



רשות ההגבלים העסקיים גילוי דעת 1/14

האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין

1. פתח דבר

דיני ההגבלים העסקיים מעמידים בידי הממונה על הגבלים עסקיים (להלן: "הממונה") והאדם הפרטי כלים להגנה מפני פגיעה בתחרות ובציבור. התחרות ראויה להגנה, שכן היא מקדמת את היעילות, מגדילה את התועלת הכלל משקית ומטיבה עם הצרכנים, בין השאר, בדרך של הפחתת מחירים והגדלת מגוון ואיכות המוצרים.

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

חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים" או "החוק"), קובע כי מי שמחזיק בידו למעלה ממחצית מכלל אספקת הנכסים או רכישתם בשוק הינו "בעל מונופולין". בכך טמונה הנחה כי מי שמחזיק בנתח שוק משמעותי או דומיננטי מחזיק בידיו לכאורה גם כוח שוק. החוק מוסיף ומחיל על בעל מונופולין נורמות התנהגות מיוחדות, אשר תכליתן למנוע ממנו מלנקוט בדרכי פעולה העלולות לפגוע בתחרות או בציבור. ודוק: חוק ההגבלים העסקיים אינו אוסר על עצם קיומו של מונופולין. מקובל לומר כי כל מתחרה בשוק שואף להגדיל את חלקו בשוק על חשבון מתחריו וכי שאיפה זו היא שמניעה את גלגלי התחרות ומתמרצת את המתחרים להתייעלות ולחדשנות. כאשר מתחרה בודד מצליח להגשים שאיפה זו, הוא עשוי להגיע למעמד מונופוליסטי בשוק ובעובדה זו, כלשעצמה, אין פסול. יחד עם זאת, ייתכנו נסיבות בהן התנהגות מסוימת של בעל המונופולין עלולה לגרום פגיעה בתחרות או בציבור ועל כן מן הראוי לאסרה.¹

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. ניצול מעמד לרעה בדרך של גביית מחיר מופרז

סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים קובע:

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

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

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

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

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

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

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

עם זאת, בעולם המציאות, לעיתים רחוקות תוביל התחרות החופשית למחיר השווה לעלותו השולית של המוצר, שכן בדרך כלל קיימים גורמים ההופכים את התחרות לבלתי מושלמת, כגון

⁴ ס"ח 1573, 149.

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

מיעוט מתחרים, בידול מוצרים או מגבלות כושר ייצור. עצם גביית מחיר גבוה במידה מסוימת מן העלות השולית אינה מעידה בהכרח על מחיר מופרז.

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

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

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

התפיסה האמריקאית מושתתת על שלושה נימוקים מרכזיים.⁷ האחד הוא שגביית מחיר מופרז יכולה לתמרץ השקעה מקדמת רווחה מלכתחילה. נימוק זה חותר למעשה תחת ההנחה שמחיר מופרז הוא דבר פסול. הוא גם חותר תחת הנחת המוצא של דיני ההגבלים העסקיים, התופסים את התהליך התחרותי ככלי האופטימאלי על מנת להשיג את התוצאה הראויה לרווחה, הן מבחינת המחיר, הן מבחינת השקעתן של פירמות והן מבחינת חדשנות.⁸ זאת משום שנימוק זה

⁶ ראו למשל: Areeda and Hovenkamp, **Antitrust law: An Analysis of Antitrust Principles and their Application**, para 720a (2008) M.S. Gal, *Monopoly Pricing as an Antitrust Offense in the U.S. and the EC*; *Gal* ("Gal"), 49 Antitrust Bulletin 343, 353 (2004); *EC: two Systems of Belief About Monopoly?*, 49 Antitrust Bulletin 343, 353 (2004); וכן בפסיקה בארה"ב: *United States v. ALCOA*, 148 F. 2d 415 (2d Cir. 1945); *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko* 540 U.S. 305, 398 (2004).

⁷ לסקירה של נימוקים אלה ופירוט מדוע הם אינם מצדיקים הימנעות גורפת מאיסור על מחיר מופרז ראו: Ariel Ezrachi and David Gilo, *Are Excessive Prices Really Self-Correcting?*, *Journal of Competition Law and Economics* (2008) Ariel Ezrachi and David Gilo, *The darker Side of the Moon - The assessment of excessive pricing and proposal for a post-entry price-cut benchmark*, in Article 82 - Reflections on its Recent Evolution (Ariel Ezrachi, ed., 2009) *Assessment and Investment: Lessons from the Mittal Litigation*, 76 Antitrust Law Journal 873 (2010).

⁸ התהליך התחרותי שדיני ההגבלים העסקיים מעלים על נס הוא באופן רגיל תהליך תחרותי "בתוך השוק" ולא רק "על השוק". כך, למשל, כאשר מספר חברות מתחרות ביניהן מי מהן תהא הראשונה לפתח המצאה טכנולוגית, ולאחר התהליך זה רק אחת מהן תקבל הגנת פטנט שיכולה להנציח מעמדה המונופוליסטי בשוק, התחרות בין הפירמות היא

מניח שמבנה שוק מונופוליסטי עדיף על מבנה שוק תחרותי. במבנה שוק תחרותי, פירמה לא היתה יכולה לגבות מחיר מופרז ועל פי נימוק זה, לא היתה מתמרצת להשקיע השקעות מקדמות רווחה. לכאורה, על פי נימוק זה, התנהגות של מונופול המסלקת מתחריו מהשוק או חוסמת כניסה שלהם אל השוק עשויה אף היא להיות מוצדקת חברתית משום שמבנה השוק המונופוליסטי יניב השקעות מקדמות רווחה מצד המונופול.

