

"חייבין בית דין להעמיד שוטרים בכל מדינה ומדינה... וכל מי שמפקיע את השער ומוכר ביוקר מכין אותו וכופין אותו ומוכר כשער השוק" (רמב"ם הלכות גניבה פרק ח' הלכה כ').

רשות ההגבלים העסקיים גילוי דעת 13/ -טיוטה-

האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין

1. פתח דבר

דיני ההגבלים העסקיים מעמידים בידי הממונה על הגבלים עסקיים 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.

אחת התופעות עמן מבקשים דיני ההגבלים העסקיים להתמודד היא הפגיעה בתחרות ובציבור הצרכנים מצד גורמים בעלי מעמד מונופוליסטי בשוק. אלו הם גורמים אשר בדרך כלל מחזיקים בכוח שוק, הוא היכולת לפגוע לאורך זמן בתנאי אספקתו של מוצר, במחירו או באיכותו ביחס לתנאים שהיו שוררים בתנאי תחרות משוכללת.

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 לכאורה גם כוח שוק. החוק מוסיף ומחיל על בעל מונופולין נורמות התנהגות מיוחדות, אשר תכליתן למנוע ממנו מלנקוט בדרכי פעולה העלולות לפגוע בתחרות או בציבור. ודוק: חוק ההגבלים העסקיים אינו אוסר על עצם קיומו של מונופולין. מקובל לומר כי כל מתחרה בשוק שואף להגדיל את חלקו בשוק על חשבון מתחריו וכי שאיפה זו היא שמניעה את גלגלי התחרות ומתמרצת את המתחרים להתייעלות ולחדשנות. כאשר מתחרה בודד מצליח להגשים שאיפה זו, הוא עשוי להגיע למעמד מונופוליסטי בשוק ובעובדה זו, כלשעצמה, אין פסול. יחד עם זאת, ייתכנו נסיבות בהן התנהגות מסוימת של בעל המונופולין, המגדילה את רווחיו, עלולה לגרום פגיעה בתחרות או בציבור ועל כן מן הראוי לאסרה.¹

חוק ההגבלים העסקיים קובע שורת הוראות ייחודיות החלות על בעל מונופולין הנובעות ממעמדו הייחודי ואשר מטרתן למנוע ניצול לרעה של מעמד זה באופן העלול להפחית את התחרות או לפגוע בציבור. בכך יש משום ביטוי לעמדת המחוקק, כי הנזק החברתי הנגרם כתוצאה מפגיעה מעין זו בתחרות או בציבור עולה על התועלת שהפיק בעל המונופולין.

¹ ראו למשל: מוני' (הגבלים עסקיים) 1/93 הממונה על הגבלים עסקיים נ' חברת דובק בע"מ, פס' 9 לפסק הדין, הגבלים עסקיים 3005459 (17.1.1995); מוני' (הגבלים עסקיים) 2/96 הממונה על הגבלים העסקיים נ' ידעות אחרונות בע"מ, פס' 53 לפסק הדין (פורסם בנבו, 7.6.2000).

סעיף 29א(א) לחוק ההגבלים העסקיים אוסר על בעל מונופולין לנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור. בסעיף 29א(ב) מפורטת רשימת חלופות שבהתקיים כל אחת מהן, קמה חזקה חלוטה כי בעל המונופולין ניצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור. יובהר כי רשימה זו אינה ממצה את כלל המקרים העולים כדי ניצול מעמד לרעה אלא עניינה, כאמור, בנסיבות המקימות חזקה חלוטה בדבר ניצול מעמד לרעה.²

החזקה החלוטה שתידון כאן היא זו הקבועה בסעיף 29א(ב)(1) שעניינה **"קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין"**. מחיר בלתי הוגן עשוי להיות מחיר נמוך באופן בלתי הוגן, המעורר חשש לדחיקת מתחרים מן השוק,³ או מחיר גבוה באופן בלתי הוגן - דהיינו, מחיר מופרז - המקנה לבעל המונופולין רווחים גבוהים באופן משמעותי מאלו שהיה בכוחו לגרוף בתנאי שוק תחרותי.

גביית מחיר מופרז גורמת להקצאה בלתי יעילה שכן היא מונעת מצרכנים אשר התועלת שיפיקו מן המוצר גבוהה מן המחיר התחרותי אך נמוכה מהמחיר המופרז מלרכוש את המוצר, ומאלצת צרכנים אלו לפנות למוצרים שאינם תואמים את צרכיהם באותה המידה או להימנע כליל מרכישה. באופן זה, נמנעות מן המשק עסקאות המגדילות את התועלת המצרפית. בנוסף, כתוצאה מן העובדה שהצרכנים משלמים מחיר גבוה מן המחיר התחרותי, נוצרת העברת עושר מידי ציבור הצרכנים לבעל המונופולין. גביית מחיר מופרז מלבה באופן חד ביותר את בעיית יוקר המחיה וטמונה בה פגיעה ישירה ומיידית בציבור הצרכנים.

גילוי דעת זה יעסוק באופן יישומו ואכיפתו של האיסור על ניצול מעמד לרעה בנסיבות המפורטות בסעיף 29א(ב)(1) לחוק, במקרים בהם גבה בעל מונופולין מחיר מופרז. במסגרת מסמך זה נבקש לקבוע כללים מנחים אשר ישמשו את רשות ההגבלים העסקיים והעומד בראשה בבואם לנקוט צעדים בגין הפרת איסור זה. כללים אלו יניחו מסגרת ידועה לאכיפת הוראת סעיף 29א(ב)(1) לחוק ובדרך זו יקודמו הוודאות המשפטית, הבהירות והיציבות בחיי המסחר והעסקים השוטפים. כללים אלו יסייעו בידי בעלי מונופולין להעריך האם הפרקטיקות המונהגות על ידם מפרות את הוראות החוק וכן יסייעו ויקדמו את אכיפת הוראת סעיף 29א(ב)(1) לחוק, המהווה כלי חיוני בהגנה על רווחת הציבור.

אין בגילוי דעת זה כדי לגרוע או לשנות מהוראת כל דין ויש לקרוא את האמור בו בצד הכללים שנקבעו בדיני ההגבלים העסקיים, בחוק ובפסיקה. אין באמור להלן כדי לשלול אי נקיטת צעדים על ידי הממונה במקרה פרטני משיקולי סדרי עדיפויות בהקצאת משאבי רשות ההגבלים העסקיים או מכל שיקול ענייני אחר.

² ראו למשל: ה"ע (הגבלים עסקיים) 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פס" 79 לפסק הדין (פורסם בנבו, 4.11.1999).

³ קביעת מחיר נמוך, טורפני, מצד בעל מונופולין עלולה להביא לדחיקת מתחרים מן השוק. בעל מונופולין הקובע מחיר שכזה נכון לספוג פגיעה ברווחיו מתוך הנחה כי מתחריו לא יהיו מסוגלים לעמוד ברמת המחירים הנמוכה שקבע לאורך זמן. מהלך זה יוביל לקריסת המתחרים ולאחר מכן באופן טיפוסי יוכל בעל המונופולין להשתלט על חלק גדול יותר מן השוק ולהעלות את מחיריו.

1. ניצול מעמד לרעה בדרך של גביית מחיר מופרז

סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים קובע:

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).

סעיף זה נוסף לחוק ההגבלים העסקיים במסגרת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 2), תשנ"ו-1996.⁴ הסעיף מורכב משני סעיפים קטנים: סעיף קטן (א) קובע מבחן כללי של ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה, כאשר יסודות האיסור הינם: (א) בעל מונופולין; (ב) המנצל לרעה את מעמדו בשוק; (ג) באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור.⁵ לצד איסור כללי זה, ומבלי לגרוע ממנו, מפורטות בסעיף קטן (ב) פרקטיקות המקימות חזקה חלוטה בדבר ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי.

