו) 277, 298-299.

<sup>41</sup> כגון מקרים בהם הביקוש למוצר או לשירות קשיח.

<sup>42</sup> ראו למשל אצל מוטה ודה סטריל, עמ' 22-23 וכן במסמך השולחן העגול בעמ' 50 והאסמכתאות שם.

<sup>43</sup> Evans, D.S. and A.J. Padilla (2005), "Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules", Journal of Competition Law and Economics, Vol. 1, No.1, Oxford University Press, Oxford, pp. 97 – 122





## טיוטא לשימוע

הרוכשים את המוצר<sup>44</sup> או כאשר מדובר בתשומה חיונית לכמות גדולה של מצרכים ושירותים אחרים במשק, כך תיטה יותר הרשות לראות בגבייתו כגביית מחיר בלתי הוגן המצדיק נקיטת צעדי אכיפה.

כאשר בחינת השיקולים שלעיל תעלה, כי יתכן שנגבה מחיר בלתי הוגן גבוה, הרשות עשויה לקחת בחשבון גם שיקולים נוספים בטרם קבלת החלטה בדבר אכיפת האיסור, ובכלל זאת:

### א. קיומו של רגולטור ענפי

לצד תפקידה המוסדי של רשות ההגבלים העסקיים כרשות אוכפת ומבצעת האמונה על שמירה על התחרות, קיימים מוסדות ממשלתיים אחרים שתפקידם לפקח על פעילותן של פירמות בעלות נוכחות משמעותית בשווקים שונים. ככל שקיים רגולטור כאמור, אשר מחזיק בידיו כלים ייעודיים לפיקוח על המחיר הנגבה על ידי בעל מונופולין, הרשות תיטה שלא לעשות שימוש בסמכותה לאכוף את האיסור. זאת משום שיתרונה היחסי של הרשות ביחס למאסדר ענפי הוא בהבנה ובניסיון בהקשר של תחרות ולא בפיקוח על המחירים באותו ענף.

יתרה מזאת, כאשר הרגולטור האמור עושה שימוש בכלים אלו ומפקח בפועל על מחיר מסוים, הרשות תימנע באופן מוחלט מלנקוט צעדי אכיפה בגין גביית אותו מחיר. יחד עם זאת, הרשות שומרת לעצמה את האפשרות להביע את עמדתה לעניין זה בפני הרגולטור הרלוונטי.

### ב. שיקולי הקצאת משאבים

ככל פעילות מנהלית תשקול רשות ההגבלים העסקיים בטרם נקיטת צעדי אכיפה שיקולים של הקצאה יעילה של משאבים. בהקשר של מחיר בלתי הוגן גבוה ייעשה הדבר בשים לב להקצאת המשאבים המשמעותית הכרוכה בטיפול במקרים שכאלה.<sup>45</sup>

ככלל הרשות תתמקד בפעילותה האכיפתית במקרים בהם היא תוכל להתגבר על הקשיים הכרוכים בבחינה כזאת, ובפרט, תיטה יותר לאכיפה של מקרים בהם האינדיקציות לכך שהמחיר הנגבה הוא גבוה באופן מובהק מהמחיר שהיה צפוי בתנאי תחרות ולא עולה חשש לפגיעה עתידית בתמריצים בענף.

<sup>44</sup> לעניין זה "מוצר חיוני" ייחשב מוצר שעקומת הביקוש של צרכניו קשיחה וכמות המוצרים שמהווים תחליפים סבירים בעיני הצרכן נמוכה במיוחד.

<sup>45</sup> ראו למשל: Richard Whish COMPETITION LAW (8<sup>th</sup> Ed. 2015) pp.760-761, ארידה והובנקאמפ ¶ 720 וחוות דעת Jenny עמ' 41-42. גם הניסיון שנצבר ברשות, מלמד כי השקעת המשאבים הכרוכה באכיפת האיסור על גביית מחיר גבוה בלתי הוגן היא גדולה, וכי סיכויי ההצלחה של תיקי אכיפה מסוג זה נמוכים יחסית.



## טיוטא לשימוע

### 7. ביטולה של הגנת נמל המבטחים שבגילוי דעת 1/14

הוחלט לבטל את הגנת "נמל המבטחים" שנקבעה בגילוי דעת 1/14, אשר לפיה עמדה לבעל המונופולין הגנה מפני פעולות אכיפה של הרשות כל עוד הפער בין מחיר מוצריו לעלות ייצורם אינו עולה על 20%.