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

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

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

⁹ "על השוק" ולא "בתוך השוק". דיני ההגבלים העסקיים חותרים לתחרות "בתוך השוק" גם במקרה מיוחד זה, בכפוף לדיני הפטנטים, המקנים לפירמה הזוכה הגנה מפני תחרות באמצעות ההגנה על קניינה הרוחני.

⁹ ראו האסמכתאות המובאות לעיל בה"ש 7.

¹⁰ שם.

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

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

מובן כי גם לאחר פרסומו של גילוי דעת זה, עשויה להיות מידה מסויימת של חוסר וודאות באשר למקרים העולים כדי גביית מחיר מופרז בניגוד לחוק. אולם, לדעתה של הרשות אין בחוסר וודאות זה, אשר כאמור יוגבל משמעותית עם פרסום גילוי הדעת, כדי להצדיק המנעות גורפת מאכיפת האיסור על תמחור מופרז מצד מונופולים. ככלות הכול, קיימות דוקטרינות רבות בדיני ההגבלים העסקיים, כמו גם בתחומים אחרים, שעשויות לגרום לחוסר וודאות בקרב הגופים הכפופים להן. כך, למשל, כאשר פירמה משמעותית היא צד להסדר בלעדיות, היא עשויה להפר את חוק ההגבלים העסקיים באם הסדר הבלעדיות שהיא צד לו מעורר חשש לפגיעה בתחרות בשוק כלשהו. פירמה זו עשויה להימצא בחוסר וודאות באשר לשאלה האם הסדר הבלעדיות שהיא צד לו מנוגד לחוק, על כל הכרוך בכך. בהתאם, עליה להיוועץ ביועציה הכלכליים והמשפטיים ולדאוג לכך שהסדר הבלעדיות שהיא צד לו לא יעורר חשש שכזה. כך גם לגבי בעל מונופולין הנוקט בפרקטיקות המשיאות את רווחיו ואשר עשויות להיות בעלות הצדקה עסקית, אך נוטות לסלק את מתחריו מהשוק או לחסום כניסתם. באותו האופן, כאשר בעל מונופולין קובע את המחיר שהוא גובה בגין מוצר שבמונופולין יהיה עליו לנקוט באמצעים שיבטיחו כי לא יטען כנגדו כי המחיר שגבה היה מופרז.

לגישת רשות ההגבלים העסקיים, האיסור על גביית מחיר מופרז הינו בין הנורמות המרכזיות החלות על בעל מונופולין, הנובעות ממעמדו המיוחד בשוק, אשר מטרתן מניעת פגיעה בציבור הצרכנים וליבוי בעיית יוקר המחיה. מניעת העוול לצרכנים וחוסר היעילות בהקצאת משאבים הנגרמים כתוצאה מגביית מחיר על-תחרותי ניצבת בלב תכליתם של דיני ההגבלים העסקיים.

אכן, לא ניתן להתעלם מן ההשלכות השליליות החמורות הנלוות לגביית מחיר מופרז על הציבור והמשק בכללותו. השלכות שליליות אלו של גביית מחיר מופרז עולות במקרים רבים על הנזק שעשוי לכאורה להיגרם כתוצאה מאכיפת האיסור על גבייתו. יתר על כן, כפי שנראה בהמשך מסמך זה, ניתן להקטין את הנזק שעשוי להיגרם כתוצאה מאכיפת האיסור על מחיר מופרז באמצעות מדיניות אכיפה המקדמת את הוודאות המשפטית ואשר מביאה בחשבון, בין היתר, שיקולים כגון הגנה על התמריץ להשקיע השקעות מקדמות רווחה ואשר ממקדת את האכיפה במקרים בהם המחיר המופרז לכאורה נעדר הצדקה.

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

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

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

בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר כך:¹²

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

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

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

כפי שעולה מדברי ההסבר להצעת החוק, סעיף 29א לחוק מבוסס, בשינויים קלים, על סעיף 102 (בעבר סעיף 86 ולפני כן, סעיף 82) לאמנה המסדירה את פעילות האיחוד האירופי (Treaty on the Functioning of the European Union - "TFEU"); הידועה גם בשם "אמנת רומא"; להלן:

¹¹ שם, בפסקה 53 לפסק הדין.

¹² ה"ח 2446, 229.

"האמנה"). בסעיף זה נאסר על גורם אחד או יותר,¹³ המחזיקים במעמד דומיננטי בשוק מסוים או בחלק ממנו, מלנצל מעמדם לרעה ("[A]buse...of a dominant position"). כמו כן, סעיף 102 לאמנה מפרט רשימה פתוחה של פרקטיקות שנקיטתן תהווה ניצול מעמד לרעה,¹⁴ ובהן: "[D]irectly or indirectly imposing **unfair purchase or selling prices** or other unfair trading conditions".

בפסיקת בתי הדין של האיחוד האירופי פורש סעיף 102 לאמנה כמחיל, בין היתר, איסור על גביית מחיר מונופוליסטי מופרז, הוא מחיר אשר אינו מקיים יחס סביר ("Reasonable Relation") לערכו הכלכלי ("Economic Value") של המוצר או השירות המסופק.¹⁵ כך נקבע בפסק הדין המנחה בענין *United Brands Co. v. Commission of the European Communities* [1978] E.C.R. 207 (להלן: "ענין יונייטד ברנדס"), שם הבהיר בית המשפט כי ערכו הכלכלי של המוצר אמור לשחזר את המחיר שהיה נקבע בשוק בתנאי תחרות:

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

[ההדגשות הוספו-ד.ג.]