עניינו של מסמך זה בחזקה החלוטה הקבועה בסעיף 29א(ב)(1) לחוק, לפיה בעל מונופולין ייחשב כמי שניצל מעמדו לרעה באם קבע רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין. המחוקק לא פרש מהו מחיר בלתי הוגן אשר גבייתו תחשב ניצול מעמד לרעה.

כאמור, גביית מחיר מופרז גורמת להקצאה בלתי יעילה ולהעברת עושר מציבור הצרכנים לבעל המונופולין. חוסר היעילות ההקצאתית, לפיו צרכנים שראוי שירכשו את המוצר או השירות נמנעים מלרכוש מוצר זה בשל מחירו הגבוה, ייעלם באם מחיר המוצר יהיה שווה לעלות אספקתו השולית (עלות אספקת היחידה האחרונה של המוצר), כפי שמתקיים בתנאי שוק תחרותיים.

⁴ ס"ח תשנ"ו 1573 מיום 8.3.96, עמ' 149.

⁵ וראו גם: ה"ע (הגבלים עסקיים) 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פס' 79-76 לפסק הדין (פורסם בנבו, 4.11.1999).

עם זאת, בעולם המציאות, לעיתים רחוקות תוביל התחרות החופשית למחיר השווה לעלותו השולית של המוצר, שכן בדרך כלל קיימים גורמים ההופכים את התחרות לבלתי מושלמת, כגון מיעוט מתחרים ותנאי שוק מסויימים דוגמת בידול מוצרים או מגבלות כושר ייצור. עצם גביית מחיר גבוה במידה מסוימת מן העלות השולית אינה מעידה בהכרח על מחיר מופרז.

ככל שהתחרות בשוק מוגבלת יותר, כך המחיר שישרור בו, בהיעדר התערבות, יהיה גבוה יותר וישקף את כוח השוק של הפירמות (כתלות בגמישות הביקוש למוצר של כל פירמה). כאשר פועל מונופול בשוק, מחזיק המונופול בכוח להשפיע משמעותית על מחיר המוצר ולקבוע את מחירו באופן המביא להשאת רווחיו. בידי המונופול נתון איפוא כוח שוק המאפשר לו לגבות מחיר על-תחרותי גבוה, ולעיתים גבוה משמעותית, מן המחיר שהיה נגבה בתנאי תחרות סבירים שדיני ההגבלים העסקיים חותרים אליהם. במחיר מעין זה טמונה כאמור פגיעה בציבור.

הצעד הראשון באכיפת נורמה האוסרת על מונופול לגבות מחיר מופרז, הוא זיהוי המחיר שגבה בעל המונופולין כמחיר מופרז. כפי שיובהר להלן, זהו אתגר לא פשוט. עם זאת, קיימים מקרים בהם ניתן יהיה לעמוד באתגר זה. כפי שנראה בהמשך, זיהוי מחיר מופרז יכול להיעשות, במקרה מתאים, על ידי בחינת המרווח שבין מחיר המוצר לעלות ייצורו. שיטות אחרות לזיהוי מחיר מופרז כוללות השוואה למחירו של מוצר דומה בשוק תחרותי או בחינת שיעור התשואה הנפוץ בקרב פירמות אחרות המייצרות מוצרים דומים. בכל מקרה, זיהוי המחיר המופרז דורש ניתוח כלכלי, ולעיתים אף חשבונאי, מורכב.

האיסור על גביית מחיר מופרז כדוקטרינה בדיני ההגבלים העסקיים צבר לאורך השנים תומכים ומתנגדים. כך למשל, בדין האמריקאי גבית מחיר מופרז, כשלעצמה, נתפסת כהתנהגות שאינה אסורה.⁶

התפיסה האמריקאית מושתתת על שלושה נימוקים מרכזיים.⁷ האחד הוא שגביית מחיר מופרז יכולה לתמרץ השקעה מקדמת רווחה מלכתחילה. נימוק זה חותר למעשה תחת ההנחה שמחיר

⁶ ראו למשל: Areeda and Hovenkamp, **Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application** (New York, Aspen 2008), para 720a M.S. Gal "Monopoly pricing as an antitrust offense ; in the U.S. and the EC: two systems of belief about monopoly?" 49 *Antitrust Bulletin* (2004) 343 ; **United States v. ALCOA**, 148 F. 2d 415 (2d Cir. 1945); **Verizon** ("Gal"), p.353 ; וכן בפסיקה בארה"ב: **Communications Inc v. Law Offices of Curtis v. Trinko LLP** (02-682) 540 U.S. 398 (2004) 305 F. 3d 89.

⁷ לסקירה של נימוקים אלה ופירוט מדוע הם אינם מצדיקים המנעות גורפת מאיסור על מחיר מופרז ראו: Ariel Ezrachi and David Gilo, "Are Excessive Prices Really Self-Correcting?", *Journal of Competition Law and Economics* (2008) ; Ariel Ezrachi and David Gilo, "The darker Side of the Moon - The assessment of excessive pricing and proposal for a post-entry price-cut benchmark", **Article 82 - Reflections on its Recent Evolution**, Ariel Ezrachi, ed., (hart Publishing, 2009).

מופרז הוא דבר פסול. הוא גם חותר תחת הנחת המוצא של דיני ההגבלים העסקיים, התופסים את התהליך התחרותי ככלי האופטימאלי על מנת להשיג את התוצאה הראויה לרווחה, הן מבחינת המחיר, הן מבחינת השקעתן פירמות והן מבחינת חדשנות.⁸ זאת משום שנימוק זה מניח שמבנה שוק מונופוליסטי עדיף על מבנה שוק תחרותי. במבנה שוק תחרותי, פירמה לא היתה יכולה לגבות מחיר מופרז ועל פי נימוק זה, לא היתה מתמרצת להשקיע השקעות מקדמות רווחה. לכאורה, על פי נימוק זה, התנהגות של מונופול המסלקת מתחריו מהשוק או חוסמת כניסה שלהם אל השוק עשויה להיות מוצדקת חברתית משום שמבנה השוק המונופוליסטי יניב השקעות מקדמות רווחה מצד המונופול.

גישת רשות ההגבלים העסקיים בעניין זה שונה. היא מבוססת על אותה נקודת מוצא של דיני ההגבלים העסקיים, לפיה הרווחה מושאת כאשר מבנה השוק הוא תחרותי וכאשר פירמות מרוויחות רווח המרוסן על ידי התחרות. העובדה שבשווקים מסויימים רווח גבוה במיוחד הוא חיוני על מנת לעודד את המונופול להשקיע השקעות מקדמות רווחה מלכתחילה עשויה להצדיק, במקרה המתאים, מסקנה כי המחיר אינו מופרז למרות הרווחים הגבוהים שהוא מניב למונופול. אכן, כפי שנפרט בהמשך, בשווקים עתירי השקעה מקדמת רווחה ועתירי מחקר ופיתוח או סיכון קיימים שיקולים מיוחדים אשר עשויים להטות את הכף כנגד נקיטת צעדי אכיפה בגין גביית מחיר מופרז.

הנימוק השני המובא על ידי תומכי הגישה האמריקאית הוא שמחיר מופרז נוטה "לתקן את עצמו" על ידי משיכת כניסה לשוק. שלא כמו הנימוק הקודם, נימוק זה ער לבעייתיות החברתית שבתמחור מופרז, אך הוא טוען שאין צורך לדיני ההגבלים העסקיים להתערב כנגדו. אולם, הנימוק לפיו מחיר מופרז נוטה לתקן את עצמו במרבית המקרים אינו נכון.⁹ בקליפת האגוז, ככלל, נכנס פוטנציאלי לשוק יתומרץ להכנס לשוק, לא על פי המחירים השוררים בו טרם הכניסה, אלא על פי המחירים שצפויים לשרור בו אחרי הכניסה - ובפרט לאחר תגובתו של המונופול לאותה הכניסה, שעשויה להיות תגובה אגרסיבית וכואבת לנכנס החדש. בהתאם, כאשר ההוצאות השקועות של הנכנס הפוטנציאלי הכרוכות בכניסה לשוק עולות על הציפיות שלו לרווח לאחר הכניסה, שעלולות להיות צנועות לאור תגובת המונופול לכניסה, לא תהיה כניסה, וממילא המחיר המופרז של המונופול לא יתקן את עצמו. כפי שניתן להראות, גם תיאוריות בדבר שימוש במחיר השורר בשוק לפני כניסה לצורך איתות כלפי נכנסים פוטנציאליים בדבר מידת יעילותו של המונופול אין בהן כדי לשנות מסקנה זו.¹⁰

David Gilo, "Excessive Pricing, Entry Assessment and Investment: Lessons from the Mittal Litigation", *Antitrust Law Journal*, Vol 76, p. 873 (2010).