מקורה של הגנת נמל המבטחים ברצון להקנות וודאות ולהטיב את יכולתו של בעל המונופולין לכלכל את צעדיו, אולם הניסיון שנצבר מאז פרסום גילוי הדעת 1/14 והבחינה המחודשת שנערכה ברשות העלו, כי עולים ממנה קשיים מהותיים, כך שנזקה של ההגנה ופגיעתה ברווחת הצרכן בטווח הארוך עולה באופן ניכר על תועלתה:

ראשית, נמל מבטחים, המבוסס על פער של 20% (כמו כל פער אחר שהיה נקבע), הוא שרירותי ואינו מבוסס על בחינה אמפירית או כלכלית אשר הולכה למסקנה כי דווקא מקרים אלו הם המתאימים לאכיפה. הרף חוטא בכך שהוא מתייחס באופן זהה לשווקים שונים ומגוונים מבלי לתת משקל להבדלים הקיימים בין שווקים שונים ובין מוצרים שונים. כך, למשל, בתעשיות עתירות הון וסיכון המאופיינות בהשקעה משמעותית בפיתוח וחדשנות, יתכן כי נדרש פער רווחים גבוה יותר על מנת לתמרץ ייצור מוצרים חדשים אשר פיתוחם כרוך בנטילת סיכונים. מנגד, יתכן כי במקרים אחרים מדובר ברף הגבוה באופן משמעותי משיעור הרווחיות המקובל בענף מסוים. הניתוק המוחלט הקיים בין הרף שנקבע לבין רציונאל כלכלי כלשהו אינו מאפשר לרשות להמשיך ולקיימו.

שנית, מבחינה של הדין בעולם ושל הספרות המקצועית עולה שרף המבוסס על פער בין עלות ייצור המוצר או השירות ומחירו אינו מקובל. מרבית המלומדים ורשויות התחרות מבכרים דווקא קביעת תנאי סף המבוססים על תנאי השוק הרלוונטי, מעמדה של הפירמה המונופוליסטית ונסיבות הגעתה למעמד זה.<sup>46</sup> נמל מבטחים אשר מבוסס על פער בין עלות למחיר בלבד לא יכול להוות אינדיקציה מספקת לחוקיות ולכך שלא מתקיים רציונל לאכיפה, עניין המחייב בחינה מעמיקה יותר של נסיבות המקרה.

שלישית, קביעת נמל מבטחים מכוח מבחן העלות-מחיר, מעניקה הלכה למעשה את הבכורה בבחינת קיומו של מחיר בלתי הוגן גבוה למבחן אחד. מבחן זה עשוי להסיט פירמות במשק לתמחר את מוצריהן באופן מבוסס עלויות (Cost Plus). מסמך הרקע לעיון מחדש עמד על הקשיים השונים שבשיטת תמחור זו ועל כך שהיא עשויה להשפיע באופן שלילי על נקיטת תמריצים ליעילות וחדשנות, ולפגיעה, בסופו של יום, ברווחת הצרכן. לכן, בהקשר של בחינת ההוגנות של המחיר הנגבה על ידי בעל המונופולין יש להעריך את האינדיקציות העולות מהפעלת מגוון מבחנים

<sup>46</sup> ראו אצל מוטה ודה סטריל, עמ' 21-22, in C-D. Ehlermann and M. Marquis (eds.), *European Competition Law Annual: 2007 – A Reformed Approach to Article 82 EC*, Evans, D.S. and A.J. Padilla (2005), Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, pp. 525-532. "Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules", *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 1, No.1, Oxford University Press, Oxford, pp. 97 – 122. OECD עמ' 48-52.



## טיוטא לשימוע

ומתודולוגיות שהוכרו בפסיקה מבלי להעניק מעמד בכורה למבחן העלויות. גם נציבות התחרות האירופית ציינה בעניין Port of Helsingborg כי אין להסתמך על מבחן העלות-מחיר כמבחן יחיד וכי פער בין מחיר המוצר לעלות אינו מוביל בהכרח למסקנה בנוגע לאי ההוגנות של המחיר שנגבה.<sup>47</sup>

רביעית, בעוד שגילוי הדעת קבע במפורש כי נמל המבטחים כשמו כן הוא, והוא לא מיועד לקבוע את הרף שמעליו יראו מחיר כמופרז, עלה חשש כי הגנת נמל המבטחים תהפוך (ואולי אף הפכה כבר) לרף הנורמטיבי המחייב בנוגע לחוקיות התמחור של בעל מונופולין. הדבר אמור הן לגבי פעילות העסקית של בעלי מונופולין והן לגבי, צרכנים ותובעים פרטיים כאחד. מדובר בעמדה שאין לה בסיס כלכלי או השוואתי כלשהו והרשות מתנגדת לה.

