

מתוך הספר:

דיני התחרות האירופאים

בראי דיני ההגבלים העסקיים הישראליים

אריאל אזרחי ודיויד גילה

עמיד להתפרסם בהוצאת נבו (2019)

10. קטגוריות של ניצול לרעה של מעמד דומיננטי (Abuse of Dominance)

פרק זה מציג קטגוריות שונות של התנהגות המהווה ניצול לרעה וההתייחסות אליהן במסגרת דיני התחרות האירופאים והישראליים.

10.1. תמחור טורפני (Predatory Pricing)

10.1.1. כפי שצויין בפרקים הקודמים תחרות המחירים מהווה מרכיב מרכזי ביצירת שוק תחרותי ובהשאת רווחת הצרכן. עם זאת, חשוב להכיר במקרים שבהם דווקא מחיר נמוך מדי עלול לשמש ככלי בידי הפירמה הדומיננטית במטרה לדחוק מתחרים מהשוק, לפגוע במבנה השוק, וכך לפגוע בצרכן בטווח הארוך.

10.1.2. תמחור הטורפני מתאפיין על ידי חברה דומיננטית, הבוחרת באופן יזום לתמחר מוצריה, או שירותיה, מתחת למחיר שהיתה גובה אלמלא הכוונה שלה לדחוק את מתחריה מהשוק. בנקיטתה בגישה זו, מכוונת החברה לחיסול או הפחתה של הרסן התחרותי שהיא היתה כפופה לו, כך שתוכל לאחר מכן לבצר עוד יותר את מעמדה הדומיננטי ולהעלות מחיריה מעבר לרמה שהיתה יכולה אלמלא התמחור הטורפני. בהתאם, הקורבן הראשוני של

תמחור טורפני הוא הפירמות המתחרות בפירמה הדומיננטית, אך קורבן נוסף הוא הצרכן, אשר יאלץ, בסופו של יום, לשלם מחיר גבוה יותר ולהיחשף למגוון קטן יותר של מתחרים.

10.1.3. כאשר מדובר ב"מחיר" שנגבה על ידי החברה, יש לשים לב לכל פדיון או רווח שהחברה מקבלת כתוצאה ממכירת המוצר או גדילת מכירותיה בזכות המחיר הנמוך, לרבות רווח נלווה. כך, למשל, חברת אינטרנט שנותנת לציבור הגולשים לגלוש בחינם אמנם גובה מהם מחיר של אפס, אך בזכות הגדלת מספר הגולשים החברה יכולה לקבל כספים ממפרסמים שחפצים לפרסם אצלה. כך גם לגבי חברה המוכרת באופן טיפוסי סל מוצרים, ולא מוצר בודד, ומתמחרת מוצר בודד מתוך הסל במחירי הפסד על מנת למשוך לקוחות, ואז מרוויחה על הסל כולו.¹

10.1.4. בעניין *AKZO*² קבע בית הדין האירופאי לצדק את אמות המידה הבסיסיות להערכת תמחור טורפני. לפתחו של בית הדין הגיע ערעורה של חברת *AKZO* כנגד החלטת הנציבות, עקב קביעת האחרונה כי החברה מנצלת לרעה את מעמדה בשוק הכימיקלים, באמצעות הורדת מחירים מתמשכת.

10.1.5. לצורך הערכת ההתנהגות הטורפנית השווה בית הדין את מחיר המוצר למול עלות אספקתו; שני אומדנים רלוונטיים של עלות בהם נעשה שימוש לעניין זה הם עלות כוללת ממוצעת (Average total costs - ATC) ועלות משתנה ממוצעת (Average variable costs - AVC).

¹ ראו גם פסקה 10.1.2810.1.28 להלן [loss leader ופרשת **גיבור סברינה**].

² 215 CMLR [1993] 5, [1991] ECR I-3359, ECJ, [1991] Case C-62/86 *AKZO Chemie BV v Commission*, (להלן:

"פרשת **AKZO**")

עלות כוללת ממוצעת מחושבת על ידי חיבור סך העלויות הקבועות וסך העלויות המשתנות בתקופה הנתונה וחלוקה במספר היחידות שסופקו באותה התקופה. עלות קבועה היא עלות אשר אינה משתנה עם שינוי בהיקף הייצור או האספקה (כגון עלות של מכונות, שכר דירה קבוע על הקרקע, פרסום, וכו'). עלות משתנה היא עלות אשר גדלה יחד עם גידול בהיקף האספקה (כגון עלות חומרי הגלם המשמשים לייצור יחידות המוצר).

עלות משתנה ממוצעת מחושבת על ידי חלוקת סך העלויות המשתנות בלבד, בתקופה מסוימת, במספר היחידות אשר סופקו באותה התקופה. חישוב זה מתעלם מהעלויות הקבועות שהושקעו על ידי החברה.

10.1.6. בית הדין קבע כי כאשר מחיר המוצר נמוך מהעלות המשתנה הממוצעת, קמה חזקה, הניתנת לסתירה, כי אין כדאיות כלכלית בייצור המוצר ומכירתו במחיר כזה. בתרחיש מסוג זה, תיתפס מדיניות התמחור כטורפנית, משמע, כמדיניות אשר שמה לה למטרה לפגוע במתחרים הקיימים והפוטנציאליים בשוק. בית הדין הוסיף, כי תמחור עשוי להיחשב כטורפני גם כאשר מחיר המוצר גבוה מהעלות המשתנה הממוצעת אך נמוך מהעלות הכוללת הממוצעת. זאת, כאשר יוכח כי מטרתה של מדיניות התמחור היא סילוק מתחרה מהשוק או חסימת כניסה של מתחרה חדש. בית הדין ציין כי:

‘... prices below average total costs, that is to say, fixed costs plus variable costs, but above average variable costs, must be regarded as abusive if they are determined as part of a plan for eliminating a competitor. Such prices can drive from the market undertakings which are perhaps as efficient as the dominant undertaking but

which, because of their smaller financial resources, are incapable of withstanding the competition waged against them.³

10.1.7. בעניין זה עובדות המקרה הצביעו על כך ש-AKZO תמחרה את המוצר מעל העלות המשתנה הממוצעת, אך מתחת לעלות הכוללת הממוצעת. תמחור זה נעשה מתוך כוונתה של AKZO לדחוף החוצה מהשוק את אחד ממתחריה. התקשרויות בין AKZO והמתחרה, שבהן איימה AKZO על המתחרה כי תפעל לנטרולו, וכן תכתובות פנימיות של AKZO, שימשו להוכחת כוונתה. בהתבסס על על כך קבע בית הדין האירופאי לצדק, כקביעת הנציבות, כי חברת AKZO ניצלה לרעה את מעמדה הדומיננטי על ידי הורדה מלאכותית של מחיר מוצריה מתוך כוונה לפגוע ביכולת קיום מתחריה בשוק.

10.1.8. פסק הדין ביסס את הגישה באירופה לניתוח תמחור טורפני, לפיה העלות המשתנה הממוצעת נועדה להוות אומדן לעלות השולית של החברה, קרי לעלות אספקת היחידה האחרונה. תמחור מתחת לעלות המשתנה הממוצעת משמעו כי החברה מפסידה על כל יחידה נמכרת. מכאן החזקה כי תמחור מסוג זה הוא תמחור טורפני. ואולם, חזקה זו, כאמור, ניתנת לסתירה, כאשר הפירמה הדומיננטית מראה כי מניעיו של התמחור מוצדקים. כך, למשל, כאשר החברה מעורבת במבצע קידום מכירות לטווח הקצר – על מנת לקדם את המוצר בתחילת העונה או במסגרת מכירות סוף עונה. במקרים מעין אלו, אשר מאופיינים במבצע מכירות קצר היקף, תמחור מתחת לעלות המשתנה הממוצעת לא יגרור מסקנה בדבר ניצול לרעה של המעמד הדומיננטי.

10.1.9. כאשר המחיר שגבתה הפירמה הדומיננטית ממוקם מעל לעלות המשתנה הממוצעת, אך מתחת לעלות הכוללת הממוצעת, ההתנהגות כאמור יכולה להתפס כניצול לרעה, כאשר

³ פרשת AKZO, בפס' 72

קיימות ראיות המצביעות כי כוונת החברה הדומיננטית היא סילוקו של מתחרה קיים מהשוק, או לחילופין, חסימתו של מתחרה חדש. בתמחור מסוג זה, המחיר בו נוקבת החברה הדומיננטית איננו עולה על העלות הכוללת הממוצעת, לרבות העלויות הקבועות. ההנחה היא כי החברה משמרת אם כך רווח שולי על כל יחידה נמכרת, כיון שהמחיר גבוה מהעלות המשתנה הממוצעת. לפיכך, נותר ספק אם התמחור נקבע לאור מניעים לגיטימיים או דווקא לאור כוונה לדחוק מתחרים מהשוק. משום כך, ליווי ראיות לגבי התמחור האמור בראיות אודות כוונת החברה לסילוק מתחרה מהשוק או חסימת כניסת מתחרה, מבססות את הקביעה כי התמחור טורפני. אולם, הוכחת כוונה מעין זו היא בדרך כלל מלאכה קשה, ובאופן רגיל דרושה חקירה של מסמכים פנימיים, התכתבויות פנימיות, או עדים מתוך הפירמה, על מנת להתחקות אחר כוונה כזו.

10.1.10. יצויין כי מטבע הדברים, במקרים שבהם מחיר המוצר עולה על העלות הכוללת הממוצעת, הפירמה הדומיננטית מכסה הן את הוצאותיה המשתנות והן את אלה הקבועות, ועל כן אין התמחור מעלה חשש בדבר התנהגות טורפנית.

10.1.11. אבן בוחן נוספת לבחינת התנהגות טורפנית, אשר ניתן לעשות בה שימוש, היא העלות הנמנעת הממוצעת (average avoidable cost (AAC)). העלות הנמנעת הממוצעת משקפת את ממוצע כלל העלויות אשר תרמו לייצור המוצר, כולל עלויות נוספות שנדרשו על מנת להגדיל את כושר הייצור. עלות זו, בדרך כלל, גבוהה יותר מהעלות המשתנה הממוצעת, שכן זו הראשונה כוללת בחובה עלויות קבועות של מוצרים בתקופה הנבחנת, ואילו זו האחרונה כוללת רק עלויות משתנות. בפרט, עלות נמנעת ממוצעת כוללת את כל העלויות שהפירמה הדומיננטית היתה יכולה להמנע מהן אלמלא ייצרה כמות מסויימת של יחידות (שיתכן שהצריכה גם השקעה של עלויות קבועות). למשל, נניח שפירמה דומיננטית נחשפת לכניסה של מתחרה חדש, וכדי להרתיע אותו מלהמשיך במאמצי הכניסה לשוק, היא מחליטה להגדיל את פס הייצור שלה ב-90 מיליון יורו, ולייצר עשרה מיליון יחידות נוספות בעלות משתנה של יורו ליחידה. אם כך, העלות הנמנעת של כל המהלך הזה: הגדלת פס הייצור וייצור מיליון היחידות הנוספות היא 90 מיליון (עלות הגדלת פס הייצור) ועוד עשרה מיליון יורו (עלות משתנה של יורו לכל יחידה), שהם 100 מיליון יורו. העלות הנמנעת

הממוצעת של המהלך היא 100 מיליון, חלקי עשרה מיליון יחידות, קרי 10. אם הפירמה הדומיננטית תמחרה כל יחידה של המוצר, למשל, ב-9, היא גבתה מחיר שהוא מתחת לעלות הנמנעת הממוצרת.

10.1.12. AAC יכול אם כן לשמש כמדד חלופי ל-AVC, במקרים בהם הפירמה הנבחנת נדרשה לשאת בעלויות קבועות על מנת לאפשר את תוכנית התמחור הטורפני. במקרים אלו, תמחור מוצר בסכום הנמוך מ-AAC, מבסס חזקה הניתנת לסתירה בדבר קיומו של תמחור טורפני. היתרון במבחן העלות הנמנעת הממוצעת הוא בכך שהוא נותן אינדיקציה מדויקת יתר בדבר קיומו של תמחור שאין לו רציונל כלכלי אלא אם כן כוונת המונופול היא לספוג הפסדים לטווח קצר מתוך אסטרטגיה טורפנית ארוכת טווח, שמטרתה היא סילוק המתחרה מהשוק, להבדיל מפעילות רגילה בשוק.⁴

10.1.13. אבן בוחן נוספת בה ניתן לעשות שימוש היא זו של העלות הכוללת התוספתית הממוצעת לטווח הארוך ((long-run average incremental cost (LRAIC)).⁵ העלות התוספתית הממוצעת לטווח הארוך (Long Run Average Incremental Cost) כוללת את כלל העלויות (כולל עלויות קבועות, ומשתנות) הכרוכות באספקת מוצר מסויים, מבין כמה מוצרים שהפירמה הדומיננטית מוכרת. בהתאם, אומדן זה רלוונטי לפירמה דומיננטית המייצרת מספר מוצרים שונים, כאשר הטענה להתנהגות טורפנית נטענת למשל לגבי אחד המוצרים. בהתאם, אומדן זה מנסה לבודד את כלל העלויות המיוחסות למוצר זה, כולל עלויות פיתוח, מחקר, ועלויות היסטוריות שונות. סך העלויות הזה מחולק במספר

⁴ ראו, למשל, ICN, *Unilateral Conduct Working Group*, *Unilateral Conduct Workbook*,

Chapter 4: Predatory Pricing Analysis, 11th Annual ICN Conference, Rio de Janeiro, Brazil, April 2012, p. 24 https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/07/UCWG_UCW_Ch4.pdf

Tetra Pak II – OJ [1992] L72/1 ⁵

היחידות של המוצר האמור שנמכרו בתקופה הרלוונטית.⁶ בידוד של העלויות הרלוונטיות רק למוצר אחד הוא מלאכה מאתגרת כאשר לפירמה יש גם עלויות המשותפות לכמה מוצרים, ואז נשאלת השאלה כיצד יש לייחס את העלויות המשותפות לכל מוצר ומוצר.

10.1.14. ניתן לזהות דמיון בין המדד של העלות התוספתית הממוצעת לטווח הארוך לבין המדד של העלות הכוללת הממוצעת. הראשון רלוונטי כאשר לפירמה הדומיננטית כמה מוצרים, וחפצים להתחקות אחר כלל העלויות הרלוונטיות לאותו המוצר. אומדנים שכוללים בחובם עלויות קבועות, ולא רק משתנות, יכולים לעזור, ראשית, בהפרכת טענה לתמחור טורפני, כאשר המחיר שגובה הפירמה הדומיננטית מכסה אף את העלויות הקבועות. שנית, כאשר מדובר בשוק עתיר השקעה, ורוב ההשקעה מצד הפירמה הדומיננטית כבר שקועה (כגון שווקי תוכנה, תרופות, תשתיות וכו'), אזי הרתעת כניסה אפקטיבית יכולה להתרחש באמצעות תמחור מתחת לעלות הכוללת הממוצעת, או העלות התוספתית הממוצעת לטווח ארוך. זאת משום שלאור תמחור זה, הנכנס הפוטנציאלי עלול לחשוש שהוא לא יוכל להחזיר לעצמו את העלויות הקבועות הגדולות הדרושות בכדי להיכנס לשוק.⁷

10.1.15. בנייר העמדה לגבי סעיף 102 לאמנה, הנציבות האירופאית מבארת את גישתה כלפי תמחור טורפני ואת המקרים בהם סביר שתפתח בחקירה. מטבע הדברים גישת הנציבות מבוססת על הפסיקה שתוארה לעיל. על פי הנציבות, התערבותה מתחייבת כאשר קיימות ראיות כי פירמה דומיננטית מקריבה רווחים בטווח הקצר באופן הנחשד כטורפני. בהתנהגות מעין זו, הפירמה הדומיננטית יוזמת הפסדים בטווח הקצר, למען שימור או חיזוק כוחה בשוק בטווח הרחוק, על חשבונם של מתחריה ותוך פגיעה בצרכנים. הנציבות מבהירה כי נקודת ההתחלה של הבחינה שלה תהיה הערכת העלות הנמנעת הממוצעת.

⁶ ראו Unilateral Conduct Workbook, לעיל הי"ש 4, בעמ' 26.

⁷ ש.ם.

תמחור מתחת לעלות זו, יהווה, לרוב, עדות ישירה לקיומה של התנהגות שמקריבה רווחים בטווח הקצר.

10.1.16. הנציבות מבארת כי המדד לקביעת מחיר כטורפני משקף את ההשפעה על "מתחרה היעיל באותה המידה" (*as efficient competitor*). אם הפירמה הדומיננטית תמחרה מתחת לעלות המשתנה הממוצעת שלה, הרי שמתחרה היעיל באותה המידה כמו הפירמה הדומיננטית לא יוכל להתחרות עם מחיר זה מבלי לספוג הפסדים עבור כל יחידה נמכרת.

10.1.17. הנציבות חוזרת על העיקרון שנקבע בפסיקה לפיו כאשר המחיר שגבתה הפירמה הדומיננטית הוא מעל העלות המשתנה הממוצעת, אך מתחת לעלות הכוללת הממוצעת (או העלות התוספתית הממוצעת לטווח הארוך, במקרה של פירמה דומיננטית שמייצרת כמה מוצרים ומדובר בתמחור של אחד מהם), אזי הקביעה כי התמחור הוא טורפני תלויה בקיומן של ראיות נוספות על כוונה טורפנית. בהקשר זה ניתן להסתמך על מסמכים פנימיים של הפירמה הדומיננטית, הנותנים אינדיקציה לגבי האסטרטגיה הטורפנית. לדוגמא, התכתבויות פנימיות לפיהן הפירמה הדומיננטית תכננה מהלכה בכדי לחסום או לדחוק מתחרה.⁸

תמחור כזה עשוי להיות טורפני משום שמתחרה קטן יותר, אך יעיל באותה המידה כמו הפירמה הדומיננטית (קרי מתחרה עם עלות כוללת דומה, או עלות תוספתית לטווח הארוך שהיא דומה), לא יוכל לכסות את עלויותיו הקבועות בתמחור מעין זה. פירמה שאינה יכולה לכסות את עלויותיה הקבועות תיפלט מהשוק אם העלויות הקבועות הללו ניתנות למניעה בשלב מסוים. למשל, אם מתחרה פוטנציאלי שוקל להיכנס אל השוק של הפירמה

8 Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (Text with EEA relevance) OJ C 45, 24.2.2009, p. 7–20 paras 63-74.

הדומיננטית, הוא טרם השקיע את העלויות הקבועות, ותמחור מעין זה יגרום לו להישאר מחוץ לשוק. בנוסף, מתחרה קיים בשוק שעל מנת להישאר בשוק צריך לממן השקעות קבועות, גם הוא יצא מהשוק, אם הוא יודע שבעתיד הוא לא יוכל להחזיר לעצמו את עלויותיו הקבועות האמורות. בהתאם, כאשר תמחור כזה נלווה אל ראיות על כוונה טורפנית, ייקבע כי מדובר בתמחור טורפני.

הנציבות מציינת כי אין הכרח שמתחרי הפירמה הדומיננטית ידחקו החוצה מהשוק על מנת שהתמחור ייחשב טורפני. די בכך שהתמחור עלול לפגוע ביכולתם של המתחרים להתחרות באופן אגרסיבי, גם אם אלה לא צפויים להיות מסולקים מהשוק.⁹ כדוגמה, מציינת הנציבות אפשרות שהתמחור נועד על מנת ליצור מאזן אימה אל מול מתחרה ולגרום לו להתאים עצמו למחיר אותו גובה הפירמה הדומיננטית ולהימנע ממלחמת מחירים.¹⁰

10.1.18. עד כה פרטנו את הגישה הנהוגה באירופה לפיה תמחור טורפני יבוסס על סמך בחינת המחיר אל מול שתי רמות עלות עיקריות. באם התמחור הוא נמוך מ-AAC, AVC, או

Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (Text with EEA relevance) OJ C 45, 24.2.2009, p. 7–20 para 69

¹⁰ ראו דברי הנציבות בסי' 69 לפרסום:

'The Commission does not consider that it is necessary to show that competitors have exited the market in order to show that there has been anti-competitive foreclosure. The possibility cannot be excluded that the dominant undertaking may prefer to prevent the competitor from competing vigorously and have it follow the dominant undertaking's pricing, rather than eliminate it from the market altogether. Such disciplining avoids the risk inherent in eliminating competitors, in particular the risk that the assets of the competitor are sold at a low price and stay in the market, creating a new low cost entrant.'

LRAIC הרי שקמה חזקה (הניתנת לסתירה באמצעות הגנת יעילות או הגנת הצורך האובייקטיבי) כי הוא טורפני. באם התמחור גבוהה מהם אך נמוך מ- ATC, הרי שאז ניתן להוכיח מחיר טורפני ובלבד שקיימות ראיות בדבר כוונה טורפנית. משמע, בטווח הביניים, נדרשת הוכחה ראייתית בדבר כוונת הפירמה לפגוע במתחרה.

10.1.19. בפסק הדין שבעניין Post Danmark A/S v Konkurrencerådet, ביסס בית הדין אבחון נוספת לבחינת תמחור טורפני בטווח הביניים, המבוססת על האפקט אותו יוצר התמחור (ולא על כוונת הצדדים כפי שנקבע בעניין AKZO).¹¹

בפסק דין זה בחן בית הדין את תמחורם של מספר שירותי דואר שהציעה הפירמה הדומיננטית Post Danmark. התמחור במקרה זה היה מעל AIC (average incremental cost), אך מתחת ל- ATC. בבוחנו את אותו תחום ביניים, קבע בית הדין כי ניתן לבסס קביעה בדבר תמחור טורפני בטווח הביניים כאשר קמה הוכחה כי תמחור זה הוא בעל השפעה טורפנית פוטנציאלית. כאשר המחיר הוא מתחת ל-AIC, אזי מוצדקת מסקנה כי מדובר בהפרה גם בלי צורך להראות השפעה טורפנית פוטנציאלית.¹² ייחודה של הפסיקה במקרה זה בהתמקדות בית הדין בהשפעה האפשרית של התמחור (ולא בכוונת הפירמה הדומיננטית).

10.1.20. ניתן אם כן לסכם כי באירופה קיימים מספר מדדים שבהם ניתן לעשות שימוש על מנת להוכיח תמחור טורפני. כולם מבטאים את הרציונל לפיו תמחור מתחת לעלות אינו מוצדק אובייקטיבית ובתור שכך עשוי להחשב כטורפני.

Court of Justice, [2012] 4 CMLR 23 Post Danmark A/S v Konkurrencerådet ¹¹Case C-209/10

¹²שם, בפס' 44.

בטווח הביניים ניתן לעשות שימוש בהלכת AKZO, המבוססת על מציאת ראיות לכוונה טורפנית או בהלכת Post Danmark שעל פיה יש לבחון את השפעת התמחור על התחרות, על מנת לבסס הפרה.

כאשר מוצגות ראיות כי הפירמה תמחרה את מוצריה מתחת לרף הכדאיות הכלכלית, כגון מתחת ל-AVC; מתחת ל-AAC; AIC או לחילופין מתחת ל-LRAIC, קמה חזקה בדבר היות התמחור טורפני.

10.1.21. חשוב לציין כי על מנת להוכיח שתמחור הוא טורפני, על פי המדדים שפרטנו לעיל, אין זה נדרש על פי הדין האירופאי להוכיח כי הפירמה הדומיננטית תוכל להחזיר לעצמה את הפסדיה לאחר יציאת המתחרה מהשוק. במסגרת דיני התחרות האירופאיים, החזר הפסדים, קרי - recoupment, איננו תנאי הכרחי להוכחת התנהגות טורפנית.¹³ בעניין *Tetra Pak*¹⁴ העיר בית הדין האירופי לצדק כי:

"It would not be appropriate, in the circumstances of the present case, to require in addition proof that Tetra Pak had a realistic chance of recouping its losses. It must be possible to penalize predatory pricing whenever there is a risk that competitors will be eliminated. The Court of First Instance found,... that there was such a risk in this case. The aim pursued, which is to maintain

¹³ ראו פרשת AKZO, לעיל ה"ש 2.

Case C-333/94 P, Tetra Pak International SA v Commission, ECJ, [1996] ECR I-5951, [1997] 4

¹⁴ CMLR 662 (להלן "פרשת Tetra").

undistorted competition, rules out waiting until such a strategy leads to the actual elimination of competitors".¹⁵

10.1.22. הערות דומות נאמרו על ידי בית הדין בעניין *France Télécom SA*.¹⁶ יש לציין כי גישה זו, הנהוגה באירופה, שונה מזו הנהוגה בארצות הברית. בהתאם לדין האמריקאי, על מנת לבסס קיומה של התנהגות טורפנית, יש הכרח להוכיח כי הפירמה הדומיננטית מחזיקה ביכולת סבירה להחזיר לעצמה בטווח הארוך את ההפסדים שספגה בתקופה שבה התנהגה באופן טורפני.¹⁷

ישראל

10.1.23. בישראל, על פי סעיף 29א(ב)(1) או (2) לחוק ההגבלים, תמחור טורפני הנו תמחור אסור. סעיף 29א(ב) קובע כי "יראו בבעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור", בין היתר, כאשר קיימת:

"(1) קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין" וכן כאשר קיימים:

"(2) צמצום או הגדלה של כמות הנכסים או היקף השירותים המוצעים על-ידי בעל מונופולין, שלא במסגרת פעילות תחרותית הוגנת";

¹⁵ שם, בפסי' 44.

¹⁶ Case C-202/07 PEJ [2009] 1 FLR 1149, [2009] All ER (D) 118

¹⁷ ראו החלטת בית המשפט העליון בארה"ב בעניין *Brooke Group Ltd v Brown & Williamson Tobacco Corp* 509 US 940 (1993). ראו גם החלטת בית המשפט העליון האמריקאי בעניין *Weyerhaeuser Co. v Ross-Simmons Hardwood Lumber Co. Inc.* 127 S.Ct. 1069 (2007) (העוסקת בתמחור טורפני במסגרת מכרז).

10.1.24. הפסיקה הישראלית עדיין לא נתנה מילתה האחרונה לעניין היקף האיסור בדבר תמחור טורפני. עם זאת, נראה כי גם בישראל תמחור הנמוך מאיזשהו אומדן של עלות של המונופול הוא טורפני.¹⁸

10.1.25. בזמנו מונופול המלט נשר¹⁹ פנה אל הרשות בשאלה אם דיני ההגבלים העסקיים מונעים ממנה להעניק הנחות נקודתיות ללקוחות, כך שתוכל להתחרות עם יבואני המלט על המחיר לצרכן. הכלכלן הראשי של הרשות דאז הבהיר כי "הוזלת מחיר המלט בהנחות לטובת הצרכן אינה אסורה, כמובן, כשלעצמה; אלא שיש להקפיד על כך שהנחות אלה לא יהיו במסגרת ניצול לרעה של כוח שוק ולא יפגעו בתחרות. בין היתר, הבהירה הרשות כי ההנחות ה"נקודתיות" אינן יכולות להפלות בין מתחרים באופן העלול להעניק יתרון בלתי הוגן למתחרה; כי אסור שכתוצאה ממתן ההנחות הנקודתיות ייפגעו ההנחות הכלליות הנוהגות היום כלפי לקוחות קיימים, וכי בכל מקרה אסור לנשר להנהיג מחירים טורפניים (מחירים שאינם מכסים את עלות הייצור השולית)". ברור מכאן כי גישת הרשות היתה שתמחור מתחת לעלות השולית (וההנחה היא כי גם תמחור מתחת לעלות המשתנה הממוצעת, המהווה אומדן לעלות השולית) מהווה תמחור אסור כשלעצמו כשמדובר בעל מונופולין. אמנם בהקשר הספציפי של נשר, מההן לגבי עלות שולית למדים לאו לגבי עלות כוללת. הווה אומר, הרשות למעשה נתנה בכך היתר לנשר, בזמנו, לגבות מחיר מתחת לעלות הכוללת הממוצעת שלה, ובלבד שהמחיר מעל העלות המשתנה הממוצעת. עם זאת, קשה להסיק מההודעה לעיתונות הזו במקרה הנקודתי הזה כי הרשות היתה מתירה כל תמחור שהוא מתחת לעלות הכוללת הממוצעת, או העלות הנמנעת הממוצעת, או העלות

¹⁸ ראו הי"ע (י-ם) 9/99 אמנה (תש"י) חברה להחסנה וערובה בע"מ נגד הממונה על ההגבלים העסקיים תק-מ-2002(1), 12943 (להלן: "עניין אמנה"). ראו גם ת"פ (ת"א) 93/4783 מדינת ישראל נ' גיבור סבירינה מפעלי טקסטיל בע"מ ואח', קובץ החלטות בענייני הגבלים עסקיים, כרך ג', 261 (להלן: "פרשת גיבור סבירינה").

¹⁹ רשות ההגבלים העסקיים, 264318/3945 הודעה לעיתונות: רשות ההגבלים העסקיים התיירה לנשר להעניק הנחות ללקוחות בתנאים שיבטיחו אי פגיעה בתחרות (2002).

התוספתית הממוצעת לטווח הארוך כפי שהוגדרו לעיל (שכולן כוללות עלויות קבועות). כשמדובר בהתמודדות עם יבוא, ההנחה היא שהמתחרה (קרי, הפירמה הזרה) כבר שיקע את עלויותיו הקבועות. על כן, תמחור מעל העלות המשתנה הממוצעת על ידי המונופול בדרך כלל יאפשר למתחרה כזה להתחרות, אלא אם קיימים חסמי יבוא, או עלויות קבועות של היבואן, שימנעו ממנו זאת.

10.1.26. גישה דומה הביע בית הדין בעניין אותו-קו²⁰, שם נפסק כי תמחור טורפני הוא תמחור הנופל מהעלות המשתנה הכרוכה בייצור המוצר. בית הדין הבהיר באותו עניין את המובן מאליו, כי איסור התמחור הטורפני חל על בעלי מונופולין בלבד. הדין הישראלי והאירופאי זהים מבחינה זו שהאיסורים החלים על פירמה דומיננטית באירופה או בעל מונופולין בישראל חלים רק כל עוד הם בסטטוס דומיננטי זה. על כן, למשל, אם פירמה בישראל היא בעלת נתח שוק של 50% או פחות, אין עליה כל מגבלות מכוח הפרק העוסק באיסורים החלים על בעל מונופולין (וכך גם לפירמה שאינה דומיננטית באירופה). זאת בשונה מהדין האמריקאי, למשל, המחיל איסורים הרלוונטיים למונופולין גם על פירמה שבזמן ההתנהגות איננה דומיננטית, אך עלולה לרכוש לעצמה דומיננטיות כתוצאה מההתנהגות ("מונופוליזציה אסורה").²¹

10.1.27. פסקי דין נוספים בישראל דנו בתמחור טורפני אגב אורחא. בעניין אמנה,²² הבהיר בית המשפט כי תנאי יסוד לקיומו של תמחור טורפני הנו הסיכוי הסביר כי בעל המונופולין

²⁰ת"א 42717/99 אותו-קו הנדסה ממוחשבת בע"מ נגד טלדור מערכות מחשבים (1986) בע"מ (פורסם בנבו, 29.11.01).

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, Sherman Act, 15 U.S.C § 2 (2011)²¹
or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony...

²²ראו עניין אמנה, לעיל הי"ש 18.

יוכל לפצות עצמו בעתיד, על ידי העלאת המחירים לצרכן. מכאן, לכאורה, לפי אמרת אגב זו של בית המשפט המחוזי, לביסוס טענת התמחור הטורפני יש להראות אפשרות לסיכוי סביר של בעל המנופולין להחזרת הפסדיו, כמו הדרישה במשפט האמריקאי, אך בניגוד להלכת המשפט האירופאי, שהוזכרה בפסקה 10.1.21 לעיל. אולם, קשה להסיק מכאן הלכה חד משמעית בעניין זה, ובית המשפט העליון לא אמר את דברו לגבי השאלה.

10.1.28. בפרשת גיבור סבריינה,²³ שעסקה באישום פלילי כנגד בעל מונופולין שסירב סירוב בלתי סביר למכור לקמעונאי שגבה מתחת ל-"מחיר המומלץ" של המונופול, הזכיר בית המשפט את הכלל בדבר תמחור טורפני על דרך השלילה ואבחן אותו מפרקטיקה של "loss leader". אחת מטענות ההגנה של המונופול בפרשה זו היתה שהוא סרב למכור לאותו קמעונאי משום שהלה מכר את הגרביונים של המונופול במחירי הפסד, ועל כן תמחור תמחור טורפני. בית המשפט דחה טענה זו, וציין כי תמחור טורפני מתקיים "רק במקום שבו המטרה של הורדת המחירים או מכירה במחירי הפסד, היא דחיקת מתחרים מן השוק הרלוונטי, או מניעת כניסתם של מתחרים פוטנציאליים...". בית המשפט אבחן, בצדק, התנהגות כזו, מהתנהגותו של הקמעונאי הנדון, שגם אם מכר את הגרביונים של גיבור סבריינה במחיר שהיה מתחת לעלות עבור הקמעונאי, למשל על מנת לגרום לצרכנים לבוא אל החנות שלו ולרכוש דברים נוספים (התנהגות של "loss leader"), אין בכך כדי לומר שהתנהגות הקמעונאי היא לצורך סילוק של מתחרים שלו (קמעונאים מתחרים מאותו אזור) מהשוק הרלוונטי.

10.1.29. בפרט, יש לציין שגם כאשר פירמה הנוהגת למכור סל מוצרים לצרכנים מתמחרת רכיב אחד של הסל מתחת לעלות מכירת הרכיב הזה על ידי הפירמה, אין בכך כדי לומר שמכרה לצרכנים במחירים מתחת לעלות, משום שיתכן שהפירמה מרוויחה על סל המוצרים,

²³ פרשת גיבור סבריינה, לעיל ה"ש 18.

שבאופן טיפוסי נרכש על ידי לקוחות. מכירת הרכיב הבודד במחיר נמוך אינה אלא שיטה שיווקית על מנת להניע צרכנים לבוא אל הפירמה ולרכוש ממנה את הסל.

10.1.30. גם אם מדובר בבעל מונופולין, המוכר רכיב מסויים של סל מוצרים הנמכר על ידו במחירי הפסד, הרי שכל עוד הוא מוכר את סל המוצרים הטיפוסי שהלקוחות צורכים בשוק זה במחיר העולה על אומדן העלות הרלוונטי, אין מדובר בתמחור טורפני. מתחרים של אותו מונופול מסוגלים להגיב, למשל על ידי תמחור הרכיב האמור גם כן במחיר הפסד, וגם הם, כמו המונופול, יוכלו בכל זאת להיות רווחיים, אם יעלו בהתאמה את יתר רכיבי הסל.

10.1.31. בעניין גזגל,²⁴ התייחס בית המשפט המחוזי לסוגיית התמחור הטורפני שלא במישור דיני ההגבלים העסקיים. גזגל טענה כי החברה המתחרה בה, פזגו, נוקטת ב"תחרות בלתי הוגנת", כאשר היא מציעה הנחה ניכרת במחיר ללקוחות המאיימים לנטשה.

10.1.32. בית המשפט המחוזי אימץ על הכרעתו העובדתית של בית משפט השלום, שקבע כי הדין הישראלי עדיין אינו מכיר בעוולה כללית ועצמאית של תחרות לא הוגנת, אך ציין כי קיימת מגמה בפסיקה של הכרה בזכות העוסק להגנה מפני תחרות בלתי הוגנת, הן כנגזרת מעוולת גניבת העין, והן כנגזרת מדיני עשיית עושר ולא במשפט. בנוסף, בית המשפט יוצא מתוך הנחה כי הורדת מחירים במטרה לסלק "שחקנים קטנים" מהשוק לא נאסרה בדין הישראלי. לאור זאת קבע כי התנהגות פזגו אינה עולה לכדי עוולה עצמאית של תחרות בלתי הוגנת. בנוגע לעילה המסתמכת על עשיית עושר ולא במשפט - בית המשפט הסתכל על מטרת ההתנהגות, וקבע כי מטרת הורדת המחירים הייתה לגיטימית ונבעה מהרצון לשמר לקוחות ולהגדיל את נתח השוק, דבר המהווה לשיטת בית המשפט צעד לגיטימי והגיוני שהוא חלק מהפעילות בשוק החופשי, ובמיוחד כשמדובר בהטבות הניתנות לתקופה מוגבלת. בית המשפט נתן משקל לעובדה שהתמחור לא היה במחירי

²⁴ראו ע"א (ת"א) 1462/08 גזגל השרון (1992) בע"מ נגד פזגו (1993) בע"מ (פורסם בנבו, 03.08.10).

הפסד עבור פזגו. יתרה מכך, בית המשפט ציין כי התרשם שהתנהגות פזגו לא פגעה בגוגל באופן משמעותי. מכאן עולה, במשמע, כי אילו היו ראיות לכך שמטרת הורדת המחירים על ידי פזגו היתה סילוק של מתחרה קטן מהשוק, או שהתמחור היה מתחת לעלות של פזגו, כן היתה יכולה להתבסס עילה כנגד פזגו, גם בלי קשר לאיסור על תמחור טורפני בחוק ההגבלים העסקיים, החל כאמור רק על בעל מונופולין. זוהי מסקנה משתמעת מעניינת מפסק הדין, שהרי מבחינת חוק ההגבלים העסקיים, לא קיים איסור על "תמחור טורפני" כאשר אין מדובר בבעל מונופולין.