⁸ התהליך התחרותי שדיני ההגבלים העסקיים מעלים על נס הוא באופן רגיל תהליך תחרותי בתוך השוק ולא רק "על השוק". כך, למשל, כאשר מספר חברות מתחרות ביניהן מי מהן תהא הראשונה לפתח המצאה טכנולוגית, ולאחר תהליך זה רק אחת מהן תקבל הגנת פטנט שיכולה להנציח מעמד מונופוליסטי שלה בשוק, התחרות בין הפירמות היא "על השוק" ולא "בתוך השוק". דיני ההגבלים העסקיים חותרים לתחרות "בתוך השוק" גם במקרה מיוחד זה, כפוף לדיני הפטנטים, המגינים על הפירמה הזוכה מפני תחרות באמצעות הגנה על קניינה הרוחני.

⁹ ראו את האסמכתאות המובאות לעיל בהערה 7.

¹⁰ ראו שם.

הנימוק השלישי לגישה האמריקאית הוא שקשה לאמוד מחיר מופרז מהו. גם נימוק זה, כמו הנימוק הקודם, ער לבעייתיות שבתמחור מופרז, אך הוא מבוסס על רציונאל פרקטי-מוסדי, של הקושי ביישום נורמה האוסרת על תמחור מופרז. אכן, לא ניתן להתעלם מן העובדה שלעיתים קשה יהיה לאמוד האם מחיר שגבה בעל מונופולין היה מופרז. בהתאם, רשות ההגבלים העסקיים תתמקד אך ורק במקרים בהם היא יכולה להתגבר על קושי זה. במידה רבה, מורכבות האמידה היא שמחייבת את רשות ההגבלים העסקיים להפעיל את מומחיותה ואת יכולותיה באיסוף נתונים רלוונטיים על מנת למנוע את הפגיעה בציבור הכרוכה במחיר מופרז שגובה מונופול, שכן אם לא תעשה זאת רשות ההגבלים העסקיים, עלול להיווצר מצב בו איש לא יעשה זאת זולתה.

עמדת הרשות היא כי הקושי שעשוי להתעורר ביישום האיסור על גביית מחיר מופרז אינו מצדיק גישה גורפת של אי אכיפתו. קיימות דוקטרינות רבות בדיני ההגבלים העסקיים, שאינן שנויות במחלוקת, אשר גם הן קשות ומורכבות ליישום ואכיפה. חלקן אף מצריכות אמידה של עלויות או של רווחיות. בין דוקטרינות אלה ניתן למנות את האיסור על תמחור טורפני או קשירה תמחורית של מוצר במוצר, האיסור על מונופול לדחוק מתחרה על ידי גביית מחיר נמוך מהצרכן הסופי ומחיר גבוה בגין תשומה שזקוק לה המתחרה ועוד. אף מלאכת הגדרתו של שוק רלוונטי, המהווה כלי ניתוח אינטגרלי ביישומם המעשי של דיני ההגבלים העסקיים, כרוכה לעיתים באמידה של מרווחים או עלויות. זאת ועוד, על מנת לחשב את הנזק שנגרם לציבור הצרכנים מקרטל או מהגבל עסקי אחר, למשל בתביעה נזיקית בגין ההגבל העסקי, יש צורך לאמוד את הפער בין המחיר שנגבה כתוצאה מן ההגבל העסקי לבין המחיר שהיה שורר בתנאי תחרות אלמלא ההגבל העסקי. במקרים רבים, זוהי מלאכה קשה לא פחות מאשר אמידה האם מחיר שגבה בעל מונופולין היה מחיר מופרז.

אין ספק כי הקושי באמידת המחיר המופרז, המניע את הגישה האמריקאית, משליך גם על מידת הוודאות המשפטית הנתונה לבעל המונופולין. בשל קושי זה, יש שגורסים כי מונופול שומר חוק לא יוכל לכלכל צעדיו משום שהוא אינו יודע להעריך אם המחיר שהוא גובה הינו מופרז. רשות ההגבלים העסקיים ערה לקושי זה ומשום כך אנו מפרסמים את גילוי הדעת הנוכחי, במטרה לצמצם את חוסר הוודאות בו שרויים בעלי מונופולין לגבי היקף האיסור על גביית מחיר מופרז. בפרט, בניתוח שלהלן נציין אמת מידה המבוססת על נתונים הנגישים לבעל המונופולין, אשר ככל שבעל המונופולין ינהג על פיה תמנע רשות ההגבלים העסקיים מלנקוט בצעדי אכיפה כנגדו בגין מחיר מופרז.

מובן כי גם לאחר פרסומו של גילוי דעת זה, עשויה להיות מידה מסויימת של חוסר וודאות באשר למקרים העולים כדי גביית מחיר מופרז בניגוד לחוק. אולם, לדעתה של הרשות אין בחוסר וודאות זה, אשר כאמור יוגבל משמעותית עם פרסום גילוי דעת זה, כדי להצדיק המנעות גורפת מאכיפת האיסור על תמחור מופרז מצד מונופולים. ככלות הכול, קיימות דוקטרינות רבות בדיני ההגבלים העסקיים, כמו גם בתחומים אחרים, שעשויות לגרום לחוסר וודאות בקרב הגופים הכפופים להן. כך, למשל, כאשר פירמה משמעותית היא צד להסדר בלעדיות, היא עשויה להפר את חוק ההגבלים העסקיים באם הסדר הבלעדיות שהיא צד לו מעורר חשש לפגיעה בתחרות בשוק כלשהו. פירמה זו עשויה להימצא בחוסר וודאות באשר לשאלה האם הסדר הבלעדיות שהיא צד לו מנוגד לחוק, על כל הכרוך בכך, אם לאו. בהתאם, עליה להיוועץ ביועציה הכלכליים והמשפטיים ולדאוג לכך שהסדר הבלעדיות שהיא צד לו לא יעורר חשש שכזה. כך גם לגבי בעל

מונופולין הנוקט בפרקטיקות המשיאות את רווחיו ואשר עשויות להיות בעלות הצדקה עסקית, אך נוטות לסלק את מתחריו מהשוק או לחסום כניסתם. באותו האופן, כאשר בעל מונופולין קובע את המחיר שהוא גובה בגין מוצר שבמונופולין יהיה עליו לנקוט באמצעים שיבטיחו כי לא יטען כנגדו כי המחיר שגבה היה מופרז.

לגישת רשות ההגבלים העסקיים, האיסור על גביית מחיר מופרז הינו בין הנורמות המרכזיות החלות על בעל מונופולין, הנובעות ממעמדו המיוחד בשוק, אשר מטרתן מניעת פגיעה בציבור הצרכנים וליבוי בעיית יוקר המחיה. מניעת העוול לצרכנים וחוסר היעילות בהקצאת משאבים הנגרמת ממחיר על-תחרותי היא בלב תכליתם של דיני ההגבלים העסקיים. אכן, לא ניתן להתעלם מן ההשלכות השליליות החמורות הנלוות לגביית מחיר מופרז על הציבור והמשק בכללותו. השלכות שליליות אלו של גביית מחיר מופרז עולות במקרים רבים על הנזק שעשוי להיגרם כתוצאה מאכיפת האיסור על גבייתו. יתר על כן, כפי שנראה בהמשך מסמך זה, ניתן להקטין את הנזק שעשוי להיגרם כתוצאה מאכיפת האיסור על מחיר מופרז באמצעות מדיניות אכיפה המקדמת את הוודאות המשפטית ואשר מביאה בחשבון, בין היתר, שיקולים כגון הגנה על התמריץ להשקיע השקעות מקדמות רווחה ואשר ממקדת את האכיפה במקרים בהם המחיר המופרז לכאורה נעדר הצדקה.

