



## **מסמך רקע לעיון מחדש בגילוי דעת 1/14 – האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי**

### **בעל מונופולין**

ב-9 באפריל 2014 פרסם הממונה על הגבלים עסקיים גילוי דעת בדבר האיסור על גביית מחיר מופרז בידי בעל מונופולין ("גילוי הדעת").<sup>1</sup>

מאז פרסום גילוי הדעת התפתח דיון ציבורי, הן בנוגע לשאלה, האם גביית מחיר מופרז צריכה להיחשב הפרה של החובות המוטלים על בעל מונופולין, והן באשר לתוכנו של גילוי הדעת עצמו, המבחנים שנקבעו בו לגביית מחיר מופרז וכלל "נמל המבטחים" הקבוע בתוכו. כמו כן, מעת פרסום גילוי הדעת הושקעו ברשות הגבלים העסקיים ("הרשות") משאבים משמעותיים לצורך יישום, אולם המאמצים שהושקעו על ידי הרשות נתקלו בקשיים לא מעטים ובסופו של יום, חרף המאמצים שהושקעו לא ננקטו צעדי אכיפה. לאור הדברים הללו מוצאת הרשות לנכון להעמיד את גילוי הדעת לעיון מחדש ולשימוע ציבורי מחדש.

לאחרונה ניתנה על ידי בית המשפט המחוזי מחוז מרכז החלטה העוסקת בגביית מחיר מופרז. ההחלטה, אשר אישרה את התובענה הייצוגית שהוגשה כנגד תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ בגין תמחור מופרז של גבינת הקוטג' כתובענה ייצוגית, סוקרת חלק מן השאלות שהתעוררו בעקבות פרסום גילוי הדעת. (ראו ת"צ (מחוזי מרכז) 46010-07-11 נאור נ' תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 5.4.2016)) ("ההחלטה בתובענה הייצוגית"). העמדת גילוי הדעת לעיון ושימוע מחדשים אינה באה לחתור תחת פיתוח הדין על ידי בתי משפט במסגרת של הליכי התדיינות פרטיים ובכלל זה תובענות ייצוגיות המוגשות בנושאים אלה. גילוי הדעת עוסק במדיניות האכיפה של הרשות והאופן שבו היא אמורה לפרש את הדין.

בנייר זה נבקש לפרט כמה מהשאלות העקרוניות שהתעוררו בקשר עם גילוי הדעת, ובכלל זה גם כמה מהקשיים העקרוניים והפרקטיים בהם נתקלה הרשות בקשר עם יישום גילוי הדעת.

1. אין חולק, כי אחד מהנזקים שעשויים להיגרם כתוצאה מהיווצרותו של מונופול הוא עלייה במחירים אותם גובה בעל המונופולין. אולם, בצד ההכרה בפגיעה זו, השאלה העקרונית – האם גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין צריכה להיחשב הפרה של חוק ההגבלים העסקיים – שנויה במחלוקת והפסיקה בישראל לגביה מועטה.<sup>2</sup> התייחסות דינים זרים לשאלה זאת משתנה ואינה אחידה. סקירה רחבה של נושאים אלה מצויה בהחלטה בתובענה הייצוגית. בגילוי הדעת הובעה העמדה, כי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 מחיל איסור על גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין, וכי על הרשות לאכוף איסור זה בדרך של הטלת עיצום כספי על בעל המונופולין.

<sup>1</sup> גילוי דעת 1/14 : האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין (9.4.2014) הגבלים עסקיים 500603.

<sup>2</sup> פסק הדין היחיד של בית המשפט העליון הבוחן את הסוגיה הוא רע"א 2616/03 ישראל כרס בע"מ נ' רייס, פ"ד (נט) 701 (2005) בו נדונה בקשה לאישור תובענה ייצוגית בעילה של גביית מחיר מופרז. בית המשפט דחה את הבקשה מבלי להכריע בשאלה האם סעיף 29 לחוק ההגבלים העסקיים אכן אוסר על גביית מחיר מופרז. כאמור, לאחרונה ניתנה ההחלטה בתובענה הייצוגית המכירה באיסור על גביית מחיר מופרז גבוה על ידי בעל מונופולין כהפרה של סעיף סי' 29 לחוק.