10.1.33. בדין הישראלי לא הוכרה עוולה עצמאית של "תחרות בלתי הוגנת". יחד עם זאת, הפסיקה הכירה בזכות העוסק להגנה מפני שיטות מסחר פסולות ובלתי הוגנות מצד מתחריו, וזאת, בין היתר, תוך שימוש בדיני עשיית עושר ולא במשפט.²⁵ השאלה הרלוונטית היא אם תחרות אגרסיבית מצד פירמה (והפעם, לאו דווקא מונופול, אבל על אחת כמה וכמה מונופול) יכולה להוות הפרה של דיני עשיית עושר ולא במשפט.

10.1.34. אחד מיסודות דיני עשיית עושר ולא במשפט, הינו קבלת טובת הנאה "שלא על פי זכות שבדין". הדין איננו מגדיר במפורש מהי הזכות בדין, ועל כן הנטייה היא לפסוק בהתאם למבחן הצדק.²⁶ הווה אומר, בהקשר שלפנינו, בהתחשב באיזון הנדרש בין ערך התחרות החופשית לבין ערך השמירה על תחרות הוגנת.

²⁵ להרחבה ראו רע"א 94/5768 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4)

289 (1998), שם הכיר בית המשפט העליון באפרות לתת הגנה משפטית לרעיונות שאינם מוגנים במסגרת דיני הקניין הרוחני, באמצעות דיני עשיית העושר ולא במשפט. יחד עם זאת, בכל הנוגע להיקף ההגנה, נחלקו השופטים בדעותיהם. אומנם פסק הדין עוסק בעיקרו בסוגייה מדיני הקניין הרוחני, אך בית המשפט התייחס באופן עצמאי גם לשאלת התחרות הבלתי הוגנת.

²⁶ דניאל פרידמן **דיני עשיית עושר ולא במשפט** (כרך א', מהדורה שנייה, 1998), בעמ' 84.

10.1.35. הפסיקה משתמשת בעניין זה במספר מבחני עזר: (א) תום הלב ומטרת האמצעים אשר ננקטו - האם ההטבה או ההנחה הנבחנת ניתנו בתום לב, מתוך אסטרטגיה שיווקית לגיטימית להגדלת קהל הלקוחות, או שמא מטרתם דחיקת מתחרים מהשוק; (ב) האם האסטרטגיה של הפירמה הנתבעת מכוונת כנגד מתחרה קטן או חלש, או למשל, נגד חברה זהה בהיקפה ובעוצמתה הכלכלית; (ג) בדיקת מהות ההטבה - האם ענייננו בהנחה שאינה סבירה, כגון: מובילה למחירי הפסד; (ד) היקף קהל הלקוחות המקבלים את ההטבה ומשך התקופה בה ניתנת ההטבה - ככל שהתמחור האגרסיבי מופנה כלפי מספר רב יותר של לקוחות ולתקופה ארוכה יותר, גדל הסיכוי כי מדובר בתחרות בלתי הוגנת.

10.1.36. אם כך יש דמיון בין הכללים המשפטיים של תחרות בלתי הוגנת על פי דיני עשיית עושר ולא במשפט לבין דיני ההגבלים העסקיים, אך קיימים גם הבדלים. ראשית, תום לב, או באופן אנלוגי, כוונה לסלק מתחרים, נראית כתנאי בלעדיו אין לאחריות בעשיית עושר ולא במשפט, בעוד שבדיני ההגבלים העסקיים כוונה יכולה לסייע לניתוח, אך היא איננה הכרחית ליצירת אחריות (למשל, כאשר תמחור של בעל מונופולין הוא מתחת לעלות המשתנה הממוצעת, שאז התמחור הוא טורפני גם בהיעדר ראיות על כוונה לסלק מתחרים). שנית, השאלה כלפי מי ממוקדת האסטרטגיה של הפירמה הנתבעת היא רלוונטית הן בדיני ההגבלים העסקיים והן בדיני עשיית עושר. גם בדיני ההגבלים העסקיים, ראיות על מיקוד האסטרטגיה במתחרה פגיע במיוחד מקצינות את הטענה כנגד הפירמה הדומיננטית. שלישית, גודל ההנחה במחיר רלוונטי מאוד בשני סוגי הדינים. רביעית, היקף קהל הלקוחות אליו כוונה ההטבה דווקא יכול להוביל למסקנות הפוכות במסגרת דיני ההגבלים העסקיים. כך, למשל, אם המונופול נותן הנחה לכלל לקוחותיו (שאינה מתחת לעלות), דיני ההגבלים העסקיים מתירניים יותר כלפי ההנחה מאשר מצב שבו ההנחה ניתנת באופן סלקטיבי, רק ללקוחות שחשופים לתחרות. נקודת המוצא של דיני ההגבלים העסקיים היא שככל שהמונופול יכול להשיג אפקט של דחיקת מתחרים יותר ב"זול" מבחינתו של המונופול, כך ההתנהגות מסוכנת יותר, ויש יותר מקום להרתיע את המונופול מלנקוט בה.

10.2. מדיניות תמחור בררני וסלקטיבי (Selective Price Cuts)

10.2.1 בעוד שתחרות מחירים "בריאה" עשויה להביא לסילוקן מהשוק של חברות שאינן יעילות, מדיניות תמחור בררני עלולה לאפשר לפירמה דומיננטית לדחוק מהשוק מתחרה מסוים, אשר עשוי להיות יעיל, ללא עלות גבוהה עבור הפירמה הדומיננטית לביצוע האסטרטגיה. עסקינן במקרה זה במדיניות סלקטיבית שבה נוקטת חברה בעלת כוח שוק ניכר, שעניינה תמחור שמטרתו לפגוע במתחרה.

10.2.2 תמחור בררני שונה מתמחור טורפני, בכך שבחינתו איננה מתמקדת בשאלה אם המחיר הוא מתחת לעלות, כי אם במדיניות הסלקטיבית של מתן הנחות ללקוחות, ושימוש מושכל במדיניות זו על מנת לדחוק מתחרה מסוים מהשוק. היות ועסקינן במקרה זה בתמחור שאינו נופל מהעלות, זהירות יתרה נדרשת בטרם יוביל תמחור שכזה להתערבות. אכן, המקרים המעטים בפסיקה שעסקו בסוג זה של ניצול מעמד לרעה, התמקדו בפירמות בעלות נתח שוק גבוה מאד, כאשר מכלול העובדות הצביע על מדיניות מכוונת שמטרתה פגיעה במתחרה מסוים בשוק.

10.2.3 המקרה המוביל באירופה בעניין זה הנו *Compagnie Maritime Belge Transports*,²⁷ שבו מצאה הנציבות כי מספר חברות דומיננטיות המפעילות קווי שייט בחרו לפעול יחדיו מתוך מטרה לסלק מהשוק מתחרה עצמאי.²⁸ החברות יישמו הסכם שיתוף פעולה, תוך שימוש בתמחור בררני, והפחיתו במקביל את מחיריהן רק בקווי השייט אותם מפעיל המתחרה העצמאי. קביעת המחיר נעשתה לא מתוך שיקול כלכלי אלא במטרה להכות את המתחרה. ההפסדים אותן יצרה אסטרטגיה זו נחלקו בין הפירמות הדומיננטיות.

27 Joined Cases C-395, 366/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports and others v Maritime Belge* Commission, ECJ, [2000] ECR I-1365, [2000] 4 CMLR 1076 (להלן: עניין *Maritime Belge Transports*).

²⁸ לעניין דומיננטיות קולקטיבית ראו לעיל פרק __ בעי __.

‘The appellants were criticised for having determined fighting rates, fixed in common, which departed from the tariff normally set by Cewal and which were determined not according to 'economic criteria (that is to say on the basis of costs) but solely in order for them to be lower than the prices advertised by G & C, with the losses resulting from the application of that price-fixing system being shared between the members of Cewal’.²⁹

החברות האמורות החזיקו יחדיו בנתח של תשעים אחוזים מהשוק הרלוונטי. בפסיקתו, קבע בית הדין לצדק כי במקרה שבו פירמה במעמד דומיננטי מפחיתה מחיריה באופן בררני, היא יוצאת נשכרת בשני מובנים עיקריים: ראשית, חיסול ממוקד של התחרות; שנית, גביית מחירים גבוהים יותר מצרכניה שאינם חשופים להצעות מתחרות, וזאת, במקרה הנדון, לא רק בגין השירות נשוא התחרות אלא גם בעבור שירותים אחרים שהיא נתנה לאותם הלקוחות.

‘Where a liner conference in a dominant position selectively cuts its prices in order deliberately to match those of a competitor, it derives a dual benefit. First, it eliminates the principal, and possibly the only, means of competition open to the competing undertaking. Second, it can continue to require its users to pay higher prices for the services which are not threatened by that competition’.³⁰

²⁹ עניין **Maritime Belge Transports**, לעיל הי"ש 27, בפסקה 101.

³⁰ שם, בפסקה 117.

10.2.4 בית הדין קבע כי החברות האמורות ניצלו לרעה את מעמדן הדומיננטי בשוק משום שהפעילו תמחור ברנני שמטרתו חיסול המתחרה. חשוב לציין כי פסק הדין במקרה דנן, לא בחן את מבנה העלויות אלא את העובדה כי החברות הורידו את המחיר מתחת למחיר המחירון אותו פרסמו כאשר פעלו אל מול המתחרה החדש. הפסיקה התבססה על אותו תמחור סלקטיבי וברנני מתחת למחיר המחירון. ככלל, פסק הדין נחשב ליוצא דופן, במובן זה שנבע: (א) מכוח השוק העוצמתי של הפירמות הדומיננטיות שנבחנו; (ב) מהעובדה כי הן פעלו לניטרול מתחרה והפחיתו מחירים מתחת למחירון באופן סלקטיבי; (ג) מכך שפעילות זו היוותה חלק ממכלול פעילויות שמטרתן ניטרול המתחרה. נציין כי במקביל לניתוח ההתנהגות תחת סעיף 102 TFEU, נמצאו החברות במקרה זה גם כמפרות את סעיף 101 TFEU ביצירתן הסדר כובל שמטרתו סילוק המתחרה מהשוק.

10.2.5 בהחלטה בעניין *Hilti AG* קנסה הנציבות את החברה בגין ניצול לרעה של מעמדה הדומיננטי, לרבות עקב בחירתה להציע הטבות ותנאים מיוחדים ללקוחות מתחריה בלבד, להבדיל מכלל הלקוחות.³¹ הבחירה בלקוחות של המתחרים בלבד היתה בררנית ומפלה, ולא הוצעה למגזרי לקוחות אחרים, אשר לא היו חשופים לתחרות. החלטת הנציבות לא הייתה כרוכה בהערכת מבנה העלויות, אלא התבססה על מדיניות התמחור הבררני גרידא.³²

³¹Case IV/30.787 Eurofix –Bauco v Hilti, [1998] OJ L65/19 (להלן: "פרשת Hilti").

³²שם, בפסי' 80-81; ראו גם את החלטת בית הדין הכללי בעניין Case T-228/97 Irish Sugar v Commission, [1999] ECR II-2969, שם תמך בית הדין הכללי בהחלטת הנציבות בנוגע לאופיין הבעייתי, עד כדי ניצול לרעה, של הנחות סלקטיביות ללקוחות. בדומה להחלטות האחרות, המשתנים המשמעותיים במקרה זה היו נתח השוק הגבוה של הפירמה הדומיננטית, הכוונה לסלק מתחרים מהשוק, היעדר שיקול של יעילות בבסיס הפרקטיקה, והנזק ללקוחות.

יודגש כי גם במקרה זה התמחור הבררני היווה חלק ממכלול פעולות שמטרתן חיזוק מעמד הפירמה על חשבון מתחריה ובכלל זה סירוב לאספקת שירותים, הנחות נאמנות והתניית מכירת מוצר ברכישת מוצר משלים. לעניין התמחור הבררני, ציינה הנציבות כי הפירמה זיהתה מתחרה ספציפי (Firth) ופעלה באופן פרטני על מנת לפגוע בו.

‘An alternative strategy devised by Hilti to illegally limit its competitors' sales is through its carefully orchestrated policy to damage seriously or even eliminate certain of these competitors' main customers. Internal Hilti documentation fully supports Firth's views that its business was singled out in this way, on the one hand by creating difficulties in supplying Firth and by reducing its discount to uneconomic levels, and on the other hand applying the above described favourable and selective discrimination to Firth's customers. Application of such a policy not only damages the business of Hilti's competitors and their customers directly, but also has a disciplinary and anticompetitive effect on other potential customers for the independents' nails, in that they can be threatened with similar policies which would then discourage them from buying non-Hilti nails’.³³

הנציבות הדגישה כי נכון שתחרות מחירים הינה חלק מהותי ממאפייני השוק, אולם במקרה זה הפירמה הדומיננטית עסקה בתמחור בררני שכל מטרתו היתה לפגוע במתחרה, תוך שמירה על מחירים רגילים אל מול לקוחות אותם המתחרה אינו משרת.

³³ פרשת Hilti, בפס' 81.

10.2.6 כפי שעולה מהאמור לעיל, מקרים בהם נבחן תמחור בררני הם מקרי קצה שבהם היווה התמחור חלק מאסטרטגיה כוללת שמטרתה פגיעה במתחרה מסוים. אכן, הגישה בהחלטות דן אינה מצויה כלל בשאר החלטות הנציבות ובית המשפט. זאת ועוד, ניתן להניח כי גישתה המודרנית של הנציבות בנוגע לסעיף 102, המוכוונת לבחינת ההשפעה כאמור,³⁴ תוביל לניתוח מהותי יותר מאשר הניתוח של הפסיקה הישנה יותר הנזכרת לעיל, הנוטה לפסול קטגוריות של פרקטיקות על פי סוג ההתנהגות. כחלק מיישום מבחן מהותי יותר, ההנחה היא שבמקרים של תמחור בררני הנציבות תבדוק אם הפרקטיקה עלולה לדחוק מתחרה יעיל באותה המידה כמו הפירמה הדומיננטית.

10.2.7 לעיתים תטען הפירמה הדומיננטית להגנתה כי היא מגנה על נתח השוק שלה על ידי שימור אותם לקוחות שהמתחרה ניסה לחטוף ממנה, ומציעה להם הצעה זהה או מידתית להצעה שהציע להם המתחרה. בהקשר הזה השתרשה בהחלטות מסוימות התפיסה שהפירמה הדומיננטית רשאית להתאים את הצעת המתחרה, אבל אסור לה "להביס" את המתחרה. (*meet but not beat the competition*). המשמעות המדוייקת של כלל מעין זה אינה ברורה כל צרכה. כך, למשל, אם ללקוחות עלויות מעבר לא מבוטלות מן הפירמה הדומיננטית אל המתחרה, די בהתאמת כל הצעה של המתחרה על מנת לסכל כל סיכוי שלו להעביר לקוחות של הפירמה הדומיננטית אליו. מכל מקום, אם המחיר נשוא ההנחה הבררנית שנגבה מהלקוח הוא מתחת לעלות הכוללת הנמנעת הממוצעת, או העלות הכוללת הממוצעת, מדובר בתמחור טורפני, וזאת גם אם המתחרה הציע גם הוא את אותה הצעה בדיוק. המשמעות היא שמתחרה יוכל לנסות להתגבר על עלויות המעבר של הלקוחות אם הוא מציע הצעה הנמוכה מהעלות הכוללת הממוצעת של הפירמה הדומיננטית, שכן אסור יהיה לפירמה הדומיננטית לרדת עד שם בהנחות בררניות.

³⁴ ראו לעיל פרק 7, בפסקה __ [המעבר של הנציבות לבחינת ההשפעה].

10.2.8 בעניין *France Télécom* בית הדין הסכים עם הנציבות כי הזכות של פירמה דומיננטית להתאים הצעה של מתחרה איננה מוחלטת, וכי ייבחן אם התנהגות זו עלולה לחזק את המעמד הדומיננטי. כדברי בית הדין:³⁵

‘[Wanadoo] cannot therefore rely on an absolute right to align its prices on those of its competitors in order to justify its conduct. Even if alignment of prices by a dominant undertaking on those of its competitors is not in itself abusive or objectionable, it might become so where it is aimed not only at protecting its interests but also at strengthening and abusing its dominant position.’

10.2.9 בעניין *Irish Sugar* קבע בית הדין הכללי כי הפירמה הדומיננטית הפרה את דיני התחרות כאשר נתנה הטבות סלקטיביות רק ללקוחות מאיזור גאוגרפי מסוים שבו נחשפה ללחץ תחרותי. פרקטיקה זו היוותה תמחור בררני אסור.³⁶ הניסיון של הפירמה הדומיננטית לצבוע את התנהגותה בגוון חיובי של פעילות מתגוננת לא התקבל על ידי בית הדין, ונקבע כי מדובר באפליה אסורה בין לקוחות.³⁷ לטענת הפירמה כל שעשתה היה להגיב למחיר נמוך אליו נחשפו חלק מלקוחותיה באיזור גאוגרפי הסמוך לגבול עם צפון אירלנד. הפירמה הוסיפה כי עשתה שימוש בהנחה סלקטיבית רק באיזור הגבול משום שלא עלה בידה, מבחינה פיננסית, להציע הנחות דומות לכלל הלקוחות אותם שירתה בשוק הנדון. בית הדין דחה את הטענות וקבע כי:

³⁵ Case T-340/03 *France Télécom SA v Commission* (2007), בפס' 187 (להלן: "פרשת *France Télécom*").

³⁶ Case T-228/97 *Irish Sugar v Commission* (1999) (להלן: "פרשת *Irish Sugar*").

³⁷ שם, בפס' 186-187.

‘The applicant cannot rely on the insufficiency of the financial resources at its disposal at the time to justify the selective and discriminatory granting of those border rebates and thereby escape the application of [Article 102 TFEU] without making a dead letter of the prohibition contained in that article...’³⁸

10.3 תמחור מפלה (Price Discrimination)

10.3.1 לעיתים, אפליית מחירים יכולה להגדיל את הרווחה הכלכלית ואף להיות פרו-תחרותית. כזה הוא המקרה במצב שבו אפליית המחירים מאפשרת הגדלת התפוקה, לדוגמא, באמצעות קביעת מחירים גבוהים יותר לנוסעים ברכבת בשעות העומס, או תמחור נמוך לרוכשים כרטיסים בהתראה קצרה או הורדת המחיר למי שלא ירכוש את המוצר במחיר גבוה יותר. באופן טיפוסי, יש לקוחות שנהנים מהאפליה, ויש כאלה שסובלים ממנה. מבחינת רווחת כלל הצרכנים, יש מקרים שהאפליה מורידה את הרווחה המצרפית של הצרכנים, ויש מקרים שהיא מעלה אותה. אכן, לא כל מקרה של תמחור מפלה הוא כזה המפר את דיני ההגבלים.

10.3.2 לאור האמור, אפליית מחירים כשלעצמה אינה מחייבת מסקנה כי היא פוגעת ברווחת הצרכנים. הגם שלשון החוק בסעיף 102 (C) TFEU עוסקת במפורש באפשרות שפירמה דומיננטית תתמחר באופן שונה עסקאות דומות, ורואה בפרקטיקה כזו כניצול לרעה, הרי שרשויות ההגבלים העסקיים, בעיקר בעת המודרנית, ישתדלו להגביל את מעורבותן רק לאותם מקרים שבהם ברור כי האפליה כאמור עלולה לגרום לפגיעה בתחרות.

³⁸שם, בפס' 186.

10.3.3 בפרשת *United Brands* החילה הפירמה הדומיננטית תנאים שונים לעסקאות דומות אשר התבצעו בנמל הבית בו פרקה את סחורתה ועל כן הואשמה באפליית מחירים אסורה.³⁹ הפירמה חייבה מפיצים שרכשו את מרכולתה במחירים שונים, כאשר הפער לעיתים הגיע לשיעור של 138%.

בית הדין בחן את טענת *United* לפיה תנאי שוק שונים, במדינות שונות, מצדיקים קביעת מחירים שונים במדינות הרלוונטיות. ואולם, בית הדין הסיק כי אין זה המקרה בעניינו, שכן החברה לא פעלה בעצמה בשוקים המדינתיים השונים אלא מכרה תוצרתה בנמל הבית, למפיצים ממדינות שונות, וכל מפיץ הוא שספג את העלויות המיוחדות והסיכונים המיוחדים המאפיינים את מדינתו. משמע, *United* פעלה בשוק יחיד שבו באה במגע עם לקוחותיה, ולפיכך אין היא יכולה לתמחר באופן שונה את מחיר המוצר תוך התחשבות בתנאי המסחר הקיימים בכל אחת מהמדינות החברות שממנה הגיעו מפיצי המשנה. לפיכך, בשוק בו פעלה החברה, לא נמצאו הבדלים בין המפיצים השונים המצדיקים את המחירים השונים. בפרט, אפליה המבוססת על מידת התחרותיות במדינת היעד, או לחילופין, על מוכנות הצרכנים לשלם במדינת היעד, איננה אפליה כשרה לפי פסק הדין, התורמת לדיני התחרות.

[O]nce it can be grasped that differences in transport costs, taxation, customs duties, the wages of the labour force, the conditions of marketing, the differences in the parity of currencies, the density of competition may eventually culminate in different retail selling price levels according to the Member States, then it follows those differences are factors which UBC

³⁹ Case 27/76, *United Brands v Commission*, ECJ, [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR. 429 (להלן: "פרשת *United Brands*").

only has to take into account to a limited extent since it sells a product which is always the same and at the same place to ripener/distributors who - alone - bear the risks of the consumers' market.⁴⁰

ראוי לציין כי ההחלטה עודדה את United לגבות מחיר אחיד מכל המפיצים במדינות האיחוד. גישה זו של מחיר אחיד עשויה להוביל למצב שבו ספקים ממדינות שבהן מבנה השוק או מבנה הביקוש הוביל את United לגבות מהם מחירים נמוכים, נאלצו לשלם מחיר גבוה יותר, על פי תמחור שנקבע על ידי החברה לכל השוק המשותף. מדיניות זו עשויה להוביל לעליית מחירים לאותם צרכנים במדינות האמורות.

10.3.4 בקריאת לשון סעיף 102(c) לאמנה, האוסר על "applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage", נראה לכאורה כי הוא אוסר על אפליית מחירים רק במקרה שבו נגרם למתחרה חסרון תחרותי. ואולם, למרות לשון הסעיף, בית המשפט האירופאי עשה בו שימוש גם כאשר התמחור המפלה לא מוביל לנחיתות תחרותית של פירמה כלשהי אל מול פירמה אחרת.

כך, בפרשת United, סעיף 102(c) לאמנה יושם למרות שהמפיצים השונים אשר הופלו לרעה פעלו בטריטוריות שונות מהמפיצים אשר הופלו לטובה. קרי, הסעיף יושם למרות העדר כל תחרות בין המפיצים השונים, ועל כן האפליה לא גרמה לשום מפיץ נחיתות תחרותית אל מול מפיץ אחר. אמנם ניתן לטעון, לכאורה, כי האפליה גרמה למפיצים שהופלו לרעה נחיתות תחרותית כלפי ספקים של מותגים מתחרים, מבחינה שאלמלא

⁴⁰ שם, בפס' 228.

האפליה המפיצים הללו היו יכולים להתחרות טוב יותר מול מותגים מתחרים. אלא שנראה שבית המשפט הגיע למסקנתו בדבר הפרה בלי קשר לסוגייה זו.⁴¹

10.3.5 יצויין כי בפסיקה מאוחרת יתר של בית הדין, בפרשת *British Airways*, שעסקה בהנחות נאמנות שניתנו על ידי החברה, הדגיש בית הדין כי לשון החוק מחייבת פירוש צר יותר של סעיף 102 (C) לאמנה, לפיו נדרשת קיומה של 'נחיתות תחרותית'⁴² בקרב לקוחותיה של הפירמה הדומיננטית שהופלו לרעה.⁴³ לפי גישה צרה זו, תמחור מפלה תחת סעיף 102 (C) לאמנה יתקיים רק כאשר הוא משפיע על לקוחות עסקיים באופן בו יפגע במעמדם התחרותי:

'In order for the conditions for applying subparagraph (c) of the second paragraph of [Article 102 TFEU] to be met, there must be a finding not only that the behaviour of an undertaking in a dominant market position is discriminatory, but also that it tends to distort that competitive relationship, in other words to hinder the competitive position of some of the business partners of that undertaking in relation to the others'.

⁴¹ באופן דומה, בעניין Corsica Ferries ביסס בית הדין האירופאי לצדק הפרה של סעיף 102(c) לאמנה מבלי היזקקות ליסודות המעידים על 'נחיתות תחרותית' של פירמה כלשהי; ראו Case C-18/93 Corsica Ferries Italia (1994) Srl v Corpo dei Piloti del Porto di Genova, בפסי' 34.

⁴² Case C-95/04 British Airways v Commission (2007) (להלן: "פרשת BA").

⁴³ שם, בפסי' 144.

10.3.6 בפסק הדין בעניין MEO הבהיר בית הדין כי תחולתו של סעיף 102(c) לאמנה מוגבלת אך ורק למקרים בהם התמחור הסלקטיבי הוביל לנחיתות תחרותית בין לקוחות עסקיים של הפירמה הדומיננטית.⁴⁴

‘The concept of ‘competitive disadvantage’, for the purposes of subparagraph (c) of the second paragraph of Article 102 TFEU, must be interpreted to the effect that, where a dominant undertaking applies discriminatory prices to trade partners on the downstream market, it covers a situation in which that behaviour is capable of distorting competition between those trade partners. A finding of such a ‘competitive disadvantage’ does not require proof of actual quantifiable deterioration in the competitive situation, but must be based on an analysis of all the relevant circumstances of the case leading to the conclusion that that behaviour has an effect on the costs, profits or any other relevant interest of one or more of those partners, so that that conduct is such as to affect that situation’.⁴⁵

יש מקום להבהיר כי גם כאשר בתי הדין והנציבות מאמצים גישה צרה לפירוש סעיף 102(c) לאמנה, עדיין יש ביכולתם להחיל את הסעיף הראשי, משמע 102, ללא הגבלה זו, שהרי רשימת הדרכים לניצול לרעה המוזכרת בסעיף 102 אינה רשימה סגורה. אולם נראה כי דברי בית הדין, על אף שהתייחסו לסעיף 102(c), ישמשו כמשקל נגד להחלה רחבה שכזו של סעיף 102 TFEU.

Case C-525/16 Meo – Serviços de Comunicações e Multimédia v Autoridade da Concorrência ⁴⁴
(2018).

⁴⁵ שם, בפסי' 37.

10.3.7 סעיף 29א(ב)3 לחוק הישראלי אוסר על "קביעת תנאי התקשרות שונים לעסקות דומות אשר עשויים להעניק ללקוחות או לספקים מסויימים יתרון בלתי הוגן כלפי המתחרים בהם". אם כך, הניסוח דומה לזה שבסעיף 102(c) האירופאי, אך חודד היסוד הדורש כי קורבן האפליה צריך להיות לקוח של המונופול (במקרה של מונופול במכירה) או ספק של המונופול (במקרה של מונופול ברכישה). עוד מוסיף המחוקק הישראלי כי על היתרון התחרותי להיות בלתי הוגן על מנת שיהא אסור. נראה כי האמורפיות של הניסוח של הסעיף האירופאי הוא שאפשר לגנות אפליה בפרשת *United Brands* גם אם לא גרמה ללקוח של הפירמה הדומיננטית חסרון תחרותי. אלא שהמחוקק הישראלי מנסח את האיסור באופן שלא משתמע לשתי פנים, וברור שהכוונה היא לאפליה בין לקוחות של בעל המונופולין (במקרה של מונופולין במכירה) באופן שנותן ללקוח א' יתרון תחרותי בלתי הוגן על פני לקוח ב'. הפסיקה האחרונה באירופה מבארת את המצב שם ומשווה אותו לזה הנהוג בארץ.

10.3.8 תליית קיומה של אפליית מחירים בגרימת חסרון תחרותי ללקוחות עסקיים של הפירמה הדומיננטית נמצאת במתח עם המטרות הכלליות של דיני הגבלים העסקיים, שמכוונות בדרך כלל לקידום רווחת הצרכנים הסופיים, ולא לקידום רווחתו של לקוח עסקי כזה או אחר של הפירמה הדומיננטית.⁴⁶ כך, לכאורה, האיסור חל גם בהעדר פגיעה מסתברת כלשהי בצרכנים, ואף בהיעדר פגיעה מסתברת כלשהי בתהליך התחרותי, ודי לכאורה בגרימת חסרון תחרותי "בלתי הוגן" ללקוח א' אל מול לקוח ב'.

⁴⁶ ראו מוני 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות (פס"ד משלים), דינים מחוזי לב(7) 297 (להלן):

"פרשת ידיעות אחרונות".

10.3.9 אמנם, דרישה כי על מנת שהיתרון התחרותי נשוא האיסור בסעיף 29א(ב)(3) יהא בלתי הוגן, על התובע להראות שהאפליה עלולה לפגוע בתחרות או בציבור הצרכנים, תרוקן מתוכן את ההלכה הקובעת כי סעיף קטן (ב) כולל חזקות חלוטות, שמיייתרות את הצורך להראות פגיעה מסתברת בתחרות או בציבור. ניתן לחשוב על שתי סכנות לתחרות היכולות להצדיק את החזקה החלוטה. האחת היא שבגלל האפליה, הלקוח המופלה לרעה עלול להידחק מהשוק שלו על ידי הלקוח המופלה לטובה. השנייה היא שלקוח א', המופלה לטובה, דווקא אינו מגלגל את ההטבה שקיבל אל הצרכן הסופי, והוא גובה מהצרכן הסופי מחיר המשקף את המחיר הגבוה שלקוח ב', המופלה לרעה, משלם לבעל המונופולין. במצב דברים זה, התחרות בין הלקוחות לבין עצמם היתה יכולה להיות אפקטיבית יותר אלמלא האפליה. אילו בעל המונופולין היה נמנע מלהפלות, מעלה במידה מסוימת את המחיר שהוא גובה מלקוח א', אך מוריד את המחיר שהוא גובה מלקוח ב', אזי לקוח ב' יכול היה להתחרות באופן אפקטיבי יותר בלקוח א', ולקוח א' היה נאלץ לגלגל את ההנחה (הלא מפלה) אל הצרכנים.

10.3.10 חשוב להדגיש, כי בישראל ובאירופה, במידה שהתמחור השונה מוצדק באמצעות הבדלים אובייקטיביים בין הלקוחות השונים, אזי אין ענייננו באפליה אסורה, כי אם באבחנה מותרת. הבדלים אובייקטיביים הנם למשל, הבדלי עלויות לבעל המונופולין באספקה לשני הלקוחות המצדיקים את המחירים השונים, שירותים נלווים המסופקים על ידי הלקוחות המופלים לטובה המצדיקים את האפליה, ערך מוסף הניתן למוצר על ידי הלקוחות המופלים לטובה המצדיקים את האפליה, וכו'.

10.3.11 דוגמא לתמחור מפלה ממניעים שכפי הנראה לא נקבעו כפסולים במקרה הקונקרטי היא פרשת הפדרציה הישראלית לתקליטים.⁴⁷ שם נדונה מדיניות התמחור של תאגידי זכויות יוצרים ביצירות מוזיקליות, כאשר אלו נהגו לתמחר את רשיונות השמעת יצירותיהם

⁴⁷ ראו הי"ע 3574/00 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים

(פורסם בנבו, 29.04.04), בפס' 85-92.

בהתאם להשפעת היצירות על הכנסות הלקוח. כלומר, בתי עסק שלמוזיקה השפעה ישירה על הכנסותיהם, כגון אולמות אירועים, נאלצו לשלם מחיר גבוה יותר מבתי עסק בהם למוזיקה השפעה עקיפה בלבד, כגון בתי קפה. בפרשה זו בית הדין להגבלים עסקיים הכיר באפליה מעין זו כלגיטימית. יש לציין כי הפדרציה לתקליטים לא ביצעה הפליית מחירים בין מתחרים בני אותו המגזר. לדוגמא, כל בתי הקפה שילמו תעריפים זהים, כל אולמות האירועים שילמו תעריפים גבוהים מבתי הקפה, אך זהים לכל האולמות השונים. כנובע מכך, לא נוצר כל יתרון תחרותי בין הלקוחות של בעל המונופולין, ועל כן לשונית כלל לא ניתן היה להפעיל את סעיף 29א(ב)(3) כנגד אפליה מעין זו. כפי שהראינו בפסקה 10.3.3 לעיל, בעניין *United Brands* קבע בית הדין האירופאי כי אפליה המבוססת אך ורק על מוכנות הלקוחות השונים לשלם מחירים שונים היא אפליה אסורה. כפי שהבהרנו לעיל, הלכה זו נובעת הן מהלשון המעורפלת יותר של האיסור באירופה, והן מפרשנות מרחיבה של לשון זו.

10.3.12 למרות היות סעיף 29א(ב)(3) מוגבל בתחולתו לבעלי מונופולין בלבד, בפרשת דלק⁴⁸ הרחיק בית הדין להגבלים עסקיים ביישום עקרונות הסעיף על חברות הפועלות בשווקים אוליגופוליסטיים.⁴⁹ יישום זה נערך במסגרת אישור הסדר כובל על ידי בית הדין, ולא במסגרת סעיף 29א(ב)(3). בפרשה זו טענו תחנות דלק שהיו כבולות בהסדרי בלעדיות עם חברת "דלק", כי החברה מפלה אותן לרעה ביחס לתחנות אחרות. לטענתן, ההסדרים הכובלים מאפשרים ל"דלק" לגבות מהם מחיר מופקע הגבוה במידה רבה ממחירי הדלק הנגבים על ידה מתחנות משוחררות. בית הדין אזכר את סעיף 29א(ב)(3) והסיק כי מקל

⁴⁸ראו ה"ע 469/98 *חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' תחנת דלק באר-יעקב ואח'*, תק-מוח 1(1)2001 3669 (להלן:

"פרשת דלק").

⁴⁹ אוליגופול הוא מצב המתרחש כאשר שוק כלכלי נשלט על ידי מספר קטן של מוכרים (אוליגופוליסטים). מעצם

היות מתחרים בודדים בשוק, כל אוליגופוליסט מודע לפעולות רעהו, וכל פעולה מצד אחד האוליגופוליסטים זוכה

במהרה לתגובה מן האחרים.

וחומר הוא מוסמך לדון בטענת האפליה, במסגרת אישור הסדרי הבלעדיות כהסדרים כובלים. הכרעת בית הדין היתה כי חברות הדלק רשאיות לדרוש תנאים מחמירים יותר מתחנות שבהן החברות השקיעו יותר. זאת, הואיל ואין דמיון בין הוצאותיה של חברת "דלק" בעסקאות שבהן היא מממנת את ההשקעה בהקמת תחנת התדלוק לבין הוצאותיה בעסקאות שבהן היא איננה נוטלת על עצמה הוצאה זו. כלומר, בסופו של דבר הכריע בית הדין, לגופה של הפרשה, כי במקרה זה האבחנה בין תחנות הדלק השונות נבעה מהבדלים אובייקטיביים בין התחנות המצדיקים את האפליה⁵⁰

10.4. הנחת כמות והנחת נאמנות/מטרה

10.4.1 תחרות מחירים מטבעה כוללת מתן הנחות לצרכנים. אולם לעיתים יכולה פירמה דומיננטית לעשות שימוש בהנחות על מנת לכבול אליה את הלקוחות או ליצור נאמנות שתפגע ביכולתן של פירמות אחרות להתחרות. בהקשר זה, ניתן להפריד בין שתי קטגוריות עיקריות של הנחות: הראשונה, עניינה הנחות **כמות** (Quantity rebate), והשנייה עניינה הנחות **נאמנות** (Loyalty (Fidelity) Rebate) שלעיתים נקראות גם הנחות **מטרה** (Target Discounts).

10.4.2 **הנחת כמות** ניתנת על ידי הספק על פי אמות מידה אובייקטיביות הנוהגות במתן הנחות וחלות לגבי כלל הרוכשים, על פי השאלה איזו כמות הלקוח רוכש מהספק. כך לדוגמא, רכישה של כמות גדולה ממוצר מסוים לרוב תזכה את הקונה בהנחה. גובה ההנחה נקבע, לרוב, ללא תלות בקונה אלא מתוך קביעה אובייקטיבית החלה על כלל הלקוחות.

⁵⁰ פרשת **דלק**, לעיל הי"ש 48, בפס' 149-154.

10.4.3 הנחת נאמנות היא הנחה או הטבה שתלויים בנאמנות הלקוח אל הספק.⁵¹ למשל, הטבה הניתנת ללקוח אם רכש 80% מהצרכים שלו ממוצר מסויים מהספק. להבדיל מהנחת הכמות, הנחת הנאמנות נתפרת למידותיו של הלקוח, והיא מופעלת על פי איזשהו יעד שמוגדר ספציפית לאותו לקוח; כך גם הנחת המטרה, הניתנת ללקוח כתגמול עבור השגת מטרה עסקית מסוימת אשר לבעל המונופולין יש בה עניין. למשל, מתן הנחה המותנית בהשגת יעדי רכישה מסוימים התפורים לאותו הלקוח ומכוונים בדרך כלל לכך שירכוש את מירב תצרוכתו מספק. לעיתים הנחות נאמנות ומטרה ידמו להנחות כמות, שכן בשני המקרים, ההנחה נקבעת לאור היקף הרכישה של הלקוח מהספק. אולם בעוד שהנחות כמות ניתנות על-פי מדד אובייקטיבי הנקבע על-פי מדרגות קבועות הנהוגות לגבי כלל הלקוחות, הנחות מטרה מופעלות על סמך מטרות התפורות למידותיו של כל לקוח בנפרד.