גם פנייה להיסטוריה החקיקתית של סעיף 29 לחוק ההגבלים העסקיים מלמדת על הכרת המחוקק הישראלי בצורך בנקיטת צעדי אכיפה כנגד גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין. על הרקע להוספת סעיף 29 לחוק עמד בית-הדין להגבלים עסקיים בה"ע (הגבלים עסקיים) 2/96 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ** (פורסם בנבו, 4.11.1999):

"סעיף זה חוקק על דרך תיקונו (תיקון מספר 2) של חוק ההגבלים העסקיים. בטרם התיקון, האיסור הפרוספקטיבי היחיד עמו התמודד בעל מונופולין, היה איסור לסרב סירוב בלתי סביר לספק את הנכס או השירות שבמונופולין (סעיף 29 לחוק)..."

חשיבותו של סעיף 29 לחוק אפוא, היא בהרחבה משמעותית של היקף האיסורים הפרוספקטיביים הקבועים בחוק. לא עוד איסור יחיד על סירוב בלתי סביר לספק את הנכס או השירות שבמונופולין, אלא מבחן כללי הקובע נורמות התנהגות המחייבות את בעל המונופולין, שהפרתן נאסרה על פי החוק.¹¹

בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר כך:¹²

"הנסיון שנצבר בהפעלת החוק מלמד כי פעורה תהום בין הצורך לוודא שבעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו לבין היכולת המעשית לוודא שהדבר אכן לא יקרה. הכלים הקיימים היום בחוק אינם יעילים דיים כדי להתמודד עם אתגרי המשק, הן איכותית והן כמותית. . . .

מטרתו של סעיף 1 היא להסיר את האנומליה לפיה מונופולין . . . כפוף מראש בחוק רק לאיסור סירוב בלתי סביר (סעיף 29) ובדיעבד כפוף להוראות בדבר הצעדים שיינקטו על ידי בית הדין.

¹¹ שם, בפסקה 53 לפסק הדין.

¹² ה"ח 2446 מיום 14.11.95, עמ' 229.

לכן, מומלץ לאמץ את שיטות הפיקוח על הגבלים עסקיים המקובלות במדינות אחרות (ובמיוחד בשינויים המחוייבים, את תכנית הפיקוח הקבועה בדיני הקהילה האירופית המשותפת, בסעיף 86 [היום סעי' 102 – ד.ג.] של אמנת רומא מ-1957), להגדיר באופן ברור וכללי את כפיפות בעל המונופולין להתנהגות מותרת.

כפי שעולה מדברי ההסבר לחוק, סעיף 29א לחוק מבוסס, בשינויים קלים, על סעיף 102 (בעבר סעיף 86 ולפני כן, סעיף 82) לאמנה המסדירה את פעילות האיחוד האירופי (Treaty on the Functioning of the European Union - "TFEU"; הידועה גם בשם "אמנת רומא"). בסעיף זה נאסר על גורם אחד או יותר,¹³ המחזיקים במעמד דומיננטי בשוק מסוים או בחלק ממנו, מלנצל מעמדם לרעה ("abuse... of a dominant position"). כמו כן, נקבעה בסעיף 102 לאמנה רשימה פתוחה של פרקטיקות שנקיטתן תהווה ניצול מעמד לרעה,¹⁴ ובהן: "directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions".

בפסיקת בתי הדין של האיחוד האירופי פורש סעיף 102 לאמנה כמחיל, בין היתר, איסור על גביית מחיר מונופוליסטי מופרז, הוא מחיר אשר אינו מקיים יחס סביר ("reasonable relation") לערכו הכלכלי ("economic value") של המוצר או השירות המסופק.¹⁵ כך נקבע בפסק הדין המנחה בענין Case 27/76 **United Brands Co. v. Commission** [1978] E.C.R. (207, [1978] 1 C.M.L.R. 429 (להלן: "ענין יונייטד ברנדס"). בענין זה הבהיר בית המשפט כי ערכו הכלכלי של המוצר אמור לשחזר את המחיר שהיה נקבע בשוק בתנאי תחרות:

"It is advisable therefore to ascertain whether the dominant undertaking has made use of the opportunities arising out of its dominant position *in such a way as to reap trading benefits which it would not have reaped if there had been normal and sufficiently effective competition*. In this case charging a price which is excessive because it has no reasonable relation to the economic value of the product supplied would be such an abuse." ¹⁶

[ההדגשות הוספו-ד"ג]

¹³ נפסק כי המעמד הדומיננטי עשוי להיות מעמד קולקטיבי של מספר גורמים. ראו למשל: T-191/98 - **Atlantic Container Line and Others v Commission** [2003] ECR II-3275, para.595.

¹⁴ לענין היותה של הרשימה פתוחה ראו למשל: T-201/04 **Microsoft v Commission of the European Communities** [2007] ECR II-3601, para.860 והאסמכתאות הנזכרות שם.

¹⁵ כך נקבע תחילה בפסק הדין בענין Case 26/75 **General Motors NV v. Commission of the European Communities** [1975] E.C.R. 1367 (להלן: "ענין GM"), שם נאמר כי חל איסור על: "the imposition of a price which is excessive in relation to the economic value of the service provided" (שם, עמ' 1379). וראו גם: Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings", 2009/c 45/02, para 7. Richard Whish & David Bailey, **Competition Law**, p.721-724 (7th ed., 2012).

¹⁶ שם, בפס' 249-250 לפסק הדין.

כאמור, סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים נוסח על יסוד סעיף 102 לאמנת האיחוד האירופי. בעת שנוסף סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים כבר התבססה פסיקת בית הדין האירופי הרואה במחיר מופרז כמחיר שיש בו משום ניצול לרעה של מעמד דומיננטי ומכאן שהמחוקק הישראלי בחר במודע לאמץ איסור זה. ראיה נוספת לעמדת המחוקק הישראלי בסוגיה זו מצויה בסעיף 29א(ב)(2) לחוק, הקובע חזקה חלוטה אחרת בדבר ניצול מעמד לרעה שעניינה "צמצום או הגדלה של כמות הנכסים או היקף השירותים המוצעים על ידי בעל מונופולין שלא במסגרת פעילות תחרותית הוגנת". משמעותו של צמצום היצע או תפוקה היא עליית המחיר לצרכן וזוהי איפוא התוצאה אותה ביקש המחוקק למנוע.¹⁷

בפסיקת בתי המשפט המחוזיים נקבע, כי האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן משמעותו, בין היתר, איסור על גביית מחיר מופרז.¹⁸ עם זאת, ברע"א 2616/03 **ישראל כרטיס בע"מ נ' רייס**, פ"ד נט(5) 701 (2005) (להלן: "**פרשת רייס**") בחר בית המשפט העליון שלא להכריע בענין אלא להניח, לשם הדין, כי סעיף 29א לחוק אכן אוסר על גביית מחיר גבוה.