לעומת זאת, ישנם הסבורים, כי על דיני ההגבלים העסקיים להתמקד במבנה השוק וביצירת תנאים לתחרות וכי לא ראוי להחיל איסור על עצם גבייתו של מחיר מופרז.

2. במקרים מסוימים, פיקוח על מחירים עשוי להיות כלי להתמודדות עם יכולת לגבות מחירים מופרזים. הצורך בהפעלת כלי זה במקרים המתאימים, הוכר זה מכבר במקומותינו. בפועל חברות שונות במדינת ישראל נתונות במשטר של פיקוח מחירים המורה להן את המחיר המקסימאלי שהן רשאיות לגבות בגין הטובין שלהן. יעילותו של הפיקוח על המחירים שנויה במחלוקת, אך אין כמעט חולק כי ישנם מצבים שבהם פיקוח יעיל על מחירים הוא חיוני. פיקוח מחירים מושת באופן נקודתי, בדרך כלל על מוצרים המתאפיינים בהיותם מוצרי בסיס. כמו כן פיקוח על מחירים נקבע מראש, באופן שמאפשר לחברות הרלוונטיות לכלכל את צעדיהן מבלי להפר את הדין. לעומת זאת, האיסור כנגד מחיר מופרז מוחל באופן גורף על כל בעל מונופולין, מבלי לייחס חשיבות לסוג המוצר המדובר, ואכיפת האיסור מתבצעת בדיעבד, לאחר שהחברה גבתה את המחיר שנתפס כמחיר מופרז.

3. החלה גורפת של נורמת מחיר מופרז על מוצרים רבים במשק, ביחד עם העובדה שהמתודולוגיה העיקרית לזיהוי של מחיר מופרז היא באמצעות מבחן שמתמקד בפער בין עלות המוצר למחירו, מתמרצת את בעלי המונופולין לתמחר את מוצריהם באופן מבוסס עלויות (Cost-Plus). שיטת תמחור כזאת מעלה קשיים עיוניים רבים ועשויה להשפיע בצורה שלילית, בין השאר, על התמריצים להתייעלות ולחיסכון בעלויות ייצור ועל התמריצים לחדשנות ולנטילת סיכונים בהשקת מוצרים חדשים.

4. כמו כן, מאחר שעילת המחיר המופרז אינה מבוססת על הרציונל של מניעת פגיעה בתחרות אלא על רציונל של צמצום תוצאות הפגיעה בתחרות, ומאחר שאכיפת הנורמה הקובעת מהו מחיר מופרז מתבצעת בדיעבד, נשאלת השאלה האם מדובר בנורמה בהירה וודאית דיה. שאלה זאת רלוונטית גם לפירמות עצמן וליכולתן לכלכל את צעדיהן מראש וגם למדיניות האכיפה של הרשות, אשר צריכה להכריע מהו מחיר מופרז אשר מפר את הדין. הניסיון שנצבר ברשות מאז פרסום גילוי הדעת מלמד, כי הצורך של המשק בוודאות הפך, במקרים רבים, את הגנת "נמל המבטחים" שנקבעה בגילוי הדעת מ"טענת הגנה" לנורמה המחייבת. זאת, למרות שגילוי הדעת הבהיר שחריגה מהרף האמור אינה מהווה, כשלעצמה, הפרה של חוק ההגבלים העסקיים, ושבמקרים מסוימים היצמדות גורפת לקו גבול של 20% עלולה לפגוע בציבור, בין השאר בשל הפחתת התמריץ להשקעות מקדמות רווחה ולחדשנות.