10.4.4 בעוד שפירמה שאינה דומיננטית יכולה להעניק הנחות נאמנות (ובדומה גם למכור מוצר מתחת לעלות אספקתו במחיר טורפני), הרי שעל פירמה דומיננטית חלה חובה שלא לעוות את התחרות בשוק ולהימנע ממתן הנחות נאמנות שאין להן הצדקה אובייקטיבית.

10.4.5 הנחות מטרה והנחות נאמנות הן בעלות אפקט אנלוגי על התחרות.⁵² שני סוגי ההנחות מעוררים חשש משום שהן מהוות תמריץ עבור הלקוח לרכוש באופן בלעדי, או לרכוש את רוב צרכיו מהמוצר, מהפירמה הדומיננטית. החשש הוא שההטבה אשר ניתנת על ידי הפירמה הדומיננטית ללקוח עבור השגת היעד או עבור הנאמנות כה גדולה עד כי פירמה מתחרה השווה ביעילותה לפירמה הדומיננטית מנועה מלהציע ללקוח הצעה שתניע אותו לרכוש חלק מצרכיו ממנה. כך נחלש את התהליך התחרותי, תוך שהפירמה הדומיננטית

⁵¹ פרשת ידיעות אחרונות, לעיל הי"ש 46.

⁵² ראו: Assaf Eilat, David Gilo and Guy Sagi, *Loyalty Discounts, Exclusive Dealing and Bundling:*

Rule of Reason, Quasi Per Se, Price-Cost Test or Something in between?, Journal of Antitrust

Enforcement , 1–36 (2016).

מנצלת את עצם הדומיננטיות שלה בשוק, או את העובדה שהלקוח ממילא זקוק לה לפחות חלקית, על מנת לחזק את כוחה ומעמדה בשוק עוד יותר, להחליש את יכולת המתחרה להתחרות בה, וכך להנציח את כוחה ומעמדה. כך, למשל, הנחות מעין אלה יכולות לייצר חסמי התרחבות עבור מתחרים קיימים של הפירמה הדומיננטית, או חסמי כניסה עבור מתחרים חדשים. החשש חמור במיוחד כאשר הפירמה הדומיננטית לא יכולה להראות כי בהנחה גלומה יעילות פרו-צרכנית, הגוברת על פגיעתה בתחרות.

10.4.6 בהנחות נאמנות והנחות מטרה קיים גם אלמנט פוטנציאלי של אפליה, היות והלקוח מקבל הטבה רק בגלל נאמנותו לפירמה הדומיננטית, או עמידתו ביעד שתפרה למידותיו, ללא הצדקה אובייקטיבית המצדיקה את ההטבה יחסית ללקוחות פחות נאמנים, שאינם מקבלים את ההטבה. משמע, ההנחה טומנת בחובה מתן תנאים שונים לעסקאות דומות. כך למשל לקוח אחד עשוי שלא ליהנות מהנחה מכיוון שלא עמד בתנאי רכישת הכמות שהוכתבו לו, בעוד לקוח אחר עשוי ליהנות מהנחה, בקניית אותה הכמות בפועל כמו הלקוח הראשון, במידה וכמות זו היוותה או חצתה את היעד שנקבע בתנאי רכישת הכמות שהוכתבו לאותו לקוח. משמע, במקרה של הנחות נאמנות והנחות מטרה, באופן טיפוסי, לקוחות קטנים עשויים לקבל הטבה פר יחידה שהיא דומה לזו של לקוחות גדולים, כל עוד שהם הגיעו ליעד שנקבע להם. זאת בשונה למשל מהנחות כמות, המפלולות או מאבחנות לטובה לקוחות גדולים על פני קטנים.⁵³

10.4.7 נמחיש את השוני בין סוגי ההנחות באמצעות דוגמא. נניח שרשת קמעונאית רכשה מהפירמה הדומיננטית מספר יחידות מסוים, ומרכול שכונתי קטן רכש מהפירמה הדומיננטית מספר יחידות קטן יותר.

,Case 85/76 Hoffmann-La Roche & Co. v Commission, ECJ, [1979] ECR 461, [1979] 3 CMLR 211⁵³

פסקה 90 (להלן: "פרשת Hoffman").

הנחת מטרה אופיינית מצד הפירמה הדומיננטית יכולה להציע הן לרשת הקמעונאית הגדולה והן למרכול השכונתי הקטן שיעור הנחה של עשרים אחוזים, למשל, במידה שיגדילו את היקף רכישותיהם מהפירמה הדומיננטית בשנה הבאה. שיעור ההנחה אמנם זהה לשני הלקוחות, אך היקף רכישותיהם מהפירמה הדומיננטית איננו זהה. אילו היה מדובר בהנחת כמות, סביר להניח שהרשת הגדולה היתה משלמת לפירמה הדומיננטית מחיר פר יחידה נמוך יותר מהמרכול הקטן, משום שכל אחד מהלקוחות רוכש כמות המתאימה למדרגת הנחה אחרת.⁵⁴

10.4.8 הנחת הנאמנות או הנחת המטרה, יוענקו ללקוח רק אם ימשיך לרכוש את מרבית צרכיו מהפירמה הדומיננטית. כפועל יוצא סביר שלקוחות ירתעו מלרכוש חלק מתצרוכתם מגופים מתחרים, בשל החשש שהדבר יגרום לשלילת ההטבה הניתנת על ידי הפירמה הדומיננטית תמורת הנאמנות או העמידה ביעד. הנחות מטרה ונאמנות מצד פירמה דומיננטית מסוכנות במיוחד לתחרות כאשר הן ניתנות באופן רטרואקטיבי. משמע כאשר ההנחה ניתנת על כל היחידות שהלקוח רוכש מהפירמה הדומיננטית, ולא רק על היחידות שהוא רוכש מעבר ליעד שנתפר לו. מקרה זה יקשה מאד על מתחרים אחרים לשכנע לקוחות לרכוש מהם ולא מהפירמה הדומיננטית.

מטבע הדברים, היכולת של מתחרה שהוא יעיל כמו הפירמה הדומיננטית להתחרות בדרך כלל גדולה יותר במקרה של הנחות כמות. מתחרה כזה יכול, למשל, להציע הנחה ללקוחות הקטנים של הפירמה הדומיננטית, המשלמים את המחירים הכי גבוהים, וכך לשכנעם להעביר את תצרוכתם אליו. נקודת המוצא היא, בנוסף, שמרבית הלקוחות לא ייאלצו לשלם לפירמה הדומיננטית יותר כתוצאה מהסטה של חלק מהרכישות שלהם אל המתחרה. זאת משום שיוכלו לרכוש מספר לא מבוטל של יחידות מהמתחרה מבלי לגרום מעבר למדרגה נחותה יותר במדרגות הנחות הכמות של הפירמה הדומיננטית.

⁵⁴ שם, בפס' 94-100.

10.4.9 כמובן, כפי שנראה בהמשך, יש להסתכל על המהות של ההנחה, ולא על התווית שלה. הנחה הקוראת לעצמה הנחת כמות, אך הלכה למעשה היא הנחת נאמנות או הנחת מטרה, תידון כהנחת נאמנות או הנחת מטרה.⁵⁵ בפסקאות הבאות נתאר את הניתוח של הנחות מטרה ונאמנות באירופה. נדגים כיצד פסקי הדין המוקדמים התבססו על הנחת מוצא הרואה בהנחות אלו כאסורות על פירמה דומיננטית, וכיצד הנחת המוצא כאמור התפתחה בפסיקה מאוחרת יותר תוך בחינת ההשפעה המסתברת על התחרות.

10.4.10 בעניין *Hoffmann-La Roche* בחן בית הדין האירופאי לצדק את האסטרטגיה של החברה שמכרה ויטמינים ללקוחות עסקיים. ההסכמים מול החברה חשפו תניות בלעדיות והנחות נאמנות, אשר נועדו לתמרץ לקוחות לבצע את כל רכישותיהם, או לכל הפחות, מירב רכישותיהם, מחברת *Hoffmann-La Roche*. ההנחות במקרה זה ניתנו ללקוחות שהתחייבו לרכוש את כל סוגי הויטמינים מהחברה הדומיננטית. אבן הבוחן במקרה זה לא היתה גובה ההנחה שניתנה, אלא העובדה כי על מנת ליהנות מן ההנחה נדרש הלקוח לרכוש את כלל צרכיו מהפירמה הדומיננטית. בית הדין פסק כי הנחות כאלו (המכונות לעיתים: Across the board rebate) מגבילות את אפשרויות הרוכשים לרכוש מספקים אחרים ושוללות מחברות מתחרות גישה לשוק. לפיכך, נקבע כי ההסכמים מהווים ניצול לרעה של מעמד החברה כדומיננטית.⁵⁶

‘Obligations of this kind to obtain supplies exclusively from a particular undertaking, whether or not they are in consideration of rebates or of the granting of fidelity rebates intended to give the purchaser an incentive to obtain his supplies exclusively from the

⁵⁵ ראו להלן פסקה 10.4.14 בעניין *Michelin*.

⁵⁶ פרשת *Hoffman*, לעיל הי"ש 53, בפס' 89.

undertaking in a dominant position, are incompatible with the objective of undistorted competition within the [internal] market...⁵⁷

10.4.11 ניתוחה של הנציבות וניתוחו של בית הדין את התניות במקרה זה נשענים לכאורה על סוג ההתנהגות להבדיל מהשפעתה על התחרות. הניתוחים אינם כוללים בחינה של האפקט התחרותי אלא יוצאים מנקודת הנחה, שלכשעצמה הינה סבירה בנסיבות המקרה, כי חיוב רוכש לקנות את כלל מרכולתו מספק דומיננטי עלול לפגוע בתחרות. שנים רבות לאחר מכן, במסגרת פסיקת בית הדין בעניין אינטל (שתדון להלן בפסקה 10.4.21) ציין היועץ לבית הדין, Advocate General Wahl, כי לשיטתו אין לראות בפסק הדין בעניין Hoffmann-La Roche כפורמליסטי. לדידו, למרות שבית הדין עשה שימוש בשפה שנחזית פורמליסטית ונשענת על סוג ההתנהגות להבדיל מהשפעתה המסתברת, הרי שבפועל בחן הוא את תנאי התחרות בשוק ואת השפעתו בטרם הסיק כי האסטרטגיה פוגעת בתחרות. לגישת היועץ:

“True, that judgment does not explicitly state that an analysis of all the circumstances is crucial for determining whether the impugned conduct amounts to an abuse of a dominant position. Nevertheless,... a closer look at the judgment shows that the Court examined in commendable detail the particularities of the pharmaceutical market in question, the market coverage of the rebates, as well as the terms and conditions of the contracts between the dominant undertaking and its customers. On the basis

⁵⁷ שם, בפסי' 90.

of that detailed analysis of the legal and economic context of the rebates, namely the conditions for the grant of the rebates, the market coverage thereof, as well as the duration of the rebate arrangements, the Court reached the conclusion that loyalty rebates are unlawful, save in exceptional circumstances'.⁵⁸

10.4.12 בעניין *Michelin I*⁵⁹ הנחות הנאמנות היו מבוססות על היקפי מחזור המכירות של הלקוח, ותוכניות בונוס המבוססות על עמידה ביעדים. למשל, לקוחות עסקיים זכו להנחה ניכרת על כלל רכישותיהם כאשר הגדילו את מחזור רכישותיהם מהפירמה הדומיננטית יחסית לשנה הקודמת. כך, כל לקוח, ללא תלות בגודלו, זכה בתמריץ על מנת שירחיב היקף רכישותיו מהחברה הדומיננטית. למרות שההנחות במקרה זה לא קוטלגו על ידי הצדדים כ"הסדר בלעדיות" או "הנחת נאמנות" קבע בית הדין כי מדובר באותה הגברת בשינוי אדרת. קרי, ההנחות נותחו כהנחות נאמנות או הנחות מטרה, ונקבע כי החברה ניצלה לרעה את מעמדה.

10.4.13 ראוי לציין כי ההשפעה של ההנחות במקרה זה גדלה כפועל יוצא מהעובדה שטווח הזמן במסגרתו חושבה ההנחה היה ארוך. במקרה זה, היעד נשוא הנחת המטרה היה על פי כמות הרכישות של הלקוח מהמונופול במשך שנה שלמה. בהתאם, אם לקוח כזה מקבל הצעה תחרותית ממתחרה במהלך השנה, הלקוח יחשוש פן לא יעמוד בתום השנה ביעד שהציבה לו הפירמה הדומיננטית. מכאן שנטייתו של הלקוח לסרב להצעת המתחרה גדולה יותר, וזאת, שוב, לא עקב תחרות לגופו של עניין, אלא רק עקב האיום של הפירמה הדומיננטית כי ההטבה תשלל במקרה של אי עמידה ביעד.

⁵⁸ AG Opinion, Case C-413/14 P Intel v Commission (2017), בפסקה 75.

Case 322/81 (Michelin I) *Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission* ECJ, [1983] ECR

[1985] 1 CMLR 282 3461, (להלן: "עניין *Michelin*").⁵⁹

10.4.14 בפרשה נוספת נחשדה אותה פירמה דומיננטית, *Michelin*,⁶⁰ בגין הנחות אשר עוצבו למראית עין כהנחות כמות, והיו מבוססות על מדרגות כמויות שלכאורה היו זהות לכלל הלקוחות. עם זאת, הסכים בית הדין הכללי לקביעת הנציבות כי להנחות אשר הנהיגה חברת *Michelin* השפעה כלכלית הדומה להנחות נאמנות אסורות. על ידי עיצוב חכם של מדרגות ההנחות, הצליחה החברה ליצור מבנה הנחות שאמנם חל על כלל הלקוחות אך נוצר מתוך כוונה לתמרץ כל אחת מהחברות להגדיל את כמות הרכישות שלה, על ידי קביעת רף הנחות מעל הכמות שנרכשה על ידי כל פירמה בשנה הקודמת. בפרט, המדרגות נשוא הנחות הכמות היו "צפופות". כלומר, די היה בשינוי קטן יחסית במספר היחידות שבוחר הלקוח לרכוש מהחברה על מנת שהלקוח יוסט למדרגת הנחות חדשה. בית הדין פסק כי אם הנחות מרתיעות כל לקוח מלרכוש נתח של יחידות ממתחרה במקום מהפירמה הדומיננטית, אזי במהות הן הנחות נאמנות או הנחות מטרה, ואינן הנחות כמות.⁶¹

אם כך, לעיתים גם הנחות הנחוזות להנחת כמות עשויות בפועל להשפיע כמו הנחות נאמנות או הנחות מטרה. בפרשת *Michelin II*, נוכחנו כי בית הדין גינה מערכת הנחות, אשר הצטיירה לכאורה כהנחת כמות לכל דבר, משום שהשפעתה היתה כשל הנחת מטרה, דהיינו, משום שכל צרכן באשר הוא נרתע מלהסיט אף כמות קטנה יחסית אל מתחרה, פן "יקפוץ" למדרגה פחות אטרקטיבית במערכת "הנחות הכמות". גם בפרשה זו בית הדין הסתפק במסקנה כי מדובר, הלכה למעשה, בהנחות נאמנות או הנחות מטרה על מנת לפסול את ההתנהגות, ולא דרש ניתוח שוק המראה את הפגיעה המסתברת בתהליך התחרותי או בתחרות בשוק על מנת שההתנהגות תהא אסורה.⁶²

⁶⁰ II-4071,[2004] 4 CMLR 18 Case T-203/01 (*Michelin II*) Manufacture Française des Pneumatiques

Michelin v Commission CFI, [2003] ECR. (להלן: "**Michelin II**").

⁶¹ שם, בפס' 59.

⁶² שם, בפס' 239.

10.4.15 בפסק הדין בעניין *British Airways v Commission* נבחנו הנחות נאמנות שניתנו על ידי בריטיש אירוויז לזכני נסיעות שהגדילו את כמות ההזמנות מהחברה לעומת הכמות שנרכשה בשנים קודמות בהתאם ליעד שנתפר לסוכן על ידי החברה. ההנחות כאמור ניתנו באופן רטרואקטיבי על כלל ההזמנות שביצע סוכן הנסיעות באותה השנה. משמע, ההטבה פעלה באופן שבו כאשר סוכן מגיע למטרה שהוצבה לו, הוא יקבל את ההטבה על כלל ההזמנות שנעשו עד אותו רגע.⁶³ בבואו להגדיר את היקף הניתוח לו נדרשת הנציבות על מנת לבסס הפרה הבהיר בית הדין שאין צורך כי הנציבות תראה כי נפגעה התחרות בפועל, וכי נדרשת היא לבסס פגיעה מסתברת בתחרות:

BA cannot accuse the Commission of failing to demonstrate that its practices produced an exclusionary effect. In the first place, for the purposes of establishing an infringement of [Article 102 TFEU], it is not necessary to demonstrate that the abuse in question had a concrete effect on the markets concerned. It is sufficient in that respect to demonstrate that the abusive conduct of the undertaking in a dominant position tends to restrict competition, or, in other words, that the conduct is capable of having, or likely to have, such an effect.⁶⁴

⁶³ שם. נציין כי במקרה זה עסקינן במתן עמלות ולא הנחות, כפי שציין בית הדין: "retrospective application of the increased commission to all BA tickets sold during the reference period in question".

⁶⁴ פרשת BA, לעיל ה"ש 42.

הרטוריקה של פסק הדין לכאורה מתייחסת לדרישה כי ההנחה עלולה להגביל את התחרות, אך בפועל פסק הדין אינו דורש בחינה כלכלית מעמיקה, ועל כן הוא מבסס רף נמוך להוכחת ניצול לרעה. אמנם הסקת מסקנה כי הפירמה היא דומיננטית באירופה דורשת ניתוח הכולל הגדרה של השוק, ומציאת כוח שוק, אולם לעניין הוכחת ההפרה, יקשה לטעון, על פי העולה מפסק הדין, כי הנחת נאמנות אינה עלולה להגביל את התחרות. הלכה למעשה הדבר הופך הנחות נאמנות לכאלו שניתן להניח כי יהיו אסורות על פירמה דומיננטית. מעניין לציין, כי באותה תקופה לגביה נטען כי חברת *British Airways* ניצלה מעמדה לרעה, מתחריה דוקא הגדילו את נתח השוק שלהם. עם זאת, בית הדין הכללי גרס כי יתכן שאלמלא נקטה החברה במדיניות הנחות המטרה, נתח השוק של המתחרים היה אף רחב יותר. בית הדין האירופאי לצדק תמך גם הוא בהכרעת בית הדין הכללי.⁶⁵

10.4.16 הגישה הנוקשה לגבי הנחות מטרה נובעת מהיותן כלי לחסימת מתחרים מכניסה לשוק או התרחבות. ככלל, כאשר מתחרה שאינו הפירמה הדומיננטית חפץ להציע ללקוח הנהנה מהנחת מטרה (הניתנת לו על ידי הפירמה הדומיננטית) הנחה שתגרום ללקוח לרכוש ממנו כמות גדולה יותר, נדרש הוא להביא בחשבון את גודלה של ההטבה שהוא יאבד אם יסיט חלק מהתצרוכת שלו מהפירמה הדומיננטית אל המתחרה. ככל שההנחה לה יזכה הלקוח עם הגעתו אל המטרה גדולה יותר, כך תגדל גם מידת הקושי של המתחרה להתחרות בפירמה הדומיננטית.

כאשר ההנחה המוצעת על ידי הפירמה הדומיננטית תמורת העמידה ביעד או הנאמנות חלה רטרואקטיבית על סך היחידות הנרכשות מהפירמה הדומיננטית, הרי שזו יוצרת "אפקט יניקה" (suction effect) עמו קשה מאד למתחרה להתמודד. הנחת המוצא בניתוח היא כי הלקוח ממילא רוכש מספר יחידות מהפירמה הדומיננטית ולכן הפירמה הדומיננטית יכולה לעצב את הנחת הנאמנות באופן רטרואקטיבי שימנע כניסת מתחרים אחרים, גם אם הם יעילים באותה המידה כמו הפירמה הדומיננטית.

⁶⁵ שם.

נבהיר באמצעות דוגמה מדוע תשלום הנחות רטרואקטיבי יוצר אפקט כה משמעותי על התחרות. נניח כי לקוח א' מתכוון לרכוש 100 יחידות מוצר במהלך השנה וכי המחיר הבסיסי שהפירמה הדומיננטית גובה על כל יחידה הוא \$1. נניח כי הפירמה הדומיננטית מעניקה ללקוח הנחת נאמנות רטרואקטיבית וקובעת לו כמטרה 100 יחידות רכש בשנה. באם יגיע הלקוח ליעד שנתפר לו, אז יקבל הוא רטרואקטיבית הנחה של עשרה אחוזים על כלל הרכישות באותה שנה. משמע ברגע שירכוש את היחידה ה-100, יקבל זיכוי של \$10.

ההנחה הרטרואקטיבית יוצרת אפקט נאמנות מתגבר. ככל שהלקוח מתקרב למטרה כך גדל "אפקט היניקה" האמור, ומתחרים יתקשו להתחרות על המכירה לאותו לקוח. נניח שהלקוח רכש כבר 85 יחידות מהפירמה הדומיננטית. מתחרה פונה אליו בהצעה למכור לו את יתרת 15 היחידות במחיר נמוך בהרבה ליחידה המגלם הנחה של 20%. למרות זאת הקונה ימשיך לרכוש מהפירמה הדומיננטית. זאת משום שעל ידי רכישת היחידות מהפירמה הדומיננטית יקבל הוא הנחה של 10% על כלל רכישותיו, ולמעשה 15 היחידות הנותרות עולות לו \$5 בלבד (\$15 פחות הנחה רטרואקטיבית של 10% על כלל רכישותיו מהפירמה הדומיננטית), בעוד שאילו הוא היה רוכש את אותן 15 יחידות מהמתחרה בהנחה של 20% היה משלם עליהן \$12 (15 יחידות במחיר של \$0.8 כל אחת).

הדוגמא ממחישה כיצד עיצוב ההנחה כרטרואקטיבית הופך הנחה של 10%, לכאורה, להנחה עמה קשה מאד למתחרה להתמודד. על מנת להצליח במכירה בשלב זה, על המתחרה היה להציע למכור 15 יחידות בפחות מ \$5. זאת ועוד: אם הפירמה הדומיננטית יודעת כי הלקוח חייב ממילא לרכוש ממנה את 85 היחידות הראשונות, המחיר הבסיסי שהיא גובה מהלקוח עליהן עשוי להיות רווחי ביותר עבור הפירמה הדומיננטית, וכך יכול לסבסד את מתן ההנחה הגדולה על 15 היחידות האחרונות.

10.4.17 בשנת 2009 פירסמה הנציבות את הנחיותיה לעניין ניתוח מקרים של ניצול לרעה שיש בהם

כדי להדיר מתחרים מהשוק. ההנחיות - Guidance on enforcement priorities in

applying Article [102 TFEU] to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings⁶⁶, כוללות דיון מפורט לגבי האופן שבו תבחן הנציבות האם הנחות נאמנות יוצרות השפעה פוטנציאלית שעלולה לגרום להדרת מתחרים. חשיבותן של ההנחות נובעת מהגישה הכלכלית אותה הן מאמצות לבחינת ההשפעה של הנחות נאמנות על מתחרה יעיל באותה המידה כמו הפירמה הדומיננטית. המבחן ידוע בשמו - As-efficient-competitor test.

הנחת המוצא בניתוח היא כי קיימת כמות מסוימת של יחידות שהלקוח חייב לרכוש מהפירמה הדומיננטית (הנתח שאינו חשוף לתחרות - non-contestable share). שאר היחידות של המוצר להן זקוק הלקוח זמינות לרכישה הן מן הפירמה הדומיננטית והן מן הפירמה המתחרה (הנתח החשוף לתחרות, או ה-contestable share).

השאלה העומדת בפני הנציבות הינה האם הנחות נאמנות רטרואקטיביות ימנעו ממתחרה שהינו יעיל באותה מידה כמו הפירמה הדומיננטית (As-efficient-competitor) להתחרות בה על לקוח מסוים במכירת אותו הנתח שחשוף לתחרות. כדי להעריך זאת, תבחן הנציבות את כמות היחידות אותן המתחרה התכוון, או יכול היה, למכור, לאותו לקוח, ואת המחיר שעליו להציע עבור היחידות על מנת 'לפצות' את הלקוח על אובדן הנחת הנאמנות של הפירמה הדומיננטית. הנציבות תבחן את המחיר פר יחידה אותו נדרש המתחרה לגבות, ותשווה אותו למבנה העלות של הפירמה הדומיננטית. השוואה זו מאפשרת לנציבות לקבוע באם מתחרה שהינו יעיל באותה מידה כמו הפירמה הדומיננטית יוכל להעניק ללקוח הנחה שתוכל להתחרות עם הנחת הנאמנות.

⁶⁶ Guidance on enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings. OJ C 45, 24.2.2009, p. 7–20

באם המחיר פר יחידה אותו נדרש המתחרה להעניק הינו נמוך מהעלות של הפירמה הדומיננטית, הרי שהנחת הנאמנות תדיר את היכולת לספק לאותם לקוחות את המתחרים שהינם יעילים לפחות כמו הפירמה הדומיננטית. באם המחיר יהא גבוה מהעלות, על פי מבנה העלות של הפירמה הדומיננטית, הרי שמתחרה שהינו יעיל כמו הפירמה הדומיננטית יוכל להתחרות על לקוחות אלה למרות הנחת הנאמנות.

10.4.18 נבאר את גישת הנציבות תוך שימוש בדוגמה הבאה: נניח שמתוך 100 יחידות המוצר שהלקוח זקוק להן, הוא חייב לרכוש את 85 היחידות הראשונות מהפירמה הדומיננטית, ואז הוא מתלבט אם לרכוש את 15 היחידות הנותרות מהפירמה הדומיננטית או מהמתחרה. הסיבה למצב דברים זה יכולה לנבוע, למשל, מכך שהפירמה הדומיננטית נהנית מיתרון כלשהו כתוצאה מראשוניותה בשוק, הרגלי הצרכנים, היעדר כושר ייצור מספיק של המתחרה, וכו'. 85 היחידות שהלקוח חייב לרכוש מהפירמה הדומיננטית הינן "הנתח שאינו חשוף לתחרות" (share non-contestable) ואילו 15 היחידות שהלקוח יכול לרכוש הן מהפירמה הדומיננטית והן מהמתחרה מהוות את "הנתח החשוף לתחרות" (share contestable). נניח כי העלות לאספקת 15 היחידות החשופות לתחרות היא C, הן עבור הפירמה הדומיננטית והן עבור המתחרה. מהבחינה הזו, המתחרה הוא יעיל כמו הפירמה הדומיננטית. כיון שהפירמה הדומיננטית היא הספק היחיד היכול לספק ללקוח את 85 היחידות הראשונות, בכפוף לאיסור על מחיר מופרז, שידון להלן, הפירמה הדומיננטית יכולה להעלות את המחיר שהיא גובה בגין אותן 85 היחידות, למשל, למחיר של P. את 15 היחידות החשופות לתחרות, הפירמה הדומיננטית יכולה, באופן רגיל, למכור במחיר תחרותי (מכיון שעל מכירת 15 יחידות אלה הפירמה הדומיננטית חשופה לתחרות מצד המתחרה). במקרה של תחרות מושלמת, המחיר אף עשוי לרדת אל העלות C של אספקת אותן 15 יחידות. בהתאם, אם הלקוח בוחר לרכוש את כל 100 היחידות מהפירמה הדומיננטית, הוא ישלם לה P+C.

מנגד, הפירמה הדומיננטית עלולה להציע ללקוח הנחת מטרה או הנחת נאמנות, המדרבנת את הלקוח לרכוש ממנה את כל 100 היחידות האמורות, באופן שהמתחרה, גם אם הוא יעיל כמו הפירמה הדומיננטית, אינו מסוגל להתמודד עם ההנחה. בפרט, הפירמה

הדומיננטית תאמר ללקוח שאם הוא רוכש ממנה רק את 85 היחידות שהוא חייב ממנה, הוא יאלץ לשלם לא P, כמקודם, אלא P+B. לעומת זאת, אם הלקוח רוכש מהפירמה הדומיננטית גם את 15 היחידות החשופות לתחרות, הלקוח ישלם עליהן C, אך יקבל הטבה או בונוס של B.

אם כך, מנקודת ראותו של הלקוח, אם הוא ירכוש את 15 היחידות החשופות לתחרות מהמתחרה, ולא מהפירמה הדומיננטית, הוא יאלץ לשלם ממילא לפירמה הדומיננטית P+B על 85 היחידות שהוא חייב ממנה, ועל 15 היחידות שהוא ירכוש מהמתחרה ישלם לכל הפחות C, שהרי עלות המתחרה לאספקת אותן 15 יחידות היא C. העלות הכוללת של הלקוח לרכישת 100 היחידות היא אם כך P+B+C.

לעומת זאת, אם הלקוח ירכוש מהפירמה הדומיננטית את כל 100 היחידות, ויימנע מלרכוש את 15 היחידות החשופות לתחרות מהמתחרה, ישלם רק P+C, משום שלמרות שהעלות של 85 היחידות הראשונות עבורו היא לכאורה P+B, אזי המחיר של 15 היחידות הנוספות הנרכשות מהפירמה הדומיננטית היא C-B (מחיר של C, פחות בונוס של B שהלקוח מקבל חזרה מהפירמה הדומיננטית אם הוא רוכש ממנה את 15 היחידות הנוספות). על מנת להניע את הלקוח לרכוש ממנו את 15 היחידות החשופות לתחרות, על המתחרה להציע יחידות אלה ללקוח במחיר של C-B. רק אז מחיר כל 100 היחידות, מבחינת הלקוח, ישתווה למחיר שמציעה לו הפירמה הדומיננטית. אולם, זה יחייב את המתחרה להציע ללקוח את 15 היחידות הללו במחיר הפסד, וזאת למרות שהמתחרה הוא יעיל כמו הפירמה הדומיננטית.⁶⁷ הלקוח, מצידו, לא הרוויח דבר מהנחת הנאמנות, משום שגם עם הנחה זו וגם בלעדיה הוא משלם P+C תמורת 100 היחידות. כל שהנחת הנאמנות עושה הוא לאיים על הלקוח כי אם ירכוש את הנחת החשוף לתחרות מהמתחרה, "ייענש" בכך שיצטרך לשלם על כלל היחידות ב-B יותר. למעשה, הפירמה הדומיננטית מנצלת את

⁶⁷ ראו, Barry Nalebuff, *Exclusionary Bundling*, 50 Antitrust Bulletin 323,

324, 328–29 (2005).

הכוח הבלתי מעורער שיש לה במכירת 85 היחידות הראשונות (הנתח שאינו חשוף לתחרות), על מנת לסבסד הנחה "טורפנית", או במחירי הפסד פר יחידה, שהיא מציעה על 15 היחידות הנוספות (הנתח שחשוף לתחרות). כפי שאנו מראים במקום אחר, חששות דומים קיימים גם במקרים יותר כלליים, בהם, למשל הנתח החשוף לתחרות אינו בהכרח נמכר במחיר עלות, ויש צרכנים שמעדיפים לרכוש נתח זה מהמתחרה, ולא מהמונופול.⁶⁸

עוד יש לציין, כי במקרה נתון לא תמיד קל לאתר את הנתח החשוף לתחרות (15 היחידות הנוספות בדוגמא) ואת הנתח שאינו חשוף לתחרות. בהתאם, שיטת בדיקה אפשרית יותר ליישום היא לבדוק מה שווי ההטבה שהלקוח מאבד אם הוא לא עומד ביעד. נניח ששווי ההטבה הוא 1000. יש לבדוק אז כמה יחידות המתחרה צריך לשכנע את הלקוח להעביר אליו מהפירמה הדומיננטית על מנת שיוכל להתמודד עם הטבה מעין זו גם אם הוא יעיל כמו הפירמה הדומיננטית. נניח שהעלות של המתחרה (כמו גם של הפירמה הדומיננטית) לאספקת כל יחידה, היא 1. המשמעות היא שהמתחרה צריך לשכנע את הלקוח להסיט אליו 1000 יחידות, במחיר עלות, על מנת להציע הצעה שתגרום ללקוח לעבור אליו, למרות שהוא מאבד את ההטבה של 1000. הווה אומר, הפירמה הדומיננטית הציבה למתחרה מחסום, שלפיו אם הוא מתחרה על הלקוח, הוא חייב לשכנע אותו לרכוש ממנו 1000 יחידות ומעלה. אם המתחרה אינו מסוגל לשכנע את הלקוח להסיט אליו 1000 יחידות ומעלה, הוא אינו יכול להתחרות על הלקוח. בכך פגעה הפירמה הדומיננטית בתהליך התחרותי, שהרי תחרות לגופו של עניין כוללת יכולת של המתחרה להתחרות גם על כמויות הקטנות מ-1000 יחידות.⁶⁹

⁶⁸ ראו Eilat, Gilo and Sagi, לעיל ה"ש 52, בעמ' 11.

⁶⁹ ראו Eilat, Gilo and Sagi, לעיל ה"ש 52, בעמ' 4-5; ראו גם פרשת פריקת הרכבים בנמל אשדוד: רשות ההגבלים העסקיים, הכרזה בדבר קיומו של מונופולין לפי סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, קביעה בדבר ניצול מעמד לרעה בניגוד לסעיף 29א לחוק ודרישת תשלום לפי סעיף 50 לחוק

(2015) <http://www.antitrust.gov.il/subject/126/item/33862.aspx>.

שורש הפגיעה בתחרות בהנחת מטרה והנחת נאמנות הוא בהנחה שהלקוח ממילא זקוק למספר יחידות ניכר מהפירמה הדומיננטית (הנתח שאינו חשוף לתחרות), וספקים מתחרים, המסוגלים, במקרה הטוב, להציע ללקוח רק להסיט אליהם מספר יחידות השווה לנתח החשוף לתחרות, אינם מסוגלים להציע בגין יחידות אלה הצעה שתפצה את הלקוח על אבדן ההטבה שהציעה לו הפירמה הדומיננטית. במצב שבו המוצר של הפירמה הדומיננטית נעדר ייחודיות כלשהי, או אלמנט אחר הגורר כי קיים נתח שאינו חשוף לתחרות (מספר יחידות שהלקוח חייב לרכוש מהפירמה הדומיננטית), וכאשר המתחרה מסוגל לספק כמות משמעותית, ויש לו עודפי כושר ייצור משמעותיים מספיק, כעקרון הלקוח לא יירתע מלקבל את הצעתו של המתחרה, עבור כלל הכמות הנדרשת על ידו או בעבור רובה. אם המתחרה מצליח לשכנע את הלקוח להסיט אליו כמות יחידות כזו, בדרך כלל מתחרה יעיל כמו הפירמה הדומיננטית יוכל להציע ללקוח הצעה שתפצה אותו על אבדן ההטבה נשוא הנחת הנאמנות או הנחת המטרה. בדוגמא המספרית לעיל, אם הספק המתחרה יכול לשכנע את הלקוח לרכוש את כל 100 היחידות ממנו, במקום מהספק הדומיננטי, הוא יוכל להציע לו אותן במחיר מעל העלות, ועדיין להתמודד עם הצעתה של הפירמה הדומיננטית. בפרט, אם העלות היא C לאספקת כלל היחידות שהלקוח זקוק להן, המתחרה יוכל להציע אותן בקרוב ל-C, ואילו הפירמה הדומיננטית איננה יכולה להרתיע את הלקוח מלקבל הצעה זו, משום שכבר לא קיים "נתח שאינו חשוף לתחרות", שהפירמה הדומיננטית יכולה לאיים על הלקוח שהוא יעלה לו יותר אם ירכוש את הנתח החשוף לתחרות ממתחרה.

אחרי שכיסינו את הניתוח הכלכלי המראה מדוע הנחות נאמנות או מטרה הניתנות על ידי פירמה דומיננטית הן מסוכנות במיוחד לתהליך התחרותי, נפנה לדרך שבה הנציבות האירופאית נוטה ליישם ניתוח כלכלי זה, והדרך שבה בתי הדין באירופה, בסופו של דבר, בחרו לקחת אותו בחשבון. בשנת 2005 פרסמה הנציבות נייר עמדה מטעמה,⁷⁰ *Discussion Paper on Exclusionary Abuses*, שבו הציגה את גישתה לפיה יש מקום

לתת משקל רחב יותר לשיקולים כלכליים בבחינת ניצול לרעה ובכלל זה בבחינת הנחות נאמנות. על אף שנייר העמדה אינו מחייב, הוא מבטא את גישת הנציבות בנושא. על פי גישה זו, ניתוח הנחות שניתנו על ידי פירמה דומיננטית יעשה תוך שימוש בעקרונות כלכליים, אשר יבחנו את ההשפעה המסתברת של מנגנון ההנחה על התחרות בכל מקרה לגופו. כמו כן, לפי גישה זו, ההשפעה המסתברת על התחרות היא אשר תשמש מדד לחוקיות ההנחה, ולא סיווג ההנחה כהנחת נאמנות, מטרה, כמות, וכו'. בנייר העמדה של הנציבות היא מציינת כי הנחה רטרואקטיבית פר יחידה החלה לגבי כלל הרכישות אשר קדמו להשגת היעד, ולא רק לגבי היחידות שנמכרו מעבר ליעד, תיצור אפקט מוגבר של 'נאמנות' (*'suction' effect*).⁷¹ משכך, יש בה כדי להדיר מתחרים מהשוק (*foreclosure effects*), כלומר, לגרום למצב שמתחרים לא יכולים להתחרות עם הפירמה הדומיננטית על לקוחות. על פי הנציבות, השאלה אם המתחרים אכן עלולים להיות מודרים בשל ההנחה, תיבחן תוך התחשבות ביעד אשר נקבע ללקוח, באחוז ההנחה המובטח או גודל ההטבה בגין עמידה ביעד, ובתקופת ההתייחסות שבה מחושב אם הלקוח עמד ביעד. המבחן ייושם בכל מקרה לגופו, תוך התחשבות בהצדקה הכלכלית שבמתן ההנחה מחד, ובחסרונות שבמתן ההנחה מבחינת הגבלת החופש של הלקוח לרכוש ממתחרה, חסימת השוק בפני מתחרים אחרים, החלת תנאים שונים לעסקאות דומות לגבי מתקשרים שונים, וחיזוק המעמד הדומיננטי על ידי עיוות התחרות, מנגד.⁷²

נבחן להלן את יישומו של המבחן שפורט לעיל.