לאחר בחינה מעמיקה של היתרונות והחסרונות הכלכליים הטמונים באיסור על תמחור מופרז וכן של המצב המשפטי בענין, עמדת רשות ההגבלים העסקיים הינה כי האיסור על קביעת רמת מחירים בלתי הוגנת כאמור בסעיף 29א(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים חל גם על קביעת מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין. בעל מונופולין אינו זכאי לרווח בלתי סביר על חשבון רווחת הצרכנים, גם אם הגיע אל מעמדו המונופוליסטי כדין. יתר על כן, בכלכלה הישראלית, המתאפיינת בשווקים קטנים וריכוזיים ובמקרים רבים בחסמי כניסה גבוהים, קיימת הצדקה מיוחדת ליתן בידי רשות ההגבלים העסקיים והאזרח כלי אכיפה אפקטיבי כנגד תופעה זו.¹⁹ גישה השוללת באופן קטגורי נקיטת צעדים נגד בעל מונופולין הגובה מחיר מופרז אינה תואמת את הדין הישראלי ומנוגדת לצורך להלחם בבעיית יוקר המחיה בישראל. ההחלטה האם במקרה מסוים מוצדק להתערב במחיר שגובה בעל המונופולין תוכרע על דרך של איזון בין השיקולים השונים בשים לב לנסיבותיו המיוחדות של המקרה המונח בפני הממונה על הגבלים עסקיים.

להלן נרחיב לענין אופן זיהוי ואמידתו של מחיר מופרז והמתודולוגיות שיושמו על ידי רשות ההגבלים העסקיים בבואה לבחון את רמת מחירו של בעל מונופולין.

¹⁷ Gal, ה"ש 6 לעיל, עמ' 360.

¹⁸ ראו: ת"א (מחוזי ת"א) 2298/01 **קו מחשבה בע"מ נ' בזק בינלאומי בע"מ**, פורסם בנבו (25.12.03); בש"א (מחוזי ת"א) 106462/98 **רייס נ' כרטיסי אשראי לישראל בע"מ**, פורסם בנבו (29.1.03).

¹⁹ ראו גם: OECD ; Michal S. Gal, **Competition Policy for Small Market Economies** (2003), p. 68. Competition Committee, Policy Roundtables: Excessive Pricing (2011) (להלן: "**OECD EP**"), בעמ' 36.

2. מהו מחיר מופרז?

משמצאנו כי חל איסור על ניצול מעמדו של בעל מונופולין לרעה בדרך של גביית מחיר מופרז, נדרש עתה לשאלה מהו המבחן המשפטי-כלכלי לפיו ניתן יהיה לזהות מחיר מופרז המהווה ניצול מעמד לרעה.

ככלל, מחיר מופרז הינו מחיר העולה על המחיר שהיה נגבה בתנאי תחרות.²⁰ בענין **יונייטד ברנדס** הנזכר לעיל קבע בית הדין האירופי, כאמור, כי מחיר מופרז הינו מחיר שאינו מקיים קשר סביר לערכו הכלכלי של המוצר, והבהיר כי ערכו הכלכלי של המוצר אמור לשחזר את המחיר שהיה נקבע בשוק בתנאי תחרות. בית הדין קבע עוד, כי על מנת לזהות מחיר בלתי הוגן ניתן, למשל, לבחון את הפער בין מחיר המוצר לבין עלות ייצורו.²¹ במקרים מתאימים, ניתן לערוך השוואה בין המחיר שגבה בעל המונופולין 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. מבחנים מעין אלו יושמו על ידי בית הדין האירופי גם בפסיקה מאוחרת יותר.²²

בית המשפט העליון בישראל אימץ את שני המבחנים שנקבעו בדין האירופי לזיהוי מחיר מופרז. בפרשת **רייס** הסתמך בית המשפט העליון על הלכת **יונייטד ברנדס** בציינו כי הוכחת מחיר מופרז יכול שתעשה על ידי בחינת הפער בין עלות הייצור לבין מחיר המכירה או על ידי מבחן השוואתי. נטל ההוכחה מוטל על כתפיו של התובע להראות כי הפער בין המחיר שגבה בעל המונופולין לבין עלויותיו היה מופרז ובלתי מוצדק.

כך נאמר שם :

"במבחנים הנהוגים בפסיקה האירופאית יש מבחן הבדוק את ההפרש בין עלויות הייצור של המוכר למחיר המכירה. אם ההפרש (המהווה את הרווח של המונופולין) הוא מוגזם – המחיר הוא בלתי הוגן. מבחן זה... מחייב לאמוד את

²⁰ והשוו: בש"א 8450/02 **רוזנבוים נ' פז שירותי תעופה**, פס' 19 לפסק הדין, פורסם בנבו (25.6.07); ת"א (מחוזי חי) Tower Air 1114/99 **נ' שירותי תעופה בע"מ**, פס' 105-106 לפסק הדין, פורסם בנבו (5.6.2007); בש"א (מחוזי ת"א) 36128/99 **אברהמי נ' מת"ב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ**, בעמ' 38-43 לפסק הדין, פורסם בנבו (13.2.06).

²¹ ראו: ענין **יונייטד ברנדס**, לעיל. גם בענין GM, הנזכר בה"ש 15 לעיל, הביע בית הדין האירופי דעתו כי עלות הייצור מעניקה אינדיקציה לערכו הכלכלי של המוצר. בפס' 22 לפסק הדין מצוין בית המשפט כי מחיר הקרוב לעלות מעיד על העדר ניצול מעמד לרעה: "[T]he absence of any abuse is also shown by the fact that very soon afterwards ...the applicant brought its rates into line with the real economic costs of the operation".

²² ראו למשל: 1 [1987] E.C.R. 3263, [1986] **British Leyland Plc. v. Commission** Case 226/84; C.M.L.R. 185 Joined Cases 110/88, 241/88 and 242/88 **François Lucazeau and others v SACEM** Case 30/87 **Corinne Bodson v. 395/87 Ministère public v Jean-Louis Tournier** [1989] ECR 2521, **SA Pompes funèbres des régions libérées** [1988] ECR 2479.

גם רשות התחרות האירופאית יישמה מבחן זה, למשל, בענין Commission Decision of 25 July 2001 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (COMP C-1/36.915 **Deutsche Post AG - Interception of cross-border mail**), [2001] OJ L331/40.

עלויות הייצור של בעל המונופולין – משימה סבוכה כשלעצמה. מבחן נוסף הוא מבחן ההשוואה בין מחירים שגובה חברה אחרת עבור מוצר זהה או דומה בשוק אחר... מקום שבו השוואת מחירים מוכיחה כי מחירים במקום אחד גבוהים באופן משמעותי מאלה שבמקום אחר, ואין טעמים אובייקטיביים להפרשים, הדבר יכול לשמש כאינדיקציה שנגבו מחירים בלתי הוגנים.²³

ובהמשך:

"לא אכחד כי מי שמבקש להגיש תובענה ייצוגית המבוססת על מחיר לא הוגן נוטל על עצמו, לעתים, משימה שאינה פשוטה כלל ועיקר..."

תובע ייצוגי המבקש ליטול על עצמו משימה 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.²⁴

המבחנים שהוכרו בפרשת רייס אומצו גם על ידי בתי המשפט המחוזיים.²⁵

מבחנים אלו, וכן מבחנים כלכליים נוספים ישמשו את רשות ההגבלים העסקיים בבואה להכריע האם מחיר שגבה בעל מונופולין הינו מחיר מופרז ביחס למחיר שהיה רווח בתנאי תחרות ועל כן, הינו מחיר בלתי הוגן. על כך נפרט להלן.

3. זיהוי מחיר מופרז - יישום מעשי

בספרות המקצועית מוכרות שלוש מתודולוגיות לזיהוי מחיר מופרז. העיקרית שבהן, הנזכרת לעיל, הינה כימות הפער בין מחיר המוצר לעלות ייצורו, ובה נדון תחילה. בנוסף, ניתן לזהות מחיר מופרז על ידי ניתוח הרווחיות ממכירת המוצר ביחס לרווחיות המקובלת בתעשייה הרלבנטית וכן על ידי השוואת מחיר המוצר למחירו בשווקים אחרים, מחירו בתקופות אחרות, או למחירי מוצרים מתחרים. להלן נעמוד על שלוש המתודולוגיות ואופן יישומן על מקרה שיובא בעתיד בפני רשות ההגבלים העסקיים. ככלל, רשות ההגבלים העסקיים תעדיף לבחון במקרה נתון את המסקנה העולה מיישומה של כל אחת מן המתודולוגיות הללו לצורך קביעה בדבר גביית מחיר מופרז, ככל שניתן לעשות כן בנסיבות המקרה.