כאמור, סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים נוסח על יסוד סעיף 102 לאמנת האיחוד האירופי. בעת שנוסף סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים כבר התבססה פסיקת בית הדין האירופי לפיה מחיר מופרז הינו מחיר שיש בו משום ניצול לרעה של מעמד דומיננטי. מכאן שהמחוקק הישראלי בחר במודע לאמץ איסור זה. ראיה נוספת לעמדת המחוקק הישראלי בסוגיה זו מצויה בסעיף 29א(ב)(2) לחוק, הקובע חזקה חלוטה אחרת בדבר ניצול מעמד לרעה שעניינה "צמצום או הגדלה של כמות הנכסים או היקף השירותים המוצעים על ידי בעל מונופולין שלא במסגרת פעילות

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

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

¹⁵ כך נקבע תחילה בפסק הדין בענין *General Motors NV v. Commission of the European Communities* [1975] ECR. 1367 (להלן: "ענין GM"), שם נאמר כי חל איסור על: "the imposition of a price which is excessive in relation to the economic value of the service provided". ראו גם: European Commission, *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*, [2009] OJ 45/02, para. 7. (7th ed., 2012).

¹⁶ ענין יונייטד ברנדס, פסי' 249-250 לפסק הדין.

תחרותית הוגנת". משמעותו של צמצום היצע או תפוקה היא עליית המחיר לצרכן וזוהי איפוא התוצאה אותה ביקש המחוקק למנוע.¹⁷

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

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

אכיפת האיסור על גביית מחיר מופרז אין משמעותה זניחת קידום התחרות לטובת משטר פיקוח מחירים. אכיפת האיסור היא כלי להתמודדות עם כשלים תחרותיים המתעוררים במבנה שוק מונופוליסטי והיא עולה בקנה אחד עם תכליתם של דיני ההגבלים העסקיים, כפי שהוסבר לעיל. אכיפת האיסור על גביית מחיר מופרז נעשית על יסוד שיקולים תחרותיים, בשונה מפיקוח מחירים הנעשה מכוח חוקים ותקנות שנועדו להגשמת תכליות שונות ומגוונות, דוגמת הסדרה ענפית או שמירת רמת מחיריהם של משאבים חיוניים ומוצרים שהיצעם מוגבל. עוד יצויין, כי פיקוח מחירים הנעשה מכוח נורמות אלו נועד, ככלל, לקביעת מחיר באופן הצופה פני עתיד. לעומת זאת, תחולתו של האיסור על גביית מחיר מופרז הינה על מחירים שגבה בעל מונופולין בעבר.

להלן נרחיב לענין אופן זיהויו ואמידתו של מחיר מופרז והמתודולוגיות שישמשו על ידי רשות ההגבלים העסקיים בבואה לבחון את רמת מחיריו של בעל מונופולין.

2. מהו מחיר מופרז?

¹⁷ Gal, ה"ש 6 לעיל, עמ' 360.

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

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

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

ככלל, מחיר מופרז הינו מחיר העולה על המחיר שהיה נגבה בתנאי תחרות.²⁰ בענין **יונייטד ברנדס** הנזכר לעיל קבע בית הדין האירופי, כאמור, כי מחיר מופרז הינו מחיר שאינו מקיים יחס סביר לערכו הכלכלי של המוצר, והבהיר כי ערכו הכלכלי של המוצר אמור לשחזר את המחיר שהיה נקבע בשוק בתנאי תחרות. בית הדין קבע עוד, כי על מנת לזהות מחיר בלתי הוגן ניתן, למשל, לבחון את הפער בין מחיר המוצר לבין עלות ייצורו.²¹ במקרים מתאימים, ניתן לערוך השוואה בין המחיר שגבה בעל המונופולין למחירים החשופים לתחרות אפקטיבית, כגון המחיר של מוצרים קרובים המיוצרים על ידי בעל המונופולין, מחירי מוצרים מתחרים או המחיר הנגבה בשווקים אחרים בגין מוצר דומה. מבחנים מעין אלו יושמו על ידי בית הדין האירופי גם בפסיקה מאוחרת.²²

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

כך נאמר שם :

"במבחנים הנהוגים בפסיקה האירופאית יש מבחן הבודק את ההפרש בין עלויות הייצור של המוכר למחיר המכירה. אם ההפרש (המהווה את הרווח של המונופולין) הוא מוגזם – המחיר הוא בלתי הוגן. מבחן זה...מחייב לאמוד את עלויות הייצור של בעל המונופולין – משימה סבוכה כשלעצמה. מבחן נוסף הוא מבחן ההשוואה בין מחירים שגובה חברה אחרת עבור מוצר זהה או דומה בשוק אחר...מקום שבו השוואת מחירים מוכיחה כי מחירים במקום אחד

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

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

'...afterwards the applicant brought its rates into line with the real economic costs of the operation

²² ראו למשל : François Lucazeau and others v SACEM [1989] ECR 281; Ministère public v Jean-Louis ; Corinne Bodson v. SA Pompes funèbres des régions libérées [1988] ECR ; Tournier [1989] ECR 2521 ; British Leyland Plc. v. Commission [1986] ECR. 3263 ; 2479

גם רשות התחרות האירופאית יישמה מבחן זה, למשל, בענין Commission Decision of 25 July 2001 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty case COMP C-1/36.915 Deutsche Post AG - Interception of cross-border mail, [2001] OJ L 331/40

גבוהים באופן משמעותי מאלה שבמקום אחר, ואין טעמים אובייקטיביים להפרישם, הדבר יכול לשמש כאינדיקציה שנגבו מחירים בלתי הוגנים.²³

ובהמשך:

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

תובע ייצוגי המבקש ליטול על עצמו משימה בלתי פשוטה שכזאת יכול למשל להגיש חוות-דעת כלכלית היפותטית בשאלות כמו מה העלויות של הקמת חברת כרטיסי אשראי, מה הסיכונים ומה הרווחים וכל כיוצא באלה, וכפועל יוצא מכך מדוע המחיר המונופוליסטי איננו לכאורה מחיר הוגן.²⁴

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

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

3. זיהוי מחיר מופרז - יישום מעשי

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

א. בחינת הפער בין מחיר המוצר לעלות הייצור

השוואה בין מחיר המוצר לעלות ייצורו הוכרה על ידי בתי משפט ורשויות תחרות בעולם כמבחן מתאים לזיהוי מחיר מופרז. מבחן זה מניח כי קיים גבול נורמטיבי לרנטה המונופוליסטית שבעל המונופולין יכול להפיק על חשבון לקוחותיו, ורנטה מונופוליסטית זו יכולה להימדד באמצעות השוואה בין העלויות הרלוונטיות של בעל המונופולין בייצור המוצר לבין המחיר שגבה בגינו.

²³ פרשת רייס, פס' 17.

²⁴ פרשת רייס, ס' 26.

²⁵ ת"א (מחוזי ת"א) 1574/99 אברהמי נ' מת"ב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ, תק-מח 2006 (1) 6407, בעמ' 6417 (2006); בש"א (מחוזי ת"א) 8450/02 רוזנבוים נ' פז שירותי תעופה, דינים מחוזי 2007 (33) 324 (2007); ת"א (מחוזי חי) Tower Air 1114/99 נ' שירותי תעופה בע"מ (פורסם בנבו, 5.6.2007); בש"א (מחוזי ת"א) 21953/02 מגורים ייזום ובניה בע"מ נ' פלאפון תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 15.12.2008); ת"א (מחוזי מרכז) 1817-08-07 יוחנן נ' פרטנר תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 19.1.2011); ת"צ (מחוזי ת"א) 7198-09-12 א. ידע פיננסים בע"מ נ' הבורסה לניירות ערך תל אביב בע"מ (פורסם בנבו, 10.12.2014).

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

על מנת ליישם מבחן זה יש לקבוע תחילה מהן העלויות שיובאו בחשבון בחישוב עלות ייצור המוצר שמחירו נבחן. בנוסף, יש לקבוע האם יובאו בחשבון עלויותיה של החברה הנבחנת או שמא עלויותיה של חברה בעלת רמת יעילות נורמטיבית כלשהי (במקרה שהחברה הנבחנת מתאפיינת בעלויות ייצור רלוונטיות הגבוהות משמעותית מיעילות נורמטיבית זו). לאחר שחושבו עלות הייצור והפער בינה לבין המחיר שגובה המונופול, יש לקבוע מהו שיעור הפער אשר ממנו והלאה נאמר כי מדובר בפער מוגזם המלמד על גביית מחיר מופרז.

באשר לשאלת זהותו של הגורם אשר עלויותיו ישמשו בסיס לתחשיב, נשמעה הדעה כי יש להתחשב בעלויותיה של פירמה יעילה או הפירמה היעילה ביותר בשוק, ולא בעלויותיה של הפירמה הנבחנת.²⁷ זאת על מנת למנוע ניפוח עלויות מלאכותי מצד הפירמה הנבחנת (אשר יביא לקביעת מחיר גבוה יותר כמחיר המופרז) ובכדי שלא לפגוע בתמריצים להתייעלות. מחד, התחשבות בעלויותיה של הפירמה הנבחנת אכן עשויה לעודד חוסר יעילות או להעניק תגמול בלתי רצוי לחוסר יעילות, שכן הפירמה עשויה להימנע מהתייעלות, מתוך הנחה כי התייעלות תגרום להפחתת המחיר שיותר לה לגבות על פי חוק. מאידך, התחשבות בעלויותיה של פירמה יעילה שאינה הפירמה הנבחנת עשויה לפגוע ללא הצדקה בפירמה דומיננטית שאינה היעילה ביותר בשוק, על ידי הנמכת רף המחיר המופרז וחשיפתה לסנקציות בגין כך. בנוסף, מכיוון שמידת יעילותן של פירמות אחרות בשוק בדרך כלל אינה ידועה לפירמה הדומיננטית, בחינת המחיר שגובה הפירמה על פי אמת מידה זו תפחית ממידת הוודאות המוקנית לפירמה ביחס לשאלה אם המחיר הנגבה על ידה הינו מופרז.

על כן, רשות ההגבלים העסקיים תבחן את הפער בין מחיר המוצר לעלות יצורו על פי עלויותיו הרלוונטיות של בעל המונופולין הנבחן. זאת, בכפוף להיותן של עלויות אלו עלויות סבירות אשר יצרן או ספק מן הסוג עליו נמנה המונופולין היה נושא בהן, ובכפוף להיותה של שיטת הדיווח וחישוב העלויות של בעל המונופולין עומדת בסטנדרטים מקובלים של דיווח. במקרה הצורך, תדרוש הרשות בדיקתו ואישורו של רואה חשבון חיצוני על מנת לבצע אימות זה. ככל שיימצא כי עלויותיו של בעל מונופולין הן עלויות חריגות ובלתי מוצדקות, יבוצעו ההתאמות הנדרשות. כך למשל, עלויות שכר חריגות, העולות באופן בלתי סביר על השכר המקובל בתחום בו פועל בעל המונופולין, לא יובאו בחשבון בהערכת עלות הייצור. כאשר עלויות הייצור נחלקות בין מספר

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

²⁷ ראו למשל: OECD EP, ה"ש 19 לעיל, בעמ' 69, שם מומלץ להשתמש בעלויותיה של הפירמה המדורגת שנייה בערך מבחינת היעילות.