10.4.19 בפרשת *Prokent/Tomra*⁷³ קיבלה הנציבות הזדמנות ליישם את גישתה בבחינת ההשפעות המסתברות של ההנחות על מתחרה. חברת Prokent/Tomra הפעילה מכונות מכירה

European Commission, [2008] OJ C 219/12/ COMP/E-1/38.113. ⁷³

אוטומטיות המוצבות במרכזים מסחריים ובחנויות קמעונאיות גדולות. הנציבות חששה שחוזי בלעדיות עם לקוחות, הנחות נאמנות, והנחות מטרה שיישמה החברה חוסמים את התחרות בשוק. הנציבות הסבירה כי פירמה דומיננטית רשאית להעניק הנחות והחזרים ללקוחותיה כאשר אלו מכוונים להרחבת מעגל לקוחותיה, או לחילופין לעידוד קהל לקוחותיה הקיים לרכישת מספר יחידות גדול יותר ממנה. אולם, הנציבות גרסה כי במקרה זה נעבר קו הגבול בין הנחות מותרות לאסורות, משום שההנחות שניתנו עלולות לפגוע בתחרות.

בהחלטתה, שילבה הנציבות בין הגישה המסורתית שעולה מפסיקת בית הדין ובין גישה מבוססת אפקט, אותה היא מעוניינת לקדם. הנציבות ציינה כי על פי הפסיקה, כל שנדרש על מנת לבסס הפרה הוא העובדה שפירמה דומיננטית העניקה הנחות נאמנות, ומכך מניחים את הפגיעה המסתברת בתחרות (הגישה המסורתית). לאור זאת, ראשית, ביססה הנציבות את קיומו של ניצול לרעה על פי מדד זה. לאחר מכן, הוסיפה הנציבות ובחנה האם ההנחות במקרה זה אכן גורמות למגבלה על יכולתם של מתחרים יעילים להתחרות בפירמה הדומיננטית.

בערר על החלטת הנציבות טענה הפירמה הנבחנת כי הנציבות טעתה באפיון ההנחה ובניתוח הכלכלי.⁷⁴ בית הדין דחה את טענות הפירמה. בפסק הדין, קיבל בית הדין הכללי את הניתוח המסורתי של הנציבות, אך הטיל ספק בנחיצות מבחן האפקט שבו עשתה הנציבות שימוש. בערר נוסף, שהוגש לבית הדין הגבוה לצדק, אישר בית הדין את פסיקת בית הדין הכללי והחלטת הנציבות.⁷⁵ לעניין מבחן האפקט, הצדיק בית הדין הגבוה לצדק את בית הדין הכללי, באומרו כי:

Case T-155/06 Tomra Systems and Others v Commission [2011] 4 CMLR 7.⁷⁴

Tomra Systems and Others v Commission Court of Justice, [2012] 4 CMLR 27 Case C-549/10 P.⁷⁵

‘The General Court was correct to observe ... ,that ,for the purposes of proving an abuse of a dominant position within the meaning of Article 102 TFEU ,it is sufficient to show that the abusive conduct of the undertaking in a dominant position tends to restrict competition or that the conduct is capable of having that effect’.⁷⁶

בכך אותת בית הדין לצדק כי על פי הדין האירופאי, מבחן האפקט אותו הציגה הנציבות היה למעשה מיותר ולא נדרש על מנת להוכיח ניצול לרעה, וכי למעשה די בסיווג ההתנהגות כהנחת נאמנות על ידי פירמה דומיננטית על מנת לבסס הפרה. נראה כי הרטוריקה של בית הדין באומרו כי די שהפרקטיקה של הפירמה הדומיננטית "נוטה לפגוע בתחרות" או "מסוגלת לפגוע בתחרות" משמעה, הלכה מעשה, כי הנחת נאמנות איננה בגדר תחרות לגופו של עניין ועל כן היא פסולה, משום שמעצם טיבה היא מפריעה למתחרים להתחרות על לקוחות. בהקשר זה חשוב לציין כי גם מבחן As-efficient-competitor test שהציעה הנציבות איננו דורש ראיות לפיהן בהסתברות של 100% תיפגע התחרות בשוק. אלא שהנציבות חפצה לבסס את הפגיעה המסתברת בתחרות על ראיות מעמיקות יותר, ובפרט על השאלה האם מתחרה יעיל באותה המידה כמו הפירמה הדומיננטית מסוגלת להתחרות על הלקוח שקיבל את הנחת הנאמנות.

10.4.20 גישה דומה הרואה בניתוח האפקט שהציעה הנציבות כמבחן שאינו נחוץ להוכחת ניצול לרעה ניתן למצוא בפסק הדין בעניין Post Danmark II.⁷⁷ במקרה זה קבע בית הדין כי בעוד שהנציבות מחוייבת לבחון את ההנחות, ואת כלל הנסיבות והעובדות בכל מקרה לגופו, ובכלל זה סוג ההנחה, גודלה ומאפייניה, הרי שאין היא נדרשת ליישם את ה-as-

⁷⁶ שם, בפס' 68.

⁷⁷ Court of Justice, [2015] Case C-23/14 Post Danmark A/S v Konkurrencerådet (Post Danmark II)

5 CMLR 25.

efficient-competitor test כתנאי להחלת אחריות. עם זאת, בית הדין קובע כי הנציבות רשאית להסתמך גם על מבחן זה בהטילה אחריות.

[I]t is not possible to infer from [Article 102 TFEU] or the case-law of the Court that there is a legal obligation requiring a finding to the effect that a rebate scheme operated by a dominant undertaking is abusive to be based always on the as-efficient-competitor test. Nevertheless, that conclusion ought not to have the effect of excluding, on principle, recourse to the as-efficient-competitor test in cases involving a rebate scheme for the purposes of examining its compatibility with [Article 102 TFEU].⁷⁸

10.4.21 בפרשת אינטל, נדרשה הנציבות לבחון האם הנחות שניתנו על ידי אינטל ללקוחותיה, היוו הנחות נאמנות שמנעו ממתחרתה (AMD) את האפשרות לגדול ולספק ללקוחות שלהם אינטל סיפקה באותה עת.⁷⁹ גם כאן בחנה הנציבות את מדיניות ההנחות תוך שימוש בשני מבחנים. ראשית ביססה הנציבות את קיומו של ניצול לרעה בהתבסס על הניתוח המסורתי. לאחר מכן, יישמה את מבחן ה-As-efficient-competitor test.⁸⁰

לפי החלטת הנציבות בפרשה זו, אינטל, אשר החזיקה כ-70% משוק המעבדים מסוג X86, ניצלה לרעה את מעמדה באופן מתמשך, בין אוקטובר 2002 לדצמבר 2007, על ידי אימוץ

⁷⁸ שם, בפס' 58.

⁷⁹ Intel Corporation COMP/37.990 European Commission [2009] OJ C 227/07 (להלן: "עניין אינטל").

⁸⁰ שם, בפס' 916.

מדיניות שהדירה את המתחרה שלה AMD, מהשוק האמור. על מנת להדיר את AMD, אינטל נתנה לארבעה יצרני מחשבים מובילים: Dell, HP, Lenovo ו-NEC, הנחות שהיו מותנות בכך שיצרנים אלה ירכשו את כל או מרבית מעבדי X86 מאינטל. בנוסף, אינטל העניקה הנחות לקמעונאי אירופאי, MSH, שהיו מותנות בכך ש-MSH ישווק רק מחשבים שבהם מותקנים מעבדים של אינטל. בהתבסס על הניתוח המסורתי, ולגישת הנציבות, די היה בהנחות מעין אלה על מנת לבסס ניצול לרעה של המעמד הדומיננטי של אינטל.

עם זאת, כפי שצויין לעיל, לצד יישום הגישה הפורמלית, נימקה הנציבות החלטתה גם על בסיס השפעתן המסתברת של ההנחות על התחרות. הנציבות השתמשה במבחן 'המתחרה היעיל באותה המידה' (As-efficient-competitor test) לבחינה האם חברה יעילה במידה שווה תצלח באספקה ללקוחות שקיבלו את הנחות הנאמנות מאינטל באופן שיאפשר לה ל'העביר' את הלקוחות אליה, ללא ספיגת הפסדים ניכרים.⁸¹

הנציבות מצאה, כי מתחרה יעיל באותה המידה אינו יכול להתחרות עם הנחות אלה של אינטל. בפרט, נקבע כי מדיניות ההנחות בה נקטה אינטל, ביקשה לנצל את ה'יתח שאינו חשוף לתחרות' ('non contestable share'), אותו הנתח אשר הלקוח חייב לרכוש מאינטל, כדי להציע ללקוח הטבה בגין הנתח שאינו חשוף לתחרות בתנאי שהלקוח ירכוש ממנה גם את הנתח שחשוף לתחרות. התנהגות כזו, טענה הנציבות, תימנע ממתחרה יעיל באותה המידה לשכנע את הלקוח להסיט אליו את הנתח החשוף לתחרות.⁸² הבחינה לקחה בחשבון את: (1) הכמות של היחידות נשוא הנתח החשוף לתחרות, אותן לא נזקק בהכרח הלקוח לרכוש מהפירמה הדומיננטית; (2) התקופה עליה נפרסה ההנחה הנבנת (לכל היותר שנה אחת); (3) הערכת העלות הנמנעת הממוצעת של הפירמה הדומיננטית (average avoidable cost (AAC)). כפי שביארנו לעיל, הנציבות בחנה האם אינטל עצמה יכולה

⁸¹ שם, בפסי' 3-1002. המבחן שבו עשתה שימוש הנציבות שונה במעט מהמבחן אותו עיצבה בהנחיותיה וזאת משום שהחקירה בעניין אינטל התנהלה טרם פרסום הנחיות הנציבות.

⁸² שם, בפסי' 1005.

היתה למכור את המוצר במחיר הנמוך שבו ידרש מתחרה למכור אותו על מנת לסבסד את הפסד הנחת הנאמנות.⁸³

10.4.22 אינטל ערערה על החלטת הנציבות לבית הדין האירופאי. בפסק הדין שניתן בשנת 2014, אימץ בית הדין הכללי את החלטת הנציבות להטיל קנס של 1.06 מיליארד אירו בגין ההפרות של אינטל וניצול לרעה של מעמדה במכירת מעבדים.⁸⁴ בהתייחסו להנחות הנאמנות, בית הדין הכללי קבע כי ניתוח ההשפעה שהוסיפה הנציבות מעבר לניתוח המסורתי הוא מיותר, וכי אין צורך להראות כי הנחות נאמנות של הפירמה הדומיננטית עלולות לדחוק מתחרים מהשוק, אלא די בכך שאינטל היא דומיננטית ובכך שהיא יישמה הנחות נאמנות על מנת לגרור אחריות.⁸⁵ זאת אלא אם הפירמה הדומיננטית מראה כי קיימת הצדקה אובייקטיבית להתנהגותה.⁸⁶ על פי בית הדין הכללי, למעשה די בכך שכניסה לשוק, או התרחבות בשוק, מצד מתחרים, נעשית קשה יותר כתוצאה מהנחות הנאמנות, ואין צורך להראות כי כניסה או התרחבות עלולה להיות בלתי אפשרית.⁸⁷

בפסק דינו, בית הדין הכללי שם דגש על העובדה שהלקוחות היו חייבים לעבוד גם עם אינטל (הווה אומר, קיים "נתח שאינו חשוף לתחרות", דהיינו תצרוכת מסוימת אותה יכול הלקוח לרכוש רק מאינטל). במילותיו של בית הדין, אינטל היתה "unavoidable trading"

⁸³ שם, בפס' 1154, 1007-155.

⁸⁴ Judgment of 12 June 2014 in Case T-286/09 Intel v European Commission (להלן: "עניין אינטל 2").

ניתוח פרטני של החלטה זו מצוי ב־Eilat Gilo and Sagia, לעיל ה"ש 52, בעמ' 32.

⁸⁵ שם, בפסקה 79-80.

⁸⁶ שם, בפס' 81.

⁸⁷ שם, בפס' 88.

”partner” עבור הלקוחות.⁸⁸ בהתאם, המתחרים של אינטל יכלו להתחרות רק על הנתח החשוף לתחרות. על כן, אם לקוח של אינטל החליט לרכוש חלק מהמעבדים מ-AMD, הוא הסתכן לא רק באובדן ההנחות על המעבדים שהיוו את הנתח החשוף לתחרות, אלא גם באובדן ההנחות בגין הנתח שאינו חשוף לתחרות, אותן הלקוח מחויב לרכוש מאינטל.⁸⁹ בית הדין ציין גם את העובדה שאופי ההטבה שהציעה אינטל בגין נאמנות היה רטרואקטיבי, במובן שאם הלקוח עמד ביעד, הוא קיבל הנחה גם על הנתח שאינו חשוף לתחרות, ולא רק על הנתח החשוף לתחרות. עם זאת, מהכרעת בית הדין עולה כי די במסקנה כי קיים ”נתח שאינו חשוף לתחרות” אותו מחויבים הלקוחות לרכוש מהפירמה הדומיננטית, ואין צורך להתחקות אחר שיעורו, ובוודאי שאין צורך להראות, כפי שגרסה הנציבות, כי הנתח החשוף לתחרות נמכר על ידי הפירמה הדומיננטית, הלכה למעשה, במחירי הפסד. המשמעות הכלכלית של הדברים היא כי עצם קיומה של הנחה בעלת אופי רטרואקטיבי, הווה אומר - הטבה שחלה גם על הנתח שאינו חשוף לתחרות, גוררת כמעט תמיד מצב שבו לפחות חלק מהיחידות החשופות לתחרות נמכרו על ידי אינטל במחירי הפסד.⁹⁰ אלא שבית הדין לא דרש לבדוק כמה מהיחידות החשופות לתחרות נמכרו על ידי אינטל במחירי הפסד. בית הדין גם לא דרש לבדוק את גודל ההטבה שנתנה אינטל תמורת הנאמנות. במילים אחרות, די היה לבית הדין שהנחות הנאמנות הפריעו למתחרה להתחרות, והוא לא דרש לבדוק עד כמה הן הפריעו לו להתחרות.⁹¹

10.4.23 קביעת בית הדין כי די בכך שהנחת הנאמנות הקשתה על המתחרה להתחרות, ואין צורך להוכיח כי המתחרה עלול להידחק מהשוק, הובילה את בית הדין לציין גם כי המבחן שבו עושה הנציבות שימוש לוקה בחסר וזאת משום שאין הוא מזהה מקרים שבהם מתחרה יתקשה לפעול בשוק או יאבד מוטיבציה לתקוף את ההנחות שאינטל נותנת. כל שמזוהה

⁸⁸ שם, בפס' 91.

⁸⁹ שם, בפס' 92.

⁹⁰ ראו Eilat, Gilo and Sagi, לעיל ה"ש 52, בעמ' 34.

⁹¹ עניין אינטל 2, לעיל ה"ש 84, בפסקה 108-109.

המבחן הוא מקרה קצה שבו המתחרה לא יוכל באופן כלכלי להתחרות בהנחות הנאמנות. לאור זאת ציין בית הדין הכללי כי גם אילו היה צורך במבחן הבודק את השפעתן המסתברת של ההנחות על התחרות, לא היה צורך במבחן דוגמת זה שהציעה הנציבות, הבוחן אם הנתח החשוף לתחרות נמכר, הלכה למעשה, במחירי הפסד על ידי המונופול.⁹² בית הדין גם הבהיר כי הנחיות הנציבות, השמות יותר דגש על מבחן ההשפעה, אינן חלק מהדין, אלא משקפות רק סדרי עדיפויות של הנציבות.⁹³ לאור זאת לא בחן בית הדין את נכונות טענותיה של אינטל בדבר כשלים בנייתו האפקט התחרותי במקרה זה.

10.4.24 נקודה מעניינת נוספת בפסיקה זו של בית הדין בעניין אינטל היא כי האחוז מהשוק שהנחות הנאמנות הדירו מהמתחרה אינו רלוונטי, אלא די בכך שהפירמה הדומיננטית יישמה הנחות נאמנות. בעובדות המקרה, האחוז הממוצע מהשוק שהודר מהמתחרה, על פני תקופת ההפרה, היה כ-14%, ובית הדין מגדיר אחוז זה כמשמעותי, אך מדגיש כי אין צורך להראות את אחוז השוק המודר לצורך ביסוס אחריות בגין הנחות נאמנות.⁹⁴ נקודת המוצא של בית הדין היא כי לקוחות ומתחרים של הפירמה הדומיננטית רשאים ליהנות מהיכולת להתחרות לגופו של עניין, באופן חופשי, בכל פלחי השוק, מול כלל הלקוחות, ולכל מספר יחידות, וכיון שהנחת נאמנות באופן טיפוסי מונעת תחרות מעין זו לגופו של עניין, היא פסולה אוטומטית.⁹⁵ בית הדין גם פסל את הטענה כי הנחת נאמנות תהיה מותרת מקום שלמרות חסימת מקטע מסוים מהשוק בפני מתחרים, הם יכולים להמשיך להתחרות על מקטע אחר מהשוק.⁹⁶

⁹² שם, בפס' 144-145.

⁹³ שם, בפס' 154-155.

⁹⁴ שם, בפס' 116, 194.

⁹⁵ שם, בפס' 117, 132.

⁹⁶ שם, בפס' 132. כך, למשל, הנחות הנאמנות שניתנו ל-HP היו אסורות למרות שחשמו בפני AMD רק מקטע

מסויים מהפעילות של HP (שם, בפס' 134).

10.4.25 באשר לתקופת הבלעדיות, או הכמעט בלעדיות, שהנחת הנאמנות גוררת, בית הדין דחה את טענת אינטל כי האפקט של ההנחות מוחלש בגלל יכולת הלקוח לסיים את ההתקשרות עם אינטל בהתראה של כמה ימים. בית הדין הדגיש כי מה שחשוב הוא לא היכולת של הלקוח לסיים את ההתקשרות, אלא סך התקופה שבה הנחות הנאמנות מדרבנות את הלקוח שלא לסיים את ההתקשרות.⁹⁷ בפרשה זו, בית הדין הסיק שמדובר בתקופה של חמש שנים, במקרה של הלקוח MSH, שלוש שנים במקרה של Dell ו-NEC, מעל שנתיים, במקרה של HP, וכשנה אחת במקרה של Lenovo.⁹⁸ אך שוב, עולה מבית הדין כי סוגיות כמותיות מסוג זה פחות רלוונטיות כאשר מדובר בהנחות נאמנות של פירמה דומיננטית.

בית הדין הוסיף כי אינטל יכולה היתה להצדיק את הנחות הנאמנות אם היתה מראה שקיימות יעילויות פרו צרכניות המקוזות את הפגיעה המסתברת בתחרות.⁹⁹ אלא שאינטל לא סיפקה כל הצדקה מעין זו.¹⁰⁰

10.4.26 אינטל ערערה על פסיקת בית המשפט הכללי לבית הדין הגבוה לצדק.¹⁰¹ בפסק דין שניתן בשנת 2017 קבע בית הדין הגבוה לצדק כי כאשר הנציבות עושה שימוש במבחן ה-As Efficient Competitor, אזי על בית הדין הכללי בשבתו כערכאת ערעור לבחון טענות בדבר טעויות ביישומו של המבחן. לאור זאת ביטל בית הדין הגבוה לצדק את פסיקת בית הדין

⁹⁷ שם, בפסי' 112-13.

⁹⁸ שם, בפסי' 195.

⁹⁹ שם, בפסי' 94.

¹⁰⁰ שם.

¹⁰¹Case C-413/14 P Intel Corporation v Commission Court of Justice, [2017] 5 CMLR 18.

הכללי והורה לו לשוב ולדון בערר תוך בחינת תאוריית ה-As efficient competitor שבה עשתה הנציבות שימוש.

פסק הדין הינו לכאורה מוגבל בהשלכותיו, היות והוא מסתמך על טיעון טכני על מנת להחזיר את הדיון לבית המשפט הכללי. לגישת בית הדין, כאשר הנציבות עושה שימוש במבחן האמור בהחלטתה, הרי שטענות כנגד המבחן חייבות להשמע בערר, ואין ביכולתו של בית המשפט הכללי להתעלם מהן.

בית הדין הגבוה לצדק הוסיף כי גם כאשר הפירמה הדומיננטית מטילה ספק בקיומו של ניצול לרעה ומספקת טיעון משכנע תוך בחינת תאוריית ה-As efficient competitor, אזי נדרשת הנציבות לבצע ניתוח כאמור, וכן ידרש בית המשפט בערר לבחון טענות אלו:

‘in the case where the undertaking concerned submits, during the administrative procedure, on the basis of supporting evidence, that its conduct was not capable of restricting competition and, in particular, of producing the alleged foreclosure effects... In that case, the Commission is not only required to analyse, first, the extent of the undertaking’s dominant position on the relevant market and, secondly, the share of the market covered by the challenged practice, as well as the conditions and arrangements for granting the rebates in question, their duration and their amount; it is also required to assess the possible existence of a strategy aiming to exclude competitors that are at least as efficient as the dominant undertaking from the market...’¹⁰²

¹⁰²שם, בפס' 138 – 139.

אם כן, למרות ההתמקדות הטכנית לכאורה של פסק הדין של בית הדין הגבוה לצדק, הוא מספק איתות ברור כי ניתוח מבחן ה-As efficient competitor, כפי שפותח על ידי הנציבות, אמור לשמש ככלי נדרש לבחינת האפקט המסתבר של הנחות נאמנות, כל עוד הפירמה הדומיננטית הביאה טענות לפיהן המבחן לא מתקיים.

ישראל

10.4.27 בישראל, בנייר העמדה שפרסם הממונה על הגבלים עסקיים על **הסדרי סחר בין ספקים לרשתות קמעונאיות**,¹⁰³ הוא הדגיש את הסכנה הגלומה בדחיקת מתחרים יעילים לא פחות מהפירמה דומיננטית. הממונה הבהיר כי העילה העיקרית לפסילתן של הנחות מסוג זה הנה במסגרת סעיף 29א(א) לחוק – האיסור על ניצול לרעה.

10.4.28 בנייר העמדה, הממונה מציין כי הנחה שנותנת הפירמה הדומיננטית רק על הנתח החשוף לתחרות תהיה לגיטימית כל עוד היא לא הפסדית לפירמה הדומיננטית. התפיסה היא שמתחרה יעיל באותה המידה כמו הפירמה הדומיננטית יוכל להתמודד עם הנחה כזו.¹⁰⁴

10.4.29 איסור על הנחות הדומות להנחות מטרה או הנחות נאמנות נכלל גם בחוק קידום התחרות בענף המזון, תשע"ד 2014,¹⁰⁵ והאיסור יכול לשפוך אור על הדרך שבה רשות ההגבלים העסקיים תאכוף גם את האיסור על הנחות נאמנות והנחות מטרה של בעל מונופולין.

¹⁰³ לעיל הערה ____.

¹⁰⁴ שם.

¹⁰⁵ ראו גם דיויד גילה "הערת חקיקה: חוק המזון" **מחקרי משפט** לא(1) (2015).

מדובר בהוראות המצויות בסעיף 8 לחוק קידום התחרות בענף המזון (להלן: חוק המזון), שעניינו "תמחור אסור". "תמחור אסור" מוגדר, בסעיף 8(א) כ-"מכירת חלק מיחידות המצרך, או מכירת חלק מיחידות המצרכים בסל מצרכים, במחיר נמוך מהעלות השולית של אספקת המצרך לקמעונאי גדול", או "מכירת מצרכים, לרבות סל מצרכים, שסך כל מחירים נמוך או שווה לסך כל המחיר שהספק הגדול מציע לקמעונאי הגדול בעד רכישת מספר קטן יותר של יחידות אותו מצרך או בעד אותו סל מצרכים בהרכב מצומצם יותר".¹⁰⁶

10.4.30 שלא כמו בחוק ההגבלים העסקיים, האיסור חל לא רק על בעל מונופולין, אלא על כל "ספק גדול". "ספק גדול" מוגדר, בחוק המזון, כ-"ספק שמחזור המכירות שלו לקמעונאים, או באמצעות קמעונאים, בישראל, בשנת הכספים הקודמת, עלה על 300 מיליון שקלים חדשים בשנה, או ספק שהוא בעל מונופולין כמשמעותו בסעיף 26 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988... לגבי מצרך מסוים שבשלו הוכרז מונופולין".¹⁰⁷ איסור זה דומה במהותו לאיסור על הנחות מטרה או הנחות נאמנות, שגם בליבם עומד החשש כי פירמה דומיננטית תציע ללקוח הצעה שהלכה למעשה גורמת למכירת יחידות מסויימות של המוצר שלה (או של סל המוצרים שלה) במחירי הפסד. בפרט, אם הקמעונאי יודע שאם לא ירכוש מהספק הגדול יחידה, או כמה יחידות, של המצרך, או חלק מיחידות המצרכים שבסל מצרכים, הוא יאבד הטבה משמעותית שהציע לו הספק הגדול, אזי הקמעונאי לא ירצה לרכוש יחידות אלה מספק אחר, אף אם הספק האחר מציע לו אותן במחיר השווה לעלות השולית של הספק הגדול באספקתן. הווה אומר, אף אם הספק המתחרה יעיל כמו הספק הגדול (עם עלויות שוליות דומות), הוא לא יצליח במצב דברים זה לשכנע את הקמעונאי לרכוש את היחידות האמורות ממנו ולא מן הספק הגדול.

¹⁰⁶ ס' 8(ב) לחוק קידום התחרות בענף המזון, התשע"ד-2014, קובע כי "הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו לגבי הסדרים בנוגע למצרך חדש בלבד של הספק הגדול".

¹⁰⁷ ס' 2 לחוק המזון.

10.4.31 "עלות שולית של אספקת מצרך" מוגדרת לעניין סעיף 8 לחוק המזון כך: "השינוי בעלות הכוללת של ייצור או של רכישת מצרך, שיווקו והפצתו על ידי הספק, כתוצאה מאספקת יחידה נוספת של המצרך על ידי הספק". הממונה פרסם גילוי דעת בעניין זה המבהיר עוד יותר את משמעות המונח, וקובע כי לצורך חישוב העלות השולית לעניין איסור זה יובאו בחשבון העלויות הבאות: לספק גדול שהנו יצרן המצרך – עלות חומרי הגלם ועלות חומרי האריזה המשמשים לייצור יחידת מצרך אחת; לספק גדול שהנו יבואן או מפיץ – עלות הרכישה של יחידת מצרך אחת על ידי הספק, לרבות מכסים והיטלי יבוא אם יש כאלה, וכן עלויות המפורטות בסעיף 133(א)(5) לפקודת המכס [נוסח חדש].¹⁰⁸

10.4.32 האפשרות האחרת של תמחור אסור המצויה בסעיף 8(א) היא מקרה פרטי של האפשרות הראשונה, שבה, הלכה למעשה, יחידות מסוימות נמכרות במחיר אפס או במחיר שלילי. מדובר במקרה שבו כאשר הקמעונאי קונה יותר מהספק הגדול, סך כל התשלום שהוא משלם נמוך מזה שהיה משלם אילו קנה פחות. במקרה זה אין ספק שהיחידות האמורות נמכרו במחיר שהוא מתחת לעלות השולית, שהרי העלות השולית תמיד תהיה חיובית.

10.4.33 בפרשת ידיעות אחרונות¹⁰⁹, נקט העיתון, שהיה בעל מונופולין בשוק העיתונות היומית הכלל ארצית בזמנו, בשיטת הפצה אשר נתקפה על ידי רשות ההגבלים. השיטה, אשר זכתה

¹⁰⁸ ס"ח התשכ"ג 393. עוד קובעות ההנחיות כי "על אף האמור לעיל, לעניין הוראות ס' 8 לחוק המזון, על סף המועד בו תוקף המצרך פג, ניתן להתייחס לעלות השולית של מצרך זה כעלות אפס. למען הסר ספק, "מועד בו תוקף המצרך פג" הוא המועד האחרון לשיווק או לשימוש, המסומן על גבי המצרך, לפי העניין". ראו הרשות להגבלים עסקיים, הנחיות הממונה על ההגבלים העסקיים לחישוב עלות שולית של אספקת המצרך לקמעונאי גדול, כמשמעו בס' 8 לחוק קידום התחרות בענף המזון התשע"ד-2014, (2.12.2014),

www.antitrust.gov.il/subject/193/item/33415.aspx

¹⁰⁹ פרשת ידיעות אחרונות, לעיל הי"ש 46.

לכינוי "50 ללא החזרות", התבססה על הגדלת העמלה אותה העניקה ידיעות אחרונות לקמעונאים, בדרך כלל עד לגובה של 50% ממחיר העיתון, המותנית בכך שהקמעונאי לא יוכל להחזיר את העיתונים שלא מכר.

10.4.34 בדונו בטענת הרשות, בית הדין נעזר במבחנים דומים למבחן המתחרה היעיל באותה המידה, ולמבחן 'המחיר המשפה', והגיע לכלל מסקנה כי היא על מתחרה יעיל באותה המידה להעניק לקמעונאי בגין מכירת כל עיתון עמלה ששיעורה כשיעור מלוא המחיר של העיתון. רק במצב זה יהיה הקמעונאי, לפי בית הדין, אדיש בין מכירת גיליון נוסף של ידיעות אחרונות לבין מכירת גיליון נוסף של המתחרה, שכן רק במצב זה יקבל ממכירה של כל אחד משני העיתונים רווח שולי זהה.

10.4.35 סוג ההנחה הקרוב ביותר להנחה שנידונה בפרשת ידיעות אחרונות הוא הנחת המטרה, כאשר ה-"מטרה" שתפורה ללקוח היא הגדלת היקף הרכישה שלו בכמות העיתונים השווה לכמות העיתונים שהיה מחזיר לידיעות אחרונות. הוזה אומר, בית הדין קבע כי הנחה בגין ביטול זכות ההחזרה של סחורה שלא נמכרה כמוה כהנחה בגין **הגדלת** מספר היחידות הנרכשות, בדומה להנחת מטרה.

10.4.36 אולם, ההנחה נמצאה שונה מהנחת המטרה הרגילה, אשר בד"כ מתאפיינת ביעד כמותי מוגדר. מכל מקום, בית הדין הסיק כי ההנחה מתמרצת את הקמעונאי לקדם את מכירת עיתוני ידיעות אחרונות על חשבון העיתונים המתחרים, ובפרט עיתון "מעריב", וזאת על מנת לא לאבד את ההטבה שהוצעה על ידי ידיעות אחרונות.

10.4.37 באשר לדין של הנחות כמות מצד בעל מונופולין בישראל, הן בדרך כלל נתפסות כלגיטימיות יותר מהנחות מטרה והנחות נאמנות, אך לא ניתן לומר כי הן פטורות

אוטומטית. בפרשת ידיעות אחרונות¹¹⁰ מבחין בית הדין בין הנחות מטרה והנחות נאמנות, אשר מטבען אסורות, לבין הנחות הכמות, אשר נתפסות לרוב כלגיטימיות, לאור שימוש באמות מידה אובייקטיביות הנוהגות במתן הנחה לכלל הרוכשים.¹¹¹

10.4.38 בעמדת הממונה בעניין יחסי הסחר בין רשתות השיווק לספקים,¹¹² מדגיש הממונה את ההבדל בין הנחות כמות לבין הנחות מטרה, כאשר לכאורה רק הסוג האחרון נתפס כבעייתי.

גישה דומה ניתן למצוא גם בהודעת הממונה שניתנה בשנת 2008 באשר לכללים שיחולו על בתי הזיקוק.¹¹³ בהודעה זו התיר הממונה לבתי הזיקוק להנהיג הנחות כמות, המבוססות על חסכון מוכח בעלויות הנובע במישרין מגודל הרכישה. בעניין פוד קלאב¹¹⁴ ציין בית הדין כי הנחות כמות אינן פוגעות בתחרות. צעד נוסף נמצא בהחלטת בית הדין לתת תוקף לצו המוסכם שהושג בשנת 2002 בין הממונה לבין יבואני הרכב,¹¹⁵ שם ציין הממונה כי הנחות כמות עשויות להביא תועלת לצרכן ככל שההנחות משקפות חסכון בעלויות.

10.4.39 מנגד, היו כמה מקרים בישראל שבהם הנחות כמות מצד בעל מונופולין נתקפו על בסיס חוק ההגבלים העסקיים. בפרשת החברה המרכזית למשקאות קלים ומשקר נ' שיאי

¹¹⁰ פרשת ידיעות אחרונות, לעיל ה"ש 48.

¹¹¹ בקשה 18/96 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ (1996), בפס' 8-10.

¹¹² לעיל הערה __ בפסקה 3.5.א.

¹¹³ רשות ההגבלים העסקיים, הודעת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין כללים שיחולו על בתי זיקוק לאחר פיצול (2004).

¹¹⁴ ראו ערר 1/00 פוד קלאב בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח' (פורסם בנבו, 29.05.13).

¹¹⁵ ראו הי"ע 28/01 הממונה על הגבלים עסקיים נ' בני משה קרסו מפיצי מכוניות בע"מ ואח' (פורסם בנבו, 28.09.13).

אופיר השקעות בע"מ, הגיעה החברה המרכזית למשקאות קלים, הבעלים של חברת המכונות האוטומטיות הגדולה בישראל, משקר, לפשרה בתובענה ייצוגית שהוגשה נגדה על ידי מפעילי מכונות אוטומטיות.¹¹⁶ התובעים טענו כי הנחות הכמות של החברה מפלות לטובה את משקר, חברת הבת של החברה המרכזית, ביחס למפעילי מכונות אוטומטיות קטנים יותר.

10.4.40 בפרשת **נשר**, ניתנו הוראות לנשר שתוצאתן מכירת מפעל מלט של נשר לחברה מתחרה, על רקע יישום הנחות כמות על ידי החברה, שהיא בעל מונופולין בתחום המלט. הנחות הכמות הפלו לטובה את חברות הבטון הגדולות ביותר ביחס לחברות בטון קטנות יותר. הרשות הגיעה למסקנה כי אפליה זו גרמה לפגיעה מסתברת בתחרות הן בשוק הבטון והן בשוק המלט.

10.4.41 פרשות אלה מראות כי למרות שלהנחות כמות אין בדרך כלל השפעה מובהקת של דחיקת מתחרים, המאפיינת הנחות מטרה והנחות נאמנות, יש בהן אלמנט של אפליית מחירים בין לקוחות קטנים של בעל המונופולין לבין לקוחות גדולים שלו. לכאורה, ניתן לטעון כי העסקה עם לקוח גדול היא שונה מהעסקה עם לקוח קטן, ומכאן שאין מדובר באפליה. מאידך, אם העלויות במכירת המוצר ללקוח הקטן דומות לעלויות במכירתו ללקוח גדול, ואין פרמטר אובייקטיבי אחר שמצדיק את המחיר השונה, הרי שהפרש המחירים בין שני סוגי הלקוחות נובע מהבדלים בכוח מיקוח גרידא, ונפתחת הדלת לטענת האפליה. על פי סעיף 29א(ב)(3) לחוק ההגבלים העסקיים, קמה חזקה חלוטה לניצול לרעה העלול לפגוע בתחרות או בציבור אם בעל המונופולין קבע "תנאי התקשרות שונים לעסקות דומות אשר עשויים להעניק ללקוחות או לספקים מסויימים יתרון בלתי הוגן כלפי המתחרים בהם."

¹¹⁶ ראו ת"א (ב"ש) 3249-04 שיאי אופיר השקעות בע"מ נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ (פורסם

בנבו, 15.10.12).

10.5 הצרת מרווחים (Margin Squeeze, או: Price squeeze)

10.5.1 במקרה של הצרת מרווחים הפירמה הדומיננטית פעילה הן בשוק אספקת המוצר נשוא המונופולין, והן בשוק משני בו המתחרים של הפירמה הדומיננטית הם בעצמם לקוחות של הפירמה הדומיננטית והם עושים שימוש באותו המוצר, או בתשתית או בתשומה שהפירמה הדומיננטית מספקת להם על מנת לספק מוצר מתחרה לצרכנים. במצב מעין זה, עלול להיות תמריץ לפירמה הדומיננטית להעלות את המחיר שהיא גובה ממתחריה עבור המוצר או הגישה לתשתית, ובאותו הזמן להוריד את המחיר שהיא עצמה גובה מהצרכנים על המוצר הסופי, וזאת על מנת להקטין את רווחיות המתחרים בשוק המשני שבו הם מתחרים עם הפירמה הדומיננטית.