### 8. צעדי האכיפה שתנקוט הממונה כנגד גביית מחיר בלתי הוגן גבוה

חוק ההגבלים העסקיים מקנה לממונה סמכות לנקוט כנגד בעל מונופולין הגובה מחיר בלתי הוגן גבוה צעדי אכיפה מינהליים (כגון עיצום כספי לפי סעיף 50ד(א)(3)) וכן מאפשר נקיטה בצעדי אכיפה פליליים כנגדו (סעיף 47(א)(4) לחוק), והכל בתנאים המפורטים בחוק. בהתאם להודעת הממונה על פי סמכותו בסעיף 50ד(א)(3) לחוק ההגבלים העסקיים בדבר סוג המעשים והמחדלים לענין עיצום כספי לפי החוק,<sup>48</sup> גביית מחיר בלתי הוגן גבוה על ידי בעל מונופולין תהווה עילה להטלת עיצום כספי על ידי הממונה. כמו כן, בהתאם לגילוי דעת 1/12: **הנחיות רשות ההגבלים העסקיים בדבר השימוש בהליכי אכיפה של עיצומים כספיים**,<sup>49</sup> העיצום הכספי יהיה כלי האכיפה המרכזי בעניין ניצול מעמד לרעה בניגוד להוראות סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים. בשים לב לאמור לעיל, אמצעי האכיפה בו ינקוט הממונה כנגד גביית מחיר בלתי הוגן גבוה יהיה הטלת עיצום כספי על בעל המונופולין, ורשות ההגבלים העסקיים לא תפעיל סמכויות אכיפה פליליות כנגד גביית מחיר בלתי הוגן גבוה.

### 9. סיכום

דוקטרינת המחיר הבלתי הוגן הגבוה מבקשת למנוע פגיעה בציבור שתיגרם על ידי הקצאה בלתי יעילה של מצרכים ושירותים, הנובעת מניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי בשוק על מנת לגבות מחירים בלתי הוגנים גבוהים. כמו כן נועדה הדוקטרינה למנוע ניצולו של הצרכן על ידי גביית מחירים בלתי הוגנים.

<sup>47</sup> ראו Commission Decision of 23 July 2004, Case 36.570 *Sundbusserne v. Port of Helsingborg*, and Commission Decision of July 23 2004, Case 36.568 *Scandlines v. Port of Helsingborg* pp. 228-233 וכן

אצל מוטה ודה סטריל עמ' 38.

<sup>48</sup> י"פ 506, 6487.

<sup>49</sup> 2012 הגבלים עסקיים 5001998.



### טיוטא לשימוע

מאז פרסום גילוי דעת 1/14 התפתח דיון ציבורי רחב בנוגע להיבטים רבים של האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה. לאחר תהליך בחינה ושיתוף הציבור, הוחלט ברשות להעמיד גילוי דעת אשר יחליף את גילוי דעת 1/14. הרשות סבורה כי המדיניות המופיעה בעמדה זאת תואמת יותר את החשיבה המקובלת בתחום ההגבלים העסקיים, ואת לקחי אכיפת האיסור בעולם ותסייע למקד את מאמצי האכיפה של הרשות במקרים שבהם נכון לפעול כנגד מחיר בלתי הוגן גבוה – הן מבחינת תכלית דיני ההגבלים העסקיים וליבת פעילותה של הרשות, הן מהיבט הניצול היעיל של משאבי הרשות והן באופן שימזער את החשש מפני פגיעה בתמריצי חדשנות והתייעלות, ובסופו של יום – ברווחת הצרכן.