גורמים המהווים ישות כלכלית מהותית אחת ופועלים על בסיס אינטרס כלכלי משותף יובאו בחשבון כלל העלויות הרלוונטיות בהן נשאו גורמים אלו בגין המוצר שבמונופולין.

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

בבואנו לחשב את עלות הייצור ניתן לנקוט באחת משתי גישות לצורך מדידת העלויות השונות, החשבונאית או הכלכלית. הגישה החשבונאית טומנת בחובה ודאות רבה יותר מכיוון שהיא משמשת את החברה במהלך ענייניה הסדיר; מאידך, הגישה הכלכלית אמנם מכבידה את נטל החישוב, גם על החברה וגם על הרשות, אך מייצגת את העלויות בהן נושאת הפירמה טוב יותר. לפיכך, מצאה הרשות לנכון לעשות שימוש בשתי הגישות אך לשתי מטרות שונות. הגישה החשבונאית תשמש לקביעת הגנת "נמל מבטחים", עליה יפורט בהמשך, אשר בהתקיים תנאיה לא תנקוט הרשות בצעדי אכיפה, ואילו הגישה הכלכלית, עליה נפרט כאן, תשמש לזיהוי מחיר מופרז, כאשר לא מתקיימים תנאיה של ההגנה.

ככלל, ובכפוף למתבקש מנסיבותיו הפרטניות של המקרה שיובא בפני הממונה, העלויות אותן יש להביא בחשבון במסגרת הניתוח הכלכלי הן כדלקמן: עלויות חומרי גלם וחומרי אריזה; שכר עבודה ישיר בייצור והפצה; ירידת ערך הנכס הדרוש לייצור המוצר (פחת) וביטוח קווי ייצור; עלויות אנרגיה הנדרשות לייצור המוצר והפצתו; מיסים עירוניים²⁸; עלויות הפצה ומכירות.²⁹ עלויות נוספות כגון פרסום ומיתוג; הנהלה וכלליות; מימון וגידור; מיסים עקיפים והיטלים; עלויות אלטרנטיביות של נכסים מוחשיים ולא מוחשיים; תשלומי העברה בין גורמים השייכים לישות כלכלית אחת; ועלויות אחרות שלא פורטו כאן (להלן: "**עלויות נוספות**"), ייבחנו באופן פרטני בהתאם לחברה ולתחום פעילותה.

במידה שחלק מהעלויות, בין אם צוינו במפורש לעיל ובין אם לאו, אינן ניתנות לחלוקה וייחוס ספציפי למוצרים השונים המיוצרים על ידי החברה, תתבצע העמסתן כברירת מחדל על פי חלקו (הכמותי) היחסי של המוצר הנבדק מסך היקף הייצור (הכמותי) של החברה. ככל שבחברה קיים נוהל מקובל להעמסת עלויות השונה מברירת המחדל, תשקול הרשות את השימוש בנוהל זה בבדיקתה. כמו כן, בהתאם לעלויות שיוכרו כרלוונטיות לחישוב, השימוש בגישה הכלכלית צפוי להכתיב את טווח הזמנים עבורו נרצה לבחון את אותן עלויות.

כאשר נבחנת מופרזות מחירו של חומר גלם, מוצר ביניים או שירות ביניים, הנרכש על ידי פירמות המוכרות את מוצריהן הלאה, יושם משקל משמעותי על ההשפעה המסתברת של המחיר המופרז על הצרכן הסופי של המוצר. כך, למשל, יתכן שבעל מונופולין המספק מוצר צריכה גובה מקמעונאים מחיר מופרז ליחידת מוצר, באופן המאלץ את הקמעונאים להעלות את המחיר לצרכן

²⁸ ככלל, מס חברות לא יוכר כעלות.

²⁹ ככלל, הנחות מסחריות, ככל שהן קיימות, לא יוכרו כעלות אלא יופחתו מסך המכירות.

שהם גובים בגין המוצר. במקרה מעין זה הממונה עשוי שלא לקחת בחשבון תשלומים או "בונוסים" שהספק משלם לקמעונאים ואשר באופן רגיל אינם מגולגלים על ידם לטובת הצרכנים.

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

יצוין, כי כאשר בעל המונופולין פועל בשוק דו-צידי או רב-צידי, יתכן שמחיר מופרז שהוא גובה בצד אחד של השוק מסבסד הלכה למעשה מחיר נמוך מן העלות הרלוונטית הנגבה מצד אחר בשוק.³⁰ בהקשר זה, ככל שהמחיר הגבוה מופנה לקבוצה שונה ומנותקת מזו הנהנית מן המחיר הנמוך, ובאופן בלתי תלוי בהשפעות החיצוניות הנובעות מכל אחד מהצדדים, יראה בכך הממונה ניצול מעמד לרעה לכאורה.

ב. ניתוח רווחיות

המתודולוגיה השניה המשמשת לזיהוי מחיר מופרז מבוססת על ניתוח רווחיותה של החברה.³¹ לשם ביצוע ניתוח שכזה נדרשים למעשה שני מדדים: הראשון, ישמש כמדד ייחוס והשני, ייצג את רווחיות החברה בפועל, כאשר שני המדדים מתייחסים לאותה נקודת זמן. ממצא המראה כי המדד המייצג את רווחיות החברה בפועל גבוה באופן עקבי ומשמעותי ממדד הייחוס, עשוי להוות אינדיקציה לקיומו של מחיר מופרז. חלק זה יפרט כמה מהמדדים המקובלים בספרות אשר זכו להתייחסות גם בכתיבתן של רשויות תחרות אחרות בעולם. יודגש, כי אין בפירוט המדדים שייסקרו להלן כדי לחייב את רשות ההגבלים העסקיים לאמץ מדדים אלו בבואה לבחון רווחיותה של חברה לשם אכיפת האיסור על גביית מחיר מופרז. בחינת רווחיותו של בעל מונופולין תעשה על ידי הרשות בהתאם לנסיבותיו הפרטניות של בעל המונופולין מושא הבדיקה, נסיבות השוק הרלוונטי³² ונסיבות אחרות הרלוונטיות לניתוח המקרה המונח לפתחה של הרשות.