10.5.2 בעניין *Deutsche Telekom*¹¹⁷ קיבלה הנציבות תלונות ממספר מפעילי רשתות תקשורת בגרמניה, אשר טענו כי *Deutsche Telekom* מפעילה מדיניות המנוגדת לסעיף 102 לאמנה. המפעילים השונים נדרשו לשלם לפירמה הדומיננטית מחיר מופרז בעבור הגישה אל הרשתות המקומיות. רשתות התקשורת המתחרות טענו כי הפירמה הדומיננטית מנצלת לרעה את מעמדה בכך שהיא מעלה את מחיר הגישה לתשתית שהם זקוקים לה וכך מאלצת אותם להעלות את מחיריהם ללקוחותיהם הסופיים. מנגד, *Deutsche Telekom* שמתחרה גם היא על הלקוחות הסופיים, הציעה מחיר נמוך לצרכנים מאשר זה שהמפעילים האחרים היו מסוגלים לגבות.¹¹⁸

¹¹⁷Case COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, Deutsche Telekom AG, European Commission, [2003] OJ
L 263/9.

¹¹⁸ שם, בפס' 102.

10.5.3 הנציבות בחנה את הפער בין המחיר שגבתה *Deutsche Telekom* ממתחריה תמורת הגישה לתשתית, מול המחיר שהיא גבתה מהלקוחות עליהם התחרתה עם מתחרים אלה. הנציבות נעזרה במבחן "המתחרה היעיל באותה המידה", וקבעה כי אם מתחרה כזה יתקשה להתחרות על הלקוחות לאור המחיר שהוא צריך לשלם לפירמה הדומיננטית על הגישה לתשתית אל מול המחיר שהפירמה הדומיננטית גובה מהלקוחות הסופיים, אזי הצרת המרווחים תהא אסורה.¹¹⁹ במקרה זה מצאה הנציבות כי אכן גם מתחרה יעיל כמו דויטשה טלקום היה מתקשה להתחרות לאור הצרת המרווחים האמורה. לגישת הנציבות:

"There is an abusive margin squeeze if the difference between the retail prices charged by a dominant undertaking and the wholesale prices it charges its competitors for comparable services is negative, or insufficient to cover the product-specific costs to the dominant operator of providing its own retail services on the downstream market"¹²⁰

10.5.4 במקרה זה קבעה הנציבות כי בחינת הפירמה הדומיננטית והצרת המרווחים מלמדת כי אילו הפירמה הדומיננטית היתה צריכה בעצמה לשלם על הגישה לתשתיות את המחיר שהיא גבתה מהמתחרים שלה, היא עצמה לא היתה יכולה להרוויח ממכירת השירות לצרכנים הסופיים במחיר שהפירמה הדומיננטית גבתה מהם.

¹¹⁹ שם, בפס' 237.

¹²⁰ recital 107 to the contested decision.

10.5.5 בערר על החלטת הנציבות, בית הדין הכללי קיבל את גישת הנציבות, וקבע כי הצרת המרווח מתייחסת לפער בין המחיר שגובה הפירמה הדומיננטית מהמתחרים שלה לבין המחיר שהיא גובה מהלקוחות הסופיים (שעליהם היא מתחרה עם המתחרים שלה), והעובדה כי מתחרים יעילים באותה המידה כמו הפירמה הדומיננטית לא יכולים להתמודד עם התמחור כאמור:

“The abusive nature of the applicant’s conduct is connected with the unfairness of the spread between its prices for wholesale access and its retail prices, which takes the form of a margin squeeze. Therefore, in view of the abuse found in the contested decision, the Commission was not required to demonstrate in that decision that the applicant’s retail prices were, as such, abusive”.¹²¹

בית המשפט בחן את הניתוח אותו ביצעה הנציבות – אם לאור הצרת המרווח מתחרה יעיל באותה מידה יוכל להתחרות במחיר. בית המשפט קבע כי התמחור אינו הוגן כאשר אין ביכולתו של מתחרה יעיל כמו הפירמה הדומיננטית לעמוד בתמחור הנמוך. קביעה זו אינה נובעת אך ורק מהמחיר הסופי לצרכן שגובה הפירמה הדומיננטית, אלא מהצרת המרווחים, לאור המחיר שהמתחרה צריך לשלם לפירמה הדומיננטית על הגישה לתשתית, אל מול המחיר שהפירמה הדומיננטית גובה מהלקוחות הסופיים.¹²²

Para 167 Case T-271/03 Deutsche Telekom AG v Commission[2008] ECR II-477. ¹²¹

¹²²שם, בפס' 183-206.

10.5.6 בערר על פסיקת בית הדין הכללי בחן בית הדין הגבוה לצדק שוב את התנאים לביסוס ההפרה ואימץ את גישת הנציבות :

‘The anti-competitive effect which the Commission is required to demonstrate, as regards pricing practices of a dominant undertaking resulting in a margin squeeze of its equally efficient competitors, relates to the possible barriers which the appellant’s pricing practices could have created for the growth of products on the retail market in end-user access services and, therefore, on the degree of competition in that market.... Such practice constitutes an abuse... if it has an exclusionary effect on competitors who are at least as efficient as the dominant undertaking itself by squeezing their margins and is capable of making market entry more difficult or impossible for those competitors, and thus of strengthening its dominant position on that market to the detriment of consumers’ interests’.¹²³

10.5.7 אם כן, על מנת לבחון אם מדובר בהצרת מרווחים אסורה, יש לבדוק הן את המחיר שהפירמה הדומיננטית גובה מהמתחרים והן את המחיר שגובה הפירמה הדומיננטית מהלקוחות שעליהם היא מתחרה עם אותם מתחרים. אם המחיר שהפירמה הדומיננטית גובה מהלקוחות הסופיים אינו מאפשר למתחריה, שהם יעילים לפחות כמוה, מרווח רווח, תגיע הנציבות למסקנה כי בוצעה הצרת מרווחים שאיננה מאפשרת למתחרה להתחרות

paras 177, 252, 253 Case C-280/08 P Deutsche Telekom AG v Commission, Court of Justice, ¹²³

[2010] 5 CMLR 27.

עם הפירמה הדומיננטית על אותם לקוחות, למרות שהוא יעיל באותה המידה כמו הפירמה הדומיננטית, ועל כן מדובר בניצול לרעה של המעמד הדומיננטי.

10.5.8 יוער כי הפירמה הדומיננטית אינה חייבת להיות דומיננטית גם בשוק הלקוחות הסופיים על מנת שתיווצר עילה בגין הצרת מרווחים. די כי היא נהנית ממעמד דומיננטי בשוק נשוא מכירת התשומה או הגישה לתשתית למתחריה. נראה שנקודת המוצא היא שאם הפירמה אינה דומיננטית בשוק לאספקת התשומה, אזי המתחרים יכולים להשיג את התשומה הזו ממתחרים משמעותיים של הפירמה.

10.5.9 בפסק הדין בעניין Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB, חזר בית הדין הגבוה לצדק על עיקרי הפסיקה.¹²⁴ בית הדין קבע כי מקורה של ההפרה במרווח הלא הוגן אותו משאירה הפירמה הדומיננטית למתחריה – המרווח בין המחיר הסיטונאי והמחיר הקמעונאי – שאינו מאפשר למתחריה יעיל באותה מידה להתחרות בפירמה הדומיננטית:

‘Accordingly, the practice in question, adopted by a dominant undertaking, constitutes an abuse within the meaning of Article 102 TFEU, where, given its effect of excluding competitors who are at least as efficient as itself by squeezing their margins, it is capable of making more difficult, or impossible, the entry of those competitors onto the market concerned.’¹²⁵

¹²⁴ Case C 52/09 Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB, [2011] ECR I-527 18.

¹²⁵ שם, בפס' 63, הכוללת הפניה לפס' 253 בפסק הדין בעניין Deutsche Telekom v Commission.

בפסיקתו בית הדין הבהיר כי הצרת מרווחים אינה תלויה בשאלה האם הפרקטיקה פוגעת במתחרים קיימים או חדשים. כמו כן אין היא מושתתת על בחינה אם הפירמה הדומיננטית תוכל להעלות את רווחיותה בעתיד ולפצות על הפסדים אפשריים שנגרמים לה בעקבות הצרת המרווחים (recoup losses). כל עניינה של ההפרה הוא בכך שאין פער הוגן מספיק בין המחיר הסיטונאי ובין המחיר הקמעונאי המאפשר למתחרה יעיל באותה המידה כמו הפירמה הדומיננטית לפעול בשוק.¹²⁶

ישראל

10.5.10 גישה דומה לזו של החלטת הנציבות בעניין דויטשה טלקום בהקשר של הצרת מרווחים חלה גם בישראל. סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים, העוסק בניצול לרעה, מבוסס על הסעיף המקביל באמנה האירופאית. הדעת נותנת כי העוגן ליישום ההלכה היא סעיף 29א(א) לחוק, האוסר על ניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי, באופן העלול לפגוע בתחרות או בציבור.

10.5.11 בפרשת ה-"נייקד ADSL" של בזק, התנהגות בזק היתה דומה במידה רבה להצרת מרווחים. בזק מכרה ללקוח הסופי שירות של תשתית אינטרנט לרבות שירות טלפוניה במחיר שהוא נמוך מהמחיר שבזק גבתה מהלקוח הסופי בגין תשתית האינטרנט בלבד במתכונת ADSL Only. הלכה למעשה, ההתנהגות הקשתה על מתחרים בתחום שירותי הטלפון שהם נעדרי תשתית משל עצמם להתחרות בבזק. התנהגות זו עלולה היתה להביא לדחיקת רגלי מתחרותיה של בזק בתחום הטלפוניה הנייחת ובכך לגרום להפחתה או פגיעה בתחרות. בהחלטת הממונה משנת 2014¹²⁷ נקבע כי בעשותה כן, ניצלה בזק את מעמדה לרעה בניגוד להוראות סעיף 29א לחוק ההגבלים:

¹²⁶ שם, בפס' 101-98.

¹²⁷ הממונה על ההגבלים העסקיים, קביעה בדבר ניצול לרעה של מעמד בשוק: בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (16.11.2014).

”פרקטיקת התמחור בה נקטה בזק הביאה ליצירת פער מחירים שלילי בין מחיר המוצר הסופי לבין מחיר התשומה הנדרשת לשם אספקתו על ידי מתחרותיה. בדרך זו הגבילה בזק את יכולתן של מתחרותיה להעמיד בפני לקוחות הצעות בנות תחרות והקשתה על חדירתן והתרחבותן בשוק...”

אולם, בזק הגישה ערר על החלטת הממונה, ולאחר מספר שנים בהן הערר התנהל, הביאה בזק ראייה חדשה, לפיה חלק מהתקופה הרלוונטית היא לא גבתה את התעריף שאמורה היתה לגבות מצרכנים המשתמשים בתשתית שלה לצורך קבלת השירות מחברה מתחרה. בעקבות זאת, הממונה הודיעה לבית הדין כי:

”המשך הבירור משמעותן של הראיות החדשות על הקביעה נשוא ההליך, דורש עוד בחינה עובדתית וכלכלית, וכפועל יוצא גם התדיינות משפטית נוספת. לדברי הממונה, בשים לב לכך שקיימת הסתברות לא מבוטלת כי המידע החדש שצירפה בזק בשלב זה עשוי להשפיע על הקביעה, ובהתחשב בחלוף הזמן מאז האירועים הנדונים בקביעה, המשפיע גם על המשאבים שיידרשו על מנת לברר את השפעת הראיות החדשות על הקביעה, אין הממונה רואה לנכון להוסיף ולעמוד על הקביעה”¹²⁸.

בהתאם, בהחלטתו ממרץ 2018, אישר בית הדין את הבקשה המוסכמת בין הממונה לבין בזק לביטול קביעת הממונה משנת 2014. אמנם, בית הדין מצוין כי:

”אין הממונה מאשרת כי הקביעה היתה מוטעית מיסודה ולשיטתה יש לבטלה מפאת חוסר היכולת וההצדקה לברר, בשלב זה, את העניין עד תומו”¹²⁹.

¹²⁸הע (י-ם) 29026-12-14 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע”מ נ’ הממונה על ההגבלים העסקיים (פורסם בנבו, 20.3.2018), בפס’ 7.

¹²⁹ שם, בפס’ 10.

אך בית הדין מאמץ את הסכמת הצדדים לבטל את הקביעה, וקובע כי בהתאם, הקביעה תהיה בטלה מעיקרה.

10.5.12 לסיכום נציין את הגישה השונה הנהוגה בדין האמריקאי. כך, למשל, בפרשת *Pacific Bell Telephone Co. v. linkLine Communications, Inc.*¹³⁰ בית המשפט העליון האמריקאי קבע כי בעל מונופולין יכול לגבות מהמתחרים שלו כל מחיר שיחפוץ, כל עוד הגיע למעמדו המונופוליסטי בדרך כשרה. הוזה אומר, כל עוד המחיר שהמונופול גבה מהלקוחות אינו טורפני כשלעצמו, עצם ההתנהגות של הצרת מרווחים לא תניב אחריות בארה"ב. מבחינה זו, לא קיימת עילה בשל הצרת מרווחים בדין האמריקאי.

10.6. תמחור מופרז (Excessive Pricing)

10.6.1 פירמה דומיננטית עלולה לנצל את כוח השוק העומד לרשותה לצורך העלאת מחיר מוצריה בצורה מופרזת מעל לרמה התחרותית. באירופה, התנהגות זו כשלעצמה עשויה להוות ניצול לרעה של המעמד הדומיננטי, אם הפער בין המחיר התחרותי לבין המחיר שגבתה הפירמה הדומיננטית הוא מופרז.¹³¹ עסקינן בנורמה משפטית שמונעת ישירות מהפירמה הדומיננטית לגרום לתופעה הבסיסית שדיני ההגבלים העסקיים נועדו למנוע: מחיר מופרז מעל למחיר התחרותי או תנאים הנחותים מהתנאים התחרותיים.

¹³⁰ Pacific Bell Telephone Co. v. linkLine Communications, Inc. 29 S. Ct. 1109 (2009).

¹³¹ איסור דומה על מחיר מופרז של פירמה דומיננטית קיים בכל מדינות ה-OECD פרט לארה"ב, מקסיקו, קנדה, ניו-זילנד ואוסטרליה.

10.6.2 תמחור מופרז נאסר על פי האמנה האירופאית לאור סעיף 102(a) לאמנה, האוסר על הפירמה הדומיננטית להטיל 'ישירות או בעקיפין, מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים או תנאים בלתי הוגנים אחרים'.¹³² המינוח 'בלתי הוגן', שבו נעשה שימוש בסעיף 102(a) לאמנה, פורש על ידי בתי הדין האירופאים ככולל הן תמחור טורפני (קרי נמוך מדי) והן מחיר מופרז (קרי גבוה מדי).¹³³ בנוסף, בהתאם לסעיף 102(c) לאמנה, עשוי תמחור כאמור להיחשב כניצול לרעה של מעמד דומיננטי כאשר הוא מוביל לאפליה אסורה לרעת אותם לקוחות ששילמו את המחיר הגבוה יותר.

10.6.3 פסיקת בית הדין בעניין General Motors, מגדירה תמחור מופרז ככזה שהוא חסר קשר הגיוני ל-"ערך הכלכלי של המוצר".¹³⁴ אולם, מרבית פסקי הדין והמלומדים מפרשים את המונח "ערכו הכלכלי של המוצר" כמחיר שהיה רווח אילו היתה תחרות בשוק.¹³⁵ גם לדעתנו, אין לפרש את המונח "ערך כלכלי של המוצר" ככזה ששם משקל כלשהו גם על מוכנותם של הצרכנים לשלם בגין המוצר, שהרי אז אנו עלולים להגיע לתוצאה אבסורדית, בה אף מחיר שגובה פירמה דומיננטית לא ייחשב כמופרז. כידוע, מונופול לעולם לא ירצה

¹³²פסק הדין המרכזי הראשון שקבע הלכה זו הוא פסק הדין של בית הדין האירופאי לצדק בעניין:

United Brands, לעיל ה"ש 39. Case 26/75 General Motors v Commission [1975] ECR 1367. בית הדין חזר על הלכה זו בעניין

¹³³ראו לדוגמה את החלטת בית הדין האירופאי לצדק בעניין Siema v Eda [1971] ECR 69; Case 26/75 General Motors v Commission [1975] ECR 1367; Case 27/76 United Brands v Commission of the European Communities [1978] ECR 207 appeal on Commission decision OJ [1976] L95/1; ראו גם החלטת הנציבות: 4 [2002] OJ L331/40; [2001] OJ L331/40; British Post office v. Deutsche Post AG [2001] OJ L331/40; [2002] OJ L331/40. CMLR 17.

¹³⁴Case 27/76 United Brands v Commission ; Case 26/75 General Motors v Commission [1975] ECR 1367.

¹³⁵פרשת United Brands, לעיל ה"ש 39 בפסקה 249-250.

לגבות מחיר שהצרכנים לא מוכנים לשלם. בהתאם, אותה "הגינות" שסעיף 102(a) לאמנה דורש מהפירמה הדומיננטית היא הגינות כלפי הצרכן, ולא "הגינות כלפי המונופול"¹³⁷.
אם כך, מחיר בלתי הוגן, לצורך סעיף 102(a) לאמנה, הוא מחיר שהפער בינו לבין המחיר שהיה רווח בתנאי תחרות הוא מופרז. נותר, אם כן, לנתח מהו "המחיר שהיה רווח בתנאי תחרות", ובנוסף, מהו, כעניין שבמדיניות, הפער מעל לאותו מחיר תחרותי שמעליו המחיר ייחשב כבלתי הוגן. כשלב שלישי לניתוח, הפירמה הדומיננטית תוכל לטעון כי למרות שהמחיר שגבתה הוא לכאורה מופרז, על פי המבחנים הראשון והשני, מחיר זה היה חיוני לעידוד השקעה של הפירמה הדומיננטית, שמאיזושהי סיבה התעלמנו ממנה בשלב הניתוח הראשון, ושמועילה לצרכן, כך שבסופו של דבר הצרכן לא נפגע משמעותית. זהו שלב של הגנת יעילות, שמקובל בכל מקרה של ניצול לרעה על ידי פירמה דומיננטית, והוא יכול לאפשר לקיחה בחשבון של פרמטרים שהם ספציפיים לנסיבותיה של הפירמה הדומיננטית בתקופה הרלוונטית.¹³⁸ בהתאם, שני השלבים הראשונים מכריעים אם המחיר שגבה בעל המונופולין הוא לכאורה מופרז מעל מחיר יותר תחרותי ממנו, או מהמחיר התחרותי האולטימטיבי, הוא העלות. השלב השלישי, שבו המונופול יכול להראות כי המחיר הלכאורה מופרז היה נחוץ לצורך עידוד השקעה שלו שהועילה לצרכן באופן המקזז את

¹³⁶ ראו דיויד גילה "מחיר מופרז כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי", **משפטים** מה 761 (2016) בעמ' 769-780; ראו David Gilo, A Coherent Approach to the Antitrust Prohibition of Excessive Pricing by Dominant Firms, in "Excessive Pricing and Competition Law Enforcement" (Frederic Jenny and Yannis Katsoulacos, eds. Springer 2018), at par. 6.1.3.

¹³⁷ כך, למשל, האסטרטגיה הרווחית ביותר למונופול היא לקחת מהצרכנים את כל עודף הצרכן, ולא להשאיר להם כל רווחה מצריכת המוצר (קרי, כל צרכן משלם בגין המוצר בדיוק את מה שהמוצר שווה לו, ולא פחות. המונופול, במקרה כזה, קרוי "מונופול מפלה מושלם". לעניין זה ראו Jean Tirole, The Theory of Industrial Organization 135 (1988)). מבחינת הגינות כלפי הצרכן, זוהי התוצאה הגרועה ביותר, וזאת דווקא משום שהמחיר שגבה המונופול משקף את מוכנותו של הצרכן לשלם.

¹³⁸ ראו A Coherent Approach to the Antitrust Prohibition of Excessive Pricing by Dominant Firms, לעיל ה"ש 136.

הפגיעה בו במקרה הקונקרטי, נועד לבדוק אם למרות שהמחיר הוא לכאורה מופרז, הוא בכל זאת הוגן, ולכן לא מהווה הפרה.

10.6.4 השאלה מהו המחיר שהיה רווח בתנאי תחרות דורשת ניתוח כלכלי, ומתבררת על פי הפסיקה באמצעות מבחן העלות או מבחן השוואה, שיסקרו בהמשך. השאלה מהו הפער מעל המחיר התחרותי שייחשב מופרז היא שאלה של מדיניות משפטית, והיא נוגעת למידת הסובלנות שיש לבית המשפט כלפי פגיעה בערכי היסוד שדיני ההגבלים העסקיים נועדו לקדם: יצירת נטל עודף ובעיית ההגינות כלפי הצרכן.¹³⁹

10.6.5 הפסיקה במדינות האוסרות על מחיר מופרז של פירמה דומיננטית אינה קוהרנטית לחלוטין בשאלה מהו אותו פער המחשיב את המחיר כמופרז. ברור שלא כל פער מעל המחיר התחרותי מהווה הפרה (למרות שהאידיאל של המחוקק הוא המחיר התחרותי). עם זאת, מובן מאליו לדעתנו, בקיצוניות השנייה, כי מתן חופש לפירמה הדומיננטית לגרוף לעצמה פער של מאות אחוזים מעל המחיר התחרותי במידה רבה יעשה את רצונו הנ"ל של המחוקק פלסטר.

10.6.6 למיטב ידיעתנו, ההחלטה היחידה במשפט המשווה שנתנה דעתה לגבי השאלה הנורמטיבית העקרונית מהו הפער הראוי מעל המחיר התחרותי היא החלטת בית משפט

¹³⁹ כפי שדיויד גילה הראה במקום אחר, בעיית הנטל העודף חמורה במיוחד דווקא כאשר לצרכן יש אלטרנטיבות נחותות שהוא נאלץ להסתפק בהן כאשר המחיר של המוצר שסיפקה הפירמה דומיננטית מופרז, בעוד כאשר מדובר במוצר חיוני, הבעייה העיקרית היא לא נטל עודף אלא העברת ערך מהצרכן אל הפירמה הדומיננטית. ראו David Gilo, Excessive Pricing by Dominant Firms, Private Litigation, and the Existence of Alternative Products, in Frédéric Jenny Liber Amicorum, Concurrences, 2018.

לענייני תחרות (ערכאת ערעור על החלטת הרשות) של דרום אפריקה בפרשת Sasol.¹⁴⁰ לגבי השאלה מהו הפער מעל המחיר התחרותי שייחשב כמופרז, קובע בית המשפט כי מחיר שהפער בינו לבין המחיר התחרותי הוא מתחת ל-20% מהמחיר התחרותי לא ייחשב כמופרז. מעניין לציין כי בית המשפט הדרום אפריקאי הפנה, בעניין זה, למקורות התלמוד במשפט העברי, המציינים רף של שישית מעל העלות כאמת מידה למופרזות המחיר.¹⁴¹

10.6.7 מקרים נוספים בפסיקה המציינים רף של עשרות אחוזים בודדים כפער מופרז כוללים, למשל, את החלטת הנציבות האירופאית בעניין Deutsche Post, שקבעה כי מחיר 25% מעל האומדן לעלות הפירמה הדומיננטית הוא מופרז,¹⁴² החלטת רשות התחרות ובית המשפט לערעורים בענייני תחרות בבריטניה בעניין Napp,¹⁴³ שקבעה כי מחיר שהוא 40% מעל המחיר שגבה המתחרה של הפירמה הדומיננטית הוא מופרז, והחלטת רשות התחרות האיטלקית בעניין שדות התעופה באיטליה, שקבעה כי מחיר שהוא 50% מעל המחיר התחרותי הוא מופרז.¹⁴⁴

Sasol Chemical Industries Limited v Competition Commission (131/CAC/Jun14) (5) SA 471 (CAC)¹⁴⁰ (17 June 2015), עמ' 86, פס' 175 (להלן: "עניין Sasol").

¹⁴¹ ראו שם, בפס' 175.

¹⁴² ראו ניתוח של ההחלטה, להלן בפס' 10.6.18.

Napp Pharmaceutical Holdings Ltd. v. Director General of Fair Trading, Case No. 1001/1/01 (Jan. 1992)¹⁴³ (להלן: "עניין Napp").
הרשות בפרשה זו הראתה כי המחיר מופרז גם על אמות מידה אחרות, כך שלא ברור מההחלטה האם די היה באמת המידה הנ"ל על מנת להכריע. ראו להלן בפסקה __.

¹⁴⁴ ראו AGCM, PRESS RELEASE, ANTITRUST AUTHORITY FINES AEROPORTI DI ROMA FOR ABUSE OF ITS DOMINANT POSITION, EURO 1,668,000 (ADR), <http://www.agcm.it/en/newsroom/press-releases/1603-aeroporti-di-roma-tariffe-aeroportuali.html>. (להלן: "עניין שדות התעופה"). ראו גם פסקה 10.6.19 להלן.

10.6.8 דיני התחרות מבוססים על ההנחה כי שוק תחרותי הוא שיביא את התוצאה הראויה, לרבות לעניין מחיר המוצר, איכותו, רמת ההשקעה בשוק, וכדומה. אם נמצא שוק שבו המחיר הרווח איננו זה אשר היה רווח בשוק תחרותי, אזי השוק נמצא במצב שלא תואם את אותו אידיאל של החוק. בהתאם, שוק שבו שולטת פירמה דומיננטית, אשר גובה מהצרכנים מחיר הגבוה באופן מופרז מזה שהיה רווח בשוק תחרותי, דורש התערבות, בכפוף להגנת היעילות האמורה, בכדי לתקן את העיוות שדיני ההגבלים העסקיים נועדו למנוע.¹⁴⁵ העיוות הוא תוצאה של שני כשלים שדינים אלה מנסים למנוע: הכשל הראשון הוא "נטל עודף", כפי שהוסבר בפרק 2 לעיל, קרי הנזק החברתי הנגרם מכך שצרכנים שראוי שירכשו את המוצר אינם רוכשים אותו עקב מחירו הגבוה. הכשל השני הוא חוסר הגינות. כפי שהבהרנו בפרק 2 לעיל, דיני ההגבלים העסקיים שמים משקל רק על רווחת הצרכן, ולפיכך כל מחיר הלוקח מהצרכן את הרווחה שהיה מקבל אילו היה השוק תחרותי לוקה בחוסר הגינות שהמחוקק מנסה למנוע.

בחינת קיומו של מחיר מופרז

10.6.9 כאמור לעיל, השלב הראשון בבדיקה אם מחיר שגבתה פירמה דומיננטית הוא מופרז דורש התחקות אחר 'המחיר הרווח בשוק תחרותי'. זו אינה מלאכה קלה ליישום, אך אפשרית, ואינה קשה יותר מבירורים כלכליים רבים אחרים בתחום דיני ההגבלים העסקיים. בפסיקה השתרשו שתי שיטות לבחון שאלה זו.

10.6.10 השיטה הראשונה מבוססת על בחינת העלויות של הפירמה הדומיננטית ("מבחן העלות"). המטרה היא לאפשר לפירמה הדומיננטית לגבות מחיר אשר יכסה את עלויותיה המשתנות, ובנוסף גם לא ירתיע אותה מלהיכנס לשוק ולהשקיע בו מלכתחילה. בהתאם, יש לחשב את העלות הכוללת הממוצעת, קרי את העלויות המשתנות והקבועות הרלוונטיות של הפירמה

¹⁴⁵ כפי שנראה להלן, מחירים מופרזים, כשלעצמם, אין בהם כדי לתקן את עצמם על ידי משיכת כניסת פירמות חדשות לשוק.

הדומיננטית בתקופה הרלוונטית מחולקות במספר היחידות שמכרה בתקופה הרלוונטית. עלויות קבועות היסטוריות, שכבר נגבה בגינן בעבר המחיר מהצרכנים שפיצה את הפירמה הדומיננטית, אין לקחת בחשבון. זוהי שיטה מאתגרת, משום שהיא חשופה למניפולציות חשבונאיות, ולשאלה כיצד יש להקצות עלויות המשותפות לכמה מוצרים שמספקת הפירמה הדומיננטית בין המוצר נשוא המונופולין לבין מוצרים אחרים. יש למנוע מבעל המונופולין להקצות, למשל, באופן לא פרופורציוני, את העלויות המשותפות הללו על המוצר נשוא המונופולין, על מנת להקטין בצורה מלאכותית את הרווחיות שהוא מפיק מאותו המוצר.

10.6.11 השיטה השנייה שהשתרשה בפסיקה להערכה מהו המחיר הרווח בשוק התחרותי היא השוואת המחיר הנגבה על ידי הפירמה הדומיננטית בשוק הנבחן, בתקופה הנבחרת, עם איזשהו קנה מידה תחרותי יותר ("מבחן ההשוואה"). ההגיון בשיטה זו הוא שאם המחיר שגבתה הפירמה הדומיננטית הוא מופרז מעל המחיר התחרותי יותר נשוא ההשוואה, אזי הוא מופרז ובלתי הוגן. אמנם, המחיר התחרותי יותר נשוא ההשוואה עשוי גם הוא לא להיות המחיר התחרותי האולטימטיבי, אך אם המחיר שנגבה הוא מופרז מעליו, קל וחומר שהוא מופרז מעל המחיר התחרותי האולטימטיבי.

ראוי לו למבחן ההשוואה, אם הוא חד מספיק, להצדיק בפני עצמו קביעה על גביית מחיר מופרז. סקירה של הפסיקה בעולם מראה כי ברוב המקרים, בתי משפט ורשויות הסתמכו רק על מבחן ההשוואה בבואם לבחון אם המחיר שגבתה הפירמה הדומיננטית היה מופרז. ההשוואה צריכה להיות אל נסיבות כמה שיותר דומות לנסיבות נשוא התמחור על ידי הפירמה הדומיננטית בפרט מבחינת עלות האספקה. ההשוואה הקרובה ביותר היא למחיר שהפירמה הדומיננטית עצמה גובה, בגין אותו מוצר, בשווקים או מקטעים או תקופות החשופים ליותר תחרות. כך, למשל, אם הפירמה הדומיננטית מוכרת את המוצר גם בשוק גיאוגרפי החשוף ליותר תחרות, ניתן להשוות בין המחיר שהיא גובה בשוק

האמור לבין המחיר שהיא גובה בשוק שבו היא דומיננטית.¹⁴⁶ אם היא מוכרת את המוצר גם ללקוחות שהם חזקים יותר ויותר רגישי מחיר, ניתן להשוות בין המחיר שהיא גובה מהם לבין המחיר שהיא גובה מלקוחות שהם חלשים יותר או פחות רגישי מחיר. אם היא הורידה את המחיר לאחר כניסה של מתחרה או מתחרים לשוק שלה, ניתן להשוות בין המחיר שגבתה לפני הכניסה, לזה שהיא גבתה אחרי הכניסה.¹⁴⁷

בכל המקרים האלה, אם העלות לאספקה למקטע, האזור, או בתקופה, התחרותיים יותר נמוך יותר, יש לקחת בחשבון עובדה זו, ולבדוק אם הבדל העלויות מסביר את כל הפרש המחירים, או שמא עדיין הפער הוא מופרז. אם, בשלב הניתוח הבא, ייקבע פער מעל ה- "מחיר התחרותי" של כמה עשרות אחוזים, למשל, אזי יש בכך כדי להקטין את החשש לעיוות בהתנהגות של הפירמה הדומיננטית, של העלאת המחיר במקטע התחרותי יותר במקום הורדתו במקטע שבו היא דומיננטית. זאת משום שהפירמה הדומיננטית תוכל עדיין לשמור על פער של אותם עשרות אחוזים בין המקטע האחד לבין המקטע השני מבלי שהדבר יחשוף אותה לטענות בגין מחיר מופרז במקטע הלא תחרותי.

¹⁴⁶ השו. Case 70/CAC/Apr07, Mittal Steel S. Afr. Ltd. v. Harmony Gold Mining Co. Ltd. (Competition Appeal Ct. S. Afr., May 29, 2009) (Appeal Court Decision), available at <https://www.comptrib.co.za/assets/Uploads/Case-Documents/70CACApr07.pdf>; Ariel Ezrachi and David Gilo, *Excessive Pricing, Entry, Assessment and Investment – Lessons from the Mittal Litigation*, 76 Antitrust Law Journal No. 3 (2010).

¹⁴⁷ שם.

“The Darker Side of the Moon—The Assessment of Excessive Pricing and Proposal for a Post-entry Price-cut Benchmark” forthcoming in *Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law* (Hart publishing). (2010)

10.6.12 שיטת השוואה אחרת היא למחיר שגובות פירמות אחרות (ולא הפירמה הדומיננטית עצמה) בשוק או במקטע תחרותי יותר. אולם, אם הפירמה האחרת, אליה משווים, היא עם עלויות נמוכות יותר משל הפירמה הדומיננטית, יש לנטרל הבדל זה, ולבחון אם למרות נטרולו, הפער הוא מופרז.

10.6.13 עוד קנה מידה להשוואה הוא מחיר שנקבע, בשלב כזה או אחר, על ידי גורם מפקח. הדעת נותנת שפיקוח המחירים מנסה להתחקות אחר המחיר שהיה רווח בתנאי תחרות, אם כי לעיתים המחיר המפוקח מנופח כלפי מעלה ביחס למחיר התחרותי, לאור בעיות מידע של הרגולטור, ורצונו שלא לקבוע מחיר מפוקח שהוא נמוך מדי.¹⁴⁸ בהתאם, אם המחיר שנגבה היה בפער מופרז מעל אותו מחיר שנקבע על ידי מפקח המחירים, זוהי ראייה לכך שהמחיר הוא מופרז ביחס למחיר התחרותי.

10.6.14 בפרשת *United Brands*, ציין בית הדין האירופאי לצדק כי הן מבחן העלות והן מבחן ההשוואה מהווים מבחנים קבילים. בפרשה זו, הנציבות ניסתה לבסס את טענתה כי החברה גבתה מחיר מופרז על הבנות שלה על סמך השוואה בין המחיר הנמוך שהיא גבתה באירלנד למחיר שהיא גבתה במדינות אחרות באיחוד האירופאי.¹⁴⁹ אולם, בית הדין הגבוה לצדק קבע כי הנציבות לא התמודדה עם טענתה של *United Brands* כי המחירים באירלנד היו מחירי הפסד, ולכן לא יכולים לשקף את המחיר התחרותי.¹⁵⁰ כיון שנטל ההוכחה על

¹⁴⁸ ראו למשל, בישראל, את פרשת קרטל המאפיות, שבו הקרטל נשוא ההרשעה בהסדר כובל היה תיאום בין המאפיות לגבות את המחיר המפוקח של הלחם. ראו ע"פ 1656/16 **ישעיהו דוידוביץ נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 20.03.17). ראו גם, בישראל, את אישור התביעה הייצוגית כנגד תנובה בגין מחיר הקוטג', שיסקר בפסקה 10.6.23 להלן.

¹⁴⁹ פרשת *United Brands*, לעיל ה"ש 39, בפס' 260.

¹⁵⁰ שם, בפס' 261, 264, 265.

הנציבות, והיא לא עמדה בנטל זה למרות שהיתה יכולה, למשל, לבחון בין היתר את עלויות החברה, בית הדין פסל את הכרעת הנציבות.¹⁵¹

פרשת *United Brands* משקפת סיטואציה שבה הנציבות לא הצליחה לבסס כי המחיר היה מופרז על סמך מבחן ההשוואה בלבד, משום שאמת המידה שלה לגבי "המחיר התחרותי" היה המחיר באירלנד, והנציבות לא הצליחה להפריך (למרות שהיתה יכולה לעשות זאת) שהמחיר באירלנד היה מחיר הפסד, כטענת החברה, ולא המחיר התחרותי.

עם זאת, בפסיקתו, בית הדין לא פסל את האפשרות להראות כי מחיר הוא מופרז על פי מבחן ההשוואה בלבד, או על פי מבחן העלות בלבד. הוא ציין כי *בין היתר*, ניתן להראות כי המחיר הוא מופרז על סמך מבחן משולב של עלות והשוואה.

בתחילת דבריו בעניין זה, ציין בית הדין את עקרון היסוד האמור, לפיו "יש לבדוק אם הפירמה הדומיננטית השתמשה בכוחה על מנת לגרוף יתרונות ממסחר שהיא לא היתה יכולה לגרוף אילו היתה תחרות נורמלית ואפקטיבית מספיק".¹⁵² בהקשר זה מציין בית הדין כי ה"מופרזות" יכולה *בין היתר*, להימצא באותם המקרים שבהם יש אפשרות להשוות בין המחיר שנגבה לבין עלויות הייצור, באופן החושף את הרווח.¹⁵³ באותו הקשר, הנציבות מציינת כי כאשר עושים מבחן עלות מסוג זה יש לבדוק אם הפער בין המחיר שנגבה לבין העלות הוא מופרז כשלעצמו, או לשלב את הניתוח עם השוואה למוצרים מתחרים.¹⁵⁴

¹⁵¹ שם, בפסי' 254-256.

¹⁵² שם, בפסי' 249.

¹⁵³ שם, בפסי' 251.

¹⁵⁴ שם, בפסי' 252.