טיוטא לשימוע



## טיוטא לשימוע

### נספח – מבחני עזר לזיהוי מחיר בלתי הוגן גבוה

להלן נעמוד על שלוש המתודולוגיות המקובלות לזיהוי מחיר בלתי הוגן גבוה ואופן יישומן על מקרה שיובא בעתיד בפני רשות ההגבלים העסקיים. ככלל, הרשות תעדיף לבחון במקרה נתון את המסקנה העולה מיישומה של כל אחת מן המתודולוגיות הללו לצורך קביעה בדבר גביית מחיר בלתי הוגן גבוה, ככל שניתן לעשות כן בנסיבות המקרה. כאמור בגילוי הדעת, המקרים המתאימים להפעלת סמכויות אכיפה יהיו המקרים בהם תעלינה אינדיקציות ברורות לכך שהמחיר הנגבה גבוה באופן משמעותי מהמחיר שהיה נגבה בתנאי תחרות. אינדיקציות אלו יכול שיעלו ממכלול נסיבות העניין, ויכול שילמדו משימוש במבחני העזר.

#### **א. בחינת הפער בין מחיר המוצר לעלות הייצור**

השוואה בין מחיר המוצר לעלות ייצורו הוכרה על ידי בתי משפט ורשויות תחרות בעולם כאחד מהמבחנים המקובלים לזיהוי מחיר בלתי הוגן גבוה. מבחן זה מודד את הרנטה המונופוליסטית באמצעות השוואה בין העלויות הרלוונטיות של בעל המונופולין בייצור המוצר לבין המחיר שגבה בגינו. השימוש במבחן זה נעשה מתוך הנחה כי קיים גבול נורמטיבי לרנטה המונופוליסטית שבעל המונופולין רשאי להפיק על חשבון לקוחותיו.

על מנת ליישם מבחן זה, נדרש לקבוע תחילה מהן העלויות שיובאו בחשבון בחישוב עלות ייצור המוצר שמחירו נבחן. בנוסף, יש לקבוע האם יובאו בחשבון עלויותיה של החברה הנבחנת או שמא עלויותיה של חברה שיש לה רמת יעילות נורמטיבית כלשהי (במקרה שהחברה הנבחנת בעלת עלויות ייצור רלוונטיות הגבוהות משמעותית מיעילות נורמטיבית זו).

לצורך חישוב עלות הייצור מקובל לעשות שימוש בעלות הממוצעת המצטברת לטווח הארוך (Long Run Average Incremental Cost; LRAIC) המהווה את סך העלויות הנדרשות לשם כניסה לשוק ואספקת המוצר או השירות, מחולקות בסך התפוקה. זוהי למעשה עלות החדירה לשוק של החברה עד לאספקת המוצר או השירות הנבחן. בחישוב זה יש להעניק משקל הן לעלויות קבועות<sup>50</sup> והן לעלויות משתנות<sup>51</sup> של בעל המונופולין ובשני המקרים מדובר בעלויות הרלוונטיות למוצר או שירות מסוים.

העלויות אותן יש להביא בחשבון ייקבעו בכפוף למתבקש מנסיבותיו הפרטניות של המקרה שיובא בפני הממונה. כאשר נבחנת הוגנות מחירו של חומר גלם, מוצר ביניים או שירות ביניים, הנרכש על ידי פירמות המוכרות את מוצריהן הלאה, יושם משקל משמעותי על ההשפעה המסתברת של המחיר

<sup>50</sup> כגון מכונות, מחשבים, רכבים, מבנים וכדומה.

<sup>51</sup> מבלי למצות את הדברים מדובר בחומרי גלם וחומרי אריזה; שכר עבודה ישיר בייצור והפצה; ירידת ערך הנכס הדרוש לייצור המוצר (פחת) וביטוח קווי ייצור; עלויות אנרגיה הנדרשות לייצור המוצר והפצתו; מיסים עירוניים; עלויות הפצה ומכירות.



## טיוטא לשימוע

הבלתי הוגן הגבוה על הצרכן הסופי של המוצר. הרשות אינה רואה לנכון לקבוע רשימה סגורה של עלויות אשר רק הן יילקחו בחשבון בחישוב עלות ייצורו של מוצר.