א. בחינת הפער בין מחיר המוצר לעלות הייצור

השוואה בין מחיר המוצר לעלות ייצורו הוכרה על ידי בתי משפט ורשויות תחרות בעולם כמבחן מתאים לזיהוי מחיר מופרז. מבחן זה מניח כי קיים גבול נורמטיבי לרנטה המונופוליסטית שבעל

²³ פרשת רייס, פס' 17

²⁴ פרשת רייס, ס' 26

²⁵ ת"א (מחוזי ת"א) 1574/99 אברהמי נ' מת"ב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ, תק-מח 2006(1) 6407, בעמ' 6417 (2006); בש"א 8450/02 רוזנבוים נ' פז שירותי תעופה, דינים מחוזי 2007 (33) 324; ת"א (מחוזי חי) 1114/99 Tower Air נ' שירותי תעופה בע"מ, פורסם בנבו (5.6.2007); בש"א (מחוזי ת"א) 21953/02 מגורים ייזום ובניה בע"מ נ' פלאפון תקשורת בע"מ, פורסם בנבו (15.12.08); ת"א (מחוזי מרכז) 1817-08-07 יוחנן נ' פרטנר תקשורת בע"מ, פורסם בנבו (19.1.2011).

המונופולין יכול להפיק על חשבון לקוחותיו, ורנטה מונופוליסטית זו יכולה להמדד באמצעות השוואה בין העלויות הרלוונטיות של בעל המונופולין בייצור המוצר לבין המחיר שגבה בגינו.

אמידת הפער בין המחיר לעלות תהא, בדרך כלל, המבחן הראשוני שתבצע רשות ההגבלים העסקיים בבוחנה אם המחיר שגבה בעל המונופולין הוא מופרז. היתרון במבחן זה הוא בכך שהוא מסתמך על נתונים שבידיעתו של בעל המונופולין, באופן המקנה לו אפשרות להעריך האם המחיר הנגבה על ידו הינו מחיר מופרז. יש לזכור כי חישוב עלות הייצור אינו ייחודי לקביעה בדבר מחיר בלתי הוגן מופרז. התחקות אחר עלויות רלוונטיות של הפירמה הדומיננטית איננו זר לדיני המונופולין משום שבאופן טיפוסי, ניתוח עלויות נדרש גם כאשר מתעורר הצורך לקבוע האם מחיר מסוים הינו מחיר טורפני, שגם הוא בגדר מחיר בלתי הוגן שיש לאוסרו.²⁶

על מנת ליישם מבחן זה יש 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). לאחר שחושבה עלות הייצור והפער בינה לבין המחיר שגובה המונופול, יש לקבוע מהו שיעור הפער אשר ממנו והלאה נאמר כי מדובר בפער מוגזם המלמד על גביית מחיר מופרז.

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 הנבחנת.²⁷ זאת על מנת למנוע ניפוח עלויות מלאכותי מצד הפירמה הנבחנת (אשר יביא לקביעת מחיר גבוה יותר כמחיר המופרז) ובכדי שלא לפגוע בתמריצים להתייעלות. מחד, התחשבות בעלויותיה של הפירמה הנבחנת 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, התחשבות בעלויותיה של פירמה יעילה שאינה הפירמה הנבחנת עשויה לפגוע ללא הצדקה בפירמה דומיננטית שאינה היעילה ביותר בשוק, על ידי הנמכת רף המחיר המופרז וחשיפתה לסנקציות בגין כך. בנוסף, 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 ביחס לשאלה אם המחיר הנגבה על ידה הינו מחיר מופרז.

על כן, רשות ההגבלים העסקיים תבחן את הפער בין מחיר המוצר לעלות ייצורו על פי עלויותיו הרלוונטיות של בעל המונופולין הנבחן. 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. במקרה הצורך, תדרוש הרשות בדיקתו ואישורו של רואה חשבון חיצוני על מנת לבצע אימות זה. ככל שיימצא כי

²⁶ עם זאת, אין בכך כדי לקבוע מסמרות כי העלויות הרלוונטיות לבדיקת תמחור טורפני זהות בהכרח לעלויות הרלוונטיות לבדיקת תמחור מופרז.

²⁷ ראו למשל: OECD EP, עמ' 69. שם מומלץ להשתמש בעלויותיה של הפירמה המדורגת שנייה בענף מבחינת היעילות.

עלויותיו של בעל מונופולין 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.

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 עד לאספקת המוצר או השירות. בחישוב זה יש להעניק משקל הן לעלויות קבועות והן לעלויות משתנות של בעל המונופולין ובשני המקרים מדובר בעלויות הרלוונטיות למוצר או שירות מסויים.

ככלל ובכפוף למתבקש מנסיבותיו הפרטניות של המקרה שיובא בפני הממונה, העלויות אותן יש להביא בחשבון הן: עלויות חומרי 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. עלויות נוספות שלא פורטו כאן ייבחנו באופן פרטני בהתאם לחברה ולתחום פעילותה. במידה שחלק מהעלויות, בין אם צוינו במפורש לעיל ובין אם לאו, אינן ניתנות לחלוקה וייחוס ספציפי למוצרים השונים המיוצרים על ידי החברה, תתבצע העמסתן על פי חלקו (הכמותי) היחסי של המוצר הנבדק מסך היקף הייצור (הכמותי) של החברה. כאשר נבחנת מופרזות 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 המופרז על הצרכן הסופי של המוצר. כך, למשל, יתכן שבעל מונופולין המספק מוצר צריכה גובה מקמעונאים מחיר מופרז פר יחידת מוצר, באופן המאלץ את הקמעונאים להעלות את המחיר לצרכן שהם גובים בגין המוצר. במקרה מעין זה הממונה עשוי שלא לקחת בחשבון תשלומים ובונוסים שהספק משלם לקמעונאים ואשר באופן רגיל אינם מגולגלים על ידם לטובת הצרכנים.

לבסוף, יש לקבוע מהו שיעור הפער בין מחיר המוצר לבין עלותו המעיד על היותו של המחיר בלתי הוגן. קביעה זו תעשה בהתאם לנסיבות השוק הספציפי בו פועל בעל המונופולין, בהתאם לטיב המידע שבפני רשות ההגבלים העסקיים והיכולת לזהות באופן מדויק יחסית את המחיר המשקף נכונה את עלויותיו של בעל המונופולין, ועל יסוד שיקולים רלבנטיים נוספים שייגזרו מנסיבות המקרה, השוק הרלוונטי ומאפייני ההיצע והביקוש בשוק זה. בשלב זה עשוי הממונה לעשות שימוש במסקנות העולות מבחינה השוואתית של נסיבות המקרה, כפי שיפורט בהמשך. בנוסף, במסגרת זו ישקול הממונה, בין היתר, האם הכניסה לשוק הרלוונטי כרוכה בנטילת סיכון גבוה, שאז תהא הנטיה להכיר בפער גדול יותר בין מחיר המוצר לבין עלות ייצורו כפער סביר.

על מנת ליצור יתר וודאות ולהיטיב את יכולתו של בעל המונופולין לכלכל צעדי, כאשר הפער בין מחיר המוצר לעלות ייצורו, המחושבת כאמור לעיל, אינו עולה על שיעור של 20%, ימשש הדבר כ"נמל מבטחים" מבחינת בעל המונופולין ורשות ההגבלים העסקיים לא תנקוט בצעדי אכיפה

כנגד בעל המונופולין בגין גביית מחיר מופרז.²⁸ באם נמצא כי הפער בין מחיר המוצר לעלות ייצור גבוה מ-20%, יוסיף הממונה ויבחן מהי התוצאה המסתברת מיישומן של המתודולוגיות האחרות שינתחו בפסקאות הבאות על המקרה שבפניו.