עם זאת, מהחלטת בית הדין עולה כי היה מאפשר לנציבות לבסס את טענתה כי המחיר הוא מופרז על פי מבחן ההשוואה בלבד, אילו היתה מצליחה לבסס את הטענה שהמחיר שנגבה באירלנד הוא אמת מידה מבוססת מספיק למחיר התחרותי (או לאיזושהי תקרה עליונה למחיר התחרותי), הווה אומר, להפריך את טענת החברה כי המחירים באירלנד היו מחירי הפסד הנמוכים מהמחיר התחרותי. כפי שצינו לעיל, מרבית ההליכים בעניין מחיר מופרז מבססים את הטענה למחיר מופרז על מבחן ההשוואה בלבד.

מבית הדין עולה גם כי אפשר היה לבסס כי המחיר הוא מופרז רק על סמך השוואה למוצרים מתחרים, אלא שההפרש בין המחיר שגבתה United Brands לבין המחיר שגבו מתחריה הבולטים היה רק של 7%, ולא היה בכך כדי לבסס מופרזות לדעת בית הדין.¹⁵⁵ אכן, השוואה למחירי מתחרים לעיתים קרובות לא תביא לתוצאה מובהקת. זאת בין היתר משום שעלויות המתחרים עשויות להיות שונות, אך בעיקר משום שהמתחרים עשויים לגבות מחיר גבוה בעקבות הפירמה הדומיננטית. אם הפירמה הדומיננטית אכן גובה מחיר מופרז, אסטרטגיה רווחית של המתחרים יכולה להיות ניצול של הסיטואציה על מנת לגבות מחיר שהוא רק במעט נמוך (או כלל לא יותר נמוך) מהמחיר שגובה הפירמה הדומיננטית. זאת על מנת להגדיל את הרווחיות שלהם. ככלות הכול, אם נתח השוק הגבוה של הפירמה הדומיננטית שרד לאורך זמן, אין זאת אלא שמתחריה לא רצו, או לא יכלו, לחטוף לה נתחי שוק משמעותיים.

מקור נוסף לבלבול מצוי בניסוח בפרשת United Brands המציין כי ראוי לבדוק את מופרזות המחיר, ולאחר מכן לבדוק גם את הגינותו.¹⁵⁶ לשון זו עקבית עם המבחן בעל שלושת השלבים שהצענו לעיל, שבו בשני השלבים הראשונים נבדק אם המחיר הוא

¹⁵⁵ שם, בפס' 266.

¹⁵⁶ שם, בפס' 252.

לכאורה מופרז ביחס למחיר התחרותי, ובשלב השלישי מאפשרים לפירמה הדומיננטית להראות שמחיר זה בכל זאת מוצדק על מנת לעודד השקעה פרו-צרכנית, ועל כן למרות היותו מופרז לכאורה, הוא אינו בלתי הוגן.

10.6.15 בעניין *Ministere Public v Jean-Louis Tournier*¹⁵⁷ ציין בית הדין האירופאי לצדק כי כאשר פירמה לניהול תמלוגים הנהנית ממעמד דומיננטי גובה באופן עקבי תעריפים גבוהים יותר עבור תמלוגים במדינה אחת באיחוד בה היא נהנית ממעמד דומיננטי, לעומת גבייה עבור תמלוגים במדינות אחרות באיחוד, וכאשר אין הצדקה אוביקטיבית להבדלים האמורים, יש להתייחס להבדלים אלה כראיה המעידה על ניצול לרעה של המעמד הדומיננטי. במקרה כזה חובת ההוכחה מוטלת על הפירמה הדומיננטית להראות כי פערי המחירים מוצדקים:¹⁵⁸

‘When an undertaking holding a dominant position imposes scales of fees for its services which are appreciably higher than those charged in other Member States and where a comparison of the fee levels has been made on a consistent basis, that difference must be regarded as indicative of an abuse of a dominant position. In such a case it is for the undertaking in question to justify the difference by reference to objective dissimilarities between the situation in the Member State concerned and the situation prevailing in all the other Member States’.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Case 395/87 *Ministere Public v Jean-Louis Tournier*, [1989] ECR 2521.

¹⁵⁸ שם, בפס' 38.

¹⁵⁹ שם, בפס' 38.

10.6.16 בעניין *Bodson v Pompes Funebres des Regions Liberees*¹⁶⁰, בחן בית הדין האירופאי לצדק את הגינות המחיר שנגבה על ידי פירמה דומיננטית אשר החזיקה בזכוון בלעדי לשירותי הלוויות באזור מסוים. הבחינה נערכה על ידי השוואת המחיר שנגבה באזור הנבחן, בו נהנתה החברה ממעמד דומיננטי, למחירים אותם גבתה החברה באזורים אחרים שבהם לא החזיקה במעמד דומיננטי. גם כאן היה שימוש במבחן ההשוואה בלבד, ובית הדין לצדק של האיחוד אישר שניתן לבסס הכרעה בדבר תמחור מופרז באופן זה. באותו אופן, בעניין *Lucazeau v SACEM* בית הדין האירופאי לצדק ערך השוואה בין שיעור התמלוגים אשר SACEM, ארגון המאגד זכויות יוצרים, גבה מדיסקוטקים בצרפת, לבין שיעור התמלוגים אשר נגבים על ידי ארגונים לניהול זכויות יוצרים במדינות אחרות באיחוד האירופי. בהתאם להשוואה שנערכה, נמצא כי שיעור התמלוגים אשר SACEM גבה מדיסקוטקים בצרפת (כ- 8.25% ממחזור ההכנסות הכולל של הדיסקוטקים) הנו מופרז.¹⁶¹

10.6.17 בעניין *British Leyland* בחן בית הדין תמחור של חברה אשר נהנתה מזיכיון מונופוליסטי למתן רישיונות והיתרים לסוחרי רכב למכירת רכבים מתוצרתה באנגליה ובמדינות נוספות.¹⁶² נמצא כי החברה גבתה מחיר מופרז בגבייתה מחיר גבוה בפער משמעותי עבור רכבים בהם ההגה הוא מצד ימין, בהשוואה לרכבים בהם ההגה ממוקם מצד שמאל. בית הדין קבע כי אין הבדל עלויות משמעותי בין שני סוגי הרכבים, מבחינתה של החברה, המצדיק את פער המחירים.¹⁶³

¹⁶⁰ Case 30/87 Corinne Bodson v SA Pompes Funebres des Regions Liberees, [1988] ECR 2479.

¹⁶¹ Case 110/99 Lucazeau v SACEM, [1989] ECR 2811.

¹⁶² Case 226/84 British Leyland Public Limited Company v. Commission, 1986 ECJ CELEX LEXIS.

395.

¹⁶³ שם, בפס' 18.

10.6.18 בעניין Deutsche Post הנציבות קבעה כי נגבה מחיר מופרז על ידי החברה, ששלטה בשוק העברת דברי דואר אשר התקבלו ממען מחוץ לגרמניה, לנמענים בתוך גרמניה.¹⁶⁴ הנציבות קבעה כי אמת המידה לבחינת המופרזות היא הפער מהמחיר התחרותי, אך לאור מעמדה המונופוליסטי של חברת הדואר, לא יכלה להסתמך על אומדן תחרותי. במקום זאת, הסתמכה הנציבות על מבחן העלות, ובפרט על אומדן עלויות שהמונופול עצמו מסר בהליך קודם לאישור הסדר כובל בינלאומי בין חברות דואר. על פי אומדן עלויות זה, העלות של מונופול הדואר הגרמני להעברת דבר דואר שמקורו מחוץ לגרמניה אל מען גרמני היתה 80% מהתעריף שהמונופול גובה על העברת דבר דואר בתוך גרמניה. בהתאם לאומדן עלות זה, הנציבות קבעה כי המחיר הוא מופרז משום שהפער בין המחיר שנגבה בגין השירות לבין אומדן העלות הנ"ל היה 25% מאותו אומדן עלות.¹⁶⁵

10.6.19 בעניין Napp,¹⁶⁶ הכריעו רשות התחרות הבריטית, ובית המשפט לערעורים בענייני תחרות, כי חברת התרופות גבתה מחיר מופרז בגין תרופה המשחררת מורפיום בהדרגה. לחברה היה נתח שוק מוערך, מול בתי המרקחת הקהילתיים, של כ-95%, והיו לה במקטע זה שלושה מתחרים קטנים, שנתח השוק של כל אחד מהם לא עלה על 2.2%.¹⁶⁷ ההכרעה כי המחיר היה מופרז התקבלה על סמך כמה שיטות, שכללו הן מבחן עלות (רווחיות של 80%)¹⁶⁸, הן השוואה למחירי המתחרים (פער של בין 30% ל-40%)¹⁶⁹, הן השוואה למחירי

¹⁶⁴Case COMP/C-1/36.915, Deutsche Post AG, European Commission, [2001] OJ L331/40.

¹⁶⁵ שם, בפסי' 159-167.

¹⁶⁶ ראו עניין Napp, לעיל ה"ש 143.

¹⁶⁷ שם, בפסי' 16 לבית המשפט לערעורים.

¹⁶⁸ שם, בפסי' 224 לרשות התחרות או פסי' 393 לבית המשפט לערעורים.

¹⁶⁹ שם, בפסי' 207 לרשות התחרות או פסי' 393 לבית המשפט לערעורים.

הייצוא של התרופה (פער של 500%)¹⁷⁰ והן השוואה בין המחיר שגבתה החברה מבתי המרקחת הקהילתיים למחיר שהיא גבתה מבתי החולים (פער של 1400%).¹⁷¹ הפער האחרון נגרם, בין היתר, מכך שמול בתי החולים החברה כפי הנראה נקטה בתמחור טורפני, על מנת לדחוק את מתחריה ממוקטע זה.¹⁷²

10.6.20 בהחלטת רשות התחרות האיטלקית בעניין שדות התעופה,¹⁷³ הוכרע כי שתי חברות השולטות בשדות התעופה של שתי ערים באיטליה גבו מחיר מופרז בגין שירותיהם. סטנדרט ההשוואה היה העלות המוערכת על ידי הרגולטור הייעודי של התחום. בפרט, רשות התחרות ערכה השוואה בין המחיר שגבו שדות התעופה הנ"ל בעד שירותיהם לבין נתוני העלויות שלהן אשר היו מצויים בידי הרגולטור. נמצאו פערים של 50% ו- 55% בין המחיר שנגבה לבין המחיר התחרותי, ובהתאם נקבע כי המחיר שנגבה היה מופרז.

10.6.21 אם כן, הפסיקה מיישמת את שלב הניתוח הראשון, של התחקות אחר ה-"מחיר התחרותי" או "מחיר יותר תחרותי" באמצעות מבחן העלות בלבד, או באמצעות מבחן ההשוואה בלבד, או באמצעות שילוב של השניים. כל הדרכים הללו לגיטימיות.

10.6.22 כאשר השלב הראשון של הניתוח, של מציאת "המחיר התחרותי", מבוצע על סמך העלויות של הפירמה הדומיננטית, לעיתים קרובות כל ההשקעות הרלוונטיות של הפירמה הדומיננטית כבר יילקחו בחשבון במסגרת שלב זה. במקרים מעין אלה, שלב הניתוח השלישי, שבו הפירמה הדומיננטית יכולה לטעון כי המחיר הלכאורה מופרז היה חיוני על מנת לעודד אותה להשקיע השקעה שהועילה לצרכן יותר ממה שהמחיר הגבוה גרע ממנו, נועד רק לוודא שהשלב הראשון לא השמיט השקעות מעין אלה של הפירמה הדומיננטית. במילים אחרות, אם ה-"עלות" שלקחנו בחשבון לצורך יישום השלב הראשון כוללת בתוכה את כל מה שהפירמה הדומיננטית זקוקה כדי להכנס לשוק ולפתח את המוצר, הדבר מכסה

¹⁷⁰ שם, בפס' 218 לרשות התחרות או פס' 393 לבית המשפט לערעורים.

¹⁷¹ שם, בפס' 393 לבית המשפט לערעורים.

¹⁷² שם, בפס' 116 לרשות התחרות.

¹⁷³ ראו עניין **שדות התעופה**, לעיל הי"ש 144.

גם את כל סוגיית ההשקעות המועילות של הפירמה הדומיננטית שלכאורה היו יכולות להיות רלוונטיות לשלב השלישי. לחילופין, אם השלב הראשון ייושם באמצעות מבחן ההשוואה בלבד, השלב השלישי נועד לאפשר לפירמה הדומיננטית להראות שאילו הייתה גובה את המחיר נשוא מבחן ההשוואה, לא היתה מצליחה לכסות את כלל עלויותיה הרלוונטיות.

10.6.23 בעניין Pfizer, קנסה רשות התחרות הבריטית, CMA, את Pfizer ו-Flynn בסכום מצטבר של כ- 90 מיליון ליש"ט והורתה להם להוריד בחזרה את המחירים, בקובעה כי האחרונים ניצלו לרעה את מעמדם ע"י כך שגבו מחיר מופרז עבור תרופה לטיפול באפילפסיה בשם "sodium phenytoin". הפטנט נשוא התרופה, שיוצרה בצורה של קפסולות, פג זמן רב לפני כן, והתרופה נמכרה במחיר מפוקח. המעמד הדומיננטי של Pfizer במכירת התרופה נבע מכך שבעבור חולי אפילפסיה שהמצב שלהם כבר יוצב על ידי תרופה מתוצרת Pfizer, לא היה מומלץ מבחינה רפואית להחליף לתרופה אחרת עם אותו חומר פעיל שיוצר על ידי חברה אחרת זולת Pfizer. לאור העובדה שהטבליות הגנריות הכוללות את אותו החומר הפעיל שכללו הקפסולות של Pfizer, שלא היו תחת פיקוח אפקטיבי, נמכרו במחיר משמעותית יותר גבוה מהכמוסות של Pfizer, החברה חיפשה דרך להסיר את פיקוח המחירים מהכמוסות שמכרה. בהתאם, יחד עם מפיץ התרופות Flynn, מצאו החברות דרך לתת לאותה התרופה תווית של תרופה גנרית, שתיוצר על ידי Pfizer ותשווק על ידי Flynn, וכך להסיר ממנה את פיקוח המחירים. תכנון זה איפשר לחברות ליהנות מפירצה רגולטורית, כך שלא היתה אפשרות להטיל פיקוח על אותו המחיר. בעקבות זאת, העלו Pfizer ו-Flynn את המחיר שגבו מה-NHS (גוף ממשלתי האמון על בריאות הציבור ורכש את התרופה עבור ציבור החולים) ב-2300% עד 2600%. בעקבות זאת, משרד הבריאות האנגלי התלונן בפני CMA על גביית מחיר מופרז מכוח דיני התחרות.

הניתוח המשפטי שערכה ה-CMA התבסס על המבחן הדו-שלבי שנקבע בעניין *United Brands*. בשלב הראשון קבעה ה-CMA בנצי'מארק מבוסס עלות, שהסתמך על נוסחת הפיקוח שסוכמה לגבי תרופות אתיות בין תעשיית התרופות האנגלית לבין משרד הבריאות

האנגלי. הבנצימארק היה מבוסס על נוסחת ROS (return on sales) של 6%¹⁷⁴. בפרט, ה-CMA מצא כי המחיר שגבו הפירמות הדומיננטיות היה גבוה ב-29% עד 600% ביחס לאותו בנצימארק, וכי מדובר לפיכך במחיר שהוא לכאורה מופרז. בשלב השני, קבעה ה-CMA כי מחיר התרופה אינו הוגן בפני עצמו, משום שלא מתקיים יחס סביר בין המחיר לבין "ערכה הכלכלי" של התרופה (כלשון ההחלטה האמורה בעניין *United Brands*). ה-CMA ציינה כי לאחר שביססה כי המחיר אינו הוגן בפני עצמו, אין היא נדרשת, על סמך פירושה את פסק הדין בעניין *United Brands*, לבחון האם המחיר אף אינו הוגן "בהשוואה למוצרים מתחרים"¹⁷⁵. בערר על החלטת CMA, דחתה ערכאת הערעור ה-Competition Tribunal Appeals (CAT), את אופן הניתוח של ה-CMA ששימש אותה כדי לקבוע כי Pfizer ו-Flynn ניצלו לרעה את מעמדם, אך אישר את הקביעה כי לאחרונים מעמד דומיננטי בשוק. יצוין, כי ה-CAT לא שלל את האפשרות כי Pfizer ו-Flynn אכן ניצלו לרעה את מעמדם לרעה על ידי גביית מחיר מופרז, אך בחר לבטל את קביעת ה-CMA בעניין, בגלל שמתודולוגית הבדיקה שיישמה ה-CMA היה לדעת ה-CAT שגויה מבחינות מסוימות. ה-CMA בחר לבחון אם המחיר הוא מופרז על פי המבחן ה"דו-שלבי" הנזכר לעיל של פרשת *United Brands* (למרות שה-CAT מציין כי בית המשפט הגבוה לצדק בעניין *United Brands* לא קבע כי יש חובה לבדוק את מופרזות המחיר על פי מבחן זה). בהתאם, ה-CAT בדק אם ה-CMA עמד בקריטריונים של אותו מבחן דו שלבי. בין היתר, ביקר ה-CAT את מחיר הבנצימארק שקבע ה-CMA, שהיה מבוסס כאמור על החזר על ההכנסות של 6%, בטענה כי זהו מחיר תיאורטי שקיים בתחרות אידיאלית, ולא ב"עולם האמיתי", או ב"תחרות נורמלית ואפקטיבית". ביקורת נוספת של ה-CAT הופנתה כנגד העובדה שה-CMA נמנע מלערוך השוואה למחירים של מוצרים מתחרים, או מוצרים דומים, כגון

¹⁷⁴ ה-ROS הוא הרווח כאחוז מהמכירות נטו. בהתאם, ROS של 6% אומר שהרווח התפעולי של החברה לא יעלה על 6% מהמכירות.

¹⁷⁵ ראו *Case CMA, Unfair pricing in respect of the supply of phenytoin sodium capsules in the UK*, CE/9742-13 (7.12.2016)

<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/594240cfe5274a5e4e00024e/phenytoin-full-non-confidential-decision.pdf>

הטבליות הנוכרות לעיל שכללו את אותו החומר הפעיל של הכמוסות שמכרו Pfizer Flynn על מנת לקבוע האם המחיר הוגן. לטענת ה-CAT, פסק הדין בעניין *United Brands* קבע כי לא די להתבסס על מבחן מבוסס עלות אם ישנן מתודות השוואתיות לבחינת השאלה אם המחיר מופרז, שנטענו על ידי החברות הנתבעות, ובמיוחד אם לכאורה מתודות אלה עשויות להביא לתוצאה שונה כאילו המחיר לא מופרז. ה-CAT אף התייחס לקביעת ערכו הכלכלי של המוצר, בציינו כי היה על ה-CMA לקחת בחשבון גם גורמים שאינם מבוססי עלות, כגון יתרונות ללקוח, טבעו של המוצר, וכו'.¹⁷⁶ לדעתנו, דרישות ה-CAT לגבי המתודולוגיה שיש להפעיל בניתוח מחיר מופרז כלל אינן מוצדקות, ואף אינן משקפות נכונה את דיני ההגבלים של הקהילייה האירופאית. בפרט, למרות הלשון המעט עמומה של בית הדין הגבוה לצדק בעניין *United Brands* בציינו כי ההשוואה צריכה להיות למחיר הרווח "בתחרות נורמלית ואפקטיבית", יש להדגיש כי לא קיים אומדן מוגדר למחיר נשוא "תחרות נורמלית ואפקטיבית". כפי שהראינו בפרק 2, בתחרות בין מעטים, ה-"מחיר התחרותי" תלוי במספר הפירמות המתחרות, מידת הבידול, היקף מגבלות כושר הייצור וכו'. על כן, מבחן מבוסס עלות, כפי שיושם על ידי ה-CMA, הוא דרך סבירה להתחקות אחר מחיר "יותר תחרותי", שאת המופרזות ניתן לבדוק ביחס אליו. בהקשר זה יש לציין כי דיני התחרות שואפים להשיא את רווחת הצרכן, ולא שמים משקל כלשהו על רווחת הפירמות. בהתאם, הם דווקא שואפים ל-"תחרות אידיאלית", או לתחרות המורידה את המחיר עד לעלות הייצור, כל עוד תחרות מעין זו אינה פוגעת בסופו של דבר בצרכן. כך למשל, קרטל לעולם אינו יכול לטעון להגנתו כי שאף לשמר את המחיר של "תחרות נורמלית" בעוד שאלמלא הקרטל התחרות היתה נהפכת לעזה מדי. בנוסף, כפי שעולה במפורש מבית הדין לצדק בעניין *United Brands* הנזכר, די להם לרשות או לתובע באומדן מוצלח אחד - של מבחן השוואה או של מבחן עלות, ואין צורך בשילוב של כמה אומדנים, כפי שה-CAT דרש. למשל, ה-CMA בפרשה זו היה יכול לבסס את קביעתו לגבי המחיר המופרז של התרופה על מבחן השוואה בלבד, המבוסס על העלאת המחירים

¹⁷⁶ ראו Case Nos: 1275-1276/1/12/17 Flynn Pharma LimitedLYNN PHARMA LIMITED v.

Competition and Markets Authority, <https://www.catribunal.org.uk/sites/default/files/1275->

1276_Flynn_Order_310717.pdf.

המטאורית של התרופה, תוך ניצול על ידי המונופול את העובדה שהיא כבר לא היתה בפיקוח. כפי שהסברנו בפסקאות הקודמות, המחיר נשוא הפיקוח הוא אומדן ראוי למחיר "יותר תחרותי", והפער, של כ-26000 אחוזים בין המחיר המפוקח לבין המחיר שנגבה לאחר הסרת הפיקוח, הוא הפרש מופרז לכל הדעות. ה-CMA גם מצא כי המחיר של הנתבעות מופרז ביחס למחיר של Pfizer עצמה גבתה על אותה התרופה במדינות אחרות. אלא שה-CAT פסל גם השוואה זו, בקובעו כי באותן מדינות אחרות, יתכן שהיה כוח קנייה גדול יותר, או פיקוח. אולם, עם כל הכבוד, כוח קנייה ופיקוח הם שני אומדנים ראויים למחיר תחרותי יותר. אם המחיר נשוא ההשוואה היה כה נמוך שהיה מתחת לעלות, הפירמה הדומיננטית יכולה להראות זאת. כך היה, למשל, בפרשת *United Brands* הנזכרת, שבה נטען על ידי המונופול כי המחיר הנמוך שהפירמה הדומיננטית גבתה באירלנד לא יכול היה לשמש קנה מידה להשוואה, משום שהיה מתחת לעלות. עם זאת, אין מקום לפסול אוטומטית מחיר נמוך יותר שנגבה על ידי הפירמה הדומיננטית במדינות אחרות, על אותו מוצר עצמו, כאומדן ראוי למחיר היותר תחרותי, רק משום שבאותן מדינות היו כוחות שגרמו למחיר להיות נמוך יותר. כוחות מעין אלה הם המספקים את אמת המידה הנכונה לשאלה מה המונופול היה עושה אילו היה חשוף ללחצים תחרותיים. ככלל, אם התובע או הרשות מצאו אומדן טוב אחד המראה על מופרזות המחיר, לא אמור לרבוץ עליהם נטל לבדוק, בנוסף, את כל האומדנים האפשריים האחרים שנטענים על ידי הפירמה הדומיננטית, כגון אומדנים השוואתיים כאלה ואחרים, ולהראות שלפיהם המחיר אינו מופרז. כך, למשל, יתכן שבפרשת Pfizer המחיר של טבליות המכילות את אותו החומר הפעיל כמו הכמוסות נשוא התביעה היה מופרז בעצמו, בין בגלל דומיננטיות של מי שסיפק אותן, ובין בגלל קרטל סמוי או גלוי. בהתאם, העובדה שהמחיר שגבו Pfizer ו-Flynn עבור הכמוסות שבהן היו דומיננטיות לא היה מופרז מעל מחיר הטבליות אינה מצביעה על כך שמחיר הכמוסות אינו מופרז. היא יכולה להצביע על כך שמחיר הטבליות גם הוא מופרז. בנוסף, כפי שאנו מראים בפסקאות הקודמות, אין שום הצדקה לבסס את המבחן אם מחיר הוא מופרז על השאלה כמה צרכנים מוכנים לשלם, משום שביסוס מעין זה מרוקן מתוכן

את האיסור ומנוגד למטרות המוצהרות של דיני ההגבלים העסקיים, של השאת רווחת הצרכן.¹⁷⁷

10.6.24 בעניין *Sasol* הנזכר,¹⁷⁸ בחן בית המשפט לערעורים בענייני תחרות בדרום אפריקה אם החברה, עם נתח שוק שהוערך כנע בין 64% ל-80% משוק הפרופילן והפוליפרופילן, גבתה מחיר מופרז ועל כן ניצלה לרעה את מעמדה הדומיננטי. הסטנדרט למופרזות המחיר, לפי בית המשפט, הוא פער מופרז מעל המחיר התחרותי. להערכת המחיר התחרותי השתמש בית המשפט במבחן העלות.¹⁷⁹ נמצא כי המחיר שנגבה על ידי החברה עלה על העלות המוערכת בשיעור של בין 12%-14% בלבד. לאור הכרעתו של בית המשפט כי כאשר הפער הוא נמוך מ-20% מעל המחיר התחרותי, המחיר לא ייחשב כמופרז,¹⁸⁰ הוחלט כי המחיר אינו מופרז.

ישראל

¹⁷⁷ למאמר בקורת על החלטת ה-CAT בעניין זה ראו :

Frederick M. Abbott, "The UK Competition Appeal Tribunal's Misguided Reprieve for Pfizer's Excessive Pricing Abuse," [IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law](https://link.springer.com/article/10.1007/s40319-018-0734-y) (2018), available at <https://link.springer.com/article/10.1007/s40319-018-0734-y>; David Gilo, supra note 138.

¹⁷⁸ עניין *Sasol*, לעיל הי"ש 140.

¹⁷⁹ שם, בפסי' 150-151.

¹⁸⁰ ראו לעיל פסקה 10.6.6.

10.6.25 בישראל, סעיף 29א לחוק, האוסר על בעל מונופולין לנצל לרעה את מעמדו, מבוסס על הסעיף המקביל באמנה האירופאית. בהתאם, סעיף 29א(ב)(1),¹⁸¹ הקובע חזקה חלוטה כי קביעת מחירי רכישה או מכירה בלתי הוגנים מהווים ניצול לרעה אסור, כולל גם איסור על מחיר מופרז הנגבה על ידי בעל מונופולין. תוצאה זו מתבקשת גם מפרשנות לשונית, קונטקסטואלית, ותכליתית של החוק.¹⁸²

בעניין **קו מחשבה נ' בזק בינלאומי**,¹⁸³ אישר בית המשפט המחוזי תובענה ייצוגית כנגד חברת בזק בגין גביית מחיר מופרז על שיחות בינלאומיות טרם פתיחת שוק השיחות הבינלאומיות לתחרות. התובע בפרשה זו הסתמך על מבחן ההשוואה, שהשווה בין המחיר שהמונופול גבה לפני כניסת שני מתחרים חדשים לשוק לבין המחיר הנמוך יותר בכ-70%, שגבה לאחר כניסת המתחרים. בית המשפט המחוזי אישר את התביעה כייצוגית, בקובעו כי פרשנות המונח "מחיר הוגן", בהקשר סעיף 29א(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, הנו המחיר אשר היה מוכתב על ידי כוחות השוק במצב תחרות משוכללת.¹⁸⁴

בעניין **הווארד רייס נ' כרטיסי אשראי לישראל בע"מ**,¹⁸⁵ אישר בית המשפט המחוזי תביעה ייצוגית נגד חברות כרטיסי האשראי בגין עמלת סליקה מופרזת שגבו מבתי

¹⁸¹ כאמור לעיל, בפסקה , סעיף 29א(ב) לחוק פורש כקובע חזקות חלוטות לניצול לרעה. אולם, ממילא יש להראות כי המחיר הוא "בלתי הוגן" על מנת שיהא אסור, ולפיכך הניתוח הכלכלי הכרוך במידת הקיפוח של הצרכנים מובנה אל תוך סעיף קטן (ב)(1) עצמו.

¹⁸² ראו דיויד גילה, מחיר מופרז כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי, לעיל הערה 136 בעמ' 764-767; עניין **תנובה**, להלן ה"ש 191, בעמ' 13.

¹⁸³ תא (ת"א) 2298/01 **קו מחשבה בע"מ נ' בזק בינלאומי בע"מ**, תק-מח 2003(4), 2222.

¹⁸⁴ יצויין כי בערעור על החלטת בית המשפט המחוזי, בית המשפט העליון דחה לבסוף את התובענה הייצוגית, על רקע קביעתו כי המחיר שגבתה בזק בינלאומי הוכתב לה על ידי שרת התקשורת. ראו רע"א 729/04 **מדינת ישראל נגד קו מחשבה בע"מ** (פורסם בנבו, 26.10.14).

¹⁸⁵ בש"א (ת"א) 98/106462 **הווארד רייס נ' כרטיסי אשראי לישראל בע"מ**, תק-מח 2003(1), 1469.

עסק.¹⁸⁶ כאשר דן בית המשפט העליון בערעור על החלטת בית המשפט המחוזי, ולאחר שאזכר הן את האפשרות להשתמש במבחן ההשוואה והן את האפשרות להשתמש במבחן העלות, דחה את טענת התובע הייצוגי לגופה.¹⁸⁷ בפרט, בית המשפט העליון לא הסכים לאמץ בנסיבות העניין את מבחן ההשוואה שהתביעה השתמשה בה משום שהמתחרה החדש, שבעקבות כניסתו הורידו חברות כרטיסי האשראי את המחיר, קרס זמן לא רב לאחר כניסתו אל השוק. בהתאם, בית המשפט העליון לא קיבל את הטענה כי המחיר שנגבה מיד לאחר כניסתו שיקף את המחיר התחרותי.

בעניין **מגורים יזום ובניה**,¹⁸⁸ טען התובע הייצוגי כי המחיר שגבו החברות הסולריות בזמנו בגין השיחות הנכנסות לטלפונים הסלולאריים, לפני שמחיר זה נכנס לפיקוח משרד התקשורת, היה מחיר מופרז. בית המשפט המחוזי סירב לקבל את טענת התובע, בקובעו כי התובע לא עמד בנטל המוטל עליו, ולא הניח תשתית עובדתית מספקת לביסוס טענתו כי המחיר הוא מופרז. את תביעתו השעין התובע על חוות דעת שהסתמכה על המחקר הכלכלי שביצע משרד התקשורת לצורך הפיקוח על מחיר השיחות הנכנסות.

בעניין **אברהמי**,¹⁸⁹ דן בית המשפט המחוזי בבקשה לאישור תובענה ייצוגית כנגד חברות הכבלים בשל תמחור מופרז. בית המשפט דרש מהתובע להראות כי המחיר הוא לכאורה מופרז לאור ניתוח של כלל העלויות, הסיכונים והרווחים של בעל המונופולין. כיון שהתובע לא עמד בנטל זה, התביעה נדחתה.

¹⁸⁶ שם, בפס' 19 לפסק הדין.

¹⁸⁷ רע"א 03/2616 **ישראלכרט בע"מ הווארד רייס**, פ"ד נט(5) 701.

¹⁸⁸ בשי"א (ת"א) 21953/02 **מגורים יזום ובניה בע"מ נ' פלאפון תקשורת בע"מ** (פורסם בנבו, 15.12.08).

¹⁸⁹ ת"א 1574/99 **אהרון אברהמי נ' מת"ב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ**, תק-מח(1)2006, 6407.

גם בעניין **רוזנבוים**¹⁹⁰ נדונה בקשה לאישור תובענה ייצוגית בעילה של מחיר מופרז. במקרה זה, הבקשה הוגשה כנגד פז שירותי תעופה, אשר הנה בעל מונופולין בתחום אספקת דלק למטוסים קטנים. בדומה לפרשת אברהמי, דחה בית הדין את התביעה בשל תשתית ראייתית לא מספקת כי המחיר אכן היה מופרז.

בעניין **נאור נ' תנובה**,¹⁹¹ אישר בית המשפט המחוזי תביעה ייצוגית נגד תנובה בגין מחיר מופרז שגבתה לכאורה על גבינת קוטג' בין מרץ 2008 ליולי 2011. גבינת הקוטג' היתה בפיקוח עד 2006, ואז הוסר הפיקוח. בחמשת השנים שלאחר הסרת הפיקוח, המחיר לצרכן של גבינת קוטג' עלה ב-41.3%. בית המשפט המחוזי (כבוד השופטת שטמר) מכריע כי סעיף 29א(ב)(1) לחוק ההגבלים אוסר על מחיר מופרז שגובה בעל מונופולין, וזאת בהתאם לגישה העולה מפסיקות קודמות של בית המשפט העליון, פרשנות לשונית, קונטקסטואלית, ותכליתית של החוק.¹⁹² כדברי השופטת שטמר:

”לשון החוק ותכליתו תומכות יותר בפרשנות רחבה של סעיף 29א, שאינה מוגבלת לעילת תמחור טורפני בלבד. כאמור בו, הסעיף חובק את כל העילות של ניצול לרעה של מעמדו של מונופולין בשוק באופן שעלול להפחית את התחרות או לפגוע בציבור, לרבות עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן שעומדת בבסיס בקשת אישור זו.”¹⁹³

בית המשפט קובע כי מטרת האיסור היא למנוע ישירות את הנטל העודף ובעיית ההגינות הנגרמים ישירות לציבור הצרכנים ממחיר גבוה מדי. בית המשפט מוסיף כי מטרת אלה

¹⁹⁰ ת"א 1493/02 אבי רוזנבוים נ' פז שירותי תעופה בע"מ ואח', תק-מח 2007(2), 11259.

¹⁹¹ ת"צ (מרכז) 46010-07-11 אופיר נאור נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצאת חקלאית בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 5.4.16) (להלן: "עניין תנובה").

¹⁹² שם, בפס' 27.

¹⁹³ שם.

חשובות במיוחד בישראל, בה השוק הוא קטן, ריכוזי, רווי מונופולים, ועם היסטוריה של שליטה ממשלתית על השווקים.¹⁹⁴ עוד קובע בית המשפט כי מטרת האיסור היא למנוע מבעל המונופולין לגבות מחיר העולה על המחיר שהיה רווח בשוק תחרותי. בהתאם, לפחות כאשר קיים קנה מידה ראוי להשוואה אל המחיר התחרותי, מחיר שהוא מופרז מעל המחיר התחרותי ייחשב כמחיר בלתי הוגן ועל כן כניצול לרעה.¹⁹⁵

קביעה נוספת של בית המשפט בעניין תנובה נוגעת לטענת תנובה כי הצרכנים אינם יכולים לתבוע אותה, בהיותם ניזוקים עקיפים בלבד, כאשר הניזוקים הישירים הן רשתות השיווק. בית המשפט דוחה את הטענה, וקובע כי בישראל קיימת עילת תביעה בניזוקין גם לניזוקים עקיפים, כגון הצרכנים, הרוכשים במחיר גבוה יותר מרשתות השיווק, כתוצאה מגביית מחיר מופרז על ידי תנובה מרשתות השיווק.¹⁹⁶

באשר לתשתית הראייתית, כיון שתנובה סירבה לתת לתובע הייצוגי גישה לנתונים הפנימיים, בית המשפט איפשר לתובע ולמומחים מטעמו להסתמך על מידע פומבי, ודי בכך שביססו, על סמך המידע הפומבי, ראיות לכאורה לכך שנגבה מחיר מופרז, לצורך שלב אישור התביעה כייצוגית.

חוות הדעת מטעם התובע הייצוגי השוו בין המחיר לצרכן של קוטג' תנובה בתקופה הרלוונטית לבין המחיר המפוקח של קוטג' לפני הסרת הפיקוח, וכן בין המחיר שתנובה גבתה על הקוטג' בתקופה הרלוונטית, למחיר הנמוך יותר שגבתה מאז חרם הקוטג' בקיץ 2011. השוואה נוספת היתה לעלות של חלב גולמי. בפרט, חוות הדעת הראו כי בעוד

¹⁹⁴ שם, בפס' 18.

¹⁹⁵ שם, בפס' 36.

¹⁹⁶ שם, בפס' 44.

שהעלות של חלב גולמי ירדה בתקופה הרלוונטית, המחיר של גבינת קוטגי של תנובה המשיכו לעלות.

גם השופט פרופסור עופר גרוסקופף, בעניין ויינשטיין נ' מפעלי ים המלח בע"מ¹⁹⁷, באשר הסדר פשרה בתביעה ייצוגית כנגד המחיר המופרז של אשלג, לפיו ישולם פיצוי של 20 מיליון ₪ לנפגעים מהמחיר המופרז, ובעיקר החקלאים, וגם יוגבל במבט צופה פני עתיד המחיר שייגבה על האשלג, קובע כי העילה של תמחור מופרז על ידי בעל מונופולין היא חלק מהמשפט הישראלי הנוהג. גם השופט גרוסקופף מבסס קביעתו זו הן על לשון החוק, הן על ההיסטוריה החקיקתית, והן על תכלית החוק. לעניין תכלית החוק מדגיש השופט גרוסקופף כי:

”... בחלק מאותם מקרים (ובמציאות הישראלית אין הם מעטים) בהם מבנה השוק מונע היווצרותו של שוק תחרותי, הקנה המחוקק לרשות ההגבלים העסקיים ולבתי המשפט כלים משלימים המאפשרים להתמודד עם פרקטיקות עסקיות הפוגעות ביעילות המשקית. האיסור על ניצול מעמד לרעה על ידי בעל מונופולין הוא דוגמא מובהקת לכך. ביסודו עומדת התפיסה כי קיומו של מונופול הוא לעיתים מציאות שאין אפשרות לשנותה, ועדיין, מן הראוי להבטיח כי הפגיעה הציבורית ממנו לא תהיה חריגה. ודוק, במשקפי היעילות נזקו המרכזי של התמחור המופרז הוא היווצרותו של מה שנהוג לכנות ”הנטל העודף” (deadweight loss) דהיינו ההפסד הנובע משלילת המוצר או השירות מצרכנים שמפיקים ממנו תועלת העולה על עלותו למונופול, אבל נמוכה מהמחיר בו הוא מתומחר על ידי המונופול.”¹⁹⁸ השופט גרוסקופף מוסיף

¹⁹⁷ ת"צ (מרכז) 41838-09-14 משה ויינשטיין נ' מפעלי ים המלח בע"מ (פורסם בנבו, 29.10.17), בפס' 10.