באשר לשאלת זהותו של הגורם אשר עלויותיו ישמשו בסיס לתחשיב, נשמעה הדעה כי יש להתחשב בעלויותיה של פירמה יעילה או הפירמה היעילה ביותר בשוק, ולא בעלויותיה של הפירמה הנבחרת.<sup>52</sup> זאת על מנת למנוע ניפוח עלויות מלאכותי מצד הפירמה הנבחרת (אשר יביא לקביעת מחיר גבוה יותר כמחיר שייתפס כאסור) ובכדי שלא לפגוע בתמריצים להתייעלות.<sup>53</sup> מחד גיסא, התחשבות בעלויותיה של הפירמה הנבחרת אכן עשויה לעודד חוסר יעילות או להעניק תגמול בלתי רצוי לחוסר יעילות, שכן הפירמה עשויה להימנע מהתייעלות מתוך הנחה כי התייעלות תגרום להפחתת המחיר שמותר לה לגבות על פי חוק. מאידך גיסא, התחשבות בעלויותיה של פירמה יעילה שאינה הפירמה הנבחרת עשויה לפגוע ללא הצדקה בפירמה דומיננטית שאינה היעילה ביותר בשוק, על ידי הנמכת רף המחיר שהיא רשאית לגבות וחשיפתה לסנקציות בגין כך.<sup>54</sup>

היתרון בהסתמכות על עלויות החברה הנבחרת הוא בכך מבחן זה נסמך על נתונים, שעל פי רוב נמצאים, במידה זו או אחרת, ברשותו של בעל המונופולין, כך שיש בו כדי להקנות לבעל המונופולין מידה מסוימת של וודאות בנוגע לשאלה מהו שיעור הפער בין עלויותיו לבין המחיר הנגבה על ידו. לעומת זאת, מכיוון שמידת יעילותן של פירמות אחרות בשוק בדרך כלל אינה ידועה לפירמה הדומיננטית, בחינת המחיר שגובה הפירמה על פי אמת מידה זו תפחית ממידת הוודאות המוקנית לפירמה.

לאחר שקילת שיקולים אלו, הרשות בוחרת לבחון את הפער בין מחיר המוצר לעלות ייצורו על פי עלויותיו הרלוונטיות של בעל המונופולין הנבחר. זאת, בכפוף להיותן של עלויות אלו עלויות סבירות אשר יצרן או ספק מן הסוג עליו נמנה המונופולין היה נושא בהן, ובכפוף להיותה של שיטת הדיווח וחישוב העלויות של בעל המונופולין עומדת בסטנדרטים מקובלים של דיווח. ככל שיימצא כי עלויותיו של בעל המונופולין הן עלויות חריגות ובלתי מוצדקות, יבוצעו ההתאמות הנדרשות. כך למשל, עלויות שכר חריגות, העולות באופן בלתי סביר על השכר המקובל בתחום בו פועל בעל המונופולין, לא יובאו בחשבון בהערכת עלות הייצור. כאשר עלויות הייצור נחלקות בין מספר גורמים המהווים ישות כלכלית מהותית אחת ופועלים על בסיס אינטרס כלכלי משותף יובאו בחשבון כלל העלויות הרלוונטיות בהן נשאו גורמים אלו בגין המוצר שבמונופולין.

<sup>52</sup> Maier-Rigaud, F.P. (2011). "Excessive Prices". *OECD Best Practice Roundtables in Competition Policy*

<sup>53</sup> O'Donoghue, R. and Padilla, J (2013), "Excessive Pricing" in: *The Law and Economics of Article 102*  
Lind, R. and M. Walker (2004), "The (Mis)use of profitability וכן, TFEU, pp. 751, Hart Publishing  
analysis in competition law cases", *European Competition Law Review*, Vol.25, No.7, pp. 439-446;  
Williams, M. (2007), "Excessive Pricing", in: Swedish Competition Authority (ed.), *The Pros and Cons of High Prices*, p 128-153

<sup>54</sup> Maier-Rigaud, F.P. (2011). "Excessive Prices". *OECD Best Practice Roundtables in Competition Policy*