יצוין, כי כאשר בעל המונופולין פועל בשוק דו-צידי או רב-צידי, יתכן שמחיר מופרז שהוא גובה בצד אחד של השוק מסבסד הלכה למעשה מחיר נמוך מן העלות הרלוונטית הנגבה מצד אחר בשוק.²⁹ בהקשר זה, ככל שהמחיר הגבוה מופנה לקבוצה שונה ומנותקת מזו הנהנית מן המחיר הנמוך, יראה בכך הממונה ניצול מעמד לרעה לכאורה.

ב. ניתוח רווחיות

המתודולוגיה השניה המשמשת לזיהוי מחיר מופרז מבוססת על ניתוח רווחיותה של החברה.³⁰ 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 לקיומו של מחיר מופרז. חלק זה יפרט כמה מהמדדים המקובלים בספרות אשר זכו להתייחסות גם בכתבתן של רשויות תחרות אחרות בעולם. יודגש, כי אין בפירוט המדדים שייסקרו להלן כדי לחייב את רשות ההגבלים העסקיים לאמץ מדדים אלו בבואה לבחון רווחיותה של חברה לשם אכיפת האיסור על גביית מחיר מופרז. בחינת רווחיותו של בעל המונופולין 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).³¹ מדד זה מייצג את תפישת 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.

למדד הייחוס יושוו מדדים הנסמכים על ביצועי החברה, כפי שהם משתקפים בדוחותיה הכספיים. שני מדדים מקובלים לעניין זה הינם ROCE³² המייצג את שיעור התשואה שמייצרים נכסי החברה ומחושב על ידי חלוקת רווחי החברה ללא הוצאות מימון בסך ההון הפעיל בנקודת

²⁸ יש להדגיש כי מדובר ב"נמל מבטחים" לעניין אכיפת הנורמה האוסרת על גביית מחיר מופרז בלבד. כך, למשל, אם בעל המונופולין, גובה מחיר גבוה ממתחריו בגין תשומה שהם זקוקים לה, הניתוח יכול להיות שונה, ונמל המבטחים לא יהיה רלוונטי.

²⁹ OECD EP, עמ' 33.

³⁰ OECD EP, עמ' 63. ניתוח רווחיות אף הוא אינו זר לדיני ההגבלים העסקיים. כך למשל, הגדרת שוק בהתבסס על מבחן המונופול ההיפותטי נעשית על ידי בחינה האם ביכולתו של המונופול ההיפותטי להעלות מחיריו לאורך זמן מבלי שתפגע רווחיותו.

³¹ Weighted Average Cost of Capital

³² Return on Capital Employed

זמן מסוימת, ו-TIRR³³ שהוא שיעור התשואה אשר מביא את סכום תזרימי המזומנים הצפויים כתוצאה מפעילות החברה בפרק זמן מסוים, מהווים לנקודת הזמן הרלוונטית, לאפס.³⁴ במילים אחרות, TIRR מודד מה הייתה צריכה להיות הריבית או התשואה האלטרנטיבית המינימלית לחסכון שהיינו מעדיפים לקבל במקום לבצע את הפעילות הנדונה.

המדדים נבדלים זה מזה במתודולוגית החישוב (ROCE מחושב על פי נתוני ערך בספרי החברה ו-TIRR מחושב על פי תזרימי העתידיים) ובמידת רגישותם לכללי החשבונאות. יתרונו של TIRR בכך שהוא אינו תלוי בשיטה החשבונאית המשמשת את החברה. כתוצאה מהסתכלות על פרקי זמן מסוימים, הנתונים החשבונאיים עשויים להיות שונים מן הנתונים הכלכליים האמיתיים³⁵ ושימוש באחרונים מצמצם את ההטיה הנובעת משימוש בראשונים.³⁶ עם זאת, חישוב TIRR דורש נתונים בהיקף רחב יותר. בפרט, יהיה צורך בערכם הכלכלי של הנכסים בתחילת תקופת הבדיקה ובסופה, ולא די יהיה בערכי הנכסים שבספרי החברה. כמובן שככל שחלף פרק זמן ארוך יותר ממועד רכישת הנכס ועד לתקופת האמידה, כך סביר שהפער בין ערך הנכס בספרים לערכו הכלכלי יהיה גדול יותר. על כן, במידה שמדובר בנכס אשר נרכש לא מכבר, ניתן יהיה לעשות שימוש בערכו בספרי החברה, בהנחה שהחברה פעלה באופן סביר לטובת מקסום רווחיה.

עוד חשוב לציין, כי חישוב הפער בין המדדים שהוזכרו לעיל יעשה תוך התחשבות בעלויות הרלוונטיות למוצר או שירות מסויים בלבד. ככל שיידרשו התאמות מסויימות, בהתאם לאופי פעילותו של בעל המונופולין, אלו יבוצעו על מנת שיתקבל אומדן המתייחס למוצר או השירות שבמונופולין.

ג. מבחן התשואה

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 בדין האירופי כאמצעי לזיהוי מחיר מופרז.³⁷ כמו כן, ניתן להשוות בין המחיר הנגבה בתקופה הנבחנת למחיר שנגבה לפני או אחרי התקופה הנבחנת.³⁸ הנתון העומד בבסיס ההשוואה אינו בהכרח המחיר שגובה בעל המונופולין, אלא יכול להיות למשל רווחיותו של בעל המונופולין. כך,

³³ Truncated Internal Rate of Return.

³⁴ את הנוסחאות לחישוב גדלים אלו ניתן למצוא אצל: Gregory Alan, "Excessive Prices and the Role of Profitability Analysis", OECD EP, ב-OECD EP, החל מעמ' 389. וראו גם: OECD EP, לעיל, בעמ' 63-66.

³⁵ כך, למשל, כאשר הפחת החשבונאי על נכס מסוים גבוה יותר מהפחת הכלכלי, ה-ROCE יהיה נמוך יותר בתחילת חייו של הפרויקט נשוא הנכס וגבוה יותר בסוף חייו. דוגמא נוספת עשויה להתרחש כאשר לחברה נכסים בלתי מוחשיים שאינם מופיעים בספריה או מופיעים בערך שאינו משתווה לערכם הכלכלי האמיתי.

³⁶ Edwards, J., Kay, J. & Mayer C., The Economic Analysis of Accounting Profitability. Oxford University Press, Clarendon Press (1987).

³⁷ ראו: ענין יונייטד ברנדס לעיל; פרשת רייס לעיל.

³⁸ OECD EP, עמ' 70-71.

ניתן להשוות את רווחיותו של המונופול לזו של פירמות אחרות או של המונופול עצמו בשווקים או בזמנים אחרים.³⁹

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 הוגן; אלא שחריגה בלתי סבירה ממחיר זה עדיין יכולה להעיד על מופרזות המחיר 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. 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.

4. שיקולים באכיפת האיסור על גביית מחיר מופרז

קביעה בדבר ניצול מעמד לרעה בדרך של גביית מחיר מופרז מצריכה משאבים ניכרים, הן באיסוף המידע הדרוש לשם קביעה זו והן בכימותו וניתוחו של מידע זה. הממונה ורשות ההגבלים העסקיים שומרים על זכותם להפעיל את סמכויות האכיפה הנתונות להם במקרים המתאימים, בהתאם לסדרי עדיפויות בהקצאת משאבי רשות ההגבלים העסקיים. להלן נמנה רשימה בלתי ממצה של שיקולים נוספים אותם ישקול הממונה בבואו להכריע האם יש מקום לנקיטת צעדים לשם אכיפת האיסור על גביית מחיר מופרז מצד בעל מונופולין:

א. הממונה יפעל לאכיפת האיסור על גביית מחיר מופרז כנגד בעל מונופולין רק אם בעל המונופולין הוכרז ככזה על פי סמכותו של הממונה בסעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים.