¹⁹⁸ שם, בעמ' 12.

וקובע כי מטרת האיסור איננה רק מונעת משיקולי היעילות האמורים,
אלא גם משיקולים של צדק חלוקתי.¹⁹⁹

10.7. סירוב לאספקת שירותים או מוצרים (Refusal to Supply)

10.7.1 לפירמה דומיננטית קיימת אחריות שלא לנהוג באופן העלול להחליש את התחרות. בהתאם, במקרים מסויימים, ניתן להתערב גם בחופש הפעולה של הפירמה הדומיננטית לגבי בחירת שותפיה העסקיים, ובפרט החלטתה לסרב לעסוק עם פירמה אחרת או לסרב לספק ללקוח את המוצר או השירות נשוא המונופולין. כך, למשל, באירופה, אם הפירמה היא דומיננטית באספקת תשומה מסויימת, המשמשת פירמות המתחרות בפירמה הדומיננטית בשוק אחר, סירוב לספק להם את התשומה, במחיר שאינו מופרז, יהיה מנוגד לסעיף 102 לאמנה כאשר אין בידי הפירמות מקור אחר לתשומה וכפועל יוצא הסירוב מאיין את התחרות או עלול לפגוע בה. במצב זה, סירוב לספק את התשומה או התשתית למתחרים, במחיר שאינו מופרז, ואינו מהווה הצרת מרווחים אסורה, ימנף את כוחה של הפירמה הדומיננטית משוק אספקת התשומה לכדי דחיקת מתחרים וצבירת כוח בשוק שבו פועלים המתחרים.

10.7.2 הסירוב לספק את התשומה או הגישה לתשתית דומה למקרה של הצרת מרווחים (margin squeeze) שנדון בתת פרק 10.5 לעיל. השוני בין שתי ההתנהגויות הנו כי במקרה של הצרת מרווחים, מנסה הפירמה הדומיננטית לדחוק את מתחריה באמצעות התנהגות התמחור שלה, בעוד שבמקרה של סירוב לספק, היא מנסה לעשות זאת באמצעות ניתוק המתחרים מהתשומה או התשתית. נציין בהקשר זה כי הצרת מרווחים מהווה קטגוריה עצמאית של ניצול לרעה ואינה מותנית בקיום התנאים אותם נבאר להלן בהקשר של סירוב אספקה,

¹⁹⁹ שם, בעמ' 13.

וגם סירוב אספקה הוא עילה עצמאית, שאינה כפופה לדרישות המיוחדות הנדרשות מהטוען להפרה מסוג הצרת מרווחים.

10.7.3 בעניין *Commercial Solvents*,²⁰⁰ בחנה הנציבות את פעילותה של חברת *Commercial Solvents*, הספקית הדומיננטית של הכימיקל אמינו-בוטנול (Amino-butanol), אשר יכול לשמש כחומר גלם לייצור כימיקלים אחרים. החברה הודיעה כי היא עתידה להפסיק את מכירתו של חומר גלם מסוים, אשר יוצר עד כה על ידי החברה ונרכש בעיקרו על ידי לקוח אשר עשה בחומר שימוש בשוק ליצירת כימיקל מסוג שונה, אתמבוטול (Ethambutol).

ההודעה על הפסקת מכירת חומר הגלם חפפה להחלטת חברת *Commercial Solvents* להיכנס בעצמה אל השוק לייצור האתמבוטול. הפסקת אספקת חומר הגלם ללקוח, אשר שימש כמתחרה העיקרי בשוק האתמבוטול ונהג לצרוך מהחברה כמויות גדולות, פגעה ביכולתו להתחרות בשוק ולהמשיך לייצר את הכימיקל שעד כה היה מקור הכנסתו. בפגיעה זו בלקוח סללה חברת *Commercial Solvents* את דרכה להשתלטות על שוק האתמבוטול מבלי להחשף לתחרות מצד הלקוח. הנציבות מצאה, כי סירוב זה לספק את חומר הגלם ללקוח עולה כדי הפרה של סעיף 102 לאמנה.

במסגרת ערעור חברת *Commercial Solvents*, קבע בית הדין האירופאי לצדק, בהתייחס לשוק ייצור חומרי הגלם, כי פירמה בעלת מעמד דומיננטי בשוק של תשומה, איננה רשאית לחסל את התחרות בשוק של הלקוחות של אותה התשומה על ידי הפסקת אספקת חומר הגלם ללקוחותיה הקודמים, באופן שבו היא מותירה לעצמה את השליטה באותו שוק שבו היא מתחרה עם לקוחותיה. פעולה כאמור, שבה הפירמה עושה שימוש בכוחה הדומיננטי

²⁰⁰Case 6/73, *Commercial Solvents v Commission*, ECJ, [1974] ECR 223, [1974] 1 CMLR 309.

על מנת לשריין לעצמה מעמד מועדף בשוק שבו היא מתחרה עם לקוחותיה מהווה ניצול לרעה של מעמד דומיננטי.

10.7.4 חלק ניכר מהפסיקה בעניין סירוב אספקה התפתח בהקשר של זכויות בקניין רוחני. במקרים אלו עסקה הפסיקה בחוקיות סירובה של פירמה דומיננטית לתת רישיון שימוש או להעניק זכויות בקניין רוחני. חשוב להבהיר כי עצם קיומה של זכות בקניין רוחני איננה מעידה, כשלעצמה, על מעמד דומיננטי בשוק נשוא התשומה הנידונה. בהתאם, יש לבדוק אילו חלופות סבירות יש לפירמות הזקוקות למשאב או לתשומה, אשר אינן מפרות את הקניין הרוחני של הפירמה הנתבעת.²⁰¹ כאשר לא קיימות די חלופות סבירות, והדומיננטיות של הפירמה הנתבעת בשוק נשוא התשומה או המשאב בוססה, נשאלת השאלה האם סירובה להעניק זכויות שימוש בקניין הרוחני עשוי להחשב כניצול לרעה של מעמדה כבעלת הזכויות.

10.7.5 סוגיה זו נבחנה בעניין *Magill TV Guide*,²⁰² שם ביקשה החברה לפרסם מדריך טלוויזיה חדש, שיספק מידע על בסיס שבועי על שידורי הטלוויזיה באירלנד. על מנת לעשות כן, נדרשה הסכמתן של תחנות הטלוויזיה המקומיות, אשר החזיקו בזכויות היוצרים בהתייחס למידע המבוקש. תחנות הטלוויזיה סרבו לספק לחברת *Magill TV Guide* את המידע על בסיס שבועי, ואפשרו גישה אל לוח השידורים על בסיס יומי בלבד. סירובן נבע מתוך רצון של התחנות לפרסם בעצמן מדריך כאמור על בסיס שבועי.

para 46, joined Cases C-241, 242/91P, RTE & ITP v Commission (The Magill Case), ECJ, [1995] ²⁰¹ ECR I-743, [1995] 4 CMLR 718

²⁰²joined Cases C-241, 242/91P, RTE & ITP v Commission (The Magill Case), ECJ, [1995] ECR I-743, [1995] 4 CMLR 718

בית הדין האירופאי לצדק קבע, כי הסירוב של תחנות הטלביזיה מהווה ניצול לרעה. תחנות הטלוויזיה רצו להנפיק בעצמן מדריכי תוכניות שבועיים, ועל כן הן העדיפו למנוע תחרות של גורם אחר בשוק של מדריכי התכניות. בסירובן, מנעו חברות הטלוויזיה את הופעתו של מוצר חדש - מדריך תוכניות טלוויזיה שבועי מקיף - כמותו לא הוצע בשוק לפני כן.²⁰³

בית הדין הדגיש כי אין לראות בכל סירוב למתן רשיון שימוש בזכויות יוצרים כניצול לרעה של מעמד דומיננטי. רק במקרים חריגים יהיה סרוב שכזה הפרה של דיני התחרות. אולם במקרה דנן, הסירוב נועד על מנת לשמר את השוק הרלוונטי עבור החברות הדומיננטיות ולכן היווה ניצול לרעה.

10.7.6 בעניין *Oscar Bronner*²⁰⁴ התייחס בית הדין לפסיקה בעניין *Magill TV Guide*, והזכיר כי רק במקרים יוצאי דופן יראו בסירוב להעניק רישיון שימוש בקניין רוחני כניצול לרעה וביאר כי נדרש להוכיח קיומם של ארבעה תנאים מצטברים על מנת לבסס טענה כי סירוב לספק מהווה ניצול לרעה: התנאי הראשון הוא כי אספקת המוצר המבוקש הכרחית עבור מימוש הפעילות העסקית; התנאי השני הוא שהסירוב מונע הופעת מוצר חדש, בעל פוטנציאל וביקוש בשוק; התנאי השלישי הוא שהסירוב נטול שיקולים מוצדקים (אותם יכולה הפירמה הדומיננטית לטעון במסגרת טענה של objective justification); התנאי הרביעי הוא שהסירוב מונע תחרות בשוק אליו נחסמת הגישה.²⁰⁵

²⁰³ שם, בפסי' 51-55.

²⁰⁴Case C-7/97, Oscar Broner GmbH Co. KG v Mediaprint, ECJ, [1998] ECR I-7791, [1999] 4 CMLR 112. (להלן: "עניין *Oscar Broner*").

²⁰⁵ שם, בפסי' 39-41.

'In Magill, the Court found such exceptional circumstances in the fact that the refusal in question concerned [1] a product... the supply of which was indispensable for carrying on the business in question... in that, without that information, the person wishing to produce such a guide would find it impossible to publish it and offer it for sale,... [2] the fact that such refusal prevented the appearance of a new product for which there was a potential consumer demand, [3] the fact that it was not justified by objective considerations, and that [4] it was likely to exclude all competition in the secondary market of television guides'.²⁰⁶

10.7.7 על פי בית הדין, בהיעדר קיומם של כל התנאים האמורים, לא תבוסס טענה בדבר ניצול לרעה של המעמד הדומיננטי ולא יתעורר הצורך לכפות את רישוי המידע.

10.7.8 בעניין *Tierce Ladbroke SA*²⁰⁷ בחן בית הדין הכללי סירוב של איגוד מירוצי הסוסים הצרפתי להעניק זכויות שידור של המרוצים לחברה מתחרה. בית הדין בחן את התנאים לאור הלכת *Magill* וקבע כי בנסיבות המקרה, אספקת המוצר המבוקש איננה הכרחית עבור מימוש הפעילות העסקית של המתחרה, שכן זה כבר פעיל בשוק הרלוונטי:

'In contrast to the position in Magill, where the refusal to grant a licence to the applicant prevented it from entering the market in

²⁰⁶ שם, בפסי' 40.

²⁰⁷ Case T-504/93, *Tierce Ladbroke SA v Commission, CFI*, [1995] ECR II-923, [1997] 5 CMLR 309.

comprehensive television guides, in this case the applicant is not only present in, but has the largest share of, the main betting market on which the product in question, namely sound and pictures, is offered to consumers whilst the [Associations], the owners of the intellectual property rights, are not present on that market'.²⁰⁸

בהמשך הסביר בית הדין כי בענייננו לא רק שהתשומה שהפירמה המתלווננת חפצה בה לא היתה חיונית לצורך פעילותה בשוק הרלוונטי, אלא שבנוסף הסירוב של איגוד מירוצי הסוסים לא היה עלול למנוע יצירת מוצר חדש.

10.7.9 המקרים שנסקרו עד כה עסקו בפירמה דומיננטית המספקת תשומה מסוימת, ופועלת, במקביל, בשוק בו מתחרות פירמות הזקוקות לאותה תשומה. משמע, הניתוח התבסס על קיומם של שני שווקים. שוק ראשון בו הפירמה נהנית ממעמד דומיננטי ושוק משני בו היא מתחרה ומעוניינת לשפר את מעמדה. בפרשת *IMS Health*²⁰⁹ עסק בית הדין האירופאי לצדק בשאלה האם נדרשים שני שווקים נפרדים על מנת לבסס הפרה, או שניתן לראות בפירמה כמי שהפרה את דיני התחרות אם סירבה להעניק רשיון שימוש בקניין רוחני שלה לפירמה המתחרה, שרוצה להתחרות בפירמה הדומיננטית באותו השוק שבו היא נהנית ממעמד דומיננטי. במילים אחרות, השאלה היא אם צריך להיות הבדל בניתוח בין פירמה שמקשה על מתחרים שלה בשוק אחר, באמצעות שליטתה בתשומה שהם זקוקים לה לצורך פעילות בשוק האחר, לבין פירמה שמקשה על מתחרה להתחרות בשוק שבו היא דומיננטית, באמצעות שליטתה בקניין רוחני שהמתחרה זקוק לזכות השימוש בו על מנת

²⁰⁸שם, בפס' 130.

²⁰⁹ Case C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG v NDC Health GmbH & Co. KG*, CFI, [2000] ECR

28 CMLR [2004] 4. I-5039. (להלן: "עניין IMS").

להתחרות בשוק זה. בין היתר, עולה השאלה אם טענות לפגיעה בתמריצי ההשקעה שהתערבות כנגד הפירמה הדומיננטית יכולה ליצור מקבלים יותר משקל כאשר מדובר בקניין רוחני שלה, לעומת תשתית או תשומה אחרת ששייכת לה, שאינה מוגנת על ידי קניין רוחני. נפרט בקצרה את עובדות המקרה: חברת *IMS Health* עסקה בפיתוח והשמת מודל שיווקי לתחום הפארמה שכונה מודל הפירמידה.²¹⁰ המודל סיפק אינפורמציה שסייעה בשיווק תרופות והפך עם השנים לסטנדרד המצוי שבו עשו שימוש העוסקים בתחום. חברה מתחרה בשם NDC ביקשה לפתח מודל דומה לשיווק. לשם כך היא עשתה שימוש בנגזרת המבוססת על המודל אותו פיתחה IMS. בשל כך, פנתה IMS לבית המשפט בגרמניה בדרישה כי יורה ל-NDC להימנע מלעשות כל שימוש בנגזרות המודל. בבוחנו את הבקשה ביקש בית המשפט את עצת בית הדין הגבוה לצדק ושאל האם סירובה של IMS להעניק רשיון שימוש ל-NDC, עולה כדי ניצול לרעה של מעמדה הדומיננטי של IMS.

הסוגיה המעניינת במקרה זה היתה העובדה כי עסקינן בשוק יחיד בו פעלה IMS. מקרה זה שונה מהמקרים האחרים בהם הפירמה נהנית ממעמד דומיננטי בשוק ראשי ועושה בו שימוש על מנת לשפר את מצבה בשוק משני. למרות קיומו של שוק יחיד, בית הדין קבע כי ניתן במקרה זה להניח באופן היפותטי כי קיימים שני שווקים. שוק ראשי בו IMS פיתחה את המודל ושוק משני בו היא עושה בו שימוש, ובו מעוניינת NDC להתחרות:

‘For the purposes of the application of the earlier case-law, it is sufficient that a potential market or even a hypothetical market can be identified. Such is the case where the products or services are indispensable in order to carry on a particular business and where there is an actual demand for them on the part of undertakings

²¹⁰ כך לדוגמא היה הדבר בפסק הדין בעניין **Oscar Broner**, לעיל הי"ש 204, שם רשת השיווק לא שווקה באופן נפרד.

which seek to carry on the business for which they are indispensable'.²¹¹

פסק הדין מהווה חריג לניתוח המקובל, בו נדרשים שני שווקים נפרדים. השימוש בשוק היפותטי איפשר לבית הדין להכפיף את המקרה דן להלכות מוקדמות, שעסקו בשני שווקים-ראשוני ומשני, שבהם פעלה הפירמה הדומיננטית. לדעתנו, יצירת שוק היפותטי על מנת לאפשר קביעה משפטית המחייבת את הפירמה להעביר טכנולוגיה למתחרה, אינה נקייה מספקות. הרי מדובר בפירמה דומיננטית ששולטת על תשומה, ידע, או תשתית שנחוצה למי שרוצה להתחרות בה בשוק בו היא דומיננטית ושהמתחרה זקוק לה על מנת להתחרות. למרות שגם כאן קיימת לעיתים קרובות הצדקה להתערבות, מדובר בסיטואציה שונה מהסיטואציה שבה הפירמה הדומיננטית מנצלת את השליטה שלה בתשומה על מנת לבצר מעמד דומיננטי בשוק אחר.

10.7.10 הרחבה נוספת של התנאים כפי שנקבעו בהלכת *Magill* ניתן למצוא בהחלטת הנציבות בעניין *Microsoft*.²¹² במקרה זה מצאה הנציבות כי החברה הפרה את סעיף 102 לאמנה, לאור סירובה לספק מידע אשר יאפשר התאמה בין מוצרי מתחריה לבין מערכת ההפעלה שלה. הסירוב, כפי שנתפס על ידי הנציבות, הגביל התפתחות טכנולוגית, תוך פגיעה בצרכנים. כתוצאה מכך הנציבות הורתה לחברה להעניק רישיונות, ויחד איתם את המידע המבוקש, בתנאים סבירים, נטולי אפליה.

²¹¹ עניין **IMS**, לעיל הי"ש 209, בפס' 44.

²¹² Case Comp/C-3/37.792 Microsoft (21.4.2004) (להלן: "החלטת הנציבות בעניין **Microsoft**").

חברת מיקרוסופט ערערה כנגד החלטת הנציבות.²¹³ בערעור התמקד בית הדין הכללי בעובדות המקרה הנתון, ובחר לאמץ את שיקולי הנציבות, לפיהן מקרה זה מאופיין על ידי נסיבות המצדיקות את המסקנה כי סירובה של החברה עולה כדי ניצול לרעה של מעמדה הדומיננטי.

בית הדין קבע כי התנאים אשר פורטו בפרשת *Magill* ובעניין *IMS Health* אינם משרטטים את גבולות דוקטרינת הסירוב, וכי יתכן וגם במקרים אחרים חברה דומיננטית תמצא כמפרה את דיני התחרות בגין סירובה.

בהתייחס לעובדות המקרה בעניין מיקרוסופט, קבע בית הדין כי היסוד של חשש לחסימת מוצר חדש, שנדון בפרשות *Magill* ו-*IMS Health*, אינו תנאי הכרחי למציאת אחריות. די בכך שסירובה של החברה הדומיננטית עלול להגביל התפתחות טכנולוגית, וכתוצאה מכך עלול לפגוע בתחרות, כדי לבסס הפרה:

“The circumstance relating to the appearance of a new product, as envisaged in *Magill* and *IMS Health*,... cannot be the only parameter which determines whether a refusal to license an intellectual property right is capable of causing prejudice to consumers within the meaning of Article 82(b) EC. As that provision states, such prejudice may arise where there is a limitation

²¹³Case T-201/04, CFI, 17 September 2007, *Microsoft Corp. v Commission* (להלן: “ערעור בעניין

Microsoft”).

not only of production or markets, but also of technical development'.²¹⁴

פסק הדין הרחיב את ההלכה בתחום גם בכל הקשור לדרישה כי אספקת המוצר המבוקש הכרחית עבור מימוש הפעילות העסקית של הפירמה המבקשת את המוצר (כפי שנקבע בהלכת Magill). על פי פסק הדין בעניין *Microsoft* אין צורך להוכיח כי אספקה כאמור הינה הכרחית על מנת לייצר את המוצר בשוק המשני. די בכך שהסירוב הופך את ייצור המוצר בשוק המשני ללא כדאי מבחינה כלכלית בכדי לעמוד בתנאי הכרחיות. המשמעות של קביעה זו הינה שהכרחיות – *indispensability* - יכולה להתקיים גם כאשר היא מבוססת על צורך כלכלי – *economic indispensability*. במקרה זה, למרות שטכנית יכול היה המתחרה לפתח את המוצר בעצמו, הרי שהסירוב הפך את הפיתוח ללא כלכלי.

כמו כן, בית הדין קבע כי בניגוד לעמדה שרווחה לפני כן, אין זה נדרש כי הסירוב יגרום לביטול כלל התחרות בשוק. על פי פסק הדין, ניתן לבסס הפרה גם כאשר הסירוב עלול לפגוע בתחרות האפקטיבית:

'[it is not] necessary to demonstrate that all competition on the market would be eliminated. What matters ... is that the refusal at issue is liable to, or is likely to, eliminate all effective competition on the market'²¹⁵.

²¹⁴ שם, בפס' 647.

²¹⁵ שם, בפס' 563.

10.7.11 הסקירה לעיל מצביעה על מגמה כללית הנוטה להוריד את הסף הנדרש על מנת להוכיח כי סירוב אספקה מהווה ניצול לרעה. חשוב להדגיש, כי למרות המגמה האמורה, עסקינן עדיין במספר מצומצם של מקרים וכי אין מדובר בגל של פרשות שבהן בית המשפט מורה על חובת אספקה. מקרים אלו נותרו יוצאים מן הכלל ובדרך כלל ניתן להסבירם תוך התמקדות בעובדות המקרה, בכוח השוק ממנו נהנית הפירמה הדומיננטית, ובעמדת הנציבות ובית המשפט כי חיוב אספקה אינו מסכן את ההשקעה ואת התמריצים של החברות הדומיננטיות ואין בו כדי 'לצנן' את התמריצים בשוק.

10.8. גישה מועדפת למשאב חיוני

10.8.1 ניתן לזהות קטגוריה ספציפית של סירוב אספקה הנוגעת למתן גישה מועדפת למשאב חיוני. באופן מסורתי מקרים אלו עסקו בגישה למשאבים חיוניים כגון נמל עגינה. אולם לאחרונה, הקטגוריה הפכה רלוונטית בכל הקשור לגישה לפלטפורמות באינטרנט. נבאר להלן את הגישה הנוגעת למשאב חיוני, ואת התפתחות הפסיקה לעניין תוצאות חיפוש באינטרנט.

10.8.2 דוגמא לשימוש במשאב חיוני תוך דחיקת רגליהם של מתחרים, ניתן למצוא בהחלטת הנציבות בעניין *Sea Containers Ltd/Stena Sealink*.²¹⁶ במקרה זה, הפירמה היתה מפעילת נמל ומכיוון שהמשאב האמור היה הנמל היחידי בשוק הגיאוגרפי הנתון, נקבע כי הפירמה נהנית ממעמד דומיננטי בשוק זה. אותה פירמה גם הפעילה שירותי מעבורת בין בריטניה, אירלנד וצרפת אשר עשו שימוש בנמל האמור, לצד חברות אחרות שהעניקו שירותים דומים.

Case IV/34.689 (Interim measures), *Sea Containers Ltd/Stena Sealink*, European Commission, ²¹⁶

[1994] OJ L15/8

על מנת לשפר את מעמדה בשוק של מתן שירותי מעבורת, החליטה הפירמה לפגוע בתנאי השימוש בנמל של החברות האחרות שנתנו שירותי מעבורת, או למנוע את שימוש בנמל. בהחלטתה קבעה הנציבות כי פירמה המחזיקה במעמד דומיננטי בהתייחס לשימוש במשאב חיוני, המשתמשת בעצמה במשאב, אך מונעת גישתן של פירמות אחרות לאותו משאב, מפרה את סעיף 102 לאמנה. מסקנה זהה תחול גם במצב שבו הפירמה הדומיננטית אמנם מאפשרת גישת המתחרים למשאב החיוני, אך בתנאים נחותים. על פי גישת הנציבות הפירמה הדומיננטית אשר הפעילה את המשאב החיוני נדרשה לאפשר לכלל החברות גישה זהה למתקנים על בסיס שיוויוני וללא אפליה.

האפליה במקרים כגון אלו שעוסקים בגישה לנמלים ששימשו כמשאב חיוני, אינה מתבטאת במחיר הנגבה מן המתחרים, אלא בתנאים אותם הם מקבלים. כך לדוגמא, עשויה הפירמה הדומיננטית לסרב לאפשר למתחרה להרחיב את השימוש שהוא עושה בנמל, או להקצות לשירותי המעבורת אותן היא הפעילה זמני פעילות נוחים יותר מאשר למתחרים, לדחוק את המתחרים לאיזורים פחות אטרקטיביים בנמל בהם עגינה והעלאת נוסעים היא איטית יותר או קשה בגלל תנאי הים או מבנה הנמל.²¹⁷ במידה והפירמה הדומיננטית גם תגבה מחיר לא הוגן מן המתחרים שמונע מהם יכולת להתחרות (לדוגמה במתן שירותי מעבורת), אזי ניתן לבחון פרקטיקה זו בהתאם למדדים בהם עסקנו בעניין הצרת מרווחים אסורה. משמע, יש לבחון את המחיר שהפירמה הדומיננטית גובה מהמתחרים, והן את המחיר שגובה הפירמה הדומיננטית מהלקוחות שעליהם היא מתחרה עם אותם מתחרים.

10.8.3 כפי שצויין לעיל, ניתן להחיל גישה דומה כשעסקינן במשאב חיוני דיגיטלי. בהחלטתה בעניין גוגל - Google Search (Shopping) עשתה הנציבות שימוש ברציונל דומה

²¹⁷ ראו בהקשר זה גם את החלטת הנציבות בעניין - Sealink/B&I Holyhead (Interim measures), [1992] 5

לזה שתואר לעיל על מנת לבחון את חוקיות האסטרטגיה שבה נקטה גוגל.²¹⁸ בתום חקירתה קנסה הנציבות את גוגל בסך של 2.42 ביליון אירו בגין ניצול לרעה של מעמדה הדומיננטי בתחום מנועי החיפוש, על ידי מתן תעדוף לפעילות החברה בתחום שירותי השוואת מחירים באינטרנט - comparison-shopping service. הנציבות קבעה כי גוגל ביקשה להתמודד עם העובדה ששירותי השוואת המחירים שהיא הציעה לא צברו מספיק תנועה (Traffic) אל מול שירותים מתחרים. תוכנת החיפוש של גוגל דירגה את שירות המכירה של החברה הרבה מתחת לשירותים מתחרים וכפועל יוצא לא הצליח השירות לצבור תנועה מספקת ולגדול. על מנת להגדיל את השימוש בשירותיה החליטה גוגל שלא להכפיף את שירות הקניות שלה לתוכנת החיפוש ולאגוריתם 'Panda', שבו משתמשת גוגל כדי לדרג ולקבוע את תצוגת תוצאות החיפוש. גוגל מיקמה את שירותי השוואת המחירים שלה באופן קבוע בראש העמוד הראשון, בעוד שאתרים מתחרים אשר הציעו שירותים דומים כן הוכפפו לאגוריתם הדירוג כאמור. יודגש כי הנציבות לא התנגדה לאופן פעולת האלגוריתם או לדירוגים שנקבעו על ידו, אלא לעובדה שגוגל לא הכפיפה את השירות שלה לאותם התנאים שכפתה על מתחריה.

בהחלטתה, קבעה הנציבות כי גוגל שולטת בשוק מנועי החיפוש באינטרנט בשוק האירופאי, בציינה כי מנוע החיפוש של גוגל נהנה מנתח שוק גבוה במיוחד של למעלה מתשעים אחוזים (90%) ברוב המדינות החברות באיחוד, מה שהופך אותה בהכרח לגורם המקשר החיוני עבור אתרי השוואת מחירים אחרים.

לגישת הנציבות, התנהגותה של גוגל יצרה אפקט אנטי-תחרותי מאחר שגוגל השתמשה ביתרון 'הביתי' שלה, ובמעמדה כפירמה דומיננטית בשוק האירופאי, על מנת להסיט תנועת משתמשים מאתרי מכירות מתחרים לאתר השוואת המחירים שלה:

²¹⁸ Case AT.39740 Google Search (Shopping) European Commission (27.06.17)

'it constitutes a practice falling outside the scope of competition on the merits as it: (i) diverts traffic in the sense that it decreases traffic from Google's general search results pages to competing comparison shopping services and increases traffic from Google's general search results pages to Google's own comparison shopping service; and (ii) is capable of having, or likely to have, anti-competitive effects in the national markets for comparison shopping services and general search services'.²¹⁹

עוד סברה הנציבות כי גוגל עצמה הייתה מודעת לכך שאילו הייתה מכפיפה את שירות השוואת המחירים שלה לאלגוריתם הדירוג שבו עשתה שימוש, כפי שהכפיפה שירותים דומים שהוצעו על ידי מתחרים, השירות שלה היה זוכה לדירוג נמוך בהתאם למדיניות הדירוג הכללית של גוגל, היות וכלל מאפיינים מסוימים שזוכים לניקוד נמוך מכוח מדיניות זו. במקום זאת, גוגל דאגה שתוצאות החיפוש של השירותים המוצעים על ידה יוצגו בסיוע תכונות גרפיות עשירות יותר, הכולל תמונות ומידע דינמי אשר הגבירו את תנועת המשתמשים והשימוש בשירות.²²⁰

מסקנה זו של הנציבות נתמכה בניתוח התנהגות המשתמשים וראיות על ההשפעה של שיטות העבודה של גוגל. הנציבות ציינה כי חשיבותה של תעבורת המשתמשים ליכולתם של אתרי השוואת מחירים באינטרנט להתחרות ניכרת במספר היבטים: התנועה משפרת את היכולת של אתרי השוואת מחירים באינטרנט לשכנע סוחרים לספק להם נתונים על המוצרים שלהם; התנועה מייצרת להם הכנסות באמצעות עמלות מסוחרים או פרסום

²¹⁹שם, בפס' 341.

²²⁰שם, בפס' 378-379.

מקוון ; התנועה מאפשרת לאסוף נתונים לצורך למידת מכונה (Machine Learning), בכדי לשפר את רלוונטיות התוצאות של שירותי ההשוואה. יתר על כן, התנועה מאפשרת לאתרי השוואות מחירים באינטרנט לבצע ניסויים שמטרתם לשפר את השירותים שלהם. היא עשויה גם לשפר את היכולת של שירותי קניות להציע מונחי חיפוש אחרים, דומים או קרובים, שעשויים לעניין את המשתמשים ובכך להגדיל את נפח המכירות שלהם.²²¹

לאור כל האמור לעיל, קבעה הנציבות כי התנהגותה של גוגל יצרה אפקט אנטי-תחרותי בעל פוטנציאל להקשות על אתרים מתחרים להתחרות בגוגל ולהציע שירותים דומים במחירים אטרקטיביים, באופן שפוגע הן בצרכן הסופי והן בהתפתחות החדשנות בתחום זה. אילו הייתה הנציבות מאפשרת לגוגל להמשיך בשלה, המשמעות היא שגוגל הייתה מצליחה לדחוק מן השוק מתחרים, באופן שהיה מאפשר לה, בין היתר, להטיל על ספקים עמלות גבוהות יותר עבור הזכות להיכלל בשירות השוואת המחירים שלה. פרקטיקה זו הייתה מובילה למחירי מוצרים גבוהים יותר עבור הצרכנים, ועשויה הייתה להפחית את התמריצים של מתחרים להציע שירותים דומים אך חדשניים, או לשפר את השירותים הקיימים.²²²

יודגש כי לשיטת הנציבות, אין היא נדרשת להוכיח כי התנהגותה של גוגל הובילה בפועל לירידה בתעבורת המשתמשים באתרי השוואות המחירים של מתחרים או להגברת תעבורת המשתמשים בשירות שהציעה גוגל. לשיטת הנציבות, די להראות כי יש בהתנהגות כדי לגרום להשפעות כאמור :

‘[T]he Commission is not required to prove that the Conduct has the actual effect of decreasing traffic to competing comparison

²²¹שם, בפסקי' 444-455.

²²²שם, בפסקי' 593-597.

shopping services and increasing traffic to Google's comparison shopping service. Rather, it is sufficient for the Commission to demonstrate that the Conduct is capable of having, or likely to have, such effects ...[I]n any event, the Commission has demonstrated by "tangible evidence" that the Conduct decreases traffic to competing comparison shopping services and increases traffic to Google's own comparison shopping service' ...²²³

כמו כן, הנציבות אבחנה את הדיון במקרה של גוגל מן המקרים העוסקים בסירוב אספקה. הנציבות קבעה כי הבעייתיות בהתנהגותה של גוגל אינה נובעת מסירוב פאסיבי להעניק למתחריה המציעים שירותי השוואות מחירים גישה לדפי תוצאות החיפוש הכלליים שלה, אלא נעוצה באופן שבו פעלה למצב את השירות שלה במקום בולט בדפי תוצאות החיפוש הכלליים שלה, ובכך שלא הכפיפה את השירות שלה לאותם מנגנוני דירוג שלהם היו כפופים מתחריה, אשר הדיחו אותם מן התוצאות הראשונות בדפי תוצאות החיפוש הכלליים של גוגל.²²⁴

לאור האמור לעיל, קבעה הנציבות כי אין ליישם את הקריטריונים שנקבעו בהלכת *Oscar Bronner* (פרשה שנידונה בסעיף 10.7.6 לעיל בהקשר של סירוב לתת זכות שימוש בקניין רוחני), לבחינת ההפרות של גוגל משום שאלו אינם רלוונטיים במקרה זה. זאת, משום שהחלטה המחייבת את גוגל לחדול מן ההתנהגות המפרה אינה כרוכה בהטלת חובה פוזיטיבית על גוגל להעניק למתחרה זכויות שימוש בנכס שבבעלותה. דהיינו, בעוד

²²³ שם, בפס' 607-606.

²²⁴ שם, בפס' 650.

שהחלטה מחייבת את גוגל לחדול מן ההתנהגות המפרה, היא אינה דורשת ממנה להעביר כל נכס או להתקשר בהסכם עם אחד או יותר ממתחריה.²²⁵

לסיכום, היתרון העצמי שגוגל העניקה לעצמה באמצעות מינוף כוח השוק שלה כמונופול בשוק מנועי החיפוש באינטרנט הנו ניצול לרעה של מעמדה הדומיננטי של גוגל בשוק. לכן, בהחלטתה, דרשה הנציבות מגוגל להעניק למתחרותיה בשוק אתרי השוואות מחירים יחס שווה ליחס שגוגל נותנת לאתר השוואות המחירים שלה עצמה, וליישם כלפיהן את אותן שיטות ותהליכי דירוג שמיישמות כלפי השירות המוצע על ידה.

10.8.4 גוגל ערערה על החלטת הנציבות,²²⁶ וטענה כי הנציבות שגתה כאשר קבעה כי העובדה שגוגל לא הכפיפה את שירותי המכירה שלה לאלגוריתם החיפוש וקיבעה אותם בראש עמודי החיפוש עולה לכדי העדפה עצמית אסורה הפוגעת בתחרות. עוד טענה גוגל כי שיטות העבודה שלה נועדו לשפר את איכות השירות שהציעה, ולא להגביר את תעבורת המשתמשים על חשבון מתחריה. ערעורה של גוגל טרם הוכרע על ידי בית המשפט הכללי במועד כתיבת שורות אלו.

ישראל

10.8.12 בישראל, שלא כמו בקהילייה האירופאית, קיים סעיף מובחן העוסק בסירוב בעל מונופולין לאספקת המוצר או השירות שבמונופולין. סעיף 29 לחוק ההגבלים, קובע כי "לא יסרב בעל מונופולין סירוב בלתי סביר לספק או לרכוש את הנכס או השירות שבמונופולין".

²²⁵ שם, בפסי' 651.

²²⁶ Case T-612/17 Google and Alphabet v Commission (judgment pending).

10.8.13 סעיף 29א(ב)(2), הקובע חזקה חלוטה לניצול לרעה העלול לפגוע בתחרות או בציבור אם בעל המונופולין נקט ב-"צמצום ... כמות הנכסים או היקף השירותים המוצעים על-ידי בעל מונופולין, שלא במסגרת פעילות תחרותית הוגנת ...",²²⁷ לכאורה יכול אף הוא לאסור על סירוב מצד בעל מונופולין לספק את המוצר או השירות שבמונופולין. אולם, נראה כי דרך המלך לתקיפת סירוב של בעל מונופולין לספק את המוצר או השירות שבמונופולין הוא סעיף 29 לחוק, ואילו סעיף 29א(ב)(2) נועד לתפוס מקרים המקבילים לתמחור מופרז, שבהם בעל המונופולין מקטין את היקף האספקה שלו על מנת לגרוף יותר מציבור הלקוחות שרוכשים את מה שבעל המונופולין כן מספק.