5. הניסיון שנצבר ברשות מצביע על מספר קשיים ביישום הכללים שהוצגו בגילוי הדעת לצורך זיהוי מחיר מופרז, כדלהלן:

א. בחינת הפער בין מחיר המוצר לעלות הייצור: איתור הפער שבין העלות למחיר מחייב ניתוח עלויות שבבסיסו בחינה חשבונאית וכלכלית מורכבת. ניתוח כזה מחייב הכרעה ביחס לעלויות שתיכללנה בעלות הייצור המוכרת וכן הקצאת עלויות בין המוצר שעלותו נבחנת לבין מוצרים אחרים. מדובר בבדיקה המחייבת השקעת משאבים ניכרת, ושבצועה לא מצוי בליבה המקצועית של רשות האמונה על מניעת פגיעה בתחרות. טלו לדוגמה מפעל המייצר מוצרים מסוגים שונים, אשר בחלקם הוא מהווה בעל מונופולין ובחלקם הוא ניצב בפני תחרות משמעותית ונתחי השוק שלו אינם משמעותיים. על מנת לנתח את עלויות הייצור של מוצר שמצוי במונופול יש לבחון כיצד להקצות את עלויות הייצור של התאגיד, לדוגמה כמה

מהעובדים העובדים על פס הייצור משקיעים את עבודתם בייצור המוצר הספציפי שבמונופול, אילו מעלויות החשמל יש לייחס לייצור המוצר הספציפי וכיו"ב. כמו כן, חלק ניכר מתוצאתה של בחינה זו תלויה בהחלטה חשבונאית, בעלת מרכיב משמעותי של שיקול דעת, בדבר אופן ההקצאה של עלויות הנהלה, עלויות הפצה ועלויות כלליות על פני המוצרים השונים (כגון, על פי הכנסות, על פי כמויות מיוצרות בפועל וכיו"ב).

ב. ניתוח רווחיות: כפי שצוין בגילוי הדעת, יישום כלל זה דורש חישוב של מדדי ייחוס לצורך ניתוח רווחיותה של חברה (WACC, ROCE ו-TIRR). מדובר במבחנים שהשימוש הנהוג בהם הוא ביחס לכלל פעילות החברה. במהלך הבחינה שנערכה ברשות עלה חשש ממשי לגבי ההיתכנות ליישום מדדים אלו על מוצר ספציפי (או אפילו מגזר פעילות) ולהערכת הרווחיות העודפת לגביו בדרך זו. בנוסף, מבחנים אלו הם דו-שלביים, ובשלב השני נדרש להשוות את המדדים שהתקבלו עבור החברה הנבחנת למדדי רווחיות של חברות אחרות בענף או בעולם. כפי שלא סביר שהמדד יהיה קיים מן המוכן עבור המוצר של החברה הנבחנת, כך לא סביר שיהיה קיים גם עבור קבוצת ההשוואה, קל וחומר כשמדובר על חברות בינלאומיות. כלומר, מדדי הרווחיות ניתנים יהיו ליישום, על פי רוב, רק במקרה הנדיר בו המוצר שבמונופולין מיוצר, גם בארץ וגם בעולם, על ידי חברות שזהו כל עיסוקן.

ג. מבחן ההשוואה: הגם שמדובר במבחן חשוב לצורך יישום הדוקטרינה, בפועל היכולת להשתמש בו בצורה אפקטיבית שמורה אף היא למקרים מועטים בלבד. כך, השוואת מחיר המוצר הנבחן מול מחיר מוצר דומה בשווקים גיאוגרפיים אחרים בעייתית בדרך כלל נוכח ההבדלים בתנאים השוררים בהם, כגון מיסוי, רגולציה, עלות תשומות, מחירי העברה שונים ועוד. גם בעת עריכת השוואה בשוק גיאוגרפי אחד מבחן ההשוואה אינו צפוי לסייע בדרך כלל באיתור מחיר מופרז. לחברות שונות עשוי להיות מבנה עלויות שונה, מגוון הפעילויות בו הן עוסקות שונה, השקעותיהן בפרסום ומיתוג משתנה וכיו"ב. כמו כן, מוצרים דומים מתומחרים פעמים רבות בשים לב למחיר שנקבע על ידי בעל המונופולין ועל כן אינם יכולים לשמש נקודת ייחוס. ההשוואה הרלוונטית ביותר עשויה להיות השוואה של מוצר אחד של חברה אחת לאורך פרקי זמן שונים או במכירה ללקוחות שונים.<sup>3</sup> אולם, גם השוואה זאת עשויה להיות בעייתית, עקב הבדלים בעלויות הכרוכות באספקה ללקוחות שונים או בעלויות על פני זמן, וכן עקב הבדלים במאפייני הביקוש.