ב. כאשר בעל המונופולין הגיע למעמדו שלא כתוצאה מניצול יתרונות תחרותיים, יש בכך שיקול מיוחד לטובת נקיטת צעדים לשם אכיפת האיסור על גביית מחיר מופרז. כך למשל, תגבר הנטיה לבחון קיומו של תמחור מופרז כאשר מדובר במונופול שנוצר כתוצאה מנסיבות היסטוריות הנוגעות לאופן תכנון השוק על ידי המדינה, או שהמונופול נהנה מסביבה רגולטורית שמנעה או הגבילה באופן משמעותי התפתחותה של תחרות בשוק שבו פועל המונופול. כך גם במקרים בהם המונופול הגיע למעמדו בדרך של נקיטה בפרקטיקות מלאכותיות כגון הסדרי בלעדיות, שליטה במקורות אספקה או הפצה,

³⁹ ראו בהקשר זה: Case No. 1001-1/1/01 **Napp Pharmaceutical Holdings vs. Director-General of Fair Trading, UK Competition Commission Appeal Tribunal**, 15 January 2002. במקרה זה קבעה רשות התחרות בבריטניה, וקביעתה אושרה על ידי בית המשפט, כי המחיר שגבתה Napp. בגין תרופות שייצרה היה מופרז. נערכו שש השוואות: השוואה למחירי המתחרים; השוואה למחירים שנגבו בתקופת הפטנט; השוואה בין המחיר לצרכן למחיר שגבה המונופול מבתיחולים; השוואה למחיר ליצוא; השוואת המרווחים במכירות לצרכנים ולבתי החולים; השוואת המרווחים של Napp לאלו של מתחריה (פס' 393 לפסק הדין).

תמחור טורפני וכדומה.⁴⁰ במקרים אלו, פוחת החשש מפני פגיעה בתמריץ להשקיע השקעות מקדמות רווחה. מנגד, כאשר מדובר במונופול שהגיע למעמדו על דרך של תחרות (חדשנות, שיפור המוצר, תמחור תחרותי לגיטימי וכדומה) נקוט הממונה בגישה זהירה יותר.

ג. באופן דומה, שיקול מיוחד לטובת אכיפת האיסור על גביית מחיר מופרז מתקיים כאשר בתחום בו פועל בעל המונופולין קיימים חסמים מבניים או אחרים המונעים כניסה של מתחרים חדשים, דוגמת מגבלות ייצור וביקוש או כאשר נדרשת השקעה ראשונית ניכרת, למשל בתשתיות.⁴¹

ד. קיומו של רגולטור ענפי עשוי, במקרים מסויימים, להוות שיקול כנגד נקיטת צעדים על ידי הממונה בגין גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין, וזאת כאשר בידי הרגולטור הענפי כלי הסדרה אפקטיביים להסרת הפגיעות הנובעות מפעילותו של בעל המונופולין.⁴² עם זאת יודגש, כי אין באמור כדי לשלול נקיטת צעדים על ידי הממונה בכל מקרה בו קיים רגולטור ענפי, והכל בהתאם לשיקול דעתו של הממונה ובהתאם לנסיבות העניין.

ה. כאשר המוצר או השירות בעדו נגבה מחיר מופרז לכאורה משתייך לתחום המתאפיין בהשקעות גבוהות במחקר ופיתוח או בפעילות בסיכון גבוה, יהיה בכך שיקול כנגד נקיטת צעדים לאכיפת האיסור על גביית מחיר מופרז, נוכח החשש מפני הפגיעה בתמריץ להשקעה וחדשנות.⁴³

ו. ככל שהמחיר המופרז נגבה על ידי בעל המונופולין לאורך תקופה ארוכה יותר והנזק המסתבר הנגרם לציבור הצרכנים כתוצאה מכך גדול יותר, כן יטה הממונה לנקוט בצעדים כנגד גביית המחיר המופרז. כך במיוחד כאשר המוצר שבמונופולין משתייך לקבוצת מוצרי הבסיס בסל מוצריו של הצרכן הפרטי או כאשר מדובר במוצר אשר חשיבותו בחיי היום-יום של הצרכן הפרטי, במישורין או בעקיפין, גבוהה יותר.⁴⁴

ז. כאשר נתח השוק של בעל המונופולין, באופן עקבי ולאורך זמן, קרוב לשליטה מוחלטת בשוק, יהיה בכך משום שיקול לטובת נקיטת צעדים על ידי הממונה בגין גביית מחיר מופרז.⁴⁵

⁴⁰ ראו גם: OECD EP, בעמ' 50.

⁴¹ ראו גם: OECD EP, בעמ' 36, 49. אמנם, כפי שיפורט להלן, שוק עתיר השקעה או עתיר סיכון כשלעצמו עשוי במקרה מתאים להצדיק אי התערבות. מנגד, יתכן שהמונופול כבר החזיר לעצמו את כלל השקעותיו בתשתית, בעוד שכניסתו של מתחרה חדש נחסמת בשל עלות התשתית הנכרת הנדרשת לצורך כניסה.

⁴² ראו גם: OECD EP, בעמ' 51.

⁴³ ראו גם: OECD EP, בעמ' 52.

⁴⁴ ראו גם: OECD EP, בעמ' 52.

⁴⁵ ראו גם: OECD EP, בעמ' 50.

הצעדים שינקוט הממונה כנגד גביית מחיר מופרז

חוק ההגבלים העסקיים מקנה לממונה סמכות לנקוט כנגד בעל מונופולין הגובה מחיר מופרז צעדי אכיפה פליליים (סעיף 47(א)(4) לחוק) וכן צעדי אכיפה מינהליים (סעיף 50ד(א)(3) לחוק), והכל בכפוף לתנאים המפורטים בחוק.

בהתאם להודעת הממונה על פי סמכותו בסעיף 50ד(א)(3) לחוק ההגבלים העסקיים בדבר סוג המעשים והמחדלים לענין עיצום כספי לפי החוק,⁴⁶ גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין תהווה עילה להטלת עיצום כספי על ידי הממונה. כמו כן, בהתאם לגילוי דעת 1/12 בנושא: הנחיות רשות ההגבלים העסקיים בדבר השימוש בהליכי אכיפה של עיצומים כספיים,⁴⁷ העיצום הכספי יהיה כלי האכיפה המרכזי בעניין ניצול מעמד לרעה בנגוד להוראות סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים, למעט כאשר קיימת כוונה להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור. בשים לב לאמור לעיל, אמצעי האכיפה בו ינקוט הממונה כנגד גביית מחיר מופרז יהיה הטלת עיצום כספי על בעל המונופולין, והממונה לא יפעיל סמכויות אכיפה פליליות כנגד גביית מחיר מופרז.

סוף דבר

אחת ממטרותיהם העיקריות של דיני ההגבלים העסקיים היא תמחור תחרותי של מוצרים ושירותים. דוקטרינת התמחור המופרז מבקשת לשים מחסום בפני תמחור אנטי תחרותי של פירמות, המנצלות את מעמדם בשוק על מנת לגרוף לכיסן את מלוא עודף הצרכן או חלק ניכר ממנו.

אכן, האיסור על תמחור מופרז פנים רבות לו, ויש בו כדי להציב אתגר של ממש בפני כל רשות תחרות. אולם אין בכך כדי להצדיק ויתור מראש על התמודדות עם תופעה חברתית בלתי רצויה זו. תמחור מופרז פוגע פגיעה של ממש ברווחת הצרכנים ותורם תרומה משמעותית ליוקר המחיה. במורכבות המאפיינת את אכיפת האיסור על תמחור מופרז יש לטפל על ידי אכיפה זהירה של האיסור, תוך הפעלה נבונה של שיקול דעת.

⁴⁶ י"פ 6487, 24.10.2012, 506.

⁴⁷ הגבלים עסקיים 5001998 (24.7.2012).