כמדד ייחוס בניתוח רווחיותה של חברה מקובל להשתמש בעלות ההון המשוקללת של החברה או הסקטור בו היא פעילה (WACC).³³ מדד זה מייצג את תפישת השוק לגבי רמת הסיכון בענף בו פועלת החברה ומודד למעשה את התשואה הנדרשת על ידי המשקיעים עבור השקעה בחברה. מדד

³⁰ OECD EP, ה"ש 19 לעיל, בעמ' 33.

³¹ OECD EP, ה"ש 19 לעיל, בעמ' 63. ניתוח רווחיות אף הוא אינו זר לדיני ההגבלים העסקיים. כך למשל, הגדרת שוק בהתבסס על מבחן המונופול ההיפותטי נעשית על ידי בחינה האם ביכולתו של המונופול ההיפותטי להעלות מחיריו לאורך זמן מבלי שתפגע רווחיותו.

³² בהקשר זה, כאשר לא קיימות חברות אחרות הפעילות באותו שוק או שלא קיימים שווקים תחרותיים בעלי מאפיינים דומים בארץ, תשקול הרשות השוואה לחברות הפעילות בחו"ל.

³³ Weighted Average Cost of Capital.

ייחוס זה משקלל את עלויות הגורמים השונים הדרושים למימון נכסי החברה. גורמים אלו כוללים בעיקר את ההון העצמי (Equity) והחוב שמגייסת החברה.

למדד הייחוס יושוו מדדים הנסמכים על ביצועי החברה, כפי שהם משתקפים בדיווחיה הכספיים. שני מדדים מקובלים לעניין זה הינם ROCE³⁴ המייצג את שיעור התשואה שמייצרים נכסי החברה ומחושב על ידי חלוקת רווחי החברה ללא הוצאות מימון בסך ההון הפעיל בנקודת זמן מסוימת, ו-TIRR³⁵ שהוא שיעור התשואה אשר מביא את סכום תזרימי המזומנים הצפויים כתוצאה מפעילות החברה בפרק זמן מסוים, מהוונים לנקודת הזמן הרלוונטית, לאפס.³⁶ במילים אחרות, מדד TIRR מלמד מה הייתה צריכה להיות הריבית או התשואה האלטרנטיבית המינימלית לחסכון שהיינו מעדיפים לקבל במקום לבצע את הפעילות הנדונה.

המדדים נבדלים זה מזה במתודולוגית החישוב (ROCE מחושב על פי נתוני ערך בספרי החברה ו-TIRR מחושב על פי תזרימי העתידיים) ובמידת רגישותם לכללי החשבונאות. יתרונו של TIRR בכך שהוא אינו תלוי בשיטה החשבונאית המשמשת את החברה. כתוצאה מהסתכלות על פרקי זמן מסוימים, הנתונים החשבונאיים עשויים להיות שונים מן הנתונים הכלכליים האמיתיים³⁷ ועל כן, השימוש באחרונים מצמצם את ההטיה הנובעת מן השימוש בראשונים.³⁸ עם זאת, חישוב TIRR דורש נתונים בהיקף רחב יותר. בפרט, לצורך חישוב זה יש לקבוע את ערכם הכלכלי של הנכסים בתחילת תקופת הבדיקה ובסופה, ולא די בערכי הנכסים שבספרי החברה. כמובן שככל שחלף פרק זמן ארוך יותר ממועד רכישת הנכס ועד לתקופת האמידה, כך סביר שהפער בין ערך הנכס בספרים לערכו הכלכלי יהיה גדול יותר. על כן, במידה שמדובר בנכס אשר נרכש לא מכבר, ניתן יהיה לעשות שימוש בערכו בספרי החברה, בהנחה שהחברה פעלה באופן סביר לטובת מקסום רווחיה.

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

ג. מבחן השוואה

השוואת המחיר שגובה בעל המונופולין למחיר מוצרים מתחרים, למחיר הנגבה מאת לקוחות שונים או למחיר מוצר דומה בשוק גאוגרפי אחר הוכרה, כאמור, בפסיקת בית המשפט העליון וכן

³⁴ Return on Capital Employed.

³⁵ Truncated Internal Rate of Return.

³⁶ את הנוסחאות לחישוב גדלים אלו ניתן למצוא אצל: Gregory Alan, Excessive Prices and the Role of Profitability Analysis, Contribution to OECD Policy Roundtable on Excessive Prices, OECD DAF/COMP(2011)18, 2012. וראו גם: OECD EP, ה"ש 19 לעיל, בעמ' 66-63.

³⁷ כך למשל, כאשר הפחת החשבונאי על נכס מסוים גבוה יותר מהפחת הכלכלי, ה-ROCE יהיה נמוך יותר בתחילת חייו של הפרויקט נשוא הנכס וגבוה יותר בסוף חייו. דוגמא נוספת עשויה להתרחש כאשר לחברה נכסים בלתי מוחשיים שאינם מופיעים בספריה או מופיעים בערך שאינו משתווה לערכם הכלכלי האמיתי.