6. עיון בהחלטה בתובענה הייצוגית, אשר כללה דיון מקיף בעילת התמחור המופרז מלמד, כי בית המשפט הציף שורה ארוכה של שאלות פתוחות באשר לאופן חישוב התמחור המופרז והנושאים שאותם יש לקחת בחשבון בהקשר זה. כך על פני כ- 21 פסקאות של פסק הדין מביא בית המשפט המחוזי את עמדות המומחים הכלכליים שהעידו בפניו תוך שהוא מעלה אחת לאחת את השאלות שעשויות להתעורר בעת בחינת שאלת התמחור המופרז ואופן חישובו. הגם שבשלב הדיון באישור התובענה כתובענה ייצוגית לא מצא בית המשפט לנכון להכריע בכל השאלות הכלכליות שהונחו בפניו, יש בריבוי השאלות ובמורכבותן כדי ללמד עד כמה קיים קושי בייסוס השאלה העובדתית בדבר מחיר מופרז על נסיבותיו הספציפיות של מקרה.

<sup>3</sup> יצוין גם התמקדות במבחן זה, המשווה בין מחירים של מוצר אחד של חברה אחת לאורך פרקי זמן שונים או במכירה ללקוחות שונים, עלולה להקטין את התמריץ של החברה להעניק הנחות. זאת, מתוך חשש כי המחיר בזמן ההנחה ייתפס בעתיד כבסיס להשוואה.

7. כאמור, על אף השקעת משאבים ניכרת מצד רשות הגבלים עסקיים במטרה ליישם את גילוי הדעת לא התגבשה עד כה אף לא החלטה מקדמית בדבר נקיטת צעדי אכיפה. הפער שבין השקעת המשאבים לתוצאה מעלה שאלה של ממש בדבר התועלת שביישום גילוי הדעת על ידי הרשות.
8. נוכח האמור לעיל, הרשות בוחנת מחדש את גילוי הדעת ואת עמדתה ביחס למדיניות האכיפה כלפי האיסור על גביית מחיר מופרז. בין השאר נבחנות השאלות הבאות:
- א. האם גילוי הדעת מתווה מדיניות ברורה מספיק בקשר עם המחיר המרבי שרשאי בעל מונופולין לגבות מבלי להיחשב כמי שגבה מחיר מופרז?
- ב. האם ישנה הצדקה לקביעת הגנת נמל המבטחים הקבועה בפרק 4 לגילוי הדעת, ובפרט האם הגנת נמל המבטחים אינה יוצרת חשש לכך שנמל המבטחים יפורש בטעות כרף שגביית מחיר החורג ממנו מהווה הפרה של החוק, באופן שעלול לפגוע בתמריצים להשקעות מקדמות רווחה ולחדשנות?
- ג. האם נכון לאכוף את האיסור על גביית מחיר מופרז במנותק מהפגיעה בתחרות שעשויה להתרחש מפעילותו של בעל המונופולין? בפרט, האם ראוי לתקן את גילוי הדעת כך שכל שאכן מוצדק לאכוף איסור כלפי גביית מחיר מופרז, הרי שאכיפה זאת תיעשה רק במקרים חריגים כאשר מדובר בפעולה בעלת אפקט של דחיקת מתחרים מן השוק (exclusionary) על ידי בעל מונופולין או כאשר גביית המחיר המופרז ננקטת יחד עם פעולות בעלות אפקט כאמור?
9. מעבר לשאלות אלו, הרשות פתוחה לקבל גם הערות נוספות בעניין גילוי הדעת ואופן יישום הכללים שנקבעו בו. עם זאת, יובהר כי הדיון אותו מבקשת הרשות לערוך בשלב הזה מתמקד בסוגיות העקרוניות העולות מגילוי הדעת ולא בשאלות ניסוח.

ירושלים, י' בניסן, התשע"ו

18 באפריל 2016