## טיוטא לשימוע

### ב. ניתוח רווחיות

המתודולוגיה השניה המשמשת כאינדיקציה לזיהוי מחיר בלתי הוגן גבוה מבוססת על ניתוח רווחיותה של החברה. לשם ביצוע ניתוח שכזה נדרשים למעשה שני מדדים: הראשון, ישמש כמדד ייחוס והשני, ייצג את רווחיות החברה בפועל, כאשר שני המדדים מתייחסים לאותה נקודת זמן. ממצא המראה כי המדד המייצג את רווחיות החברה בפועל גבוה באופן עקבי ומשמעותי ממדד הייחוס, עשוי להוות אינדיקציה משמעותית לקיומו של מחיר בלתי הוגן גבוה. חלק זה יפרט כמה מהמדדים המקובלים בספרות אשר זכו להתייחסות גם בכתיבתן של רשויות תחרות אחרות בעולם. יודגש, כי אין בפירוט מדדי הרווחיות שייסקרו להלן כדי לחייב את רשות ההגבלים העסקיים לאמץ מדדים אלו בבואה לבחון רווחיותה של חברה לשם אכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה. בחינת רווחיותו של בעל מונופולין תעשה על ידי הרשות בהתאם לנסיבותיו הפרטניות של בעל המונופולין מושא הבדיקה, נסיבות השוק הרלוונטי ונסיבות אחרות הרלוונטיות לניתוח המקרה המונח לפתחה של הרשות.

כמדד ייחוס בניתוח רווחיותה של חברה מקובל להשתמש בעלות ההון המשוקללת של החברה או הסקטור בו היא פעילה (WACC). מדד זה מייצג את תפיסת השוק לגבי רמת הסיכון בענף בו פועלת החברה ומודד למעשה את התשואה הנדרשת על ידי המשקיעים עבור השקעה בחברה. מדד ייחוס זה משקלל את עלויות הגורמים השונים הדרושים למימון נכסי החברה. גורמים אלו כוללים בעיקר את ההון העצמי (equity) והחוב שמגייסת החברה.<sup>55</sup>

למדד הייחוס יושוו מדדים הנסמכים על ביצועי החברה, כפי שהם משתקפים בדוחותיה הכספיים. שני סוגי מדדים מקובלים לעניין זה הינם ROCE המייצג את שיעור התשואה שמייצרים נכסי החברה ומחושב על ידי חלוקת רווחי החברה ללא הוצאות מימון בסך ההון הפעיל בנקודת זמן מסוימת,<sup>56</sup> IRR או TIRR שהם שיעורי תשואה אשר מביאים את סכום תזרימי המזומנים הצפויים כתוצאה מפעילות החברה בעתיד, מהווים לנקודת הזמן הרלוונטית, לאפס.<sup>57</sup> במילים אחרות, מדדים אלו מחשבים מה צריכה להיות הריבית או התשואה האלטרנטיבית המינימלית לחסכון שהיינו מעדיפים לקבל במקום לבצע את הפעילות הנדונה.

<sup>55</sup> Maier-Rigaud, F.P. (2011). "Excessive Prices". *OECD Best Practice Roundtables in Competition*

*Policy*  
<sup>56</sup> שם

<sup>57</sup> ראו מסמך ניתוח הרווחיות שבו נעשה שימוש על ידי רשות התחרות הבריטית:

*Assessing Profitability in Competition Policy Analysis*, Economic Discussion Paper 6, July 2003, prepared for the Office of Fair Trading by Oxera



## טיוטא לשימוע

סוגי המדדים נבדלים זה מזה במתודולוגית החישוב. מדד ROCE מחושב על פי נתוני ערך בספרי החברה, ולפיכך רגיש יותר לכללי החשבונאות.<sup>58</sup> מדדי IRR ו-TIRR משתמשים בתזרימים עתידיים צפויים, אולם לשם חישובם יש צורך להעריך את הערך הכלכלי של נכסים בלתי מוחשיים על בסיס מודל, וסביר כי יהיה טווח רחב של אי-הסכמה לגבי ערכם.

על אף שחישוב רווחיות באמצעות השוואת עלות ההון לשיעור התשואה הינה שיטה מקובלת, ואף מועדפת, בבחינת רווחיות של סקטורים וחברות, לשיטה זו חסרון מובנה בהקשר של בחינת תמחור בלתי הוגן גבוה ביחס למוצר או שירות ספציפי. ככל שהפירמה מייצרת מגוון מוצרים, שהמוצר הנבחן הוא רק אחד מהם, הרי שעלות ההון, המחושבת ברמת הפירמה או הסקטור כולו (לשם השוואה), אינה מתייחסת למוצר הבודד. השוואתה לתשואה על הנכסים הקשורים למוצר או שירות מסויים בלבד כרוך בבעייתיות מתודולוגית ויישומית.<sup>59</sup>