³⁸ Edwards, J., Kay, J. & Mayer C., The Economic Analysis of Accounting Profitability (1987)

בדין האירופי כאמצעי לזיהוי מחיר מופרז.³⁹ כמו כן, ניתן להשוות בין המחיר הנגבה בתקופה הנבחנת למחיר שנגבה לפני או אחרי התקופה הנבחנת.⁴⁰ הנתון העומד בבסיס ההשוואה אינו בהכרח המחיר שגובה בעל המונופולין, אלא יכול להיות למשל רווחיותו של בעל המונופולין. כך, ניתן להשוות את רווחיותו של המונופול לזו של פירמות אחרות או של המונופול עצמו בשוקים או בזמנים אחרים.⁴¹

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

כאשר קיים פער בין המחיר שגובה בעל המונופולין בשוקים שונים הנובע אך ורק מהבדלים בצד הביקוש ופער זה אינו עולה על 20%, בנטרול פערי עלויות משתנות, לא תראה הרשות בפער מחירים זה משום אינדיקציה לקיומו של מחיר מופרז. כלל זה יאפשר לבעל מונופולין לגבות מחירים שונים על בסיס הבדלים במאפייני הביקוש למוצר ולכסות את עלויותיו הקבועות באופן יעיל.

על מנת שניתן יהיה להסתמך על המסקנה העולה מהשוואת המחיר שגבה בעל מונופולין (או רכיב מסוים במחיר זה) למחיר אחר, יש לוודא כי קיים בסיס רלוונטי להשוואה. מובן כי לעיתים רחוקות יהיו התנאים השוררים בשוק המהווה בסיס להשוואה זהים לחלוטין לאלו השוררים בשוק בו פועל בעל המונופולין באמצעות המוצר שבמונופולין. לפיכך, ההבדלים הרלוונטים, ובכללם הקצאה יעילה של עלויות קבועות, בין שני צידי המשוואה יובאו בחשבון על ידי רשות ההגבלים העסקיים וככל שיהיה צורך בכך, יבוצעו ההתאמות הנדרשות.

4. הגנת "נמל מבטחים"

על מנת ליצור יתר וודאות ולהיטיב את יכולתו של בעל המונופולין לכלכל צעדיו, בנסיבות שיפורטו להלן יוכל בעל מונופולין להנות מהגנת "נמל מבטחים" ולקיים את פעילותו העסקית ללא חשש כי בפעולותיו יהיה משום הפרה של האיסור על גביית מחיר מופרז.

הגנת נמל המבטחים תעמוד לבעל מונופולין כאשר הפער בין מחיר המוצר לעלות ייצורו אינו עולה על 20%. חישוב עלויותיו של בעל מונופולין לצורך החלת הגנת נמל המבטחים יעשה על פי הגישה החשבונאית ולא על פי הגישה הכלכלית הנזכרת בפרק 3(א) לעיל. בחישוב זה לא ייכללו עלויות אשר הוגדרו לעיל כעלויות נוספות. הבחירה בגישה החשבונאית לחישוב עלויותיו של בעל

³⁹ ראו: ענין יונייטד ברנדס לעיל; פרשת רייס לעיל.

⁴⁰ OECD EP, ה"ש 19 לעיל, עמ' 71-70.

⁴¹ ראו בהקשר זה: Napp Pharmaceutical Holdings v. Director-General of Fair Trading, UK Competition: Commission Appeal Tribunal [2002] EWCA Civ 796. במקרה זה קבעה רשות התחרות בבריטניה, וקביעתה אושרה על ידי בית המשפט, כי המחיר שגבתה Napp. בגין תרופות שייצרה היה מופרז. נערכו שש השוואות: השוואה למחירי המתחרים; השוואה למחירים שנגבו בתקופת הפטנט; השוואה בין המחיר לצרכן למחיר שגבה המונופול מבתי החולים; השוואה למחיר ליצוא; השוואת המרווחים במכירות לצרכנים ולבתי החולים; השוואת המרווחים של Napp לאלו של מתחריה (פס' 393 לפסק הדין).

מונופולין בייצור המוצר, במתכונת שתוארה לעיל, נועדה להביא ליתר בהירות ביישום הגנת נמל המבטחים ובכך לתרום לקידום הוודאות בחיי המסחר.

הגנת נמל המבטחים, כשמה כן היא, נועדה ליתן הגנה לבעל מונופולין אשר פעולותיו חוסות בצילה. אי התקיימות תנאיה של ההגנה אינו מעיד בהכרח על הפרת בעל המונופולין את האיסור על גביית מחיר מופרז. לפיכך, ככל שהפער בין מחיר המוצר לעלות ייצורו אינו עולה על שיעור של 20%, ישמש הדבר כנמל מבטחים מבחינת בעל המונופולין ורשות ההגבלים העסקיים לא תנקוט בצעדי אכיפה כנגד בעל המונופולין בגין גביית מחיר מופרז.⁴² באם נמצא כי פער זה גבוה מ-20%, יוסיף הממונה ויבחן מהי התוצאה המסתברת מיישומן של המתודולוגיות עליהן עמדנו לעיל.

5. שיקולים באכיפת האיסור על גביית מחיר מופרז

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

א. כאשר בעל המונופולין הגיע למעמדו שלא כתוצאה מניצול יתרונות תחרותיים, יש בכך שיקול מיוחד לטובת נקיטת צעדים לשם אכיפת האיסור על גביית מחיר מופרז. כך למשל, תגבר הנטיה לבחון קיומו של תמחור מופרז כאשר מדובר במונופול שנוצר כתוצאה מנסיבות היסטוריות הנוגעות לאופן תכנון השוק על ידי המדינה, או שהמונופול נהנה מסביבה רגולטורית שמנעה או הגבילה באופן משמעותי התפתחותה של תחרות בשוק שבו פועל המונופול. כך גם במקרים בהם המונופול הגיע למעמדו בדרך של נקיטה בפרקטיקות מלאכותיות כגון הסדרי בלעדיות, שליטה במקורות אספקה או הפצה, תמחור טורפני וכדומה.⁴³ במקרים אלו, פוחת החשש מפני פגיעה בתמריץ להשקיע השקעות מקדמות רווחה. מנגד, כאשר מדובר במונופול שהגיע למעמדו על דרך של תחרות (חדשנות, שיפור המוצר, תמחור תחרותי לגיטימי וכדומה) ינקוט הממונה בגישה מחמירה יותר.