10.8.14 בפרשת **גיבור סברינה**²²⁸ החברה המואשמת, אשר היתה בעלת מונופולין במכירת גרבי ניילון, הורשעה בגין סירובה לספק לקמעונאי מסוים, שגבה מחיר נמוך יותר מן המחיר ש-"הומלץ" על ידי החברה. בית המשפט פסק כי הבחינה אם סירוב בעל המונופולין הוא "סביר" יעשה לאור מטרת החוק – קידום התחרות, ולפיכך, סירוב העלול לפגוע בתחרות ייחשב בדרך כלל כסירוב בלתי סביר.²²⁹ בפרשה זו, הסירוב נועד להשתית מדיניות של הכתבת מחירי מינימום על ידי בעל המונופולין. כיון שנקודת המוצא של בית המשפט היתה כי סירוב מעין זה עלול לפגוע בתחרות, הוא נקבע כסירוב בלתי סביר.²³⁰

²²⁷סעיף קטן זה שונה במידה מסויימת בנוסחו מן הסעיף המקביל באמנה האירופאית, סעיף 102(b), הקובע כזכור כי ניצול לרעה יכול לכלול גם "limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers".

²²⁸ ראו פרשת **גיבור סברינה**, לעיל ה"ש 18.

²²⁹ שם, בפס' 10.ג.

²³⁰ השוו פרק 6 בפס' __ [הכתבת מחיר מינימום].

10.8.15 בבג"ץ אלבר ציי רכב בע"מ נ' רשות שדות התעופה בישראל²³¹ נטען נגד מדיניות המשיבה בנוגע למתן שירותי השכרת רכב בנמל התעופה בן-גוריון, וסירובה ליתן לעותרת הרשאה לשימוש בדלפק בנתב"ג לצורך מתן שירותי השכרת רכב. בית המשפט קבע שלא שוכנע כי החלטת רשות שדות התעופה מהווה סירוב בלתי סביר לספק נכס. הוא נימק החלטתו בכך שרשות שדות התעופה שינתה את מדיניותה בכל הנוגע להשכרת כלי רכב בתחום שדה התעופה. בעוד שבעבר, כל חברה להשכרת רכב שעמדה בתנאי הסף שנקבעו קיבלה הרשאה לתת שירותי השכרת רכב, בשלב מסוים, בהתאם למדיניות ה"שוק הסגור" של רשות שדות התעופה, נערך מכרז, שבמסגרתו נבחרו חמש חברות זוכות, אשר רק להן ניתנו הרשאות לתת שירותים בתחום זה, באופן בלעדי. הסיבה לשינוי המדיניות היתה שרשות שדות התעופה הגיעה למסקנה כי בטרמינל החדש (טרמינל 3) אין מקום לפעילותן של יותר מחמש חברות להשכרת רכב. בית המשפט קבע כי ההחלטה לשנות את מדיניותה התקבלה בסמכות, בגדריו של החוק המסמך (חוק רשות שדות התעופה), תוך שקילת שיקולים רלבנטיים (מגבלות הנוגעות לתשתיות הקיימות ורצון לשמור על רמת שירות ועל בקרה ופיקוח יעילים).

10.8.16 בעניין ביקור חולים הוספיטל נ' שירותי בריאות כללית²³² נקבע כי המשיבה, שירותי בריאות כללית, היא מונופול (מונופסון) כהגדרתו בחוק ההגבלים העסקיים. כאשר מדובר בבעל מונופולין, וסירובו להתקשר עם ביקור חולים, שהיתה בהליך פירוק, הוא בלתי סביר, ביהמ"ש יאכוף עליו את המשך ההתקשרות. בית המשפט קבע כי סעיף 29 לחוק ההגבלים העסקיים אוסר סירוב בלתי סביר לספק נכס או שירות שבמונופולין וכי במקרה של מונופסון, האיסור הוא על סירוב בלתי סביר לרכישת הנכס. על כן, המבקשת זכאית לסעדים המבוקשים בבקשה גם לאור דיני ההגבלים העסקיים. נקבע כי כללית פעלה במקרה זה בחוסר תום לב, תוך ניצול מצבו של ביקור חולים, בהיותו "החוליה החלשה" בין בתי החולים בעיר, כדי להסיט את קבלת השירותים הרפואיים לעבר בתי חולים

²³¹ בגץ 6980/10 אלבר ציי רכב בע"מ נ' רשות שדות התעופה בישראל (פורסם בנבו, 26.07.11).

²³² בשא (י-ם) 4300/07 ביקור חולים הוספיטל נ' שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 22.04.07).

אחרים. נקבע כי הסירוב אינו סביר הואיל ובית החולים אמור לשרת את האוכלוסייה שנמצאת ברדיוס מסוים סביבו, והסטת חולים לבית חולים מרוחק יותר עלולה לפגוע בהם בשל המרחק.

10.8.17 הדעת נותנת כי קיימים עוד גורמים, לבד מהפגיעה המסתברת בתהליך התחרותי, היכולים לאפיין את "סבירות" הסירוב מצד בעל המונופולין. כך, למשל, אם בעל המונופולין אינו מסכים למכור ללקוח שאינו נוהג לשלם על המוצר או השירות, נראה כי הסירוב סביר. מאידך, אם הסירוב נובע מרצון לפגוע בלקוח או שיקולים זרים, נראה כי הסירוב ייחשב כבלתי סביר. כיון שהדין הישראלי אוסר גם על עצם הקיפוח של לקוחות על ידי בעל המונופולין, ולא רק על פגיעה מסתברת בתחרות,²³³ הרי שהסירוב לא חייב להיות כרוך בפגיעה מסתברת בתחרות על מנת שהוא ייחשב אסור. די שהוא מקפח את הלקוח שסורב באופן שהוא לא סביר, ונעדר הצדקה אובייקטיבית המקזזת את הפגיעה באותו הלקוח.

10.8.18 דוקטרינת 'המשאב החיוני', שנזכרה לעיל בהקשר האירופאי, אף היא מצאה דרכה אל הפסיקה הישראלית. בהחלטת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין **נצב"א אחזקות 1995 בע"מ**,²³⁴ נקבע על ידי הממונה כי 'משאב חיוני' הינו מתקן, עסק, הליך או גורם, המהווה שלב הכרחי בשרשרת ייצור או מתן שירות, במובן זה שבלעדי השימוש במשאב לא תקום תחרות בין המתחרים לאורך השרשרת.²³⁵ בפרשה זו נקבע כי תשומה של גישה למסוף אוטובוסים מרכזי הכרחית עבור מפעיל אוטובוסים חדש לצורך מתן שירותי הסעה תחרותיים, איכותיים וכדאיים כלכלית, המסתיימים באותו שוק אזורי.

²³³ השו"ר, לעיל, את הדיון במחיר מופרז של בעל מונופולין, בתת פרק 10.6

²³⁴ רשות ההגבלים העסקיים, **החלטת הממונה בעניין הכרזת מונופולין-אגד ונצב"א** (1999), בפס' 8.

²³⁵ שם. החלטה זו מובאת כדוגמא ל-"משאב חיוני", שהוא למשל, גם מידע שיש ברשותה של חברת אינטל אודות המעבדים שהיא מוכרת. הווה אומר, ההגדרה היא רחבה, ולא חלה רק על גישה לתשתיות.

10.8.19 לפי החלטת הממונה בעניין נצב"א, סירוב לספק משאב חיוני יכול להוות הן מקור לעילה עצמאית כנגד בעל המונופולין, והן מקור לחיזוק טענה להפרת סעיף 29 או 29א לחוק ההגבלים או מתן הוראות לבעל המונופולין לפי סעיף 30 לחוק.²³⁶ על פי ההחלטה, סירוב של בעל המונופולין לתת גישה למשאב עלול להצמיח עילה כנגד בעל המונופולין, ללא תלות בזהותו של מבקש הגישה. עם זאת, אם מבקש הגישה אל המשאב החיוני הוא מתחרה של בעל המונופולין, בוודאי שעשויה לצמוח עילה.²³⁷

10.8.20 גם בעניין **דובק**²³⁸, שהיתה בעלת מונופולין בשוק הסיגריות, עסק בית הדין להגבלים עסקיים בדוקטורינת המשאב החיוני. דובק רצתה להקים מערך הפצה משלה ולהפסיק את שיתוף פעולתה עם ספקי הסיגריות המתחרים. בית הדין קבע כי פירוק מערך ההפצה המשותף עלול לגרום לדחיקת הספקים הקטנים יותר לשולי השוק, אם לא לסילוקם המוחלט. בית הדין קבע כי קיימות נסיבות שבהן בעל מונופולין מחויב דווקא לשתף פעולה עם מתחריו. דברים אלו התאימו לנסיבות המיוחדות של פרשת דובק, כאשר מערך ההפצה המשותף שדובק חפצה לפרק שירת את מקימיו תקופה ממושכת ולמתחרים היה קשה להמשיך ולתפקד בשוק בלעדיו. בית הדין הוסיף כי יש לאזן בין הנזק העלול לספוג בעל המונופולין בעקבות הכפייה עליו לשיתוף פעולה עם המתחרים, אל מול השיקולים התחרותיים. בהתאם, בית הדין חייב את דובק לשתף ספקים אחרים במערך ההפצה שלה, ואף אסר עליה להתנות את הצטרפותם של הספקים למערך בגביית עמלה, גם אם יהיה בכך כדי לפגוע במכירותיה של דובק. בית הדין הוסיף שמדובר בהחלטה הניתנת לשינוי עם שינוי הנסיבות, כך שאם יוכח כי בפועל מצליחות החברות למצוא את דרכן בהפצה יעילה בלא עזרתה של דובק - תשתנה ההחלטה. בית הדין קבע כי דובק תימנע מכל צעד שיש בו, במישרין או בעקיפין, כדי לרמוז למפיציה שיש להצר את רגליהם של סקאל

²³⁶ ראו שם, ובפס' 8.3.

²³⁷ שם, בפס' 8.3.

²³⁸ מוני' 1/93 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' חברת דובק בע"מ ואח' (פורסם בנבו, 17.1.95).

ודוידס (יבואנים קטנים שהתחרו בדובק). בנוסף, כאמור, דובק לא תתנה את שיתופם של היבואנים והמשווקים הקיימים או הפוטנציאליים במערך ההפצה זה בשאלת גובה העמלות שיקבלו המפיצים.

10.8.21 בהכרזת הממונה על 'ידיעות אחרונות' כבעל מונופולין,²³⁹ הוגדר "סירוב בלתי סביר", לצורך סעיף 29 לחוק, כסירוב הכולל בחובו הן סירוב מוחלט והן סירוב שאיננו מוחלט, המתרחש כאשר רכישה מבעל המונופולין מותנית בתנאים בלתי סבירים. דוגמאות לתנאים בלתי סבירים יכולות להיות: קשירת מוצר במוצר, בנסיבות מתאימות, אפליית מחירים, וכד'.

10.8.22 בעניין פז²⁴⁰, עתרו חברות הדלק נגד המשיבה, חברת בתי הזיקוק (להלן: "בז"ן"), אשר החזיקה במונופולין בזיקוק נפט גולמי. בין יתר המוצרים הנרכשים על ידן מבז"ן, רוכשות המבקשות גם מזוט, אשר הנו חומר בעירה, המשמש להסקת תנורים בתעשייה ובחקלאות וכן מנוצל בתהליך ייצור החשמל בתחנות כוח. עד להחלטת מינהל הדלק כי המדינה תחדל במימון החזקת מלאי החירום למזוט, היה זה מוחזק בחצריה של בז"ן. עובר להחלטת שינוי המדיניות מטעם המדינה, החליטה בז"ן כי חברות הדלק המעוניינות בהחזקת מלאי חירום של החומר בחצרה, כמתחייב מדרישת המדינה, יחויבו בתשלום. בנוסף, החליטה בז"ן לצמצם את כמויות אספקת המזוט ולשנות דרכי הפצתו אל חברות הדלק, ומספר נקודות אספקה בוטלו. בית הדין אימץ את הגדרת הממונה ב'ידיעות אחרונות', בפסיקתו כי סירוב בלתי סביר איננו מתמצה בסירוב מוחלט אלא כולל גם התנאת תנאים אנטי תחרותיים. מההחלטה עולה כי בית הדין גינה גם את המחיר שנגבה, בקובעו כי שינוי תנאי ההספקה גוררת מכירה של המוצר במחיר העולה על המחיר המירבי הקבוע בצו. מבחינה

²³⁹ ראו רשות ההגבלים העסקיים, הכרזה בדבר מונופולין – עיתון יומי בשפה העברית: "ידיעות אחרונות", קובץ הגבלים עסקיים, כרך ב' (1996), בעמ' 119, 136.

²⁴⁰ ראו ה"פ 000590/96 פז חברת נפט בע"מ נ' בתי זיקוק לנפט בע"מ, דינים מחוזי לב(4) 585.

זו, בית הדין מתערב לא רק בסירוב של בעל המונופולין העלול לפגוע בתחרות, אלא גם בסירוב העלול לפגוע ישירות בצרכן.

10.8.23 בעניין *Tower Air*,²⁴¹ דן בית המשפט אגב אורחא בטענת התובעת אודות המחירים המופרזים הנגבים בעבור דלק סילוני. יחד עם זאת, בית המשפט קבע כי האיסור על סירוב בלתי סביר חל בנוגע למסחר של בעל המונופולין מול מתחרה שלו, ספק או נותן שירותים שלו, ואין הוא חל על סירוב בעל מונופולין למכור לצרכן הסופי. לדידו של בית המשפט, מטרת האיסור למנוע מבעל המונופולין לנצל את כוחו כדי לדחוק מתחרים מהשוק. עם כל הכבוד, אנו חולקים על קביעה זו. כיון שכיום ברור כי האיסורים החלים על בעל מונופולין כוללים גם איסורים המונעים קיפוח ישיר של הצרכן, להבדיל מדחיקת מתחרים גרידא, הרי שגם האיסור על סירוב בלתי סביר, אין סיבה שלא יחול על סירוב לספק לצרכן הסופי, ובלבד שהסירוב אכן בלתי סביר. גישה מעין זו עולה גם, כאמור, מהחלטת בית הדין בעניין פז, הנזכרת לעיל.

10.8.24 עניין נוסף בו נדון סירוב בלתי סביר הוא עניין תנובה²⁴², אשר תפקדה כמונופסון ברכישת שירותי הובלת חלב. תנובה ביקשה לכרות הסכמי בלעדיות עם מספר ספקי הובלה בלבד, כאשר ספקי ההובלה אשר נותרו מחוץ להסדר טענו כי הסדר הבלעדיות כובל וכי מניעת עריכת ההסדר עמם עולה גם לכדי סירוב בלתי סביר מצד בעל מונופולין.²⁴³ בית הדין להגבלים עסקיים חלק על המבקשים בפוסקו כי סירוב בלתי סביר נבחן, בין היתר, לאור עקרונות דיני ההגבלים העסקיים, אשר לנגד עיניהם מוצבת הגנת התחרות לשם טובת הציבור, ולא לשם הגנת מתחרה ספציפי. בנוסף, בית הדין הכיר בזכות המונופסון לבחור

²⁴¹ראו ת"א 1114/99 Tower Air נ' שירותי תעופה בע"מ, (פורסם בנבו, 06.05.07), בפס' 129.

²⁴²ראו ה"ע (י-ם) 8011/03 תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בע"מ נ' נציגי מוביל החלב העצמאיים (פורסם בנבו, 20.01.05), בפס' 36.

²⁴³כאמור לעיל, בעל מונופולין מוגדר גם כמי שמחזיק במעל 50% מן הרכישה בשוק מסוים (ראו סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988).

את שותפיו העסקיים. בית הדין בחן את הסכמי הבלעדיות ומצא כי הם מאפשרים לתנובה לדרוש מהמובילים עימם תנובה הסכימה על בלעדיות עמידה בתנאי בטיחות ואיכות מוגברים. לפיכך, הבחינה הציפה כי היתרונות שבהסדרי הבלעדיות, מבחינתו של הציבור הכללי, עלו על חסרונותיהם. מאחר שההסכמים היו לגישת בית הדין לטובתו של הציבור, ועל כן ראויים לאישור של הסדר כובל, בית הדין פסק גם בהקשר הסירוב הבלתי סביר של בעל מונופולין כי אין מדובר בסירוב בלתי סביר.

10.9 קשירת מוצר במוצר (Bundling and Tying)

10.9.1 התניית שירות בשירות, או מוצר במוצר, מתייחסת על פי רוב למצבים בהם הפירמה הדומיננטית מחייבת לקוחות המבקשים לרכוש מוצר אחד ("המוצר הקושר") לרכוש בנוסף את המוצר השני ("המוצר הקשור"). פרקטיקה זו עלולה לאפשר לפירמה הדומיננטית למנף את כוח השוק שלה בשוק בו היא נהנית ממעמד דומיננטי ("שוק המוצר הקושר") לשוק המוצר הקשור, בו היא חשופה לתחרות. הקשירה איננה חייבת להיות בדמות חיוב מפורש לרכישת המוצרים יחדיו, אלא יכולה להיות גם "קשירה תמחורית", המדרבנת את הלקוח לרכוש את המוצרים יחדיו באמצעות הנחות או הטבות.

10.9.2 סעיף 102(d) לאמנה עוסק בפרקטיקות מעין אלה בקבעו כי ניצול לרעה יכול לכלול בין היתר:

‘making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts’.

10.9.3 בעניין *Hilti AG*,²⁴⁴ מצאה הנציבות כי החברה ניצלה לרעה את מעמדה הדומיננטי בשוק אקדחי מסמרים ומחסניות מסמרים, שם מוצריה נהנו מהגנת פטנט. נתח השוק של Hilti AG בשוק אקדחי המסמרים היה 55% והנציבות העריכה כי החברה נהנית גם מכוח שוק משמעותי בשוק המסמרים ומחסניות למסמרים. לטענת הנציבות, Hilti AG עשתה שימוש במעמדה הדומיננטי וקשרה את מכירת מחסניות מסמרים במכירתם של המסמרים וזאת על מנת לדחוק החוצה משוק המסמרים את אותם יצרני מסמרים שיצרו מסמרים שניתן להשתמש בהם עם אקדחי המסמרים ומחסניות המסמרים של החברה.

10.9.4 בערר על החלטת הנציבות טענה *Hilti AG* כי היא אינה נהנית ממעמד דומיננטי וציינה כי היא מסכימה שאילו היתה נהנית ממעמד דומיננטי, אזי ניתן לראות בקשירת מוצר במוצר כניצול לרעה. בשבתו כערכאת ערעור פסק בית הדין כי הנציבות צדקה בקביעתה כי Hilti AG היא פירמה דומיננטית, ולא נדרש לדון בסוגיית הניצול לרעה היות שהחברה קיבלה על עצמה את המסקנה כי התנהגות מסוג זה עולה כדי ניצול לרעה של כוחה.

10.9.5 *Hilti AG* העלתה טענה נוספת לפיה היו אלו שיקולי בטיחות הצרכן אשר הובילו אותה לקשירה של שני מוצריה. לגירסתה, שימוש באקדח מסמרים עם מסמרים מסוג שונה שאינם מיוצרים על ידי החברה, עלול לגרום לכשלי בטיחות ופציעות בקרב הצרכנים. בית הדין הכללי דחה את טענת החברה, שכן סבר כי הפירמה הדומיננטית לא עמדה בנטל להניח תשתית ראייתית לכך שמסמרי כל שאר המתחרים בשוק מובילים לסיכון גבוה יותר לצרכן ממסמרי החברה. בהתאם, אישר בית הדין את ממצאיה של הנציבות כי הקשירה היוותה ניצול לרעה.²⁴⁵

Case T-30/89 Hilti AG v Commission²⁴⁴ אשר הוזכר בהרחבה בפרק ____ פסקה ____.

²⁴⁵ שם.

10.9.6 בעניין *Tetra Pak International*,²⁴⁶ בחן בית הדין האירופאי לצדק את הכרעת בית הדין הכללי לפיה Tetra Pak, פירמה דומיננטית בתחום מכירת מכונות האריזה, ניצלה לרעה את מעמדה הדומיננטי על ידי כך שקשרה בין מכונות האריזה שלה למכירתם של קרטונים מייצורה.²⁴⁷ בית הדין לצדק ציין כי שימוש בכוח דומיננטי בשוק אחד, על מנת לשפר את מעמד החברה בשוק קשור (במקרה זה שוק מוצרי האריזה), פגע ועיוות את התחרות בשוק הקשור.

10.9.7 בית הדין לצדק ציין כי פעילות החברה עומדת בניגוד לתניות סעיף 102(d) לאמנה ודחה את טיעוניה של Tetra Pak בנוגע לקיומה של זיקה טבעית בין המכונות לקרטונים, בקובעו כי עסקינן בשני מוצרים נפרדים שמכירתם נכרכה שלא כדין. בית הדין לצדק הבהיר כי גם בתרחיש שבו נעשית מכירה משותפת של שני מוצרים, בהתאם לשימוש המסחרי הנהוג, או לחילופין כאשר קיימת זיקה טבעית בין שני המוצרים, עדיין הקשירה עלולה להיות ניצול לרעה, כמשמעו בסעיף 102 לאמנה. זאת אלא אם קיימת הצדקה אובייקטיבית פרו צרכנית הגוברת על הפגיעה המסתברת בתחרות.²⁴⁸

10.9.8 טענת ההגנה בה עשתה Tetra Pak שימוש, מבוססת על טענה רווחת אשר פירמות דומיננטיות טוענות לעיתים קרובות, לפיה המוצרים נשוא הקשירה הם למעשה מוצר בודד, ולא שני מוצרים נפרדים. הווה אומר, הביקוש למוצרים מתגבש על פי רוב כאשר הם נמכרים יחדיו (כגון מכונית ומנוע). כאמור, במקרה זה דחה בית הדין את הטענה.

²⁴⁶ ראו פרשת *Tetra*, לעיל ה"ש 14.

²⁴⁷ Tetra Pak II - IV/31.043, לעיל ה"ש 5.

²⁴⁸ שם, בפס' 35-38.

10.9.9 בעניין *Microsoft*²⁴⁹ בחן בית הדין את ממצאי הנציבות לפיהם החברה ניצלה לרעה את מעמדה הדומיננטי במערכת ההפעלה, על ידי כריכת נגן המדיה שלה (Windows Media Player) עם מערכת ההפעלה. למרות היותם של המוצר הקושר והמוצר הקשור שני מוצרים נפרדים, החברה העניקה את נגן המדיה בחינם יחד עם רכישת מערכת ההפעלה. כך, לגישת הנציבות, החלישה מיקרוסופט את מתחריה בשוק נגני המדיה, כאשר הביקוש לנגנים שלהם הופחת, וכך הופחת גם התמריץ של המתחרים והמתחרים הפוטנציאליים לפתח נגני מדיה מתחרים.²⁵⁰

הנציבות פרטה בהחלטתה את התנאים לביסוס קשירת מוצר במוצר, וקבעה כי התניה כאמור תהווה הפרה של סעיף 102 לאמנה, בהתקיים התנאים המצטברים כדלקמן: (א) המוצרים שלגביהם הותנתה התניה כאמור הם שני מוצרים נפרדים; (ב) הפירמה שהתנתה קניית מוצר אחד (המוצר הקושר) במשנהו (המוצר הקשור) היא פירמה דומיננטית בשוק המוצר הקושר; (ג) הפירמה הדומיננטית כאמור אינה מאפשרת ללקוחותיה לרכוש את המוצר הקושר ללא רכישה של המוצר הקשור; (ד) הקשירה כאמור תביא או עשויה להביא לדחיקתם של מתחרים מן השוק –

‘Tying prohibited under] Article [102 of the Treaty requires the presence of the following elements: (i) the tying and tied goods are two separate products; (ii) the undertaking concerned is dominant in the tying product market; (iii) the undertaking concerned does not give customers a choice to obtain the tying

²⁴⁹ ערעור בעניין *Microsoft*, לעיל הי"ש 213.

²⁵⁰ שם, בפס' 842-859.

product without the tied product; and (iv) tying forecloses competition²⁵¹.

בחקירתה, בחנה הנציבות את האפקט הפוטנציאלי של הקשירה האמורה על המתחרים בשוק הנגנים.²⁵² בפרט, הנציבות ציינה כי היכולת של המתחרים להגיע אל הלקוחות נפגעה באופן ממשי וכי ערוצי שיווק מקבילים אינם מספיקים על מנת להתחרות בנגן מדיה שמגיע עם מערכת ההפעלה. בכלל זה ציינה הנציבות כי גם איפשור הורדות תוכנות מהאינטרנט אינה מהווה מענה מספק מצד המתחרים לפעולת הקשירה. הקשירה משפיעה גם על מפתחי תוכנה וספקי תוכן אשר אל מול הקשירה והאפקט שלה על שוק הנגנים מפתחים יותר תוכנות ותכנים המותאמים לנגן המדיה של מיקרוסופט.²⁵³

10.9.10 בערעור על החלטת הנציבות קיבל בית הדין הכללי את עמדת הנציבות כי הצרכנים נותרו ללא ברירה ממשית אלא לקבל מערכת הפעלה הכוללת את נגן המדיה, וכי קשירה זו דחקה מהשוק ספקים אחרים של נגני מדיה. בית הדין סירב לקבל את טענת מיקרוסופט, לפיה נגן המדיה מהווה חלק בלתי נפרד ממערכת ההפעלה.

בשולי הדברים נציין כי החלטת הנציבות במקרה זה כללה הן את סירוב האספקה, שנדון בסעיף לעיל, והן קשירת מוצר במוצר. בגין שתי הפרות אלו נקנסה מיקרוסופט ב-497 מיליון אירו. כמו כן נדרשה החברה להפסיק את ההתנהגות המפרה. בהקשר של קשירת

²⁵¹ החלטת הנציבות בעניין **Microsoft**, לעיל ה"ש 212, בפס' 794.

²⁵² שם.

²⁵³ שם, בפס' 795 עד 993.

מוצר במוצר, דרישה זו כללה סעד 'הסרת הקוד', במסגרתו הונחתה החברה להוציא גרסה של כל אחד ממוצריה הנבחנים בנפרד ממערכת ההפעלה.

10.9.11 בשנת 2018 קיבלה הנציבות החלטה להטיל קנס בסך 4.3 מיליארד על גוגל בגין הפרת דיני התחרות בשוק האנדרואיד. לגישת הנציבות, גוגל הציבה תנאים ליצרני מכשירים ניידים המשתמשים בפלטפורמת אנדרואיד שחייבו את היצרנים להתקין מראש על המכשירים את תוכנת החיפוש של גוגל וזאת כתנאי ליכולתם של היצרנים להתקין על המכשירים ממשק לחנות האפליקציות של גוגל - Google's app store (the Play Store). בדומה גוגל גם הגבילה את יכולתם של יצרנים שרצו לעשות שימוש בחנות האפליקציות שלה מלהתקין גרסאות חלופיות של Android. גוגל גם שילמה ליצרנים ולספקים סכומים נכבדים על מנת שאלו יתקינו על המכשירים את פלטפורמת החיפוש של גוגל.

החלטת הנציבות בעניין טרם פורסמה במועד כתיבת שורות אלו, אולם מפרסומי הנציבות בעניין עולה כי נסמכת היא, בין השאר, על טענה לקשירת מוצר במוצר שעלתה לכדי ניצול לרעה של מעמדה הדומיננטי של גוגל.²⁵⁴

ישראל

10.9.12 בישראל קיים סעיף מקביל לסעיף 102(d) לאמנה הנזכר לעיל, הוא סעיף 29א(ב)(4) לחוק ההגבלים, הקובע כי "התניית ההתקשרות בדבר הנכס או השירות שבמונופולין בתנאים אשר מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים אינם נוגעים לנושא ההתקשרות" מקימה חזקה חלוטה של ניצול לרעה העלול לפגוע בתחרות או בציבור.

²⁵⁴ European Commission - Press release 'Antitrust: Commission fines Google €4.34 billion for illegal practices regarding Android mobile devices to strengthen dominance of Google's search engine'

Brussels, 18 July 2018. Available at: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_en.htm

10.9.13 סעיף זה נידון בפרשת **ידיעות אחרונות**²⁵⁵, אשר נידונה בהרחבה בפסקאות 10.4.33-10.4.37 לעיל. ידיעות אחרונות, בעלת המונופולין דאז בשוק העיתונות היומית בישראל, צירפה יחד עם העיתון את המקומון שלה בחינם. בדומה לדיני הקהילייה האירופאית, נקבע על ידי בית הדין כי ההתנייה האסורה נשוא סעיף 29א(ב)(4) יכולה להיות גם "קשירה תמחורית", המושגת על ידי דרכון כלכלי או כספי. כלומר, ההתנייה לא חייבת להיות חוזית או מפורשת, והיא יכולה להיות באמצעות תמריצים כספיים.

10.9.14 עם זאת, בית הדין דחה לגופה את טענת הממונה כי ידיעות אחרונות הפרה את סעיף 29א(ב)(4). על פי בית הדין, הסעיף כולל שני יסודות עיקריים: הראשון, בחינה כי עסקינן בשני מוצרים נפרדים, ולא במוצר אחד. בחינה זו נעשית על ידי הערכת הביקוש למוצרים בנפרד, מול הערכת הביקוש למוצרים כחבילה, ובירור השאלה אם כלל קיים ביקוש למוצרים בנפרד.²⁵⁶ בעניין זה הגיע בית הדין למסקנה כי העיתון היומי והמקומון הם אכן מוצרים נפרדים.

10.9.15 היסוד השני הוא כי הקשירה איננה "בהתאם לתנאי מסחר מקובלים". ביישמו תנאי זה, הסיק בית הדין כי בשוק חלוקת העיתונים רווח הנוהג לחלוקת מקומונים, וכראיה לכך, גם מתחריה של ידיעות אחרונות חילקו את מקומוניהם יחד עם העיתון היומי שלהם. על כן, על פי פרשנות בית הדין, ידיעות אחרונות לא נהגה בניגוד לתנאי המסחר המקובלים.

10.9.16 עם כל הכבוד, אנו חולקים על פרשנות זו של בית הדין למושג "בהתאם לתנאי מסחר מקובלים". לא בכדי המחוקק אוסר על בעל מונופולין התנהגויות המותרות למי שאינו

²⁵⁵ ה"ע 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות (פסק דין חלקי), תשנט (2) 529.

²⁵⁶ שם, בפס' 170.

בעל מונופולין. הסיבה לטיפול השונה היא שרק כאשר בעל המונופולין הוא שנוקט בהתנהגות, אזי היא מסוכנת לתחרות או לציבור.

10.9.17 בהתאם, ראוי להתייחס אל 'תנאי המסחר המקובלים', לא כמושג המתחקה אחר מה מתחרי בעל המונופולין עושים, אלא כמושג שסתום של סבירות, המייבא שיקולי מדיניות, והמאפשר לבעל המונופולין לטעון להצדקה פרו צרכנית המקזזת את הפגיעה.

10.9.18 בית הדין להגבלים עסקיים דן בסעיף 29א(ב)(4) גם בעניין **הפדרציה הישראלית לתקליטים**.²⁵⁷ שם, נדון עניינם של תאגידי זכויות יוצרים ביצירות מוזיקליות אשר נהגו למכור רישיונות למפרט של יצירות יחדיו. כך, הלקוחות אולצו, או לפחות תומרצו, לרכוש רישיון להשמעת כלל היצירות שמשווק תאגיד זכויות היוצרים, אף אם חפצו רק בחלק מאותן יצירות. לכאורה, יכלו הלקוחות לרכוש רישיונות ליצירות בודדות מכל תאגיד, המחזיק בזכות ברישיון השמעת היצירה המסוימת, אך באופן זה הרכישה ועלויות העסקה עלולים היו להתייקר, כדי עד הפיכתה ללא כדאית עבור הלקוח.

10.9.19 בית הדין אימץ את המבחן אשר נקבע בפרשת **'ידיעות אחרונות'**²⁵⁸, לפיו גם 'קשירה תמחורית', כאמור, מכירת חבילת מוצרים במחיר זול יותר מאשר סכום מחירי הרכיבים, מהווה קשירה. אולם, בנסיבות מקרה זה, מחירן הנמוך של חבילות הרישיונות נבע משיקולי יעילות וחסכון בעלויות עסקה. על כן, מאחר שנמצא צידוק ראוי, בית הדין הכריע כי אין ענייננו בקשירה המהווה הפרת סעיף 29א(ב)(4).

²⁵⁷ הי"ע 3574/00 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (פורסם בנבו, 29.04.14), בפסי' 69-80.

²⁵⁸ פרשת ידיעות אחרונות, לעיל הי"ש 46.

10.9.20 בעניין **אמנה**²⁵⁹ הועלתה השאלה האם להתנות אישור מיזוג של חברות באיסור קשירה. החברות המעורבות היו חברת מזל, חברה פרטית המנהלת מחסנים, וחברת לוגיסטיקה, העוסקת, בין היתר, בניהול מלאי, ושנשלטתה על ידי חברת ממון, בעלת מונופולין במסוף המטענים בנמל התעופה בן גוריון. המתחרות של חברת מזל בשוק האחסון הביעו בפני בית הדין את חששן כי לאחר המיזוג ממון תנסה למנף את המעמד הדומיננטי שלה במסוף המטענים על מנת לדחוק מתחרים בשוק האחסון, וזאת על ידי קשירה בין האחסון של החברה הנרכשת לבין שירותי מסוף המטענים של הקבוצה הרוכשת.

10.9.21 בית הדין דחה את טענות העותרות. עולה מן ההחלטה שבעוד קשירה מפורשת בין שירותי מסוף המטענים לבין שירותי האחסון תהווה הפרה של סעיף 29א(ב)(4), הוזלה של מחיר החבילה הכוללת הן אחסון והן שירותי מסוף המטענים מועילה ללקוחות. מכל מקום, בית הדין קבע כי העותרים לא הניחו תשתית ראייתית מספקת המקימה חשש סביר לניצול לרעה. הנחת המוצא של בית הדין היא כי קשירה מפורשת בין שירות לשירות היא אסורה, ועל כן אין טעם להתנות את אישור המיזוג בתנאי שלא תיעשה. בנוסף, בית הדין מצייין כי דוקטרינת המינוף המונופוליסטי, החוששת שבעל המונופולין ימנף את כוחו בשוק אחד על מנת להגדיל את כוחו בשוק אחר, איננה מוכרת כדוקטרינה עצמאית במשפט המשווה וגם לא במשפט הישראלי. עם כל הכבוד, נראה לנו שכאשר החשש מקשירה, מפורשת או תמחורית, מספיק מובהק, וחשש זה מוביל לחשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות בענף, או חשש סביר לפגיעה בצרכן, יש מקום להתנגד למיזוג מראש, ולא להסתמך על האיסור בחוק על קשירה מעין זו.

10.9.22 מכל מקום, אין ללמוד לדעתנו, מהחלטה בעניין מיזוג, כגון זו של אמנה, לגבי הכלל החל על שאלת הניצול לרעה מצד בעל מונופולין. המחוקק קובע סטנדרט מחמיר פחות כאשר מדובר בשאלה אם להתנגד למיזוג או להתנותו בתנאים, סטנדרט של חשש סביר לפגיעה

²⁵⁹ עניין **אמנה**, לעיל הי"ש 18, בפסי' 14-15.

משמעותית בתחרות בענף או פגיעה בציבור הצרכנים.²⁶⁰ לעומת זאת, על מנת לברר אם בעל מונופולין ניצל לרעה את מעמדו, די בהתקיימות אחת החזקות החלוטות שבסעיף 29א(ב), או בכך שההתנהגות עלולה לפגוע בתחרות או בציבור. זהו סטנדרט הדורש פחות מהטוען להפרה.

10.9.23 ההחלטה בעניין אמנה מתייחסת גם לפרשת ידיעות אחרונות הנזכרת²⁶¹ שבה נקבע כי אין לאסור, בדרך של מתן הוראות לבעל מונופולין, על כניסתו של בעל המונופולין לשוק חדש שבו הוא לא היה פעיל עד כה, גם אם הוא מנצל לצורך כך יתרונות כלכליים המוקנים לו עקב מעמדו המונופוליסטי בשוק אחר, כגון יכולת פיננסית, מערך הפצה, וכדומה.²⁶² על פי בית הדין בעניין אמנה, רציונל זה חל, באופן עקרוני, גם על כניסה לתחום שהוא חדש לבעל המונופולין באמצעות מיזוג, כל עוד המיזוג אינו מעלה חשש סביר לפגיעה בתחרות או בציבור.²⁶³

10.9.24 כאן המקום להזכיר את הקשר בין קשירה בין שני מוצרים שונים לבין הפרקטיקה של הנחת מטרה או הנחת נאמנות. כפי שציינו לעיל,²⁶⁴ במקרים רבים, הפרקטיקה של הנחת מטרה או הנחת נאמנות, כאשר ננקטת על ידי בעל מונופולין שהלקוח חייב לרכוש ממנו מספר מסוים של יחידות, דומה לקשירה בין היחידות שהלקוח חייב מבעל המונופולין לבין היחידות שאינו חייב ממנו. בהתאם, כשם שקשירה תמחורית בין שני מוצרים שונים

²⁶⁰ ראו סעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, וכן הדיון בפרק __, פסקה __ [הסטנדרט במיזוגים

בישראל].

²⁶¹ פרשת ידיעות אחרונות, לעיל ה"ש 46.

²⁶² עניין אמנה, לעיל ה"ש 18, בפס' 16.

²⁶³ שם.

²⁶⁴ פסקאות __ [הדנות בדמיון בין הנחות נאמנות והנחות מטרה לבין קשירה].

עשויה להיות בגדר החזקה החלוטה של סעיף 29א(ב)(4), כך גם הנחות מטרה והנחות
נאמנות עשויות להיות בגדר אותה החזקה החלוטה.²⁶⁵

²⁶⁵ ראו גם Eilat, Gilo and Sagi, לעיל הייש 52, בעמי 15.