### ג. מבחן ההשוואה

השוואת המחיר שגובה בעל המונופולין למחיר מוצרים מתחרים, למחיר הנגבה מאת לקוחות שונים או למחיר מוצר דומה בשוק גאוגרפי אחר הוכרה, כאמור, בפסיקת בית המשפט העליון וכן בדיון האירופי כאינדיקציה המסייעת בזיהוי מחיר בלתי הוגן גבוה. כמו כן, ניתן להשוות בין המחיר הנגבה בתקופה הנבחנת למחיר שנגבה לפני או אחרי התקופה הנבחנת.<sup>60</sup> הנתון העומד בבסיס ההשוואה אינו בהכרח המחיר שגובה בעל המונופולין, אלא יכול להיות למשל רווחיותו של בעל המונופולין. כך, ניתן להשוות את רווחיותו של המונופול לזו של פירמות אחרות או של המונופול עצמו בשווקים או בזמנים אחרים.

יודגש, כי אין ביישומו של מבחן ההשוואה במקרה מסויים כדי להוות קביעה בדבר היותו של מחיר המוצר אליו נשווה את מחיר המוצר שבמונופולין משום מחיר תחרותי; אלא שחריגה בלתי סבירה ממחיר זה עדיין יכולה להעיד על חוסר ההוגנות שבמחיר שגובה בעל המונופולין.

על מנת שניתן יהיה להסתמך על המסקנה העולה מהשוואת המחיר שגבה בעל מונופולין (או רכיב מסוים במחיר זה) למחיר אחר, יש לוודא כי קיים בסיס רלוונטי להשוואה. בהשוואה למחירי מתחרים מתקיימת סתירה פנימית: אם המתחרים באמת משווקים מוצרים תחליפיים למוצר אשר נטען כי הוא מתומחר באופן בלתי הוגן, לא ברור מדוע הצרכנים אינם קונים מהמתחרה הזול יותר.

<sup>58</sup> Lind, R. and M. Walker (2004), "The (Mis)use of profitability analysis in competition law cases", *European Competition Law Review*, Vol.25, No.7, pp. 439-446.

<sup>59</sup> Lind, R. and M. Walker (2004), "The (Mis)use of profitability analysis in competition law cases", *European Competition Law Review*, Vol.25, No.7, pp. 439-446.

<sup>60</sup> Maier-Rigaud, F.P. (2011). "Excessive Prices". *OECD Best Practice Roundtables in Competition Policy*



### טיוטא לשימוע

מנגד, אם המוצרים המתחרים אינם תחליפיים, כנראה שהשוואה לא אינפורמטיבית.<sup>61</sup> בהשוואה גיאוגרפית, רמת העלויות הקבועות ועצימות ההון צפויות להיות דומות באותה תעשייה בשווקים גאוגרפיים שונים, ואף במדינות שונות (כל עוד עלות תשומות הייצור לא שונה מאוד), ולכן השוואת המחירים צפויה להיות רלוונטית יותר.<sup>62</sup>

מובן כי לעיתים רחוקות יהיו התנאים השוררים בשוק המהווה בסיס להשוואה זהים לחלוטין לאלו השוררים בשוק בו פועל בעל המונופולין באמצעות המוצר שבמונופולין. לפיכך, ההבדלים הרלוונטים בין שני צידי המשוואה יובאו בחשבון על ידי רשות ההגבלים העסקיים וככל שיהיה צורך בכך, יבוצעו ההתאמות הנדרשות.

טיוטא

<sup>61</sup> Williams, M. (2007), "Excessive Pricing", in: Swedish Competition Authority (ed.), *The Pros and Cons of High Prices*, p 128-153

<sup>62</sup> עם זאת, שיטה זו אינה תקפה בתעשיות עתירות בתשומות עבודה, משום שלא זו השפעה קריטית על השונות בעלויות. בנוסף, מתעוררים קשיים בהשוואה כאשר סלי המוצרים צרכנים רוכשים בשתי מדינות שונים זה מזה, בפרט ביחס לתקפות ההשוואה כאשר יש הבדלים בהעדפות צרכנים בין המדינות. כמו כן, קיימים גם קשיים טכניים בהשוואה בינלאומית: שערי חליפין מאקרו אינם תמיד שערי החליפין המתאימים, ובכל מקרה נמדדים בנקודת זמן מסוימת ולא על פני זמן. באופן דומה, משטרי מס שונים עלולים ליצור הטיה בתוצאות.