ב. באופן דומה, שיקול מיוחד לטובת אכיפת האיסור על גביית מחיר מופרז מתקיים כאשר בתחום בו פועל בעל המונופולין קיימים חסמים מבניים או אחרים המונעים כניסה של מתחרים חדשים, דוגמת מגבלות ייצור וביקוש או כאשר נדרשת השקעה ראשונית ניכרת, למשל בתשתיות.⁴⁴

⁴² יש להדגיש כי מדובר בהגנת "נמל מבטחים" לעניין אכיפת הנורמה האוסרת על גביית מחיר מופרז בלבד. ככל שבקביעת מחיר המוצר הפר בעל מונופולין נורמה אחרת מדיני ההגבלים העסקיים, הגנה זו לא תחול.

⁴³ ראו גם: OECD EP, ה"ש 19 לעיל, בעמ' 50.

⁴⁴ ראו גם: OECD EP, ה"ש 19 לעיל, בעמ' 36 ובעמ' 49. אמנם, כפי שיפורט להלן, שוק עתיר השקעה או עתיר סיכון כשלעצמו עשוי במקרה מתאים להצדיק אי נקיטת צעדי אכיפה. מנגד, יתכן שהמונופול כבר החזיר לעצמו את כלל השקעותיו בתשתית, בעוד שכניסתו של מתחרה חדש נחשמת בשל עלות התשתית הניכרת הנדרשת לצורך כניסה.

- ג. קיומו של רגולטור ענפי עשוי, במקרים מסויימים, להוות שיקול כנגד נקיטת צעדים על ידי הממונה בגין גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין וזאת, כאשר בידי הרגולטור הענפי כלי הסדרה אפקטיביים להסרת הפגיעות הנובעות מפעילותו של בעל המונופולין.⁴⁵ עם זאת יודגש, כי אין באמור כדי לשלול נקיטת צעדים על ידי הממונה בכל מקרה בו קיים רגולטור ענפי, והכל בהתאם לשיקול דעתו של הממונה ובהתאם לנסיבות הענין.
- ד. כאשר המוצר או השירות בעדו נגבה מחיר מופרז לכאורה משתייך לתחום המתאפיין בהשקעות גבוהות במחקר ופיתוח או בפעילות בסיכון גבוה, יהיה בכך שיקול כנגד נקיטת צעדים לאכיפת האיסור על גביית מחיר מופרז, נוכח החשש מפני הפגיעה בתמריץ להשקעה וחדשנות.⁴⁶
- ה. ככל שהמחיר המופרז נגבה על ידי בעל המונופולין לאורך תקופה ארוכה יותר והנזק המסתבר הנגרם לציבור הצרכנים כתוצאה מכך גדול יותר, כן יטה הממונה לנקוט בצעדים כנגד גביית המחיר המופרז. כך במיוחד כאשר המוצר שבמונופולין משתייך לקבוצת מוצרי הבסיס בסל מוצריו של הצרכן הפרטי או כאשר מדובר במוצר אשר חשיבותו בחיי היום-יום של הצרכן הפרטי, במישרין או בעקיפין, גבוהה יותר.⁴⁷
- ו. כאשר נתח השוק של בעל המונופולין, באופן עקבי ולאורך זמן, קרוב לשליטה מוחלטת בשוק, יהיה בכך משום שיקול לטובת נקיטת צעדים על ידי הממונה בגין גביית מחיר מופרז.⁴⁸

הצעדים שינקוט הממונה כנגד גביית מחיר מופרז

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

בהתאם להודעת הממונה על פי סמכותו בסעיף 50ד(א)(3) לחוק ההגבלים העסקיים בדבר סוג המעשים והמחדלים לענין עיצום כספי לפי החוק,⁴⁹ גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין תהווה עילה להטלת עיצום כספי על ידי הממונה. כמו כן, בהתאם לגילוי דעת 1/12: **הנחיות רשות ההגבלים העסקיים בדבר השימוש בהליכי אכיפה של עיצומים כספיים**,⁵⁰ העיצום הכספי יהיה כלי האכיפה המרכזי בעניין ניצול מעמד לרעה בנגוד להוראות סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים, למעט כאשר קיימת כוונה להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור. בשים לב לאמור לעיל, אמצעי האכיפה בו ינקוט הממונה כנגד גביית מחיר מופרז יהיה הטלת עיצום כספי על בעל המונופולין, ורשות ההגבלים העסקיים לא תפעיל סמכויות אכיפה פליליות כנגד גביית מחיר מופרז.

⁴⁵ ראו גם: OECD EP, הייש 19 לעיל, בעמ' 51.

⁴⁶ ראו גם: OECD EP, הייש 19 לעיל, בעמ' 52.

⁴⁷ ראו גם: OECD EP, הייש 19 לעיל, בעמ' 52.

⁴⁸ ראו גם: OECD EP, הייש 19 לעיל, בעמ' 50.

⁴⁹ י"פ 506, 6487.

⁵⁰ 2012 הגבלים עסקיים 5001998.

סוף דבר

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

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

פרופ' דיויד גילה

הממונה על הגבלים עסקיים

ט' בניסן, תשע"ד

9 באפריל 2014